

Werk

Titel: Archiv für civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1824

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1824_0007|log23

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.

XVII.

Können Servituten durch Vertrag bestellt werden?

Von Herrn Professor S i m m e r n in Heidelberg.

Zur Erwerbung affirmativer Servituten werde Besitzeinweisung erfordert, und bloßer Vertrag genüge nicht. Diese Meinung war und ist so allgemein verbreitet, daß noch die neuesten Lehrbücher des s. g. Pandektenrechts einer abweichenden Ansicht nicht einmal gedenken ¹⁾. Und doch war schon seit lange von Savigny ²⁾ behauptet worden, daß allerdings Vertrag genüge, welche Meinung ihrerseits — was nicht minder auffallend ist — in andern Schriften neuerer Zeit so vorgetragen wird, als wäre sie eine der herrschenden und anerkannten ³⁾. Sogar so weit ist man bereits gegangen, die

1) Thibaut 6te Ausg. §. 621, E. — Mühlenbruch doctr. Pandect. §. 400: „Si pactionibus constituitur servitus, in affirmativis quidem servitutibus quasi traditio necesse est accedat.“ Wenig Bd. 1. B. 2, § 92; erst in der 2ten Ausg. dieses Bandes ist die, dem Verf. inzwischen zugekommene Dissertation von Schmidlein, als dissentirend angeführt. — Schweppé macht aber eine Ausnahme, s. Note 3.

2) Besitz, 3te Ausg. S. 502, Note; S. 511, Note; 4te Ausg. S. 447 und 454.

3) J. B. MacCeldy Instit. §. 338. u. s. 347. Roschirt Grundlinien des R. Rechts, Heidelb. 1824, nahm p. 191 die Theorie ebenfalls an mit der Bemerkung, daß die Neueren ver-

Archiv f. d. Civ. Prax. VII B. III. 5. 21

Verträge selbst einzutheilen in solche, die obligatio, und andere, die dingliches Recht erzeugen ⁴⁾, nämlich auch Pfandrecht, emphyteutisches, superficariisches Recht. Obgleich ohne die zwey bekannten Stellen in Justinians Institutionen (§. 4. J. de serv. §. 1. de usufr.), daß, wer vicino ein jus, oder wer einen ususfructus unter Lebenden bestellen wolle, pactio-nibus et stipulationibus id efficere debet, die neue Meinung nie entstanden wäre, so scheint allerdings eben in diesen Worten ein genügender Beweis für die Wahrheit derselben zu liegen. Um so auffallender ist es, daß man in früherer Zeit, wie z. B. in den Commentaren ⁵⁾ über Justinians Institutionen, mit so großer Leichtigkeit über die Sache hinweggegangen ist. — Die Glosse nimmt den Text wörtlich, und bemüht sich, wie viele spätere Erklärer, z. B. selbst Cujacius ⁶⁾, nur die Schwierigkeit zu heben, die in Erwähnung der pacta neben den stipulationes liegt. Insofern gehört also die Meinung, daß Servituten durch Vertrag entstehen können, nicht einmal ausschließlich der neuern Zeit an ⁷⁾, obgleich sie so wenig eine gehörige Begründung gefunden hatte, als die ent-

schieden gelehrt haben, erklärt aber p. 608 nachtragsweise, daß er gerade durch Schmidlein zweifelhaft geworden sey. Endlich Schweyge, *Privat.* §. 304, ist unbedingt Savignys Meinung, und bemerkt, daß man bisher das Gegentheil annahm.

4) Burchardi *System des R. Rechts im Grundrisse*, Bonn 1823, p. 30. Er hält es überhaupt für unrichtig, die Theorie der Verträge bloß ins Obligationenrecht zu stellen. Allein z. B. im Ehevertrag geht der Vertragsbegriff so wenig dem Rechtssystem etwas an, als bey dem Vertrag, mit einander spazieren zu gehen. Doch ist hier nicht der Ort, über solche Begriffe zu rechten.

5) So wird z. B. auch in Glück's großem Commentar über die von den Servituten handelnden Pandectentitel die Schwierigkeit gar nicht berührt.

6) Ad Africani leg. 33. de S. P. R. (8, 3), opp. T. I.

7) Vergl. namentlich Bachov ad Instit. Lib. 2, Tit. 3.

gegen stehende Meinung. *Winnius* ⁸⁾ ist fast der einzige, welcher sich über die Institutionenstellen etwas ausführlicher erklärt, mit der Bemerkung: „Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video D. Bachovium in ea esse *haeresi*, ut existimet, nudis pactionibus et promissionibus solis servitutes praediales plene perfecteque constitui atque acquiri citra ullam traditionem aut cessionem — *quo quidem ego nihil unquam audiivi, quod a ratione et auctoritate juris magis abhorreat.*“ Bey so bewandten Umständen war die Schrift ⁹⁾, welche kürzlich den Gegenstand ex professo behandelt hat, gewiß eine sehr erfreuliche Erscheinung; und man mag nun den hier betretenen Weg für den rechten halten oder nicht: jeden Falls verdient der Verfasser Dank, daß er eine wichtige Frage mit Herzhaftigkeit und Ernst besprochen hat, über die man bisher mit unbegreiflicher Oberflächlichkeit hinweggegangen war. Gleichzeitig mit ihm hat auch *Dü Roi* in einer, für unsre Wissenschaft äußerst fruchtbaren Abhandlung, unter andern jene Frage berührt ¹⁰⁾, aber nach meinem Urtheil ebenfalls nicht völlig befriedigend gelöst.

Allgemein anerkannt ist die Analogie der Servituten und des Eigenthums (*dominium juris und corporis*). Jene involviren einen Theil der Rechte, die im Eigenthum als der Totalität zusammengefaßt sind. Die Römer haben daher eben so eine *vindicatio rei*, wie *juris* gestattet, den Begriff des Besizes und der possessorischen Interdicte auch bey den Servituten zugelassen, und selbst davon, daß sie oder einige in älterer Zeit durch *usucapio* entstehen konnten, haben wir Spuren ¹¹⁾, so wie es bekannt genug ist, daß ein Analogon

8) Ad Instit. eod. tit. §. 4. nr. 2.

9) *E. J. Schmidlein de servitutibus per pactum constituendis*, Gotting. 1823, 8.

10) In diesem Archiv B. 6. §. 2. nr. XIV, S. 3. nr. XVIII. Vergl. §. 2. C. 284—286.

11) Wenigstens die bekannte. L. 4. §. 29. D. de usuc. (41, 3.)

der langjährigen Erfassung auch bey den Servituten ankam. Auf jeden Fall aber mußten in früherer Zeit die Servituten eben so wie das Eigenthum durch in jure cessio oder mancipatio (letztere war nur bey den rusticis zulässig) bestellt werden¹²⁾, und daß wiederum wie wenn Eigenthum, so auch wenn vom Nichteigenthümer eine Servitut bestellt werden wollte, ebenfalls actio Publiciana angestellt werden darf, und daß wenigstens zu diesem Zweck hier wie dort Tradition wesentlich sey, ist bis jetzt noch von Niemand in Abrede gestellt worden. Im Gegentheil sollen nach der neuen Theorie jene Stellen, welche Tradition zur Bestellung einer Servitut fordern, auf die Weise erklärt werden. Würde es nun nicht aus der Analogie herausfallen, wenn die Entstehung der Servitut selbst als jus geradezu durch Vertrag möglich wäre? Sollte der Grundsatz: »dominia rerum non nudis pactis transferuntur«¹³⁾ nicht ein allgemeiner seyn für das dominium rei corporalis und incorporalis? — Die bekannten Worte des Paulus¹⁴⁾: »Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum rel.«, enthalten freylich keinen entscheidenden Beweis. Schmidtlein (p. 111) meint: »Paulus melius egisset, si hac in lege servitutes omnino intactas reliquisset;« indeffen Paulus sagt ja nicht: *Conventionum* oder *pactorum* substantia non in eo consistit u. s. w., sondern *obligationum*. Die obligatio ist eine Tochter des Vertrags, und eben so wie sie auch andere Erzeuger haben kann, z. B. Delict, so könnte wohl auch der Vertrag noch andere Kinder haben, so daß aus dem von Paulus angegebenen Inhalt der obligatio noch nicht folgt, daß aus dem Vertrag nur eine obligatio entstehe. — Schmidtlein (p. 36) beruft sich

12) Gaj. II, 29 — 33. Ulp. XIX, 11. Vatic. fragm. §. 45.

13) L. 20. C. de pact. (2, 3.)

14) L. 3. pr. de O. et A. (44, 7.)

namentlich auf das Pfandrecht, und ob zu dem Vertrag, der emphyteutisches oder superficiarisches Recht gibt, Tradition hinzukommen müsse, darüber ist man noch keineswegs einig. Daß aber alle diese Rechte nicht den Servituten analog sind, hat *Dü Roi* (in der angef. Abh.) wohl hinlänglich dargethan. Ich kann indessen hier in jedem Falle von dem emphyteutischen und superficiarischen Rechte absehen, weil die Frage, ob dabey Tradition erforderlich sey, nicht ausdrücklich in den Quellen beantwortet wird, so daß also diejenigen, welche diese Rechte mit den Servituten in Parallele stellen zu müssen glauben, den umgekehrten Weg zu gehn, und aus dem, was bey Servituten gilt, die Antwort für die Emphyteusis und Superficies zu entnehmen haben. So hat man z. B. eine Entstehung dieser Rechte durch acquisitive Verjährung nach Analogie der Servituten angenommen, und wer diese Verjährung hier, z. B. bey dem *Ususfructus*, läugnen wollte, den könnte man ohne Zirkelschluß nicht dadurch widerlegen, daß man sich auf die Zulässigkeit derselben bey der Emphyteusis beruft. — Dagegen haben wir freylich für die Zulässigkeit der *actio hypothecaria* ohne vorangegangene Tradition die entschiedensten Zeugnisse. Ich will nicht einwenden, daß der Grund der Realversicherung im Mangel an persönlichem Vertrauen liege, und folglich, eben wegen dieses Mißtrauens von der andern Seite, die Uebergabe der zu verpfändenden Sache unterbleiben könnte. Ich will nicht einwenden, daß hier nur *ex jure Praetorio* dingliches Recht entstehe¹⁵⁾, mithin durch solche Analogie zu viel, folglich nichts bewiesen werde, weil grade zum prätorischen Schutz der Servituten Tradition nöthig seyn

15) Wenn man auch mit *Löhr* (*Magaz.* B. 1. H. 1. nr. IV, B. 3, S. 4, S. X—XIII.) die *actio in rem* des Faufspandgläubigers aus dem Civilrecht ableiten dürfte, so ist ja hier von dem ohne Tradition entstehenden dinglichen Rechte, also von der, durch das bloße *pactum hypothecae* entstehenden, mithin auf jeden Fall prätorischen (§. 7. J. et Theoph. de actionn.) dinglichen Klage die Rede.

so! Aber mit *Dü Roi* erwiedre ich, daß überhaupt das Pfandrecht nicht mit den Servituten verglichen werden kann. Hier wird gesagt, daß *res servit*, einzelne im Eigenthum liegende Dispositionsrechte sind in dritte Hand gegeben, der Eigenthümer ist in der Verfügung über die Sache selbst beschränkt. Dagegen der Pfandgläubiger hat kein Recht über die Sache selbst zu verfügen, keine *pars dominii*, kein *s. g. jus in re* in dem Sinne, wie die Römer das Wort *jus* schlechtweg (*jus in re* ist kein Kunstausdruck ¹⁶⁾) gebrauchen, völlig synonym mit *Servitus* — sondern der Pfandgläubiger ist nur zu gewissem Zwecke *Procurator* des Verpfänders, aber in *rem suam*: nämlich insofern, als es der Zweck der Sicherstellung und Befriedigung wegen seiner Forderung erheischt. Er vindicirt nicht, wie der, welchem eine Servitut zusteht, das *jus* (*si paret hoc jus meum esse*), sondern er vindicirt die Sache selbst, die *res corporalis*, statt des Eigenthümers, eben so wie er auch, obgleich nicht Eigenthümer, dennoch die Sache selbst veräußert ¹⁷⁾, und dabey so gewiß nur als Stellvertreter des Eigenthümers handelt, daß bekanntlich nur dieser, nicht jener, für *Eviction* haftet. Der *actio hypothecaria* liegt also nur die Behauptung zum Grunde, daß der Kläger vom Eigenthümer das Recht ableite, statt desselben sich den Besitz zu verschaffen. Denn daß am Ende er, der Gläubiger, besitze, wird durch den oben erwähnten Zweck nothwendig, und eben dieses Zweckes wegen hat auch er die, außerdem nur dem bestohlenen Eigenthümer zustehende, *condictio furtiva* ¹⁸⁾. Aus demselben Grunde hat auch der Pfandgläubiger

16) *Dü Roi* a. a. D. S. 417. S. auch *Mühlenbruch* Pand. Vol. I. S. 78. Nota 5.

17) Grade in der Verbindung, daß „*et qui dominus non sit alienare possit*“, wird dessen bey *Gajus* (II, 62, 64) gedacht, und so auch in §. 1. *J. quibus alienare licet vel non* (2, 8).

18) L. 12. § 2. *de cond. furt.* L. 22, pr. *D. de pign. act.* vgl. mit L. 1. *D. de cond. furt.*

die possessorisches Interdicte, ohne daß der Verpfänder den Besitz verliert, den er vielmehr durch seinen Stellvertreter ausübt, obgleich, weil er dem Pfandgläubiger die Interdicte selbst überlassen muß, der Besitz nur in Hinsicht auf usucapio nützt. Durch diese rein civilistische, oder, so zu sagen, innere Erklärung¹⁹⁾, wird die aus dem Mißtrauen entnommene²⁰⁾, bloß äußere, entbehrlich. Nur auf diesem Wege war es auch zu erklären, daß gegen die Analogie des Eigenthums und der Servituten nur noch das von einem bonae fidei possessor, nicht überhaupt das an einer res aliena bestellte Pfandrecht Wirksamkeit hatte, wenn auch der Erwerber in bona fide war, und daß die Klage nicht die Publiciana, sondern die Serviana ist²¹⁾. Nämlich das Pfandrecht ist ja eben kein selbstständiges, sondern bloß das Recht, alle die zur Wahrung des Besitzes und zur Befriedigung durch Alienation nöthigen Schritte zu thun, die der Verpfänder hätte thun dürfen; die a. hypothecaria oder Serviana ist nur des Verpfänders Klage (utilis vindicatio), die, vom Pfandgläubiger angestellt, jenen auf den Urheber oder auf den Namen des Verhältnisses selbst hinweisenden Namen trägt. Steht also dem Verpfänder wenigstens a. Publiciana zu, so kann der Pfandgläubiger auch diese utiliter anstellen, die dann eben so gut Serviana heißen muß, als die im Namen des wirklichen Eigenthümers angestellte s. g. rei vindicatio. Wo nun aber der Verpfänder nicht einmal eine Publiciana actio hat, da kann auch bey dem Pfandgläubiger keine Klage, mit andern Worten, da kann auch kein Pfandrecht entstehen. Bey verpfändeter Forderung gilt nichts Abweichendes, sondern der Pfandgläubiger hat wiederum nur die Klage des Verpfänders, also die persönliche gegen den Schuldner. Folglich ist das Pfandrecht keineswegs ein dingliches Recht, oder,

19) *Dü Roi* a. a. D. S. 404.

20) *S.* indessen auch *Savigny* *Beß* S. 251 fgg. (4te Aufl.)

21) *Dü Roi* a. a. D. S. 403.

wie man mit Rücksicht auf die *oppignoratio nominis* auch sagt, gewöhnlich dingliches Recht ²²⁾ im selbstständigen Sinne des Wortes, sondern ²³⁾ es ist (wenn es darauf ankommt, eine Definition zu fertigen) das Recht zu seiner Sicherstellung oder Befriedigung, in Bezug auf ein gewisses Object die Klagen anzustellen, oder die Veräußerungen vorzunehmen, zu welchen unmittelbar nur der Schuldner berechtigt ist, von dem man diese Befugniß ableitet. Ist das Recht dieses Concedenten ein s. g. dingliches, dann übt freylich auch der Pfandgläubiger ein dingliches Recht aus, aber wo nicht — nicht! Kann man nun die Ausübung eines fremden dinglichen Rechtes, wenn auch zu eignem Vortheil, selbst wieder als ein neues eigenes dingliches Recht ansehen? Daß aber jene Derivation auf dem Wege eines bloßen Vertrags möglich ist, ist nicht allein nicht auffallend, sondern der Analogie so vollkommen gemäß, daß für das Gegentheil nur äußere politische Gründe sprechen könnten. Wie jede Cession einer Obligation durch *mandatum* der Klage realisirt oder diese schon *utiliter* angestellt wird, wie zur Cession einer *Vindicatio* keine Tradition der Sache erforderlich ist ²⁴⁾; eben so enthält die Verpfändung nur ein solches *mandatum agendi et alienandi*, so daß es auch consequent ist, daß neben dem Pfandgläubiger der Eigenthümer gleichfalls *vindiciren* kann, nur aber in der Collision nachstehen muß. Zugleich ist des Verpfänders Concession nur eine bedingte, so daß sie um so weniger vermittelt werden muß durch irgend eine Tradition, die bey definitiver ganzer oder theilweiser Ueberlassung eines Rechts an der Sache selbst (Eigenthum, Servitut) allerdings erfordert werden mag. Freylich sprechen politische Gründe für möglichste Publicität der Schritte, wodurch das Recht zur *Vindicatio*

22) *Thibaut* §. 650.

23) *S.* auch *Wening* Buch 2, §. 125.

24) *Mühlenbruch* Cession *S.* 204 fgg.

in andere Hände kömmt, und dieses mag ursprünglich den Grundsatz veranlaßt haben, daß Eigenthum oder Servitut nur vor Gericht (in jure cessio), oder doch vor vielen Zeugen (mancipatio) bestellt werden, und daß höchstens erst ein eine Zeitlang fortgesetzter Besitz (usucapio) die mangelnde Form ergänzen könne. Wenigstens, wenn man die Unterscheidung zwischen *mancipi* und *nec mancipi res* zu einer ursprünglichen machen will, galt der Grundsatz bey den Italischen Grundstücken, bey Sklaven und Lastthieren auf jeden Fall von jeher. Mit bloßer Tradition begnügte man sich erst bey *nec mancipi res* und im Justinianischen Recht freylich bey allen Sachen, aber *nudum pactum* reichte nie hin. Allein bey Verpfändungen hat der ganz abweichende Character des Verhältnisses schon frühe zu der Zulässigkeit der *a. hypothecaria* ohne vordangegangene Tradition führen können, und daß selbst der alte *contractus pignoratitius* Tradition erheischt, hatte andere Gründe, nämlich Specialität des Pfandrechts und möglichste Sicherstellung des Pfandgläubigers, ohne ihm gerade durch *contracta fiducia* Eigenthum zu geben. Nämlich die Tradition wurde ja nicht etwa bloß zur Begründung des s. g. dinglichen Rechts, sondern auch der obligatorischen Verhältnisse zwischen Pfandgläubiger und Schuldner erfordert. Ja es ist denn doch wohl anzunehmen ²⁵⁾, daß erst durch prätorisches Recht, und nachdem das *pactum hypothecae* schon bekannt war ²⁶⁾, dem Pfandgläubiger auch *in rem* zu klagen gestattet worden ist, so daß insofern die Nothwendigkeit der Tradition bey dem *contractus pignoratitius* mit der erst später entstandenen Dinglichkeit des Rechts noch weniger in Zusammenhang gebracht werden darf. Ja gerade die civilistische Consequenz hat es möglich gemacht,

25) Das Bedürfnis mußte grade bey der Hypothek hervortreten, wo man nicht, wie bey dem Faustpfand, im Stande ist, sich seinen Besitz selbst zu wahren und durch Interdicte zu schützen.

26) Schon bey Cic. ad div. 13. ep. 56. wird seiner, freylich in einer Provinz, gedacht.

daß der so gefährliche Grundsatz einer bloß vertragmäßigen, durch keine äußerlich erkennbare Handlung ausgesprochenen Entstehung des Pfandrechts und der dinglichen Klage aufkam; daß also — da unsre öffentlichen Inscriptionen den Römern fremd waren — die Nothwendigkeit der Publicität sammt der (durch das Faustpfand bedingten) Specialität des Pfandrechts im Römischen Rechte nicht zu finden ist, wie denn auch, als sogar immer mehr *pignora tacite contracta* und Pfandprivilegien aufkamen, das Hypothekensystem von der Seite aus eine wahre *partie honteuse* des Röm. Rechts geworden ist.

Die vertragmäßige Bestellung der Servituten soll aber civilistisch so zusammen hängen, daß der Vertrag an die Stelle der unpractisch gewordenen *in jure cessio* getreten sey²⁷⁾, und Schmidlein glaubt geradezu, in der *in jure cessio* sey der Vertrag eingeschachtelt, welcher Kern geblieben, nachdem die symbolische Hülle durch den zur Formlosigkeit tendirenden Geist der Zeit abgestreift worden sey. Denn so ist es ja wohl gemeint, wenn es p. 76—78 heißt: »*Nil magis consequens esse potuit, quam formarum civilium, quibus dominium quiritarium et servitutes quiritariae exorbantur, inquirere naturalem substantiam; et eam deposita civili substantia assumere servitutes bonitarias constituendi formam. Mancipationis pars naturalis autem est traditio, in jure cessionis pactum*“ u. s. w. »*In jure cessionis, quae est constituendi servitutes quiritarias modus generalis, pars naturalis i. e. pactum certe etiam in servitutibus bonitariis constituendis fieri debuit modus generalis. Quae cum ita sint, quid juxta pactum faciat traditio? Omnino inane fuisset requisitum, cum jam pacto solo jus servitutis esset ortum (!)*«. Kaum wagt man es, in dieses poetische Hell Dunkel das Licht nüchternen Prosa zu tragen. Doch sind wohl einige Fragen resp. Bemerkungen erlaubt. Warum soll nicht wenigstens bey den

27) Savigny oben Note 2. cit.

juribus praediorum rusticorum, die durch Mancipatio entstehen konnten, die Nothwendigkeit einer nuda traditio übrig geblieben seyn? Schmidlein gibt keine andere, als die Antwort (p. 78): „Hujus rei omnino nulla adfuisse ratio.“ Ferner ist in der in jure cessio nicht ebenfalls eine statt vor Privatzeugen vor Gericht veranstaltete Tradition enthalten? ²⁸⁾ Wenigstens wird das Ergreifen der Sache von Seiten dessen, dem cedirt werden soll, erfordert (rem tenens bey Gaj. II, 24), und obgleich die in jure cessio auf fingirtem Vindicationsproceß beruht, so muß doch der Vertrag, wie Verkauf zc., oder der gegenseitige Entschluß, welcher die Veranlassung gibt, zum Prätor hinzugehn und dort eine bloße Scheinvindication vorzunehmen, vorangegangen seyn, so daß das Verfahren in jure nur eine Realisation des auf Ueberlassung des Eigenthums, der Servitut, gerichteten gemeinsamen Willens enthält, und sollte mithin jenes Verfahren, seinem Wesen nach, nicht die Uebergabe selbst und keineswegs wieder einen Vertrag vorstellen? Geht ja doch die in jure cessio immer parallel mit der mancipatio, und dient die usucapio als Erwerbung durch Fortsetzung des Besißes zur Ergänzung der nicht gehörigen in jure cessio sowohl, als mancipatio? — Wenn aber die Feyerlichkeit der in jure cessio untergegangen ist, wie sollte der bloße Vertrag an die Stelle treten, wo vorher Uebergabe nöthig wäre? Denn auf jeden Fall erhielt doch auch bey der in jure cessio

28) Schmidlein, p. 92, Note 32, meint es darum läugnen zu dürfen, weil von jeher auch res incorporales in jure cedirt werden konnten. Allein ist nicht auch die Form der Mancipatio zu Zwecken gebraucht worden, wo es auf Tradition nicht ankam? Und ist es überhaupt ein richtiger Schluß, daß darum, weil man auch Translationen anderer Art durch fingirten Proceß bewirken konnte, die Translation der körperlichen Dinge durch in jure cessio keine Tradition involvire? Grade hier, so wie bey der manumissio durch vindicta, beweist die Art des Verfahrens, daß eine wirkliche Tradition darin enthalten ist.

derjenige, welchem cedirt worden ist, die vorher nicht besessene Sache nunmehr in seinen Besitz, und trug sie, wenn er konnte, mit sich fort! Warum der Sprung von in jure cessio (resp. mancipatio) zum bloßen Pactum, da der Gedanke an Tradition so nahe liegt — da das Erforderniß der Tradition zum prätorischen Schutze so unmittelbar darauf hinwies — da man ja auch bey dem Eigenthum nicht den Vertrag, sondern die Tradition an die Stelle der in jure cessio so gut wie der mancipatio hat treten lassen? — Man wird nicht erwiedern, daß ausdrückliche Zeugnisse die Tradition bey Servituten für unmöglich erklären²⁹⁾! Eben so wird auch der Besitz der Servituten verworfen³⁰⁾, und dennoch eine juris quasi possessio zugelassen; die in rem actio definiert als eine Klage per quam rem nostram petimus³¹⁾, und dennoch wiederum in andern Stellen als eine Klage über res und jus, oder über res corporales und incorporales³²⁾. Auf jeden Fall wird s. g. quasi traditio der Servituten ausdrücklich anerkannt, sie mag nun durch Induction in das dienende Grundstück, oder durch Ausübung mit Wissen des Concedenten (usus, patientia) realisirt werden³³⁾. Wenn man auch erwiedern dürfte, daß das nur zum Behuf der actio Publiciana nöthig geworden, so hat man doch damit zugestanden, daß den Römern ein Analogon der Tradition bey Servituten bekannt war! Ferner die Requisite der actio Publiciana sind doch bey dem Eigenthum geringer, als die der civilrechtlichen Vindication, wie sollte nun bey Servituten umgekehrt die erste Klage durch Tradition bedingt seyn, die letztere bloß durch Vertrag? Freylich kann dort und nicht

29) Gaj. II, 19, 28. L. 43. §. 1. D. de dom. (41, 1.)

30) L. 32. §. 1. D. de S. P. U. (8, 2.) L. 3. prd. de poss. (41, 2.) L. 4. §. 27. D. de dom. (41, 1.) L. 1. §. 8. D. quod legat. (43, 3.)

31) L. 25. pr. D. de O. et A. (44, 7.)

32) §. 2. J. de pact. *Dü Noia a D. S.* 253 ff.

33) L. 3. pr. D. de usufr. (7, 1.) L. 20. D. de serv. (8, 1.)

Hier der Besteller ein Nichteigenthümer seyn, aber wir haben kein Analogon dafür, daß deshalb die übrigen Requisite erschwert worden seyen, und von jeher war der prätorische Schutz leichter zu erlangen, als der civilrechtliche! Man wird daher versucht, in Bezug auf die erfordernten Requisite zu sagen, was Julian³⁴⁾ vom erworbenen Rechte selbst sagt: „Est absurdum plus juris habere eos qui *possessionem duntaxat* ususfructus non etiam *dominium* adepti sunt.“

Bekanntlich gibt es Fälle, wo Eigenthum ohne Besitz entsteht, in solchen wird auch die Publiciana actio ohne vorher geübten Besitz gestattet³⁵⁾, z. B. in Folge des Scti Trebelliani bey einzelnen Sachen aus der vom Fiduciar im Ganzen restituirten Erbschaft. So sollte man erwarten, daß, wenn wirklich schon der bloße Vertrag zur Bestellung einer Servitut genügt, auch zur a. Publiciana mehr nicht nöthig seyn könne.

Der in unsern Quellen vorkommende Gegensatz von dominium und possessio juris oder jure (civilrechtlich) und bloß tutione Praetoris entstehender Servitut³⁶⁾, ist derselbe, wie der eines meum esse ex jure Quiritium und eines bloßen in bonis esse, und keineswegs darf, wie Dū Roi (S. 284 bis 286) mit Recht bemerkt hat, bey der prätorisch geschützten Servitut in der Regel an einen bestellenden non dominus gedacht werden³⁷⁾. Vielmehr gibt L. 11. §. 1. D. de Publ. diese Publicianische Klage, »si quis per domum *suam* (nicht

34) L. 3. D. si usufr. pet. (7, 5.).

35) L. 1. fin. L. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. de Publ. (6, 2.). Freylich ist das neuerdings geläugnet worden von C. J. Guyet de public. in rem actione, Heidelb. 1823, pag. 47—50.

36) Vatic. fragm. §. 61; L. 11. §. 1. D. de Publ. (6, 2.); L. 3. D. si usufr. pet. (7, 6); L. 9. §. 1. D. usufr. quem adm. cav. (7, 9); L. 1. §. 2. D. de S. P. R. (8, 3.); L. 16. D. si serv. vind. (8, 5.).

37) So Schmidtlein p. 84 sqq.

alienam) passus est aquaeductum transduci“; und ferner in L. 16. D. si serv. vind. ist die Frage: »si a te emero ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere, et postea te sciente ex causa emtionis immissum habeam — an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim?“ Also ob prätorischer Schutz zu Theil werde? und die Antwort ist bejahend („respondi, utroque auxilio me usurum“). Ferner sagt L. 1. §. 2. D. de S. P. R. ganz allgemein: »Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris.“ Die Tradition ist nämlich das wirkliche Einführen, die Uebergabe gerade wie die einer res corporalis, indem solches bey persönlichen Servituten wegen der damit verbundenen Detention der Sache selbst immer geschehen kann; so daß hier die Tradition, sofern sie erforderlich ist, in der Art vollzogen werden muß³⁸⁾. Patientia ist der mit Wissen des Bestellers begonnene usus, welcher bey den Prädialservituten, z. B. durch Begehung der Via so gut, wie durch Immittiren des Balkens die Stelle der Tradition vertreten darf³⁹⁾. Auch die L. 1. §. 9. de superf. („Servitutes quoque Praetorio jure constituentur, et ipsae ad exemplum earum, quae ipso jure constitutae sunt, utilibus actionibus pe-

38) L. 3. D. de usufr. (7, 1.): Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur utifru. -- Savigny a. a. D. S. 447.

39) L. 20. D. de S. P. R. — So läßt sich das Erwähnen der patientia (als Quasi-Tradition) neben der (wirklichen) Tradition (s. auch die Stelle der vorigen Note) erklären, ohne daß man genöthigt ist, mit Dü Roi, S. 289 Note 60), die patientia für synonym mit der consuetudo zu erklären, durch welche Servituten ebenfalls entstehen. Diese consuetudo beruht allerdings auch auf patientia, aber auf fortgesetzter. — Doch ist diese Meinungsverschiedenheit auf unsre gegenwärtige Frage ohne Einfluß.

tentur.⁴⁰⁾ spricht von nach prätorischem Recht constituirter Servitut selbst, nicht von ihrer bloßen bonae fidei possessio. Und warum soll ein ex causa fideicommissi tradirter Ususfructus nicht eben so vollständig seyn, wie ein legitime constituirter? Dieser Gegensatz kömmt nämlich in L. 3. D. si ususfr. pet. vor, und ist natürlich nur der Gegensatz zwischen der Uebergabe eines Fiduciars, die überall nur ein in bonis esse gibt⁴⁰⁾, und der im alten Civilrecht begründeten Bestellung, nicht aber zwischen dominium und bonae fidei possessio servitutis. — Für das alte Recht geht also das Resultat dahin, daß auch, wenn da, wo eine Servitut ex jure Quiritium erworben werden konnte, die Bestellung nicht auf dem dazu erforderlichen Wege (durch mancipatio oder in jure cessio) sondern nur durch simple Induction oder Nichtwidersprechen bey der Ausübung bewerkstelligt worden ist, bloß prätorischer Schutz begründet werden konnte. Wie nun jene civilrechtliche Bestellungsform wegfiel, so blieb das Institut des prätorischen Schutzes allein übrig⁴¹⁾; gerade wie auch bey dem Eigenthum nicht etwa das in bonis esse kassirt worden ist, sondern das bloße ex jure Quiritium⁴²⁾. Das in bonis esse war schon seit lange her, zumal nachdem der processualische Unterschied zwischen vindicatio und actio, zwischen directa und utilis vindicatio verschwunden war, so wirksam, als das s. g. quiritarische Eigenthum; und so war im Grunde, da man das Mancipiren ohne Nachtheil unterlassen konnte, dieses Eigenthum (wie das so oft der Fall ist) schon von selbst verschwunden, als Justinian erklärte, daß es nur Ein Eigenthum gebe. Ging es ja damals wie noch heute, daß man in juristischen Schriften, wie z. B. in Compendien des practischen Rechts, Theorien als geltend vorträgt, die im practischen Leben längst verschwunden sind, z. B. die Fristen

40) L. 63. pr. D. ad Sct. Treb. (36, 1.).

41) *Du Roi* S. 286.

42) L. un. C. de nudo (ex) jure Quirit. tollendo (7, 25.).

der *honorum possessio* ⁴³⁾. — So hat es sich denn auch bey Servituten von selbst gemacht, daß man bey untergegangener in *jure cessio* (und *mancipatio*) bloß tradirte, und da die Folgen am Ende dieselben waren, wie wenn jene Formen noch existirten; so war so wenig wie bey dem Eigenthum ein Bedürfnis da, an die Stelle der untergegangenen Form eine neue treten zu lassen. Der Beweis liegt eben in den Pandectenstellen, die wir weder auf den bestellenden *non dominus* zu beschränken, das Recht, noch als für uns unverbindlich anzusehen einen gehörigen Grund haben. Obgleich nämlich der Gegensatz zwischen *dominium* und *possessio servitutis* veraltet ist, so können wir doch der Sache nach das, was die Stellen sagen, noch heute anwenden, und es hat also die *Compilation* hier wie so oft ⁴⁴⁾ noch einen wissenschaftlichen Unterschied stehen lassen, um nicht den historischen Faden zu zerreißen, der in den Stand setzen muß, Justinians Vorschriften gemäß das practische Resultat da selbst zu ziehen, wo Interpolation zu schwer gewesen wäre, oder zuſehr den ursprünglichen Zusammenhang entstellte haben würde.

Diese Darstellung könnte mit Grund nicht bezweifelt werden, wenn nicht Gajus in seinen Institutionen (II, 31), in den Pandecten (L. 3. pr. D. de usufr.), und aus ihm Justinian in den anfangs erwähnten Institutionenstellen von Entstehung der Servituten *pactis et stipulationibus* spräche. Hinsichtlich jener ersten Stelle trete ich unbedenklich *Dü Roi's* Erklärung bey. Gajus spricht in seinem ganzen Zusammenhange nur vom *dominium servitutis*, von civilrechtlicher Erwerbung des *ususfructus* und der *jura praediorum*. Des

43) Hugo in seinem Lehrbuche des heut. Röm. Rechts, 6te Ausg. S. 139 hat hier auf das Unpraktische aufmerksam gemacht.

44) Z. B. die Eintheilung in *juris gentium* (*naturales*) und *jure civili* (*civiles*) *acquisitiones* §. 11, J. de rer. divis.; in fin. J. de usu (2, 5); L. 23. pr. D. de rei vind. (6, 1.); L. 1. pr. D. de A. R. D. (41, 1.).

Institut der prätorischen Tutition gedenkt er gar nicht ⁴⁵⁾: »Sed haec, fährt er in §. 31. fort, scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt, alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi u. s. w. constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere debet, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.« Nämlich am Provinzialboden ist überhaupt kein ex jure Quiritium, weder am ganzen Boden noch theilweise (an der Servitut) möglich, selbst nicht durch wirkliche in jure cessio ⁴⁶⁾; man mußte sich also mit Bestellung der jura als Obligationen zufrieden geben, was nämlich so geschah, daß dem bestellenden Vertrag (pactio) noch eine Poenalsstipulation auf den Fall, daß man die Ausübung hindern werde, beygefügt wird. Daß so die pactiones et stipulationes zu verstehen seyen, soll hernach bey Erläuterung der Justinianischen Stellen nachgewiesen werden. Ob prätorischer Schutz der Servitut als jus auch nur wirklich zu des Gajus Zeit zulässig war, ist noch sehr die Frage ⁴⁷⁾.

45) So auch Paulus in Vat. fragm. §. 45 sqq.

46) Gaj. II, 46, auch II, 7.; L. un. C. de usuc. transf., pr. J. de usucap.

47) Schmidtlein p. 75 sqq. p. 101 sqq. findet in jener Stelle des Gajus geradezu eine, wie er sich ausdrückt, servitus bonitaria, und zugleich den Beweis, daß bonitariae servitutes durch Vertrag entstanden!! Da nun das Recht am Provinzialboden zu Justinians Zeit das allgemeine war, so mußte natürlich zu seiner Zeit der Vertrag die allgemeine Bestellungsform aller Servituten gewesen seyn. Indessen steht der unerwiesene Vorderfact, welcher ein in bonis esse durch bloßen Vertrag entstehen läßt, im Widerspruch mit allen den Stellen, die erst an die Tradition die tuitio Praetoris knüpfen. Der andere Beweis, daß Gajus wirklich eine Servitut als dingliches Recht am Provinzialboden im Auge haben mußte, fällt dem Verf. freylich nicht schwer, da er sich auf die Stelle von Alexander Sever beruft, »sub cujus imperio Gajum institutiones scripsisse certum est!! (p. 79 in fin.)

Alexander Sever hat allerdings in diesem Sinne referirt⁴⁸⁾ in den Worten:

Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt: si ea praecesserint quae servitutes constituunt (natürlich Consens und Tradition); *tueri enim placita* inter contrahentes debent (d. h. daß, was unter den Partheyen, natürlich in gehöriger Form [si ea praecesserint], beliebt worden ist⁴⁹⁾).

Aber eben da es möglich ist, daß zur Zeit, da Gajus seine Institutionen vollendete, nämlich im Anfange der Regierung des Marcus Antoninus, also etwa 60 Jahre vor jener Constitution vom J. 224 n. Chr., die am Provinzialboden bestellte Servitut — als solche auch noch keinen prätorischen Schutz fand, so begreift man um so leichter, wie Gajus nur auf die vertragmäßige Hülfe verweisen konnte. Wenn aber die Stelle in des Gajus Institutionen nach dem damals geltenden Rechte nicht von einer Servitut als dingliches Recht verstanden werden kann, und folglich zu jener Zeit Mißdeutung nicht möglich war: so befriedigt es auf der andern Seite keineswegs, wenn man eben diese Erklärung auf Justinian, ganz unabhängig von einer Beziehung auf Provinzialboden in seinen Institutionen zweymal vorkommenden Worte anwenden will, wie das Dürri's Meinung zu seyn scheint. Die ältern Erklärungen sind immer eine von beyden; entweder Justinian rede hier nur von der Art und Weise, wie man sich zur Bestellung einer Servitut verpflichte, nicht von der Bestellung selbst⁵⁰⁾, oder es verstehe sich von selbst, daß vom

48) L. 3. C. de serv. (3, 34.)

49) Schmidlein p. 80 sqq. findet nämlich auch in dem Worte *placita* einen Beweis für bloß vertragmäßige Entstehung, aber beweist nicht schon das Wort *possessio* in allen von der *tutio* sprechenden Stellen für die Nothwendigkeit der Tradition?

50) J. B. Otto ad Instt. l. c.

Vertrag nur unter Voraussetzung hinzukommender Tradition die Rede sey ⁵¹). Die erste Erklärung verdient, da sie mit den Worten im Widerspruch steht („si quis velit aliquod jus constituere“), keiner Widerlegung — die letztere ist denn allerdings so eine, mit der man sich in der Noth helfen müßte. Es wird auch sonst wohl gesagt, der Kauf gäbe Eigenthum, wo es sich von selbst versteht, daß es der bloße Vertrag nicht thut, oder umgekehrt, die Tradition gebe Eigenthum, natürlich unter Voraussetzung einer *justa causa*. Allein diese ungenaue Art zu reden finden wir gewiß nicht da, wo gerade von der Art und Weise der Bestellung *ex professo* gehandelt werden soll. Insbesondere im §. 1. J. de usufr. ist zuerst vom legirten Nießbrauch die Rede, und wie vor Justinian das Vindicationalegat, so gibt bekanntlich nach Justinianischem Recht wo möglich jedes Legat das Recht, auch die nicht tradirte Sache zu vindiciren; Servituten konnten aber eben so wie das Eigenthum *per vindicationem* legirt, also *lege* (*ipso jure*) erworben werden ⁵²). Wenn also Justinian so fortfährt: „*Sine testamento si quis velit usumfructum constituere pactionibus et stipulationibus id efficere debet*“; so kann, wie nicht bey dem *ususfructus ex testamento*, so auch nicht bey dem *sine testamento* der Sinn der Worte der seyn, daß noch an die Nothwendigkeit einer besondern supplirenden Tradition gedacht werden müsse. — Auch der zusammengesetzte Ausdruck *pactio et stipulatio* sollte aufmerksam machen, daß eine andere Beziehung im Hin-

51) Galvani de usufr. Dissert. c. 16 u. cap. 18, wo weitläufig über *pacta* und *stipulationes* geredet, und die Natur des *Contractus* herausgefunden werden soll, durch den Servituten bestellt werden können, versteht sich, wenn (cap. 18 nr. X) Tradition hinzukommt. S. auch vor Allen Vinnius l. c.

52) Paul. III, 6. §. 17. L. 34. §. 14. D. de leg. I. (30). L. 23. D. de leg. II. (31.) L. 10. D. de usu etc. leg. (33, 2). L. 5. §. 14. de doli exc. (44, 4.).

tergrunde liege. Und wäre andererseits das pactum an die Stelle der in jure cessio getreten, warum der Zusatz: „*et stipulatio*“? Schmidlein antwortet (pag. 78 fin.): „Vix necessarium erit monere quod pactum faciat multo magis stipulationem facere posse“. Warum aber wird immer beides zusammen gefordert, da ja Niemand zweifelt, daß durch Stipulation dasjenige geschehen könne, wozu schon bloßes Pactum hinreicht? oder vielmehr da alsdann die Stipulation nur als Pactum zu betrachten ist, ähnlich dem, was Julian von der *acceptilatio* sagt, sobald sie zur Auflösung *nudo consensu* entstandener Obligationen gebraucht wird: „*acceptilatio in hac causa non sua natura sed potestate conventionis valet*“⁵³). — Endlich in L. 25. §. 7. D. de usufr.⁵⁴ wird sogar gesagt, daß eine Servitut bestellt werden könne durch Legat, durch Stipulation oder durch Tradition, wobey also der Ausweg einer neben dem Vertrag subintelligirten Tradition eben so unmöglich wird, als die Erklärung gewiß eine gezwungene ist, wonach durch Tradition die Servitut als *bonae fidei possessio* und durch Stipulation als *jus* entstände⁵⁵). Aber eben diese Stelle führt auf den rechten Weg.

Nämlich die Stipulation des Inhalts: „man werde eine Servitut bestellen (*viam ad fundum dari*)“ ist noch auf keinen

⁵³) L. 5. pr. D. de resc. vend. (18, 5).

⁵⁴) „*Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse acquirere, utrum tunc locum habeat quoties jure legati usufructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemcunque modum?* —

⁵⁵) So müßten wenigstens die Gegner, um sich consequent zu bleiben, die Stelle erklären, obgleich sie Schmidlein für sich anführt, um zu beweisen, „*ut stipulatio ad acquirendum jus servitutis idem valeat ac traditio*“ (p. 110 a. U.) Aber nach seinen Prämissen wirkt ja die Tradition nicht idem, sondern nur *bonae fidei possessio*.

Fall gleich einer constituirten Servitut⁵⁶⁾, es muß also eben so wie bey einer per damnationem legirten Servitut die Bestellung erst durch Uebergabe bewerkstelligt werden. Allein wenn jemand eine Servitut durch Vertrag, z. B. venditio, bereits zugesagt hat, und sich nun durch irgend eine, wenn auch bloß promissorische Caution anheischig macht: »er wolle der Benutzung nicht im Wege stehen«, ob eine so gefasste Stipulation nicht eine wirklich beginnende Ausübung entbehrlich mache, d. h. schon als die Tradition selbst zu betrachten sey — darüber war wirklich bey den Römern gestritten worden:

L. 20. D. de serv. *Javolenus* lib. 5. ex posteriorib. *Labconis*.

Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse *Labeo*, *per te non fieri quo minus eo jure uti possit*: quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. *Ego* puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Labeo's Meinung hat auch *Pomponius* getheilt, der in L. 3. §. 2. D. de A. E. also sich ausdrückt:

Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes, per te non fieri quo minus utar,

und damit einverstanden waren, wie schon der hier ganz isolirt und unwidersprochen hingestellte Ausspruch zeigt, die Verfasser der Compilation. Jene dem Pactum beygefügte Clausel also, die nach der Meinung des *Javolenus* und *Gajus*,

56) L. 136. §. 1. D. de V. O. (45, 1.): „Si qui *viam ad fundum dari* stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus *ante constitutam servitutem* alienaverit, evanescit stipulatio.“

welche beyde Cassianer waren, nur obligatio zu erzeugen im Stande ist, sollte nach der von Justinian gebilligten Meinung Labeo's, des s. g. StifTERS der Proculejanischen Sekte, die Tradition selbst vertreten können. In diesem Sinne also will Justinian durch pactiones et stipulationes Servituten entstehen lassen, und so sollen also auch nach dem Willen der Compilatoren die ursprünglich — wie seine Institutionen beweisen — in einem andern Sinne ausgesprochenen Worte des Gaius im zweyten Buche seiner *res cottidianae* 57) nunmehr verstanden werden 58). Dafür spricht auch die Paraphrase des Theophilus, die keineswegs einer hinzuzudenken den Tradition Erwähnung thut, sondern Folgendes sagt 59): »Qui autem vicino servitatem vult concedere, per conventiones et stipulationes hoc facere potest. Facta enim

57) Nämlich in L. 3. pr. D. de usufr.; *Omnium praediorum jure legati potest constitui usufructus etc. Et sine testamento si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.* — Sollte nicht jenes *omnium* vermutben lassen, daß im ursprünglichen Zusammenhang dieser Worte ebenfalls der Unterschied zwischen Provinzial — und Italischem Boden noch berücksichtigt worden war!

58) Schmittlein p. 104 sq. legt darauf Gewicht, daß der von Gaius gebrauchte Ausdruck *efficere potest* in Justinians Institutionen in *efficere debet* umgewandelt worden ist. Könnte man das nicht so erklären? Gaius sagt, da, wo eine Servitut als dingliches Recht nicht bestellt werden darf, am Provinzialboden, da kannst Du Dir einigermaßen helfen mittelst Pactum und beygefügtter Pönalstipulation. Justinian, von wirklicher Servitut sprechend, sagt: Willst Du die bestellen, so mußt Du zum wenigsten den Weg einer, dem Vertrag beygefügtten promissorischen Caution einschlagen — womit doch nicht geläugnet werden kann, daß das Majus, die zum Vertrag hinzukommende Tradition selbst, dieselbe Wirkung hat.

59) Theoph. II, 4. §. 4. Im Text ist die Reichische Uebersetzung copirt.

conventionem de concedenda servitute, rogat qui eam accepturus est per concessionem: spondesne manere ac stare concessa servitute? Et si non steteris, spondesne dare mihi poenae nomine centum aureos? — In der Regel muß mithin Tradition zum Vertrag hinzukommen, es sey denn, man würde neben dem Vertrag noch insbesondere die Caution stellen, daß man der Ausübung der Servitut nicht hinderlich seyn wolle, was alsdann so viel seyn soll, wie wirkliche Tradition. Mit Recht sagt also L. 25. §. 7. cit. es entstehe die Servitut durch Tradition (die ist zuerst genannt als das Regelmäßige) oder durch (der Tradition gleichgestellte) Stipulation ⁶⁰).

60) Schmidlein bemerkt, er habe, wenn es nöthig wäre, noch manches Argument in Petto (p. 106—110). Was er indessen hervorhebt, ist noch Folgendes: 1) In L. 3. §. 14. de vi (43, 16.) wurde demjenigen Usufructuar das interdictum unde vi gegeben, der nach begunnenem Genuße herausgeworfen worden sey, während „si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet, quid ergo est? debet fructuarius usumfructum vindicare.“ Ich dürfte nur an den (per vindicationem) legitimen Ususfructus erinnern, den allerdings der Legatar vindiciren kann, noch ehe er ihn besessen hatte. Freylich spricht Ulpian allgemein, aber doch nur von einem wirklichen Usufructuar, dem dennoch, wenn er nicht bereits besessen habe, das Interdict nicht zustehe. In der Regel wird nun allerdings jenes Recht erst mit dem Besiß entstehen, Ulpian denkt also an die Fälle, wo es nicht so ist! Aber es könnte auch an einen durch die promissorische Caution bestellten Ususfructus gedacht werden, da dieses Surrugat der Tradition zur Begründung des interdicti unde vi, welches wirkliche Dejection aus einem äußerlich erkennbaren factischen Zustande erfordert, nicht hinreichend seyn mag; und gerade in dieser Beziehung wird auch in cit. L. 20 fin. D. de serv. wirklicher usus gefordert. — 2) In L. 14. pr. C. de serv. (3, 34.) entscheidet Justinian einen Streit über die zum Verlußt durch non usus bey servitutibus discontinuis

Bei negativen Servituten genügt der Vertrag. Darüber ist man jetzt einverstanden. Freylich wurde hin und wieder nicht etwa bloß zur Erwerbung des Besitzes, sondern auch des Rechtes ein (symbolisches) Handeln und Verbieten gefordert — so überzeugt war man von der Nothwendigkeit der Tradition zur Erwerbung der Servituten. Indessen ist jenes Manoeuvre unnötig, nicht bloß für den Besitz, der factisch schon von selbst da ist und durch den hinzukommenden Rechtstitel zu einem juristischen wird ⁶¹⁾, sondern auch für das Recht; denn eben weil der Besitz factisch schon da ist, so wird nur scheinbar durch bloßen Vertrag das Recht erworben, es ist nichts als eine *s. g. traditio brevi manu*.

nöthige Zeit, wobei denn von einer Vererbung, binnen 5 Jahren nur ein einzigesmal über den Acker zu gehn u. s. w., die Rede ist. Justinian verfügt, daß eine solche Servitut erst, wenn man 4 Quinquennia hindurch nicht ein einzigesmal davon Gebrauch gemacht habe, verloren gehe. — Dabey leugnet aber der Kaiser nicht, daß die Servitut bereits constituit gewesen seyn müsse, daß also, ehe die Fristen des non usus zu laufen anfangen, eine Ausübung statt gehabt haben könne. Er beruft sich aufs Pactum, weil es auf dessen Conception, auf die Art der Concession ankam, nicht aber um anzudeuten oder vorauszusetzen, daß das Pactum genüge. Noch schwächer ist das 3) aus L. 4. C. de usufr. (3, 33.) genommene Argument, wornach „usufructu constituto“ eine Satisfaction nöthig ist, nec interest sive ex testamento sive ex voluntario contractu usufructus constitutus est; d. h. es mag nun die constitutio usufructus Folge eines Testaments oder eines Contracts gewesen seyn. Schmidlein meint, daß der Contract selbst constituire, beweiße Gleichstellung mit dem Testamente, worin das Legatum ebenfalls selbst constituire — allein er entsinne sich nur des legati per damnationem! Eben weil das Testament nicht immer und der Contract höchstens mittelst hinzugefügter Caution zur Constituirung hinreicht, so hat die Stelle, welche nicht von der Art und Weise des Bestellens, sondern nur von dem veranlassenden Grunde sprechen wollte, beydes geradezu neben einander stellen können.

61) Savigny Besitz, 4te A. S. 466 fgg.

Servituten, die man sich bey Veräußerung der res corporalis reservirt, bedürfen ebenfalls keiner abgesonderten Bestellung mittelst Tradition, natürlich deshalb, weil wer theilweise behält, was er vorher ganz hatte, nicht den zur selbstständigen Erwerbung jenes Theils nöthigen Formen unterworfen seyn kann. Daher kann auf dem Wege der Reservation selbst der Ususfructus, welcher an sich nicht mancipirt werden kann, durch Mancipation erworben werden, nämlich durch reservirende Clausel bey Mancipation der Hauptsache⁶²⁾. Aber gerade bey der Reservation spricht sich am entschiedensten die Nothwendigkeit einer Tradition zur Erwerbung von Servituten aus. Denn bey dem Act der Tradition des dienenden Object's muß die Reservation Statt haben, und wer es unterläßt, der ist, trotz der dem vorangegangenen Vertrag beygefüigten reservirenden Clausel, dennoch auf eine bloß persönliche Klage (es sey nun *condictio etiam sine causa* oder *indebiti*, oder *actio venditi* u. s. w.) reducirt:

L. 35. D. de serv. (8, 1.)

Si binarum aedium dominus dixisset, eas, quas venderet, *servas fore*, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest vel incertum condicere ut servitus imponatur.

Eben so

L. 6. §. ult. D. comm. praed. (8, 4.)

— — si in venditione quis dixerit, *servas fore aedes quas vendidit*, necesse non habet *liberas tradere* — — —. Haec ita demum si recipiendae servitutis gratia *id in traditione expressum est*.

L. 19. pr. D. quemadm. serv. am. (8, 6.)

Si partem fundi vendendo lege caverim, *uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem*: et statutum tempus intercesserit, *antequam rivum facerem* nihil juris

⁶²⁾ Gaj. II, 33, Vatic. fragm. §. 47, §. 50.

amitto: quia nullum iter aquae fuerit, sed manet mihi jus integrum: quod si fecissem iter, neque usus essem, amittam.

Man muß dem Verfasser der mehrgedachten Abhandlung die Gerechtigkeit widerfahren lassen, daß er sich vielfach bemüht hat, diese Stellen aus dem Wege zu räumen (p. 112 sqq.), doch überhebt mich, meiner Meinung nach, ihr einfacher Eindruck selbst jeder polemischen Erörterung der Art.

Noch wird das, was ich oben über die Verbindung der Stipulation mit dem Pactum bemerkt hatte, unterstützt durch eine Stelle⁶³⁾, in welcher der Fall besprochen wird, daß A und B zwey Acker gemeinschaftlich im Eigenthum hatten, sich darin theilten, aber bey der wechselseitigen Uebergabe ausmachten, *ut alteri per alterum agere ducere liceret*. Man konnte das nach den Grundsätzen der Reservation beurtheilen, und also antworten, wie der Verfasser, Africanus, wirklich antwortet: „recte esse servitutem impositam“. Indessen wer subtil seyn wollte, könnte die Einwendung machen, daß doch keiner der concedirenden Personen an dem weggegebenen Theile das Eigenthum allein hatte, also die Reservation auch auf die ideale fremde Hälfte bezogen werden müsse! Wohl im Gefühl dieses Zweifels setzt der Jurist hinzu: „maxime si pacto stipulatio subdita sit“. Also eine, dem Theilungsvertrag noch beygefügte, Stipulation konnte jeder Schwierigkeit begegnen⁶⁴⁾.

Somit ist es denn überall, bey positiven wie negativen, reservirten und concedirten Servituten, nie der bloße Vertrag allein und an sich, der die Servituten zu constituiren im Stande wäre.

63) L. 33. D. de S. P. R. (8, 3).

64) Auch dadurch also wird jeder Versuch widerlegt, die *pactiones et stipulationes* so zu verstehen, als wenn es hieße: *pactiones vel stipulationes*, und dann etwa bald bloß *pactum*, bald *stipulatio* zu fordern.

XVIII.

Ueber die *exceptio non adimpleti contractus* und
non rite adimpleti contractus.

Von Herrn Dr. Geerwart, Regierungsrathe in Eisenach.

Ueber die in der Ueberschrift genannten Einreden herrschen im Allgemeinen noch so verschiedene Ansichten, daß bey dem häufigen Vorkommen derselben in der Praxis der Versuch einer abermaligen Prüfung dieser Lehre um so weniger überflüssig seyn dürfte, als, so viel Einsender weiß, in der neuesten Zeit diesem Gegenstande keine besondere Abhandlung gewidmet worden ist. Was zuvörderst

I.

die *exceptio non adimpleti contractus* betrifft, so sind Alle darin einverstanden, daß der Beklagte, welcher diese Einrede vorschützt, sie nicht zu beweisen brauche, sondern daß der Beweis der Erfüllung dem Kläger obliege. Wie aber dieser Satz mit den sonst über die Beweislast geltenden Regeln zu vereinbaren, wie überhaupt diese Einrede zu betrachten sey, darüber gab es sehr verschiedene Meinungen. Manche ¹⁾ erklärten die Eigenheiten der Einrede kurzweg damit, daß sie *ex natura contractus* fließe, womit freylich im Grunde nicht viel gesagt ist. Andere ²⁾ suchten den Grund derselben darin, daß sie

1) Zanger de except. P. III. c. 22. n. 18. Carpzov Resp. L. II. resp. 88. n. 13. u. A.

2) Danz ord. Proc. s. 155. Schmidt von Klagen und Eins. S. 125. Bülow und Hagemann Erört. B. I. n. 23.

eine verneinende Einrede sey. Aber schon F. H. Böhmer³⁾ und später Weber⁴⁾ haben gezeigt, daß eine wahre Einrede auch, wenn sie auf einer Negative beruht, von dem Beklagten erwiesen werden müsse, und so hat sich neuerlich die Meinung ziemlich allgemein festgestellt, es sey diese Einrede gar keine wahre Einrede, sondern nichts als die Ableugnung eines zum Klaggrund gehörigen Umstandes⁵⁾.

Wenn dem wirklich so wäre, so müßte auch bey einer jeden Klage aus einem zweiseitigen Vertrag die vorgängige Erfüllung desselben von Seiten des Klägers nothwendig im Libell enthalten, und dasselbe außerdem mangelhaft seyn; denn jede Klagschrift muß doch wohl alle zum Klaggrund gehörigen Umstände enthalten. Ja es müßte eine solche Klagschrift auch ohne Rüge des Beklagten schon von Richteramtswegen als angebrachtermaßen unstatthaft verworfen werden, weil es Gegenstand der richterlichen Reflexion ist, zu beurtheilen, ob aus den im Libell erzählten Thatfachen ein rechtlich genügender Grund für den Anspruch des Klägers abzuleiten sey. Um so weniger kann die Verwerfung umgangen werden, wenn der Beklagte die Fehlerhaftigkeit rügt.

Dennoch hat Einsender die Verwerflichkeit einer solchen Klage nirgends ausgesprochen gefunden, vielmehr sagt Gönner⁶⁾, der Beklagte thue durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nichts anders, als daß er das mangelhafte Klagschreiben ergänze, und den wesentlichen Umstand in Abrede stelle. Aber eines Theils wäre es doch gewiß eine, dem Geist des Processes ganz widerstrebende Proceedur, wenn man aus dem, was der Beklagte zu seiner Vertheidigung vorbringt, die

3) J. E. Prot. L. II. T. 18. §. 11.

4) Von der Verbindl. zur Beweisführ. S. 127.

5) Pufendorf T. II. obs. 163. Glück Th. 17. S. 229. Weber a. a. D. VI. n. 27. Gönner Handb. der Pr. Abb. 31. §. 2. u. a. m.

6) a. a. D. Th. 2. S. 209.

vom Kläger begangenen Versehen verbessern, und die Mängel seiner Anträge ergänzen wollte, andern Theils würde diese Ergänzung zuweisen mit der Absicht des Klägers gar nicht übereinstimmen. Erציyirt z. B. der Beklagte, daß der Kläger den Vertrag nicht erfüllt habe: so würde die Ergänzung der Klageschrift doch auf keine andere Weise geschehen können, als daß man die Behauptung der Erfüllung in dieselbe hineintrüge. Nun kann es aber seyn, daß der Kläger wirklich nicht erfüllt hat, daß er aber zur Erfüllung bereit, oder von der Verbindlichkeit dazu durch Zufall oder auf eine andere Weise befreiet worden ist. Man würde ihm daher zur Unterstützung seiner Klage eine Behauptung aufdringen, die er weder machen wollte noch konnte.

Eine andere, mit der Grundansicht unvereinbarliche, Meinung ist ferner die, daß der Beklagte, wenn er Berücksichtigung der Einrede hoffen wolle, bestimmt angeben müsse, in welchen Stücken der Kläger den Vertrag noch nicht erfüllt habe ⁷⁾. Denn hat der Kläger im Libell angeführt: „ich habe den Vertrag meiner Seits erfüllt“; so ist doch schlechterdings nicht abzusehen, wie man dem Beklagten zumuthen könne, in seiner Vertheidigung, bey der Ableugnung dieser Behauptung, mehr ins Detail zu gehen, als der Kläger gethan hat; hätte dagegen der Kläger die Erfüllung anzuführen unterlassen, so hat der Beklagte doch offenbar genug zu thun, wenn er diesen Mangel im Allgemeinen rügt, und wollte man auch mit Gönner den Klagevortrag aus der Vertheidigung des Beklagten ergänzen, so würde diese Ergänzung, wie schon bemerkt, nur in dem Satz bestehen können: ich habe den Vertrag erfüllt, und dieser allgemeinen Behauptung braucht doch gewiß der Beklagte auch nur einen allgemeinen Widerspruch entgegen zu setzen.

7) *Wernher* P. VII. obs. 37. *Pütter* Rechtsfälle Th. 1. nro. 148. *Glück* Comm. Th. 4. S. 290. Th. 17. S. 239. *Thibaut* System S. 169. a. E.

Es begreift sich indessen leicht, wie man dazu kommen konnte, dem Beklagten die specielle Angabe der nicht erfüllten Vertragspunkte anzufinnen. Gestattet man, die Nichterfüllung im Allgemeinen vorzuschützen, so wird der Beklagte, wenn er auch nur über die Nichterfüllung eines einzigen Punkts sich zu beschweren hat, dennoch keinen Beruf fühlen, durch specielle Angabe seinem Gegner die Beseitigung seiner Einwendung zu erleichtern, er wird vielmehr die Nichterfüllung nur im Allgemeinen anführen, und gegen den Vorwurf bösslichen Leugnens sich damit trösten, daß man von einem, nicht in allen Stücken erfüllten, Vertrag nicht schlechtthin sagen könne, er sey erfüllt, und der Kläger wird deshalb nicht umhin können, den Beweis, daß er alle Vertragspunkte erfüllt habe, zu übernehmen. Muß dagegen der Beklagte speciell angeben, in welchen Stücken der Kläger den Vertrag nicht erfüllt habe, so wird er sich schon weit eher scheuen, gegen besseres Wissen solche Punkte mit aufzuführen, bey denen er die vollständige Nachweisung der Erfüllung von Seiten des Klägers erwarten muß. Man wollte daher durch jenes Erforderniß einer zwecklosen Verweitläufigung des Processus und einer unnöthigen Vermehrung der Kosten vorbeugen. Dieser an sich nicht zu tadelnde Zweck müßte indessen ohne Zweifel der consequenten Durchführung der einmal angenommenen Grundansicht weichen. Es fragt sich aber, ob diese letztere selbst richtig sey.

Was nun zuvörderst diejenigen Verträge anlangt, vermöge deren ein Theil etwas hingibt, um dasselbe in specie oder in genere wieder zu erhalten, d. i. die eigentlichen Realverträge, so entsteht ein solcher Vertrag erst durch die Hingabe, diese ist der wahre Klaggrund, und bildet mithin einen wesentlichen Theil des Klaglibells. Sofern daher bey solchen Verträgen von der Schugrede des nicht erfüllten Vertrags die Rede seyn soll, so könnte sie nur als Einrede des inepten Libells erscheinen, wenn dasselbe die vorgängige Hingabe nicht erwähnt, oder als negative Litiscontestation, wenn die Hingabe im Libell behauptet ist. Indessen ist der Ausdruck: Einrede des nicht

erfüllten Vertrags, bey Real-Contracten einmal nicht gebräuchlich, wohl um deswillen, weil man sie als eine Eigenthümlichkeit der zweyseitigen Verträge ansieht, und die Realcontracte einseitig ⁸⁾ sind ⁹⁾.

Bey den, den Realverträgen nachgebildeten, und darum von Vielen ¹⁰⁾ geradezu für Realverträge erklärten ungenannten Contracten, entstand nach den Ansichten der Römer ¹¹⁾ eine vollgültige Verbindlichkeit des einen Contractanten bekanntlich erst durch die Erfüllung des Vertrags von Seiten des andern, diese gehörte daher eben so wesentlich zum Klaggrund, als die Datio bey den eigentlichen Realcontracten. Es müßte also — die practische Gültigkeit der Römischen Theorie in unserer Zeit vorausgesetzt — bey ihnen analog zur Anwendung kommen, was über die Einrede der Nichterfüllung in Ansehung der eigentlichen Realcontracte gesagt worden ist. Allein da wir einmal die volle Gültigkeit aller Verträge angenommen haben, sobald nur die Einwilligung vorhanden ist, so braucht auch die Erfüllung des einen Theils nicht mehr hinzuzukommen, um ein pactum nudum zu einem klagbaren Contract zu erheben; wir haben also gar keine Innominatcontracte im Sinne der Römer mehr, und die einzelnen Verträge, welche man noch unter dem Ausdruck Innominatcontract zu verstehen pflegt, z. B. der Tausch, der Trüdelvertrag, unter:

8) im Sinne *Tribauts* Syst. §. 169, 170.

9) Nur *Schweder* de exc. non impl. contr. §. 4. läßt sie gegen die actio pignoratitia directa Platz greifen, und dadurch die Nichtbezahlung der Pfandschuld rügen. Das ist aber eine Verwechselung der Begriffe, denn die Verbindlichkeit des Verpfänders zur Bezahlung der Pfandschuld entspringt ja nicht aus dem Pfandvertrag, muß vielmehr auf andere Weise begründet werden.

10) *Vinnius* praef. ad Tit. J. quib. mod. re contr. obl. — *Höpfner* Comm. §. 763. *Tribaut* System §. 164.

11) L. 7. §. 2. de pactis. L. 1. §. 2. de permut.

scheiden sich heut zu Tage von andern Consensualverträgen nicht mehr.¹²⁾

Der eigentliche Sitz der Einrede des nicht erfüllten Vertrags sind die zweiseitigen Consensualverträge. Abstrahirt man dabey von positiven Bestimmungen, so möchte es schwer halten, dem natürlichen Rechtsgefühl plausibel zu machen, daß ein Contrahent, bevor er nicht seiner Seits den Vertrag erfüllt habe, seine Ansprüche an seinen Mitcontrahenten nicht mit Erfolg geltend machen könne, man wird es vielmehr weit natürlicher finden, daß, wie bey andern gegenseitigen Obligationsverhältnissen, jeder Theil seinen Anspruch unabhängig von dem andern verfolge. Indessen haben es die Römer einmal für billig gehalten, daß jeder Contrahent seine Leistung so lange zurückhalten dürfe, bis er die Gegenleistung erhalten hat, oder wenigstens ihrentwegen gesichert ist¹³⁾. Es fragt sich aber, was ist damit gesagt? Nach der Meinung der in Note 5. angeführten Rechtslehrer soll dadurch die vorgängige Erfüllung zu einem Theil des Klaggrundes erhoben worden seyn. Der Klaggrund kann nun nicht mehr und nicht weniger umfassen, als gerade die Thatfachen, welche gesetzlich erforderlich sind, damit die Verbindlichkeit entstehe, welche man eben durch die Klage geltend machen will. Demnach würde denn zur Entstehung einer vollgültigen Verbindlichkeit aus einem zweiseitigen Vertrag die Einwilligung der Contrahenten nicht genügen, sondern es mußte auch noch die

12) Es ist wenigstens offenbar inconsequent, wenn man die volle Gültigkeit aller simplen Verträge behauptet, und daneben doch noch die erfolgte Leistung zur Perfection des Tauschvertrags verlangt.

13) L. 13. §. 8. L. 25. de act. emti. L. 57. de aed. ed. L. 5. §. 4. de doli exc. L. 5. C. de evict. Alle diese Stellen sprechen zwar nur vom Kaufvertrag, doch läßt sich gegen die Ausdehnung derselben auf andere zweiseitige Consensualverträge nichts Erhebliches einwenden.

Erfüllung hinzukommen; hierdurch würden aber dieselben aufhören, Consensualverträge zu seyn (deren charakteristisches Merkmal eben ist, daß die bloße Einwilligung eine vollkommene Verbindlichkeit producirt), und sie würden offenbar in die Sphäre der Realverträge hinübergehen. Gleichwohl sagt derselbe Paulus, aus dessen Schriften die L. 57. de aed. ed. und die L. 5. de doli exc. genommen ist, in der L. 1. §. 2. de rer. permut.:

. . . alioquin, si res nondum tradita sit, *nudo consensu* constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emtione, venditione, conductione mandato;

und noch bestimmter heißt es im §. 1. J. de oblig. ex consensu:

Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia opus est, *at nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio*, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.

Wie mag also wohl behauptet werden, daß bey dem Kauf, Pacht u. s. w. durch die vorgängige Erfüllung die Klage erst begründet werde?

Aber, wird man fragen, was ist denn sonst mit dem angegebenen Satz gesagt? — Ich antworte: weiter nichts, als daß dem Beklagten ein Rechtsbehelf gegeben worden ist, durch welchen er die Durchsetzung des Anspruchs des Klägers eine Zeitlang hemmen und aufschieben kann. Dergleichen Behelfe enthält das Rechtssystem mehrere, und namentlich hat jene Ausflucht die größte Aehnlichkeit mit den Fällen, wo der Beklagte an einer von ihm heraus, oder zurückgebenden Sache ein Retentionsrecht ausüben darf, bis sein Gegner gewissen Obliegenheiten nachgekommen ist. Dies letztere ist auch allgemein anerkannt, denn allenthalben wird die Einrede des nicht

erfüllten Vertrags als eine Gattung des Retentionsrechtes aufgeführt ¹⁴⁾.

Nun bezweifelt niemand, daß alle Rechtsbehelfe, durch welche der Beklagte gegen den Anspruch eines Klägers sich eine Zeitlang sichern kann, ohne den rechtlichen Grund des Anspruchs selbst anzugreifen, wahre Einreden seyen, niemand hat noch, was insonderheit das Retentionsrecht betrifft, je behauptet, daß derjenige, welcher eine Sache vindicirt, oder als Deponent und Commodant, oder mit der actio pignorat directa zurückfordert, zur Begründung seiner Klage mit anzuführen müsse, er habe dem Beklagten die auf die Sache gemachten Auslagen ersetzt, oder habe auch die chirographarischen Forderungen des Pfandgläubigers berichtigt u. s. w. Man erwartet vielmehr in diesen Fällen mit Recht, daß der Beklagte die Umstände erst ercipire, durch welche er sich vor der Hand schützen kann, und macht es dann erst dem Kläger zur Pflicht, jene Schutzreden durch zweckmäßige Replikten zu bekämpfen. Warum soll nun ganz allein die einzelne Art des Retentionsrechtes, welche aus der Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags von Seiten des Klägers entspringt, eine Ausnahme machen? — Gründe dafür möchten schwerlich aufzufinden seyn. Man sage nicht, daß in den andern Fällen die Einrede nicht alsobald aus dem Klaglibell erhelle, während dies bey der Einrede des nicht erfüllten Vertrags der Fall sey. Denn eines Theils würde das nur eine zufällige Verschiedenheit seyn, welcher man keinen wesentlichen Einfluß auf das Rechtsverhältniß einräumen dürfte, andern Theils ist die Verschiedenheit nicht einmal durchgängig vorhanden. Denn wenn z. B. Jemand aus einem Vergleich klagt, und in der Klage nicht anführt, daß auch er dem Gegner dabey etwas versprochen

¹⁴⁾ *Lauterbach* de retentione §. 32. *G. L. Boehmer* de jure ret. §. 4. *Fasellius* vom Retentionsrecht §. 11. *Glück* *Commun. Th.* 15. §. 936. *Zibaut* *Ess.* §. 311. *Schweppe* *Röm. Priv. Recht* §. 189. u. a. m.

habe, so ergibt sich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht aus dem Libell, und wenn dagegen der Kläger in der Klagschrift sagt:

Nachdem ich mit meiner ersten Klage angebrachtermaßen unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen worden bin, so klage ich nun anderweit etc.

oder wenn der mit der actio pignorat. auftretende Pfandschuldner in der Klage noch anderer chirographarischer Forderungen des Pfandgläubigers gedenkt, so erhellt die exc. expensarum prius restituendarum, und daß auf der L. un. C. etiam ob chirogr. pec. sich gründende Retentionsrecht ebenfalls gleich aus dem Klagschreiben, und ähnliche Fälle lassen sich mehr denken. Daß der Kläger unklug handeln würde, wenn er sein Libell so einrichtet, macht zur Sache selbst nichts aus *

Auch in den Gesetzstellen, auf welche sich diese Art des gesetzlichen ¹⁵⁾ Retentionsrechts wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags gründet, dürften genügende Gründe, dasselbe anders als die übrigen Fälle des Retentionsrechtes zu behandeln, nicht zu finden seyn.

L. 25. de act. emti (19, 1.) sagt:

Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.

Ganz bestimmt wird hier der Rechtsbehelf eine exceptio genannt, und nirgends steht ein Wort davon, daß die vorgängige Erfüllung ein Erforderniß zur Entstehung der Verbindlichkeit des Verkäufers sey.

15) Denn das ist doch richtiger, als es mit *Fasellus* a. a. D. aus einem stillschweigenden Vertrag ableiten zu wollen.

Scheinbarer ist L. 13. §. 8. eod.

Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.

Hier ist vornehmlich das *nondum est ex emto actio* bedenklich. Allein der Satz kann füglich so erklärt werden, daß die Klage nicht mit Erfolg durchzusetzen sey, wenn dem Käufer der Vorwurf zu machen stehe, daß er das Kaufgeld noch nicht bezahlt habe, und er muß so erklärt werden, wenn man die andern Stellen und die oben vorgetragenen Gründe zusammen hält. Ulpian wollte in dieser Stelle sichtbar den Satz besonders hervorheben, daß theilweise Anbieten des Kaufpreises die Einwendung des Beklagten nicht ausschliesse, und dachte wohl nicht daran, daß er durch die nicht mit Umsicht gewählten Ausdrücke Veranlassung geben würde, daß man in spätern Zeiten darin ein neues Erforderniß der Klagbarkeit des Kaufvertrags finden würde.

Ähnliche zweifelhafte Ausdrücke trifft man in andern Stellen an, welche solche Rechtsbehelfe für den Beklagten enthalten. So heißt es in der bekannten L. un. C. etiam ab chirogr. pec. pign. ret. (8, 27.)

Jure contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ex pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi prius pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.

Ferner in L. 1. pr. de SCto Macedon. (14. 6.):

ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset . . . actio petitioque daretur.

Desgleichen in der L. 2. §. 1. ad SCt. Vellej. (16. 1.):

Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet . . . ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio daretur.

Nicht minder in L. 13. pr. de usufr. (7, 1.)

Si usufructus legatus sit, *non prius dandam actionem* usufructuario, quam si satisdederit, se boni viri arbitrato usurum fruiturum.

Endlich in L. 1. §. 7. si cui plus, quam per leg. Falc. (35. 3.):

Non aliter legatorum . . . *actiones dari* debere, quam si cautum fuerit heredi, quanto amplius, quam per leg. Falc. licuerit, ceperit.

Wie wenig ist das *actio nondum est* in der L. 13. §. 8. de act. emti von dem prius audiri non oportere, und *actio non datur* verschieden, und gleichwohl wird der dem Pfandgläubiger gegebene Rechtsbehelf in der nämlichen L. un. C. cit. eine *exceptio doli* genannt, und eben so steht in zahlreichen Stellen, daß die Rechtswohlthat des Scti Macedoniani und Vellejani durch eine *exceptio* geltend zu machen sey, und es wird nicht verlangt, daß der Kläger zur Begründung seiner Klage gegen den borgenden Haussohn oder das intercedirende Weib Umstände anführen müßte, welche die gedachten Rechtswohlthaten unanwendbar machen, vielmehr lassen die Gesetze dies durch eine *replicatio* geschehen ¹⁶⁾.

Auch hat noch niemand behauptet, die Bestellung der Caution gehöre zum Grund der Klage auf den Nießbrauch oder auf ein Legat, von dem noch ungewiß ist, ob es nicht einem Abzug wegen der Quarta Falcidia unterworfen sey.

Man könnte vielleicht in Versuchung kommen, in der am Ende der L. 13. §. 8. de act. emti enthaltenen, auch anderwärts ¹⁷⁾ vorkommende, Vergleichung des Retentionsrechtes wegen nicht erfüllten Vertrags mit dem Pfandrecht, zusam-

16) L. 18. C. ad Sct. Vellej. (4. 19.). L. 4. §. 14. de doli exc. (44. 4.)

17) L. 22. de her. vend. (18. 4.) L. 31. §. 8. de aed. ed. (24. 1.)

mengehalten mit den Voraussetzungen der actio pigneratitia directa, den Grund einer Abweichung jenes Rechts von den übrigen Arten des Retentionsrechtes zu suchen. Denn zur Begründung der actio pigneratitia directa gehört allerdings der Umstand mit, daß die Pfandschuld getilgt sey, weil aus der Erzählung des abgeschlossenen Verpfändungsvertrags und der Uebergabe des Pfandes wohl das Recht des Pfandgläubigers auf den Besitz des Pfandes, aber nicht dessen Verbindlichkeit, es jetzt zurückzugeben, abzunehmen ist, vielmehr zur Begründung der letztern ein Umstand hinzukommen muß, welcher jenes Recht des Gläubigers auf den Besitz des Pfandes wieder aufhebt.

Allein abgesehen davon, daß der Ausdruck „quasi pignus“ in der L. 13. §. 8. cit. nur eine Aehnlichkeit, aber keine vollkommene Gleichstellung des Verhältnisses des Verkäufers mit dem des Pfandgläubigers andeutet, so ist zwischen beyden Fällen der wichtige Unterschied, daß der Käufer ja nicht mit der actio pigneratitia, sondern mit der actio emti die gekaufte Sache einfordert, daher denn auf seine Klage nicht das angewendet werden kann, was von der Pfandklage gilt.

Es kommt hinzu, daß die Vergleichung mit dem Pfandrecht und die daraus gezogene Folgerung nicht bey allen zweiseitigen Verträgen durchreifen würde, denn schon beym Käufer und so auch bey jedem andern Contrahenten, welcher keine bestimmte species zu leisten hat, paßt die Vergleichung nicht.

Die übrigen Stellen, welche der Zurückhaltung der Gegenleistung gedenken, enthalten nichts, was die Meinung, die Erfüllung sey ein Theil des Klaggrundes, unterstützte.

L. 57. de aedil. edicto (21, 1.) sagt:

Nam si ex vendito dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequetur.

Das nihil consequi ist aber auch das Loos eines jeden Klägers, der mit einer Einrede zurückgewiesen wird.

L. 5. C. de evict. (8. 45.):

Ex his praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex emto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur. Idem fiet, si adversus emtorem ex vendito actione pretium petentem, *doli exceptionem* opposueris.

L. 5. §. 4. de doli exc. (44, 5.)

. . . etiam *mercis non traditae exceptione* summovetur, qui pecuniam domino jam solvit, et ideo is, qui vendidit, aget adversus dominum.

Beide Stellen lassen das Zurückhalten der Gegenleistung durch eine Einrede geltend machen.

Die L. 21. C. de pactis (2, 3.) endlich, wenn sie, was zu bezweifeln seyn möchte¹⁸⁾, von der Zurückhaltung der Gegenleistung zu verstehen ist, gibt wenigstens ebenfalls kein Moment für die mehr erwähnte Behauptung ab:

Cum proponas inter vos sine scriptura placuisse, fratrum tuorum successiones aequis ex partibus dividi, et transactionis causa probari possit, hanc intercessisse conventionem: exceptione te tueri potes, si possides. Quod si adversarius tuus teneat, ex hoc placeto nullam actionem ratam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea, quae placita sunt, adimpleri paratus sit.

Demnach transactione uti non concedendum est, läßt sich gewiß auch sagen; wenn eine durchgreifende Einrede gegen eine Klage gestattet wird.

Durch vorstehende Ausführung glaubt Einsender den Satz gerechtfertigt zu haben, daß die Einrede des nicht er-

18) Sie scheint nämlich mehr die rechtliche Wirksamkeit eines, ohne Stipulation eingegangenen, Theilungsvertrags überhaupt zu betreffen, als die einer vollgültigen Klage aus demselben entgegenstehenden Rechtsbehelfe des Beklagten.

füllten Vertrags eine wahre Einrede sey. Steht dieser Satz fest, so ergeben sich daraus die nachstehenden Folgerungen:

a) Eine Klage aus einem zweiseitigen Vertrag, in welcher nicht angeführt ist, daß der Kläger seiner Seite den Vertrag erfüllt habe oder zu erfüllen bereit sey, ist angebrachtermaßen nicht zu verwerfen, denn der Kläger hat in einer Klage bloß die Umstände anzuführen, an deren Vorhandenseyn die Gesetze die Entstehung der klagbar gemachten Verbindlichkeit geknüpft haben, keineswegs aber liegt ihm ob, im Voraus den Ausflüchten zu begegnen, welche möglicherweise der Beklagte vorbringen kann, um die Durchsetzung der Klage zu hemmen.

b) Der Richter darf diese Einrede so wenig, als irgend eine andere, von Amtswegen ergänzen.¹⁹⁾ Es ist dies um so unbestreitbarer, da er gar nicht wissen kann, ob nicht der Vertrag erfüllt sey, und der Beklagte mit gutem Vorbedacht die Einrede nicht vorgebracht habe, weil er voraussetzt, daß er damit nicht durchkommen werde.

c) So wie jeder Beklagte den factischen Grund seiner Einreden deutlich und bestimmt angeben muß, so liegt das auch dem ob, welcher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorschützt. Der factische Grund derselben besteht aber in nichts anderm, als in den Forderungen, welche er aus dem nämlichen Vertrag an den Kläger noch zu machen hat. Diese muß er daher speciell und mit gehöriger Bestimmtheit angeben, und aus diesem Grunde haben die, Note 7) angeführten, Rechtslehrer allerdings Recht, wenn sie behaupten, daß die Einrede

19) Den Angrund der Ergänzungspflicht überhaupt, zwar nicht in besonderer Beziehung auf unsere Einrede, hat gut gezeigt Gönner Handb. des Proc. Abb. 10. §. 13. Die ältere Praxis ließ die Einrede des nicht erfüllten Contracts immer ergänzen. Franzke comm. L. 19, T. 1. §. 15-17. Egarterbach collegium ib. §. 4. Stryk U. M. ib. §. 2. Schwedel exc. non impl. contr. §. 21.

nicht generaliter sondern specialiter vorgeschützt werden müße.

d) Der Beklagte muß wie jede andere, so auch diese Einrede, d. h. die zu ihrer Begründung erforderlichen Thatsachen, beweisen. Diese Thatsachen sind aber, wie unter c. schon bemerkt worden, weiter keine, als daß er vermöge des Vertrags, aus dem geklagt wird, an den Kläger Gegenleistungen zu fordern habe. Diese muß er vollständig nachweisen, wenn sie gelängnet werden, und nicht nach Quantität und Qualität schon aus der Klage mit Bestimmtheit sich ergeben. Er braucht aber nicht zu beweisen, daß diese Gegenforderungen noch nicht getilgt seyen, und das ist ganz den allgemeinen Grundsätzen vom Beweis gemäß. Es ist ja allgemein anerkannt, daß jeder, welcher eine Verbindlichkeit seines Gegners geltend machen will, nur die Entstehung derselben darzuthun habe, und nicht, daß sie vom Gegner noch nicht erfüllt sey. Dies gilt so gut vom Kläger, als vom Beklagten. So wie der, welcher die Einrede der Compensation, oder der Retention wegen gemachten Aufwandes, oder auf den Grund der L. un. C. etiam ob chirogr. pec. vorschützt, weiter nichts zu beweisen hat, als daß er an den Kläger eine Gegenforderung habe, daß er auf die zurückgeforderte Sache die angeführten Verwendungen wirklich gemacht, und daß ihm der Kläger außer der Pfandschuld noch mehr schuldig geworden sey, so ist es nichts als eine consequente Anwendung dieser Grundsätze auf die, ebenfalls eine Retention bezweckende, Einrede des nicht erfüllten Vertrags, wenn man dabey dem Excipienten den Beweis der Nichterfüllung nicht ankunt, und G ü n n e r ²⁰⁾ hat daher sehr Unrecht, es — augenscheinlich wegen dieser vermeintlichen Singularität — eine grobe Verletzung des schlichten Menschenverstandes zu nennen, wenn man die excl. non adimpl. contr. für eine wahre Einrede halte. — Vielleicht wären alle Irrungen in Ansehung dieser Einrede nicht entstanden, hätte man nicht die

20) Handb. Th. 2. S. 236 a. E.

Negative in ihren Namen gebracht, und sie nicht *exceptio non adimpleti contractus*, sondern nach Analogie der *exc. expensarum* oder *impensarum prius restituendarum* die *exceptio contractus prius adimplendi* genannt.

e) Kann der Kläger das Daseyn oder Dagewesenseyn der Gegenforderungen des Beklagten nicht in Abrede stellen, so kann er sich dagegen mit dem Einwand schützen, daß er sie bereits berichtigt habe. Diese Behauptung ist, so wie die Behauptung der Zahlung gegen die Einrede der Compensation, eine eigentliche *Replik* 21), und es ist daher ganz in der Ordnung, daß der Kläger sie beweisen muß. Was von der behaupteten Erfüllung gilt, muß natürlich von jedem andern gesetzlichen Befreyungsgrund gelten, z. B. vom zufälligen Urfommen der versprochenen Sache (wenn, wie beim Kauf, der Contractent demungeachtet die Gegenleistung fordern darf), von der Verhinderung der Erfüllung durch den Beklagten selbst, vom Erlaß u. dgl. Kann der Kläger die Tilgung der Forderung des Beklagten nicht behaupten, so kann er auch damit abkommen, wenn er sich zur Erfüllung bereit erklärt, oder seine Gegenleistung deponirt 22).

Ist aber die Erfüllung nicht mehr möglich, ohne daß der Kläger von seiner Verbindlichkeit befreyet ist, so muß es auch genügen, wenn er zur Leistung des *id quod interest* sich bereit erklärt, sofern nicht etwa der Beklagte ein Recht hat, wegen der Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrags, von demselben ganz abzugehen, und von diesem Recht Gebrauch machen will.

f) Es kann aus einem zweyseitigen Vertrag *executive* geklagt werden, wenn auch die Erfüllung von Seiten des Klägers nicht sofort durch liquide Beweismittel dargethan wird.

21) Schon Leyser sp. 513. m. 11, 12. stellte sich die Sache so vor, ohne jedoch diese Ansicht weitläuftiger auszuführen.

22) Arg. L. 9. §. 5. de pign. act. L. 26. de aed. ed. L. 39. de solut. Voet Comm. L. 19. T. 1. §. 23.

Freylieh muß der Kläger gewärtigen, daß der Beklagte ihm die Einrede der vorher zu bewirkenden Gegenleistung entgegensetze, und solche entweder aus den, der Klage unterlegten, Documenten, oder sonst sofort liquid mache, welchenfalls er denn freylieh auch seine Replik, daß er seine Obliegenheiten bereits erfüllt habe, oder daß ein anderer Befreyungsgrund für ihn eingetreten sey, ebenfalls alsbald liquid machen muß, wenn nicht die Vortheile des Executivprocesses für ihn verloren gehen sollen. Daß diejenigen, welche die Erfüllung für einen Theil des Klaggrundes halten, den Executivproceß nicht anders zulassen wollen, als wenn auch jener Umstand aus einem documento quarentigiato erhellt²³⁾, ist wenigstens consequent. Wenn aber der, dieselbe Meinung vertheidigende Glüç²⁴⁾ nach *Wernher*²⁵⁾ behauptet, es müsse im Executivproceß, das fern die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorgeschützt werde, und die Erfüllung von Seiten des Klägers nicht schon klar aus dem, der Klage zum Grunde gelegten Document erhelle, dem Kläger zuvörderst der Beweis jenes Umstandes auferlegt, und der Executivproceß so lange suspendirt werden, so steht das eines Theils mit seiner Grundansicht von der exc. non adimpl. contr. in einem argen Widerspruch, weil doch anerkanntermaßen alle zum Klaggrund gehörigen Thatsachen aus klaren, sobald mit der Executivklage zu übergebenden Urkunden erhellen müssen, folglich auch die Contractbefüllung, wenn sie zum Klaggrund gehört, anderntheils würde es das ganze Wesen des Executivprocesses stören, und die Gleichheit der Partheyen aufheben, wenn man dem Kläger erlauben wollte, über einen Punkt, der ihm zu beweisen obliegt, sich der gewöhnlichen langsameren Beweismittel zu bedienen, während man dem Beklagten diese Befugniß in Aufsehung seiner Einreden versagt.

23) *Pufendorf* T. III. obs. 240. *Danz* summ. Proc. §. 30. not. b. *Gönnert Handb.* Th. 4. Abh. 77. §. 3.

24) *Comm.* Th. 17. C. 239.

25) *Observ.* P. I. obs. 149. P. VII. obs. 37.

g) Da durch die Einrede die Durchsetzung des Anspruchs des Klägers nur so lang gehemmt wird, bis er die Erfüllung seiner vertragmäßigen Obliegenheiten oder einen gesetzlichen Befreiungsgrund nachgewiesen, oder durch Erbieten zur Erfüllung die Ausflucht des Beklagten beseitigt hat, so kann die Einrede nur eine verzögerliche seyn, wofür sie auch die ältern Rechtslehrer erklären ²⁶⁾.

h) Ist die *exc. non adimpl. contr.* eine verzögerliche Einrede, so muß sie auch an die Fristen gebunden seyn, welche die Gesetze den dilatorischen Einreden bestimmt haben. Wer freylich die vorgängige Erfüllung zum Klaggrund rechnet, muß die Einrede bis zum Endurtheil zulassen, weil eine mangelhafte Klage auch nach-geführtem Beweis verworfen werden kann. Aber nach rechtskräftigem Enderkenntniß sollte sie auf keine Weise mehr zugelassen werden, denn eine unheilbare Nichtigkeit im Sinne des jüngsten Reichsabschieds, möchte sich aus der mangelnden Vertragserfüllung wohl schwerlich demonstrieren lassen.

Die Practiker lassen freylich die Einrede in jedem Theile des Processus, und selbst noch in der Executionsinanz zu ²⁷⁾, wiewohl ohne alle genügende Gründe.

Von dieser Einrede des nicht erfüllten Vertrags, durch welche der Beklagte eben die Erfüllung von Seiten des Gegners bezweckt, muß man übrigens eine andere Einrede wohl unterscheiden, welche, mit einem andern Zweck, so auch eine ganz andere Natur hat, obschon man ihr füglich und vielleicht noch

26) Schweder c. 1. §. 20. Lauterbach Tract. synopt. ad L. 12. T. 1. §. 3. nro. 24. Clapprotb ord. Proc. §. 140. nro. 33. Manche rechneten sie indessen zu den verzögerlichen. S. W. Hahn tract. jur. de exceptionibus. Hal. 1738. §. 69. Stryk U. M. L. 19. T. 1. §. 2.

27) Gail L. II. obs. 17. n. 8. Schweder c. 1. §. 22. Lauterbach Coll. L. 19. T. 1. §. 4. Quistorp rechtl. Bem. 3 Bd. nro. 53.

passender jenen Namen geben könnte. Es gibt nämlich Fälle, wo die Nichterfüllung eines Vertrags von Seiten des einen Contrahenten, den andern berechtigt, von dem Vertrag ganz abzugehen ²⁸⁾. Will der letztere von dieser Befugniß Gebrauch machen, und setzt dem auf Erfüllung klagenden Mitcontrahenten die Einrede entgegen, daß der Kläger den Vertrag seiner Seite nicht erfüllt habe, und der Beklagte deshalb ihn zu halten nicht weiter verbunden sey, so muß er beweisen, daß der Kläger nicht erfüllt habe, weil dieser Umstand, wenn gleich eine Negative, gerade den rechtlichen Grund seiner Einrede und seines Verlangens enthält, daß der Vertrag für aufgehoben möge erklärt werden. Dies kann nicht mehr bezweifelt werden, seit *W e b e r* ²⁹⁾ überzeugend dargethan hat, daß die negative Stellung eines Satzes in Ansehung der Beweislast keinen Unterschied mache, und lediglich darauf zu sehen sey, worin der eigentliche Grund des geltend zu machenden Anspruchs liege.

Daß diese zuletzt beschriebene Einrede übrigens eine zerrückte sey, folgt augenscheinlich aus ihrem Zweck.

II.

Es ist eine bestrittene Frage, ob von der im ersten Theil dieser Abhandlung erörterten *exceptio non adimpleti contractus* die *exceptio non rite impleti contractus* verschieden sey. Schon ältere Rechtslehrer ³⁰⁾ haben sie mittelbar dadurch angenommen, daß sie behaupteten, der Beklagte müsse beweisen, wenn er die Nichterfüllung des Vertrags in Neben sachen (*accidentalibus*) behaupte. Doch wurde diese

28) Ein Beispiel gibt das *pactum commissorium*. Andere Fälle s. bey *Tribaut Essf.* S. 103, II. 5. S. 992. a. 1. S. 993.

29) Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 187 fgg.

30) *Berlich* P. I. dec. 174. n. 10. *Carpzou* L. II. resp. 88. nro. 14.

Meinung schon von Brunne mann ³¹⁾ und Stryk ³²⁾ bestritten. Neuere Rechtslehrer ³³⁾ haben den Unterschied wieder herborgefucht, und wieder andere ³⁴⁾ ihn von Neuem verworfen.

So viel ist wohl unfeugbar, daß es in Ansehung des dem Beklagten zustehenden Zurückhaltungsrechts gleichgültig sey, ob der Kläger den Vertrag noch gar nicht, oder nur zu einem größern oder kleinern Theil erfüllt hat: denn die Gesetze sprechen darüber klar ³⁵⁾, und es ist daher offenbar falsch, wenn manche neuere Rechtslehrer ³⁶⁾ jene zweyte Einrede da annehmen, wo ein Vertrag nicht *plenario* oder *ex asse* erfüllt sey. Daher steht dem Käufer, welcher von 100 Rthlr. Kaufpreis erst 99 Rthlr., dem Verkäufer, welcher statt 12 Malter Weizen erst 11 geliefert, dem gedungenen Ackermann, der von 20 Morgen erst 19 geackert hat u. s. w., die Einrede des erst zu erfüllenden Vertrags immer entgegen, wenn sie von ihren Mitcontrahenten Erfüllung verlangen. Wenn aber ein Vertrag mehrere einzelne Sachen zum Gegenstande hat, und

31) Comm. ad L. 13. §. 8. de act. emti n. 32.

32) U. M. eod. tit. §. 3.

33) Schaumburg comp. dig. ib. §. 2. Hellfeld jur. for. §. 1043. Thibaut Ess. §. 169. Weber a. a. D. VI. 37.

34) Quistorp rechtl. Bem. Th. 3. n. 53. Bornemann über die confessio qualificata mit einer Anwendung auf die exc. non rite impl. contr. Glück Comm. Th. 17. S. 231. Schweppe Röm. Privatr. §. 437. Borst über die Beweislast §. 79.

35) L. 13. §. 3. de act. emti . . . et ideo si partem pretii offerat, nondum est ex emto actio. L. 31. §. 1. de reb. cred. . . non aliter domino servi venditorem ex emto teneri, quam si ei pretium *solidum* . . . praestiterit. L. 57. de aed. ed. nam si ex vendito dominus agat, nisi pretium *totum* solverit, nihil consequetur. f. auch L. 22. de her. vend.

36) Schaumburg u. Hellfeld ec. II. Bülow u. Sagemann Erörter. I. 23.

für jede derselben eine besondere Gegenleistung bedungen ist, so muß es so angesehen werden, als wären so viel einzelne Verträge vorhanden ³⁷⁾, und daher kann die Nichterfüllung in Ansehung des einen Gegenstandes dem Contrahenten kein Recht geben, die Gegenleistung für den andern Gegenstand zurückzuhalten, in Ansehung dessen der Kläger den Vertrag erfüllt, oder sich dazu bereit erklärt hat. Eine Ausnahme wäre freylich dann anzunehmen, wenn der stückweisen Preisbestimmung ungeachtet die Absicht der Contrahenten nur auf das Ganze gerichtet war ³⁸⁾.

Leistungen, welche eine bestimmte Zeit durch versprochen sind, z. B. Dienste, Miethwohnungen, Gutspachte u. dgl., sind nicht eher als vollständig geschehen zu betrachten, bis jene Zeit ganz abgelaufen ist ³⁹⁾. War aber eine gewisse Zeit bestimmt, zu welcher die Gegenleistung oder ein Theil derselben gegeben werden sollte, dann ist bloß darauf zu sehen, ob der Gegner allen, bis zu jenem Zeitpunkt zu leistenden Obliegenheiten nachgekommen ist ⁴⁰⁾. Namentlich gehört der Fall hierher, wo die Gegenleistung in gewissen gleichmäßigen Zeitzabschnitten geschehen soll, z. B. es ist eine Wohnung auf fünf Jahre für einen jährlich zu bezahlenden Hauszins vermietet. Denn dieser Fall ist jenem, wo für jede von mehreren Sachen ein besonderer Preis bestimmt ist, analog ⁴¹⁾.

War ein ganzes Werk Gegenstand des Vertrags, so kann vor dessen gänzlicher Vollendung der bedungene Preis eben so wenig, als die Ausführung des Werkes vor der Zahlung des Preises gefordert werden. Doch soll hier die Bezahlung für jedes vollendete Stück verlangt werden dürfen, wenn für

37) L. 29, 140. de V. O. L. 34. de aed. edicto.

38) Arg. L. 34. §. 1. de aed. ed. *Lauterbach* Coll. L. 19. T. 1. §. 45.

39) Arg. L. 24. §. 2. locati.

40) L. 24. §. 3. eod.

41) L. 140. §. 1. de V. O.

jedes Stück, sey es durch ein Maß oder auf andere Weise bestimmt, ein gewisser Preis festgesetzt worden ist ⁴²⁾).

Es stehe hier übrigens noch folgende Bemerkung über die Ausdehnung der exc. non adimpl. contractus. Nach dem, was so eben von der theilweisen Erfüllung eines Vertrags gesagt worden ist, könnte man geneigt seyn, auch dem Contractanten jene Einrede zu gestatten, welcher eine, zum Gebrauch überlassene, Sache zurückzugeben, aber noch Forderungen aus dem Contract an seinen Mitcontractanten zu machen hat; z. B. dem Pächter, welcher neben dem gepachteten Gut noch eine jährliche Holzabgabe sich ausbedungen, solche nicht erhalten hat, und nach Ablauf der Pachtzeit vom Verpächter auf Zurückgabe des Pachtguts mit der Contractsklage belangt wird. Allein Einsender glaubt nicht, daß die Zurückgabe verweigert werden dürfe. Denn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags läßt sich, wie eben erwähnt wurde, nicht aus der Natur der Sache demonstrieren, sondern sie beruht lediglich auf positiven Bestimmungen. Deshalb kann man aber auch nicht weiter gehen, als diese Bestimmungen ihren Worten und ihrem Grund nach gestatten. In ihnen ist aber nur vom Kaufpreis, und von der gekauften Sache die Rede, mithin von Leistungen, welche der beklagte Contractant aus dem Sei n i g e n zu bewirken hat, nicht von Zurückhaltung der Sachen, die er von dem andern erst erhalten hat. Die Zurückgabe dieser Sachen ist eigentlich keine Gegenleistung, kein Aequivalent für das, was der andere Contractant dem Empfänger aus dem Vertrag zu gewähren hat, und die Rücksichten der Billigkeit, welche allenfalls für die Zurückhaltung der wahren Gegenleistung sprechen, und sonder Zweifel der Grund der desfallsigen gesetzlichen Bestimmungen sind, finden augenscheinlich bey dem zurückgebenden Vertragsgegenstand keine Anwendung. Das versteht sich übrigens von selbst, daß auch diese Gegen-

42) L. 30. §. 3. locati.

stände vorenthalten werden können, wenn ein anderer gesetzlicher Grund eines Retentionsrechts, z. B. nützliche Verwendungen⁴³⁾, vorhanden ist.

III.

Bei dem so klar vorliegenden Angrund des Unterschiedes zwischen gänzlicher und theilweiser Nichterfüllung haben die neueren Rechtslehrer⁴⁴⁾, welche die *exc. non rite impleti contractus* von der *exceptio non adimpleti contractus* unterschieden, das Wesen der ersteren in eine fehlerhafte Leistung gesetzt. Fehlerhaft ist die Leistung zu nennen, wenn die überlieferte Sache die Eigenschaften nicht hat, welche sie nach der bestimmten und bündigen Versicherung des Leistenden haben sollte, oder wenn sie mit Mängeln behaftet ist, für welche der Leistende, vermöge gesetzlicher Vorschrift, auch ohne besonderes Versprechen einstehen muß⁴⁵⁾. Bei einer versprochenen Species ist nun dieser Fall von dem Fall der noch gar nicht oder nicht vollständig geschehenen Erfüllung allerdings wesentlich verschieden. Die letztere gibt, wie oben weiter ausgeführt worden ist, dem belangten Contrahenten bloß die Befugniß, seine Gegenleistung zurückzuhalten, bis der Gegner seiner Seite erfüllt hat, es ist nur ein Aufschub, den er damit gewinnt, und der in Folge dieser Einrede zurückgewiesene Kläger kann seinen Anspruch immer wieder von Neuem erheben,

43) L. 15. §. 2. L. 59. de furtis.

44) Thibaut u. Weber an den not. 33. angef. Orten.

45) Es ist nichts anderes, als die bekannte Verbindlichkeit jedes Auctors für die verborgenen Mängel und versprochenen Eigenschaften zu haften, welche durch die *exc. non rite impl. contr.* geltend gemacht wird. Ob und wie weit dieselbe auf dem Gesetz der 12 Tafeln, oder auf der Auslegung der Römischen Practiker, oder auf dem Edict der Aedilen beruht (vergl. Meusnier u. Simmern Untersuchungen n. IX. Archiv für civ. Praxis Bd. II. n. III.), ist für unsern Zweck gleichgültig.

sobald er im Stande ist, den Einwand des Beklagten mit einer statthaften Replik zu bekämpfen. Wenn aber die überlieferte Sache einen Fehler hat, oder einer Eigenschaft ermangelt, wofür der Liefernde haften muß, so kann der Beklagte nicht Erfüllung des Vertrags fordern, denn diese wäre — wollte man auch das Haften für einen bloß gesetzlichen Gewährsmangel als einen Theil des Vertrags ansehen, was es, streng genommen, nicht ist — schlechterdings nicht möglich. Der Kläger kann nicht machen, daß eine als golden verkaufte Uhr golden sey oder werde, wenn sie es einmal nicht ist; daß ein Pferd sehe, welches einmal den Staar hat ⁴⁶⁾. Der Beklagte kann deshalb nur Entschädigung (*id quod interest, quanto minoris valuisse*) oder Aufhebung des Vertrags (*redhibitio*) ⁴⁷⁾ verlangen. — In beyden Fällen wird die Sache definitiv entschieden, denn im ersten zieht der Beklagte seine Schadensforderung an der Gegenleistung ab, und im zweyten gibt er die vom Gegner erhaltene Sache zurück, und der hier mit seiner Klage abgewiesene Kläger kann niemals wieder auf Erfüllung klagen.

So wie nun die, aus der fehlerhaften Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes hergenommene Einrede, ihrem Wesen und Zweck nach von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags verschieden ist, so unterscheidet sie sich von derselben auch in Ansehung des Beweises. Denn derjenige, welcher die erstere gebrauchen will, muß nicht allein die Verbindlichkeit seines

46) L. 31. de evict. Si quis spondeat: sanum esse, furem non esse . . . inutilis quibusdam stipulatio videtur, quia, si quis est in hac causa, impossibile est, quod promittitur.

47) L. 31. cit. Sed ego puto verius, hanc stipulationem utilem esse, hoc enim continere, *quod interest*, horum quid esse vel non esse. L. 18. pr. L. 38. pr. de aed. edicto. Der zwischen dem *id quod interest* und dem *quanto minoris* noch Statt findende Unterschied (L. 13. §. 1, 2. de act. emti) kömmt hier nicht in Betracht.

Gegners, für die geklagten Mängel zu haften, nachweisen, wenn sie nicht sofort aus dem Gesetz klar ist, sondern er muß auch darthun, daß die empfangene Sache zur Zeit des geschlossenen Vertrags mit dem fraglichen Mangel behaftet gewesen sey ⁴⁸⁾.

Vorst ⁴⁹⁾ erklärt sich die Sache so:

„Wer eine Sache als den Gegenstand eines Vertrags ohne Vorbehalt angenommen hat, der kann nicht mehr sagen, daß der Vertrag nicht erfüllt sey, denn wenn auch die Sache oder die Leistung nicht so beschaffen war, als sie hätte seyn sollen, so hat er doch durch die Annahme, sich damit begnügen zu wollen, factisch erklärt. Es bleibt ihm daher nur die Einrede des Irrthums übrig, welche nach den obigen Grundsätzen, insofern sie nicht aus der Thatsache der Annahme von selbst erhellt, besonders nachgewiesen werden muß.“

Allein diese Erklärung hält die Prüfung nicht aus. Ist es gleich richtig, daß der, welcher wissenschaftlich eine fehlerhafte Sache annahm, sich darüber nicht weiter beschweren kann ⁵⁰⁾, so ist doch nirgends bestimmt, daß der Empfänger neben dem Daseyn des Gewährsmangels selbst auch noch seine Unbekannt-

48) L. 4. de prob. . . emptorem probare debere, servum, de quo quaeritur, antequam emeret, fugisse. L. 3. C. de aed. act. In diesem Satz sind auch die Rechtslehrer einverstanden, obschon einige dabey unsatthafte Vermuthungen die Stelle des Beweises vertreten lassen. J. B. Stryk U. M. L. 21. T. 1. §. 26, 27. Wenn aber Glück Th. 17. S. 234 behauptet, der Verkäufer müsse beweisen, daß er die Sache fehlerfrei übergeben habe, so kommt er mit sich selbst in Widerspruch: denn Th. 20, S. 58 ist zu lesen, der Käufer müsse das Daseyn eines Fehlers zur Zeit des abgeschlossenen Handels nachweisen!

49) Von der Beweislast §. 79.

50) L. 1. §. 6. L. 46. §. 4. de aedil. ed. L. 27. C. de evict.

schaft mit demselben zur Zeit des Vertragsabschlusses nachzuweisen habe, vielmehr liegt es seinem Gegner ob, darzutun, daß jener den Mangel gekannt habe, was ganz unbestreitbar daraus hervorgeht, daß diese Wissenschaft zum Gegenstand einer *Einrede* des Verkäufers gegen die *ädilitische Klage* gemacht wird⁵¹⁾. Sie würde daher im Fall einer Klage des Verkäufers in der Gestalt einer eigentlichen *Replik* vorgebracht werden müssen.

Die richtige Erklärung liegt aber sehr nahe. Wer Erfüllung eines Vertrags fordert, der hat nur das Versprechen seines Gegners nachzuweisen. Wer aber Entschädigung oder Aufhebung des Vertrags verlangt, kann natürlich mit jenem Beweis nicht durchlangen, denn aus dem nackten Versprechen, eine Sache zu geben, folgt doch wahrhaftig nicht unmittelbar die Verbindlichkeit, sie wieder zurückzunehmen oder Entschädigung zu geben, sondern es muß neben dem Vertrag noch ein Umstand vorhanden seyn, welcher ein solches Verlangen rechtlich begründet. Wenn nun Aufhebung oder Entschädigung um deswillen gefordert wird, weil die Sache einen Fehler hat, an dessen Daseyn die Gesetze jene Befugniß geknüpft haben, so liegt es ja in der Natur der Sache, daß das Daseyn des Fehlers von dem, welcher Rechte daraus herleiten will, erwiesen werden müsse. Darum muß denn auch der, auf die Gegenleistung belangte Contrahent, das Daseyn eines Gewährsmangels nachweisen, wenn er wegen eines solchen von der Gegenleistung ganz oder zum Theil frey zu werden verlangt. Er kann nicht dem Kläger entgegensetzen: erfülle erst dein Versprechen; denn dieser würde ~~nicht~~ nachweisen können, daß er dem wörtlichen Inhalt des Versprechens durch Ueberlieferung der versprochenen speciellen Sache Genüge geleistet habe. Hat aber ein Contrahent für gewisse Eigenschaften eines speciellen

51) L. 48. §. 4. de aed. ed. In aedilitiis actionibus *exceptio-*
nem opponi aequum est, si emtor sciret de fuga, aut
vinculis, aut ceteris rebus similibus ut emtor absolvatur.

Vertragsgegenstandes zu haften, ausdrücklich versprochen, so liegt zwar die Verbindlichkeit desselben mit in dem Versprechen selbst; allein da er Unmögliches nicht möglich machen kann, so ist mit einem solchen Versprechen nichts weiter gesagt ⁵²⁾, als:

Wenn die Sache die Eigenschaften nicht hat, so will ich Entschädigung geben, oder sie zurücknehmen.

Es ist also ein bedingtes Versprechen, und wer aus einem bedingten Vertrag Rechte ableiten will, der muß, was niemand bestreitet, das Eingetretenseyn der Bedingung — also hier den Mangel der zugesicherten Eigenschaft — beweisen.

Etwas anders verhält sich die Sache, wenn ein *genus* der Gegenstand des Vertrags war, und der Empfänger sich über den Mangel ausdrücklich versprochener Eigenschaften beschwert. Der Grund liegt darin, daß Verträge über ein *genus* nicht an eine bestimmte Sache gebunden sind, und die Vertauschung der gelieferten Sache mit einer andern zulassen, was bey einem Vertrag über eine *species* nicht möglich ist, ohne Aufhebung desselben und Abschließung eines neuen. Ein Beyspiel wird die Sache deutlicher machen. — Wenn A dem B eine goldene Uhr, ein sechsjähriges Reitpferd zu liefern verspricht, ihm aber eine übergoldete tombacne Uhr, ein zweyjähriges Pferd liefert, was keinen Reiter duldet, und nun den versprochenen Preis einklagt, so kann ihm B allerdings erwiedern, erfülle erst den Vertrag deiner Seite, und wenn A replicirt, ich habe eine goldene Uhr, ein sechsjähriges Reitpferd übergeben, so braucht B das nur schlechtweg zu läugnen, und A wird nun zu beweisen haben, daß die übergebene Uhr eine goldene, das Pferd sechsjährig sey und sich reiten lasse, oder er wird, wenn er das nicht kann, eine andere wirklich goldene Uhr, ein anderes, wirklich sechsjähriges Reitpferd liefern müssen, ehe er den Preis fordern kann.

⁵²⁾ L. 31. de evict. C. not. 46, 47.

Wenn hingegen der Empfänger sich nicht über den Mangel versprochener Eigenschaften, sondern über verschwiegene, nach gesetzlicher Vorschrift zu gewährende Fehler beklagt, so ist zwischen einem Vertrag über ein genus und dem über eine species kein Unterschied. Man setze: die in dem obigen Beispiel von A dem B gelieferte Uhr war wirklich eine goldene, aber sie ging wegen eines inneren Fehlers nicht, das Pferd war sechsjährig und zum Reiten tauglich, aber lungenfaul. Hier wird wieder der beklagte Empfänger den Beweis der Fehler übernehmen müssen. Er kann nicht dem Kläger entgegensetzen: erfülle erst dein Versprechen; denn der Kläger hat nichts versprochen, als eine goldene Uhr und ein sechsjähriges Reitpferd, und beydes hat er geliefert. Der Beklagte muß daher seine Befugniß, auf Entschädigung oder Aufhebung des Vertrags durch etwas außer dem Versprechen des Gegners begründen, und das ist eben das Daseyn eines gesetzlichen Gewährsmangels.

Alles, was bis jetzt über fehlerhafte Leistung ausgeführt wurde, gilt zunächst nur den Verträgen, deren Gegenstand Sachen bilden, und paßt nicht durchgängig auf Verträge, welche Handlungen zum Gegenstand haben. Auf diese findet das Edict der Medilen keine Anwendung, und was bey ihnen eine fehlerhafte Leistung zu nennen, und in wiefern der Leistende dafür verantwortlich sey, muß aus der rechtlichen Natur der einzelnen Verträge, und besonders nach den Graden der dabey zu prästirenden culpa beurtheilt werden. In den meisten Fällen wird die fehlerhafte Leistung eine ganz andere, als die versprochene Handlung bilden, und daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags begründen. Man nehme den Fall: ein Uhrmacher soll eine Uhr repariren, und macht seine Sache so schlecht, daß die Uhr nicht geht; ein Tüncher soll etwas mit Oehlfarbe anstreichen, streicht es aber mit Wasserfarbe an. Klagt hier der Uhrmacher und Tüncher auf den Lohn, so kann der Besteller excipiren: erfülle erst dein Versprechen, und wenn der Kläger replicando die Erfüllung behauptet, so braucht

der Beklagte das nur geradehin abzuleugnen. Denn man kann das nicht Repariren nennen, wenn die Uhr nicht geht, und in dem zweyten Bepfeytel liegt die Verschiedenheit des Versprochenen und Geleisteten ohnehin am Tage. Den Inhalt des Versprechens des Klägers wird natürlich der Beklagte zu beweisen haben, wenn die Partheyen darüber verschiedener Meinung sind.

Es lassen sich indessen auch Fälle einer fehlerhaften Leistung denken, wo man nicht sagen kann, daß die Handlung dadurch in eine andere übergehe. Z. B. ein Baumeister übernimmt die Ausführung eines Gebäudes, leitet aber den Bau so fehlerhaft, daß dasselbe zusammen zu stürzen droht. Hier hat der Baumeister geleistet, was er dem nackten Inhalt seines Versprechens nach zu leisten hatte, nämlich er hat das Gebäude aufgeführt. Der Beklagte kann sich daher mit dem Einwand: Erfülle erst den Vertrag deiner Seite, nicht mit Erfolg schützen, sondern muß durch Nachweisung des Fehlers seinen Anspruch auf gänzliche oder theilweise Befreyung von der Gegenleistung begründen.

XIX.

Ueber auflösende Bedingungen bey Erbeneinandersetzungen.

Von Thibaut.

Die frühere gemeine Lehre, daß der Erbe nicht unter einer auflösenden Bedingung eingesetzt werden könne, ist in dieser Zeitschrift erst angegriffen ¹⁾, dann von mir vertheidigt ²⁾, und jetzt wieder für falsch erklärt ³⁾. Dieser neueste Angriff hat

1) v. Wening-Ingenheim im Archiv 1. B. nr. 9.

2) das. 5. B. S. 317 — 323.

3) von Zimmern das. 7. B. nr. 7.

mich aber noch mehr von der Wichtigkeit meiner früheren Ansicht überzeugt, und ich muß daher, besonders da es einen sehr wichtigen practischen Rechtsfall betrifft, mich wieder duplicirend vernachlässigen lassen.

Zur Abkürzung des Streites will ich die kleinen Nebengründe, welche im Wesentlichen nichts entscheiden, so wie alles, was offenbar in vollem Ernst nicht gesagt seyn kann, auf sich beruhen lassen, und blos das hervorheben, worauf doch im Grunde alles ankommt, nämlich die Behauptung: eine bedingte *ademptio* sey ein bedingtes Geben⁴⁾; und die Einsetzung unter einer auflösenden Bedingung sey, genau betrachtet, nichts als eine bedingte *ademptio*, folglich gelte der, unter einer auflösenden Bedingung eingesetzte Erbe, als ob er unter der umgekehrten Bedingung aufschiebend eingesetzt sey.

Eben diesen Schluß halte ich nun aber für ganz verfehlt. Eine auflösende Bedingung ist nämlich vorhanden, wenn gesagt wird: A soll etwas erst haben, aber nachher soll sein Recht aufhören. Eine *ademptio sub conditione* dagegen ist vorhanden, wenn der Testator sagt: was ich dem A gab, das soll A nicht haben, außer dann und dann. Im pr. J. de *adempt. legatorum* steht darüber schon klar geschrieben, es sey *ademptio: veluti si quod ita quis legaverit, do, lego, ita adimatur, non do, non lego, sive non contrariis, id est aliis quibuscunque verbis* ⁵⁾. Die Aeußerungen der Classiker sind eben so entscheidend. In L. 31. §. 8. de *adim. leg.* wird zur Beschreibung der *ademptio* der Fall angenommen, wenn der Testator gesagt hat: Titio fundum, quem legavi, heres meus *ne dato*. Eben so im §. 10. *ibid.*; und gleich nachher wird im §. 11. das: *ademptum* und *manet fidei-*

4) Wie sich ergibt aus L. 27. §. 1. de *condit. instit.* L. 10. 14. de *adim. legat.* L. 107. de *condit. et demonstr.* L. 6. pr. quando dies legator.

5) Die letzten Wörter erläutern sich aus *Ulp. Fragm.* XXIV. 29. vergl. mit L. 14. de *acceptilat.*

commissum einander entgegen gesetzt. So konnte denn auch in L. 16. l. c. gesagt werden: nihil interest, inducatur quod scriptum est, an adimatur. Also: die bedingte ademptio, wenn man die Bedingung geradezu, oder durch das argumentum a contrario gelten läßt, ist ein bedingtes Wiedergeben dessen, was zuvor genommen ist, die Berufung unter einer auflösenden Bedingung aber gibt zunächst etwas, und bedingt nur dessen Dauer durch Umstände. Wenn man daher aus der conditio resolutive eine suspensiva macht, so ist dies eine reine Verdrehung, und mehr noch als eine sogenannte Conversion, der doch, wie die Grundsätze über die Codicillar-Clausel zeigen ⁶⁾, von den Classikern nicht gern das Wort geredet ward. Hier wäre es auch ganz unpassend gewesen. Denn der Testator kann ja oft recht ernstlich wollen, daß der Berufene vorläufig haben und genießen, und erst, wenn andere Umstände eintreten, wieder herausgeben soll. Wenn nun dies durch Interpretation dahin verdrehet wird, daß man sagt: der Berufene soll vorläufig nicht haben, aber dann, wenn das Gegentheil jener Umstände eintritt, bekommen: so wird zwar so vel quasi interpretirt, aber man kann schwerlich behaupten, daß dergleichen an sich in der Absicht des Testators lag. Und wie hätten die Classiker zu dieser baaren Willkühr kommen sollen, da sie ja auf dem geraden Wege des Civilrechts bleiben, und die conditio resolutive wie eine impossibilis verwerfen konnten, indem sie der letzten an sich ganz gleich steht, weil der, welcher einmal Erbe ward, nach der Strenge immer Erbe bleiben muß? Nur das läßt sich allenfalls behaupten, daß die resolutive Bedingung ihre Wirkung thut, wenn sie vor dem Tode des Erblassers eintritt, weil sie dann den Erwerb selbst hindert, und nun zu keiner Unmöglichkeit führt.

Es läßt sich auch für die, bisher von mir vertheidigte Ansicht noch ein sehr starker Nebengrund anführen. Die Römer legen nämlich bey Verträgen überall auf das Tacitum

6) Meine Pandekt. S. 784. not. m.

entscheidendes Gewicht; allein bey Testamenten kommen die Tacita nicht in Betracht, wenn sie nicht mit durch die Worte angedeutet werden 7). Man kann also mit Gewißheit sagen, daß die Römer bey Erbeneinsetzungen aus der *conditio resolutive* keine suspendirende *ademptio* machten und machen konnten, wenn sie es nicht einmal bey den Verträgen thaten, mit deren Natur das Auflösen unverträglich war. Nun aber ist es ausgemacht, daß man nach der Strenge alles Auflösende bey Stipulations-Obligationen verwarf, obgleich man dabey das Aufschiebende zuließ. Dennoch verdrehte man die *conditio resolutive* und den *dies ad quem* nicht in eine bedingte *ademptio*, sondern die *adjecta* galten als *non adjecta*, bis man endlich mit der *exceptio doli* nachhalf, aber nicht, um ein Suspendiren herauszubringen, sondern um die Nebenbestimmung geltend zu machen 8).

Zu diesem Allen nehme man noch dies: Die bedingte *Ademptio* wird überall bey Legaten und Erbeneinsetzungen unbedenklich gestattet 9). Wäre nun eine *conditio resolutive* bloß eine Art der bedingten *Ademtionen*, wie konnte denn von Pomponius in L. 55. de legat. I. gesagt werden: *nec tempore, nec loco, aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest?* Und doch geht die auflösende Bedingung gerade auf ein *finire*, wenn man sie nicht in etwas Anderes verdrehet. Nach der entgegen gesetzten Ansicht müßte man hier also bey L. 55. cit. so eine Art von Wortspiel voraussetzen, nämlich: ihr könnt nichts Resolvirendes verordnen, weil es — als suspendirend genommen wird, und so nicht weiter nach dem Resolviren gefragt zu werden braucht.

Wenn mir übrigens noch der Einwand gemacht ist: nach L. 55. cit. sey das Wiederauflösen eines Legats unmöglich ge-

7) L. 9. pr. de hered. inst. L. 7. §. 2. de supellect. legat.

8) §. 3. J. de verb. obl. L. 56. §. 4. D. eod. L. 44. §. 1. de O. et A.

9) C. oben act. 4.

wesen, und Justinian habe in L. 26. C. de legat. bloß in Betreff des dies ad quem eine Ausnahme gemacht, in Betreff der Bedingung aber nichts geändert, folglich müsse ich auf allen Fall meine Behauptung aufgeben; daß Resolutiv-Bedingungen bey Legaten wirkten: so muß ich gerade diesen Einwand auf der einen Seite für mich benützen, und auf der andern Seite verwerfen. Die L. 26. c. geht nämlich auf alle legata temporalia oder ad tempus relicta, also gewiß auch auf die, welche bis zu einem ungewissen Tage hinterlassen sind, mithin ganz unter den Grundsätzen von der conditio stehen ¹⁰⁾, folglich nach der Ansicht meines Gegners keineswegs ungültig sind, sondern, quasi re bene gesta, als sub conditione adempta gelten. Wie kommt es nun aber, daß der Jurist in L. 55. cit. die resolvirenden Bestimmungen für etwas Verbotenes erklärt, und daß Justinian in L. 26. C. cit. sagt: man habe legata temporalia für *irrita* gehalten, und noch dazu mit Verweisung auf Stipulationen, in Ansehung deren es ganz gewiß ist, daß man die Nebenbestimmung verwarf, und das Recht als perpetuum behandelte? Es kann wohl für meine Ansicht nichts Stärkeres gesagt werden!

Die erwähnte enge Interpretation der L. 26. C. cit. muß ich, nach dem Beyspiel der älteren Juristen, auch verwerfen. Schon eine Art von argumentum ab absurdo stimmt mich dazu. Wenn nämlich das strenge Recht, nach Analogie formeller Verträge, bey Legaten alles finiri obligationem verwarf, die Billigkeit aber am Ende doch durch die exceptio doli ein temporales herausbrachte, ohne Unterschied, ob eine Zeitbestimmung, oder eine Bedingung als auflösend gesetzt war, und wenn es Justinian für zweckmäßig hielt, diese höchst vernünftige Billigkeit auch auf Legate anzuwenden ¹¹⁾: wie in aller Welt konnte der Kaiser denn auf die Idee gerathen, daß

10) L. 75. L. 79. de cond. et dem. L. 4. pr. fundo dies legator.

11) Die Idee mancher älterer Juristen, daß man schon nach dem Pandektenrecht auch bey Legaten eine exceptio doli gestatten

man das Auflösen zu gestatten habe, wenn die Disposition einen *dies* ausspreche, aber nicht, wenn eine *conditio* *resolutiva* gesetzt sey? Erwägt man nun, daß alles, was durch irgend einen Umstand auf eine Zeit beschränkt ist, temporale heißt ¹²⁾; daß die *conditio* *resolutiva* auch die Dauer eines Rechts beschränkt, und dasselbe zum *temporali* macht; daß man jede Bedingung auch in der Form einer Zeitbestimmung ausdrücken kann, oder umgekehrt, und daß man eben deswegen mit Pomponius sagen muß: *utrobique est eadem conditio*, man mag nun *per conditionem tempus demonstrare*, oder *per tempus conditionem* ¹³⁾; so kann es wohl nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß Justinians neue Vorschrift auf alle Fälle geht, da der Rückfall eines Legats verordnet ist, es mag die Dauer des Rechts von einem *dies* oder einer vorzugsweise sogenannten *conditio* abhängig gemacht seyn. Man kann dies um so leichter annehmen, da der Kaiser auch sonst unter dem Ausdruck *ad tempus* alles begriffen hat, was in Ansehung seiner Dauer vorübergehend seyn kann. Denn im §. 3. J. de verb. obl. trägt er die alte Lehre über Stipulationen *ad tempus* vor. Gleich darauf kommt er im §. 4. auf bedingte Stipulationen. Allein hier wird nur von der *conditio* *suspensiva*, aber nicht von der *resolutiva* geredet, welches nur gerechtfertigt werden kann, wenn man annimmt, daß durch jenes: *ad tempus*, alles *Resolvirende* befaßt seyn sollte.

könne, *Cujac. opp. T. 7. p. 145. 146. Paciroll. var. lect. L. 2. c. 66.* läßt sich wegen *L. 26. c. cit.* gewiß nicht rechtfertigen.

12) *L. 9. pr. de lib. et posth. L. 101. §. 2. de V. S.*

13) *L. 22. pr. quando dies legator.*

XX

Ueber den Ursprung und das Verhältniß des sogenannten summarischen Processes zu dem ordentlichen Prozesse.

Von Mittermaier.

§. I.

In jeder Gesetzgebung bildet sich durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch ein gewisses Verfahren aus, welches als das regelmäßige und ordentliche für alle bey Gericht anzubringende Rechtsstreitigkeiten betrachtet wird. Bald fühlt man jedoch die Fesseln dieser Regel bey einzelnen Streitigkeiten, welche entweder wegen der Gefahr, die auf dem Verzuge schwebt, eine raschere Entscheidung verlangen, oder wegen der Einfachheit des in Frage stehenden Verhältnisses eine kürzere Behandlung gestatten; der Gerichtsgebrauch, der überall das Recht dem Bedürfnisse anzupassen und die Lücken der Gesetze auszufüllen sucht, wendet bald für solche Fälle ein einfacheres Verfahren an, und das Gesetz schließt sich allmählig dem Gebrauche an. Schon die Gerichtsverfassung macht eine solche Ausnahme in der Behandlung der Rechtsachen nothwendig. Da, wo in den Zeiten der Blüthe bürgerlicher Freyheit noch die richterliche Gewalt in den Händen des Volkes ist, und wo in den großen Volksgerichten, wie bey den alten Germanen bis zum Ende des Mittelalters, oder von den aus dem Volke gewählten Richtern, wie in Rom in den Zeiten der Republik die Civilrechtsachen entschieden wurden, bildete sich leicht die Ansicht, daß es gewisse Fälle gebe, in welchen die Verweisung der Sachen an das voll besetzte Volksgericht entweder über:

flüssig oder nachtheilig seyn würde, und die Nothwendigkeit einfacherer Behandlung der Sache ergab sich von selbst. Auch da, wo in neuerer Zeit für die Civilsachen collegialisch besetzte größere Civilgerichte angeordnet sind, führt die Nothwendigkeit in manchen Fällen, den Kläger nicht erst zu nöthigen, zu dem oft entfernten Gericht zu gehen, und die Formen des Collegialgeschäftsgangs abzuwarten, darauf, daß die Gesetzgebung den Bürgern für solche Fälle eine bequemere und kürzere Form der Verhandlung möglich mache. Dieser Zusammenhang des Verfahrens mit der Gerichtsverfassung bewirkt auch, daß jede Veränderung in der letzten gewöhnlich eine Abänderung des Ersten herbeiführt, und was zuvor das ordentliche Verfahren war, wird allmählig, wenn ältere Formen wegfallen, mehr dem zuvor ausnahmsweise vorkommenden, oder einfacheren Verfahren ähnlich; in diesem Sinne ist auch die Römische Stelle ¹⁾, in welcher man oft die Aufhebung des ordentlichen Processus finden wollte, zu verstehen. Eine häufig vorkommende Meinung fand in dem Römischen Interdictenprocess die Veranlassung und die erste Spur unseres heutigen Processus, indem, wie man glaubte, bey den Interdicten der praetor selbst extra ordinem gesprochen hätte, ohne einen iudex zu bestellen, während bey dem ordentlichen Verfahren die Bestellung des iudex vorkam. Allein daß diese Ansicht unrichtig ist, hat v. Savigny ²⁾ unumstößlich bewiesen. Die Interdicte waren vielmehr die, vom praetor auf bloßes einseitiges Anbringen des Klägers in gewissen Fällen erlassenen Befehle, und das Verfahren hatte die meiste Ähnlichkeit mit dem heutigen Mandatsproceß. Man hat Unrecht, wenn man den ganzen Interdictsprocess als unbedingt summarisch und als höchst abgekürzt annimmt; versteht man unter summarisch einen gesetzlich ausgezeichneten, von dem gewöhnlichen Verfahren abweichenden Gang, so war allerdings ein summarischer Process

1) §. ult. Inst. de interdict.

2) v. Savigny Recht des Besitzes, 4te Aufl. S. 346.

da, in so fern auch der Mandatsproceß bey uns eine summarische Proceßart ist ³⁾; ob aber ein rascherer Gang überhaupt bis zum Endurtheile stehen blieb, hing nur von dem Benehmen des Beklagten ab: brachte er Exceptionen vor, oder läugnete er das Factum, so mußte eben so gut, wie im anderen Proceße, ein iudex gegeben werden, welcher über die Thatfrage urtheilte ⁴⁾. Es konnte selbst das Verfahren im Interdictsproceße oft sehr verwickelt werden, da sogar Restipulationen und Sponsionen vorkamen ⁵⁾. — Eben so wenig darf man auch den summarischen Proceß aus einigen Römischen Stellen ableiten ⁶⁾, wie Lysler ⁷⁾ es thut; denn diese Stellen gebieten bloß überhaupt Beschleunigung der Proceße, und eifern nur gegen Langsamkeit und übertriebene Nachsicht der Richter, ohne eine abweichende Form vorschreiben zu wollen. — Die Idee eines, vom ordentlichen Rechtsgange der Civilstreitigkeiten abweichenden Verfahrens findet sich dagegen schon überall im Römischen Rechte, und es scheint, daß technisch der Ausdruck: persecutio, für die, nicht im ordentlichen Wege verhandelten und angebrachten Gesuche gebraucht wurde ⁸⁾. Denkt man sich den römischen praetor als den obersten Justizdirector in Rom, an welchen alle laufenden Rechtsfachen gebracht wurden, der nach der Art seiner Thätigkeit: do, dico,

3) Daß es bey den Römern auch während des anhängigen interdictum uti possidetis eine Art von summarissimum in so fern gab, als oft interimistisch der Besitzstand regulirt wurde, ergibt sich aus Gajus IV, 166. 168. Nur ist es nicht unser heutiges possessorium summarissimum. S. Du Roi in diesem Archive VI. Band, S. 270.

4) Dies ergibt sich aus Gajus IV, 141.

5) Gajus IV, 167.

6) L. 12, 13. Cod. de jud.

7) Med. ad Pand. Vol. XI. spec. 684.

8) L. 178. §. 2. D. de verb. signif. auch L. 18. D. de acceptilat. Ulpian. fragm. XXV. §. 12. Haubold institution. jur. roman. privat. p. 109.

addico, eine Menge von Geschäften haben mußte, welche wir nach unserer jetzigen Ansicht zu Geschäften der freywilligen Gerichtsbarkeit oder der Polizey rechnen würden, so mußte die Ansicht vom *judicium extraordinarium*, im Gegensatz des *ordinarii*, bey welchem der *praetor* zur Entscheidung der Thatfragen einen *judex pedaneus* bestellte, sehr einfach entstehen ⁹⁾, und so wie heut zu Tage ein besonderes Verfahren eintritt, wenn z. B. der Richter dem Minderjährigen einen Vormund bestellt, und die Tauglichkeit prüft, so mochten unter dem Ausdruck: *extra ordinem*, alle besonderen Verfahrensarten in Geschäftsverhältnissen des *Prätors*, zusammen gefaßt werden ¹⁰⁾. Auf ähnliche Weise kommen in den Gesetzen Bestimmungen ¹¹⁾ vor, daß der *praetor* nur *de plano* entschieden habe ¹²⁾, und obwohl der Ausdruck sich zunächst auf den Ort, wo das Rechtsgeschäft verhandelt wurde, bezieht, so ist doch damit immer auch ein Geschäft bezeichnet, das eine einfachere Erledigung fordert oder gestattet, wie dies auch aus der Art erhellt ¹³⁾, wie der *proconsul de plano* gewisse Geschäfte verwalten durfte ¹⁴⁾. Uebrigens haben die Glossatoren und die Practiker der geistlichen Gerichte des Mittelalters schon eine Veranlassung zu dem noch heut zu Tage vorkommenden Ausdrucke: *summarius Proceß*, in den Römischen Stellen gefunden, in welchen von der *summaria cognitio*, oder

9) *Cujaz* observ. Lib. VII. c. 23. *Siccama* de *judicio centumvirali* (edit. Zepernik) cap. 2.

10) Man sehe z. B. L. 1. D. de *jurisdict.* L. 13. D. de *minor.* L. 47. D. de *negot. gest.* L. 3. §. 3. 4. D. de *liberis exhibend.* L. 3. §. 1. D. ut in *possess. legat.* L. 1. D. de *extraordin. cognit.* L. ult. §. ult. D. *quod metus causa.*

11) L. 6. D. de *accusat.* L. 7. D. de *manumiss. vindict.* L. 2. §. 1. D. *quis ordo in poss.*

12) *Siccama* de *judicio centumvir.* cap. 4.

13) *Malblank* *conspectus rei judiciar.* p. 64.

14) L. 9. §. 3. D. de *officio procons.*

und das Verhältniß des sogen. summar. Processus etc. 373

dem summatim Entscheiden des Prätoris die Rede ist ¹⁵⁾, während von dem ordentlichen bedächtlichen Gange des Processus in den Gesetzen oft mit dem Ausdruck: *judiciorum strepitus* ¹⁶⁾, oder von *veteres ambages* ¹⁷⁾ gesprochen wird. — Noch viel bestimmter tritt in der Kaiserzeit die Ansicht hervor, für gewisse Fälle die Richter von der Verbindlichkeit der Beobachtung der, für den ordentlichen Rechtsgang vorgeschriebenen Formen, zu entbinden, und wohl darf man sagen, daß in solchen Fällen dann ein summarischer Proceß eintrat, insbesondere wird dies durch eine Verordnung von Honorius und Arcadius ¹⁸⁾ klar, nach welcher in gewissen Fällen, unter denen insbesondere auch liquide Schuldklagen vorkommen, der Kläger von der Form der, im ordentlichen Prozesse vorgeschriebenen *litis denuntiatio* ¹⁹⁾ befreit wurde. Nicht weniger findet man die Ansicht vom summarischen Prozesse in Justinians Novellen, insbesondere in der Vorschrift ²⁰⁾: *Sit tibi tertium studium lites cum omni aequitate audire, et omnes quidem bre-*

15) §. 8. in L. 1. §. 9. D. de praetor. stipul. L. 3. §. 9. D. ad exhibend. L. 15. §. 4. D. de re judicat. L. 3. §. 4. D. de Carbon. edict. L. 40. D. ad leg. Aquil.

16) L. 33. Cod. de inoffic. testament.

17) L. ult. Cod. de interdict.

18) L. 6. Cod. Theodos. de denuntiatio. et edict. rescript. si quis debiti, vel quod ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est, seu fidei commissi dirigat actionem, aut momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitat, seu in officiosum arguat testamentum, vel tutelae seu negotiorum gestorum actionem intendat, ruptis denuntiationum ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia, rationem exprimere ac suas allegationes jubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota.

19) Glück opusc. fasc. II. p. 356. Mühlenthal v. d. Cession der Forderungsrechte S. 55.

20) Nov. 17. cap. 2.

viores et quaecunq̃ maxime vilium sunt ex non scriptis decidere et iudicare, ausgesprochen. — Die überall im Proceſſe ersichtliche Fortpflanzung Römischer Ansichten in die Deutsche Praxis durch das Medium der Practiker des Mittelalters tritt auch bey dem summarischen Proceſſe klar hervor; der Name: summarisch für ein vom ordentlichen abweichendes Verfahren kömmt schon bey den Glossatoren vor; die Schriftsteller des Mittelalters streiten schon viel über die Bedeutung der summaria cognitio und den Unterschied derselben von der extraordinaria und der Verhandlung de plano, und *Duranti* ²¹⁾ findet vorzüglich die Unterschiede darin, daß bey der summaria cognitio nur halber Beweis nothwendig werde, daß man aber doch ein Libell einreiche, bey der extraordinaria zwar voll beweise, aber kein Libell einzureichen brauche, und bey der Verhandlung de plano zwar voll beweise, auch Libell einreiche, daß aber die Verhandlung nicht vor der feyerlichen Gerichtsſigung geſchehen müſſe; in Anſehung der Fälle, welche summarisch verhandelt werden ſollen, beruft ſich *Duranti* auf die Römischen Stellen, in welchen vom sumatim cognoscere geſprochen wird. Auch andere Practiker des Mittelalters leiteten die summarischen Verhandlungen aus den Stellen ab, wo der praetor extra ordinem ohne iudex pedaneus verhandelt, und schon früh bildete ſich die Sitte, daß man im summarischen Proceſſe das an den Richter gebrachte Geſuch nicht Klage (actio), ſondern nur *Imploratio* nannte ²²⁾, und nicht einmal eine clausula salutaris für nothwendig hielt, indem die Natur des summarischen Proceſſes jede Art der Imploration an den Richter für genügend erklärte ²³⁾. Uebrigens war es entſchiedene Anſicht der Cano-

21) *Duranti* speculum juris, im Titel: de summaria cognitione (edit. Francof. 1692) p. 144.

22) *J. H. Boehmer* jus ecclesiast. Protestant. Lib. 1. Tit. XXXII. §. 4.

23) *Boehmer* l. c. §. 6.

nisten, daß die Fälle, in welchen der Römische praetor ohne judex pedaneus selbst erkannte, bey uns summarischen Proceß begründeten ²⁴⁾. Noch häufiger wurde der summarische Proceß durch die Sitte der Päpste, nach welcher sie mit Berufung darauf, daß auch die judices pedanei, welche der Römische praetor bestellt habe, nur judices delegati gewesen wären (man bezog sich auf L. 5. Cod. de judicib.), für einzelne Fälle Commissarien ernannten ²⁵⁾ und diesen vorschrieben, daß sie von dem ordentlichen Rechtsgange abweichen dürften; so entstand die Vorschrift in Clem. 2. de judiciis ²⁶⁾, wo die gebrauchten Ausdrücke: sine strepitu judicii, und de plano procedi zeigen, wie dem Papste Römisches Recht vorschwebte, und so sah sich der Papst in Clem. 2. Verb. signific. ²⁷⁾ ge-

24) Boehmer l. c. lib. II. tit. 1. §. 12.

25) Darauf bezieht sich der Titel: de officio et potestate judicis delegat. in Decretalem I. 29.

26) Darnach soll in causis super electionibus, postulacionibus vel provisionibus aut super dignitatibus, personatibus, officiis, canonicatibus vel praebendis seu quibusdam beneficiis ecclesiasticis aut super decimis, nec non super matrimoniis vel usuris simpliciter et de plano ac sine strepitu judicii et figura verhandelt werden.

27) Saepe contingit, quod causas committimus, et in earum aliquibus simpliciter, et de plano, ac sine strepitu et figura judicii procedi mandamus; de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi debeat, dubitatur. Nos autem dubitationem hujusmodi (quantum nobis est possibile) decidere cupientes, hac in perpetuum valitura constitutione sancimus, ut judex, cui taliter causam committimus, necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, in tempore etiam feriarum ob necessitates hominum indultarum a jure procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem quanto poterit faciat breviorum, exceptiones, appellationes dilatorias, et frustatorias repellendo, partium, Advocatorum, et Procuratorum contentiones et jurgia testiumque super-

nöthigt, den Sinn der Worte: simpliciter, et de plano procedi, deutlicher zu erklären, daher von jeher die zwey genannten Stellen als die wichtigsten für die Lehre vom summarischen

fluam multitudinem refrænando. Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae, et defensiones legitimae admittantur. Citationem vero ac praestationem juramenti de calumnia vel malitia sive de veritate dicenda ne veritas occultetur per commissionem hujusmodi intelligimus non excludi. Verum quia juxta petitionis formam pronuntiatio sequi debet pro parte agentis et etiam rei si quid petere voluerit, est in ipso litis exordio petitio facienda sive scriptis sive verbo. Actis tamen continuo (ut super quibus positiones et articuli formari debeant possit haberi plenior certitudo, et ut fiat definitio clarior) inferenda et quia positiones ad faciliorem expeditionem litium propter partium confessiones et articulos ad clariorem probationem usus longaevus in causis admisit: nos usum hujusmodi observari statuimus ut judex sic deputatus a nobis (nisi aliud de partium voluntate procedat) ad dandum simul utrosque terminum dare posset, et ad exhibendum omnia acta et monimenta, quibus partes uti volunt, in causa post dationem articulorum diem certum quandocunque sibi videbitur valeat assignare eo salvo, quod ubi remissionem fieri contingeret pro testibus producendis possint etiam instrumenta produli assignatione hujusmodi non obstante. Interrogabit etiam partes sive ad earum instantiam sive ex officio ubicunque hoc aequitas suadebit. Sententiam vero definitivam citatis ad id licet non peremptorie partibus inscriptis et prout magis sibi placuerit stans vel sedens proferat, etiam si ei videbitur conclusione non facta prout ex petitione et probatione et aliis actitatis in causa fuerit faciendum. Quae omnia etiam in illis casibus in quibus per aliam constitutionem nostram vel alias procedi potest simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii volumus observari. Si tamen in praemissis casibus solennis auctor judiciarius in toto vel in parte non contradicentibus partibus observetur, non erit processus propter hoc irritus nec etiam irritandus.

und das Verhältniß des sogen. summar. Processus etc. 377

Proceß betrachtet wurden ²⁸⁾. Durch die Praxis hatte sich so eine große Zahl von Sachen gebildet, in welchen summarisch verfahren werden sollte, und von den Schriftstellern, welche die Praxis der geistlichen Gerichte aus den frühern Canonisten systematisch entwickeln, hat am besten *Maranta* ²⁹⁾ die Lehre erörtert. *Maranta* rechnet zu den summarischen Sachen 30 Fälle, und zwar außer den schon in der clem. 2. genannten Fällen, auch alle Fälle des jüngsten Besitzes, jede von dem Handelsgerichte verhandelte Sache, jede Alimentensache, Streitigkeiten über Vollstreckung der Urtheile, Klagen ad exhibendum, Klagen gegen den Schuldner von Steuern und Abgaben, und jede causa brevis seu modicae summae. Man sieht auch, daß schon die Glossatoren darüber ³⁰⁾ stritten, welche Sache eine causa modica und causa brevis sey. Die spätere Praxis scheint sich darüber vereinigt zu haben, eine Sache, deren Gegenstand unter 2 aureos beträgt, eine modica, und eine in qua plus expenderetur in sportulis quam sit valor causae, eine brevis zu nennen ³¹⁾. — Das ältere Deutsche Recht wußte zwar nichts von einer Abtheilung in ordentlichen und summarischen Proceß, allein die bekannte

28) Eine gute Erörterung über die clem. saepe in *Wernher* de auctorit. jur. canonici in process. p. 35.

29) *R. Marantae* Jureconsulti clar. tractatus de ordine judiciorum vulgo speculum aureum et lumen advocatorum. Colon. 1570. p. IV. distinct. 9. p. 189.

30) *Maranta* l. c. nro. 12. Eine gute Darstellung der Ansichten der alten Practiker vom summar. Proceß findet sich auch in *Petr. de Ferrariis* praxis aurea (edit. Colon. 1626.) pag. 132 — 141.

31) Gut sagt *Maranta* nr. 73: Communiter tamen teneretur, quod relinquitur arbitrio judicis: attenta qualitate personarum et causae nam inter magnos dominos causa centum aureorum esset modica, et e contra inter personas pauperes causa unius bovis vel unius porcelli posset dici magna.

Ansicht, nach welcher Streitigkeiten über Eigenthum und Erbschaft in den größeren placitis verhandelt wurden ³²⁾, während die übrigen Fälle auch in den kleineren Gerichten des centenarius und advocatus geschlichtet werden konnten, so wie die Einrichtung, daß eine große Zahl kleinerer Fälle im Mittelalter an die Gemeinde-, Rüge- oder Ehehaftsgerichte kamen, bey welchen wohl ein einfacheres Verfahren eintrat, als vor den ordentlichen Land- und Schranngerichten, beweist, daß wenigstens die Idee der Trennung ordentlicher und einfacherer Sachen den Germanen schon vorschwebte. Erwägt man dazu, daß in den Städten des Mittelalters sogar über gewisse geringfügige Schulden der Gerichtsfrohn in einem, wie es scheint, sehr summarischen Proceß richten konnte ³³⁾; betrachtet man die Gastgerichte des Mittelalters, vor welchen über liquide Schulden, insbesondere bey Klagen der Fremden oder gegen Fremde, ein schnelleres Verfahren eintrat ³⁴⁾, vergleicht man die alten Statute ³⁵⁾, nach welchen in dem Dwerenachtsproceß eine Art von Executivproceß

32) Es gab schon nach manchen Gesetzen, z. B. Leg. Alaman. XXXIII. §. 1. 2. Leg. Bajuvar. tit. II. cap. 15. §. 1. wöchentliche Gerichtstage zur Verhandlung der kleineren Sachen. Das Capitul. de part. Saxon. cap. 31. redet auch selbst von causa major. et minor.

33) Z. B. in Soest. richtete der Burrichter über Schulden bis 6 Denarien. S. *Eminghaus* in jus susat. antiq. p. 189; so auch richtete in Celle der Frohn bis 12 Pfennige. *Leibniz* script. rer. Brunsvic. III. p. 483; auch in Dortmund (*Wigand* Geschichte v. Corvey, II. S. 212) hatte der Frohn solche Jurisdiction. S. noch *Bodmann* Aeltingauische Altertümer II. S. 635; *Maurer* Geschichte des German. Verfahrens S. 139.

34) *Balthasar* de jurib. peregrin. singular. circa proc. cap. I. Bremische Statuten in *Pufendorf* obs. II. adp. p. 84. *Kopp* Nachr. v. d. geistl. und weltl. Gerichten I. Th. S. 399—403.

35) Dortmund Statuten in *Dreyer* Nebenstunden S. 425. Bremisch Ordeelbok in *Pufendorf* obs. Tom. VI. adp. p. 84.

und das Verhältniß des sogen. summar Processus etc. 379

vorkam ³⁶⁾, erfährt man, daß nach Magdeburgischem Weichbild ³⁷⁾ die Befugniß des Burggrafen und Schultheißen, über bekentliche Schulden zu richten, anerkannt, und noch deutlicher im Culmischen Rechte ³⁸⁾ Fälle ausgesprochen waren, in welchen der Richter ohne Schöppen richten mag, so kann man am Daseyn eines, vom ordentlichen abweichenden Verfahrens bey den Germanen nicht zweifeln. Bekanntlich ist das Verfahren bey den Reichsgerichten fast ganz nach dem Muster der Praxis der geistlichen Gerichte gebildet worden, und die Ansicht vom summarischen Proceß fand bey den Reichsgerichten zweyfach Eingang, einmal, in so ferne die Gesetze selbst erklärten ³⁹⁾, daß in gewissen Fällen summarie verfahren werden sollte, und zweytens in so ferne bey den Reichsgerichten eine zweyfache Klagform, die auch auf die ganze Art des Verfahrens wirkte, sich bildete, nämlich die der articulirten Klagen, und die der nicht articulirten, welche letztere auch summariklag hieß ⁴⁰⁾. Die Kammergerichtsordnung ⁴¹⁾ selbst bezeichnete mit *causae extraordinariae* einige Fälle, in welchen summarisch zu verhandeln war. Auf

36) Bodmann in Siebenkees neues jurist. Magazin, I. Band nro. 12.

37) Art. 46.

38) Altes Culm. R. II. 28. Das revidirte Culm. R. II. Buch, 2. Titel, Cap. IV. sagt: Der Richter mag ohne Schöppen wohl richten umb Schuld, die bekentlich ist, wie auch alle andere schlechte Sachen, die keines ordentlichen gerichtlichen Processus bedürfen.

39) S. B. Reichsabschied zu Augsburg v. 1500, Tit. XXI. in R. Samml. der Reichsabschiede, II. Thl. S. 72.

40) S. B. Reichsabschied v. 1570. §. 90. in d. R. Sammlung III. Thl. S. 299. R. A. von 1594 §. 63. in d. R. Sammlung III. Thl. S. 430. S. noch Goldschmid über Litiscontestation und Einreden S. 43 etc. Goldschmid Abhandlungen S. 5.

41) Cammer. G. D. Theil III. Tit. III.

diese Art kam der summarische Proceß in die Landesgerichte, und während bey den Hofgerichten der schriftliche Proceß als der ordentliche die Regel bildete, und allmählig auch die Untergerichte nach dieser Form sich richteten, fühlte man doch die Nothwendigkeit bey den Untergerichten für eine große Zahl von Fällen, wobey man besonders (wie im Mittelalter es causae modicae gab) darauf kam, eine kürzere Form zu gestatten oder zu gebieten, indem man die Verhörstage fortdauern ließ, oder statt des schriftlichen Processus die mündliche Form vorschrieb ⁴²⁾. Die Formelbücher aus dem Anfange des XVI. Jahrhunderts ⁴³⁾ und die Gerichtsordnungen aus dieser Zeit erkennen schon bestimmt die summarische Verfahrensart an. So hatte schon die Baiेरische Gerichtsordnung von 1520 ⁴⁴⁾ von geringschätigen Sachen gesprochen, in Hessen ⁴⁵⁾ war in Sachen unter 20 Gulden kein schriftlicher Proceß erlaubt, und die Mecklenburgische Hofgerichtsordnung von 1558 ⁴⁶⁾ fordert in

42) Nach der Spanheimischen Untergerichtsordnung v. 1539 soll jede Sache, die unter 30 Gulden werth ist, mündlich verhandelt werden.

43) U. Tengler Laienspiegel. Fol. CXII. 6.

44) Diese waren solche, die zwischen 2 und 10 Pfund Pfennige betragen. Gerichts-D. v. 1520. Tit. V. Art. 6. Tit. XI. Art. 3. Die Lehre vom summar. Proceß hat sich besonders eigenthümlich in Baiern fortgebildet; so erschien dort 1516 eine eigene Proceßordn. für summar. Proceß; allein was man im gemeinen Rechte hieß, nannte man in Baiern summarissimus, und der ordinarius und summarius waren eigentlich nur zwey Formen des schriftlichen ordentlichen Processus, bis 1750 das Recht der Partheyen, beyde Formen zu versuchen, aufgehoben wurde. Die geltenden Vorschriften s. im Cod. Jud. Bavar. v. 1753. cap. III. §. 2. 3. und hiezu Kreitmayer in den Anmerk.

45) Reformation, Gesetz und Ordnung. Titel: Von der Undergerichte Proceß s. Kopp Nachr. v. d. geistl. und weltl. Gerichten II. Thl. S. 42.

46) In v. Kamph Mecklenburgisches Civilrecht 1. Thl. 2. Abtheilung, S. 37. 56.

Sachen von 10 Gulden oder weniger, daß summarie verhandelt und nur mit kurzen Worten alles aufgeschrieben werde. Im gemeinen Rechte fehlte es freylich an Bestimmungen sowohl darüber, welche Sache summarisch sey, als über die Form des Verfahrens; der Gerichtsgebrauch, der fast immer an die schon im Mittelalter bey den Canonisten vorkommenden Sätze sich hielt, mußte die Stelle der Gesetze auch hier ersetzen, obwol freylich fast jeder Punkt streitig war, wie man sich leicht überzeugt, wenn man die Schriftsteller über die Frage: welche Sache geringfügig sey, vergleicht⁴⁷⁾. Da man bald eine Menge von besonderen Proceßarten antraf, in welchen ein vom ordentlichen Rechtsgange abweichendes Verfahren vorkam, z. B. Mandats-, Executiv-, Gantproceß u. a., so warf man alle diese Arten unter den gemeinschaftlichen Namen: summarisch, zusammen, daher man so weit ging, sogar den Criminalproceß als eine summarische Proceßart vorzutragen; die bekannten Schriften von Ludovici, Claproth, Danz, Süptiz beweisen, wie weit der Begriff von summarischen Proceßten ausgedehnt wurde; zum Glück fühlte die Landesgesetzgebung fast überall das Bedürfniß eines vollständigen Gesetzes über die Behandlung summarischer Sachen, und unter den frühesten, mit Umsicht gearbeiteten Gesetzen dieser Art, steht das Sächsische Mandat vom 28. Nov. 1753, die Abstellung processualischer Weitläufigkeiten in geringfügigen Rechtsachen⁴⁸⁾, obenan. Fast gleichzeitig, oder auch häufiger erst

47) *de Schellwitz* de causar. minimarum indole. Vit. 1765. und *Idem* de causis minutis secundum praxin camerae Imp. Vit. 1766. *Mylii* obs. de caus. minutis. Lips. 1744. *A. Leyser* de causis summaris. Vit. 1749. *Schott* obs. ad leg. Saxon. de causa minut. processu. Lips. 1782. Grundlinien des Processual-Verfahrens in geringfügigen Sachen nach Ehurf. Gesetzen. Ein Nachlaß v. Schott. Leipzig 1799. *Junghans* de finib. regund. circa caus. minutas. Lips. 1805.

48) S. darüber die in not. 47) genannten Schriften von Schott und Junghans, und dazu noch *Biener* systema processus

durch das Sächsische Gesetz von 1753 veranlaßt, erschienen auch für die einzelnen Sächsischen Fürstenthümer Gesetze über das Verfahren in minderwichtigen Sachen, z. B. in Hildburghausen vom 30. Jan. 1747, in Neuß-Greiz vom 8. Decbr. 1752, in Sondershausen vom 29. Juny 1787, im Anhaltischen⁴⁹⁾. In andern Ländern hatte durch den Gerichtsgebrauch, der die Vorschriften einzelner Gesetze zweckmäßig verband, sich ein sehr beachtungswürdiges System der summarischen Prozesse gebildet, z. B. in Kurhessen⁵⁰⁾, in Mecklenburg⁵¹⁾, in Holstein und Schleswig⁵²⁾, in Hannover⁵³⁾. Je mehr die Gesetzgebung der neueren Zeit sich näherte, desto mehr fühlte man, daß die Anordnung des summarischen Processes mit der ganzen Verbesserung der Gerichtsverfassung und der Proceßordnung zusammen hängt; je mehr daher der ordentliche Proceß von den überflüssigen Formen befreuet wurde, je mehr die Fesseln des unbedingten schriftlichen Verfahrens wegfelen, desto weniger äußerte sich das Bedürfniß der Vermehrung der summarischen Prozesse. So faßte die Preussische

judic. et communes et Saxon. §. 236. 41. Haubold Anleitung zur Behandlung geringfügiger Rechtsfachen nach Kön. Sächs. R. Leipz. 1807.

- 49) S. Auszüge aus diesen Gesetzen in Kori Theorie der Sächsischen summar. bürgerl. Prozesse. Jena 1823. S. 97—110.
- 50) Wagner Grundzüge der Gerichtsverfassung und des proc. Verf. bey den Untergerichten in Kurhessen. (Marburg 1822.) S. 125 u. 158.
- 51) v. Kamph Handbuch des Mecklenburg. Civilprocesses (in der Ausgabe von v. Nettelbladt), S. 106—119, u. S. 239—273; und damit zu vergl. Eschenbach Beitr. zum Mecklenburg. Rechte, 8te Bemerk. Sibeth Critik des gem. und Mecklenburg. Processes, 1. Abthl. S. 25—82.
- 52) Viele Verordn. im Repertor. der für d. Herzogth. Schleswig u. Holstein erlassenen Verordn. (Kiel 1824) 1. Thl. S. 63—66.
- 53) Desterlei Handb. des Hannov. Processes, II. Thl. S. 438 bis 468.

Gerichtsordnung das Verhältniß würdiger als ihre Vorgänger auf; die neue Form des Preussischen Processus war ohnehin auf die Erleichterung der Partheyen, bey Gericht auch ohne Zuziehung von Anwälden ihr Recht zu finden, und auf die größere Thätigkeit des Richters, die Wahrheit aufzuhellen, indem er nicht an gewisse Schriften sich zu halten nöthig hatte, berechnet; allein der Gesetzgeber erkannte auch, daß nur auf Collegialverfassung und eine weise Vertheilung der Geschäfte des Instruenten und Decernenten die neue Form passe. Daher mußte für die Untergerichte eine besondere Verfahrungsweise vorgeschrieben werden ⁵⁴⁾, wobey das Gesetz wohl erwog, daß hier wegen der Nähe der Partheyen die Fristen kürzer bestimmt werden können, und die Untergerichte noch mehr auf das persönliche Erscheinen der Partheyen halten, und die Beyziehung der Justizcommissarien beschränken dürften. Zugleich fand man aber, daß auch bey den Obergerichten Bagatellsachen ⁵⁵⁾ vorkommen können, und schrieb daher ein eigenes Verfahren auch für solche Sachen vor, wieder mit Rücksicht, vor welchen Gerichten die Sachen vorkommen, daher sehr weise das Gesetz für die Instructionen von Bagatellsachen, die nur 10 Thaler oder weniger betragen, bey den Gerichten die Ernennung eines beständigen Deputirten und die Fixirung von gewissen Gerichtstagen vorschrieb ⁵⁶⁾. In neuester Zeit enthalten die meisten neueren Gesetzgebungen auch Bestimmungen über summarische Prozesse, entweder in der Art, daß man, wie in Württemberg, die ganze Gerichtsverfassung so anordnete, daß gewisse Gerichte, die ihrer Natur nach summarischer entscheiden, weil ungelehrte Schöppen das Urtheil finden, competent

54) Daber enthält auch die Gerichtsordn. Tit. XXV. das Verfahren bey Untergerichten.

55) So nennt die GerichtsD. Tit. XXVI. §. 1. die Sachen, wo der Betrag der streitigen Summe, oder der Werth der Sache nur 50 Thlr. oder weniger ausmacht.

56) GerichtsD. Tit. XXVI. §. 15.

zur Entscheidung über gewisse Summen seyn sollten ⁵⁷⁾, z. B. die Gemeinderäthe, oder daß man überhaupt die ehemalige Regel umkehrte, und aus übertriebener Vorliebe für die Mündlichkeit vor den Aemtern, als den ersten Instanzen, das schriftliche Verfahren und das Erscheinen von Anwälden in der Regel verbot und die summarische Verhandlung zur Regel machte, z. B. in Nassau ⁵⁸⁾, oder daß man wenigstens, wie z. B. in Lippe ⁵⁹⁾, den Schriftenwechsel bey Sachen unter 25 Thalern nicht zuließ. Es fehlt aber auch nicht an besondern neuen Gesetzen über die Behandlung geringfügiger Sachen, und vorzüglich gehört dahin die Schwaburg-Rudolstädter Verordnung ⁶⁰⁾, die Bremische ⁶¹⁾, die Weimariſche ⁶²⁾ und die Anhalt-Deſſauische ⁶³⁾. Nicht weniger enthalten die neuesten Deutschen Proceßordnungen Vorschriften über die Art des Verfahrens und die Fälle

57) Württembergisches Organisations-Edict vom 31. Dec. 1818. I. Edict über Rechtspflege in untern Instanzen §. 3, 13, und Novellen vom 15. Sept. 1822. §. 9.

58) Nassauische Verwaltungsordnung (in der Samml. der landesherrl. Edicte II. Thl. S. 45.) §. 3. Merkwürdig ist das dort für die Behandlung kleinerer Schuldfällen vorgeschriebene Verfahren.

59) Ordnung des Verfahrens für die Ober- und Untergerichte von Lippe-Deimold, vom 27. Febr. 1816. S. 16.

60) Vom 6. Nov. 1815, im Auszuge in Fori Theorie d. summar. Proc. S. 100.

61) Verordn. über das Verfahren in geringfügigen bürgerl. Rechtsstreitigkeiten v. 21. Dec. 1818. S. aber auch die Bremische Gerichtsordnung v. 1820. S. 66, 67.

62) Weimar. Ges. v. 31. May 1817. Dies Gesetz unterscheidet geringfügige Sachen (unter 15 Thalern) und minderwichtige Sachen (von 50 Thlern. oder darunter).

63) Vom 10. Julius 1822; abgedruckt in diesem Archive VII. Bd. 2tes Heft, S. 300 — 308.

und das Verhältniß des sogen. summar. Processus etc. 385

summarischer Prozesse, z. B. die Bernische ⁶⁴⁾, die Gerichtsordnung des Cantons Tessin ⁶⁵⁾, die Massauische ⁶⁶⁾ und Oldenburgische ⁶⁷⁾. Auch verdient noch Aufmerksamkeit, daß in manchen Ländern eigene Prozessvorschriften für gewisse Arten von Streitigkeiten gelten, z. B. für Streitigkeiten über Pferdekrankheiten ⁶⁸⁾, oder in Pachtstreitigkeiten ⁶⁹⁾.

Ueber das wahre Verhältniß der summarischen Prozesse in Frankreich herrschen in Deutschland häufig ganz unrichtige Vorstellungen. Man klagt immer, daß nach Französischem Prozesse man Monate, sogar Jahre lang warten müsse, bis nur eine Sache in die Audienz gebracht würde, und auch dann soll es noch so lange dauern, bis der Proceß entschieden würde; allerdings ist der ordentliche Proceß vor den Gerichten erster Instanz auf Audienzen berechnet, und ein Vorverfahren geht der Verhandlung in der Sitzung voraus; allein der kleinste

64) Gesetzbuch über das gerichtl. Verfahren in Civilrechtsachen für Bern v. 1821, §. 293—297. Darnach sollen auch Sachen, die im wachsenden Schaden liegen, und Sachen, bey welchen eine Parthey das Armenrecht genießt, summarisch verhandelt werden.

65) Codice di procedura civile per la republica e Cantone del Ticino. (Locarno 1821) §. 169—174. Als summarisch sollen darnach behandelt werden: 1) in possessivischen Klagen; 2) bey novi operis nuntiatio; 3) in Klagen über Alimente, Sold, Almosen, Dienstlohn; 4) bey redhibitorischen Klagen über Viehhandel; 5) in allen dilatorischen und präparatorischen Sachen; 6) über restitutio dotis, und über Erfüllung des letzten Willens; 7) bey Beweis zum ewigen Gedächtniß; 8) bey Klagen auf öffentl. Jahrmärkten; 9) in Schadensklagen; 10) bey Execution des Urtheils; 11) bey Wechselfachen.

66) Proceßordn. vom 23. April 1822, §. 93. Die hieher gehörige Stelle ist abgedruckt in diesem Archive VI. Bd. S. 21.

67) Proceßreglement vom 15. März 1824, S. 9. §. 21.; in diesem Archive VII. Bd. S. 280, 289.

68) S. B. Coburg. Mandat v. 29. März 1790, S. 13.

69) S. B. in Kur-Hessen eine Verordn. v. 14. Aug. 1818.

Theil der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kömmt nur an die Tribunale, und in dem größten Theile, welcher dahin gelangt, tritt ein kürzeres Verfahren im sogenannten summarischen Proceffe ein. Schon vor der Revolution hatte man einen alten, bey dem Chatelet zu Paris ausgebildeten Gebrauch, nach welchem in gewissen Sachen, für die der Name referés entstand, der Lieutenant civil auf der Stelle, zu jeder Zeit und auch in seiner Wohnung, untersuchen und entscheiden durfte ⁷⁰). Ein edit vom Januar 1685 sanctionirte diese Sitte ⁷¹). Außerdem hatte die Proceßordnung (ordonnance de Louis XIV.) von 1667 einen umständlichen Titel ⁷²) über die matières sommaires, zu welchen die größte Zahl der Sachen, die wir in Deutschland summarisch nennen, und überhaupt jede qui requiert celerité et où il peut y avoir du péril, gehörten, zugleich mit Angabe eines sehr abgekürzten Verfahrens. Diese Vorschriften schwebten den Redactoren des geltenden Code vor, und es entstand daraus folgendes System: 1) in allen Sachen, die schnelle Abhülfe verlangen, weil Gefahr auf dem Verzuge ist, z. B. bey Klagen gegen einen Fremden, der eben abreisen will, kann der Präsident des Tribunals oder der stellvertretende Richter zu jeder Zeit, selbst an Festtagen, von dem Imploranten aufgefordert werden, und kann in der kürzesten Zeitfrist den Beklagten vorladen lassen, um über den Streit zu entscheiden, wobey freylich (weil es ja nur auf Beseitigung der drohenden Gefahr ankömmt) die hier erlassene ordonnance dem nachfolgenden Urtheile des ordentlichen Verfahrens nicht präjudicirt ⁷³).

70) Carré traité et questions de procédure civile, Tom. II. pag. 415.

71) Merlin repertoire universel de jurisprudence. Tom. XI. p. 103. Dabin gehörten z. B. auch Klagen gegen Fremde, die eben abreisen wollten, oder Schwierigkeiten in der Vollstreckung.

72) Ordonnance tit. XVII. art. 1—17.

73) Code de procedure art. 808, 9.

Der Richter kann sogar die augenblickliche Vollziehung seiner ordonnance ohne weitere förmliche Expedition anordnen ⁷⁴⁾. 2) Bey jedem Tribunal ist eine eigene Sitzung für die Verhandlung der Sachen angeordnet, welche schleunige Entscheidung verlangen (audience des referés) ⁷⁵⁾. Hier bedarf es keines Vorverfahrens, keiner schriftlichen Klage, es bedürfen die Partheyen keiner Anwälde, und die Entscheidung erfolgt sogleich; die Appellation wird eben so summarisch verhandelt ⁷⁶⁾. 3) Das Gesetz bezeichnet gewisse Sachen als summarisch ⁷⁷⁾, und ordnet dafür summarische Verhandlung an; darnach wird in solchen Gegenständen gar keine Vorverhandlung unter Anwälden zugelassen, sondern die Sache wird sogleich in die Sitzung gebracht ⁷⁸⁾. Der sonst vorgeschriebene Vergleichsversuch ist hier gar nicht nöthig ⁷⁹⁾; die Interventionen und Zwischenpunkte werden auf einfache requête (schriftliche Vorstellung des Anwalds) entschieden; die Zeugen, ohne daß es der Beweisartikel bedürfte, bloß vom Richter vorgeladen, und werden sogleich in die Sitzung selbst geladen, wo nur unter gewissen Umständen über die Vernehmung ein Protocoll abgehalten wird ⁸⁰⁾. 4) Außer diesen Fällen spricht das Fran-

74) Code art. 811.

75) Decret contenant règlement pour la police et discipline des cours et tribunaux vom 30. März 1808, art. 57.

76) Code de proc. art. 806—8. Carré analyse Tom. II. p. 561. Carré traité et questions Tom. II. p. 416—19.

77) Code art. 404. Dabin gehören auch alle persönliche Klagen bis zur höchsten Summe, sobald sie auf einen nicht bestrittenen titre sich gründen, und alle persönl. Klagen bis 1000 Francs, wenn kein Titel da ist; alle Klagen auf ein Provisorium, alle Klagen wegen Miethe und Pachtgelder.

78) Code art. 405. Ueber die Art der Veranstaltung der Sitzung s. Decret vom 30. März 1808, art. 54—66.

79) Carré traité I. p. 557. u. Code de proc. art. 49.

80) Cod. art. 408—12. Pigeau procedure I. p. 218. Berriat St. Prix p. 332.

zöfische Recht von Fällen, bey welchen das Gesetz nicht von summarischer Verhandlung (es bleibt also das gewöhnliche Verfahren in der Audienz), wohl aber von summarischer Entscheidung spricht⁸¹⁾. 5) In das ganze System gehört aber auch noch das friedensgerichtliche Verfahren. — Erwägt man, daß die Competenz der Friedensgerichte höchst ausgedehnt ist, wenn man auf die Zahl der Sachen Rücksicht nimmt⁸²⁾, daß der Friedensrichter über alle Sachen vom Betrage von 50 Francs in letzter, und bis 100 Francs in erster Instanz; dann aber über alle Beschädigungen an Feldfrüchten, über possessorisches Klagen, über Zahlung von Arbeitslohn, Dienftbotenlohn entscheidet; erwägt man, daß die Jurisdiction des Friedensrichters in rein persönlichen oder possessorisches Klagen, ohne Rücksicht auf Summe, prorogirt werden darf⁸³⁾, so sieht man leicht, daß der Friedensrichter der Zahl nach die meisten Prozesse entscheidet, und daher die oft getadelte Schwierigkeit für die Partheyen, bis sie in Frankreich ihre Sache nur einmal in die Sitzung bringen können, so groß nicht ist. Zwar fällt es dem Verfasser dieses Aufsatzes nicht ein, das Institut der Friedensgerichte, so wie es jetzt in Frankreich besteht, zu vertheidigen⁸⁴⁾; allein die Grundidee des Instituts verdient Beachtung, in so ferne hier Richter, die dem Volke nahe sind, über die, unter den Bürgern am häufigsten vorkommenden Fälle entscheiden, und kein Bedürfniß da ist, erst an das weit entfernte Tribunal zu gehen,

81) Code de proc. art. 172. 180. 287. 348. 718. 779.; und *Berriat St. Prix Cours de procedure* I. Vol. p. 341.

82) Gesetz v. 24. Aug. 1790. S. auch das Verzeichniß der Sachen in meiner Schrift: *Der gemeine deutsche Proceß in Vergleichung mit dem franz. v. 2ten Beytrag* S. 23 in d. not.

83) Code de proc. art. 7.

84) Ich habe hinreichend gegen die franzöf. Form mich in meiner Schrift: *Der gemeine deutsche Proceß, 2ter Beytrag* S. 21 — 29, erklärt.

und das Verhältniß des sogen. summar. Processus etc. 389
 so daß die Nachtheile zu großer Gerichtsbezirke durch diese
 Mittelgerichte vermieden werden sollen. Das Verfahren bey
 den Friedensgerichten ist einfach. Die Partheyen können ohne
 alle Vorladung freywillig in der Sitzung erscheinen, und dort
 ihre Sache vortragen; sonst aber geschieht die Vorladung auf
 mündliches Anmelden des Klägers bloß durch den Gerichts-
 diener. Advocaten finden nicht Statt. Die Zeugen werden
 einfach vorgeladen und in Gegenwart der Partheyen abgehört;
 merkwürdig ist nur, daß keine der friedensgerichtlichen Vor-
 schriften unter Strafe der Nichtigkeit geboten ist ⁸⁵). 6) End-
 lich muß noch bemerkt werden, daß nach der Französischen
 Gerichtsorganisation in einer großen Zahl von Fällen, in
 welchen der deutsche Jurist des Executiv, oder des Mandats-
 processus sich bedienen muß, der Französische Jurist das Mittel
 hat, ohne Klage oder Proceß die Urkunde sogleich vollziehen
 zu lassen, weil alle Notariatsurkunden mit executivischer Clau-
 sel versehen und dadurch eben so vollstreckbar werden, als wenn
 ein rechtskräftiges Urtheil vorläge, daher derjenige, welcher
 eine notarielle Schuldurkunde hat, im Falle der Nichtzahlung
 seinen Gegner ohne weiteres durch den Gerichtsboten, dem er
 die Urkunde einhändig, ausspänden lassen kann ⁸⁶).

§. II.

Fast man das Verhältniß, in welchem nach deutscher
 Praxis und Gesetzgebung der summarische Proceß zum ordent-
 lichen steht, genauer auf, so stößt man auf sehr verschiedene

85) Ueber das Verfahren s. Code de proc. art. 1—47; und außer
 dem rühmlich bekannten Werke: *Henrion de Pansey* de la
 competence des juges de paix, neueste Aufl. 1822. Auch
 noch als sehr brauchbar: *Biret* procedure complete et me-
 thodique des juges de paix. Par. 1822; und *Carré* traité
 et questions, Tom. I. p. 1—78.

86) Gesetz über das Notariat vom 25. Ventose Jahr XI. art. 1.
 19. 25.

Ansichten. Von der früher gewöhnlich aufgestellten Ansicht, nach welcher überhaupt der Character der summarischen Proceffe in der Abkürzung bestehen soll, ist man wohl allgemein zurückgekommen; man hat sich überzeugt, daß in mancher sogenannten summarischen Proceßart es gar nicht auf Abkürzung, sondern nur auf das Berechnen des Verfahrens nach einem gewissen Bedürfnisse ankomme, z. B. bey dem Provocationsproceffe, oder daß, wie bey dem Concurso proceffe, nur durch die besondere Collision so vieler Separatproceffe, die in ein Gesamtverfahren vereinigt werden sollen, die Abweichung entsteht. Auch die Meinung, nach welcher der summarische Proceß derjenige seyn soll, in welchem nur die wesentlichen Theile des ordentlichen Proceffes vorkommen, ist als irrig allmählig eingesehen worden, weil man eben so viel darüber streiten kann, welche Theile wesentlich sind (wie denn von jeher die Stelle im J. R. U. über die substantialia processus in der Lehre von den unheilbaren Nullitäten den größten Streit erweckte); weil aber auch in jeder summarischen Proceßart besondere (dieser Proceßart eigenthümliche) wesentliche Theile vorkommen, und weil auch der summarische Proceß eine Reihe von Formalitäten enthält, die oft denen des ordentlichen Proceffes nichts nachgeben. Nach der Ansicht Globig's⁸⁷⁾ soll der Begriff des ordentlichen und summarischen Proceffes nur relativ seyn, je nachdem die Substanz und das Wesen des Verfahrens mehr oder weniger Zusätze an Fristen, Förmlichkeiten und wesentlichen Handlungen erlangt hat, und der rein summarische Proceß, der bey den wesentlichen Handlungen stehen bleibe, soll sich nach Globig's Meinung selten finden, weil die Praxis ihm gewöhnlich etwas beygefügt hat. Diese Ansicht ist eigentlich nur die alte Ansicht, nach der im summarischen Proceffe nur die wesentlichen Bestandtheile vorkommen, und beruht auf der wohl nicht erweis-

87) In seinem System der Gesetzgebung für das gerichtl. Verfahren, S. 270.

lichen Voraussetzung, daß es einen Urtypus und eine, allen möglichen Gesetzgebungen zum Grunde liegende Urform des Processus gebe. Der Process ist seiner Natur nach ein, aus Formen bestehendes Institut, und die Vernunft stellt keine Urform darüber auf; damit, daß man etwa sagt: wesentlich sey, daß die Partheien wechselseitig gehört würden, daß die Vollstreckung nach der Instruction erfolge u. a., ist nichts gewonnen; denn geht man ins Detail des Processus, z. B. über die Folgen des Ungehorsams, über die Frage: wie zu beweisen ist, so sieht man bald, wie doch alles nur auf festgesetzten positiven Formen beruht, und es nicht möglich ist, einen, von allen Förmlichkeiten entkleideten (dies wäre nach Globig der rein summarische Process) Process aufzustellen. Im Zusammenhange steht mit Globigs Meinung zum Theile Puchta's Ansicht⁸⁸⁾. Er glaubt, daß, so wie immer das Einfachere früher da war, als das Zusammengesetzte, auch der summarische Process älter seyn müsse, als der ordentliche, ja daß jener eigentlich die Mutter von diesem sey; allein diese Ansicht paßte höchstens nur auf den, bey den sogenannten geringfügigen Sachen eintretenden summarischen Process, aber auf keinen Fall auf die übrigen Arten summarischer Prozesse, z. B. den Executiv-, Mandats- oder Provocationsprocess, welche, wie die Geschichte lehrt, erst aus dem Bedürfnisse und der Eigenthümlichkeit der Fälle entstanden sind, z. B. der Executivprocess, der durch die Umbildung der Bedeutung der ältern Clausel: mit und ohne Recht, veranlaßt wurde; manche Processarten, z. B. der Besitzprocess, sind erst, wie bey den Römern, durch die Fortbildung der Gerichtsorganisation erzeugt worden; aber auch in Ansehung des Verfahrens bey geringfügigen Sachen möchte Puchta's Ansicht nicht erweislich seyn; denn der Begriff von geringfügigen Sachen entsteht erst spät, wenn die wachsende Masse der Formen in Collision mit

88) Puchta über die Gränzen des Richteramtes in bürgerlichen Rechtsachen, S. 52.

den Forderungen des bürgerlichen Verkehrs kommt. Wir finden selbst, daß schon früh in der ersten Periode der Völker der Zugang zu den Gerichten nicht so leicht war, wie es bey uns leicht ist, und die römischen legis actiones, die schon in die frühen Zeiten gehören, geben Beweise von der Wahrheit der Behauptung in Ansehung der Römer. Auch gehört es zu den Ausflüssen hoher Volksfreyheit in der frühesten Zeit, daß nicht jeder Bürger beliebig von dem Kläger vor Gericht geschleppt werden kann, und die schon frühen Formen der Vorladung bey den alten Germanen, die wiederholt gegebenen Gerichtstermine, die nöthig waren, bis gegen den Ungehorsamen erkannt wurde, beweisen, daß der alte Proceß nicht der einfachste war. — Noch mag endlich die Meinung der Redactoren des Genfer: processcodex ⁸⁹⁾ eine Beachtung verdienen; darnach sollte man den Unterschied von ordentlichen und summarischen Sachen aus einer Proceßordnung ganz verbannen, weil der Werth der Sachen keinen gerechten und sicheren Anhaltspunkt gebe, und, weil es inconsequent wäre, die summarischen Sachen, also diejenigen, die doch am häufigsten vorkämen, als die außerordentlichen zu betrachten; zweckmäßiger sey es überhaupt, den einfachsten Rechtsgang als Regel vorzuschreiben, nämlich den, daß unmittelbar auf das Anbringen der Sache bey Gericht sogleich in der Sitzung plädirt würde, und dann ausnahmsweise für schwierigere Sachen andere Formalitäten zu gestatten, nämlich vorausgehende Communication der Urkunden, oder eine Art von Schriftenwechsel. Unfehlbar ist diese Ansicht ganz gegründet, wenn alle Arten von Sachen an die nämlichen Gerichte kommen; hier entscheidet das Gericht, wenn es durch die einfachste Form die Sache genugsam instruirt findet, ohne weiteres darüber, und für die schwierigeren Fälle tritt auch eine ausgedehntere Verhandlung ein, nachdem das Gericht eine solche für nöthig gefunden hat; allein dies läßt sich nicht

89) Exposé des motifs de la loi sur la procedure civile pour le Canton de Genève par *Bellot*, p. 42 — 48.

und das Verhältniß des sogen. summar. Processus etc. 393

ausführen, wenn aus überwiegenden Gründen die Gesetzgebung gewisse Sachen an andere Gerichte, z. B. Friedens- oder Landgerichte, weist, während bey den Bezirksgerichten der ordentliche Proceß geführt wird; hier kommt man doch immer wieder darauf, zu fragen: welche Sachen sollen an die Untergerichte gewiesen werden?

Bey der Feststellung des wahren Verhältnißes summarischer Proceße zum ordentlichen darf vorerst gewünscht werden, daß man den Ausdruck: summarisch, lieber ganz verbannen möchte, weil er schon nach seiner Entstehung und der Ansicht der älteren Praxis immer auf ein abgekürztes, rasches Verfahren deutet, und daher leicht irre führt, wenn man ihn auf die einzelnen Arten der summarischen Proceße, z. B. auf Mandats-, Provocationsproceß übertragen will. Indem die spätere Praxis und die Gesetze alle abweichende Proceßarten als summarisch aufstellten, dachte man nicht daran, die dahin gehörigen Sachen als unbedeutende zu betrachten, sondern man erkannte die Nothwendigkeit, in gewissen Fällen, wegen den dabey vorkommenden Eigenthümlichkeiten, auch diesen anpassende Mittel der Rechtsverfolgung zu gewähren, und entsprechende Formen anzuordnen, z. B. im Executivproceße alles nur auf die Verhandlung der Anerkennung der Urkunde und auf gewisse liquid zu machende Exceptionen zu beschränken, oder bey dem possessorio nur den Bestypunkt reguliren zu lassen. Wohl mag relativ, in so ferne sonst in jedem Proceße eine Parthey das gesammte Rechtsverhältniß zur Sprache bringen darf, in jedem summarischen Proceße eine Abkürzung durch die Beschränkung des Verfahrens entstehen; allein dies ist nicht die Hauptsache, sondern alles beruht auf der Einführung gewisser, vom ordentlichen Gange abweichender, nach dem Bedürfnisse der Eigenthümlichkeit gewisser Fälle berechneter Formen, und in so ferne ist gewiß der Ausdruck: gesetzlich ausgezeichneter Proceßarten, passender, als das Wort: summarisch.

Erwägt man die Natur des ordentlichen, von der Gesetzgebung als Regel betrachteten Proceßganges, so findet man 1) darin das Streben, das streitige Rechtsverhältniß unter den Partheyen zu einem unwandelbaren peremptorischen rechtskräftigen Rechtszustande zu bringen, so daß der Streit auf immer ein Ende hat, und über die jetzt entschiedenen Punkte nicht wieder ein neues Verfahren entstehen kann. 2) Das Gesetz gestattet eben wegen des Strebens nach einem definitiven Rechtszustande die höchste Vollständigkeit in der Entwicklung der Rechtsansprüche, so daß alle Streitigkeiten, die irgend mit dem streitigen Rechtsverhältnisse zusammenhängen, in den Proceß hereingezogen und zur Verhandlung gebracht werden dürfen; daher z. B. die Widerklagen gestattet sind. Nichts soll ad separatim gewiesen werden, weil das Gesetz wünscht, daß der Streit in allen seinen Beziehungen auf einmal beendigt werde. 3) Daher erlaubt aber auch das Gesetz den Partheyen, die sich nicht mehr durch nachfolgende Prozesse helfen können, die umfassendste Rechtsvertheidigung. Mag die exceptio noch so schwierig in ihrer Beweisführung seyn und die Vollstreckung der völlig liquiden Klage aufhalten, so hindert dies doch nicht die Verhandlung darüber. 4) Aus diesem Grunde ist den Partheyen aber auch der Gebrauch aller möglichen Beweismittel erlaubt, wenn sie auch noch so weitläufiges Verfahren veranlassen, und Urkunden oder Zeugenbeweis gelten als zwey Beweisarten, zwischen denen die Parthey wählen kann. 5) Consequent diesen Rücksichten, muß das Gesetz eine größere Zahl von Formen vorschreiben, welche Ordnung in das oft höchst verwickelte Verfahren bringen, und den Richter zur Bedächtlichkeit auffordern; oder bey der Beweisführung die größte Sicherheit gewähren, daß nicht wegen Uebereilung des Verfahrens Unvollständigkeit entstehe, oder das Beweismittel nicht hinreichend benützt werde; daher gestattet selbst das Gesetz längere Fristen, damit nur keine Parthey sich über zu große Eile, oder über Mangel an Zeit zur nöthigen Vorbereitung beklagen könne.

Die Gesetzgebung wird aber bald durch das Bedürfnis aufmerksam gemacht, daß in gewissen Fällen Abweichungen von den bisher genannten Merkmalen und daher vom regelmäßigen Gange des Verfahrens gemacht werden müssen.

1) Das Gesetz findet Fälle, in welchen die Besorgnis einer Selbsthilfe, zu welcher nach der Natur des Streits, z. B. bey streitigem jüngsten Besitze, leicht einladet, oder die Gefahr eines unvermeidlichen oder schwer ersetzlichen Schadens, z. B. bey dem Mandatsproceß, nöthigt, durch den Proceß nur einen vorläufigen Rechtszustand unter den Partheyen begründen zu lassen, um nur der dringenden Gefahr vorzubeugen, so daß der ordentliche Proceß, in welchem das Rechtsverhältniß noch einmal nach allen seinen Beziehungen untersucht werden soll, durch das vorläufige Urtheil nicht abgeschnitten wird.

2) Statt die größte Vollständigkeit und das Hereinziehen aller möglichen Rechtsfragen zu gestatten, fühlt sich das Gesetz in andern Fällen genöthigt, von den verschiedenen möglichen Rechtsfragen nur einige in dem Proceße hervorheben zu lassen, so daß die Verhandlung und das Urtheil sich nur darauf beschränkt, und alle anderen Punkte ad separatum gewiesen werden; darauf beruht die Verhandlung des vom petitório getrennten possessorii ordinarii, und selbst in unserem Executivproceße wird dies zum Theile bemerkbar.

3) Aus dieser Rücksicht, dann aber auch wegen der besonders begünstigten Natur eines gewissen Beweismittels, worauf sich der Kläger berufen kann, z. B. bey dem Wechselproceße, oder wegen der großen Einfachheit des Verhältnisses, das klar aus einer Urkunde hervorgeht, tritt in einigen Proceßarten auch eine, wenigstens scheinbare Beschränkung der Rechtsverteidigung ein, und die Verhandlung beschränkt sich nur auf einen gewissen Stand der Verteidigung; hat z. B. der Beklagte den Wechsel anerkannt, so fordert das Interesse der Beförderung des Wechselcredits weitere Einreden, z. B. der fehlenden valuta u. a., nicht zuzulassen, ungeachtet der

Beklagte nicht gehindert ist, in einem nachfolgenden ordentlichen Prozesse die darauf bezüglichen Ansprüche zu verfolgen.

4) Aus den obengenannten Gründen erklärt sich aber die Beschränkung im Gebrauche der Beweismittel in gewissen Processarten, weil mit dem Zwecke, nur eine Art von provisorium zu treffen, oder mit der beabsichtigten Begünstigung einer gewissen Beweisart, oder eines Verhältnisses andere, ein weitläufiges Verfahren fordernde Beweismittel nicht verträglich wären.

5) Daher ergibt sich aber auch die Beschränkung der Förmlichkeiten, die nur am Plage sind, wo definitiv über alle Punkte entschieden werden soll.

Außer den obenbemerkten Rücksichten findet der Gesetzgeber wohl noch manche andere, die ihn zu einer Abweichung vom ordentlichen Rechtsgange in gewissen Fällen bewegen.

1) Bey manchen Streitigkeiten hat der Gesetzgeber so dringendes Interesse an der schnellen Beylegung des Streits und so viel Hoffnung zum Gelingen nach der Natur der streitenden Theile, verbunden mit der Rücksicht, daß durch eine lange Dauer und durch die Anwendung der gewöhnlichen Rechtsformen große Nachtheile für Familienwohl entstehen, daß er eine Abweichung für nothwendig findet, z. B. bey Ehestreitigkeiten, wo der Staat durch Hereinziehen gewisser Personen zur Vermittlung durch Entfernung von Anwälden, selbst durch Beschränkung der Deffentlichkeit, seinen Zweck zu erreichen sucht.

2) In andern Fällen, z. B. in Bau und Gränzstreitigkeiten, erkennt der Gesetzgeber, daß vorzüglich dadurch, wenn sogleich am Anfang Augenschein am Orte eingenommen, und geeignete Sachverständige früh beygezogen worden, die Entscheidung leicht sicher und möglich wird. In allen bisher bezeichneten Fällen besteht die Eigenthümlichkeit der besondern Processart nur in der, nach dem Bedürfnisse bestimmter Fälle, vermöge gesetzlicher Vorschrift oder Erlaubniß eingeführter Abweichung von dem ordentlichen Rechtsgange, und so dürfte wohl der

und das Verhältniß des sogen. summar. Processes 2c. 397

Ausdruck: gesetzlich ausgezeichnete Proceßart, sich rechtfertigen lassen.

Noch muß aber bey dem sogenannten summarischen Prozesse auf den Zusammenhang mit der Gerichtsverfassung aufmerksam gemacht werden. Man überzeugt sich wohl in Deutschland immer mehr ⁹⁰⁾ von der Nothwendigkeit eines auf Collegialverfassung und Verhandlung in Sitzungen berechneten Verfahrens; diese Organisation fordert aber die Einrichtung von Tribunalen, die größere Gerichtsbezirke (von etwa 80000 Seelen) umfassen, weil sonst die Kosten für den Staat, der viele Gerichte organisiren müßte, zu groß seyn würden, und die Collegien in kleineren Gerichtsbezirken zu wenig beschäftigt wären. Eine solche Einrichtung von großen Gerichtssprengeln hat wieder manche Nachteile. Die Untertanen werden dadurch auf eine selbst ungerechte Weise genöthiget, eine weite Reise zu machen und große Kosten anzuwenden, um nur ihre Richter finden zu können, der minder wohlhabende Bürger muß daher häufig auf den Proceß lieber ganz verzichten, weil er die Kosten nicht anwenden kann. In Fällen, wo augenblickliche Entscheidung nothwendig wird, z. B. in Besitzstreitigkeiten, Bau- und zum Mandatsproceße gehörigen Sachen, setzt die weite Entfernung vom Gerichtssitze den Kläger oder den Beklagten fast in den Zustand der Rechtlosigkeit, und in geringfügigen Angelegenheiten, in Sachen der Dienstboten, Tagelöhner u. a. übersteigen die Kosten für Bestellung der Anwälde, und Reisen, um den Anwald zu instruiren, oft die Summe des Streits. Auch verliert die Gesetzgebung bey großen Bezirksgerichten den Vortheil, auf die persönliche Erscheinung der, wenigstens Stunden weit vom Gerichtssitze entfernten Partheyen rechnen zu können, und man mag eine, dem Preussischen Prozesse nachgebildete Mündlichkeit, oder

90) Feuerbach Betrachtungen über die Oeffentlichkeit, S. 364. —
Meine Schrift: Der gemeine deutsche Proceß in Vergleichung 2c.
II. Heft S. 6.

eine Einrichtung einführen, nach welcher der Richter befugt ist, durch gewisse Fragen an die Partheyen die Wahrheit der Thatfachen aufzuklären, so wird in beyden Fällen die Gesetzgebung entweder auf die persönliche Erscheinung der Partheyen ganz verzichten, oder doch von der Vorschrift so viel dispensiren müssen, daß die weise Absicht des Gesetzes allmählig vereitelt wird. Auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß da, wo große Bezirksgerichte sind, die Kosten theils wegen der größeren Reisegebühren für entfernte Zeugen, theils wegen der Reisen um Augenschein einzunehmen, beträchtlich vermehrt, und dadurch die gerechten Forderungen der Bürger an die Rechtspflege leicht verletzt werden. Allen diesen Nachtheilen kann und muß vorgebeugt werden, indem die Gesetzgebung den großen Zwischenraum, der durch große Bezirksgerichte zwischen den hilfsbedürftigen Bürgern und ihrem ordentlichen Richter bleibt, ausfüllt und für vermittelnde Gerichte sorgt, wie dies durch Friedens-, oder wenn man lieber sie so nennen will, Landgerichte geschehen kann. Es muß in kleineren Bezirken, so daß der Gerichtssitz auf jeder Seite von seiner Gränze höchstens eine Stunde entfernt ist, überall ein Gericht organisiert seyn, das dem Volke und dadurch dem Bedürfnisse nahe gebracht ist, ohne daß jedoch dies Gericht mehr seyn darf, als es nach seiner Organisation und der Besetzung nach wohl seyn kann. Solche Friedens-, oder Landgerichte werden nämlich nur mit einem Richter besetzt werden können, wenn man nicht die Kosten der Justizorganisation unnötig vermehren, oder wenn man nicht durch ungelehrte Beysitzer die Nachbildung einer Collegialverfassung bewirken und daher eine Art von Jury in Civilsachen einführen will. Die Nachteile dieser Einzelrichter sind aber auf der andern Seite wieder zu groß, als daß die Gesetzgebung die Bürger zwingen dürfte, nur mit solchen Richtern sich zu begnügen, oder wenigstens einen moralischen Zwang dulden könnte, der dadurch entstände, daß die Bürger wegen der großen Kosten und der Beschwerlichkeiten, zum entfernten Gerichte zu gehen, lieber

mit den nächstgelegenen wohlfeileren, aber weniger gut organisirten Gerichten sich zufrieden stellten. Das natürliche Gleichgewicht scheint dadurch hergestellt zu werden, wenn diese Friedens- oder Landgerichte nur als competent erklärt werden: 1) für alle Sachen, bey denen das Gesetz selbst wegen der Gefahr der Selbsthülfe ein großes Interesse hat, daß schnell entschieden und eine Art von provisorium getroffen werde, z. B. in Sachen des jüngsten Besitzes, oder selbst bey Klagen über Beschädigung von Feldfrüchten; 2) für jene Gegenstände, welche ihrer Natur nach nur von dem, mit den Verhältnissen des flachen Landes Vertrauten leicht entschieden werden können, oder nothwendig eine Besichtigung an Ort und Stelle fordern, durch welche leicht der Streit zu heben ist, z. B. bey Klagen über Störungen im Wasserlauf, über Pfändungen, über novi operis nunciatio; 3) für Gegenstände, welche an sich so einfach und wenig verwickelt sind, daß sie eine sehr leichte schnelle Entscheidung möglich machen, z. B. in Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten über Gehindelohn, oder bey Streit zwischen Miethsmann und Vermiether über Entschädigung, oder selbst bey Gegenständen von geringfügigen Summen, wobey man nur sich hüten muß, die Competenz dieser Gerichte zu sehr in Ansehung der Summe zu erweitern; die Summe, die bey den Französischen Friedensgerichten entscheidet, möchte wohl die richtige, den Lebensverhältnissen anpassende, seyn. Erfolgt eine Organisation solcher Gerichte, so wird von selbst ein summarischer oder gesetzlich abweichender Proceß sich bilden müssen; da keine Collegialität da ist, da die Partheyen praesumptive selbst bey Gericht erscheinen, oder es kein ungerechter Zwang ist, wenn man die Erscheinung verlanget, da die Sachen so einfach sind, daß die Richter ohne weitere schriftliche Verhandlungen leicht entscheiden können, so fällt ohnehin der, bey den Bezirksgerichten vorkommende regelmäßige, auf Audienzen berechnete, wenigstens zum Theile schriftliche Proceß weg, und mit Recht könnte man vielleicht, um bey dem untersten Stockwerke im großen Gebäude der Justiz:

verfassung zu beginnen, die Prozeßordnung eben so, wie der Französische Code de procedure es thut, das Verfahren vor den Friedens- oder Landgerichten an die Spitze stellen. Ueber die zweckmäßigste Art des Verfahrens selbst soll umständlich in der Fortsetzung dieses Aufsatzes gehandelt werden. Nur die Punkte verdienen noch eine nähere Erörterung: 1) Ob nicht die Gesetzgebung in Fällen, in welchen die Forderung sich auf klare Brief und Siegel stützt, wo daher der sogenannte Executivproceß begründet wäre, ohne Rücksicht auf die Summe des Streitgegenstandes die Friedensgerichte als competent erklären sollte. 2) Ob sie nicht den Bürgern überhaupt gestatten soll, ohne Rücksicht auf eine gewisse Summe, alle möglichen Streitigkeiten vor die Friedensgerichte zu bringen, wenn beyde Partheyen darüber einig sind. 3) Ob dann, wenn der Beklagte die producirte Urkunde als falsch angreift, die Verhandlung darüber doch bey dem Friedensgerichte bleiben, oder sogleich an die ordentlichen Gerichte gewiesen werden soll.

Wir glauben, daß die erste Frage verneint werden muß. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß in Fällen, die sich zum Executivproceße qualificiren, die Verhandlung höchst einfach seyn wird, und der juristische Streitpunkt leicht zu entscheiden ist, indem es vorzüglich nur darauf ankömmt, den Beklagten zur bestimmten Erklärung anzuhalten, ob er die Urkunde anerkenne oder nicht; allein bey genauerer Erwägung scheint es doch ein ungerechter Zwang gegen die Bürger zu seyn, wenn man den Executivproceß den ordentlichen Gerichten entziehen will. 1) Da, wo das Gesetz nur auf das Daseyn der zum Executivproceße berechtigenden Urkunde Rücksicht nimmt, müßte auch angenommen werden, daß eine, vielleicht 100000 Thaler betragende Forderung, wenn sie nur auf einer Urkunde beruht, vor das Friedensgericht, und daher vor den Einzelrichter gebracht werden soll; es scheint aber dem gesunden Rechtsgeföhle der Bürger zu widersprechen, wenn er über die vielleicht sein ganzes Vermögen betragende hohe Summe dem Richter sich unterwerfen soll, von dem das Gesetz selbst da,

durch, daß es für die ordentlichen Fälle das Bezirksgericht competent erklärt, ausspricht, daß man dem Einzelrichter wichtige und schwierige Entscheidungen nicht anvertrauen kann. 2) Es ist bekannt, wie schwierig in der Praxis es ist, die Fälle richtig anzugeben, in welchen der Executivproceß eintritt: sieht man bloß auf das Daseyn der sogenannten quarentigürten Urkunde, so gibt es eine Reihe von Streitigkeiten, ob die Urkunde alle nöthigen Eigenschaften an sich trage, und noch mehr entsteht der Streit darüber: ob in allen Rechtsge- schäften, wenn nur die Urkunde da ist, auch der Executivproceß zulässig sey, z. B. auch wegen eines Pachtvertrages, oder aus einem Vergleiche, oder Testamente.⁹¹⁾ 3) Im Executivpro- cesse kömmt es vorzüglich auf das Abschneiden der Einreden, die man *exc. altioris indaginis* nennt, an; der Beklagte bringt häufig eine Menge solcher Einreden vor, und es ist be- kannt, wie streitig es oft wird, welche Einreden zugelassen, und welche *ad separatum* gewiesen werden sollen. Hier leitet fast nur das richterliche Ermessen, und wer mag behaupten, daß hier der Beklagte zufrieden zu seyn Ursache habe, wenn ein einziger Richter, dem die Gesetzgebung sonst nicht viel zu- traut, über diesen häufig höchst schwierigen Punkt entscheidet. 4) Erwägt man dazu noch, daß der Executivproceß kein er- schöpfender Proceß ist, daß darin das Rechtsverhältniß unter den Parthejen nicht auf einmal vollständig erledigt wird, daß durch eine unweckmäßige Leitung dem Kläger, der statt eines Proceßes häufig zwey Proceße durchwandern muß, großes Unrecht zugefügt werden kann, und nicht weniger häufig der Beklagte dadurch verletzt werden kann, daß der Richter aus zu großem Streben nach Abkürzung gegründete Einreden *ad*

91) Man betrachte die Sorgfalt, mit welcher die neue Anhaltische Proceßordnung von 1822 (s. in diesem Archive VII. Band S. 293) die Fälle, in denen Executivproceße eintreten sollen, bestimmt hat, und doch hat ein neues Anhaltisches Gesetz vom 10. Juny 1824 schon wieder zu Novellen sich genöthigt gesehen.

separatum verweist, so kann man schwerlich den Executivproceß als einen geringfügigen Proceß betrachten und an Friedensgerichte verweisen, und höchstens läßt sich die Vorschrift rechtfertigen, nach welcher alle Klagen auf Zinsen und jährliche Renten, die vermöge Urkunden gefordert werden können, und alle Schuldklagen, die sich auf öffentliche Urkunden stützen, vor das Friedensgericht gebracht werden können.

In Bezug auf die zweite obige Frage ist auch in Frankreich großer Streit, ob die Partheyen in Fällen, wo die Summe des Streits, die gesetzlich für die friedensgerichtliche bestimmte Summe übersteigt, oder andere nicht zur Competenz der Friedensgerichte gewiesene Gegenstände betrifft, doch durch Prorogation die Friedensrichter als competent anerkennen dürfen⁹²⁾. Wenn man freylich gegen dies Recht anführen kann, daß die Competenzregulirung eine Sache der öffentlichen Ordnung ist, so daß die Partheyen darüber nicht disponiren können, wenn man auch von einem Interesse des Staats sprechen kann, daß wichtige Sachen nicht den ordentlichen Gerichten entzogen, und Richtern übertragen werden, die der Staat für nicht geeignet zur Entscheidung schwieriger Sachen erkennt, so dürfte doch wohl richtiger das Gesetz Gründe haben, den Partheyen dies Recht, den Friedensrichter in jeder Sache zu prorogiren, nicht zu entziehen. Die Analogie vom schiedsrichterlichen Institute, die Erwägung, daß bey der Competenzregulirung das eigentliche Interesse des Staats doch nur darin besteht, daß jeder Bürger sicher seinen Richter wisse, und keine Schwierigkeiten habe, einen Beklagten vor Gericht zu ziehen, ohne erst mit Competenzstreitigkeiten aufgehalten zu werden, und der Umstand, daß, wenn die Partheyen prorogiren, sie dies wohl aus Vertrauen auf den prorogirten Richter

92) *Henrion de Pansey* de la competence des juges de paix chap. 7. *Merlin* repertoire univers. unter dem Worte: hypothèque, sect. II. §. 2. art. und unter dem Worte: prorogation, §. 1. S. jedoch Code de proc. art. 7.

und das Verhältniß des sogen. summar. Processus ic. 403

thun, und daß man dem Richter, der über 50 Gulden entscheiden darf, nicht absolut die Fähigkeit, über 100 Gulden zu entscheiden, absprechen kann, sprechen für dies Recht der Partheyen, und nur in Fällen, in welchen der Staat aus höheren Rücksichten besondere Gerichte anordnete, z. B. bey Ehestreitigkeiten, Scheidungsklagen, muß das Recht zu prorogiren bezweifelt werden.

Was den dritten Punkt betrifft, so verdient hier der Art. 14. des Franzöf. Codex ⁹³⁾ eine Berücksichtigung. Es scheint durch diesen Artikel theils jeder Parthey ein leichtes Mittel gegeben zu seyn, ihren Gegner zu thicaniren; den Proceß zu verzögern, und ihn vor ein anderes Gericht zu ziehen, theils kann man glauben, daß der Gesetzgeber selbst dadurch ausspreche, wie wenig er von den Friedensgerichten erwartet ⁹⁴⁾; allein der Artikel muß wohl im ganzen Zusammenhange der Gesetzgebung und im Geiste der darüber jetzt ziemlich constanten Franzöf. jurisprudence aufgefaßt werden, und hier gibt Art. 427. des Code de proc. hinreichenden Aufschluß ⁹⁵⁾. Darnach gilt die nämliche Bestimmung wegen der Verweisung an die ordentlichen Gerichte aus dem Grunde der Beschuldigung

93) Art. Code de proc. art 14. Lorsqu'une des parties déclarera vouloir s'inscrire en faux, deniera l'écriture ou déclarera ne pas la reconnaître, le juge lui en donnera acte; il paraphera la pièce et renverra la cause devant les juges, qui doivent en connaître.

94) Diese Ansicht ist wirklich in dem mir eben gekommenen trefflichen Buche, von Feuerbach: Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, S. 49, enthalten.

95) Si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la partie persiste à s'en servir le tribunal renverra devant les juges, qui doivent en connaître, et il sera sursis au jugement de la demande principale. Néanmoins si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs.

gung des falsums auch bey den Handelsgerichten, und hier sagt das Gesetz noch deutlicher, daß das Gericht auch der Einrede ungeachtet darüber weggehen und in der Hauptsache erkennen dürfe. So hat sich die Praxis gebildet, daß, wenn der Friedensrichter findet, die der Verfälschung beschuldigte Urkunde sey nicht nothwendig zur Entscheidung der Sache, er ohne weiteres in der Hauptsache selbst spricht, und es dem Beklagten überläßt, ihre Behauptung bey dem ordentlichen Gerichte auszuführen ⁹⁶⁾. Das ordentliche Gericht, wenn aber auch die Frage über das falsum dahin verwiesen wird, entscheidet nie über die Hauptsache, die vielmehr bey dem Friedensgerichte anhängig bleibt. Uebrigens kömmt der Fall der Anwendung des art. 14. ziemlich selten vor, weil sich eine Parthey in Frankreich wohl hütet, den kostspieligen und gefährlichen Proceß über falsum einzuschlagen, und einer Calumnienklage sich auszusetzen. Erwägt man, daß jeder Fall, so oft eine Urkunde als falsch angegeben oder abgeleugnet wird, in seiner Verhandlung schwierig wird, daß selbst die Gesetzgebung daran Interesse hat, daß über Beschuldigungen der Fälschung nicht leichtsinnig entschieden werde, so kann man unmöglich dem Friedensgerichte die Entscheidung überlassen, weil der Grund der Einfachheit der Verhandlung wegfällt, und so möchte der art. 14. wohl Nachahmung in Deutschland verdienen, nur müßte der Nachsatz des art. 427. deutlich auch der, dem art. 14. nachgebildeten Bestimmung beygefügt, und ausgesprochen werden, daß die Hauptsache wegen der Beschuldigung des falsums nicht dem Friedensgerichte entzogen werden könne. Noch scheint es vielleicht zweckmäßiger, den art. 14. nur auf den Fall zu beschränken, wenn die Parthey die Urkunde der Verfälschung beschuldigt, nicht aber auch auf die Fälle des bloßen Abläugnens der Urkunde ausgedehnt werden, weil in Fällen der letztern Art durch das juramentum diffessionis,

96) Annales de jurisprudence Tom. I. p. 45. Carré traité et questions Tom. I. p. 21.

wenn man dasselbe in einer neuen Gesetzgebung beybehalten will, leicht zu helfen ist, und wenn man dies nicht annehmen will, alles darauf ankömmt, ob der Producent den Beweis der Richtigkeit führen kann oder nicht, ein solcher Richtigkeitsbeweis aber auch von dem Friedensgerichte zu führen ist. Auf der andern Seite darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß, wie die Erfahrung lehrt, die Verhandlung über den Richtigkeitsbeweis einer Urkunde zu den schwierigen Fällen gehört und eine feine Beurtheilungskraft verlangt, und daß insbesondere bey dem Beweise durch Schriftenvergleichung auf dem flachen Lande, oder in kleinen Landstädten, in welchen doch gewöhnlich diese Friedens- oder Landgerichte ihren Sitz haben, es sehr schwer halten wird, tüchtige und geübte brauchbare Schreibverständige zu finden, deren man sich bey der Schriftenvergleichung bedienen könnte; daher sich wohl viel dafür sagen läßt, jede Führung des Richtigkeitsbeweises an die Bezirksgerichte zu verweisen. Am besten aber möchte es seyn, wenn man die Entscheidung der Frage: vor welchem Gerichte dieser eben genannte Beweis, vorausgesetzt, daß nicht Beschuldigung des falsch vorliegt, zu verhandeln ist, von den Umständen, und daher von den Anträgen der Partheyen und dem Ermessen des Friedensgerichts abhängig machen läßt. — Die Erörterung der weiteren Punkte über die Grundprincipien der sogenannten summarischen Prozesse, über die Fälle, worin diese Prozesse eintreten sollen, und über das Verfahren dabey, bleibt dem nächsten Hefte vorbehalten.

XXI**Ueber die, bey dem Anwartschaftsrecht der Miterben
Statt findenden Vorzugsrechte.**Von **Erbauung**.

Ich habe immer in meinem Pandektensystem §. 844. mich für den, gewöhnlich angenommenen Satz erklärt, daß Miterben, welche mit andern zu demselben bestimmten Theil als re et verbis conjuncti gerufen sind, bey dem Wegfallen ihres conjuncti ein Vorzugsrecht haben, nicht aber bloße re conjuncti. Schon mehrere ältere Juristen haben aber in jener Beziehung die re conjunctos den re et verbis conjunctis gleichstellen wollen, und neuerlich hat Götzgen¹⁾ diese Idee gebilligt, jedoch ohne genauere Entwicklung, indem er sich blos auf L. 59. §. 3. de her. inst. L. 26. §. 1. de cond. et dem., wovon nachher weiter geredet werden soll, beruft, und dann noch auf eine Reihe von Stellen, in denen dem *legatario re conjuncto* ein *ius accrescenti* gegeben wird²⁾, welche hier also nicht wohl entscheiden können, indem grade die Frage

1) In Betreff deren, welche *sine parte scripti* sind, war stets Streit, woben ich es nach wie vor mit *Faber* halten muß. Was man neuerlich, in den gleich nachher zu nennenden Schriften, dagegen gesagt hat, konnte mich nicht wankend machen, weil man dabey willkürlich das Fingiren eines *consensus*, oder einer *disjunctio* verlangt.

2) *Obs. jur. Rom.* p. 99.

3) *Ulp. Fr. T.* 24. §. 12. L. 1. pr. §. 3. de usufr. accr. (7. 2.) L. 34. 35. ad Leg. Aquil. L. 10. 89. de legat. III. L. 30. de cond. et dem. §. 8. J. de legat. L. un. 4. 11. C. de caduc.

davon ist, ob in Beziehung auf das Vorzugsrecht der Erben etwas Eigenes gelte? Durch jene Ausführungen nicht befehrt, habe ich mich gleich in der fünften Ausgabe meines Systems gegen Böschens erklärt, bin aber dafür wieder von Andern angegriffen worden ⁴⁾, und zwar mit einer förmlichen Deduction, gegen welche ich mich denn wieder meiner, wie ich glaube, guten Sache annehmen muß.

Die Gründe, welche mir entgegen gesetzt sind, beschränken sich im Wesentlichen auf Folgendes: Die Consequenz fordre, daß man hier, wo alles auf dem muthmaßlichen Willen des Erblassers beruhe, den Erben wie den Legatar behandle. Bey Legaten habe nun aber der *re conjunctus*, wie der *re et verbis conjunctus*, ein Anwachungsrecht, mithin gebühre auch dem Erben vorzugsweise der Theil seines wegfallenden *re conjuncti*. Nach L. 80. de leg. III. gehe der Ausdruck *conjuncti* auch auf bloße *re conjunctos*, und eben so in L. 15. pr. de hered. inst. L. 142. in f. de V. 5. Zufolge dieser, hiermit »festgestellten Römischen Terminologie« spreche nun klar gegen die gemeine Ansicht L. 20. §. 2. de hered. inst., wo Paulus sage:

Quod si vivus et mortuus ex parte dimidia conjunctim heredes instituti sunt, ex altera alius, aequas eos partes habituros esse.

und eben so die Aeußerung des Celsus in L. 59. §. 3. eod.

Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit (das heißt also, der nicht *re conjunctus* sey) heres non est, pars ejus omnibus pro hereditariis portionibus accrescit.

Daraus folge: wäre er reell verbunden, so würde er einen vorzugsweisen Anspruch haben.“ Man sehe daraus deutlich, daß auf die Verbalverbindung gar keine Rücksicht genommen

4) Meusketel und Zimmermann Römischrechtl. Unterf. 1. Bd. S. 89—95.

sey. Denn gleich vorher im §. 1. heiße es: Titius heres esto, Seius et Mevius heredes sunt; verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur. Daß: quorum alter conjunctim duobus datur bezeichne nun wieder eine bloß reelle Conjunction. Freylich könne man sagen, es steshe da: Seius et Mevius, mithin sey von re et verbis conjunctis die Rede. Allein es lasse sich doch nicht behaupten, daß man so exegessren müsse, und insofern gebühre der einfacheren Auslegung der Vorzug. Damit stimme nun auch L. un. §. 10. C. de caduc. überein, wo Justinian den conjunctis ein Vorzugsrecht gebe, und den disjunctis abspreche. Jenes gehe nun aber auch auf bloße re conjunctos. Denn der Kaiser gebe den conjunctis ein Vorzugsrecht, quia conjuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt. Die unitas sermonis könne sich nun aber auf die reale Verbindung beziehen, da diese doch auch in den Worten ausgesprochen werden müsse.

Es ist mir unmöglich, vielen Einwendungen auf irgend eine Art nachzugeben. Folgendes wird zur Rechtfertigung der gemeinen Lehre hinreichen.

Im Allgemeinen bezieht sich das Wort conjuncti auf alle Arten verbundener Erben, also auf re, verbis, und re et verbis conjunctos. Dieß sagt Paulus in L. 142. de V. S., aber gleich mit dem Zufage: nec dubium est, quin conjuncti sint, quos et nominum, et rei complexus jungit, welcher darauf hindeutet, daß vorzugsweise bloß die re et verbis conjuncti den Namen conjuncti führen, wie es auch natürlich ist, da sie in aller Hinsicht verbunden sind, und in keinem Betracht als getrennt erscheinen. Daß nun die Classiker diesen Sprachgebrauch hatten, und bloße re conjunctos gewöhnlich distinctos, oder separatos, nannten, darüber kann nicht der geringste Zweifel seyn. In Gaj. inst. L. 2. §. 199. heißt es bestimmt:

Conjunctim autem ita legatur: Titio et Seio hominem Stichum do lego; disjunctim ita: Lucio Titio hominem Stichum do, lego, Seio eundem hominem do, lego.

Bald nachher kommt im 205. 215. 223. dasselbe auf gleiche Art vor. Fast buchstäblich eben so steht die Sache in *Ulpiani* Fragm. Tit. 24. §. 12. 13., und ganz auf gleiche Art im §. 8. J. de legatis. Auch findet sich in den Pandekten überall dasselbe ⁵⁾. Die vorhin erwähnten L. 20 §. 2. L. 59. §. 3. de hered. inst. sind also wegen des Ausdrucks conjuncti nur auf re et verbis conjunctos zu beziehen, und dies ist auch um so mehr notwendig, da das erste Fragment in dem Ausdruck: vivus et mortuus grade eine Verbalverbindung andeutet. Auf allen Fall aber ist L. un. §. 10. 11. C. de caduc. für unsre Frage ganz entscheidend. Justinian gibt nämlich im §. 10. nur den conjunctis ein Vorzugsrecht, und versagt dasselbe den disjunctis. Können hier nun wohl diese Worte in einem andern Sinne genommen werden, als dem, welchen der Kaiser selbst in den Institutionen klar angegeben hatte? Der Zusatz: die conjuncti sollen ein Vorzugsrecht haben, quia propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, die disjuncti aber nicht, weil sie ab ipso testatore sermone apertissime sunt discreti macht nun alles auch gewiß so klar, daß ich gegen das Nachhelfen mit einem quasi wohl nichts zu erinnern brauche, besonders da gleich nachher im §. 11. unter den disjunctis oder separatis augenscheinlich die re conjuncti verstanden werden.

Bei diesen Umständen würde man wohl schwerlich jemals auf eine Bestreitung der gemeinen Ansicht gekommen seyn, wenn man nicht die Idee gehabt hätte, daß man ohne dies mit einer unleidlichen Inconsequenz zu thun habe. Denn der lega-

5) §. 3. L. 1. §. 3. de usufr. accresc. L. 33. pr. de legat. I. L. 13. §. 1. L. 41. pr. de legat. II. L. 30. de cond. et dem.

tarius re conjunctus bekommt allein den Theil seines wegfallenden re conjuncti; warum soll nun der heres re conjunctus nicht eben so gehalten werden? Allein es läßt sich leicht zeigen, daß diese angebliche Inconsequenz dem Römischen Recht ganz uncivilistisch angedichtet wird. Man erwäge nur Folgendes. Ein Legatar bekommt nie mehr, als ihm der Testator an sich gab, und sein jus accrescendi besteht bloß darin, daß Andre durch ihre Concurrenz seinen Theil nicht mindern; also haben nur re und mixtim conjuncti das Anwartsungsrecht. Anders ist die Sache bey Erben. Da nämlich die ganze Erbmasse vertheilt werden muß, da der Erbe den Verstorbenen repräsentirt, und da es keine theilweise Personalität gibt, so muß der Erbe auch die offen gelassenen, oder offen werdenden Theile annehmen, welche ihm der Erblasser nicht gegeben, ja sogar zu geben verboten hat, und dieses alles wird ihm nicht als etwas Selbständiges, sondern als bloßer Nebenheil der Hauptportion zugelegt, und die Beschränkung in der Berufung wird als nichtgeschrieben behandelt ⁶⁾. Jeder Erbe ist also zunächst zu der ganzen Erbmasse berufen, und es ist an sich einerley, ob ich sage: A soll mein Haus erben; oder: A soll $\frac{1}{3}$ meines Vermögens haben; oder: A soll mein Erbe seyn; oder: den A setze ich auf mein ganzes Vermögen ein. Nur durch die Concurrenz Anderer kann der Erbe beschränkt werden. Folglich sind alle Miterben schon an sich *re conjuncti*, und so ist es hier auch rein unmöglich, auf das *re conjunctus est* für Einen der Miterben ein besonderes Gewicht zu legen. Setzt also z. B. der Testator den A auf die Hälfte ein, so gilt A an sich als heres ex asse. Führt nun das Testament fort: B soll auf $\frac{1}{2}$ mein Erbe seyn; auf eben dieses $\frac{1}{2}$ setze ich auch den C ein: so ist hier B *re conjunctus* des A, weil er durch seine Concurrenz den A auf eine Hälfte einschränkt, und aus gleichen

6) L. 35. pr. §. 1. L. 83. de acquir. hered. L. 9. §. 13. de hered. inst.

Gründen ist wieder C ein re conjunctus des B und A. Wenn also B wegfällt, so kann C nicht als dessen re conjunctus einen Vorzug vor A verlangen, indem der A auch re conjunctus des B ist. Derselbe Mechanismus ist auch in L. 41^o pr. de legat. II. in Beziehung auf Legate angedeutet, in so fern er hier als möglich gedacht werden kann, nämlich wenn der Dritte den Zweyten auf den Ersten drängt, und so ein wechselseitiges re-conjungere herauskommt. Allein im Ganzen gestaltet sich die Sache bey Legaten ganz anders. Der Legatar bekommt nämlich auf keinen Fall mehr, als ihm der Testator an sich anwies, hat mithin nur ein jus accrescendi, wenn sein Collegatar für ihn re oder mixtim conjunctus war, bekommt demnach nichts, wenn Collegatäre anderer Art wegfallen. Durch das re conjunctus esse bekommt er also kein Vorzugsrecht, sondern nur ein Anwachsungsrecht. Sind nun aber alle Miterben schon an sich unter einander re conjuncti, accrescirt ihnen mithin auch der Theil des, zu einem abgesonderten Theil gerufenen Miterben, welcher freylich in der Lehre von Legaten nicht als re conjunctus gelten könnte: so kann auch, wie gesagt, aus dem gleichen Rechte Aller kein Vorzug für den Einen abgeleitet werden. Man muß mithin bloß so sagen: die Verbindung in der Sache gibt Accrescenzrechte (keine Vorzugsrechte). Darin sind Erben und Legatäre gleich, aber bey den ersten wird das re conjunctus esse weiter genommen, als bey den letztern.

Wenn übrigens Göschen sich noch auf L. 26. §. 1. de cond. et demonstr. berufen hat, so geschah es wohl nicht in der Absicht, daß damit das Vorzugsrecht des heredis re conjuncti in Beziehung auf andere Miterben bewiesen werde, wenigstens hätte es nicht geschehen sollen, da dies Fragment nichts von dem Fall sagt, wo noch Miterben anderer Art vorhanden sind.

XXII.

Beiträge zur Lehre von den Gerichtsständen.

Von Herrn Professor Gesterding zu Greifswalde.

Von den allgemeinen Gerichtsständen.

Wenn man von den allgemeinen Gerichtsständen reden will, wie ich gerade vorhabe, ohne die Materie erschöpfen zu wollen, scheint es ganz natürlich zu seyn, da man doch erst geboren seyn muß, ehe man sich einen Wohnort wählen kann, den Gerichtsstand des Geburtsorts demjenigen des Wohnorts voranzuschicken. Also pflegt es auch zu geschehen. Aber, aus Gründen, die sich am Schlusse von selbst ergeben werden, verändere ich diese, wie es scheint, natürliche Rangordnung.

1. Gerichtsstand des Wohnorts.

Vom Wohnort hängt es ab, unter welchen Gesetzen und Gerichten Jemand lebt, und mit der Veränderung desselben, verändern sich häufig beyde. Es ist daher in dem Gebiet des Rechts wichtig, den Wohnort eines Menschen zu kennen; aber diese quaestio facti ist nicht in allen Fällen leicht zu beantworten, und oft entstehen Streitigkeiten darüber, ob Jemand an diesem oder jenem Ort gewohnt habe, oder noch wohne, oder ob er seinen bisherigen Wohnort aufgegeben und ihn mit einem neuen vertauscht habe.

Zum Wohnort in juridischer Bedeutung gehört bekanntlich zweyerley. Einmal die Thatsache des Aufenthalts an einem Ort, zweytenß die Absicht, an diesem Ort einen festen Sitz und eine bleibende Stätte haben zu wollen; eine Stätte,

von welcher Jemand ohne besondere Veranlassung oder Sinnesänderung sich nicht wieder entfernen will, oder, wie es im Codex heißt: unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet 1).

Selbst ein auf die Dauer erwählter Aufenthalt scheint an und für sich noch keinen Wohnsitz zu begründen, und wer sich an einem Ort niederläßt, um dort einige Jahre zu bleiben, und dann anderswohin sich zu begeben, von dem würde man, glaube ich, nicht sagen können, er habe dort sein Domicilium, weil er nämlich zugleich die Absicht hegt, an einem andern Ort einen Aufenthalt von noch größerer Dauer zu haben. Ueberhaupt scheint die Absicht, den Aufenthaltsort zu wechseln, wenn sie gleich der Fortdauer des einmal begründeten Domicilii (allein) nicht im Wege steht, die Entstehung desselben unmöglich zu machen, und wer sich nur auf einige Jahre an einem Ort niederläßt, und dabey gleich anfangs entschieden die Absicht hegt, nach Ablauf dieser Jahre seinen Stab weiter zu setzen, der, scheint mir, sey, wenn er seinen vormaligen Wohnort aufgegeben, im rechtlichen Sinne heimatlos (was denn freylich auf einem andern Wege zu denselben Wirkungen führt). Außerdem aber ist er einem Reisenden zu vergleichen. Anders denken z. B. Lauterbach und Pütter 2). Aber wie stimmt ihre Lehre zu den eben angeführten Schlussworten in der Stelle des Codex:

unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet.

- 1) *L. 7. C. de incolis* — — *Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, perigrinari videtur; quod si rediit, perigrinari jam destitit.*
- 2) *S. Lauterbach Coll. theoret. pract. Lib. 5. tit. 1. §. 45.* Unter Beziehung auf diese Stelle stellt Pütter in den Rechtsfällen (B. 1. Th. 4. Entsch. 165.) den Satz auf: *Forum domicilii fundatum est, licet domicilium non ad dies vitae*

Es stehen einander entgegen die Absicht, an einem Ort bleiben zu wollen, wodurch der Wohnort begründet wird, und die Absicht, den Aufenthaltsort zu wechseln, die den Reisenden und Heimatlosen auszeichnet.

Die Absicht, an einem Ort bleiben zu wollen, erhellt entweder aus einer ausdrücklichen Erklärung, und dahin wird es auch gerechnet, wenn Jemand am Ort seines Aufenthalts das Bürgerrecht gewinnt³⁾; aber häufig muß man sich hier mit Vermuthungen behelfen. Dabey kommt nun alles auf das vernünftige Ermessen des Richters an⁴⁾. Es können dabey in Betrachtung kommen die Beschaffenheit der Person, ihr Stand und Gewerbe, die Art ihrer Thätigkeit an einem Ort, die Gründe ihres Aufenthalts, die Dauer des Aufenthalts und die Art, wie Jemand an einem gewissen Ort sich einrichtet, ob er sich mit seiner Familie dorthin begibt, seine Güter dort hat, oder dorthin kommen läßt, oder wenigstens den größten Theil derselben. Doch alle Anzeigen, die aus Umständen dieser Art für die Absicht des zu errichtenden Wohnorts abgeleitet werden können, sind nicht so sicher, daß sie sich in allen Fällen bewähren sollten, und selbst die langwierige Dauer des Aufenthalts an einem Ort wird uns nicht immer, oder doch nicht allein berechtigen, auf das Vorhandenseyn jener Absicht mit Sicherheit zu schließen. Auf der andern Seite kann schon der bloße Aufenthalt an einem Ort jene Vermuthung erwecken, wenn kein vorübergehendes Geschäft oder Zweck Jemanden, daß man es wüßte, an diesem Ort verweilen macht. So

alicubi institutum sit, sed aliquamdiu tantum ob calamitates patriae bellicas, ita tamen, ut praxi e. g. medicae, ibi operam novet. Engel (coll. jur. canon. lib. 2. tit. 2. §. 1. no. 8.) und Er a met (Observat. jur. un. tom. 5. obs. 1392) nennen ein solches forum ein forum quasi domicilii.

3) Struw. Syntagma jur. civil. tit. de judiciis §. 22. Hellfeldt jurisprudentia for. §. 513.

4) Leyser spec. 72. med. 1.

schreibt Hefffeld 5): *Tacita vero declaratio fit facto. quale est, si quis in loco quodam habitare et res suas ibi habere incipit, nec constat de particulari quodam, quod in loco curandum habet, negotio.* Nur möchte jene Vermuthung allein schwerlich ausreichen. Besonders wird der Umstand, daß Jemand an dem Ort, wo er sich aufhält, ein eignes Haus erwirbt, oder wie es in jener Stelle des Codex heißt: *si quis ~~larem~~, rerum ac fortunarum suarum summam (alicubi) constituit*, ob es gleich zur Errichtung eines Wohnsitzes nicht durchaus erforderlich ist, auf den Vorsatz, an diesem Ort wohnen zu wollen, wenn auch nicht immer mit Sicherheit schließen lassen. Der Erwerb eines eignen Hauses, um es zu bewohnen, berechtigt uns ohne Zweifel, bey dem Erwerb den Vorsatz zu vermuthen, an diesem Ort eine bleibende Stätte zu haben. In diesem Fall pflegt es vorzugsweise zu heißen, Jemand habe sich an dem Ort häuslich niedergelassen.

Wie nun zur Begründung des Wohnorts zweyerley zusammen kommen muß, das Seyn an einem Orte und der Wille, dort bleiben zu wollen, so sollte man glauben, müßte der Wohnort aufhören, wenn auch nur das Eine von Beiden wegfällt, und besonders das Seyn. Beym Domicilio kommt es doch hauptsächlich an auf die Thatsache des Aufenthalts an einem Orte, und wenn diese fehlt, so scheint es, es lasse sich auch bey Fortdauer des Animus eine Fortdauer des Domicilii schwerlich behaupten. Es scheint etwas Widersinniges zu enthalten, von Jemanden anzunehmen, er wohne an einem Ort, wenn er bloß die Absicht hat, dort wohnen zu wollen.

Allein, wenn Jemand an einem gewissen Ort seinen Wohnsitz einmal aufgeschlagen hat, so ist die bloße Veränderung des Aufenthalts zur Veränderung des Domicilii so wenig hinlänglich, als die bloße Absicht, das bisherige Domicilium

5) unter Berufung auf L. 17. §. 13. L. 27. §. 1. D. ad Municip. und L. 2. C. ubi senat.

aufzugeben; es muß beydes zusammenkommen. Wie zum Entstehen des Wohnorts zweyerley gehört, gehört auch zweyerley zum Aufhören desselben, und zwar das Entgegengesetzte, nämlich ein mal Veränderung des Aufenthalts, und zwey tens Veränderung der Absicht; es muß Entfernung vom bisherigen Wohnort und Wille, den bisherigen Ort nicht länger zum Wohnort zu haben, zusammentreffen. Wenn daher Jemand an einem Ort nicht länger wohnen will, und selbst wenn er dies ausdrücklich erklärt, dauert sein Wohnort dennoch fort, so lange, bis er sich wirklich wegbegeben, und eben so wird das Domicilium durch die bloße Entfernung von einem Ort nicht verloren, sondern es muß die Absicht hinzukommen, den früheren Wohnort aufzugeben, und wenn Jemand von seinem bisherigen Wohnort sich wegbezieht, wird das Domicilium durch den bloßen animus beygehalten, nämlich durch den animus revertendi. Das Domicilium, sagen die Rechtsgelehrten, sey hierin dem Besitz zu vergleichen. Zu Anfange sey, neben dem animus, wirkliches Wohnen zur Begründung desselben erforderlich; nachdem es aber einmal begründet ist, sey ein ununterbrochener Aufenthalt zur Fortdauer desselben nicht nöthig, es werde daher beygehalten, obgleich Jemand, dem Leibe nach, abwesend ist ⁶⁾.

Wir sind nun zwar eben nicht berechtigt, auf das Domicilium anzuwenden, was vom Besitz gilt, der es von der Befugniß erhört, daß er auch in Abwesenheit des Besitzers fort dauert; indessen ist so viel klar, daß eine vorübergehende Abwesenheit nicht in Betrachtung kommen kann. Wer an einem Ort wohnt, hat nicht gerade die Absicht, sich auf diesen Ort zu beschränken, sondern, wenn er gleich diesen Ort zur bleibenden Stätte erwählt, behält er sich doch im Stillen vor, sich zu Zeiten davon zu entfernen, wie er sich die Freyheit vorbehält, ihn allenfalls auch ganz aufzugeben. Der Ort soll ihm nicht Gefängniß, sondern nur regelmäßiger Aufenthalts-

6) Müller ad Struv. syntagma §. 31. nota a.

ort seyn. Daher heißt es in jener, für diese Lehre so wichtigen Stelle des Codex, nachdem die Frage, wo Jemand sein Domicilium habe, beantwortet ist: unde cum profectus est, perigrinari vedetur; quodsi rediit, perigrinari jam destitit. Man kann daher mit Recht sagen, Jemand behalte sein Domicilium bey, was er bisher an einem gewissen Ort hatte, wenn er bey der Entfernung den Vorfaß hegt, dahin zurückzukehren.

Dabey entsteht die Frage, ob Jemand, indem er sich entfernt, positiv die Rückkehr wollen müsse, oder ob es nicht vielmehr genug sey, wenn er den animus, den er bisher hatte, an diesem Ort zu wohnen, nicht aufgibt. In der That ist der animus revertendi, wodurch das Domicilium an dem bisherigen Ort, ungeachtet der Abwesenheit, erhalten wird, nichts anders, als der unverändert fortdauernde Wille, an dem bisherigen Ort zu bleiben. Zur Fortdauer des Wohnorts bedarf es also keiner neuen Willensbestimmung, und eben daher braucht auch nicht erwiesen zu werden, daß Jemand, als er sich von einem gewissen Ort entfernte, die Absicht hegte, dorthin zurückzukehren; es muß vielmehr bewiesen werden, daß er die Absicht, an dem bisherigen Ort zu wohnen, fahren ließ 7).

Ist die Absicht, den bisherigen Wohnort zu verlassen, ausdrücklich erklärt, so hat die Sache ihre gewiesenen Wege. In den meisten Fällen wird es daran oder doch am Beweise fehlen, und dann kömmt es eben so, wie bey der Entstehung des Wohnorts, auf das, was, nach den Umständen, zu vermuthen und auf das vernünftige Ermessen des Richters an 8). Besonders können dabey in Betrachtung kommen die Art der Entfernung, z. B. ob Jemand seine Familie und Sachen mit sich nimmt — und die Dauer der Abwesenheit. Die Rechts:

7) Ueberhaupt muß die Veränderung des Domicilii erwiesen werden.
Struw. c. 1. §. 32.

8) *Leysers spec. 72. med. 1.*

gelehrten pflegen, gestügt auf eine mißverständene oder viel mehr gar nicht hieher gehörige, von einem besondern Fall handelnde Stelle des Codex — L. 2. C. de incolis — eine Abwesenheit von zehnjähriger Dauer zu erfordern, und diese soll, wie Struv bemerkt, nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten auch nur in zweifelhaften Fällen den Ausschlag geben⁹⁾. Die Wahrheit scheint zu seyn, wie sich hier kein gewisses Zeitmaß festsetzen läßt, daß aber Aufgebung eines einmal erwählten Wohnorts so leicht nicht, sondern nur aus dringenden Gründen anzunehmen, daß die bloße Dauer der Abwesenheit zu dem Schlusse der Aufgebung nicht berechtige, daß sie aber, mit andern Umständen zusammen genommen, sehr viel, und, je länger sie dauert, immer um so mehr bewirke. Fehlt es bloß an Gründen, die den Vorsatz der Rückkehr offenbaren, dieses wird nicht genug seyn; es müssen Gründe für den Vorsatz der Aufgebung streiten, z. B. Veräußerung des bisherigen Wohnhauses. Die Beybehaltung einer Wohnung während der Abwesenheit ist ein *gens indicium*.

Daraus, daß Jemand an einem andern Ort einen zweyten Wohnsitz aufschlägt, folgt nicht nothwendig, daß er den bisherigen aufgegeben habe: denn es ist möglich, daß Jemand an zweyen Orten zugleich wohne¹⁰⁾. Damit man sagen könne, daß Jemand an zweyen Orten zugleich sein Domicilium habe, muß er es an jedem haben; d. h. an jedem Ort wirklich wohnen, mit der Absicht, daselbst eine bleibende Stätte zu haben, z. B. im Sommer hier, im Winter dort¹¹⁾. Hingegen wird er nicht an beyden wohnen, wenn er nur an dem einen wohnen, an dem andern sich nur dann und wann einmal aufhalten will. Das Wohnen an mehreren Orten zugleich wird hauptsächlich wohl nur dann Statt finden, wenn Jemand, in

9) *Syntagma* c. 1. §. 32.

10) L. 27. §. 2. D. ad Municip.

11) Müller ad Struv. c. 1. §. 26. nota.

dem er einen neuen Wohnort erwählt, die Absicht, an dem bisherigen zu wohnen, noch nicht völlig aufgegeben hat. Wie wohl nun in der Erwählung eines neuen Wohnorts die Aufgebung des bisherigen nicht notwendig enthalten, weshalb sich Struv¹²⁾ sehr vorsichtig und genau ausdrückt, wenn er schreibt: *Mutatur domicilium adeoque etiam forum, translata habitatione in alium locum, juncto animo, non in priori, sed in hoc sedem fixam habendi*, so wird der Fall, daß Jemand wirklich an zweyen Orten zugleich seinen Wohnort hätte, doch nur selten, sehr selten vorkommen, und eben daher wird, wenn Jemand anderswo sein Domicilium aufgeschlagen hat, ohne besondere und sehr triftige Gründe an der Aufgebung des bisherigen kaum zu zweifeln seyn.

Es ist aber freylich nicht nöthig, damit das bisherige Domicilium aufhöre, daß Jemand es anderswo aufschlage. Es kann Jemand sein bisheriges Domicilium aufgeben, ohne ein neues zu erwählen. Ein solcher ist, wenigstens einstweilen, *sine domicilio*, also im rechtlichen Verstande vagabundus oder heimatlos.

Heimatlos kann Jemand aus verschiedenen Gründen seyn, entweder, weil er die bisherige Wohnstätte verlassen und noch keine neue gefunden hat, oder weil er nach der neuen gerade auf dem Wege ist¹³⁾. Z. B. eine Familie von Auswanderern befindet sich auf der Reise nach America, oder weil er sich überhaupt an keinen bestimmten Ort binden, die Welt als sein Vaterland betrachten will. Oder seine Lebensart bringt es mit sich, daß er sich auf keinen bestimmten Ort beschränken kann, sondern, um seinen Unterhalt zu finden, muß er sich bald hierhin wenden, bald dorthin. Dahin gehören alle, die, ohne einen bestimmten Wohnort zu haben, umherziehen, um sich oder ihre Künste oder Sachen für Geld sehen zu lassen,

12) c. 1. §. 32.

13) L. 27. §. 2. D. ad Municip.

namentlich Schauspieler. Einen solchen, der seinen Wohnort überall und nirgends hat, stellt man bekanntlich vor Gericht, wo man ihn eben findet. Bey ihm heißt es: Ubi te inveni, ibi te judico, und keinen andern Richter gibt es, der sich über Eingriff in seinen Sprengel beschweren, oder wohin jener seinen Gegner verweisen könnte.

Zur Bestätigung dessen, was über die Veränderung des Domicilii gesagt ist, eine Stelle aus Lauterbach ¹⁴⁾:

Ut autem dicto modo domicilium solvatur et finiatur, requiritur, ut utrumque concurrat, et voluntatis et habitationis mutatio: Sola voluntas domicilium mutandi et derelinquendi, licet verbis et literis fuerit declarata, non sufficit, sed insimul requiritur, ut quis actu et facto sedem transferat, a loco illo recedat et ibi habitare desinat. *L. 20. D. ad Municipal.* E contrario nec sola habitationis mutatio hic sufficit, sed necesse est, ut contraria quoque voluntas, prius sc. domicilium deferendi, adsit. Nam licet quis diu in alio loco v. g. ratione officii vel ex simile causa habitaverit, prius tamen domicilium non mutatum vel derelictum censetur, nisi etiam voluntas illud deserendi adfuerit, et de illa vel ex contestatione aut ex sufficientibus conjecturis constet. Haec enim voluntatis mutatio per se non praesumitur, sed ab allegante probari et demonstrari debet. *arg. L. 7. §. ult. D. de curat. furioso dando. Carpzov. lib. 6. resp. 40. n. 17.* Illud necessarium non est, ut in alio loco aliud domicilium constituatur, sed quamprimum quis decesserit a loco prioris domicilii, animo et intentione illud deserendi, statim prius domicilium finitum et extinctum censetur; ita ut ipse interim sit sine domicilio, si sc. alibi aliud non habeat.

14) Diss. de domicilis §. 65.

Nur noch ein Paar Worte von Verbannten. Relegati behalten nach Römischen Recht ihr domicilium bey, sie können es wenigstens beybehalten ¹⁵⁾. Dies darf uns nicht Wunder nehmen, da sie ja auch durch die Relegation das Bürgerrecht nicht verlieren ¹⁶⁾. Ugo hielt dafür, mit jenem Satz beziehe es sich nur auf solche, die für eine Zeitlang verbannt sind; allein Struv ¹⁷⁾ läßt ihn auch von solchen gelten, die für immer verbannt sind; theils wegen des fortdauernden Bürgerrechts, theils weil ihnen die Hoffnung der Rückkehr bleibt. In der That muß, schon nach allgemeinen Regeln der Auslegung, ein allgemein lautender Satz auch allgemein verstanden werden.

Was indessen bey den Römern von den Verbannten galt, denen ein bestimmter Wohnort angewiesen war, woselbst sie einstweilen ein Domicilium necessarium hatten ¹⁸⁾, das läßt sich auf unsre Verbannten wohl nicht anwenden. Personen, die bey uns in perpetuum verbannt sind, verlieren, denke ich, zusamt dem Bürgerrecht auch ihr Domicilium. Sie können die Absicht nicht länger haben, an einem Orte wohnen zu wollen, von wo sie auf immer verwiesen sind, und wenn sie eine solche Absicht auch hegten, kann doch der bisherige Wohnort, weil ihnen die Rückkehr versagt ist, von ihnen nicht wieder betreten werden, wie bey denen der Fall ist, die sich bloß ad tempus freywillig entfernt haben. Hingegen die nur ad tempus verwiesen sind, behalten das Bürgerrecht und auch das Domicilium bey; wenigstens verlieren sie es durch die bloße Verbannung nicht, wohl aber durch den zu beweisen:

15) L. 27. D. ad Municip. Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci unde arcetur, ut Marcellus scripsit.

16) L. 7. §. 3. D. de interd. et relegatis.

17) Synt. tit. de jud. §. 31.

18) L. 22. §. 3. D. ad Municip. Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet.

den veränderten Willen. Der Umstand, daß Jemand von einem gewissen Ort verbannt ist, ist dabey geeignet, Willensveränderung wahrscheinlich zu machen; für sich allein aber würde er zum Beweise der Absicht, den bisherigen Wohnort aufzugeben, nicht hinlänglich seyn. Es ist wahrscheinlich, daß Jemand an einen Ort nicht zurückkehren will, von wo man ihn weg gewiesen hat; er müßte denn sehr unempfindlich seyn. Es läßt sich auch glauben, daß ein Mensch, wenn ihm ein gewisser Ort mehrere Jahre lang versagt ist, sich dessen entwöhnt. Aber diese Umstände reichen doch in foro lange nicht hin, Aufgebung des bisherigen Wohnorts daraus herzuleiten.

2. *Forum originis.*

Ueber das *forum originis* zuerst die jetzt gewöhnliche Lehre, zweytens die abweichende, drittens einige Bemerkungen über unser heutiges *forum originis*, über dessen eigentliche Natur es meistens an einer ganz klaren Einsicht fehlt.

Also erstens die jetzt gewöhnliche Lehre. Darnach kann man das *forum originis*, wie es im Römischen Recht vorkömmt, dasjenige nennen, was durch das Vaterland begründet wird. Die Römer kennen ein doppeltes *forum originis*. Es ist nämlich entweder das allgemeine oder das besondere. Jenes ist für alle freygeborne Römer die Stadt Rom, nach dem Ausspruch des Ulpian: *Roma communis nostra patria est* ¹⁹⁾. Die Voraussetzung dabey ist, daß sie in Rom gerade anwesend sind ²⁰⁾. Das *forum originis speciale* hat jeder dort, wo er geboren ist, oder vielmehr, wo sein Vater zur Zeit seiner Geburt *civis* oder *municeps* war, sollte er selbst auch zufällig anderswo geboren seyn, z. B. auf einer

19) L. 33. D. ad Municip. L. 28. §. 4. D. ex quib. caus. majores, L. 2. §. 3. sq. L. 24. D. de judiciis, L. 6. §. 11. D. de excus. tutor. L. fin. D. de interd. et releg. L. 9. pr. D. de vacat. munerum.

20) L. 2. L. 4. D. de judiciis.

Reise 21). Diejem foro folgt auch das Kind, nicht aber dem foro domicilii des Vaters 22).

Das forum originis behält man nach Römischen Recht stets bey (weil man den Ort, woher man stammt, nach Willkühr nicht verändern kann). Wenn daher Jemand in der Folge ein eigenes Domicilium erwirbt, kann er an beyden Orten belangt werden, wo er wohnt und in seinem foro originis, und an beyden Orten ist er auch den bürgerlichen Lasten unterworfen 23).

Was die abweichende Meinung, und zwar zuerst die des Cocceji, welcher das forum originis commune bekämpft 24), betrifft, so sagt man: Rom war zwar communis patria omnium; allein deshalb war dort nicht für alle ein forum commune begründet; vielmehr konnte jeder Römer, wenn er in Rom nicht wohnte, im Fall er dort belangt ward, das jus revocandi domum geltend machen. Aus solchen Gründen sucht Cocceji das forum originis commune umzustürzen; aber, wie mir es scheint, ohne sonderlichen Erfolg, er scheint die Beweisstellen nur flüchtig gelesen zu haben; besonders dürfte die gewöhnliche Lehre an L. 23. D. ex quibus causis maiores eine starke Stütze finden.

Schwerer ist es, über das forum originis speciale die gewöhnliche Lehre gegen die Angriffe des Goddæus 25),

21) L. 1. §. 1. et 2. L. 3. L. 6. pr. et §§. sq. L. 17. §. 11. D. ad Municip. L. 3. C. de Municip. L. 7. C. de incolis

22) L. 6. §. 1. D. ad Municip. Filius civitatem, ex qua pater ejus naturalem originem ducit, non domicilium sequitur. L. 17. §. 11. D. eod. Patris domicilium filium aliorum incolam civilibus muneribus alienae civitatis non adstringit: cum in patris quoque personae domicilii ratio temporaria sit.

23) L. 29. D. ad Municip. L. 1. L. 6. C. de municipibus et originariis.

24) S. Controv. jur. tom. 1. tit. de jud. qu. 9.

25) ad Leg. 190. D. de V. S.

Nordt ²⁶⁾, Huber ²⁷⁾, aufrecht zu erhalten, welche die Meinung hegen, daß jene Stellen, worin das forum originis (speciale) seinen Sitz haben soll, nur von einer fortdauernden Verbindlichkeit zur Tragung persönlicher Lasten, nicht aber von der Jurisdiction zu verstehen sind. Goddæus beruft sich auf L. 190. D. de V. S., wofelbst Ulpian spricht:

Provinciales eos accipere debemus, qui in Provincia domicilium habent, non eos, qui ex Provincia oriundi sunt.

Diese Stelle beweist freylich gar nichts gegen die gewöhnliche Meinung, wie auch schon von andern bemerkt ist ²⁸⁾. Huber macht die Bemerkung: Nimis videtur enorme, locum originis, postquam domicilium alio translatum est, adhuc fori praebere causam. Aber eben dasselbe ließe sich auch gegen die fortdauernde Verbindlichkeit zur Tragung persönlicher Lasten einwenden, und dieser Grund beweist also zu viel. Auf der andern Seite scheint freylich diejenige Stelle, welche für die gewöhnliche Lehre als die Hauptstütze angeführt zu werden pflegt, auf den ersten Anblick auch nicht viel zu beweisen.

L. 29. D. ad Municipalem. Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.

Hier wird zwar ausdrücklich gesagt, daß auch die Gerichtsbarkeit nicht bloß durch den Wohnort begründet wird, sondern auch durch den Umstand, daß Jemand an einem gewissen Ort civis ist; aber von einem foro originis ist doch

26) ad tit. D. de judiciis verbis: Sortitur autem reus etc. (op. tom. 2. p. 124.)

27) Prael. ad h. t. §. 47.

28) Glück Erl. der P. 6. Th. §. 511. Noten 85. und 87.

nicht die Rede. Mallem dicere, bemerkt Huber, non opponi hic domicilium et originem, sed incolatum et civitatem; potest aliquis esse civis et alibi incola, ut domicilium utrobique habeat, quo nihil hodieque frequentius, uno loco praecipue: altero, electione loci sine lare fixo. Freylich ist es wahr, daß hier nicht Geburtsort und Wohnort, sondern Bürgerschaft und Wohnort entgegengesetzt werden, aber jene entsteht unter andern durch den Geburtsort oder die Abstammung²⁹⁾, so daß also, wenn civitas vom Wohnort getrennt seyn und bey der Veränderung des Wohnorts fortdauern kann, der Geburtsort, als ein den Gerichtsstand begründender, nebst andern Orten, welche Jemand zum civis machen, in der allgemeinen Lehre des Gajus enthalten seyn würde. Es scheint hiernach die gewöhnliche Lehre, die Höpfner³⁰⁾ für unerweislich erklärt, sich bis dahin noch als richtig zu bewähren, und darnach würden hier zwey verschiedene Wirkungen aus derselben Ursache entstehen. Die Sache würde indessen für einen, der sie ergründen wollte, eine sorgfältige Untersuchung erfordern. Ich will sie andern überlassen, die dergleichen höher schätzen, und begnüge mich zu bemerken, daß sie wenigstens für die heutige Anwendung des Römischen Rechts ohne Werth ist.

Dem mag es auch bey den Römern einen allgemeinen und besondern Gerichtsstand des Geburtsorts gegeben haben, wir haben beyde nicht mehr. Wie sich dies von dem allgemeinen schon von selbst versteht, gilt es auch von dem besondern, was freylich auch schon von andern bemerkt ward. Es gibt also gegenwärtig ein *forum originis speciale*, was auch nach Errichtung eines eigenen Wohnorts nicht aufhörte, gar nicht mehr. Was wir *forum originis* nennen,

29) *L. 7. C. de incolis*: Cives quidem origo, manumissio, allectio: incolas vero (sicut et Divus Hadrianus, Edicto suo manifestissime declaravit) domicilium facit.

30) *Com. über die Institutionen* §. 1238. Note 1.

ist überhaupt ganz etwas anders, ist im Grunde nichts, als eine Art des *fori domicilii*, oder vielmehr eine Art von *forum*, was Jemand *ex persona aliena* hat, mithin gar kein eigenes *forum*. Nämlich ein Hauskind kann zwar einen eignen Wohnsitz haben und hat ihn nicht eben notwendig dort, wo der Vater wohnt³¹⁾; so lange aber das Kind minderjährig ist und sich folglich keinen eignen Wohnort errichten kann, hat es dort seinen Wohnort, wo der Vater oder die Mutter mit dem Kinde sich aufhalten; und wenn der Vater oder die Mutter den Wohnort verändern und das Kind mit sich führen, hat es gleichfalls den Wohnort verändert. Die Anwendung hievon beim Tode des Vaters auf Vormundschaften, oder wenn die Eltern geschieden werden, und eins von ihnen ein oder das andere Kind zu sich nimmt u. s. w., ist leicht gemacht. Ein Kind nimmt überhaupt Theil an dem Gerichtsstande der Eltern und namentlich des Vaters. Sobald also ein Kind geboren ist, fällt es unter die Gewalt des Richters, dem der Vater, oder, wenn es ein uneheliches Kind, oder die Mutter geschieden ist und an einem andern Orte lebt, des Richters, dem die Mutter zur Zeit der Geburt unterworfen ist; und dieses erste Forum des Kindes, kann man das *forum originis* des Kindes nennen. Für die Fortdauer dieses Gerichtsstandes würde nun die erste Vermuthung streiten; ich weiß wohl, daß dies nicht ganz genau und richtig ausgedrückt ist; aber *loquamur cum vulgo, et sentiamus tum eruditus*; es würde nach der Regel: *in dubio mutatio non praesumitur* jeder, welcher behauptete, das Kind habe in der Folge den Gerichtsstand verändert, den Beweis davon übernehmen müssen. Wüßte man aber, nach der Geburt des Kindes habe der Vater oder die Mutter und das Kind mit

31) *L. 3. D. ad Municip.* Placet etiam filios familias domicilium habere posse. *L. 4. eod.* Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicunque ipse domicilium constituit.

ihnen den Gerichtsstand verändert, so würde nun wieder dieser neue Gerichtsstand für den Gerichtsstand des Kindes anzunehmen seyn, bis bewiesen ist, daß es einen eigenen Wohnort, oder überhaupt einen eigenen Gerichtsstand erlangt habe. Denn ein *forum originis* in diesem Sinne ist keinesweges unabänderlich; vielmehr, sobald Jemand einen eignen Wohnsitz errichtet hat, hört der Gerichtsstand des Geburtsorts auf, nicht als ob der Gerichtsstand des Wohnorts vorzüglich wäre, sondern weil es ein neuer oder vielmehr der jetzige ist. Auf den zufälligen Geburtsort des Kindes kann es auch bey diesem — wenn ich es so nennen darf — deutlichen *foro originis* nicht ankommen, da bey diesem Gerichtsstande nicht auf seine Person gesehen wird, sondern auf die Person eines andern, des Vaters oder der Mutter.

Die ganze Lehre vom heutigen *foro originis* beruht also einmal darauf, daß Kinder, so lange sie noch keinen eignen Gerichtsstand erlangt haben, an dem Gerichtsstande der Eltern Theil nehmen, und zweytens auf der Rechtsregel: *Mutatio non praesumitur*, vermöge deren die Gerichtsbarkeit eines Richters, wenn sie einmal begründet war, als fortdauernd anzunehmen, bis eine Veränderung erwiesen ist. Mit Recht werden daher, um auch dies noch hinzuzusetzen, gegen Personen, deren Aufenthalt man nicht kennt, bey dem Richter bekanntlich Klagen erhoben, dem sie zur Zeit ihrer Geburt unterworfen waren ³²⁾.

32) Vergl. über das *forum originis* überhaupt *Lauterbach* Coll. theoret. pract. tit. de judiciis §. 43. *Schilter* praxis jur. Rom. Ex. 13. §. 24. *Zanger* de except. p. 2. cap. 1. n. 9. sq. *Struv.* ad P. tit. de judiciis no. 19. *Voet.* ad eund. tit. §. 92. in fine et §. 100. *Carpzov.* Dec. 1. *Mevius* P. 5. dec. 163. *Glück* Erklärung der P. Th. 6. §. 511. §. 261. *Grollmann* Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 37. §. 39. (Aus den wenigen Worten, womit der zuletzt erwähnte vom *foro originis* spricht, erhellet, daß dieser Schriftsteller richtige Vorstellungen über diesen Gerichtsstand hegt.)

XXIII.

Die neuesten Anhaltischen Gesetze über den Executivproceß und die Rechtskraft der Beweisaufnahmen *).

1.

Die Fälle, in welchen auch aus zweifeltigen Verträgen und auf Wiedererlangung des Besitzes einer nicht fungibeln Sache im Wege des Executivprocesses geklagt werden kann, betreffend.

Der an diesem Orte ausgesprochene Satz, daß der Executivproceß nur wegen Schulden an Gelde und fungibeln Sachen, welche aus einseitigen, gehörig verbrieften Verträgen herühren, angestellt werden darf, soll in folgenden besondern Fällen die nachstehend bestimmten Ausnahmen erleiden:

1.

Wenn in einem zweifeltigen, durch klare Briefe und Siegel beurkundeten Vertrage die Zahlung einer Schuld an Geld oder fungibeln Sachen

- a) zu einer festgesetzten Zeit,
- b) ausdrücklich und unbedingt,
- c) mit Begebung aller und jeder Einreden, sie mögen nun in der Natur der Bilateralcontracte überhaupt, oder in der des gerade vorliegenden Rechtsgeschäftes gegründet seyn, und endlich
- d) mit der ausdrücklichen Erklärung versprochen worden ist, daß der Schuldner sich mit allen seinen, nicht auch im Executivproceße statthafter Einreden zur Widerklage oder zu einem besondern Proceße verweisen lassen will;

*) Beide hier abgedruckten Gesetze über zwey wichtige Proceßgegenstände sind vom 10. Juny 1824, und sind in der Gesetzsammlung für Anhalt-Dessau, 1824, Nro. XXVI., als Entscheidungen zu den Erläuterungen der Anhaltischen Proceßordnung abgedruckt.

so ist ein solcher executivischer Nebenvertrag jedesmal, ungeachtet seines Bezugs auf ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, und ungeachtet er in der Urkunde über einen Bilateralcontract enthalten ist, als ein einseitiges anzusehen und executivisch klagbar.

2.

Die Erlangung oder Wiedererlangung des Besitzes einer nicht fungibeln Sache, welche ein Anderer detinirt, kann, vorausgesetzt daß die Abtretung und Ueber- oder Zurückgabe derselben durch klare Briefe und Siegel, sey es in einem zweiseitigen oder einseitigen Vertrage, unter ähnlichen Bestimmungen, wie die unter Zahl 1. lit. a. b. c. d. angegebenen, angelobt und versprochen worden ist, jedoch nur unter folgenden Einschränkungen im Wege des Executivprocesses gesucht werden.

a) Der Hauptvertrag, welcher die Executivclausel als Nebenvertrag enthält, darf nicht der Rechtstitel zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes für einen oder den andern der streitenden Theile an der Sache seyn, deren Auslieferung der Kläger verlangt.

b) Wenn der Termin der Ueber- oder Zurückgabe nicht der Zeit nach bestimmt, sondern von dem Eintritte eines bedingenden Umstandes oder Ereignisses in dem executivischen Nebenvertrage, wie z. B. dem commissorischem pactum in Pacht- und Niethcontracten, abhängig gemacht worden ist: so muß der Kläger den Eintritt desselben, sofern er nicht notorisch ist, sofort durch klare Brief und Siegel darthun, ausgenommen, wenn

c) Die Abtretung oder Zurückgabe der Sache, auf den Fall des Bezugs einer klar verbrieften bestimmten Zahlung von Geld oder einer gewissen Quantität fungibeler Sachen, welche der Beklagte schuldet, bedungen ist. In diesem Fall soll zu Gunsten des Klägers die Nichtbefriedigung desselben so lange angenommen werden, bis der Beklagte die Zahlung durch richtige Quittungen bescheiniget.

Nach diesen Bestimmungen ist denn vorkommenden Falles die Statthaftigkeit des Executivprocesses aus zweiseitigen Contracten und wegen nicht fungibeler Sachen richterlich zu ermesen.

So wie es sich übrigens von selbst versteht, daß in den vorbezeichneten Fällen dem Kläger, wenn Gefahr beym Verzuge obwaltet, noch außerdem durch provisorische Verfügungen geholfen werden müsse, und daß es ihm unbenommen bleibe, statt der auf Erlangung des Besitzes einer Sache zu richtenden Executivklage das *possessorium ordinarium* oder *summa-*

rissimum zu erwählen, wo solches den Rechten nach begründet ist; so verbleibt es auch im Uebrigen überall bey dem, was des Executivprocesses halber im 11. Kapitel des Anhangs und im XII. Kapitel desselben S. 2. wegen der nur aus rechtskräftigen Erkenntnissen und gerichtlichen Transacten zu suchenden Hülfsvollstreckung verordnet ist.

Hieraus folgt endlich bey gehöriger Anwendung ebenfalls von selbst, in wie weit und in welcher Art die bisher in den Contracten üblichen Hülfsclauseln, namentlich das pactum executivum, das constitutum possessorium, das pactum de ingredienda et exmittenda, die Unterwerfung unter die Hülfsvollstreckung ohne alle vorgängige causae cognitio; der cassatorische, commissorische Vertrag u. s. w. Anwendung finden und geeignet bleiben, dem Kläger zur Verfolgung seiner Rechte einen kürzern Rechtsweg als den gewöhnlichen zu eröffnen.

2.

Ueber die Rechtskraft der speciell normirten Beweisaufgabe.

Es ist in Bezug auf diese Stelle der Erläuterungen die Frage aufgeworfen worden:

„Ob und in wiefern die in einem rechtskräftig gewordenen Beweisinterlocute enthaltene, logisch oder juridisch fehlerhafte, Normirung der Beweisaufgabe ebenfalls rechtskräftig werde, und als formelles Recht zwischen den streitenden Theilen bey dem Abfassen des Enderkenntnisses über den geführten Beweis zum Grunde gelegt werden müsse?“

Bev Beantwortung derselben muß nun zunächst im Allgemeinen davon ausgegangen werden, daß bey der am angeführten Orte den Richtern empfohlenen speciellen Heraushebung des Beweisthemas mehr eine Direction und Zurechtweisung für die beweisführende Parthey, als eine Beschränkung ihrer, der processualischen Verhandlungsmaxime angemessenen, Freiheit, den ihr obliegenden Beweis der Klage oder Einrede nach ihrer eigenen Ansicht zu construiren, beabsichtigt worden sey. Um nun einerseits diese Idee möglichst festzuhalten, andererseits aber den zu späten, erst nach dem, von dem durch eine fehlerhafte Normirung der Beweisaufgabe irre geleiteten, Producenten geführten Beweis entstehenden Streitigkeiten über die Mängel der Beweisaufgabe vorzubeugen, sind in Bezug auf

die Rechtskraft der Beweisinterlocute nachstehende gesetzliche Bestimmungen getroffen:

1.

Eine in sich selbst ungeschliffene oder sonst mit einem unheilbaren Fehler behaftete Klage oder Einrede wird dadurch, daß der Richter diesen Fehler übersehen, und auf Beweis derselben interloquirt hat, von diesem Fehler nicht geheilt, sondern muß im Definitivurtheile, ungeachtet des aufgelegten und geführten Beweises, nach angebrachtermaßen abgewiesen werden.

2.

Außer diesem Falle wird das Beweisinterlocut unbedingt rechtskräftig nur in Bezug auf die darin enthaltene Entscheidung der Frage: Wer zu beweisen habe (Beweislast), ohne Unterschied, ob das Interlocut nur nach der allgemeinen Formel abgefaßt, oder darin zugleich eine specielle Normirung der Beweisaufgabe enthalten ist.

3.

Gegen den künftigen Producenten wird auch die im Beweisinterlocute enthaltene Normirung des Beweisthemas rechtskräftig, so daß, mit Ausnahme der unter No. 1. vorgesehenen Fälle, die Klage oder Einrede für erwiesen angenommen werden muß, wenn der Producent die ihm aufgegebenen Sätze genügend rechthilich dargethan hat.

Glaubt aber der künftige Producent, daß der Richter bey der Normirung der Beweisaufgabe das wahre und richtige Beweisthema nicht gehörig erschöpft und also dem Producenten den Beweis zur Ungebühr erleichtert habe: so muß er solches binnen der zehntägigen Nothfrist protestando mit Anführung der Gründe zu den Acten erklären. Diese Protestation wird der Gegenpartey mitgetheilt, und hat sodann ohne weiteres Verfahren die Wirkung, daß es nunmehr dem eignen Erachten des Producenten überlassen bleibt, in seinem Beweise die vom Producenten gerügten Mängel der Beweisaufgabe zu berücksichtigen, und daß im Enderkenntnisse über den geführten Beweis, ohne auf die im Interlocute enthaltene specielle Normirung der Beweisaufgabe zu sehen, ganz so gesprochen wird, wie es geschehen seyn würde, wenn dem Producenten der Beweis nur nach der allgemeinen Formel im Interlocute auferlegt worden wäre. Auch die nicht in

der Protestation gerügten Mängel werden in solchem Falle nicht rechtskräftig.

4.

Hält hingegen der Beweisführer durch die Normirung der Beweisaufgabe im Interlocute sich für beschwert und diese für überladen (z. B. durch Aufnahme ihm irrelevant scheinender Umstände oder copulative Zusammenstellung mehrerer einzelner Beweissätze, welche disjunctiv hätten zusammengestellt werden sollen u. s. w.): so ist es ihm, ohne daß es deshalb eines Rechtsmittels oder einer Protestation bedürfte, unbenommen, den ihm durch die Normirung der Beweissätze im Interlocute vorgezeichneten Weg ganz oder zum Theil zu verlassen, und seinen Beweis mit der nämlichen Freyheit, als wenn derselbe ihm durch ein Interlocut nach der allgemeinen Formel auferlegt worden wäre, anzulegen und zu führen; und versteht es sich alsdann von selbst, daß auch im Erkenntnisse über den Beweis nicht weiter die Frage seyn könne, ob der Producent die normirte Beweisaufgabe in allen ihren Theilen erschöpft habe, sondern daß der erkennende Richter, ohne durch die frühere Normirung des Beweisthemas gebunden zu seyn, bloß seiner rechtlichen Ueberzeugung, ob der vorliegende Beweis den Grund der Klage oder Einrede logisch und juridisch erschöpfend darthue oder nicht, bey Abfassung des Enderkenntnisses folgen müsse.

5.

Wenn endlich die für beschwerend geachtete specielle Beweishormirung durch ein bedingt definitives Erkenntniß, in welchem dem Obstehenden erst noch ein Beweis auferlegt oder dem Untersiegenden noch ein Beweis vorbehalten wird, festgestellt worden ist; so kann die Abhilfe der Beschwerde, sie möge nun den Producenten oder den Producten betreffen, nur vermittelst Einlegung eines Rechtsmittels gesucht werden. Geschieht dies nicht, so wird das Erkenntniß seinem ganzen Umfange nach, und also auch rücksichtlich der darin enthaltenen bedingenden Beweisaufgabe rechtskräftig.