

Werk

Titel: Ueber Provocation von Seiten des Bürgen an den Gläubiger zur Erhaltung oder Nutzu...

Autor: Gesterding

Ort: Heidelberg

Jahr: 1824

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1824_0007|log12

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

dieser Stelle nicht gefragt. — Es muß ja ohnehin bei letzten Willensordnungen die *ademptio* mit der *datio* in Verbindung gedacht werden, so daß eine dunkle *Ademptio* nicht ungünstig ist, sondern nur die *datio* dunkel macht, was in neuerer Zeit erwiesen³⁰⁾ und auch von Thibaut³¹⁾ anerkannt worden ist. Eben so muß also auch eine *pura* aber unter Bedingung zu *resolvirende institutio*, mithin die bedingte Rücknahme einer unbedingten Einsetzung eben mit dieser Einsetzung in Verbindung gebracht werden. Wie folglich eine klare *datio* dunkel und deshalb null wird durch die dunkle *ademptio*, eben so wird eine *pure datio* bedingt durch die bedingte *ademptio*.

30) Man braucht deshalb nur zu verweisen auf dieses Archiv B. 1. S. 3. nr. 33 und 34. um bekannte Dinge in Erinnerung zu bringen.

31) Band. 6te Aufl. S. 329 a. C.

VIII.

Ueber Provocation von Seiten des Bürgen an den Gläubiger zur Erhaltung oder Benutzung der Wohlthaten der Ordnung und Theilung.

Von Herrn Professor Dr. Gesterding zu Greifswald.

Die sogenannte *Provocatio ex lege: si contendat* ist, nach der Lehre der Rechtsverständigen, nicht bloß zulässig bei *peremptorischen* Einreden, die bei längerer Verzögerung der Klage erlöschen oder unbrauchbar werden, oder nicht mehr zu beweisen seyn mögten; sie findet auch Statt bei *verzögerlichen* gewisser Art, nämlich bei solchen, welche die Sache selbst angehen und unter gewissen Bedingungen die Wirkung zerstörllich hervorbringen. Man zählt

daher die Einreden, deren ein Bürge und Mitbürge sich bedienen kann, um die Wohlthaten der Ordnung und Theilung geltend zu machen, zu denjenigen, deventwegen jener, den Gläubiger ad agendum aufzufordern, berechtigt sey.

Was 1) die Einrede der Ordnung betrifft, so sollte man vernünftigerweise wol glauben, daß derjenige, welcher den andern zur Klage herausfordert, eben dadurch auf Einreden, wodurch er Aufschub der Klage bewirken will, Verzicht leihte. Ist es gerecht, ist es billig, daß ein Bürge den Rechtsstreit von sich ablehne, den er selbst erregte, daß er den Kampf auf den Hauptschuldner ableite, nachdem er ihn einmal auf sich hingeleitet hat? Der Bürge spricht zu dem Gläubiger: Verklage mich jetzt, und wenn er nun klagt, soll er dann sagen dürfen, nein verklage erst den Hauptschuldner? Ist das nicht ein Possenspiel, was bei Gericht aufgeführt wird, und welchen Eindruck muß dies auf ein von Schulwitz nicht verderbtes Gemüth machen?

Am Ende ist der Nutzen einer solchen Provocation nicht einmal einzusehen. Gesezt der Gläubiger läßt sich in den April schicken. Aufgefodert zur Klage, belangt er den Provacanten, und nachdem er geklagt hat, weist man ihm die Thür des Gerichts; er soll erst den Hauptschuldner belangen. Was in aller Welt zwingt ihn, das auf der Stelle zu thun und darum ist es dem Bürgen bei seiner Provocation doch gerade zu thun, und welchen Nachtheil hat der Gläubiger davon, wenn er das nicht auf der Stelle thut? Der Gläubiger hat ja nun, der Aufforderung zufolge, gegen den Bürgen geklagt und es kann doch von jetzt an nichts anders gelten, als wenn er unaufgefodert geklagt hätte.

Eher ginge es, wie es scheint, wol an daß der Bürge den Gläubiger zur Klage nicht gegen sich, sondern gegen den Hauptschuldner auffordern könnte, der jetzt noch solvendo ist und von dem er besorgt, er möchte es bald nicht mehr seyn. Dieß scheint auch die Meinung Hellfeldts

zu seyn, welcher schreibt: ¹⁾ Potest quoque fidejussor ipsum creditorem ad agendum provocare ex lege si contendat, cujus provocationis effectus est, ut creditor debitorem convenire debeat aut sibi in perpetuum exceptionem excussionis dolo omissae opponi patiatur. Doch ist es zweifelhaft, was er hierbei gedacht hat. Zweifelhafter noch ist es, wohin Schaumburgs Meinung gerichtet war, welcher schreibt: ²⁾ sic causa in aprico est, cur fidejussor, cui exceptio ordinis vel divisionis competit, creditorem, qui actionem principalem contra debitorem differt, ex lege si contendat provocare possit. Bestimmter drückt sich Günt her aus: ³⁾ usu receptum est, ut fidejussori liceat, creditorem provocare ad agendum; ut adeo, si debitorem principalem provocatus haud convenerit, perpetuetur fidejussori excussionis adversus eum exceptio. Andere aber sprechen ausdrücklich von einer Provocation des Bürgen zur Klage gegen sich selbst, zum Zweck der Vorschützung der Wohlthat der Ordnung ⁴⁾ Indessen auch gegen die Zulässigkeit einer Aufforderung zur Klage gegen den Hauptschuldner regen sich Zweifel. Eine solche Provocation würde den Zweck nicht haben, Einreden zu erhalten für den Provocanten, welche auf diesem Wege vielmehr verloren gehen würden, und doch ist es nach der Theorie nur zu diesem Zweck, daß eine Provocatio ex lege: si contendat überhaupt zulässig ist. Besonders aber kommt in Betrachtung: Jemand kann zwar den Nachtheil einer Klage sich selbst zuziehen, wie mag man es aber gut heißen, wenn der Gläubiger durch Hilfe des Richters, auf Verlangen des Bürgen, genöthigt wird, einen dritten

1) Jurispr. for. §. 1914.

2) Lib. 2. cap. 6. §. 9. not. **

3) Princ. jur. Rom. §. 1074.

4) Z. B. Mehlen Anleitung zum sum. gerichtl. Prozeß §. 89. S. 142.

zu belangen. Kann ein solches über alle Schranken hinausgehendes Verfahren ohne besondere Gesetze gerechtfertigt werden?

Es giebt noch ein anderes Mittel für den Bürgen; er fordert den Gläubiger auf, ihn zu belangen, weist ihn dann aber nicht mit der Einrede der Ordnung an den Hauptschuldner, sondern nimmt den Prozeß auf und, wenn er zur Zahlung verurtheilt ist, geht er auf den Hauptschuldner zurück, jetzt, da es noch Zeit ist und er Hoffnung hat, durch ihn zu seiner Befriedigung wieder zu gelangen. Dieß Mittel ist den Rechtsgelehrten wohl bekannt ⁵⁾, es würde aber gleich dem vorigen, voraussetzen, daß die Provocation ex lege: *diffamari* nicht bloß zur Aufrechthaltung einer Einrede Statt finden, sondern auch in andern Fällen, da dem Provocanten daran gelegen ist, daß er gegenwärtig belangt werde, was der Praxis gemäß seyn soll. ⁶⁾

Was 2) die *exceptio divisionis* betrifft, so ist zuvörderst zweifelhaft, wohin sie zu rechnen sey. Von ältern Rechtsgelehrten finde ich, wird sie gewöhnlich den zerstörlischen Einreden beigezählt. ⁷⁾ So viel ist wahr, wenn, nach getheilter Klage, die Mitbürgen zur Zeit der Litiscontestation solvendo sind, bringt sie die Wirkung einer peremptorischen hervor, indem sie dem Gläubiger Rückkehr zu dem Bürgen nicht gestattet, hörte auch nach der Litiscontestation der Mitbürge auf, solvendo zu seyn. ⁸⁾ Dennoch scheint diese Einrede die Klage zunächst nur zu verschieben und sie nicht nothwendig

5) Elavroth sum. Proj. §. 285. no. 3.

6) S. Mehlen a. a. D. §. 29. nota 1.

7) Zanger de except. c. 19. n. 3.

8) §. 4. I. L. 26. D. de fidejussor. L. 51. §. 4. D. eod. Cum inter fidejussores actione divisa, quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt: ea res ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet: nec auxilio defendetur aetatis actor, non enim deceptus videtur, jure communi usus.