

Werk

Titel: Archiv für civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1824

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1824_0007|log14

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.

IX.

Ueber die Compensation und ihre Liquidität.

Von Herrn Professor Sasse zu Bonn.

Von dem hier aufgestellten Gegenstande ist schon mehrmals in dieser Zeitschrift (B. II. S. 215. u. B. III. S. 195. u.) die Rede gewesen. Bei der Gelegenheit sind mehrere interessante Punkte zur Sprache gekommen; die Practiker, welche sich der Sache dormalen angenommen hatten, sind nicht zur Einigkeit gelangt, weder unter sich noch mit andern Practikern von entschiedenem Ruf, welche an andern Orten über diese Dinge sich hatten verhalten lassen; es würde sehr unbillig seyn, wenn man die Ursache so unheilbaren Zwiespalts in dem Zustande der Praxis suchen wollte, gewiß muß die Theorie, wie sie dort benutzt werden konnte, wenigstens einen Theil dieser Schuld auf sich nehmen: mithin muß es als wahres Bedürfniß erscheinen die ganze Sache noch einmal einer neuen und sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen.

Ueber die Frage, ob zur Einrede der Compensation Liquidität erforderlich sey oder nicht, ist bekanntlich schon frühe gestritten worden, Cujaz und Donell stehen sich schon als Häupter entgegengesetzter Parteien gegenüber. Der erstere ¹⁾ behauptet unbedingt das Erforderniß der Liquidität,

1) Cujacii observat. VIII. 16. pr. fin. X. 12. in f.

nicht bloß für des neneste, sondern auch durchaus für das alte Recht. Der letztere ²⁾ dagegen stellt die Meinung auf, nach altem Recht sey Liquidität gar nicht erforderlich gewesen ³⁾. Nach neuestem römischem Recht unterscheidet er schon, ob der Beklagte schon gleich convictus war, oder die Compensation nicht zu ordentlicher Zeit entgegengesetzt hatte, dann soll Liquidität nöthig seyn: opponirte er dagegen die Compensation gleich bey der Litis contestatio, ohne convictus zu seyn, so soll nun, nach seiner Meinung, die Liquidität nichts ausmachen. Die Meinung des Donellus hat im allgemeinen bei den Theoretikern und Practikern den mehrsten Beifall gefunden, und es hat sich hier umgekehrt wie bey der Culpä gemacht.

Wir finden diese Theorie nur in wenig veränderter Form, etwas anders vielleicht gestaltet in Beziehung auf den heutigen Proceß, und mit einigen Nebenausführungen, in unsern neuern Systemen, Handbüchern, Commentaren und Abhandlungen wieder, wie man sich leicht überzeugen kann, wenn man nur in allen bekannten Büchern nachsehen will. Einige Stimmen haben sich wohl einmal dagegen hören lassen, aber ohne durchzudringen, und ohne die entgegengesetzte Meinung fester zu begründen, als Cujas es schon gethan hatte. So, darf man wohl sagen, rückte die Theorie seit dem 16ten Jahrhundert hier um keinen bedeutenden Schritt weiter. Das könnte nun aber auch gar nicht getadelt werden, wenn nur in dem, was Donell aufgestellt hatte, das Wesen der Sache durchaus richtig aufgefaßt und entwickelt wäre, so daß der Praxis zugemuthet werden könnte, dieß nur mit dem rechten Sinne immer und allemal anzuwenden. Denn es ist nur die Weise effect-süchtiger und meistens talentloser Schriftsteller sich da noch auszeichnen zu wollen, wo das Beste schon gethan ist, eine Weise, die bei

²⁾ Donelli Comm. ad Cod. h. t.

³⁾ ad L. ult. ibid.

durchweg reellern Bestrebungen nie allgemeinen Beifall finden wird. Aber in unserm Fall ist es schwer zu glauben, daß die Sache im Wesentlichen schon abgeschlossen sey.

Sieht man nämlich auf das Schicksal der Praxis in dieser Hinsicht, so behalf sie sich wohl mit dem Axiom: im ordentlichen Proceß, wenn zu rechter Zeit die Einrede der Compensation vorgeschützt worden, steht Illiquidität gar nicht im Wege, im Executivproceß ist überhaupt Liquidität der Einreden erforderlich; so bleibt denn eigentlich nichts Besonderes und Eigenthümliches bei der Einrede der Compensation übrig, wenn man nicht, wie allerdings die Processualisten vielfältig (erst die neuesten haben sich ganz davon hinweggemandt), privilegirte Einreden noch annimmt, und unter diese die exceptio compensationis stellt, wozu freilich die L. ult. C. h. t. große Anreizung gibt. Im allgemeinen konnte sie sich damit behelfen; aber jeder, der Gelegenheit gehabt hat, sich etwas weiter umzusehen, und darauf aufmerksam gewesen ist, wird die Erfahrung gemacht haben, daß man in einzelnen Fällen nicht selten damit angestoßen ist, und ein besseres Gefühl, und ein guter practischer Takt, wo er vorhanden war, auf ganz andere Wege leitete. Zum Glück gibt es hiervon gedruckte Beispiele, ein recht interessantes ist schon in dieser Zeitschrift vorgekommen. Unter den im Jahr 1808 herausgekommenen Rechtsgutachten und Entscheidungen des damaligen Heidelberger Spruchcollegii befindet sich S. 273. 2c. der Fall: zwei Kaufleute, wenn ich anders recht verstanden habe, hatten in keiner allgemeinen Handelsocietät mit einander gestanden, aber sie hatten eine gemeinschaftliche Handelsunternehmung mit einander ausgeführt, welche der Eine, der damalige Beklagte, geleitet hatte, und dann auch eine andere gemeinschaftliche Unternehmung, welcher aber der Gegner, der damalige Kläger, vorgestanden hatte: beide Unternehmungen hatten weiter keine Verbindungen mit einander gehabt, und so waren es also ganz auseinander liegende Erwerbssocietäten gewesen, von

denen jede einen verschiedenen speciellen Gegenstand gehabt hatte; nur zufällig und äußerlich waren sie dadurch verbunden worden, daß der Kläger Forderungen an den Beklagten aus dem von diesem dirigirten Geschäft mit Forderungen, die der Beklagte an ihn aus der andern Unternehmung hatte, in einem Contocurrent zusammengestellt und verrechnet hatte. Aus einer dieser disparaten Societäten war ein Rest von 543 Rthln. im ordentlichen Proceß eingeklagt worden. Mit diesem Rest hatte es anerkannt seine Richtigkeit. Dagegen behauptete nun aber der Beklagte, er habe aus der andern Societät noch zu fordern, und wenn der Kläger darüber ordentlich Rechnung ablegen würde, so würde sich ergeben, daß dieß sogar noch einen Ueberschuß für ihn abwerfen würde, er schützte also Compensation vor und verlangte zum Behuf derselben vorläufige Rechnungsablegung. Aus den Acten ergab sich aber, daß die causa agendi, wenn gleich im ordentlichen Proceß geklagt war, doch schon außer Zweifel gestellt worden, daß aber der Beklagte ein dieser ganz fremdes, wenn gleich zwischen denselben Personen Statt findendes Verhältniß hatte hineinziehen wollen, was, wenn es durchschaut werden sollte, zu großen Weiterungen und langem Aufhalt führen mußte. Indem die damaligen Mitglieder der des Heidelberger Spruchcollegii hiervon die große Unbilligkeit einsahen, konnten sie nicht geneigt seyn, dem Ansinnen des Beklagten, mit der Bezahlung seiner Schuld die Beendigung so großer Weitläufigkeiten abzuwarten, nachzugeben. Und doch war hier die exceptio compensationis zu rechter Zeit vorgeschützt, und doch war hier nicht summarischer Proceß. Indem das practische Gefühl nicht irre leiten konnte, sah man sich nach theoretischer Hülfe um, der Grundsatz (S. 273.)

»daß im ordentlichen Proceße auch illiquide Forderungen zur Compensation gelassen werden müßten, wenn der Beklagte sich nur gleich bei der Einlassung darauf berufe,« schien entgegenzustehen, diesem Grundsatz, meinten zwar die

Urtheilsverfasser, »ständen selbst bedeutende Zweifel entgegen, aber er sey jetzt allgemein angenommen.« Der L. 14. §. 1. C. de compensat. (S. 278.) glaubte man nicht recht trauen zu dürfen, da manche Rechtslehrer sie so interpretirten, daß sie für den vorliegenden Fall die offenbarste Willigkeit nicht retten konnte. Man entschloß sich also, den Beklagten aus dem Grunde ad separatum zu verweisen, weil der Beklagte nicht mit einer Geldforderung gegen eine Geldforderung, sondern gegen eine Geldforderung mit einer Forderung auf ein Factum, nämlich Rechnungsablage, compensiren wolle. In einem Anhang des seel. Gensler zu einem Aufsatz in diesem Archiv (B. II. No. 17. S. 215. 2c.) wurde die Richtigkeit dieser ratio decidendi bestritten, und darüber entspann sich noch ferner ein gelehrter Streit (B. III. S. 195. 2c.) dessen Contenta uns hier nicht interessiren können, da er sich in die Auslegung von Gesetzen verlieh, die über unsern Gegenstand kein sonderliches Licht verbreitet haben, am wenigsten aber dem seel. Gensler hätten Veranlassung geben sollen, jenen Urtheilsverfassern einen Vorwurf daraus zu machen, »daß sie die Gesetze nicht angeführt hätten, worauf sie ihre Entscheidung fundirt hätten.« Doch in der Hauptsache bin ich allerdings Gensler's Meinung, nur glaube ich zugleich, daß Jenen ihr Irrthum, wenn es anders einer ist, mehr Ehre macht, wegen des richtigen practischen Gefühls, welches sie dazu verleitete, als diesem, seine Wahrheit, da sie ihm zu nichts als dem Resultat verholfen, daß »der weitschichtige Beweis der Einrede«, so wie, »daß vielleicht eine besondere Liquidationsinstanz, ein Rechnungsproceß hinter der Definitive entstehe«, gar nicht hätte beachtet werden sollen, »da dieses ja auch in dem Proceß der Klage der Fall seyn könne.« Denn um nur dies hier zu berühren, so kann ja in einem Compensationsfall der Beklagte niemals durch die illiquide Klage in Verlegenheit kommen, da ihn nichts hindert, seine vielleicht liquide Gegenforderung in einer davon unabhängigen Klage zu verfolgen.

In der kurzen Zeit, daß ich hier in Bonn bin, haben wir in unserm hiesigen Spruchcollegium zwei ähnliche Fälle zu entscheiden gehabt. In beiden war nicht eigentlich summarisch geklagt, wenn gleich in dem einen das Document, woraus sich die Schuld des Beklagten ergab, gleich Anfangs beigebracht worden war, in beiden wurde der Beklagte wegen Illiquidität der *exceptio compensationis ad separatum* verwiesen, und wir sind nur darin von den Gründen jener Heidelberger Entscheidung abgewichen, daß wir uns herzhafter auf die laut redende Natur der Verhältnisse und freilich denn auch auf eine richtigen Grundsätzen angepaßte Auslegung der *L. ult. C. de compens. cit.* verlassen haben. Da der eine dieser Fälle mir näher zur Hand liegt, und auch wohl interessanter seyn möchte, so werde ich nur diesen hier kurz erzählen.

Eine Handlungsgesellschaft klagt gegen einen Kaufmann auf eine namhafte Summe, die er ihr dadurch schuldig geworden seyn soll, daß er von ihr Wechsel-Rimeffen zur Eincaßirung erhalten, das daraus eingezogene Geld aber, bis auf eine kleine Summe, die gleich abgezogen wurde, nicht eingesandt habe. Der Beklagte leugnet dieß Factum, die Richtigkeit desselben aber erhellt aus einem Briefe des Beklagten, dem dieser, ohne ihn abzuleugnen nur einen andern Sinn unterzulegen versucht. Ein Gegenbeweis gegen das, was aus diesem Document hervorgeht, ist nach der Natur des Falls und den in den Acten enthaltenen Behauptungen nicht mehr denkbar. In eventum wird aber vom Beklagten eine Gegenforderung zur Compensation opponirt, die er zwar gegen die ganze Societät als solche zu haben behauptet, die aber, wie es ganz klar ist, auf jeden Fall nur gegen einen der *socii*, den die andern nicht einmal als *socius* anerkennen wollen, ganz abgesondert von seinem Societätsverhältniß, aus einem der Societät selbst ganz fremden Geschäft gerichtet seyn, also auch nur die Rate dieses *socii* an der eingeklagten Summe treffen und kürzen kann. Um

diese Einrede der Klage, was Liquidität betrifft, gleich zu stellen, müßte erst erwiesen seyn

- 1) daß die behauptete Schuld wirklich vorhanden sey. Der Beklagte hat darüber bloß ein nicht gegenseitig anerkanntes Contocurrent beigebracht,
- 2) daß der Schuldner wirklich einen Antheil und welchen er in der Societät hatte,
- 3) daß ihm ein Guthaben in der Societät zukomme, wo, rauf die Compensation geschehen könne.

Alles dieß ist von den Klägern in Abrede gestellt, und um die beiden letzten Beweise zu führen, wäre eine vollständig ausgeführte in diesem Augenblick vielleicht nicht einmal mögliche Societäts-Bilance, die der Beklagte, obgleich extraneus, doch um sein Recht auf Compensation darzuthun, wie dort im Heidelberger Fall die Rechnungsablegung freilich verlangt, die ihm aber geweigert wird, in der That unentbehrlich.

Unter diesen Umständen stellt sich also die gegenwärtige Illiquidität der exceptio compensationis deutlich dar. Das Gericht der ersten Instanz hatte schon den Beklagten pure schuldig erkannt, und das Spruchcollegium fand kein Bedenken, dieß Urtheil mit dem Zusatz zu bestätigen, daß es demselben freigestellt werde, seine dermalen illiquide Forderung in separato geltend zu machen.

Der Fall, den ich hier vergegenwärtigt habe, hatte noch einige andre Verwicklungen und Eigenheiten, die für unsre Aufgabe nicht interessant sind, bei der obigen Entscheidung aber doch in Betracht kommen. Ob man das, was ich herausgehoben, als wirklichen Fall, was er freilich ist, oder als fingirten ansehen will, ist gleichgültig, denn es kommt uns hier nicht auf Auctorität sondern auf Anschaulichkeit von vorne herein, und auf Anregung des richtigen Gefühls an. Auf keinen Fall habe ich im Sinne, das hiesige Spruchcollegium für meine bisherigen und noch folgenden Behauptungen irgend verantwortlich zu machen.

Wenn wir es nun versuchen wollen, die Sache, wieder im allgemeinen aufgefaßt, dem Auge näher zu führen, nehmen wir dabei diesmal das Recht aller Abhandlungen in einer periodischen Schrift in Anspruch, daß man so wenig völlige Abrundung des Ganzen, als Abglättung und Erschöpfung des Einzelnen verlangen kann, sondern Manches der weiteren Fortführung Anderer überlassen werden darf. Es könnte schon ein Verdienst seyn, wenn man es nur erst möglich machte, den Streit, oder wenn man lieber will, den Disput, ohne zu den alten Notizen immer wieder zurückzukehren, doch so zu führen, daß er sich nicht ganz ins Wilde verlief.

Aufforderung genug, sollte man denken, liegt in der Natur des Gegenstandes, zu einer fortgesetzten ernstlichen Untersuchung, denn bei der großen Häufigkeit ähnlicher Fälle, wie die erwähnten, wo sich das practische Gefühl einer festen Theorie nicht unterwerfen will, müßte es doch schlimm seyn, wenn man sich nicht am Ende über eine im Ganzen zutreffende Theorie vereinigen können, nur müssen freilich die Wege vorher einigermassen verabredet seyn.

In der folgenden Erörterung wird, wie sich leicht erwarten läßt, auch manches Rechtsgeschichtliche vorkommen. In älteren Schriften, namentlich von Cujaz, ist hier schon trefflich vorgearbeitet worden. Auch der Herr Verfasser des oben erwähnten frühern Aufsatzes im Archiv, wobei sich der Gensler'sche Anhang findet, hat dieß zu benutzen gesucht. Er meint, die L. ult. C. de comp. cit. und §. 30. J. de act., welcher ohnehin nur von dem depositum spräche, und höchstens eine Singularität rechtfertigen könnte⁴⁾, be-

4) Dies ist mir ganz unverständlich gewesen, da beide Gesetze das Depositum nur als eine Ausnahme der in ihnen aufgestellten Regel anführen, eine Ausnahme, die Justinian nicht erst gemacht hat, sondern die als Satz für sich, nämlich daß beim

zöge sich auf eigenthümliche römische Proceßformen, namentlich darauf, daß in stricti juris negotiis die Einreden schon vor dem Prätor nothwendig vorgeschützt werden mußten, und unerlaubt war, solche vor dem judex pedaneus nachzutragen; daher gebe jene Constitution für unsern Fall gar keine Entscheidung. Sie rede vielmehr von dem Fall, da die exceptio compensationis bei einem stricti juris negotio vor dem Prätor nicht vorgetragen worden war, sondern vor dem judex pedaneus nachgetragen werden mußte, und gebe nun diesem die Weisung, daß er den Beklagten nur dann mit jener Ausflucht noch hören solle, »si causa, ex qua compensatus, liquida sit, et non multis ambagibus innodata.« Man muß es schon dankbar erkennen, wenn ein Practiker eine rechtsgeschichtliche Ansicht zu Hülfe ruft; sonst ist es bekannt genug, daß zu Justinians Zeit der alte Ordo judiciorum privatorum mit seiner regelmäßigen Sonderung der Functionen des Prätors und des Judex seit Jahrhunderten schon aufgehört hatte, und daß ihm in einer allgemeinen Vorschrift ⁵⁾ über Compensation wohl am wenigsten in den Sinn kommen konnte, einem judex pedaneus besondere Weisungen zu geben. — Die rechtsgeschichtlichen Quellen sind über diesen Gegenstand sehr arm, auch das was die Institutionen des Gajus hinzugebracht haben, ist nicht viel, und an sich sehr dunkel und lückenhaft. Aber bei unserm Gegenstande tritt es besonders stark hervor, daß man die Quellen, sowohl alte als neue, gar nicht recht verstehen kann und manches ewig räthselhaft erscheinen muß, wenn man nicht in die innere Natur des Gegenstandes selbst, in seinen unveränderlichen Begriff eingedrungen ist. Damit

Depositum gar keine Compensation zulässig sey, schon zu Paulus Zeit existirte s. Paulus R. S. II. 12. §. ult. bey Schulting S. 282.

⁵⁾ Der Herr Verfasser nennt es ein Rescript; vielleicht deswegen, weil Joanni P. P. darüber steht?

soll nicht gerade gesagt seyn, daß, wo das geltende Recht diesem Begriff eine unnatürliche Gewalt zugefügt hat, dieses als ungültig zu beachten sey, aber gewiß ist doch auch, daß die Natur der Sache ein Wort mitzureden habe, und daß wo nicht erweislich das Gesetz derselben widerspreitet, ihr die Entscheidung zukomme. Sieht man aber nur recht zu, so wird man das Gesetz im Ganzen und Einzelnen mit der Natur der Dinge und Verhältnisse hier in Uebereinstimmung finden, wenn auch in mancher Hinsicht zu wünschen übrig bleibt, daß es sich vollständiger und bestimmter über unsern Gegenstand ausgesprochen hätte.

Um es gleich voraus zu sagen, werde ich auf zwei Puncte hier mehr, als gewöhnlich geschieht, aufmerksam seyn:

- 1) was es in Beziehung auf Compensation mit dem Unterschiede, ob die beiden Forderungen, die gegen einander aufgehen sollen, ex eadem causa herrühren, oder nicht, eigentlich auf sich habe; denn dieser Unterschied konnte doch nicht aus reinem Zufall in §. 39. J. de actionibus angedeutet seyn;
- 2) welche wesentlichen Unterschiede zwischen der exceptio compensationis und der sogenannten exceptio solutionis, ungeachtet der von den Auctoren so sehr hervorgehobenen Verähnlichung, übrig geblieben sind. Hätte man hier der Ähnlichkeit kein zu großes Gewicht beisgelegt, so würde man die eigenthümliche Natur der Compensation besser erkannt haben. Wir werden daher auf die Unähnlichkeiten gelegentlich hinweisen und darin dem Beispiel des Gajus uns annähern, der, indem er in III. 61 — 68. die beiden Institute der Compensatio und Deductio fast nur rein practisch bezeichnet, in §. 66 — 68. grade nur die Unterschiede derselben von einander heraushebt. Wiederum werden dadurch auch die Ähnlichkeiten mehr Character erhalten.

Indem wir die gemeinen Bedingnisse aller Compensation, daß die beiden Forderungen unter denselben Personen Statt

finden, und auf fungible Sachen gleicher Art und Güte (es soll in der Folge immer repräsentativ von Geld die Rede seyn) gerichtet seyn müssen, als bekannt voraussetzen, gehen wir von der gewiß richtigen Bemerkung aus, daß alle Compensation von Grund aus auf Aequitas, d. h. hier, auf natürlicher Billigkeit, wie sie aus den jedesmaligen Verhältnissen nach ungekünstelter und ungezwungener Ansicht hervorgeht, beruhe ⁶⁾. Daraus läßt sich denn schon schließen, daß wie es nach römischer Ansicht contra bonam fidem und dolus war, die Compensation zu verweigern, wo sie billig war, es aus gleichem Grunde als mala fides und fraus erscheinen mußte, die Compensation da aufzudringen, wo sich zeigen läßt, daß es unbillig und gegen die Verhältnisse, ganz natürlich angesehen, seyn würde ihr dormalen Gehör zu geben.

Nun ist es aber im allgemeinen allerdings richtig, daß wenn ich an denjenigen, welcher mich wegen einer Geldsumme belangt, ebenfalls eine schon fällige Geldsumme zu fordern habe: er hat an mich zu fordern, ich gleichfalls an ihn —, A) ich nicht genöthigt werden muß, ihm irgend etwas zu bezahlen, wenn die beiden Forderungen sich decken, und ist meine Forderung kleiner, so muß dieß abgezogen werden; denn sonst gäbe es hier ja ein müßiges Hin- und Herzahlen, erst müßte ich zahlen, dann das Gezahlte wieder zurückfordern ⁷⁾, das kann nicht billig seyn, sobald dieses Verhältniß der beiden Forderungen wirklich constirt, wirklich dem Richter vor Augen liegt, und wirklich der Beklagte sich darauf beruft. Eben so

B) versteht sich auch nach Billigkeit von selbst, daß wenn

6) L. 36. D. de admin. tut. L. 18. D. L. 5. 6. C. h. t.

7) L. 3. D. h. t. (Pompon.) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. Vergl. L. 173. §. 3. D. d. R. J. Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

ich ein Interesse dabei habe, das Aufheben der beiden Forderungen durch einander, so weit sie sich decken, zurückgerechnet werden muß bis zu dem Augenblick, da beide Forderungen zugleich fällig waren, denn von dem Augenblick an mußte es im Effect so gut seyn, als wäre ich dem andern nichts mehr schuldig. Dieß kann sich in mehreren Folgerungen zu erkennen geben, Hauptfolge ist aber, daß, wenn die Forderung an mich Zinsen trug, meine an den andern aber nicht, oder nicht so große Zinsen, von dem bezeichneten Augenblick an alle Zinsen wegfallen müssen. In diesem Sinne kann man schon sagen, die Compensation muß ipso jure eintreten, d. h. es bedarf keines besondern Actes, keiner Verabredung, keiner Liquidation und Aufrechnung, es tritt das von selbst ein. Die Folgerung fand wenigstens schon zu Severus Zeit statt; der es in einer Constitution aussprach, und so erkannten es auch folgende Kaiser ausdrücklich an ⁸⁾. Aber auch die Bezeichnung des sich von selbst Verstehens, des von selbst Eintretens durch „ipso jure“ rechtfertigt sich theils durch die Art, wie auch sonst dieser Ausdruck gebraucht wird, theils durch die Texte selbst, wo er in dieser speciellen Beziehung grade vorkommt. Es ist allen bekannt, daß das Wort grade in Verbindungen vorkommt, wo gesagt werden soll, es trete eine Rechtswirkung unter Voraussetzung gewisser factischer Umstände, von selbst ein, ohne Vermittlung einer in andern Fällen nöthigen besondern Handlung, mag diese Handlung nun ein Act der Obrigkeit, z. B. Ertheilung einer eignen exceptio oder einer restitutio in integrum durch den Prätor, oder ein Act der Partey seyn, für welche die Rechtswirkung eintreten soll, wie wenn z. B. es keiner Antretung bedarf, um die Erbschaft zu erwerben, oder wie hier; oder endlich mag es keine Handlung seyn, die aus beiden Genannten

⁸⁾ L. 11. 12. D. L. 4. 5. C. h. t.

zusammengesetzt ist, wie z. B. wenn vom primus institutus gesagt wird, daß er nachdem der secundus institutus und sein Substitut die Erbschaft ausgeschlagen, dessen Theil hinzubekomme ipso jure, ohne daß es nöthig sey honorum possessio zu bitten und zu ertheilen ⁹⁾. Unser Fall hat wohl am meisten Aehnlichkeit mit der ipso jure eintretenden Herabsetzung der dos durch nothwendige Impensen, vornämlich deswegen, weil dabei auch eine materielle Bedeutung des ipso jure mit der formellen zusammentritt ¹⁰⁾.

Für unsre specielle Beziehung rechtfertigt den Ausdruck

S. 4. C. h. t. Imp. Alexand. A. Captoni. Si constat, pecuniam invicem deberi, *ipso jure* pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes summas, *ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur*, si modo petitio earum subsistit.

Hier ist keine Beziehung auf Processualistisches, auf den formellen Gegensatz von per exceptionem zu verspüren, sondern es bezieht sich das ipso jure offenbar auf das materielle von selbst Eintreten der Compensation, indem hier sogar speciell unsre obige Folgerung hinsichtlich der Zinsen daraus gezogen wird. Es ist nicht zu vermuthen, daß die Worte ipso jure, obgleich auch ohne sie ein vollständiger Sinn herauskommt, welchen sie nur noch nachdrücklicher darlegen, interpolirt sind, denn da, wie wir sehen werden, dieß überall nicht als eine Neuerung von Justinian hinzugekommen ist, so konnte ein solches Einschleichen fast nur da motivirt seyn, wo im ursprünglichen Text per exceptionem stand, dieß

9) L. 2. §. 8. D. d. B. P. s. t.

10) Vergl. L. 5 D. d. imp. in res dot. L. 56. §. 3. D. de J. D. L. 5. §. 2. D. d. pact. dot. mit L. 1. §. 4. L. 2. pr. L. 5. D. d. dot. praeleg.

paßt nun aber hier gar nicht hinein. Eben so im materiel-
 len Sinn kommt der Ausdruck zweimal vor in

L. 10. pr. D. eod. (Ulp.) Si ambo socii parem ne-
 gligentiam societati adhibuimus, dicendum est, *desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure compensatione negligentia facta*. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri, et *ipso jure* invicem liberationem.

Was das *ipso jure* hier bedeute, daß es nicht auf bloß formelles, sondern auf materielles von selbst Wirken, gehe, zeigt der ganze Zusammenhang, zeigt im Anfange die Verbindung mit — *desinere nos invicem esse obligatos* — jetzt in diesem Augenblick, wo die beiden Forderungen zusammentreffen, hört von selbst alle Verbindlichkeit wechselseitig für uns auf; zeigt am Ende die Verknüpfung mit liberationem. Auch hier ist die Interpolation nicht wahrscheinlich. Wollte man diese aber auch für beide Texte annehmen, so würde doch für beide diese Bedeutung des Ausdruckes hinsichtlich des Justinianischen Sprachgebrauchs gerechtfertigt seyn. Von der L. ult. C. h. t. spreche ich hier noch gar nicht, da vornämlich für deren Interpretation diese Bemerkung unten wird gebraucht werden ¹¹⁾.

Nachdem wir eine kurze Abschweifung über die Wortbedeutung gemacht haben, kehren wir zur Sache zurück. Das unter B. Gesagte ist die eigentliche materielle Rücksicht, die bei der Compensation obwaltet, und diese muß am Ende im Effect immer aufrecht erhalten werden, wo Billigkeit gelten soll. Nach neuestem Recht soll sie das nun allemal

11) Vergl. auch L. 21. D. h. t. (Paulus) Postea quam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, *ipso jure* compensari, si procurator absentis conveniatur, non debeat de rato cavere, *quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*.

und selbst schon nach dem Recht der neuesten Classifier scheint sie fast allenthalben durchgedrungen zu seyn, und daher bleibt dieß immer stehen. Compensation wirkt also in diesem Betracht gleich Zahlung.

Es gibt hier aber eine formelle und processualistische Rücksicht, die aber allerdings auch wichtige materielle Folgen haben kann, und diese bezieht sich auf die Regel unter A.

Der Einwurf nämlich, den der Beklagte (dem Kläger macht, daß er ihm eben so viel oder doch auch schuldig sey, und daher Deckung oder Kürzung der Forderung eintrete, ist immer eine Einrede, die der Beklagte beweisen muß, wenn ihm die Schuld nicht vom Kläger zugestanden wird. In diesem Betracht stehen sich wieder *compensatio* und *solutio* gleich, auch die Zahlung, die der Beklagte behauptet, muß er beweisen.

Eine Grundverschiedenheit liegt aber darin, daß sich bei der *compensatio* zwei *causae debendi* und daher auch zwey Klaggründe gegenüber stehen, die nur einander aufheben sollen im Effect. Dieß läßt sich nun aber der Form nach entweder so vermittelt denken, daß grades zu eine *causa debendi* und eine *actio* die andre aufhebt und ihre Verfolgung unmöglich macht, ganz oder zum Theil, sobald der Einwurf überhaupt Statt hat, oder so daß dieser als besonderes Ausnahmerecht gegen die stehen gebliebene *actio* und ihre Regel, also als *exceptio* im ächt römischen Sinne ¹²⁾ geltend gemacht werden muß. Dieß betrifft die reine processualistische Form und konnte nur im alt-römischen Proceß von rechter Wichtigkeit seyn. Hier ist wieder der Ausdruck *ipso jure*, und zwar im Gegensatz von *per exceptionem*, vollkommen gerechtfertigt. Wer weiß nicht, daß das Wort in diesem Gegensatz häufig (und in vielen Beziehungen im *corpus juris* vorkommt; ob es

12) G. Gajus IV. 126. und tit. J. de except. init.

grade in Beziehung auf *compensatio* so vorkommt, wollen wir noch ganz dahin gestellt seyn lassen. Es kann nicht bezweifelt werden, daß es so gebraucht werden konnte. Dasjenige *ipso jure* nun aber, wovon wir oben unter B. geredet haben, verträgt sich mit beiden Vermittlungsarten, mag nun *exceptio* erforderlich seyn oder nicht, die Wirkung der *compensatio* kann immer zurückgerechnet werden, so daß namentlich auch die Zinsen der Zwischenzeit wegfallen. — Dieß ist nun aber bei der wahren *solutio* ganz anders, denn diese bringt keine *obligatio* hervor, sie kann also auch keine *causa debendi* der andern gegenüber stellen, allein jede reelle Erfüllung hebt die *obligatio* und ihre *causa debendi* gänzlich auf, es versteht sich also auch von selbst, daß hier gar keine *actio* mehr seyn kann, und es würde widersinnig seyn, hier jemals eine *exceptio* im alt-römischen Sinne zu erfordern.

Allein von diesem Unterschiede zwischen *ipso jure* und *per exceptionem* ist die ebenfalls processualistische, aber den sachlichen Wirkungen nah liegende Frage im Ganzen unabhängig, ob es denn unter allen Umständen billig sey, die Einrede der Compensation überhaupt zuzulassen. Dreierlei Rücksichten kommen hier vor:

- 1) der Beklagte war seine Schuld geständig, er confitirte in *jure* oder doch nachmals vor dem *judex*, jetzt überhaupt im Gericht; oder früheres Eingeständniß dieser Schuld liegt vor Augen, kurz Urkunden sind beigebracht, woraus sich die Schuld abnehmen läßt, und die auch der Beklagte nicht verleugnen konnte; nun setzt er Compensation entgegen, der Kläger leugnet aber diese Gegenschuld, sie ist auch sonst für sich nicht so klar, wie die eingeklagte. Hier würde es sehr unbillig seyn, wenn man dem Kläger seine Forderung nicht erst zuerkennen wollte, ehe jener Beweis der Einrede geführt würde. Die Compensation muß also verworfen und die Gegenforderung zur besondern Ausführung verwiesen werden;

2) die Einrede der Compensation kann, wenigstens nach römischem Recht, auch nach der *actio judicati* opponirt werden. Dieß ist bloß möglich wegen der Zweifaltigkeit der *causa*; denn bei der Einrede der Zahlung ist es unmöglich¹³⁾, da, wenn einmal durch ein rechtskräftiges Urtheil eine Forderung zuerkannt ist, damit zugleich über ihre Nichterfüllung entschieden ist; wo hingegen, wenn A. eine Forderung gegen B. rechtskräftig zuerkannt ist, es sich ja noch recht gut damit verträgt, daß B. noch eine andre gleichartige Forderung gegen A. hat, es konnte ja seyn, daß er jene Forderung an sich bestritt, er meinte gar nicht schuldig zu seyn, also wollte er auch gar nicht compensiren; nun erst, da er schuldig erkannt ist, schüßt er seine Forderung als die Schuld aufhebend vor. Das ist zulässig, schon nach älterem Recht¹⁴⁾. — Aber freilich wieder ist hier nicht zu bezweifeln, daß die compensirende Forderung liquid seyn müsse, wie das die aus der *res judicata* immer ist. — Zugleich ist aber ersichtlich,

13) Es versteht sich, daß hier von einer vor dem Proceß oder doch vor dem Urtheil geschenehen Zahlung die Rede ist.

14) L. 16. §. 1. D. h. t. Hier ist freilich nur von dem Fall die Rede, da zwei Forderungen aus verschiedenen Urtheilen sich gegenüber stehen, aber es ist kein Grund denkbar, weshalb die compensirende Forderung hier nothwendig auf einer *res judicata* beruhen müßte; in der L. 16. wird nur darum dieser Fall angenommen, um darauf aufmerksam zu machen, daß die gesetzliche Executionsfrist hier die Compensation nicht ausschließen könne, als seyen hier ein paar zu verschiedenen Zeitpuncten noch erst fällig werdende Forderungen vorhanden, „*aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.*“ Entscheidend ist auch L. 2. C. eod. *Antonius A. Asclepiadae. Ex causa quidem judicati (si debitum) solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est.*

wie hier wieder Compensation und Zahlung aufeinander gehe.

- 3) Es kann seyn, daß gleich im ersten Verfahren die eingeklagte Schuld verneint wird, zugleich aber auch in eventum die Einrede der Compensation opponirt, und der Grund dieser ebenfalls von der andern Seite verneint wird. Nun trifft es sich aber, die eingeklagte Schuld muß zwar auch noch erwiesen werden, aber das Erforderniß dieses Beweises ist nur noch mehr formell als wirklich vorhanden, indem sich schon erkennen läßt, wenigstens mit Wahrscheinlichkeit, daß der Beweis geführt werden wird, oder die schon erkennbaren Beweismittel desselben sind doch von der Art, daß sich absehen läßt, in kurzer Zeit werde über den Beweis entschieden seyn, so oder anders; dagegen der Beweis der zu compensirenden Schuld würde in große Weitläufigkeiten führen und die sonst bald zu Ende zu bringende Sache würde in die Länge gezogen werden.

Soll auch hier die Compensation, d. h. genau genommen, die Vorschüßung der selben in diesem Rechtsstreit, verworfen werden (an judex rationem non debeat habere compensationis)? Die Billigkeit scheint sich im allgemeinen dazu hinzuneigen, die Compensation derweile vor diesem Rechtsstreit zu entfernen. Allein dann entsteht ferner die Frage¹⁵⁾: kann der Beklagte, der mit seiner Compensation zur Ausführung in einem besondern Rechtsstreit (»ad separatim«) verwiesen wurde, bloß die Klage aus seiner Forderung anstellen? — denn daß er nun diese behält, versteht sich von selbst¹⁶⁾ — oder hat er auch eine con-

15) Weber Beitr. zu der Lehre von den Klagen und Einreden
St. I. S. 71.

16) L. 7. §. 1. D. h. t. Si rationem compensationis judex habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobativam compensationem quasi non existente debito, tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.

dictio, indem, wenn er nun nur noch seinen Beweis führen kann, die Compensation als im Hintergrunde wirklich geschehen (oben B.), und zwar rückwärts zur Zeit der Fälligkeit beider Forderungen angenommen wird, kann er zurückfordern, was er eigentlich, obgleich rechtmäßig dazu condemnirt, ohne wahrhaft schuldig zu seyn bezahlt hat? Wie wichtig dieser Unterschied in Beziehung auf Zinsen, auch auf mora und Schadensersatz, und vollends in dem Falle seyn kann, wenn die Gegenforderung eine obligatio naturalis war, begreift sich von selbst. Die Billigkeit ist offenbar für das Letzte; denn, indem man den Beklagten vorläufig zahlen ließ, so geschah dieß nur, damit dem Kläger kein Nachtheil aus der Abwartung der Beweise des Gegners erwüchse, es soll ihm aber auch kein unbilliger Vortheil daraus erwachsen, daß dem andern seine Beweise nur nicht gleich zur Hand lagen, indem er sie am Ende wirklich zu führen im Stande ist. Es muß dieß also eben so behandelt werden, wie wenn er aus Irrthum zahlte, ohne die Compensation vorzuschüßen. Ueber diesen letzten Fall erklärt sich Ulpian deutlich auf diese Weise, und daß hier condicirt werden könne, leitet er eben daraus ab, daß die Compensation ipso jure geschehe, nämlich in

L. 10. D. h. t. — — — ipso jure compensatione negligentiae facta — — — compensationem factam videri, et ipso jure invicem liberationem §. 1. Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.

Wenn nun aber auch im allgemeinen billig ist, den Kläger die weitläufigen Beweise des Gegners unter den bezeichneten Umständen nicht abwarten zu lassen; so muß dieß doch regelmäßig da wegfallen, eben wieder aus Gründen der Billigkeit, wo die beiden Forderungen *ex eadem causa* herrühren. Wie ist dieß zu vereinigen mit der obigen Behauptung, daß bei Compensation sich immer zwey *causae debendi* gegenüber ständen? Das, was wir hier meinen, ist

zu verstehen von der entferntern causa, das oben Gesagte von dem nächsten Entstehungsgrunde; z. B. jeder von zwei sociis ist nachlässig bei der Verwaltung dessen gewesen was er grade in Händen hatte, und sie haben sich dadurch vicissim Schaden zugefügt, mithin Geldsummen gegeneinander zu fordern, oder der Eine hat Geld eingenommen, was er mitzutheilen hat, der Andre hat durch Nachlässigkeit geschadet¹⁷⁾; hier sind die nächsten Gründe der Schuld ganz verschiedne facta, also kann man sagen, es stehen sich zwei causae debendi entgegen, aber die endliche causa, woraus hier von beiden Seiten die actio pro socio angestellt werden kann, ist der contractus, die societas, dieses besondre Vertragsverhältniß, dieses ist beiden Obligationen zum Grunde zu legen, und in dieser Beziehung kann man freilich auch sagen, es ist una s. eadem causa, oder wenn man lieber will, es ist par causa. Dagegen z. B. wenn A dem B Geld geliehen hatte, und er verklagt ihn nun, B hatte aber inzwischen dem A auch Geld geliehen, oder er war Erbe des C geworden, der dem A Geld geliehen hatte, oder dem A ist von seinem Erblasser eine Geldsumme als Legat zu Gunsten des B aufgelegt; und nun will B compensiren, so ist recht klar, daß dispar causa vorhanden ist. — Im erstern Fall nun, wenn par causa ist, kann deswegen nichts auf Liquidität der Compensation ankommen, weil gleich anfangs bei Eingehung des ganzen Verhältnisses darauf gerechnet wurde, daß nach geschehenem Zu- und Abrechnen derjenige werde zu bezahlen haben, für den ein Zahlungsbrest übrig bliebe, alle diese einzelnen Forderungen und Gegenforderungen gehören in Ein Ganzes, von dem nach dem Contract ein einfaches Resultat gefunden und beobachtet werden muß. Die Compensation lag hier also in der ursprünglichen Absicht der Parteien. Dies findet in einem vorzüglichen Grade bei societas, aber im

17) Beispiele, die in L. 10. D. h. t. cit. vorkommen.

Wesentlichen allemal Statt, wenn aus einem und demselben Contract directe Klagen, oder auch nur eine actio directa von der einen, eine actio contraria aber von der andern Seite so zusammentreffen, daß sie beide auf eine Geldsumme gehen, z. B. bei der Tutel, wenn der Tutor Gegenforderungen aus dieser gegen den Pupillen hat ¹⁸⁾. Aber es findet auch Statt, wo zwar mehrere Contracte, und in diesem Sinne mehrere causae debendi Statt finden, aber diese sich so zu einander verhalten, daß die Absicht der Parteien auf ein gegenseitiges Verrechnen ging, wie z. B. wenn unsre Kaufleute in gegenseitigem Verkehr stehen, es werden Umsätze durch Kaufen und Verkaufen oder Wechselremissen u. w. d. ä. gemacht, und dieß in die Handlungsbücher als Soll und Haben eingetragen wird: hier sind alle diese Schuldposten mit der Idee contrahirt, daß ein definitives Contocurrent am Schluß der Rechnung nur den Rest, der für Einen oder den Andern bleibt, von Zeit zu Zeit zahlbar machen soll. Auf dieses Zusammenfassen in ein Verhältnis als Ganzes kommt es an, auf diese innerliche Einheit, nicht auf die zufällig äußerliche, daß einmal Handelsverhältnisse, die gar nicht nach der Absicht der Contrahenten in nothwendiger Verknüpfung mit einander stehen, wie in jenem Fall des Heidelberger Urtheils, in ein Contocurrent zusammengeschlagen werden. Wo jene Einheit nicht deutlich nach den Umständen oder nach dem Gebrauch hervortritt, da darf sie auch nicht angenommen werden. Ein Gleiches mußte bei den Römern von den alten nomina in den Hausbüchern zur Zeit der Republik gelten, wovon noch unten.

In den übrigen Fällen, wovon wir geredet haben, ist dieß anders: da haben die causae debendi ursprünglich gar nichts mit einander zu thun, sie sind ganz disparat, und ihr Zusammentreffen in dem Verhältnis der beiden Personen ist oft ganz zufällig, z. B. es wird durch Beerbung

18) L. 36. D. d. admin. tutor.

vermittelt. Dieß grade gibt der Einrede der Compensation einen eignen Character, und unterscheidet sie so weit das reicht von allen andern Einreden, die durch solutio oder quod solutionis instar est, basirt sind, z. B. die Einreden der Zahlung selbst, eines auf immer geschlossenen pacti de non petendo, der Acceptilation; der novatio, der res judicata, des Juramenti gehen alle auf Facta, die eigens darauf gerichtet waren, die causa debendi aufzuheben oder als nicht vorhanden darzustellen; wogegen die Einrede der Compensation, der causa debendi an sich ganz fremde Facta, zum Grunde legte, die nur im zufälligen Effect damit in Berührung kommen. Auch wo das Factum einer andern Einrede nicht zu dem Ende geschah, um das debitum aufzuheben, wie bei der exceptio doli und quod metus, ist es doch mit der Thatfache, welche die Forderung bewirkte, von Hause aus verknüpft und eng verbunden, und wird nicht erst in der Folge zufällig damit in Berührung gebracht.

Daher kann es denn mitunter sehr billig seyn, diese sich ganz fremden causae debendi, worauf die Compensation gegründet werden soll, im Proceß erst einmal ganz auseinander zu halten, und jede in einem besondern Rechtsstreit durchführen zu lassen. Denn wenn es auch heilsam ist, wo möglich bei connexen Sachen einen doppelten Proceß zu vermeiden, so kann es doch auch unheilsam seyn, sich ursprünglich fremde Sachen in einen Rechtsstreit hineinzupressen, wenn dadurch schädliche Weiterungen und vielleicht Verwirrung angerichtet werden würde. Das Resultat freilich zwischen diesen beiden Personen, die sich nun einfach oder doppelt streiten, muß allerdings so seyn, daß die nun endlich sich ausweisende materielle Compensation, nun auch formell möglichst aufrecht erhalten wird.

Dieß ist nun das allgemeine durch freie Reflexion, bei der nur hie und da auf gleiche oder ähnliche Ansichten römischer Juristen hingewiesen worden — Gewonnene. Wir fra-

gen nun weiter, wie verfahren hier die Römer? Historisch vollständig läßt sich dieß, schon allein der Dürftigkeit der Quellen wegen, gar nicht beantworten; aber die wesentlichen Momente lassen sich angeben, wenn auch hier und da nur nach Wahrscheinlichkeit und Vermuthung.

Die Römer waren ursprünglich nicht geneigt, Compensation gegen eine an sich begründete Klage zuzulassen. Bei *stricti juris iudiciis* war die Regel erst gegen die Compensation, und erst Mark Aurel, von der Zeit da Gajus seine Institutionen schrieb, führte dabei die Compensation unter der Form einer *exceptio doli* ein¹⁸⁾. Außer den formellen Gründen, weßwegen die Compensation hier erschwert seyn mogte, trat hier auch der materielle Grund ein, daß diese *iudicia* auf durchaus unilateralen Contractsverhältnissen beruhten und eben daher *dispar causa* zu seyn pflegte¹⁹⁾. Bei den *bonae fidei iudiciis* aus einigen Civil-Contracten und Quascontracten war das anders²⁰⁾, wenigstens waren

18) §. 30. J. h. t.

19) *Schulting* ad Paul. R. S. II. 5. §. 3. not. 11.

20) Es ist recht zu beklagen, daß grade bei der Aufrechnung der *bonae fidei iudicia* im Gajus IV. 63, die dort, nicht in §. 28. J. h. t., eben in Beziehung auf die Compensation, als ein noch von der *deductio* speciel (in einem generalen Sinn kann man wohl beide unter *Compensatio* begreifen) verschiedenes Institut, geschieht, nicht alles lesbarlich war, wenn man auch nur dadurch gewiß wüßte, was Unterholzner in dem interessanten Breslauer Programme nicht ohne Grund vermuthet, daß nach dem Wort *depensi* alles von *fiduciae* an, noch einmal geschrieben war. Am schwersten zu begreifen möchte dann seyn, daß die *rei uxoriae actio* fehlte, die erst §. 29. J. l. c. steht, wenn sich nicht dieß, wie manche andre Auslassung, aus der besondern Beziehung auf *compensatio* (galt vielleicht da nur *retentio* und *deductio*?) erklären lassen sollte. Alles, was wirklich da steht, ist unzweifelhaft, ausgenommen die *actio depensi*. Wäre damit nämlich, wie es wohl nicht anders seyn könnte, die nach Gajus III. 127.

hier *actiones contrariae* möglich, und so war hier die Regel für die Compensation, und sie ward immer zugelassen, ohne *exceptio*, wenn die sich bekämpfenden Forderungen aus einem Contract, dessen sämtliche Ausflüsse der *judex ex officio* als ein Ganzes zu behandeln hatte, entstanden. Dieß letztere ergibt sich aus der Vergleichung von Gajus IV. 61. mit §. 39. J. de *actionib.*, wo die Bedingung: *ex eadem causa*, aus Unvorsichtigkeit, indem man den Gajus zu gedankenlos abschrieb, aufgenommen worden ²¹⁾, da es im neuesten Recht nicht mehr Bedingung ist, wenn es gleich als leitende Idee noch immer seine Wichtigkeit hat, nämlich in den zweifelhaften Fällen. Cicero an dem in der Note angeführten Ort sagt auch: „in his magni esse iudiciis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oportet, und in der freieren Bestimmung des *judex*, quid quemque cuique praestare oportet.“

durch ein eignes Volksgesetz, die *Lex Publilia* eingeführte *actio in duplum* gemeint, die darnach dem *sponsor*, wenn er bezahlt hat, gegen den *debitor* zusteht, so ist es schwer zu glauben, daß diese offenbar unilaterale Klage auf ein *certum*, das Doppelte des Bezahlten, eine *bonae fidei actio* sollte gewesen seyn. Vergl. auch Gajus IV. 185., wo sie in Beziehung auf *Vadimonium* mit der *judicati actio* zusammengestellt wird. Bei solcher Ungewißheit kann auch möglicher Weise ursprünglich ein andres Wort gestanden haben, und nimmt man einmal *Verschreiben* an, so kann auch *depensi* für *depositi* verschrieben worden seyn. In der bekannten Stelle Cicero d. offic. III. 17. steht es nicht, aber da fehlt auch *depositi* und *commodati* und es sollten da freilich auch nur Beispielsweise die am häufigsten im Leben vorkommenden Contracte angegeben werden.

21) Im *Theophilus* ist es weggelassen, und wenn *Wüstemann* meint, das von ihm angeführte Beispiel *harmonire* doch damit, so ist das ein Mißverständnis, denn *ex eadem causa* heißt gewiß nicht, wie er meint, „aus einerlei Contractsgattung.“

Ueber die Compensation und ihre Liquidität 169

teret, lag wieder nach den Institutionenstellen die Möglichkeit hier und die allgemeine Zulässigkeit der Compensation.

Ist die Compensation überhaupt zulässig, so soll sie nicht dadurch ausgeschlossen seyn, daß wir schon früher unsre Forderung einfügten; nun aber von unsern frühern Beklagten auch verklagt werden: wir können nun den ersten Proceß fallen lassen, und dieß in den jetzigen hineinziehen. Es konnte also auch im altrömischen Proceß hier die *exceptio rei in litem deductae* nicht opponirt werden, ungefähr was wir jetzt die Einrede der Litispendenz nennen würden ²²⁾.

22) L. 8. D. h. t. (Gajus L. 9. ad Edict. prov.) In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur. Vergl. Gajus IV. 106. — Steht L. 1. §. ult. D. quae sentent. sine app. hiermit in Verbindung? Die Worte sind: si apud eundem judicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit, et judex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas; non est mihi necesse pro hac causa appellare, *quando secundum sacras constitutiones judicatum a me petere non possis, prius quam de mea quoque petitione judicetur.* Sed magis est, ut appellatio interponatur (Macer.) Versteh man diese Stelle mit Donellus ad L. 6. C. h. t. in fin. von compensablen Forderungen, die vor demselben Gericht von der einen wie von der andern Seite klagend angebracht waren, so scheint es, konnte man auf diesem Wege, wenn man nur zur selben Zeit gegenklagte, wenigstens zu Macer's Zeit und zur Zeit der Constitutionen, worauf er sich beruft, deren Alter man freilich nicht errathen kann, den Zweck der Compensation immer und allemal erreichen, und diese war in dieser Form ohne Ausnahme zulässig, wie denn auch Donellus meint, daraus ergebe sich die Entbehrlichkeit aller Liquidität bei Compensationen im alten Recht. Allein — woran mich ein Freund erinnert hat — man muß hier nicht an die Identität stehender Gerichte denken, wie bei uns. Wenn zwei gegenseitige Klagen in dasselbe *judicium* kamen, so konnte das nur auf die Weise geschehen, daß der magistratus zugleich und auf

Sodann darf wohl die Frage aufgeworfen werden, war vor Gajus und noch zu seiner Zeit das Erforderniß der *par causa absolut* zu nehmen, und zwar vor Mark Aurel's Constitution die Compensation von den *stricti juris negotiis* schlechthin ausgeschlossen? Beides ist sehr unwahrscheinlich, und es läßt sich nicht erwarten, daß Mark Aurel in diesem Punct eine ganz neue durchgreifende Verfügung sollte gemacht, und noch dazu sich der Form einer *exceptio doli* bedient haben, wenn nicht schon vorher oft Fälle in solchen *judiciis* vorgekommen waren, wo es für *mala fides* erachtet worden war, sich der Compensation gegen alle Billigkeit zu entziehen, und daß die neue Verfügung dann doch wirklich von da an durchgedrungen seyn sollte. Sehen wir nur den Pandectentitel *de compensationibus* an, so finden sich, dünkt mich, unverkennbare Spuren, daß schon früher bei *stricti juris judiciis* Compensationen zugelassen wurden. L. 4. und 5. D. h. t. ²³⁾ handeln davon, ob ein Bürge gegen die Bürgschaftsschuld compensiren könne.

einmal für beide Sachen denselben *judex* bestellte und instruirte, da denn offenbar die Absicht war, grade diese beiden Sachen in besondern *Connex* mit einander zu stellen, und da galt denn das, was die *Lex* sagt. Wenn er heute den Titius für die eine, und morgen den Titius für die andre Sache zum *judex* bestellte, ohne ihn auf beide gleichsam als ein Ganzes zu instruiren, so war das juristisch gar nicht idem *judex*. Genes war denn aber ja immer von der besondern Beurtheilung des Prätor abhängig, und so kam es doch noch immer darauf an, ob das Verhältniß der beiden Forderungen zu einander in *concreto* dazu geeignet war, was ja sehr gut noch auf andern Gründen als auf Compensation beruhen konnte. — In unserm Proceß kann das so gar nicht vorkommen.

23) L. 4. *Paulus lib. 3. ad Sabinum*. Verum est, quod et *Neratius* placebat, et *Pomponius* ait, *ipso jure* eo minus *fidejussorem ex omni contractu* debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et *fidejussor non tenetur ipso*

über die Compensation und ihre Liquidation. 171

Die erste Stelle ist von Paulus, sie bezieht sich aber nach der Ueberschrift und den Anfangsworten auf eine Behauptung des Sabinus, die auch Neratius Priscus und Pomponius gebilligt hatten, oder doch wenigstens gehörte sie diesen beiden letztern Juristen an. Hier sind nun die Worte ipso jure unstreitig ein Emblem, denn daß zu dieser Juristenzeit, ein fidejussor aus jeglichem Contract also in jeglichem Judicium, ohne *exceptio* die Forderung des Schuldners sollte haben zur Compensation bringen können, ist schlechtthin ungläublich. Auf das bloß materielle ipso jure, abgesehen von dem processualistischen kann dieß hier wohl nicht bezogen werden, um so weniger, da es nachher mit *male petere* in Verbindung gebracht wird. Indes ließe sich das doch noch wohl verteidigen. Genug aber, so viel ist klar, daß die Compensation überhaupt schon damals zulässig war, und zwar gegen eine *actio ex stipulatu*, mithin in einem *stricti juris judicium*. Es ließe sich also denken, daß wo hier der debitor die *exceptio compensationis* hatte, der fidejussor auch per modum exceptionis compensiren konnte²⁴⁾; wo dagegen, wie bei jenen *bonae fidei judiciis* und bei *par causa* zur Compensation der Debitor selbst keiner *exceptio* bedurfte, da wurde vielleicht auch der fidejussor ipso jure befreit, nur das letztere scheint nicht unzweifelhaft. Indes da hier so allgemein gesprochen wird: *ex omni contractu* soll das auf gleiche Weise Statt finden, so bin ich vielmehr geneigt anzunehmen, daß der Bürge,

jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

L. 5. Gajus lib. 9. ad Edict. provinc. Si quid a fidejussore petetur, *aequissimum est*, eligere fidejussorem, quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit; sed et si *utrumque* velit compensare, audiendus est.

24) §. 4. J. d. replicat. L. 7. §. 1. L. 19. D. de except. L. 15. pr. L. 49. pr. D. de fidejuss. L. 11. C. d. except.

so wie in manchen andern Puncten nach altem Recht, hiers in besonders begünstigt war, daß er immer, aber als *exceptio* die Compensation opponiren konnte, selbst wo der Debitor es nicht konnte. Dieß wird noch mehr bestätigt durch L. 5. cit. darnach soll er nicht bloß die Forderung des Debitor, sondern auch seine eigene compensiren können, alternativ oder cumulativ soll er das können²⁵⁾. Hier läßt sich vollends ein processualistisches *ipso jure* gar nicht denken. Aber eine *exceptio* muß hier *ausnahmsweise* gegen die *stricti juris actio* gegeben worden seyn. Schrieb Gajus diese Stelle auch nach der Constitution von Mark Aurel, so leitet er dieß doch nicht aus dieser ab, sondern aus entschiedener für diesen Fall besonders dringender Billigkeit. So auch in L. 15. eod. spricht *Javolenus* von einer Stipulation und dabei von *compensatio*.

Wir müssen also wohl uns die Sache so vorstellen. Bei *stricti juris judiciis* galt im ältesten Recht regelmäßig keine Compensation, und nur aus besondern Gründen, wie in jenem Beispiel des hier begünstigten *fidejussor*, oder wo es sonst vorzüglich billig war, ward vom Prätor *causa cognita* eine *exceptio doli* gegeben. Und hier war es denn unter Umständen gewiß auch Hauptrückzicht mit, daß die Gegenforderung *liquid* seyn mußte.

Wie Mark Aurel bei *stricti juris judiciis* nun bestimmt die Regel umkehrte, hatte das Recht gewiß schon lange geschwankt, die Fälle waren immer häufiger geworden, wo man es der *aequitas* gemäß gefunden hatte, auch hier

25) Unstreitig läßt sich dieß nicht umkehren, gewiß kann niemals der Hauptschuldner die Forderung des Bürgen (ohne *Cession*) zur Compensation bringen, dieser ist in dem Betracht wie jeder Dritte, arg. L. 18. §. 1. D. h. t. Hierin zeigt sich denn wieder ein Unterschied von der *solutio*, denn bezahlt der Bürge seine Schuld, so ist der Hauptbeschuldner dadurch befreit, so gut als wenn ein Dritter absichtlich für ihn zahlte, wie allen bekannt ist.

die Compensation zuzulassen. Nun konnte es aber nimmer mehr seine Absicht seyn, diese Zulässigkeit absolut einzuführen, dieß ergibt sich schon aus der Form, wie sie angebracht werden sollte als *exceptio doli*, also nur da, wo es wirklich in *concreto contra bonam fidem* war, sie zu verweigern, am wenigsten da, wo es grade *mala fides* seyn würde, sie in dem anhängigen Proceße aufzudringen; der §. 30. J. de act. erzählt auch nichts weiter, als daß *Marcellus* sie dort eingeführt habe. Wie ließe sich auch wohl eine solche absolute Vorschrift denken, da selbst bei *bonae fidei judiciis* und bei *par causa*, die Umstände so geeignet seyn konnten, daß die Entscheidung wegen Liquidität der Gegenforderung ²⁶⁾ vorerst ausgesetzt werden mußte, wenn

26) *Donellus* l. c. ad L. ult. behauptet, nach altem Recht sey niemals Liquidität erforderlich gewesen, allein dieß beruht auf dem Irrthum, daß er sich das Erforderniß der Liquidität von dem *ipso jure* im Gegensatz des per *exceptionem* abhängig dachte; er sah nicht ein, daß es in der besondern Natur einer *exceptio* liegen konnte, daß sie unter Umständen liquid seyn müsse. Dieses Vorurtheil sollte durch die ganze bisherige Darstellung hinweggeräumt werden, die Meinung, so wie sie *Donell* aufgestellt hat, widerlegt sich aber auch schon allein dadurch, daß, wie oben gezeigt worden, schon nach classischem Recht die Compensation auch gegen die *actio judicati* opponirt werden konnte, wo doch unfehlbar Liquidität erforderlich war. Auch war ja bei *bonae fidei judiciis* von gar keiner *exceptio* die Rede. Indeß wenn wir auch *Donell's* Behauptung auf die *stricti juris judicia* beschränken, ist sie allemal falsch. Dafür kann auch nicht das *privilegium fisci* in L. 46. §. 4. D. de jure fisci, als bestätigte es die entgegengesetzte Regel, angeführt werden. In §. 5. *ibid.* heißt es: *ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est*, dann folgen einige Ausnahmen. Voran geht in §. 4.: *Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet*. Hier dünkt mich ist gar nicht von einer gerichtlich = opponirten *exceptio compensationis* die Rede. Die einzelnen *stationes fiscales* (L. 1. C. h. t.)

auch, indem nach richterlichem Ermessen cautio de restituendo geleistet wurde, wie dies deutlich hervorgeht aus

L. 3. de tutelae Pompon. lib. 5. ad Sabin. Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitrato iudicis cavendum est, quod eo nomine absit.

Durch jene Entscheidung ward also das Recht (nur in so weit geändert, als nun zwar regelmäßig diese Einrede schon nach dem Gesetz eintrat, aber der Prätor nun causa cognita die exceptio doli erlassen, oder wenn man lieber

waren darauf angewiesen, gegen ihre Forderungen Compensation zuzulassen. Kam nun aber jemand und schützte eine solche Compensation vor, so mußte er sich hierüber ausweisen, that er das nun aber nicht gleich, so konnte das eine schädliche Söge- rung verursachen. Es ward also verordnet, daß eine solche Ausweisung binnen zweier Monate geschehen solle; unterbitte es, so solle er sich nun, zwar nicht an seiner Forderung, aber doch an der Compensation verschwiegen haben, er solle also nun gleich bezahlen und klagen wenn er es für gut fände, auf den E i n w a n d solle weiter nicht bei der Kasse, und verfehlt sich auch nicht beim Richter geachtet werden. Vergl. auch L. ult. D. h. t. wo das adprobare C. eben so wenig von einem gerichtlichen Beweise zu verstehen ist.

Eben so irrig ist aber auch wieder die grade entgegengesetzte Meinung des Cujas (Obs. XV. 12. in f. und VIII. 16.), daß nach altem Recht, nun die Compensation als Einrede zuzulassen immer und allemal Liquidität erforderlich gewesen sey. Dieß ist nirgends in den Quellen. L. 3. D. de tutela, wovon oben mehrmals die Rede gewesen, kann es nicht beweisen, und L. 22. D. h. t. auch nicht, denn daß der Beklagte eine alternative obligatio: decem aut hominem vorschühend, vorher die decem wählen mußte, liegt ja bloß darin, daß die Forderung auf den Sklaven gar nicht compensable war, also auch das Ganze erst durch die Entfernung desselben compensable werden konnte.

will aus besondern Gründen verweigern und verwerfen konnte²⁷⁾.

Für die *judicia bonae fidei*, deren wir oben erwähnten, hatte das denn aber die natürliche Folge, daß nun auch hier für die Fälle der *dispar causa* sich die Regel umkehrte, ohne daß man darum annehmen darf, es sey hier fortan nicht mehr auf die vorliegenden Umstände des Falls, namentlich nicht auf die Liquidität Rücksicht genommen werden.

Und so finden wir denn schon bei den letzten Classikern Ulpian, Paulus &c. für beide obigen Arten der *judicia*, ja für Klagen, die unter keine jener Kategorien gehörten, z. B. die *actiones ex delicto*²⁸⁾, die Compensation als Re-

27) Ähnliches kommt auch bei *exceptiones in edicto propositae* vor, z. B. L. 15. §. 5. D. *quod vi aut clam* L. 2. §. 1. D. *quando de peculio* vergl. mit Gajus IV. 118.

28) L. 10. §. 2. etc. D. h. t. Es ist hier immer zu verstehen, daß mit einer Privatklage *ex delicto* auf eine Geldsumme geklagt wurde, dawider konnte man nunmehr mit jeder Forderung, die ebenfalls auf eine Geldsumme ging, compensiren. Wenn ohne dieß von *pensare* und *compensare* einmal die Rede ist, so hat das den vulgären Sinn, ungefähr wie wir sagen, es geht gegen einander auf, eine juristische Compensation ist das gar nicht, und gehört daher gar nicht in diese Materie. Wenn z. B. beim *judicium demoribus* nach L. 39. D. *solut. matr.* eine Compensation eintritt, so sagt das nichts weiter, als wenn beide Ehegatten sich vergangen haben, so darf keiner den andern in Nachtheil bringen, denn dieß *judicium* setzt nothwendig voraus, daß Einer dem Andern den Vorwurf zu machen habe, Er sey allein Schuld an der Nothwendigkeit der Scheidung. Der in L. 39. cit. am Ende angeführte Satz: *paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur* ist durchaus kein juristisches Princip, am wenigsten für die wahre Compensation. Das grade Gegentheil lieft man in L. 2. §. 4. und L. 13. §. 5. D. *ad Leg. Jul. de adulter.*, auch mit dem Wort *compensatio* im Sinne des gemeinen Lebens, und in der Sache ebenfalls richtig, denn begreiflich können gegenseitige Verbrechen sich nicht einander aufheben, die

gel ohne jene Einschränkungen ²⁹⁾, jedoch immer noch mit der rechtlichen Möglichkeit für den magistratus oder iudex die Compensation von dem grade vorliegenden Rechtsstreit zu entfernen, wegen derselben Billigkeit, die eben jene Regel gebildet und das ganze Institut eingeführt hatte.

Merkwürdig und aufklärend, wenn man erst einen richtigen Begriff der Sache gefaßt hat, ist nun aber noch eine Nachricht bei Gajus IV. 64., woraus man, ungeachtet der Lücke, so viel erfieht, daß bei den Argentarien etwas Eigenes Statt fand, indem sie genöthigt wurden, wenn sie in ihren Geschäften klagten, die Compensation selbst schon in ihre Klagformel hineinzu legen, und zwar in den Theil

nicht mehr als Privatsache und als dem Privatinteresse unterworfen, sondern als Gegenstände öffentlicher Strafe zu betrachten sind. Aber die compensatio, die hier verworfen wird, ist gar keine juristische.

Dasselbe gilt, wenn in L. 36. D. d. dolo und L. 4. §. 13. D. d. doli et met. exc. bei einem gegenseitigen dolus in derselben Handlung begangen es schlechthin verworfen wird, dem Kläger einen Vortheil deshalb zuzugesehen. Das ist richtig, (vergl. L. 154. D. d. R. J.) aber gehört gar nicht unter die Regeln der juristischen Compensation, und sollte auch daher niemals in einem Compendium unter diesen stehn. Das ist eben so, als wenn man sagt, die in einem Contract begangene Schuld läßt sich nicht durch die Schuld des andern Contrahenten compensiren. Das ist richtig, wenn man das Wort unjuristisch nimmt, denn an sich wird eine Nachlässigkeit dadurch nicht schuldlos, daß der Andre bei einer andern Gelegenheit, aber in demselben Contractsverhältniß auch nachlässig war, die Nachlässigkeit kann völlig so groß seyn, wenn sie zufällig keinen Schaden anrichtete, so hebt sie jene, wobei man unglücklicher war, nicht auf; nimmt man es dagegen juristisch, so ist es nicht wahr, denn die pecuniären Wirkungen heben sich allerdings auf; dieses, nicht jenes gehört in unsre Lehre. Vergl. oben L. 10. pr. D. h. t.

29) Paulus R. S. II. 5. §. 3. vergl. L. 21. D. h. t.

derselben, welcher die Intentio hieß³⁰⁾. Der Zwang kann wohl in nichts Anderem bestanden haben, als darin, daß, wenn der Argentarius auch nur einen Heller mehr eingeklagt hatte, als ihm nach Abzug der Gegenforderung zukam, er die ganze Forderung verlor³¹⁾. Mithin muß hier die Einrede der Compensation immer Statt gefunden haben. Woher nun dieß? Die Argentarien waren bekanntlich mit öffentlichem Glauben versehene Personen, bei denen insbesondere auch Geldumsätze von Privatleuten gemacht wurden, in ähnlicher Art wie bei unsern Banken. Bei ihnen dauerte jenes Buchhalten fort, was in der Zeit der Republik in der Gestalt von Hausrechnern allgemein gewesen war³²⁾, mithin mußten hier dem Geschäft nach Contracte aller Art geschlossen und novirt werden können, und es fand dabei ein fortlaufendes Ab- und Zuschreiben, accepto:feriren und expenso:feriren und transcribiren Statt. Die Form aber wie dieß geschah, war stipulatio contractus literalis, mutuum, also kam alles, oder doch das Meiste als stricti juris negotium zum Vorschein, nach der Regel hätte hier also auch keine Compensation eintreten sollen; allein dieß waren nun aber Verhältnisse, die ohne grade Societät zu seyn, doch das mit der Societät gemein hatten, daß dabei von Zeit zu Zeit eine abschließende Liquidation Statt finden mußte, und nach der ursprünglichen Absicht nichts zu zahlen war, bis diese geschähen. Daher ließ man hier eine exceptio von jeher zu, und den Argentarius, wenn er es dazu hatte kommen lassen, traf die Strafe der plus petitio.

Dieses eigene Recht der Argentarien wird mit einem

30) Gajus IV. 41.

31) Gajus ibid. §. 68.

32) v. Savigny über den Literalcontract der Römer. S. 10.

eigenen Fall der deductio bei Gajus³³⁾ zusammengestellt, und damit in den zunächst hervortretenden practischen Beziehungen verglichen, und die Unterschiede sorgfältig angegeben. Beide haben zugleich viel Aehnlichkeit, und es ist wohl nicht zu kühn, wenn ich, ungeachtet diese sonst unbekannte deductio, was ihre innere Natur betrifft, durch die Stelle ein so spärliches Licht bekommt, dennoch behaupte, daß sie auch in dem Punkt, den ich bei den Argentarien hervorgehoben habe, ohne daß des Gajus Worte etwas davon sagen, dem Compensationenrecht dieser analog ist. So viel sehen wir, diese deductio ward als Einwurf der Klage des bonorum emptor entgegengestellt. Gajus denkt an den Fall einer bonorum emptio, da das Vermögen eines bösen Schuldners, der hier defraudator heißt, verkauft worden war. Dieß geschah, wie wir schon einmal an einem andern Ort in dieser Zeitschrift³⁴⁾ Gelegenheit hatten zu erwähnen, zu seiner Zeit noch so, daß das Vermögen als Ganzes dem, der die meisten Procente bot, addicirt wurde. Der bonorum emptor ward dann Universal-Successor, und auch die Forderungen gingen so wie die Schulden pro rata der gebotenen Procente, auf ihn über. Klagte er nun aber eine Forderung ein, so mußte er sich das abziehen lassen, was er erweislich defraudatoris nomine, d. h. vermöge der auf ihn übergegangenen Debit-Masse namens des Gemeingläubigers, dem Beklagten schuldig war. Der Grund nun lag, wie ich glaube, darin, daß die Idee der ganzen Güterübertragung die war, daß er sich mit Creditoren und Debitoren der Masse

33) Ibid. §. 65—68. Die Worte des §. 65. sind mit vieler Wahrscheinlichkeit von Unterholzner so ergänzt: Item ut bonorum emptor cum deductione agere cogatur placuit, ita ut in hoc solum adversarius condemnatur, quod superest, deducto eo quod invicem tibi defraudatoris nomine debet.

34) V. 1. S. 50. 51. 64.

verrechnen sollte, gerade wie in unserm Concurse, nur in andrer Form, eine Liquidation geschieht. Dabei war denn nicht bloß Geld gegen Geld, Getraide gegen Getraide, Wein gegen Wein u. s. w., sondern auch species und ebenfalls species gegen Geld und umgekehrt, zu liquidiren, indem die Sachen natürlich zu Geld angeschlagen wurden, was durch den Einzelverkauf der Masse in unserm Concurse bewirkt wird, und hierin lag denn, wie Gajus §. 66. bemerkt, ein Hauptunterschied der deductio von der einfachen Compensatio. Ein andrer Unterschied (§. 67.) war, daß es bei der deductio nicht, wie bei der compensatio, auf Fälligkeit ankam, was gewiß dieser Art der deductio eigenthümlich war, und in unserm Concurse auf ähnliche Art vorkommen kann. Endlich lag auch ein Unterschied beider Institute (§. 68.) in der Form des Zwanges, indem die deductio vom Prator in die Condemnationsformel³⁵⁾ ohne Weiteres gesetzt wurde, sobald ein solcher Einwurf gemacht worden war, da denn die plus petitio nicht eintreten konnte.

Diese deductio findet sich im Justinianischen Recht nicht mehr, so wenig als die Compensation der Argentarien sich als etwas Eigenes darin findet, sehr begreiflich, denn das Concurverfahren hatte sich ganz anders gestaltet³⁶⁾, und die Compensation war allenthalben gleichförmige Regel geworden. Uebrigens galt eine deductio auch noch in andern Fällen, z. B. konnte der bonae fidei possessor seine Forderungen an die Erbmasse deduciren, und dergleichen deductio findet sich auch noch im Justinianischen Recht, worauf aber gewiß nicht alle die Eigenheiten jener deductio, quae honorum emptori objiciebatur, angewandt werden konnten³⁷⁾.

35) Gajus IV. 45.

36) Pr. J. de success. sublat.

37) Vergl. L. 31. §. 1. D. de H. P. L. 15. D. ratam rem ha-

Sehen wir noch einmal zurück in die Zeit vor Gajus, so können wir mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen, daß das, was zu seiner Zeit von den Argentariern galt, ehemals, wenigstens bis auf einen gewissen Punkt, in allen den Schuldverhältnissen, welche auf den Hausbüchern römischer Bürger beruhten, Rechtens war.

Wo man auch zur Zeit, da Gajus die Institutionen schrieb, und früher sonst noch in einzelnen Fällen bei *stricti juris negotiis* eine *exceptio compensationis* zuließ, da galt auch gewiß im Ganzen dieselbe Behandlungsweise, wie bei den Argentariern. Als aber *compensatio* Regel wurde, da mußte denn auch die Strafe der *plus petitio* allemal eintreten, wo dieß nur überhaupt möglich war, also bei *stricti juris negotiis* immer, sobald nicht die *exceptio compensationis* remittirt (denegirt) oder überall unbegründet befunden wurde³⁸). Bei *bonae fidei iudiciis* konnte sie nicht eintreten, da bei diesen die *intentio* immer auf ein *incertum* ging, was am Ende der *judex ex aequo et bono* in ein *certum* zu verwandeln hatte.

Dabei darf denn aber nicht vergessen werden, was schon oben gelegentlich erwähnt worden, daß selbst bei *bonae fidei iudiciis*, und wo bei diesen die gegenseitigen Forderungen aus demselben Verhältniß hervorgingen, so daß entweder beide durch *directa actio*, oder doch die eine durch *directa*, die andre durch *contraria actio* verfolgt werden konnten, z. B. aus Societät, Tutel, Geschäftsführung, wo also eine vollständige Auseinandersetzung und Liquidation allerdings im

heri. L. 24. C. famil. hercisc. L. penult. C. depositi. — Cujac. observ. XV. 12. — Ein Hauptfall war gewiß der, da der prätorische Erbe eine *honorum possessio sine re* gehabt hatte, und während dieser Zeit Erbschaftsschulden bezahlt hatte, was aus leicht erfindlichen Gründen in der Justinianischen Zusammenstellung weggelassen ist.

38) Paulus R. S. II. 5. §. 3. in f.

Zweck lag, man doch dasjenige, was sich wegen zufälliger Hindernisse für jetzt noch gar nicht liquidiren ließ, erst aussetzte, nur mußte hier, indem die Gegenforderung ad separatim verwiesen wurde, vom Kläger *arbitratu* iudicis, Caution geleistet werden, ein Mittelweg, der im Ganzen nur hier, aber auch hier immer vollkommen billig und recht ist ³⁹⁾. †

Eine eigne Bewandniß hat es mit den actiones in rem. Daß die römischen Juristen, selbst noch die letzten Classiker und so weiter fort, es mit diesen anders gehalten, hinsichtlich der Compensation, wie mit andern Klagen, sieht man wohl deutlich genug aus L. ult. C. h. t. und §. 30. J. de action. Es kann dieß nur zur Frage kommen, wenn entweder die Hauptsache durch dolus oder während des Processus durch negligentia verloren gegangen war, und nun die aestimatio geleistet werden soll, oder es ist wegen Nebenprästationen eine aestimatio mit eingeklagt; dann können Gegenforderungen in Beziehung auf dieselbe Sache vorkommen, die an sich zur Compensation qualificirt sind, z. B. der Besizer hat Verwendungen gemacht. Dennoch scheint hier keine eigentliche Compensation Statt gefunden zu haben, sondern es scheint nur Retentionsrecht und deductio zulässig gewesen zu seyn, welches letztere von einer Seite vortheilhafter, von der andern aber auch nachtheiliger seyn mochte, vornämlich vielleicht das Letztere in Hinsicht des Zurückrechnens, des ipso jure Eintretens in dem Sinne, wie es oben zu Anfang diese Abhandlung unter B. verstanden wurde ⁴⁰⁾.

³⁹⁾ L. 3. D. de tutelae (s. oben). L. 38. pr. D. pro socio. (Paul. ad Sabin.) Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei judiciis existimavit, sive generalia sunt, veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae; sive specialia, veluti mandati, commodati, depositi. Vergl. L. 41. D. de judiciis.

⁴⁰⁾ Es ist noch keine Stelle in den Pandecten oder in den frühern

Wie es nun aber mit diesem Zurückrechnen nach altem Recht in dem Fall gehalten wurde, wenn der Compensations-Anspruch abgewiesen von dem *judicio* entfernt wurde, ob dann eine *condictio* oder bloß die alte Klage Statt fand, darüber haben wir keine directe Auskunft. Nur daß die *condictio* bei *bonae fidei contractus* und *par causa* Statt gefunden, läßt sich nach dem, was schon vorgekommen, aus der oben excerpirten L. 10. §. 1. D. h. t. mit ziemlicher Sicherheit schließen. Wie es dagegen bei *stricti juris negotiis* oder wenn bei *bonae fidei negotiis dispar causa* war, eingerichtet wurde, darüber schweigen die Quellen gänzlich. So viel läßt sich aber aus Allem abnehmen, daß man zu diesem Zurückrechnen überhaupt mit allen seinen Wirkungen um so geneigter, und der allgemein billige Zweck desselben um so leichter zu erreichen seyn mußte, je häufiger die Compensationen bei entschiedener *aequitas* im Gericht zugelassen wurden. Je sichrer der Debitor darauf rechnen konnte, daß er gegen die Forderung seines Creditors, sich mit der seinigen an ihn, mogte diese nun selbst auch eine klagbare seyn oder nicht ⁴¹⁾, decken konnte im Gericht, wenn jener klagend gegen ihn auftreten würde, je gewisser er seyn konnte, die Klage dann niederzuschlagen, desto mehr mußte er von dem Augenblick der Fälligkeit beider Forderungen an als Nichtschuldner in allen Beziehungen erscheinen, und die *compensatio* der *solutio* schon demalen im Effect gleich erscheinen. Den höchsten Punct mußte dieß schon dadurch erreichen, daß, so wie man immer bei den Civil-Klagen aus *bonae fidei Contractus*, sobald par

Constitutionen des Codes nachgewiesen worden, die von *compensatio* bei einer *actio in rem* spricht. *Gaius* erwähnt der *actio in rem* gar nicht, aber auch keiner *actio ex delicto* u. s. w. S. oben. vergl. *Cujacii observat.* XV. 12.

41) L. 6. D. h. t. (Ulpian.) *Etiam quod natura debetur venit in compensationem.*

causa war, auf jede billige Compensation durch den *judex* hatte rechnen können, nun auch durch ein Gesetz allgemein anerkannt wurde, daß auch sogar bei *stricti juris judiciis* die Compensation der *bona fides* wegen, wenn auch in Form einer *exceptio* der Regel nach zugelassen werden sollte, woran denn die Praxis sich bald mit allen noch übrigen Klagen anschloß, die *actiones in rem* etwa allein ausgenommen, bei welchen anderer Rechtshülfe wegen die *compensatio* nicht so sehr als Bedürfnis erscheinen mochte. Sobald dieß Regel war, so konnte die Form der *exceptio* keinen Unterschied mehr machen, da die Zulässigkeit der *compensatio* dadurch im Wesentlichen eben so anerkannt war, und wo sie grade unbillig und daher als *exceptio doli* nicht zulässig war, da konnte sie ja auch bei jenen *bonae fidei judiciis* vom *judex* unbeachtet gelassen werden. Nun konnte man auch hier mit Paulus ⁴²⁾ sagen: *nihil est, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmitur*, und mit Marcellus ⁴³⁾: *desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem*. — Ganz anders mußte sich dieß stellen in einer Zeit, wo bei einem großen Theil der Klagen, die Compensation der Regel nach nicht zugelassen wurde, und der Prätor nur in außerordentlichen Fällen, wo die Billigkeit ganz besonders hervortrat, zu diesem Zweck eine *exceptio* gewährte. Hier mußte das *desinit debitor esse* sehr unentschieden seyn, und es konnte das auch schwerlich so rückwärts beobachtet und das *Correctionenrecht* (man denke nur an die *obligatio naturalis*, um hier den Unterschied leicht zu bemerken) darauf angewandt werden. Aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, kommen hier Formelles und Materielles wieder in Berührung, und wird nun gar das Formelle bei allen Klagen gleich ge-

42) L. 112. D. de R. J.

43) L. 66. de R. J.

macht, indem das Erforderniß einer exceptio im strengsten Sinn hinweggenommen wird, so entsteht leicht der Schein, als sey das nun alles zusammengewachsen und eins geworden, und sey nun mit dem Wort ipso jure über alles auf einmal entschieden, und die Zulassung der Compensation auch processualistisch allgemein und unumgänglich nothwendig geworden; da doch näher gesehen das formelle ipso jure, nach dem eine exceptio regelmäßig gegeben wurde, gar nicht viel mehr bedeutete, das materielle ipso jure dagegen immer seine Bedeutung behalten mußte, da es auch mit Nichtzulassung der Compensation in dem Proceß der eingeklagten Forderung recht wohl bestehen konnte, und sich von der Zulassung unterschied wie der endliche zum augenblicklichen Effect. Diese Bemerkung schließt sich eng an die Auslegung der L. ult. C. h. t., welche Justinians Aenderung enthält. Ehe wir aber diese beginnen, wollen wir noch erst das Bisherige in einer kurzen Uebersicht zusammenfassen:

- 1) der sich anfangs gegen die Compensationen in vielen Fällen sträubende römische Proceß wurde endlich dahin geführt, daß sie mit einzelnen Ausnahmen regelmäßig darin zugelassen wurden.
- 2) Dieß geschah aber dennoch immer nur da, wo es mala fides und dolus gewesen wäre, sie augenblicklich zu verweigern, wo es dagegen billig war, sie vorerst unberücksichtigt zu lassen, da wurde sie im gegenwärtigen Proceß immer verworfen;
- 3) die Billigkeit der Zulassung mußte da vorzüglich hervortreten, wo par causa war, oder doch ähnliche Verhältnisse eintraten (wie beim argentarius), bei denen ebenfalls die Compensation gleich in der Absicht der Parteien lag;
- 4) wo dagegen impar causa war, und sich von Grund aus fremde Schuldverhältnisse einander berührten, da konnte leichter ein Billigkeitsgrund sich zeigen, die Compensation vorerst zu verwerfen;

Ueber die Compensation und ihre Liquidität. 485

5) ein Verwerfungsgrund konnte insbesondere auch in der Illiquidität der Forderung, mit welcher man compensiren wollte, liegen, mogte nun die eingeklagte Forderung schon eingestanden oder auf der Stelle erwiesen seyn, oder auf einer res judicata beruhen, oder aber mogte der Beweis derselben leicht und wahrscheinlich, der der Gegenforderung aber schwierig und unwahrscheinlich sich darstellen. Ein solcher Grund mußte aber nach der Natur der Sache viel eher Gehör finden bei dispar causa, als bei par causa und was dem ähnlich; wo aber auch bei par causa derselbe beachtet werden mußte, da war denn die ursprüngliche Absicht in so weit doch aufrecht zu erhalten, daß man den Kläger caviren ließ;

9) diese Verwerfung hinderte nun aber, nachdem die Compensation allgemein geworden („postquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari“), niemals, im endlichen Effect, z. B. wenn es Noth that durch *condictio*, die Compensation dennoch durchzusetzen, sobald sich neuerdings gezeigt hatte, daß die Gegenforderung wirklich gegründet sey.

Dieses müssen wir, da es in der Natur dieses Instituts, welches sich fast durchaus nun hatte geltend gemacht, wesentlich gegründet ist, da sich in den Ueberbleibseln des classischen römischen Rechts nichts findet, was dieser Natur, außer den anfänglichen, bloß formellen Schwierigkeiten, widerstreitet, da vielmehr deutliche Symptome, wie wir glauben nachgewiesen zu haben, vorhanden sind, daß die Römer dieses Wesen der Compensation richtig begriffen hatten, und es immer mehr im Einzelnen und Ganzen in der Anwendung hervortreten ließen, indem die Gesetzgebung hier nicht willkürlich durchgriff, sondern nur zu Hülfe kam, — als den Rechtszustand am Ende der classischen Periode annehmen; und da die auf diese Periode folgenden Kaiser, so viel vorliegt, Justinian ausgenommen,

auf dieses nun schon ausgebildete Institut keinen bedeutenden Einfluß scheinen gehabt zu haben, so können wir nun gleich zu der Frage übergehen:

was hat Justinian in diesem Rechtszustande geändert?

Die Frage beschränkt sich lediglich auf die L. ult. C. de compensationibus, denn in dieser ist Alles enthalten, §. 30. J. de act. und Theophilus ad h. l. sind nur Auszüge und Hilfsmittel zur Interpretation.

Wir wollen uns hier erst einmal ganz allein an die L. ult. selbst halten, da wir sie in extenso besitzen. Dabei dürfen wir von der Interpretationsregel ausgehen, daß, ungeachtet Justinian hier wohl etwas Neues vorschreiben wollte, wir doch dieses nur da annehmen und so weit ausdehnen müssen, als es seine deutliche Absicht war, am wenigsten aber im Zweifel seinen Worten einen Sinn unterlegen dürfen, welcher dem bis dahin gültigen Recht in Verein mit der Natur und dem Wesen des Gegenstandes selbst, von dem er redet, gradezu widersprechen würde. Dann soll uns aber auch die Bemerkung leiten, welche leicht jeder gemacht hat, der mit Verstand Justinianische Constitutionen öfterer gelesen hat, daß seine Vorschriften selbst, obgleich sie nicht allemal rein und sicher bestimmt sind, doch meistens der Sache und der Wortstellung nach besser sind, als die von ihm hinzugefügten Gründe derselben; was sich schon daraus erklärt, daß er meistens zunächst und dem praktischen Zweck nach recht gut wußte was er wollte, aber dagegen an technischer Bildung einen großen Mangel litt. Dies zeigt sich denn auch noch namentlich in dem, was so ziemlich der allgemeine Character der Edicte byzantinischer Kaiser ist, daß der Verfasser des Gesetzes, bei allem Streben, die eigentliche Verfügung generell zu fassen, sich doch nicht aus dem einzelnen Fall, der die Veranlassung dazu hergab, recht herauszuwickeln verstand.

Fragen wir nun erst, was hat Justinian denn eigentlich verfügt? Das Hauptsächlichste, was er auch voran stellt, ist offenbar

1) daß fortan bei allen Klagen, ohne Unterschied, ob sie in rem oder in personam seyen, die Compensation ipso jure eintreten solle:

»Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.«

Was nun folgt, erscheint nur als nähere Bestimmung, wie schon die Verbindungspartikel zeigt. Nämlich es wird nun verfügt:

2) daß die Compensationen nur dann mit Erfolg sollten vorgeschützt werden dürfen, wenn die Forderung, worauf sie beruhten, liquid sey:

»Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit;«

und daß daher die Richter eher strenge als weich gegen die Compensationen seyn, und diese lieber in einen besondern Proceß verweisen sollten.

Daß in der ersteren, in der Hauptverfügung in so fern eine Neuerung lag, als nun auch bei allen actiones in rem die Compensation zugelassen wurde, ist nach dem Obigen unzweifelhaft. Von dem eingeschlossenen ipso jure noch unten und für sich allein.

Ob aber auch in der zweiten eine Neuerung anzunehmen sey, hängt noch von mehreren Betrachtungen ab. Nach der ganzen Fassung sollte man das schon nicht glauben, da es fast nur als eine Warnung davor an die Richter ausgesprochen ist, den erstern Satz durch Mißverständnis in Unbilligkeit zu verdrehen, da es dabei vielmehr auf Billigkeit abgesehen sey. Könnte man jedoch das von ihm allgemein aufgestellte Requisit einer causa liquida ganz so verstehen, wie wir bisher die Liquidität genommen haben, so daß nun also Unzweifelhaftigkeit auf der Stelle allemal absolutes Erfors

derniß seyn sollte, so würde hier allerdings eine große Neuerung seyn, die denn aber auch in vielen Fällen, und in allen, wo *par causa* wäre, gegen die Natur aller Compensation zur herbsten Unbilligkeit führen würde. Im Zweifel dürfen wir also dieses nicht annehmen. Gewiß ist aber auch, daß jener allgemeinen Verfügung, wie sie unter *Arto. 2.* aufgestellt worden, in dem Gesetz selbst nirgends eine Bedingung hinzugefügt, und namentlich nirgends gesagt worden ist, daß das Erforderniß der Liquidität nur alsdann eintreten solle, wenn die Klage auch *liquid* oder schon vollständig bewiesen, oder die Einrede der Compensation erst *post litem contestatam*, oder kurz vor oder gar nach dem Urtheil, mit einem Wort zu spät oder doch besonders spät vorgeschützt worden. Denn alles, was noch außerdem vorkommt, besteht entweder aus erläuternden Worten, oder es sind Gründe, die dem Richter ans Herz gelegt werden, oder Folgerungen aus der Regel, oder endlich eine geringe Ausnahme für ein einzelnes Genus von Fällen.

Es fragt sich also nur noch, wie hat Justinian das *liquida causa* gemeint? er erläutert es selbst durch die gleich auf die oben angeführten folgenden Worte:

»et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare.«

Diese Worte bilden also den reinen Gegensatz von *liquida causa*, und so kann Liquidität hier nicht durchaus so viel seyn, als Unzweifelhaftigkeit gleich auf der Stelle. Illiquid ist Justinian nur, was zu unbilligen Weiterungen und Zögerungen führen würde, indem der Richter *ex aequo et bono* auf einen raschen Schluß und Ausgang zu sehen hätte, was er nachher »*moratoriae ambages*« und »*compensationes, quae majorem et ampliolem exposcunt indaginem*«, nennt. Liquidität wäre also in diesem Sinne auch alsdann vorhanden, wenn zwar noch ein Beweis der Einrede zu führen wäre, aber dieses im Verhältniß zur Klage

nicht als eine unbillige Weiterung, und als ein ungerechter Aufschub angesehen werden könnte. So angesehen liegt also in dieser Bestimmung wirklich nichts Neues, sondern eben ganz das Alte. Es ist nur darin eine Warnung an die Richter ausgesprochen, daß sie aus der Erweiterung der Compensationen im allgemeinen, und der Anerkennung, daß sie ipso jure eintreten müßten, nicht etwa auf eine übergroße Geneigtheit sie als Einrede in jedem Proceß, auch da, wo es gegen die Billigkeit stritte, gleich zuzulassen, schließen sollten. Wo die Billigkeit zweifelhaft sey, da müsse man eher streng als nachsichtig gegen die Compensation seyn.

Daß auf die zuletzt angeführten Worte Folgende widerspricht dieser Auslegung keinesweges. Um es im rechten natürlichen Sinne zu nehmen, darf man sich nur denken, Justinian ward durch einen besondern Fall, der sich bei einer *actio in rem* ereignet hatte, veranlaßt, diese Constitution zu geben. Es war darüber gestritten worden, ob bei einer solchen Klage überhaupt die Einrede der Compensation zulässig sey. Dann war aber auch grade der noch bevorstehende Beweis der Einrede in Schwierigkeiten eingewickelt, während der Beweis der Klage schon so gut wie geführt war, so daß sich ohne jene durch die Einrede hineingezogenen Verwicklungen eine baldige Beendigung des schon eine geraume Zeit geführten Rechtsstreits vorher sehen ließ; und nun war erst der Beklagte mit seiner Compensation hervorgetreten:

»cum res jam fuerit approbata“ — »tunc ex altera parte, quae jam *pene* convicta est opponi compensationem jam certo et indubitato debito — — litem autem pristinam jam *pene* expeditam.“

Justinian entschloß sich nun, eine Verfügung darüber ergehen zu lassen, daß der in Streit gezogene Unterschied zwischen *actiones in rem* und *in personam* fortan in dieser Beziehung ganz irrelevant seyn sollte; zugleich wollte er aber

auch darauf aufmerksam machen, daß man, so allgemein auch sonst Compensationen nun Statt finden sollten, sie doch nicht gegen alle Billigkeit auch da zulassen sollte, wo sie Veranlassung zu ungerechten Verzögerungen seyn könnten. Nachdem er nun seine beiden allgemeinen Vorschriften hierüber ausgesprochen, taucht er gleich in dem ihm noch vor Augen befindlichen Falle unter, und holt daraus die Abmahnung hervor, zu welcher beklagenswerthen Ungereimtheit und Unbilligkeit (*satis enim miserabile est etc.*) es hinführen würde, wenn man gegen seine aus der Natur der Dinge geschöpfte Vorschrift handeln wolle. Wenn Justinian daher nun hier, theils um seine zweite Vorschrift zu motiviren, theils um den Richter zur Befolgung derselben desto nachdrücklicher zu bewegen, die Sache auf die Spitze stellt, und grade den eclatantesten Fall, wo die Unbilligkeit recht hervortritt, nennt und ihn nun bis zu Ende aus in der Erinnerung auffrischt, so ist doch nicht der mindeste verständige Grund vorhanden, bei ihm die Absicht vorauszusetzen, daß er dadurch seine Anfangs allgemein ausgesprochene Vorschrift: kein Richter soll Compensationen, die durch Illiquidität zu unbilligen Weiterungen führen, zulassen, wieder habe auf besondere Fälle beschränken wollen, z. B. auf den Fall, wo demal den Proceß schon lange gedauert habe, wo der Beweis der Klage schon gänzlich geführt worden, wo das Urtheil ohne dieß gleich gefällt werden könnte, wo aber die Einrede nun erst bei ganz unzweifelhafter Sache opponirt worden. Wenn man nur unbefangen die Constitution durchliest, so kann man dieß unmöglich als seine Meinung annehmen. Was er am Schlusse sagt, ist bloß Folgerung aus seinem Princip für einen Fall, wo es eben recht arg wäre, es anders zu machen, als er allgemein wollte. Daß die Wendung, die Justinian hier genommen, um seinem Gesetze Nachdruck zu geben, zu Mißverständnissen führen kann, will ich wohl glauben, und wir haben es erlebt, aber man sollte sich doch bei diesen Mißverständnissen nicht über die Gebühr aufhalten, oder sie so wichtig

Ueber die Compensation und ihre Liquidität. 191

tig nehmen, als könnte das ganze Gesetz dadurch zweideutig und unbrauchbar werden. Und wäre es denn das, so würde alsdann ja doch nichts Anderes übrig bleiben, als zur Natur der Sache und dem alten Recht, so weit es uns erkennbar ist, zurückzukehren.

Sehen wir nun auf das im Anfange der Constitution befindliche »ipso jure« zurück, so ergibt sich zunächst, daß nach dem im Anfange dieser Abhandlung bezeichneten Sprachgebrauch, dadurch sowohl das unmittelbar im Augenblick der Fälligkeit eintretende Aufheben der obligationes durch einander und das damit zusammenhängende Zurückrechnen (sub B.), als die Entbehrlichkeit einer exceptio im Sinne der Classiker, ausgedrückt seyn kann. An sich läßt sich also denken, daß eines oder das andre damit bezeichnet werden sollte, oder daß auch beide darin zusammengefaßt waren. Dies letztere ist nun das, was ich am meisten anzunehmen geneigt bin. Im Grunde ist das auch die gewöhnliche Ansicht, nur daß man dann öfter versäumt hat, sich die beiden, wie wir gezeigt haben, in der That verschiedenen Bestandtheile, wenn ich nicht so ausdrücken darf, dieses ipso jure, deutlich zu machen, und höchst wahrscheinlich hat Justinian sie sich selbst nicht deutlich gemacht. Es ist allerdings möglich, daß er dabei allein an den Gegensatz von *ope exceptionis* dachte, dann konnte er, da zu seiner Zeit die regelmäßige Trennung des magistratus vom judex längstens nicht mehr Statt fand, nur so viel haben sagen wollen, daß es, um die Compensation zuzulassen, keiner besondern Instructionsformel bedürfte. Da müßte es denn, wie in Klammern gestellt gedacht werden: bei allen Klagen sollen, versteht sich jetzt ohne daß jemals eine exceptio (im alten Sinne) erfordert würde, Compensationen zulässig seyn. Auf »omnibus actionibus« muß auch allerdings der Hauptnachdruck gelegt werden, denn darin lag die eigentliche Neuerung, in dem ipso jure, man mag es verstehen wie man will, konnte sie nicht liegen, da dieß in jedem Sinn schon vorher Statt gefunden hatte, so weit als Com-

penationen überhaupt reichten. Dennoch glaube ich, daß der eben angegebene Sinn, in dieser Beschränktheit auch gar zu dürftig seyn würde, eben weil sich das von selbst verstand. Daß hier vielmehr das zweite ipso jure mit einbegriffen sey, wird theils wahrscheinlich durch die mehrere Stellen in dem Pandectentitel, wo es, wie wir gezeigt haben, diesen Sinn hat; theils war es so leicht beide in Gedanken zusammenzufassen, weil sie, wie oben gezeigt worden, einen Berührungspunct haben, und daher so leicht der Schein entsteht, als könnte man sie in einen Begriff, wie in ein Wort, verschlingen, ja als wären sie eins und dasselbe; endlich gewinnt aber auch das in §. 1. der constitutio folgende ein neues Licht dadurch, wenn wir das materielle hier mit gelten lassen, denn so hatte Justinian um so mehr Veranlassung, darauf aufmerksam zu machen, daß wenn es auch gemeint sey, Compensation gehe in Beziehung auf Forderungen aller Art von selbst schon im Augenblick gegenseitiger Fälligkeit vor sich, dieß doch keinesweges schon über die absolute Zulässigkeit im ersten Proceß entscheide, indem ja dadurch, daß dieselbe von diesem, um Aufhalt zu vermeiden, entfernt werde, noch nicht folge, daß sie nicht durch einen zweiten Proceß endlich durchgesetzt und dann zurückgerechnet werden könne⁴⁴⁾. Wenn er dieß Zurückrechnen auch nicht wörtlich vorschreibt, so liegt das dann doch im tenor seines ganzen Gesetzes.

Mich dünkt, es ist ganz klar, daß sein Gedanke der war: Compensation ist durchaus billig⁴⁵⁾, sie soll allenthalben und

44) Als ein Nebengrund möchte es gelten können, nämlich um zu zeigen, daß sein Gedanke grade nicht auf jenen alten Unterschied der bonae fidei judicia (ipso jure) und stricti juris judicia (ope exceptionis), um ihn, als nunmehr unerheblich darzustellen, fixirt war, — daß er im Verfolg seiner Rede den Ausdruck *jure stricto* in einem ganz andern, damit gar nicht zusammenhängenden Sinne gebraucht.

45) Nur weil es bei der *depositi actio* allgemein ihm unbillig schien, nahm er diese, wie nach allem Recht, allein aus, vergl. §. 30. J. de act. in f.

auf alle Weise nach dem Recht geltend gemacht und am Ende durchgesetzt werden können, ohne daß man sich dabei, wie ehemals wohl, unnöthig formalisiren soll. Aber allerdings kann es auch unter Umständen eben billig seyn, im ersten Proceß, wo eine der Forderungen eingeklagt worden, zuvörderst einmal so zu verfahren, als existire gar keine Forderung und gar keine Compensation u. s. w. In Hinsicht dieses letzteren Punctes, der den §. 1. ausfüllt, hat Justinian die Einrede der Compensation, welche von der Compensation selbst, die (materiell) ipso jure geschieht, noch verschieden ist, offenbar auszeichnen wollen, wie sie freilich vorher schon ausgezeichnet war, und nach der Natur der Dinge immer bleiben wird.

Nehmen wir nun noch ein §. 10. l. de actionib. und seinen Commentator zur Hand, so kann er nichts gegen diese Auslegung beweisen. Daß hier die Verfügung des Kaisers mit der Erzählung zusammengestellt wird, wie Mark Aurel eine exceptio doli für Compensation bei manchen Klagen einführte, beweist gar nicht, daß nur allein diese mit dem ipso jure der Constitution als entgegengesetztes gemeint sey. Obnehin ist diese Verbindung eben so zufällig, als die worin §. 39. eod. noch einmal von Compensation die Rede ist, die bei Gajus l. c. ist wieder eine andre. Ein solches Anknüpfen kann am wenigsten entscheiden, und wir leugnen ja auch nicht, daß Justinian bei dem ipso jure zugleich die alte nun überflüssige Form, auch vorschwebte, wodurch denn freilich vollegend unmöglich wird, bei §. 1. an den Fall zu denken, da die Einwendung der exceptio vor dem magistratus versäumt worden war (s. den Anfang dieses Aufsatzes). Theophrastus zu diesem Syphen stimmt vollkommen mit unsrer Erklärung des ipso jure überein, denn er erläutert es offenbar dadurch, daß die Klage (i. q. die Forderung) meines Gläubigers, sobald mir eine Forderung dagegen entstände, vermindert werde. Davon noch unten.

Was nun aber den übrigen, und den Hauptinhalt der Constitution betrifft, so wären wir freilich zu beklagen, wenn wir diese nicht selbst hätten, sondern sie, wie in manchen andern Fällen, allein aus dem Institutionen-Excerpt und dessen Commentar kennen lernen sollten. Der Verfasser der Institutionenstelle hat sich offenbar bestrebt, die Hauptvorschrift des principium der Constitution und die näher bestimmende Vorschrift des §. 1. derselben, in einen Satz zusammenzufassen, obgleich dieß, so viel ich sehen kann, gar nicht thunsich ist. Es heißt da:

»sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione etc.«

Hier ist durch das Einschiesel: quae jure aperto nituntur alles in Eins gezogen. Irre ich nun nicht, so hat dieses Einschiesel mehr Mißverständniß und Irrthum erregt, als die doch keinesweges musterhafte Fassung der Constitution selbst, wenn man diese erst unbefangen für sich allein gelesen und studirt hätte, jemals zu erzeugen im Stande gewesen wäre. Jene vier Worte können auf dreierlei Weise ausgelegt werden:

1) so, daß sie sich bloß rückwärts auf compensationes beziehen, wie ein hinzugefügtes Prädicat zu diesem Worte, nur alle Compensationen in genere so zu bezeichnen, daß sie liquid seyn müssen. Dieß würde, dünkt mich, auf den Wortzusammenhang gesehen, die gezwungenste Erklärung seyn: »unsre Constitution nahm mit den Compensationen, welche überhaupt liquid seyn müssen, die Erweiterung vor, daß ic.« Sieht man aber auf die Sache, so würde dieß dem wahren Sinne der Constitution am nächsten kommen, nur würde doch wieder das »jure aperto« nicht gut das ausdrücken, was Justinian sich im Zusammenhang seiner Verordnung unter »causa liquida et non multis ambagibus innodata« dachte. Durch jenen Ausdruck, wird man alsdann allerdings

Über die Compensation und ihre Liquidität. 195

leicht auf die Vermuthung geführt, als habe Justinian absolut und immer Liquidität auf der Stelle verlangt,

2) man kann die Worte auf das gleich folgende „latius introduxit“ und hinfolglich ferner auf sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque beziehen: unsre Constitution hat die Compensationen weiter ausgedehnt, auch bei allen actiones in rem, und überhaupt und ohne Unterschied bei allen Klagen sollen sie eintreten, aber nur die sind so erweitert, welche liquid sind. Hiernach würde das Erforderniß der Liquidität sich lediglich auf die Erweiterung beziehen, gar nicht auf die Compensationen, die vorher schon Statt gefunden hatten, also nur auf die compensatio bei actiones in rem, und bei diesen würde denn auch das Erforderniß absolut behauptet seyn. — Nach dem Wortzusammenhang scheint mir dieß die natürlichste Auslegung zu seyn, wenn man nur die sachliche Bemerkung hinzunimmt daß hierin, und nur hierin die Erweiterung bestand, daß Justinian die actiones in rem hineinzog. Aber freilich wer wird das aus der Constitution selbst herauslesen, in welcher Justinian in princ. sagt, Compensationen sollen bei actiones in rem ganz so gut wie bei actiones in personam und ohne allen Unterschied Statt finden; dann aber in einem besondern allgemeinen Satz fortfährt: „Ita tamen compensationes objici jubemus etc.“ Wenn er hier etwas Besondres für die Compensationen bei actiones in rem hätte vorschreiben wollen, so daß hier doch noch, gegen das, was er selbst in princ. gesagt hatte, ein Unterschied bleiben sollte, wie hätte er vermeiden können, zu sagen: ita tamen compensationes *actionibus in rem* objici jubemus.

3) es kann auch dieser Zwischensatz auf das *ipso jure* minuere actiones bezogen werden, so daß nur, wenn dieß eintreten sollte, nach dem Gesetz Liquidität erforderlich seyn müßte, dann aber auch immer. Da würde denn gleich im Wortzusammenhang das „latius introduxit“ im Wege

stehen, dieß müßte notwendig hineingezogen werden: liquide Compensationen seyen durch das Gesetz weiter ausgedehnt worden, so daß sie nun ipso jure eintreten sollten &c. Nun konnte hierin aber keine Ausdehnung liegen, sondern höchstens eine Verstärkung, zu Justinian's Zeit konnte das überhaupt keine Veränderung, mehr seyn, da alles, was damals an Compensation zugelassen wurde, ipso jure wirken mußte. Im übrigen ließe es sich wohl mit dem Wortsinne vereinigen. Aber welches ipso jure sollte hier denn gemeint seyn? das formelle? Das paßte am besten in den Zusammenhang mit dem im §. 30. Vorhergehenden: zu Mark Aurels Zeit war da noch ein Unterschied, wo nun aber Liquidität ist, da soll von nun an dieser Unterschied wegfallen, also doch nicht immer, und zu Justinians Zeit nicht? und was hat denn das mit dem gleich folgenden Gegensatz von actio in rem und actio in personam zu schaffen? Oder soll das materielle ipso jure gemeint seyn? Das hat ja offenbar nichts mit der Liquidität zu thun, denn wie könnte deshalb meine Forderung die des andern weniger an sich aufheben, weil ich sie zufällig nicht gleich beweisen kann? Das kann ja immer nur einen processualistischen Unterschied machen. — Dennoch liegt diese Auslegung Donell's Theorie zum Grunde. Er dachte sich die Sache so: nach altem Recht war niemals Liquidität erforderlich, denn da man nach diesem immer die Compensation per modum exceptionis opponiren mußte, — (freilich ist es nun vollends klar, daß dieß falsch sey, denn bei bonae fidei judiciis war es gar nicht so), — so mußte man auch immer zum Beweise dieser Exception gelassen werden, — (ein Schluß, der durch nichts begründet ist), — das Requisite der Liquidität rühre daher bloß von dem neuesten Recht her. Winnius⁴⁶⁾ hat diese Ansicht vollends auf die Spitze getrieben: nach altem Recht habe man die Compensation gleich bei der Litiscontestation ercipiren müssen, — (ganz irrig, theils da in

⁴⁶⁾ Quaest. sel. I. 50.

bonae fidei judiciis dieser Einwurf noch vor dem iudex gemacht werden durfte, und die litis contestatio *in jure* geschah, theils da es nach dem Obigen entschieden ist, daß sie schon nach altem Recht der actio iudicati entgegengesetzt werden konnte), nun habe Justinian dieß dadurch geändert, daß er sie ipso jure, d. h. ohne exceptio eintreten lassen, so dürfe sie denn nun auch noch post rem iudicatam opponirt werden, und da, aber auch nur da sey Liquidität erforderlichlich.

Auch die Art, wie Theophilus den §. 30. wiedergegeben hat, scheint sich am besten zu dieser Auslegung zu passen. Er sagt: die Constitution besteht, offenbare und unzweifelhafte Compensationen (τὰς σαφείς καὶ ἀαμφιβόλους κομπενσατίωνας) sollen ipso jure die Klage, (d. i. die Forderung) herabsetzen, sie mag nun in rem etc. Hier erscheint wirklich die Liquidität im strengsten Sinn als unerläßliches Erforderniß, aber grade in Beziehung auf die ipso jure eintretende Wirkung; das *latius* introduxit ist ausgefallen, und so hat hier Theophilus den schon zu viel umfassenden Hauptsatz der Institutionen noch mehr concentrirt, wodurch denn eine gewiß falsche Auslegung noch mehr erleichtert wird. Merkwürdig ist nun sein hinzugefügtes Beispiel, was die Sache aufklären soll, indem darin das ipso jure nicht formell, sondern eben materiell genommen wird: Einer hat eine Klage gegen mich, sagt er, mag sie nun strict oder bonae fidei seyn, sie geht auf 10 Ducaten (so wollen wir sagen, da ja „Goldstücke“ keinen bestimmten Münzwertth ausdrückt), er ist mir aber 3 Ducaten dagegen schuldig, hier wird schon nach dem Recht, sobald das Gegenschuldigseyn eintritt (ἀντὶ τῷ νόμῳ ἀμα τῷ ἀντεποφειληθέναι) die Klage gegen mich (ἡ ἀγωγὴ), offenbar nicht so viel als schon angestellte Klage, sondern so viel als klagbare Forderung, wie auch in Justinians Constitution actio gemeint ist) um 3 Ducaten vermindert. Freilich wie ungereimt, dieß mit absoluter Liquidität schlechthin in Verbindung zu

bringen! Doch aber erregt dieß gleich die Vermuthung, daß auch Justinian, der diese Verbindung so nicht hat, bei ipso jure auch an etwas Materielles dachte, und so unzuverlässig sonst Theophilus hier ist, so kann er dieß doch wahrscheinlich machen, denn dieß ist bei ihm ein reiner Zusatz, kein oberflächliches Uebersetzen ohne deutlichen Gedanken, wie der vorhergehende Satz, und wie kam er nur auf diesen Begriff des ipso jure, wenn dieser nicht zu seiner Zeit den Juristen geläufig war, gewiß am geläufigsten mußte er ihnen seyn, da die formelle Bedeutung so wenig mehr zu bedeuten hatte. — Zu §. 39. nimmt er die Sache wieder anders, und hier hat er die mehrste Selbstthätigkeit gezeigt. Das ex eadem causa, wie schon erwähnt worden, hat er hier rein gestrichen; wie es auch richtig war. Er will aber das plerumque, was er ἐπὶ τὸ πλεῖστον übersetzt, erklären, und so meint er, daß die Compensation nicht durchaus und allemal bewirke, daß der Kläger weniger bekomme, als seine Forderung betrüge, liege darin, daß wenn zufällig die zur Compensation gestellte Gegenforderung nicht klar und gewiß sey, der Kläger dennoch das unverkürzte Ganze mit Recht verlangen werde (ἐὰν συμβῆ μὴ σαφὲς εἶναι τὸ εἰς κομπενσατίωνα ἀντιτιθέμενον χρέος, οὐδὲν ἧττον ὁ ἀκτωρ ἀπαιτήσῃ τὸ χρέος ὀλόκληρον). Also hier wird die Liquidität zwar ebenfalls absolut, aber auch processualistisch und allgemein, ohne Beziehung auf ein beschränkendes ipso jure, genommen. Und gegen die Absolutheit bietet sich von selbst der practische Einwand dar, daß dann wohl schwerlich die Herabsetzung des Eingeklagten gewöhnlich und meistens eintreten werde, da es sich in der That viel öfterer trifft, daß die Gegenforderung nicht gleich auf der Stelle, d. h. so wie sie eingewandt wird, liquid gemacht werden kann. Indes läßt sich diese Stelle wohl als lenfalls so verstehen, daß die Liquidität, die Gewißheit der Gegenschuld nur im natürlichen Laufe des Processus eintreten müsse, und da würde dieß denn öfterer vorkommen können, und

Ueber die Compensation und ihre Liquidität. 199

es verträge sich der Sinn nicht übel mit dem Gesetz, wie es Justinian gegeben hatte.

Der ganzen Auslegung des §. 30. aber, wie wir sie unter No. 3. als möglich dargestellt haben, steht entgegen, daß dann die Justinianische Constitution ganz untreu wiedergegeben ist, denn alles, was in §. 1. über die Liquidität gesagt ist, ist dort nirgends auf das ipso jure im principium bezogen und beschränkt worden. Könnte man auch annehmen, daß die ganze Vorschrift über die Liquidität auf den Fall ginge, da kurz vor Ende des Rechtsstreits oder noch später (wo steht denn aber nur irgend etwas von einem *post rem judicatum* im Gesetz? der Richter soll ja vielmehr noch *litem sententia terminali componere*, ohne sich durch die Compensation hindern zu lassen) die Compensation vorgeschützt würde, so würde es ja doch ganz falsch seyn, sich dieß auf eine ausgezeichnete Weise als ipso jure zu denken, als sey grade erst in den übrigen Fällen eine *exceptio* nothwendig und hinreichend. Also hätten hier wieder die Institutionen etwas ganz anderes referirt, als in dem Gesetz selbst enthalten ist.

Wenn man es in dieser Art nur anfangen will, so kann man mit den Institutionen und der Paraphrase in der Hand jede Theorie vertheidigen. Aber was konnte denn unsre Gelehrten bewegen, so vieles Gewicht auf ein verunglücktes Excerpt und eine noch unglücklicher gerathene Uebersetzung desselben ins Griechische zu legen? Wir haben doch nicht so großen Mangel an solchen Verkürzungen in unsern Compendien, ohne daß man sich sehr darüber ereifern darf, da wir ja immer noch die Quellen besitzen, um uns aus ihnen besser zu belehren.

Eine so weitläufige und ermüdende Interpretation dieser Texte würde ich aber gewiß nicht mir haben zu Schulden kommen lassen, wenn nicht die so häufigen und, wie ich innig überzeugt bin, aller Regel trozenden Mißverständnisse, es zum Bedürfnis gemacht hätten, jeden einzelnen Punct für

sich zu beleuchten, so daß mir der Leser wohl einige Breite hier verzeihen mag.

Lassen wir uns nun aber durch die offenbar fehlerhafte Darstellung in den Institutionen und im Theophilus nicht stören, so bekommen wir für das Justinianische Recht ein reines Resultat:

1) Die Compensation ist jetzt ohne Unterschied der Klagen zulässig. In diesem Punkt kommt sie also jetzt mit der *solutio* überein.

2) Das *ipso jure* ist jetzt formell bedeutungslos, denn eine *exceptio* im alten Sinn ist nicht mehr zu denken. Auch kann dieß nicht so verstanden werden, als müßte der Richter *ex officio* die durch die Compensation eingetretene gegenseitige Zerstörung der beiden Forderungen durch einander beachten, denn nirgends hat das Gesetz etwas so Ungereimtes vorgeschrieben. Hierin liegt wieder ein Unterschied von der *solutio*, der in einzelnen Fällen bedeutend seyn kann. Wenn z. B. jemand den Richter anginge, und sagte: B ist mir 1000 Nthlr. *pretium* schuldig, er hat mir zwar 500 Nthlr. darauf bezahlt, er hat sie mir aber nicht zur rechten Zeit bezahlt, und er ist mir ohnehin noch aus andern Gründen schuldig, ich bitte ihn daher schuldig zu erkennen, mir die 1000 Nthlr. *pretium* zu bezahlen, so müßte ein solches ineptes Libell auf der Stelle vom Richter zurückgewiesen werden. Anders wäre es, wenn er sagte: ich bin ihm zwar auch 500 schuldig, will diese aber nicht abziehen, da ich sie ihm ferner verzinsen will. Hier käme es immer auf die Erklärung des Beklagten an, ob er sich dies will gefallen lassen, und vielleicht bloß über die Existenz der eingeklagten Forderung, mit Beiseitsetzung seiner Gegenforderung streiten. Das muß ihm freistehn. Wie auch immer im Verlauf des Rechtsstreits die Compensation zum Vorschein komme, wenn sich keine Partei darauf beruft, so darf der Richter darauf keine Rücksicht nehmen. Niemand verliert auch der Beklagte dadurch seine

Gegenforderung, daß er sie nicht zum Zweck der Compensation vorschützt, wie könnte ihm dieß zur Pflicht gemacht seyn, da er ja zu besorgen hat, daß ihm die Einrede verworfen werde, und alle Voreiligkeit beim Zulassen derselben dem Richter in L. ult. so streng untersagt ist?

3) Das materielle ipso jure gilt dagegen jetzt im vollsten Umfange. Dieß hat aber nichts zu thun mit der rein processualistischen Frage, ob der Einwurf der Compensation im ersten Rechtsstreit zu beachten sey. Ist sie in diesem verworfen, so liegt es ganz im Geist des Justinianischen Gesetzes, welches nur unbillige Verzögerungen entfernen wollte, und im Sinne des zu seiner Zeit geltenden Rechts, vermöge eines besondern zweiten Rechtsstreits alle Wirkungen der Compensation nun noch hinterher zu realisiren, und zwar so, daß sie auf den Augenblick zurückgezogen werden, in dem die beiden Klagen, d. h. die fällig gewordenen Forderungen entstanden. Dieß steht im Ganzen der *solutio* völlig gleich. Es lassen sich hier aber unterschiedliche interessante Fälle denken. Wir wollen nur ein paar vorlegen. Der Kläger klagt die Forderung ein, zieht sich aber gleich die Gegenforderung ab. Der Beklagte will aber gerade von dem Abzug nichts wissen, und bloß über die Forderung streiten, er sagt, ich habe noch mehr zu fordern, und will auf jeden Fall nicht halb bezahlt seyn, das wollen wir aber als *altioris indaginis* bei diesem Rechtsstreit ganz auf sich beruhen lassen. Hierbei kommt ein leichter Unterschied von der wahren *solutio* vor⁴⁷⁾, denn zu sagen: ich

47) Außer den im Verlauf dieser Erörterung vorgekommenen Unterschieden der *solutio* und *compensatio* lassen sich leicht noch mehrere aufrechnen, so wird eine noch nicht fällige Forderung durch Zahlung getilgt, wogegen dieselbe durch eine fällige oder nicht fällige Forderung als getilgt angesehen werden kann; so bei der *Correalobligation* wird der eine *reus* durch das Zusammentreffen mit einer Gegenforderung in der Person des andern

habe noch mehr bezahlt, das soll aber gar nicht in diesen Rechtsstreit gehören, würde sinnlos seyn. Wie denn nun aber in unserm Fall? Ultra petitum kann der Richter nicht erkennen. Ob aber damit die Gegenforderung, und wie weit getilgt sey, darüber würde im Urtheil gar nicht zu sprechen seyn, das gehörte erst in einen neuen Rechtsstreit, worin darüber endlich zu entscheiden seyn würde, nicht wie weit der Kläger dort, durch seinen Abzug die Gegenforderung getilgt hätte, sondern wie weit sich die beiden Forderungen im Augenblick gegenseitiger Fälligkeit deckten. Hätte er hiernach zu viel eingeklagt, so müßte er das zu wenig Abgezogene mit den Zinsen zurückgeben. Vorerst würde dieß aber nicht beachtet.

Ein andrer Fall wäre: der, welcher die geringeren Zinsen schuldig war, klagte diese mit dem Capital ein, und bemerkte es aus Irrthum nicht, daß er dem Andern eben so viel mit größeren Zinsen schuldigte. Der Beklagte schwieg auch klüglich von der Compensation und wurde schuldig erkannt. Jetzt klagt er sein Capital mit den größern Zinsen ein. Hier muß allerdings auf das Capital erkannt werden, auf die Zinsen aber, des materiellen ipso jure und der oben sub B. angeführten Gesetze wegen, nur so weit als sie nicht über die im vorigen Proceß eingeklagten Zinsen hinausgehn, oder die Capitale selbst sich nicht deckten, was nur in unserm Fall vollständig angenommen wurde. Wie wenn jener es aber wissenlich that? Es wird alles darauf ankommen, ob er es donandi animo that.

Noch kann die Frage aufgeworfen werden, ob denn nicht

nicht befreit, ungeachtet ihn jede Zahlung des *correus*, selbst *novatio*, die doch auch nur *loco solutionis* ist, und eben so durch *acceptilatio* befreit, L. 10. D. de duob. reis. L. 31. §. 1. D. de novat. L. 16. pr. D. de acceptil. Sodann passsen begreiflicher Weise die *Privilegia*, die der *Fiscus* hinsichtlich der Einrede der Compensation hat, nicht auf die Einrede der Zahlung u. s. w.

Ueber die Compensation und ihre Liquidität. 203

das materielle ipso jure aller Compensation auch bei m *depositum* Statt findet. Es kommt darauf an, wie der Fall zu stellen sey, damit dieses eine Bedeutung gewinne. Wie wäre es bei einem *depositum irregulare*?

4) Zugelassen muß die Compensation in jedem Proceß werden, nur niemals dann, wenn dies in concreto zu unbilligen Zögerungen und Weiterungen führen würde. Von solcher Unbilligkeit, hat Justinian in L. ult. nur ein recht hervorstechendes Beispiel anführen wollen, ohne damit eine *conditio sine qua non* für das Erforderniß der Liquidität aufstellen zu wollen. Wann nun aber eine solche Unbilligkeit vorhanden sey, und wann nicht, das läßt sich nicht in alles erschöpfenden Sätzen aussprechen, so daß der Richter nur in jedem Falle nachzusehen hätte, ob die angegebenen Merkmale grade einträfen oder nicht, es muß hier Vieles dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen bleiben, der sich aber durch die oben dargestellten, aus der Natur des im positiven Recht nun vollaus und ohne Hinderniß formeller Gründe anerkannten Instituts, leiten; in wahrem Zweifel aber, nach Justinians ausdrücklicher Vorschrift, eher zu streng als zu gelinde gegen den Einwurf der Compensation in diesem Betracht seyn muß. Das *arbitrium judicis* ist hier auch ungefährlich, da dieß nur auf den dermaligen Proceß wirkt, das materielle ipso jure davon ganz unabhängig bleibt, und dafür, daß dieses dereinst vollständig realisirt werden könne, nach Unterschied der Fälle gesorgt werden muß.

Für die Billigkeit der Zulassung, und gegen die Annahme einer unbilligen Zögerung, muß es noch immer vorzüglich sprechen, wenn *par causa* ist, oder doch beiden Forderungen ein obligatorisches Verhältniß zum Grunde liegt, was auf endliche Liquidation und Auseinandersetzung von Anfang an berechnet war. Daß Justinian in L. ult. dieß nicht in dem rechten Sinne besonders herausgehoben hat,

ändert in der Sache nichts, er hat allgemein Verzögerungen, aber nur unbillige verbieten wollen, und war dabei in seinem besondern Fall der Unbilligkeit wie gefangen mit seinen Gedanken. Es möchte aber noch hinzuzufügen seyn, daß jenen Fällen der Fall sehr nahe kommt, wo zwar weder *par causa* noch ein solches eigentliches obligatorisches Aufrechnungsverhältniß vorliegt, aber doch beide Forderungen aus factischen oder rechtlichen Gründen so nicht hätten entstehen können, wenn nicht irgend eine Gemeinschaft, irgend eine nähere Verbindung, etwa ein Familienverhältniß, eine Ehe z. B. Statt gefunden hätte; so wird z. B. in L. 6. C. h. t. ⁴⁸⁾ die Forderung des Mannes auf eine *aestimatio* der *res a muliere amotae* oder eine von ihr entwandte Geldsumme gegen die *Dotalklage* derselben zur Compensation gebracht, und am Schluß darauf aufmerksam gemacht, daß hier ein vorzüglicher Grund der Billigkeit vorhanden sey, die Compensation zuzulassen.

Daß es nun dennoch in solchen Fällen im Einzelnen möglich ist, daß die zugelassene Compensation unbilligen Aufschub mit sich führen würde, daß dann aber vom Richter Sicherheitsbestellung aufzulegen seye, ist oben schon erwähnt worden. Wir fügen nur noch hinzu, daß dieß dem Richter in keinem Falle verwehrt seyn darf, wo aus der Person des Klägers oder sonst aus den Umständen besondere Schwierigkeit und Gefahr für den Beklagten sich ergibt, seine Gegenforderung weiter zu verfolgen in einem besondern Rechtsstreit, vorausgesetzt, daß dem Kläger die Sicherheitsbestellung nicht wieder unbillig schwer fällt, und der Einwurf des Beklagten nicht den Verdacht der *Chicane* mit sich führt. Alles dieses sind Billigkeitsrückichten, die in diesem

48) „— — Non — prius exolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit; eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris.“

aus Billigkeit hervorgegangenen Institut selbst gegründet sind.

Da nun also die Justinianische Gesetzgebung die Sache so gelassen, wie sie vernünftig war, und von den classischen Juristen, abgesehen von dem Hinderniß der Formeln, immer behandelt worden war; wir also nun von den verkehrten und unpractischen Verordnungen, welche man ihr aus Mißverständnis, bald so bald anders, untergeschoben hat, befreit sind, so bleibt uns nur noch die Frage zu beantworten übrig:

Hat denn unser Proceß hierin nichts verändert?

Ich glaube, nichts im Wesentlichen, nur erscheint dieses Wesen darin etwas anders modificirt. Wenn in den Reichsgesetzen (z. B. F. R. U. §. 48.) gesagt wird, nachdem der Kläger bewiesen habe, so solle nun der Beklagte mit seinen Beweisen an die Reihe treten, so, dünkt mich, ist damit gar nicht ausgeschlossen, daß irgend eine bestimmte Einrede desselben ihrer besondern Natur nach eben deshalb ganz könne zurück gewiesen werden, weil sich voraussehen lasse, ihr Beweis werde die Sache unbillig in die Länge ziehen.

Daß nach dem F. R. U. §. 37. alle Einreden bei der Litiscontestation, bei Strafe der Präclusion auf einmal vorgebracht werden müssen, modificirt nur die Sache in etwas. Daß man die Natur der Compensation, welche das römische Recht so bestimmt anerkannt hatte, durch eine solche im Allgemeinen gehaltene Vorschrift auch nur per subsequens habe umschaffen wollen, ist unglaublich. Wer nun aber dieser Natur irgend getreu bleiben will, der muß, wenn er auch sonst alle privilegirten Einreden verwirft, doch die Compensation noch nach der Litiscontestation, im heutigen Sinne des Wortes, zulassen, sobald sie nur gänzlich liquid ist. Zwar als Einrede gegen die Klage ist sie nicht mehr zuzulassen, wohl aber loco solutionis.

Ist schon ein rechtskräftiges Erkenntniß vorhanden, wel-

ches den Beklagten schuldig erkannte, so kann man sich nun nicht mehr auf Zahlung, die vor der *res judicata* geschehen seyn soll, berufen, ohne Zweifel aber auf eine Zahlung, die nach der *res judicata* geschehen ist; damit wird ja nur gesagt, ich habe die Auflage des Urtheils erfüllt. Die Compensation, nach dem was oben gesagt worden, kann nie in dem Sinn *ipso jure* geschehen, daß der Beklagte nicht befugt seyn sollte, sie zu umgehen, und erst einmal zu bezahlen, was er schuldig ist, und dann seine Forderung für sich zu verfolgen. Auf eben die Art darf er nicht gradezu genöthigt werden, der Klage, die er für an sich unzulässig hält, indem er gar nicht meint, er sey schuldig, die Compensation in *eventum* entgegenzusetzen, er kann erst den Streit über seine Schuld rein durchführen, und über dieselbe erst durch ein Urtheil vergewissert seyn wollen, das kann seine Forderung nicht verletzen oder verkümmern. Nun so vergewissert kann er zwar zahlen, indem er das ihm Aufgelegte schlecht hin prästirt; aber er muß auch nach aller Billigkeit damit prästiren können (das ist ja nicht *aliud pro alio*), daß er sich bereit zeigt, seine Forderung, so weit sie decken kann, dagegen aufzugeben, das muß allemal *pro solutione* seyn, sobald gleich auf der Stelle klar ist, daß eine solche Forderung existire. Hier hat die Zulassung der Compensation noch im Executionstermin offenbar einen ganz andern Sinn, als bei andern Einreden. Damit harmonirt vortrefflich der Ausspruch von Antonin in L. 2. C. h. t., wie er da ausgedrückt ist:

»Eum vero; qui judicati convenitur, *compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est.*

Wie ist es nun aber vor dem Urtheil, aber nach der *Litiscontestation*? Ist die Gegenforderung erst inzwischen entstanden, z. B. der Beklagte hat sie erst von einem Dritten geerbt, so kann es keinen Zweifel leiden, daß er damit gehört werden muß. Außer dem aber kann nach der Regel

des Reichsabschieds die Compensation nicht als eventuelle Einrede mehr vorgeschützt werden; aber will der Beklagte den Klaggrund zugestehen, und nun vermöge seines Zugeständnisses den Kläger durch Compensation befriedigen, so ist dies wieder loco solutionis, sobald die Gegenforderung unzweifelhaft ist, und so muß denn auch Compensation mit allen ihren Folgen rückwärts und in die Zukunft allerdings zugelassen werden.

X.

Ueber theilweise Eviction,
insbesondere zur Erklärung der L. 64. §. ult. D. de
evict.

Von Herrn Dr. E. J. Neufotel, Obergerichtsanwalte zu Hanau.

Gewiß zu den merkwürdigsten Ueberbleibseln juristischer Herrlichkeit der Römer gehört l. 64. D. de evict., aus Papinians Quästionen entnommen, und ein Zeugniß mehr liefernd für die Meisterschaft ihres Verfassers. Wichtig ist diese Stelle nicht bloß des materiellen Inhalts wegen, indem sie über das feinste Detail der Lehre von der Eviction der Theile Licht verbreitet; sondern vornehmlich auch, einige Dunkelheit des Ausdrucks abgerechnet, in formaler Hinsicht, weil sie das seltene Beispiel einer nach allen ihren Dimensionen hin mit Umsicht und Consequenz durchgeführten Rechtsfrage darbietet. Selten ist diese Weise der Darstellung selbst in den Digesten, sey es, daß die Compileren weniger den Zusammenhang des Einzelnen, als die Vollständigkeit des Ganzen beachtend, allzu rücksichtslos mit den zum Material dienenden Schriften verfahren haben, oder daß deren Verfasser selbst die exponirende Behandlungsweise überhaupt

nicht liebten. Zwar sehen wir sie häufig, der Ordnung nach, verwandte Fragen aufwerfen und beantworten; aber dann geschieht es gewöhnlich in der Form des Commentars; dann sind es Betrachtungen, Zweifel und Fälle, die an die Worte eines Textes, z. B. des prätorischen Edicts sich anschließen, an denen sie sich entwickelt haben, und die ihnen zur Basis dienen. Freie, nämlich von gesetzlichen Worten unabhängige Ausführungen, die auf Vollständigkeit Anspruch machen können, sind selten anzutreffen; und wo dergleichen sich findet, ist es den Auslegern bisweilen so befremdend gewesen, daß sie, wie z. B. bei l. 57. D. de contr. emt., auf den Verdacht unächter Zusätze gerathen sind ¹⁾.

Sofern nun der unvergängliche Werth des Römischen Rechts nicht in dem zweifelhaften Nutzen seiner fortgesetzten Anwendung, sondern in dem Bildungsmittel besteht, das es den Juristen aller Zeiten und Gesetzgebungen verleiht, so würde unser Fragment aus Japan, selbst wenn es eine nicht mehr practische Materie zum Gegenstand hätte, große Beachtung verdienen. Was nun aber dessen practischen Werth betrifft, so findet zwar die Römische Caution wegen künftiger Entwährung verkaufter Sachen bei uns so wenig mehr statt, als überhaupt eigentliche Stipulationen. Aber auch sonstige Verabredungen auf den Fall der Entwährung sind in Contracten unserer Zeit nicht gewöhnlich; da was die Partheien hierüber zu bestimmen etwa für nöthig halten könnten, meistens schon an sich in der rechtlichen Natur des Contracts und der daraus hervorgehenden Klagen begriffen, und ohnehin die Gefahr der Entwährung bei uns dadurch sehr gemindert ist, daß fast überall in Deutschland die Eigenthumsübertragung der Immobilien unter Mitwirkung der

1) Vergl. *Ant. Faber* Conj. lib. XII. c. 17. und *Ration. ad Pand.*, ad l. 57. ut., *Noodt* de form. emend. doli mali cap. XI. und meine *Dissertat. bonae fidei negotia, dolo imita, non esse nulla.* Heidelberg. 1818. cap. 10.

Obrigkeit und unter dem Schirme von Anstalten geschieht, die, kräftiger als jene Römischen Cautionen, den Käufer gegen Irrthum und Betrug in Absicht auf das Eigenthum seines Auctors schützen. Dennoch kommen dann und wann, und vorzüglich beim Verkaufe von Grundbesitzungen, deren Qualität als freies Eigenthum, im Gegensatze von Lehn- Erbleih, Landsiedelgut, nicht unbezweifelt ist, Fälle von zum voraus festgesetzter Schadloshaltung auf den Fall der Entwährung vor, die zur ganzen Reihenfolge der in unserem Fragmente entwickelten Verhältnisse führen können. So hat dasselbe auch ein unmittelbares practisches Interesse, und es ist daher in jeder Hinsicht unangenehm, daß dessen letzter §. Schwierigkeiten darbietet, die entweder nicht, oder nicht ohne durchgreifende Emendation zu heben sind. Zur Erleichterung der Uebersicht wird die Voranstellung des ganzen Fragments, wie es die florentinische Handschrift giebt, dienlich seyn.

L. 64. D. de evict.

Papinianus lib. 7. Quaestionum.

»Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit: si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta, praestabitur: nam quod perit damnum emptori, non venditori attulit; si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio: non magis, quam si incuria fundus, aut servus traditus, deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. §. 1. Quod si modo terrae integro, qui fuerat, traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt, ac postea, pro indiviso, pars quinta totius evicta sit: perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta quia alluvionis periculum non praestat venditor. §. 2. Quaesitum est: si mille jugeribus traditis perissent

ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine: sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta, quae universo fuudo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi. §. 3. Ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus jugerum traditus sit: tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio. §. 4. *Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit: secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri: quemadmodum si locum certum, aut fundum similiter tradidisset.*“

Die verschiedenen Ausgaben haben Abweichungen in der Lesart des §. ult., die, wenn auch zum Theil unwesentlich, doch wenigstens zeigen, daß die Herausgeber an der holländischen Sprache und dem dunkeln Inhalte der Stelle, Anstoß gefunden haben ²⁾. Werfen wir einen vorbereitenden Blick auf die Lehre von der Eviction der Theile überhaupt. Zwei Klagen sind es, deren sich die Römer wegen Eviction verkaufter Sachen bedienen konnten; die *actio ex emto*, dann die *ex stipulatu* (*duplae*, *simplae*), oft auch *actio pro (de) evictione* genannt.

2) Die bedeutendste Abweichung hat Haloander; er liest nämlich: *unum jugerum commune* — —. Angenommen auch, dieser Lesart liege mehr, als eine bei Haloander nicht seltene, Willkür zum Grunde, so reicht sie doch nicht zu, den Zusammenhang herzustellen, wie bei der Critik der Cujacischen Interpretation, derzufolge das *commune* hinzugedacht werden müßte, gezeigt werden soll. Dieselbe Ausgabe hat: *non totum dominium tradidit*, sed — — Baudouin schaltet zwischen *habet* und *tradidit* die Copula *et* ein.

Ob nun die Sache ganz, oder nur zum Theil, entwährt worden, macht bei der actio ex emto keine Schwierigkeit. Eben so unbeschränkt wie bei Entwährung des Ganzen, äktsirt der Richter bei nur theilweiser Eviction das Interesse des Käufers. Größe, Güte und Werthverhältniß des evincirten Theils zum Ganzen, gehören zu den Momenten, worauf dann die freie richterliche Reflexion vornehmlich Rücksicht zu nehmen hat; und bei der Aestimation wird auf die Zeit der erfolgten Entwährung gesehen. Weniger einfach ist die Beantwortung der Frage über die Größe des Interesse, wenn aus der Stipulation wegen Entwährung eines Theils geklagt wird. Die aus dem Kauf- und Verkaufcontracte, als bon. fid. negotium, fließenden Grundsätze verlassen uns hier, und es handelt sich von strenger Auslegung der Stipulation. Diese nun war formell so gestaltet; der Verkäufer spondirte das habere licere, und als lex stipulationis ward, um der schwankenden Aestimation des Interesse auszuweichen, das Versprechen des doppelten Kaufpreises auf den Fall der Entwährung in der Regel hinzugefügt. Erfolgte Entwährung ist demnach die Suspensiv-Bedingung, wovon die Stipulation abhängt.

Streng genommen würde nun auch, wenn nur ein Theil entwährt ist, aus der Stipulation nicht geklagt werden können, weil die Bedingung (Eviction der verkauften Sachen, also des Ganzen) nicht erfüllt ist. Darum lehren Viele 3), die Stipulation müsse, um für diesen Fall nützlich zu seyn, ausdrücklich mit auf die Gewährung der Theile gerichtet werden, besonders wegen l. 56. §. 2. D. de evict. wo dieses als Erforderniß beim Verkaufe von Sklaven angegeben ist. Allein grade dieses Fragment, welches doch offenbar von einem solchen Erfordernisse bei allen Verkäufen keineswegs res-

3) J. B. Thibaut Pand. v. 6. 183. Schweppe Röm. Privatr. S. 442. Die Veräußerung von Ländereien nimmt aus v. Wenning = Ingenheim Lehrb. des Civilrechts. Bd. II. S. 377.

det, bestimmt mich mit Bartolus ⁴⁾ und Donellus ⁵⁾ die Allgemeinheit der Vorschrift in Zweifel zu ziehen, ohne sie jedoch mit denselben bloß auf den Sklavenverkauf zu beschränken, weil sich kein vernünftiger Grund für die Annahme einer solchen Singularität angeben läßt ⁶⁾. Vielmehr dürfte es schon aus der Natur der Stipulation selbst folgen, daß wann eine Sache unter Angabe von Theilen verkauft wird, z. B. ein Grundstück von 100 Morgen, die Stipulation an sich schon auf die Theile geht, und angenommen wird, der Verkäufer habe das Doppelte verhältnißmäßig wegen jedes einzelnen Theils versprochen. Wo hingegen eine Sache als ein Einfaches ohne Angabe von Theilen verkauft wird, — wie dieses beim Verkaufe von Sklaven, wie von allen beweglichen, und überhaupt allen denjenigen Sachen, die man nicht pro diviso besitzen kann ⁷⁾, der Fall ist, — da mußte die Stipulation wohl allerdings besonders auf theilweise Eviction gerichtet seyn. — Verschieden von dem Klagewege ex empto, wird hier, als in einem str. jur. iudicium, nicht die Zeit der Condemnation, und nicht einmal die der litiscontestatio zum Grunde gelegt, vielmehr, in den Ausnahmefällen, wann es hier zu einer Aestimatio kommen kann, die Zeit des Verkaufs ⁸⁾. Gleichwohl entsteht die Frage, ob Umstände, wie Verringerung und Vergrößerung,

4) Ad. l. 56. §. 2. cit.

5) De Evict. cap. VII. in opp. min. p. 335.

6) Der von Bartolus hervorgehobene Grund, daß der Sklave, von dem ein Theil evincirt worden, dennoch gleichsam ganz dem Besitzer bleibe, weil er diesem auch nach der Eviction in solidum etwas erwerben könne, ist — obgleich von Donellus gebilligt — unglaublich leicht. Der Erwerb eines gemeinschaftlichen Sklaven ist in der Regel gemeinschaftlich, und nur ausnahmsweise kann er für einen seiner Herren ausschließlich erwerben. L. 5. de stip. serv.

7) L. 8. de R. V.

8) L. 13. D. de evict. — Vergl. Donell. l. c. p. 349—351.

Verbesserung oder Verschlimmerung des Object's nach dem Verkaufe auf die Leistung aus der Stipulation Einfluß äußern?

Die möglichen Hauptfälle sind nun folgende. Das verkaufte Object ist entweder:

I. ein selbstständiges Ganze (res solida), z. B. ein Grundstück von 100 Morgen; und dieses wird entweder:

- 1) ganz evincirt, und zwar nachdem es entweder zu: oder abgenommen, oder unverändert geblieben ist; oder es wird
- 2) ein Theil desselben evincirt. Dieser ist entweder:

A. ein ideeller Theil (pars pro indiviso) des Ganzen, wobei wieder die Unterscheidung eintritt, daß das Ganze nach dem Verkaufe entweder unverändert geblieben ist, oder: verschiedenartig sich verändert hat. Oder der evincirte Theil ist:

B. kein ideeller, sondern ein reeller, physisch bestimmter Theil (pars pro diviso), wobei dieselbe Unterscheidung wie bei A. gemacht werden kann.

Das verkaufte Ganze selbst kann aber auch:

II. bloß in dem intellectuellen Theile an einem andern Ganzen (pars pro indiviso), z. B. der Hälfte an einem Grundstück, bestehen, und auch hiebei können die unter I. bezeichneten Verschiedenheiten zur Sprache kommen.

Nun ist so viel gewiß, daß unsere l. 64. bis zum §. ult. alle unter I. gesonderten Fälle entweder bloß berührt, oder zu Fragguncten erhebt und beantwortet; wie und wohin? soll hier nicht erörtert werden, da es vortrefflich von Donellus⁹⁾, Cujacius¹⁰⁾ und Anton Faber¹¹⁾ geschieht, und noch letztlich Glück¹²⁾ gegen einige wieder auferstandene ältere Irrmeinungen sich mit siegender Wahr-

9) L. c. cap. VII.

10) Comm. in lib. VII. Quaest. Papin. ad h. l. (in opp. T. IV. p. 155. sqq.), und lib. 26. Obs. c. 37.

11) Ration. ad pand. ad h. l.

12) Comment. Tbl. 20. Abth. 2. S. 330 - 343.

heit erklärt hat. Wie aber verstehen die Ausleger den s. ult., der doch nicht leicht außer allem Zusammenhange zu dem in logischer Bewegung fortschreitenden übrigen Theile des Fragments stehen möchte? Manche halten ihn für zu unwichtig, um mehr als höchstens zwei Worte ihm zu widmen, oder übersehen ihn ganz; besonderer Erwähnung verdienen daher nur die Erklärungsversuche der Glosse und des Cujacius.

Jene nimmt an: von zwei Morgen, die Jemand mit einem Andern pro indiviso gemeinschaftlich besessen, habe er einen pro diviso abgemessenen Morgen einem Dritten verkauft und übergeben. Papinian bemerke, der Käufer erwerbe das Eigenthum nur eines halben Morgens, und des ganzen eben so wenig, als wenn jener ein ungemessenes Stück, oder den ganzen Acker, ihm verkauft haben würde. — Dieß sind aber ungeheuerer Unterstellungen! erst soll, wo es heißt: »qui unum fundum pro indiviso habuit, tradidit,« verstanden werden: tradidit *pro diviso* und dann wird sogar, um einen Gegensatz zu bilden, der »locus certus« für identisch mit einem locus *non* mensuratus genommen.

Darum ist auch Cujacius ¹³⁾ dieser Erklärung nicht beigetreten, indem er die Stelle so versteht: ein Morgen sey gemeinschaftliches Gut zweier Eigenthümer gewesen; diese hätten demnach beide den Morgen pro indiviso besessen. Da nun einer von ihnen seinen Morgen pro indiviso verkauft und übergeben, so frage sich, ob dessen Käufer das Eigenthum am ganzen Morgen erworben habe? Papinian verneine dieses; nur die Hälfte gehe über, und (was zu subintelligiren) wegen der andern Hälfte Eviction geleistet; grade so wie wenn der socius einen bestimmten Theil des gemeinschaftlichen Grundstücks übergeben hätte, wovon er auch nur die ihm daran zustehende Hälfte übertragen könne.

13) L. c.

Allein auch diese Erklärung scheint mir nicht haltbar. Vorerst reißt sie (was Cujaz selbst einräumt, und was auch gegen die Glosse gilt) den Schlussparagraphen aus allem Zusammenhang mit dem Vorhergehenden, und es ist nicht anzunehmen, daß Papinian auf die feinste und scharfsinnigste Auseinandersetzung, den trivialsten aller Gemeinplätze, daß Niemand mehr Eigenthum als er hat übertragen kann, habe folgen lassen. Und wie hätten die Compileren dazu kommen sollen, eine solche, in diesen Titel gar nicht gehörige Aeußerung hieher aufzunehmen? Cujacius, der diese Einwendung sich selbst machte, legt deshalb den Sinn unter, daß der nicht übertragenen Hälfte wegen Eviction geleistet werden müsse; allein der Text enthält davon nichts, und anzunehmen, daß Papinian den Hauptpunct, statt ihn auszudrücken, subintelligirt habe, ist wohl allzugewagt. Können aber diese Erklärungsversuche keine Verbindung des Schlussparagraphen, weder mit dem Fragmente, wozu er gehört, noch mit dem Pandectentitel, in welchen er eingeschaltet ist, nachweisen, so haben sie schon das gegen sich, daß sie die Compileren einer ungewöhnlichen Nachlässigkeit in der Anordnung zeihen müssen. Ohnehin folgt in den Pandecten am Schlusse eines langen Fragments ein, von heterogenen Gegenständen redender §. nicht leicht anders, als wenn er den Uebergang zu sich Gleichartigem in den folgenden Fragmenten bereiten soll; — l. 65. aber handelt im Gegentheil von einem ganz dritten Gegenstande.

Aber nicht bloß dem äußeren Zusammenhange entzieht die Cujacische Erklärung unsere Stelle, sondern auch dem innern. Denn wie wird es mit den Schlussworten »quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset?« Offenbar sollen sie einen zwar analogen, aber von dem Verkaufe des »unum jugerum pro indiviso« verschiedenen Fall bezeichnen. Nach jener Erklärung liegt nun zwar eine Verschiedenheit in der Uebergabe des locus certus (bestimmten Districts pro diviso), nicht aber in der

des fundus, da ja das »unum jugerum« in Folge der gedachten Erklärung schon selbst ein ganzer fundus wäre, und der Jurist, um seinen Fall durch Analogie zu erläutern, ihn doch nicht mit sich selbst vergleichen konnte ¹⁴⁾.

Endlich und hauptsächlich scheint mir eine Erklärung nicht sprachgemäß, derzufolge: unum jugerum pro indiviso habere von dem gesagt werden soll, der an einem Fucharte zur intellectuellen Hälfte Theil hat; von diesem würde es heißen müssen: *dimidiam jugeri pro indiviso habere*. Für einen Morgen Antheil an einem ganzen Grundstücke haben, — gleichviel ob es 1000 oder 2 Morgen groß — heißt *unum jugerum pro indiviso habere*; ebenso wie im Pr. unserß Fragments *ducenta jugera pro indiviso* als ideeller Theil des ganzen, tausend jugera großen Guts vorkommen ¹⁵⁾.

14) Diese dem äußern und innern Zusammenhange der Stelle entnommenen Gründe streiten auch gegen die oben (Note 2) angeführte Lesart des Haloander.

15) Der Beisatz *pro indiviso* (gleich dem entgegenstehenden *pro diviso*), wird in der Sprache unserer Quellen bald absolut gebraucht, bald relativ, d. i. auf eine Größe oder ein Maas bezogen. Wo er absolut gebraucht wird, bedeutet er nicht mehr als unser: ungetheilt; so z. B. l. 5. §. 15. *commod.* und in diesem Sinne findet sich auch: *solidum fundum possidere pro indiviso*, l. 8. §. 4. *quib. mod. pign.* Die relative ist zugleich die juristisch-technische Bedeutung, und dient zur Bezeichnung bald eines unbestimmten, bald eines bestimmten Maßes. Beispiele von jenen liefern Verbindungen mit *pars*, und zwar entweder ohne alle nähere Bezeichnung (*pars pro indiv.*), wie in l. 6. §. 1. *comm. praed.*, l. 1. *de evict.*, l. 7. §. 4. *quib. mod. pign.*, l. 7. *pr. de exc. rei jud.*, oder als Bezeichnung der *pars certa*, dem Gegensatze von *pars incerta*, (Theils von unbekannter Größe), wie in l. 26. 43. *pr. De acq. vel. amm. poss.*, l. 4. §. 1. *pro emt.*, woselbst die Form: *pars certa pro indiviso*. Ebenso in Verbindung mit *portio*, z. B. *communis praedii portio pro indiviso*, l. 3. *C. de comm. rer. alien.* Hingegen einem bestimmten Maßstabe beigegeben (*pars dimidia*, —

Demnach müßten wir, bei der Unzulänglichkeit jener Erklärungen, und da eine andere, befriedigende Auskunft, ohne der Sprache Gewalt anzuthun, nicht möglich scheint, uns bescheiden, eine der wenigen unerklärbaren Pandectenstellen vor uns zu haben. Zu diesem Extreme der Verzweiflung sollen es aber Interpreten nicht kommen lassen, so lange noch irgend ein Hülfsmittel bleibt. Dieses besteht hier freilich nur in einer Conjectur; allein wenn auch dieses Hülfsmittel seiner verführerischen Bequemlichkeit wegen im Allgemeinen mißlich ist, so wird eine Kritik, die ihr Ziel sich a priori genau vorzeichnet, vor dem Vorwurf der Willkühr gerechtfertigt seyn.

Es ist nämlich durchaus nicht wahrscheinlich, daß Papinian eine Reihe scharfsinnig ineinandergreifender Bemerkungen hiedurch den Fall (oben unter I.) erörtert haben soll, wenn von einer verkauften, aus reellen Theilen bestehenden Sache, Theile evincirt werden, ohne den andern Cardinalfall (oben unter II.), wenn ein intellectuelles Antheil (pars pro indiviso) das Verkaufsobject selbst ausmacht, seiner Aufmerksamkeit zu würdigen. Diesen letztern Fall scheint Papinian im letzten §. behandelt haben zu müssen, sollte anderst seine Darstellung den Anspruch auf Vollständigkeit behaupten.

Vielleicht und wahrscheinlich lautet daher der §. so;

Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit. Secundum omnium sententias, si non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri, est quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset.

Nämlich es besitzt ¹⁶⁾ jemand an dem Grundstücke eines

ducenta jugera, — unum jugerum, — pro indiviso), verbreitet sich dieses Maas ideell über das Ganze, wie in l. 8. §. 3. quib. mod. pign., l. 64. pr. §. 2. 4. de evict.

16) Habere bedeutet bekanntlich jede Art von Inhabere, des Eigenthümers wie des Nichteigenthümers, l. 38. §. 9. de V. O.

Dritten einen Antheil von einem Morgen pro indiviso, den er einem Andern verkauft und übergiebt. Zeigt sich nun, daß nur ein halber Morgen pro indiviso sein eigen gewesen, und er also die Eviction der andern Hälfte (partem dimidiam-jugeri pro indiviso) zu prästiren hat, so entsteht die Frage, wie es bei der actio ex stipulatu duplae (simplae) in allen Fällen zu halten sey, welche Papinian in den vorhergehenden syhen für die Eviction von Theilen eines verkauften selbstständigen Ganzen entwickelt hat (die Fälle unter I.). Papinian entscheidet, es werde hier ebenso wie dort gehalten, und es begründe bei der theilweisen Eviction keinen Unterschied, ob das verkaufte Object in einem selbstständigen Ganzen, oder in dem intellectuellen Theile eines andern Ganzen bestehe, (est quemadmodum si locum certum, aut fundum, similiter tradidisset). Damit ist die zweite Hauptabtheilung der Rechtsfrage erledigt, und Papinian beschließt seine lehrreiche Casuistik.

Die beiden Wörtlein, die einzufügen versucht worden, können sehr leicht durch Schuld gedankenloser Abschreiber verloren gegangen seyn; es ist auch möglich, daß im ächten Texte andere und mehr Worte ausführlicher denselben Inhalt geben. Da ich nicht Gelegenheit habe, Manuscripte zu vergleichen, so hoffe ich für diese leidende Stelle wenigstens so viel, als in meinen Kräften steht, zu thun, indem ich zugleich die Aufmerksamkeit der Critiker, und insbesondere der gelehrten Lübinger Herausgeber des corpus juris, darauf lenken möchte.

 XI.

Einige Bemerkungen über die Befugniß des Producenten, andere Beweismittel an die Stelle verlorengegangener zu setzen.

Vom

Herrn Oberappellationsrath Dr. Spangenberg in Celle.

Die Frage: inwiefern es dem Beweisführer gestattet sey, an die Stelle verlorener Beweismittel andere zu setzen? ist durch allgemeine Gesetze gar nicht, von den Proceßrechtslehrern aber nur einigermaßen berührt. Letztere beschränken diese Frage und deren Entscheidung nur auf den Zeugen, höchstens auf den Urkundenbeweis, und sind vorzüglich darüber nicht Einer Meinung gewesen: ob der Beweisführer die Stelle eines verlorenen Zeugen oder Einer Urkunde, nur durch Einen später benannten Zeugen, oder Eine später zum Vorschein gebrachte Urkunde, oder die Stelle eines verlorenen Zeugen oder Einer Urkunde, durch zwei oder mehrere Zeugen oder Urkunden ersetzen dürfe? Die neuere Praxis richtet sich, gewiß mit Recht, nach der Ansicht derjenigen Rechtslehrer ¹⁾, welche behaupten, daß an die Stelle

1) S. vorzüglich G ö n n e r Handbuch des deutschen gemeinen Proceßes. Thl. II. Nro. XXXIX. §. 7. — Die neueren Rechtslehrer stimmen darin ohne Ausnahme überein; von den ältern war schon *Leyser* sp. 259. med. 4. und *Knorr* Anleitung zum gerichtl. Proceß. Hauptst. 11. §. 13. dieser Meinung. Auch ist sie schon frühzeitig in die hannoversche Oberappellations-

verlorener Zeugen, andere, ohne an die vorige Zahl gebunden zu seyn, benannt werden können, weil es gar oft möglich ist, daß kaum zwei oder drei andere Zeugen so genaue Kenntniß von der Streitsache haben, als der verlorene Zeuge hatte, oder, daß man nach dem Verluste eines zum directen Beweise geeigneten Zeugen, zu einem indirecten Beweise seine Zuflucht nehmen muß. Eben deshalb können nach jener Praxis auch neue Artikel ²⁾ übergeben werden, weil diese nach der Wissenschaft jedes Zeugen vom Streitgegenstande eingerichtet seyn müssen.

Daß dieselben Grundsätze auch dann ihre Anwendung erleiden müssen, wenn an die Stelle Einer verlorenen Urkunde, andere Urkunden gesetzt werden sollen, mithin die Leskern gleichfalls, ohne an die vorige Zahl gebunden zu seyn, vorgebracht werden können, kann keinem Zweifel unterworfen seyn, weil bei ihnen derselbe Grund vorwaltet, welcher es erheischt, daß an die Stelle Eines verlorenen Zeugen, mehrere gesetzt werden können.

Eine andere, nur von Gönner ³⁾, nicht aber von den übrigen mir zugänglich gewesenen Proceßrechtslehrern berührte Rechtsfrage ist es: ob der Beweisführer das Recht habe, den verlorenen Beweismitteln einer besondern Gattung, Beweismittel anderer Gattung zu substituiren,

Gerichtsordnung vom Jahre 1713. übergegangen; denn es heißt in derselben P. II. tit. 8. sect. II. §. 15. Stürben aber vor oder unter währendem Examine ein oder mehr Zeugen, soll derselbe (der Producent) anstatt der verstorbenen Zeugen, andere anzugeben, wohl befugt seyn, zumal, wenn aus den Artikeln und dem Directorio soviel zu ersehen, daß der Beweisführer seine Intention durch die übrigen noch lebenden Zeugen nicht erhärten möchte.“

2) *Hommel* Rhapsod. Obs. 512. *Wernsdorf* D. de novis testibus super novis etiam articulis probationalibus examinandis. Viteb. 1791. 4.

3) a. a. O. S. 513.

namentlich in die Stelle verlorener Zeugen, Urkunden, oder in die Stelle verlorener Urkunden, Zeugen vorzuschlagen?

Gönnert bejaht diese Frage, und bemerkt in dieser Hinsicht Folgendes: »Mir scheint, daß hier noch eine Stufe höher geschritten werden müsse. Der Grund, den Beweisführer gegen einen unverschuldeten Schaden in Schutz zu nehmen, wirkt mit nothwendiger Allgemeinheit dahin, daß, weil sein im Verlauf des Beweistermins enthaltener Verzicht auf den Zufall sich nicht erstreckt, der Beweisführer bei der als Surrogat erlaubten Ergänzung seiner Beweisantretung auch an eine bestimmte Art von Beweismitteln nicht gebunden sey, und an die Stelle verlorener Urkunden, Zeugen, oder an die Stelle eines verlorenen Zeugen, Urkunden substituiren dürfe, eben so gut, als er befugt ist, einem verlorenen Zeugen mehrere neue Zeugen und neue Artikel zu substituiren, oder jedes beliebige Beweismittel zu wählen, wenn die Eidesdelation durch den frühern Tod des Acceptanten vereitelt wurde.« Auch hat derselbe kein Bedenken getragen, dem von ihm verfaßten Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren ⁴⁾ folgende Bestimmungen einzuschalten: »Zu dem angetretenen Beweise kann der Beweis- oder Gegenbeweisführer keine Zusätze oder Nachträge machen, ausgenommen, — — — wenn ihm ein bei der Antretung vorgebrachtes Beweismittel zufällig verloren geht, welschenfalls derselbe andere Beweismittel, ohne Rücksicht auf die Art und Zahl der verlorenen, und, nach Umständen, auch neue Artikel, jedoch nur soweit der bisherige Streit dadurch nicht wesentlich verändert wird, beibringen, aber auch der Gegentheil nicht nur darüber seine Einreden und die Fragstücke zu den Artikeln, sondern auch, wenn Veränderungen am Beweise vorgehen, neue Gegenbeweise vorbringen darf.«

In der That stimmt aber seine Ansicht mit den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen über den Beweis und mit der

4) Buch II. Cap. III. §. 8. (Th. 1. S. 155.)

natürlichen Billigkeit so vollkommen überein, daß gegen deren Richtigkeit und Zulässigkeit kein gegründeter Zweifel obwalten mag.

Soll die Zulässigkeit eines Beweismittels beurtheilt werden, so ist leitender, und von allen Proceßrechtslehrern sowohl, als auch von den Proceßgesetzgebungen anerkannter Grundsatz, daß die Beweisführung, in so fern dadurch nicht erworbene Rechte des Gegners gekränkt werden können, möglichst zu erleichtern, und nie zu erschweren sey. Schon das Brocardicum über den Favor probationis hat solchen seit dem grauesten Alterthume ausgesprochen. Ein zufälliger Verlust eines Beweismittels — denn nur von diesem zufälligen Verluste kann bei der aufgeworfenen Frage die Rede seyn — erwirbt aber nie Rechte für den Gegner, wohl aber setzt er, möglicher, ja wahrscheinlicher Weise, den Beweisführer in großen Nachtheil, da es sich denken läßt, daß das von ihm verfolgte oder vertheidigte Recht gerade an das Beweismittel vorzugsweise geknüpft ist, welches ihm, ohne seine Schuld, verloren ging. Er verdient daher alle mögliche Hülfe und Erleichterung in seinem Bestreben, diesen Verlust durch die Beschaffung anderer Beweismittel zu ersetzen, und jede Beschränkung der Befugniß hiezu erscheint um so unbilliger, als es wahrhaft ungerecht seyn würde, daß durch eine solche Beschränkung der Gegner in den Stand gesetzt werden würde, aus jenem unverschuldeten Verluste Vortheil zu ziehen, und sich durch den Schaden des Beweisführers zu bereichern. Folgt nun aus diesem Grundsatz, daß der Richter verpflichtet ist, in einem solchen Falle es dem Beweisführer zu gestatten, in die Stelle verlorener Beweismittel einer Gattung, Beweismittel nicht allein derselben, sondern auch verschiedener Gattung zu setzen, und sich derselben als Surrogat der verlorenen zu bedienen; so ist auf der andern Seite der Richter hiezu auch um so mehr berechtigt, als gleichfalls nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Beweis nicht sowohl dem Geg-

ner, als vielmehr dem Richter geführt wird (*Probatio fit judici*), und er den Beweisführer durch geeignete Auf-
sagen anhalten dasjenige noch beizubringen, welches
ihm zweckmäßig notwendig erscheint.

Verwandt der aufgeworfenen Frage ist nun noch die-
jenige: ob es diesem Falle dem Beweisführer verstattet
werden könne, in die Stelle der verlohrenen Beweismittel an-
dere Beweismittel verschiedener Gattung zu cumuliren? Z.
B. statt des verlohrenen Zeugen, Urkunden und Zeugen,
statt der verlohrenen Urkunde, Zeugen und Urkunden u. s. w.
vorzubringen.

Auch diese Frage wird nach den eben aufgestellten Grund-
sätzen nur bejaht werden können, da dieselben auf diesen
Fall gleichfalls zutreffend sind; denn wenn es gleich Regel
ist, daß der Beweisführer den Beweis nur mit den Beweis-
mitteln führen darf, mit welchen er ihn angetreten hat, und
daß er solchen nicht verändern kann; so findet diese Regel
für den obenausgedrückten Fall nicht statt, indem durch die
Cumulation nicht der angetretene Beweis wirklich verändert,
sondern nur ein Surrogat für ein verlohrenes Beweismittel
des angetretenen Beweises hervorgebracht werden soll. Sön-
ner's oben angeführter Grund, daß der Verzicht, welcher in
der Antretung des Beweises durch das gewählte Beweismittel
liegt, und daher die Production anderer, als der ein-
mal gewählten, ausschließt, auf den unvorhergesehenen Zu-
fall des Verlusts eines der gewählten Beweismittel sich nicht
erstrecken könne, findet auch hier seine volle Anwendung.

Als Beleg der Praxis möge hier noch bemerkt werden,
daß das Oberappellationsgericht zu Celle, in einem dort ven-
tilirten Falle 5), den Producenten, welcher einem verstorbe-
nen Zeugen, einen neuen Zeugen und Urkundenbeweis sub-
stituiren wollte, mit seinen hierauf gerichteten Anträgen, ge-
stügt auf obige Grundsätze, zuließ.

5) In causa Cünzel contra Graf Wallmoden, d. d. 3. Mai
1824.

Ueber das Verhältniß des Beklagten
bei der Erbschaftsklage

von Ulpius.

Die Grundsätze von dem Verhältniß des Beklagten in Rücksicht der Erbschaftsklage scheinen mir noch immer nicht recht aufgeklärt, und ich glaube, daß es nöthig ist, das Nachdenken wieder darüber zu wecken.

Früher hielt man sich lange Zeit mit vollem juristischem Gehorsam an das, was die Gesetze ausdrücklich über diesen Punkt sagen, und begnügte sich mit einigen fingirten Erklärungsgründen, welche so ziemlich auf eine *petitio principii* hinauslaufen. Dadurch wurden Einige so kühn, daß sie den Gesetzen die größten Irthümer vorwarfen. Diese Kühnheit fand aber durchaus keinen Beifall, und so wurden denn getrost die alten Sätze, ohne weitere Rechtfertigung, als etwas ganz Natürliches wiederholt ¹⁾.

Die Sache, worauf es mir hier ankommt, ist die, daß die Gesetze saagen: die Erbschaftsklage könne angestellt werden gegen den, welcher *pro herede* oder *pro possessore* besitze, und als Besitzer *pro herede* gelte nicht bloß der angebliche Civil-Erbe, sondern auch der angebliche *honorum possessor*; *pro possessore* hingegen besitze derjenige, welcher keinen gerechten Grund des Besesses habe, also ohne allen Rechtsgrund, oder vermöge eines in sich ganz nichtigen Titels *derinire*. So erklärt sich *Ulpianus* aufs Bestimmte

1) Glü. d. Erl. d. Pand. 7. B. §. 565.

teste 2), und gleichfalls Julianus 3). Die Institutionen sagen dasselbe 4), und eben so äußert sich Theophilus 5).

Bedenklich sind diese Sätze gewiß nicht in Betracht des angeblichen Nichterben. Dem erweist der Kläger, daß ihm die Erbschaft gehöre, so ist eben damit das Unrecht des Beklagten in Verhältnis zum Kläger dargethan, folglich muß der Erste dem Letzten weichen. Allein mit dem Besitze pro possessore scheint sich die Sache anders zu verhalten. Denn der bloße Umstand, daß Jemand ohne allen Rechtsgrund besitzt, berechtigt Andre nicht, sich die Sache anzumassen, sondern es gehört dazu noch eine besondere Legitimation des Klägers 6). Wie folgt also aus dem Erbrecht des Einen das Unrecht aller nicht titulirten Besitzer? Man hat diese Schwierigkeiten durch Fiktionen zu heben gesucht, welche nichts als dicta probantia ohne Erklärungsgrund enthalten. Donellus sagt: omnino qui possessionis suae nullam aliam specialem causam dicit, in rebus hereditariis defuncti tenendis, is vi ipsa satis significat, se pro herede gerere, atque hoc animo res possidere 7). Dieselbe Idee findet sich oft in den Werken von Cujacius, aber ohne Deduction 8), und vielleicht ist dadurch Westphal 9) veranlaßt, nach seiner Weise zu sagen: »Es wird erfordert, daß Dieb und Räuber sagen, sie seyen

2) L. 11. 12. 13. de her. pet. (5. 2.)

3) L. 16. §. 4. eod.

4) §. 3. J. de interd. (4. 15.)

5) Paraphr. L. 4. T. 15. §. 3.

6) L. 5. pr. inf. si usufr. pet. (7. 6.)

7) Comment. L. 19. c. 12.

8) Obs. L. 10. c. 1. (op. T. 3. p. 253) ad Paul. ad ed. L. 22. ad L. 22. de neg. gest. L. 22. ad L. 15. fin. reg. (op. P. 5. p. 260. 347.) ad different. Modest. L. 6. ad L. 47. de pet. her. (op. T. 5. p. 1177. 1178.) ad Tit. C. quor. bon. (op. P. 9. p. 1146. 1147).

9) Von Vorleg. u. Eröffn. d. Testamente S. 382.

Erben.“ *Bacovius*¹⁰⁾ dagegen hilft sich mit dem andern Wahlspruch: *hanc actionem concedi in favorem heredis, et odium possessoris*, während *Beyer*¹¹⁾ sich die wunderlichste aller Behauptungen erlaubt hat: die Erbschaftsklage gehe deswegen gegen den untitulirten Besizer, weil man denke, er werde sich noch wohl nachher auf den *titulus pro herede* berufen. Andre und bessere Erklärungen unsrer Juristen kenne ich nicht.

Bei diesen Umständen ist es wohl begreiflich, daß am Ende auch auf die Classiker selbst Angriffe gemacht sind. Schon einige Kühnheit hat in dieser Hinsicht *Hommel*¹²⁾ bewiesen. Er hält nämlich das, was man bisher nach dem klaren Buchstaben der Gesetze lehrte, für völlig verkehrt, und so muß denn *Ulpianus* selbst daran. Dieser war nämlich ein Syrier, verstand das Lateinische des alten Edikts nicht, übersah, daß oft durch den Ausdruck: *pro possessore* auch der *honorum possessor* bezeichnet wird, und so machte er aus dem *honorum possessor* einen *possessor sine causa*! Es ist auffallend, daß *Hommel* eine frühere ganz ähnliche Abhandlung von *Branchu*¹³⁾ nicht benutzte. Der Unterschied ist darin nur, daß *Branchu* die classischen Belege etwas besser kannte, also Mehrere des Irrthums beschuldigen mußte. Allein damit ließ sich auch fertig werden. Die classischen Juristen werden also erst recht gelobt, aber dann folgt der Nachsatz: *verum quum nihil humani ab iis alienum fuerit, atque errare sit maxime humanum, non erit adeo mirum, si ostendatur error aliquis eorum*. Der Irrthum ist nun eben derselbe, den *Hommel* entdeckt haben will.

10) *Comm. ad Inst. L. 4. P. 15. §. 13.*

11) Citirt in *Hommel rhaps.* Vol. 5. Obs. 675.

12) In seiner *epistola de mirabili Ulpiani impostura*, welche nachher in die vorhin citirten *Rhapsodien* überging.

13) *Observationes ad ius Romanum* Lugd. Bat. 1721. T. 1. c. 6.

Bevor ich auf den problematischen Punkt übergehe, muß ich bemerken, daß manche Schwierigkeiten ganz von selbst verschwinden, wenn der Hauptsatz richtig gestellt wird. Die Classiker haben nämlich nie gelehrt, daß der Erbe einer Person alle untitulirten Besitzer bloß deswegen, weil er Erbe sey, angreifen könne, sondern sie verlangen daneben auch noch von ihm den Beweis, daß die Sache, vermöge eines dinglichen oder persönlichen Rechtes, zur Erbmasse gehöre. Hierüber ist schon L. 18. §. 2. L. 19. pr. de her. pet. (5. 3.) ganz entscheidend:

Ulpianus: Nunc videndum, quae veniant in hereditatis petitionem. Et placuit, universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive jura, sive corpora sint.

Paulus: Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaevae. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae, quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla facile sit actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui.

Nehmen wir nun den ersten denkbaren Fall, daß eine Sache vermöge eines dinglichen Rechtes zur Erbmasse gehört (es sey nun nach strengen Grundsätzen der Vindicacionen, oder wenigstens nach Grundsätzen der actio publiciana), so ist hier in der That nichts Problematisches oder Uncivilistisches. Denn beweist der Erbe jene Eigenschaften, so muß der Gegner, welcher nur pro possessore besitzt, natürlich weichen, weil er dinglich besetzt ist, und die Zulassung der hereditatis petitio begreift sich hier eben so gut, als daß die Römer auch sonst zur Vereinfachung des Processes Collectivklagen gestattet haben, wo, wenn man alles auf die

Spitze stellen wollte, eine Reihe von Special-Klagen erfordernlich gewesen wäre ¹⁴⁾. Nur dann wäre es unpassend gewesen, die Erbschaftsklage gegen den Dritten zu gestatten, wenn dieser titulo singulari besitzt. Denn dann kann bei einer Vielheit von Sachen und Titeln eine Mannigfaltigkeit der Prozesse nöthig werden, und der Rechtsstreit sich in eine contravindicatio verlieren, wobei das Thema weiter geht, als der Grund der Erbschaftsklage; und hier verweisen auch die Gesetze den Erben auf die gehörigen Special-Klagen. ¹⁵⁾

Die einzige Schwierigkeit liegt also bloß darin, daß die Erbschaftsklage gegen den Besitzer pro possessore auch wegen der Sachen angestellt werden kann, welche nur wegen eines sogenannten juris in personam zur Erbmasse gehören. Denn konnte der Erblasser selbst wegen eines solchen Rechtes nicht gegen Dritte klagen, wie kann es jetzt der Erbe? Diese Schwierigkeit ist unbesiegbar, wenn man, wie es so oft geschehen ist, Sätze des positiven Rechts als unjuristisch behandelt, weil sie in andern Gesetzen nicht stehen, und der Gewohnheit wegen annimmt, es lasse sich a priori zeigen, daß nur so und so viel Arten des juris in re gedacht werden könnten. Dieß ist nun aber eines der verkehrtesten Vorurtheile. Denn es hängt ja von der Willkür des Gesetzgebers ab, ob er wegen einer Sache eine vindication gestatten will, oder nicht. Hätte z. B. das Römische Recht den Satz des C. Nap. gehabt, daß Kauf die Miethe nicht breche, so würde man kein Bedenken getragen haben, die Sachenmiethe zu den dinglichen Rechten zu zählen, während man umgekehrt das Eigenthum an Mobilien nicht würde dahin gezählt haben, wenn die Römer, wie das neu-französische Recht, die vindicatio mobilium verworfen hätten.

Betrachten wir die Geschichte der dinglichen Rechte, so ergibt sich von selbst, daß die Gesetzgebung hier nicht durch

¹⁴⁾ L. 1. & 3. L. 2. L. 3. pr. de R. V. (6. 1.)

¹⁵⁾ L. 7. c. de pet. her. (3. 31.) L. 4. C. in quib. caus. cesset 2. t. pr. (7. 34)

Construiren der Begriffe, sondern durch zufällige Umstände und Billigkeit geleitet ward, ohne je zu einer vollen Abrundung der Rechtsätze zu kommen. Die alte Strenge war ganz gegen Sachen-Vindicationen, wie schon das später sogenannte *dominium bonitarium* zeigt. Allein die natürliche Billigkeit wird sich immer zu dem Satz neigen: *qui prior tempore, potior jure*, und diesem Satz ward auch später vielfach nachgegeben, ohne daß man gerade mit neuen Regeln gegen die alte Regel wirkte. Wie fast überall, so setzte sich auch hier eine Einzelheit an die andre, und Niemand kann sagen, wie weit die Sache gekommen wäre, wenn sich das Recht durch die Prätores, und große Ausleger im vierten und fünften Jahrhundert noch ferner frei fortgebildet hätte. Damit kommen wir denn hier auf allerlei Dinge, welche unsre Construirer uncivilistisch und anomalisch nennen müssen, welche sich aber überall finden, wo sich das Recht im Leben durch das Leben bildet, und wo eine Nation, ihr Alterthum ehrend, nur mit gewisser Furchtsamkeit den Neuerungen Raum gibt. So läßt es sich gewiß nicht aus der Ultrömischen Strenge construiren, daß aus dem bloßen *pacto hypothecae* eine *actio in rem* gegen Dritte Statt findet. Dennoch ward sie später bei den Römern gestattet; aber wie zuerst? Bloß dem Verpächter eines *praedii rustici*!¹⁶⁾ Stände so etwas in einem Pandekten-Fragmente ohne Angabe des Erfinders, so würde Hommel auch wohl wieder von einer *mirabilis impostura* geredet haben. Allein zum Glück ist uns bestimmt erzählt, daß ein Prätor Servius der Erfinder des beschränkten Rechtsatzes war, wonach man später allmählig eine Regel bildete, und so hat denn diese kleine historische Notiz alles begreiflich gemacht, was ohne sie gewiß Vielen unerklärbar gewesen wäre. Ferner: wenn Jemand eine Sache *sub modo* veräußert, und der Empfänger den *modus* nicht erfüllt, so würde nach der Strenge des Rechts,

16) §. 7. J. de act. (4. 6.) et *Theophilus* *ibid.*

wegen der nun einmal geschehenen Uebertragung des Eigenthums, die Sache von dem dritten Besitzer nicht vindicirt werden können. Allein durch Rescripte bildete sich doch eine Ausnahme für den Fall, wenn der Modus die Alimentirung des Gebers bezweckt 17). Eben so wenig ließe sich nach civilistischer Strenge eine restitutio minorum gegen dritte Besitzer herausbringen. Dennoch ist sie für den Nothfall gestattet, keinesweges mit einer vornehmen Construction der Rechtsbegriffe, sondern recht menschlich (in der Art, wie die Classiker oft interpretiren) mit einem: *puto interdum permitendum, id est, si grande sit damnum minoris* 18). Man könnte sogar mit einer gewissen eleganten Subtilität die *actio quod metus causa*, in so fern sie bei *stricti juris negotiis* gegen dritte Besitzer geht, für einen verkehrten Bruch des Rechts erklären, und noch mehr die ganze *actio Publiciana*. Denn was hat sie weiter zur Grundlage, als das billige: *qui prior tempore potior jure*, und das Berücksichtigen der *melior conditio* zum Besten derer, welche eigentlich kein *jus in re* haben?

Mehr liegt nun aber im Grunde auch nicht in dem Satz, daß der, völlig untitulirte Besitzer dem Erben weichen muß, wenn dieser darthut, daß die Sache aus irgend einem Grunde zur Erbmasse gehört, und jener ganze Satz ist nicht uncivilistischer, als die *actio Serviana* und *Publiciana*, und genau betrachtet nichts, als eine Ausdehnung der letztern Klage. Bloß über die Gründe kann man hier in Verlegenheit seyn, in so fern wir darüber keine sichern classischen Zeugnisse haben. Allein wir sind bei der *actio Serviana* in derselben Verlegenheit. Denn warum schützte Servius nur den Verpächter, und nicht alle Pfandgläubiger? Mag also auch für unsern Fall *J u l i a n* s Ausspruch gelten: *non omnium quae*

17) L. 1. C. de donat. quae sub. modo (8, 55.)

18) L. 9. pr. L. 13. §. 1. L. 14. L. 35. L. 39. §. 1. de minor. (4. 4)

a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest¹⁹); die Sache ist deswegen nicht unbegreiflich, und auf keinen Fall so verzweifelt, daß man genöthigt seyn könnte, den classischen Juristen die größten Irrthümer vorzuwerfen.

Denn es lassen sich mehrere Gründe denken, wodurch die Römer veranlaßt werden konnten, die Publicianische Milde bei Erbschaften auch auf die persönlichen Sachenrechte auszu dehnen. Der, von Paulus in L. 19. pr. de her. pet. (5. 3.) angegebene, bloß aus dem Interesse entlehnte Grund ist freilich an sich sehr schwach. Denn wenn man auch negativ als Regel annehmen kann, daß wegen des Mangels keines vernünftigen Interesse alle, auf fremdes Gut gerichteten Klagen unzulässig sind, so kann man doch nicht umgekehrt sagen, daß das Interesse actiones in rem erzeugt, widrigenfalls ja die mehrsten persönlichen Sachenrechte, und namentlich die possessoriischen Interdicta, auch in rem seyn mußten. Allein die Falschheit jenes Paulinischen Grundes läßt sich doch nicht behaupten, weil in der Römischen Praxis ausgemacht (wie bei uns) vielerlei aus schwachen Gründen angenommen ward, und weil die Classiker auch sonst wohl das bedeutende Interesse geltend machten, wo es eigentlich nach der Strenge nicht entscheidend war²⁰). Man kann aber auch leicht bessere Gründe gehabt haben. Der scheinbarste lag gewiß darin, daß die Erbschaft als ein einfaches, unzertrennbares Collectivum behandelt ward²¹). Verbreitete sich also der Character der Dinglichkeit über das Ganze, so konnte die Consequenz auch bei dem Theil dasselbe annehmen, wie ja auch angenommen war, daß man jede bewegliche Sache als eine unbewegliche besitzt, wenn man sie mit einer Sache der letzten Art vereinigt hat. Es lassen sich aber auch viel einfachere

19) L. 20. de LL. (1. 3.)

20) S. B. das, was oben von minoribus gesagt ist. Ferner Ulpian's Entscheidung in h. 20. pr. de nr. pet. (5. 3.): puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur.

21) L. 3. pr. s. 1. de B. P. (47. 1.) L. 208. de V. 5. (50. 16.)

menschliche Gründe denken, also Gründe, denen die Praxis am liebsten zu folgen pflegt, und welche immer auf die Bildung des Römischen Rechts Einfluß gehabt haben. Wenn nämlich Jemand gestorben ist, so tritt der Fall nur zu häufig ein, daß Erbschaftssachen unter der Hand entfernt, und verschleppt werden, und daß die, welche von dem Erblasser leihweise ohne Empfangscheine Sachen besaßen, ein kurzes Gedächtniß haben, und das Zurückliefern unterlassen. Wenn sich nun nachher ausweist, daß diese und jene Sachen aus irgend einem Grunde dem Erblasser rechtlich gehört hatten, wird dann nicht der gemeine Verstand immer geneigt seyn, die Inhaber, welche nur pro possessore besitzen, als präsumtive Räuber, oder als Personen, welche zur Rückgabe aus einem besondern Grunde schuldig waren, aber aus Mangel an Beweisen nicht förmlich überführt werden können, zu behandeln? Für die, gewöhnlich schlecht orientirten Erben ist auch sonst mehr geschehen, als sie nach der Strenge des Rechts verlangen können. So müßte nach der Strenge der Erbe da, wo er für die culpa seines Erblassers einzustehen hat, die culpa des letztern gerade eben so, wie dieser, verantworten. Allein Erben eines Tutors haften in der Regel nur ob culpam latam²²⁾. Alle solche Gründe lassen sich nun freilich nicht aus einfachen Elementen des alten Rechts gleichsam mathematisch ableiten; allein sind nicht grade diese menschlichen Gründe eben das, was das ganze Neu-Römische Billigkeitsrecht im Gegensatz der alten Strenge auszeichnet?

Auf allen Fall aber bleibt so viel gewiß, daß die Erbschaftsklage mit jener sogenannten Anomalie nichts mehr ist, als eine, etwas erweiterte actio Publiciana, und civilistisch eben so gut begriffen werden kann, als diese Klage, oder die actio Serviana.

22) L. 1. C. de hered. tutor. (5. 54).

XIII.

Beitrag zu den Untersuchungen über den Beweis
der Eigenthumsklage.

Von Unterholzer.

Da nicht zu zweifeln ist, daß Thibaut's Aufforderung zu Folge (vgl. B. VI. S. 327) recht bald ein tüchtiger Rechtskenner die Lehre von dem Beweis der Eigenthumsklage gründlich herleiten wird; so will der Verfasser dieses Aufsatzes sich beeilen, einen, wenn auch noch so unbedeutenden Beitrag zu dieser Bearbeitung zu liefern, indem er die Gründe zusammenstellt, welche ihn hindern, seine bisherige Ueberzeugung¹⁾ mit der von Thibaut vorgetragenen Ansicht zu vertauschen.

Thibaut nimmt bekanntlich an, daß es genüge, wenn der Kläger eine rechtmäßige Erwerbungsart darthut. Sey nun von einem andern erworben, so brauche das Eigenthum desselben nicht dargethan zu werden, sondern werde bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet. Seine Gründe sind folgende:

1. Nirgends finde sich bei den Classikern oder im corpus juris eine Hindeutung auf die unendlichen Schwierigkeiten der rei vindicatio, welche bei der strengen Beweistheorie eintreten müßten (besonders auch wenn bloß incidenter, z. B. bei der Geltendmachung eines Pfandrechts, der Eigenthumsbeweis notwendig werde): namentlich sey nirgends

¹⁾ Vgl. des Vfs. Lehre von der Verjährung. S. 29.

254 Unterholzner Beitrag zu d. Untersuchungen

von der Nothwendigkeit die Rede, daß dominium auctoris zu beweisen.

Antwort. Die Schwierigkeiten der strengen Theorie pflegt man sich gewöhnlich größer vorzustellen, als sie wirklich sind. Man denke doch nur an die Kürze der römischen usucapio, die, nach Ablauf von einem Jahre oder von zwei Jahren, den wohl erworbenen Besitz in Eigenthum verwandelte, so daß es zum Beweis des Eigenthums gewöhnlich gar nicht einmal nöthig war, auf das dominium auctoris zurückzugehen, in dem der Kläger leicht selbst so lange Zeit, als nöthig war, besessen haben konnte. Wo es aber ja nothwendig wurde, da ließ sich gewiß in den meisten Fällen leicht zeigen, daß der auctor die Sache rechtmäßig an sich gebracht, und ein Jahr oder zwei Jahre lang besessen hatte ²⁾ Sollte man

2) Nach einer früher von dem Vf. gezeigten Meinung konnte ein meum esse ex jure Quiritium bloß durch eine civilrechtliche Erwerbungsart begründet werden, während durch eine Erwerbungsart juris gentium bloß ein in bonis esse entstanden sey. (Vgl. dessen Lehre von der Verjährung, §. 4. Anm. e.) Wäre diese Meinung richtig, so würde der Eigenthumsbeweis fast niemals anders, als durch den Beweis der usucapio zu führen gewesen seyn. Von dieser Meinung ist er seit dieser Zeit zurückgekommen, und glaubt nun allerdings: 1. daß bei beweglichen Sachen ein Eigenthumsbeweis auch ohne Beweis der usucapio in seiner ganzen Strenge möglich war, wenn man nämlich bis auf die Entstehung der Sache zurückging, und z. B. zeigte, wie man selbst die Sache hervorgebracht, oder wie derjenige, von dem man die Sache erhalten hatte, dieselbe hervorgebracht habe. Bei solchen Gegenständen, die schnell wieder consumirt werden, und oft vor Jahresfrist verzeht sind, konnte, wenn es ja in dieser Zeit zu einer rei vindicatio kam, der Beweis auf andere Weise gar nicht geführt werden. In den meisten Fällen war aber auch bei beweglichen Sachen der Beweis des meum esse ex jure Quiritium bei weitem am Leichtesten durch den Beweis der usucapio zu bewirken. 2. Bei den unbeweglichen Sachen gibt es gar keine Erwerbungsart aus dem jus gentium, und ohne die usucapio würde ein Beweis des Eigenthums fast unmöglich gewesen seyn. Man hätte nämlich bis auf die erste

einwenden wollen, daß dieses eine Regel sey, die denn doch viele Ausnahmen leide, besonders bei einem beschleunigten Verkehr; so kann man erwidern, wie daraus nichts weiter folge, als die Möglichkeit einer Publiciana actio noch neben der rei vindicatio. — Ist nun in der That die Schwierigkeit des strengen Eigenthumsbeweises nicht so übertrieben groß, so ist auch kein Grund vorhanden, warum man bei vorkommenden Incidentbeweisen über das Daseyn des Eigenthums diese Strenge unanwendbar finden sollte: auch der von daher genommene Einwurf scheint also nicht entscheidend. — Wenn endlich nirgends von der Nothwendigkeit die Rede ist, das dominium auctoris zu beweisen, so darf nicht übersehen werden, daß auch nirgends von einer für das dominium auctoris streitenden Vermuthung die Rede ist. Und da möchte es denn sehr zweifelhaft seyn, welches Schweigen für bedeutender angesehen werden soll. Bedenkt man nämlich, daß nur ausnahmsweise (wenn der Verklagte selbst noch nicht ein

assignatio zurückgehen und darthun müssen, daß man in die Rechte dieses ersten Erwerbers durch rechtmäßige Succession eingetreten sey, was nicht selten die Beweise ins Unendliche gehäuft haben würde. Der Beweis der Usucapion war dagegen sehr leicht. Man legte die instrumenta (emtionis etc.) vor, wodurch dann gewöhnlich der Anfang des Besizes schon genügend erwiesen wurde, weil in demselben auch schon die inductio in possessionem bescheinigt war (vergl. l. 12. c. de probatt.). Es kam nur noch darauf an zu beweisen, daß man noch zwei Jahre lang den Besitz gehabt habe (wobei gewiß die Vermuthung der Continuität den Beweis erleichterte). Hatte man erst seit Kurzem die Besizung an sich gebracht, so waren auch noch die instrumenta über die Erwerbung des auctor vorzulegen, was keine Schwierigkeit haben konnte; denn es wäre die höchste Undvorsichtigkeit gewesen, wenn Jemand eine Besizung gekauft hätte, ohne sich die instrumenta mit auszuliefern zu lassen (daher auch von dem Recht auf Auslieferung der instrumenta bei den römischen Juristen so oft die Rede ist). Höchst selten war es gewiß, daß man bis zum vorletzten auctor zurückgehen mußte, weil auch der letzte auctor nicht zwei Jahre besessen hatte.

236 Unterholzner Beitrag zu d. Untersuchungen

Jahr oder zwei Jahre besaß) das *dominium auctoris* in Betrachtung kam, so ist dies Schweigen über die Nothwendigkeit eines darüber zu führenden Beweises nicht eben schwer zu erklären.

2. Besonders wichtig sey es, daß zwei Stellen (l. 4. und l. 12. Cod. de probationibus) bloß von dem Beweise der rechtmäßigen Erwerbung sprechen, und von der Nothwendigkeit, das *dominium auctoris* zu beweisen, gar keine Erwähnung thun. Namentlich sey die letzte dieser Stellen sehr entscheidend, weil dort die einzelnen Bestandtheile des Erwerbungsactes (*facta emtio, inductio in vacuum possessionem und pretii numeratio*) ausdrücklich aufgeführt werden, während von dem *dominium auctoris* nichts erwähnt wird.

Antw. Diese Stellen lassen sich auch sonst genügend erklären. Die erste Stelle lautet also:

„*Proprietatis dominium non tantum instrumento emtionis, sed etiam quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.*“

Die zweite aber folgendermaßen:

„*Quum res non instrumentis gerantur, sed in haec rei gestae testimonium conferatur, factam emtionem, et in vacuum possessionem inductum patrem tuum, pretiumque numeratum, quibus potes jure proditis probationibus deducere debes.*“

Der Streit, der die Anfrage veranlaßte, drehte sich um die Frage, ob man bei dem Eigenthumbeweise schlechterdings Urkunden haben müsse, oder ob man auch anderer Beweismittel sich bedienen könne. Es wird geantwortet, daß Beweismittel aller Art hinreichen sollen. Natürlich kam hier die für die Usucapion erforderliche Bestздauer gar nicht in Betrachtung, weil diese nicht füglich Gegenstand eines Urkundenbeweises seyn konnte; ³⁾ daher es auch gewiß niemals

³⁾ Es versteht sich von selbst, daß es genug war, wenn man bewies, daß der Besitz zu einer gewissen Zeit noch da gewesen sey; die

im Geringsten zweifelhaft war, ob in dieser Rücksicht ein anderer, als ein Urkundenbeweis zulässig sey. Dagegen war es bei wichtigern Käufen (und dergleichen dürfen da, wo sogar Rescripte nachgesucht werden, doch wohl vorausgesetzt werden) unstreitig die Regel, daß über die Erwerbung Urkunden beigebracht wurden, die nicht nur den eigentlichen titulus, sondern auch die Besitzerwerbung und die geleistete Zahlung vollkommen ins Klare setzten: warum sollte es nicht haben zweifelhaft werden können, ob andere Beweise überhaupt zulässig seyen? ⁴⁾ — Wenn nun die Antwort des Kaisers einen Punkt unberührt läßt, der unmöglich Gegenstand der Frage seyn konnte, was folgt daraus für Thibaut's Theorie? — Uebrigens muß wiederholt erinnert werden, daß in der Regel gar nicht nöthig war, bei dem Eigenthumsbeweise auf das dominium auctoris zurückzugehen, indem der Kläger selbst leicht den zur Usucapion erforderlichen Besitz für sich haben konnte.

3. Eine rechtliche Vermuthung für das dominium auctoris habe nichts Unnatürliches, vielmehr sey es allerdings als Regel anzusehen, daß der Veräußernde auch wirklich der Eigenthümer sey.

Antw. Diese Bemerkung mag wahr seyn. Allein solche rein factische Rücksichten pflegen denn doch noch keine rechtlichen Vermuthungen zu rechtfertigen. Sollte man z. B. vielleicht die Bemerkung machen, daß weit öfter ein Schuldner seine wirkliche Schuld abläugnet, als daß einer, der nichts zu fordern hat, einen Anspruch erhebt; so würde es doch immer sehr unnatürlich seyn, eine rechtliche Vermuthung für die Schuld eintreten zu lassen. Wollte man nämlich etwas entschieden Positives rechtlich präsumiren, so würde dem

Ununterbrochenheit werde alsdann bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet.

4) Daß wirklich über die Nothwendigkeit eines Urkundenbeweises bei Eigenthumsklagen oft gezwifelt wurde, sieht man besonders auch aus l. 10. und l. 19. c. de rei vind. (3. 32.)

238 Unterholzner Beitrag zu d. Untersuchungen

Gegentheil dadurch der wirklich diabolische Beweis des Gegentheils aufgeladen werden, was im höchsten Grade unbillig wäre, und der bekannten Maxime der römischen Juristen widerstreiten würde, welche den negans von der Beweislast befreit. Jede Abweichung von dieser Maxime erfordert besondere Umsicht, und bleibt etwas bedenklich, wenn sie nicht durch deutlich sprechende Stellen gerechtfertigt wird. Dieß gilt denn auch hier. Weil es angeblich ein diabolischer Beweis wäre, wenn der Kläger das dominium auctoris beweisen müßte; sobürdet man dem Gegner den gewiß nicht minder diabolischen Beweis auf, daß der auctor nicht dominus gewesen sey. Ist das billig, und der dem Beklagten günstigen Maxime der römischen Beweislehre angemessen? ⁵⁾

4. Ein Unterschied zwischen rei vindicatio und publiciana in rem actio bleibe immer noch, wenn man auch bei der rei vindicatio die mildere Theorie in Ansehung des Beweises annehme.

Antwort. Zugegeben; und es muß hier bemerkt werden, daß Thibaut einen nicht unbedeutenden Unterschied, der auch dann noch bleibt, recht scharfsinnig hervorhebt. Demungeachtet kann man immer noch fragen: ob denn wirklich das practische Bedürfniß einer publiciana actio hätte entstehen können, wenn der Eigenthumsbeweis in dem bloßen Beweise der rechtmäßigen Besizerwerbung bestanden hätte? Der Verfasser dieses Aufsatzes kann diese Ueberzeugung nicht hegen, bescheidet sich aber gerne, daß dieß ein Punkt ist,

5) Wollte man die Thibaut'sche Präsumtion consequent verfolgen, so könnte man zu der Behauptung kommen, es brauche der Cessionar einer Schuldforderung blos die Richtigkeit der Cession zu beweisen; dann würde die Richtigkeit der Schuldforderung zu vermuthen seyn. Die Sache factisch genommen, ist gewiß nicht zu zweifeln, daß ungleich öfter wirklich begründete Schuldforderungen cedirt werden, als bloß angebliche.

worüber es nicht wohl möglich seyn wird, alle Meinungen zu vereinigen.

So viel zur Widerlegung der Thibaut'schen Gründe. Aber wo sind nun positive Beweise für das Gegentheil? Diese fehlen in der That; aber darf uns dieses wundern? Verstekt es sich denn nicht allerdings von selbst, daß der Kläger das Recht, worauf er seine Klage stützt, beweisen muß? Und schließt sich nicht die *publiciana actio* mit ihrer *fictione usucapionis* recht genau an die Voraussetzung an, daß bei der *rei vindicatio* in der Regel die *usucapio* dargethan werden mußte, weil gewöhnlich das Eigenthum auf diese Art am Leichtesten zu erweisen war? Auch eine Aeußerung des Gajus über die *usucapio* (sie sey eingeführt „ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent“) bekömmt erst unter Voraussetzung der strengen Beweisstheorie ihren rechten Sinn. Sogar wird es erlaubt seyn zu zweifeln, ob die Einführung eines so harten und den Knoten der Eigenthumsungewißheit mit dem Schwerte durchhauenden Instituts, wie die alt-römische *usucapio* ist, hinlänglich erklärbar wäre, wenn die von Thibaut angenommene Vermuthung für das *dominium auctoris* dem Erwerber seinen Beweis ohnehin schon so sehr erleichtert hätte.

Denkt man sich nun in das Rechtsleben hinein; so wird die Anwendung der wirklich römischen Grundsätze über den Eigenthumsbeweis eben nicht sehr schwierig seyn.

Wer nicht beweisen kann, daß er wirklich das Eigenthum an einer Sache erworben habe, verliert den Proceß, wenn er geradezu die Eigenthumsklage angestellt hat; behält jedoch die Möglichkeit einer *publiciana in rem actio*. Wer den Beweis geführt hat, erfreut sich der rechtlichen Vermuthung für die Fortdauer seines Eigenthums; der Beklagte muß also die Aufhebung des Eigenthums darthun: dann aber verliert der Eigenthümer, auch wenn der Beklagte nicht bewiesen hatte, daß er selbst Eigenthümer geworden sey; doch

240 Unterholzner Beitrag zu d. Untersuchungen

bleibt auch hier die publiciana in rem actio immer noch möglich.⁶⁾

Bei der publiciana in rem actio genügt der Beweis der rechtmäßigen Erwerbung, welcher übrigens bei einer von einem Unmündigen gemachten Erwerbung nicht für vollständig zu achten ist, wenn nicht zugleich dargethan wurde, daß die Veräußerung tutore auctore Statt gefunden hat.⁷⁾ Der negative Beweis, daß die Sache keine res furtiva, vi possessa u. s. w. sey, braucht ohne Zweifel nicht geführt zu werden, obgleich dergleichen Mängel die publiciana in rem actio ausschließen:⁸⁾ die Vermuthung streitet bis zum Beweis des Gegentheils für den Kläger. Eine gleiche Vermuthung kommt ihm in Ansehung der bona fides zu Gute. Gegen die durch den erforderlichen Beweis begründete Klage kann aber der Beklagte dennoch siegreich sich behaupten, wenn er im Stande ist, ein Eigenthum darzuthun, oder zu zeigen, daß sein Besitz eine nicht minder wohlbegründete Erwerbung für sich habe, als diejenige ist, worauf der Anspruch des Klägers beruht, wozu in der Regel genügt, wenn er darthut, daß er seinen Besitz ebenfalls aus einem gerechten Titel ableite. Auch die exceptio rei venditae und traditae muß den Beklagten schützen.

Uebrigens vereinfachen sich die Eigenthumsstreitigkeiten in der heutigen Praxis gar sehr. Da es nämlich erlaubt ist, die res vindicatio und die publiciana actio zu cumuliren; so kann der ganze Rechtsstreit über die Proprietät mit einem Male abgemacht werden. Und da die Klagen nicht mehr technisch benannt werden, so scheint es sogar sehr natürlich, daß

6) Es ist hier keine Rücksicht genommen auf den Fall, wo ein Nichteigentümer durch Exceptionen sogar gegen den Eigentümer siegen kann, z. B. durch die exceptio rei venditae et traditae, oder weil der Beklagte in dem Fall ist, wo er auf restitutionem in integrum Anspruch hat u. s. w. des Retentionsrechtes nicht einmal zu erwähnen.

7) L. 13. §. 2. de publ. in rem act.

8) L. 9. §. 5. ibid.

der Richter jede Eigenthumsklage als eine solche betrachte, in welcher zugleich die *actio publiciana in rem actio* enthalten ist; so daß er für den Kläger erkennt, wenn dieser zwar nicht das volle Eigenthum, sondern bloß den Titel besessen hat: vorausgesetzt natürlich, daß der Beklagte nicht etwa ein gleiches Recht an der Sache dargethan hat, und daß überhaupt die Lage der Dinge so ist, daß nach den Grundsätzen der *publiciana in rem actio* für den Kläger entschieden werden muß. Umgekehrt freilich wird der Richter nicht befugt seyn, eine bloß auf der Behauptung einer rechtmäßigen Erwerbung begründete Klage zugleich als Eigenthumsklage zu behandeln; denn die Abweichung, welche vielleicht dadurch motivirt wird, weil der Beklagte sein gleiches Recht dargethan hat, begründet hier niemals ein *exceptio rei iudicatae*, wenn etwa nachher der Kläger neuerdings eine Klage anstellt, und zu beweisen erbötig ist, daß er nicht bloß ein *bonae fidei possessio*, sondern vollkommenes Eigenthum erworben habe.

Noch muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß Thibaut (S. 313), in Beziehung auf Krazer's Schrift: „Ueber den Beweis des Eigenthums“, bemerkt: Krazer habe bloß die natürlich zu bejahende Frage erörtert: ob der Kläger, neben dem Beweise seines Eigenthums, auch noch darzuthun habe, daß der Beklagte ohne Grund besitze. Wer sollte nun nicht glauben, Krazer habe diese Frage bejaht? Dieses ist aber nicht der Fall. Krazer hat vielmehr sehr weitläufig darzuthun gesucht, daß der Kläger nicht nöthig habe, zu zeigen, daß der Beklagte ohne Grund besitze. Wahrscheinlich befindet sich hier in der Thibaut'schen Abhandlung ein Schreib- oder Druckfehler, und es sollte heißen: „die natürlich zu verneinende Frage.“ Wie sollte es auch natürlich seyn, von dem Kläger den Beweis für die Grundlosigkeit des Besitzes seines Gegners zu verlangen?

242 Hertel über das standesherrliche Fiscusrecht.

gen, da doch seinem Wesen nach immer Beweis eine negativa ist.

Z u s a ß.

Da ich gegen die vorstehende Abhandlung noch bedeutende, gerechte Zweifel zu haben glaube, zugleich aber darauf rechnen kann, daß mehrere Andre sich über die, von mir aufs Neue in Anregung gebrachte Streitfrage äußern werden: so will ich mein letztes Wort bis dahin verschieben, daß die Acten spruchreif geworden sind. Der, in Ansehung meiner Aeußerung über die Schrift von Kräzer behauptete Fehler (bejahende Frage, statt: verneinende) war offenbar ein bloßer Druckfehler, wie ich mit aller Strenge beweisen kann aus meinem Pandekten-System 6te Aufl. S. 566. not. i.

Ehibant.

XIV.

Ueber das standesherrliche Fiscusrecht.

Von

Christoph Ludwig Hertel, königl. preuß. Justizrathe
zu Coblenz.

V o r b e m e r k u n g.

Die hier abgehandelte Frage: ob und in wie fern unsern teutschen Standesherrn auch in ihren dermaligen mittelbaren Verhältnissen ihre vormaligen Fiscalgerechtfame ganz oder zum Theil noch zuständig seyen — ist sowohl in der ehemaligen Rheinbundsacte vom 12/19 Julius 1806, als auch in der dermaligen teutschen Bundesacte vom 8. Juni 1815 völlig unentschieden gelassen worden. Auch die, die Verhältnisse der in der preussischen Monarchie vorhandenen

Standesherrn näher regulirende Königl. Edikte vom 21. Juni 1815 ¹⁾ und 30. März 1820 ²⁾ berühren diesen Gegenstand nicht. Dieses, und weil jene Frage im practischen Leben eben so häufig vorkommt, als sie nicht selten wichtige Erörterungen veranlasset, hat mich bestimmt, meine Ansichten darüber, sowohl in Bezug auf das gemeine teutsche, als auf unser besonderes preuß. Recht zusammenzustellen, und dem Publico in dem gegenwärtigen Aufsatze vorzulegen.

Da ich nicht zu denjenigen gehöre, welche alle ihre Arbeiten unbedingt für wohlgerathen ansehen; so werde ich da, wo ich gefehlet oder geirret habe, wohlgemeinte Belehrungen nicht nur sehr gerne, sondern auch recht dankbar annehmen.

Coblenz, im Monat September 1822.

C. L. H.

§. 1.

I. Geschichtliche Erörterung.

In den ältern Zeiten gehörte die Ausübung aller und jeder Hoheitsrechte lediglich dem teutschen Kaiser zu, und die damaligen teutschen Fürsten und andern Großen des Reichs standen demselben als bloße Reichsbeamte und Reichsstände zur Seite. ³⁾ Nachdem aber diese letztere, durch mehrfache günstige Umstände begünstiget, nach und nach mehrere einzelne Hoheitsrechte, und zuletzt die Landeshoheit in ihrem ganzen Umfange an sich zu bringen gewußt, und sich sogar deren ausdrückliche Bestätigung in mehreren Reichsurkunden

1) Preuß. Gesetzsammlung von 1815. S. 105.

2) Dieselbe von 1820. S. 31.

3) Pütter historische Entwicklung der Staatsverfassung des teutschen Reichs, Th I. S. 35. 86. 80. 163 u. f. Eichhorn teutsche Staats- und Rechtsgeschichte I. 158. II. 290. III. 418. Koblrausch teutsche Geschichte I. 152. S äberlin Handbuch des teutschen Staatsrechts I. 24 — 28.

244 Hertel über das landesherrliche Fiscusrecht.

zu erwirkt gewußt hatten; ⁴⁾ so erhielten sie damit zugleich auch den vollen Jubegriff aller und jeder Hoheitsrechte — die wenigen kaiserlichen Reserven allein ausgenommen. ⁵⁾

§. 2.

Fortsetzung.

Unter jenen, mit der Landeshoheit auf die teutschen Reichsstände übergegangenen, Hoheitsrechten aber sind nicht allein diejenigen Rechte zu verstehen, welche dem Landesherrn, als solchem, zu Erreichung des allgemeinen Staatszweckes, der Staatswohlfahrt nämlich, zustehen, und nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts nothwendig zustehen müssen, sondern auch mehrere andere, aus dem Staatszwecke nicht nothwendig herfließende Rechte, deren Ausübung vielmehr dem Landesherrn nur vermöge eines besondern Erwerbgrundes, mithin nur bedingungsweise oder unter besondern, durch Gesetz oder Herkommen festgesetzten Verhältnissen zustehet. ⁶⁾

4) Zwei Urkunden, welche Kaiser Friedrich II. im Jahre 1220 den geistlichen und im Jahre 1232 den weltlichen Reichsständen darüber ertheilte, können als die ersten Grundfesten angesehen werden, womit von Seiten des Kaisers die landesherrlichen Rechte, die nur durch Herkommen nach und nach auf diesen Punkt gebracht waren, zuerst ausdrücklich bekräftigt wurden. Pütter l. c. I. 204. durch die hiernächst bei der Wahl Kaisers Carl V. im Jahre 1519 erfolgte erste Wahlcapitulation Art. 1. §. 2., so wie durch den im Jahre 1648 erfolgten westphälischen Frieden Art. 8. §. 1. (vgl. unten §. 3. Not. 10.) aber erhielten sie ihre vorzügliche Sanction. Pütter l. c. I. 350. II. 82. Häberlin l. c. I. 28.

5) Häberlin l. c. I. 127 u. f., daß indessen auch diese letzten Ueberreste der vormaligen deutschen Kaiserwürde mit dieser Würde selbst neuerlich (1806) in dem Rheinbunde unter- und auf die daraus entstandenen souverainen Regenten Deutschlands übergegangen seyen, ist eine allgemein bekannte Sache.

6) Klüber Staatsrecht der teutschen Bundesstaaten I. 98. Häberlin l. c. III. 335. Weber Handb. des teutschen Rechts

Hertel über das landesherrliche Fiscusrecht. 245

Die erstern — wesentliche Hoheitsrechte (regalia essentialia seu majora), auch Hoheitsrechte schlechthin genannt,⁷⁾ entwickeln sich von selbst aus dem Begriff und Wesen der obersten Staatsgewalt, und begreifen hienach alle die Rechte in sich, welche aus der Pflicht des Regenten, den Untertanen Sicherheit und Wohlfahrt zu verschaffen, hergeleitet werden können, wie zum Beispiele: die gesetzgebende, die vollziehende, die richterliche und polizeiliche Gewalt, das Recht Krieg, Frieden und Bündnisse zu schließen, das Gesandtschaftsrecht, das Recht öffentliche Aemter und Würden zu erteilen, das Besteuerungsrecht u. s. w.,⁸⁾ und liegen übrigens ganz außer den Grenzen dieses Aufsatzes.

§. 3.

Fortsetzung.

Die andern — zufällige Hoheitsrechte (regalia accidentalia seu minora), auch bloß Regalien genannt⁹⁾ — sind in der Regel von der Art, daß deren Ausübung dem Landesherrn einigen Nutzen gewähret, und das Einkommen des Staatsfiscus vermehret.¹⁰⁾ Ihr Inbegriff bildet daher das landesherrliche Fiscusrecht; welches früher, gleich allen andern Hoheitsrechten, bloß dem Kaiser zustand, in der Folge aber mit dem Erwerbe der Landeshoheit, besonders seit der Wahlcapitulation Ferdinands II.¹¹⁾ und dem schon oben (§. 1. Note 4.) bemerk-

rechts II. 62. S. 174. Danz Handb. des deutschen Privatrechts I. 101. b. S. 355.

7) Klüber l. c. Kunde teutsches Recht. §. 101. c.

8) Weber l. c. S. 174. 175. Danz l. c. S. 384. 385. Die Rheinbundacte vom 12. Jul. 1806. Art. 26. rechnet dahin: Gesetzgebung, obere Gerichtsbarkeit, Oberpolizei, Militärconscriptio oder Rekrutenzug, Recht der Auflagen.

9) Klüber l. c. Kunde l. c.

10) Weber l. c. Häberlin l. c.

11) Wahlcapitulation von 1636. Art. 21. §. 2. — 4.

246 Hertel über das landesherrliche Fiscusrecht.

ten Westphälischen Frieden, ¹²⁾ auf alle teutsche Regenten überging. ¹³⁾

§. 4.

II. Sicher gehörige Gerechtsame.

A. Im Allgemeinen und deren Rechtsquellen.

Was die verschiedenen dazu gehörigen einzelnen Gerechtsame betrifft, so läßt sich darüber keine allgemeine Regel aufstellen, indem sich dieselben so wenig aus dem allgemeinen Staatsrechte, dem diese fiscalischen Vorrechte ganz fremd sind, ableiten lassen, als wenig wir darüber eine allgemeine gesetzliche Bestimmung besitzen. ¹⁴⁾ Wir müssen daher bei jedem einzelnen dieser Rechte die eigene Quelle aufsuchen, welcher es sein Daseyn zu verdanken hat. Diese Quelle aber finden wir theils in der Geschichte, ¹⁵⁾ theils im Herkom-

12) I. P. O. art. 8. §. 1.: „Omnes et singuli — — status — — in antiquis suis juribus, praerogativis, libertate, privilegiis, libero juris territorialis — — exercitio — — ita stabiliti firmitque sunt, ut a nullo umquam sub quocunque praetextu de facto turbari possint vel debeant.“

13) Häberlin l. c. II. 247. Pütter Inst. jur. publ. germ. §. 247.

14) Denn weder der bekannte Text des longobardischen Lehenrechts II. F. 56., noch das Kap. 9. der goldnen Bulle kann für eine hier gültige Quelle angesehen werden. Denn die erste dieser Stellen enthält nur ein Verzeichniß derjenigen Regalien, welche dem Kaiser in Italien zustanden; die andere aber redet nur von den besondern Rechten der Kurfürsten, von welchen sich kein Schluß auf die Gerechtsame der übrigen Reichsstände machen läßt. Ueberdieß schließt sich dieselbe mit der merkwürdigen Clausel: „prout possunt vel consueverunt talia possidere.“ Man s. hierzu Häberlin l. c. III. 370. Weber l. c. II. 62. S. 177. 184.

15) Denn wenn das in Frage stehende Recht ein solches ist, welches schon ehemals ein königliches oder kaiserliches Regale war; so muß man annehmen, daß dasselbe auch noch dormalen ein lan-

men¹⁶⁾ und Besitzge,¹⁷⁾ so wie in der Analogie,¹⁸⁾ vorzüglich aber in der besondern Verfassung der verschiedenen teutschen Länder und den eigenthümlichen Rechtsquellen derselben.¹⁹⁾

In Ermangelung alles dessen kann man jedoch auch dem römischen Rechte bei dem hier in Frage stehenden Gegenstande seine subsidiarische Anwendbarkeit nicht absprechen.²⁰⁾ Denn indem dasselbe, wie die Geschichte seiner Einführung in Teutschland beweiset,²¹⁾ nicht sowohl besonders, oder wohl

desherrliches Regale seye. Danz l. c. S. 335. 336. Häberlin l. c. III. 358. 370. Deswegen sind auch die Zeugnisse des Sachsen- und Schwabenspiegels und anderer ähnlicher Rechtsbücher des Mittelalters hier nicht zu verachten. Weber l. c. S. 176. Eichhorn teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte II. 296. 297.

- 16) Häberlin l. c. S. 358. Denn so wie das Herkommen schon sehr frühe als eine Hauptquelle des teutschen Staatsrechts angesehen wurde, Eichhorn l. c. S. 260., eben so gilt dasselbe auch noch bis auf den heutigen Tag, sowohl im teutschen Staats- als auch im teutschen Privatrechte, dafür. Häberlin l. c. I. 44. — 46. Klüber l. c. I. 58. 59. Danz l. c. I. 56.
- 17) Man vergleiche die in der Note 12. bemerkte Stelle der G. B. und Klüber l. c. I. 58. II. 276. Häberlin l. c. I. 47, und unten S. 11. Note 8.
- 18) Häberlin l. c. III. 358. Ueber Analogie und Parallelismus und deren Anwendung überhaupt s. m. a. Klüber l. c. I. 61 — 65.
- 19) Häberlin l. c. S. 335. Weber l. c. S. 174. 179. Danz l. c. I. 101. b. S. 386.
- 20) Häberlin l. c. I. 22. No. III. Klüber l. c. I. 72.
- 21) Man sah nämlich seit der, in der Person Carls des Großen, im J. 800 wieder erneuerten römischen Königswürde unsere teutsche Kaiser als Nachfolger der römischen Kaiser, und das teutsche Reich als eine Fortsetzung des römischen Reichs an, und glaubte damit zugleich, daß man dadurch eo ipso auch das gesammte römische Recht ererbet habe. Pütter historische Ent-

gar in einzelnen Theilen bei uns aufgenommen worden, als vielmehr von selbst und in seinem ganzen Umfange auf die teutsche Nation übergegangen ist; ²²⁾ so sind damit eo ipso auch diejenigen darinenthaltenen besonderen Bestimmungen, durch welche die römischen Kaiser ihren Fiscus zu begünstigen gewußt hatten, auf uns übergegangen.

§. 5.

B. Insbesondere: 1. — 3. das Recht auf Geldstrafen; Befreiung von Sicherheitsleistungen; Vorzug im Concurse.

Diesem nach aber sind es hauptsächlich folgende Fiscalsgerechtigsame, welche hier zu bemerken sind:

1. Das Recht des Fiscus auf den Bezug von Geldstrafen. ²³⁾

2. Die dem Fiscus verliehene Freiheit von den in bürgerslichen Rechtsstreitigkeiten üblichen Sicherheitslei-

wicklung der Staatsverfassung des teutschen Reichs Th. I. S. 59. 64. 65. 330. H ä b e r l i n l. c. So heißt es z. B. in M a r g i m i l i a n s I. Satzung von Gotteslästerern de Ao. 1495 im Eingange: „Demnach — — weiland Kaiser J u s t i n i a n u s unser Vorfahr am Reich — —“ Ueber diese erste Veranlassung sowohl, als auch über die weiter mitwirkenden Umstände, welche die Einführung und Annahme des röm. Rechts in der Folge immer mehr und mehr beförderten, bis endlich der vorgedachte Kaiser M a r i m. I. in der K. G. D. von 1495 dessen Ansehen als eines Reichs und gemeinen Rechts vollkommen befestigte — s. m. vorzüglich E i c h h o r n teutsche Staats- und Rechtsgeschichte III. 440 — 442.

22) H ö p f n e r Comm. über die Just. §. 17. T h i b a u t Pand. R. I. 13.

23) L. 17. 37. D. de jure fisci (49. 14.) H o f a c k e r princ. jur. civ. III. 4629. Vergl. T i t m a n n Handbuch des gem. teutschen peinlichen Rechts I. 78. und unten §. 12. No. 1., insg. das P r e u ß. L a n d r. II. 17. S. 119. — 122.

Hertel über das landesherrliche Fiscusrecht. 249

stungen.²⁴⁾ Ferner das denselben zuständige Recht, auch als Kläger die Edition von Urkunden von seinem Gegner begehren zu können.²⁵⁾

3. Dasjenige Vorzugsrecht in Concurfen, vermöge dessen, auf den Grund eines unbestrittenen allgemeinen teutschen Herkommens, der Fiscus wegen rückständiger Steuern und anderer öffentlichen Abgaben, so wie selbst wegen rückständiger Jurisdiction: und grundherrlicher Gefälle, des Vorzugs der ersten,²⁶⁾ wegen der von seinen fiscalischen Kassenverwaltern und Gelderhebern erzielten Resten aber des Rechts der dritten Classe²⁷⁾ sich zu erfreuen hat.

24) L. 1. §. 18. D. ut legat. et fideic. c. c. (36. 3.) Hofacker l. c. §. 4408, 4631. Womit auch die Preuß. Ger. Ordn. I. 21. §. 2. übereinstimmt.

25) L. 3. D. de edendo (2. 13.) L. 2. §. 1. D. de jur. fisc. (49, 14.) Thibaut Pand. N. III. 1270. Andere Kläger können dieß nicht begehren. L. 4. §. 8. C. de edendo (2. 1.). Danz ordentl. bürgerl. Proc. §. 318. der Gönnerschen Ausg. von 1821. Die Preuß. Ger. Ordn. I. 10. §. 94. verpflichtet jede Partei ohne Unterschied zur Edition der zur Sache gehörigen Urkunden.

26) Gmelin Ordnung der Gläubiger im Gantproceffe §. 70. (der 5. Aufl.). Dabelow ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 606 (der Quartausgabe). Nach unserm Preuß. Concurproceffe, der im Grunde 8 verschiedene Classen statuiret, kommen zweiährige Rückstände öffentlicher, gemeiner, gutherrlicher und anderer, an Kirchen- und Schulbeamte zu entrichtenden Realabgaben in die zweite Classe, Ger. Ordn. I. 50. §. 356. — 358; ältere Rückstände aber in die vierte, Ger. Ordn. I. c. §. 395, 396, 404. Vergl. unten §. 13.

27) Gmelin l. c. §. 118. Nach der Preuß. Ger. Ordn. I. c. §. 360. — 361. kommen der Fiscus und andere mit fiscalischen Rechten versehene Anstalten mit dergleichen Kassendefecten in die zweite Classe. Andere nicht königliche Kassen werden ibid. §. 405. damit in die vierte Classe verwiesen. Vergl. auch hierzu unten §. 13.

250 Hertel über das landesherrliche Fiscusrecht.

4. Das weitere Vorzugsrecht der zweiten respectiv der dritten Classe in dem Vermögen seines Contrahenten — je nachdem derselbe solches erst nach geschlossenem Contracte erworben, ²⁸⁾ oder schon zuvor besessen hat. ²⁹⁾

§. 6.

4. — 7. Das Recht auf confiscirtes, auf erbs- und herrnloses Gut.

5. Das Recht des Fiscus auf confiscirte oder zur Strafe verwirkte Güter. ³⁰⁾

6. Das Recht desselben auf erblose Güter — bona vacantia. ³¹⁾ Wo hingegen

7. die Regalität der herrnlosen Sachen, als welche sich in ursprünglich solche (res nullius), und aufgegebene (res derelictae) abtheilen, ³²⁾ sich nach gemeinem teutschen

28) L. 28. D. de jur. fisc. Gmelin l. c. §. 98.

29) L. 2. C. in quib. caus. pign. (8. 15.). Gmelin l. c. §. 118. Die Preuß. Ger. Ordn. l. c. §. 399. 400. locirt hier den Fiscus überhaupt in die vierte Klasse.

30) L. 14. D. de publican. (39. 4.). Hofacker l. c. III. 4629. Thibaut Pandektenrecht II. 601. Klüber Staatsrecht der teutschen Bundesstaaten II. 390. Ueber den heutigen ziemlich beschränkten Gebrauch dieses Rechts s. Tittmann l. c. §. 77. 78., und vergl. hierzu das Preuß. Landr. I. 11. §. 719. I. 18. §. 799. — 802. I. 21. §. 224. II. 8. §. 1955. II. 17. §. 126. II. 20. §. 285. u. f.

31) §. 9. I. de usucap. (2. 6.). L. 18. D. de usurpat. (41. 3.). Hofacker l. c. Thibaut l. c. §. 1029. Klüber l. c. Das Preuß. Landr. I. 9. §. 481. II. 16. §. 16. ist damit übereinstimmend. Ueber die nach gemeinem Rechte hierbei gegen den noch nicht bestehenden Fiscus Statt findende nur vierjährige Verjährung s., außer den vorbemerkten beiden Gesetzen, auch noch L. 1. §. 2. D. de jure fisci (49. 14.). Thibaut Pand. R. II. 1029. Hellfeld jurispr. for. II. 1773, und vergl. die folgende Note, so wie unten §. 9. No. 13.

32) Von der Dereliction eines Grundstückes ist jedoch der Fall verschieden, wenn Jemand ein Grundstück bloß unbebaut liegen

Rechte nicht behaupten läßt, 'indem wir solche sowohl nach den Grundsätzen des teutschen Staats- und Privatrechts, als auch nach den Verordnungen des römischen Rechts, in so weit nämlich dergleichen Sachen nicht als Pertinenz von Grundstücken anzusehen, und als solche dem Eigenthümer des Grund und Bodens vermöge des natürlichen Accessionsrechts zuzusprechen sind, ³³⁾ lediglich demjenigen überlassen müssen, der sich dieselben zuerst zueignet. ³⁴⁾

Wo daher dergleichen Sachen für fisciisches Gut angesehen werden wollen, da muß deren Regalität in Gesetz ³⁵⁾ oder Herkommen ³⁶⁾ besonders gegründet seyn. ³⁷⁾

§. 7.

Namentlich auf Bergwerks- und andere Schätze.

Dies ist übrigens namentlich der Fall mit den Bergwerkschätzen, vorzüglich den Gold- und Silberminen, deren Regalität dermalen ³⁸⁾ in ganz Teutschland in

läßt (ager desertus), zu dessen Erwerb der Occupante nur eines zweiährigen Besizes nöthig hat. L. 8. C. de omni agro deserto (11. 58.). Hofacker l. c. II. 932. Not. g. Thibaut l. c. II. 601. Leyser sp. 456. m. 6. 7. Vergl. auch hierzu unten §. 9. No. 13.

33) Danz Handb. des teutschen R. I. 101. b. S. 393. Thibaut l. c. II. 594 u. f.

34) §. 2. I. de rer. div. (2.1.). L. 3. 4. D. de div. rer. (1. 8.) L. 8. C. de omni agr. des. (11. 58.). Munde l. c. §. 182. Danz l. c. I. 101. b. II. 182. Hofacker l. c. II. 931. 932. Thibaut l. c. II. 593. Leyser sp. 443. Häberlin Handb. des teutschen Staatsrechts III. 370. Weber Handb. des teutschen Lehenrechts II. 62. S. 178. 179.

35) Wie z. B. in dem Preuß. Landrecht II. 16. §. 1. — 15. im Franz. Civilgesetzbuche Art. 713.

36) Ein solches statuiert hinsichtlich der verlassenen oder aufgegebenen Sachen. Klüber l. c. II. 258.

37) Munde l. c. Danz l. c. Weber l. c.

38) Ursprünglich und noch bis ins zwölfte Jahrhundert wurden alle Bergwerke als simples Pertinenz von Grundstücken angesehen.

252 Hertel über das landesherrliche Fiscusrecht.

einem völlig unbestrittenen Herkommen beruhet.³⁹⁾ So wie aber gleichwohl fast überall der Bergbau zum Privatbetriebe verliehen zu werden,⁴⁰⁾ und dem Staate, wegen des ihm zustehenden Münzregals, in diesem Falle nur das Verkaufrecht auf das gewonnene Gold und Silber zuzustehen pfleget;⁴¹⁾ eben so ist beides auch namentlich bei uns der Fall.⁴²⁾

Auf vergrabene Schätze (thesauri defossi) hingegen hat der Fiscus nur in dem Falle einen Anspruch, wenn der Finder beim Aufsuchen derselben sich Zauberkünste bediente.⁴³⁾

§. 8.

8. — 11. Das Recht auf noch mehrere andere Gegenstände.

Ferner gehören zu den fiscalischen Gerechtsamen:

8. Das Recht des Fiscus auf dasjenige, was Jemanden zu einem Zwecke gegeben worden ist, der sowohl den Geber als den Empfänger schändet.⁴⁴⁾

Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. II. 297. Danz l. c. II. 161.

39) Kunde l. c. §. 161. u. f. Häberlin l. c. III. 371. Womit auch das Preuß. Landr. II. 16. §. 69. u. f. übereinstimmt.

40) Kunde l. c. §. 164. Danz l. c. II. 164. Auch hiermit stimmt das Preuß. Landr. l. c. §. 79. überein.

41) Kunde l. c. §. 165. Womit das Preuß. Landr. l. c. §. 95. abermals übereinstimmt.

42) Vergl. meine vorgedruckte Schrift über die Nassau-Preussische Justizverfassung §. 19. Litt. F. §. 24. No. 13. und die Kurkölnische Bergordnung vom 14. Juni 1559 §. 1. und §. Und nachdem x x.

43) §. 39. I. de rer. div. (2. 1.). L. un. C. de thes. (10. 15.) Thibaut Pand. R. II. 600. Danz l. c. II. 183. Womit auch das Preuß. Landr. I. 9. §. 85. — 88., obwohl mit einiger Erweiterung, übereinstimmt.

44) L. 9. i. f. D. de jure fisci (49. 14.). L. 5. D. de calum. (3. 6.). L. 32. §. fin. D. de donat. inter v. e. u. (24. 1.).

Hertel über das landesherrliche Fiskusrecht. 253

9. Das Recht desselben auf dasjenige Vermögen, welches einem Unwürdigen durch Erbeseinsetzung oder Vermächtniß,⁴⁵⁾ so wie einem Unfähigen durch ein verstecktes Fideicommiss,⁴⁶⁾ zugewendet wird.⁴⁷⁾

10. Das Recht auf den Ertrag des, dem Fiskus angehörigen Abzugs, oder Nachsteuerrechts.⁴⁸⁾

11. Wohingegen an die sonst üblichen, alles Menschenrecht und menschliche Gefühl beleidigenden Nutzungen des Strand,⁴⁹⁾ Wildfangs,⁵⁰⁾ Fremdlingss,⁵¹⁾ und Bastardrechts⁵²⁾ in unsern Zeiten wohl nirgends mehr gedacht wird.

Hofacker l. c. §. 4629. *Thibaut* l. c. §. 966. Womit das Preuß. Landr. I. 11. §. 1071. wieder übereinstimmt. Vergl. übrigens auch dasselbe I. 5. §. 50. II. 11. §. 714.

45) L. 2. §. 1. 10. 17. 38. D. de his, quae ut indign. (34. 9.). *Thibaut* l. c. §. 838. u. f. *Hofacker* l. c.

46) L. 3. §. 3. D. de jure fisci (49. 14.). L. 103. D. de legat. 1. (30.) *Thibaut* l. c. §. 769. not. m. *Hofacker* l. c.

47) Womit das Preuß. Landr. II. 16. §. 17. 18. nur in so weit übereinstimmt, daß es dem Fiskus die Erbschaft des Unfähigen oder Unwürdigen nur dann zuweist, wenn kein anderer Erbe vorhanden ist, der nach der Verfügung des Erblassers oder der Gesetze an jenes Stelle treten könnte

48) Klüber Staatsrecht der teutschen Bundesstaaten II. 390. Kunde l. c. §. 322. Das Preuß. Landr. II. 17. §. 127. u. f.

49) Kunde l. c. §. 112. Klüber l. c. Das Preuß. Landr. II. 15. §. 81. enthält die schöne Verordnung: „der Staat begiebt sich des Strandrechts zum Besten der zur See Verunglückten.“

50) Kunde l. c. §. 316. Klüber l. c. Das Preuß. Landr. enthält mit Recht gar nichts davon.

51) Kunde l. c. §. 320. 321. Klüber l. c. Das Preuß. Landr. I. 12. §. 40. statuirt solches nur noch als Retorsion.

52) Kunde l. c. §. 686. Klüber l. c. Das Preuß. Landr. kennt auch dieses Recht nicht.

§. 9.

12. — 19. Fortsetzung.

12. Alles Fiskusgut muß, wenn es veräußert werden soll, zum öffentlichen Verkaufe ausgesetzt werden.⁵³⁾

13. FISCALISCHE SACHEN können nur durch eine vierzigjährige Verjährung erworben werden.⁵⁴⁾

14. Der FISCUS kann auch ohne Vertrag sechs Procent Verzugszinsen fordern; dagegen ist er zur Zahlung von dergleichen nicht anders verpflichtet, als wenn er in die Zinspflicht eines Andern eingetreten ist.⁵⁵⁾

15. Forderungen an eine fiskalische Kasse können auf Zahlungen, die an eine andere zu leisten sind, niemals zugerechnet werden.⁵⁶⁾ Auch kann derjenige, welcher dem FISCUS Kaufgelder schuldig ist, ihm hinsichtlich derselben die Einrede der Compensation nicht entgegen setzen.⁵⁷⁾

16. Die Gesetze befreien ferner den FISCUS auch von der Verpflichtung zur Gewähr der Mängel.⁵⁸⁾

53) L. ult. C. de fid. et jur. hastae fisc. (10. 3.). L. un. C. de vend. rer. fisc. (10. 4.). Thibaut l. c. 856. Hofacker l. c. §. 4630.

54) L. 6. C. de jur. fisci (10. 1.). I. fin. C. de fund. patrim. (11. 61.). Thibaut l. c. §. 1028, 1030. Vergl. oben S. 6. Not. 31. 32. und unten §. 11. Not. 74. Das Preuß. Landr. I. 9. §. 628, 632. erfordert eine vier und vierzigjährige Präscription. Wozu jedoch dasselbe II. 14. §. 36. u. f. zu vergleichen ist.

55) L. 17. §. 5. 6. L. 43. D. de usur. (22. 1.). Hofacker l. c. Thibaut l. c. I. 279.

56) L. 1. C. de compens. (4. 31.). Thibaut l. c. II. 1000. Womit auch das Preuß. Landr. I. 16. §. 368. übereinstimmt.

57) L. 7. C. eod. Thibaut l. c.

58) L. 1. §. 3. D. de aedil. edict. (21. 1.). Thibaut l. c. I. 196. Das Preuß. Landr. I. 5. §. 317. u. f. gestehet dieses Vorrecht dem FISCUS nicht zu. Dagegen aber läßt dasselbe I. 15. §. 42. rücksichtlich der vom FISCUS erkaufte Sachen keine Vindication zu.

17. Beim Verkaufe einer Erbschaft stehet den Erbschaftsgläubigern frei, sich wegen ihrer Forderungen nach wie vor an den Verkäufer zu halten; ⁵⁹⁾ es wäre denn, daß dieselben die Person des Käufers ausdrücklich oder stillschweigend für ihren Schuldner anerkannt hätten. ⁶⁰⁾ Der Fiscus aber hat das Vorrecht, daß er als Erbschaftsverkäufer die Erbschaftsschulden geradezu auf den Verkäufer überträgt. ⁶¹⁾

18. Durch die Cession tritt der neue Inhaber (Cessionar) zwar in alle Rechte des Cedenten, ⁶²⁾ jedoch mit Ausnahme seiner persönlichen Vorrechte. ⁶³⁾ Der Fiscus aber trägt hierbei auch seine Privilegien auf seinen Cessionar über. ⁶⁴⁾

19. Wenn endlich der Fiscus eine, einem Andern verpachtete Sache während der noch dauernden Pachtzeit an einen Dritten verkauft; so ist Ersterer von der, einem sonstigen Verkäufer in diesem Falle obliegenden Verbindlichkeit, seinen Pächter, der dadurch aus der Miethen vertrieben wird, ⁶⁵⁾

59) L. 2. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.). Das Preuß. Landr. I. 11. §. 462. 463. ist damit übereinstimmend.

60) L. 2. C. de pactis (2. 3.). Auch damit ist das Preuß. Landr. I. c. §. 464. 465. übereinstimmend.

61) L. 1. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.). Thibaut l. c. II. 736. Hofacker l. c. III. 4630. Das Preuß. Landr. I. c. billigt dieses Vorrecht dem Fiscus nicht zu.

62) L. 2. 6. 23. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.). L. 6. 7. C. eod.

63) Arg. L. 68. 196. D. de reg. jur. Voët ad Pand. XVIII. 4. §. 12.

64) L. 43. D. de usur. (22. 1.). L. ult. C. de priv. fisci (7. 73.). Thibaut l. c. I. 79. Nach dem Preuß. Landr. I. 11. §. 403. gehen die persönlichen Vorrechte eines jeden Cedenten auf den Cessionar über.

65) Nach dem bekannten Rechtsfah: „Kauf bricht Miethe.“ L. 9. C. de loc. cond. (4. 65.). Höpfner Com. über die Kauf. §.

256 Hertel über das landesherrliche Fiscusrecht.

zu entschädigen, ⁶⁶⁾ frei; Letzterer, der Käufer, vielmehr verpflichtet, den Pächter bis zu beendigter Miethzeit in der Pachtung zu belassen. ⁶⁷⁾

§. 10.

III. Feststellung der Frage und der Grundsätze, wonach erstere im Allgem. einen zu erledigen ist.

Fragen wir nun hiernächst:

Ob und in wie weit unsere dermaligen Standesherrn mit dem Verluste ihrer vormaligen Unmittelbarkeit zugleich auch diese bisher genannten fiscalischen Gerechtigkeiten eingebüßt, oder sie aus diesem Schiffbruche gerettet haben?

So ist dieß allerdings ein Gegenstand, der einer nähern Untersuchung um so mehr werth ist, als einer Seite unter unsern Rechtsgelehrten darüber sehr verschiedene Ansichten herrschen, ⁶⁸⁾ und anderer Seite unsere, die übrigen standesherrlichen Verhältnisse regulirenden Grundgesetze ⁶⁹⁾ diesen hier zur

890. und das Not. 4. der Weberschen Ausgabe. Nach dem Preuß. Landr. I. 21. §. 338. soll durch einen freiwilligen Verkauf in den Rechte des Miethers oder Pächters nichts geändert werden.

66) L. 25. §. 1. D. locat. (19. ^o Thibaut l. c. II. 994.

67) L. 50. D. de jure fisc. (49. ^o Thibaut l. c. Die Verordnung des Preuß. Landr. ist bereits in der Note 65. bemerkt.

68) Dabin gehört vorzüglich Jauv in seiner, im zweiten Hefte des ersten Bandes von Crome's und Jauv's Germanien befindlichen, Abhandlung: Steht den Standesherrn das Fiscusrecht zu?

69) Nämlich: 1. die vormalige Rheinische Bundesacte vom 12. Julius 1806. 2. die dermalige Deutsche Bundesacte vom 8. Junius 1815. Wozu, so viel die Standesherrn der preuß. Monarchie betrifft, noch ferner gehören: 3. die königlichen Declarationen vom 21. Juni 1815 (Gesetzsamml.

Sprache gebrachten Gegenstand völlig unberührt gelassen haben, gleichwohl derselbe im practischen Geschäftsleben öfters vorzukommen, und zuweilen nicht unwichtige Collisionen zu veranlassen pfleget.

So entstand eine solche bei uns noch ganz kürzlich in der Concurssache des verlebten fürstlichen Kammerrath's Kürschner zu Braunfels, welcher, neben andern beträchtlichen Schulden, auch einen bedeutenden Kassenrest zur Domainenkasse des Herrn Fürsten von Solms-Braunfels, so wie eine Wittve hinterlassen hatte, welche beträchtliche Platten liquidirte, und damit hauptsächlich mit dem standesherrlichen Aerario, das wegen jenes Kassenrestes den Vorzug vor ihr verlangte, zusammentraf.

§. 11.

F o r t s e t z u n g.

Um indessen jene Frage zweckmäßig und richtig erledigen zu können, müssen wir vor allem einen allgemeinen Grundsatz auffuchen, an dem wir die in Frage stehenden Gerechtsame einzeln prüfen und würdigen können. Nach der oben §. 1. — 3. gegebenen rechtsgeschichtlichen Darstellung aber dürfte dieser Grundsatz wohl nicht anders, als dahin zu fassen seyn:

Das Fiscusrecht ist sowohl nach deutschem als römischem Rechte lediglich ein Ausfluß der höchsten Staatsgewalt. Es kann daher in seinem ganzen Umfange auch nur dem höchsten Staatsoberhaupte oder dem natürlichen Landesherrn, andern, der höchsten Staatsgewalt untergeordneten Landesbesitzthümern, als wofür unsere dermaligen Stau-

vom J. 1815. p. 105) und 30. Mai 1820 (Gesetzsamml. vom J. 1820. p. 81).]

258 Hertel über das standesherrliche Fiscusrecht.

deßherrn nur noch angesehen werden können, ⁷⁰⁾ aber in der Regel gar nicht, ⁷¹⁾ und ausnahmsweise nur in so weit zu stehen, als einem oder dem andern derselben eine oder die andere der fraglichen Fiscalgerechtsame ausdrücklich oder stillschweigend ⁷²⁾ verliehen, ⁷³⁾ oder aus einem andern gültigen Rechtsgrunde ⁷⁴⁾ von ihm erworben worden, oder seiner Seite

70) Denn so wie Landeshoheit und Landeseigenthum zwei ganz wesentlich verschiedene Gegenstände sind, indem erstere den Inbegriff derjenigen oberherrlichen Rechte, welche der höchsten Staatsgewalt, als solcher, zu Erreichung des allgemeinen Staatszweckes zustehen, darstellt, letztere aber nichts anders, als die einfachen Eigenthumsrechte, die dem Eigentümer, als solchem, zustehen, das Recht nämlich, sowohl über die Substanz, als über die Nutzungen einer Sache zu verfügen, in sich begreift; eben so stellen auch die subjectiven Begriffe von Landesherr und Landeseigentümer zwei von einander so völlig verschiedene Personen dar, daß von den Rechten und Befugnissen des Einen auf die Rechte und Befugnisse des Andern schlechterdings nicht geschlossen werden kann. Kunde teutsches Recht S. 101. b.

71) Klüber Staatsrecht I., teutschen Bundesstaaten II. 387. Pütter Inst. jur. publ. germ. S. 247. Häberlin Handb. des teutschen Staatsrechts II. 247. Thibaut Pandectenrecht I. 331. Gmelin Ordnung der Gläubiger im Eantproceß S. 70.

72) Vergl. unten S. 13.

73) Denn obgleich die Substanz der Hoheitsrechte unveräußerlich ist; so kann doch die Ausübung einzelner solcher Rechte an Andere überlassen werden, in so weit dieß ohne Nachtheil des Staatszweckes geschehen kann. Klüber l. c. I. 101. Weber Handbuch des teutschen Lehenrechts II. 63. p. 194 u. f. Womit auch das Preuß. Landr. II. 14. S. 24 u. f., so viel die hier in Frage stehenden niedern Regalien betrifft, übereinstimmt.

74) Dahin gehöret vorzüglich die Verjährung. Hinsichtlich derselben erfordern die mehresten unserer Rechtsgelehrten hier, wo nicht von fiscalischen Sachen (vergl. oben S. 9. No. 13.), sondern von fiscalischen Gerechtsamen die Rede ist, eine unvordenkliche. Dahin gehören: Klüber l. c. II. 276. Weber l. c.

doch wenigstens auf einem ruhigen und untadelhaften Besitz (§ 75) gegründet ist.⁷⁶⁾

II. 63. p. 195. IV. 204. p. 253. *Rave* de praescr. §. 14. p. 17. §. 196. p. 338. *Ehibaut* über Besitz und Verjährung §. 75. *Hofacker* princ. jur. civ. II. 986. *Paetz* Lehenrecht §. 67. *Leyser* sp. 441. m. 7. 8. sp. 458. m. 3. sp. 670. m. 15. 16. 17. Sie berufen sich auf folgende Rechtsstellen: L. 28. D. de probat. (22. 3.) L. 3. §. 4. D. de aqua quotid. (43. 20.) L. 2. §. 8. D. L. 26. D. de aqu. et aqu. pluv. (39. 3.). C. 1. de praescr. in 6. (2. 13.) C. 29. X. de verbor. signifi. (5. 40.). *G. B.* Tit. 8. §. 1. *R. U.* von 1548. §. 56. 59. 64. *R. U.* v. 1556. §. 103.

Anderer hingegen, welchen ich beipflichte, nehmen auch hier auf den Grund der oben §. 9. Note 54. allegirten Gesetze L. 6. C. de jure fisci (10. 1.). L. 14. C. de fundis patrim. (11. 61.) eine vierzigjährige Verjährung an. Denn so wie diese letztgenannten Gesetze sich allerdings auch auf fiscalische Gerechtsame beziehen lassen, wie die darin vorkommenden Ausdrücke: „actiones vel cujus cunque juris“ — hinlänglich beweisen; so wie ferner die Erfordernisse und Grenzen der s. g. Immemorialverjährung nirgends deutlich und bestimmt angegeben sind, und die wenigen Bestimmungen der Reichsgesetze, da sie keine Regeln, sondern im Grunde nur vertragsmäßig abgemachte Punkte enthalten, auf andere Fälle nicht bezogen werden können, wie selbst *Ehibaut* l. c. §. 74. zugiebt; eben so ist auch nach *Ludewig* Erläuterung der *G. B.* Theil I. ad Tit. 8. §. 1. p. 767. 768 noch ferner zu erwägen: „daß die Römer ihre praescriptionem immemoriam nur von nichtswürdigen Sachen und Kleinigkeiten, als von dem Abflusse des Regenwassers, vom Lauf der Gassen u. s. w. gebraucht haben, da es nicht der Mühe werth gewesen, auf eine ordentliche Verjährung von 20, 30 oder 40 Jahren zu sehen, sondern wo es genng wäre, wenn sich Niemand eines andern, da das Wasser sonst wohin gelaufen, besinnen könne. Denn so erklärt der Römer ihre praescriptionem immemoriam der L. 28. D. de probat. Welchemnach, fährt *Ludewig* l. c. fort, ich eines jedweden seinem Urtheil überlasse, ob die Icti Grund gehabt haben, ihre leichte und geringe praescr. immem. von Bagatellen auf die wichtigsten und größten Sachen zu ziehen, und großen Herren dadurch ihre Hoheiten und

§. 12.

IV. Anwendung der Letztern auf die vorbemerkte einzelne Gerechtsame.

Hiernach aber dürften nun in Bezug auf die oben §. 5. — 9. genannten einzelnen Gerechtsame folgende Resultate anzunehmen seyn:

Gerechtigkeiten zu verjähren. Die textus aus den päpstlichen Rechten aber schicken sich gar nicht zur Sache, indem der eine c. 26. X. de verb. sig. von keinem Gesetze, sondern nur von einem Vertrag redet, der andere aber c. 1. pe praescr. in 6. de memoria instrumentorum zu verstehen, die aber doch den deutschen Landesherren in ihrer Hoheit und Gerechtsamen weder Maaß noch Ziel setzen mögen.“ Dazu kommt, daß bei der Immemorialverjährung nicht einmal der gute Glaube erforderlich ist. *E h i b a u t* l. c. §. 79. Zu den Vertheidigern dieser 40jährigen Präscription gebührt auch *G ö n n e r* von Staatsdienfbarkeiten §. 70. — 77., und selbst das *P r e u ß. L a n d r.* II. 14. §. 35. vergl. mit I. 9. §. 629. ist in so weit damit übereinstimmend, daß es hier, eben so wie bei den übrigen fiscalischen Sachen (vergl. oben §. 9. Note 54.), nur eine gleiche 44jährige Präscription erfordert.

75) In wie weit der *B e s i ß s t a n d* hier zu respectiren sey, ist sehr streitig unter unsern Rechtsgelehrten. Die meisten derselben nehmen an: daß, da außer dem Regenten in der Regel Niemand fähig sey, Hoheitsrechte zu besitzen, der jeweilige Besitzer derselben, in Gemäßheit der *L. 1. §. 8. D. uti poss. (43. 17.)*, in *possessorio summario*, von Andern auch *summariissimum* genannt, keinen rechtlichen Anspruch auf Schutz im Besitze habe, und selbst in *possessorio ordinario* zu Angabe seines Erwerbstitels verpflichtet sey. Dabin gehören: *D a n z* ordentl. Proceß §. 51. No. 1. *D a n z* summar. Proceß §. 59. 63. *G ö n n e r* Handbuch des gem. deutschen Proc. IV. 81. §. 10. 15. *Cramer* Obs. I. 378. *E l a p r o t h* summar. Proc. §. 32. *Mevius* Dec. IV. 210. *Stryck* U. M. II. 1. §. 27. 28. und andere. Da aber hier nur von solchen Regalien die Rede ist, die ihrer Natur nach an Andern verliehen, folglich auch von ihnen besessen werden können; so trete ich denjenigen Rechtslehrern bei, welche behaupten: daß derjenige, welcher auch nur den jüngsten ruhigen

Hertel über das standesherrliche Fiscusrecht. 261

I. Von den fiscalischen Geldstrafen (§. 5. N. 1.) müssen wir den Standesherrn, als natürliche Folge der ihnen verliehenen Gerichtsbarkeit,⁷⁷⁾ auch fortdin noch alle diejenigen derselben, welche von ihren standesherrlichen Gerichten innerhalb den Grenzen ihrer Competenz erkannt werden, in so weit zubilligen,⁷⁸⁾ als diesertwegen nicht besondere, gesetzlich bestimmte Ausnahmen vorliegen.⁷⁹⁾

Besitz auch nur eines kurzen Zeitraumes für sich habe, auch hier, und selbst gegen den Regenten, provisorisch zu schützen seye — ohne Rücksicht auf die Güte seines Besitzes, und ohne Verpflichtung zu Angabe seines Erwerbstitels. Dabin gehören vorzüglich: Klüber *Deffentliches Recht der teutschen Bundesstaaten*. II. 276. *Erbsaut* Pand. R. I. 319. Derselbe über Besitz und Verjährung §. 75. Hofmann *teutsche Reichspraxis* II. 1454. *Leyser* sp. 499. m. 8. 9. Damit ist auch die Preussische Gesetzgebung übereinstimmend, welches sich daraus ergibt, wenn man das Landr. II. 14. §. 26. und die Ger. Ordn. I. 31. §. 1. u. f. mit einander vergleicht.

76) Man s. hierzu überhaupt: Pütter l. c. Häberlin l. c. Munde l. c. §. 101. c. Klüber l. c. II. 392. *Leyser* sp. 658. *Lauterbach* coll. th. pr. Pand. 49. 14. §. 5.

77) *Teutsche Bundesacte* Art. 14. Litt. c. No. 4. Königl. Declaration vom 21. Juni 1815. §. 1. 7., und 30. März 1820. §. 38. u. f., s. oben §. 10. Not. 69.

78) Klüber l. c. Häberlin l. c. Pütter l. c. *Strube* R. B. III. 41. *Haupt* l. c. S. 360. *Zittmann* Handb. des teutschen peinl. Rechts I. 78.

79) Dabin gehören z. B. nach unserer preuß. Verfassung: I. in Gemäßheit des in der Note 77. bemerkten k. Edicts von 1820. §. 29. 1stens: diejenigen Ausnahmen, welche im Landr. II. 17. §. 113. 126. hinsichtlich der bürgerlichen, policeilichen und peinlichen Strafen verordnet sind; 2tens: alle und jede, dem Landesherrn unbedingt vorbehaltene Strafen, welche in fiscalischen Untersuchungsfachen, und namentlich in Steuercontraventionsfachen, erkannt werden. II. Vermöge des k. Edicts vom 7. Juni 1821 die von Holzdiebstählen anfallende, den respectiven Waldeigentümern überwiesene Strafen.

II. Die oben (§. 5. No. 2.) bemerkte Freiheit von den üblichen processualischen Sicherheitsleistungen wird man den Standesherrn schon bloß hinsichtlich ihrer Domainenbesitzungen um deswillen zustehen müssen, weil mit dem Besitze von Immobilien diese Befreiung an und für sich gesetzlich verbunden ist.⁸⁰⁾

§. 13.

F o r t s e t z u n g.

III. Das oben (§. 5. No. 2.) bemerkte Vorzugsrecht in Concurfen können wir den Standesherrn, als dormaligen bloßen mittelbaren Landsassen (vergl. oben §. 11. No. 70.), in der Regel dormalen nicht mehr,⁸¹⁾ und ausnahmsweise nur in so weit zugestehen, als ein oder der andere Landesherr die Staatssteuern durch seine eigenen Steuerbeamten von den Contribuenten nicht unmittelbar erheben, sondern solche durch die Standesherrn einziehen läßt.⁸²⁾ Denn wo dieß der Fall ist, da müssen wir zu Gun-

80) L. 15. D. qui satis d. cog. (2. 8.). Ehbaut Pand. N. III. 1268. Womit auch die Preuß. Ger. Ord n. I. 21. §. 2. übereinstimmt.

81) Dabelow ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, S. 607. Gmelin Ordnung der Gläubiger im Gantproceffe §. 70.

82) Wie dieß z. B. im preuß. Staate zum Theil der Fall ist, nach Maasgabe des in der Note 77. zum vorigen Syben allegirten kön. Edicts vom 30. Mai 1820, woselbst es §. 27 also heisset: „Alle indirecten Steuern werden von den, durch Unsere Behörden bestellten Einnehmern erhoben, und fließen auch in Unsere Kassen. In Absicht derjenigen directen Steuern, welche zur Zeit der Publication unsers Edicts vom 21. Juni 1815: schon bestanden haben, geschiehet die Erhebung, unbeschadet und mit Vorbehalt jeder künftigen Aenderung in der innern Steuerverfassung, von den Standesherrn durch die von ihnen zu bestellenden Einnehmer. Es treten hierbei, desgleichen wegen Verwendung und Ablieferung dieser Steuern, folgende Grundsätze ein.“ u. s. w.

sten der letztern allerdings annehmen, daß ihnen damit auch die fraglichen Vorzugsrechte, sowohl hinsichtlich der steuerpflichtigen Contribuenten, als auch hinsichtlich der von ihnen bestellten Erheber, von Seiten des Erstern stillschweigend verliehen worden seyen.⁸³⁾

Daraus und aus der weitem Erwägung:

1. daß den Standesherrn, so viel die Pächter ihrer Domainengebäude und Domainengrundstücke betrifft, die gemeinrechtlichen Vorzüge der dritten Classe auf die in jene eingebrachten Sachen⁸⁴⁾ und die auf diesen wachsende Früchte,⁸⁵⁾ wie jedem andern Privatbesitzer zustehen.

2. Daß dieselben wegen ihrer laufenden Zehnten;⁸⁶⁾ und Grundzinsenbezüge⁸⁷⁾ durch deren Realqualität völlig, wegen etwaiger Rückstände der letztern⁸⁸⁾ aber durch das, nach der richtigern Meinung dieserwegen den Zinsherrn, gleich dem Verpächter eines Feldgutes,⁸⁹⁾ zustehende stillschweigende Standrecht in so weit gedeckt sind, als die beim

83) Gmelin l. c. S. 220. 221.

84) L. 4. pr. D. de pact. (2. 14.). L. 2. 3. 4. 6. 7. D. in quib. caus. pign. (20. 2.). L. fin. C. eod. (8. 15.). Gmelin l. c. S. 120. Die Preuß. Ger. Ordn. I. 50. §. 382. a. giebt dem Verpächter den Vorzug der zweiten Classe.

85) L. 7. pr. D. in quib. caus. pign. (20. 2.). L. 24. §. 1. L. 53. D. loc. cond. (19. 2.). Gmelin l. c. S. 121. Des in der Preuß. Ger. Ordn. zugestandenen Vorzugs habe ich in der vorbergehenden Note gedacht.

86) Danz Handb. des deutschen R. V. 509. S. 269.

87) Danz l. c. S. 515. S. 286. 287. Dabelow l. c. S. 607. 608. v. Buri Von deutschen Bauerngütern. S. 86. 87.

88) Hinsichtlich der Zehntenbezüge können, vermöge der hierbei üblichen Erhebungsart, Rückstände nicht wohl vorkommen. Vergl. Kunde l. c. S. 514. und auch die folgende Note 90.

89) Vergl. die vorbergehende Note 85.

264 Hertel über das standesherrliche Fiskusrecht.

Ausbruch des Concurſes auf dem Gute vorhandene Früchte reichen. ⁹⁰⁾

3. Daß, ſo viel inſbefondere die Standesherrn derjenigen teutſchen Staaten betrifft, in welchen, wie zum Beiſpiele im Naſſau iſchen, ⁹¹⁾ das übrige Einkommen der erſtern an vormaligen Herrſchafts- und Feudalrechten abgelöſet, und die dafür regulirte Ablöſungssumme im Ganzen

90) Danz l. c. S. 287. Runde l. c. S. 515. Was aus dieſer Quelle nicht getilget wird, kann, da dafür ein weiteres geſchliches Vorrecht nicht vorhanden iſt, nicht anders, als in der letzten Claſſe geſuchet werden. Danz l. c. Aus demſelben Grunde wurden auch rückſtändige Zehntenabgaben, wenn deren ja einmal vorkommen ſollten (vergl. die vorbergehende Note 88.) ebenfalls nur in die letzte Claſſe locirt werden können. Gmelin l. c. S. 70. S. 222. 223. Die Preuß. Ger. Ordn. I. 50. S. 430. 431. verweiſet dergleichen Grundſteuern in die fünfte Claſſe, und begünstiget bloß die den Kirchenofficianten zugehörige Zehntenabgaben in ſo weit: daß die laufenden von der Einlaſſung in den Concurſ völlig frei (Ger. Ordn. l. c. S. 270.), die zweiährigen Rückſtände in die zweite (daf. S. 357.), die mehr als zweiährigen Rückſtände aber in die vierte Claſſe (daf. S. 404.) zu ſehen ſind.

91) Durch die ſo merkwürdigen Naſſau iſchen Edicte vom 1. Januar 1808 und $\frac{2}{3}$ Sept. 1812, die Aufhebung der Leibeigenschaft und aller daraus noch übrigen Abgaben und Gutsbelastungen betreffend. Die hiernächſt (1815) an die Krone Preußen übergegangenen, vormalſ naſſau iſchen, Standesherrn ſind übrigenſ folgende: 1) die Herren Fürſten von Solms-Braunfels und Solms-Lich wegen der Nemter: Braunfels, Greifenſtein und Hohensolms. 2) Die Herren Fürſten von Wied-Neuwied und Wied-Runkel wegen der Nemter: Neuwied, Heddesdorf, Dierdorf, Altenwied und Neuerburg. Wozu neuerlich 3) vermöge königl. Diploms vom 9. Juni 1821 nach der Herr Fürſt von Heſfeld-Trachenburg als Beſitzer der damit vereinigten Standesherrschaft Wildenburg-Schönstein, obgleich unter beſchränktern Bedingungen, hinzugekommen iſt.

auf die Staatskasse übernommen worden ist, damit dasselbe von selbst hinlänglich gesichert ist —

Aber ergiebt sich zugleich auch das für die Standesherrn gar nicht ungünstige Resultat: daß dieselben ihrer Einkünfte wegen noch immer so weit gesichert seyen, daß sie damit wohl zufrieden seyn können; und daß ihre weitere und respective völlige Sicherheit hauptsächlich nur in der bessern Einrichtung ihrer Finanzverwaltung und in möglichst genauer Aufsicht über ihre dabei angestellten Beamten, somit lediglich in ihren eigenen Händen beruhe.

§. 14.

F o r t s e t z u n g.

IV. Auf alle die übrigen, §. 5. unter No. 4. und §. 6.—9. unter No. 5. — 19., genannten Gerechtsame hingegen können unsere Standesherrn, als dermalige bloße mittelbare Landsassen, durchaus keinen und um so weniger Anspruch machen: als ihr früherer Berechtigungstitel, ihre vor- malige Landeshoheit nämlich, schon durch die Rheinbundacte von 1806 zu Grabe gegangen, und in der teutschen Bundes- acte von 1815 auch nicht wieder auferstanden ist; in der letz- tern vielmehr Art. 14. Litt. c. derselben ausdrücklich nur die- jenigen Rechte und Vorzüge zugesichert worden sind, welche aus ihrem Eigenthum und dessen unge störtem Genuße herrühren, die in Frage stehenden Gerechtsame aber offenbar von der Art sind, daß sie mit diesen ihren Eigenthumsrech- ten durchaus nicht zusammenhängen, und sich daher auch aus selbigen schlechterdings nicht ableiten lassen.⁹²⁾ Es müssen ihnen daher auch dieselben überall unbedingt und in so lange abgesprochen werden, als nicht einer oder der andere der oben §. 11. bemerkten besondern Berechtigungstitel von dem- jenigen, der ein solches Recht für sich anspricht, hierzu nach- gewiesen werden kann.

⁹²⁾ Vergl. oben §. 11. Note 70.

XV.

Civilistische Bemerkungen.

Von Löhr.

1.

Ein filius familias kann nur über sein castrense und quasi castrense peculium testiren, über die übrigen Peculien kann er es nicht. ¹⁾ Ein Soldat kann pro parte testatus pro parte intestatus versterben, ²⁾ ein Nicht-Soldat kann dies nicht. ³⁾ Hiernach ist es klar, daß wenn ein filius familias, der über sein castrense peculium testirt hat, als pater familias stirbt, die Testamentserben nur allein das castrense peculium bekommen, wenn er als Soldat gestorben ist: ⁴⁾ wie ist es dagegen, wenn er in dem Augenblicke des Todes nicht mehr Soldat war? Pro parte testatus kann er nicht mehr decediren, die Testamentserben müssen demnach auch das nichtcastrensische Vermögen oder Nichts erhalten. Für das Letzte scheint zu sprechen, daß das Testament weder gültig, noch gemeint war für das nichtcastrensische Vermögen: also eigentlich keine Gültigkeit erlangen kann. ⁵⁾ Nichtsdestoweniger gilt das Erste, ⁶⁾ selbst alsdann, wenn er schon in dem Augenblicke, wo er testirte, paganus war. ⁷⁾

1) c. 11. 12. C. 6, 22. — c. 8. §. 5. C. 6, 61. — Fr. I. 2, 12.

2) 6. 17. 19. D. 29, 1. — c. 2. C. 6, 21.

3) §. 5. I. 2, 14. — fr. 7. D. 50, 17.

4) Fr. 11. §. 1. 2. fr. 12. fr. 13. pr. D. 29, 1.

5) Fr. 19. D. 28, 1. — fr. 210. D. 50, 17.

6) Fr. 11. §. 1. 2. fr. 12. fr. 13. §. 1. D. 29, 1.

7) Fr. 19. §. 2. D. 49, 17.

2.

Der Ehemann ist Eigenthümer derjenigen Sachen, welche von ihm für pecunia dotalis erkaufte worden sind.⁸⁾ Daß dieß so sey, ist sehr natürlich, da selbst das für fremdes Geld Erworbene dem Erwerber gehört, die pecunia dotalis dagegen in dem Eigenthume des Mannes sich befindet. Mit diesem Grundsätze steht es, wie an einem andern Orte gezeigt worden,⁹⁾ nicht im Widerspruche, wenn das fr. 54. D. 23, 3. sagt: *res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur*, da auch die res dotales im Eigenthume des Mannes sich befinden und nur mit der dotis actio zurück gefordert werden konnten.

Auch das ist klar, daß der Jurist durch diese Aeußerung der Frau kein Pfandrecht an den für Dotalgeld erkauften Sachen zusprechen wollte. Hatte sie ja zu seiner Zeit noch kein Pfandrecht an der res dotalis selbst. Eine ganz andere Frage ist es jedoch, ob dieses Pfandrecht nicht nach dem Sinne, welchen diese Stelle in der Compilation Justinian's hat, welcher der Frau in der c. 30. C. 5, 12. ein speciellcs, vor allen andern Pfandrechten privilegiertes, Pfandrecht an den res dotales gegeben hat, in dem angeführten Fragmente der Frau zugesprochen werde? Mir scheint dieß der Fall zu seyn. Könnte übrigens auch nach den bisher angeführten Stellen die Sache zweifelhaft seyn, so würde sie dennoch eine spätere Verordnung Justinian's, meiner Ansicht nach, deutlich entscheiden. In der c. 12. C. 8, 18. verbindet Justinian mit dem generellen, zur Sicherheit der Rückforderung der dos von ihm eingeführten, Pfandrechte ein Privilegium. Bei dieser Gelegenheit sagt er:

»Cum enim personalibus actionibus tali privilegio utebatur res uxoria, qua propter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, li-

8) c. 12. C. 5, 12.

9) v. Grolmann u. v. Edh r Magazin B. 4. S. 76. 77.

et res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent?

Hierdurch scheint der Kaiser nicht allein die Gleichheit Beider deutlich vorauszusetzen, sondern auch deutlich auszusprechen, daß schon vor diesem Gesetze ein privilegiertes Pfandrecht an den res dotales et ex his comparatae Statt gefunden habe, also gerade das, was oben behauptet worden ist.

3.

Es ist sehr gewöhnlich zu sagen, daß das, was der Vater seinem Kinde nach gesetzlichen Vorschriften gebe, zu dem peculio adventitio gehöre. Bekanntlich finden wir vor Constantin keine Spur dieses Peculiums, wenn man von einem einzelnen, in einem speciellen Falle für diesen gegebenen, Privilegio absteht¹⁰⁾: wirklich entstanden ist es erst durch Justinian's bekannte Verordnung. In den sich auf dieß Peculium beziehenden Constitutionen ist die oben angegebene

10) Fr. 50. D. 36, 1. Durch diese Stelle wird übrigens nicht bewiesen, daß der Vater, im Falle der Verwüstung des Peculiums, die Administration verliere; sondern nur, daß hier die Untreue den fiduciar zur frühern Restitution verpflichte. Vor dieser Restitution kann ja selbst im neuesten Rechte nicht davon die Rede seyn, daß die verwüstete Sache zum Peculium gehöre. Ueberhaupt scheint dieser nicht bewiesene Grundsatz gar sehr gegen die c. 6. §. 2. C. 6, 61. anzustoßen, in welcher ausdrücklich gesagt wird, die Kinder könnten keine Rechnungsablage verlangen, auch sey die Administration des Vaters völlig unbefchränkt, nur daß er nicht veräußern und nicht verpfänden könne. Et gubernatio rerum earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat filius familias, vel filia, vel deinceps personae vetare eum, in cujus potestate sunt, easdem res tenere, aut quomodo voluerit gubernare: vel si hoc fecerint, patria potestas in eos exercenda est; sed habeat pater, vel aliae personae, quae superius enumeratae sunt, plenissimam potestatem uti frui, gubernareque res praedicto modo adquisitas. Wie sollte auch der Vater hier weniger Rechte haben, wie ein gewöhnlicher Usufructuar?

Bestimmung nicht enthalten, darum scheint sie ungegründet: dieß scheint um so mehr der Fall zu seyn, da das, was der Vater nach gesetzlichen Vorschriften giebt, entweder, wie Alimente und Beerdigungskosten, nicht wohl geeignet ist, ein Peculium zu bilden, oder, wie die dos und propter nuptias donatio, nicht dem Kinde, sondern dessen Ehegatten erworben wird. Gerade hieraus, und aus den bey diesen Vermögen geltenden Grundsätzen, erklären sich auch einige Stellen, die man wohl zum Beweise des hier bestrittenen Grundsatzes anführt.¹¹⁾ Beweisen dürften übrigens diese Stellen auch darum schwerlich, weil sie einer Zeit angehören, wo es noch kein peculium adventitium gab, wo vielmehr Alles, was der filius familias erwarb, dem Vater gehörte.

4.

Einseitige Erklärung, wenn ein förmlicher Scheidbrief geschrieben war, hob auch im neuesten Römischen Rechte die Ehe auf: nur treten für Denjenigen bedeutende Strafen ein, der keinen gesetzlichen Grund nach verkündigter Scheidung, und hierdurch aufgehobener Ehe, beweisen konnte. Namentlich wurde er in ein Kloster gesteckt und verlor die dos oder propter nuptias donatio zum Vortheile des andern Ehegatten, sein Vermögen zum Vortheile der Kinder oder der Ascendenten und des Klosters.¹²⁾ War der Schuldige der Vater, so hatte er keinen Nusßfruct an Demjenigen, das er zum Vortheile der Kinder verlor.¹³⁾ — Bei uns kann keine einseitige Ehescheidung mehr vorkommen: wie kömmt es nun, daß man so häufig bald alle angeführten Sätze, bald den zuletzt ge-

11) Fr. 3. §. 5. D. 4, 4. — fr. 35. D. 10, 2. — fr. 16. D. 11, 7. — fr. ult. D. 37, 7. S. a. v. Grolman u. v. Löhr Magazin B. 4. [2] §. 1. No. V.

12) Altes Recht c. 8. 11. c. 5, 17. — Nov. 22. c. 15. 16. Neues Recht nov. 117. c. 13. — Nov. 127. c. 4. — Nov. 134. c. 11.

13) Nov. 134. c. 11.

nannten insbesondere, noch immer als geltendes Recht angesehen, da doch die Gedenkbarkeit der Voraussetzungen hinweggefallen ist?

5.

Was für Grundsätze im alten Rechte bei der Rückgabe der dos Statt fanden, dieß ist oben angedeutet worden (B. 5. S. 291—294). Wurde die Ehe durch Scheidung getrennt, so konnte der Regel nach nur die Frau, nicht ihre Erben, die dos zurückfordern, wenn mit der *actio rei uxoriae* geklagt werden mußte: jedoch traten, unter andern, dabei auch wegen den *mores* der schuldigen Frau Retentionen ein,¹⁴⁾ so wie ein verhältnißmäßiger Nachtheil wegen den Vergehen des Mannes, wenn er der schuldige Theil war:¹⁵⁾ mit Rücksicht hierauf konnte ein *judicium de moribus* Statt finden. Dieses *judicium* konnten sehr natürlich die Erben der Frau nicht provociren, da sie überhaupt nicht klagen konnten: eben so wenig konnten die Erben des Mannes die *retentio ob mores* ausüben.¹⁶⁾ Von einer Klage derselben konnte keine Rede seyn, weil diese selbst dem Manne nicht gegeben wurde.¹⁷⁾ — Bei der *actio ex stipulatu* fanden weder ein *judicium de moribus*, noch *retentiones* Statt.

Schon seit der Verordnung von Theodos II. hätte eigentlich das ganze *judicium de moribus* wegfallen sollen.¹⁸⁾ Dieß geschah zwar nicht; vielmehr blieb es als eine leere

14) Ulpian VI. 9. 12. — c. 1. §. 5. C. 5, 13.

15) Ulpian VI. 13.

16) *Herediti mariti, licet in solidum condemnentur, compensationes tamen, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et simpensas: morum vero coercionem non habet.* Fr. 15. §. 1. D. 24, 3.

17) Ulpian VI. 9.

18) c. 8. C. 5, 17.

Formalität, welche von Justinian zuerst aufgehoben,¹⁹⁾ dann mit Aufhebung der *actio rei uxoriae* völlig unmöglich gemacht wurde.²⁰⁾

Theodos II. verordnete, daß in dem Falle eines gerechten *repudii* Derjenige, durch dessen schlechte Handlungen die Scheidung veranlaßt worden, zum Vortheile des Unschuldigen seine Ansprüche auf die *dos* und die *ante nuptias donatio* verlieren solle.²¹⁾ Dieser Grundsatz gilt, mit einigen Modificationen, noch unter Justinian,²²⁾ und ebenso ohne Anstand noch im heutigen Rechte.²³⁾ Dabei ist es jedoch streitig, ob und in wie fern das Verwirkte von den Erben und gegen die Erben realisirt werden könne?

Meiner Ansicht nach kann der nach der Scheidung erfolgte Tod eines der gewesenen Ehegatten auf die eintretenden Verhältnisse keinen Einfluß haben. Daß die Erben der unschuldigen Frau die *dos* zurückfordern können, kann wohl so wenig bezweifelt werden, wie daß die Frau dieselbe von den Erben des Mannes zurückfordern kann: die *propter nuptias donatio* aber gehörte ihr eigenthümlich während der Ehe, und hat durch die Trennung derselben nicht aufgehört, ihr zu gehören: warum sollte sie nicht von und gegen die

19) ... *Judicio de moribus* (quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur) *penitus abolito*. Omnibus enim causis requisitis et perlectis, quas antiquitas introducebat, *nihil validum praeter eas quas anteriores constitutiones, et praesens dispositio introduxit, invenimus* (v. §. 528). c. 11. C. 5, 17.

20) Durch c. 1. C. 5, 13. v. §. 530. Zudem heißt es auch hier im §. 5.: *Quid enim opus est inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex constitutionibus introducto?*

21) c. 8. C. 5, 17.

22) c. 11. C. 5, 17. — Nov. 22. c. 15—18. — Nov. 117. c. 8. 9.

23) Denn daß jetzt die Ehescheidung durch den Richter erkannt wird, dieß kann hier Nichts ändern. c. 4. X. 4, 20.

Erben verfolgt werden können? — Ganz dasselbe Verhältnis tritt umgekehrt bei dem unschuldigen Manne ein.²⁴⁾

Es ist nicht selten, daß man Einreden für und gegen die Erben gestattet, aber keine Klagen. Diese Ansicht ist schon darum unmöglich, weil sie eine, dem Worte und Zusammenhang der Gesetze widersprechende, Ungleichheit zwischen beiden Ehegatten einführen würde, indem der Mann, wenn er nicht in Vermögensverfall ist, immer die dos und propter nuptias donatio besitzt, also immer zu seinem, nie zu der Frau Vortheil, die Strafe nach dem Tode würde realisiert werden können.

Die Gründe, worauf man sich stützt, scheinen auch nicht geeignet, ein entgegengesetztes Resultat zu begründen. Vor erst ist es ungegründet, daß hier eine actio vindictam spirans, oder auch nur eine poenalis angestellt werde: vielmehr hat die unschuldige Frau (der unschuldige Mann behält nur, was er hat) ihre actio ex stipulatu wegen der dos, die vindicatio wegen der propter nuptias donatio anzustellen. Wäre dagegen wirklich von einer eigentlichen poena die Rede, so würde auch die exceptio hinwegfallen, wie diese auch bei der alten actio rei uxoriae weggefallen ist (f. o. S. 270). Sodann kann das fr. 15. §. 1. D. 24, 3. Nichts entscheiden, einmal, weil es nur von Exceptionen

24) Dieses Raisonnement scheint nicht zu entscheiden, 1. wenn der schuldige Mann $\frac{1}{4}$ seines Vermögens verliert, weil keine dos und keine propter nuptias donatio bestellt ist, c. 11. C. 5, 17. Nov. 22. c. 18. — Nov. 117. c. 5. Da jedoch dieser Fall ganz nach Analogie des im Texte angeführten eingeführt ist, so müssen nothwendig dieselben Grundsätze gelten. 2. Wo der Mann noch $\frac{1}{3}$ der donatio propter nuptias aus eigenem Vermögen zulegen muß. Auch hier ist jedoch die beabsichtigte Gleichheit der Grundsätze so deutlich, daß man für dieses $\frac{1}{3}$ keine andern Grundsätze aufstellen kann, wie für die propter nuptias donatio selbst. Auf alle Fälle scheint hier zu entscheiden, daß durch das Gesetz ein wirkliches Verwirken angeordnet ist.

redet, ferner, weil es mit dem alten *judicio de moribus* und der *actio rei uxoriae* zusammenhängt, endlich, weil es viel älter ist, wie die Strafen, von welchen hier gesprochen wird. Diese beruhen auf viel spätern Verordnungen, welche durchweg auf ein wirkliches Verwirken hinarbeiten scheinen. — Die Aufnahme dieser Stelle in Justinian's *Compilation* entscheidet um so weniger, da sie deutlich der *praeterita* wegen aufgenommen worden ist.

6.

Daß, unter den gesetzlichen Voraussetzungen, der Schenker von dem Beschenkten das Geschenk zurückfordern kann, wenn dieser undankbar ist, dieß ist gewiß. Eben so gewiß ist es, daß die Erben des Schenkers nicht revociren können. Dagegen fragt es sich, ob die *Revocation* gegen die Erben des Beschenkten Statt finde? Justinian äußert sich über die Verhältnisse der Erben auf folgende Weise:

...Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus hujusmodi quaerimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuerit; silentium ejus maneat semper: et non a posteritate ejus suscitari concedatur, *vel adversus eum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores.* ²⁵⁾

Also die Erben des Schenkers sollen weder gegen den Beschenkten, noch gegen seine Erben klagen können. Also ist der Schenker selbst gegen Beide zu klagen berechtigt. Alles sehr natürlich. Ob geklagt werden solle, dieß bestimmt das Gefühl des Schenkers: daß diesem durch den Tod des Beschenkten sein Recht nicht entzogen werden könne, dieß versteht sich um so mehr von selbst, da hier von keiner wahren *poena* die Rede ist, und da die Erben sich durch das Geschenk reicher befinden.

25) c. 10. c. 8. 56.

XVI.

Ueber die neuesten Fortschritte der Civilproceßgesetzgebung in Deutschland, vorzüglich mit Darstellung der neuesten Oldenburgischen und Anhalt-Dessauischen Proceßgesetze.

Von Mittermaier.

§. I.

Wir haben bisher und zuletzt im Bande VI. No. I. die Fortschritte der Civilproceßlegislation in Deutschland darzustellen versucht, und einige neue Erscheinungen auf dem Gebiete dieser Gesetzgebung fordern vorzüglich wieder die öffentliche Aufmerksamkeit. Hervorgegangen aus einer umsichtigen Berathung und dem Gerichtsgebrauche der Obergerichte sind die gesetzlichen Vorschriften über einzelne bisher im gemeinen Proceße höchst bestrittenen Punkte wichtige Zeugnisse über die durch Erfahrung bewährte beste Weise, die Controverse zu entscheiden, und sind in dieser Hinsicht wohl eben so viel werth, als wenn ein Paar Autoritäten aus Compendien oder Handbüchern excerpirt werden; die neuen, tiefer eingreifenden und die bisherigen Formen abändernden Vorschriften aber sind nicht weniger wichtig, um achtungswürdige Stimmen über die vielfachen in unserer Zeit so häufig gemachten legislativen Vorschläge zu erfahren, und zu beobachten, wie diese Vorschläge dem ganzen Systeme des Proceßes am Besten angepaßt werden können. Man darf, wenn man die verschiedenen legislativen Arbeiten vergleicht, als Grundansichten, über deren Wahrheit man immer allgemeiner sich

überzeugt, die annehmen, daß der deutsche bürgerliche Proceß in seinen Fundamentalsätzen ehrwürdig und allen vernünftigen Forderungen entsprechend ist, wenn nur gewisse Mißbräuche, die sich im Laufe der Zeit in die deutsche Praxis eingeschlichen haben, abgeschafft, gewisse, durch die Unbestimmtheit unserer Rechtsquellen und durch den Mangel eines Vereinigungspunctes der Praxis, entstandene Lücken ausgefüllt, die vielfachen Controversen klar entschieden, und gewisse unrichtige Ansichten, über das häufig als ein richterliches Unthätigkeitsprincip betrachtete Verhandlungsprincip verbannt werden. Man blieb auch bei neueren Discussionen über gewisse Grundreformen des deutschen Proceßes gewöhnlich zu gern bei der Oberfläche, und im Zusammenhange mit manchen Partheiungen drehten sich die Streitigkeiten über den Vorzug des Verhandlungs- oder Untersuchungsprincips, über schriftliches oder mündliches Verfahren, über Oeffentlichkeit u. a.; jeder Vertheidiger eines Principis betrachtete das dem Namen nach Verschiedene auch als der Sache nach verschieden, und so war an Vereinigung nicht zu denken. Wir haben schon im vorliegenden Bande VI. S. 24 bei Gelegenheit der Anzeige der Nassauischen Proceßordnung gezeigt, wie sehr die neuen Gesetzgeber in der Ausdehnung der richterlichen Thätigkeit von Amtswegen zur Aufhellung der Wahrheit ein Mittel der Verbesserung des Proceßes erkennen; noch tiefer eingreifend, und daher in mancher Hinsicht dem preussischen Verfahren oft sehr nahe kommend, ist die neue Oldenburgische Gesetzgebung, publicirt am 15. März 1824, unter dem Titel: herzogl. Oldenburgisches Proceßreglement. Die Hauptgrundsätze des gemeinrechtlichen Civilverfahrens sind auch hier beibehalten, daher bildet das schriftliche Verfahren die Regel so weit es nothwendig wird, um dem Richter die Grundlage des Streites zu sichern; allein da, wo im deutschen Proceße die Replik- und Duplik-schriften beginnen, hat der Gesetzgeber ein anderes Verfahren eintreten lassen, wobei der Richter unmittelbar thätig

tig auf die Vollständigkeit der Verhandlungen einwirken, und durch geeignete Fragen jede vorhandene Dunkelheit beseitigen kann. Wir glauben durch einen gedrängten Auszug der Oldenburgischen Verordnung den Lesern unseres Archivs einen Dienst zu thun. Die §. 1.—4. beziehen sich auf die Advokaten. Der Anwalt soll (nach §. 3.) keine Sache annehmen, deren Vertheidigung klaren Gesetzen oder rechtskräftigen Urtheilen widerspricht, oder auf nicht zu beweisenden Thatsachen beruht, und deren Ungerechtigkeit oder Unausführbarkeit er hiernach gleich Anfangs einsehen kann.¹⁾ Bei Sachen, welche sich zu einem förmlichen gerichtlichen Verfahren eignen, soll er vor allen Dingen aus den von den Partheien ihm mitzutheilenden mündlichen oder schriftlichen Nachrichten für sich ein eigenes Instruktionsprotokoll verfassen und seinen Manualacten beifügen, welches die streitige Thatsache und den ganzen Plan des künftigen gerichtlichen Verfahrens enthält. Zu dem Ende muß er sich zuerst nach allen bei dem Rechtshandel interessirten Personen erkundigen, um den declinatorischen oder dilatorischen Einreden zuvorzukommen, oder, wenn er Anwalt des Beklagten ist, solche vorschützen zu können. Sodann muß der Anwalt die species facti mit allen wesentlichen Umständen in deutlichem Zusammenhange und in möglichster Vollständigkeit von seiner Parthei erfragen und niederschreiben, dieselbe mit dem Clienten

1) Einer Mißdeutung kann diese Vorschrift leicht unterliegen. Wenn die Parthei behauptet, die eingeklagte Schuld schon bezahlt zu haben, (aber keine Quittung besitzt, und sich daher nur auf die Eideszuschreibung verlassen kann, so kann der Anwalt für den Sieg seiner Parthei nicht einstehen, weil er nicht weiß, ob der Delat den Eid ableisten werde oder nicht; soll er die Sache nicht annehmen dürfen? Auch der Umstand, daß ein rechtskräftiges Urtheil in Mitte liegt, kann kein Hinderniß werden, wenn z. B. der Anwalt die Nichtigkeitsquerel anstellt, oder wenn er zeigen will, daß die Rechtskraft nicht auf die Parthei, die er vertheidigen will, wirken könne.

ten durchgehen, etwaige Dunkelheiten und Widersprüche wegräumen, über den Beweis eines jeden erheblichen Umstandes, wenn er abgeläugnet wurde, und über die verschiedenen Beweisarten sich besprechen, Dokumente sich einhändigen lassen, nach den Zeugen sich erkundigen, die der Klage vermuthlich entgegen stehenden Einreden, und wie selbigen zu begegnen sey, zu erforschen suchen. 2) Jeder Anwalt soll seine Parthei ernstlich ermahnen, nichts als die reine Wahrheit vorzutragen, und ihr die auf das frevelhafte Lügneren wahrer und Erdichten falscher Umstände gesetzten Strafen und Nachtheile vorhalten. Dieses solchergestalt im Anfange und im ferneren Fortgange des Proceßes zu führende Instructiionsprotokoll muß jederzeit auf Erfordern dem Richter eingeliefert werden, daher keine von den Partheien dem Anwalde anvertrauten Geheimnisse darin zu verzeichnen sind. 3) Der §. 4. enthält gute Anweisungen über die Abfassung der Schriften der Anwälde über Deserviten; §. 5. über die Legitimation zum Proceße; und §. 6. über Armenrecht und Creditrecht. — Nach §. 7. soll in der Klagschrift das Factum kurz, bestimmt und zusammenhängend erzählt, es soll kein wesentlicher Um-

2) Diese Instructiionseinziehung ist das trefflichste Mittel, den Anwalt von der Ausführbarkeit oder Gerechtigkeit der Sache der Parthei zu überzeugen, und nöthigt zugleich, einen gehörigen Proceßplan zu machen; wie ist es aber zu halten, wenn die Parthei von dem Aufenthaltsorte des Anwalts weit entfernt wohnt? Wie ist hier die Instructiion durch Correspondenz einzuziehen?

3) Dieß möchte schwierig in der Ausführung seyn. Die Parthei muß dem Anwalde über den Stand ihrer Beweise alles entdecken; nun vertraut ihm z. B. eine Parthei, daß sie hoffe, daß der Gegner, wenn ihm der Eid zugeschoben wird, nicht schwöre, so daß er den Eid zurückschieben wird, und dann der Deserent schwören wird; oder die Parthei vertraut dem Anwalde, daß ein Zeuge schon im Zuchthause saß u. A.; soll hier der Anwalt dieß in das Instructiionsprotokoll setzen?

stand ausgelassen, nichts Unerhebliches eingemischt werden, die reine richtige Thatsache soll verständlich vorgetragen, der gesetzliche Klagegrund, wenn er nicht aus der Sache selbst klar hervorgeht, bestimmt angegeben und der daraus fließende Antrag beigefügt werden. Auch muß der Kläger die Dokumente, worauf er sich beruft, und die er besitzt, wenigstens in Abschrift anlegen. Da, fährt nun §. 7. fort, eine wesentliche Obliegenheit des Richters darin besteht, die Erheblichkeit und die Wahrheit der Thatsachen, in welchen die streitenden Theile ihre Anträge begründen, selbst ausfindig zu machen, mithin diejenigen Facta, wovon die Entscheidung der Sache abhängt, von den unerheblichen Nebendingen unverzüglich abzusondern, über die letztern keine unnützen Zänkereien zu gestatten, solchergestalt den eigentlichen Streitpunct auszumitteln und über die bestrittenen relevanten Thatsachen den Beweis anzuordnen; so sollen die Richter und Decernenten diese ihre Obliegenheit beständig und in allen Theilen des Processus vor Augen haben und derselben ernstlich nachkommen, folglich die Aufklärung, Bestimmung und Berichtigung des Factums nicht bloß den Partheien und deren Anwälten überlassen, sondern dazu daß selbige sobald und so kurz, als möglich ist, erreicht werde, beständig mitwirken. Findet der Richter bei der Untersuchung der Klagschrift einen Mangel im Wesentlichen, so hat er die Klage nach Befinden auch ohne Mittheilung an den Beklagten durch schriftliche Resolution unter Anführung des Grundes zu verwerfen; wegen Unbestimmtheiten oder anderer Mängel im Verfahren über verfehlten Sühneversuch wird die Klage nicht zurückgewiesen, sondern mitgetheilt, und die Güte alslenfalls noch ein Mal im Laufe des Processus versucht. Wird die Justizkanzlei als gemeinschaftliches Obergericht mehrerer als Streitgenossen Beklagten angegangen, so bestimmt dieselbe ein Landgericht zur Verhandlung der Sache. Die Klagschrift wird (§. 8.) dem Beklagten zur Einlassung mitgetheilt. Bleibt der Kläger in dem angeetzten Termine ohne

Anführung einer Ursache aus, so erstattet er dem erschienenen Beklagten die Kosten, und dieser wird von der Instanz losgesprochen. Versäumt der Beklagte in der bestimmten Frist die Einlassung, so wird er auf des Klägers Anklage in die Kosten verurtheilt, und eine neue Frist unter der Verwarnung, daß der Beklagte seiner Einreden verlustig, und die Klage bei weiterem Ungehorsam für zugestanden angenommen werden soll, oder auch nach Beschaffenheit der Klage und des Proceßes mit einem anderen Präjudiz angelegt. Bleibt der Beklagte auch jetzt ungehorsam, so wird auf des Klägers Ansuchen der Verwarnung gemäß erkannt.⁴⁾

4) Die Härte, welche darin zu liegen scheint, daß der ungehorsame Beklagte seine Einreden verliert und der Klage geständig angesehen wird, fällt zwar dadurch weg, daß der Beklagte gehörig gewarnt ist, und einen zweiten Termin erhalten hat, und daß der Richter auch ein anderes Präjudiz, als das eben genannte, drohen kann; allein vorauszusetzen ist, daß nicht selten darüber Streit entstehen wird, wenn der Richter ein milderes Präjudiz androhte; warum wählen unsere Gesetzgeber nicht den einfachen Weg, welchen schon das Röm. Recht andeutete, und den auch der französ. Proceß kennt. Der gehorsame Theil werde zum einseitigen Verfahren zugelassen, und suche dort den Richter von der Richtigkeit seiner Ansprüche zu überzeugen; hier mag dann der Richter, si les conclusions se trouvent justes et bien vérifiées, wie der Art. 150. code de proc. sagt, zu Gunsten des Gehorsamen entscheiden, ohne daß man deswegen aus dem Ausenbleiben notwendig das Zugeständniß der Klage folgern kann.

Es möchte doch schwer zu erweisen seyn, daß die Frau, gegen welche deren Ehemann wegen Ehebruchs auf Scheidung klagt, des Ehebruchs überwiesen zu achten sey, wenn sie nicht im Termine erscheint, und die Strafe, daß jemand, wenn er wegen 100.000 fl. belangt wird, und nicht erscheint, ¹⁰⁰ m. fl. bezahlen soll, auch wenn der Kläger gar keine Beweisgründe für sich hatte, ist doch wohl zu hart. Warum soll der Kläger durch das bloße Ausenbleiben des Beklagten von der Pflicht, seine Klage zu beweisen, entbunden werden?

Nach §. 9. kann wegen Schuldforderungen und anderer persönlicher Ansprüche, die ihrem Grunde und Umfange nach genau angegeben und bescheinigt oder durch Vermuthungen unterstützt sind (z. B. wegen Rechnungsforderungen der Kaufleute und Handwerker, wegen rückständiger Zinsen), ein bedingtes Mandat ertheilt werden. Nach verflissener Frist wird der ungehorsame Beklagte auf Klägers Antrag seiner Einreden verlustig erklärt und Frist zur Leistung unbedingt angesetzt. Auf die zur gehörigen Zeit vorgebrachten Einreden wird im Wege des ordentlichen oder des unbestimmten summarischen Processes verfahren. Rechtsmittel finden dagegen nicht Statt. Ein unbedingtes Mandat (§. 10.) kann, außer dem Falle glaubhaft bescheinigter drohender Gefahr eines unerseßlichen oder schwer zu vergütenden Schadens, aus Dokumenten nur dann gesucht werden, wenn die Ansprüche des Imploranten darin vollständig begründet, und diese Dokumente in öffentlich glaubhafter Form angelegt sind. Bedürfen die Dokumente erst der Anerkennung, so wird auf Anlegung des Originals im Wege des Executivprocesses ein Termin zur Production der Originalien, zu deren Anerkennung vom Imploranten sub poena recogniti und Veibringung sämmtlicher Einreden angesetzt. Aus Dokumenten über zweiseitige Geschäfte kann nur dann im unbedingten Mandats- oder Executivprocess geklagt werden, wenn der Implorant gleich bei der Klage die von seiner Seite geschene Erfüllung des Vertrags durch Urkunden darthut oder darüber sofort im Executivprocess einen Eid deferirt, oder wenn der Implorant in der Urkunde sich dem unbedingten Mandats- oder Executivprocess unterworfen, für eine dieser Proceßarten der Einrede des nicht erfüllten Vertrags entsagt hat. Zum Beweise der Legitimation zur Sache darf sich der Implorant, so viel seine Activlegitimation betrifft, nur der Urkunden, so viel die Passivlegitimation des Imploranten angeht, auch der Eidesdelation bedienen. Wenn das Gericht das Gesuch zum Mandat 5. C.

nicht begründet, aber den Executivproceß statthaft findet, so kann es auf jenes Gesuch die Sache in diesem Proceßgang einleiten. Bestreitet der Implorat die Statthaftigkeit der gewählten Proceßart, so muß er doch zugleich eventualiter alles, was er in der Hauptsache vorzubringen und zu beweisen hat, anführen und beibringen, widrigenfalls wenn die Einrede der unrecht gewählten Proceßart ungegründet erkannt wird, die Beurtheilung in der Hauptsache erfolgen kann. Nach §. 11. sind Arreste nur zu erkennen, wenn der Schuldende die angegebene Forderung einigermaßen bescheinigt und glaubhaft macht; 2.) eine gegenwärtige Gefahr beim Verzuge vorgiebt, auch Umstände, woraus solche abzunehmen anführt, dieselben bescheinigt oder annehmlische Caution auf Schaden, Schimpf und Kosten bestellt. Eine eidliche Caution genügt dazu nicht. In dem Erkennungsdecrete ist ein kurzer Termin zur weitem Rechtfertigung des Arrestes anzusetzen, und in diesem nicht leicht zu prorogirenden Termine über den Punkt des Arrestes summarisch zu verhandeln, und solcher in der Regel zu beendigen. Der Generalarrest verliert nach Verlauf von 12 Wochen vom Tage, da er rechtskräftig für justificirt erklärt ist, von selbst seine Wirkung, wenn nicht unterdessen die Erkennung des Concurseß oder Verlängerung bewirkt worden. Die Anlegung des Specialarrests begründet forum für die Hauptsache, wenn der Proceß darüber nicht bereits bei einem anderen Gerichte anhängig ist. §. 12. Der Beklagte muß alle seine vorgeblieben Einreden ohne Unterschied bei Strafe, damit nicht weiter gehört zu werden, in der ersten Verhandlung auf die Klage beibringen, und sich hauptsächlich einlassen, wie denn auch die weitere Verhandlung in der Hauptsache gleichzeitig mit der Verhandlung über die dilatorischen Einreden geschehen muß. Nur wenn der Beklagte eine notorische oder so fort zu bescheinigende, den Gerichtsstand ablehnende, oder solche zerstörlische Einrede einzuwenden hatte, welche die Einlassung unnöthig machte, und so fort aus Gesetzen, Originalacten

oder andern tüchtigen Urkunden dargethan werden können, wie, wenn Einer bescheinigte, daß die Sache, weshalb Klage erhoben worden, schon durch vorher gegangenen Eid oder rechtliches Erkenntniß oder Vergleich beendigt, oder verjährt worden, mag die Einlassung ausgesetzt werden.⁵⁾ Die Exception der Caution wegen der Widerklage ist nur dann zu beachten, wenn sie von Einheimischen, die von Auswärtigen belangt worden, eingewandt und die Widerklage zugleich einigermaßen wahrscheinlich gemacht wird. Diese Caution ist als *cautio de iudicio sisti* zu betrachten; ob sie auch dann, wenn die Wiederklage mit der Vorklage zugleich verhandelt wird, nothwendig ist, bleibt im einzelnen Fall dem richterlichen Ermessen überlassen. Die Einrede der Caution wegen der Kosten ist nur in dem Falle, da der Kläger im Lande mit unbeweglichen Gütern nicht angefessen wäre, zulässig. Die Einlassung muß bestimmte und deutliche Erklärung über die Wahrheit oder Unwahrheit der der Klage zum Grunde liegenden Thatfachen abgeben. Die zerstörlischen Einreden (§. 13.) muß der Beklagte, so viel er deren hat, samt der etwaigen Widerklage zugleich mit der Antwort auf die Klage auf einmal anbringen, widrigenfalls er ferner damit nicht zu hören ist; es wäre denn die Einrede, so er hernach ein-

5) Die Vorschrift über die processhindernden Einreden möchte doch Zweifel erregen; nachdem vorher überhaupt von zerstörlischen Einreden die Rede ist, durch welche sich der Beklagte von der Einlassungspflicht befreien kann, so ist nicht einzusehen, warum erst noch die Fälle, die Einreden, die Rechtskraft u. a. aufgeführt werden? In dem Sinne, wie das *can. 1. de litiscont. in 6to.* dieser Einreden als processhindernder erwähnt, kann hier nicht die Rede seyn, weil zuvor alle peremptorische Einreden als befreiend von Einlassung erkennt, wenn sie sogleich erwiesen werden können. Auf jeden Fall möchte es wohl passend seyn, die *exceptio praescriptionis* der Einrede der Rechtskraft gleichzustellen, weil zu viele Einwendungen gegen diese Einrede gewöhnlich sprechen; soll aber die *exceptio litis praescriptae* gemeint seyn, so muß wohl ein anderer Ausdruck gewählt werden.

wenden will, von Neuem entsprungen, oder er hätte erst nachgehends Wissenschaft davon erlangt, und könnte solches durch Eid erhärten, oder sie wäre auf verbietende Gesetze gegründet. Im executivischen und unbedingten Mandatsproceß sind nur Einreden zugelassen, welche so fort durch Urkunden oder Eidesdelation erweislich gemacht werden können. Bei der Compensation und bei einer Einrede, die dem Inhalt der Handschrift entgegen ist, findet Eidesdelation in dieser Proceßart nicht Statt. Die Einrede des nicht empfangenen Geldes, die nur beim Schuldbekennnisse über ein auf Handschrift angeblich erhaltenes Darlehen Statt findet, hat die Wirkung, daß der Kläger den Beweis der geschehenen Zahlung übernehmen muß, nur wenn sie vor Ablauf von 3 Monaten a dato der Urkunde vorgeschützt wird, nach Ablauf der 3 Monate muß der Aussteller des Schuldscheins Beweis übernehmen. — §. 14. Wenn die Exceptionschrift gehörig eingerichtet ist, so wird sie dem Kläger mitgetheilt, und wofern nicht der Richter für nöthig findet, des Klägers schriftliche Erklärung, z. B. über peremptorische Einreden zu fordern, ein Termin zur Instruction angesetzt, wozu die Partheien mit ihren Anwälten verabladet werden, mit der Aufgabe, daß sie in diesem Termine alles, was zur Begründung des gegenseitigen Vorgebens dient, so weit es nicht schon geschehen, beibringen, die Originaldokumente vorlegen, oder sub poena recogniti recognosciren. Im Falle das persönliche Erscheinen der Partheien oder einer derselben dem Richter nicht erforderlich, oder der dadurch zu erwartende Nutzen mit den Kosten und Beschwerden nicht im Verhältnisse zu stehen scheint, und deshalb nicht aufgegeben wird, oder im Falle die persönlich vorgeladene Parthei zu erscheinen verhindert ist, und triftige Gründe ihres Ausbleibens bescheinigt, muß ihr Vertreter um so genauer von allen zur Erörterung kommenden Umständen instruiert seyn. Zu diesem Termine, der nur ausfallen darf, wenn gar kein Nutzen davon zu erwarten ist, z. B. nur einfache Rechtsfrage zu ent-

scheiden ist, 6) muß sich der Richter aus den gewechselten Schriften vorbereiten, und in demselben ohne weitläufiges Necessiren der Anwälde die Partheien selbst hören, Dunkelheiten, Unbestimmtheiten und andere Mängel durch zweckmäßige Fragen zu entfernen suchen, die Partheien über ihre etwaigen Beweismittel befragen, in so fern solches rathsam scheint, Güte versuchen, und in Entstehung der Güte das factum und den Streitpunkt fortsetzen, und so die Sache zu einem Vorbescheide über Beweis instruiren. Dieser Bescheid wird dann in derselben oder der nächsten Sitzung abgegeben, und mit dem Protokoll den Partheien mitgetheilt. Ist die Sache so beschaffen, daß sie in dem Termine nicht bis zum Vorbescheide verhandelt werden könnte, so ist über die etwaigen verzögerlichen Einreden so fort zu erkennen, und jeder Parthei noch eine Schlußschrift zu gestatten. Ist eine Parthei im Termine ungehorsam, so wird sie in Erstattung der Kosten und 1 Thlr. Brüche verurtheilt, und neuer Termin angesetzt, wozu der Kläger bei Verlust der Klage, der Beklagte bei Strafe des Zugeständnisses der Klage und des Verlusts der Einreden vorgeladen wird. 7) Für die etwaige

6) Dieser Instructionstermin wird gewiß häufig sehr zweckmäßig wirken, allein es scheint doch nicht nöthig, ihn als in der Regel notwendig zu erklären. Da eine vollständige Litiscontestation vorgeschrieben ist, so erhält der Richter schon dadurch die gehörige Grundlage, und es ist nicht einzusehen, was der Termin nützen soll, wenn der Beklagte nur einfach den Klagegrund abläugnet, und daher der Kläger den Beweis führen muß. Nur darin, daß sogleich die Sache zum Vorbescheide über Beweis instruiert werden kann, könnte ein Vortheil liegen; allein in einfachen Fällen ist auch dieß wohlfeiler zu erhalten, wenn der Richter bloß dem Kläger den Beweis aufträgt. Freilich ist zu hoffen, daß die Richter selbst, deren Ermessen weise ein Spielraum gegeben ist, nicht ohne Noth den Termin anordnen werden.

7) Dieß ist gewiß sehr hart. Der Beklagte hat ja seine Pflicht gehörig erfüllt, indem er in den Streit sich einließ, vollständig

Schlusschrift wird die Frist bei Strafe der Präclusion angesetzt; wenn indessen eine bestimmte Erklärung eines oder des andern Theils über Thatsachen erforderlich ist, so bleibt dem Richter immer unbenommen, solche bei Strafe des Zugeständnisses, oder unter einem sonst angemessenen Präjudiz zu fordern.⁸⁾ §. 15. Ist einem Theile durch rechtskräftiges Erkenntniß Beweis aufgelegt (denn vorher ist die Beweisantretung wenigstens durch Zeugen unzulässig), so muß er binnen 6 Wochen Beweis antreten, Beweismittel mit der Zeugen Namen übergeben, oder dem Gegentheile die Sache zur Eideshand stellen. Die Beweisfrist läuft vom

antwortete und Einreden vorbrachte. Nun hat ja der Richter die gehörige Grundlage, und kann definitiv entscheiden, oder auf Beweis interloquiren; so wenig die Replik und Duplik notwendig ist, so wenig kann die Erscheinung im Instructionstermin wesentlich seyn. Warum soll nun der hier nicht erscheinende Beklagte als geständig angenommen werden, nachdem er zuvor schon gehörig geläugnet hat, warum soll er mit Einreden präcludirt werden, die er ja schon gehörig vorgebracht hatte, so daß er nur mehr den Beweis derselben sichern darf, wenn der Kläger den Grund der Einrede läugnet?

- 8) Dies ist eine höchst weise Vorschrift, wodurch die Nachteile des rein schriftlichen Verfahrens am besten beseitigt werden; allein eben weil das Gesetz weise dem Richter dieß Fragerecht gab, so hätte es den Instructionstermin oft ersparen können; man hätte nur nach eingekommener Antwortschrift des Beklagten dem Richter das Recht geben dürfen, über bestimmte Punkte, deren Beantwortung wesentlich scheint, Fragen an die Partheien per decretum zu stellen, und hier wohl (wie schon im Röm. R. der Fall war) unter Drohung des Zugeständnisses im Falle des Schweigens. Auch wäre es gewiß zweckmäßig gewesen, wenn das Gesetz den Partheien die Befugniß gegeben hätte, wie bei den interrogationibus in jure an einander bestimmte Fragen über einzelne Punkte zu stellen. Derjenige, welcher auf die Frage schwiege, könnte wohl als geständig angenommen werden. Es giebt Fälle, in welchen die interrogationes in jure sogleich jede Dunkelheit beseitigen könnten.

280 Mittermayer über die neuesten Fortschritte

Tage, da, wenn kein Rechtsmittel eingelegt wurde, das Beweisinterlocut insinuirt oder publicirt ist, oder wenn der Beweisführer ein Beweismittel eingelegt hat, die etwaige Entscheidung beim Gerichte angezeigt ward, oder das fatale ungenützt verstrich, oder im Falle Product sich des Rechtsmittels bedient hätte, die Entfugungsanzeige oder ein Desertionsbescheid dem Producenten insinuirt ist. §. 16. Beweisfrist ist peremptorisch, und kann nicht ohne dringende, so fort zu bescheinigende Ursache prorogirt werden. Neu aufgefundenene Dokumente oder Zeugen sind nach abgelaufener Beweisfrist bis zum rechtskräftigen Erkenntniß über Beweis nur zuzulassen, wenn der Producent binnen 6 Wochen, vom Tage der Wissenschaft, den Beweistritt, und zum Eide, daß er von diesen Beweismitteln, seiner sorgfältigen Nachforschung ungeachtet, nicht länger als 6 Wochen vor der neuen Beweisantretung Kenntniß gehabt, sich erbietet, oder daß von den erst benannten Zeugen einer oder der andere verstorben bescheinigt. §. 17. Das fatale zur Führung des auch ohne richterlichen Vorbehalt freistehenden Gegenbeweises läuft, wenn gleich die Relevanz der Beweismittel oder die Zulässigkeit der Zeugen in Zweifel gezogen seyn sollte, von der Zeit an, da dem Producten die Beweisantretung insinuirt ist; doch hat der Product innerhalb einer ihm bei Mittheilung der Beweisantretung zu setzenden 14tägigen Frist anzuzeigen, daß er Gegenbeweis führen wolle. Wenn mit verneinender Einlassung auf die Klage zerstörlische Einreden verbunden sind, die eines Beweises bedürfen, so wird der Beweis der Klage und der Einreden in einem und demselben Interlocute zusammen normirt, und der Beweis der Einreden in der Regel zugleich mit dem Gegenbeweise auf die Klage angetreten. Findet der Kläger nöthig, gegen den mit dem Gegenbeweise combinirten Beweis der Einreden einen besonderen Gegenbeweis zu führen, so muß solcher innerhalb 3 Wochen, vom Empfange der Antretung des Beweises der Einreden, bei Strafe der Verzichtleistung angetreten werden. §. 18. In

dem Direktorium der Beweis- und Gegenbeweisartikel sind diejenigen Zeugen zuerst anzuführen, welche vermuthlich die beste Wissenschaft von der Sache haben, weil in dem Falle, wenn durch die Aussagen der ersten Zeugen das zu Beweisende völlig erledigt wird, die Abhörnung der übrigen unnöthig ist. In jedem Artikel ist nur ein einziger Umstand zu befragen; ferner muß nichts Ehrenrühriges oder Verhängliches eingemischt werden. So wenig über die Zulässigkeit der Artikel als der Zeugen soll ein besonderes Verfahren verstattet werden. Die offenbar unzulässigen Artikel und solche Zeugen, die den Gesetzen nach schlechterdings unfähig sind, verwirft der Richter von Amtswegen. Andere Einreden gegen Zeugen muß bei Strafe des Verzichts der Product in seiner Gegenbeweisantretung, oder, wenn er keinen Gegenbeweis führen will, in der desfälligen Anzeige, der Producent in Ansehung der Gegenbeweiszeugen spätestens im Abhörungs-termin vorbringen, und in so fern sie erst durch Beweis wahr zu machen sind, diesen sogleich antreten. §. 19. Die citirten Zeugen werden zusammen in Gegenwart der Anwälde oder Partheien beeidigt, und dann nach einander einzeln, nach Abtritt der Anwälde und Partheien und übrigen Zeugen, zu Protokoll vernommen, ⁹⁾ wobei der Richter alle zur

9) Die Vernehmungsort der Zeugen ist von der gemeinrechtlichen abweichend. Da Artikel von dem Producenten überreicht werden, so hätte man doch auch das Recht des Produkten anerkennen sollen, damit der Richter gehörig von beiden Theilen instrukt gewesen wäre, und daher die Zeugen desto vollständiger vernehmen könnte. Das Gesetz giebt den Partheien das Recht, nach geendigter Zeugenvernehmung erst noch neue Fragen stellen zu lassen; und gestattet selbst die Confrontation der Zeugen unter sich. Dieß mag sehr zweckmäßig wirken; allein warum hat man nicht die einfachere Form gewählt, und die Zeugenvernehmung in Gegenwart der Partheien oder doch der Anwälde gestattet. Man scheint gar große Besorgniß davor zu haben, daß die Zeugen nicht Muth genug haben, unbefangen vor den Partheien zu deponiren; die Einwendungen gegen die Suziehung der Partheien

Aufklärung der Sache dienliche Fragen stellen kann; nach geendigtem Verhör aber werden die Aussagen der Zeugen in Gegenwart der Anwälde und Partheien vorgelassen, und es wird den Anwälden und Partheien nachgelassen, zur weitem Aufklärung der Sache und Erläuterung der Aussagen, an noch dienliche Fragen aufzustellen, worüber sodann, in so fern sie für zulässig erachtet werden, die Zeugen noch fernern zu vernehmen, und allenfalls zu confrontiren sind. Wenn das Beweisverfahren beendigt ist, werden aus den über die Zeugenverhöre abgehaltenen Protokollen ordentliche Notuli¹⁰⁾ zu den Acten verfertigt, den Partheien in beglaubigter Abschrift mitgetheilt. In den Fällen, da gegen die Zulässigkeit der Zeugen oder Relevanz der Artikel excipirt, oder ein künstlicher Beweis durch Dokumente oder Augenschein geführt worden, bleibt beiden Partheien vorbehalten, innerhalb 3 Wochen, nach der Zeit, da die Zeugnisse ausgefertigt und mitgetheilt sind, eine Deductionsschrift einzubringen, der aber keine weitem Beweisthümer angelegt werden dürfen. §. 20. Wenn schon ein anderer Beweis durch Zeugen oder sonst geführt, und dadurch nichts erwiesen ist, der Beweisführer aber auf diesen Fall schon den Eid deferirt hat, so wird unter Verurtheilung desselben in Erstattung der Kosten

lassen sich aber leicht widerlegen, s. dieß Archiv V. Band S. 202. Da die Zeugen unter sich confrontirt werden sollen, so dürfen sie eigentlich sich nicht entfernen, bis die Partheien über die Zeugenaussagen sich erklärt haben, oder die Zeugen müssen noch ein Mal vorgeladen werden; beides vermehrt die Kosten, und wird
 f e e eine Last für die Zeugen: waren die Partheien sogleich vom Anfange an bei der Vernehmung gegenwärtig, so würde das Verfahren viel einfacher.

10) Wozu sollen Notuli verfertigt werden, deren Nutzen schon im gemeinen Prozesse bestritten wird, aber noch weniger da einzusehen ist, wo die Partheien die Zeugenaussagen schon sogleich nach der Vernehmung erfahren, und der Gegenbeweis nicht erst nach der Publication der Zeugenaussagen angetreten wird.

des verfehlten Beweises der Gegner zur Erklärung über den zugeschobenen Eid aufgefordert. Jeder zugeschobene Eid kann, so lange er noch nicht angenommen ist, widerrufen werden. Hat sich die Gegenpartei zur Leistung des Eides schon bereit erklärt, oder solchen zurück geschoben, so findet kein Widerruf Statt; es wäre denn, daß der Deferent nach der Annahme vor oder im Schwörungstermine selbst Beweismittel, woraus die völlige Unerheblichkeit des Eides oder augenscheinlicher Bedacht des Meineids hervorgeht, beibrächte, welschens falls nach Lage der Sache mit Abnehmung des Eides innegehalten, und mit Aufnahme jener Beweismittel verfahren werden kann. Ist der Eid widerrufen, so findet Wiederholung der Eidesdelation nicht weiter Statt. Eine Vertretung des Gewissens durch Beweis kann nur bei dem deferirten Eide geschehen; im Executivproceße ist sie nur durch Urkunden zulässig. So wenig der deferirte als der vom Richter aufgelegte Eid wird für geleistet gehalten, wenn derjenige, welcher sich zur Ableistung bereit erklärt hatte, gestorben ist, sondern die Sache wird in den Stand zurückgeführt, worin sie vor der Eidesdelation oder vor dem vom Richter vor aufgelegtem Eid abgegebenen Erkenntnisse sich befand. §. 21. Im unbestimmten summarischen Proceße (worin auch Injurien und keinen Vorzug leidende Sachen, z. B. der Schifffahrt, der Reisenden, Bausachen zu verhandeln sind) muß der Richter die Beweisfatalien verkürzen, oder statt einer Beweisfrist einen bestimmten Termin zu Antretung des Beweises und Gegenbeweises ansetzen, und, außer dem Falle besonderer Verwickelung, kein förmliches Schlußdecret abgeben. §. 22. Wenn sich nach vollführtem Beweise bei Urtheilsfällung aus den Acten ergiebt, daß einer der streitenden Theile eine Forderung oder Einwendung auf Thatsachen gebaut hat, deren Ungrund oder Unrichtigkeit ihm bekannt gewesen ist, oder daß er ein vom Gegentheile angegebenes factum wider eigene Wissenschaft und Ueberzeugung in Abrede gestellt, oder absichtlich die Wahrheit zu verdunkeln gesucht hat, so hat er

zu gewärtigen, daß er, außer Erstattung des Schadens und der Kosten, zur angemessenen Geld- oder Gefängnißstrafe werde verurtheilt werden. §. 23. Von Erkenntnissen der Untergerichte findet Appellation an Justizkanzlei nicht Statt, wenn der Gegenstand nicht über 25 Thlr., und von Erkenntnissen der Justizkanzlei ist Berufung unzulässig, wenn der Gegenstand nicht mehr als 100 Thlr., und wenn untergerichtlichet Urtheil durch Justizkanzlei bestätigt ist, ist Appellation unzulässig, wenn der Gegenstand nicht mehr als 300 Thlr. beträgt. Wenn nachgewiesen werden kann, daß die Richter mit Verletzung der wesentlichen Bestandtheile des Processes, oder wider klaren Inhalt der Acten, oder wider unbefristete Rechtsätze erkannt, nicht aber bloß in deren Anwendung gefehlt hat, so kommt es auf Appellationssumme nicht an. §. 24. Nothfrist zur Einlegung der Appellation ist 10 Tage, und im Executiv- und unbedingten Mandatsprocess 3 Tage. Bei der Interposition muß der Appellant bestimmt anzeigen, durch welche er sich beschwert crachtet. §. 25. Ist Nothfrist versäumt, oder die richterliche Verfügung reine Folge- oder Vollstreckungsmaaßregel eines frühern rechtskräftigen Ausspruchs, oder ein rein processleitender Act, wenn die Appellationssumme fehlt, oder der Gegenstand nicht appellationsfähig erklärt ist, so verwirft der Unterrichter die Appellation als unzulässig. — Wenn eine Parthei durch eine auf Antrag des Gegentheils, worüber sie noch nicht gehört ist, oder von Amtswegen erlassene richterliche Verfügung sich beschwert findet, so soll sie ihre Einwendungen dagegen im dem Gerichte, das die Verfügung erließ, anbringen, und erst, wenn dieß Gericht bestätigend entscheidet, ist Appellation oder Beschwerde an den höheren Richter zulässig. Wenn durch verzögerte Ausführung des angefochtenen Erkenntnisses dem Appellaten ein nicht zu ersetzender Nachtheil droht, für den Appellanten hingegen dergleichen nicht zu besorgen ist, so darf der Unterrichter auf Antrag des Appellaten, worüber Appellant erst zu hören ist, mit provisorischer Vollstreckung

des Erkenntnisses verfahren — Apostel werden nicht mehr ertheilt. §. 26. Das fatale zur Einbringung der Appellationschrift beträgt 8 Wochen, in Executiv- und Mandatsproceß 3 Wochen. Im unbestimmten summarischen und im ordentlichen Proceße gegen Entscheidungen über Zwischenhandlungen und in Fällen, wo besondere Gründe für die Beförderung der Sache reden, kann der Appellat auf Einsendung der Acten an den Obergerichter, Behuf der Abkürzung der ordentlichen Einführung und Rechtfertigungsfrist, antragen. Neue Beweisführung wird in der Appellationsinstanz nur gestattet, wenn der Appellat eidlich erhärtet, daß er, seiner sorgfältigen Nachforschung ungeachtet, entweder in den letzten 6 Wochen, von der neuen Beweisantretung an zurückgerechnet, oder erst nach Publication des Erkenntnisses, Wissenschaft von dem novum erhalten habe. Zu dem Ende muß er sich in der Einführungschrift erbieten und Beweis zugleich antreten. §. 27. Die Appellationschrift wird, sobald sie angekommen, vom Gericht geprüft; zeigt sich die Appellation unzulässig, oder zeigen sich die Beschwerden aus der eigenen Darstellung des Appellanten offenbar unbegründet, so wird das Rechtsmittel ohne weiteres abgeschlagen; sonst aber werden die Acten eingefordert. §. 28. Findet das Obergericht nach angekommenen Acten die Beschwerden unbegründet, so wird Appellation wegen Unerheblichkeit der Beschwerden abgeschlagen; zeigt sich die Appellation sowohl, so kann Anwalt und Parthei gestraft werden. §. 29. Erkennt das Obergericht aus den Acten den offenbaren Grund der appellantischen Beschwerde, so kann es, ohne den Appellanten zu hören, den Bescheid abändern. §. 30. Sonst wird erst der Appellat gehört. §. 32. Die Fortsetzung der Sache wird, in der Regel, auch wenn es auf Ausführung eines abändernden Obergerichtserkenntnisses ankommt, dem *judicio a quo* überlassen. §. 34. Entscheidungsgründe oder Urtheile sollen den Partheien auf ihr Verlangen mitgetheilt, und auch vom Obergerichte dem Untergerichte ohne Kosten der Partheien mitgetheilt werden.

292 Mittermaler über die neuesten Fortschritte

§. 35. Ueber Fristen überhaupt. Bei Restitutionsgesuchen gegen versäumte Fristen muß der Restitutionsgrund sofort bescheinigt, und das Versäumte zugleich nachgeholt werden. Das Versäumniß der Anwälde kann diese Restitution noch begründen, aber der saumselige Anwalt muß seinem Clienten die Kosten erstatten. Ein Restitutionsgesuch gegen Ablauf einer Nothfrist der Einlegung der Appellation ist bei dem Gerichte, wo die Einlegung hätte geschehen müssen, anzubringen. Beigefügt ist dem Proceßreglement eine Taxordnung für die Advokaten.

§. II.

Anhalt = Dessauische Proceßgesetzgebung.

In vieler Hinsicht merkwürdig ist die am 10. Julius 1822 publicirte Gesetzgebung von Anhalt = Dessau. Bisher bestand dort eine Landes- und Proceßordnung von 1666, deren Unvollständigkeit eben so fühlbar war, als viele ihrer Bestimmungen nicht mehr den Bedürfnissen und Fortschritten der Zeit anpaßten. Der Gesetzgeber erklärte nun, daß eine gänzliche Umformung der Proceßgesetzgebung bedenklich schien, daher man sich auf theilweise Abstellung der vorzüglichsten Mängel der bisherigen Proceßgesetze beschränkte. So entstanden I. Erläuterungen, Veränderungen und Zusätze zu einigen Titeln der Landesordnung. II. Aehnliche Erläuterungen zur Proceßordnung. III. Anhang, die summarischen Proceße betreffend. Wir müssen uns, um nicht durch die Auszüge in unserem Archiv zu viel Raum wegzunehmen, darauf beschränken, nur auf die Wichtigkeit des ersten und zweiten Theils aufmerksam zu machen; glauben aber, da eben die summarischen Proceßarten noch am Wenigsten bearbeitet sind, und die Anhaltische Proceßordnung darüber sich durch eine zweckmäßige Benutzung der besseren neueren Vorschläge, und durch Anschließen an das durch Praxis Erprobte auszeichnet, durch Mittheilung der Proceßordnung über die summarischen Proceßarten den Lesern einen Dienst zu thun. Die Erläuterungen zur Landesordnung enthalten viel Beachtungswürdiges, z. B. zu Tit. V. und VI. über Ehesachen, wo §. 3. die Gründe, aus welchen die Eltern

ihre Einwilligung zur Ehe der Kinder versagen dürfen, aufgeführt sind; so wie in §. 14. die Gründe, die zur einseitigen Aufhebung eines gültigen Eheversprechens berechtigen, genannt sind. Zu Tit. XI. ist eine umständliche Wechselordnung eingeschaltet; zu Tit. XXXIII. ist die Geschlechtsvormundschaft aufgehoben, und zu Tit. 37 sind die Gerade, Heergette und Rüstheil abgeschafft. Die Erläuterungen zur Proceßordnung, bei welcher die Verhandlungsmaxime beibehalten ist, verdient Beachtung, indem sehr zweckmäßig die Controversen durch feste und klare Bestimmung abgeschritten sind, und vorzügliche Aufmerksamkeit verdienen z. B. die höchst vollständigen Vorschriften Tit. VI. §. 6.; über die Ungehorsamsfälle, die Beschränkung des Eides vor Gefahr Tit. IX. §. 2.; die Bestimmungen über die Fälle, wenn spätere Beweisveränderung erlaubt seyn soll (Tit. X. XI.); über die Entscheidung nach beendigtem Productionsverfahren Tit. XI. §. 16.; die Beschränkung der Läuterung Tit. XV. Der Anhang über die summarischen Proceßarten bestimmt: keine rein bürgerliche streitige Rechtsache, für welche nicht eine bestimmte summarische Proceßform bisher vorgeschrieben war, oder in dieser Proceßordnung vorgeschrieben wird, darf anders, als nach den Regeln des ordentlichen Proceßes verhandelt werden. Kap. I. hebt den bisher üblich gewesenen Mandatsproceß ganz auf. Kap. II. vom Executivproceße. §. 1. Der Executivproceß soll nur angestellt werden wegen Forderungen, welche in Geldsummen oder andern bestimmten Qualitäten verbrauchbarer Sachen bestehen, zu deren Zahlung oder binnen einer gewissen Zeit zu leistenden Zahlung oder Ablieferung sich jemand in einseitigen Verträgen durch klare Briefe und Siegel (Instrumenta quarentigiata), und zwar mit ausdrücklicher Anführung des Grundes, aus welchem die Forderung entstanden ist, verpflichtet hat. Nur bei Befehlen, aus welchen bloß executivisch geklagt wird, bedarf es dazu der Anführung des Grundes der Forderung in dem Documente nicht, wenn in demselben der valuta gedacht worden ist. Auch bedingte Verträge der obigen Art erzeugen eine Executivklage, wenn der Kläger die Erfüllung der Bedingung, von welcher die Zahlung abhängt, z. B. die geschlossene Aufkündigung sogleich durch Documente liquid machen kann. §. 2. Executivisch kann also nicht geklagt werden: aus allen zweiseitigen Verträgen, in denen die Leistung einer Handlung, oder die Uebergabe einer nicht verbrauchbaren Sache versprochen worden, und aus bedingten Verträgen, welche übrigens alle Eigenschaften besitzen, die zur Erzeugung der Executivklage gehören, bei denen aber die Existenz der Bedingung nicht so

fort liquid gemacht werden kann. §. 3. Die geschehene Aufkündigung einer nach §. 1. verbrieften Schuld wird als stillschweigend zurückgenommen angesehen, wenn der Gläubiger vom Schuldner noch Zinszahlungen angenommen hat, welche erst nach dem Termine der Zahlbarkeit des Capitals fällig geworden sind; und bewirkt dies, wenn der Schuldner gegen die vom Gläubiger liquid gemachte Aufkündigung die Annahme solcher Zinsen durch Quittung so fort darthut, daß der Gläubiger mit der angestellten Executiv-Klage noch zur Zeit abgewiesen werden muß. §. 4. In allen und jeden Executiv-Klagen wird ein Termin zur Vorlegung der Originalurkunde anberaumt, in welchem der Beklagte, wenn aus gerichtlichen Documenten wider ihn geklagt wird, dieselben zu agnosciren, oder einen sichtbaren äußeren Mangel, oder eine Verfälschung, durch welche deren Beweisraft zerstört wird, vorzuschützen, und darüber mit der Gegenparthei im Termine selbst zu verfahren, auch (wie überhaupt im Executivproceße) diejenigen gerichtsablehnenden, proceßhindernden und zerstörenden Einreden, welche die Natur dieser Proceßart zuläßt, vorzuschützen, und respective so fort liquid zu machen hat. Geschieht im Termine selbst weder die Unerkennung, noch die Vorschützung äußerer sichtbarer Mängel oder Verfälschungen, so wird das gerichtliche Document, aus welchem geklagt wird, ohne Weiteres für richtig angenommen. §. 5. Ist das gerichtliche Document, welches der Beklagte wegen dergleichen Mängel verwerflich macht, ein von dem Proceßrichter selbst aufgenommenes, so hat dieser allen weiteren Streit darüber durch Befügung einer vidimirten Abschrift des Documents aus dem Gerichtshandelsbuche zu beseitigen. Ist hingegen das gerichtliche Document ein fremdes, und findet der Richter, daß die Einreden des Beklagten dem Anscheine und der äußeren Beschaffenheit des Documents nach, nicht ohne Grund seyen, so hat er darüber ein kurzes Verfahren zwischen den Partheien zu veranlassen, und nach dessen Beendigung über die Einrede zu erkennen. §. 6. Im Executivproceße sind alle verzögerlichen und proceßhindernden Einreden, welche die Competenz des Gerichts, die Befugniß der Partheien vor Gericht zu stehen, oder die Legitimation der Partheien zur Sache oder zum Proceße, oder wesentliche Fehler des Klagschreibers oder der Ladung betreffen, zulässig. Sie müssen aber mit der eventuellen Recognition des Documents verbunden werden, welcher dann alsbald die rein zerstörenden Einreden namentlich und mit Angabe der Beweismittel für dieselben anzuhängen sind. Die verzögerliche Einrede der nicht geleisteten Sicherheit für Kosten und Widerklage ist im Executivproceße ganz ausge-

schlossen. §. 7. Findet dann der Richter, nach Ansicht der Terminsverhandlungen, daß die zerstörlischen Einreden des Beklagten weiterer Ausführung bedürftig (altioris indaginis), oder die für dieselben angegebenen Beweismittel der Natur des Executivprocesses durchaus fremd sind, so setzt er einen kurzen Termin an, in welchem der Beklagte, mit Verwerfung der Einreden, zur Zahlung durch ein Erkenntniß verurtheilt wird. Sind hingegen die Einreden und die für sie angeführten Beweismittel mit der Natur des Executivprocesses verträglich, so werden die Partheien so fort mündlich vom Richter zu einem neuen kurzen Termin vorgeladen, in welchem der Beklagte seine Einreden zum Protocoll näher ausführen, die zum Beweise derselben dienenden Briefe und Siegel dem Kläger zur Recognition und resp. Agnition vorlegen, dieser solche wenigstens eventuell recognosciren, seine Replik entgegensetzen, die Documente, mit welchen er solche zu beweisen gedenkt, im Originale vorlegen, und der Beklagte dagegen die Replik ebenfalls wenigstens eventuell recognosciren oder agnosciren muß. Compromittiren jedoch die Partheien auf ein schriftliches kurzes Verfahren über die Exceptionen, so kann ein solches Verfahren von 14 zu 14 Tagen zwar gestattet werden, jedoch müssen selbst in diesem Falle die quarantigsten Documente, deren sich beide Theile zur Liquidmachung ihrer resp. Einreden und Replik bedienen wollen, der obigen Bestimmung gemäß in Termine dem Gegentheil im Originale vorgelegt, und von diesem wenigstens eventuell recognoscirt und agnoscirt werden, so daß nach beendigtem Verfahren die Sache völlig zum Definitivkenntniß reif vorliege, und es nicht erst neuer Production; und Recognitionstermine bedürfe. §. 8. Was wegen Ablehnung des Diffessionseides durch Antrag des Bestärkungseides an den Producenten zum IX Tit. der Proceßordnung, wegen eventueller Recognition zum X Tit. der Proceßordnung, und wegen der Ungehorsams; und Versäumnißstrafen §. 6. 1. B. 4. zum VI Tit. der Proceßordnung verordnet ist, findet überall, auch im Executivproceß, seine Anwendung. Die Recognition der Documente durch Zeugen ist so wenig als Schriftvergleichung in demselben statthaft, auch der Eidebantrag über die Exceptionen ferner, wie bisher, unzulässig. §. 9. Daß im Executivproceß eröffnete Endurtheil ist sofort vollstreckbar, indem zulässige Rechtsmittel dagegen keine suspensive Wirkung haben. §. 10. Die Execution eines im Executivproceß gesprochenen Erkenntnisses wird gesucht und angeordnet nach den für den Executivproceß im Allgemeinen festgesetzten Formen. Da aber hiernach die Frist,

welche die erste Zahlungsaufgabe enthalten soll, von dem Ermessen des Executionsrichters abhängt, welcher zuweilen ein anderer, als der Richter in der Hauptsache ist, so ist künftig der Schuldner im Executivproceſſe nur im Allgemeinen zur Bezahlung, bei Vermeidung der Hülfe und mit Hinweglassung der bisher üblichen 14tägigen Frist, zu verurtheilen, und aus diesem Erkenntnisse das Hülfsgesuch bei dem competenten Executionsrichter anzubringen. III. Capitel vom Wechselproceſſe. IV. Capitel vom Arrestproceſſe. V. Capitel vom Provocationsproceſſe. §. 1. In der Provocation ex lege diffamari ist der erste Termin ebenfalls peremptorisch. Das Präjudiz für den Ausbleibenden und vom Gegentheil des Ungehorsams beschuldigten Provocaten besteht darin, daß er der geklagten Diffamation für geständig geachtet, und für schuldig erkannt wird, bei Strafe eines ewigen Stillschweigens, seine Ansprüche binnen 30 Tagen, mittelst Anstellung einer Klage, gehörig anzubringen. §. 2. Wird ex lege si contendat provocirt, so ist die Ladung, und entstehendenfalls das Contumacial-Erkenntnis, ohne neue Terminanzsetzung auf den Verlust der etwaigen Replik zu richten. §. 4. Durch Provocation kann nur in den ausdrücklich in den Gesetzen bereits bestimmten, und in den durch die folgenden §§ noch zu bestimmenden Fällen die gewöhnliche Dauer der Klagen und Einreden verkürzt werden. §. 5. Allgemeine Provocation wegen unbekannter Ansprüche und gegen unbekanntere Personen, auf dem Wege der Edictalladung, können nur in folgenden Fällen die in der Edictalladung als Präjudiz anzudrohende rechtliche Folge der Erlöschung des Rechts und der Klage haben: 1. gegen Gläubiger einer mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Erbschaft, nicht aber gegen unbekanntere Erben, welche, wenn sie edictaliter aufgerufen werden, im Ausbleibungsfalle ihr besseres Recht, so lange ihre Erbschaftsklage noch nicht verjährt ist, immer noch gegen den Besizer der Erbschaft im Wege Rechts geltend zu machen befugt sind. Jedoch haben sie nur das Recht, die Substanz der Erbschaft, nicht aber die davon gefallenen und erhobenen (percipirten) Nutzungen, und erstere auch nur in so weit, als solche noch vorhanden ist, oder anstatt dessen, was davon gekauft ist, den Kaufpreis von dem dadurch reicher gewordenen Besizer der Erbschaft zurück zu fordern, ohne zur vindication solcher im guten Glauben von demselben veräußerten, zur Erbschaft gehörig gewesenen Sachen, oder zum Widerruf (Rescission) der deshalb geschlossenen Verträge berechtigt zu seyn. 2. gegen den unbekannteren Inhaber eines Documentes, wenn dasselbe auf eine bestimmte Person, als Eigenthümer, gestellt

ist, oder Falls es auf jeden Briefsinhaber (au porteur) lautet, von dem Staate, von dem es ausgeht, außer Cours gesetzt worden. 3. Auch dann ist eine procuratorische Edictalladung, mit Androhung des Verlustes des Rechts, zulässig, wenn der Inhaber eines unbeweglichen Gutes, welches früher mit ausdrücklichen oder stillschweigenden Hypotheken belastet gewesen, die Erlöschung derselben durch Verjährung, Zahlung, oder in anderm Wege, zwar nicht durch Documente sofort klar, aber doch dem Richter wahrscheinlich machen kann; daneben aber die Personen, welchen dabei ein Interesse zustehen könnte, deren Aufenthalt er aber nicht nachzuweisen vermag, angiebt. In diesem Falle, und wenn der Implorant solches zuvor eidlich erhärtet hat, sind die Edictalien unter obigem Präjudiz zu erlassen, müssen aber die Benennung des Gutes, die specielle Angabe der Obligation, die Zeit der eingegangenen Verpflichtung und den Grund derselben, der Person, welcher sie zuerst zugestanden, der Schicksale derselben und des nunmehr bestehenden Sachverhältnisses enthalten, so daß Jeder über dasselbe richtig zu urtheilen dadurch in den Stand gesetzt werde. 4. Bei nothwendigen Subhastationen, mit welchen der Aufruf unbekannter Realprätendenten verbunden worden. In allen diesen Fällen kann zwar der Verlust des Rechts, nicht aber der Verlust der Rechtswohlthat, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedrohet und erkannt werden. Kann daher der Vorgeladene wahrscheinliche Gründe angeben, warum ihm die Edictalladung nicht bekannt wurde, und mit einem Eide erhärten, daß sie ihm nicht bekannt geworden sey, so ist demselben die Restitution gegen den verabsäumten Termin und das rechtskräftig gewordene Präclufionserkennniß zwar zu erstatten; die Wirkungen derselben erstrecken sich aber nicht weiter, als daß er sein Recht, so weit es der gegenwärtige Zustand der Sache erlaubt, und ohne rückwirkende Kraft auf die bisher eingetretenen Veränderungen geltend machen kann. Zinsen, Früchte und andere Nutzungen kann er nicht in Anspruch nehmen, sondern es verbleiben solche unwiderruflich dem Besizer. §. 6. Ueber Todeserklärungen. §. 7. Der Termin der Edictalladungen soll, wo nichts anders verordnet ist, wenigstens drei Monate enthalten. Auch ist dieser Termin nach Umständen, besonders nach der Entlegenheit des vermutlichen Aufenthaltsortes des oder der Vorzuladenden, auf einen größeren Zeitraum anzusetzen. Ob übrigens nur ein Termin von dreimonatlicher Dauer, oder drei verschiedene Termine, jeder mit einmonatlicher Dauer, angesetzt werden sollen, hängt, wo nicht das Eine oder das Andere ausdrücklich von dem Gesetze bestimmt ist, von dem Antrage der Par-

theien und von dem Ermessen des Richters ab, welcher dabei vorzüglich auf die Erheblichkeit des Gegenstandes, auf die Wahrscheinlichkeit der Existenz unbekannter Prätendenten, und auf die Entlegenheit des vermuthlichen Aufenthaltsortes derselben Rücksicht zu nehmen hat. §. 8. Jede Edictalladung ist nicht nur an dem Sitze des Gerichts öffentlich anzuschlagen, und während des ganzen Terminzeitraums angeschlagen zu lassen, sondern auch im Wochenblatte, und, nach Umständen, in ausländischen Zeitungen, welche allemal nach dem wahrscheinlichen Aufenthalte der Vorzuladenden gewählt werden sollen, drei mal einzurücken. Jedoch bleibt es auch hier dem richterlichen Ermessen anheim gestellt, in wie fern wegen der Geringfügigkeit des Gegenstandes und der daraus begründeten Besorgnis, daß die Kosten des Edictalverfahrens den Gegenstand desselben ganz oder größtentheils erschöpfen möchten, es bei der Einrückung der Edictalien in das hiesige Wochenblatt sein Bewenden haben solle, welche Vorschrift dann auch bei den in unerheblichen Concurse zu erlassenden Edictalladungen zu beobachten ist. Zugleich wird hiermit verordnet, daß, zur Ersparung der oft sehr bedeutenden Insertionsgebühren, künftig die im hiesigen Wochenblatt bekannt gemachten Edictalien nicht wörtlich in die auswärtigen Blätter eingerückt, sondern nur kurze Nachrichten davon, mit Hinweisung auf das hiesige Wochenblatt, in denselben gegeben werden sollen. VI. Capitel von dem possessorischem Prozesse; enthält nur Hinweisungen auf die geltende Landesordnung. VII. Capitel vom Concurseproceße; Hinweisung auf bestehende Gesetze. §. 2. Ob ein oder drei Termine anzusetzen, bloß in den hiesigen oder auch in den fremden Blättern bekannt zu machen seyen, ist nach den Cap. V. §. 7. enthaltenen Vorschriften richterlich zu ermessen. §. 3. Der hin und wieder erregte Zweifel, ob die bekannten Gläubiger, zu welchen natürlich auch die eingetragenen Realprätendenten gehören, in einem Concurse noch speciell, außer den Edictalien, zu den Terminen vorzuberscheiden seyen, wird dahin entschieden, daß die specielle Ladung allerdings an dieselben erlassen werden soll. Unterbleibt sie, und kann der in den Terminen ausgebliebene bekannte Gläubiger eidlich erhärten, daß ihm von der Edictalladung nichts bekannt geworden sey: so wird er, so lange die Acten, Behufs der Ertheilung des Distributionserkenntnisses, noch nicht geschlossen sind, sofort gegen die Versäumnis in den vorigen Stand wieder eingesetzt. Ist aber der Actenschluß schon erfolgt, so kann er zwar zum Liquidiren nicht mehr zugelassen werden, wohl aber wegen des ihm durch das fehlerhafte Verfahren des Richters erwachsenen Schadens gegen

diesen seinen Rückanspruch (Negrefß) nehmen. §. 4. Der bisherige Gerichtsgebrauch, nach welchem die sich im Concurse erst nach dem letzten angestandenen Liquidationstermine, jedoch vor Eröffnung des Präklusivbescheides, anmeldenden Gläubiger noch zum Liquidiren, ungeachtet der bereits erfolgten Ungehorsamsbeschuldigung der Ausgebliebenen, zugelassen werden, wird hiermit ausdrücklich bestätigt. §. 5. Auch die Hypothekgläubiger müssen ihre Forderungen bei Strafe des Ausschlusses von der Concursmasse und des Verlustes ihrer hypothekarischen Rechte beim Concursgerichte in einem der anberaumten Liquidationstermine, oder doch noch vor Eröffnung des Präklusivbescheides, liquidiren, und dadurch den Mitgläubigern, welche ein bevorzugtes Pfandrecht auf das verhypothecirte Grundstück haben möchten, zum Verfahren über die Priorität Gelegenheit geben. §. 6. Gleichwie es bisher in hiesigen Landen gebräuchlich gewesen, daß bei entstehendem Concurse, wenn schon des Gemeinschuldners Güter unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten belegen wären, dieselben sämmtlich in den Hauptconcurse mit hineingezogen worden, so soll es auch ferner dabei sein Bewenden behalten. Dahingegen soll, wenn über einem Ausländer im Auslande der Concurse entsteht, und derselbe unbewegliche Güter in hiesigen Landen besitzt, über die ein Separatconcurse von dem Gerichte der belegenen Sache, und wenn solche unter mehreren hiesigen Gerichten belegen wären, von der Landesregierung eröffnet werden; ausgenommen in dem Falle, wenn auf die unbeweglichen Güter durchaus keine consentirten Schulden oder andere bekannte Realansprüche haften, indem es alsdann, und wenn der Richter der gelegenen Sache solches mit Gewißheit aus den Gerichtsacten ersehen kann, demselben freisteht, auf Requisition des auswärtigen Richters mit der Subhastation zu verfahren, und die gelösten Gelder an das auswärtige Concursgericht abzuliefern. §. 7. Es versteht sich übrigens von selbst, daß durch das Präklusivbescheidniß nur Ausschluß von der Masse und Verlust der auf den zu derselben gehörigen Gütern haftenden Pfandrechte, nicht aber der Verlust der persönlichen Forderungen an den Gemeinschuldner oder dessen Bürgen herbeigeführt werde. §. 8. Der Rechtszweifel, in wie fern die Minorität der Schuldner in einem von der Mehrzahl beliebten Vergleich in Concurssachen einzuwilligen, oder sich denselben ebenfalls gefallen zu lassen, verbunden sey, wird dahin entschieden, daß a) kein Gläubiger in einen Vergleich, welcher bloß die Vertheilung der gesammten Concursmasse betrifft, und nicht zugleich einen Nachlassvertrag für den Schuldner enthält, einzuwilligen, durch Mehrheit der übrigen Gläubiger

gezwungen werden kann. b) Enthält aber der vorgeschlagene Vergleich einen Nachlassvertrag mit dem Gemeinschuldner selbst, so muß, wenn die Minderzahl zum Beitritte zu dem von der Mehrzahl beliebten Nachlassvertrage rechtlich für verbunden erachtet werden soll, zuvörderst auf Verlangen der Minderzahl, der Gemeinschuldner und dessen Anwalt durch einen Eid allen Verdacht der Collusion mit den Gläubigern von sich ablehnen. Ferner kann ein solcher Rechtszwang zum Vergleiche bloß gegen Chirographarische und andere Gläubiger, welche für ihre Forderungen weder Pfand, noch hypothekarische Rechte, noch sonst besondere Rechtsprivilegien nachzuweisen haben, in Anwendung kommen. Nicht weniger muß jeder zur Mehrzahl gehörige Gläubiger, auf Verlangen eines oder aller der die Minderzahl ausmachenden, eidlich bekräftigen, daß zwischen ihm und dem Gemeinschuldner keine Nachzahlungverträge geschlossen worden sind. Wenn dann alle obgedachten Rechtsbefordernisse vorhanden sind, so muß die Minderzahl sich ebenfalls zu dem von der, nicht nach Köpfen, sondern nach dem Betrage ihrer Forderungen zu berechnenden, Mehrzahl beliebten und vorgeschlagenen Nachlassvertrage bequemen. VIII. Capitel vom Consistorial, und insbesondere vom Eheproceße. IX. Capitel von dem Verfahren in geringfügigen streitigen Rechtsachen. §. 1. Für geringfügig sind folgende Sachen zu halten: 1) Alle diejenigen, deren Gegenstand nicht über 30 Thaler austrägt. Bei entstehendem Zweifel wird der Werth der streitigen Sache, wenn es eine bewegliche oder unbewegliche ist, nach dem letzten Kaufpreise angenommen. Ist dieses nach dem Ermessen des Richters nicht wohl thunlich, so wird der Werth durch Sachverständige abgeschätzt. Ist der Gegenstand eine Geldforderung, so werden Zinsen dabei nur in so fern berücksichtigt, wenn die Forderung durch deren Hinzurechnung zur Zeit der angestellten Klage die Summe von 45 Thalern übersteigt. Jährliche Geld- oder Naturalleistungen werden als vierprocentige Zinsen angerechnet, und danach der Streitgegenstand zu Capital geschätzt. Gerechtigkeiten, welche keiner Schätzung nach Gelde fähig sind, werden niemals, wenn nicht ihre Unerheblichkeit ganz klar zu Tage liegt, als geringfügige Sachen angesehen. Unbestimmte Schadensklagen, das heißt solche, in welchen der Kläger nur im Allgemeinen Schadensersatz fordert, ohne ihn zu Gelde anzuschlagen, sind in der Regel nicht als geringfügige Sachen anzusehen. Wenn jedoch der Richter offenbar ersieht, daß die Schäden in keinem Falle die Summe von 30 Thalern betragen können, sondern merklich hinter derselben zurückbleiben

müssen, so ist er befugt, auf eine dieserhalb angestellte feierliche Klage, das hier für geringfügige Rechtsachen angeordnete summarische Verfahren *ex officio* einzuleiten. 2. Alle Injurienfachen zwischen Leuten des gemeinen Bürger- und Bauernstandes, mit Ausschluß der Pasquille und Schmähschriften, und derjenigen Realinjurien, welche äußerliche Spuren einer körperlichen Verletzung hinterlassen, oder sonst einen unmittelbaren nachtheiligen Einfluß auf die Gesundheit des Injurirten gehabt haben. Gehört der Kläger nicht zu dem gemeinen Bürger- oder Bauernstande, ist aber der Injuriant zu diesen Ständen gehörig, so steht es in des Ersteren Wahl, ob er den ordentlichen Civilproceß, oder den für geringfügige Sachen angeordneten summarischen anstellen wolle. In allen Fällen, wo nach obiger Bestimmung, wegen Injurien, nicht der ordentliche feierliche Proceß angestellt werden kann, findet auch der Denunciationsproceß ferner nicht Statt, sondern es soll deshalb bloß bürgerlich (*civilliter*) auf die dem Injurirten gebührende Privatsatisfaction geklagt werden können, unbeschadet des Rechts des Gerichts, nach Anordnung des Art. XL. der Landesordnung, auf den Grund der ergangenen Aeten noch überdieß eine Strafe, welche jedoch nicht über 5 Thaler Geld- oder achtstägige Gefängnißstrafe hinausgehen darf, zuerkennen. Injurienfachen zwischen Personen vornehmen Standes sollen, wenn sie wörtliche oder leichtere Realinjurien betreffen, auf dem Wege des ordentlichen Civilproceßes nach der Verhandlungsmaxime ausgemacht werden, mit gleichmäßigem Vorbehalt des richterlichen Bestrafungsrechts, und mit Ausschließung des Untersuchungs- und Denunciationsproceßes, so fern nicht ein persönliches Dienstverhältniß des Beklagten gegen den Kläger die Sache zu einem wirklichen öffentlichen Straffalle macht. 3. Alle Gefindesachen, ausgenommen wenn die klagbar gemachte Forderung aus dem Miethscontracte über 30 Thaler austrägt. Zum Gefinde sind aber nicht zu rechnen: Officianten, Verwalter und Wirthschafterinnen in größeren Haushaltungen. 4. Alle Innungsfachen, so fern sie nicht als Regterungs-, sondern als reine Partheifachen anzusehen sind, und ihrem Gegenstande nach nicht über 30 Thaler betragen. §. 2. Das Rechtsverfahren in geringfügigen Gegenständen unterscheidet sich von dem feierlichen Proceße und allen andern Arten der in hiesigen Landen bestehenden bürgerlichen Proceßformen nicht nur im Allgemeinen dadurch, daß es die Verhandlungsmaxime größtentheils verläßt, sondern auch noch in folgenden besondern Stücken: 1. der possessorisch Beklagte kann verlangen, daß das Petitoxium sogleich mit erörtert werde. 2. die Beweis- und Gegenbeweishand-

lungen werden ohne vorgängiges Interlocut sogleich in dem ersten Proceßgange vorgenommen. 3. Von verzögerlichen Einreden finden nur diejenigen Statt, welche gerichtsbekannt (fori declinatoriae) sind, die Rechtsfähigkeit der streitenden Theile, vor Gericht zu handeln, und die Mängel ihrer Legitimation zur Sache betreffen. Ausgeschlossen insbesondere ist die verzögerliche Einrede des nicht geleisteten Vorstandes für Kosten und Wiederklage. 4. Auch der Kläger kann auf den Grund von solchen Einreden, welche eine Gegenforderung enthalten, ohne daß dieserhalb eine ordentliche Wiederklage angestellt zu werden brauchte, in die Leistung der ganzen Gegenforderung, wenn sie auch den Klaganspruch übersteigt, verurtheilt werden; vorausgesetzt, daß die Gegenforderung, ihrer Natur oder ihrem Betrage nach, sich zur Verhandlung als geringfügige Sache eignet. Ist dies nicht der Fall, so muß die Gegenforderung unberücksichtigt bleiben, und wenn der Beklagte der Klage geständig oder überführt worden, derselbe zur Zahlung oder Leistung verurtheilt werden; jedoch steht es in diesem Falle dem Beklagten frei, die Vollstreckung des Erkenntnisses dadurch abzulehnen, daß er seine Gegenforderung binnen 30 Tagen im ordentlichen Rechtswege gehörigen Orts flagbar macht. 5. daß in geringfügigen Rechtsfachen in der Regel alles mündlich zum Protokoll zu verhandeln ist. 6. daß der Richter befugt ist, sogleich nach vollendeten Beweishandlungen, wenn der Klaganspruch oder die zerstörende Einrede auch nicht bis zur Hälfte erwiesen, sondern nur einigermaßen wahrscheinlich gemacht worden ist, Erfüllungs- oder Reingungsbild von den streitenden Theilen zu fordern. 7. daß der Eid mit Zurücknahme der bereits angezeigten Beweis- und Gegenbeweismittel noch so lange angetragen werden kann, bis der Gegentheil die Documente recognoscirt hat, die Zeugen verhört, die Gutachten der Sachverständigen eingeholt, und die Besichtigungsbehandlungen vorgenommen worden sind. 8. daß keine Gewissensvertretung in dieser Proceßart Statt findet. Dagegen gelten die allgemeinen Proceßvorschriften über den Ungehorsam und dessen Strafen auch für den Proceß in geringfügigen Sachen, mit der Bestimmung, daß der Richter, wenn die Partheien ohne Rechtsbeistand verhandeln, den zur Ungehorsamsbeschuldigung berechtigten Theil hierauf von Amtswegen aufmerksam machen, und ihn ausdrücklich befragen muß, ob er das dem Gegentheil, wegen Ungehorsams oder Versäumnis von dem Gesetz angedrohte Präjudiz gegen denselben geltend machen wolle oder nicht. Gleichergestalt sind auch im Proceße über geringfügige Streitsachen alle Ladungen und Termine peremptorisch, und mit gleichen Rechtsnachtheilen,

wie im Ordinarproceße, verknüpft. §. 3. Der Klagantrag ist an keine Form gebunden. Er kann mündlich zum Protocoll, jedoch auch schriftlich angebracht werden. In letzterem Falle muß er aber den Grund der Forderung und die Absicht des Klägers deutlich ausdrücken. Findet sich hierin ein Mangel, so muß der Richter den Kläger veranlassen, sich darüber deutlicher zum Protocoll zu erklären. Mangelt dem Kläger, welcher einen mündlichen Klagantrag macht, offenbar die Gabe, sich deutlich zu machen, so steht es dem Richter ebenfalls frei, ihn zu einem schriftlichen, durch einen Rechtsbeistand verfaßten Klagvortrag anzuweisen. In der Klage müssen so fort auch die Beweismittel, deren sich der Kläger im Leugnungsfall bedienen will, argezeigt, und, wenn sie in Documenten bestehen, diese alsbald in Urschrift der Klage beigefügt werden. §. 4. Ist nun allen Mängeln abgeholfen, und folglich der Klagantrag gehörig begründet (substantiirt), so setzt der Richter mittelst Decrets, welches auf den Klagantrag niederzuschreiben ist, einen Termin zur Güte und eventuell zur mündlichen Verhandlung der Sache an. In diesem Decrete muß zugleich dem Beklagten die Anzeige seiner Gegenbeweismittel im Termine, und, wenn sie in Urkunden bestehen, die Einreichung derselben zu den Acten auferlegt werden. §. 5. Die Vorladung geschieht in der Regel mündlich durch den Gerichtsboten; jedoch muß dem Beklagten zugleich eine simple Abschrift des Klagantrags und des darauf abgefaßten Decrets behändigt werden. Wohnt einer der streitenden Theile entlegen, so kann der Richter denselben auch schriftlich zum Termine laden. §. 6. In dem Termine muß, nach fruchtlos versuchter Güte, durch Vernehmung des Beklagten über das Thätliche des Klaggrundes und über die ihm etwa zur Seite stehenden Einreden und Beweismittel für dieselben; ferner durch Vernehmung des Klägers und die Einrede des Beklagten, und die denselben etwa entgegenstehenden Replik und deren Beweis, so wie endlich durch Vernehmung des Beklagten über seine etwaigen Dupliken, die Sache so weit instruirt werden, daß durchaus mit Sicherheit entnommen werden könne, was im Thatsächlichen oder Rechtlichen (in facta und in jure) zwischen den Partheien streitig geblieben sey. Ist dieser Punkt außs Reine gebracht, so schreitet der Richter so fort zur Prüfung der angegebenen Beweis; und Gegenbeweismittel und der wider dieselben vorgebrachten Einreden, verfügt die Einlassung auf die angetragenen, von ihm für erheblich (relevant) geachteten Eide, die Recognition der eingereichten Documente (welche jedoch auch hier durch Erbietten zum Diffessionseide, und, wenn es nicht eigene Documente

sind, durch Antrag auf den Bestärkungseid des Producenten, abgelehnt werden kann). Sieht der Richter, daß die Sache bloß auf den Grund der Documente entschieden werden kann, so ist er befugt, den Partheien den Diffessions- oder Bestärkungseid so fort im Termine abzunehmen, und nachdem solcher geleistet worden, zum Definitivkenntnisse zu schreiten; jedoch bleibt es ihm sowohl in diesem als in jedem andern Falle freigestellt, zur Eröffnung des Erkenntnisses einen besondern Termin anzuveräumen, welcher jedoch nicht über 3 Tage, vom Schlusse der Sache angerechnet, enthalten darf, und den Partheien im ersten Termine selbst, mit der Auflage, sich dar zu gehörig einzufinden, eröffnet werden muß, so daß es dieserhalb keiner besondern Citation bedürfe. Ist hingegen dem richterlichen Ermessen zu Folge die Entscheidung der Sache lediglich von der Ableistung eines angetragenen oder zurückgeschobenen Haupteides abhängig, so muß der Richter beim Schlusse der Terminsverhandlungen diese Eide ablassen (normiren), und einen neuen Termin zur Ableistung derselben, so wie zur Eröffnung des Erkenntnisses anveräumen, und die Partheien sogleich mündlich dazu wieder vorbezeichnen. Ist endlich die Sache so angethan, daß zum Beweise oder Gegenbeweise noch Zeugen zu vernehmen, Besichtigungen anzustellen, Gutachten von Sachverständigen zu erfordern sind: so wird hierzu ein besonderer Termin anveräumt, und den Partheien alsbald bekannt gemacht. Hierauf erläßt der Richter die nöthigen Citationen und Verordnungen, und zwar an die Gerichtsbefehlshaber mündlich, an Auswärtige aber mittelst Requisition ihrer Obrigkeit. Hierbei ist folgendes zu bemerken: 1) Alle Untergerichte des Landes sind schuldig, auf Requisition des Proceßrichters in geringfügigen Streitfachen die von den Partheien angegebenen Zeugen oder ernannten Sachverständigen zur Vernehmung dem requirirenden Gerichte zu stellen, wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß die Zeugen und Sachverständigen nach Verhältnis der ihnen dadurch erwachsenden größern Belästigung auch auf eine größere Entschädigung Anspruch haben. 2. das Zeugenverhör ist bloß ein summarisches. Die Zeugen werden erst nach gethaner und wieder vorgelesener Aussage vereinigt. Fragstücke sind dabei unzulässig; jedoch steht es den Partheien frei, in dem Beweis- und Verhörstermine dem Richter vor der Abhörung noch besonders auf diejenigen Punkte aufmerksam zu machen, von welchen sie besorgen, daß sie vielleicht dem Richter entgehen könnten. Dieser aber ist verbunden, auf solche Erinnerungen, so weit es rechtlich geschehen kann, Rücksicht zu nehmen. 3. die Zeugenverhöre sowohl als die Besichtigungsprotocolle und ein-

geholtten Gutachten der Sachverständigen kommen unverschlossen zu den Acten, und stehen den Partheien im Termine zur Einsicht offen. 4. Ueber den Beweis und Gegenbeweis findet weder ein mündliches noch schriftliches Verfahren Statt. Die Einreden gegen die Personen der Zeugen müssen schon im ersten Termine an- und ausgeführt werden. Hat der Richter, ungeachtet solcher gegen die Zeugen angebrachten Einreden, die Zeugen dennoch citirt und vernommen, so liegt schon darin ein stillschweigendes Erkenntniß, daß sie nicht für gänzlich unfähige Zeugen zu halten seyen. In wie fern jedoch ihr Zeugniß durch die vorgeschügten Einreden an Glaubwürdigkeit verliere, muß erst bei Abfassung des Definitiv-Erkenntnisses vom Richter mit erwogen werden. Beruht die Einrede gegen die Person eines Zeugen auf ein persönliches, von dem Producten behauptetes, von dem Producenten geleugnetes Verhältniß des Zeugen zu den streitenden Theilen, oder zur streitigen Sache, so muß der Richter bei Abhörung des Zeugen auch hierauf Rücksicht nehmen. §. 7. Nachdem nun solchergestalt alle Beweis- und Gegenbeweis-handlungen gehörig beendigt sind, erklärt der Richter durch ein, in die Acten einzuschreibendes Decret die Sache für geschlossen. Wenn nun die Partheien nach der ihm im Termine selbst noch zu machenden Eröffnung von dem decretirten Actenschluß so fort nicht wieder protestiren, so steht es dem Richter frei, entweder sogleich protocollarisch im Termine definitiv zu verabschieden, oder, wenn er die Sache für zu verwickelt hält, einen neuen Termin zur Bescheidberöffnung mündlich anzusetzen. Würde hingegen von einer Parthei sogleich gegen den Actenschluß wegen vermeintlicher Mangelhaftigkeit der Instruction protestirt, so hat der Richter mit der Bescheidbertheilung Anstand zu nehmen, den gerügten Mängeln, wenn er sie gegründet findet, noch abzuhelpen, im engegegensezten Falle aber die Acten, so wie sie liegen, binnen 3 Tagen an den Obergerichter einzuschicken, welcher alsdann durch Rescript über die Protestation definitiv-entscheidet. §. 8. In geringfügigen Streitfachen sind Rechtsmittel nur gegen Definitiv-Erkenntnisse zulässig, vorbehaltlich, was so eben, wegen Protestationen gegen den Actenschluß, verordnet worden. Da übrigens die Form der Verhandlung der Rechtsmittel, zu Folge dieser neuen Bestimmungen, merklich verschieden ist, je nachdem der obschwebende Proceß ein feierlicher oder ein summarischer, nach den für die Behandlung geringfügiger Rechtsfachen gegebenen Regeln, ist: so wird als allgemeine Erläuterung hiermit festgesetzt, daß auch die im Ordinaryproceße angewendeten Rechtsmittel, nach den für die Rechtsmittel in geringfügigern Rechtsfachen fest-

gesetzten Formen verhandelt werden sollen, so oft die gegen das im Ordinarprocesse gesprochene Erkenntniß erhobenen Beschwerden, ihrem nach Gelde schätzbaren Gegenstande noch nicht mehr als 30 Thaler austragen; jedoch mit der Bestimmung, daß, wenn beide Theile ein Rechtsmittel ergriffen haben, aber nur die Beschwerden des einen Theils, dem Gegenstande nach, über 30 Thaler austragen, das Verfahren über beide nach den Formen des Ordinarprocesses geregelt und das Rechtsmittel des am wenigsten beschwerten Theiles als Adhäsion behandelt wird. §. 11. Kein Richter ist befugt, den Partheien wegen Geringfügigkeit des Klaggegenstandes den Gebrauch von Rechtsgegenständen zu verwehren. Jedoch ist der Richter wohl berechtigt, das persönliche Erscheinen der Partheien, wenn er solches zur kürzern Beendigung der Sache für nothwendig, und, den Umständen nach, für die Partheien nicht für zu lästig findet, zu verordnen, welches dann immer bei der Ladung, sie geschehe mündlich oder schriftlich, ausdrücklich anzuführen ist. Hat sich nun eine oder die andere Parthei eines Anwaltes bedient, und findet es sich beim Schluß der Sache, daß solche bei ihrer Klarheit und wenigen Verwicklung füglich von den Partheien selbst ohne Wissen; von Rechtsbeiständen hätte verhandelt werden können, oder daß die zum persönlichen Erscheinen geladene Parthei ohne genugsam bescheinigte Abhaltungsursache sich von keinem Anwalde habe vertreten lassen, so muß der Richter hierauf bei Abfassung des Erkenntnisses Rücksicht nehmen, und von der Verurtheilung in die Kosten die unnöthiger Weise gehaltenen Anwaltsgebühren ausnehmen. Hatten sich jedoch beide Theile in der Sache eines assistirenden oder stellvertretenden Advokaten bedient, so kann diejenige Parthei, welche zuerst bei der Verhandlung einen Sachwalter zugezogen, und dadurch den Gegentheil veranlaßt hat, ebenfalls den Beistand eines Sachwalters anzusprechen, in so fern sie der Lage der Sache nach in die Kosten verurtheilt wird, auch zur Erstattung der gegnerischen Anwaltsgebühren condemnirt werden, wohl verstanden jedoch, daß ihr keine für hinlänglich zu achtenden Gründe zur Seite standen, aus welchen sich die Zuziehung eines Sachwalters rechtfertigte, wohin z. B. gehört: die weite Entlegenheit des Wohnorts, Abhaltung durch Krankheit oder andere nothwendige Umstände zc. §. 12. Die in geringfügigen Rechtsachen zugezogenen Advokaten haben sich sorgfältig dafür zu hüten, daß durch ihre Einwirkung keine unnöthigen Verzögerungen und Verwickelungen herbei geführt werden mögen. Ihr Geschäft besteht hauptsächlich darin, die Rechte ihrer Parthei beim Instructionsverfahren wahrzunehmen;

men, die Einreden gegen die Competenz des Gerichts, die Zulässigkeit der gewählten Proceßart, die Rechtsfähigkeit der Gegenparthei zu gerichtlichen Verhandlungen, die Legitimation derselben zur Sache, und überhaupt alle proceßverhindernden Einreden, welche dem Richter nicht bekannt seyn könnten, gehörig an; und auszuführen; den richterlichen Verhandlungen zu folgen; dahin zu sehen, daß alles zur Rechtsnothdurft ihrer Parthei Gehörige im Terminsprotocolle aufgenommen werde, die Beweis- und Gegenbeweismittel zu prüfen, und was für ihre Zulässigkeit oder Unzulässigkeit zum Vortheil ihres Clienten angeführt werden muß, dem Richter vorzutragen; darauf zu achten, daß ihr Client nicht durch widerrechtliches Drängen zu ihm nachtheiligen Erklärungen und Zugeständnissen veranlaßt werde, daß kein indirecter Zwang bei den Vergleichshandlungen zur Anwendung komme, und daß endlich die Acten nicht früher geschlossen werden mögen, bis alle etwaige, ihrem Clienten Nachtheil drohende Mängel der Instruction gehörig gehoben worden. In keinem Falle aber sollen sie sich beikommen lassen, den in dergleichen unerheblichen Rechts Sachen so wünschenswerthen Vergleichshindernisse in den Weg zu legen, sich in die hierauf gerichteten richterlichen Verhandlungen, wenn ihr Client selbst gegenwärtig ist, auf irgend eine Art einzumischen, so lange nämlich der Richter sich bei der Vergleichsstiftung in den rechtlichen Schranken eines Vermittlers hält. §. 13. Wenn der Klaganspruch ganz geringfügig ist, d. h. wenn er nicht über 2, 3 bis 5 Thaler hinausgeht, oder wenn die Sache keinen Aufschub leidet, so ist der Richter befugt, die Partheien auf bloßes mündliches Andringen des Klägers, ohne Mittheilung der Imploration an den Imploraten, durch den Gerichtsboten auf einen der nächsten Gerichtstage vorzubeseiden, und wenn sich ohne vorher vorzunehmende Beweisbehandlungen auf die bloßen protocollarischen Vernehmungen der Partheien ein Definitiverkenntniß fällen läßt, sogleich protocollarisch darin zu verabschieden; besonders aber auch, wenn Gefahr beim Verzuge zu beforgen ist, abgesehen von dem höheren Betrage der Forderung und den ihr etwa entgegengesetzten Einreden, eine provisorische Verfügung zu treffen, welcher sich beide Theile unbedingt zu unterwerfen haben. Dies gilt besonders in Alimentensachen, bei Auszugstreitigkeiten, Gestandessachen und Irrungen über das Ausziehen der Miethsleute aus bereits anderweit vermiethteten Wohnungen. Auch steht es dem Richter frei, wenn ihm zur Begründung einer solchen provisorischen Verfügung noch die Ausmittlung einer streitigen Thatsache erforderlich scheint, diejenigen Personen, welche davon

308 **Mittermayer** über die neuesten Fortschritte *ic.*

Kenntniß haben können, auch ohne Antrag der Parthei alsbald durch den Gerichtsboten vorbecheiden zu lassen, und sie über das streitige Factum zu vernehmen. Solche Vernehmungen sind dann nicht eidlich, sondern nur durch einen Handschlag an Eidesstatt zu bestärken.

D r u c k f e h l e r

im Archiv VI: B. 28 Hest in der Abhandlung unter Nr. VII. Satz
Beweiserkenntniße *ic.*

- S. 163. §. 15. statt: nur — wir
— — N. 2. — immer — iene
S. 164. §. 2. — Bau — Wann
— 166. — 3. — einem — ienem
— 167. — 6. — suppliciren — supplir
— 170. — 1. — substantia — substantialia
— 175. — 1. — Nur — Neue
-