

Werk

Titel: Archiv für die civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1822

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1822_0005|log9

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

A r c h i v
für die
civilistische Praxis.

Fünfter Band. Zweites Heft.

VI.

Ueber das teutschrechtliche Verfahren bei dem Zeugenbeweis in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Verfahren und den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung.

(Beschluß des Aufsatzes in Bd. V. 1. Heft. Nr. II.)

Von Mittermaier.

§. 6.

Antretung des Zeugenbeweises.

Wenn wir im vorigen Syßem die Vertheidigung der Behauptung versuchten, daß die französische Beschränkung des Zeugenbeweises weder gerecht, noch zweckmäßig ist, so geschah dieß unter der Voraussetzung, daß das Verfahren bei dem Zeugenbeweise so zweckmäßig eingerichtet wäre, daß die Nachteile gewissenloser oder leichtsinniger Zeugenaussagen beseitigt, und die urtheilenden Richter in den Stand gesetzt werden könnten, die Unwahrheit der Zeugen leicht zu entdecken, und die Glaubwürdigkeit der Aussagenden zuverlässig zu würdigen. Nachträglich zu dem §. 5. Bemerkten, wollen wir unseren Lesern noch die seit dem Erscheinen unseres Aufsatzes uns bekannt gewordenen neuen legislativen Erscheinungen mitzu-

theilen. In dem neuesten Civilgesetzbuche für das Waadtland ¹⁾ findet sich die Aufnahme der französischen Bestimmung mit manchen wohl zu beachtenden Modifikationen ²⁾. Darnach muß über alle Verträge, deren Summe 800 Franken übersteigt, Akt vor Notar oder unter Privatunterschrift errichtet werden; es muß aber der Akt immer vor dem Notar errichtet werden, so oft der Vertrag Uebertragung des Eigenthums von Immobilien oder von Rechten darauf betrifft, ohne daß Zeugenbeweis in diesen Fällen statt findet. In Rücksicht der Ausnahmen sind wörtlich die französischen Bestimmungen angenommen. — In den Motiven zu dem neuesten Prozeßgesetzbuche für Geneve ³⁾ wird versichert, daß nach den Erfahrungen, welche man im Kanton Geneve unter der Herrschaft verschiedener Gesetzbücher machen konnte, nichts so sehr die Prozeßsucht begünstigt, Partheien und Zeugen demoralisirte, als der uneingeschränkte und zu häufige Gebrauch des Zeugenbeweises; zugleich wird aber auch eingestanden: le bien n'à pas été ici sans alliage de mal; la mauvaise foi s'est emparée de la mesure dirigée contre elle. Plus d'un engagement s'est trouvé sans effet par l'absence d'une preuve legale; il faut aussi dire, sans l'usage familier de l'écriture la preuve litterale par la necessité de recourir à une main étrangere outre qu'elle devient onereuse aux parties, les expose souvent au pièges de la fraude. Wenden wir uns zu dem Verfahren bei dem Zeugenbeweise, so begegnen uns hier zuerst die viel besprochenen Beweisartikel, durch welche im Laufe des peremptorischen Beweistermins der Beweispflichtige den Beweis an-

1) Code civil de Canton de Vaud (à Lausanne 1820) publié le 26. Mai 1820.

2) Art. 995—1001.

3) Exposé des motifs de la loi sur la procedure civile pour le Canton de Geneve par P. Bellot. Geneve 1821. p. 118.

trit, und worüber die Zeugen von dem Richter vernommen werden. Man bemerkt hier vorerst einen nicht seltenen Irrthum, welcher unsere heutigen Beweisartikel mit den alten Positionen verwechselt, und noch die §. 41, 49 im jüngsten Reichsabschiede als Gesetzesstellen für die Beweisartikel anführt. Nach Alciat's ⁴⁾ sehr vollständigen Beschreibung war die *positio dictum loco interrogationis positum, brevis verborum formula mentem ponentis continens ad veritatem elicendam concepta*, sie hieß ebenfalls *articulus*, eingeführt, wie Alciat sagt, *ut ponens relevetur ab onere probationis per confessionem adversarii*; zulässig für beide Parteien, fanden solche Positionen, auf welche der Befragte bestimmt antworten mußte, in jeder Lage des Prozesses ⁵⁾ über jeden Zwischenpunkt, vorzüglich aber nach der *Litiscontestatio* in der Hauptsache statt. — Davon verschieden waren die (auch *capituli* genannten) *articuli*, worüber Zeugen befragt wurden, obwohl Alciat bemerkt ⁶⁾, daß diejenigen, welche schneller den Prozeß betreiben wollten, zugleich Positionen und Artikel aufstellten, indem sie erklärten: *Ponit talis vel talis et probare intendit*, und wo dann die gelängneten Positionen zugleich als Artikel dienten. Solche Beweisartikel waren in der Mitte des 16ten Jahrhunderts im Prozesse schon allgemein üblich, und zwar wie sich aus ihrer Beschreibung bei Termineus ⁷⁾ ergibt (*statim per producentem post designatum sententia iudicis interlocutoria probatorium terminum offerendi sunt articuli, est enim articulus pars seu conceptio contentionis continens id quod acta intendit probare super jure suo deducto in libello* ⁸⁾).

4) Alciati *judicior. proc. compendium*. pag. 190—198.

5) Alciat, pag. 192.

6) pag. 215.

7) Termineus *processus juris scripti et consuetudinis frequentioris per Germaniam* (Colon. 1582). cap. 36. pag. 132.

8) Termineus pag. 135. liefert auch Formularien von Beweis-

Der jüngste Reichsabschied unterscheidet klar die älteren Positionen, welche er ebenfalls noch Probatorialartikel nennt, von den Artikeln, worüber die Zeugen vernommen wurden, und daß die Stellen ⁹⁾, in welchen von den Probatorialartikeln gesprochen wird, und auf die Positionen sich beziehen, ergibt sich klar, wenn man in §. 49 die Worte; auch des Gegentheils Antwort darüber zu begehren, und die Schlußworte: alsdann der oder diejenige Artikel für gerichtlich gestanden, und in §. 41 die Worte: auf die aus dem Klaglibell gezogene Probatorialartikel daran der Sachen Substanz und Hauptwesen hanget, erwägt. Erst der §. 52 des F. R. A. spricht von den eigentlichen Artikeln, über welche die Zeugen vernommen wurden, ohne jedoch über die Formen und Erfordernisse derselben etwas Näheres zu bestimmen; nur läßt sich vermuthen, daß schon häufig die Positionen zugleich als Artikel in der Art gebraucht wurden, daß man über die geläugneten Positionen die Zeugen vernahm. Erst allmählig, häufig durch Landesgesetze abgeschafft ¹⁰⁾, und durch die specielle Litiscontestation scheinbar überflüssig gemacht, verschwanden die Positionen, deren Hauptbedeutung man in der Praxis, nämlich um Geständniß der Gegenparthei zu gewinnen, nicht mehr verstand. Der französische Prozeß hatte ein Ueberbleibsel der kanonischen Positionen in dem Institute des interroga-

artikeln, welche zeigen, daß damals die Artikel einfacher und deutlicher gestellt waren, als es gewöhnlich in unserer heutigen Praxis geschieht. Sein Art. heißt: ist war auch dem Zeugen wißlich daß N. vergangenen Michaelis M. das Kaufgeld als nämlich soviel Florin an baren Geld erlegt und bezahlt hat.“

9) F. R. A. §. 41. 49. s. v. Önners Commentar zu dem Baier. Gesetze von 1819. S. 154.

10) S. P. Gasser, de inutilitate positionum. Hal. 1724.

toire par faits et articles bewahrt ¹¹⁾. Von den neueren Gesetzgebungen stellt uns nur das päpstliche Prozeßgesetzbuch von 1817 ¹²⁾ die alten Positionen wieder vor. Die Beweisartikel (auch Weisungssätze genannt) zur Vernehmung der Zeugen sind in dem gemeinen Prozesse, wie in den Partikularprozeßgesetzbüchern stehen geblieben, erst die neueren Gesetzbücher und Schriftsteller haben nicht unwichtige Einwendungen gegen diese Artikel vorgebracht. Man glaubte sich überzeugen zu können, daß die Vernehmung der Zeugen nur dem Richter überlassen werden müsse, daß er am besten aus den Akten die Punkte kennen würde, deren Aufklärung zur Beurtheilung einer Rechtsache nothwendig wäre, daß er daher auch am sichersten die Zeugen über die wirklich relevanten Punkte vollständig und sicher befragen könne. Die Autorität des preussischen Prozesses, in welchem keine Artikel vorkamen,

11) f. Code de proced. art. 325. und meine Schrift: der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem franz. und preussischen Verf. 1. Heft. S. 129.

12) Motu proprio della santità di nostro signore sub nuovo codice di procedura civile. Tit. VIII. capit. I. pag. 77. Art. 479 sagt: la legge conosce nelle posizioni un modo di desumere in giudizio la prova dalla confessione delle parti. Der Ponent überreicht die Positionen und schwört juramentum calumniae. Das Gericht verwirft die impertinenten und irrelevanten Sachstücke, kann selbst neue wichtig scheinende zur Beantwortung festsetzen (art. 483.), und bestimmt dann einen Deputirten, um die Antworten des Befragten aufzunehmen. Der vorgeladene Gegner muß bestimmt und einfach ohne Ausbeugung auf jede Position antworten, und den Eid darauf leisten (art. 487.). Der Gerichtsdeputirte muß auf die Erhaltung bestimmter Antworten dringen (art. 488.), und das Tribunal selbst, wenn in der nächsten Sitzung die Antworten mitgetheilt werden, kann eine neue Vernehmung anordnen (art. 489.). Kommt der Ponat nicht, oder erklärt er sich, nachdem er wiederholt aufgefordert ist, nicht bestimmt auf die Frage, so wird die Position als zugestanden angenommen (art. 489. 495.).

schien ein wichtiges Argument für ihre Entbehrlichkeit, obwohl man bei dieser Ansicht vergessen zu haben schien, daß im preussischen Prozesse der Richter durch die Untersuchungsmaxime eine dem gemeinen Prozesse völlig fremde Stellung erhalten hat, daß der preussische Prozeß keine Abtheilung des Verfahrens in eine bloß zur Ausmittlung der wechselseitigen Ansprüch der Partheien und ihrer Vertheidigungen bestimmte Verhandlung und kein durch ein Beweisinterlokut normirtes Beweisverfahren kennt, daß vielmehr dort von der Aufnahme der Klage an auch die Sammlung der Beweise beginnt, und daß durch die Regulirung des status causae et controversiae der Richter eine Grundlage gewinnt, durch welche das Streitige leicht von dem Unstreitigen gesondert, und jeder relevante Beweisfact, über welchen der Zeuge zu vernehmen ist, hervorgehoben, auch von den Partheien dem Richter so gleich bezeichnet werden kann. Schwerlich möchte daher das Experiment gelingen, wenn man die preussische Verfahrensart bei dem Zeugenbeweise auf den gemeinen schriftlichen Prozeß übertragen wollte. Hört man die Einwendungen gegen die Beweisartikel¹³⁾, so besteht sie darin, daß durch das Verfahren bei Artikeln es die Partheien oder ihre Anwände in der Gewalt haben, die Artikel auf Schrauben zu stellen, über ungünstige und doch zum Factum gehörige Umstände weggugleiten, Manches, was zum Beweise gehört, dem Gegenbeweise zuzuschieben, die Blößen der Sache zu decken und mit abgerissenen Stücken der Unwahrheit zu bedecken. Auch beruft man sich auf die Erfahrung, nach welcher Menschen, besonders aus den ungebildeten Ständen, leicht in ihren Aussagen verwirrt würden, wenn der Faden ihrer Erzählung öfters unterbrochen wird; man behauptet, daß selbst nach der

13) f. von Gönner, Motive zum Entwurf eines Prozeßgesetzbuchs. II. Tbl. S. 483. v. Gönners Commentar zu dem bairischen Gesetze. S. 180. Württembergisches Edict. S. 107. und Motive hierzu. S. 44. Hessische Prozeßgesetzgebung. I. Tbl. S. 112.

gewöhnlichen Stellung der Artikel diese den Zeugen leicht unverständlich wären, so, daß der leichtsinnige und gewissenlose Zeuge nur ein trockenes Ja anzugeben brauche. Man glaubt ferner, daß durch die Artikel den Zeugen auf eine höchst ungeschickliche Weise alles suggerirt, und dadurch dem Schurken die Lösung seiner Aufgabe nach Kräften erleichtert, und die Möglichkeit gegeben würde, auch einen einfältigen und schurkischen Zeugen, wie einen Vogel nach der Orgel abzurichten. — Es kann dem Verfasser dieses Aufsatzes nicht einfallen, als Lobredner der gewöhnlich in unsern Akten vorkommenden Artikel aufzutreten, allein es dürfte nicht schwer seyn, zu zeigen, daß die Vorwürfe nur die schlechten Advokaten, welche den Geist des Gesetzes und des besseren Gerichtsgebrauchs nicht kennen oder ihn verkennen wollen, so wie die schlechten Richter, die sich als Maschinen betrachten wollen, treffen können. Wir stoßen hier zuerst auf einen nicht seltenen Irrthum, daß die Artikel bei dem Zeugenbeweise die Hauptsache wären, daß selbst der Beweis durch sie angetreten würde, und selbst Landesgesetzbücher¹⁴⁾ sind in diesen Irrthum gefallen, der die nachtheilige Folge hatte, daß der Producent intra terminum nur die Beweisartikel zu überreichen brauchte, und erst später nach den Responionen des Producten und nach dem Relevanzspruche die Benennung der Zeugen mit dem Directorio bei Gericht überreichte, so, daß der Product die gegen ihn vorgeschlagenen Zeugen gar nicht kannte und häufig gar nicht wissen konnte, was der Producent mit einem oder anderen Artikel bezwecken wollte, weil er das Verhältniß des Zeugen zu der Thatsache, die im Artikel lag, sich nicht denken konnte. Diese Ansicht führte unvermerkt in der Praxis weiter, und erzeugte den irrigen Glauben, daß der Richter unbedingt an die Artikel gebunden, und nur verpflichtet sey, nach der strengsten Ordnung der gestellten Artikel die Zeugen zu befragen, und mit irgend einer gegebenen An-

14) 8. B. der bayerische cod. judic. cap. IX. §. 6. 9.

wort sich zu begnügen. — Sehr weise bestimmte daher das bayerische Gesetz von 1819 ¹⁵⁾, daß der Zeugenbeweis durch Benennung der Zeugen mit Beweisartikeln und der Bezeichnung, über welche Artikel jeder Zeuge zu vernehmen sey, angetreten werde. Offenbar sind die Zeugen das Beweismittel, nicht die Artikel, welche bloß das Mittel sind, um dem Richter eine Vernehmung möglich zu machen oder zu erleichtern. Auch der ältere deutsche Gerichtsgebrauch hat die Artikel nur so betrachtet, und der Producent hat den peremptorischen Beweisstermine vollkommen eingehalten, wenn er intra terminum seine Zeugen benennt, und z. B. in einer einfachen Sache, um ihre Vernehmung über das Hauptfactum des Prozesses (z. B. daß das Geld baar bezahlt worden ist) bittet. Die Artikel sind von jeher als der untergeordnete Theil angesehen worden, und sind so wenig wesentlich zum Zeugenbeweise, daß bekanntlich in summarischen Prozessen oft gar keine Artikel eingereicht werden. Auch geht die Kraft des peremptorischen Termins unfehlbar nur darauf, daß Richter und Product die Beweismittel des Producenten, also die vorgeschlagenen Zeugen erfahren.

Im Zusammenhange mit der gerügten Ansicht steht auch die, daß der Richter unbedingt an die Artikel, wenn sie nur nicht sonst impertinent und irrelevant sind, gebunden sey, daß daher der Zeuge nur über den gestellten Artikel befragt werde, daß es hinreiche, wenn nur der Artikel mit Ja oder Nein beantwortet sey, und daß das Amt des Richters sich nur darauf beschränke, den Artikel dem Zeugen vorzulegen, und des Zeugen Antwort darauf protokolliren zu lassen. Diese verderbliche Ansicht ist dem Gerichtsgebrauche, welcher den älteren und noch jetzt geltenden Gesetzen vorschwebte, durchaus zuwider, und ist nur durch eine irrige Ansicht von der Verhandlungsmaxime entstanden, indem man glaubte, daß der Richter im gemeinen Prozesse an jeden noch so unvoll-

15) §. 13. und hierzu v. Gönners Commentar. S. 176.

ständig und schlecht gestellten Antrag der Parthei sich binden, nur bei den Commissionen den stummen Zuhörer machen, oder die Maschine seyn müsse, durch welche die Schriften der Partheien hin und her gegeben werden sollten, daß er insbesondere bei Zeugenvernehmungen nur das Organ sey, durch welches die Zeugenaussagen gleichgültig, wie sie abgelegt wären, zu Protokoll genommen würden. Allein auch nach der sogenannten Verhandlungsmaxime steht dem Richter ein Aufklärungs- und Fragerrecht zu ¹⁶⁾; obwohl er in seinem Urtheile an die Conclusionen der Partheien gebunden ist, nicht mehr als gebeten worden, zusprechen darf, obwohl der Richter im gemeinen Prozesse nicht beliebig sich Beweismittel aufsuchen, sondern sich nur mit der Benützung der von den Partheien vorgeschlagenen Beweismittel begnügen muß, so hindert ihn doch nichts, von den Partheien jede ihm nöthig scheinende Aufklärung über die einmal vorgebrachten Thatfachen zu verlangen, und die einmal vorgeschlagenen Beweismittel auf die Art zu benützen, welche der Richter für nothwendig hält, um ein vollständiges und gerechtes Urtheil fällen zu können. Daher ist auch bei dem Zeugenbeweise der einmal von den Partheien producirte Zeuge dem Richter jede Aufklärung zu geben schuldig, welche der Richter fordert; es ist nicht bloß bei dem Zeugen damit abgethan, daß er irgend eine Antwort auf jeden Artikel und jedes Fragstück gibt, sondern die ganze Wissenschaft des Zeugen über die hier im Streite befangenen Thatfachen ist es, welche in Anspruch genommen wird. Darum muß bei der Zeugenvernehmung die Production des Zeugen so betrachtet werden, daß die Parthei ihren Zeugen nur dem Richter vorschlägt, und das Uebrige ihm überläßt; — die Beweisartikel dienen dem Richter nur zur Grundlage bei seiner Vernehmung, sie leiten ihn, ohne ihn strenge zu binden, sie bezeichnen nur die Thatfachen, über

16) s. meine Schrift: der gemeine teutsche bürgerl. Prozeß. 1. H:ft. S. 47.

welche nach der Bitte der Parthei der Zeuge vernommen werden soll, ohne daß dadurch ausgesprochen wird, daß der Zeuge nur über diese Artikel vernommen werden dürfe. Es schreibt kein Gesetz vor, daß der Richter wörtlich bloß den gestellten Artikel dem Zeugen vorlesen, und mit irgend einer Antwort darauf sich begnügen müsse, vielmehr ist es die Pflicht des Richters, den Artikel dem Zeugen klar zu machen, und in verständlicher, nach der Fassungskraft des Zeugen eingerichteter, Form die Frage über die im Artikel bezeichneten Thatsache vorzulegen, und nach gegebener Antwort um Alles weiter zu fragen, was die etwa vorhandene Undeutlichkeit in der Antwort, oder ihre Unvollständigkeit heben und zur Beurtheilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen beitragen kann; der classische Terminus sagt aus ¹⁷⁾: *diligenter et regulariter testis de causa et ratione dicti sui examinandus est*, und an einem andern Orte: *ipse etiam iudex non oblatis* ¹⁸⁾ *interrogatoriis per partem ex officio suo supplere et de circumstantiis causae interrogare testes potest*; daher haben auch Gerichtsordnungen des XVI. Jahrhunderts ¹⁹⁾ dem Richter die Stellung nothwendiger Fragstücke zur Erfassung der Wahrheit zur Pflicht gemacht, und bessere Schriftsteller ²⁰⁾, wie Partikulargerichtsordnungen ²¹⁾

17) *Processus juris scripti*. p. 116.

18) pag. 138.

19) *B. B. die Cölnische von 1570*. S. 156.

20) *Gail observat. lib. I. obs. 95. nr. 8.* Brunemann, *proc. civil.* cap. 20. nr. 55. *Wernher, lectiss. comment. II Vol.* p. 217. *Boehmer, Jus eccles. Prot. lib. II. tit. XX.* p. 1227.

21) Die bairische Gerichtsordnung v. 1753. cap. X. §. 16. nr. 5. sagt sehr gut: was in des Zeugen Antwort sowohl auf die Artikel als Interrogatoria dunkel, zweifelhaft, zweideutig, oder gar contradictorisch scheint, soll der Richter gleich von ihm erläutern, und da der Artikel mehrere Umstände in sich hält, jeden besonders und distincte beantworten lassen; auch was die Par-

haben immer die Pflicht des Richters anerkannt, von Amts wegen alle zur Aufklärung nöthig scheinende Fragen an die Zeugen zu stellen. Betrachtet man auch die Artikel auf diese Art, so werden sie durch die gehörig verstandene Verhandlungsmaxime unfehlbar gerechtfertiget. Weil dadurch, wenn dem Richter bloß mit Berufung auf die Akten, der Zeuge zur Vernehmung producirt würde, der Richter zu leicht in die den Rechten der Parthei gefährliche Stellung kommen könnte, zu sehr in seinen Fragen auszuschweifen, Thatsachen, die gar nicht zur Sache gehörten, hereinzuziehen, und dadurch entweder zarte Familienverhältnisse und Geheimnisse zu verletzen, oder selbst auf eine z. B. in kaufmännischen Angelegenheiten leicht mögliche Art den Credit und darauf sich beziehende Geheimnisse einer Parthei zu beeinträchtigen, ist es dem Geiste der Verhandlungsmaxime ganz anpassend, wenn der Beweispflichtige mit Beziehung auf das aufgelegte Beweissthema die Thatsachen bezeichnet, über welche er den Zeugen vernommen wünscht, besonders dann, wenn das Beweisinterlocut nur in der allgemeinen Formel den Grund der Klage zu beweisen auflegt. Selbst nach der Beschaffenheit der Verhandlungen werden Beweisartikel gerechtfertigt. In allen Fällen, insbesondere, in welchen der Producent künstlichen Beweis führen will, sind sie unentbehrlich, weil der Richter nicht leicht im Stande wäre, bloß aus den Prozeßschriften die Fragen zur Zeugenvernehmung zu ziehen, oder das Verhör sehr weitläufig werden müßte. Wenn z. B. in einer Schwängerungsklage das Mädchen halben Beweis beibringen will, daß der Beklagte Vater des Kindes sey, wenn sie durch zwei Zeugen den genauen Umgang durch einen andern das verdächtige Zusammenseyn des Beklagten mit ihr am wahrscheinlichsten Schwängerungstage, durch einen andern Zeugen das fortgesetzte vertrauliche Verhältniß des Beklagten mit ihr

theilen etwa in interrogatoriis auffer Acht gelassen haben, von Amtswegen suppliren.

auch nach der Schwangerschaft, und durch einen Zeugen das ihr vom Beklagten gemachte Eheversprechen beweisen will, so bleibt ihr nichts übrig, als dem Richter ihre 6 Zeugen anzugeben, und bei jedem Zeugen zu bemerken, daß dieser über den oder den Umstand, und jener über den anderen befragt werden möge; diese Bezeichnung nun der Thatsachen, worüber jeder Zeuge nach der Meinung des Producenten würde Aufklärung geben können, enthalten die Beweisartikel, und in diesem Sinne, wenn auch die Form verschieden ist, kennt sie der französische Prozeß ²²⁾; aus solchem Grunde gestattet selbst der preussische Prozeß ²³⁾ den Partheien, in einem Promemoria dem Instruenten die Punkte zu bezeichnen, auf welche bei der Zeugenvernehmung nach der Meinung der Parthei Acht zu geben wäre. Die Aufstellung solcher Artikel hat selbst noch den unverkennbaren Werth, daß dadurch Zeugen, deren Gedächtniß leicht schwach ist, an einzelne Nebenumstände, Zeit, Ort, einzelne dabei gesprochene Worte, und durch das Mittel derselben nach den Regeln der Ideenassociation an den Hauptumstand erinnert werden. Jeder Jurist, welcher Zeugen vernommen hat, weiß, daß nicht selten ein Zeuge, wenn er um die Hauptthatsache befragt wird, sein Nichtwissen vorgibt, und dann erst, wenn man an kleine Nebenumstände ihn aufmerksam macht, sich erinnert, und unständiglich ansagt. Werden die Artikel auf solche Art aufgestellt, betrachtet sie der Richter nicht als Hauptsache, sondern als leitende Punkte, die ihn in den Stand setzen sollen, jeden vorgeschlagenen Zeugen gerade um dasjenige zu befragen, was er auch angeben kann, sieht sich der Richter nicht selbst als Maschine an, hält er es für seine Pflicht, die Frage, welche im Artikel liegt, klar dem Zeugen verständlich zu machen, stellt er alle zur Verdeutlichung der Sache nöthigen Fragen, und wird insbesondere, was wir unten §. 8 verlangen müssen,

22) Code de proced. art. 252.

23) Gerichtsordnung. tit. X. §. 196.

jeder Zeuge in der Sitzung vor dem versammelten Gerichte vernommen, so fallen die Einwendungen gegen die Beweisartikel leicht weg; die Form der Suggestion ist ohnehin nicht gesetzlich und nicht einmal dem älteren Gerichtsgebrauche gemäß, das angeblich listige auf Schraubenstellen der Artikel nützt den Advokaten nichts, da die Frage auf passende Art zergliedert vom Richter gestellt wird, der falsche eingelernte Zeuge wird bald zu Schanden werden, weil das Gericht sich nicht mit der trockenen Antwort auf den Artikel begnügt, sondern selbst Fragen zur Aufklärung stellt, und weil der Gegner durch seine Gegenfragen den Zeugen leicht zum Geständnisse der Falschheit oder zu einem solchen Benehmen nöthigen wird, daß das Gericht von der Unwahrheit des Zeugen ohne Mühe sich überzeugen kann²⁴⁾.

Im Zusammenhange mit den Artikeln stehen noch die Fragestücke, auf deren Bedeutung (ad erudiendam veritatem negotii, et patefaciendam falsitatem testium) Termineus aufmerksam macht²⁵⁾. Sie sind im gemeinen Prozesse²⁶⁾ als nothwendige Surrogate der Gegenwart der Partheien bei der Zeugenvernehmung entstanden, daher auch Gesetzgebungen, welche die öffentliche Zeugenvernehmung in Gegenwart der Partheien zulassen, keine Fragestücke kennen, obwohl das neue päpstliche Prozeßgesetzbuch²⁷⁾ ungeachtet der gestatteten Gegenwart der Partheien die der Zeugenverneh-

24) Wie wenig das Aufklärungsrecht im teutschen Prozesse nach dem älteren Gebrauche (im 16ten Jahrhundert beschränkt war) ergibt sich aus Termineus proc. jur. pag. 152, wo er sagt, daß auch apertis attestacionibus, sobald der Zeuge eine dunkle Aussage abgelegt habe, der Richter ex officio den Zeugen von neuem befragen könne.

25) Termineus proc. jur. p. 136.

26) Ihre Entstehungsgeschichte in diesem Archiv. V. Band. 1. Heft. S. 75.

27) Motu proprio etc. Tit. V. art. 334.

mung ²⁸⁾ die Einreihung von Fragstücken und Vernehmung der Zeugen darüber anordnet. Im geheimen schriftlichen Prozesse sind aber diese Fragstücke, wenn sie gehörig gestellt werden, als eine der trefflichsten Einrichtungen zu betrachten, indem sie den Zeugen, der vielleicht auf seinen allgemein gestellten Artikel eingelernt ist, und durch seine Bejahung den Richter wohl täuschen könnte, durch die Fragstücke, auf welche er nicht vorbereitet seyn konnte, weil die Fragstücke nicht zu vor dem Producenten mitgetheilt werden dürfen, nöthigen, die besondern Umstände anzugeben, deren Angabe allein beweiset, daß der Zeuge aus eigener Erfahrung ein wahrhaftes Zeugniß ablegt. Vorzüglich werden Fragstücke wichtig, wenn mehrere Zeugen vernommen werden. Die Uebereinstimmung derselben würde leicht hervorzubringen seyn, wenn die Zeugen nur über ein Paar Artikel, deren Inhalt ihnen zuvor gehörig eingelernt ist, auszusagen nöthig hätten, z. B. daß der Producent an dem Tage dem Producten das Geld wirklich geliehen habe. Die Fragstücke vereiteln aber das auf die Täuschung berechnete System, indem sie jeden einzelnen Zeugen, abgesehen von dem Andern, um Nebenumstände fragen, auf welche der Beweisführer die Zeugen voraus nicht aufmerksam machen konnte, z. B. in welchem Zimmer des Hauses das Geld bezahlt seyn soll, in welcher Münzsorte, zu welcher Tageszeit, was dabei gesprochen worden. Hier kann es nicht fehlen, daß, wenn die Zeugen falsche und bestochene sind, der Eine andere Nebenumstände, als der Mitzeuge angibt, indem Jeder die Antwort auf die Fragstücke nur errathen, und nach seiner Meinung geben muß, so, daß sich am Ende bald der Widerspruch zeigen wird. Selbst um die wahre Beschaffenheit einer in einem Artikel aufgestellten Thatsache auszumitteln, um die Richter vor einem Irrthume zu bewahren, in welchen sie leicht verfallen könnten, wenn sie mit der allgemeinen Antwort des Zeugen sich begnügen müßten, die viel

²⁸⁾ Art. 353.

leicht verschiedene Erklärungen zuläßt, z. B. wenn der Zeuge sagt, daß er die Klägerin mit dem Beklagten in einem sehr vertraulichen Verhältnisse gesehen habe, ebenso um die Fassungskraft und den wahren Sinn beurtheilen zu können, welchen ein Zeuge seiner Aussage unterlegt, z. B. wenn der Beweis von Geisteskrankheit eines Testators geführt werden soll, werden die Fragstücke bedeutend. Sollen sie aber ihrem Zwecke entsprechen, so müssen sie freilich auf eine andere Weise von den Anwälten gestellt und von den Richtern benützt werden, als es leider häufig in der Praxis geschieht. Fragstücke vertreten im geheimen schriftlichen Prozesse das den Partheien entzogene Recht der Gegenwart bei der Zeugenvernehmung.

Alle Fragen, welche die gegenwärtige Parthei, gegen welche der Zeuge producirt wird, möglicher Weise an den zu vernehmenden Zeugen stellen würde, müssen auch in den Fragstücken liegen, um dem Richter Gelegenheit zu geben, über solche Thatsachen, die zur Beurtheilung des Ganzen gehören, den Zeugen gleichsam im Namen des Producten befragen zu können. Daher muß auch der sorgfältige Anwalt die möglichen Antworten des Zeugen auf den Artikel sich denken, und darnach seine Fragstücke stellen, um jeder Gefahr vorzubeugen, welche aus einer allgemeinen Antwort des Zeugen für den Producten entstehen könnte. So wenig der Richter mechanisch an die Artikel gebunden ist, eben so wenig ist er es an die Fragstücke; er betrachtet sie nur gemeinschaftlich mit den Artikeln als die Grundlage seiner Vernehmung; er ist verpflichtet, über die Thatsachen, welche in den Interrogatorien bezeichnet werden, die Zeugen zu befragen, ohne deswegen in dem Rechte beschränkt zu seyn, auch über andere Punkte, deren Aufklärung ihm nöthig scheint, zu fragen, er ist vielmehr verpflichtet, schon die Fragstücke auf eine dem Zeugen verständliche Weise vorzulegen, den Sinn der Frage zu erklären, und von Amtswegen jede Dunkelheit, die in des Zeugen Antwort liegen kann, durch weitere Fragen zu heben, wie dieß durch die oben angeführten Stellen (s. Not. 17—21)

hinreichend als Forderung des richtigen Gerichtsgebrauchs sich ergibt. — Nur eine Frage scheint hier noch einer Beantwortung zu bedürfen, nämlich, ob, wenn die Zeugenvernehmung in Gegenwart der Partheien vor dem versammelten Tribunal eingeführt wird, doch Fragstücke von dem Producten eingereicht werden sollten? — Obwohl die Gegenwart der Parthei oder ihrer Anwälde das Bedürfnis der Fragstücke weniger fühlbar macht, so möchte es doch sehr zweckmäßig seyn, wenn dem Producten die Artikel mitgetheilt würden, um Fragstücke, wenn er will, darauf einzureichen, welche jedoch dem Producenten nicht mitgetheilt werden dürfen. Er möchte dieß deswegen zu rathen seyn, weil sonst das Gericht, welches in der Audienz die Zeugen befragt, nicht hinreichend mit den genauen Nebenumständen bekannt ist, manche Dunkelheit, die dem Producten sogleich auffällt, in den Artikeln nicht bemerkt, weil auch dadurch, wenn beide Partheien ihre Wünsche wegen der Thatfachen, die den Zeugen vorzulegen wären, angegeben haben, das Gericht besser den Stand und Umfang der Vernehmung überseht, und sich vorbereiten kann. Auf die bloßen Gegenfragen, welche der Product in der Audienz selbst stellen kann, möchten wir es deswegen nicht allein ankommen lassen, weil sonst der Zeuge zuviel unterbrochen wird, während das Gericht, dem der Product seine Fragstücke zuvor mitgetheilt hat, im Stande ist, zusammenhängend den Zeugen zu befragen, so, daß am Schlusse den Partheien wenig Fragen zu stellen mehr übrig bleiben werden.

§. 7.

Verfahren in Bezug auf die von den Partheien gegen die Zeugen vorgebrachten Einwendungen.

Ein nicht seltener Grund der Verzögerung des Zeugenbeweisverfahrens liegt in dem Schwanken des Gerichtsgebrauchs über den in der Aufschrift angedeuteten Punkt. Das canonische Recht²⁹⁾ schien zwar die Regel aufzustellen, daß die Einwen-

29) Can. 31. X. de testib. et attestat.

dungen gegen die Zeugen immer vor der Publikation der Aussagen der Zeugen vorgebracht werden sollten, allein die im Canon aufgestellten Ausnahmen waren von der Art, daß es im Gerichtsgebrauche leicht wurde, das Gesetz zu umgehen, indem Exceptionen auch später nach der Publikation vorgebracht werden konnten, so oft a) die Parthei nur durch gehörige Protestation sich das Recht vorbehalten hatte, Einwendungen vorzubringen, b) oder wenn sie das juramentum calumniae leistete, oder c) behauptete, daß sie die Einreden erst später erfahren hätte. Verfolgt man die späteren Zeugnisse des Gerichtsgebrauchs aus dem 16ten Jahrhundert, so überzeugt man sich, daß die sub a angeführte Ausnahme allmählig eine neue Regel begründet hatte, nämlich die, daß der Producent eine feierliche Protestation einlegte, wodurch er das Recht, den Einwendungen nach der Publikation der Aussagen vorzubeugen, sich vorbehielt, wie hier Gail³⁰⁾ und Termineus³¹⁾ Formularien angeben. Auch die Reichsgerichte³²⁾ erkannten die Sitte, nach der Publikation der Aussagen Einwendungen vorzutragen. Die Landesprozeßgesetzbücher schwiegen entweder über den Punkt, oder behandelten ihn gleichgültig, und die Prozeßlehrer schwankten häufig³³⁾. Nur wenige Gerichte sind so strenge, die Vorbringung der Zeugen vor der Vernehmung zu fordern, und wenn auch Einwendungen gemacht werden, so wird der Beweis derselben noch nach der Publikation der Aussagen zugelassen, häufig nicht einmal summarisch geführt. Die bessere Praxis fordert wenigstens die Anführung und den Beweis aller Einwendungen, durch welche im Falle der Begründung der Einwendung der Zeuge gar nicht vernommen werden könnte, z. B. wegen Besetzung³⁴⁾.

30) Gail processus judiciar. compendium. p. 218.

31) Termineus proc. pag. 153.

32) Cammergerichtsordnung von 1508. §. 14.

33) s. d. richtige Meinung in Martins Lehrbuche. §. 186.

34) Claprotts Einl. in den bürgerl. Prozeß. §. 263.

Archiv f. d. Civ. Prax. V. B. II. S.

Nach der Praxis einiger Gerichte wird ein Vorbehalt des Rechts, Einwendungen nachzubringen, für nothwendig erachtet³⁵⁾, und wenn die Einwendung irgend zweifelhaft erscheint, geschieht die Zeugenvernehmung mit Vorbehalt der Einrede³⁶⁾.

Die Verschiedenheit des Verfahrens hängt unfehlbar wieder von der allgemeinen Form des Prozesses, ob mündlich oder schriftlich verhandelt wird, ab. Der französische Prozeß, welcher zwar auf Mündlichkeit und Verfahren nach Audienzen gebaut ist, kann deswegen nicht zum Muster dienen, weil hier alles auf die Vernehmung der Zeugen außer der Sitzung vor einem Commissär berechnet ist, und darnach freilich die Zeugenvernehmung *salvis exceptionibus* geschehen muß, weil nur das Gericht über Daseyn und Zulässigkeit der Einwendungen erkennen kann. Sobald aber, was wir als Regel verlangen müssen, die Zeugenvernehmung in der Sitzung vorgeht, muß auch das Verfahren wegen der Einwendungen geändert werden. Am natürlichsten entscheidet hier der Unterschied zwischen Zeugen, welche gar nicht vernommen werden dürfen, entweder wegen entschiedener Unfähigkeit, etwas auszusagen zu können, z. B. Kinder, Wahnsinnige, oder weil das Gesetz ihnen die Fähigkeit, Zeugniß abzulegen, zur Strafe entzogen hat, z. B. bürgerlich Todten, wegen gewisser Verbrechen Verurtheilten, oder bestochenen Zeugen. Solche Zeugen können gar nicht in die Audienz vorgeladen werden; dagegen aber hindert nichts die Vernehmung der sogenannten verdächtigen Zeugen, welche man unfehlbar nicht mit Zustimmung der Gesetze, bei uns in einen Katalog zu bringen beliebt hat. Auch ohne Gesetze verstünde es sich von selbst, daß die Richter, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugen nach allen Umständen zu beurtheilen haben, auch auf alle persönlichen Verhältnisse des Zeugen Rücksicht nehmen müssen, welche mehr

35) Dazg, Grundf. des oedentl. Proz. S. 310.

36) S. B. im hannövr. Proz. Dessenlei, Handb. II. Bd. S. 230.

oder minder Vertrauen zu einem Zeugen begründen, z. B. Verwandtschaft, Abhängigkeit, entferntes Interesse, bisherigen Lebenswandel, Benehmen bei der Aussage. Glaubt die Parthei, gegen welche der Zeuge vernommen werden soll, daß dem Richter ein thatsächliches Verhältniß, dessen Kenntniß auf die Beurtheilung der Glaubwürdigkeit Einfluß hat, vorborgen seyn könne, so mag sie dem Gerichte diese Verhältnisse anzeigen; nach der Verschiedenheit derselben macht sich das Verfahren leicht, und so wie der Producent bei der Mittheilung der sogenannten Beweisartikel die von ihm vorzuschlagenden Zeugen angibt, so kann der Product in seiner Erklärung auf die Artikel alle Einwendungen gegen die Zeugen angeben, mit der Verpflichtung, die Beweise, durch welche er die Thatsachen darthun will, worauf die Einwendungen ruhen, sogleich beizufügen, wenn es schriftliche Beweise sind, oder die übrigen Beweise zu benennen. Das Gericht verfügt hierauf über die Einleitung des Zeugenbeweises. Kömmt es auf Angabe von Gründen an, welche den Zeugen untüchtig machten, so muß sogleich der nöthige Beweis benützt oder geführt werden, und die Beweisführung wird leicht seyn, wenn nach den oben angegebenen Rücksichten die Untüchtigkeitsgründe gehörig beschränkt werden. Wird der Beweis des Grundes als genügend erkannt, so wird der Zeuge gar nicht in die Sitzung geladen, und die Verwerfung wird dem Producenten bedeutet. Kömmt es auf andere Punkte an, die nur auf größere oder geringere Glaubwürdigkeit des Zeugen Einfluß haben, so hängt es vom Ermessen des Gerichts ab, den vorgeschlagenen Beweis des Producten sogleich zu benützen, oder bis zur Audienz zu verschieben. Der vorgeladene Zeuge würde hier zuerst über den vorgegebenen Exceptionsgrund befragt, und dann vernommen. Nach den Vernehmungen sämtlicher Zeugen berathschlagt das Gericht, ob, wenn der Zeuge den Exceptionsgrund leugnete, der Product noch Beweis des Grundes zu führen habe. Hier entscheidet bei der Berathung des Gerichts am besten die Lage der Verhandlungen. Findet

das Gericht, daß ohnehin auf die Aussage des Zeugen nicht viel ankommt, so wird ein Beweis des Exceptionsgrundes überflüssig, ebenso dann, wenn der Hauptbeweis auch ohne den angeblich verdächtigen Zeugen erbracht ist, oder wenn der Exceptionsgrund nie im Wesentlichen nach der ganzen Art der Aussage an der Glaubwürdigkeit etwas ändern wird; und nur dann, wenn die Zeugenaussage wichtig, und der Exceptionsgrund einflußreich ist, kann summarisch der Beweis des letzten benützt werden. Juristen, welche gegen diese Vorschläge Bedenkllichkeiten haben möchten, bitten wir, nur zu erwägen, daß da, wo öffentlich vor den Richtern selbst die Vernehmung aller Zeugen vorgeht, die Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen viel leichter und die Aufsicht von den Einwendungen viel einfacher wird.

§. 8.

Öffentliche Vernehmung der Zeugen in der Sitzung.

Die teutschen Prozeßgesetze kennen die Vernehmung der Zeugen vor einem einzelnen Gerichtsdeputirten, welcher die Aussagen zu Protokoll nehmen läßt, so daß erst, nachdem die Partheien in ihren Disputationschriften sich über die Beweisausführung erklärt haben, die beurtheilenden Richter, welche bei der Zeugenvernehmung selbst nicht gegenwärtig waren, auf den Grund der Protokolle über den geführten Beweis entscheiden. Auch der französische Prozeß, ungeachtet er auf Öffentlichkeit beruht, hat nach verschiedenen Versuchen das inconsequenteste System erwähnt, die Zeugen von einem Deputirten vernehmen zu lassen, so, daß das Tribunal nur über die Acten entscheidet. Wir behaupten, daß die wahre Öffentlichkeit der Rechtspflege ihre Grundbedeutung gerade bei dem Zeugenbeweise erhält, und nicht besteht, wenn nicht die Zeugen in der Audienz vor dem urtheilenden Gerichte vernommen werden. Während das Gericht durch Schriften von den Anträgen und Behauptungen sich vollständig unterrichten kann, weil es hier auf die Art des mündlichen Vortrags nicht an-

kommt, ist es bei dem Zeugenbeweise unmöglich, über das Gewicht der Zeugenaussagen, über die Glaubwürdigkeit der Zeugen zu entscheiden, wenn nicht der Urtheilende den Zeugen aus sagenden selbst gesehen und gehört hat, und wenn je von der Totalanschauung, die nur die Oeffentlichkeit gewähre, die Rede seyn kann, so ist dies hier der Fall. Dies führt uns zu einem eingewurzelten Irrthume, welcher eine gesetzliche Beweis theorie für möglich hält, so daß nur eine gewisse Zahl und das Materielle der Zeugenaussagen für den Richter entscheiden könne, und annimmt, daß das Gesetz im Stande sey, den Grad des Beweises in jedem Falle mathematisch genau voraus zu bestimmen, daher man von halben, viertel und drei viertel Beweise zu sprechen beliebte. Diejenigen, welche den gemeinen Prozeß mit einer solchen Beweis theorie bereichert haben, mögen doch die Gesetze angeben, worauf sie dieselbe zu gründen behaupten. Nicht eine bestimmte Zahl von Zeugen macht vollen Beweis, sondern nur nach dem ganzen Zusammenhange aller auf die Glaubwürdigkeit eines Aussagenden einwirkenden Umständen hat der Richter zu ermessen, in wie ferne er den Zeugenaussagen trauen will. Dies ist die entschiedene Rechtsansicht im römischen Prozesse; daher verlangt Modestin ³⁷⁾ *genau fidem, dignitatem mores gravitatem* der Zeugen zu erforschen; ähnliche Ermahnungen gibt der Jurist Callistratus ³⁸⁾ und Hadrian ³⁹⁾; rescribirt, daß nur der Richtende (welcher die Zeugen selbst vernommen habe) ihre Glaubwürdigkeit beurtheilen könne, indem dadurch geprüft werden könne, *utrum unum eandemque meditatam sermonem attulerint, an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderunt; darum gestehet : quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei suf-*

37) l. 2. D. de testibus.

38) l. 3. D. h. t.

39) l. 3. §. 1. d.

ficiant, nullo certo modo satis definiri potest; daher weist er den Richter an: ex sententia animi tui te aestimari oportet, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris; daher erklärt derselbe Kaiser, daß er nur den Zeugen, nicht den Aussagen traue, und selbst die Zeugen deswegen vernehmen müsse; daher erklärt er einem anderen: alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum, quae recitari solent; und in diesem Geiste warnt das Gesetz ⁴⁰⁾, nicht auf die Zahl, sondern auf die innere Glaubwürdigkeit der Zeugen Rücksicht zu nehmen. Alle diese Stellen verfehlten aber ihre Warnung, und man behauptete sogar: zwei Zeugen machen vollen Beweis, römisches, canonisches Recht und Bibel mußten dieß darthun, und doch sagen die biblischen Stellen ⁴¹⁾: in dem Munde zweier oder dreier Zeugen soll die Sache bestehen, das canonische Recht forderte im Sinne der Bibel: non minus quam duorum vel trium virorum ⁴²⁾, und von den angeblichen römischen Stellen sagt eine ⁴³⁾ nur, daß, wenn in der vielfachen Zahl Zeugen (ohne Beifügung der Zahl gefordert werden, zwei hinreichten (man sieht, daß hier gar nicht allein vom Prozesse die Rede ist), und die andere ⁴⁴⁾ erklärt sich mehr negativ, daß einem einzigen Zeugen nicht geglaubt werden soll. Erst durch das geheime Verfahren, als die Richter nicht mehr die Zeugen selbst sahen und hörten, als nur Protokolle vorgelegt wurden, mußte die trockene kalte Aussage, und nicht mehr der Zeuge entscheiden ⁴⁵⁾, die sonst dem Richter zu Gebote stehen:

40) l. 21. §. 3. D. de testib.

41) IV. Buch Mos. cap. 35. v. 30. V. Buch. c. 17. v. 7. cap. 19. v. 15.

42) c. 4. 5. 10. X. de testib. et attest.

43) l. 12. D. de testib.

44) l. 9. §. 1. Cod. de testib.

45) Meyer, esprit origine et progrès des institutions judiciaires. Vol. III. p. 251.

den Mittel fehlten und starre Regeln über Zahl und Grad konnten nicht ausbleiben, man vergaß, daß die Kraft des Beweises nicht von der Aussage allein, sondern von dem Urtheile über die Glaubwürdigkeit der Zeugen abhängt 46). Der Irrthum der Beweisraft von zwei Zeugen war so fest eingewurzelt, daß selbst dem französischen Prozesse gegen die richtige Meinung 47) einiger Juristen 48) eine gesetzliche Beweisrafftheorie und den Satz der zwei Zeugen unterscheiden wollten. Es ist eine Selbsttäufchung, wenn man eine strenge Beweisrafftheorie im gewöhnlichen Sinne für möglich hält. Der Grad der Beweisraffkraft eines Zeugen hängt von einer Menge von Nebenumständen, von dem Grade der Erziehung, vom Verstande, der Treue des Gedächtnisses, der Bestimmtheit des Zeugen ab. Wie viel entscheidet das Benehmen des Zeugen, die Ruhe, Fassung, oder leidenschaftliche Unruhe, der Ausdruck seines Gesichtes, der Ton seiner Stimme! Nur die Selbstbeobachtung des Zeugen durch den urtheilenden Richter macht demselben Urtheil über den Zeugen möglich 49). Vergebens hofft man, daß diese Nebenumstände durch das Vernehmungsprotokoll treu aufgefaßt werden können; nicht der Zeuge, nur seine Aussage, und zwar häufig, wie sie durch das Medium des vernehmenden Richters in das Protokoll kam, steht vor dem nach Akten entscheidenden Richter. Vergebens hofft selbst der Gesetzgeber, daß er durch seine Beweisregeln das Ermessen des Richters ausgeschlossen habe, und was die Justiz-Immediatecommission in Bezug auf den Strafprozeß nachgewiesen hat, leidet ebenso hier Anwendung. Mag auch der

46) s. auch Falk, in den Kieler Beiträgen 1821. 2r Bd. S. 262.

47) Locré, esprit du Code de procedure. Vol. I. p. 453. Toul-lier, droit civil, Tom. IX. p. 419—428.

48) J. B. Duranton, traité des obligations. Tom. IV. p. 448.

49) Bellot, exposé des motifs de la loi sur la procedure civile sur le Canton de Geneve. pag. 125.

Gesetzgeber erklären: zwei Zeugen reichen zum Beweise hin, so muß er doch wohl voraussetzen oder aussprechen: glaubwürdige Zeugen; ob aber der Zeuge glaubwürdig sey, ob seine Aussage bestimmt oder innerlich wahrscheinlich war, hängt doch vom Ermessen des Richters ab. Nur öffentliche Vernehmung der Zeugen in der Sitzung des Tribunals entspricht dem Zwecke der Gerechtigkeit und der Erforschung der Wahrheit; nur sie macht es den Richtern möglich, die Zeugen wahrhaft zu beurtheilen, durch Fragen unvollständige Aussagen zu vermeiden, jeden Zweifel zu heben, und insbesondere bei dem Widerstreit der Zeugenaussagen jene ungenügenden Regeln zu vermeiden, welche der teutsche Richter für diesen Fall anwenden muß. Es gehört zu den größten Lücken und Inconsequenzen des französischen Processes, daß dort die Zeugen nicht in der Sitzung des Tribunals vernommen werden, und nur der dem französischen Codex nachgebildete Codex für Geneve hat die Inconsequenz vermieden, und öffentliche Vernehmung in der Sitzung eingeführt ⁵⁰⁾. Man darf nur die Berathungen verfolgen, welche über Einführung des öffentlichen Zeugenverhörs in Frankreich statt fanden, um sich zu überzeugen, wie leichtsinnig man verfuhr ⁵¹⁾; der Redner, welcher die jetzige Art vertheidigte, erklärte nur, daß die entgegengesetzte Methode nicht ohne Schwierigkeiten wäre, man berief sich auf die Erfahrung, welche Mißbräuche der öffentlichen Vernehmungen aufgezeigt hätte, und vergaß, daß in summarischen Sachen immer, auch nach 1667 die Vernehmung der Zeugen in der Audienz galt, und immer als eine treffliche Einrichtung gerühmt wurde. Noch jetzt besteht in den summarischen Processen diese Methode in Frankreich, und dort, wie im Criminalproceß, wird sie als zweckmäßig allgemein anerkannt. Wenn der Redner die Öffent-

50) B. llot, exposé des motifs. p. 130.

51) Locré, esprit du Code de proced. ad art. 261.

lichkeit durch die Erklärung angriff: le desordre que cause necessairement dans l'esprit du temoin l'appareil dont il est environné, est peu propre au recueillement qui lui est necessaire pour rendre compte des faits, la crainte de se tromper peut lui imposer silence sur les circonstances peut être les plus interessantes, murmure qui s'éleve, autour de lui le deconcerte, l'amour propre s'excite etc., so nennt Toullier ⁵²⁾ mit Recht dieß eine durch die tägliche Erfahrung der Vorgänge bei den Affenshöfen widerlegte Deklamation. Die Motive der hessischen Prozeßordnung ⁵³⁾ gestehen, daß die Vernehmung in der Audienz passender wäre, sie finden aber eine Schwierigkeit, weil die Protokollirung der Aussagen doch wegen der Rechtsmittel, nothwendig aber wegen der Zeit, die sie in Anspruch nehmen, nicht ausführbar sey.

Der Verfasser dieses Aufsatzes hofft in einem späteren Aufsätze beweisen zu können, daß ohnehin die Appellation nur gestattet seyn soll, wenn der Appellant die Beschwerde darauf gründet, daß die Thatfachen irrig beurtheilt oder falsche Rechtsgrundsätze angewendet seyen, weil sonst, wo der Appellant über die unrichtige Annahme des Beweises im ersten Urtheile sich beschwert, consequent auch die Zeugen in die Sitzung des Appellationsrichters geladen werden müßten; und nach dieser Ansicht siele ohnehin die Einwendung weg; aber auch abgesehen davon, ist es doch nicht so schwierig, die Hauptausagen von einem geschickten Gerichtsschreiber zu Protokoll nehmen zu lassen; und wenn auch mehr Audienzen nothwendig werden, so mag der Gesetzgeber erwägen, was die Motive zum Prozeß-Codex von Geneve ebenso wahr als geistreich bemerken ⁵⁴⁾: Heureux les juges, si en consacrant quelques instans de plus à leurs laborieuses

52) Code civil. Tom. IX. pag. 438.

53) 2tes Heft. S. 112.

54) Exposé des motifs. p. 136.

fonctions ils parviennent à aquerir sur les faits litigieux cette conviction que le mode actuel, leur a permis si rarement d'atteindre et à dissiper entierement ce doute qui est un poids pour leur conscience.

Will man noch, was in Frankreich geschehen ist, als Einwendung den Umstand geltend machen, daß durch diese neue Methode den Zeugen eine zu große Last aufgebürdet würde, indem die Vernehmung in der Sitzung länger dauerte, und selbst die Oeffentlichkeit beschwerlich wäre, so darf von dem allmählig sich entwickelnden Sinne der Bürger für die Angelegenheiten des Vaterlandes und für Erfüllung der Bürgerpflichten, von der Achtung der Publicität erwartet werden, daß kein Zeuge das für eine Last halte, was er als Mittel der Entdeckung der Wahrheit erkennt und im nächsten Falle zu seinem Besten von seinem Mitbürger verlangen kann. Daß die Vernehmung in der Sitzung mehr Zeit fordere, als die vor dem Deputirten (vorausgesetzt, daß dieser seine Pflicht thut und genau verhört), ist nicht einzusehen. Unfehlbar ist dem teutschen Prozesse die größte Verbesserung von dem Momente zugeflossen, als die Zeugenvernehmungen öffentlich in der Audienz vorgehen werden.

§. 9.

Vernehmung der Zeugen in Gegenwart der Partheien.

Nicht weniger Bedenken findet man noch häufig gegen die Zulassung der Partheien bei der Zeugenvernehmung. Unfehlbar ist die geheime jetzt noch geltende Form nur durch Mißverständniß der l. 14. Cod. de testibus durch den Uebergang des Irrthums in das canonische Recht, durch die sonderbare Analogie des Beichtvaters, der mit dem Beichtkinde allein sey, und durch Ausbildung des geheimen Verfahrens überhaupt entstanden. Erst der preussische Prozeß hat den Partheien dieß mit Unrecht ihnen im teutschen Verfahren entzogene Recht wieder gegeben; neuere Gesetzgebungen haben auf verschiedene Art sich geholfen. Die westphälische Prozeß-

ordnung ⁵⁵⁾ hat inconsequent genug die Vernehmung der Zeugen nur in Gegenwart der Anwälde, nicht aber der Partheien gestattet; auf gleiche Art hat Engelhard in seinem Entwurfe ⁵⁶⁾ die Vernehmung vorgeschlagen, und das württembergische Edict ⁵⁷⁾ läßt nur Anwälde aber nicht die Partheien zur Vernehmung. Die Gründe, durch welche das geheime Verhör gerechtfertigt werden soll, liegen theils in der Besorgniß, daß die Gegenwart der Partheien oder ihrer Anwälde leicht auf die freie Aussage der Zeugen einwirken könne, und daß die Prozeßkosten beträchtlich vermehrt würden, wenn Anwälde gegenwärtig seyn dürften ⁵⁸⁾. Für die Entfernung der Partheien und Zulassung der Anwälde gibt man an, daß die Partheien oft gar nicht würden zum Schweigen zu bringen seyn, daß sie die Zeugen irre machen, schüchternen Zeugen ihre Freimüthigkeit rauben würden, während durch Gegenwart der Anwälde hinreichend gesorgt wäre, da sie, von dem Streite völlig unterrichtet, jeden Zweifel lösen und erläuternde Fragen dem Richter an die Hand geben könnten: Alle diese Bedenklichkeiten widerlegen sich leicht, am wenigsten kann die angebliche Kostenvermehrung in Betrachtung kommen, da sie nur wenig beträgt, und die Partheien, welchen Zweck wollen, auch die Mittel hierzu sich gefallen lassen müssen. Wenn man sich auf die angebliche Freiheit beruft, welche den Zeugen in der geheimen Vernehmung gesichert würden, so besteht diese Freiheit, wie Bellot ⁵⁹⁾ trefflich sagt,

55) Art. 204.

56) Seite 162.

57) Rom, 31. Dec. 1818. §. 108.

58) v. Gönner, Motive zum Prozeßgesetzbuche. S. 490. In dem Commentar zu dem baier. Gesetze von 1819. S. 494, erklärt sich jedoch der ausgezeichnete Prozeßkenner selbst für die Gegenwart der Partheien.

59) Exposé des motifs. p. 123.

darin, daß der Zeuge sagen darf, nicht was er weiß, sondern was er will. Der als Zeuge geheim vernommene Lügner hat freilich nicht die unangenehmen Einwendungen der Gegenpartei, und die Kritik eines strengen Publicums zu besorgen. Es gibt zweierlei auf den Zeugen einwirkende Motive, einige wohlthätig zur Wahrheit antreibende, wie das Gefühl der Religion und der Ehre, andere verführerische, welche vom Wege der Wahrheit ablocken. Die Aufgabe des Gesetzgebers besteht darin, die ersten zu wecken, und die zweiten zu entfernen; die geheime Vernehmung öffnet dagegen den zweiten Thür und Thor, und Haß, Eifersucht, Bestechung und Interesse entfalten sich herrlich unter dem Mantel der Nacht, welcher die Vernehmung bedeckt, während die Oeffentlichkeit alle nachtheiligen Einflüsse entfernt. Welche unwürdige Vorstellung von der menschlichen Natur liegt einer Gesetzgebung zum Grunde, die mit einer erbettelten Wahrheit, welche das Licht scheut, sich begnügt! Welch ein verächtlicher Zeuge ist derjenige, der nur hinter dem Rücken des Andern wahrhaftig ist, welchem man zutraut, er möge weniger wahr seyn, wenn er die Wahrheit offen aussprechen soll! Welche Gesetze, ruft v. Feuerbach ⁶⁰⁾, die, indem sie auf solche Weise die Feigheit des Charakters berücksichtigen, eben diese Feigheit, und mit dieser Zweideutigkeit Lücke und Falschheit hegen und nähren. Besorgt man aber etwas von der Schüchternheit des Zeugen, welcher in Verlegenheit käme, der Partei die Wahrheit ins Gesicht zu sagen, so vergesse man nicht, daß doch am Schlusse, auch im gemeinen Prozesse, derjenige, gegen welchen der Zeuge zeugte, die Aussage erfährt, und daher der Unannehmlichkeit nicht ausweichen kann ⁶¹⁾. Will man die Parteien entfernen, und nur die Anwälde zulassen, weil die Parteien nicht leicht zum Schweigen zu bringen seyn

60) Betrachtungen über Oeffentlichkeit. S. 107.

61) Motive zu dem Gesetzbuche für Preußen. 1. Thl. S. 108. v. Gönner, Commentar. zum bair. Gef. S. 195.

würden, so begreift man schwer dieß Mißtrauen der Gesetzgebung auf sich selbst; in den Sitzungen der Appellhöfe muß der Angeklagte Zeugnisse gegen sich hören, deren Inhalt ihn auf das Schaffot bringt, und Niemand hat dort eine Bedenklichkeit darüber, daß der Angeklagte nicht zum Schweigen gebracht werden könnte. Ein kräftiger Richter wird die Mittel leicht finden, die vorlauten Aeußerungen der Parthei zu unterdrücken. Sehr wenig mag aber auch diese neue Ansicht einer Gesetzgebung entsprechen, welche eben die sogenannte gefährliche Advokatenherrschaft verbannen, und persönliche Erscheinung der Partheien begünstigen, die Nothwendigkeit der Advokaten entfernen will, und gerade bei dem Hauptpunkte, wo die Parthei am meisten interessiert ist, sie entfernt und dagegen nöthigt, einen Advokaten anzunehmen. Auch ist es Täuschung, daß der Anwalt eben so gut als die Parthei dem Richter die aufklärenden Fragen angeben kann; nur derjenige, welcher mit den genauesten Nebenumständen des Falles aus eigener Erfahrung vertraut ist, kann dieß thun; eine vollständige Instruktion des Advokaten hierzu ist unmöglich. Die Parthei hat endlich auch das Recht, den Zeugen selbst zu sehen und zu hören, weil davon die Glaubwürdigkeit des Zeugen abhängt. Nur öffentliche Vernehmung des Zeugen vor versammeltem Gerichte und in Gegenwart der Partheien entspricht der Gerechtigkeit, wird für den Staat eine Bürgschaft der Wahrheit der Aussagen, für die Richter das einzige Mittel, ein gerechtes Urtheil zu fällen, für die Partheien das Mittel, ihre Rechte zu sichern, und auf eine leicht vom Gesetze zu controlirende Art zur Erforschung der Wahrheit mitzuwirken. Daß jeder Zeuge einzeln vernommen wird, daß die Parthei den Zeugen während der Aussage nicht unterbrechen darf, sind von selbst sich verstehende Vorschriften.

§. 10.

Benützung des Zeugenbeweises.

Der deutsche Prozeß läßt aus allen Zeugenvernehmungen zusammen eine Sammlung aller zusammengehörigen Aussagen

nach der Reihenfolge der Artikel in einem sogenannten Notul verfertigen, setzt dann Termine zur Publikation der Aussagen an, und gibt den Partheien das Recht, in sogenannten Disputationsschriften die Resultate des geführten Beweises zu benützen, und günstig für sich darzustellen. Der französische Prozeß gewährt dem Zeugenbeweiskührer die Abschrift der Protokolle, ohne daß das Gericht von ihrem Inhalte früher etwas erfährt, bis die Parthei, welcher am meisten daran liegt, wieder eine Sitzung betreibt, den Gegner vorladen läßt, worauf vor versammeltem Gerichte die Zeugenaussagen vorgelesen werden, und die Partheien ihre aus den Aussagen abzuleitenden Ansprüche und günstigen Resultate dem Gerichte in den Plaidoirien vorlegen.

Eine Umgestaltung muß die Einrichtung erhalten, wenn die Zeugen öffentlich vor dem Tribunal und den Partheien vernommen werden, und der Code von Geneve ⁶²⁾, welcher dieß gebietet, läßt daher die Partheien sogleich nach den Zeugenaussagen darüber plaidiren, weil, wie die Motive sagen ⁶³⁾, hier der Eindruck der Aussagen noch lebendig haftet und den Advokaten das Mittel geraubt ist, den Sinn und Inhalt der Zeugenaussagen zu verdunkeln. Gewiß scheint, daß eigene Schriften über die Resultate der Aussagen unnöthig, und mündliche Verhandlungen völlig sichernd sind; nur möchte es in vielen Fällen sehr hart seyn, die Advokaten sogleich nach gehörten Zeugenaussagen zum Plaidiren anzuhalten, da die Eindrücke noch zerstreut im Geiste haften, da es schwierig seyn würde, sie so schnell zu ordnen und passend zusammenzustellen, da es den Advokaten nicht verwehrt seyn kann, sich erst mit der Parthei über manche Punkte zu benehmen, auch aus der Einrichtung des Strafprozesses, in welchem zwar sogleich nach der Verhandlung in der nämlichen Sitzung plaidirt wird, nichts für den Civilprozeß folgt, indem der Vertheidiger im Crimi-

62) Art. 191.

63) Exposé des motifs. p. 131.

nalprozesse sich sehr gut voraus vorbereiten konnte, da die in der Sitzung vernommenen Zeugen schon in der Vorverhandlung vernommen waren, und die darüber geführten Protokolle von dem Defensor vorher benützt wurden. Am zweckmäßigsten möchte es seyn zwar als Regel die Plaidoirie sogleich nach der Vernehmung auszusprechen, es aber von dem Gerichte abhängig zu lassen, ob dasselbe wegen Weitläufigkeit der Beweise, wegen besonderer Verhandlungen, etwa nöthiger Beweise von Einwendungen einen folgenden Sitzungstag hierzu bestimmen will. Wenn aber auch das schriftliche deutsche Verfahren beibehalten werden sollte, so ist doch sehr die Abschaffung des Zeugenrotulus zu wünschen. Das Ganze ist eine kostspielige, mechanische, zeitraubende Arbeit der Canzlei, ist unnüthig, da alles schon in den Protokollen steht, ist gefährlich, weil leicht Irrthümer beim Abschreiben, das ungebildeten Schreibern anvertraut wird, sich einschleichen, und vorzüglich deswegen zu verbannen, weil nur zu leicht nach alter Erfahrung die Referenten den ihnen bequemen Rotulus benützen, daher dem Schreiber vertrauen, statt die Originalprotokolle selbst zu lesen, und daraus die Auszüge zu machen ⁶⁴⁾.

64) Gegen den Rotulus s. Bemerkungen in Reibentz's Ideal einer Gerichtsordnung. 1. Thl. S. 308. v. Gönner, Motive z. Prozeßgesetzb. S. 492. Commentar zum bayerischen Gesetz. S. 199. Heffische Motive. I. S. 116.

VII.

Ueber das Pfandrecht der Legatäre.

Von L ö h r.

Im alten Rechte traten sehr verschiedene Wirkungen ein, je nachdem Etwas unter der Form eines Legates oder der eines Fideicommisses hinterlassen war: je nachdem diese oder jene Formel bei Hinterlassung eines Legates war gebraucht worden ¹⁾. Auf diese Formen soll es nach der c. 1. C. 6, 43. weiter nicht mehr ankommen. Vielmehr soll ein jedes Legat, so wie das Fideicommis dieselben Wirkungen erzeugen können, namentlich eine actio personalis ex testamento, eine actio in rem und eine hypothecaria actio ²⁾. Zugleich wird die ehemals bei bedingten Legaten und Fideicommissen vorgekommene missio legatorum servandorum causa, welche durch das allgemein gestattete Pfandrecht und noch mehr durch c. 3. C. 6, 43. überflüssig geworden, aufgehoben ³⁾.

1) Gajus II. §. 191—289. v. Grolman und v. L ö h r Magazin B. 4. [2]. §. 1. nr. VI. 1. S. 78.

2) v. Grolman und von L ö h r, Magazin. Bd. 4. [2]. Heft. 1. nr. VI. 3. S. 85. Die durch die angeführte c. 1. angefangene Gleichsetzung der Legate und Fideicommiss wurde bekanntlich durch die c. 2. C. 6, 43. vollendet.

3) v. Grolman und v. L ö h r, Magazin. B. 3. [1]. §. 2. nr. VII. S. 195. — Glück (ausführliche Erl. der Pand. B. 19. S. 166. Not. 6^a) und die von ihm Angeführten wollen unter der von Justinian aufgehobenen missio nicht die missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa

Ueber den ganzen Inhalt dieser Stelle reden zu wollen, kann hier um so weniger die Absicht seyn, da ich schon an andern Orten von einem Theile desselben geredet habe. Nur von dem, durch diese Constitution eingeführten, gesetzlichen Pfandrechte soll gesprochen werden, und auch hiervon nur in so fern, als nach den neuern Untersuchungen noch Zweifel übrig zu seyn scheinen.

Die hierher gehörigen Worte der Verordnung *Justinianus* sind die folgenden:

— — *Rectius igitur esse censemus — — omnibus tam legatariis, quam fideicommissariis — — insuper utilem servianam, id est hypothecariam super his*

verstehen, sondern eine eigene Art von *missio*, welche zu Gunsten des Fideicommissar statt gefunden habe, wenn die mit dem Fideicommiss beschwerte Sache von dem Erben veräußert worden sey. Diese *missio* habe dem Fideicommissar dieselbe Sicherheit gegeben, wie die *vindicatio* dem Legatar. Gewiß auffallend müßte ein solches Rechtsmittel seyn, welches das Fideicommiss selbst vor dem *per vindicationem legatum* begünstigte und bei allen andern Arten von Legaten, denen ebenfalls die *vindicatio* mangelte, hinwegfiel: daß es nie statt gefunden habe, kann als gewiß angenommen werden. Wir finden nicht entfernt eine Spur, welche auf so etwas Außerordentliches zurückführte. Zwar beruft man sich auf *Paulus* [IV. 1. §. 15. 17.], allein dieser spricht nur von der bei allen bedingten Legaten und Fideicommissen vorkommenden *missio*, welche auch gegen den Dritten, der atypisch in den Besitz einer Erbschafts Sache kam, statt fand, fr. 8. D. 36, 4. — c. 6. C. 6, 54. und nach sechs Monaten auf die Sachen des Erben erstreckt werden konnte. fr. 5. §. 15. D. 39, 4. — c. 6. C. 6, 54. — Gewiß würde dieser achtungswerthe Gelehrte und seine Gewährsmänner nie zu einer solchen Behauptung gekommen seyn, wenn sie nicht die im angeführten Magazin B. 3. [1]. S. 2. nr. VII. S. 6. herausgehobene Eigenthümlichkeit von *Justinianus* Compilation übersehen hätten. In wie fern *Schweyze* (Pand. 2. Aufl. S. 902. Not. 14.) und der von ihm angeführte *Water* [obs. II. 5.] mit Glück übereinstimmen, dieß kann ich nicht genau beurtheilen, da ich das zuletzt genannte Werk nicht besitze.

quae fuerint derelicta, *in res mortui* praestare. Cum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt: non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare actionem, quae etiam nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa de reliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant: apparet ex ejus voluntate etiam praefatas actiones *contra res testatoris* esse instituendas, ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat: et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. *Et haec disposuimus non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum, vel fideicommissum: sed et si a legatario vel fideicommissio vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur.* Cum enim aliter non valeat, nisi aliquid lucri adferat *ei, a quo derelictum est: nihil est grave, etiam adversus eum, non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam* extendere actionem *in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit: et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso rerum: sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.*

Durch diese Verordnung scheint deutlich allen Legatarren und Fideicommissaren ein gesetzliches Pfandrecht an Demjenigen, aber auch nur an Demjenigen, gegeben zu seyn, das der Beschwerte von dem Erblasser erhalten hat.

Hiernach scheint es nicht zu bezweifeln, daß dieses Pfandrecht nicht allein zum Vortheile des legatarius und fideicommissarius singularis, sondern auch zum Vortheile des heres fideicommissarius statt finde ⁴⁾; auch würden, wie ich glaube, nie Zweifel darüber statt gefunden haben, wenn nicht die eigentliche Bedeutung unserer Constitution für die Lehre von den Legaten und Fideicommissen häufig unvollständig aufgefaßt und eine spätere Verordnung Justinians ⁵⁾ mißverstanden worden wäre. Hiernach soll in einem einzelnen Falle dem heres fideicommissarius ein Pfandrecht neu gestattet, und auf diesen das zum Vortheile der Legate eingeführte Pfandrecht ausgedehnt worden seyn. Daß die erste Verordnung also nur auf Legate gehe, sey vollkommen klar. — Bei diesem ganzen Raisonnement scheint man zu übersehen erstenß, daß die Wiederholung einer Verfügung noch kein argumentum a contrario dafür begründe, daß es ehemals anders gewesen, sodann zweitenß die Eigenthümlichkeit des in der Novelle geregelten Falles. Die Novelle spricht von dem Falle, wo der Fiduciar nur das herausgeben soll, was nach seinem Tode von der Erbschaft übrig ist. In diesem Falle hatte der Fideicommissar nach altem Recht gar keinen festen Anspruch auf irgend Etwas, also auch begreiflich kein Pfandrecht und kein Recht auf cautio fideicommissaria. Durch diese Verordnung bekommt er erst ein festeres Recht auf den vierten Theil der Erbschaft und zu

4) v. Grolman und v. Löhr Magazin. IV. [II.] S. 85—100.

5) — Si vero contigerit quartam, et non habeat ad supplementum aliam substantiam: tunc damus ei et contra emtores, aut aliter accipientes res, in rem, et hypothecas ex auctoritate hujus legis, ut liceat complere sibi fideicommissum ex rerum vindicatione: hoc quod in legatis jam dedimus, et ex constitutione in rem ei donantes, et fideicommissi persecutionem. Unde et cautionem fideicommissarius dabit, non minus quartam servare... Nov.108. c.2. S. a. Julian [const. 91. Nr. 363.]

gleich die angegebenen Rechte. — Wie wenig aus dieser Verordnung gefolgert werden könne, dieß geht schon daraus hervor, daß ein ähnliches fideicommissum singulare ebenfalls vorkommen kann, und alsdann ohne Anstand ebenfalls nach der Novelle beurtheilt werden muß. Mit gleichem Rechte würde sich also hieraus folgern lassen, daß nur bei Legaten, nicht aber bei Singular-Fideicommissen die c. 1. C. 6, 43. Anwendung leide. Wie dieß zu dem Inhalte dieser Constitution und der c. 2. C. eod. passe, bedarf wohl keiner Ausföhrung.

Daß dieß Pfandrecht auch zum Vortheile des m. c. Beschenkten statt finde, dieß wird nirgends gesagt, wohl aber von den meisten Juristen angenommen, weil die m. c. donatio in ihren Wirkungen den Legaten gleichgesetzt ist 6). So wenig sich, meiner Ansicht nach, mit Grund Etwas gegen diese Ansicht sagen laßt; so gewiß ist es, daß sie in hundert Fällen zu keinem Resultate führt, weil bei m. c. donationes die Uebergabe hinzu zu kommen pflegt.

Daß, ausser dem Tode des Testators, der Gültigkeit und Wirksamkeit des Legates zur Existenz dieses Pfandrechts noch Etwas vorausgesetzt werde, dieß sagt die Verordnung nicht; es scheint daher völlig willkürlich, noch besondere Voraussetzungen zu verlangen. Am wenigsten scheinen die Bedingungen und der Gebrauch des Separationsrechts erforderlich zu seyn, da durch dieses im Grunde schon vor Justinian dasselbe erreicht werden konnte, was das Pfandrecht gewährt, d. i. der unbedingte Vorzug vor Allen, die keine Erbschafts-Gläubiger sind. Eine andere, erst unten zu erörternde, Frage ist es, ob das Separationsrecht, auch nach Justinian's Verordnung, dem Legatar noch Nutzen gewähren könne oder nicht?

6) c. 4. C. 8, 57. — §. 1. J. 2, 7. Anderer Meinung ist Faber, err. prag. 48. er. 9. Dieser hat jedoch übersehen erstens, daß seit c. 35. C. 8, 51. das pactum de donando schon wirksam ist, und zweitens, daß ungiltige m. c. donationes als Fideicommissa erhalten werden können.

Ueber das Datum dieses Pfandrechts bestimmt das Gesetz nichts. Daher sind hier die Meinungen der Juristen getheilt. Einige rechnen es vom Tode des Erblassers, andere vom Augenblicke des provisorischen Erwerbs des Legates, noch Andere vom Augenblicke der angetretenen Erbschaft. Da die Erbschaftsantretung auf den Augenblick des Todes zurückgezogen wird ⁷⁾, so scheint die erste Meinung die richtigere zu seyn.

Der Gegenstand dieses Pfandrechts ist das, was der Beschwerte von dem Erblasser erhält, also nicht das eigene Vermögen des Gravatus, nicht, was an einen Nichtbeschwerten von dem Erblasser kömmt, sey dieß nun mittelbar oder unmittelbar, titulo universali oder singulari, gehe es durch die Hände dieses Beschwerten oder nicht. Geht man von diesem Gesichtspunkte aus, so muß, wenn verschiedenen Honorirten verschiedene Legate aufgelegt sind, die Portion eines Jeden nur für die ihm aufgelegten Legate haften. Eine nothwendige Folge hiervon scheint es zu seyn, daß, wenn Mehreren zusammen die Auszahlung eines Legates aufgelegt ist, die Portion eines Jeden nur für denjenigen Antheil verpfändet ist, den er auszuführen hat, nicht aber für die Antheile der Uebrigen: denn nur in Rücksicht auf seinen Antheil ist er als gravirt zu betrachten.

Die Richtigkeit dieser Ansicht geht sehr einfach aus der Natur der Obligationen überhaupt und der s. g. obligatio pro rata insbesondere hervor. So wie es zum Wesen einer obligatio gehört, daß wenigstens zwei Personen, die Person eines Creditor und eines Debitor, vorhanden sind, ebenso gehört es zu ihren Eigenthümlichkeiten, daß eigentlich nur zwei Personen dabei vorkommen. So sind namentlich bei der sogen. obligatio pro rata im Grunde so viele Obligationen, als Creditoren oder Debitoren sich finden ⁸⁾. Dieß zeigt sich

7) fr. 54. D. 29, 2. — fr. 193. D. 50, 17.

8) fr. 11. §. 1. 2. D. 45, 2. Bei der correalis obligatio gilt dasselbe, nur daß die mehreren Obligationen in der Verbindung

am deutlichsten darin, daß selbst da, wo ursprünglich nur eine obligatio vorhanden war, im Fall einer Vererbung diese in so viele einzelne, völlig unabhängige, Obligationen gespalten wird, als Erben vorhanden sind ⁹⁾. Das mehreren pro rata aufgelegte Legat ist also eigentlich nicht ein Legat, sondern es besteht aus mehreren, der Kürze der Bezeichnung wegen zusammengefaßten, von denen ein jeder der Gravirten Einß, aber nur Einß zu bezahlen hat. Es kann also dieser Fall nicht anders beurtheilt werden, als wie der, wo mehreren Honorirten, jedem ein anderes Legat aufgelegt ist.

Diese Folgerungen werden unbedingt durch die Schlussworte unserer Constitution (In omnibus — pervenerint) bestätigt ¹⁰⁾ und sind von jeher im Allgemeinen als richtig anerkannt worden. Nur wenige Stimmen sind früher dagegen erschollen ¹¹⁾. Da jedoch diese in neuerer Zeit von sehr achtungswerthen Männern für nicht unbedeutend erklärt worden sind ¹²⁾, so lohnt es sich der Mühe, die angeführten Gründe genauer zu beachten.

sehen, daß die Existenz der einen präjudicial ist für die Existenz der andern — Bei accessivischen Obligationen, namentlich bei den Intercessionen, ist die Haupt- und Neben-Obligatio verschieden. — Bei Obligationes in solidum, die nicht correales sind, sind deutlich social Obligationen, als sich Debitoren finden.

9) fr. 25. §. 9. 13. D. 10, 2. — c. 26. C. 2, 3. — c. 6. C. 3, 36. — c. 1. C. 4, 2. — c. 10. C. 6, 30. — c. 1. 2. C. 8, 32. — c. 1. C. 8, 36. Daher fr. 2. §. 5. fr. 4. pr. fr. 25. §. 1. D. 10, 2.

10) Nicht weniger bedeutend sind die Worte: cum enim — consecutus est.

11) *Raguellus* ad L. 1. C. communia de legatis (in comment. ad Const. et decis. Justiniani). — *Becker*, prolus. acad. de actione hyp. legatariis ex L. 1. C. com. de legat. contra coheredes competente non ipso jure divisa. Gryph. 1767.

12) v. Ende, vermischte juristische Abhandlungen. Hannover 1816,

Diese sind die folgenden:

- 1.) Es sey allgemeiner Grundsatz, *causa pignoris est individua*. Die von mir vertheidigte Ansicht enthalte eine Ausnahme von dieser Regel. Da nun diese Ausnahme nicht deutlich in dem Gesetze ausgesprochen worden, auch neue Gesetze strict zu interpretiren seyen, so müsse auch hier die Untheilbarkeit der Pfandklage angenommen werden.

Dieses Argument scheint auf einer doppelten unrichtigen Voraussetzung zu beruhen. Vorerst ist es ungegründet, daß das Gesetz nicht deutlich rede, wie dieß die Schlussworte beweisen. Zwar sucht man diesen dadurch zu entgehen, daß man sagt, es solle hierdurch nur ausgedrückt werden erstens, daß nur Sachen des Erblassers und zwar nur diejenigen haften, welche der gravatus bekommen hat, und zweitens, daß der Beschwerte, durch freiwillige Zahlung seines Antheils vor Anstellung der Hypothekenklage, das ihm Zugefallene von dem gesetzlichen Pfandrechte befreien könne. Allein auch durch diese, meiner Ansicht nach gezwungene, Erklärung wird, wie ich glaube, nichts geändert, weil schon die hier zugegebenen Sätze zu dem oben vertheidigten Resultate hinführen (S. o. S. 213, 4). Zudem kann der zweite Satz, wenn man die gegentheilige Meinung annimmt, nicht zugegeben werden, da er gerade gegen die Natur des Pfandrechts und den Grundsatz: *causa pignoris est individua*, anstoßen würde. Ist einmal eine ganze Sache verpfändet, so kann weder der Debitor durch Bezahlung eines Theils der Schuld¹³⁾, noch einer seiner Erben durch Bezahlung seines Antheils an derselben den Pfandnexus aufheben oder mindern¹⁴⁾, und dieß letzte ist gerade

Nr. 7. — Glück, Commentar. Eb. 19. S. 176 fgde. — Ehbaut, Pand. §. 644. Not. h.

13) fr. 85. §. 6. in f. D. 45, 1. — c. 6. C. 8, 28. — c. 2. C. 8, 29. auch nicht eine von mehreren verpfändeten Sachen. fr. 19. D. 20, 1.

14) fr. 65. D. 21, 1. — c. 16. C. 8, 28. — c. 1. C. 8, 31. — c. 1. 2. C. 8, 32.

die Folge des ersten Grundsatzes ¹⁵⁾, aus welchem auch das Umgekehrte hervorgeht ¹⁶⁾.

Sodann steht die gewöhnliche Erklärung gar nicht mit dem Grundsatz: *causa pignoris est individua*, in Widerspruch. Dieser sagt nicht, daß an dem ideellen Theile einer Sache kein Pfandrecht statt finden könne, nicht, daß der Verpfänder eine Sache nur ganz oder gar nicht zu verpfänden im Stande sey; sondern nur, daß das einmal constituirte Pfand ganz fortdauere, wenn auch ein Theil der Pfandschuld bezahlt worden ist. Da hier von der Entstehung, nicht aber von der Fortdauer eines Pfandrechtes die Rede ist, so berührt dieser Grundsatz unsere Frage gar nicht ¹⁷⁾.

2.) Justinian sage, der Testator könne in seinem Testamente ein Pfandrecht bestellen und darum gebe er, mit mutmaßlicher Rücksicht auf die Absicht des Testators, hier, wie in andern Fällen, ein gesetzliches Pfandrecht, damit der Wille des Testators desto sicherer erfüllt werde. Nun aber gelte bei testamentarischen und gesetzlichen Pfandrechten die Regel: *causa pignoris est individua*, also müsse sie auch hier Anwendung leiden, dieß um so mehr, da alsdann der Wille des Testators um so sicherer erfüllt werde.

Dieses ganze Raisonnement kann man unbedenklich zugeben, wenn man nur die in Frage stehende Regel richtig versteht, weil diese Regel, wie so eben ausgeführt worden, mit unserm Grundsatz in gar keiner Verbindung steht. Uebrigens verdient bemerkt zu werden, daß gerade die Analogie des ausdrücklich angeordneten testamentarischen Pfandrechtes für die gewöhnliche Meinung spricht, indem, wenn mehreren

15) fr. 8. §. 2. D. 13, 7.

16) fr. 11. §. 4. D. 13, 7.

17) *Donellus ad L. 1. C. comm. de leg. Nr. 12.*

eine Sache in derselben Urkunde verpfändet wird, jedes Pfandrecht, der Regel nach, nur pro rata statt findet ¹⁸⁾. — Daß aus der größern Sicherheit der Erfüllung der Absicht des Erblassers kein Argument hergenommen werden könne, dieß bedarf wohl keiner Ausführung.

3.) Nach der gewöhnlichen Ansicht gebe das Pfandrecht dem Legatar keinen Vortheil, da er durch separatio dasselbe erlangen könne, nun aber müßten Privilegien so erklärt werden, daß sie dem Privilegirten einen Vortheil gewähren, also sey diese Meinung unrichtig.

Da die Separation keine dingliche Klage erzeugt, da es Fälle gibt, wo man sie nicht gebrauchen kann oder will, oder doch nicht gebraucht hat: so erledigt sich dieses Argument von selbst.

4.) Wenn eine einzelne Sache ganz bei der Erbtheilung in die Hände des gravatus komme, so hafte sie ganz für das Legat, sowohl bei ihm, wie bei einem Dritten. Nun aber sey die Erbtheilung keine Art ein Pfandrecht zu bestechen, also müsse sie auch vorher ganz gehaftet haben.

Auch dieses Argument beweist nichts; einmal, weil es zuviel beweist, indem, unter diesen Voraussetzungen, auch daraus folgen würde, daß die Portion des Nicht-Beschwerten ebenfalls verpfändet sey, was auf alle Fälle dem dürren Buchstaben der Constitution widerspricht; zweitens, weil es auf falschen Voraussetzungen beruht. Nur dann, wenn der Erblasser dem Beschwerten die Sache ganz zugewiesen hat, ist sie ganz verpfändet; das einmal pro rata hereditaria constituirte Pfandrecht kann durch die Erbtheilung keine Veränderung erleiden, es haftet sonach pro rata sowohl auf denen Sachen, die der Beschwerte erhält, als wie auf denen, welche den Miterben zugetheilt werden.

18) fr. 16. §. 8. D. 20, 1.

5.) Daß gesetzliche Pfandrecht sey an die Stelle der alten *missio in rem* getreten. So wie diese in das ganze Vermögen des Erblassers erkannt worden sey, so müsse auch dieses Pfandrecht — ungetheilt auf den Portionen mehrerer Gravirten haften.

Vorerst scheint es, als wenn die Gegner dieß Argument nicht gebrauchen könnten, da sie die *missio in rem* nicht als aufgehoben betrachten (S. v. S. 208. Not. 3.). So dann beweist dieses Argument wieder zuviel, indem, wenn die Analogie der *missio* entscheiden könnte, auch die Portionen der Nicht-Beschwerten und zuletzt auch das eigne Vermögen des *gravatus* haften müßten. Endlich weiß ich nicht, was uns zu einem Schlusse von der bei bedingten Legaten vorgekommenen *missio* auf das zum Vortheile aller Legatäre eingeführte Pfandrecht berechtigen kann. Im Gegentheil scheint es gerade die Absicht Justinians gewesen zu seyn, die Möglichkeit eines solchen Schlusses abzuschneiden, wenn er so bestimmt erklärte: *in omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit; et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.* Gerade hierdurch werden die zwei Eigentümlichkeiten der *missio* als nicht anwendbar dargestellt. Daß der hier und sonst gebrauchte Ausdruck *res testatoris* nichts gegen meine Meinung beweisen könne, dieß geht aus der so eben gemachten Bemerkung, dem Zusammenhange der Stelle, und auch daraus hervor, daß von den *res, quae a testatore ad eum pervenerunt*, gesprochen wird.

6.) Die Stelle sage: — — *Rectius igitur esse censemus, . . . omnibus tam legatariis quam fideicommissariis . . . non solum personalem actionem, sed et in rem . . . et insuper utilem servianam, id est,*

hypothecariam super his quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. Die Worte *in res mortui* seyen entscheidend. Außerdem habe der Legatar eine persönliche Klage *pro rata hereditaria*, er habe eine dingliche auf den Gegenstand des Legates und dazu werde ihm *insuper* eine *hypothecaria* gegeben. Dieß könne nur dann Sinn haben und ihm nur dann Vortheile gewähren, wenn diese *hypothecaria* sich auf die Portionen aller Gravirten untheilbar erstrecke.

Die *res mortui* können nichts beweisen, sonst müßte auch Das verpfändet seyn, was der *non gravatus* bekömmt: eben so wenig entscheidet das Uebrige. Es ist ein großer Unterschied, ob die Erbschafts-Portion des *gravatus* verpfändet ist, oder ob man eine *personalis actio* wegen der *Rata* des Legates hat, ob man die legitime Sache zu vindiciren, oder alle, zu der Erbschafts-Portion des *gravatus* gehörenden, Sachen mit der *actio hypothecaria* in Anspruch zu nehmen berechtigt ist. Noch mehr zeigt sich, auch nach meiner Ansicht, die Wichtigkeit des Pfandrechts, wenn man die Bedeutung der zugestandenen *in rem actio* beachtet ¹⁹⁾.

Soviel von dem Gegenstande dieses Pfandrechts. Was die Wirkungen desselben betrifft, so ist soviel klar, daß sich diese nicht soweit erstrecken können, daß die Legatäre den Creditoren des verschuldeten Erblassers vorgezogen werden ²⁰⁾; indem die Legate nur in so weit gelten, als der

19) v. Grolman und v. Köbr, Magazin a. a. D.

20) So sagt Justinian, daß, wenn Jemand *legitimo modo* ein *Inventarium* gemacht, d. i., wie wir zu sagen pflegen, sich des *beneficii legis et inventarii* bedient habe, so könne er den bezahlen, der zuerst komme, auch die Legatäre, und hafte nicht weiter, wie die Erbschaft reiche. Die nicht befriedigten Creditoren sollen sich auch nicht an den Erben, noch an die Käufer der Erbschaftsachen halten können; dagegen: *licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis, vel indebiti conditione uti, et haec, quae acco-*

gravatus honorirt worden ist ²¹⁾, also nur in so fern, als sie aus dem, nach Abzug der Schulden übrig bleibenden ²²⁾, Vermögen bezahlt werden können. Ist dagegen im Augenblicke der angetretenen Erbschaft hinreichendes Vermögen da, so sind die Legate gültig, und es scheint jetzt kein Grund mehr vorhanden, ihnen den Vorzug vor den chirographarischen Gläubigern des Erblassers abzustreiten. Daß sie den einfachen Gläubigern des Erben vorgehen, mit den Pfandgläubigern desselben aber nach den allgemeinen Grundsätzen rouliren, bedarf wohl keiner Erwähnung, wohl aber das, daß ihnen gerade aus diesem Grunde auch jetzt die *separatio* noch nützlich werden kann, um den Vorzug vor den bessern Pfandgläubigern des Erben zu erlangen.

Daß die aus diesem Pfandrechte entstehende *hypothecaria actio*, wie jede andere *actio quasi serviana*, auch gegen

perint, recuperare: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges adcommodare. c. 22. §. 5. C. 6. 30. (v. §. 531, also später, wie die c. 1. C. 6, 43.)

21) fr. 3. pr. fr. 66. §. 1. fr. 73. §. 5. D. 35, 2. — fr. 91. §. 3. fr. 96. §. 2. fr. 114. §. 3. D. 30. — fr. 8. pr. D. 32.

22) In der Novelle 1. c. 2. §. 2. wird verordnet, daß der Erbe, der kein Inventarium mache, die Legate ganz bezahlen müsse, wenn sie auch die Summe der Erbschaft übersteigen. Daß durch diese Unterlassung nur allein der Erbe, nicht aber die Creditoren Nachtheil leiden können, dieß versteht sich wohl von selbst. Daher wird in diesem Falle das Pfandrecht der Legatäre nur alsdann und nur in soweit statt finden, als die Legate gültig sind, d. i. in so weit, als die Erbschaft deducto aere alieno zur Bezahlung der Legate hinreicht; wegen dem Uebrigen kann nur allein eine *personalis actio* gegen den Erben gedacht werden, und diese, weil der Erbe nur durch das Inventar den Bestand der Masse nachweisen kann und zur Strafe der unterlassenen Verfertigung des Inventars.

Dritte gehe, ist längst anerkannt und so bedürfen Zweifel³³⁾, welche aus denjenigen Worten hergenommen worden sind, welche den Gegenstand dieses Pfandrechts genau und bestimmt bezeichnen sollten, hier wohl keiner besondern Widerlegung.

VIII.

Die Regel: dies interpellat pro homine,
ist unrichtig.

Von dem

Herrn Dr. F. J. Neustetel, Kurhessischen Hofgerichts-
Procurator zu Hanau.

Ohne positive Gesetze, die dem Mißverständniß unterworfen, würde der Rechtsverstand wohl niemals auf den Satz gerathen seyn, daß, wenn ein bestimmter Tag zur Leistung bestehe, dessen bloßer Ablauf ohne Interpellation den Schuldner in Mora versetze. Angenommen die Rückerstattung eines unverzinslich gegebenen Darlehns sey auf einen bestimmten Tag versprochen worden, der Creditor aber, statt nach Ablauf des Tags seinen Schuldner zu mahnen, verhalte sich ruhig und fordere während langer Zeit das Darlehn nicht zurück, würde man — abgesehen von positiven Gesetzen und doctrinellen Meinungen — den Schuldner zur Erlegung von Verzugszinsen für verbindlich erachten? Würde nicht vielmehr weit näher liegen, bei dem Gläubiger die Absicht anzunehmen, er habe seine Forderung länger unverzinslich stehen lassen wollen, da er die Rückzahlung zur Zeit, als er dazu berechtigt, nicht verlangt hat? Aus welchem Grunde würde man den Schuld-

23) *Faber*, er. prag. 48. er. 9.

uer strenger behandeln, wenn ein bestimmter, als wenn ein unbestimmter Zahlungstag eingetreten, da im letzteren Falle der Eintritt der Bedingung ihn eben so stark an die Erfüllung erinnern muß, als in jenem das Erscheinen des Tags? Stets würde man fest daran gehalten haben, daß Niemand die Strafen des Verzugs geltend machen könne, der nicht durch die gewöhnliche Mahnung dargelegt habe, wie ihm an der Leistung zur gehörigen Zeit auch gelegen gewesen. — Die gegenwärtige Untersuchung wird demnach die Richtung nehmen müssen, nachzuforschen, wie die Gesetze einen im Verhältniß zu allgemeinen Rechtsprincipien so singulären Satz haben aufstellen können; und von diesem Standpunkt des Zweifels aus sey es mir vergönnt, Gründe gegen dessen wirkliches Daseyn zur Prüfung öffentlich vorzulegen, hierbei aber von einigen, für das Verständniß der Quellen nicht unwichtigen, Sprachbemerkungen auszugehen.

Jedes Ausbleiben eines erwarteten Umstands nennen wir im gemeinen Leben Verzug. Dieselbe unjuristische Bedeutung wohnt auch dem Römischen: *mora bei*; in juristischer Bedeutung aber erscheint *mora* 1.) als Nichterfüllung einer Verbindlichkeit zur gehörigen Zeit, ohne Rücksicht auf den Verhinderungsgrund. In dieser Bedeutung kann die Rede seyn von *mora inculcata* 1), und würde man von einer gleichzeitigen *mora bei* wechselseitigen Verbindlichkeiten sprechen können 2); als schuldvolle Nichterfüllung zur ge-

1) L. 9. §. 1. D. de usur.

2) Nur sollte nicht gewöhnlich von den rechtlichen Folgen gleichzeitigen Verzugs abgehandelt werden, da doch ein solcher — worauf schon Schöman vom Schadensersatz, Th. II. S. 27 aufmerksam gemacht hat — in eigentlicher Bedeutung ganz und gar undenkbar ist. Zwar gibt man davon überall als Beispiel, wenn weder Käufer noch Verkäufer an dem bestimmten Orte zur festgesetzten Zeit sich einfinden. Allein man übersieht, daß da hier kein Theil den andern in Verzug versetzt, auch von keiner Seite Verzug vorhanden ist. Dieses auszusprechen, würde dann

hörigen Zeit, welche Bedeutung die gewöhnliche und eigentliche ist. Es steht dann meist absolut, ohne weitem Beisatz 3). In mora sich befinden, wird gewöhnlich ausgedrückt durch: stat per promissorem (stipulatorem, emtorem, venditorem), quominus — — ectis. 4). Eine hiervon verschiedene Bedeutung hat moram facere, mora fit; nämlich „den Verzug anfangen, der Verzug entsteht 5).“

auch richtiger seyn und zu richtigeren Folgefällen führen, als die Aufstellung des Satzes, daß alsdann der Verzug gegenseitig sich aufhebe. Die Gesetze wissen natürlich nichts von einem solchen gleichzeitigen Verzuge. Labeo in l. 51 pr. cit. handelt nur von einem successiven Verzug des Käufers und des Verkäufers, und hält selbst diesen für unmöglich, da der Verkäufer sich doch nicht im Verzuge befinden könne, wenn der Käufer selbst darin verstre; nur den Käufer also könnten dann die Folgen der mora treffen. Wegen dieser unbedingt ausgesprochenen Meinung aber wird Labeo in l. 17. D. de peric. et commod., von Pomponius angegriffen, welcher nachweist, wie der Käufer seine anfängliche Mora purgiren, und hierauf der den Verkäufer in Verzug setzen könne; und hierdurch begründet, daß es einzig darauf ankomme, welcher von beiden zuletzt im Verzuge sich befunden habe.

- 3) §. 3. l. 3. pr., l. 7, 17. §. 3. D. de usur., l. 127. D. de V. O., l. 88. D. de R. J.
- 4) §. 3. l. 23. D. de pec. const., l. 21. §. 3. D. de act. emt., l. 37. D. mand., l. 56. pr. D. de jur. dot., l. 23. D. de obl. et act. l. 114. D. V. O.
- 5) Vergl. l. 7, 23, 24, 27 und besonders l. 32. §. 1. D. de usuris., l. 24. D. de V. O. Die in l. 8. §. 1. D. de cond. furt. gegebene Regel: semper moram für *facere* videtur, darf daher nicht verstanden werden, als sey der Dieb beständig im Verzuge, sondern: es werde angenommen, er fange jeden Augenblick an im Verzuge zu seyn, weil er — wie Tryphonin in l. ult. eod. sich ausdrückt — jeden Augenblick das Gestohlene rückerstatten soll. Der Moment der einretenden Mora ist im Allgemeinen Zeitpunkt der Restimation. Die praktische Wirkung jener Fiction ist daher, daß der Dieb, der in jedem

Die Folgen der Mora sind Nachteile, die in Gemäßheit positiv gesetzlicher Vorschrift den Säumigen treffen. Sollen diese Folgen eintreten, so muß widerrechtliche Verzögerung, Mora im eigentlichen Sinne vorausgegangen seyn. Auffordern muß, wer die Folgen der Mora für sich in Anspruch nimmt, die Erfüllung zur gehörigen Zeit gewollt, und seinerseits ihr nichts in den Weg gelegt haben. Dieses nachzuweisen, sind, nach der Verschiedenheit der Verbindlichkeiten, verschiedene Handlungen erforderlich. Nämlich, wenn bei einfachen Verbindlichkeiten den Empfänger die Folgen der Mora treffen sollen, vorgängiges Anerbieten der vollständigen Leistung durch den Geber (oblatio); dahingegen der zögernde Geber erst durch förmliche Aufforderung (interpellatio, admonitio, denunciatio) des Empfängers benachrichtigt werden muß, daß dieser anzunehmen bereit stehe. Bei wechselseitigen Obligationen (eigentlichen Contracten) können diese Handlungen keine Wirkung hervorbringen, so lange der Theil, der sie vornimmt, mit seiner Leistung selbst noch zurücksteht. Ist aber diese geschehen, so ist damit noch nicht dargethan, daß man auch zur Empfangnahme der Gegenleistung bereit stehe; es müssen daher die erwähnten Handlungen immer noch hinzutreten, wenn Mora begründet werden soll. Oblation und Interpellation bleiben aber auch dann ohne Wirkung, wenn der Säumige, durch unvorherzusehende Zufälle verhindert, nicht annehmen oder geben konnte, aus keinem andern Grunde, als weil hier die, zum Begriff der Mora wesentliche Widerrechtlichkeit nicht vorhanden ist.

Augenblicke der Vorenthaltung eine Mora beginnt, den höchsten Werth vergüten muß, den die Sache in der ganzen Zwischenzeit bis zur Litiscontestation gehabt hat; und gerade hiefür beruft sich Ulpian in l. 8. §. 1. cit. auf obige Regel. Mit welchem Rechte oder Unrechte man in der Lehre von den Zeitpunkten der Restitution von dieser Singularität bei der *condictio furtiva*, auf alle *stricti juris*, und sogar weiter auf alle *bonae fidei negotia* geschlossen habe, ist hier der Ort nicht auszuführen.

Allein die Vorschriften der Gesetze über Requisite und Wirkungen der Mora vermögen nur in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmungen einzutreten. Es steht in der Gewalt aller Contrahenten, die Folgen verzögerter Leistung gegenseitig festzusetzen, unabhängig von jenen gesetzlichen Anordnungen. Am häufigsten geschieht dieses durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe. Ausser dem Hauptvertrag ist alsdann ein bedingter Nebenvertrag vorhanden; der Ablauf der Zeit, worin die Hauptleistung geschehen sollte und nicht geschieht, erscheint als die Bedingung, woran die Leistung des Strafquantums suspensiv geknüpft ist ⁶⁾. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Zeit ist die Bedingung erfüllt, und damit die Verbindlichkeit zur Zahlung der Conventionalstrafe verwirktlicht. Eine besondere Interpellation, oder auch — in Fällen, wo auf mora accipiendi eine Strafe gesetzt worden wäre — Oblation, sind hier im geringsten nicht erfüllt, weil es zunächst nicht darauf ankommt, aus welchen Gründen die Hauptverbindlichkeit unerfüllt geblieben, und dadurch die Nebenverbindlichkeit zur Leistung des Strafbetrags eingetreten ist; sondern weil die Contrahenten die Bedingung nur in die Nichtleistung zur gehörigen Zeit, nicht aber überdies in Interpellation oder Oblation gesetzt haben, welche Handlungen nur unter den Requisiten, wovon die gesetzlichen Folgen der Mora abhängen, ihre Stelle finden ⁷⁾. Merkwürdig sind die hieraus sich ergebenden Folgesätze. Nämlich, selbst wenn der Promissor vor dem Tage gestorben ist, verfällt die Strafstipulation gegen seine Erben, sogar auch dann, wenn beim Eintritt des Tags die Erbschaft noch nicht angetreten war, weil es immer wahr ist, daß die Leistung zur gehörigen Zeit

6) Vergl. l. 115. pr. de V. O. — — Quodsi ab initio id ageretur, ut quocunque die sisteres, et si non stetisses, pecuniam dares: quasi quaelibet stipulatio sub conditione concepta, vires habebit. —

7) Vergl. l. 23. D. de O. et A.

nicht erfüllt wurde ⁸⁾. Ferner: da die Zögerung als Suspendiv-Bedingung des straffekenden Nebenvertrags anzusehen ist, so wäre zwar auch an sich gleichgültig, aus welcher Ursache, und ob ohne seine Schuld der Zögernde im Rückstand geblieben. Nichtsdestoweniger ist die Leistung des Nebenvertrags ihrer Natur nach Strafe, und welcher Ehrenmann wird die Strafe einfordern, die sein Mitcontrahent so unverschuldet verwirkt hat? welche Collision des strengen Rechts mit dem Sittengesetze die römische Jurisprudenz auch hier wieder dergestalt bemerkbar gemacht und gehoben hat, daß in solchem Falle die Strafstipulation mit dem Ablauf der Zeit zwar ipso jure committirt ist, jedoch dem Promissor frei steht, sich einer *exceptio doli* gegen die Anforderung zu bedienen ⁹⁾. Ja,

8) L. 9. D. de naut. foen. Si trajectitiae pecuniae poena, uti solet, promissa est: quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit qui (eam) pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris. — L. 77. D. de V. O. Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita. Donnellus (Comm. ad tit. D. de V. O. ad l. 87 cit.) sucht davon den Grund in einer Culpa des Erblassers, die darin bestehen soll, daß er nicht auf seinen Todesfall wegen der Zahlung am bestimmten Tag Vorkehrungen getroffen. Der Obligationsgrund zur Zahlung der Conventionalstrafe ist aber nicht Culpa, sondern die Bestimmung des Nebenvertrags. Uebrigens wurde Donnell dadurch, daß er den vertragmäßig bestimmten, vom gesetzlich definirten Verzuge nicht unterschied, zu dem — freilich consequenten — Irrthum verleitet, daß bei der Mora überhaupt, wenn ein Tag fest bestimmt sey, es auf die Widerrechtlichkeit der Verzögerung nicht ankomme, vielmehr alsdann durchaus kein Verhinderungsgrund den Säumenden entschuldige. S. dessen Comm. de J. C. lib. XVI. cap. 2.

9) L. 2. §. 2—9, l. 4, 8. D. si quis caut., wornach dieses bei der cautio de judicio sisti, die bekanntlich in der Regel mit einer Strafstipulation versehen war (l. 2 pr. eod., l. 97 pr., l. 126. §. 3. D. de V. O.), nicht in Zweifel stand. Auch im

nach der Strenge ist die Strafstipulation selbst dann committirt, wenn der Stipulator die angebotene Leistung nicht hat annehmen wollen; doch gab es Juristen, die hier dem Promissor nicht bloß durch eine exceptio helfen, sondern die Meinung vertheidigten, daß die Strafe ipso jure nicht committirt sey ¹⁰⁾.

Wenn die Gesetzgebung bestimmt, was Mora sey, und was dazu gehöre, um Jemand in Mora zu versetzen, hier aber vorgängige Aufforderung des Säumigen durch Interpellation oder Oblation erheischt: so nimmt sie natürlich keine Rücksicht auf Conventionen, welche die Nichtleistung zu einer bestimmten Zeit zur Bedingung einer Strafverwirkung erheben, und hinzutretende Interpellation oder Oblation nicht gleichfalls als Bedingung gelten lassen. Die Entwicklung der Requisite der Mora ist positiv rechtlich, während die Wirkungen der letztgedachten Conventionen in das Gebiet der Auslegung rechtlicher Willenshandlungen gehören, die auf dem Uebereingekommenen (id quod actum est) beruhen. Man übersah aber die hier obwaltende Grundverschiedenheit, deducirte aus der Sphäre der einen Materie in die der andern, und so geschah es, daß in die Lehre von der mora solvendi sich der Satz eingeschlichen, daß wenn ein ganz bestimmter

Fall von l. 9. §. 1. D. de usuris wird nur die exceptio gegeben. Dagegen wenn ex promisso die Strafe von dem ein- gefordert wird, der dem Spruch des Arbiters keine Folge leistet, lehrten Einige, werde die Strafe ipso jure nicht committirt, wenn dieser ohne seine Schuld an der Befolgung gehindert worden; l. 23. §. 1, l. 40. D. de recept. Weiter noch geht African in l. 23. D. de O. et A. Allein man erkennt aus der Fassung dieser Stellen, und besonders auch aus arg. l. 23. §. ult. D. de recept., daß die darin ausgesprochene Ansicht als neu und singular gegolten hat.

10) L. 22. §. ult. D. de recept. Idem Celsus ait, si arbiter me tibi *certa die pecuniam dare* jusserit, tu accipere noluisti, *posse defendi*, ipso jure poenam non committi.

Tag der Leistung bestehe, der Empfänger nicht zu interpelliren brauche, sondern die Folgen der Mora von selbst eintreten, sobald der Tag fruchtlos verstrichen sey. Diese in die Regel: dies interpellat pro homine, kurz zusammengefaßte Meinung ist — soviel uns bekannt — trotz der stärksten ihr entgegenstehenden Gründe, bisher unangetastet geblieben.

Die Stellen, worauf man dafür sich zu berufen pflegt, sind hauptsächlich folgende:

1.) L. 23. D. de O. et A. Hier legt African unter, der Stipulator, der sich auf den Fall der Nichtzahlung am bestimmten Tage eine Strafe versprechen lassen, habe den säumigen Promissor interpellirt, und bemerkt, die Interpellation sey überflüssig gewesen, da die Pönalstipulation auch ohne solche committire.

2.) L. 12. C. de contr. vel comm. stipul. Dasselbe verordnet diese Constitution Justinian's, woraus wir zugleich erfahren, daß selbst rücksichtlich der stipulirten Strafen streitig gewesen, ob man sie einfordern könne, ohne auf den bestimmten Tag oder später interpellirt zu haben.

3.) L. lecta 40. D. de reb. cred. In dem Fall dieses Fr. waren Pönalzinsen auf den Verzug stipulirt worden, und es kamen daher dieselben Principien zur Anwendung.

4.) L. 77. D. de V. O., deren gleichfalls nur auf die bedungene Strafe sich beziehender Inhalt bereit oben (Not. 8.) angegeben worden.

Diese vier Stellen reden sämmtlich nur von Strafstipulationen, die allerdings durch bloße Nichtleistung zur gehörigen Zeit committirt werden; sie sind demnach auf die gesetzlichen Erfordernisse der Mora ganz unanwendbar. Wollte man von diesen Nebenverträgen auf die Requisite der Mora schließen, so würde Consequenz zu der Behauptung führen, daß Interpellation nicht einmal dann, wenn kein bestimmter Tag festgesetzt ist, folglich überhaupt nicht erforderlich sey. Denn wenn zur Erfüllung kein Tag bestimmt ist, nehmen die Römer bekanntlich an, sie müsse sofort geschehen (quod non adjecto

die debetur, statim debetur) ¹¹⁾, und nun wird nach billigem Ermessen eine mäßige Frist zur Leistung eingeräumt ¹²⁾. Sobald nun keine Erfüllungszeit festgesetzt, jedoch eine Strafe auf die Nichtleistung bedungen ist, bedarf es keiner Interpellation, sondern nach Ablauf der nach billigem Ermessen zur Leistung nothwendig erforderlichen Frist, verfällt der Promissor sofort in die Strafe ¹³⁾.

Man beruft sich ferner:

5.) auf l. 114. D. de V. O., woraus jedoch — wie gleich weiter unten zu zeigen — das Gegentheil hervorgeht; und endlich

6.) auf l. 2. C. de jur. emphyt. Eine singuläre Bestimmung Justinians, daß die Privationsstrafe des mit Entrichtung des Canons säumigen Emphyteuten, mit Ablauf der drei Jahre ohne Interpellation eintreten solle. Angefügt ist die Floskel: Niemand solle Mahnung abwarten, vielmehr aus freien Stücken Zahlung leisten. Legt man auf diese Aeußerung Werth, so würde Interpellation überhaupt aus der Reihe der Handlungen, die rechtliche Wirkung haben, verschwinden.

So sucht man denn in den Rechtsquellen vergebens die Begründung jenes Satzes; wohl aber findet sich manches, woraus das Gegentheil, daß nämlich des fest bestimm-

11) L. 21. pr. D. quand. dies legat., l. 41. §. 1, l. 115. §. 2. D. de V. O., l. 14. D. de R. J.

12) §. 27. J. de inutil. stip., l. 21. D. de judic., l. 2. §. 6. D. de eo quod cert. loc. dar. op., l. 21. §. 1. D. de const. pec., l. 31. D. de re jud., l. 41. §. 1, l. 60, 137. §. 3. D. de V. O., l. 105. D. de solut.

13) L. 21. §. 12. D. de recept., l. 113. pr. de V. O. — Die Meinung von Eudemann, comm. de implendae conditionis tempore. Marburg. 1821. p. 101, daß der dies!, qui tacite inest, nicht pro nomine interpellare, ist zwar um so richtiger, als dasselbe auch vom dies expresse adjectus gesagt werden muß: erleidet aber in Beziehung auf Straffstipulation die obige Ausnahme.

ten Tages ungeachtet nur Interpellation in Mora versetze, hervorgeht, und was sich zur Herstellung eines starken Gegenbeweises gebrauchen läßt.

Dieser liegt schon darin, daß keine Stelle den Satz ausspricht, und daß er gerade in D. lib. XXII. tit. 1, welcher Titel der Lehre vom Verzuge ausdrücklich gewidmet ist, unter den daselbst über Mora gegebenen allgemeinen Regeln nicht vorkommt. Vielmehr stellt hier Marcian in l. 32. pr. die allgemeine Regel auf, Mora entstehe einzig und allein durch gehörige Interpellation, welche Regel nur durch die wenigen Fälle der mora ex re, in Gefolge besonderer Umstände und kaiserlicher Privilegien, einige Ausnahmenerleidet.

Viele Stellen reden, ohne sich der Bezeichnung: Mora zu bedienen davon, daß die Folgen des Verzugs eintreten, »si per promissorem, emtorem etc. steterit, quominus ea die solveret (Vergl. oben Note 4). Nun sagt Ulpian in l. 114. D. de V. O.

Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram facti ¹⁴⁾ non esse.

Jene Meinung benützt diese Stelle für sich, weil es darin nicht heiße, daß der Stipulator erst habe interpelliren müssen. Allein es kommt augenscheinlich auf die Bedeutung der Worte an: »per promissorem steterit;« nämlich ob erst nach erfolgter Interpellation gesagt werden kann, »stat per promissorem,« oder ob dazu schon genügt, daß der Tag abgelauten, und kein zufälliges Hinderniß den Promissor entschuldigt. Diese Frage löst Pomponius in l. 23. eod., wo es heißt:

Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quomi-

14) Viele Ausgaben lesen: »factam.«

nus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si aut *interpellatus non dedisti*, aut *occidisti eum*.

Der Promissor, wie der Legatar, haftet für den Unter-
gang der Sache nur, »si per eum steterit,« dieses aber
geschieht nur in zwei Fällen, wenn er *interpellirt* nicht
geleistet, oder selbst die Sache vernichtet hat; wodurch denn
sprachlich erwiesen ist, daß in l. 114. cit. Ulpian wohl vor-
aussetzt, daß der Stipulator *interpellirt* habe, als am be-
stimmten Tage die Leistung nicht erfolgt war.

Eine fernere, sowohl sprachliche als sachliche, Bestätigung
dieser Erklärung gibt folgendes Fragment:

L. 49. §. 3. D. de V. O. *Paulus* lib. 37. ad Edictum.

Si promissor hominis *ante diem*, in quem pro-
miserat, *interpellatus* sit, et servus decesserit;
non videtur *per eum stetisse*.

Interpellirt der Stipulator vor Eintritt des bestimmten
Tages, so ist die *Interpellation* wirkungslos. Offenbar aber
setzt *Paulus* voraus, sie habe Wirkung, wenn sie auf oder
nach dem bestimmten Tag geschehe, was nicht seyn könnte,
wenn die Festsetzung des Tags die *Interpellation* entbehrlich
machte.

Besonderes Gewicht aber muß der l. 17. §. 4. D. de
usur. beigelegt werden, wo derselbe Jurist sich dahin äußert:

Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, *ut*
tardius pecuniae illatae usuras deberet, non
nisi ex mora usuras praestare debet.

Nur im Fall der *Mora* also soll — ohne besondern Ver-
benvertrag — der Miether vom schuldigen Miethgeld Zinsen
erlegen. Eben dadurch wird deutlich, daß bloßer Eintritt des
Zahlungstags *Mora* nicht begründe. Denn — abgesehen von
Mora — muß erst durch besondere *Convention* ausgemacht
werden, daß vom Zahlungstage an Zinsen des verfallenen
Miethgeldes erlegt werden sollen: von selbst laufen sie nicht.
Würde aber der Ablauf des Tags an sich *mora* begründen,
so müßte damit in diesem *hon. fid. Contracte* Zinspflicht

allerdings eintreten, und die *lex contractus*, deren das Fr. gedenkt, würde überflüssig seyn.

Man könnte einwenden, daß doch der Käufer, nachdem ihm die verkaufte Sache übergeben, den schuldigen Kaufpreis verzinsen müßte ¹⁵⁾. Allein dieses geschieht nicht wegen Verzug, vielmehr — nach dem ausdrücklich angegebenen Grunde — weil die Billigkeit erfordert, daß er nicht umsonst die Nutzungen der Sache ziehe (nam cum re emptor fructur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere).

Demnach ist auch die Vorschrift von l. 1. §. 3. D. de peric. et. comm. gar nicht so singular und willkürlich, als man gewöhnlich annimmt. Ulpian lehrt hier, daß der Weinverkäufer, wenn sein Käufer nicht am bestimmten Tage erscheint, um den erkauften Wein sich zumessen zu lassen, den Wein ausgießen dürfe, jedoch nicht eher, als bis er die Aufforderung ergehen lassen, den Wein in Empfang zu nehmen, mit angefügter Drohung, daß er sonst ihn ausgießen werde. Diese Aufforderung ist eine wahre Interpellation; denn das daselbst gebrauchte: *testando denunciare*, ist soviel als *interpellare* ¹⁶⁾; und diese Interpellation muß vorgenommen werden, wenn gleich ein bestimmter Tag zur Abnahme festgesetzt ist.

Zur inneren Rechtsgeschichte, d. i. deren bei weitem wichtigeren Theile, fehlt es leider fast überall noch mehr an Material, als zur äußern. Auch den vorliegenden Gegenstand trifft dieses Loos, und der Entwicklungsgang der darüber ins Leben getretenen Ansichten läßt sich nicht mit Sicherheit verfolgen. Indessen liefern die dürftigen Quellen zu diesem Zwecke folgenden Beitrag. — Interpellation galt allgemein als gesetzliches Requisit der Mora, ob ein Erfüllungstag fest bestimmt gewesen oder nicht. War auf den Verzug eine Strafe stipulirt, so verfiel der Säumige in diese, wenn er den Erfüllungsg-

¹⁵⁾ L. 2. C. de usur., Paul. II. sent. §. 9., l. 13. §. 20. D. de act. emt., l. 5. C. eod.

¹⁶⁾ Vergl. l. 32. §. 1. D. de usur.

tag ungenützt verstreichen ließ, ohne daß er gemahnt zu werden brauchte. Weil aber Interpellation sonst überall zur Begründung jeder Mora erfordert wurde, und die Conventionalstrafe doch wenigstens als Folge des Verzugs erscheint, so hielten Manche auch in letzterem Falle das Hinzutreten der Interpellation für unerlässlich. Diese Ansicht ist zwar in die Digesten durchaus nicht aufgenommen; dennoch aber gedenkt ihrer African in l. 23. D. de O. et A. widerlegend; mit ihm verwarfen sie die angesehensten römischen Juristen, wie die oben angezogenen Stellen nachweisen. Aber kein Gesetz widersprach ihr ausdrücklich, oder war deutlich und präcis genug, sie ganz auszumerken; — so erhielt sie sich als ein Mittel der Chikane, und diente, Prozesse in die Länge zu ziehen. Diese Gelegenheit abzuschneiden, erließ Justinian die Verordnung von l. 12. C. de contrah. et comm. stip. (Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes, sancimus — — etc.), und sanctionirte darin jene Meinung, daß hinsichtlich der berührten Straf stipulationen es keiner Interpellation bedürfe. In dieser Constitution liegt dann aber die vollste Bestätigung unserer jetzt aufgestellten Ansicht, daß ein Unterschied bestehe zwischen den gesetzlichen Requisiten der Mora und den Bedingungen der Verwirkung einer auf den Verzug gesetzten Conventionalstrafe. Denn nach dem geringsten, was wir von einem Gesetzgeber erwarten dürfen, hätte doch Justinian nicht bloß auf das, was in Betreff der Conventionalstrafe Rechtens sey, sondern überhaupt auf die Requisite der Mora, sich berufen müssen, wenn nicht eben hier ein anderes als dort gegolten hätte. Während nun jene Alten ein gesetzliches Requisit der Mora sehr unpassend auf die Conventionalstrafe übertragen wollten, versiel man in neuerer Zeit in den entgegengesetzten Fehler, von dem die Wissenschaft selbst sich befreien muß, da keine kaiserliche Constitution mehr ihre Irrthümer berichtigt und abstößt.

IX.

Ueber Resolutiv-Bedingungen.

Von dem

Herrn Dr. C. W. Zimmern, ordentl. Professor des Rechts
zu Heidelberg.

Jede Bedingung schiebt auf, entweder die Entstehung oder die Auflösung eines Geschäfts, und die *conditio sub qua resolvitur*, unsere sogen. Resolutivbedingung, muß in Bezug auf diese Auflösung des pure eingegangenen Rechtsverhältnisses eben die Wirkungen äußern, wie in Bezug auf das Beginnen eines solchen die *conditio sub qua contrahitur*, unsere sogen. Suspensivbedingung, die allein gemeint ist, wenn die Römer von einem *negotium conditionale* ¹⁾ sprechen. Diese in unsern Quellen durch unzählige Beispiele bestätigte Ansicht wird seit Thibaut's ²⁾ geistreichen Bemerkungen hierüber nicht leicht Jemand in Zweifel ziehen. Aber es scheint, als müsse noch ein gar nicht gehörig beachteter Punkt hervor gehoben werden, um einigen sehr großen Schwierigkeiten in der Anwendung zu begegnen.

Nämlich die einem pure eingegangenen Geschäfte beige fügte Nebenbedingung des Rückfalls kann in der Art bedingt seyn, daß der Rückfall *ipso jure* eintritt; oder in der Art, daß nur *ipso jure* eine rescissorische Klage entsteht. Z. B. wenn ich dem Verkaufe ein bedingtes *pactum de retroven-*

1) *J. B. L. 2. D. de in diem addict.*2) *Civ. Abh. S. 259 ff.*

dendo abdicare, so wird Niemand behaupten, daß ich nach Eintritt der Bedingung eine rei vindicatio (gegen den Käufer oder gar gegen Dritte) habe, sondern es kann mir nur die venditi actio darauf zustehn, daß mich der Käufer erst wieder zum Eigenthümer mache ³⁾. Dagegen z. B. im Falle der addictio in diem habe ich in der Regel sogleich nach der addictio (d. h. nach der bessern Offerte) von selbst die rei vindicatio, und brauche nicht erst, ja bin gar nicht im Stande, eine Rückübertragung durch Contractsklage zu erzwingen. — Die Wahrheit dieser Sätze leuchtet wohl schon beim ersten Blicke ein, zumal da auch bei dem ersten Erwerb dieselbe Unterscheidung wie bei dem Rückwerb existirt; indem z. B. eine Sache sub conditione so verkauft werden kann, daß mit Eintritt der Bedingung (und das ist der gewöhnlichste Fall) nur eine Klage auf Tradition entsteht — oder so, daß die Sache sogleich tradirt wird, aber erst mit Eintritt der Bedingung in das Eigenthum übergehn soll, wo dann ipso jure rei vindicatio entsteht ⁴⁾.

Also eine Bedingung suspendirt entweder den Erwerb oder das Klagerrecht darauf, entweder den Rückfall oder das Recht der Rückforderung, und die Wirkungen der beigefügten conditio müssen in allen diesen Fällen mit einander in Parallele stehen. Diese genauere Unterscheidung ist nicht nur von der größten praktischen Wichtigkeit, sondern ich glaube in ihrer Nichtbeachtung die Quelle bedeutender Irrthümer zu finden. — Die alte Sage über „das Vindicationsrecht des Veräußernden nach Eintritt der auflösenden Bedingung“ hat Thibaut wieder zur Sprache gebracht ⁵⁾, und nach guten Bemerkun-

3) L. 75. D. de contr. empt., L. 2. C. de pact. int. empt. et vend. (4, 54); auch L. 12. D. de praescr. verb.

4) L. 2. §. 5. de don., L. 9. §. 1. de jure dot. und dazu meine Recens. von Savigny's Abb. über die lex Cincia, in den Heid. Jahrb. v. 1820, nr. 51. S. 811 — 813.

5) Civ. Abb. S. 366 u. folgg.

gen gegen die verschiedenen bisher versuchten Beantwortungen, die Aeußerung hinzugefügt: „man muß also der Sache auf eine andere Weise zu helfen suchen, oder lieber die Unauflöslichkeit des Problems anerkennen.“ Nach ihm nun hat „die Meinung der Parthei, welche gleich nach Eintritt der Verbindung dem Rückerber eine Vindication gestattet, ganz überwiegende Gründe.“ Und allerdings ist in dem Falle, da die Absicht der Contrahenten auf einen ipso jure eintretenden Rückfall gerichtet war, diese Ansicht durchaus richtig, und, wie dort nachgewiesen ist, durch L. 41. pr. de. R. V., L. 8. D. de lege commiss. L. 3. D. quib. mod. pign. L. 4. und man kann hinzufügen auch, L. 1. C. de pact. int. emt. erwiesen. Schwer war es nur bisher die für widersprechend gehaltenen Stellen zu entfernen, und ohne Zweifel wird Thibaut namentlich seine Erklärung der L. 3. C. eod. gerne gegen eine bessere vertauschen. Wie nun, wenn alle diese Stellen sich grade dadurch vollkommen erklären, daß dabei die Absicht der Partheien nur auf das Entstehen einer auf Ertheilung des Eigenthums gerichteten Klage gerichtet war? — Es bewährt schon

1.) die *contracta fiducia* des älteren römischen Rechts, wie oft die Nebenbedingung des Rückfalls nur auf Rückübertragung ging. So ist z. B. die *mancipatio* oder in *jure cessio pignoris* oder *depositi causa* nur ein römisches Eigenthum mit der Clausel (*pactum, lex (mancipii)*) gewährendes Geschäft, daß unter einer gewissen Voraussetzung (namentlich wenn das für die hingeebene Sache erhaltene *pretium* zurückerstattet werden würde) nicht Eigenthum ipso jure, sondern bloß eine persönliche Klage, nämlich das aus jenem Geschäft entspringende *fiduciae iudicium*, auf *Remancipation* eintreten solle ⁶⁾.

6) Gaj. Comm. II. §. 59, 60; III. §. 201. Paul. II, 12. §. 3. Isid. Orig. V, 25. Boeth. Lib. 4. in Cic. Top. c. 10. — Cic. de off. III, 15, ad div. VI, 12, Top. c. 7. nr. 12, Paul. II, 13. §. 5—7

II.) Ein noch practisches Beispiel für die doppelte Art des Rückfalls gibt aber vor allem die *lex commissoria*. Sie sey einem Verkaufe so beigefügt, daß Rückübertragung beabsichtigt wurde, so wird nach Ablauf des zur Zahlung festgesetzten Termins bloß *actio venditi* auf Rückgabe des Objects (zufolge der rückwärts wirkenden Natur der Bedingungen, mit den bisher gezogenen Nutzungen ⁷⁾) entstehen; während im andern Falle (eben wegen der rückwärts resolvirenden Natur der Bedingungen) der Verkauf als gar nicht vorhanden betrachtet wird, also *actio venditi* unmöglich ist, und nur *rei vindicatio*, oder erst wo diese z. B. wegen Zerstörung der Hauptsache, Consumtion der Früchte, nicht mehr möglich ist, höchstens noch *condictio* ⁸⁾ (*sine causa*) eintritt. — Dieses kann streng bewiesen werden, nur bemerke man vorläufig folgende Sätze:

1.) Die *lex commissoria* ist ganz auf den Vortheil des Verkäufers berechnet, und deswegen hat dieser immer die Wahl ob er sich an dieselbe halten, oder ob er auf Zahlung dringen will:

L. 2. D. *de lege comm.* (POMPONIUS.)

Cum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur — .

L. 3. D. *eod.* (ULPIANUS.)

Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adjicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.

7) S. unten Note 29 u. 31.

8) *Condictio*, sofern sie die *vindicatio* vertritt, Arg. L. 13. pr. L. 14. L. 18. pr. §. 1. L. 19. §. 1. D. de reb. cred. L. 29. fin. L. 46. fin. L. 53. fin. D. de cond. indeb.

L. 4. §. 2. D. eod. (Idem.)

Elegantur Papinianus lib. III. Responsorum scribit, statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere — 9).

Die Wahl hat aber der Verkäufer nicht bloß, wenn ihm actio venditi auf Rückübertragung, sondern selbst wenn ihm rei vindicatio zu Theil werden sollte:

L. 4. C. de pact. int. empt. (4, 54) (ALEXAND. A. Julian.)

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui, post praestitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit 10).

2.) Im Zweifel nimmt man an, es sey die lex commissoria nur in der Absicht einer wegen Nichtzahlung zu erwerbenden venditi actio hinzugefügt worden; denn diesen Vertrag in der Art einzugehen, war im Verkehr der Römer so gewöhnlich, daß ihre Juristen sich gezwungen sahen, sogar die Formel: „*ut res inempta foret*“ ihrer Wortfassung entgegen 11), nach jener Weise auszulegen:

L. 6. §. 1. D. de contr. empt. (POMPONIUS.)

Si fundus annua, bima, trima die ea lege venisset, *ut si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret, ita ut si interim emptor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur, et ut quanti minoris postea alii venisset, ut id emptor venditori praestaret, ad*

9) Vergl. auch L. 6. §. 2. L. 7. D. eod.

10) Vergl. L. 33. pr. D. de minor.

11) Dena man f. L. 3. D. de contr. empt. L. 2. §. 5. D. pro emptore.

diem pecunia non soluta, placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse: *nec conturbari debemus, quod inempto fundo facta dicatur actionem ex vendito futuram esse*: in emptis enim et venditis potius id quod actum quam id quod dictum sit, sequendum est; et cum (d. h. „obgleich“) lege id dictum sit, apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emptori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset: non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur.

Auch dem Ulpian war es auffallend, wie fundus inemptus und doch venditi actio möglich seyn könne, aber er beruft sich schlechtweg auf Rescripte, wodurch dieser Punkt also entschieden sey:

L. 4. pr. D. *de lege commiss.*

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, *ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret*: videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint? itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris? Et quidem finita est emptio! (d. h. mit dem Kaufe hat es ja wieder ein Ende, also u. s. w.) Sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis Imperatoris Antonini et D. Severi declaratur ¹²⁾.

Nur wenn sich der Verkäufer mit jener Formel allein nicht begnügte, sondern sich daneben noch eine arrha geben ließ, und deren Verwirkung mit in die Formel aufnahm, also dadurch ohnehin von der gewöhnlichen Weise abgewichen ist, dann erst wurden jene Worte so ausgelegt, wie es ihr Buchstabe fordert:

12) S. auch L. 5. D. eod.

L. 8. D. de lege commiss. (SCAEVOLA.)

Mulier fundos Gajo Sejo vendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae, quibus si non paruisset emptor, pactus est *ut arrham perderet et inemptae villae essent*. Die statuto emptor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignasse, defuisse autem venditricem; posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satis faceret. Quaesitum est, *an fundi non sint in causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris* ¹³⁾? Respondit, secundum ea, quae praeponerentur, non commississe in legem venditionis emptorem.

L. 1. C. de pact. int. emptor. (ANTONINUS A. Diotimae.)

Si ea lege praedium vendidisti, *ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emptrix arrhas perderet et dominium ad te pertineret*: fides contractus servanda est.

Unvermerkt ist nun schon der oben versprochene Beweis geführt. Die L. 8. D., die L. 1., so wie die L. 4. C. cit., enthalten Fälle, wo die Verletzung der lex commissoria von den Paciscenten mit gänzlicher Resolution des Vertrags bedroht war. Dagegen nach anderen Stellen hat die Nichterfüllung jener lex nur venditi actio zur Folge, und schon

¹³⁾ Daß von dem für die Verkäuferin aus dem Nebenvertrag „ut inemptae villae essent“ entstehenden Vindicationsrechte die Rede ist (welches hier nur aus dem besonderen Grunde wegfällt, weil man nicht sagen kann, der Käufer habe nicht erfüllt) hat schon Tribaut a. a. D. S. 374 fg. bewiesen.

darin würde geradezu ein Widerspruch liegen ohne jene Unterscheidung, die nicht nur von den Römern selbst mit klaren Worten anerkannt wird, sondern auch sogar in Ermanglung historischer Zeugnisse zugelassen werden müßte, da man die Freiheit so oder so zu contrahiren ohne Grund nicht abschneiden darf. — Thibaut fand eine Schwierigkeit gegen seine Theorie bloß in zwei hier noch nicht angeführten Stellen, nämlich in L. 16. D. de in diem add. und besonders in L. 3. C. de pact. int. empt. Von der ersten muß unter nr. III. gesprochen werden. Die L. 3. aber:

ALEXANDER A. Felici militi.

Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur; si non precariam possessionem tradidit, *rei vindicationem non habet sed actionem ex vendito*, ist nun schon von selbst klar. Die Bedingung »ut praedium ad se reverteretur« deutet viel weniger als die Worte: »ut praedium inemptum esset« auf einen Rückfall ipso jure. Wenn nun sogar in dem letzten Fall im Zweifel angenommen wird, daß die Absicht der Partheien bloß auf eine rescindende Klage gehe, um wie viel mehr hier, wo der Verkäufer noch dazu schon einen Theil des Pretiums empfangen, und also durch diese Annahme sich für Anerkennung des Contractes ausgesprochen hat? Und ohnehin ist ja dieses bei der lex commissoria die Regel, obgleich freilich der in dem folgenden Rescript, der oben angeführten L. 4, vorausgesetzte Fall die umgekehrte Bedingung enthalten hatte.

III.) Bei der addictio in diem ist wieder möglich, daß sich der Verkäufer auf den Fall einer melior conditio alata bloß die a. venditi, oder daß er sich ipso jure eintretende Resolution des Geschäftes ausbedungen hat, also dann in rem klagen kann. Ob das Eine oder Andere statt gefunden habe, ist wiederum quaestio facti, aber die Präsumption ist hier der bei der lex commissoria grade entgegengesetzt, nämlich wider den Bestand des Contractes. Beides liegt auch

in der Natur der Sache. Bei der *lex comm.* ist der Hauptzweck sein Geld zu erlangen, Resolution des Geschäfts selbst also nur Nothhülfe; bei der *add. in d.* aber will man seine Sache so theuer als möglich an den Mann bringen, und diesem Zweck entspricht es am meisten, wenn man bei Eintritt des besseren Gebots den vorangegangenen niedrigeren Verkauf *ipso jure* als nicht geschehen ansehen darf. — Daß es sich aber auch wirklich so verhalte, darüber gibt zwar noch keine Auskunft die

L. 2. pr. *de in diem add.* J

Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est sed sub conditione resolvitur: an vero conditionalis sit magis emptio, quaestionis est? Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, *ut meliore allata conditione discedatur*, erit pura emptio quae sub conditione resolvitur: sin autem hoc actum est, *ut perficiatur emptio nisi melior conditio asseratur*, erit emptio conditionalis;

denn unsere Frage geht dahin, ob: wenn eine pura aber sub conditione zu resolvirende emptio vorliegt, im Zweifel actio venditi auf Rescission, oder von selbst Nullität und also rei vindicatio des Verkäufers eintrete? Für das letzte spricht aber

L. 4. §. 3. D. eod. (ULPIANUS.)

— Marcellus lib. V. Dig. ¹⁴⁾ scribit: pure vendito et in diem addicto fundo, si melior condi-

14) Eben diese Stelle aus dem fünften Buch der Digesten des Marcellus ist von Ulpian auch excerptirt in L. 3. D. quib. mod. pign. (20, 6): si res distracta fuerit sic: *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, fueritque tradita, et forte emptor antequam melior conditio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libr. V. Dig. ait., *finiri pignus*, si melior conditio fuerit allata.

tio allata sit, *rem pignori esse desinere*, si emptor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret.

Es könnte nämlich sonst das unmittelbar entstandene Pfandrecht nicht von selbst aufhören, sondern der Käufer müßte es ablösen oder den Verkäufer entschädigen; und auch die Folgerung am Schluß der Stelle ist nur unter der Voraussetzung verständlich, daß das Eigenthum ipso jure zurückfällt.

Ferner im Falle der L. 41. pr. D. de R. V. war die Bedingung so gefaßt: „ut si alius meliorem conditionem attulerit *recedatur* ab emptione,“ und die Folge ist, daß der Käufer zwar vor der adjectio die vindicatio hat, daß sie aber nachher von selbst wegfällt¹⁵⁾. Sogar aus einer Stelle, welche den umgekehrten Fall enthält, daß Rückforderung durch Contractsklage nöthig wird, kann man auf die Ungewöhnlichkeit dieses Falls bei der addictio in diem schließen. Das ist nämlich die oben erwähnte

L. 16. D. *de in diem add.* (ULPIANUS.)

Imperator Severus rescripsit: „Sicut fructus in diem addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quae prior emptor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri vel, si non sufficiat, solvi aequum est.“ Et credo, sensisse principem *de empti venditi actione*.

15) L. 41. pr. cit. von Ulpian: „Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, *recedatur* ab emptione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest; *postea non poterit* — oder, wie sich Favolenus in L. 49. D. de in diem add. ausdrückt: „*prioris emptoris causa absoluta est.*“

Thibaut ¹⁶⁾ nimmt mit der Glosse an, „daß hier bloß von Personal-Forderungen und Klagen die Rede ist, welche aus den Grundsätzen der rei vindicatio nicht folgen, weil danach der bonae fidei possessor die genossenen Nutzungen nicht zu restituiren braucht, und wegen seiner Verwendungen nur Einreden aber keine Klagen hat,“ und die Contractsklagen seien „hier nicht widersprechend, auch wenn man annimmt, daß nach Eintritt der auflösenden Bedingung ipso jure der Verkauf aufhört, und das Eigenthum zurückfällt (!); denn das gilt ja überall, daß nach Endigung des Contracts wegen der Contractsforderungen die Contractsklagen fort dauern.“ Dagegen bemerke man:

1.) Abgesehen davon, daß in der Stelle von Früchten überhaupt und nicht grade von den von einem bonae fidei possessor consumirten die Rede ist; so erhält ja jeder Eigentümer mit der rei vindicatio alle Früchte, deren Restitution an sich als billig oder zulässig erschien; und sollte wohl der Käufer, welcher, wissend daß Rückfall eintreten kann, die Früchte dennoch consumirt, auf die bekanntlich singuläre ¹⁷⁾ Gunst des bonae fidei possessor in der Hinsicht, auch Anspruch haben? obgleich eine Analogie für die Verneinung darin liegt, daß dieser Gewinn schon nach der Litiscontestation aufhört, bloß weil dadurch der Besitzer aufmerksam gemacht wird, daß eine Pflicht zur Rückgabe möglicherweise eintreten könne. Gesezt aber es wäre jene Frage zu bejahen, würde alsdann das Recht des bonae fidei possessor durch venditi actio wieder vereitelt werden dürfen? Wenn ferner wegen der Verwendungen bloße Einreden nicht genügend scheinen, folgt daraus, daß man eine Contractsklage ohne Contract (s. nr. 2.) anneh-

16) H. a. D. S. 372 fg.

17) Savigny, *Wesb.* 3te Aufl. S. 270, 271 n. 1. *F. Th. Eckenberg*, *Diss. de Publiciana act. ac de juris Rom. sententia, unde bonae fidei possessor fructus consumptos suos faciat.* Lips. 1821, 8. p. 39 seqq.

men dürfe? Lieber gestatte man die in ähnlichen Fällen erlaubte a. negotiorum gestorum; denn da der Käufer immer des Rückfalls gewärtig seyn muß, so ist er entweder in mala fide, und dann habeat sibi, oder hat eventuell den animus negotii gerendi.

2.) Allerdings sind auch nach einer aufgehobenen Obligation noch Folgen derselben, und die aus der Obligation entspringenden Klagen möglich, z. B. auch wenn ein Mandat durch Widerruf oder Tod des Mandans erloschen ist, steht dem Mandatar wegen der bereits gehaltenen Auslagen die a. mandati contraria zu ¹⁸⁾. Aber wenn man einen Contract als gar nicht eingegangen ansehen soll, so kann man nicht in jenem Sinne sagen, daß er beendigt sey. Eine a. venditi wo nulla venditio ist ein Widerspruch, und eben darum sagt Pomponius, „nec conturbari debemus, quod in empto fundo facto dicatur actionem ex vendite futuram esse: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est u. s. w.“ Also wo wirklich die Nullität des Contracts nicht bloß dicta sondern auch acta ist, da muß die Contractsklage wegfallen. — So haben unsre Juristen nicht leugnen können, daß auch aus einem dolose veranlaßten Contract, selbst wenn er bonae fidei war, die Contractsklage entstehe, und dennoch hat man behauptet, der Contract sey wegen dolus null! Daß indessen, wer veräußert, trotz seiner Berufung auf Dolus keine rei vindicatio habe, also daß wenigstens die Uebertragung des Eigenthums keine Nullität sey, hat man endlich zugeben müssen ¹⁹⁾, bis jetzt bewiesen worden ist, daß der Dolus als

18) L. 14. pr. §. 1. D. mand. L. 47. de cond. ind. *Meine Abb.* „über den nach des Mandators Tode zu vollziehenden Auftrag“ in diesem Archive B. 4, H. 2, S. 239.

19) *Heidelb. Rechtsgutachten und Entscheidungen.* Heidelberg, 1803 nr. VII, S. 304 ff.; *Geslerding, alte und neue Erbhümer Greifsw.* 1818. nr. III.

solcher überhaupt gar nicht null mache ²⁰⁾. Freilich wo die Vorspiegelung einen den Consens ausschließenden Irrthum (sogen. essentiellen) hervorbringt, da ist der Contract null, aber nicht wegen des Dolus sondern wegen des Irrthums, indem er in diesem Fall, auch wenn der Irrthum nicht durch Dolus veranlaßt worden wäre, null seyn müßte, und folglich nicht aus dem Contract geklagt werden kann, sondern so weit bereits Erfüllung statt gefunden hat vindictio resp. condictio eintreten muß ²¹⁾ oder gegen den Dolosen in subsidium actio de dolo.

Ich kehre zur L. 16. zurück. Sever gab hier dem Käufer wegen seiner Verwendungen nicht bloß Einreden, sondern Klage recht, was freilich eher auf nicht ipso jure zurückfallen des Eigenthum schließen läßt. Darum, sagt Ulpian, als ihm dieses Rescript vorgelegt wurde, glaube ich, der Kaiser habe mit dem »restitui necesse est« die actio venditi (worauf auch der Ausdruck restituere eher als auf Rückfallen ipso jure deutet), mit dem »solvi aequum est« die a. empti gemeint, also es sey der hier entschiedene Fall grade von der Art gewesen, daß mit eintretender Bedingung die hier ungewöhnlichere Folge einer Rückforderungsklage entstehen sollte. — So hat mithin Ulpian nur die bekannten Grundsätze bei Interpretation von Rescripten zur Anwendung gebracht; denn schon aus der Art des Ausdrucks: »credo Principem sensisse« geht hervor, daß dieser Fall der selteneren war. Die Stelle ist also klar und beweist in Vergleich mit den vorigen, daß auch bei der addictio in diem jene doppelte Art des Resolvirens, aber die eine seltener als die andere vorkam.

20) L. J. Neustetel: bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla. Heidelb. 1818, 8; auch meine Recens. von Gesehding in den Heid. Jahrb. v. 1819. Nr. 17. S. 262 fg.

21) So L. 22. f. L. 23. D. de contr. empt.: — »nullam esse emptionem et quod solverit eo nomine emptor condictere potest. Vergl. L. 41 fin. L. 57 pr. D. eod. u. f. w.

Wir haben noch eine Stelle von Julian, die Ulpian zweimal aufführt, und worin die *addictio in diem* ebenfalls nur a. venditi auf Rückerstattung begründet, nämlich L. 11. §. 10. D. quod vi aut clam (4., 24) (oder L. 4. §. 4. de in diem add., welche fast wörtlich gleichlautet). Dort heißt es:

Si fundus in diem addictus sit, cui competat Interdictum? et ait Julianus, Interdictum quod vi aut clam ei competere, cujus interfuit, opus non fieri: fundo enim in diem addicto, et commodum et incommodum omne ad emptorem, inquit, pertinet, antequam venditio transferatur: et ideo si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior conditio allata fuerit, ipse utile Interdictum habebit; sed eam actionem, sicut fructus medio tempore perceptos, *venditi iudicio praestare cogendum* ait.

Daß hier nicht von der *addictio in diem* mit suspensiver Wirkung die Rede seyn konnte, geht schon daraus hervor, daß der Käufer vor erlangtem Besitz das interd. quod vi aut clam nicht gehabt haben würde²²⁾, der Fall aber, daß auch bei suspendirter emptio vorläufig tradirt wird, sehr selten ist; insbesondere aber daraus, daß alsdann bei wegfallender Bedingung wegen gar nicht zu Stande gekommener emptio auf keinen Fall eine venditi actio entstehen konnte²³⁾. Da es sich nun bei ipso jure resolvirter emptio eben so verhält, und in diesem Falle die Cession des Interdicts nur durch *condictio (incerti)* erzwungen werden konnte, so geht schon daraus hervor, welchen Fall Julian vor Augen hatte. Aber auch aus den Worten der Stelle kann es bewiesen werden. Denn dem emptor wird „*antequam ven-*

22) L. 11. §. 12. D. eod. „— — antequam ulla traditio fiat, nemo dixit Interdictum ei competere —.“

23) L. 37. D. de contr. empt. L. 8. pr. D. de per. et comm. rei vend.

ditio transferatur“ — »si quid *tunc* vi aut clam factum est“ das Interdict zugesprochen; da er nun dasselbe nur im Falle des Besizes haben durfte, so kann: »antequam venditio (für res vendita) transferatur“ nicht heißen: »bevor die verkaufte Sache vom Verkäufer auf ihn übertragen worden,“ sondern grade umgekehrt: »bevor sie wieder von ihm auf den Verkäufer übertragen worden ist.“ Wenn aber erst auf Translation gewartet werden muß, so ist wieder bewiesen, was oben behauptet worden. Auch konnte nur unter dieser Voraussetzung jener Ausdruck gebraucht werden; denn *antequam venditio transferatur* ist Abbrüviatur für: *antequam venditio dissolvatur et res vendita transferatur*.

IV.) Das sogen. *pactum displicentiae* ist ebenfalls entweder so gefaßt: »ut si displicuisset redderetur,“ und dann tritt die Contractsklage auf Rückgabe ein²⁴⁾, oder »ut res inempta esset,“ und alsdann wird der ganze Kauf durch Eintritt der Bedingung resolvirt²⁵⁾.

V.) Wenn nicht bei zweiseitigen Geschäften, sondern unmittelbar bei der *datio* der Rückfall *sub conditione* verabredet worden, z. B. *mortis causa donatio*²⁶⁾, oder sich durch die Natur des Verhältnisses (wie bei der *datio dotis causa* das Rückfallen *nuptiis non secutis*) von selbst verstand: so müßte auch da nach eingetretener Bedingung eine *vindication* des Gebers entstehen, wenn wahr wäre, daß das immer die Folge eines bedingt verabredeten Rückfalls sey.

24) L. 6. D. de resc. vend. L. 31. §. 22. de Aedil. edict.

25) L. 3. D. de contr. empt. L. 2. §. 5. D. pro emptore, L. 4. C. de Aedil. actt. (4, 58-).

26) — Cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti: non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub conditione solvatur, qualis est mortis causa donatio. L. 1. pr. D. de donn. Betzfl. Tit. D. de mort. causa donn.

Allein grade hier tritt regelmäßig *condictio* ein ²⁷⁾, also diejenige Klage, wodurch (da hier von *Contractsklage* nicht die Rede seyn kann) nach gescheneher *datio* das *reddere*, die Rückübertragung, bewirkt wird, und mit der bekanntlich auſſer *ex causa furtiva die rei vindicatio* nicht einmal concurriren kann ²⁸⁾. Daß in unserm Falle die *Condictio* nichts ist, als eine Klage auf *Rescission* des einseitig begründeten Verhältnisses, parallel der *rescindirenden Contractsklage* bei zweiseitigen Geschäften, beweist am deutlichsten

L. 76. D. *de jure dot.* (TRYPHONINUS.)

Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio. Nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promississet, obligaretur: sed si convalescerit, cur rei non remittatur obligatio per *condictionem* atque si stipulanti quis alius promississet, aut dotem alicujus nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa *condictio* est.

Indessen sagt dennoch *Ulpian* in L. 29. D. de mort. causa donn.: »Si quis sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est: sine dubio donator poterit rem vindicare —; si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet si convalescisset, vel de praelio vel peregre redisset: potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset: interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem.

27) L. 6, 7. pr. §. 1. L. 12. D. de cond. caus. dat. L. 7. L. 76. D. de jure dot., ferner der ganze Titel de mort. causa donat. u. s. w.

28) Nur concurrirt freilich seit *Justinians* Vereinigung der *Legate* auch die auf ein *dare* gerichtete Klage des *Legatars* mit der *rei vindicatio* desselben, vergl. *Gans*, über römisches Obligationenrecht. Heidelberg. 1819. S. 33.

donatori. Offenbar dürfen wir nicht annehmen, daß Ulpian die Vindication auch für den Fall verteidigen will, wo *Condictio* eintritt; aber es löst sich dieses Räthsel, so wie die Schwierigkeit, daß nicht grade umgekehrt hier, bei *resolutiver* Bedingung, überall nur *vindicatio* eintritt, sobald man unterscheidet, *quid actum sit*.

Mit der Hauptsache fallen auch die vor dem Eintritt der Bedingung von dem Erwerber gezogenen Nutzungen zurück, natürlich sowohl wenn die Hauptsache, mithin auch wenn die noch existirenden Früchte wieder von selbst in das Eigenthum des Veräußernden zurückkehren, als auch wenn die Hauptsache nebst Früchten erst zurückübertragen werden soll²⁹⁾. Allein nach *Thibaut*³⁰⁾ müßte sowohl in Bezug auf die Hauptsache als auf die Früchte eine Ausnahme gemacht werden für den Fall, »daß der auflösende Thatumstand bloß von der Willkühr des Rückerwerbers abhängt,« oder mit andern Worten »wenn die Bedingung ein *factum mere potestativum* des Veräußernden ist.« Sein Grund ist, daß auch nach Eintritt der aufschiebenden Bedingung die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte mit herausgegeben werden müssen, wenn die Bedingung *potestativ* war, indem überhaupt »alle aufschiebenden Bedingungen, welche nicht *mere potestativae* sind, auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen werden sollen;« und ferner weil nach *L. 3. D. quib. mod. pign.* die Vindication der Hauptsache wegfiel, »wenn die Bedingung von Seiten des Rückerwerbers eine *conditio mere potestativa* ist.« — Nun kann allerdings der Schluß von der *suspensiven* Bedingung auf die *resolvirende*, so wie der umgekehrte nie trügen. Allein das Zurückziehen der *Suspensivbedingung*

29) *L. 7. §. 1. L. 12. D. de cond. oaus. dat. (12, 4.) L. 6. pr. L. 16. D. de in diem. add. L. 4. pr. §. 1. de lege commiss. L. 11. §. 10. D. quod vi aut clam. (43, 24.)*

30) *H. a. D. S. 362 — 366.*

auf den Anfang des Geschäfts³¹⁾ ist ja nur dann unzulässig, wenn die Bedingung von des Veräußerers Willkühr abhängt, also auch das Zurückziehen der resolvirenden Bedingung nur dann, wenn deren Erfüllung von der Willkühr dessen abhängt, der die erworbene Sache wieder verlor, also nicht des Rückk., sondern des ersten Erwerbers. — Beide Behauptungen sind gesetzlich begründet. Die erste dadurch, daß ein für ein bedingtes Geschäft gegebenes Pfandrecht nach Eintritt der Bedingung auf die Zeit der Bestellung zurückgezogen wird³²⁾, ausser wenn die Bedingung von des Schuldners (des Bestellers) Willkühr abhängt.

So sagt Gajus in L. 11. pr. D. qui pot. in pign: »Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata: licet ab hoc postea accepit, poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Oder L. 11. §. 2. eod.: »Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent — so wird das Pfandrecht nachher nicht zurückgezogen, denn »obligatur ex eo quod inducta res est.« Und ganz allgemein drückt sich Africanus aus in L. 9. §. 1. D. eod. — »Etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.« — Die zweite Behauptung ist durch eben jene L. 3. quib. mod. pign. erwiesen. Nachdem davon die Rede war, daß wenn der Käufer ein Pfand an der sub pacto additionis in diem gekauften Sache bestellt habe, »finiri pignus si melior conditio fuerit allata« (s. oben Note 14) fährt die Stelle unmittelbar fort: »quamquam ubi sic res

31) L. 8. pr. D. de per. et comm. r. v. L. 16. D. de solut. und die in den folg. Noten cit. Stellen.

32) L. 11. §. 1. D. qui pot. in pign. (20, 4.)

disfracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. Es ist offenbar ein Versehen, wenn Thibaut (S. 367) diese Worte so erklärt, als stände: „*nisi venditori displicuisset.*“ — Uebrigens ist diese Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz hier und dort sehr gerecht. Denn hängt die Resolution von des Käufers Willkühr ab, so beweist er z. B. durch die Pfandbestellung, daß er wenigstens gegen den Pfandnehmer keinen Gebrauch davon machen wolle; eben so liegt darin, daß der Schuldner dem A ein Pfandrecht gibt, die Zusage, daß er eine Bedingung nicht erfüllen wolle, wodurch das alsdann eintretende Pfandrecht des B dem seinigen vorzspringen würde.

X.

Beiträge zu der Lehre von der Beweisfrist und der Berechnung derselben.

Von dem

Herrn Dr. Gesterding, Professor zu Greifswalde.

§. 1.

Der römische Prozeß kennt keine vom Gesetz oder Richter vorgeschriebene Beweisfrist. Einmal findet sich nichts von einer solchen im römischen Recht; wohl aber erhellet aus L. 1. C. de dilat., daß auf Verlangen Frist, Beweise beizubringen, vom Richter bewilligt ward. — Ich traue dieser Auslegung um so mehr, da ich bei Eysler ¹⁾, welcher aus dieser Stelle das Gegentheil zu beweisen sucht, finde, daß auch Andere die Stelle so verstanden haben. — Jenes scheint

¹⁾ Spec. 258. med. 2.

zwar eine vorgeschriebene Frist voranzusetzen; und das ist es auch etwa, was Leyer gegen jene Erklärung einwendet. Er sagt nämlich: *Equidem aliqui, in hac lege non de ipso termino probatorio, sed de prorogatione et dilatione ejus sermonem esse, existimant. Verum, quid opus fuisset, dilationis tempora coarctari, judicique severissime, ne illa excedat, interdicti, si ipse terminus probatorius in infinitum patuisset. Freilich, warum soll man Frist bitten, wenn dem Beweise kein Ziel gesetzt ist! Das ist eine sehr natürliche Vorstellung.*

Die Wahrheit jenes Satzes ergibt sich zweitens aus der römischen Verfahrensordnung. Bei unsern Gerichten, wenn die streitenden Theile über die Thatfachen nicht einig sind, erkennt der Richter im Urtheil, wer zu beweisen habe, und was zu beweisen sey. Das ist so der Gebrauch bei uns. Gemeinrechtliche Gesetze gibt es darüber meines Wissens nicht; es hat sich von selbst gebildet, und entspringt aus einer Quelle, die im teutschen Prozeß sehr reichlich fließt aus der Natur der Sache und aus dem Grundsatz der Zweckmäßigkeit. Daß es hiermit im römischen Prozeß ebenso wie bei uns gehalten sey, davon, glaube ich, kann man mit ziemlicher Sicherheit das Gegentheil annehmen. Wahrscheinlich gehörte es zur Anmittlung des streitigen Facti oder zur Instruction der Sache bei dem *Judex*, als noch ein solcher bestellt ward, m. a. W. zu demjenigen, was wir das erste Verfahren nennen, daß die streitenden Theile über ihre Behauptungen, sey es von freien Stücken, sey es nach Aufforderung des Richters, Beweise beibrachten, Zeugen aufstellten, Urkunden vorlegten u. s. w., ein Verfahren, was die Frage: wem von beiden die Last des Beweises obliege, nicht eben unnötig macht. Es ward also im römischen Prozeß nicht auf Beweis erkannt, wie es bei uns geschieht. Dieß wird schon dadurch wahrscheinlich, daß im römischen Recht von einem Urtheil, worin auf Beweis erkannt oder zu erkennen wäre, meines Wissens keine Spur vorkömmt, und besonders, weil ein Verfahren der vorher angeführten

Art der Einfachheit der alten Zeit am angemessensten zu seyn scheint. Auch kann hiefür zur Bestätigung dienen, was Sigonius²⁾ lehrt, dem wohl Niemand das Recht streitig machen wird, in Sachen dieser Art seine Stimme abzugeben. Cum autem litigatores sive patroni eorum jussi essent dicere, tum vero duobus modis dixerunt, uno paucis, altero pluribus verbis. — *Causa vero acta ita est, ut testibus literis et argumentis ex ipsa re, qua de agebatur, depromptis utrinque certatum sit*³⁾.

Weit bin ich davon entfernt, ein solches Verfahren zu loben, als müsse man zu dem ersten rohen Anfang zurückkehren; indessen erhellet doch hieraus, daß im römischen Recht von einer vorgeschriebenen Beweisfrist nicht füglich die Rede seyn konnte. Dagegen, wenn es an der Zeit war, daß die streitenden Theile ihre Behauptungen mit Beweisen belegten, oder wenn der Richter bei der Untersuchung dergleichen von ihnen beehrte, konnte es sehr leicht seyn, daß jene dazu noch nicht im Stande waren und sich daher genöthigt sahen, den Richter um Frist zu bitten. Diese Frist soll, im Fall sie ihrer bedürfen, ihnen auf Verlangen zugestanden und ihre Dauer nach den Umständen abgemessen werden: so verstehe ich die angeführte Stelle des Codex. Und unter diesen Umständen folgt aus der zu bewilligenden Frist keineswegs der Schluß auf einen vom Gesetz oder Richter vorgeschriebenen Beweistermin, so daß also jener Einwand, wovon oben die Rede war, alles Gewicht verliert.

2) *De judiciis. lib. 1. cap. 28.*

3) S. auch die daselbst kurz zuvor angeführte Stelle aus Macrobius (cap. III.), wo Titius von den Richtern seiner Zeit saubere Sachen erzählt. Veniunt (sc. iudices) in comitium tristes, jubent dicere, quorum negotium est, narrant, iudex testes poscit, *ipsus it minctum: ubi redit, ait, se omnia audivisse, tabulas poscit, literas inspicit. Vix prae vino sustinet palpebras.*

Es bleibt folglich dabei, wie das römische Recht keine vorgeschriebene Beweisfrist kennt. Mag aber der Beweis dieses Satzes gelungen seyn, oder mißlungen, so wird der andere Satz, der hier nur gelegentlich vorkam, nämlich daß im römischen Prozeß auf Beweis nicht erkannt ward, um so mehr bemerkt zu werden verdienen, da man in andern Theilen der Prozeßtheorie häufig Gelegenheit haben wird, mit gutem Nutzen davon Gebrauch zu machen.

§. II.

Ehedessen lehrte man: die Beweisfrist fange an zu laufen, sobald das Urtheil den streitenden Theilen durch den Richter eröffnet worden, es sey denn, daß ein Rechtsmittel dagegen eingewandt werde, in welchem Fall die Beweisfrist erst von der Zeit an zu berechnen wäre, da das Rechtsmittel erledigt worden ⁴⁾.

Späterhin ward die Meinung herrschend: die Beweisfrist fange nicht eher zu laufen an, als bis das Urtheil rechtskräftig geworden ⁵⁾.

Wir scheint es doch, als ob die verdrängte Meinung die ächte und wahre, und die siegende der angemakten Herrschaft wiederum zu entsetzen sey. Koch wirft den Verfechtern jener

4) Also lehrten **Stryf**: *Usus mod.* lib. 22. tit. 3. §. 8., **Brunemann**, *prov. civ.* cap. 28. n. 24., **Balthasar**, *diss. de terminis ac fatalibus judicial. eorumque computatione secundum stilum judiciorum Pomeraniae.* Gryphisw. 1746. cap. 4. §. 7. *ingl. Anhang* S. 132 ff.

5) *Ihr sind zugethan* **Leysler**, *spec.* 258. med. 4; **Schaumburg**, *Princ. prax. jur. jud.* lib. 1. sect. 1. membr. 3. cap. 1. §. 8.; **G. L. Böhmer**, *Princ. jur. can.* §. 778.; **F. E. Koch**, *diss. de initio term. prob.* §. 6.; **F. L. Schmidt**, *Abhandl. über verschiedene Rechtsmaterien.* Bd 2 N. 93.; **Danz**, *Grundsätze des ordentlichen Prozeßes.* §. 264.; **Mehlen**, *Anleitung zum gerichtl. Prozeß*, 1r Theil. §. 256.; **Gönnner**, *Handbuch des Prozeßes*, 2te Aufl. Bd. 2te Abh. 37. §. 32. S. 293.

vor, sie hätten ihren Satz nicht bewiesen. Das gilt aber ebenfalls von ihm und den Rechtsgelehrten, die ihm gleich denken. Die Rechtsgelehrten auf beiden Seiten begnügen sich, ihre Sätze, gleich Gesetzgebern, aufzustellen, ohne Gründe dafür anzuführen. Sie fühlen hier nur (sentiant) und fühlen anders (dissentiant). Doch, daß ich nicht zuviel sage, bei Balthasar auf der einen und bei Schmidt auf der andern Seite findet sich etwas, was Gründen ähnlich sieht.

Nach gemeinem Recht, sagt Schmidt, wird demjenigen, welchem eine Sentenz gegeben worden, ein Zeitraum von zehn Tagen gestattet, um während derselben bei sich auf das Genaueste überlegen zu können, ob er sich bei der Sentenz beruhigen oder dawider ein Rechtsmittel einwenden will. Also durch die Sentenz binnen der zehn Tage wird ihm noch keine Verbindlichkeit, die Sentenz in demjenigen, was sie ihm befiehlt, zu befolgen, auferlegt. Also durch die bloße Publikation der Sentenz wird mit dieser noch keine verbindliche Kraft Rechtsens vereinigt. Zu der Zeit also ist ihm die Sentenz noch kein Gesetz. Denn ein Gesetz entsteht erst durch die Auflage einer Verbindlichkeit. — Soweit mit seinen eigenen Worten Schmidt. —

Die Berufung auf den Satz, „daß die Frist der zehn Tage dem Streiter vor Gericht dazu dienen solle, damit er bei sich überlegen könne, ob er sich bei dem Urtheil beruhigen, oder es anfechten wolle,“ scheint mir hier am unrichtigen Ort zu seyn. Das Decendium ist, seiner ursprünglichen Bedeutung nach, ein bloßes spatium deliberandi, das ist wahr, und Justinian, der Erfinder des Decendii, lehrt es deutlich genug ⁶⁾. Aber dieser Satz gehört an und für sich gar

6) Nov. 23. cap. 1. Vor Justinian mußte die Appellation binnen 2, oder beziehungsweise 3 Tagen eingelegt werden, je nachdem Jemand im eigenen Namen tritt oder für einen andern. L. 5. in fine D. de app. L. 6. §. 5. C. eod. ibique Auth. Hodie autem. Justinian setzte, statt dessen, in der Nov. 23. cap. 1. ohne Unterschied das Decendium.

nicht hieher. Denn daraus folgt nur, daß der Streitende Theil nicht nöthig hat, das Rechtsmittel auf der Stelle einzulegen, sondern daß er zehn-Tage lang Frist dazu hat.

Nur in so ferne kann jener Satz hieher gehören, als mit dem Ablauf jener Frist, wenn binnen derselben kein Rechtsmittel eingelegt worden, das Urtheil rechtskräftig wird.

Es ist nämlich die Frage; »ob in der Rechtskraft des Urtheils ein Grund enthalten sey, die Beweisfrist erst mit ihr anfangen zu lassen?“ —

Wir scheint es, hier werde die Kraft eines Urtheils mit der Unabänderlichkeit desselben verwechselt. An und für sich tritt ein Urtheil, gleich einem Gesetz, in Kraft, sobald es den Streitenden Theilen bekannt gemacht ist; unabänderlich wird es erst, wenn kein Rechtsmittel weiter dagegen statt findet. Ein Rechtsmittel findet nicht weiter statt, wenn überhaupt kein solches mehr zulässig oder darauf Verzicht geleistet, das Urtheil ausdrücklich gebilligt oder binnen der gesetzlich vorgeschriebenen Frist kein Rechtsmittel eingelegt, oder das eingelegte nicht fortgesetzt worden. Wenn dann eine, keiner möglichen Abänderung von Seiten eines Richters weiter unterworfen, abgeurtheilte Sache — *res judicata* — vorhanden ist, so hat das Urtheil Rechtskraft, d. h. bekanntlich: die Kraft eines Gesetzes erlangt; es gilt unter den Partheien wie ein Gesetz, muß erfüllt und, auf Verlangen des Siegers, in Vollziehung gebracht werden.

Offenbar ist es nun aber gleichgültig, ob der Beweisführer das Urtheil nicht anfechten kann, weil es rechtskräftig geworden, oder ob er es nicht anfechten will. Ihm steht dann kein Hinderniß im Wege, den Beweis sogleich jetzt anzutreten. Ja, wenn der Beweisführer das Urtheil nicht ansieht, und es also erfüllen muß: so gehört gerade zur Erfüllung des Urtheils, daß er den Beweis binnen der Frist antritt, die der Richter in diesem Urtheil vorschrieb, und diese ist dann zu berechnen, wie es der Richter meinte, nämlich von dem Augenblicke, da er das Urtheil aussprach, oder m. a. W., von

Zeit der Bekanntmachung des Urtheils. Wir berechnen ja auch in andern Fällen, in welchen der Richter im Urtheil Fristen vorschreibt, z. B. dem Beklagten, zu zahlen, den Anfang dieser Fristen nicht von der Zeit, da das Urtheil Rechtskraft erlangt hat, sondern von der Zeit, da es den streitenden Theilen durch den Richter kund geworden. Hätte der Richter gewollt, die Frist der zehn Tage solle abgerechnet werden, so hätte er dieß ausdrücklich erklären müssen.

Man mögte einwenden, die nicht geschene Einlegung eines Rechtsmittels innerhalb der zehn Tage enthalte eine stillschweigende Verzichtleistung auf das Rechtsmittel, nach der Ansicht des canonischen Rechts ⁷⁾, und wenn bei einer ausdrücklichen Verzichtleistung die Beweisfrist von Zeit derselben an zu berechnen sey, so müßte dasselbe auch von dieser stillschweigenden gelten. Indessen, das ist gerade nicht gesagt, daß es bei der in der Nichteinlegung eines Rechtsmittels enthaltenen Verzichtleistung ebenso sey, wie bei einer wirklichen, und die Verzichtleistung, die hier bloß erdichtet wird ⁸⁾ — daß hier von keiner wahren die Rede sey, erhellet schon daraus, daß es leicht seyn kann, ein streitender Theil hatte wirklich die Absicht, ein Rechtsmittel einzulegen und er versäumte sich daran — schließt sich natürlicher an den Zeitpunkt des ausgesprochenen Urtheils an.

Wenn es richtig ist, was hier zu beweisen versucht worden, die Beweisfrist fange von Zeit der Publication des Urtheils an, so ist damit zugleich der Satz bewiesen, daß, im Fall gegen das Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt und zur Ausführung gebracht, das vorige Urtheil aber bestätigt wird,

7) *Cap. 15. X. de sent. et re jud.* — Cum post decem dierum spatium sententia in auctoritatem rei judicatae transeat, qui ad provocationis subsidium intra id temporis non recurrit, adpellandi sibi aditum denegaverit *et per hoc videatur per interpretationem juris latae sententiae paruisse.*

8) *G. L. Boehmer, Princ. jur. can. §. 823.*

die Beweisfrist von Zeit der Publication des neuen Urtheils, nicht erst von der Zeit, da dieses rechtskräftig geworden, zu laufen anfangen.

§. III.

Im Fall das Beweisinterlocut eine Auflage enthält, die vor weiterm Verfahren zu befolgen ist, kann die Beweisfrist nicht eher zu laufen anfangen, als bis jener Aufgabe ein Genüge geschehen ist. Der Fall kömmt vor, wenn der Beklagte dem Kläger verzögerliche Einreden, z. B. der noch nicht geleisteten Caution, noch nicht bewerkstelligten Legitimation entgegenstellt, der Richter sie gegründet befunden, und den Kläger schuldig erkannt hat, vor allen Dingen dem Gegner der Kosten wegen Sicherheit zu leisten, oder sich zur Sache oder zum Prozeß zu legitimiren.

Dies hat dann keinen Zweifel, wenn es nicht der Beweisführer ist, welcher die Aufgabe erfüllen soll, sondern sein Gegner. Aber für den entgegengesetzten Fall nimmt die gewöhnliche Theorie das Gegentheil an ⁹⁾. Anders dachte Schaumburg ¹⁰⁾. Er läßt die Beweisfrist nicht eher zu laufen anfangen, als bis der richterlichen Aufgabe ein Genüge geschehen ist, ohne zwischen den Fällen, da es der Beweisführer ist, welcher jene Aufgabe erfüllen soll oder sein Gegner, zu unterscheiden.

Die gewöhnliche Theorie gründet sich auf den Satz: *Mora sua nemini prodesse et alteri nocere debet.*

Allein darauf kann es hier gar nicht ankommen. In dem angenommenen Falle soll der Prozeß nun einmal so lange ruhen, bis jene Aufgabe befolgt ist. Der Richter hat ja im Urtheil im Grunde selbst erklärt, daß der Zeitraum, während

9) *Leyser*, spec. 258. med. 7 et 8. *Koch*, diss. cit. §. 9. *Danz* a. a. D. §. 265. *Mehlen* a. a. D. §. 257. *Günner* a. a. D.

10) *Princ. prax. jur. jud. t. 1. S. 1. M. 2. Cap. 4. §. 6. n. 6. ibique nota.*

dessen jene Aufgabe noch nicht befolgt ist, nicht mit eingerechnet, sondern die Beweisfrist erst nach deren Befolgung zu laufen anfangen soll. Und wenn er diesen seinen Willen auch nicht auf irgend eine Art zu erkennen gegeben hätte, bringt es schon die Ordnung des Processes von selbst mit sich, daß das Verfahren nicht fortgesetzt werden kann, so lange der Kläger den begründet befundenen dilatorischen Einreden nicht abgeholfen hat. So lange dieß nicht geschehen, ist von der Einlassung auf die Klage, dem ganzen Streit und dem Beweisinterlocut einstweilen gänzlich zu abstrahiren, so, als wären sie gar in der Welt nicht.

Es hat aber auch der Beweisführer von seiner Mora keinen Vortheil, der, wenn er bloß zufällig ist, ohnehin gar nicht in Betrachtung kommen kann, wohl aber Nachtheil; denn ihm, dem Kläger, ist immer hauptsächlich daran gelegen, daß die Sache ihren ungehinderten Fortgang habe. Gesezt indessen, er hätte Vortheil davon, so kann diese Rücksicht doch nicht bewirken, daß die Ordnung des Processes verändert werde.

Ja, wäre die gewöhnliche Theorie richtig, so würde nicht die Wirklichkeit, sondern schon die bloße Möglichkeit der Mora dem Beweisführer schaden. Denn die Beweisfrist soll nach dieser Theorie in dem angenommenen Fall schon mit der Publication des Urtheils anheben, also zu einer Zeit, wo gar noch von keiner Mora die Rede seyn kann.

§. IV.

Wenn gegen das Beweisurtheil ein Rechtsmittel eingewandt, und dieses binnen der vorgeschriebenen Frist nicht fortgesetzt worden, so soll, nach Koch ¹⁾, die Beweisfrist nach Verschiedenheit der Umstände verschieden zu berechnen seyn.

1.) Der Beweisführer hat das Rechtsmittel eingewandt. Dann fängt, nach Koch, die Beweisfrist zu laufen an von der Zeit, da das Urtheil rechtskräftig ge-

1) Diss. cit. 1. 13.

worben, wogegen das Rechtsmittel eingewandt worden — oder, von der Zeit, da das Urtheil publicirt worden, je nachdem man sich zu der einen oder zu der andern der oben (S. 11. S. 255) vorgetragenen Theorien bekennt. Es soll also in diesem Fall die Beweisfrist ebenso zu berechnen seyn, als wenn gar kein Rechtsmittel eingewandt wäre.

2.) Sein Gegner wendete es ein. Dann ist, nach Koch, die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen, da das über die Desertion gefällte Urtheil rechtskräftig geworden.

Zuvörderst ist zu bemerken: Wenn es heißt, das Urtheil müsse rechtskräftig geworden seyn, so meinen die Rechtsgelehrten, die zehn Tage müssen verstrichen seyn. Es wird also Rechtskraft des Urtheils mit der einen Art, wodurch sie hervorgebracht wird, verwechselt. Die Rechtskraft tritt freilich mit dem Ablauf des Decendii ein, wenn es ungenutzt verstreicht; sie kann aber auch vor Ablauf des Decendii eintreten, und oftmals tritt sie erst nach diesem Zeichen ein.

Was nun jene Behauptungen selbst betrifft, so glaube ich, fange die Beweisfrist in beiden Fällen zu laufen an von der Zeit, da die zur Fortsetzung des eingewandten Rechtsmittels vorgeschriebene Frist ungenutzt verstrichen ist. Ich behaupte also ebenfalls, was jene, den Worten nach, behaupten, nämlich, daß die Beweisfrist von Zeit der Rechtskraft des Urtheils an zu berechnen sey; aber ich beschränke meine Behauptung auf das Urtheil, wogegen das Rechtsmittel eingewandt worden, und verwechsle nicht, wie jene thun, Rechtskraft und Ablauf der zehn Tage.

Bei Berechnung der Beweisfrist gehen wir von dem Grundsatz aus, daß ein rechtliches Hinderniß, was den Beweisführer abhält, den Beweis anzutreten, den Anfang desselben verschiebt, bis es gehoben ist. Wenn nun ein Rechtsmittel gegen das Urtheil eingewandt, selbiges jedoch nicht fortgesetzt ist, so kann die Beweisfrist hiernach nicht eher zu laufen anfangen, als bis die zum Gebrauch desselben vorgeschriebene Frist verstrichen ist. Erst dann ist das Hinderniß gehoben,

was der Beweisantretung im Wege stand, und das Rechtsmittel erledigt. Die Rechtsgelehrten sind gegen den Beweisführer zu farg, und gegen seinen Gegner zu freigebig. Denn, das wollen wir sogleich, namentlich in Beziehung auf den zweiten Fall, hinzufügen: es bedurfte keiner *sententia desertoria*, um das Hinderniß zu entfernen, was der Beweisantretung im Wege stand — das Hinderniß fiel weg, sobald das Fatale des Rechtsmittels verstrichen war. Wer die zum Gebrauch der Rechtsmittel vorgeschriebenen Fristen nicht beobachtet, dem erlöschen sie *ipso jure*. Wie es keiner *sententia desertoria* bedurfte, bedurfte es auch keiner rechtskräftigen. Ja, es kann bei dieser sogenannten *sententia desertoria* gar von keiner Rechtskraft die Rede seyn, indem sie kein wahres Urtheil, sondern ein bloßes Präklusivdekret ist, da sie von einem Urtheil allenfalls nur die äußere Form zur Schau trägt. Daher würde es auch beiläufig sehr unpassend seyn, wenn z. B. der Appellant ein Rechtsmittel dagegen einwenden wollte; vielmehr, wenn er sich nicht beruhigen will, hat er nichts nöthig zu thun, als Restitution gegen den Ablauf der Nothfrist nachzusuchen, und wenn er diese nur erlangt, kann er, zum Troß der *sententia desertoria*, das für desert erklärte Rechtsmittel getrosten Muths fortsetzen.

Von dem zweiten Fall habe ich wohl genug gesagt. Was aber den ersten betrifft, so ist darüber insonderheit noch Eini-
ges zu sagen übrig.

Noch beruft sich zum Beweise seiner Behauptung — „daß, wenn der Beweisführer das Rechtsmittel eingewandt hat, die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen sey, da daß Urtheil rechtskräftig geworden,“ d. h. in seinem Sinn, von Zeit des Ablaufs der zehn Tage — auf L. 5. §. 4. C. de appellat.

Daselbst heißt es:

— jubemus, eundem appellatorem, nisi observaverit iudicium, et causam usque ad finem peregerit, sed et si per eum steterit, quominus omnia litis certamina impleantur, appellatione de-

fraudari, et sententiam contra eum latam in suo robore durare et ad effectum perducere, tanquam si ab initio minime fuerit provocatum.

Ich wüßte nicht, was uns berechtigen könnte, auf die letztern Worte des Kaisers mit Koch ein so großes Gewicht zu legen, da sie nichts anders aussagen, als daß es bei dem vorigen Urtheil verbleiben soll, wenn der Appellant sich an der zur Ausführung des Rechtsmittels vorgeschriebenen Frist versäumte. Wenigstens auf die im vorigen Urtheil vorgeschriebene Beweisfrist, welche der römische Prozeß nicht kennt, bei deren Berechnung wir, wie gesagt, von dem Grundsatz ausgehn, daß rechtliche Hindernisse den Anfang derselben verschieben, bis sie gehoben sind, scheint mir dieß ohne Einfluß zu seyn. Gesezt aber, jene Worte könnten hier in Betrachtung kommen, so würden sie zuviel beweisen; denn es würde daraus folgen, daß die Beweisfrist nicht vom Ablauf der zehn Tage, sondern von Zeit der Publication des Urtheils an zu berechnen sey.

Ueberhaupt ist es seltsam, wenn behauptet wird, die Beweisfrist fange erst zu laufen an, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden und nicht zugleich, im Fall der Beweisführer das eingewandte Rechtsmittel desert werden läßt, sey die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen, da das Rechtsmittel desert geworden. Wäre Rechtskraft des Urtheils in dem einen Fall nöthig, so müßte sie es in dem andern Fall auch wohl seyn. Man kann aber nicht sagen, ein Urtheil sey rechtskräftig geworden, wenn dagegen ein Rechtsmittel eingewandt worden, so lange die Nothfrist nicht verstrichen ist, die für den wirklichen Gebrauch desselben vorgeschrieben ist.

Nur wenn man annimmt, wie §. I. S. 253 gesehen, die Beweisfrist fange an und für sich mit dem Tage zu laufen an, da das Urtheil bekannt gemacht worden, nur dann kann es zweifelhaft seyn, ob, im Fall der Beweisführer das von ihm eingewandte Rechtsmittel desert werden läßt, der Anfang der Beweisfrist nicht schon auf den Zeitpunkt der Publi-

cation des Urtheils zurückzurechnen sey. Die Einwendung des Rechtsmittels geschähe ja dann ganz vergebens, und es hing nur von dem Beweisführer ab, den Beweis auch schon früher anzutreten.

Dieser Einwand würde auch beim wirklichen Gebrauche des Rechtsmittels, wenn der Richter den vorigen Ausspruch bestätigte, möglich seyn. Indessen scheint zwischen beiden Fällen der Unterschied statt zu finden, daß, wenn der Beweisführer das Rechtsmittel nicht fortsetzt, er es von freien Stücken aufgibt, und der Richterfolg des Rechtsmittels insoweit auf seiner Willkühr beruht.

Aber — wenn der Beweisführer, nachdem er einmal ein Rechtsmittel eingewandt, es nicht fortsetzt, kann schwerlich etwas anders gelten, als wenn ein solcher auf das eingewandte Rechtsmittel Verzicht leistet, in welchem Falle die Beweisfrist bekanntlich von Zeit der Verzichtleistung an berechnet wird. Ohne Gefahr der Ungerechtigkeit kann man die Beweisfrist nicht früher anfangen lassen, als bis die zum Gebrauch des Rechtsmittels vorgeschriebene Frist und zwar völlig verstrichen ist. Es ist möglich, daß er bis zum letzten Augenblick Gründe hatte, sich für verlegt zu halten; und diese Möglichkeit ist hier schon genug. Mag es auch seyn, daß er in einzelnen Fällen den Vorsatz schon früher faßte, das Rechtsmittel nicht zur Ausführung zu bringen, den er auch wieder ändern kann, dieses kann nicht in Betrachtung kommen; genug, daß er diesen Vorsatz auf keine Weise erklärt oder zu erkennen gegeben.

Die Unhaltbarkeit der gewöhnlichen Theorie wird durch folgende Betrachtung bestätigt: „Wäre die gewöhnliche Theorie richtig, so würde dem Beweisführer, der das Rechtsmittel nicht fortsetzte, das Rechtsmittel und der Beweis zugleich besert werden, da die zum Gebrauch des Rechtsmittels vorgeschriebene Frist länger dauert, als die Beweisfrist, und eben dadurch in die Klemme gebracht, würde er gezwungen seyn, das Rechtsmittel fortzusetzen, sollte sich seine Ansicht, daß er verlegt sey, auch geändert haben.“

 XI.

 Die Civilgerichtsordnung der freien
 Hansestadt Bremen von 1820

mit

Bemerkungen von Wittermaier.

In keinem Zweige der Gesetzgebung haben in neuerer Zeit die Reformatoren so viele und so tief einreißende Verbesserungen zu machen für nöthig gefunden, als an dem des bürgerlichen Verfahrens. Frägt man aber um die Resultate mancher neuen Experimente, traut man dabei nicht bloß den Berichten mancher gefälligen Beamten, die, um sich der Regierung zu empfehlen, nicht genug das Glück der neuen Gesetzgebung anpreisen können, hört man die Stimmen achtungswürdiger Praktiker, welche die neuen Gesetze anwenden sollen, hört man die Volksstimme (nicht immer schlägt der Geist der Wahrheit seinen Sitz bei den höchst besteuerten Einwohnern der Provinz auf), so will Niemand die Wohlthaten der neuen Gesetzgebungen segnen. Gewisse allgemein nachgebetete und von Jedem auf eigenthümliche Weise verstandene Formeln und Worte (wenn die Begriffe fehlen, stellt sich ein Wort zur rechten Zeit wohl ein, sagt der Dichter) sind es, mit welchen man sich gefällt. Oeffentlichkeit, Volksmündigkeit, Vernichtung der Advokatenherrschaft, Untersuchungsmaxime heißen die schönen Worte. Wie wenig klare Vorstellungen von der

Öffentlichkeit des Verfahrens herrschen, hat in neuester Zeit trefflich v. Feuerbach ¹⁾ gezeigt. Wer Öffentlichkeit darin sucht, daß die Thüren unserer Landgerichtsstuben geöffnet werden, damit 12 oder 20 Zuhörer. (mehr fast häufig eine solche Stube nicht) zuhören oder zuschauen dürfen, wie vor einem Landrichter und seinem Actuar zwei Partheien rezeßiren, oder wie eine ihre Schrift überreicht, versteht das Wesen der Publicität eben so wenig, als diejenigen ihre Natur kennen, welche sie mit einer Gerichtsverfassung für verträglich halten, in welcher Einzelrichter, die zugleich Polizei- und Verwaltungsbeamte sind, ihre Meinung über Rechtsstreitigkeiten aussprechen, so wenig als diejenigen, die Vortheile der Publicität begreifen, welche den Richter zum Rathgeber der Partheien machen, und ihn zu einer detaillirten Befragung der Streitenden verpflichten. Was aber die gerühmte Volksmündigkeit angeht, so mögen die Lobpreiser derselben nur zusehen, daß sie nicht in eine Rechtlosigkeit ausarte, sie mögen prüfen, ob Richterdespotismus nicht gefährlicher als Advokatenherrschaft werden kann, vor Allem aber mögen sie fragen, ob die Entfernung der Advokaten in Ländern, in welchen gemeines Recht noch gilt, mit dem Zustande einer Civilgesetzgebung verträglich ist, bei welcher fast kein Satz ohne Controverse da steht, deren Sinn nur durch einen Reichthum philologischer Kenntnisse zu ergründen, und daher nur von Rechtsgelehrten zu erfassen ist, wo fast jeder Tag bei der erwachten Thätigkeit der Civilisten und gründlichen Rechtsbehandlung neue Irrthümer der bisherigen Praxis aufdeckt, und daher die Partheien wohl-berechtigt, zu zweifeln, ob dem Richter, der ihr Rathgeber seyn soll, alle diese gründlichen Rechtskenntnisse zugetraut werden dürfen, wo es daher völlig den vernünftigen Forderungen des Volkes gemäß ist, daß man ihm gewandte rechtsgelehrte Rathgeber gebe, von welchen jede Parthei den Ihrigen selbst wählen

1) Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Gießen, 1821.

kann²⁾. Was wird die Nachwelt von neueren Einrichtungen gewisser Länder sagen, in welchen man, wenn in einem Amtsbezirke ein Advokat stirbt, neben welchem nur noch ein Advokat besteht, die Stelle des Verstorbenen gar nicht mehr besetzt? Am schlimmsten aber ist es, daß Jeder, welcher eine Civilprozeß-Gesetzgebung entwerfen will, glaubt, daß er von jedem der drei Grundsysteme des Prozeßes, von dem des gemeinen, französischen und preussischen Prozeßes etwas entlehnen müsse, um es allen Partheien recht zu machen. Man vergißt, daß jedes der drei erwähnten Systeme alle einzelnen Theile des Prozeßes durchdringt, und weder der französische Prozeß eingeführt ist, wenn man in Gerichtsaudienzen öffentlich die Partheien oder ihre Anwälde plaidiren läßt, noch daß man den Geist des preussischen Prozeßes erfaßt habe, wenn man Advokaten entfernt und mündliche Instruktion der Sache durch den Richter ad protocollum anordnet. Jede der drei Prozeßformen ist höchst consequent und achtungswürdig, der gemeine Prozeß durch die höchste logische Ordnung, nach welcher im Prozeße alle einzelnen Handlungen weise vertheilt sind, durch die Achtung der Freiheit der Partheien, und durch das richtige Erfassen der Menschen, wie sie sind; der preussische Prozeß durch die hohe würdige Aufgabe, das höchste materielle Recht in jedem Rechtsstreite siegen zu lassen, durch die alle Kräfte des Richters anspornende Stellung desselben und die

2) Trefflich sagt v. Feuerbach S. a. a. D. S. 383: „wo man sich eine mündliche Rechtspflege ohne Fürsprecher denkt, vereinigt man in Gedanken die wesentlichen Pflichten des Fürsprecheramtes mit den Pflichten des Richters, was sich freilich einfach und freundlich ausnimmt, aber doch nur der einzigen Voraussetzung für die beste Art der Rechtspflege gelten kann, unter welcher auch sogar der Despotismus die beste Regierungsform genannt werden darf, nämlich, wenn gerade die Person des Gewaltträgers an Einsicht, Geist und Gemüth so vollkommen ist, wie der Mensch — weder immer, noch gewöhnlich, sondern nur in sehr seltenen Ausnahmen zu erscheinen pflegt.“

Sorgfalt des Gesetzes für die Partheien; der französische Prozeß durch die consequente Durchführung des Grundsatzes der Reinheit des Gerichts von allen fremdartigen Geschäften, durch die Oeffentlichkeit der Verhandlungen, durch die Sorgfalt, dem Gerichte die möglichst lebendige Anschauung aller wahren Streitsverhältnisse zu gewähren, so wie durch die dem gemeinen Prozesse ähnliche Achtung der Freiheit der Privatrechte. Gerade das Beispiel des französischen Prozesses aber beweiset eben, wie wenig ein alles Alte über den Haufen werfende und überall her einzelne Flecken zum Kleid entlehrendes Reformiren im Prozesse am Platze ist), daher weise die französischen Gesetzgeber zwar die alte Gerichtsverfassung abgeschafft, die ganze Grundlage des Civilprozesses aber, wie er sich nach der Ordonnance von 1667 gebildet hatte, beibehalten haben; daher auch der französische Prozeß eine höchst ehrwürdige Jurisprudenz (man denke nur an Bornier, Jousse, Rodier, Pothier) aufzuweisen hat. — Es ist gar nichts dagegen zu erinnern, wenn ein Gesetzgeber (sobald er auch alle organischen Umgebungen der neuen Form herbeischafft) eine der drei Prozeßformen in seinem Lande eingeführt, nur muß es rein, nur mit Beseitigung eingeschlichener Inconsequenzen, geschehen, da allem Glückworte, welches in neuerer Zeit versucht worden ist, die Erfahrung und das Leben ein sehr ungünstiges Zeugniß geben.

Während Alles am Verfahren reformiren wollte, blieb die Grundlage des Prozesses, das, was am meisten Noth thut, die Gerichtsverfassung völlig unbeachtet. Noch immer sehen wir die mit Criminal- und Polizeigewalt versehenen, durch Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit

3) Man vergißt bei dem Studium des französischen Prozesses oft, was de Laporte im Avantpropos seines nouveau Ferriere pag. X. sehr richtig sagt: il est aisé de se convaincre que le Code de procédure civile n'est point une nouvelle loi; que loin de s'écarter de l'ancienne forme de procédure, il rétablit au contraire les règles, dont on s'étoit écarté dans ces derniers temps.

hinreichend Beschäftigten, zu allen Arten von Verwaltungsgeschäften gebrauchten Einzelrichter Civilprozesse instruiren und entscheiden. Daß alle Prozeßformen aber, so lange diese Gerichtsverfassung besteht, vergeblich oder halbe Maßregeln sind, hat der Verfasser dieser Anzeige in neuerer Zeit zu beweisen gesucht⁴⁾. Ist aber an diese Vorarbeit einmal Hand angelegt, so übrig für die Reform nichts, als entweder eine der neueren Prozeßformen, wenn man von ihrem Vorzuge vor der bisherigen überzeugt ist; aber dann rein einzuführen, oder die bisherige in einem Lande geltende Form zum Grund zu legen, und mit Beibehaltung ihres Wesens nur ihre Gebrechen zu heilen, Mißbräuche, die sich eingeschlichen haben, zu beseitigen, zweifelhafte Punkte auf eine klare Weise zu entscheiden, und die Forderung der Oeffentlichkeit auf eine würdige Weise aufzufassen. Man vergißt nicht selten bei dem neueren Streite, daß die Oeffentlichkeit nicht in offenen Gerichtsthüren besteht, daß manche Gesetzgebung, welche immer als Muster der Oeffentlichkeit angeführt wird, in dem entscheidenden Punkte, z. B. bei der Zeugenvernehmung, nicht einmal dem Principe der Publicität treu geblieben ist. Wird nach einem zweckmäßig eingeleiteten Vorverfahren eine Schlußverhandlung in öffentlicher Sitzung gestattet, wird vorzüglich die Zeugenvernehmung in öffentlicher Audienz vor dem versammelten Gerichtshofe vorgenommen, wird eine der Oeffentlichkeit entsprechende Gerichtsverfassung eingeführt, so sind alle billigen Forderungen erfüllt.

Diesen letzten Weg zu wählen möchte man auch den Staaten rathen, in welchen bisher der gemeine Prozeß galt. Nicht das Gesetz verdient Tadel, wenn wir über Mißbräuche zu klagen haben; die Schuld trifft häufig die Advokaten, welche oft ohne Pflichtgefühl aus der Verzögerung der Pros

4) Der gemeine teutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren. Bonn, 1821. S. I. II.

zesse Vortheile ziehen, vorzüglich aber die Richter, welche nachsichtig genug sind, und den Geist des Gesetzes nicht erfassend, unter Verhandlungsmaxime sich nicht selten eine Verpflichtung zur Unthätigkeit denken, so wie denjenigen Vorwürfe zu machen sind, welchen in jedem Lande die Aufsicht über die Rechtspflege anvertraut war, und welche gleichgültig eine verwerfliche Praxis sich einschleichen ließen, oder den Gebrechen der Gerichtsverfassung abzuheilen vernachlässigten. Werden die in Vergessenheit gerathenen Bestimmungen des Prozeßes gehörig wieder eingeschärft, wird vorzüglich das wahre Wesen der Verhandlungsmaxime den Richtern entwickelt, werden so viele Controversen, die im Laufe der Zeit entstanden, durch die Veranlassung von Streitigkeiten der Partheien den Prozeß verlängern, mit Klarheit und Sicherheit entschieden, werden manche Lücken in einzelnen Lehren, für welche keine Gesetze im gemeinen Rechte vorhanden waren, ausgefüllt, werden Mißbräuche, die dem Gesetzgeber bekannt geworden sind, durch strenge Vorschriften beseitigt, wird Oeffentlichkeit zweckmäßig dem ganzen System angepaßt: so hat ein Gesetzgeber, welcher diesen Weg wählt, besser für die Rechtspflege seines Landes gesorgt, als wenn er durch eine neue Prozeßform, die aus allen bisherigen Gesetzgebungen zusammengesetzt ist, den Namen eines genialen und originellen Gesetzgebers zu erwerben gesucht hätte.

Aus diesem Gesichtspunkte beurtheilen wir auch die vorliegende Gerichtsordnung, ohne darüber entscheiden zu können, ob für Bremen nach den dortigen lokalen Verhältnissen eine andere Prozeßform mehr gepaßt hätte.

Den Lesern des Archivs mag aber ein treuer Auszug der Gerichtsordnung nicht unwillkommen seyn, weil er Legislatoren und Praktikern beweist, welcher Verbesserungen der gemeine Prozeß fähig ist, und auf welche Punkte es bei der Verbesserung ankömmt.

* * *

Die Gerichtsordnung besteht aus 6 Abschnitten. I. Von dem Wirkungskreise der bremischen Gerichte. II. Von dem schiebbrichterlichen Verfahren. III. Von den Sachführern. IV. Von dem Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. V. Vom Verfahren in peinlichen und Polizeisachen. VI. Von dem Oberappellationsgerichte. Abschnitt I. §. 1. Alle Justizsachen gehören vor die Gerichte. §. 2. Bei Regierungsverfügungen in Deich-, Weg-, Strombau und Abwässerungssachen kann, wenn Privatrechtliche Verhältnisse zur Sprache kommen, das gerichtliche Verfahren, die Ausführung der Verfügungen nicht hemmen. §. 3. Die Entscheidung der Streitigkeiten über Art der Benutzung gemeinschaftlicher Rechte oder Beiträge zu gemeinschaftlichen Bedürfnissen von Corporationen steht den Verwaltungsbehörden zu, obgleich die Betheiligten ihre dabei in Frage kommenden privatrechtlichen Verhältnisse zur gerichtlichen Entscheidung bringen können. §. 4, 5. Die Verwaltungsbehörde kann sobald vollstreckbare Verfügungen in Streitigkeiten über Einschütten von Vieh und Schadenersatz und über Gränzen, Befriedigungen und Servituten (jedoch so, daß die damit nicht zufriedene Parthei binnen 8 Wochen den gerichtlichen Weg einschlagen kann) erlassen, und Verträge über Aussteuer, Abfindung und Ueberlassung von Bauerngütern bestätigen. §. 8. Das Obergericht ist erste Instanz für alle Sachen, deren Werth der Klagbitte nach 300 Thlr. übersteigt, oder deren Werth sich nicht schätzen läßt, für Ehesachen, Gesuche um Distractionen von Immobilien, Debetsachen. §. 14. In zweiter Instanz entscheidet das O. G. in den Sachen, die in erster Instanz von den Untergerichten, Morgensprachen oder Commissionen des Obergerichts entschieden wurden. §. 15. In den nicht vor das O. G. gehörigen Sachen ist das Untergericht erste Instanz. §. 21 u. 22. Alle Rechtsachen, welche die gegenseitigen Verhältnisse der Mitglieder der Societäten, Beschwerden über Eingriffe Dritter, Klagen über verweigerte Aufnahme in die Zunft gehören vor die Morgensprachen der Societäten, Streitigkeiten zwischen Mitgliedern einer Societät, Gesellen, Lehrbursche in Dienstsachen vor die Morgensprachsherren zur Entscheidung in Disciplinarsachen, sonst zum Versuche der Güte. §. 24. Das Gericht, welches in einer peinlichen oder Polizeisache zu entscheiden hat, ist auch in Betreff connexer Civilansprüche zuständig, in so ferne diese von dem Betheiligten vor beendigter Untersuchung angebracht werden, jedoch kann es die Ansprüche an das Civilgericht verweisen, und muß es, wenn eine Parthei es verlangt. (§. 25—34. betreffen Competenz der Criminalgerichte.) §. 35. In nicht streitigen Sachen

gehören vor das Obergericht die Verwaltung der Obervormundschaft, Vorlesung von Testamenten, Eheverordnungen und sonstigen Dispositionen, gerichtliche Ueberlassung von Immobilien, Willigung von Handfesten und Ertheilung gerichtlicher Hypotheken, Insinuationen von Schenkungen. §. 36, 37. Die Partheien können ihre Streitigkeiten durch Schiedsrichter entscheiden lassen, und diejenigen, welche den Auftrag einmal übernommen haben, können sich des Geschäfts nicht entschlagen. §. 41. Schiedsrichter müssen bei Leitung des Verfahrens und bei ihren Entscheidungen die wesentlichen Vorschriften dieser Gerichtsordnung beobachten. §. 42. Alle erforderlichen Handlungen geschehen vor sämtlichen Schiedsrichtern. §. 43. Wenn eine eidliche Zeugenvernehmung nothwendig ist, so wird sie auf Requisition von einem Mitgliede des Obergerichts vorgenommen. §. 44. Wenn auch die mindere Zahl der Schiedsrichter das Urtheil nicht unterzeichnen will, so behält es doch Kraft. §. 46. Wenn wegen Stimmengleichheit sich die Schiedsrichter nicht vereinigen, so wählen die Partheien einen Obmann, der sonst vom Präsidenten des Obergerichts ernannt wird; binnen Monatsfrist gibt der Obmann seine Entscheidung ab. §. 49. Rechtskräftige schiedsrichterliche Erkenntnisse werden dem competenten Gerichte überreicht und von diesem vollstreckt. §. 50. Gegen diese Erkenntnisse hat an das Obergericht Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von den Schiedsrichtern statt, in welchem letzteren Falle das Gesuch binnen 14 Tagen a die publ. sent. angebracht wird. §. 53. Wenn im Compromisse Verzicht auf Rechtsmittel enthalten war, so tritt nur Nichtigkeitsbeschwerde (so daß jeder Verzicht auf diese selbst unwirksam ist) und Restitution ein.

III. Abschnitt. §. 55. Nur geprüfte, gehörig beeidigte, mit gewissen Bedingungen versehene Personen können als Sachwalter auftreten. §. 63. Absichtliche Entstellung der Wahrheit, Verletzung der dem Gerichte schuldigen Achtung, grobe Nachlässigkeit, werden mit Geldstrafe und Suspension bestraft.

IV. Abschn. §. 65. Die Gerichtssitzungen werden öffentlich gehalten, sofern nicht das Gericht das Gegentheil in einzelnen Fällen verordnet. §. 66. Für geringfügige Sachen (solche, deren Klagsumme nicht den Betrag von 30 Thlrn. übersteigt) werden am Untergerichte besondere Sitzungen gehalten. §. 69. Die Sachen werden nach der Reihenfolge auf der Audienzliste verhandelt. §. 71. Wer eine Sache vorbringen will, muß die Rubrik derselben am letzten oder bei Obergericht am vorletzten Werkstage dem Secretär für die Audienzliste angeben. §. 82. Die Partheien können ihre

Sache selbst verhandeln, jedoch kann das Gericht ihnen aufgeben, sich eines Sachführers zu bedienen. §. 83. Am Obergerichte und Untergerichte können die Partheien, welche nicht selbst oder durch solche Personen erscheinen, die eine gesetzlich vermuthete Vollmacht für sich haben, nur durch einen Sachführer auftreten. §. 84. In geringfügigen Sachen erscheinen die Partheien in der Regel in Person. §. 86. Das Verfahren am Obergericht ist in der Regel schriftlich. §. 87. Am Untergericht wird mündlich zum Protokoll verfahren, so ferne nicht der Vorsitzende die Anstellung schriftlicher Klage gestattet oder bei ferneren Verhandlungen schriftliches Verfahren anordnet. §. 89. Die Beantwortung eines Vortrags des Gegners erfordert entweder eine ausdrückliche Anerkennung des darin behaupteten Sachverhältnisses, oder eine bestimmte Erklärung über jeden einzelnen darin angeführten Umstand. §. 90. Wer die Beantwortung mangelhaft verfügt, wird zu einer gehörigen Erklärung angewiesen, und wenn er nicht Folge leistet, als der vom Gegner angeführten und von ihm nicht speciell entkannten Thatsachen geständig erachtet. §. 91. Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits den Partheien eine Erklärung über einzelne Thatumstände mit Androhung rechtlicher Nachtheile auferlegen. §. 92—97. Ueber Formen der Schriften. §. 98. Schriften, die dem Gegner bereits abschriftlich insinuirt sind, werden nebst einer Abschrift eingereicht, die alsdann von dem Gerichte der Gegenparthei zugestellt wird. §. 100. Vermuthete Vollmacht haben Personen, die mit den Partheien in gerader Linie oder wenigstens im dritten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind, Ehegatten und Streitgenossen. §. 112. Ladungen und Insinuationen werden gültig an den bevollmächtigten Sachwalter verfügt. §. 113. Abschriften der Ladungen werden dem Insinuanten in Person oder dessen Ehegatten, mündigen Kindern oder sonstigen Hausgenossen insinuirt, und in Ermangelung solcher Personen an die Haus- oder Stubenthüre geheftet. §. 117. Alle Ladungen geschehen wenigstens 3 Tage vor dem Termin. §. 121. Edictalladungen können nur erkannt werden, da der Vorzuladende nicht auf die gewöhnliche Weise geladen werden kann. §. 126. Alle Prozeßhandlungen, die außer der Gerichtsßigung in einer bestimmten Frist vorzunehmen sind, können während des letzten ganzen Tages der Frist, und wenn dieser Festtag ist, am nächsten Werktag geschehen. §. 127. Fristen zur Einlegung eines Rechtsmittels und zur Antretung eines Beweises und Gegenbeweises sind Kraft des Gesetzes peremptorisch. §. 128. Das Gericht kann alle Termine, mit Ausnahme der Frist, zur Einlegung eines Rechtsmittels erstrecken. §. 129. Gesuche um

Erstreckung können nur, wenn der Gegner widerspricht, aus erheblichen und entweder aus den Acten sich ergebenden und sofort bescheinigten Gründen angebracht werden. §. 132. Die Verjährung der Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels wird vom Gerichte auch von Amtswegen, die Vernachlässigung einer andern Frist nur, wenn der Gegner eine Einrede darauf gründet, gerügt. §. 134. Der Beklagte, welcher in dem Termine, da die Klage angestellt wird, nicht erscheint, wird als der der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen geständig erachtet und mit seinen Einreden ausgeschlossen. §. 135. Wer im fernern Verfahren, da er sich über den Vortrag des Gegners zu erklären hat, nicht erscheint, ist als der darin angeführten Thatsachen geständig anzusehen, sofern er nicht in den frühern Verhandlungen sich darüber schon erklärt, oder seine Verbindlichkeit zu einer solchen Erklärung bestritten hat. §. 138. Eine Parthei, gegen welche ein Contumacial-Erkenntniß erlassen wird, kann dagegen Restitution nachsuchen, wenn sie innerhalb 8 Tagen a die ins. die Gegenparthei zum nächsten Gerichtstage mit Anführung der Restitutionsgründe laden läßt, die letzteren im Termine bescheinigt, und die Handlung, womit sie ausgeschlossen war, vornimmt.

Zweiter Titel. Von dem ersten Verfahren.

§. 140. Die Ladung geschieht bei Klagen am Obergerichte wenigstens 14 Tage vor dem Termin, in welchem die Sache vorgebracht werden soll (bei Klagen aus öffentlichen Urkunden und Frachtsachen in 8 Tagen). §. 142. Alle schriftliche Klagen werden neben der Ladung dem Beklagten mitgetheilt. Die Anlagen und die Urkunden, woraus mündlich geklagt worden, werden spätestens an dem Tage, da die Ladung geschieht, auf der Gerichts-Canzlei niedergelegt. §. 143. Veränderung oder Verbesserung der Klage berechtigt den Beklagten nicht, seine bestimmte Erklärung hierauf zu verweigern, jedoch hat das Gericht in dem Erkenntnisse zu entscheiden, inwiefern die verursachten Kosten dem Kläger zur Last fallen. §. 145. In dem Termine, wozu der Beklagte geladen worden, wird die Klage mündlich vortragen oder schriftlich eingereicht. §. 146. In demselben Termine hat der Beklagte die Antwort mündlich vorzutragen oder schriftlich einzureichen, und die etwaigen Anlagen zu übergeben. §. 147. Die erste Vernehmungslaffung enthält die verzögerlichen Einreden, die Einlassung und die zerstörlischen Einreden. §. 148. Die Einlassung kann nur verweigert werden, wenn der Beklagte die Competenz bestrittet oder zerstörlische Einreden vorschützt, wodurch des Klägers Anspruch gänzlich aufgehoben wird, und wenn er ihren Beweis durch Urkunden oder Eideszuschreibung antritt. §. 149. Werden

diese Einreden verworfen, oder hat er in andern Fällen die Einlassung gar nicht oder nicht gehörig verfügt, so wird er vom Gericht dazu angewiesen, und wenn er diese Auflage nicht befolgt, der Klage geständig angenommen und mit keinen weiteren Einreden zugelassen. §. 151. Einreden, die erst nach dem Präklusiv-Termin entstanden oder zu des Beklagten Kunde gekommen sind, oder Mängel betreffen, die zur Wichtigkeitsbeschwerde berechtigen, oder von ihm als Intervenent geltend gemacht werden, und die sogenannten privilegierten Einreden in diesen Fällen, sind noch später zulässig. §. 152. Auf erfolgte Vernehmlassung wird in der Sache selbst erkannt, oder ein weiteres Verfahren angeordnet, das sich dann mit der Duplik schließt. §. 154. Bleibt der Kläger im ersten Termin aus, so wird der Beklagte auf seinen Antrag von der Instanz entbunden, und der Kläger in die Kosten verurtheilt. Auch kann dem Kläger bei Strafe des ewigen Stillschweigens eine Frist zur neuen Stellung der Klage gegeben werden. §. 155. Erscheint Kläger in dem dem Beklagten zur Vernehmlassung gegebenen Termine nicht, so kann der Beklagte doch die Antwort vortragen.

III. Titel. Vom Geständnisse. §. 198. Gerichtliches Geständniß hat volle Beweisraft; §. 159. ebenso das außergerichtliche, wenn es unter Umständen abgelegt ist, welche die Absicht, nach Ueberzeugung die Wahrheit zu erklären, außer Zweifel setzen, insbesondere dann, wenn dasselbe zur Begründung eines Rechtsverhältnisses geschah, oder gegen Personen abgelegt wurde, die ein vollkommenes Recht hatten, eine aufrichtige Erklärung zu fordern. §. 161. Zur Gültigkeit eines Geständnisses gehört weder Gegenwart des Gegners, noch Annahme von seiner Seite. §. 164. Was ein legitimirter Sachführer gerichtlich einräumt, hat gleiche Wirkung, als wenn es die Parthei selbst eingeräumt hätte, im Falle des Irrthums kann aber die Parthei binnen den nächsten 8 Tagen, vom Tage des Irrthums, denselben ohne Beweis desselben führen zu müssen, widerrufen.

IV. Titel. Vom Beweise überhaupt. §. 166. Die Partheien können, ehe auf Beweis erkannt worden, den eventuellen Beweis antreten, wo jedoch das Gericht das Erforderliche hinsichtlich des Beweissatzes der Beweismittel und der Beweisfrist zu bestimmen hat. Bei geringfügigen Sachen können Beweis- und Gegenbeweismittel im ersten Termine producirt werden. §. 267. Beweisfrist beträgt vierzehn Tage. (§. 168 — 172. Ueber Berechnung.) §. 173. Gegenbeweis ist zulässig, wenn auch der, dem er zusteht, sich ihn nicht vorbehalten, oder wenn er nicht im Beweisinterlocut nachgelassen

ist. §. 175. Der Beweisführer kann mehrere Beweismittel verbinden. §. 176. Vor Ablauf der Beweisfrist kann der Producent die Beweisführung verbessern, und neue Beweismittel vorbringen, was nicht mehr nach dem Ablauf gestattet ist, außer, wenn Producent eidlich erhärtet, daß er sie vor Ablauf der Frist beizubringen nicht vermocht, oder sie ohne Schuld verloren habe. §. 180. Antretung des Beweises geschieht im Gericht vor Ablauf der Beweisfrist nach Ladung des Gegners, der sich im Termin über die Formalien der Antretung erklären muß. §. 182. Nach angetretenem Beweise wird dem Producten, wenn er sich nicht sofort über das Materielle erklären will, hiezu ein Termin gesetzt. §. 185. Vom Gerichte hängt es ab, ob es eine Deduction aus dem Beweisverfahren zulassen wolle.

V. Titel. Vom Beweise durch Urkunden. §. 186. Volle Beweisraft der öffentlichen Urkunden. §. 187. Privaturkunden beweisen gegen den Aussteller. §. 189. Erkennt der Product die Aechtheit einer Urkunde nicht, so liegt, wenn es nicht die eigene Handschrift des Producten oder der Person, wofür er haftet, betrifft, dem Producenten der Beweis der Aechtheit, im Gegentheile dem Producten der Diffessions- eid ob, was vom Producenten durch Erbieten zum Zeugenbeweise, oder Vergleichung durch Sachverständige, vermieden werden kann. §. 193. Wer in einer Handschrift Geld erhalten zu haben bekennr, kann auch nach Ablauf der Zeit, in der die Urkunde Beweisraft hat, den Gegenbeweis des Nichtempfangs führen. §. 157. Ein Editionsgesuch gegen den Producenten schließt die Beweisantretung in sich, und muß von Ablauf der Beweisfrist angebracht werden.

VI. Titel. Vom Zeugenbeweise. §. 200. Die Antretung dieses Beweises geschieht durch Zeugenbenennung und Beweisartikel, die bei geringfügigen Sachen nicht zulässig sind. §. 203. Im Termine zur Erklärung muß der Product die Einwreden gegen Personen der Zeugen vorbringen, und die besondern Fragstücke übergeben. §. 206. Erscheint Product im Termine nicht, so wird er als entsagend angesehen. §. 207. Wenn Zeugenabklärung erkannt wird, so wird eine Commission angeordnet, deren Beförderung dem Beweisführer obliegt. §. 210. In der Ladung an die Zeugen ist der Gegenstand, worüber sie vernommen werden, summarisch anzugeben. §. 215. Erscheint im Termine Producent nicht, so wird ein neuer Termin gesetzt und bei wiederholtem Ausbleiben der Zeugenbeweis als erloschen erklärt. §. 217. In Gegenwart der Partheien wird der Zeuge beeidigt, in Abwesenheit derselben über Artikel und Fragstücke vernommen, doch kann der Commissär alle zur Aufklärung

dienende Fragen stellen. §. 220. Wenn der Zeuge unvollständig aussagt, aber Gründe anführt, aus welchen er in einem andern Termine vollständige Erklärung werde abgeben können, so bleibt dem Commissar fernere Vernehmung überlassen. §. 225. Nach beendigter Beweis- und Gegenbeweissführung wird ein Zeugen-Protokoll verfertigt, und auf Antrag einer Parthei publicirt. §. 227. Nach dieser Eröffnung kann Zeugenverhör nur wiederholt werden, wenn im vorigen Verhör eine Wichtigkeit sich findet, oder die Aussagen der Zeugen zweifelhaft sind, oder wenn der Protokoll verloren ist. §. 228. Bei der Deduction muß der Product den Beweis der Eureden wider die Person der Zeugen sofort antreten.

Titel VII Vom Beweise durch Eid. §. 230. Wer über Thatumstände, von denen er nicht aus eigener Wissenschaft unterrichtet seyn kann, einen Eid leisten soll, braucht ihn nur dahin abzuschwören, daß er jene Thatumstände nicht wisse, oder nicht anders wisse, und nach Umständen, daß er alle Mühe angewandt habe, das Sachverhältniß zu erfahren, oder daß er eine besondere Handlung, wodurch er die Wissenschaft hätte erlangen können, nicht unterlassen habe. §. 238. Acceptation eines Dritten, um Eid zu leisten, tritt ein bei dem Cedenten und der Ehefrau. §. 238. Alle Haupteide müssen, wenn nicht der Gegner anders zufrieden ist, von der Parthei selbst geleistet werden. §. 239. Stirbt der, welcher einen Eid abzuschwören hat, vor der Leistung, so wird der Eid als geleistet betrachtet, wenn er sich im Gerichte zur Leistung bereit erklärte, die Leistung ohne sein Verschulden unterblieb, und er im Rufe eines gewissenhaften Mannes starb. §. 240. Bei einem zugeschobenen Eid berechtigt der Tod des Delaten den Deferenten zu einer andern Beweisführung, auch nach abgelaufener Beweisfrist überzugehen (§. 241 — 47. Verfahren). §. 248. Eideszuschreibung hat auch bei Verlöbniß und Ehefachen, auch wenn aus strafbaren Handlungen Civilanspruch erhoben wird, dagegen nicht zur Führung des directen Gegenbeweises statt; §. 249. sie ist an die Beweisfrist gebunden. §. 255. Ein zugeschobener und angenommener Haupteid kann selbst vor Ablauf der Beweisfrist nicht zurückgenommen werden, außer wenn der Beweisführer eidlich erhärtet, nach der Acceptation neue Beweismittel aufgefunden zu haben, oder Thatfachen bescheinigte, welche einen Meineid befürchten lassen. §. 259. Gewissensvertretung durch Beweis findet statt. §. 251. Wird dabei nichts vom Beweisführer erwiesen, so steht ihm nicht frei, den ihm früher zugeschobenen Eid noch anzunehmen oder dem Deferenten zurückzuschreiben, nach Umständen wird aber auf Ergänzungs- oder Reinigungseid erkannt. §. 265. Gewiss

sensvertretung findet weder bei Erfüllung, noch Reinigungseid statt; wegen neuaufgefundener Beweismittel kann der, dem Eid aufgelegt ist, Restitution nachsuchen. §. 266. Wenn durch Arglist oder grobes Verschulden ein Schaden veranlaßt ist, so kann der Verletzte Existenz und Maas des Schadens auf eigenes Verlangen durch Eid erhärten, und dabei, sofern der Verlust nicht von selbst klar ist, sein besonderes Interesse bis zu der gesetzlich bestimmten Größe in Anschlag bringen.

Eitel VIII. Vom Augenscheine. §. 259. Augenschein wird auf Antrag der Partheien oder von Amtswegen erkannt, und vor Gericht, Commission vorgenommen. §. 270. Er kann bis zum rechtskräftigen Endurtheil angeordnet werden, auch ist der Antrag der Parthei an keine Beweisfrist gebunden.

Eitel IX. Vom Beweise durch Sachverständige. §. 271. Der Beweis ist an die Beweisfrist gebunden, in so fern eine Parthei einen ihr auferlegten Beweis dadurch führen will; doch kann das Gericht, wenn die kunstmäßige Beurtheilung aktenkundiger Thatfachen zur rechtlichen Entscheidung unentbehrlich ist, in jeder Lage des Processes Sachverständige anordnen. §. 278. Der Producent gibt bei der Ansetzung die Punkte an, worüber er ein Gutachten verlangt, und benennt einen Sachverständigen, ebenso benennt der Producent einen. §. 282. Einen dritten Sachverständigen ernannt das Gericht. §. 282. Wenn mehrere Sachverständige da sind, so haben sie sich zu einem gemeinschaftlichen Gutachten zu vereinigen; wenn sie verschiedener Meinung sind, und keine Vereinigung statt findet, so gibt Jeder seine Meinung mit Gründen besonders ab, wo dann Stimmenmehrheit entscheidet, und, wenn diese nicht vorhanden ist, ernannt das Gericht andere Sachverständige.

Eitel X. Vom Urtheile. §. 290. Bei jedem Endurtheil und entscheidendem Zwischenerkenntnisse werden die Entscheidungsgründe abgegeben. §. 293. Sind bei einer Sache die Mitglieder des Gerichts nicht einstimmiger Meinung, so geschieht eine zweite Abstimmung, und bei dann eintretender Stimmengleichheit entscheidet die Meinung, wofür der Vorsitzende sich erklärt.

Eitel XI. Von den Kosten. §. 302. Wer in der Hauptsache unterliegt, muß dem Gegner die Gerichtskosten ersetzen. §. 305. Compensirt werden sie, wenn der Kläger mehr oder zur unrechten Zeit oder Ort gefordert hat, als ihm gebührte; wenn in einer Sache theils für den Kläger theils für den Beklagten entschieden worden ist; wenn die Thatfache, wegen welcher Jemand unterliegt, nicht seine persön-

liche Handlung betrifft, und er von der Nichtigkeit derselben sich erst durch den Prozeß überzeugen konnte.

Titel XII. Von Vollstreckung der Urtheile.

§. 315. Wenn im Urtheil keine Frist zur Befolgung bestimmt ist, so ist die Frist 8 Tage nach der Rechtskraft. §. 316. Die Vollstreckung wird in den am Obergerichte abgeurtheilten Sachen gerichtlich, aber in eiligen Fällen auch außergerichtlich, am Untergerichte außergerichtlich vom Vorsteher des Gerichts angeordnet. §. 317. Bei Auflagen etwas zu leisten oder zu unterlassen, wird der Besiegte durch Strafbefehle und Einlager angehalten. §. 319. Wenn Jemand ein unbewegliches Gut zugesprochen ist, erfolgt Exemtion und Immission mit Gewalt. §. 321. Der Regel nach ist Execution erst auf das baare Geld, dann auf die entbehrlichsten, dann auf die minder entbehrlichen Mobilien zu richten. §. 322. Der Gerichtsbote schafft das Gepfändete an den dazu bestimmten Ort. §. 325. Erst nach Ablauf von 4 Wochen (der Schuldner kann in der Zwischenzeit die Mobilien auslösen) werden die Mobilien öffentlich durch den Notar verkauft. §. 327. Auf ausstehende Forderungen des Schuldners kann Beschlagnahme gelegt werden. §. 330. Reicht das Mobilienvermögen nicht zur Befriedigung zu, so wird der Verkauf der Immobilien erkannt. §. 331. Kann der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners nicht befriedigt werden, so wird auf seinen Antrag Verhaftung erkannt. §. 332. Wenn Jemand ein Jahr vom Tage der Vollstreckbarkeit des Urtheils verstreichen läßt, ohne Vollstreckungsgesuch oder ohne Fortsetzung der Vollstreckungshandlung, so muß die weitere Verfügung gerichtlich erkannt werden. §. 333. Der Gläubiger erlangt durch die Pfändung ein Privatpfandrecht an den gepfändeten Gegenständen.

Titel XIII. Vom Arrestverfahren. §. 336. Der Arrest wird von dem in der Hauptsache zuständigen Gerichte oder dessen Vorsteher auf Gefahr und Kosten des Impetranten, und wenn er ein Fremder ist, nur gegen Caution gestattet. §. 340. Er begründet keinen Gerichtsstand für die Hauptsache, außer wenn der Schuldner keinen bestimmten Wohnort hat, wenn das auswärtige Gericht die Justiz verweigert, und in Betreff eines einem Fremden angefallenen Erbtheils, in so fern solcher Arrest sich auf Ansprüche an den Nachlaß bezieht. §. 345. Jedes außergerichtliche Arrestgesuch wird bei dem Vorsteher des zuständigen Gerichts angebracht. §. 349. Die Ladung geschieht an dem Impetranten und bei einem Realarrest zugleich an den Dritten, welcher nach des Impetranten Angabe das Object des Arrests unter sich hat (§. 350—58. Verfahren.)

Titel XIV. Vom Mandatsverfahren. §. 363. Unbedingte Mandate finden nur statt, wenn der Gegner factisch verfährt, und außerdem entweder aus seiner Handlung ein unersehblicher Schaden entstehen oder dem Impetranten dadurch eine Beschwerde zugefügt werden würde, deren Gegenstand nachher nicht leicht wieder in den vorigen Stand gebracht werden könnte. §. 366. Der Impetrat muß in der zur Befolgung gesetzten Frist dem Mandate nachkommen, oder es wird Execution gegen ihn verfügt, er kann aber binnen drei Tagen dem Ertheiler eine Gegenvorstellung einreichen, worauf der Ertheiler das Mandat wieder aufheben und die Partheien an das Gericht verweisen, oder unmittelbar alle Verhandlungen dem Gerichte vorlegen kann, welches hierauf über Befristung oder Aufhebung des Mandats entscheidet, und das fernere Verfahren den Partheien vorschreibt. §. 374. Auffergerichtliche, bedingte Mandate müssen gerichtlich prosequirt werden.

Titel XV. Verfahren von Morgensprachen.

Titel XVI. Von Aufforderungen zur Klage. §. 382. Wer sich eines klagbaren Civil-Anspruchs an Jemand rühmt, kann von diesem zur gerichtlichen Ausführung aufgefordert werden im Gerichtsstande des Provokanten. Ist Berühmung erwiesen, so wird Frist zur Klagestellung bei Strafe des ewigen Stillschweigens gesetzt. §. 378. Wer peremptorische Einreden hat, deren Verlust oder Unwirksamkeit bei Verzögerung der Klage ihm droht, kann den Kläger zur Klagestellung auffordern. §. 392. Oeffentliche Aufforderungen zur Klage oder zu gerichtlicher Angabe von Ansprüchen sind nur zulässig in Debetsachen bei Erbschaftsfällen, um die Rechte derer auszumitteln, welche Anspruch an den Nachlaß machen bei Auseinandersetzung von Handlungsgesellschaften, bei Veräußerungen von Immobilien oder von Schiffen, bei Vorladungen unbekannter Inhaber verlorner Urkunden, bei Gegenständen, in Ansehung welcher diejenigen, welche Anspruch daran machen können, unbekannt sind.

Tit. XVII Von Sicherheitsleistungen. §. 402. Fremde, welche hieselbst klagen, müssen im ersten Termine Caution wegen Gerichtskosten und Fortsetzung des Rechtsstreits leisten, der Beklagte muß seine Einwendungen deswegen mündlich im Gerichte vorbringen. §. 404. Der Kläger kann nur Caution vom Beklagten fordern, wenn der letztere von hier zieht, sein Vermögen durchbringt, der Flucht verdächtig ist.

Titel XVIII. Von der Widerklage. §. 414. Wer bei einem bremischen Gerichte klagt, wird dadurch nach erfolgter Vernehmung des Beklagten für dessen Widerklage

der hremischen Gerichtbarkeit unterworfen. §. 415. Widerklage findet statt wegen Gegenforderungen, mit welchen der Beklagte zum besondern Verfahren verwiesen wird, oder welche der Beklagte vor rechtskräftigem Urtheile über die Vorklage zum Zweck einer Widerklage angegeben hat. §. 416. Steht die Gegenforderung mit der Vorklage oder Einrede des Beklagten in Verbindung, so kann sie nur, nachdem das Endurtheil über die Vorklage erlassen, und, in so fern es den Beklagten zu einer Leistung verpflichtet, von ihm befolgt ist, eingeklagt werden. §. 420. Der Beklagte kann vom Kläger Caution für die Widerklage dahin begehren, daß er wegen der Gegenforderung sich vor dem hremischen Gerichte stellen werde.

Titel XIX. Vom Eid vor Gefahrde. §. 424. Den allgemeinen Eid v. G. kann Niemand fordern, den besondern Eid kann das Gericht nach seinem Ermessen auflegen.

Tit. XX. Von Edition der Urkunden. §. 428. Jeder kann zum Behuf eines Rechtsstreits die Edition der ihm eigenthümlich oder gemeinschaftlich zustehenden Urkunden vom Besizer verlangen. §. 429. Kläger muß alle im Besitze befindliche Urkunden, die dem Beklagten in diesem Prozesse zu seiner Vertheidigung dienlich seyn können, demselben vorlegen; §. 430. Beklagter dem Kläger nur die dem letztem eigenthümlichen aber gemeinschaftlichen, oder die Kläger verlangt, um den Einreden des Beklagten begegnen zu können. §. 434. Ein Dritter muß dem Requirenten alle Urkunden ediren, außer wenn er bescheinigt oder eidlich erhärtet, daß er dadurch seinem guten Namen schade, oder sich abgesehen von demjenigen Rechtsstreite, für welchen die Edition verlangt wird, dadurch an seinem Vermögen benachtheiligen werde, oder wenn die Urkunde als Beweis wider Personen dienen soll, gegen welche er kein Zeugniß abzulegen braucht.

Titel XXI. Vom Beweis zum ewigen Gedächtnisse. §. 437. Er hat in jeder Lage des Processes, auch vor Anfang desselben statt. §. 440. Ist der Gegner dazu nicht beigezogen, so muß der Beweisführer demselben binnen Jahresfrist anzeigen, daß und durch welche Mittel er den Beweis geführt habe, widrigenfalls er alle Wirkung verliert. §. 444. Der Beweisführer kann im Rechtsstreite sich dieses Beweises bedienen oder ihn fallen lassen.

Titel XXII. Von der Litisdenuntiation. §. 446. Die Unterlassung derselben zieht (ausgenommen in Wechselsachen) den Verlust des Regresses nach sich; es wäre denn, daß auch bei geschעהer Vertretung derjenige Erfolg, welcher den Regress veranlaßt, nicht würde abgewandt seyn. §. 447. Sie

kann auch außergerichtlich geschehen. §. 451. Gegen den De-
nuntiaten tritt kein Ungehorsamsverfahren ein.

Titel XXIII. Von Nennung des Auctors. §. 454. Zeugnet der Nominat seine Eigenschaft als Besitzer, oder er-
scheint er auf die gegen ihn angebrachte Klage nicht, so wird
dem Kläger, wiewohl unbeschadet der Rechte dritter Personen,
der Besitz einstweilen zugesprochen.

Tit. XXIV. Von der Intervention. §. 458. Wird
bei einer accessorischen Intervention der Grund derselben von
derjenigen Parthei, welcher der Intervenient beitrifft, bestrit-
ten, so kann bis zur Erledigung dieses Streitpunkts das Ver-
fahren wider den Intervenienten ausgesetzt werden.

Titel XXV. Vom Gesuche um Erläuterung.
§. 462. Es findet statt, wenn im Urtheil in Worten, Zahlen,
ein Versehen vorgefallen ist, oder etwas dunkel ausgedrückt
scheint.

Titel XXVI. Von der Actenversendung. §. 467.
Sie findet statt von Amtswegen, und auf Antrag einer Par-
thei in der Revisionsinstanz, wenn gegen das in derselben ab-
zugebende Erkenntnis wegen fehlender Appellationssumme keine
Appellation an das Oberappellationsgericht zulässig seyn würde.

Titel XXVII. Vom Armenrechte.

Tit. XXVIII. Von Rechtsmitteln. §. 482. Wird
von einer Parthei Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde,
von der andern Restitution eingewandt, so wird die Entschei-
dung über jene Rechtsmittel bis nach erfolgtem Erkenntnis
in der Restitutionsinstanz ausgesetzt.

Titel XXIX. Von Appellation und Revision.
§. 490. Diese Rechtsmittel sind unzulässig gegen prozessleitende
Decrete, die nicht als entscheidende Zwischenerkenntnisse ange-
sehen werden können, wenn der Gegenstand der Beschwerde
nicht 30 Thlr. übersteigt, gegen Inhabit, Bescheide und De-
crete wegen Beweis zum ewigen Gedächtnisse. §. 449. Suspendet
tritt nicht ein bei Klagen, deren Gegenstand Wechsel-,
Fracht-, Deichsache ist, oder jüngsten Besitz, Räumung einer
gemietheten Wohnung betrifft, bei Klagen auf Dienstlohn
(wegen des letzten Diensthalbjahrs), bei Entscheidungen wegen
Cautionen und Urresten. §. 502. Wird von einer Parthei
Rechtsmittel eingewandt, so kann der Gegner demselben dahin
abhärren, daß er wegen des Punkts der Entscheidung, gegen
welchen das Rechtsmittel gerichtet ist, auf eine Abänderung
zu seinem Vortheile anträgt. §. 504. Zur Unterstützung des
eingewandten Rechtsmittels, oder zur Widerlegung, können neue
Beweise und Beweismittel geltend gemacht werden, nur darf
Grund und Gegenstand der Klage nicht verändert werden.

§. 507. Einwendung des Rechtsmittels geschieht innerhalb 14 Tagen a die publ. sent. durch eine der Gegenparthei durch Gerichtsboten zu verfügenden Anzeige, daß und gegen welche Punkte appellirt worden. §. 513. Die Rechtfertigung des Rechtsmittels geschieht innerhalb 6 Wochen nach Bekanntmachung des Erkenntnisses, durch Einreichung der Beschwerdeschrift am Obergericht, nach vorgängiger Ladung des Gegners. §. 518. Das Obergericht kann, bevor es Endurtheil erläßt, sowohl von Amtswegen als auf Antrag eines Theils eine Erklärung über bestimmte aufzugebende Punkte fordern, auch Berichte von Sachverständigen verlangen und Augenschein anordnen.

Titel XXX. Von der Restitution. §. 523. Sie findet statt, wenn der Implorant neue erhebliche Thatumstände oder Beweismittel beibringt, und falls das Gericht es verlangt, schwört, daß er sie vor dem Aktenschlusse beizubringen nicht vermocht habe. §. 527. Eingewendet wird das Rechtsmittel binnen 14 Tagen nach Bekanntmachung des Erkenntnisses. §. 533. Nach Ablauf der Frist findet Restitution nur statt, wenn das Urtheil auf falsche Urkunden, absichtlich falsche Zeugenaussagen und Sachverständige gegründet ist, wenn der Implorant neue Beweismittel gegen einen notwendigen Haupteid aufgefunden hat, wenn das Urtheil durch einen freiwilligen Eid veranlaßt ist, und der, welcher ihn geleistet hat, des falschen Eides in der Sache vor dem Criminalgericht überführt ist.

Tit. XXXI. Von der Richtigkeitsbeschwerde. §. 537. Sie findet statt, wenn ein wesentlicher Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen der Partheien oder des gerichtlichen Verfahrens sich findet; sie geschieht binnen 8 Wochen nach Bekanntmachung des Erkenntnisses; das Obergericht entscheidet nur über die angebliche Richtigkeit und verweist die Sache an das Gericht erster Instanz.

Abschnitt VI. (da die Zwischenabschnitte nur in den Strafprozeß gehören). Von dem Oberappellationsgerichte. Die Appellation dahin findet statt in Erkenntnissen des Obergerichts in der Appellations- und Revisionsinstanz, in der Restitutionsinstanz, wenn die Restitution gegen ein zuvor erwähntes Urtheil eingewandt und darüber vom Obergerichte erkannt ist, und in erster Instanz, wenn die Partheien sich vereinigen, mit Uebergangung der Revisionsinstanz die Sache sofort an das Oberappellationsgericht zu bringen.

Beigefügt sind der Gerichtsordnung mehrere Formulare, eine Taxordnung, und eine vom 13ten October 1820 beliebte Notariatsordnung.

Es ist hier der Ort nicht, jede einzelne Bestimmung der Gerichtsordnung einer Prüfung zu unterwerfen; nur einzelne Bemerkungen theils über die Hauptgrundsätze des Gesetzes, theils Bedenklichkeiten gegen einzelne Vorschriften, mögen hier erlaubt seyn.

1. Das Gesetz beruht auf der Verhandlungsmaxime, aber sehr weise hat der Gesetzgeber nicht bloß den Richter zu einer Maschine gemacht, die nur Schriften hin und her gibt, sondern er hat zweckmäßige Vorschriften, die völlig im Geiste des gemeinen Processes liegen, den Richtern wieder zur Beobachtung eingeschärft, er hat ihnen die Sorge für vollständige und klare Verhandlungen als Grundlagen einer gerechten Entscheidung zur Pflicht gemacht, theils durch die Vorschriften (§. 90.), bei jeder mangelhaften Beantwortung eine bestimmte Erklärung zu fordern, theils durch das eingeräumte Recht des Gerichts, in jeder Lage des Processes den Partheien eine Erklärung über einzelne Thatumstände unter zweckmäßigem Präjudiz aufzulegen (§. 91.), theils durch das Recht des Richters bei der Zeugenvernehmung (§. 28.), theils durch die Befugnisse des Appellationsrichters (§. 518.). Es ist nicht zu bezweifeln, daß hierdurch, wenn die Richter ihre Pflicht thun, in Bremen auf eine sehr sichere Weise die Vortheile erreicht werden, welche man häufig in neuerer Zeit nur der Untersuchungsmaxime zuschreiben beliebt. Zu beklagen ist es, daß der Gesetzgeber nicht auch einen Schritt weiter gegangen, und den Partheien das Recht eingeräumt ist, wechselseitig sich über einzelne Umstände Fragen zur bestimmten Beantwortung vorzulegen.

2. Eine sehr zweckmäßige Bestimmung finden wir in §. 166, nach welchem auch bei dem anticipirten Beweise dem Richter zur Pflicht gemacht wird, durch ein Interlocut alles Erforderliche wegen Beweisfaßes, Frist u. a. zu verfügen, nur hätte es darüber einer Vorschrift bedurft, wie das Gesetz den anticipirten Beweis überhaupt betrachte, weil voraus zu sehen ist, daß unvermerkt unter Begünstigung des Schweigens des

Gesetzes, die selbst in neuerer Zeit vom bayerischen Gesetze sanctionirte, nach unserer Ueberzeugung ⁵⁾ nicht zu vertheidigende Theorie, nach welcher die freiwillige Beweisantretung alle rechtlichen Folgen eines durch Urtheil auferlegten Beweises haben soll, sich einschleiche, daß wenigstens über das Daseyn der einen oder andern Theorie Streit entstehe.

3. Manche Bedenklichkeiten steigen gegen das in der Gerichtsordnung angenommene System (S. 140—151) auf, nach welchem in Audienzen verfahren, der Beklagte vorgeladen, und genöthigt wird, sogleich in dem Termine, in welchem die Klage bei Gericht vorgetragen wird, seine Antwort, und zwar Alles auf einmal, Einlassung und Einreden vorzutragen. Jedes Verfahren nach Gerichtsfügungen muß nothwendig eine schriftliche Grundlage haben, entweder wie im französischen Prozesse durch Acte zwischen den Anwälten, oder durch Schriften, die bei Gericht eingereicht werden ⁶⁾.

Ist keine solche Grundlage vorausgegangen, erfährt der Beklagte vielleicht zum erstenmal in der Audienz Grund und Gegenstand und Beweise der Klage, ist der Beklagte vielleicht nur als der Erbe in Anspruch genommen, so daß die Klage ihn wahrhaft überrascht, so kann mit Gerechtigkeit der Beklagte nicht angehalten werden, sogleich im Momente auf die Klage sich zu verantworten; es kann ihm nicht zugemuthet werden, über Thatsachen, die er vielleicht zum erstenmal hört, sich zu erklären, es ist kein Verhältniß zwischen Angriff und Vertheidigung mehr da, weil der Kläger Jahre lang auf seine Klage sich vorbereiten konnte, während dem Beklagten eine übereilte Vertheidigung, bei welcher er kaum die nöthigen Erkundigungen einziehen konnte, zur Pflicht gemacht würde. Eine solche Uebereilung würde selbst hier um so härter seyn, als nach der Gerichtsordnung nicht einmal der Vermittlungsvers

⁵⁾ Mittermaier, der gemeine teutsche Prozeß. II. Heft. S. 144.

⁶⁾ Mittermaiers Schrift, der gemeine Prozeß. II. Heft. S. 60.

such vorauszugehen braucht, der im französischen Prozesse auch darauf berechnet ist, daß der Beklagte die Forderungen des Klägers erfahre, und nicht überrascht werde. Es ist daher vorauszu sehen, daß bald die Praxis, welche immer die Härten der Gesetze auszugleichen sucht, sich der Beklagten annähmen und durch viele Terminsertheilungen, die man ohne Unbilligkeit oft nicht wird abschlagen können, die weisen Absichten des Gesetzgebers vereiteln wird.

4. So zweckmäßig es auch scheint, den Ungehorsam der Partheien durch harte Strafen zu zügeln, so weise die Absichten des Gesetzes daher bei den §. 134—236. seyn mögen, so scheint doch die harte Strafe, nach welcher der ungehorsame Beklagte der Thatfachen der Klage für geständig erachtet und mit seinen Einreden ausgeschlossen werden soll, eben so wenig dem Systeme des gemeinen Processes anzupassen, als aus legislativen Gründen vertheidigt werden zu können 7), und wir glauben, daß durch strenge Befolgung der gemeinrechtlichen Vorschrift hinreichend gesorgt wäre. Am wenigsten aber möchten wir die doppelte Strafe vertheidigen, und würden vielmehr, wenn wir auch zur Strafe das Geständniß der Thatfachen annehmen wollten, auf jeden Fall dem Beklagten erst durch Decret diese Strafe ankündigen, und ihm einen neuen Termin zur Vorbringung der Einreden *sub poena praecclusi* gewähren. Auch kann dem Beklagten die *poena confessi* nur mit Gerechtigkeit dann aufgelegt werden, wenn die Richter strenger als es im gemeinen Rechte geschieht, darauf sehen, daß die Klage selbst vollständig klar und deutlich vorgetragen werde, weil es ungerecht ist, den Beklagten zu verurtheilen, wenn er auf die häufig absichtlich verworrenen und schlau durcheinander verschobenen Thatfachen der Klage nicht antwortet. Auch finden wir zu hart die z. B. im §. 215. ausgesprochene Strafe. Kömmt der Producent nicht zu dem Termine *ad videndum et audiendum jurare testes*, so soll

7) Mittermaiers eben angeführte Schrift. II. Hest. S. 109.

darnach neuer Termin gesetzt, und, bei dem Ausbleiben im zweiten Termine, der Zeugenbeweis als erloschen angesehen werden. Es ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde man den Producenten zwingen soll, einen stummen Zuschauer bei dem Zeugeneide zu machen (da er doch bei der Vernehmung selbst nicht gegenwärtig seyn darf), eben so wenig ist zu begreifen, wie aus dem Richterscheinen in einer Handlung, bei welcher er nichts zu thun hat, ein Verzicht auf den Zeugenbeweis selbst abzuleiten ist.

5. In der Lehre vom Zeugenbeweise, der im Ganzen sehr richtig normirt ist, müssen wir rügen, daß die Vorverhandlung von der Antretung des Beweises an bis zur Vernehmung in den Audienzen vorgehen soll, wodurch viel Zeit ohne Noth verloren wird, daß dagegen die Abhörnung der Zeugen (§. 207.) nur von einer Commission geschieht, daß nach §. 212. in der Ladung an die Zeugen der Gegenstand, worüber er vernommen werden soll, summarisch anzugeben ist, vorzüglich aber, daß der weise Gesetzgeber nicht von einer alten verderblichen Form der geheimen Zeugenvernehmung ohne Gegenwart der Partheien sich losgemacht, und nicht die aus den wichtigsten Gründen notwendige Oeffentlichkeit ⁸⁾ eingeführt hat. Aus einer solchen zu ängstlichen Anhänglichkeit an alte hergebrachte Formen stammen die §. 225. als die Beibehaltung des ebenso kostspieligen als Zeit raubenden und unnötigen Zeugenrotuls ⁹⁾, und §. 282. in der sonst trefflich und nachahmungswürdig normirten Lehre vom Beweise durch Sachverständige, wo das Gericht einen dritten Sachverständigen gewiß gegen die Natur dieses Beweises ¹⁰⁾ zuziehen soll.

6. Das Gesetz hat die Nothwendigkeit gefühlt, manchen Mißbräuchen, die im gemeinen Prozesse nachtheiligen Einfluß

8) v. Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit. S. 105.

9) v. Gönner, Commentar zum baier. Gesetz von 1819. S. 199.

10) s. meinen Aufsatz in diesem Archive. V. Bd. S. 196.

hatten, entgegenzuwirken; insbesondere ist dieß bei den Terminprolongationen der Fall. Das Gesetz erlaubt zwar nur §. 129. die Fristverlängerungen aus erheblichen actenmäßigen oder sofort bescheinigten Gründen zu bewilligen; allein diese Vorschrift ist nicht eingreifend genug, und die Praxis spottet zu bald des Gesetzes. Advokaten machen Versuche, Verlängerung zu erhalten, und nachsichtige oder gleichgültige Richter lassen bald die alten Mißbräuche einreißen. Entweder muß man geradezu die Zahl der Fristen-Verlängerungen angeben, was sich zwar häufig ohne Härte nicht durchführen läßt, oder man muß die Gründe, aus welchen die Bewilligung stattfinden darf, erschöpfend aufstellen, oder, was am zweckmäßigsten ist, einige Gründe, welche die Praxis gewöhnlich auführt, und welche sich nicht vertheidigen lassen, geradezu verbieten, z. B. Grund der Reise des Advokaten, nothwendige Geschäfte desselben ¹¹⁾.

Nicht weniger scheitern die besten Gesetze und die kräftigsten Präclusions-Erkenntnisse an der Gefälligkeit der Praxis. Restitutionen, contra lapsum termini zu gewähren, und die clausula generalis praetoris, ist das alte Steckenpferd nachlässiger Advokaten. Durch den §. 139. ist diesem Unwesen noch nicht hinreichend vorgebeugt; es müssen, wie die alten Gerichtsordnungen gethan haben, schärfer die Restitutionsgründe erschöpfend angegeben und die höchste Strenge dem Gerichte zur Pflicht gemacht werden.

In die Klasse solcher Vorschriften, die nicht bestimmt genug einem Uebel steuern, rechnen wir auch §. 218, nach welchem es bloß heißt: daß der Commissär bei der Zeugenvernehmung alle zur Aufklärung dienende Fragen hinzufügen darf. Die Richter sind, nach bekannter Erfahrung in Ansehung dieser Vernehmungen, viel zu gleichgültig, als daß nicht schärfere Vorschrift nöthig seyn sollte.

11) s. bayer. Gesetz v. 22. Juli 1819. II. §. 5. u. v. Ohnners Commentar dazu. S. 74.

7. Darum wäre auch zu wünschen, daß über manche Punkte deutlichere Erklärung gegeben, mehrere Vorschriften für das Detail des Verfahrens erlassen, manche Controversen der gemeinrechtlichen Praxis abgeschnitten worden wären, weil sonst die Advokaten die Unbestimmtheit oder das Schweigen des Gesetzes benützen, über solche Punkte streiten, und dadurch den Prozeß verzögern. So hätte z. B. in §. 101. vollständiger das Verfahren bei Schriftenvergleichung durch Sachverständige normirt werden sollen. So ist vorauszusehen, daß durch die Bestimmung in §. 239, nach welcher bei der verzögerten Eidesleistung darauf gesehen werden soll, ob der zum Eid Verpflichtete im Rufe eines gewissenhaften Mannes stand, neuer Streit erweckt wird. Wie soll der Beweis geführt werden? So hätte in §. 270 bei dem Augenschein die zweifache Art desselben, welche bei den Sachverständigen so richtig §. 277. getrennt wird, geschieden werden sollen. Will eine Parthei einen ihr aufgelegten Beweis durch Augenschein führen, so muß derselbe gleichfalls an die Beweisfrist gebunden seyn. In dem Kapitel von der Execution wären schärfere Bestimmungen nöthig gewesen; zu kurz, und daher Streit begünstigend sind z. B. §. 330 — 334. Der §. 537. führt zu neuen Controversen, indem darnach die Richtigkeitsbeschwerde begründet werden soll, wenn ein wesentlicher Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen, der Partheien, oder des gerichtlichen Verfahrens sich findet. Welche Mängel sind in Hinsicht des Verfahrens wesentlich nothwendig? Nothwendig wären auch vollständigere Bestimmungen über das Verfahren bei der *nominatio auctoris* gewesen, da die §§en 454 — 445. die vielen in der Lehre entstandenen Controversen¹²⁾ nicht abschneiden. Ueber die Legitimation zur Sache fehlt es an Bestimmungen in der Gerichtsordnung.

Ungeachtet dieser Bemerkungen muß die Gerichtsordnung im Ganzen als sehr verdienstlich anerkannt werden, die meisten

12) Mittermaiers Aufsatz in diesem Archive. III. Bd. nr. XXIV.

Controversen sind richtig entschieden, unnütze Formalitäten sind entfernt, den Richtern sind ihre Pflichten zweckmäßig vorgeschrieben, und wir zweifeln nicht, daß für die Beförderung einer sicheren, gerechten und gründlichen Rechtspflege in Bremen die Gerichtsordnung sehr gut gesorgt hat, wenn nur Richter und Anwälde in den Geist des Gesetzes eindringen, und von der Heiligkeit ihres Berufes durchdrungen, die wohlthätigen Absichten des Gesetzgebers erfüllen.

XII.

Ueber das Privilegium der zur Sicherheit der dos stattfindenden Pfandrechte.

Von L ö h r.

Es ist eine sehr bekannte Streitfrage, ob das Privilegium, welches mit dem gesetzlichen, zur Sicherheit der dos eingeführten, Pfandrechte verbunden ist, nur allein zum Vortheile der Frau, ob es zum Vortheil ihrer Kinder, oder ob es sogar zum Vortheil aller ihrer Erben eintrete? Herr v. Kampff, welcher diese Streitfrage vor längerer Zeit ausführlich erörtert hat ¹⁾, entscheidet sich für die zweite der angeführten Meinungen.

Seine Ansicht ist von allen, mir bekannt gewordenen, späteren Schriftstellern gebilligt worden. Gerade darum scheint es nicht überflüssig, sie einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen. Um dieß zweckmäßig zu thun, wird es jedoch nöthig seyn, etwas weiter auszuholen.

1) v. Kampff, Versuch einer Revision der Lehre vom Uebergange des Brautkauf-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau. Berlin, 1811.

I.

Um die Fragen zu beantworten, ob, wem, wann und wie die dos nach getrennter Ehe zurückgegeben werde, war es ehemals sehr wichtig, zu wissen, ob dem Besteller derselben, oder einem Andern mit seiner Erlaubniß, bei der Bestellung die Rückgabe der dos versprochen worden war oder nicht ²⁾. War Jenes durch eine Stipulation geschehen, so wurde die Verbindlichkeit zur Restitution der dos als eine wahre Schuld betrachtet, deren Anfangstermin das Ende der Ehe war. Die dos mußte daher immer zurückgegeben werden, ohne Rücksicht auf die Art, wie die Ehe aufgelöst wurde, ohne Rücksicht darauf, ob sie adventitia war oder profectitia ³⁾ und zwar sogleich nach der Trennung der Ehe ⁴⁾. Der Creditor war der Stipulator oder seine Erben, nie die Gattin als solche ⁵⁾. Daher hatte, wenn das Versprechen zum Vortheile des Vaters geleistet worden war, die Tochter keine Ansprüche auf die dos, wenn sie nicht Erbin desselben geworden war ⁶⁾, deswegen trat hier niemals eine Verbindlichkeit zur Collation ein ⁷⁾; aus diesem Grunde wurde durch die Bestellung einer solchen dos zum Vortheile eines Pflichttheilsberechtigten niemals die querela inofficiosi testamenti gegen das Testament des Bestellers ausgeschlossen ⁸⁾. Gewissermaßen hiervon war es auch Folge, daß hier das edictum de alterutro hinwegfiel ⁹⁾, und daß, wenn die Frau von ihrem

2) fr. 2. §. 1. 2. fr. 3. fr. 22. pr. fr. 29. D. 24, 3. — fr. 82. D. 46, 3. — c. 1. §. 13. C. 5, 13.

3) Ulpian. tit. 6. §. 5. — c. 1. §. 4. 6. C. 5, 13.

4) c. 1. §. 7. C. eod.

5) c. 1. §. 13. 14. C. eod.

6) c. 1. §. 11. C. eod.

7) c. 1. §. 12. C. eod.

8) c. 1. §. 12. C. cit.

9) c. 1. §. 3. C. eod.

Manne zur Erbin eingesetzt war, die dos bei der Berechnung der *falcidia* als Schuld in Anschlag kam ¹⁰⁾.

Die Klage, wodurch die Rückgabe verfolgt wurde, war die *actio ex stipulatu*, welche der Berechtigte immer ohne Zuziehung oder Einwilligung der Frau anstellen konnte ¹¹⁾. Diese Klage war eine *actio stricti juris*, sehr natürlich also, daß sie auf das Ganze ging und nicht durch das *beneficium competentiae*, nicht durch Retentionen gemindert werden konnte ¹²⁾.

War die Rückgabe zwar versprochen, aber keine Stipulation abgeschlossen worden, so galten im Wesentlichen dieselben Grundsätze, nur daß jetzt, wo ein *contractus do ut des* vorhanden war, an der Stelle der *actio ex stipulatu* eine *actio praescriptis verbis* angestellt wurde ¹³⁾. — Mit beiden Klagen war kein *privilegium exigendi* verbunden: dagegen konnte hier durch Bestellung eines Pfandrechts, das in dem Falle, wo kein Vertrag stattgefunden hatte, sich nicht denken ließ, der Zurückfordernde noch besser gesichert werden.

Ganz anders war die Sache, wenn die Restitution der *dos* nicht besonders versprochen worden war. Wurde die Ehe in diesem Falle durch den Tod der Frau aufgelöst, so behielt der Mann die *dos adventitia* immer ¹⁴⁾, die *dos profectitia* dagegen konnte nur allein von dem Besteller selbst,

10) c. 1. §. 8. C. eod.

11) c. 1. §. 13. 14. C. eod.

12) c. 1. §. 2. 5. 7. C. eod.

13) c. 1. §. 13. C. eod. — c. 6. 24. C. 5, 12.

14) Ulpian, tit. 6. §. 5. — c. 1. §. 4. 6. C. 5, 13. — fr. 22. §. 1. fr. 23. D. 21, 2. — fr. 20. pr. D. 28, 7. — fr. 5. D. 48, 20. — c. 1. C. 2, 34. — Cujacius, Obs. IX. obs. 4. Die Ausnahme in fr. 10. §. 1. D. 24, 3. ist zu speciell, als daß sie angeführt werden könnte, die c. 11. C. 5, 18. angegebene ist erst von Honorius und Theodosius eingeführt und für die gegenwärtige Untersuchung ganz bedeutungslos.

nicht aber von irgend einem Andern, zurückgefordert werden, und auch diesem konnte der Mann noch für jedes Kind ein Fünftel der dos vorenthalten¹⁵⁾. Erfolgte die Auflösung der Ehe auf eine andere Art, so trat zwar allerdings die Verbindlichkeit, die dos zurückzugeben, regelmäßig ein, allein nur die Frau als solche hatte Ansprüche auf die Restitution, ohne Unterschied, ob die dos eine adventitia oder prolectitia war¹⁶⁾, nicht der Vater¹⁷⁾, nicht ihr Erbe, es sey dann, daß der Mann in mora restituendi sich befunden hätte¹⁸⁾. Nur, wenn die Tochter in der Gewalt des Vaters sich befand, so klagte dieser mit Zustimmung der Tochter¹⁹⁾. Auch wenn die Frau exhereditirt oder emancipirt war, konnte sie die dos verlangen²⁰⁾. Eine Folge hiervon war es, daß diese dos in den Pflichttheil eingerechnet und conferirt wurde²¹⁾. Die auf die Rückgabe gerichtete Klage war die actio rei uxoriae²²⁾. Diese war eine actio b. f.²³⁾ und ging, wegen dem stattfindenden beneficio competentiae und den mancherlei Retentionen gar oft auf viel weniger, als die dos²⁴⁾, ja, sie konnte durch das relegatum dotis wegen dem edictum de alterutro ganz ausgeschlossen werden²⁵⁾. War die Frau

15) *Ulpian*, tit. 6. §. 4. — fr. 17. D. 14, 6. — fr. 71. D. 21, 2. — fr. 6. pr. D. 23, 3. — fr. 5. D. 24, 2. — fr. 10. pr. fr. 59. D. 24, 3. — c. 4. C. 5, 13.

16) *Ulpian* VI. §. 6.

17) fr. 22. §. 5. fr. 59. D. 24, 3. — fr. 71. D. 21, 2.

18) *Ulpian* VI. 7.

19) *Ulpian* VI. 6. — Die genauern Bestimmungen dieses Satzes können wohl, als nicht hierher gehörend, übergangen werden.

20) c. 1. §. 11. C. 5, 13.

21) c. 1. §. 12. C. eod.

22) c. 1. cit.

23) c. 1. §. 2. eod. — §. 29. J. 4, 6.

24) *Ulpian* VI. §. 9—17. — c. 1. §. 5. 7. C. 5, 13.

25) c. 1. §. 3. C. eod.

Erbin ihres Mannes, so konnte sie bei der Berechnung der *falcidia* ihre *dos* nicht abrechnen ²⁶⁾. Die Restitution der *dos* geschah zwar auch hier der Regel nach sogleich, jedoch wurden die Dinge, welche *numero, pondere vel mensura constabant*, in drei jährigen Terminen zurückgegeben ²⁷⁾. — Mit dieser *actio rei uxoriae* war ein sehr begünstigtes *privilegium exigendi* verbunden ²⁸⁾, das jedoch im höchsten Grade persönlich war ²⁹⁾.

II.

Bekanntlich sind die *res dotales* im Eigenthum des Mannes ³⁰⁾ und fallen auch nach getrennter Ehe nicht *ipso jure* an Denjenigen zurück, der die *dos* zurückfordern kann ³¹⁾. Dieß galt sowohl in dem Falle der *actio rei uxoriae*, wie der *actio ex stipulatu*. Sehr begreiflich konnte hiernach die Frau sehr leicht die *res in dotem datas*, ja die ganze *dos* verlieren, besonders, wenn keine sorgfältigen Eheverordnungen errichtet waren.

Um diese Gefahr zu vermindern, verordnete Justinian im Jahre 528, daß die Frau, wenn ihr Mann in Vermögensverfall komme, die *dos* und *donatio propter nuptias*

26) c. 1. §. 8. eod.

27) *Ulpian* VI. §. — c. 1. §. 7. C. 5, 13.

28) . . . Nos itaque *ad antiquas leges* respeximus, in personalibus actionibus *rei uxoriae actioni* magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant (die Weiber) privilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. . . c. 12. pr. C. 8, 18.

29) Scire debes privilegium dotis, quo *mulieres* utuntur in *actione de dote* [die gewöhnliche Bezeichnung der *actio rei uxoriae*] *ad heredem non transire*. c. 1. C. 7, 74.

30) v. Grosmann und v. Löhr, *Magazin* Bd. 4. [2.] §. 1. n. V. S. 57 — 77.

31) fr. 1. §. 1. D. 23, 5. — fr. 62. D. 41, 1.

auch vor getrennter Ehe solle einfordern können, um Beide, an seiner Stelle, zum Zwecke der Ehe zu verwalten³²⁾. Noch weiter ging er im Jahre 529, wo er der Frau ein speciellcs, vor allen andern privilegirtes, Pfandrech t an den res doctales gestattete, ohne Unterschied, ob diese ästimirt oder nicht ästimirt gegeben worden waren³³⁾. Daß die Frau, wenn sie die dos zurückfordert, dieses Pfandrech t habe, dieß wird in der Constitution deutlich gesagt [*Mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam, jubemus*]: ob dagegen auch Andere, wenn sie die dos zurückfordern, dieses Pfandrech t zustehen, darüber ist in der Verordnung nichts gesagt. Daß es die Kinder der Frau haben, sagt eine spätere Verordnung ausdrücklich³⁴⁾, auch scheint der Zusammenhang des spätern Rech ts darauf hinzuweisen, daß es allen Denjenigen gestattet werden muß, welche mit Justinians neuer *actio ex stipulatu* die dos zurückfordern, nicht aber den Fremden, welche sich bei der Bestellung die Rückgabe der dos haben versprechen lassen. Auf alle Fälle scheint soviel gewiß, daß Jedem, welcher das Pfandrech t hat, auch das *Privilegium* zugestanden werden muß.

32) c. 29. C. 5, 12. Wie aus dieser Verordnung die Verbindlichkeit der Frau, den Mann aus ihrem Paraphernal-Vermögen zu alimentiren, abgeleitet werden kann, dieß ist mir unbegreiflich.

33) c. 30. C. 5, 12. — Daß nach dieser Stelle von keinem Eigenthume der Frau an der dos gesprochen werden kann, und daß die ihr gestattete *utilis vindicatio* nur eine Folge ihres Pfandrech ts ist, dieß ist an einem andern Orte erwiesen worden. [v. Grolman und v. Löhr, Magazin IV. S. 70—76.] Zu den dort gebrauchten Gründen mag hier nur noch hinzugefügt werden, daß diese *vindicatio* selbst bei den *res aestimatae* vorkömmt, welche dem Manne verkauft sind, und niemals in Natur zurückgefordert werden können. fr. 10. §. 5. ult. fr. 69. §. pen. D. 23, 3.

34) Nov. 91. c. 1.

III.

Noch mehr wurde die Zurückforderung der dos im Jahre 530 durch die berühmte c. 1. C. 5, 13. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita von Justinian gesichert. Hiernach soll, wenn sich der Besteller nicht ausdrücklich bei der Bestellung die Rückgabe gültig hat versprechen lassen³⁵⁾, die Sache immer so angesehen werden, als wenn die Frau eine gültige Stipulation zu ihrem Vortheile eingegangen habe, auch wenn kein oder ein ungültiges Versprechen statt gefunden hat³⁶⁾. Nur der männliche väterliche Ascendente, in dessen Potestas die Frau sich befindet, soll gewissermaßen auch als stipulator behandelt werden³⁷⁾ ob immer, oder nur im Falle

35) Si non specialiter *extraneus* dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: *tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat* . . . c. 1. §. 13. C. 5, 13.

36) „Sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non: *ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta*: eodemque modo et si inutiliter facta est stipulatio: adjuvari enim eam magis, quam evanescere oportet . . . est enim consentaneum nobis, qui censemus, et ubi supposita stipulatio non est, intelligi eam fuisse adhibitam: et multo magis etiam, si inutilis est, validam eam effici. c. 1. pr. C. 5, 13.

37) . . . *Extraneum intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate personam dotatam habentem: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus*. c. 1. §. 13. C. 5, 13. So lesen alle Manuscripte von Musard und der Cod. G. bei Gebauer, ferner Paris ap. Chevallon 1526. und Salvoander statt *non* habentem. Die Variante *dotandam* scheint nicht richtig. — Daß hierdurch nur ein Verhältniß, wie bei der *actio rei uxoriae*, wenn der Vater *adjuncta filiae persona* klagt, begriffen werden soll, dieß beweist der folgende §. 14.

der *profectitia dos*, ist nicht ganz deutlich³⁸⁾. Eine sehr natürliche Folge hiervon ist es, daß niemals mehr die *actio rei uxoriae* Statt finden kann³⁹⁾, sondern immer nur die *actio ex stipulatu* mit den oben angegebenen Eigenthümlichkeiten: diese werden jedoch, wenn von der Frau, ihrem Vater oder ihren Erben geklagt wird, in dem folgenden modificirt. Erstens soll diese *actio ex stipulatu* seyn eine *actio bonae fidei*⁴⁰⁾, sodann wird bei den Verwendungen, wegen Wegfallen des Retentions-Rechtes, dem Manne eine eigene Klage gegeben⁴¹⁾, hiernach werden die Fristen der Restitution beweglicher und unförperlicher Sachen auf ein Jahr gesetzt, auch dem Manne das *beneficium competentiae* gegeben⁴²⁾, ferner soll auch die *exhereditate*, *emancipirte*, oder mit mehreren zur Erbin eingesetzte, Tochter selbst die *profectitia dos* ganz und allein erhalten⁴³⁾, diese daher auch conferirt und in den Pflichttheil eingerech-

38) Die Worte des Gesetzes machen keinen Unterschied: dagegen ist im §. 13 u. 14 nur davon die Rede, inwiefern der Besteller der *dos* ohne Stipulation die *actio ex stipulatu* habe. Daher würde ich das Gesetz nur von der *profectitia dos* verstehen, wenn nicht die Analogie der *actio rei uxoriae*, auf welche in dem §. 14 verwiesen wird und die Stellen der Pandecten auf etwas Anderes hinweisen. Vielleicht erklärt sich Alles, wenn man annimmt, daß durch §. 13. das Recht des Vaters vor den Erben der Frau die *dos profectitia* zu verlangen, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst worden, eingeführt; dagegen durch §. 14. allgemein das Klagen *adjuncta filiae persona* für jede *dos*, wenn die Tochter in der Gewalt sich befindet, bestätigt worden ist.

39) c. 1. C. 5, 13. — c. 12. C. 8, 18. — §. 29. J. 4, 6.

40) c. 1. §. 2. C. 5, 13.

41) c. 1. §. 5. eod.

42) c. 1. §. 7. eod.

43) c. 1. §. 11. C. eod.

net werden ⁴⁴). Endlich soll der Vater, wie bei der *actio rei uxoriae, adjuncta filiae personae* die *dos* zurückfordern ⁴⁵).

Nicht allein, daß immer eine Stipulation zum Vortheile der Frau oder ihres Vaters angenommen wird, wenn kein Dritter sich die Rückgabe bei der Bestellung gültig hat versprechen lassen; sondern es soll auch immer *causa inveniendi valida ac perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis* ⁴⁶). Daher soll direct zum Vortheile des Mannes, indirect zum Vortheile der Frau, ein generelles, gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen Desjenigen Statt finden, der eine *dos* zu bestellen verpflichtet ist ⁴⁷): daher soll der Frau zur Sicherheit der Restitution der *dos* das ganze Vermögen des Mannes verpfändet seyn.

44) c. 1. §. 12. C. eod.

45) c. 1. §. 14. C. eod.

46) c. 1. §. 1. C. 5, 13.

47) Es ist in neuerer Zeit gewöhnlich geworden, dieses Pfandrecht nur in dem Falle anzunehmen, wenn eine *dos* versprochen worden ist. Dies scheint mir mit Wort und Geist der Verordnung im Widerspruche. Justinian sagt, nach der oben S. 296. Not. 36. angegebenen Einleitung: *... in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda, vel rebus dotalibus evictis: sive ipsae principales personae dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliae pro his personae: et dos sive adventitia, sive profectitia sit, secundum veteris juris nominationem. Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis poterit afferre praesudicii; cum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induxerimus providentiam. Sicut enim et stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelliguntur, et inutilis stipulationes emendantur: sic et in posterum causa inveniendi valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis. Et nemo*

IV.

Auch mit diesen Begünstigungen war Justinian noch nicht zufrieden. Vielmehr verband er im Jahr 531 mit dem so eben erwähnten generellen Pfandrechte noch ein Privilegium⁴⁸⁾. Da der Umfang dieses Privilegs den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung ausmacht, und da dieser nur aus dem ganzen Zusammenhange mit Sicherheit erkannt werden kann, so muß nothwendig diese Constitution ohne alle Abkürzung hier eingeschaltet werden. Ihre Worte sind die folgenden:

Assiduis additionibus *mulierum* inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum deventas. Nos itaque *ad antiquas leges* respeximus, in personalibus *actionibus rei uxoriae actioni* (quam in praesenti sustulimus) *magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores.* Et hoc, cum in personalibus statuerant actioni-

putet nos hoc sancire in his tantummodo dotibus, quae instrumentis receptae sunt. Nihil enim prohibet, et si sine scriptis dos *vel detur*, vel promittatur, vel suscipiatur, *simili modo intelligi faciam stipulationem et hypothecam ex utraque parte*, quasi fuerit scripta. So sehr das Bestreben Alles zu erschöpfen hier deutlich ist, so findet sich keine Spur einer solchen Beschränkung. Im Gegentheile zeigt der Zusammenhang, daß überall eine tacita stipulatio angenommen, überall die imperitia und rustico, unschädlich gemacht werden, überall das Pfandrechte als Begleiter der tacita stipulatio vorkommen soll. Dies soll namentlich Statt finden im Falle der Eviction auch bey der profectitia dos, und namentlich beyder dotis datio, wo doch bekanntlich kein Versprechen vorausgeht.

48) c. 12. C. 8, 18.

bus, si hypothecam respiciebant, illico justitiae rigorem relaxabant: et senioribus hypothecis, novae mulierum hypothecas, si habebant, actiones expellebant: nec *ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod et corpore, et substantia et omni vita sua maritus fungitur*: cum pene mulieris ⁴⁹⁾ tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio.

§. 1. Ad haec omnia respicientes et remissentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus mulieribus subvenientes, et haec omnia in unum colligentes, *sancimus: ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati*. Cum enim in personalibus actionibus (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur *res uxoria*: quapropter non in hypotheca *hoc mulieri* etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent: sed quocunque modo vel dissipatae vel consumptae sint, si tamen res ipsae fuerint parti mariti datae? *Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro qua* ⁵⁰⁾ *multa nostris legibus inventa sunt privilegia?*

49) So alle Mspte. von Nufard statt „mulieribus.“

50) So alle Mspte. von Nufard statt quibus.

Et ideo quod antiquitas quidem dare incoepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus: et sive liberos habeat mulier, sive ab initio non habuit, sive progenitos amisit, hoc ei privilegium indulgemus. Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel ejus creditores: in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: sed sic maneat eis jus incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus.

§. 2. Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempore servire disponimus, et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus. §. 3. Quam legem ex praesenti tempore locum habere sancimus, et non retrorsum referimus. Dat. 5. Kalend. Decemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. 531.

Beachtet man unbefangen den ganzen Zusammenhang dieser Verordnung, so scheint vorerst unwidersprechlich daraus hervorzugehen, daß Justinian den Weibern ein Privilegium geben will, weil diese sich mit Klagen bestürmten und weil das persönliche Verhältniß dieser eine Begünstigung erheische.

Zweitens. Daß den Weibern gestattete Vorrecht soll darin bestehen, daß das alte *privilegium dotis* mit der neuen *actio ex stipulatu* verbunden wird. Dieser Satz

kann einen doppelten Sinn haben. Einmal, nur diejenigen Personen, welche auf das alte privilegium dotis Ansprüche hatten, sollen dieses neue Privileg haben. In diesem Falle würde nur allein die Frau auf diesen Vorzug Anspruch machen können. Sodann, alle Diejenigen, welche mit der neuen actio ex stipulatu klagen können, sollen dieses Vorrecht zu genießen berechtigt seyn, also die Frau, der Vater derselben und alle ihre Erben. Eine dritte Erklärung ist weder nach den Worten, noch nach dem Zusammenhange gedenkbar, namentlich keine, bei welcher zwischen den Kindern der Frau und andern Erben unterschieden würde.

Daß bei dieser Alternative nur allein der Frau der Vorzug zugesprochen werden könne, dies läßt sich leicht erweisen. Dies geht namentlich hervor aus der Analogie des alten privilegii exigendi, dessen Natur noch aus Justinians Compilation erkannt werden kann⁵¹⁾, aus der Veranlassung und dem Zwecke des Gesetzes [oder sollen auch die fragilitas, das Gebähren und das sonstige Verhältniß der Kinder und Erben ihnen Vortheile zuwenden?], aus dem Buchstaben desselben, der nur der Weiber gedenkt, aus dem Zusammenhange der Constitution. Wie hätte es dem Kaiser nur einfallen können zu erwähnen, daß die Kinder aus einer frühern Ehe dies Privilegium, wenn sie mit der Stiefmutter concurrirten, ebenfalls haben sollten, wenn es allen Erben, ja selbst, wenn es den Kindern in jedem Falle hätte zustehen sollen? wie hätte er sagen

51) c. 1. C. 7, 74. S. o. S. 291. Not. 29. Daß diese Stelle nicht direct beweise, dies ist freilich wahr, allein sie steht in Justinians Compilation, in der nichts Ueberflüssiges seyn soll und bekommt gerade dadurch große Bedeutung, daß ausdrücklich in unserer Verordnung das alte privilegium exigendi mit der actio hypothecaria verbunden wird, welches nur mit der actio rei uxoriae verbunden war und daher schon mit der c. 1. C. 5, 13. aufgehört hatte.

gekonnt: *in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: sed sic maneat eis jus incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum?* daß die Kinder zu den caeteri creditores gerechnet und ihrer Stiefmutter nachgesetzt würden, dieß war nicht zu fürchten, wenn auch ihnen ein Privilegium zustand, auch war es nicht nöthig ihnen ihr Recht zu erhalten, *quasi adhuc vivente matre eorum.*

Für diese Ansicht entscheidet ferner, daß alle spätere Gesetze bei dem Privilegium immer nur die Frau erwähnen; sodann das ausdrückliche Zeugniß der Institutionen ⁵²⁾

52) Im §. 29 J. 4, 6. erzählt Justinian, wie er die *actio rei uxoriae* mit der *actio ex stipulatu* vereinigt habe, und schließt diese Darstellung mit den folgenden Worten: *Sed et tacitam ei (der actio ex stipulatu) dedimus hypothecam: praeferrī autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.* Daß der Ausdruck *solius* nur auf *mulier* gehen kann, zeigt das Wort *ipsa* und der ganze §., welcher nur allein von der neuen *actio ex stipulatu* redet. Daß Theophilus in seiner Erläuterung noch den in der c. 12. §. 2. enthaltenen Satz erwähnt, dies kann uns nicht berechtigen, dieses Wort als den Gegensatz von *de dote sua* zu betrachten. Wir haben also ein unverwerfliches Zeugniß Justinians über den Sinn seiner, wenigstens zweifelhaften, Verordnung, das wir nicht hintansetzen können. — Wie man hier von einem Vorgehen des Codex, oder von der Erklärung der deutlichen Institutionen-Stelle durch die undeutlichere des Codex ernstlich reden kann, dies begreife ich so wenig, als wie es möglich war die Institutionen durch Zurückweisung auf c. 1. §. 13. C. 5, 13. zu erläutern und zu behaupten, daß unter *mulier* jeder verstanden werden müsse, der die neue *actio ex stipulatu* habe. Nur den *extraneis* werde das Privilegium abgesprochen. Nach der deutlichen Bestimmung des Gesetzes haben die neue *actio ex stipulatu* 1) die Frau, 2) alle ihre Erben, nicht allein die Descendenten, 3) der Vater der Frau in dessen *Potestas* sie ist. *Extranei* heißen die Dritten, welche eine

und das nicht minder deutliche einer Novelle 53), so wie die nicht minder sprechende Erwähnung in einer andern Novelle 53), wenn man bei dieser nur die Eigenthümlichkeit des Falles und Das nicht übersieht, daß Kinder und andere Erben nach Wort und Geist der Gesetzgebung in der Regel nicht verschieden behandelt werden können. Von dieser Novelle muß in der Folge noch mehr geredet werden.

Ist es, wie bis hierhin auszuführen gesucht wurde, gegründet, daß Justinian in der c. 12. nur allein die Weiber begünstigen und nur ihnen für ihre Person ein Privilegium geben wollte; so versteht es sich von selbst, daß *tertius* in den Schlussworten des §. 1. wirklich eine Ausnahme zum Vortheile der Kinder erster Ehe für den Fall eingeführt wird, wo sie gemeinschaftlich mit ihrer Stiefmutter die *dos* zurückfordern. Daß dem so sey, dies zeigt

dos bestellt haben. Diese haben die *neue actio ex stipulatu* nicht. Nach eben so deutlicher Bestimmung findet das stillschweigende Pfandrecht nur bey der neuen *actio ex stipulatu* statt. Ebenso sprechen die Institutionen nur von der neuen *actio ex stipulatu*. Hiernach würde also geradezu die Ausnahme die ganze Regel enthalten und direct der Nov. 91. pr. widersprechen. S. u. Not. 59.

53) *Omnibus privilegiis jam doti datis a nobis in sua firmitate manentibus, quando mulier moverit, aliis enim omnibus praeter mulierem, hujusmodi privilegia neque ex antiquo dedimus, neque nunc damus.* Nov. 61. c. 1. §. 4. in fin. „Auf gleiche Weise sagt Julian: „(const. 55. No. 198. a. C.) Haec autem constitutio praerogativis dotium nullum praepjudicium facit: nam praerogativas datas, integras inesse dotibus constitutio jubet, ita tamen, si de dotibus actiones mulieres moveant: aliis enim personis privilegium in actione dotis nec antea datum est, nec modo datur.“

54) Nov. 91.

auch noch sonst die ganze Fassung der Worte. Da es nichts Ungewöhnliches ist, daß die Concurrrenz eines Dritten mehr Rechte gebe, wie man sonst gehabt haben würde⁵⁵⁾; so ist es wohl unbedenklich anzunehmen, daß die Kinder erster Ehe in diesem Falle auch den Vorzug vor den übrigen Creditoren haben. Es bleibt daher hier nur die Frage, woher diese Ausnahme entstanden sey? die Antwort ist schon oft, und gewiß genügend, gegeben worden, daß der einfache, in dem Geiste des damaligen Rechtes fest begründete, Grund derselben in dem Bestreben zu suchen sey, die zweite Ehe nicht vor der ersten zu begünstigen⁵⁶⁾. Vielleicht hatte sich schon früher ein ähnlicher Satz bei der *actio rei uxoriae* gebildet, und dann ist Sache und Art der Erwähnung noch natürlicher. — Daß Justinian diesen Grund nicht angiebt, dies kann doch nicht wohl ernstlich als Gegenargument gemeint seyn.

Das vierte, das sich aus unserer Verordnung ergibt, daß bei der *propter nuptias donatio* ein Pfandrecht, aber kein privilegirtes, statt finde, dies gehört nicht weiter hierher⁵⁷⁾.

55) *J. B. fr. 2. §. 17. 18. 19. fr. 5. §. 2. D. 33, 17.*

56) Sehr gut ist hier die Bemerkung Meiners's *S. 471.*, das Privileg der Frau sey positiv, d. i. daß sie den Creditoren vorgebe, das der Kinder in diesem speciellen Falle nur negativ, d. i. daß sie nicht durch ihre Stiefmutter ausgeschlossen würden.

57) So wenig es hierher gehört, so kann ich doch nicht umhin bey dieser Gelegenheit meine Bewunderung darüber zu äußern, daß man gewöhnlich unter *donatio propter nuptias* Dasjenige versteht, was der Mann, oder Jemand in dessen Namen, der Frau zur Sicherheit ihrer dos und ihres und ihrer Kinder Unterhalt auf den Fall seiner Verarmung aussetzt, und wenn man der Frau während der Ehe, den Fall der Verarmung angenommen, alle Rechte abspricht. — Welche Sicherheit gab denn diese *donatio ante nuptias* vor der Verordnung Justinians (*c. 29. C. 5, 12.*)? Wie sollen denn die Eigentümlichkeiten derselben bey diesem Begriffe bestehen? Wie läßt er sich mit dem so oft wiederkehrenden Zeugnisse, daß sie der Frau eigentümlich gehöre, vereinigen? — In der Wirklichkeit ist sie ein Vermögen der Frau, das neben der dos von dem Manne verwaltet wird, und bestimmt ist *ad sustinenda matrimonii onera*, wie die dos, mit welcher sie so vielfach übereinstimmt. Die morgenländische Sitte bei dem Verlöbniß ein Geschenk, eine *arra*, eine *donatio ante nuptias*, eine *sponsalitia largitas* zu geben, hat sie veranlaßt. Kam die Ehe nicht zu Stand, so wurde diese, wenn keine besondere Gegengründe da waren, zurückgegeben: kam die Ehe zu Stand, so blieb die Frau vorerst Eigentümerin dieser *arra*, allein sie wurde jetzt, wie die dos, zu den Zwecken der Ehe verwendet. Eine Ausführung und Begründung dieser Ansichten kann natürlich hier nicht gegeben werden.

V.

Nach der Publication der so eben erklärten Constitution ist mehrmals von Justinian des privilegirten Pfandrechtes der Weiber Erwähnung geschehen. Die meisten dieser Stellen müssen jedoch hier übergangen werden, theils, weil sie die hier zu erörternde Frage nicht berühren⁵⁸⁾, theils, weil sie schon in dem Bisherigen beachtet worden sind⁵⁹⁾. Nur eine derselben bedarf einer besondern Berücksichtigung, weil gerade durch sie viele Mißverständnisse erzeugt worden sind⁶⁰⁾, indem man häufig nicht die ganze Stelle und ihre Verbindung mit der früheren Legislation berücksichtigte, sondern nur einzelne Aeußerungen derselben, herausgerissen aus dem Zusammenhange.

Die Veranlassung dieses Gesetzes waren Zweifel und Schwierigkeiten, welche bei Gelegenheit eines speciellen Falles entstanden waren, welchen uns Justinian in der Einleitung erzählt⁶¹⁾. Daß die bei dieser Erzählung gebrauchten Worte nur mit Rücksicht auf diesen Fall erklärt und verstanden werden können, dieß ist klar, alsdann entscheiden sie aber sehr viel für die bisher vertheidigte Ansicht. Ein Mann hatte Das, was er in erster Ehe als dos empfangen hatte, verzehrt und starb mit Hinterlassung von Kindern erster Ehe, einer zweiten Ehegattin, und soviel Vermögen, als die dos aus der zweiten Ehe betrug. Daß er noch andere Creditoren gehabt habe, davon findet sich keine Spur. In dem zwischen den Kindern erster Ehe und der zweiten Ehegattin ausgebrochenen Prozesse entstanden nun die Fragen, erstens, ob jenen das den Kindern in der c. 12. für diesen speciellen Fall gestattete Privi-

58) Nov. 97. c. 2. 3. 4. — Nov. 109. c. 1.

59) §. 29. J. 4. 6. — Nov. 61. in fin.

60) Nov. 91.

61) *Dudum judicantibus nobis in dubitationem venit causa multa correctione digna, et legislatione clariori non indigna. Etenim quidam prioris factus uxoris vir, cum eam extulisset, deinde secundae dotem suscipiens, et filios ex priori relinquens, obiit adhuc secunda superstite. Volebat igitur secunda uxor dotem a se datam exigere, privilegio utens a nobis dato: contradicebant autem ex priori inatrimonio filii, et ipsi maternam obijcientes dotem. Et dubium erat, utrum etiam non superstite uxore priori, oporteret suscipi filios contra secundae dotem litigantes. Non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium, aut heredibus, aut creditoribus, sed solis filiiis. Plurimae si quidem dubitationes extiterunt in hac*

legium [C. o. C. 304, 5.] noch bestehe, da spätere Gesetze ⁶²⁾ dasselbe nicht mehr erwähnt hatten, zweitens ob den Kindern in concreto dieses Privilegium Etwas nützen könne, da das vorhandene Vermögen die erste dos nicht begreife, im Gegentheil allein aus der zweiten dos bestehe, also der zweiten Ehegattin unbedingt vor Allen nach einer andern Verordnung Justinian's [C. o. 11.] der Vorzug gebühre? — Ob diese Erzählung die früher von mir entwickelten Ansichten bestätige, oder ob sie dieselben widerlege, ob die Worte: et dubium -- sed solis filiis, den Kindern ein Privilegium geben, wenn sie nicht mit ihrer Stiefmutter concurriren? Dies bedarf wohl keiner Erörterung. Das gegen muß noch bemerkt werden, daß gerade die eben hervorgehobenen Worte den bestimmtesten Beweis liefern, daß die c. 12. oben richtig erklärt worden ist, weil, wie oben bewiesen wurde, ein allgemeiner Unterschied zwischen Kindern und andern Erben nach Wort und Zusammenhang der Verordnungen Justinian's nicht gedacht werden kann.

Mit ausdrücklicher Rückweisung auf den so eben erzählten Prozeß und mit bestimmter Erklärung, daß er nur das bestehende Recht erläutern wolle, verordnet nun Justinian ⁶³⁾,

causa, dicente secunda, quoniam expendisset antequam ad ejus venisset matrimonium prioris uxoris dotem: et non esse justum, suam quidem, quod tantum inventus est reliquisse vir, quantum sufficeret soli secundae, dotem ear. perdere: illos autem expensam jam dotem percipere. Sed filii hypothecas proponebant, quoniam omnino rebus existentibus morienti hypothecae seniores potiores, quam secundae essent. Nov. 91. pr.

62) §. 29. J. 4. 6. — Nov. 61. in fin.

63) *His igitur in dubitationem venientibus, illud certum etiam a nobis sancitum est, quia si aliquid appareat rerum prioris aut secundae dotis, hoc necessarium filios prioris aut secundae habere: aut si moriatur etiam illa, filios ejus singulos, quod proprie habendum suum ostenderint. Hinc enim et in rem quae de proprietate est, competit pure, et unumquemque quod suum est habere, nullo privilegio indigens. Si vero nihil appareat utriusque rerum, aut aliqua quidem appareant, aliqua vero desint: sive superstites sint mulieres, repudio forsan priori matrimonio dissoluto: competere mulieri dotem: sive defunctae sint filiis existentibus ambae, aut etiam una harum: in iis quae desunt, superiorem esse priorem, et filios ex ea, antiquiorem dotem praeponeutes, id est dicere nepotes et pronepotes, et deinceps successores, cujuscunque naturae fuerint. Sicut enim si duo debita publica fuissent, necessario antiquum proponeretur posteriori: ita et hic privilegia necessarium est priori doti dare priora: et ita secundae: et dotem non*

wie es gehalten werden solle, wenn über die Rückgabe zweier Doten unter den Ehefrauen oder ihren Kindern gestritten werde. Von dem Falle, wo diese mit andern Creditoren streiten, ist in dem ganzen Gesetze keine Spur und kann keine seyn, wenn man die Veranlassung, die Absicht und den Zusammenhang bedenkt. In diesem Falle sollen vorerst die res dotales, welche noch vorhanden sind, Demjenigen zufallen, von dessen Seite sie herkommen, in cuius bonis sunt ⁶⁴⁾, welchem durch die c. 30. C. 5, 12. eine utilis vindicatio gestattet worden. Demnächst sollen ferner in Rücksicht auf das Uebrige immer Diejenigen den Vorzug haben, welche die ältere dos zurückfordern. Dies sowohl einmal, wenn beide Gattinnen noch leben, weil beide das Privilegium haben, wie zweitens, wenn beide todt sind, weil keiner der Rückfordernden ein Privilegium hat, eben so drittens, wenn nur die erste lebt, weil diese allein privilegiert ist, auf gleiche Weise viertens, wenn nur noch die zweite vorhanden ist, weil in diesem Falle die c. 12. den Kindern erster Ehe ein besonderes Privilegium gegeben hat.

Die Richtigkeit der bisher gegebenen Erklärung der Nov. 91. pr. c. 1. wird noch mehr bestätigt durch die Art, wie Julian ⁶⁵⁾, ein Zeitgenosse Justinians, den Inhalt dieser Verordnung referirt.

praepone doti, nec hypothecam hypothecis: sed quod antiquius est tempore, amplius manere propriam robur habens et privilegium. Tempora namque hypothecarum permutare, aut interimere vel minuere, nullo modo patimur. Et hoc dicimus non ignorantes, quoniam iam et in alia quadam nostra legislatione hoc decrevimus, sed quoniam omnino motum est apud nos, et quaedam habuit diversas causa quaestiones: et propterea ad praesentis legis opus accessimus: ut non nunc aliquid prius sanciremus, sed ut clariorem eam omnibus constitueremus. Nov. 91. C. 1.

64) *S. v. Grolman u. v. Löhr Magazin B. 4. (2). S. 1. S. 62 — 76.* Dasi aus den in der Novelle gebrauchten Ausdrücken kein wahres Eigenthum gefolgert werden kann, ergibt sich, wenn man auf den Zusammenhang der Gesetzgebung und den Zweck dieser Constitution achtet.

65) *„Quaedam Mulier, Titia nomine, Maevio copulata est, et dotem dedit, et liberos ab eo procreavit. Postea, mortua Titia, Maevius secundam uxorem duxit Sempromiam et mortuus est. Quaeritur utrum liberi prioris uxoris dotem matris suae prius recipere debeant, an magis secunda uxor in dote sua validiora jura praetenderit, et ita distinguimus, ut siquidem res dotales extant, sive prioris sive, posterioris sint, omnimodo eas dominus vindicare potest: sin autem vel con-*

VI.

Ist in dem Bisherigen der Zustand des alten Rechtes richtig angegeben, der Inhalt und Sinn der Verordnungen Justinians richtig aufgefaßt worden; so ist im neuesten Rechte das Verhältniß der Sache das folgende. Es kommt bei der Rückgabe der des Alles darauf an, ob ein Dritter [extraneus] sich bei der Bestellung die Rückgabe der des hat gültig versprechen lassen, oder nicht. Ist jenes der Fall, so steht ihm und seinen Erben eine Klage aus diesem Versprechen zu, diese Klage hat jedoch keine der Eigenthümlichkeiten, welche die von Justinian eingeführte actio ex stipulatu auszeichnen. Weder ein besonderes noch ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht findet zur Sicherheit der Zurückgabe Statt, ein vertragsmäßiges ist nicht privilegiert.

Hat kein Versprechen der Zurückgabe an einen extraneus Statt gefunden, so wird fingirt, daß dieses zum Vortheile der Frau und gewissermaßen ihres Vaters geleistet worden sey. Hieraus findet eine eigens gestaltete actio ex stipulatu Statt, mit welcher ein speciellcs, gesetzliches, vor allen privilegiertes, Pfandrecht an den res dotales und eine generelle, gesetzliche Hypothek an dem gesammten Vermögen des Empfängers verbunden ist. Auf diese Klage und diese Rechte haben die Frau, ihr Vater und alle ihre Erben, nicht allein die Descendenten, Ansprüche. Mit der generellen gesetzlichen Hypothek ist ebenfalls ein Privilegium verbunden, wenn die Frau selbst klagt, nicht aber, wenn der Vater oder die Erben klagen, auch nicht, wenn diese Descendenten seyn sollten. Nur in einem Falle ist auch den Descendenten der Frau das Privilegium gestattet.

Obschon ich glaube, daß dieses Resultat aus dem Bisherigen mit Nothwendigkeit und unwiderlegbar hervorgeht, so mag doch noch eine kurze Prüfung der Gründe, aus welchen man den Kindern immer dasselbe Privilegium giebt, welches die Mutter hat, der großen Verbreitung dieser An-

„sumtae sunt, vel deminutae, praeferantur secundae
 „mulieri liberi ex priore matrimonio nati, vel etiam
 „ipsa prima uxor, si forte repudio primae nuptiae solu-
 „tae sunt. Idem dicimus, si liberi secundae mulieris
 „cum priore uxore vel liberis ejus litigent. In summa
 „enim dicimus, priori matrimonio hypothecarum privi-
 „legia validiora praestamus, ubi ipsa mulier agit vel
 „liberi ejus ex eo matrimonio nati (liberorum autem
 „appellatione omnes descendentes personas complecti-
 „mur) quod non per in novationem a nobis introdu-
 „ctum est, sed magis per interpretationem priorum con-
 „stitutionum. *J u l i a n i epit. Novell. const. 84. No. 332.*

nicht wegen, hinzugefügt werden. Diese Gründe sind vorzüglich die folgenden:

- 1) Die Gründe, welche die Einführung dieses Privilegii herbeigeführt hätten ⁶⁶⁾, beschränkten sich nicht auf die Person der Ehefrau, sondern ergriffen die Eigenschaft des Brautshages selbst, darum werde auch nicht ihr, sondern der das Privilegium gegeben ⁶⁷⁾, daher sey es ein dingliches und müsse also — auch den Descendenten der Frau zustehen.

Wenn man diese Argumente auch als noch so bedeutend betrachten will, so beweisen sie dennoch nichts, weil sie zu viel beweisen. Vor erst kann sich jeder Creditor auf die in der Note 66. angeführten Gründe gegen jeden Pfandgläubiger mit demselben Rechte berufen, wie die Creditoren, welche die das zurückfordern. Sodann entscheiden dieselben Gründe für Jeden, welcher eine das zurückfordert, auch für den extraneus bei der das receptitia, für den Vater und für die Erben der Frau, die keine Descendenten sind, eben soviel, wie für die Descendenten, bei welchen allen, auch nach dieser Meinung, kein privilegium dotis Statt findet. — Zudem ist der wahre Grund der Verordnung eine Begünstigung der Weiber, wie die c. 12. sehr deutlich ausspricht. Der Ausdruck privilegium dotis ist unbedeutend, da er sogar bei dem alten privilegio exigendi vorkommt,

66) *Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semet ipsa datam, vel pro ea ab alio. c. 12. pr. C. 8. 18. . . . Privilegium enim dedimus dotibus, ut contra antiquiores hypothecas habeant honorabilia jura, ut potest cum contrahentes cum viris eorum credant substantiis, et non mulierum: et quae forte tunc neque competebant iis, qui prius contraxerunt. Nov. 97. c. 2.*

67) *De dote sua experiatur . . . §. 29. J. 4, 6. §. 9. Not. 52. Duabus enim dotibus ex eadem substantia debitis ex tempore praerogativam manere volumus. c. 12. §. 1. C. 8, 18. . . . Sicut enim, si duo debita publica fuissent, necessario antiquum praeponeretur posteriori; ita et hic privilegia necessarium est priori doti dare priora: et ita secundae: et dotem non praepone doti, nec hypothecam hypothecis: sed quod antiquius est tempore amplius manere, proprium robur habens et privilegium . . . Nov. 91. c. 1. — Eine aus Novelle 91. c. 2. angeführte Stelle findet sich nicht — Nov. 97. c. 2. §. die vorige Note. . . . Quia enim dedimus privilegium mulieribus dotium, ut etiam prioribus creditoribus praeponeantur, et meliorem ordinem eas habere et nec a tempore superatas. . . . Nov. 109. c. 1.*

recht wohl auch bei meiner Ansicht bestehen kann und sogar in den meisten der angeführten Stellen durch den Zusammenhang selbst allen Schein verliert. Da die Gegner selbst, wenn ich so sagen darf, nur eine halbe Dinglichkeit des Privilegii annehmen, es auch gerade die Streitfrage ist, ob es dinglich sey oder persönlich, so kann aus diesem Grunde nichts gefolgert werden.

2. Das Privilegium sey mit Justinians neuer actio ex stipulatu verbunden, also — müsse es auch den Descendenten der Frau zustehen.

Unter allgemeiner Rückweisung auf das oben [IV. zweitens] Aufgeführte, bemerke ich nur, daß auch dieses Argument Nichts beweist, weil es zu viel beweisen würde, da auch der Vater der Frau und ihre Erben, welche keine Descendenten sind, diese neue actio ex stipulatu haben.

3. Die in der c. 12. geäußerte Bedenklichkeit würde unerkklärbar seyn, wenn den Kindern als solchen dieses Privileg nicht zustünde, auch werde es mit dürren Worten in der Nov. 91. pr. ⁶⁸⁾ und der *Aulh.* Si quid C. 8, 18. denselben zugesprochen.

Auch hier bedarf es nur einer Zurückweisung auf das Obige. Ohnehin fällt aller Schein der Novelle hinweg, wenn man beachtet, daß Justinian in der Einleitung nur erzählt, und die ganze Erzählung im Zusammenhange liest. Ja es bedarf nur eines Rückblickes auf die vor non vorhergehenden, in der Note mit abgedruckten, Worte, um die Nichtigkeit dieses Arguments einzusehen. Daß die *Aulh.*, die ohnehin nicht einmal entscheidend spricht, keinen Beweis abgeben könne, dies versteht sich wohl von selbst.

4) Daß das Privileg der Kinder auf den Fall der Concurrenz mit der Stiefmutter beschränkt sey, dies sey unmöglich a) weil ihnen dieses Recht in eigenem Namen zustehet ⁶⁹⁾, b) weil es ihnen auch gestattet werde, wenn die zweite Ehefrau todt sey ⁷⁰⁾, c) weil es alsdann von äußern Zufälligkeiten abhängen würde, ob die Kinder ein privilegirtes oder nicht privilegirtes Pfandrecht hätten, endlich d) weil, wenn ihnen kein

68) *Et dubium erat, utrum etiam non superstita uxore priori, oporteret suscipi filios contra secundae dotem litigantes. Non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium aut hereditus, aut creditoribus, sed solis filiis.*

69) Similem — — matre. c. 12. §. 1. C. 8, 18. Sicut enim ... privilegium. Nov. 91. c. 1.

70) ... Sive defunctae sint filiis existentibus ambae... Nov. 91. c. 1.

Privileg gegen die Creditoren zusehe, nach dem Grund, sage: Si vinco vincentem te, vinco te ipsum, im Falle, wo andere Creditoren vorhanden sind, ein unauflösbarer Cirkel entstehen müßte.

Indem ich auf das oben unter IV und V Ausgeführte zurückweise, will ich nur erwähnen, daß die c. 12. gerade ausdrücklich sagt, sie wolle, wenn eine Stiefmutter da sey, den Kindern das Privileg erhalten, als wenn ihre Mutter noch lebe, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus. Die Novelle 91. spricht nur von dem Falle, wo die zwei Dotalforderungen die einzigen sind. Daß die Existenz eines Dritten auf die Rechte eines Andern Einfluß habe, dieß ist nichts Ungewöhnliches. Da Niemand den Kindern, wenn sie mit ihrer Stiefmutter und Andern concurriren, das Privilegium abspriecht, so ist kein Cirkel zu fürchten. Uebrigens würde auch dieser nicht viel beweisen, da wir Aehnliches sonst finden ⁷¹⁾, wo denn doch am Ende durch Ausübung des jus offerendi et succedendi geholfen werden kann.

5) Es werde uns ausdrücklich gesagt: *heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur* ⁷²⁾, also müßten die Kinder das selbe Privilegium haben, wie die Mutter.

Vorerst steht auch dieser Stelle entgegen, daß sie zu viel beweist, da den heredes das Privilegium ausdrücklich abgesprochen wird. Außerdem spricht sie von einem ganz andern Falle und sagt nur, daß auch der Erbe das ungiltig veräußerte Dotal-Grundstück revociren könne.

6) Auf alle Fälle sey die Sache zweifelhaft. Da nun der Grundsatz gelte, daß im Zweifel zum Vortheile der dos entschieden werden müsse, so müsse den Kindern dieß Vorrecht zugestanden werden.

Auf diese Weise könnte es wohl Jeder, welcher eine dos zurückfordert, verlangen. Da ich übrigens die Sache nicht als zweifelhaft ansehe, so glaube ich mich hier aller weiteren Bemerkungen enthalten zu können.

Das Resultat auch dieser Untersuchung scheint zu seyn, daß keiner der gegentheiligen Gründe geeignet ist, die hier bestrittene Ansicht zu begründen oder die Meinung, welche ich bisher aus den Quellen zu entwickeln versucht habe, zu entkräften.

71) fr. 16. D. 20, 4.

72) fr. 13. §. 3. D. 23, 5.