Werk

Titel: Archiv für civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1836

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1836_0019|log18

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Neunzehnter Band. Drittes Heft.

VIII.

Ueber das forum contractus *).

Von Mühlenbruch.

§ 1.

Die gewöhnliche Anſicht über das forum contractus iſt folgende: da, wo Jemand contrahirt hat, kann er auch aus dem Contract in Anſpruch genommen werden, es ſey denn a) ein anderer Erfüllungsort verabredet, oder b) mit einem blos Durchreiſenden contrahirt, oder c) von Rückgabe des Heirathsgutes die Rede, indem dieſe nicht an dem Orte, wo der Dotalvertrag errichtet iſt, ſondern nur am Wohnorte des Mannes gefordert werden darf [1]). Zwar hat man wohl

*) Die neuſten Schriften über den Gegenſtand, worauf hier vorzugsweiſe Bezug genommen werden ſoll, ſind: Linde im Archiv für civiliſt. Praxis Bd. VII Abh. II. Bethmann-Hollweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproceſſes Nro. I. Linde, Abhandlungen aus dem deutſchen gemeinen Civilproceſſe II Bd. Abh. VIII. Ph. Briel, Gerichtsſtand aus perſönlichen Verbindlichkeiten. München 1828. G. H. Ayrer de foris obligationum comm. Gott. 1830.

1) Regel und Ausnahmen gründet man hauptſächlich auf die L. 19 §. 1—4 D. *de jud.* und L. 65 *eod.*, (beide von Ulpian). — Aus der erſten Stelle verdient ein Satz (der § 2) unſere beſondere Aufmerkſamkeit, und es wird nöthig ſeyn, ſie bei dieſer Abhandlung ſtets

eingeſehen, wie bedenklich es ſey, dieſe Fälle als bloße Ausnahmen zu behandeln, und iſt daher bemüht geweſen, ein Princip aufzufinden, woraus Alles, die Regel wie die ſ. g. Ausnahmen, von ſelbſt folgt. So ſoll, nach Hollweg, das forum contractus auf einer präſumtiven Uebereinkunft der Parteien beruhen, oder: es liege dabei eine ſtillſchweigende prorogatio fori zu Grunde, welche allemal präſumirt werde, wenn nicht aus den Erklärungen der Parteien, oder aus beſonderen Umſtänden eine entgegengeſetzte Anſicht erhelle. Daß ein bloß Durchreiſender ſich allenthalben, wo er contrahirt habe, in Proceſſe einlaſſe, könne ohne Verletzung der Billigkeit nicht verlangt, folglich auch nicht als ſeine Abſicht angenommen werden. Ferner könne bei Abſchließung des Ehevertrags die Abſicht der Parteien nicht ſeyn, daß wegen Rückgabe der Dos künftig einmal am Orte des Contracts geklagt werde, indem ja die Frau dem Manne in ſeine Heimath folge, und nicht vorausſehe, ob es ihr künftig bequem ſeyn werde, die Herausgabe der Dos an dieſem Orte zu fordern, weßhalb denn anzunehmen ſey, daß ſie ſich den Gerichten ihres gemeinſchaftlichen Domizils unterworfen haben.

---

vor Augen zu haben. Ich laſſe ſie daher hier abdrucken, und zwar nach der Geb. Sp. Ausgabe, ohne auf die einzelnen, unläugbar vorhandenen Corruptionen Rückſicht zu nehmen: „Proinde et si merces vendidit certo loci, vel disposuit, vel comparavit, videtur, nisi alio loci ut defenderet convenit, ibidem se defendere. Numquid dicimus eum, qui a mercatore quid comparavit advena, vel ei vendidit, quem scit inde confestim profecturum, non oport et ibi bona possideri, sed domicilium sequi ejus? at si quis ab eo, qui tabernam vel officinam certo loci conductam habuit, in ea causa est, ut illic conveniatur: quod magis habet rationem. Nam ubi sic venit, ut confestim discedat, quasi a viatore emtis, vel eo, qui transvehebatur, vel eo, qui παραπλεῖ (praeternavigat), emit: durissimum est, quotquot locis quis navigans, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi. At si quo constitit, non dico jure domicilii, sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, egit: defendere se eo loci debebit.“

Sey endlich ein anderer Erfüllungsort verabredet, so liege darin natürlicherweise die Uebereinkunft, daß dort auch geklagt werde [2]).

Ihm stimmen bei, Bayer [3]) und in der Hauptsache auch Briel [4]). Das röm. Recht (bemerkt der Erstere) folge bei diesen besonderen Fällen nur der Natur der Sache, und es werde jedesmal, so oft die entgegenstehende Absicht der Contrahenten eben so deutlich, wie in jenen Fällen sich ergebe, nach dem entscheidenden Gesichtspuncte einer präsumtiven Prorogation das forum contractus für unstatthaft erklärt werden dürfen. Briel will aber auch in der Rücksicht auf den Vortheil des Klägers, bei Geltendmachung seines Rechts nicht dem Wohnorte des Beklagten folgen zu müssen, ein Motiv für die Annahme des contractlichen Gerichtsstandes finden, und sucht daraus namentlich den dritten s. g. Ausnahmsfall zu erklären: jene Veranlassung fehle hier gänzlich, da die Frau in das Domizil des Mannes komme, weßhalb es denn ihr nicht zum Vortheil gereichen würde, wollte man einen auswärtigen Gerichtsstand in Beziehung auf die Rückforderung der Dos für competent halten [5]). Beide Schriftsteller machen übrigens den advena, von dem Ulpian in der L. 19 §. 2 D. *de jud.* spricht, zu einem reisenden Kaufmann, und sind auch darin einverstanden, daß sie das forum contractus für zulässig halten, wenn der Mitcontrahent nicht wußte, daß der Andere nur auf der Durchreise begriffen sey [6]).

§. 2.

Gegen diese Ansicht hat denn schon Linde erinnert: einmal, daß, wenn klar aus der präsumtiven Ansicht der

---

2) Hollweg, a. a. O. S. 20—36.

3) Verträge über den Civilprozeß mit Beziehung auf Martin S. 67 fgg. d. 2. A.

4) a. a. O. §. 7, 9—13.

5) S. 45 fg.

6) Bayer, a. a. O. Briel, S. 35 fg.

Contrahenten ermittelt werden ſolle, in welchen Fällen die behauptete Präſumtion für den Gerichtsſtand nicht eintrete, dieſe Präſumtion eben dadurch geradezu aufgehoben, mithin alles ſichere Entſcheidungsprinzip vernichtet werde. Sodann: als forum prorogatum laſſe ſich das forum contractus ſchon darum nicht betrachten, weil es ja alsdann erſt wirkſam ſeyn würde, wenn ein Antrag bereits dem Richter übergeben, von dieſem angenommen, und vom Gegner nicht die Einrede des incompetenten Gerichts vorgeſchützt ſey [7]). Hierauf ließe ſich nun allenfalls erwiedern: die Sicherheit einer auf wahrſcheinliche Einwilligung geſtützten rechtlichen Präſumtion werde dadurch nicht zerſtört, daß die Rechtsvermuthung da nicht eintreten ſolle, wo eine Einwilligung durch die Umſtände des Falls auf das entſchiedenſte ausgeſchloſſen werde. Ferner: das Geſetz könne immerhin von dem Geſichtspuncte ausgehen, die Parteien hätten ſich ſtillſchweigend dem Gerichte des Orts, wo ſie contrahirten, unterworfen, ohne die auf eine ſolche Vorausſetzung geſtützte Folgerung den Beſchränkungen des blos conventionellen Gerichtsſtandes zu unterwerfen. Hier komme es nur darauf an, für die Beſtimmungen des röm. Rechts einen verſtändigen Erklärungsgrund, und zugleich einen Maaßſtab ihrer richtigen Anwendung aufzufinden.

Indeſſen hat Hollweg ſich dieſe Erwiederung unmöglich gemacht, indem er zwar von einer Präſumtion für den contractlichen Gerichtsſtand ſpricht, dennoch aber denſelben durchaus nicht als ſpeciellen geſetzlichen Gerichtsſtand betrachtet, vielmehr aus dem von ihm aufgeſtellten Princip ſolche Folgerungen zieht, welche ſehr deutlich ergeben, daß er nur an eine eigentliche, oder rein conventionelle prorogatio fori gedacht wiſſen will. Es ſoll nämlich (nach ſeiner Annahme) 1) das forum contractus nur bei ſolchen Obligationen gelten

---

7) Linde, Abhandlungen u. ſ. w. S. 83 fgg.

können, bei deren Entstehung eine stillschweigende Prorogation denkbar ist, 2) auch selbst in diesen Fällen aber noch von der wirklichen Absicht des Schuldners, sich den Gerichten des Contractsortes zu unterwerfen, die stillschweigende Prorogation abhängen, so jedoch, daß eine Präsumtion für diese Absicht streite, und daß dem Schuldner sein Dolus nicht zu Gute kommen dürfe, also nur die ausdrücklich erklärte, oder aus den Umständen hervorgehende Absicht, sich hier nicht einzulassen, ihn von dieser Verbindlichkeit befreien könne [8]).

Dies heißt nun doch wohl nichts Anderes als: „durch das Contrahiren an einem bestimmten Orte haben die Contrahenten allemal ihren Willen an den Tag gelegt, sich dem Gerichte des Orts für diesen Fall unterwerfen zu wollen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich erklärt ist, oder aus den Umständen hervorgeht; diese Voraussetzung ist so natürlich und so stark, daß (abgesehen von jenen Einschränkungen) derjenige Contrahent offenbar in dolo ist, welcher behauptet: Er habe nicht daran gedacht, sich dem Gerichte dieses Orts unterwerfen zu wollen!“ — Gründe für diese Meinung werden nicht angeführt [9]), sondern es wird dieselbe geradezu auf die Natur der Sache und auf die gemeine Lebenserfahrung gestützt. Damit stimmt nun aber meine Ansicht und Erfahrung über das, was hier der Natur der Sache und der Willensmeinung der Contrahenten gemäß ist, durchaus nicht überein. Auf naturgemäßen Voraussetzungen beruht es, daß Jemand vor dem Richter

8) a. a. O. S. 23.

9) Um nicht mißverstanden zu werden, muß ich bemerken, daß hier nur solche Gründe gemeint seyn können, welche nicht auf positivrechtlichen Einrichtungen und Bestimmungen beruhen, indem H. durchaus auf natürliche oder sich von selbst verstehende Voraussetzungen fußt; Gründe der Zweckmäßigkeit, welche einen Gesetzgeber zur Einführung eines forum contr. veranlassen können, führt er allerdings an, z. B. S. 20.

belangt werde, welchem er für ſeine Perſon unterworfen iſt [10]; dies weiß ein Jeder auch ohne allen juriſtiſchen Unterricht. Außerdem wird der Nichtjuriſt das allenfalls als ſich von ſelbſt verſtehend anſehen, daß derjenige, welcher an einem fremden Orte Schulden contrahirt, die ihrer ganzen Veranlaſſung und Beſchaffenheit nach vor ſeiner Wiederabreiſe bezahlt werden ſollen, durch die Gerichte des Orts zur Zahlung genöthigt werden kann. Weiter geht aber die natürliche Jurisprudenz hier nicht. Alle unſere ſonſtigen fora specialia haben eine künſtliche, oder juriſtiſche Grundlage. Sich durch bloße Contracts-Abſchließung den Gerichten des Orts, an welchem man vielleicht zufällig anweſend iſt, unterwerfen zu wollen, fällt gewiß Niemanden ein [11]. Ueberhaupt wird man ſich erſt von einem Juriſten ſagen laſſen müſſen, daß es ein ſ. g. forum contractus gebe, und ſelbſt einem Gläubiger (der hierin noch keine Erfahrung hat) wird es nicht einfallen, von dem contractlichen Gerichtsſtande Gebrauch zu machen, ohne auf dieſen Vortheil durch ſeinen Sachwalt aufmerkſam gemacht zu ſeyn. Ich könnte hierzu leicht Beiſpiele geben. Doch wird das Geſagte hinreichen, ſofern es gegen die Behauptung gerichtet iſt: durch Contractabſchließung wolle man ſich den Gerichten des Orts unterwerfen, wo contrahirt werde. Nur mit dieſer Behauptung aber hatten wir es bis jetzt zu thun. Daß Geſetz oder Gewohnheit den Grundſatz: locus regit actum (welchen man bekanntlich ebenfalls auf präſumtive Einwilligung ſtützt) über ſeine gewöhnliche Gränze hinaus ausdehnen, — daß, mit anderen Worten, durch poſitives Recht der Satz aufkommen kann: ſo wie Form und Inhalt eines Vertrags nach den Ge-

10) „*Juris ordinem converti postulas* (heißt es in der L. 2. C. *de jurisd. omn. jud.*), ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur.“ Wir werden unten noch öfters auf dieſe Stelle zurückkommen müſſen.

11) Vgl. hierbei Ayrer comment. cit. p. 10.

ſetzen des Orts, wo contrahirt wurde, zu beſtimmen iſt, eben ſo ſollen auch die daraus entſpringenden Streitigkeiten von dem Richter dieſes Orts entſchieden werden, falls nicht der ausdrücklich oder ſtillſchweigend erklärte Wille der Contrahenten auf das Gegentheil führt, dies iſt ohne alle Widerrede zuzugeben. Auch mag man dieſe Regel immerhin auf ſtillſchweigende Autonomie gründen, wobei nur (wie dies ja auch in anderen Fällen geſchehen iſt) das poſitive Recht eingegriffen, und beſtimmt habe: im Zweifel ſolle angenommen, alſo rechtlich vermuthet werden, daß man ſich dem Gerichte des Contractsorts unterworfen habe. Die Entſtehung der Regel wäre dadurch recht gut erklärt, und das rechte Maaß für ihre Anwendung zu finden nicht eben ſchwierig, wenigſtens nicht ſchwieriger, als die Anwendung der Regeln von ſtillſchweigender Willenserklärung es überhaupt iſt. Namentlich wird man ganz unbedenklich in der Feſtſetzung eines anderen Leiſtungsorts eine hinreichend beſtimmte Erklärung finden können, daß dort auch geklagt werden ſolle. Bedenklicher iſt dies nun aber ſchon bei dem zweiten ſ. g. Ausnahmsfall, wornach die Frau auf Rückgabe ihrer Dos im Domizil des Mannes klagen ſoll, zumal wenn man mit Briel (ſ. Note 5) annimmt, daß dabei der Vortheil der Frau berückſichtigt ſey; denn vortheilhafter iſt es offenbar für ſie, wenn ihr die Wahl zwiſchen dem Contractsort und dem Domizil des Mannes freigelaſſen wird. Doch laſſen wir dieſe, gewiß unrichtige, Vorausſetzung auf ſich beruhen, ſo kann man auch hier allenfalls ſagen: da die Ehe regelmäßig am Wohnorte des Mannes aufgelöſt wird, erſt nach aufgelöſter Ehe aber die Rückgabe des Heirathsguts verlangt werden kann, ſo iſt das Domizil als ſtillſchweigend feſtgeſetzter locus solutionis anzuſehen.

Was nun aber den Fall anbelangt, welchen Ulpian (in der L. 19 §. 2 D. *de jud.*) ſo ausdrückt:

„— ubi sic venit, ut confestim discedat, quasi a viatore emtis, vel eo qui transvehebatur, vel eo qui παραπλεῖ emit [12]): durissimum est, quotquot locis quis navigans vel iter faciens delatus est, tot locis se defendere" —,

ſo iſt es meines Bedünkens durchaus unmöglich, die Entſcheidung deſſelben mit der gewöhnlichen Regel über das forum contractus in Uebereinſtimmung zu bringen, wenn man anders einen allgemeinen Grundſatz daraus ableiten und dieſe Entſcheidung nicht etwa als reine Ausnahme gelten laſſen will. Es lautet zwar ganz gut und befriedigend, wenn geſagt wird: in der Regel muß Jeder ſich da einlaſſen, wo er contrahirt hat, falls nicht die Umſtände das Gegentheil ergeben, wie z. B. in dem Falle, wenn ein blos Durchreiſender (auf Credit) kauft oder verkauft. Aber man verſuche einmal, dies auf andere Fälle anzuwenden. Oder man bleibe auch nur bei dem gewählten Beiſpiele ſtehen, erwäge die hundert Zufälligkeiten, welche den Reiſenden treffen, die Dauer ſeines Aufenthalts beſtimmen, und ihn zum Contrahiren veranlaſſen können, und frage ſich dann, ob auf dieſem Wege ein klares und ſicheres Reſultat zu gewinnen ſey? Schwerlich wird die Antwort befriedigend ausfallen. — Hollweg (S. 23) will Alles davon abhängig machen, ob der Aufenthalt nur kurz und vorübergehend iſt, oder ob der Fremde längere Zeit an dem Orte des Contracts verweilt. — Auch ich halte dies für richtig, wenn man davon ausgeht, daß ein Contrahiren bei blos zufälligem Aufenthalte an ſich überhaupt noch kein forum contractus begründen könne,

---

12) Dieſer Satz iſt Gegenſtand mancher kritiſchen Zweifel geworden; ſ. darüber die Noten von Schulting und Smallenburg T. II. p. 15. 16. — Jedenfalls muß man vor: eo qui transvehebatur —, eo qui praeternavigat u. ſ. w. ſubintelligiren: ab. Denn ſagt Ulpian: wenn der Eine nur im Vorbeigehen verkauft, der Andere alſo gleichſam von einem Durchwandernden kauft u. ſ. w.

— wenn man also die Regel: wo Jemand contrahirt, da muß er sich auch vor dem Richter einlassen, als Regel ganz aufgiebt. Thut man dies nicht, so wird man nothwendig in ein prinziploses Hin- und Herreden gerathen und (ich wiederhole es noch einmal) darauf verzichten müssen, für die Anwendung brauchbare Grundsätze zu gewinnen. Denn, was heißt ein kürzerer und was ein längerer Aufenthalt? Soll für den Reisenden, welcher nur Pferde wechseln wollte, durch zufällige Umstände aber sich genöthigt sieht, an dem Ort zu übernachten, ein anderes Recht gelten, wie für den, welcher nach seinem Wunsche weiter befördert wird? Die Vermuthung, sich nicht dem Gerichte dieses Orts unterwerfen zu wollen, muß in gleicher Stärke für jenen wie für diesen gelten, sie muß dem Schiffer, welcher sich genöthigt sieht, in einen Nothhafen einzulaufen, und hier zur Fortsetzung seiner Reise ein Darlehen aufzunehmen, eben so gut zu Statten kommen, wie dem Reisenden, welcher eines zerbrochenen Wagens halber sich einige Tage an dem fremden Orte verweilt. Es muß also doch wohl noch von anderen Umständen, als von einem längeren oder kürzeren Verweilen die Entscheidung abhängig gemacht werden. Dieß scheint denn auch Hollweg anzunehmen. Doch erklärt er sich hierüber nicht näher, sondern sucht seine Meinung wieder nur durch ein Beispiel anschaulich zu machen. „Wie nun" (fragt er, S. 24 fg.), „wenn zwei Fremde, die dieselbe Heimath haben, am dritten Orte, z. B. zwei Kaufleute an dem gemeinschaftlich besuchten Meßorte contrahiren?" Die Antwort lautet so: „Kann die Schuld unmittelbar durch eine einfache Leistung, z. B. eine Geldzahlung erfüllt, und diese auch sofort gefordert werden, so wird in der Regel anzunehmen seyn, daß der Schuldner für diese Sache sich den Gerichten dieses Orts unterworfen habe. Das forum contractus wird also begründet seyn. Ist es aber ein Schuldverhältniß, welches erst später erfüllt werden soll, dem vielleicht nur

in einem längeren Zeitraum vollständig genügt werden kann, z. B. eine Societät, so ist es anders. Die Contrahenten kehren beide in ihre Heimath zurück. Jeder Rechtsstreit unter ihnen wird dort am bequemsten verhandelt werden, wenigstens ihrer Ansicht nach zur Zeit des Contracts. Deshalb konnte es nicht ihre Absicht seyn, sich den Gerichten des Orts, wo zufällig der Vertrag geschlossen wurde, zu unterwerfen. Sollte es daher später auch für Einen von ihnen bequemer seyn, im forum contractus zu klagen, so ist dieß nicht zuzulassen."

Soll die Absicht der Contrahenten davon abhängen, wo ein Rechtsstreit zwischen ihnen am bequemsten zu verhandeln sey, so würde auch im ersteren Falle das forum contractus für begründet gehalten werden dürfen, so lange beide Theile an dem Contractorte anwesend sind; denn sind Beide wieder in ihre Heimath zurückgekehrt, so ist es für sie offenbar am bequemsten, daß hier die Verhandlung erfolge. Doch lassen wir dies auf sich beruhen, und eben so die hervorgehobenen Ausdrücke, wodurch Alles wieder im höchsten Grade unbestimmt wird; suchen wir also das Gesagte auf einen festen und brauchbaren Grundsatz zurückzuführen, so kann dieser nur in folgender Art ausgedrückt werden: ist dem Schuldner gar nicht, oder doch nur für die Zeit des Aufenthalts an dem fremden Orte creditirt, so darf er hier auch belangt werden, sonst aber nur an seinem Wohnorte. Daraus würde dann aber weiter folgen, daß das bloße Contrahiren durchaus keinen Einfluß auf die Begründung eines Gerichtsstandes haben könne. Und in der That nimmt auch Hollweg selbst an, der Ort, wo zufällig die obligatorische Handlung ihr Daseyn erlangt habe, komme hierbei in keinen Betracht; aber freilich beschränkt er diese Annahmen auf die quasikontractliche Obligatio des Erben. Daß durch ein eigentliches Contrahiren in der Regel immer ein forum contractus begründet werde, ist ihm so wenig zweifelhaft, daß nach seiner Meinung die Geschäftsführung in Folge eines Mandats nicht das

forum gestae administrationis, ſondern das forum contractus begründet (S. 28). Fragen wir nun nach dem Grunde dieſes beſonderen Rechts bei der contractähnlichen Obligatio des Erben, ſo antwortet Hollweg hierauf Folgendes: es ſey zwar auch hier, wie bei den eigentlichen Contracten, der Wille des Schuldners, was ihn obligire, mithin laſſe ſich hier ebenfalls eine ſtillſchweigende Prorogation denken. Doch ſey dieſe Anſicht zu verwerfen, weil das factum obligatorium in der Willenserklärung des Erben liege, niemand aber behaupten werde, daß der Erbe, der gerade in der Provinz ſey und eine in Italien ihm zugefallene Erbſchaft anzunehmen ſich bereit erkläre, damit den Provincialgerichten für dieſe Sache ſich habe unterwerfen wollen [13]). — Aber kann man nicht daſſelbe mit vollkommen ſo gutem Rechte auch von eigentlichen Contrahenten ſagen? Der obligatoriſche Act iſt die gegenſeitige Willenserklärung. Wer mag nun wohl behaupten, daß diejenigen, welche zufällig an einem Orte zuſammentreffen und hier contrahiren, ſich dadurch dem Gerichte dieſes Orts haben unterwerfen wollen? Iſt Hollwegs Argumentation für jenen Fall richtig, ſo muß ſie es auch für dieſen ſeyn, enthielt dagegen das bloße Contrahiren an ſich einen hinreichenden Grund, um einen Gerichtsſtand an dem Contractsorte anzunehmen, ſo iſt doch wahrlich nicht abzuſehen, warum die obligatoriſche Willenserklärung des Erben nicht gleiche Wirkungen äußern ſoll!

Ueberhaupt aber wird man bei näherem Eingehen in die Sache finden, daß alle Einſchränkungen der Regel, welche darauf beruhen: aus den beſonderen Umſtänden des Falls könne die Abſicht der Obligationsintereſſenten, ſich nicht dem contractlichen Gerichtsſtande zu unterwerfen, gefolgert werden, — zu einem ſicheren Reſultate nicht führen können, ſondern die Regel ſelbſt nothwendig zerſtören müſſen. Nimmt man die Regel an, ſo iſt namentlich nicht einzuſehen, warum

13) Hollweg, a. a. O. S. 30 fg.

Durchreiſende auf ein anderes Recht Anſpruch machen dürfen, wie diejenigen z. B., welche brieflich contrahiren. Die Aeußerung Ulpians: durissimum est, quotquot locis quis navigans vel iter faciens delatus est, tot locis se defendere, paßt ihrem Grunde nach gewiß wenigſtens eben ſo gut auf den Kaufmann, der, in lebhaftem Wechſelverkehr mit dem Auslande ſtehend, täglich nach allen Weltgegenden hin Contracte ſchließt. Wie vielen auswärtigen Gerichten würde ein Solcher nicht unterworfen ſeyn, wollte man das gewöhnliche Prinzip über den contractlichen Gerichtsſtand mit Strenge und Conſequenz geltend machen! Vielleicht entgegnet man auch hierauf: es würde im höchſten Grade unbillig, und überdies den ärgſten Misbräuchen unterworfen ſeyn, dem Kaufmanne zuzumuthen, ſich vor den Gerichten aller Orte, wohin er correſpondire, einzulaſſen, und darum dürfe denn auch nicht angenommen werden, daß dieß ſeine Abſicht ſey. Hier trete daher wieder ein Fall ein, wo die beſonderen Umſtände den contractlichen Gerichtsſtand ausſchlöſſen. Nach ſolchen beſonderen Umſtänden wird man aber nie lange ſuchen dürfen, wenn man darauf ausgeht, das forum contractus auszuſchließen. Und was ſoll denn überhaupt eine Regel, welche nach allen Seiten hin ſo beſchränkt und beſchnitten werden kann, daß in der That gar nichts zurückbleibt, woran man mit einiger Sicherheit halten könnte!

§. 3.

Der von Hollweg eingeſchlagene Weg iſt daher ſchwerlich geeignet, uns die Aeußerungen der Quellen über das forum contractus auf eine befriedigende Weiſe zu erklären, man mag hierbei nun von ſtillſchweigender Prorogation, oder von einer auf die wahrſcheinliche Abſicht der Contrahenten fußenden geſetzlichen Vermuthung ausgehen.

Nicht befriedigender iſt aber die Anſicht Linde's, welcher Alles dadurch erklären zu können glaubte, daß geſetzlicher Annahme zufolge der Ort, an welchem das obligatoriſche Ge-

ſchäft perfect geworden ſey, im Zweifel als der, wo die Leiſtung erfolgen ſolle, anzuſehen ſey, die ſogenannten Ausnahmen aber nur Anwendungen dieſes Princips auf concrete Fälle ſeyen, indem ſie auf der Vorausſetzung beruheten, daß nach dem vernünftigen Willen der Contrahenten nicht am Contractorte, ſondern am Wohnorte die Leiſtung erfolgen ſolle [14]). Dies Prinzip iſt vollkommen eben ſo unſicher, wie das Hollweg'ſche, da das, was die Contrahenten vernünftigerweiſe gewollt haben, ebenfalls nur aus den beſonderen Umſtänden des concreten Falls ſoll erkannt werden können. Was ſich ſonſt dagegen ſagen läßt, darf um ſo eher hier übergangen werden, als Linde ſelbſt ſeine Erklärung des forum contractus durch einen geſetzlich präſumirten Leiſtungsort wieder aufgegeben hat [15]).

Ein neuer Erklärungsverſuch iſt nur darum hier zu erwähnen, weil der Verfaſſer annimmt, es ſey in den Fällen, wo nicht am Contractsort geklagt werden könne, das forum contractus auf das Domizil u. ſ. w. übertragen [16]). Das kommt ungefähr ſo hinaus, als ob die Regel: Jeder müſſe in foro domicilii belangt werden, für obligatoriſche Verhältniſſe ganz aufgehoben, und dafür das forum contractus ſubſtituirt worden ſey, ſo daß nun allenthalben, wo aus einem Contracte geklagt werde, fingirt werden müſſe, es ſey hier auch der Contract perfect geworden! Erklärt wird dadurch überall nichts, vielmehr ſchließt der Verf. ſich in der Hauptſache der Hollweg'ſchen und Linde'ſchen Vorausſetzung an, daß hierbei Alles von dem aus den concreten Umſtänden zu erkennenden Willen der Contrahenten abhange.

§. 4.

So erſcheint denn immer noch die gewöhnliche Anſicht als die verſtändigſte und in der Anwendung den wenigſten

14) Archiv für civiliſt. Pr. a. a. O. S. 65 fg.
15) In der angeführten Abhandl. S. 111.
16) Ayrer, l. l. p. 31 sqq.

Schwierigkeiten ausgeſetzte: der Grundſatz, locus regit actum, iſt durch das poſitive Recht dahin ausgedehnt, daß an dem Orte, wo ein obligatoriſches Verhältniß zu Stande gekommen iſt, auch geklagt werden kann, wovon es indeſſen mehrere auf der Billigkeit und auf dem vermuthlichen Willen der Contrahenten beruhende Ausnahmen giebt.

Indeſſen auch ganz abgeſehen von dem wirklichen Inhalte der Quellen hat doch dieſe Anſicht Manches ſchon im Allgemeinen gegen ſich. Erſtlich liegt darin faſt eine Umkehrung der auf durchaus naturgemäßen Vorausſetzung beruhenden Regel, wornach Jeder bei ſeinem Richter zu belangen iſt. „*Juris ordinem converti postulas*, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur“ reſcribirten die Kaiſer Diocletian und Maximinian [17]), und zwar (wie es mir aus unten anzuführenden Gründen nicht unwahrſcheinlich iſt) gerade in Beziehung auf einen Fall, wo der Kläger das forum contractus in ungebührlicher Ausdehnung geltend machen wollte. Sodann muß auch dieſe Theorie in der Anwendung zu endloſen Streitigkeiten Anlaß geben. Denn betrachtet man auch den Fall, wenn ein Durchreiſender contrahirt, als wahre Ausnahme, ſo treten einer ſicheren Anwendung doch immer die oben bereits hervorgehobenen Unbeſtimmtheiten des Begriffs entgegen, ja man kann ſagen, die Unmöglichkeit einer ſicheren Beantwortung der Frage: wann Jemand, der doch an einem fremden Orte contrahirt, nur als Durchreiſender zu betrachten ſey! Ueberdies wird man ſich hier vielfältig in das Gebiet der zweifelhaften und höchſt ſchwierigen Frage verwickelt ſehen: wann und wo ein brieflich oder durch Boten geſchloſſener Contract perfect geworden ſey? — Die Schriftſteller über dieſe Materie berühren den hier zur Sprache gebrachten Punct ſehr ſelten [18]), und eben ſo wenig pflegen

17) L. 2 C. de jurisd. omn. jud.

18) Beiläufig äußert ſich Haſſe (Rhein. Muſ. II S. 372) hierüber. Seine durchaus unmotivirt ausgeſprochene Anſicht geht dahin, daß

Diejenigen, welche über das forum contractus geſchrieben haben, ſich auf die obige Frage einzulaſſen [19]). Nimmt man übrigens die gewöhnliche Regel von dem contractlichen Gerichtsſtande an, ſo muß man konſequenterweiſe auch hier behaupten, derſelbe ſey da begründet, wo der Contract ſelbſt zu Stande gekommen iſt, und da wird denn der Eine den Ort der Abſendung, der Andere den der Zuſendung, ein Dritter denjenigen für den locus contractus erklären, wohin die letzte das Geſchäft ſchließende Botſchaft gekommen iſt, was denn auch nicht gerade der Wohnort des erſten Abſenders, ſondern ein ganz fremder Ort ſeyn kann, an welchem dieſer zufällig anweſend iſt!

Genug, alle Inconvenienzen, welche die Begleiter der Jurisdictions-Conflicte zu ſeyn pflegen, finden ſich hier im gehäuften Maaße, und ſchon darum muß man geneigt ſeyn, die Regel über das forum contractus etwas einzuſchränken, vielmehr ſie in die Schranken zurückzuweiſen, welche (wie ich wenigſtens überzeugt bin) ſchon das röm. Recht ihr geſetzt hat. Schon ſeit Jahren habe ich dieſe Ueberzeugung und habe mehrfache Veranlaſſung gehabt, ihre Richtigkeit an vorkommenden Fällen zu prüfen. Einer der letzten war folgender: A. in L. überſendet dem Z. in B. gewiſſe Waaren zum Verkauf nach N., wobei denn vom Commiſſionär ein Vorſchuß erbeten und auch geleiſtet wird. Von der Waare wird nur ein Theil und zwar zu ſchlechten Preiſen verkauft, die übrige

---

ein forum contractus da anzunehmen ſey, wo der Contract perfect geworden; freilich wird nach ſeiner Theorie der briefliche Contract nicht ſchon durch die Annahme, ſondern alsdann erſt perfect, wenn dieſe zur Kenntniß des Offerenten gekommen iſt.

19) Doch erklärt ſich Briel kürzlich darüber, und zwar auf folgende Art: wenn zwiſchen Abweſenden durch Briefe und Boten contrahirt werde, ſo gelte derjenige Ort als Vollendungsort und den Gerichtsſtand begründend, an welchem die letzte das Geſchäft ſchließende Botſchaft erhalten wurde; (a. a. O. §. 9 S. 33 fgg.). Dies würde alſo auf die Haſſe'ſche Anſicht hinausgehen.

auf Verlangen nach B. zurückgesandt. Jetzt kommt es über die Rückzahlung des Vorschusses und der Auslagen zur Contestation. A. verweigert diese, weil Z. durch die Kaufgelder bereits mehr, als ihm zukomme, erhalten habe. Dieser nun klagt in B., als dem foro contractus; die Insinuation des Ladungsdecrets wird aber von dem competenten Richter des A. aus dem Grunde abgelehnt, daß die für L. geltenden Proceßgesetze dieß nicht gestatteten, worauf denn die Einlassung in B. durch Edictal-Citation erzwungen wird. Inzwischen hat A. bei seinem Ortsgerichte den Z. ad agendum provocirt, und da das Gericht zu B. die Insinuation des hierauf erlassenen Decrets wegen bereits eingetretener Rechtshängigkeit der Sache verweigert, so extrahirt der Provokant auch seiner Seits eine Edictalladung wider den Z., und so erfolgen denn von verschiedenen Gerichten Erkenntnisse über denselben Gegenstand!

Ob nicht die Annahme eines forum contractus in diesem Falle noch durch besondere (absichtlich nicht erwähnte) factische Umstände, oder durch die Bestimmungen der Particular-Proceßordnung gerechtfertigt erscheinen konnte, mag auf sich beruhen bleiben. Hier sollte derselbe nur dazu dienen, es anschaulich zu machen, wie bedenklich es aus mehr als einem Grunde sey, wenn man die Regel über den contractlichen Gerichtsstand in einem Umfange geltend zu machen sucht, wonach Jeder sich durch Aufträge an Abwesende, meistens auch durch andere Contracte mit denselben, ihrem Gerichtsstande unterwirft. Denn dies ist das Resultat, das sich unfehlbar herausstellen wird, wenn man den Satz: wo Jemand contrahirt, da muß er sich auch vor dem Richter einlassen, mit Consequenz anwendet.

Allein in unseren Quellen findet sich dieser Satz nirgends in einer solchen Allgemeinheit ausgesprochen, vielmehr ist deutlich anerkannt, daß zu dem bloßen Contrahiren noch etwas Anderes hinzukommen müsse, damit ein Gerichtsstand

am Orte des Contracts begründet werde. — Unter dieſer Beſchränkung nur kennen die Römer allerdings Das, was wir forum contractus nennen. Auch iſt es ganz offenbar, daß der Gerichtsſtand aus obligatoriſchen Handlungen Anfangs ein wirkliches Contrahiren vorausſetzte, oder doch davon ausgieng. Aus dieſem Geſichtspuncte erklären ſich Aeußerungen wie die folgende: „omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur“ [20]), auch ſoweit ſie ſich auf den Gerichtsſtand mit Sicherheit beziehen laſſen [21]), und auf ähnliche Art wird denn auch die Bemerkung, wenn ein anderer Leiſtungsort feſtgeſetzt ſey, ſo ſey hier, nicht aber an dem Orte des Contracts ein Gerichtsſtand begründet, ſo ausgedrückt: „contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia“ [22]). Wäre zufällig zuerſt ein Gerichtsſtand des Erfüllungsorts aufgekommen, und dann ein eigentliches forum contractus, ſo würde es unſtreitig geheißen haben; an dem Orte, wo man contrahirt, hat man auch die Erfüllung zugeſichert. Es bedarf nur einiger Vertrautheit mit der Ausdrucksweiſe der röm. Rechtsquellen, um darin eben nichts Anderes zu finden, als die Uebertragung oder analoge Anwendung eines bereits ausgebildeten Rechtsbegriffs auf einen neu entſtandenen; Aeuſſerungen alſo, welche nur dieſe Uebertragung bezeichnen, ſind keineswegs geeignet, um daraus die Natur und Bedeutung des angewandten Begriffs ſelbſt zu erkennen, eben ſo wenig wie diejenigen, welche nichts weiter ausdrücken, als daß der

20) L. 20 D. *de jud.*

21) Gewöhnlich bezieht man auch die L. 21 D. *de obl. et act.* („contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit“) auf den Gerichtsſtand. Allein nach der Stellung des Fragments muß man dieſe Aeußerung vielmehr auf den Inhalt und das ſ. g. interesse loci beziehen.

22) L. 3 D *de reb. auct. jud. possid.*

contractliche Gerichtsſtand die Wirkung eines jeden andern habe, mithin hier auch eine missio in bona, ein Güterverkauf u. ſ. w. verfügt werden dürfe. In der That ſind es aber gerade ſolche Aeuſſerungen, wodurch man verleitet worden iſt, dem contractlichen Gerichtsſtande die gewöhnlich angenommene Ausdehnung zu geben. So ſagt Linde (der hier geradezu als der Repräſentant der übrigen Schriftſteller angeſehen werden darf): „das röm. Recht hat mehrfach den Grundſatz ausgeſprochen, daß die perſönliche Klage dort angeſtellt werden dürfe, wo die Schuld contrahirt worden ſey“ [23]; wofür er ſich denn zunächſt auf L. 1—3 D. *de reb. auct. jud. possid.* bezieht, welche ſo lauten: „Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, i. e. ubi domicilium habet, *aut ubi quisque contraxit*“. Hätte hier die Frage beantwortet werden ſollen: wo Jemand ſeinen Gerichtsſtand habe? ſo würde dieſe letztere Aeuſſerung allerdings von Bedeutung für die gemeine Meinung ſeyn, obwohl man auch alsdann noch ſagen könnte, daß ſo allgemein gehaltene und aus dem Zuſammenhange geriſſene Aeuſſerungen für den Begriff einer Sache nichts beweiſen, jedenfalls aber ſpeciellern Erklärungen darüber nachſtehen müſſen. Den Compilatoren lag Alles vollſtändig und im Zuſammenhange vor; dies verleitete ſie dann zur Aufnahme mancher Sätze, deren eigentliche Beziehung von ihnen nicht verfehlt werden konnte, die aber ihrer Allgemeinheit wegen von uns leicht mißverſtanden werden. — So ließen denn, auch ſelbſt bei der angenommenen Vorausſetzung, die Worte: ubi quisque contraxit, immer noch die Deutung zu, daß dabei ein Contrahiren unter ſolchen Umſtänden, wie die Begründung des forum contractus ſie erfordere, zu ſubintelligiren ſey. Indeſſen iſt dies hier nicht nöthig, da die angeführten Stellen ja überall nicht von dem Grunde, ſondern nur von der Wirkung des contractlichen Gerichtsſtandes ſprechen, oder, m. a. W., nur geſagt wird:

23) Abhandl. a. a. O. §. 2 S. 77.

allenthalben, wo der Schuldner ſich einlaſſen müſſe, mithin auch in foro contractus könne eine bonorum venditio verfügt werden. Freilich aber lag das Mißverſtändniß ſehr nahe, ſobald man ſich nur an den Buchſtaben hielt. So entſtand denn die Regel: wo contrahirt wird, da iſt das forum contractus, und dieſe Regel trug man allenthalben als einen von ſelbſt ſich verſtehenden Vorderſatz hinein. So bei dem oben erwähnten Satze: omnem obligationem pro contractu esse habendam u. ſ. w., welcher hiernach leicht die Bedeutung erhielt: durch Abſchließung eines Contracts unterwirft man ſich dem Gerichte des Orts; es iſt aber jede obligatoriſche Verhandlung einem Contract gleich. Eben ſo verfuhr man bei der Auslegung von L. 19 D. *de jud.*, welche mit Recht als eine Hauptſtelle in unſerer Lehre betrachtet wird, worin man aber ſchwerlich jene Regel gefunden haben würde, wäre man nicht im Voraus von ihrer Wahrheit überzeugt geweſen. Jetzt verſteht man ſie ſo: Zuerſt (im §. 1) ſtelle Ulpian die gewöhnliche Regel über das forum contractus auf, und erläutere ſie (§. 2) durch ein Beiſpiel; dann bemerke er, daß die Regel Einſchränkungen unterworfen ſey, was er ebenfalls durch Beiſpiele anſchaulich zu machen ſuche. Allein, wie ich glaube, ſtellt Ulpian gerade den entgegengeſetzten Grundſatz auf, d. h. er geht davon aus, daß das Contrahiren an ſich noch keinen Gerichtsſtand begründe, ſondern dieſe Wirkung außerdem noch durch beſondere Vorausſetzungen bedingt ſey. Worin dieſe beſtehen? giebt die Stelle ebenfalls zu erkennen. Nur geſchieht dies nicht auf die in unſeren Schriften gewohnte Weiſe, ſondern man muß hier, wie meiſtens bei der Auslegung des röm. Rechts, den Grundſatz erſt durch Abſtraction zu gewinnen ſuchen. Doch ſetze ich voraus, erſtlich, daß man bei der Interpretation unſerer Stelle nicht davon ausgehe: es ſey anderswo ſchon die gewöhnliche Regel aufgeſtellt, und hier werde ſie nur angewandt, — daß man alſo die Stelle ohne vorgefaßte Mei-

nungen betrachte. Sodann, daß man dem allbekannten Satz: actor sequitur forum rei hierbei, wie bei den übrigen Stellen, worauf man das forum contractus gegründet hat, ſein volles Recht wiederfahren laſſe. Ich darf behaupten, daß dies bisher nicht geſchehen ſey. Jener Satz geht bekanntlich auf das ſ. g. forum universale. Nun giebt es davon allerdings mancherlei Ausnahmen. Aber nur als Ausnahmen ſind ſie zu behandeln, mithin nach den für jura singularia geltenden Normen die davon handelnden Stellen auszulegen. Hieraus folgt denn, daß Ausdrücke, welche auf die Ausnahmen bezogen werden können, auch wohl wirklich darauf zu beziehen ſind, nicht in ihrer möglichſt allgemeinen Bedeutung verſtanden werden dürfen; es genügt mit anderen Worten nicht, daß eine Aeuſſerung ebenfalls den Sinn haben kann, als enthalte ſie eine Anerkennung des forum contractus im vollſten Umfange, vielmehr iſt der Beweis erforderlich, daß ſie auch nothwendig ſo verſtanden werden müſſe. Denn ſonſt zerſtört man das natürliche Verhältniß zwiſchen Regel und Ausnahme, — man erhebt dieſe zu jener. Dieſe Bemerkungen werden um ſo eher Eingang finden, wenn man erwägt, daß ja die Beſtimmungen, welche wir in den Digeſten über das forum contractus antreffen, ein reines Erzeugniß der Jurisprudenz und keineswegs ein Werk geſetzgeberiſcher Willkühr ſind. Dafür würden wir ſie aber halten müſſen, wenn in der That das Recht des forum contractu ſo in Rom gegolten hätte, wie man gewöhnlich annimmt. Zuerſt ein Grundſatz, der die gewöhnliche Ordnung und Regel faſt umkehrt, ohne daß irgend Gründe der Zweckmäßigkeit oder des Nutzens für ſeine Einführung oder Beibehaltung ſprechen. Denn, daß Ausnahmsweiſe oder unter gewiſſen Vorausſetzungen das Contrahiren an einem Orte daſelbſt auch einen Gerichtsſtand begründe, läßt ſich wohl rechtfertigen; was will man aber wohl dafür anführen, daß z. B. Jeder, welcher brieflich einen Auftrag ertheilt, genöthigt werden könne, ſich vor dem Richter des Beauftragten einzulaſſen! — Zuerſt alſo einen Grund-

ſatz, der weder conſequent iſt, noch aus dem legislativen Standpuncte gerechtfertigt werden kann. Nun aber hintenher wieder Einſchränkungen, die, auf welche Art man ſie auch ausdrücken möge, die Anerkennung des Grundſatzes im höchſten Grade unſicher machen, ja eigentlich denſelben indirect wieder zerſtören! daß die römiſche Jurisprudenz beſſer Ziel und Maaß zu halten wußte, weiß man. Aber ich meine, man müſſe um deswillen auch geneigt ſeyn, einer Auslegung, wodurch das rechte Maaß herbeigeführt wird, vor jeder anderen im Zweifel den Vorzug zu geben.

Eine Ueberſetzung, oder vielmehr Paraphraſe der L. 19 §. 1 fgg. *de jud.* würde nun ohngefähr ſo lauten:

> Wenn Jemand irgend eine Vormundſchaft verwaltet, oder Geſchäfte betreibt, ein Bankgeſchäft, oder was es ſonſt ſey, wodurch Forderungsrechte begründet werden, ſo iſt er, auch ohne dort domicilirt zu ſeyn, in Anſehung der daraus entſpringenden Klagen dem dortigen Richter unterworfen. Alſo auch wegen der durch Betrieb von Handelsgeſchäften (durch Verkauf, Niederlegung und Ankauf von Waaren) begründeten Forderungen muß man ſich an dem Geſchäftsorte einlaſſen, falls dieſerhalb nicht eine andere Verabredung getroffen iſt. Nehmen wir nun aber nicht an, daß ein Fremder, von dem man weiß, das ſein Aufenthalt nur von kurzer Dauer ſeyn werde [24]), keineswegs

---

24) So glaube ich, daß man das quem scit inde confestim profecturum verſtehe; wer mit einem Fremden, der nicht eines eigentlichen Geſchäftsbetriebes halber anweſend iſt, handelt, und weiß, daß er ein Fremder iſt, der muß auch zugleich wiſſen, oder vorausſetzen, daß ſein Aufenthalt nur von kurzer Dauer ſeyn werde. (Vgl. hiermit Briel §. 10 S. 35 fgg.) Daß man alſo gerade wiſſe, der Fremde werde auf der Stelle wieder abreiſen, iſt hier gewiß nicht gemeint. Für die Frage, ob der Gerichtsſtand des Erfüllungsortes begründet ſey, kann es übrigens in Betracht kommen, daß man eine Kenntniß davon habe, wie lange der Fremde ſich hier noch aufhalten werde; ſ. unten §. 9 a. E.

genöthigt werden könne, aus einem von ihm geſchloſſenen Kauf oder Verkauf, ſich an dem Orte wo er contrahirte, einzulaſſen, oder eine Beſchlagnahme ſeiner Sachen zu dulden? Ganz gewiß [25])! Handelt man jedoch mit Jemanden, der einen Kaufladen oder eine Werkſtätte an einem gewiſſen Orte hat, ſo muß derſelbe ſich hier belangen laſſen; und dies hat auch ſeinen guten Grund [26]). Denn es wäre die höchſte Unbilligkeit, wenn ein Reiſender an jedem Orte, wo er gleichſam im Vorbeigehen kauft oder verkauft, ſich vor dem Richter einzulaſſen genöthigt werden ſollte. Wer ſich dagegen an einem Orte niederläßt, ich meine nicht, ſein Domizil hier errichtet, ſondern eine Waaren-Niederlage hat, Speicher, Boutiquen, Lagerplätze miethet, kurz ſich ſo einrichtet, wie es ſein Geſchäft erfordert, der kann auch an dieſem Orte aus ſeinen Contracten in Anſpruch genommen werden. Bei Labeo kommt der Fall vor, daß ein Provinzialer zu Rom einen Sclaven als institor des Verkaufs wegen hielte; aus den Geſchäften dieſes Institor muß ſich der Herr auch zu Rom belangen laſſen. Hat ſich übrigens Jemand anheiſchig gemacht, in Italien einen Contract zu erfüllen, ſo kann er daraus hier ſowohl, als an ſeinem Wohnorte in Anſpruch genommen werden, wie dies auch von Julian und vielen Anderen angenommen wird.

§. 5.

Es iſt gewiß, daß Ulpian hier nur Beiſpiele anführt,

---

25) So drückt Ulpian ſich nun zwar nicht buchſtäblich aus; allein es liegt dieſe Bejahung ſehr deutlich in der Faſſung der Frage.

26) Sintenis in der Ueberſetzung des C. j. meint, das nachfolgende Nam ſtehe hier für Sed; indeſſen ſcheint mir dadurch der natürliche Zuſammenhang ganz aufgehoben zu werden; dieſer bringt es mit ſich, daß man ſich das Folgende nicht als Gegenſatz, ſondern als Erläuterung denke.

aus denen wir uns den leitenden Grundsatz zu construiren haben. Hierbei könnte man nun freilich so verfahren, daß man sagt: anerkannt ist, daß durch obligatorische Geschäfte ein besonderer Gerichtsstand begründet werde; dies also ist das Prinzip, woraus weiter gefolgert werden darf, daß regelmäßig durch Abschließung eines Contracts die Contrahenten sich dem Richter des Contractorts unterwerfen, mithin ist das Beispiel von dem gleichsam nur im Durchfluge contrahirenden Reisenden lediglich als eine auf besonderen Gründen beruhende Ausnahme oder Einschränkung anzusehen. — Allein auch abgesehen davon, daß mit einer solchen Einschränkung die sichere Anwendung der Regel selbst gar nicht bestehen könnte (wie dieß oben gezeigt wurde), so wird dadurch doch ganz offenbar eine bloße Ausnahme von der Regel: actor sequitur forum rei, als jus commune behandelt, eine Bestimmung dagegen, welche eine Anerkennung der Regel enthält, als wahres jus singulare. Es muß daher ein anderer Weg eingeschlagen werden, um die Bedingungen und den Umfang des contractlichen Gerichtsstandes zu erkennen.

Vor allen Dingen ist nun klar, daß Ulpian durch das zufällige Abschließen eines Contracts das forum contractus noch nicht für begründet hält; denn, sagt er, es wäre hart und unbillig, allenthalben vor Gericht stehen zu müssen, wo man Contracte einzugehen veranlaßt wurde. Wohl aber muß Jemand sich da einlassen, wo er Geschäfte verwaltet, und wo er sich seines Gewerbes wegen (auch ohne gerade dort domcilirt zu seyn) aufhält, oder gewisse Einrichtungen hat. — Das administrare (tutelam, curam, negotia, argentariam) drückt jedenfalls aus, daß nicht etwa ein einzelnes Geschäft gemeint sey, sondern eine der Zahl (auch wohl der Art) nach unbestimmte Reihe von Geschäften. Eine solche Geschäftsführung also verpflichtet, da, wo man administrirte, auch vor dem Richter Rede und Antwort zu geben, und ein Gleiches findet Statt, wenn man ausserhalb des Domizils

irgendwo ein Gewerbe betreibt [27]). Der Grund hievon iſt auch nicht ſchwer zu erklären. — Der Mittelpunct des geſammten bürgerlichen und Geſchäftslebens eines Menſchen iſt ſein Wohnort. Durch die Wahl eines ſolchen unterwirft er im Voraus ſeine Handlungen der rechtlichen Beurtheilung des hier competenten Gerichts. An dieſem Orte iſt ſeine vermögensrechtliche Perſönlichkeit, und ſie bleibt hier, wenn er ſelbſt ſich auch anderswo aufhält, oder anderswo contrahirte Verbindlichkeiten wider ihn geltend gemacht werden. Mögen immerhin die obligatoriſchen Handlungen eines Menſchen an und für ſich nach auswärtigen Geſetzen zu beurtheilen ſeyn, — ſeine Verbindlichkeiten exiſtiren da, wo er zu Hauſe gehört, hier alſo iſt er daraus in Anſpruch zu nehmen. Allerdings aber giebt es davon Ausnahmen, und zwar ſolche, die eben ſo wie die Regel auf einem guten Grunde beruhen. Dies iſt namentlich der Fall mit dem forum rei sitae und delicti commissi, was an dieſem Orte nicht näher nachzuweiſen ſeyn wird; und daſſelbe gilt denn auch von der hier zur Frage ſtehenden Ausnahme, ſoferne ſie richtig aufgefaßt wird. — So wie man nämlich, (falls nicht poſitive Einrichtungen entgegenſtehen) an mehreren Orten zugleich domizilirt ſeyn kann, ſo iſt es auch Jedem geſtattet, kleinere Kreiſe ſeines gewerblichen und Geſchäfts-Lebens anderswohin zu verlegen, wo dann conſequenterweiſe für dieſen Kreis die Rechte des Domizils angewandt werden, ohne daß darum das eigentliche Domizil auch nur in dieſer engeren Beziehung

27) Der § 1 unſerer Stelle lautet ſo: „Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci *administravit*, et si ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere.“ Der Ausdruck *administrare* negotia u. ſ. w. kann ſowohl auf eigene als auf fremde Geſchäftsführung bezogen werden, ſo iſt unter dem administrare argentariam höchſt wahrſcheinlich der Betrieb dieſes Geſchäfts für eigene Rechnung gemeint, und ſo ſteht denn der Inhalt des §. 1 in durchaus unmittelbarem Zuſammenhange mit der in dem §. 2 angeführten Beiſpielen.

ſeine Wirkſamkeit verliert; (ähnlich, wie wenn mehrere Haupt-Domizile neben einander beſtehen). Hierauf nun beruht in den Fällen, welche Ulpian zunächſt vor Augen hat, der contractliche Gerichtsſtand, nicht aber auf der einzelnen obligatoriſchen Handlung, oder auf dem häufig ſo durchaus zufälligen Umſtande, daß ein Contract an dieſem oder jenem Orte abgeſchloſſen wird. Darauf kommt es überall nicht an, auch für den engeren Kreis des contractlichen Gerichtsſtandes nicht. Wenn z. B. ein in A domizilirter Kaufmann eine Niederlage in B hat, und in Beziehung auf die dortigen Geſchäftsverhältniſſe an irgend einem dritten Orte Contracte abſchließt, ſo iſt ein forum contractus in B begründet. Oder wenn der Geſchäftsführer des X hier und da Forderungen für ſeinen Prinzipal eincaſſirt, ſo iſt nicht (wie nach der gemeinen Meinung angenommen werden muß) an jedem dieſer Orte ein forum gestae administrationis wider ihn begründet, ſondern nur da, wo der Hauptſitz der Geſchäfte des X, oder doch des beſtimmten Geſchäftskreiſes iſt, worauf ſich jene Handlung bezog.

§. 6.

Am ſchwierigſten ſcheint nun eben die Anwendung des Prinzips auf fremde Geſchäftsführungen zu ſeyn. Wer indeſſen den Grundſatz ſelbſt für richtig hält, der wird auch hier kein Bedenken finden können, zwiſchen einzelnen obligatoriſchen Handlungen und eigentlichen Geſchäftsadminiſtrationen zu unterſcheiden. Nicht nur fordert dies die Conſequenz, ſondern Ulpian deutet auch ſehr beſtimmt darauf hin, indem er von einem *administrare* tutelam, vel curam, vel negotia ſpricht. Alſo der (beauftragte oder unbeauftragte) Geſchäftsführer iſt wegen eines einzelnen Geſchäfts in foro domicilii, oder wenn ſich das Geſchäft auf ein Verhältniß bezieht, woraus für ihn ein contractlicher Gerichtsſtand begründet iſt, hier, mithin immer in ſeinem eigenen Gerichtsſtande zu belangen. So wie aber das forum contractus

dadurch für Jemanden begründet wird, daß er einen Theil ſeines eigenen Geſchäftslebens nach einem anderen Orte verlegt, ſo entſteht auf ähnliche Art das von uns ſogenannte forum gestae administrationis, und es kann nur noch die Frage aufgeworfen werden, an welchem Orte es denn eigentlich vorhanden ſey? — Bekanntlich iſt dieß beſonders in Beziehung auf vormundſchaftliche Verwaltungen ſehr ſtreitig, und gewichtige Stimmen haben ſich dafür erklärt, daß nicht die Obervormundſchaft, ſondern das Gericht des Orts, wo wirklich adminiſtrirt werde, hier als competent anzuſehen ſey [28]). Auf dieſe Anſicht hat wohl den meiſten Einfluß die in neueſter Zeit ſo ſehr beliebt gewordene Idee von der Trennung der Gewalten gehabt; ſo dringt man denn inſonderheit auch auf Trennung der obervormundſchaftlichen Amtsthätigkeit, welche einen adminiſtrativen Charakter habe, von der Juſtizpflege, und dies hat denn zu der Meinung Veranlaſſung gegeben, daß ſelbſt da, wo Beides ſich vereinigt finde, rechtliche Anſprüche gegen den Vormund nicht von dem obervormundſchaftlichen Gerichte entſchieden werden können, da deſſen Competenz doch immer nur oberaufſehender und adminiſtrativer Art ſey [29]). Ich muß bekennen, daß ich mich von der Zweckmäßigkeit einer Trennung von Functionen, die in ſo genauer Verbindung mit einander ſtehen, wie obervormundſchaftliche Verwaltung und die Ausübung des Richteramts über Vormünder als ſolche nie habe überzeugen können. Hier, wie bei einigen anderen Zweigen öffentlicher Wirkſamkeit, wo man auf Trennung zu bringen pflegte, mag ſich die Sache auf dem Papiere recht gut ausnehmen; in der Wirklich-

28) S. z. B. Pfeiffer prakt. Ausführungen u. ſ. w. Bd. I. Abhandl. XIX und Linde Arch. für civ. Pr. Bd. VII. S. 77 fgg. Nr. 4 und Abhandl a. a. O. §. 3 S. 91 fgg.

29) S. z. B. das in der juriſt. Zeitung für das Königreich Hannover Bd. I Heft II S. 129 130 abgedruckte Rſcr. des Cabinetsminiſterii an die Juſtizkanzlei in Hildesheim.

keit aber iſt ſie entweder gar nicht mit Conſequenz durchzuführen, oder doch nur allzuhäufig mit einer nachtheiligen Hemmung der Geſchäfte verbunden, und verurſacht jedenfalls unnöthigen Zeit- und Koſtenaufwand. Als practiſcher Beamte im Juſtiz- und Adminiſtrativfache in zwei verſchiedenen Ländern, wo in dieſem Puncte ein faſt entgegengeſetztes Syſtem gilt, habe ich manche Veranlaſſung gehabt, mich von den Vorzügen einer Verbindung verwandter Functionen, ſowie von den Nachtheilen einer zu weit getriebenen Trennung zu überzeugen. Vorzüglich aber ſcheinen mir (auch wenn die Sache lediglich aus dem legislativen Standpuncte betrachtet wird) ſehr überwiegende Gründe dafür zu ſprechen, daß die Obervormundſchaft auch als Richter die Rechtsſtreitigkeiten entſcheide, welche durch die obervormundſchaftliche Adminiſtration veranlaßt werden, oder ſich darauf beziehen, indem es für jeden anderen Richter erſt einer mühſamen Inſtruction über Verhältniſſe bedarf, die jener Behörde klar vorliegen und unmittelbar bekannt ſind. — Doch hören wir die Gegner. Nach ihrer Anſicht ſoll die Frage im röm. Rechte deutlich, und zwar wie Einer derſelben ſich ausdrückt, ſo deutlich entſchieden ſeyn, daß darüber kaum ein Zweifel möglich ſcheine, — nämlich dahin, daß nicht die Obervormundſchaft, ſondern der Richter des Orts, wo adminiſtrirt wurde, für dergleichen Streitigkeiten competent ſey [30]). Es heiße nämlich: „tutores, *qui in aliquo loco administraverunt*, eodem loco se defendere debent“ (L. 54 §. 1. D. *de proc.*), und eben ſo ſpreche Ulpian in der L. 19 §. 1 D *de. jud.* von dem „qui tutelam vel curam certo loco administravit.“ Allein wo der Ort der Verwaltung eigentlich anzunehmen ſey, darüber äußern ſich dieſe Stellen nicht, und auch unſere Gegner gehen hierauf nicht näher ein, ſondern begnügen ſich mit der Bemerkung, daß der Vormund ſich da einlaſſen müſſe,

30) Linde, Abhandl. a. a. O. S. 94.

wo er administrirt habe. Buchstäblich verstanden würde dies jeder Ort seyn, wo er einzelne Administrationshandlungen vornimmt; dann würde er also genöthigt seyn, sich allenthalben einzulassen, wo eine Handlung rechtlich zu Stande gekommen ist. Schwerlich ist dies gemeint; meinte man es aber wirklich, so wird man doch nicht im Stande seyn, eine befriedigende Antwort auf die Frage zu geben: wo ist denn die auf die ganze Verwaltung sich beziehende actio tutelae directa anzustellen, wenn an verschiedenen Orten Administrationshandlungen vorgekommen sind? Vielleicht antwortet man: im Domizil des Vormundes, denn von hier aus leitet er die Geschäfte, hier also ist der Ort, wo er wirklich administrirte. Allein Ulpian sagt ausdrücklich: *etsi ibi* (ubi administravit) *domicilium non habuit*, ibi se debebit defendere, und die Gegner nehmen ja auch selbst ein von dem forum domicilii verschiedenes forum gestae administrationis an [31]). Um aus diesem Labirinth herauszukommen, wird man sich genöthigt sehen, den Verwaltungsort anderswo aufzusuchen, und damit fällt denn die ganze Argumentation gegen die Competenz der Obervormundschaft: der Vormund müsse sich da einlassen, wo er administrirt habe, von selbst über den Haufen. Ist dies nicht der Ort, wo (vielleicht sehr zufällig) die einzelnen Administrationshandlungen vorgenommen sind, und auch nicht das Domizil des Vormundes, so folgt ganz von selbst, daß der certus locus, ubi administratum est, nicht rein buchstäblich, sondern im juristischen Sinne zu verstehen sey. Alsdann bleibt aber nur zweierlei übrig, entweder den regelmäßig zuständigen Richter des Pflegbefohlenen, oder das obervormundschaftliche Gericht (falls dies überhaupt von jenem verschieden ist) für competent zu erklären. Welchen von diesen Wegen man nun auch einschlagen möge, — für meine Theorie vom forum contractus ist dies völlig gleichgültig;

31) Vgl. z. B. Pfeiffer a. a. O. S 320.

m. a. W., es liegt darin eine Anerkennung des Grundsatzes, daß das bloße obligatoriſche Handeln an dieſem oder jenem Orte keineswegs zur Begründung eines ſolchen Gerichtsſtandes genüge, ſondern noch hinzukommen müſſe, daß man für einen (weitern oder engeren) Kreis ſeiner Lebensverhältniſſe irgend einen anderen Ort, als das Domizil, zum Mittelpunct ſeiner Thätigkeit mache. — Uebrigens glaube ich, daß dies das obervormundſchaftliche Gericht iſt, dem man über ſeine Verwaltung Rede und Antwort zu geben hat [32]). Denn, ſo wie für Andere regelmäßig am Orte des Domizils, ſo iſt für Bevormundete der Centralpunct ihrer vermögensrechtlichen Perſönlichkeit da, von wo aus ihre geſammelten Rechtsverhältniſſe beaufſichtiget und geleitet werden. Bei der Aehnlichkeit der Verhältniſſe gilt daſſelbe auch für öffentliche Verwaltungen, wie dies denn zum Ueberfluß ausdrücklich im röm. Rechte anerkannt iſt, indem von dem Verwalter einer Kriegscaſſe geſagt wird, daß er auch nach niedergelegtem officium ſich vor dem militäriſchen Gerichte einlaſſen müſſe, „in quo et instructio sufficiens, et nota testimonia, et verissima possunt documenta praestari [33])."

Wenn daher die römiſchen Juriſten ſagen, fremde Geſchäftsführer müßten an dem Orte der Geſchäftsführung ſich

---

32) Das röm. Recht ſagt: „Eum, qui aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit, *rationem oportet reddere*" (L. 1 C. *ubi de ratiociniis — agi oporteat*). Den Ausdruck rationem oportet reddere beziehen ſelbſt die Gegner auf die Verpflichtung zur gerichtlichen Einlaſſung. Linde Abhandl. (S. 99). Wann dagegen die R. P. O. n 1577 Tit. 32 §. 3 ſagt: es ſollen der Vormund (vor der Obervormundſchaft) „um ſeine Verwaltung Rede und Antwort geben", ſo ſoll darunter blos die Verpflichtung zur Rechnungsablegung, nicht aber auch die zur gerichtlichen Verantwortung verſtanden werden. (Linde a. a. O. S. 95 fgg. Vgl. mit Pfeiffer a. a. O. S. 318 fgg.). Ich bekenne, dies mit meinen Interpretations-Grundſätzen nicht vereinigen zu können.

33) L. 2 C. ubi de ratiociniis u. ſ. w.

einlaſſen, oder auf ähnliche Art die K. K. Diocletian und Maximian reſcribirten: „Eum, qui aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, *ubi haec gessit*, rationem oportet reddere“ [34]), — ſo heißt dies: da, wo die von ihm verwalteten Geſchäfte ihren Sitz und Centralpunct haben. Dies nun iſt für ſelbſtſtändige oder nicht bevormundete Perſonen ihr Wohnort, oder, falls die Geſchäfte einem Kreiſe angehören, innerhalb deſſen für den Prinzipal, wenn er ſelbſt handelte, ein contractlicher Gerichtsſtand begründet ſeyn würde, das forum contractus; denn dorthin hat der negotiorum gestor einen Theil ſeines Geſchäftslebens verlegt, — ob für ſich, oder für einen Anderen, iſt im Rechtsſinne einerlei.

§. 7.

Leichter iſt die Frage zu beantworten, wo das forum contractus aus eigenen Geſchäften begründet ſey? Wir können hierbei zunächſt ganz auf Ulpians Beſtimmungen fußen. Wo Jemand, ohne domilizirt zu ſeyn, ein Gewerbe betreibt, da iſt in Beziehung auf die Geſchäfte, welche dies Gewerbe betreffen, für ihn der contractliche Gerichtsſtand begründet. Daß er unmittelbar ſelbſt contrahire, iſt nicht erforderlich (L. 19 §. 3 D. *de jud.*); wenn daher Jemand außerhalb ſeines Domizils irgend einen Zweig ſeines Geſchäftsbetriebes durch Inſtitoren oder Commiſſionäre ausüben läßt, ſo iſt hier auch für ihn das forum contractus. Selbſt aber das iſt an ſich nicht einmal weſentlich, daß an dem Orte, wo der contractliche Gerichtsſtand vorhanden ſeyn ſoll, auch wirklich contrahirt ſey; es genügt, wenn der Contract mit dem auswärts fixirten Geſchäftszweige in unmittelbarer Verbindung ſteht. Sehr häufig wird jedoch eine perſönliche Anweſenheit des Geſchäftsherrn oder ſeiner Stellvertreter Grundbedingung des forum contractus ſeyn, in allen Fällen nämlich, wo der

34) L. 1 C. ubi de ratiociniis.

Contrahent keine ſolche Einrichtungen an dem auswärtigen Orte hat, woraus ſich ergiebt, daß das Geſchäft hier gewiſſermaßen (um mich ſo auszudrücken) domizilirt ſey. Denn ein weſentliches Erforderniß zur Begründung des contractlichen Gerichtsſtandes iſt es allerdings nicht, daß ſolche Einrichtungen dort beſtehen; Ulpian führt ja nur Beiſpiele an, und zwar nur ſolche, die es recht anſchaulich machen ſollen, daß das bloße Contrahiren an dem auswärtigen Orte noch keinen Gerichtsſtand bewirke. Fehlt es nun alſo an dergleichen Einrichtungen, ſo iſt zunächſt der Zweck eines Geſchäfts zu berückſichtigen, um zu entſcheiden, ob das Geſchäft an ſich dorthin gehöre; dies wird allemal zweifelhaft bleiben, wenn nicht am Orte ſelbſt contrahirt iſt, im Zweifel darf aber ein forum contractus, als Ausnahme von der Regel actor sequitur forum rei, nicht angenommen werden. Bei perſönlicher Anweſenheit dagegen kann ein ſolcher Zweifel nicht aufkommen. Ein Kaufmann, welcher Meſſen und Jahr-Märkte beſucht, verlegt für die Dauer derſelben einen Theil ſeiner gewerblichen Geſchäfte nach dem Meß- oder Marktorte; hier kann er daher auch aus den daſelbſt contrahirten Verbindlichkeiten in Anſpruch genommen werden[36], ohne daß die längere oder kürzere Dauer des Aufenthalts, oder die Zahl der Geſchäfte (er kann vielleicht nur ein einziges abgeſchloſſen haben) dabei in Betracht kommt. Sobald aber nicht angenommen werden darf, Jemand habe für die Dauer ſeines Aufenthalts ſeine Lebensverhältniſſe an dem fremden Orte gleichſam domizilirt, iſt für ihn hier ein eigentliches forum contractus nie begründet, wenn er auch ſich ab-

35) Mit Unrecht würde man ſich dagegen auf die L. un. C. *de nundinis* (IV. 60) berufen. Dieſe ohnehin ſehr unklare Stelle ergiebt höchſtens ſo viel, daß diejenigen, welche ſich des Verkehrs wegen auf Meſſen und Jahrmärkten einfinden, während der Dauer derſelben nicht mit Klagen beläſtigt werden ſollen. Vgl. Briel a. a. O. §. 42 S. 45 und Ayrer l. l. §. 29.

ſichtlich irgend eines Zweckes wegen (z. B. um für ſeine Bedürfniſſe einen Einkauf zu machen) dorthin begiebt. Der Gerichtsſtand des Erfüllungsortes kann hier möglicherweiſe eintreten (davon weiter unten); iſt ihm aber auf Credit verkauft, ſo hat das Geſchäft nun auch mit ſeiner perſönlichen Anweſenheit an dem fremden Orte nichts weiter gemein, ſondern er iſt vor ſeinem gewöhnlichen Richter zu belangen, indem eine zeitige Abweſenheit von dem regelmäßigen Aufenthaltsorte die perſönlichen Verhältniſſe eines Menſchen an ſich überall nicht affizirt.

Alſo: wer ſeiner gewerblichen Verhältniſſe wegen ſich nach einem fremden Orte hinbegiebt, um dort zu contrahiren, oder daſelbſt gewiſſe Einrichtungen hat, welche auf ſeine Geſchäfte ſich beziehen, der kann aller obligatoriſchen Handlungen wegen, welche unmittelbar oder mittelbar dadurch veranlaßt ſind (alſo z. B. auch wegen Lager-Wohnungs-Miethe u. dgl. m.) an dieſem Orte in Anſpruch genommen werden. Liegt das Geſchäft aber außerhalb dieſer Gränze (z. B. wenn er ein überall damit in keiner Verbindung ſtehendes Darlehen contrahirt), ſo kann daraus auch kein contractlicher Gerichtsſtand für ihn begründet ſeyn. Ein Gleiches gilt denn auch für das forum gestae administrationis; es beſchränkt ſich auf die mit der Adminiſtration in Verbindung ſtehenden obligatoriſchen Handlungen.

§. 8.

Zu anderen Reſultaten nun als den bisher vorgetragenen führt uns Ulpians Stelle (L. 19 de jud.) unmittelbar nicht. Doch bin ich der Meinung, daß man allerdings noch weiter gehen könne und müſſe. Es kann nämlich ſeyn, daß Jemand an einem Orte ſich für einige Zeit niederläßt, hieher den Mittelpunct ſeiner Lebensverhältniſſe, und ſoweit dies überhaupt thunlich iſt, auch ſeine Geſchäfte verlegt, ohne daſelbſt domizilirt ſeyn, oder ſein eigentliches Domizil aufgeben zu wollen. Daß nun dies interimiſtiſche Domizil, wie

man es nennen kann, consequenterweise ähnliche Wirkungen erzeugen könne, wie das Administriren und Betreiben von Geschäften ausserhalb des Wohnorts, wird Niemand in Abrede stellen; auch kann darauf nichts ankommen, ob der Aufenthalt in der Fremde ein freiwilliger oder gezwungener (z. B. durch eine zeitige Verweisung veranlaßt) ist, eben so wenig wie darauf, ob man durch Amtsverhältnisse oder durch irgend einen anderen Grund dazu veranlaßt wurde. — Wendet man nun den Grundsatz auf Fälle dieser Art an, so versteht sich ganz von selbst, daß der contractliche Gerichtsstand hier nicht auf obligatorische Handlungen gewisser Art eingeschränkt werden darf, sondern in der vollen Ausdehnung gelten muß, wie am eigentlichen Domizil. — Eine andere Frage aber ist, ob überhaupt das Prinzip hier anzuwenden sey? Zweifelhaft könnte dies scheinen, weil ja der contractliche Gerichtsstand auf einer bloßen Ausnahme beruht, und also — wie aber auch angenommen wurde — die rechtlichen Bestimmungen hierüber durch Schlußfolgerungen nicht erweitert werden dürfen. Dagegen läßt sich indessen schon im Allgemeinen Folgendes erwiedern: ein Anderes ist die Erweiterung des gesetzlichen Kreises durch Schlußfolgerungen aus der ratio legis, ein Anderes die Subsumtion eines nur nicht buchstäblich bestimmten Falls unter eine mit Sicherheit zu erkennende Rechtsregel; Ersteres ist bei singulären Rechtssätzen allerdings nicht zulässig, wohl aber Letzteres, und es ist bekannt, wie oft dies bei Anwendung des röm. und can. Rechts geschehen muß, da in beiden Rechtsbüchern die einzelnen Rechtssätze so sehr häufig nicht bestimmt ausgesprochen, sondern erst aus concreten Entscheidungen und angeführten Beispielen zu entwickeln sind. Halten wir uns nun streng an die von Ulpian angeführten Fälle und suchen unmittelbar hieraus den zu Grunde liegenden Rechtssatz zu construiren,

ſo werden wir uns freilich darauf einſchränken müſſen, zu ſagen: Wenn Jemand außerhalb ſeines Domizils fremde Geſchäfte verwaltet oder ein Gewerbe betreibt, ſo iſt er verpflichtet, ſich aus den damit in Verbindung ſtehenden obligatoriſchen Handlungen hier auch vor Gericht einzulaſſen. Allein ſollte Ulpian wirklich gemeint geweſen ſeyn, die Anwendung des offenbar dabei zu Grunde liegenden höheren Prinzips auf die Fälle auszuſchließen, wo Jemand den auswärtigen Ort, wenn auch nur für einige Zeit, zum Mittelpunct ſeiner geſammten Lebensintereſſen macht? Unmöglich; die Anwendung der Rechte des Domizils liegt ja hier noch ſehr viel näher, als in den übrigen Fällen. Sind wir denn aber zu einer ſolchen Schlußfolgerung, — ſind wir zu der Annahme berechtigt, daß in den Anwendungen, welche wir in der L. 19 cit. finden, jenes höhere Prinzip auch wirklich als Rechtsſatz ausgeſprochen ſey? Wenn ich nun dieſe Frage bejahe, ſo glaube ich nicht, daß damit die obige Ausführung über das Verhältniß zwiſchen jus commune und singulare im Widerſpruch ſtehe. Wollte man darum, weil es anerkannt iſt, daß durch obligatoriſche Handlungen ein forum contractus begründet werde, dies als Regel für jeden irgendwo geſchloſſenen Contract annehmen, ungeachtet die in den Quellen vorkommenden Anwendungen ſich nur auf Adminiſtrationen und gewerbliche Geſchäfte beziehen, — ſo würde man allerdings in den oben gerügten Fehler verfallen, und dadurch, daß man jeden Ausdruck in möglichſt allgemeiner Bedeutung verſteht, das natürliche Verhältniß zwiſchen Regel und Ausnahme aufheben. Findet man dagegen den oberſten Grundſatz für die Ausnahme darin, daß das Domizil und deſſen juriſtiſche Wirkungen für eine Zeitlang oder für einen beſtimmten Geſchäftskreis anders wohin verlegt werden könne, ſo darf man allerdings ſagen: Ulpian beſchäftigt ſich nur mit ſolchen Fällen, in welchem der contractliche Gerichtsſtand auch ohne eine zeitige Uebertragung der geſammten Lebens-

verhältniſſe auf einen anderen Ort begründet iſt; da er alſo den Grundſatz in möglichſt weiter Ausdehnung anerkennt, ſo umfaßt ſeine Entſcheidung natürlich auch diejenigen Fälle, welche mit dem Prinzip in noch genauerem und unmittelbarem Zuſammenhange ſtehen. — Zum Ueberfluſſe hat indeſſen derſelbe Juriſt dies auch an einer andern Stelle ausdrücklich erklärt. Die Legaten der Provinzen und Munizipien, welche ſonſt das jus revocandi domum hatten, ſollen doch aus ihren, während der Dauer der Geſandtſchaft, in Rom geſchloſſenen Contracten hier belangt werden können. Ja es wird dies auf eine Art ausgeſprochen, die deutlich beweiſt, welches Gewicht darauf gelegt wurde, daß während eines ſolchen Aufenthalts die Contracte geſchloſſen ſeyen, woraus die klagbar zu machenden Anſprüche entſtehen. Es heißt nämlich: wenn auch durch frühere Handlungen das forum contractus und gestae administrationis an ſich begründet ſeyn würde, ſo ſolle dennoch der Legat während der Dauer ſeiner Legation das jus revocandi domum haben, nicht aber in Beziehung auf diejenigen Contracte, welche er zur Zeit ſeiner amtlichen Wirkſamkeit in Rom geſchloſſen habe [36]). Bei der gewöhnlichen Anſicht über das forum contractus würde es dieſer Beſtimmung an allem Grunde und Zuſammenhange fehlen; ſoll das Contrahiren an ſich ſchon einen ſolchen Gerichtsſtand begründen, der Legatus aber ein darauf ſich beziehendes Privilegium haben, ſo müßten daher eher die während der Legation als die vorher eingegangenen Contracte ausgenommen ſeyn! Dagegen erklärt ſich Alles durchaus natürlich, wenn man davon ausgeht, daß derjenige, welcher überhaupt außerhalb ſeines Domizils, gerade wie an ſeinem eigentlichen Wohnorte lebt und verkehrt, während der Dauer ſeines Aufenthalts an dem fremden Orte in noch näherer Verbindung

36) L. 2 §. 3—5 D. *de jud.* — Vgl. hierbei überhaupt Briel a. a. O. §. 18.

mit demſelben ſteht, als Jemand, der daſelbſt nur Geſchäfte betreibt.

Vor Allem aber beweiſt eine Stelle, wie innig verbunden das von uns ſ. g. forum contractus mit dem des Domizils iſt, und daß beide auf der nämlichen Grundlage beruhen, nämlich auf der Idee, daß Jeder da vor dem Richter Rede und Antwort geben müſſe, wo der (allgemeine, oder zeitige, oder partielle) Mittelpunct ſeiner Lebensintereſſen und Geſchäftsverhältniſſe iſt. Dieſe Stelle, welche oben bereits erwähnt wurde, iſt das als L. 2 C. *de jurisd. omn. jud.* in den Conſtitutionen-Codex aufgenommene Reſcript des Kaiſers Diocletian und Maximinian. Es lautet ſo:

„Juris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur: *nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit,* ibi tantum eum conveniri oportet.“

Wie völlig nichtsſagend erſcheinen hier die Worte: vel tempore contractus habuit, nach der gewöhnlichen Theorie! Ja, man begreift nicht, wie die Kaiſer überhaupt dazu kamen, des Wohnorts zur Zeit des Contracts zu erwähnen, wenn das Contrahiren an einem fremden Orte allein ſchon hinreichend war, um den contractlichen Gerichtsſtand zu begründen; in dem factum konnte die Veranlaſſung dazu nicht liegen, da die Worte offenbar ſagen ſollen: „oder hätte der Beklagte zur Zeit des Contracts an dem Contractsorte ſein Domizil gehabt, ſo würdeſt du nicht genöthigt werden können, an ſeinem jetzigen Wohnorte zu klagen.“ — Die Erwähnung des Contracts führt nun ganz von ſelbſt zu der Vorausſetzung, daß hier aus einem Contracte, und zwar an dem Orte, wo dieſer abgeſchloſſen war, geklagt wurde. Auch bezog ſich das contractliche Verhältniß nicht etwa auf einen Gewerbsbetrieb an dem Orte der Klage, überhaupt nicht auf

einen Fall, wofür anerkanntermaßen das forum contractus begründet war, ſondern es wurde nur aus einem gewöhnlichen Contract in loco contractus Klage erhoben. Hier nun war die Antwort der Kaiſer ſehr natürlich: das bloße Contrahiren macht den Richter des Contractsorts nur in dem Falle zuſtändig, wenn der Beklagte dort domizilirt iſt, oder damals es war; denn contrahirt Jemand da, wohin er ſeinen geſammten Rechts- und Lebensverhältniſſen nach gehört, ſo kann er hier auch zu jeder Zeit in Anſpruch genommen werden.

§. 9.

Verſtehen wir nur unter forum contractus das Gericht des Orts, wo der Beklagte zur Zeit des Contracts domizilirt war, oder wo er ein Gewerbe betrieb oder eine Adminiſtration führte, ſo kann daſſelbe durch Feſtſetzung eines anderen Erfüllungsorts beſchränkt werden; d. h. es iſt alsdann aus dem obligatoriſchen Verhältniſſe entweder im Domizil des Beklagten oder in loco solutionis zu klagen [37]), und hierin liegt der Grund (wie bereits oben §. 4 bemerkt wurde), weßhalb ein ſolcher Leiſtungsort als locus contractus bezeichnet wird. Der Grund dieſer Ausnahme oder Beſchränkung erklärt ſich auch ſehr leicht. Bedingt ſich ein Contrahent aus, daß die Erfüllung an einem anderen Orte geſchehen ſolle, als wo ſie nach geſetzlichen Beſtimmungen oder nach der Natur der Sache verlangt werden kann, ſo wird ihm in der Regel wohl daran liegen, dort auch die Erfüllung erzwingen zu dürfen, und geſteht ſein Mitcontrahent ihm jene Bedingung zu, ſo räumt er ihm dadurch ſtillſchweigend den Gebrauch der Mittel ein, welche ihm ein ſolches Zwangsrecht möglich machen. Dieſer Schluß iſt ſo durchaus natürlich, daß nur die klarſten Beweiſe einer anderen Willensmeinung zur Annahme des Gegentheils

37) L. 19. §. 4 D. *de jud.*

berechtigen können. Darum darf man hierbei freilich noch nicht an die eigentliche oder rein conventionelle fori prorogatio denken; es bildete ſich vielmehr durch die röm. Rechtspraxis, geſtützt auf den präſumtiven Willen der Intereſſenten, der Satz aus: die Feſtſetzung eines Erfüllungsorts habe die Wirkung, wie wenn hier contrahirt wäre; dadurch iſt denn alſo der dortige Richter rechtlich für competent erklärt.

Man hat wohl behauptet, daß ein Gleiches auch für den geſetzlichen, überhaupt für den ſich von ſelbſt verſtehenden Leiſtungsort gelte, denn heiße es ja (in der L. 3 D. *de reb. auct. jud. poss.*): „Contractum — — eo loco intelligitur — —, quo solvenda est pecunia“ [38])! Allein hier zeigt ſich wohl am deutlichſten, zu welchen Reſultaten es führt, wenn man ſolche Aeuſſerungen in buchſtäblicher und unbedingter Allgemeinheit verſteht. Bin ich z. B. Jemanden, der in Caſſel domizilirt iſt, ein Geldcapital ſchuldig, ſo kann mein Gläubiger in der Regel gewiß fordern, daß ich dorthin das Geld liefere, oder ihm die Koſten erſtatte, welche die Einziehung des Capitals an meinem Wohnorte ihm verurſacht. Könnte man nun in der That ſagen: wohin man zu zahlen verpflichtet iſt, da muß man ſich auch vor dem Richter einlaſſen, ſo würde ja regelmäßig jeder Schuldner bei dem Richter ſeiner Gläubiger belangt werden können, und ſo kehrte man denn die Regel, actor sequitur forum rei, hier geradezu um!

Indeſſen gehen denn doch auch diejenigen wieder zu weit, welche den Gerichtsſtand des Erfüllungsorts nur im Falle eines ausdrücklich feſtgeſetzten locus solutionis annehmen. Das quod actum est iſt bei Verträgen allemal der ausdrücklichen Verabredung gleich zu achten (L. ult. D. *de her. v. act. vend.*) Dies darf nun zwar hier nicht ſo angewandt werden, daß man den ſich von ſelbſt verſtehenden Leiſtungs-

38) S. Ayrer l. l. §. 16 p. 18.

ort allemal dem ausdrücklich bestimmten gleichstellt; wohl aber kann ein Fall von solchen Umständen begleitet seyn, wodurch der stillschweigend vorauszusetzende Erfüllungsort in aller Hinsicht die Bedeutung eines ausdrücklich verabredeten erhält. So wird z. B. Niemand daran zweifeln (und die tägliche Praxis bestätigt dies auch), daß der Reisende wegen der — nicht etwa ihm creditirten — Gastwirthsrechnung da, wo die Schuld contrahirt ist, in Anspruch genommen werden könne; denn es wird von Seiten des Wirths vorausgesetzt werden dürfen, daß der Reisende vor bezahlter Rechnung sich nicht von dort entferne. Ein Gleiches gilt von dem Falle, wenn ein Fremder an einem Meß- oder Marktorte Einkäufe macht, ohne daß ihm creditirt wird, oder wenn er daselbst Geld borgt, und dasselbe noch während seines Aufenthalts dort wiederzugeben verspricht, ohne zu sagen, daß er früher abreisen werde; denn sonst würde der Schuldner freilich nur an seinem Wohnorte in Anspruch genommen werden können. — Ich habe diese Beispiele geflissentlich hervorgehoben, um zugleich dadurch anschaulich zu machen, wie es um die angebliche Ausnahme von dem forum contractus stehe, daß nämlich Der, welcher auf einer Reise begriffen, contrahire, demselben nicht unterworfen sey. Gerade ein solcher wird am häufigsten in dem Falle seyn, auf sich den Satz anwenden lassen zu müssen: contractum eo loco intelligitur, quo solvenda est pecunia, da im Zweifel nicht angenommen werden darf, daß ihm bis nach der Zeit seiner Abreise Credit gegeben sey.

§. 10.

Auf zwei Gründe der Gegner ist bisher noch keine besondere Rücksicht genommen, nämlich

1) auf die Stelle, wonach die dos nicht da, wo der Dotalvertrag errichtet ist, sondern an dem Domizil des Mannes zurückgefordert werden soll (L. 65 D. *de jud.*) Ulpian

ſagt hier: nec enim *id genus contractus est, ut eum locum spectari oporteat,* in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura". Darin findet man nun eine Einſchränkung der vermeinten Regel, daß ſchon durch den bloßen Abſchluß eines Contracts das forum contractus begründet werde; denn ſonſt ſey es ja überall nicht nöthig geweſen, zu bemerken, daß in dem vorliegenden Falle im Domizil des Mannes geklagt werden müſſe. Dagegen ließe ſich nun allenfalls erinnern: es ſey möglich, daß auch ſchon manche römiſche Juriſten, verleitet durch die allgemeinen Aeuſſerungen, welche ſie bei ihren Gewährsmännern fanden, das forum contractus in einer zu weiten Ausdehnung verſtanden, und darum die Rückforderung der dos da für zuläſſig erachtet hätten, wo das instrumentum dotis ausgeſtellt worden, wogegen ſich denn hier Ulpian erkläre. Indeſſen iſt eine ſolche Vorausſetzung überall nicht nöthig, ſondern viel näher liegt wohl die folgende Erklärung: ob man ſich durch Contrahiren an einem auswärtigen Orte dem Richter dieſes Orts unterwirft oder nicht, iſt nach Zweck und Gegenſtand des Vertrags zu beſtimmen. Dies war anerkannt, konnte aber zu Fragen, wie die von Ulpian entſchiedene, leicht Veranlaſſung geben. — Der Mann wirbt um die Frau in ihrem Wohnorte. Hierher begiebt er ſich, um ein auf die ganze Lebensdauer berechnetes Band einzugehen, hier ſchließt er den Vertrag ab, welcher (ſoweit in ſolchen Fällen Privatautonomie überhaupt zuläſſig iſt) das geſammte Rechtsverhältniß zwiſchen ihm und ſeiner künftigen Lebensgenoſſin beſtimmt, — hier m. a. W. wird die Ehe factiſch und rechtlich begründet. — Dennoch, antwortet Ulpian, fordert die Frau ihr Eingebrachtes im Domizil des Mannes, das ſie ja durch den Ehevertrag auch zu dem ihrigen gemacht hat. Durch dieſe Erklärung erhalten denn die von Ulpian angeführten Gründe einen ſehr beſtimmten Sinn: der Contract (ſagt er) bezieht ſich ja nicht auf ein

gewerbliches Verhältniß, ſondern auf ein ſolches, welches ſeinen eigenthümlichen Sitz und Beſtand nur im Domizil des Mannes haben kann.

2) Ein bedeutendes Gewicht legen die Vertheidiger der gemeinen Meinung auf die Nov. 69, worin, wie ſie glauben, die gewöhnlich angenommene Regel über das forum contractus klar anerkannt ſey. Indeſſen muß ein neuerer Schriftſteller, welcher der Meinung iſt, daß dies Geſetz den umfaſſenden Zweck habe, die verſchiedenen ſpeziellen Gerichtsſtände, forum rei sitae, contractus und delicti commissi auf ein allgemeines Prinzip zurückzuführen und zu Gunſten des Klägers möglichſt zu erweitern [39]), doch ſelbſt zugeben, daß die Verordnung im höchſten Grade unbeſtimmt, und es ſehr ſchwer ſey, ihrer Anwendung feſte Gränzen zu ſetzen [40]). Beides wird denn auch Jeder, welcher die Novelle aufmerkſam lieſt, gewiß zugeben, beſonders in Beziehung auf die Aeuſſerungen, welche für unſere Frage allein in Betracht kommen können; (nämlich Cap. 1 pr. u. §. 1 init.) Hierin liegt denn aber doch wohl eine ſehr entſchiedene Aufforderung für den Ausleger, nicht alles Gewicht auf einzelne Worte zu legen, und am wenigſten dieſe wohl gar in möglichſt allgemeiner Bedeutung zu nehmen, vielmehr die Tendenz des Ganzen vor Augen zu haben und beſonders die Interpretationsgrundſätze zu berückſichtigen, welche für alle correctoriſchen Geſetze gelten. — Ein erheblicher Grund nun zu der Annahme, daß der Hauptzweck des Geſetzes überhaupt nicht darin beſtanden habe, die Grundſätze über die fora specialia ſelbſt feſtzuſtellen, läßt ſich ſchon daraus hernehmen, daß gerade hierüber nur ganz beiläufig in dem Geſetze gehandelt wird. Von größerem Gewichte aber iſt der Umſtand, daß in dem langen Eingange zu dem Geſetze ein ſolcher Zweck überall nicht erwähnt, wohl

39) Hollweg, a. a. O. S. 67.
40) Hollweg, S. 52, 53 und daſ. Not. 116.

aber Das hervorgehoben wird, daß in den Provinzen allerlei Ungebühr herrſche, wie denn namentlich die Reichen und Mächtigen ſich der durch Beſitz einer Sache oder ſonſt begründeten ſpeziellen Competenz der Provinzialrichter zu entziehen ſuchten. Dieſem gemäß wird denn angeordnet, daß kein Jurisdictionsprivilegium gegen die Verbindlichkeit ſchütze, in Criminal- und Civilſachen, das Object möge klein oder groß ſeyn, ein in den Provinzen begründetes ſ. g. forum speciale anzuerkennen, gegen Abweſende aber ein Contumacialverfahren eingeleitet und wirkſam erkannt werden könne. Dies nun iſt der weſentliche und hauptſächliche Inhalt des Geſetzes, wie ihn auch Cujacius in ſeiner Expositio Novellarum ſehr gut entwickelt hat. Daneben wird denn noch an zweien Stellen (im Pr. und im Cap. 1 §. 1) bemerkt, daß am leichteſten da bewieſen werden könne, wo die Sache belegen, das Verbrechen verübt, der Contract abgeſchloſſen ſey. Nur eine einzige Aeuſſerung kommt vor, worin die Regel anerkannt zu werden ſcheint, daß da geklagt werden könne, wo der Contract zu Stande gekommen, oder zu erfüllen ſey. Jeder (heißt es in dem pr. des Cap. 1) ſoll verpflichtet ſeyn, ſich da einzulaſſen, wo er delinquirt hat, oder wo er Schulden halber zur Rechenſchaft gefordert wird. (Der griech. Text lautet ſo: ἐφ' ἧς χρημάτων — ὑπεύθυνος γίνεται; was die Vulgate überſetzt: in qua pecuniarum — reus sit.) Will man dies buchſtäblich verſtehen, ſo kommt das widerſinnige Reſultat zum Vorſchein, daß man ſich allenthalben belangen laſſen müſſe! Soviel ich weiß, hat aber noch Niemand behauptet, daß dieſe Aeuſſerung in buchſtäblicher Allgemeinheit zu verſtehen ſey; man wird darin alſo eben nichts weiter finden dürfen, als daß kein Schuldner ſich dem gehörig begründeten contractlichen Gerichtsſtande entziehen ſolle.

§. 11.

Durch das Bisherige glaube ich meine Aufgabe gelöst zu haben, welche nur darin bestand, zu zeigen, daß ein forum contractus in dem gewöhnlich angenommenen Sinne dem röm. Rechte nicht bekannt sey. Die Berücksichtigung des can. Rechts und der Particulargesetzgebungen, so wie die Erörterung einiger spezieller Puncte behalte ich einer anderen Gelegenheit vor, indem ich zuvor die Stimmen Anderer über meine Ansicht zu vernehmen wünsche. Doch will ich über Einzelnes wenigstens meine Meinung vorläufig hier aussprechen.

1. Soweit der contractliche Gerichtsstand überhaupt in unseren Quellen anerkannt ist, kann er durch jede erlaubte obligatorische Handlung, ausser einem Contracte, begründet werden. — Hierüber ist auch in Ansehung des s. g. forum gestae administrationis nur eine Stimme, dagegen bezweifelt ein neuerer Schriftsteller die Begründung eines obligatorischen Gerichtsstandes durch Erbschaftsantretung [41]). Indessen scheint Folgendes mir durchaus entscheidend für die Annahme eines solchen Gerichtsstandes zu sprechen. Gegen das forum contractus und delicti commissi durften die Legaten während ihres Aufenthalts in Rom sich auf ihr Privilegium nicht berufen. Doch galt diese Einschränkung nicht in allen Fällen, wo ein spezieller Gerichtsstand begründet war; sie fiel weg, wenn sich befürchten ließ, daß der Gesandte dadurch von seinem Dienste abgezogen werde. Darum soll er die in Beziehung auf einen mitgebrachten Sclaven erhobene dingliche Klage abweisen dürfen; denn es ist zu glauben, daß er ihn seiner vorzüglichen Brauchbarkeit halber mitgebracht habe: („ideo enim non datur actio, ne ab officio suscepto legationis avocetur"). Hat er dagegen erst zu Rom den Besitz

41) Hollweg, a. a. O. S. 30 fgg.

des Sclaven erhalten, ſo findet die Klage ſtatt, weil der Geſandte auf den Dienſt dieſes Menſchen nicht ſchon im Voraus rechnen durfte. Aus einem gleichem Grunde ſoll er auch nicht wegen einer in Rom angetretenen oder ihm als Fideicommiſſar reſtituirten Erbſchaft als Erbe in Anſpruch genommen werden dürfen, da die obligatoriſchen Verhältniſſe eines Erben ſehr mannigfaltig und verwickelt ſeyn können: („non competere in eum actionem, *ne legatio* impediatur"). Iſt er aber Fiduciarerbe und reſtituirt die Erbſchaft zu Rom, ſo finden gegen ſeinen Fideicommiſſar die erbſchaftlichen Klagen hier Statt, weil dieſer auf das beſondere Recht des Legaten keinen Anſpruch zu machen hat. Dies Alles wird in einer Reihe von Stellen vorgetragen, deren unmittelbarer Zuſammenhang ſich ſowohl aus den Inſcriptionen, als auch aus der Reihefolge in der Compilation ergiebt [42]). Unmöglich läßt ſich daher mit Hollweg [43]) annehmen, daß die von der Verbindlichkeit deſſen, welcher eine Erbſchaft angetreten hat, handelnden Stellen nicht auf das forum obligationis (quasi ex contractu) zu beziehen ſeyen, ſondern nur die bekannte Regel ausdrückten, daß Jeder in Rom belangt werden könne, wenn er nicht ein jus revocandi domum habe [44]). — Eine andere Frage iſt aber die: wo denn nun dieſer quaſicontractliche Gerichtsſtand eigentlich ſey? Denn daß dies nicht von dem oft ſo ſehr zufälligen Umſtande abhängen könne, daß man ſich an dieſem oder jenem Orte über die Erbſchaftsantretung erklärt, bedarf keiner weiteren Bemerkung. Nach der Analogie deſſen nun, was über den durch Geſchäftsführungen begründeten Gerichtsſtand

---

42) L. 24 — 28 pr. u. §. 1 D *de jud.*

43) a. a. O. S. 31 fg.

44) Vgl. Briel in der Vorrede ſeiner Schr. S. 4 a. E. a. S. 5; auch §. 19 der Schrift, und Ayrer l. l. §. 32, welcher letztere Schriftſteller wieder die Hollwegſche Anſicht hat.

oben geſagt wurde, muß man annehmen, daß aus der Erbſchaftsantretung an dem Domizil des Erblaſſers ein Gerichtsſtand für den Erben als ſolchen begründet werde. Auch hat dieſe Annahme faſt buchſtäblich eine Stelle für ſich, wegen deren früher auch meiſtens ein eigenes forum heredis angenommen wurde. Es iſt die bekannte L. 19 pr. D. *de jud.* „Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit. et conveniendus, *si ibi inveniatur*, *nulloque suo proprio privilegio excusatur.*“ Auf das Domizil der Erben können die Worte: si ibi inveniatur nicht bezogen werden, da vorher von einem heres absens (d. h. einem auswärtigen Erben) die Rede iſt. Eben ſo wenig darf man aus dem Schlußſatze (nulloque suo proprio privilegio excusatur) die Folgerung ziehen, daß regelmäßig der Erbe vor ſeinem Richter zu belangen ſey, indem der privilegirte allgemeine Gerichtsſtand nur an die Stelle des forum domicilii trete. Denn es heißt ja nicht: nulloque s. pr. *excusetur*, ſondern *excusatur*, folglich wird geradezu umgekehrt geſagt, daß ein Privilegium gegen dieſen Gerichtsſtand nicht ſchütze [45]); würde aber auch excusetur geleſen, ſo dürfte man dies immer auf das oben erwähnte beſondere Privilegium der Legaten beziehen [46]). Indeſſen nimmt man ſeit der bekannten Diſſertation von Koch (de foro heredis) gewöhnlich an, die Stelle ſey blos von einem für den Erblaſſer begründeten contractlichen Gerichtsſtande zu verſtehen, dem ſich allerdings der Erbe unterziehen müſſe [47]). Die Gründe dafür ſind: a) die Worte si ibi in-

45) Daher überſetzt Sintenis (in dem deutſchen C. j. Bd. I S. 546 dem Sinne nach auch ganz richtig ſo: „Der Erbe muß ſich, wenn er auch abweſend iſt, da auf Klagen einlaſſen, wo der Erblaſſer dazu verpflichtet war, und kann, wenn er gegenwärtig iſt, daſelbſt belangt werden, ohne daß er ſich deſſen wegen eines ihm eigenen Vorrechtes entwähren darf.“

46) L. 26 D. *de jud.* — S. oben §. 8 und daſ. den Text zur Note 36.

47) S. Glück, Comment. §. 510 b. S. 253 fgg. — Pfeiffer (prakt.

veniatur deuteten ganz offenbar auf die für den Gerichtsſtand des Contracts erforderliche Anweſenheit des Beklagten hin. — Allein man hat dabei überſehen, daß nach dem Rechte der Pandecten ohne perſönliche Anweſenheit des Verklagten, wenigſtens zur Zeit des eingeleiteten Prozeſſes, eine Verurtheilung überall nicht erfolgen konnte [48]). Eben ſo unerheblich iſt b) das Argument, daß Ulpian in §. 1 sqq. dieſer Stelle vom contractlichen Gerichtsſtande handle. Er ſpricht an der erſten Stelle von dem Gerichtsſtande in Folge ſolcher obligatoriſchen Handlungen, welche die Bedeutung eines Contracts haben (von dem forum gestae administrationis); zu den Handlungen dieſer Art gehört denn bekanntlich auch die hereditatis aditio, und ſo fehlt es denn auch keineswegs an einem Zuſammenhange, wenn man die Eingangsſtelle auf ein durch den Erbſchaftserwerb begründetes eigenthümliches forum heredis bezieht. — Die Verbindlichkeit zur Reſtitution einer fideicommiſſariſchen Erbſchaft knüpfte man übrigens zunächſt an den Ort: ſie ſollte da gefordert und geleiſtet werden, wo der größte Theil des Vermögens ſich befinde [49]), und darum nahm man denn auch an, daß

Ausführungen Bd. I Abh. XX S. 326) ſagt ſogar: daß der Gerichtsſtand des Erblaſſers nicht in Betracht komme, vielmehr die Erben vor dem ihnen eigenen Forum belangt werden müſſen, ſey nach dem, was Koch und Glück hierüber ausgeführt hätten, wohl nicht mehr als ſtreitig anzunehmen. — S. übr. auch Briel a. a. O. §. 19 S. 68. fgg. Er ſtellt die Anſicht auf, daß die Erbſchaftsantretung für den Gerichtsſtand ſo weit in Betracht komme, als dadurch der Erbe alle Handlungen des Erblaſſers, alſo auch die durch denſelben begründeten Gerichtsſtände, für die ſeinigen anerkenne. Daraus folgert er denn, daß der Erbe ſich da belangen laſſen müſſe, wo der Verſtorbene ſich ausdrücklich oder ſtillſchweigend einzulaſſen verſprochen habe. — Mir ſcheint indeſſen darin eine indirecte Anerkennung des Grundſatzes zu liegen, daß der Erbe als ſolcher vor dem Gericht des Erblaſſers zu belangen ſey.

48) Vgl. Briel a. a. O. §. 26—28. Ayrer, l. l. §. 20.

49) L. 50—52 pr. D. *de jud.*

der Fideicommiſſarius hier erbſchaftlicher Schulden halber belangt werden könne. Die Stelle, welche dies ſagt, giebt nicht undeutlich zu verſtehen, daß regelmäßig das forum heredis am Domizil des Erblaſſers ſey. **L. 66 §. 4 D** *ad Sct. Treb.* **An ubi defunctus conveniri debuit, et fidecommissarius debeat? videndum. Si sua sponte heres adiit et restituit hereditatem, an tribus locis defendi debeat,** *ubi defunctus,* **et ubi heres, et ubi ipse** *domicilium habeat?* Letzteres ſcheint nun der Juriſt ſtillſchweigend zu verwerfen, indem er antwortet: **„Oportet itaque ibi fideicommissarium conveniri, ubi vel domicilium habet, vel major pars restitutae hereditatis habetur."** Alſo für ihn iſt das forum heredis da, wo ihm der weſentliche Theil der Verlaſſenſchaft reſtituirt iſt, was denn meiſtens mit dem locus aditae hereditatis zuſammenfallen wird.

2. Iſt der contractliche Gerichtsſtand an ſich begründet, ſo macht es auch keinen Unterſchied, ob mit einer contraria oder mit einer directa actio geklagt wird [50]). Wenn alſo Jemand an einem auswärtigen Orte Handelsgeſchäfte betreibt, ſo kann er wegen der in Beziehung auf dieſe Geſchäfte gegebenen Aufträge hier mit der mandati actio contraria in Anſpruch genommen werden. Indeſſen darf dies nicht aus einer Reciprozität der Rechtsverhältniſſe abgeleitet werden, welche man hier wohl bisweilen geltend gemacht hat; m. a. W., es iſt nicht anzunehmen, daß aus einem (vollkommenen oder unvollkommenen) gegenſeitigen Obligationsverhältniſſe nothwendig für beide Theile der contractliche Gerichtsſtand begründet ſey. Es gilt hier kein anderes Recht, als wenn die Obligationsintereſſenten an verſchiedenen Orten domizilirt ſind und in foro domicilii zu klagen iſt; ſo kann z. B. für einen die Meſſe beziehenden Kaufmann am Meßorte das forum contractus begründet ſeyn, während

50) Vgl. Glück Comment. Bd. VI. S. 300 u. Briel a. a. O. §. 23.

er den Fremden, welchem er auf Credit verkaufte, in deſſen Domizil belangen muß. In ſolchen Fällen alſo kann der andere Theil nur durch eine Widerklage genöthigt werden, ſich am Orte des Contracts einzulaſſen [51]).

3. Regelmäßig iſt der contractliche Gerichtsſtand nicht excluſiv; es heißt an mehreren Stellen ausdrücklich: es ſey entweder im Domizil, oder am Contractsorte (oder dem dafür ſubſtituirten locus solutionis) zu klagen [52]). Daſſelbe darf man denn auch als Regel für das ſ. g. forum gestae administrationis annehmen, da es mit dem contractlichen Gerichtsſtande auf gleicher Grundlage beruht. Indeſſen bin ich der Meinung, daß die Römer in einigen Fällen Ausſchließlichkeit des Gerichtsſtandes angenommen haben, nämlich a) wenn mit einem Argentarius an dem Orte, wo dieſer ſein Geſchäft betreibt, ohne domizilirt zu ſeyn, contrahirt war [53]); b) wenn Jemand aus einer Vormundſchaft, oder in einer anderen Geſchäftsverwaltung, welche (unmittelbar oder mittelbar) vor einer öffentlichen Behörde geführt iſt, in Anſpruch genommen wird [54]). Beide Ausnahmen beruhen auf ausdrücklicher Beſtimmung unſerer Rechtsquellen; auch iſt es nicht ſchwer, die Gründe nachzuweiſen, wodurch man beſtimmt wurde, gerade in dieſen Fällen Ausſchließlichkeit des Gerichtsſtandes eintreten zu laſſen; doch mag hierbei für jetzt die Verweiſung auf einen anderen Schriftſteller genügen [55]).

---

51) Vgl. Briel a. a. O. §. 11.

52) S. L. 19. §. 4 D. *de jud.* L. 66 §. 4 D. *ad Sct. Treb.* L. 2 C. *de jurisd. omn. jud.*

53) L. 45 pr. D. *de jud.* — Briel §. 35. — A. Meinung iſt Ayrer l. l. §. 39.

54) Art. L. 2 C. *ubi de ratiociniis tam publicis quam privatis agi oporteat.*

55) S. Briel, §. 35, welcher jedoch auch in dieſen Fällen nur unter großen Einſchränkungen Ausſchließlichkeit des Gerichtsſtandes annimmt. Ueberh. aber iſt a. M. Ayrer l. l. §. 38 39.

IX.

Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeitsbeſchwerde

von

Herrn A. W. S. Franke,
Doctor der Rechte und Archivar des Oberappellationsgerichts in Kiel.

Die Lehre von der Nichtigkeitsbeſchwerde iſt von unſern ausgezeichnetſten Juriſten einer mehr oder minder ausführlichen Erörterung unterzogen, auf philoſophiſchem ſowohl als auf hiſtoriſchem Wege behandelt; und doch ſagt man wohl nicht zu viel, wenn man behauptet, daß ſie in ihren Reſultaten zu den unklarſten im ganzen Gebiet des Civilprozeſſes gehört. Die Quelle dieſer Unklarheit iſt leicht entdeckt. Im römiſchen Recht findet man bei aufmerkſamer Forſchung noch vollkommene Klarheit und Conſequenz in derſelben. Das canoniſche Recht fing an zu modificiren. Das ergriffen nach Errichtung des Reichskammergerichts die Praktiker. Der Geſichtspunct der Nichtigkeit bewirkte Competenz deſſelben in jeder Sache. Auf nichts gegründete Eintheilungen und Unterſcheidungen mußten dienen, den Begriff der Nichtigkeiten auszudehnen, und ihm alle Beſtimmtheit zu rauben. Der J. R. A. ſollte helfen, aber der Geiſt der Unklarheit und Unbeſtimmtheit wirkte auch auf die Form der Verordnung, in der er Hülfe bringen wollte. Seine Interpretation hat ſeitdem unſere Juriſten beſchäftigt. Die Interpretation hatte mit den alten Schwierigkeiten zu kämpfen; ſie ſelbſt brachte noch neue hinein in dieſe Lehre. Man wollte den J. R. A. aus allgemeinen Prinzipien erklären; man ignorirte oder caſſirte die Grundſätze des römiſchen Rechts; man legte das allgemeine Prinzip des Verzichtes zur Baſis, conſtruirte dar-

auf die ganze Lehre von der Nichtigkeitsbeſchwerde, und nun mußten ſich die Worte des Geſetzes ſchon fügen. So Gönner und Andre. Auf der andern Seite will Klüpfel den Gegenſtand hiſtoriſch behandeln. Er bemerkt bei fleißiger Leſung der hieher gehörigen Geſetze von den Digeſten bis auf den J. R. A., daß das eine nicht zum andern paßt; es ſtößt ihm Manches auf, was nur in abweichenden Begriffsbeſtimmungen ſeinen Grund haben kann. Das, meint er, berechtigt ihn, den Begriff der Nichtigkeit ſelbſt darnach zu modificiren und auszudehnen. Er paßt nun die Geſetze ſeinem neu ausgedehnten Begriff an, und freut ſich, nun auch überall Uebereinſtimmung zu finden.

Es verſteht ſich von ſelbſt, daß es nicht unſere Anſicht ſeyn kann, hier über die geſammte bisherige Bearbeitung der Nichtigkeitslehre den Stab zu brechen; vielmehr läßt es ſich nicht verkennen, daß wir in den Schriften von Gönner [1]), Almendingen [2]), Klüpfel [3]), Heffter [4]), Linde [5]), Geſterding [6]), auch ſelbſt von Bornemann [7]), einen Reichthum treffender Winke und vollſtändigen Quellenapparat für eine richtige Anſchauung derſelben finden. Vorzüglich aber gewährt Mittermaiers Abhandlung über die geſchichtliche Entwicklung und den Einfluß der Beſtimmnng des J. R. A's. eine eben ſo lehrreiche als intereſſante Lectüre, und man kann dabei nur bedauern, daß der Zuſammenhang ihm nicht geſtattete, mehr umfaſſend in das Detail dieſer Lehre einzugehen. — Ein

1) Handbuch des Prozeſſes B. III. Abh. 64, in der 1ten Ausg. Bd. III. Nr. 42.

2) Metaphyſik d. Civilproz. Nr. X. S. 253 ff.

3) Abhandl. über einzelne Thle. d. bürgerl. Rechts. Abh. V. S. 96 ff.

4) Inſtitutionen des Civilpr. S. 248 — 54 und 506 — 20.

5) Lehrbuch des Civilproz. §. 417 — 422 und Handb. IV. Lehre von den Rechtsmitteln. Theil 1 §. 144.

6) Ausbeute von Nachforſchungen. Thl. III. Abh. V. S. 125 — 172.

7) Beweis, daß der Unterſchied zwiſchen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten dem J. R. A. fremd iſt. Hannov. 1807.

Verſuch zur Aufklärung derſelben durch ſorgfältige Interpretation des hierauf ſich beziehenden Geſetzes beizutragen wird unter den gegebenen Umſtänden um ſo eher Rechtfertigung finden, da über das Weſen der Nichtigkeitsbeſchwerde bis auf den heutigen Tag die widerſprechendſten Anſichten herrſchen. Hat doch neuerdings Burchardi in ſ. trefflichen Werk über die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand S. 589—91, aber aus triftigeren Gründen, als früherhin Bornemann, die Exiſtenz der heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde gänzlich geläugnet, während Klüpfel nachzuweiſen ſuchte, daß ſie nicht erſt durch den J. R. A. eingeführt worden, ſondern ſogar ſchon der Sache nach bei den Römern bekannt geweſen, während Geſterding und Linde die Einführung derſelben durch den J. R. A. hiſtoriſch nachzuweiſen ſuchen, und Gönner die Exiſtenz derſelben aus allgemeinen Gründen und dem Geiſt des J. R. A's. entwickelt.

Der Hauptgrund, weßwegen wir in der Lehre von den Nullitätsbeſchwerden ſo viele abweichende Anſichten, ſo vieles Schwanken in Theorie und Praxis finden, beruht ohne Zweifel darauf, daß die meiſten Rechtslehrer in der Feſtſtellung und Feſthaltung des Begriffs der Nullität zu wenig gewiſſenhaft zu Werke giengen. Wenn Klüpfel a. a. O. S. 100 die Nichtigkeiten ganz allgemein als Geſetzwidrigkeiten charakteriſirt, wenn Gönner (1. Ausg. S. 363) behauptet, daß die Handlungen des Richters, als Dieners der Geſetze, nur in ſoferne für gültig erkannt werden können, als ſie mit dem Geſetze übereinſtimmen, daß jede Handlung des Richters, welche die Rechte ſtreitender Theile verletzt, null und nichtig ſey, da doch offenbar eine geſetzwidrige Handlung Rechte und Verbindlichkeiten nicht hervorbringen könne; ſo darf man ſich allerdings nicht wundern, daß diejenigen, die den Begriff der Nullität mehr einzuſchränken ſich befugt halten, in ihren Grundſätzen über die Einzelnheiten in der Nichtigkeitslehre von jenen bedeutend abweichen. Sollte es

denn nicht in Erwägung zu ziehen ſeyn, daß der Civilpro-zeß auf den Begriff des formellen Rechts gebaut iſt, daß die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Sentenz dieſem Begriff gemäß keineswegs unter allen Umſtänden von der materiellen Uebereinſtimmung oder Nichtübereinſtimmung mit dem Geſetz abhängt, daß aus dem Richterſpruch ſelbſt formelles Recht entſtehen kann? Geſetzt, der Richter verurtheilte einen Be-klagten, der ſeine exc. solutionis nicht beweiſen konnte, der aber doch die angeliehene Summe in der That zurückbezahlt hat, weil er den Beweis nicht beibringen konnte, in die Be-zahlung der eingeklagten Summen, ſo wird doch Niemanden einfallen zu behaupten, das Urtheil ſey nichtig; und doch läßt es ſich nicht läugnen, daß daſſelbe den Beklagten mate-riell in ſeinen Rechten verletzt, da das Geſetz keine zweima-lige Zahlung verlangt [8]). — Klüpfels Verfahren zur Recht-fertigung ſeines weiten Nichtigkeitsbegriffs und ſeiner Annahme, daß es ſchon zur Zeit des röm. Rechts heilbare Nullitätsbe-ſchwerden gab, iſt dieſes: er ſucht nachzuweiſen, daß es ſchon nach röm. Recht Urtheile gab, deren Mängel durch Provocation oder Appellation intra decendium gehoben wer-den konnten. Das hat er in der That bewieſen; die Rich-tigkeit des Satzes hat aber auch noch niemals Jemand be-zweifelt. Keineswegs aber hat er nachgewieſen, daß das römiſche Recht Urtheile, die z. B. auf falſcher Subſumtion unter das Geſetz beruhten, die aber eben durch dieſe falſche Subſumtion die berechtigte Parthei in ihren Rechten verletzten, als nichtig bezeichnete. Es bleibt demnach noch immer die alte Frage ſtehen: in wiefern iſt die in dem Richterſpruch enthaltene Abweichung von dem Geſetz als Nichtigkeit zu be-trachten, und inwiefern bleibt das Urtheil, der Abweichung

8) Umgekehrt heißt es l. 25 D. de statu hom. Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fue-rit libertinus, quia res judicata pro veritate habetur. l. 237 de V. S.

ungeachtet, zu Recht beſtehen? oder, was noch immer daſſelbe ſagt; was iſt Nichtigkeit der Sentenz?

Mag man den Begriff der Nichtigkeit aus der Natur der Sache oder aus dem Sprachgebrauch des röm. Rechts definiren, ſo wird man zu demſelben Reſultat gelangen.

Nichtig iſt ein Gegenſtand dem Wortbegriff zufolge, in ſo ferne ihm die Exiſtenz oder das Wahre ſeines Begriffs abgeſprochen wird; er iſt juriſtiſch nichtig, in ſofern er als nicht exiſtirend betrachtet, als in demſelben aller Inhalt, alle Wirkſamkeit und Bedeutung negirt wird. Inſoferne alſo einem Begriff das Prädicat der juriſtiſchen Nichtigkeit beigelegt wird, z. B. einer Sentenz, beruht dieſe Eigenſchaft auf einer Fiction; die sententia nulla wird mit Beziehung auf ihre Wirkſamkeit und Bedeutung als nicht exiſtirend angeſehen [9]). Jene Begriffsbeſtimmung der juriſtiſchen Nichtigkeit iſt und war ſchon nach röm. Recht ſo feſt begründet, daß ſchon Briſſon de V. S. s. v. nullum ſeine Definition „nullum esse in jure civili dicitur, quod nullius momenti est, quod non valet, *neque consistit*“ wie er ausdrücklich bemerkt, nicht erſt mit Belegſtellen zu beweiſen brauchte. Uebrigens iſt es bekannt, daß das röm. Recht den Ausdruck nullitas nicht kannte, vielmehr umſchreibend von einer Sentenz ſagte nulla; nullius momenti est, pro nulla habetur [10]).

Ferner, der Zweck einer richterlichen Sentenz iſt, zur Execution zu führen, die rechtlichen Verhältniſſe zwiſchen zwei Partheien feſtzuſtellen, ſo, daß die unterliegende Parthei an derſelben nun nicht mehr rütteln kann. Die Unvollkommenheit der menſchlichen Verhältniſſe, die Möglichkeit ei-

9) L. 4 §. 6 D. de re judic. Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat; ceterum, si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere.

10) cf. Vantius, tractatus de nullitatibus processuum. Col. Agr. 1614 S. 7 §. 12.

nes ungerechten Richterſpruchs begründet die Entſtehung des Inſtanzenverhältniſſes, das Inſtanzenverhältniß das Recht der wirklich oder angeblich verletzten Parthei, das Urtheil der früheren Inſtanz provocando anzufechten. Aus der Nothwendigkeit, dieſer Befugniß poſitive Gränzen zu ſetzen entwickelt ſich unmittelbar der Begriff der Rechtskraft und des hieraus hervorgehenden formellen Rechts. Dieſe Sätze bedürfen keines weiteren Beweiſes, keiner näheren Ausführung. Eine rechtskräftige Entſcheidung iſt alſo das Ziel jedes civilprozeſſualiſchen Verfahrens; in der Fähigkeit in Rechtskraft überzugehen beſteht das eigenthümliche Weſen, die weſentliche Wirkſamkeit der Sentenz. Eine Sentenz, die noch nicht rechtskräftig, hat nur einen relativen Werth, eine Sentenz, die der Rechtskraft nicht fähig iſt, gar keinen, nullius momenti est, vires non habet, sententiae auctoritatem non obtinebit; von einem Gegenſtand, der durch eine der Rechtskraft nicht fähige Sentenz entſchieden iſt, heißt es pro non judicato habetur. Es liegt demnach am Tage, daß die Begriffe von Nichtigkeit der Sentenz und Rechtskraft ſich wechſelſeitig erklären. Nichtig iſt eine Sentenz, inſofern ſie der Rechtskraft nicht fähig iſt, und jede Sentenz, die der Rechtskraft nicht fähig iſt, iſt nichtig. Der Kreis in dieſer Bezeichnung darf nicht auffallen; denn es gilt hier keiner vollſtändigen Definition, ſondern es ſoll nur auf die Nothwendigkeit aufmerkſam gemacht werden, den Begriff der Rechtskraft zu dem der Nichtigkeit des Urtheils in ſein rechtes Verhältniß zu ſtellen.

Ehe wir zu den Gründen der Nichtigkeit eines Urtheils übergehen, haben wir hier einem Einwande in der Kürze zu begegnen, der ſich möglicherweiſe gegen das eben bezeichnete Verhältniß zwiſchen dem Begriff der Rechtskraft und des nichtigen Urtheils machen ließe. Man könnte nämlich fragen, wie es möglich ſey, eine nichtige Sentenz als eine ſolche zu bezeichnen, die der Rechtskraft nicht fähig iſt, da es ja doch eine anerkannte Wahrheit ſey, daß jedes einfache

Decret ſchon an und für ſich der Rechtskraft nicht fähig iſt, daß es von dem decretirenden Richter ſelbſt in jedem Augenblick geändert werden kann. Allein erſtens würde daraus, daß die gegebene Bezeichnung der Nichtigkeit einer Sentenz nicht auf die eines einfachen Decrets paßte, nicht die Unrichtigkeit der erſten Bezeichnung nothwendig folgen; zweitens aber iſt die Unfähigkeit in Rechtskraft überzugehen bei dem einfachen Decret und bei einer nichtigen Sentenz in ihren Folgen ganz verſchieden; denn abgeſehen davon, daß der Fehler in einem einfachen Decret einen Verſtoß gegen die substantialia processus enthalten kann, muß man doch behaupten, daß, dieſen Fall ausgenommen, das einfache ſelbſt fehlerhafte Decret nebſt dem ganzen prozeſſualiſchen Verfahren zugleich mit der endlichen Sentenz in Rechtskraft wirklich übergeht.

Soviel ſteht nun im Allgemeinen anerkannt feſt, daß der Grund der Nichtigkeit eines Urtheils immer ein Fehler oder Mangel iſt, und zwar entweder in der Perſon des Richters oder der Partheien, oder in den substantialibus processus, oder im Inhalt des Urtheils.

Die Grundſätze über die Nichtigkeit wegen Mangels in substantialibus processus bedürfen hier keiner weitern Entwicklung. Die Lehre von den weſentlichen Beſtandtheilen des Prozeſſes iſt hier vollkommen leitend, und die hier geltenden Prinzipien ſind von Männern, wie Gönner, Heffter, Linde, Geſterding, auch Klüpfel u. v. A. ſo vollſtändig und klar aus dem Charakter des Prozeſſes abgeleitet und entwickelt, daß wir uns hier alles Details enthalten können. — Nur Eine Frage bedarf hier einer ernſten Erwägung. Wir leſen in Linde's Lehrb. des Proz. §. 417, in manchen Fällen habe nach röm. Recht die Nichtigkeit durch assensus geheilt werden können. Er beruft ſich hierfür auf die l. 3 C. quomodo et quando judex, und auf Hefftters Inſtitut. S. 506, wo dieſes Geſetz ausführlich in demſelben Sinn interpretirt wird. Die Stelle lautet:

Ab eo judicato recedi non postet, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis. Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus assensus.

Auch nach Hefftere Interpretation iſt hier von dem Fall die Rede, da gegen Jemanden eine Klage anhängig gemacht, und dieſer von dem Richter verurtheilt wird, ohne von ihm auch nur citirt, auf irgend eine Weiſe gehört, ohne auf irgend eine Weiſe von dem gegen ihn anhängig gemachten Prozeß unterrichtet zu ſeyn. Es ſoll nun die l. 3 verordnen, die in dieſem Verfahren liegende Nichtigkeit werde dadurch gehoben, das ſo conſtruirte Erkenntniß dadurch rechtskräftig, daß der Verurtheilte ſeinen assensus zu dem Verfahren dadurch zu erkennen giebt, daß er nicht ſogleich nach erlangter Kunde (illico) Beſchwerde erhebt. — In der That könnte nichts unbegreiflicher ſeyn, als der Inhalt dieſes Geſetzes, wenn mit dem eben Angedeuteten wirklich der wahre Sinn deſſelben angegeben wäre. Es liegt am Tage, daß die hier in Rede ſtehende Nichtigkeit, die durch den assensus geheilt werden ſoll, in der Form des Verfahrens ihren Grund hat. Es ſteht aber unerſchütterlich feſt der Grundſatz des römiſchen und aller vernünftigen Rechte, daß das gegenſeitige Gehör der Partheien zu den weſentlichſten Beſtandtheilen des Prozeſſes, und daß demnach die Ladung des Beklagten zu den nothwendigſten Requiſiten deſſelben gehört [12]). Nun aber iſt es anerkannter Charakter der Nichtigkeiten, daß ſie sine appellatione rescinduntur, daß die Zeit, innerhalb deren der durch ſie Verletzte ſich zu beſchweren das Recht hat, bis auf 30 Jahre hinausgerückt iſt, nach röm. Recht eigentlich an gar keine Zeit gebunden war. Wäre jene Interpretation

11) Wir brauchen uns in dieſer Beziehung nicht erſt auf l. 14 §. D. de appell. l. 1 §. 3 D. quae sine appell. und unzählige andere Stellen zu berufen.

aber richtig, ſo würden alle dieſe Grundſätze über den Haufen geſtoßen. Nicht allein, daß der Verletzte nicht das Recht auf die Beſchwerde innerhalb 30 Jahren behielte, nein, es würde durch dieſe Beſtimmung ſogar der ſonſt gewöhnliche Zeitraum der eintretenden Rechtskraft beſchränkt werden. Erführe der auf dieſe Weiſe Verurtheilte von dem ihm widerfahrenden Unrecht, ſo würde er nicht das decendium appellationis benutzen dürfen, er würde ſich beeilen müſſen, illico Remedur zu ſuchen. Vergleichen wir den Inhalt aller unſern Gegenſtand betreffenden Stellen des röm. Rechts, ſo können wir ohne die dringendſte Nothwendigkeit unmöglich annehmen, daß nach der cit. l. 3 der Beklagte, der von einem wider ihn ergangenen durchaus nichtigen Urtheil Kenntniß bekommt, nach den Regeln des regelmäßigen Civilprozeſſes verpflichtet ſeyn ſollte, ſogleich dagegen ein Rechtsmittel zu ergreifen. Da ihm nach allgemeinen Regeln innerhalb 30 Jahren das Recht der Beſchwerde (unbeſchränkt die exc. nullitatis) zuſteht, ſo wird aus ſeinem vorläufigen Stillſchweigen nichts weniger als ſein assensus in den Inhalt des nichtigen Urtheils folgen [13]). — In der That dürfte aber auch dem Kaiſer Gordianus eine ſolche abnorme Beſtimmung nicht in den Sinn gekommen ſeyn. Dies erſcheint klar, wenn man die angef. l. 3 mit den unmittelbar vorangehenden leges C. quomodo et quando in Zuſammenhang ſtellt. In der l. 1 heißt es nämlich, der Richter ſey zwar nicht verbunden, contra absentes sententiam dare, wohl aber könne er unter Umſtänden den Abweſenden verurtheilen. Es wird hier alſo offenbar auf das eremodicium Bezug genommen. Daß das Geſetz aber den Fall des wiſſentlichen Ausbleibens bei einer Edictalcitation vor Augen hat, läßt die folgende l. 2 nicht zweifelhaft. Denn hier heißt es:

---

12) Vgl. l. 19 D. de appell. 49, 1.

Cessante quoque causa peremtorii edicti adversus eos, qui admoniti judicio adesse noluerunt, sententiam a judice posse proferri certum est.

Hier liegt alſo ein ordentlicher Contumazialfall vor. Der dritte Fall, der durch die folgende l. 3 beſtimmt werden ſoll, iſt nun ohne allen Zweifel der, wenn gegen den Beklagten eine Edictalcitation ausgebracht iſt, er aber von derſelben aus irgend einem Grunde keine Kunde bekommen hat. Der Richter erkennt hier im Termin gegen den Ausgebliebenen. Die Natur des Edictalproceſſes erfordert dieß, abgeſehen von der Wiſſenſchaft des Verurtheilten. Die Natur des Edictalprozeſſes erfordert noch mehr: da das ganze Verfahren darauf berechnet iſt, den Kläger unter der Abweſenheit des Beklagten und unter der Unbekanntſchaft ſeines Aufenthaltsortes nicht leiden zu laſſen, ihm deſſenungeachtet gegen den Beklagten einen möglichſt ſchleunigen Prozeßgang zugänglich zu machen, und ihm auf dieſem Wege ſo bald als möglich zu ſeinem Rechte zu verhelfen, ſo muß auch durchaus der *edictaliter* Citirte genöthigt ſeyn, ſobald er Kunde von dem wider ihn ergangenen Urtheil bekömmt, gegen daſſelbe Remedur zu ſuchen. Denn, ſollte ihm dazu noch die gewöhnliche Reſtitutionszeit (und auf etwas Anderes als auf Reſtitutionen würde der Verurtheilte unter den angenommenen Umſtänden auch ohne jene ſpecielle Beſtimmung nimmermehr Anſpruch haben) offen ſtehen, ſo würde der im Edictalprozeß auf dieſe Weiſe Gewinnende durch das erwirkte Urtheil wenig gewonnen haben. Auf der Stelle iſt das Urtheil, wie jedes Contumazialerkenntniß, rechtskräftig; aber der Beweis, erſt eben vor erhobenem Reſtitutionsgeſuch von der wider ihn ergangenen Ladung und von dem geſprochenen Erkenntniß Kunde erhalten zu haben, wird den Beklagten mit ſeinem Reſtitutionsgeſuch durchdringen laſſen. Verſäumt er aber auch dieſes, ſo würde nur, wenn er innerhalb der Reſtitutionszeit beweiſen könnte, daß er ſogleich

nach erlangter Kenntniß des Urtheils an der Recursnahme verhindert geweſen ſey, auch noch hinterher der Reſtitution gegen das rechtskräftige Urtheil nicht im Wege ſtehen. — Die Schlußworte unſerer l. 3 ſtehen unſerer bisherigen Interpretation nicht entgegen; denn ein durch Stillſchweigen zu erkennen gegebener assensus läßt ſich im Edictalverfahren bei vernachläßigter Edictalcitation wohl als eine vernünftige Fiction rechtfertigen, während er im ordentlichen Civilprozeß unter Vorausſetzung überhaupt nicht ergangener Ladung als ein vollſtändiges Räthſel erſcheinen würde. Beſtätigung findet die Interpretation überdies, wie ſich ohne weitere Ausführung ergiebt, auch in der Ueberſchrift des Titels: quomodo et quando judex sententiam proferre debeat praesentibu partibus, vel una parte absente. — Es ergiebt ſich aus allem Bisherigen, daß die Vorausſetzung der l. 3 cit. keineswegs ein nichtiges Urtheil iſt, daß demnach auch nicht von einer Heilung der Nichtigkeit die Rede ſeyn kann. Die Vorausſetzung iſt ein nach den Regeln des Edictalverfahrens [14]) rechtskräftiges Urtheil, gegen das, wenn man es umſtoßen will, nach unſerer Stelle ſogleich nach erlangter Kunde Reſtitution geſucht werden muß.

Noch weniger ſcheint über die Heilbarkeit der römiſchen Nichtigkeit einer Sentenz aus der l. 1 C. quando provocare n. e. n., wie Heffter l. c. S. 509 will, etwas zu folgen. Die Stelle ſoll den Satz enthalten, daß die Nichtigkeit eines Urtheils, das mit früherer res judicata in derſelben Sache in Widerſpruche ſteht, eine hypothetiſche, dadurch nämlich bedingt iſt, ob der Beklagte von der exc. rei judicatae Gebrauch machen will, oder nicht, und hauptſächlich, ob er probationem promtam habeat. Dieſe letzten Worte ſollen nach ſeiner Meinung ſo viel bedeuten, als in der vorigen Stelle „illico“. Der Beklagte ſoll alſo hiernach wiederum genöthigt ſeyn, ſich mit ſeiner Beſchwerde gegen das nich-

13) Zu vergl. iſt hierüber l. 8 und auth. qui semel C. h. t.

tige Erkenntniß möglichſt zu beeilen; die 30jährige oder unbeſchränkte Dauer des anzuwendenden Rechtsmittels würde daher hier auch wiederum hinfällig ſeyn, und es würde natürlich weiter gefolgert werden müſſen, daß, wenn die angegebene Vorausſetzung nicht eintritt, das Urtheil rechtskräftig werden müßte. — Erwägt man aber, daß probationem promtam habere ganz allgemein heißt: auf Beweis gerüſtet ſeyn, im Prozeß den Beweis zur Hand haben; ſo erklärt ſich die Stelle ganz einfach, wenn man ſie dahin verſteht; ein mit einer früheren res judicata in Widerſpruch ſtehendes Urtheil iſt nichtig. Will man aber mit der Behauptung der Nichtigkeit des Urtheils durchdringen, ſo muß man die Exiſtenz der res judicata und den Widerſpruch beweiſen, probationem promtam habere. Und in dieſer Bedeutung iſt denn auch in der That jede Nichtigkeit hypothetiſch; denn um ſeiner Behauptung der Nichtigkeit einer Sentenz, für welche natürlich nicht die Präſumtion ſtreitet, vor Gericht Wirkſamkeit zu verſchaffen, muß man, wie ſich von ſelbſt verſteht, auf den Beweis ihrer factiſchen Vorausſetzungen gefaßt ſeyn, man muß allemal promtam probationem habere.

Die Klüpfel'ſche Beweisführung, daß das röm. Recht eine Heilbarkeit der Nichtigkeit einer Sentenz kannte, haben wir ſchon im Eingange kurz berührt, und damit dürfte ihrer Würdigung ſchon ein Genüge geſchehen ſeyn [14]).

14) Spricht man im Allgemeinen von der Heilbarkeit eines nichtigen Geſchäfts, ſo läßt ſie ſich allenfalls nach Anleitung der l. 3 §. 1 D. rem ratam hab. in der Genehmigung (ratihabitio) finden. In der That kann man ſagen, daß in ihr die Heilung eines an ſich und ohne ſie nichtigen Geſchäfts eben ſo liegt, wie durch das Eintreten aller einzelnen zu einem Geſchäft weſentlich gehörenden Bedingungen und Beſtandtheile die aus dem Mangel der einen oder der anderen derſelben hervorgehende Nichtigkeit des Geſchäfts geheilt wird. Mit demſelben Recht und mit demſelben Sinne wird man denn auch ſagen können, daß durch die Acceptation die in einem bloßen Schenkungsverſprechen liegende Nichtigkeit der Schenkung geheilt wird.

Wir kommen jetzt auf den röm. Unterſchied zwiſchen der sententia nulla und iniqua, je nachdem die Sentenz, wie man ſich jetzt auszudrücken pflegt, contra jus in thesi, oder contra jus in hypothesi verſtieß. Die Stellen, auf welche ſich hauptſächlich die römiſche Unterſcheidung ſtützt, ſind bekanntlich l. 1 §. 2 D. quae sent. sine appell. 49,8.

Item cum contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronuntiatur

und die l. 19 D. de appell. 49,1.

Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet, ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel SC. vel constitutionem fuerit prolata etc.

Der Eifer, mit welchem Gönner [16]) in einem an ſich ſehr ſcharfſinnigen Raiſonnement über die logiſche Operation eines rechtſprechenden Richters gegen dieſe Unterſcheidung kämpft, läßt ſich nur daraus erklären, daß er, wie viele Andere, in der That den Sinn dieſer Unterſcheidung ganz falſch auffaßt. Es ſoll nämlich nach ihm der Unterſchied davon abhängen, ob das Erkenntniß *ausdrücklich* einen falſchen abſtracten Rechtsſatz *ausſpricht*, und unter dieſen ausdrücklich ausgeſprochenen falſchen Rechtsſatz nun den concreten Fall ſubſumirt, oder ob der Richter unter *ſtillſchweigender Vorausſetzung* des falſchen Rechtsſatzes den vorliegenden Fall dieſem gemäß beurtheilt. Von dieſer Anſicht ausgehend findet Gönner denn auch natürlich Anlaß zu der Bemerkung, daß hiernach der Unterſchied eines Verſtoßes contra jus in thesi und in hypothesi nur dann überhaupt erkennbar und möglich ſey, wenn verfaſſungsmäßig

15) a. a. O. §. 24—27.

das Erkenntniß die Entſcheidungsgründe enthalte; und mit Recht kann er dann fragen, ob der Unterſchied lediglich von der größeren oder geringeren Schwierigkeit abhängen ſoll, mit welcher der Verſtoß gegen die Geſetze zu entdecken iſt, oder vielleicht bei dem erſten Blick in die Augen fällt. — Wenig oder nichts iſt für die Gewinnung eines guten Sinnes der römiſchen Unterſcheidung gefördert, wenn man bei derſelben mit Klüpfel wiederum alles Gewicht auf die Ausdrücklichkeit des Widerſpruches legt, die Materie des Urtheils oder das Factum mit dem Rechtsſatz als unzertrennliche Einheit betrachtet, bei der, abgeſehen von der Ausdrücklichkeit des ausgeſprochenen Verſtoßes, nichts darauf ankomme, mit Beziehung auf welchen Beſtandtheil das Urtheil eine Verletzung oder einen Irrthum enthalte[17]); und wenn man dann den Grund der Unterſcheidung lediglich darin ſucht, daß das röm. Recht alles mögliche Gewicht legte auf die formelle Aufrechthaltung des Geſetzes, auf die Geſetzesformel, die manifesti juris forma, den rigor juris, und nun vor allen Dingen zu verhüten beſtrebt war, daß der Richter, als der Prieſter des Rechts nicht ſelbſt einen offenbaren Verſtoß gegen die Form des Rechts verſchulde, und dadurch das Anſehen und die Heiligkeit ſeines Amts gefährde. — Dagegen ſcheint Geſterding, ſo viel ſich aus der ziemlich dunklen Entwicklung ſeiner Anſicht entnehmen läßt, die Unterſcheidung aus einem vollkommen richtigen Geſichtspunct aufzufaſſen, und es erſcheint um ſo auffallender, daß dieſer ihn nicht auch auf eine beſſere Interpretation der hieher gehörigen römiſchen Geſetzesſtellen führte. Dieſe nämlich ſcheinen in der That über die wahre Tendenz der ganzen Unterſcheidung durchaus keinen Zweifel übrig zu laſſen.

Drei Stellen insbeſondere verbreiten hierüber volles Licht,

---

16) Hierdurch glaubt Klüpfel ohne Zweifel die von Gönner a. a. O. hervorgehobenen Schwierigkeiten zu heben.

die eine durch ſcharfe Anerkennung der allgemeinen Unterſcheidungsmerkmale; in den beiden anderen bewährt ſich die Anwendbarkeit und Conſequenz derſelben in Beiſpielen.

Nach der l. 32 D. de re judic., der l. 2 C. quando provocare und der l. 27 D. de re jud. liegt der römiſchen Unterſcheidung zwiſchen Widerſpruch contra jus constitutionis und jus litigatoris (oder jus in thesi und in hypothesi) folgendes Raiſonnement zum Grunde. Der Richter iſt Organ des Geſetzes, in ihm ſpricht ſich das objective Recht in ſeiner Anwendung auf den concreten Fall aus. Die Aufrechthaltung des Staates erfordert Anerkennung des Grundſatzes, daß der Regel nach ſchon jedes Mitglied deſſelben, jeder Staatsbürger, inwiefern er unbedingt verpflichtet iſt, ſich in ſeiner Handlungsweiſe innerhalb der Gränzen des Rechts zu verhalten, auch das Geſetz kennen muß, und ſich im Uebertretungsfall nicht mit Rechtsunwiſſenheiten ſchützen kann. Wenn dieſer Grundſatz ſchon jeden Staatsbürger trifft, ſo muß er in verhältnißmäßig größerer Strenge ſeine Anwendung leiden auf den Richter, der in den Augen des Volks als das perſonificirte Recht erſcheinen ſoll. Unerläßliche Bedingung iſt es alſo, daß der Richter das Geſetz kenne. Aber, frägt es ſich nun weiter nach der Anwendung des Geſetzes auf den concreten Fall, nach der Subſumtion des einzelnen Falls unter das Geſetz; frägt es ſich, welche Forderung man in dieſer Beziehung im Allgemeinen an den Richter machen könne; ſo erwägt das Recht, daß dieſes Sache des menſchlichen Verſtandes und der Urtheilskraft, des natürlichen Tacts und des Scharfſinns iſt; es erwägt, daß dieſe Fähigkeiten keine Gränzziehung, keine ſcharfe, durchgreifende Regel zulaſſen, daß dagegen nicht leicht ein Rechtsſatz zu finden, der nicht verſchiedener Deutung unterworfen, Gegenſtand einer Controverſe wäre, daß daher demgemäß die Subſumtion des einzelnen Falles unter denſelben nach den Anſichten Verſchiedener auf verſchiedene Weiſe richtig beſchafft werden kann; es erwägt endlich, daß factiſche Irrthümer und Nichtkennt-

niß factiſcher Begebenheiten nur ausnahmsweiſe nicht verziehen werden, daß alſo das Geſetz auch den Fall, da der Richter aus Mangel an richtiger Anſchauung der factiſchen Data, durch falſche factiſche Vorausſetzungen verleitet, die Streitſache unter ein Geſetz ſubſumirt, unter das ſie nicht paßt, ſie alſo falſch beurtheilt, nicht nach denſelben Grundſätzen behandeln kann, wie wenn der Richter geradezu durch Ausſprechung eines falſchen Rechtsſatzes ſeine Rechtsunwiſſenheit zu erkennen giebt. Unmöglich kann ſich das Geſetz mit gleicher Strenge wie gegen dieſe, auch gegen das ſchwächere judicium, den geringeren Grad von Scharfſinn des Richters wenden. Es verfügt demgemäß ganz einfach: wenn der Richter in ſeiner Sentenz einen falſchen Rechtsſatz ausſpricht (einerlei, ob gerade mit dürren Worten oder ſtillſchweigends), wenn ſeine Sentenz eine offenbare Hintanſetzung des anerkannt geltenden Rechts enthält; ſo iſt die Sentenz nichtig (est contra jus constitutionis). Wenn aber der Richter in ſeiner Sentenz blos darin gefehlt hat, daß er von unrichtigen factiſchen Vorausſetzungen bei Beurtheilung der Sache ausgieng, wenn er auf den vorliegenden Fall ein Geſetz anwandte, das andere Vorausſetzungen erheiſcht; ſo bewies er zwar Mangel an logiſchem Geſchick, er verletzte zwar die im Prozeß unterliegende Parthei durch ſeinen error facti oder ſeine falſche Subſumtion; aber der Rechtsſatz, den er in ſeiner Sentenz ausſprach und anerkannte, war doch in abstracto richtig: Die Sentenz iſt daher nicht contra jus constitutionis, nicht nulla, ſondern nur contra jus litigatoris, injusta, und kann nur mittelſt Appellation angefochten werden.

Vergleicht man mit der eben angeführten l. 1. §. 13 quae sent. sine app. und der l. 19 de appellationibus die l. 32 D. de re judic.

Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat judex, *eo quod non existimat causam, de qua judicat, per eas juvari: non videtur contra constitutionis senten-*

tiam dedisse; ideoque ab ejusmodi sententia appellandum est: allioquin rei judicatae stabitur.

ſo wird man einräumen, daß es zur Deduction der eben angedeuteten Grundſätze und Anſichten des röm. Rechts keines weiteren Commentars mehr bedürfe. Allein mit derſelben Sicherheit gehen dieſe Reſultate aus den in l. 2 C. quando provocare n. e. n. und der l. 27 D. de re judic. enthaltenen Beiſpielen hervor.

In der l. 2 cit. [18]) werden zwei Fälle einander gegenüber geſtellt: in dem einen ſpricht der Richter bei Beurtheilung einer Teſtamentsſtreitigkeit den falſchen Rechtsſatz aus, der minor quatuordecim annis könne gültig teſtiren, und baut darauf den Schluß der Vollgültigkeit des vorliegenden Teſtaments. Hier heißt es: sententiam contra tam manifesti juris formam datam nullas habere vires palam est. Ganz anders aber, wenn bei obwaltender Ungewißheit über das Alter des defunctus, der Richter erkennt: weil der defunctus quatuordecim annis major geweſen, ſo ſey deſſen Teſtament gültig. Die Vorausſetzung dieſes Erkenntniſſes war eben ſo falſch, als die des erſteren, in ſofern in der That der defunctus ſein 14tes Jahr nicht erreicht hatte, es ihm daher wirklich an der testamenti factio fehlte. Dennoch aber kann gegen dieſes Erkenntniß nur die Appellation helfen. Ohne dieſes geht es in Rechtskraft über. Der Unterſchied beſteht

18) Si cum inter te et aviam defuncti quaestio de succesione esset, judex datus a praeside provinciae pronuntiavit, potuisse defunctum etiam minorem quatuordecim annis testamentum facere, ac per hoc aviam potiorem esse: sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam nullas habere vires palam est: et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quodsi, quum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum, et per hoc, jure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti, aut post appellationis impletam causam destitisti: rem judicatam retractare non debes.

hier alſo lediglich darin, daß in dem einen Fall der Richter einen verkehrten Rechtsſatz ſeiner Entſcheidung zum Grunde legte, in dem andern Fall aber eine unrichtige Thatſache. Ganz dieſelbe Unterſcheidungsnorm findet ſich ausgeſprochen in den Beiſpielen der l. 1 §. 2 D. quae sent. sine app. resc.

Die von den neueren Juriſten ſo viel beſprochenen Worte der l. 27 D. de re judic. lauten ſo:

> praeses provinciae in usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones, ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam injustam praesidis appellavit. Quaero: si non secundum legem hic Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem? Modestinus respondit: si in sententia certa quantitas contineatur, nihil proponi, cur judicati agi non possit.

Linde [19]) kommt auf die Interpretation dieſer Stelle bei Gelegenheit der Frage, ob nach röm. Recht die Appellation gegen eine nichtige Sentenz ohne Präjudiz für die eigentliche Nichtigkeitsbeſchwerde zuläſſig war. Er widerlegt hier die Geſterding'ſche Anſicht, wonach aus der cit. l. 27 folgen ſoll, daß die Nichtigkeit einer Sentenz dadurch geheilt werde, daß der durch dieſelbe Verletzte ſie nicht mittelſt Querel, ſondern als ein ungerechtes Urtheil mit der Appellation anficht. Er zeigt mit evidenten Gründen, daß dieſe Auslegung unſerer Stelle mit den ſonſtigen Grundſätzen des röm. Rechts und namentlich mit der l. 19 de appell. in geradem Widerſpruche ſtehen würde. — Linde ſelbſt aber interpretirt die l. 27 dahin: die Vorausſetzung derſelben iſt ein nichtiges Urtheil; denn es erkennt contra jus in thesi (usurae usurarum). Der Verurtheilte appellirt dagegen, läßt aber die Appellation liegen, oder gebraucht ſie nicht vorſchriftsmäßig. Unter dieſen Umſtänden ſoll ſich nach Linde's Meinung unſere lex dahin erklären, daß aus dem abgeſprochenen Urtheil dennoch

19) In ſeinem gründlichen Werk über die Appellation S. 554 ff.

eine actio judicati zuſtehe; denn ihr ſtehe die benutzte Appellation ja nicht entgegen. Daraus aber, daß actio judicati angeſtellt werden könne, folge durchaus nicht, daß der Mangel der injusta sententia geheilt ſey; denn man könne ja auf den Grund einer injusta sententia ebenſogut, als auf den einer justa, die actio judicati anſtellen, und der Beklagte bleibe immer befugt, die Ungültigkeit nur excipiendo zu urgiren. — Offenbar dürfte ſich Linde zu dieſer Interpretation durch den Geſichtspunct haben verleiten laſſen, aus dem er das Geſetz aufgefaßt hat. Wenn man es auch einräumen muß, daß ſich auf eine *injusta* sententia eben ſo gut, als auf eine justa die actio judicati bauen läßt, ſo führt dieß doch keineswegs zum Beweis der Richtigkeit ſeiner Interpretation, da die Vorausſetzung unſeres Geſetzes nach ſeiner Meinung ja eben keine sententia injusta, ſondern eine nulla iſt; und nimmermehr wird man doch behaupten können, daß aus einer nichtigen Sentenz, ſo wenig als aus irgend einem nichtigen Geſchäft, von den Rechten irgend eine Klage eingeräumt werde. In der That heißt es dem Geſetz einen unwürdigen Sinn unterlegen, wenn man meint, es rathe demjenigen, der eine nichtige Sentenz für ſich hat, nur immerhin aus derſelben zu klagen, denn es ſtehe ja dem Gegner offen, ſich mit der exceptio nullitatis zu ſchützen. Wenn dem ſo wäre, wie könnten dann die Geſetze von einer nichtigen Sentenz ſagen: nullas vires habet. Wenn nach der l. 4 §. 6 de re jud. für eine nichtige Sentenz ſogar die Benennung condemnatio ausgeſchloſſen iſt, wie ſollte dann doch wohl das Geſetz dazu kommen, aus einer nichtigen Sentenz die actio judicati einzuräumen? Wie könnte in der Lehre vom dolus der Grundſatz gelten, daß derſelbe den Vertrag nicht ipso jure nichtig mache, daß daher des dolus ungeachtet die Klage aus dem Vertrage ſtehen bleibt, gegen welche der Betrogene ſich aber doli exceptione ſchützen kann? A contrario folgt doch wohl hieraus, daß, geſetzt der dolus

machte das Geſchäft nichtig, auch keine actio daraus zuſtehen würde. Wozu endlich ſollte, wenn der angegebene Sinn der l. 27 richtig wäre, Modeſtinus bei Beantwortung der ihm vorgelegten Frage darauf Gewicht gelegt haben, ob in der Sentenz eine certa quantitas enthalten? — Dieſer Umſtand ſcheint in der That ungeachtet aller dagegen gemachten Einwendungen bei Interpretation unſeres Geſetzes lediglich entſcheidend zu ſeyn, was ſchon allein aus der Form folgt, wonach Modeſtinus ihn zur Bedingung der Richtigkeit ſeiner responsio voranſchickt. Die ihm vorgelegte Frage lautet: iſt unter den vorausgehenden Umſtänden das Urtheil von Wirkſamkeit? Modeſtinus antwortet: ja, vorausgeſetzt, daß die Sentenz auf eine certa quantitas lautet. Hiernach raiſonnirte Modeſtinus ohne Zweifel ſo: Eine Sentenz, worin geradezu auf Bezahlung von Zinſes Zinſen erkannt wäre, würde als dem jus in thesi widerſprechend, ohne Weiteres nichtig und wirkungslos ſeyn. Aber eine Sentenz, die auf eine entſchieden zu große, aber blos der Quantität nach ausgeſprochene Condemnationsſumme lautet, kann, wenn weiter nichts vorliegt, als bloß die große Condemnationsſumme, aus weſentlich anderem Geſichtspunct beurtheilt werden. Sie läßt nämlich der Erwägung Raum, daß der Richter bei ſeiner Verurtheilung ein zu großes Schuldencapital vor Augen gehabt, daß er alſo in der certa quantitas nur auf einfache Zinſen von dem Capital zu erkennen gemeint habe. Hätte er auf eine beſtimmte Capitalſumme erkannt unter Beifügung eines widerrechtlich großen Zinsquantums, ſo würde ohne Zweifel auch nach Modeſtins Anſicht die Sentenz ſich nicht halten laſſen, ſey es nun, daß ſie aus dem Geſichtspunct des ſtillſchweigenden Widerſpruchs contra jus constitutionis, oder aus dem Geſichtspunct des Rechnungsfehlers hinfällig würde. Auf keinen Fall würde dieſe Sentenz eine actio judicati begründen. Wo aber der Inhalt der Sentenz es zweifelhaft läßt, ob der Richter in ſeiner Sentenz ſich in jure oder in facto geirrt, wo die Sentenz die Auslegung zuläßt,

daß der Fehler derſelben lediglich auf einer falſchen factiſchen Vorausſetzung (hier der zu großen Capitalſumme) beruht, da ſoll die Präſumtion nicht für die Nichtigkeit ſtreiten; die fehlerhafte Sentenz ſoll in dubio für eine injusta gelten. In unſerm Fall hatte in der That der Verurtheilte die Sentenz auch als ſolche behandelt; er hatte dagegen appellirt, aber unförmlich. Seine Appellation war daher wirkungslos, die Sentenz alſo rechtsbeſtändig, und der actio judicati ſtand nichts im Wege. — Zur Beſtätigung dieſer Interpretation dient noch, daß ſelbſt nach den Worten des Geſetzes die Vorausſetzung deſſelben keine sententia nulla, ſondern ſeine „injusta sententia“ war, welches Prädicat aus dem angegebenen Geſichtspunct vollkommene Rechtfertigung findet.

So viel nur hier über die römiſchen Nichtigkeitsgründe der Sentenz.

Der Schutzmittel gegen dieſelben gab es nach röm. Recht und giebt es von den röm. Zeiten her jetzt noch mehrfache. Das röm. Recht kennt die Querel, die, wie Heffter bemerkt, wohl in einer einfachen Anzeige von der vorhandenen Nichtigkeit beſtand. An einen eigentlichen Devolutiveffect war dabei nach röm. Recht nicht zu denken. — l. 19 de appell. — Wohl aber konnte die Sache zur Entſcheidung an einen anderen judex datus gelangen. Später, als aus dem canon. Recht die Nullitätsquerel als beſonderes Rechtsmittel ſich entwickelte, ward dieſes bald mit bald ohne Devolutiveffect benutzt. — Uebrigens iſt in der That nicht recht einzuſehen, wie Heffter S. 506 und Geſterding S. 159 zu der Behauptung kommen konnten, Rechtsmittel gegen nichtige Urtheile ſeyen ein Unding. Sie ſagen zwar, gegen etwas, was gar nicht rechtlich exiſtire, könne es keiner Rechtsmittel bedürfen, und bei einem ungültigen Urtheil könne von einer Beſchwerde nicht die Rede ſeyn, es ſey eine contradictio in adjecto, zu ſagen, daß einem durch ein ungültiges Urtheil zu nahe getreten ſey, unmöglich könne einem durch ein Nichts eine Beſchwerde zugefügt werden. — Allein wir bemerken hiergegen, daß eine

juriſtiſche Nichteriſtenz ſo viel iſt als die Fiction einer Nichteriſtenz. Wenn man ſich nun über ein juriſtiſch nichtiges Urtheil beſchwert, ſo beſchwert man ſich in der That über das reell exiſtirende Urtheil, und ſucht durch ſeine Beſchwerde zu bewirken, daß der Richter die juriſtiſche Nichtigkeit des Urtheils erkenne, die Nichteriſtenz deſſelben fingire, damit es nicht nach ſeinem reell exiſtirenden Inhalt ſchade oder beſchwere. Abgeſehen davon, daß, durch negative Handlungen eben ſo gut als durch poſitive, Rechtsverletzungen zugefügt werden können, wird hier die Beſchwerde nicht durch das Nichts in dem nichtigen Urtheil zugefügt, ſondern ſie wird durch das Urtheil zugefügt, in wiefern es durch ſeinen reellen Inhalt poſitive Wirkungen äußern könnte, und das Urtheil wird eben als nichtig charakteriſirt, als nichteriſtirend fingirt, damit es nicht die Beſchwerde zufüge. — Außer jener Querel kann man ſich gegen eine nichtige Sentenz entweder ſchützen durch neue Anſtellung der früheren Klage und dann der vorgeſchützten exceptio rei judicatae mit der replica nullitatis begegnen, oder bei widerrechtlich angebrachter actio judicati durch Vorſchützung der exceptio nullitatis.

Dieſe letzteren Schutzmittel intereſſiren uns hier aber nicht weiter. Wir haben es im Folgenden nur noch in der Kürze mit einer Entwicklung der heutigen geſetzlichen Grundſätze über die Nichtigkeitsbeſchwerde aus den Beſtimmungen des J. R. A's. und der früheren Reichsgeſetzgebung zu thun. Und hier dürfte ſich die Behauptung rechtfertigen laſſen:

1) Daß, abgeſehen von der Conſtruirung des beſonderen Rechtsmittels der Nullitätsquerel mit möglichem Devolutiveffect, und einigen untergeordneten Beſtimmungen, namentlich über die Appellationsſummen (vgl. R. A. von 1570 §. 69) u. ſ. w. bis auf die Zeiten des J. R. A's. an den römiſchen Beſtimmungen über die Nichtigkeit der Sentenzen und Nichtigkeitsbeſchwerden gemeinrechtlich nichts geändert iſt, und

2) daß die einzige Abänderung, die im J. R. A. enthalten, darin beſteht, daß die Qualität der Nichtigkeit bei

denjenigen Sentenzen vollſtändig aufgehoben iſt, die einen Widerſpruch contra jus in thesi enthalten, die aus dieſem Geſichtspunct nichtige Sentenz alſo jetzt einfach als eine sententia iniqua zu betrachten, und ganz nach den Grundſätzen derſelben zu behandeln iſt; daß demnach

3) auch nach dem Inhalt des J. R. A's. ſo wenig eine heilbare Nichtigkeitsbeſchwerde exiſtirt, als ſie aus den Geſetzen vor dem J. R. A. nachzuweiſen iſt.

Es iſt bekannt, daß man aus den Beſtimmungen der K. G. O. v. 1521 XXI. vgl. mit XIX. 2. 3. über die Nichtigkeiten „dadurch einer Parthei in der Hauptſach ein unwiderbringlich Unrecht geſchieht", und über die eventuelle Cumulirung der Nichtigkeitsbeſchwerde mit der Iniquitätsbeſchwerde, den Schluß zu ziehen gewohnt iſt, ſchon die frühere Reichsgeſetzgebung habe angefangen, zwiſchen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten zu unterſcheiden [19]); ferner, daß nach dem Inhalt der vielbeſprochenen §§. 121. 22. des J. R. A's. dieſe Unterſcheidung vollſtändige Sanction erhalten haben ſoll. Aus dieſer Unterſcheidung ſoll ſich dann auch folgerecht ein neues Rechtsmittel, das der heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde nemlich, herausgebildet haben, indem nothwendig die unheilbare Nichtigkeitsbeſchwerde einen Gegenſatz haben mußte. So weit herrſcht bei den Meiſten Uebereinſtimmung. In der näheren Interpretation der §. 121. 122. aber finden ſich dann Abweichungen. Einige nämlich, wie Heffter [20]) räumen ein, daß durch den J. R. A. die Nichtigkeit der Sentenz wegen Widerſpruchs contra jus in thesi aufgehoben, daß aber nach Inhalt deſſelben doch die heilbare Nichtigkeitsbeſchwerde beſtimmt ſey für die Fälle weniger erheblicher Mängel in der Prozeßform. Andere, wie Linde [21]) beſchränken die Fälle der unheilbaren Nichtigkeit auf die von J. R. A.

19) cf. Linde's Lehrb. §. 419.

20) Inſtitt. S. 512.

21) a. a. O. §. 421.

ſpeziell genannten, räumen aber die heilbare Nichtigkeitsbeſchwerde als beſonderes Rechtsmittel ein: 1) im Fall die Sentenz contra jus in thesi verſtößt, 2) wenn die Nichtigkeit aus der Nichtbeobachtung der durch poſitive Geſetze gebotenen Formregeln entſteht. Geſterding [22]) endlich meint, daß im J. R. A. überhaupt bloß von prozeſſualiſchen Formfehlern die Rede iſt, daß alſo nach wie vor eine contradictio contra jus in thesi unheilbare Nichtigkeit bewirke.

Was zuförderſt nun die Beſtimmungen der früheren Reichsgeſetze betrifft, ſo muß man allerdings einräumen, daß ſie ein bündiges Zeugniß ablegen über die Unklarheit, in welcher der damaligen Zeit der Begriff der prozeſſualiſchen Nichtigkeit erſchien. Indeſſen laſſen ſie ſich doch mit den allgemeinen römiſch-rechtlichen Grundſätzen in Uebereinſtimmung bringen, wenn man ſie mit dem anerkannten Satz in Verbindung ſtellt, daß ein prozeſſualiſcher Formfehler nur in ſo fern Nichtigkeit bewirkte, als er einen Verſtoß gegen die weſentlichen Beſtandtheile, die substantialia processus enthielt. Weiter ſollen nämlich auch jene Beſtimmungen der K. G. O. v. 1521 Art. 21 nichts ſagen, die nach vorgängiger Verordnung einer cumulirten Vorbringung der Iniquitäts- und Nichtigkeitsbeſchwerde, dem Richter gebietet, nur dann auf Nichtigkeit zu erkennen, wenn der behauptete Formfehler einen unwiderbringlichen Nachtheil zur Folge habe, d. h. als ein weſentlicher Mangel in substantialibus processus zu betrachten ſeyn würde. Iſt dieß der Fall, ſo ſoll vorgängig über den Nichtigkeitspunct als über eine Präjudicialfrage entſchieden werden. Iſt das aber nicht der Fall, d. h. liegt „ein minder erheblicher Mangel in der Form des Verfahrens“ vor, ſo fällt der Geſichtspunct der Nichtigkeit ganz weg [23]). Die unten

22) a. a. O. S. 164 – 72.

23) „Und ſo der Kammerrichter und Beiſitzer ſolche angezogene Nich„tigkeit nicht dergeſtalt erfunden, daß dadurch einer Parthei in der „Hauptſach ein unwiderbringlich Unrecht beſchehe, ſollten dieſelbe

angegebenen Worte finden offenbar ihre Erläuterung in der K. G. O. 1555 III. Tit. 34 §. 2.:"

„es wäre dann, daß in den actis erſter Inſtanz eine öffentliche (offenbare) Nullität befunden, welche in anderer Inſtanz nicht ratificirt werden möcht (könnte)."

Das unwiderbringliche Unrecht beſteht hiernach nun darin, daß es in oberer Inſtanz nicht reparirt werden kann, und es kann in oberer Inſtanz nicht reparirt werden, weil, wie Mittermaier (Beitr. III.) ſehr treffend bemerkt, ein bloßer Act richterlicher Reflection in oberer Inſtanz, bei einem Mangel in den weſentlichen Bedingungen des Verfahrens in der früheren Inſtanz nicht anders helfen kann, als durch Aufhebung des früheren nichtigen, und durch Anordnung eines neuen Verfahrens. Es iſt demnach klar, daß die „Nichtigkeit, dadurch der Parthei ein unwiderbringlich Unrecht geſchieht", nichts anders zu bedeuten hat, als der weſentliche Mangel in den substantialibus processus, in der Perſon des Richters und der Parthien. — Von einer neuen Art der Heilbarkeit einer Nichtigkeit iſt hier alſo durchaus nicht die Rede, und die Unterſcheidung nach dem unwiderbringlichen Schaden hat an ſich weiter gar keinen Werth, dient nur allenfalls zur näheren Beſtimmung oder zum Erkennungsmerkmal der Weſentlichkeit oder Außerweſentlichkeit des prozeſſualiſchen Formfehlers.

Schwieriger in der That iſt der Sinn des §. 121. 22. des J. R. A's. Man iſt genöthigt, ihn aus den in den Regensburger Reichstagsacten enthaltenen Motiven zu erklären, und demnach werden gerade dieſe zur Rechtfertigung der verſchiedenartigſten Interpretationen benutzt. Offenbar herrſcht auch hier über den Begriff der Nichtigkeitsbeſchwerde großes Dunkel und Schwanken, und Manchem mochte bei den Reichstagsverhandlungen die Exiſtenz einer heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde dunkel vorſchweben. Darauf deutet das Concluſum

---

„vorige Prozeß anderer Unförmlichkeit halber als nichtig bei ihnen „nicht verworfen werden."

im Fürſtenrath hin[24]). Auch ſelbſt die unbeſtimmte Faſſung des pass. 11 no. II. im allgem. Reichsgutachten[25]) erklärt ſich aus dem hier herrſchenden Mangel an klaren Begriffen. Aus dieſem Geſichtspunct würde nun allerdings die Heffter'ſche Interpretation des J. R. A's. vielen Schein der Richtigkeit gewinnen. Nimmermehr aber dürfte man zugeben, daß auch ſelbſt aus dieſem Geſichtspunct der heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde durch den J. R. A. eine weitere Anwendbarkeit eingeräumt wäre als auf außerweſentliche prozeſſualiſche Formfehler. Will man ſie mit Linde auch anwenden gegen die Sentenz, die contra jus in thesi verſtößt, ſo ſteht damit in Widerſpruch der ganze tenor ſowohl des J. R. A's., als auch des angef. Reichsgutachtens. Niemand wird es bezweifeln, daß in den angeführten Stellen mit der Scheidung zwiſchen sententia nulla und iniqua auf den römiſchen, nach der damaligen Deutung vielem Zweifel unterworfenen Unterſchied zwiſchen sententia contra jus constitutionis und litigatoris hingewieſen iſt. Der J. R. A. ſcheint bei Beurtheilung dieſer Unterſcheidung von ähnlichen Reflectionen ausgegangen zu ſeyn, wie in neueſter Zeit Gönner. Man fand (und gewiß nicht mit Unrecht), daß durch den unmittelbaren richterlichen Verſtoß gegen ein Geſetz der ſtreitenden Parthei kein empfindlicheres und größeres Unrecht geſchehe, als durch falſche Subſumtion und durch einen im Mangel juriſtiſchen Urtheils gegründeten Fehler; und wollte nicht, daß durch Bevorzugung des auf die erſte Weiſe Verletzten vor dem durch eine sententia injusta Gravirten, ein ewiger Streit, „ob sententia ſich nulla oder iniqua verhalte" rechtlich ſanctionirt ſey. Man wollte mit einem Mal dieſem Uebel abhelfen, man hob daher den Unterſchied zwiſchen sententia contra jus in thesi und hypothesi auf, und ſtellte ſie beide unter die Grundſätze der ordentlichen Rechts-

24) v. Mayern, acta comitialia Ratisbon. tom. II. S. 653 v. „der Nullitäten halber" ꝛc.

25) ibid. S. 444.

mittel. — Dieſe ordentlichen Rechtsmittel aber ſind keine andere, als die bis dahin ſchon gangbaren. Nicht allein, daß mit keinem Wort der Einführung eines neuen Rechtsmittels der heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde gedacht iſt: es dürfte ſich der Beweis unmittelbar führen laſſen, daß der J. R. A. kein neues Rechtsmtttel einführen, vielmehr in den Fällen der früheren nichtigen, jetzt mit der sententia iniqua verſchmolzenen Urtheile die Appellation angewandt wiſſen wollte. Wenn nämlich der J. R. A. §. 121 ſagt:

„ſo ſoll zur Verhütung dergleichen unnöthigen Gezänks in allen beiden Fällen, a sententia tam nulla quam iniqua das *fatale interponendae* obſervirt werden;"

ſo ergänzt ſich die hierin liegende Auslaſſung durch die Worte des angef. Reichsgutachtens:

„quod fatale *interponendae appellationis* tam a sententia injusta, quam sententia nulla decendium esse."

Hätte für den Fall der ſg. heilbaren Nichtigkeit ein eigenes Rechtsmittel, unter Vorausſetzung der ohne Benutzung deſſelben nach Ablauf des decendii eintretenden Rechtskraft, eingeführt werden ſollen, ſo hätte es heißen müſſen: daß die Nichtigkeitsbeſchwerde im vorliegenden Fall ebenſowohl an das Decendium gebunden ſeyn ſolle, als die Appellation a sententia iniqua. Es heißt aber nicht: quod fatale interponendi remedii etc., ſondern interponendae appellationis, und es folgt hieraus klar die Beſtimmung: die bezeichnete *sententia nulla* und *iniqua* ſollen verſchmolzen und von beiden ſoll künftighin *intra decendium* appellirt werden[26]). Das angef. Reichsgutachten dient

27) Es bedarf wohl nicht der Bemerkung, daß dieſe Interpretation des J. R. A's. durchaus keinen Einfluß äußert auf die Beurtheilung einer Sentenz, die eines Rechnungsfehlers oder abſolut dunkler Faſſungen wegen nichtig iſt. Daß dieſe nach wie vor der Rechtskraft nicht fähig, und folglich mit der Nichtigkeitsbeſchwerde anzufechten iſt, verſteht ſich von ſelbſt, da es einer ſolchen Sentenz offenbar an einer weſentlichen prozeſſualiſchen Bedingung fehlt.

noch ferner zur Erläuterung des J. R. A's. Es iſt nämlich darnach in dem Fall die Appellation contra sententiam nullam intra decendium zu interponiren, wenn „die nullitas ex formalitate et subtilitate processus herfließt.“ Wird demnach, wie es von Heffter geſchieht, eingeräumt, daß nach dem J. R. A. nur die Appellation das gegen die sententia contra jus in thesi, zuläſſige Rechtsmittel iſt, ſo muß man auch das Andere einräumen: es muß nämlich auch im Fall der minder erheblichen prozeſſualiſchen Formfehler, im Fall der nullitas ex formalitate et subtilitate processus (im Gegenſatz der substantialia) die Hülfe nicht auf dem Wege eines ſtillſchweigends neu eingeführten Rechtsmittels, ſondern mittelſt der ſchon beſtehenden gemeinrechtlichen Rechtsmittel zu ſuchen ſeyn. Wendet man hiergegen ein, man könne doch unmöglich genöthigt ſeyn, gegen ein mangelhaftes prozeßleitendes Decret z. B. ſich des devolutiven Rechtsmittels der Appellation zu bedienen; ſo erwiedern wir, daß dieß auch keineswegs behauptet iſt. Es wird einem aber doch eben ſo wenig einfallen, die an den decretirenden Richter geſtellte Bitte um Abänderung jenes Decrets eine heilbare Nichtigkeitsbeſchwerde zu nennen, als man z. B. das Geſuch um Dilationsbewilligung ſo nennen wird. Und doch haben beide Geſuche ungefähr dieſelbe Tendenz: das Eine Abänderung des prozeßleitenden Decrets wegen eines unerheblichen Fehlers, der auf den Gang des Prozeſſes nicht vernichtend einwirken, mit der Rechtskraft der Hauptſache alſo auch ſelbſt in Rechtskraft übergehen würde, das andere auch Abänderung des prozeßleitenden Decrets, Ausſetzung nämlich des richterlich angeordneten Termins aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Bequemlichkeit.

Zu dem Bisherigen ſetzen wir noch mit zwei Worten die Bemerkung hinzu, daß der Begriff einer heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde ſich aus allgemeinen Gründen am allerwenigſten rechtfertigen laſſen dürfte. Verſtehen wir nämlich unter einer nichtigen Sentenz eine ſolche, welche die Rechtskraft nicht beſchreiten kann (cf. Heffter a. a. S. 253) ſo iſt es doch

wohl ein offenbarer Widerſpruch, zu behaupten, heilbare Nichtigkeitsbeſchwerde ſey eine ſolche, mit welcher ein (wegen minder erheblicher Prozeßmängel) nichtiges Urtheil intra decendium angefochten werden muß, damit es nicht in Rechtskraft übergehe. Die Heilung einer ſolchen Sentenz iſt alſo hiernach nur denkbar unter Vorausſetzung ihrer Fähigkeit in Rechtskraft überzugehen; man kann demnach mit demſelben Recht von der Heilung einer unheilbaren Krankheit ſprechen.

Was wir hier über den Sinn des J. R. A's. ausgeführt haben, iſt, wie von ſelbſt in die Augen fällt, von weſentlichem praktiſchen Einfluß auf die Lehre von der sententia contra jus in thesi, indem ſich hiernach das Reſultat ergiebt, nicht allein daß ſie eben ſo gut der Rechtskraft fähig iſt, als die sententia contra jus in hypothesi, ſondern auch, daß keine Art Nichtigkeitsbeſchwerde, wohl aber, und zwar nur die gemeinrechtlichen ordentlichen Rechtsmittel dagegen anwendbar ſind. Mit Beziehung auf die außerweſentlichen Prozeßmängel ſollte die bisherige Ausführung hauptſächlich nur dazu dienen, der gangbaren Unbeſtimmtheit im juriſtiſchen Sprachgebrauch entgegenzuwirken; und gewiß iſt hier zu einem erwünſchten Reſultat auf keinem ſichereren Wege zu gelangen, als durch die gegründete Annahme, daß auch nach dem J. R. A. nur Eine Art der Nichtigkeitsbeſchwerde exiſtirt, die ſg. unheilbare nämlich, und durch Ausſtreichung des ungereimten Begriffs einer heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde aus dem juriſtiſchen Sprachgebrauch. Sind doch die neueſten Prozeßordnungen (wie die Baden'ſche, die proviſoriſche Gerichtsordnung für das O. A. Gericht der Herzogth. Schleswig, Holſtein und Lauenburg u. a.) unſeren deutſchen Prozeßlehrern in dieſem Verfahren ſchon mit einem guten Beiſpiel vorangegangen!

X.

Iſt der Vergleichsverſuch zweckmäßig in die Hände der Gerichte gelegt?

Von

Herrn Dr. W. H. Puchta, Landrichter in Erlangen.

(Beſchluß des Aufſatzes Nro. VIII. im vorigen Hefte.)

§. 13.

Das Inſtitut der Vergleichs-Commiſſionen in Dänemark iſt kraft einer königl. Verordnung vom 10. Julius 1795 in das Leben getreten, und zwei Jahre darauf mit einigen Modificationen auch in Norwegen. Eine Vergleichseinrichtung beſteht auch in den Herzogthümern Schleswig und Holſtein durch Gewohnheitsrecht. Was die Anſtalt in Dänemark betrifft, ſo iſt in Kopenhagen die Vergleichscommiſſion aus 3 Mitgliedern zuſammengeſetzt, aus einem Mitgliede des Hof- und Stadtgerichts, welches aber nach dem Grundſatze, daß richterliche Beamte von der Theilnahme an der Anſtalt zu entfernen, während der vierjährigen Dauer dieſer Function von dem Richteramte dispenſirt iſt; dann aus einem Mitgliede des Stadtraths, einer bloß adminiſtrativen Behörde, und aus einem Bürgerdeputirten. In den übrigen Städten formiren die Vergleichs-Commiſſion zwei Männer aus den angeſehenern Ortsbürgern nach der Wahl der Bürgerſchaft. Alle verſehen ihr Amt 3 Jahre unentgeldlich, bloß gegen Befreiung von den übrigen perſönlichen Gemeindelaſten. Zur Führung der Protocolle iſt der Commiſſion ein Schreiber zugewieſen. Auf dem Lande haben die königlichen Amtmänner (bloße Adminiſtrativbeamte) das Vergleichsweſen zu beſorgen, bei weitläufigen Amtsbezirken aber ſollen ſie, wenn

die Partheien über 4 Meilen zum Sitze der Vergleichsbehörde zu reiſen hätten, die Fähigſten und Redlichſten von den Hardesvögten (Unterrichtern) zu Vergleichscommiſſarien ernennen, wenn nicht andere rechtſchaffene und erfahrne Männer zu dem Geſchäfte ſich finden oder zu deſſen Uebernahme geneigt ſeyn ſollten. Advokaten können als Vergleichskommiſſarien nicht gebraucht werden.

Die Vergleichscommiſſion tritt an beſtimmten Tagen, in jeder Woche wenigſtens einmal zuſammen, um in allen vor Betretung des Rechtswegs an ſie zu bringenden Streitigkeiten die gütliche Beilegung zu verſuchen. Hievon ſind blos ausgenommen und die gütliche Vermittlung den Gerichten nach betretenem Rechtswege vorbehalten: Wechſelſachen, Gaſtrechtsſachen, Forderungen an Erbſchafts- und Concursmaſſen, ferner die Klagen des Fiscus und die der polizeilichen Abwandlung unterworfenen Sachen, zu welch letztern namentlich Geſinde- und andere kleine Sachen, ſowie körperliche und wörtliche Ehrenbeleidigungen [1]) gehören, während ſchwere Injurien oder ſolche, die ſchriftlich oder gedruckt zugefügt worden, den ordentlichen Vergleichs-Commiſſionen vorbehalten ſind.

Das Verfahren iſt Folgendes: auf mündliches oder ſchriftliches Anbringen der Klage bei einem der Commiſſarien ladet dieſer mittelſt eines Einberufungs-Zettels, der den Klaggrund enthalten muß, beide Theile, in der Regel zum perſönlichen Erſcheinen vor die Vergleichscommiſſion vor. Nur beſcheinigte Ehehaften, oder wenn der Kläger über 4 Meilen vom Sitze der Commiſſion entfernt ſich aufhält, berechtigen zur Aufſtellung eines Bevollmächtigten, der urſprünglich durch-

1) Paulſen S. 442. — Man ſollte meinen, daß dieſe geringern Sachen, ſoweit es dabei nur auf Privatrechte und nicht auf Beſtrafung ankommt, ſich vorzugsweiſe zur gütlichen Vermittelung eigneten, ſchwere Injurien dagegen mehr für eine öffentliche Ahndung, daher für die Gerichte.

aus kein Rechtsanwalt ſeyn durfte, deſſen Vertretung jedoch eine Verordnung von 1823 nachgelaſſen hat [2]). Das unentſchuldigte Nichterſcheinen vor der Commiſſion, das übrigens erſt nach eingeleitetem Prozeſſe vor Gericht zur Rüge gebracht werden kann, hat bezüglich auf den Beklagten die Folge der Verurtheilung in die Prozeßkoſten, ſelbſt wenn derſelbe in der Hauptſache von der Klage entbunden werden ſollte. Der ungehorſam ausbleibende Kläger verliert zur Strafe diejenigen 24 Bankſchillinge (beiläufig 4 gute Groſchen) die er bei Anbringung ſeiner Klage bei der Commiſſion zu erlegen hatte und muß dem Beklagten die vergeblichen Reiſekoſten erſtatten. Die bloße Ungeneigtheit der erſcheinenden Partei, ſich zu vergleichen, hat dagegen keinen Einfluß auf den künftigen Prozeß. Auch können keine Anführungen oder Erläuterungen des einen Theils gegen den andern vor der Vergleichscommiſſion in dem darauf folgenden gerichtlichen Verfahren als Beweismittel gebraucht werden. Uebrigens können die Streitenden zur Unterſtützung ihrer Behauptungen Beweismittel vor die V. C. mitbringen; nur dürfen ſie, außer allenfalls zum ewigen Gedächtniß, keine gerichtliche Zeugenbeweiſe zur Vorbereitung auf den Vergleichsverſuch veranlaſſen. — Die Vergleichscommiſſarien, die auf ihr Amt vereidigt werden, ſollen ſich nach Kräften beſtreben, den Streit gütlich beizulegen, dabei aber nur eine ſolche Vereinigung zu bewirken, die mit der Gerechtigkeit, der Billigkeit und dem Bedürfniß der Parteien beſtehen kann [3]). Wenn die Streit-

2) So hat alſo doch die Erfahrung aus dem Leben, das ſich unſern ſchönſten Speculationen leider gar oft nicht fügen will, einen Riß in das Syſtem gemacht und noch dazu einen bedenklichen.

3) Dieſe Forderungen einer zweckmäßigen Vergleichsſtiftung ſind bekanntlich auch an die Gerichte aller Länder gemacht, wo ſelbigen das Vermittlungsrecht übertragen iſt. Aber auch nur dieſe, nicht rechtskundige Vergleichscommiſſarien, ſind allein im Stande zu prüfen, was die Gerechtigkeit fordert, ſofern man hierunter nicht allenfalls etwas anders verſteht, als was den Rechten gemäß iſt, oder das Ganze nur eine wohlklingende Redensart ohne eigentliche Realität ſeyn ſoll.

ſache nicht in 8 bis 14 Tagen durch Vergleich beendigt iſt, ſo iſt ſie mittelſt eines dem Kläger über den vergeblichen Verſuch auszuſtellenden Zeugniſſes an die Gerichte zu verweiſen. Nur auf beiderſeitiges Verlangen, oder wenn der Kläger zur beſſeren Information der Vergleichskommiſſion Zeugen vor Gericht abhören laſſen will[4]), wozu die V. C. ſelbſt nicht befugt iſt, kann die Friſt verlängert werden. Da übrigens, wie ſich von ſelbſt verſteht, jeder Zwang von dem Ausſöhnungsverſuch entfernt bleiben ſoll, und die Vergleichs-Commiſſarien ihr Amt unentgeldlich verſehen, daher nur für unvermeidliche Koſten an Schreib- und Ladungsgebühren die Nothwendigkeit einer ſehr geringen Gebühren-Forderung eintritt, ſo ſind freilich die Vorwürfe von Verzögerungen eben ſo grundlos, als was Gönner[5]) von „den theuren und „gewaltſamen däniſchen Vergleichscommiſſarien" beweislos hingeſchrieben hat. Dieſe wäre alſo, wenn bei dem Inſtitut ſonſt nichts Bedenkliches wäre, kein Grund, warum man es nicht zur Nachahmung empfehlen könnte.

§. 14.

Die bisher betrachtete Einrichtung für Dänemark wurde auch für Norwegen eingeführt, nur mit einigen durch örtliche Verhältniſſe gebotenen Veränderungen, und ſie hat

4) Paulſen a. a. O. S. 452. Man ſollte glauben, die V. C. könnte ſich, ſoviel es für ihren Zweck nöthig iſt, aus den Vorträgen der Parteien allein und etwa aus deren produzirten Urkunden, oder auch aus örtlicher Beſichtigung die nöthige Kenntniß der Sachverhältniſſe verſchaffen, ohne dieſes etwas exorbitanten und verzögerlichen Mittels eines gerichtlichen Zeugenverhörs zu bedürfen, welches zur Sache ſelbſt nichts nützt, ſobald die Gegenpartei ſich nicht überzeugen laſſen will.

5) In den Motiven zum Entw. e. Geſetzb. über das ger. Verfahren Bd. II. S. 224. — Er hat hier auch von zeit- und geldfreſſenden Sühneverſuchen nach der preuß. Gerichtsordnung geſprochen, wovon auſſer ihm niemand etwas wußte,

ſich auch nach der Trennung dieſes Landes von Dänemark im Weſentlichen forterhalten [6]). Sehr verſchieden davon iſt die Verfaſſung in den Herzogthümern Schleswig und Holſtein, wo eine eigene, auf die däniſchen legislativen Anordnungen über das Vergleichsweſen nicht anwendbare Geſetzgebung beſteht [7]). In dieſen Herzogthümern iſt das Vermittlungsamt den Obrigkeiten des Orts oder Bezirks beigelegt, in den Städten alſo den Magiſtraten, auf dem platten Lande den Oberbeamten oder Amtmännern, die in der Regel nicht die ordentlichen Gerichte ſind. Jede Sache ſoll, ehe ſie in den förmlichen Rechtsweg gebracht wird, auf dem Lande zuerſt bei den Oberbeamten und Gutsobrigkeiten, in den Städten bei den Gerichtsvorſitzern (Bürgermeiſtern) angebracht werden und der Beklagte auf ihre Ladung unweigerlich erſcheinen. Indeſſen haben dieſe Obrigkeiten nur das Recht eines „Verhörs zur Güte", auch die erſte Cognition, Notion, Audienz genannt, und der Beklagte braucht ſich durchaus nicht auf eine Verhandlung einzulaſſen, wenn er ſofort auf das ordentliche Gericht ſich beruft, welchen Falls die Sache ſogleich dahin zu verweiſen iſt. Im entgegengeſetzten Fall tritt eine mündliche auch wohl ſchriftliche Verhandlung ein, ohne daß jedoch ein ordentliches Beweisverfahren geſtattet wird. Die Behörde macht hierauf nicht bloß Vergleichsvorſchläge, ſondern ſie fällt auch einen Spruch, wobei allenfalls der Ausgang des Streits von einem zugeſchobenen oder amtlich auferlegten Eid abhängig gemacht wird. Doch kann auch die Sache, namentlich wenn ſie ohne förmliche Beweisaufnahme nicht klar gemacht werden kann, von Amtswegen an die ordentlichen Gerichte verwieſen werden. Gegen Beſcheide dieſer Schiedesbehörden findet die Provocation an den ordentlichen Richter ſtatt, in Schleswig

---

6) Paulſen, Seite 458.

7) ibid. S. 465.

binnen 6 Wochen, in Holstein intra decendium, in welcher Frist die Klage bei dem ordentlichen Richter angestellt werden muß, weil ausserdem der Bescheid als „Laudum agnitum“ gilt und ohne weiteres vollstreckbar ist. — Dieses Verfahren ist also ein Mittelding zwischen einer Vergleichsverhandlung und einer richterlichen mit Entscheidung, die übrigens die bloße Bezeichnung als eine schiedsrichterliche vor dem Tadel einer Inconsequenz kaum rechtfertigen kann, da es an dem wesentlichen Erforderniß, dem parteilichen Compromiß, mangelt. Man würde es indessen bei dergleichen, gewöhnlich durch verjährten Gebrauch sanctionirten Einrichtungen mit der juristischen Analogie so genau nicht zu nehmen haben, zumal da es auch in unserer deutschen Gerichtsverfassung bekanntlich nicht an dergleichen Anomalien fehlt, wenn man nur nicht mit einer solchen Institution, ungeachtet ihrer Mangelhaftigkeiten, endlich so vertraut würde, daß man den Sinn für das Bessere darüber zu verlieren Gefahr liefe.

§. 15.

Vierzig Jahre sind es bereits, daß das dänische Vergleichsinstitut besteht, und eben dieses lange Bestehen ist es, was man für seine Zweckmäßigkeit besonders geltend macht, und wie es scheint, ist das auch noch der beste Grund, den man dafür anführen kann. Es hat sich, sagt man, durch die Erfahrung bewährt; und dies will bei menschlichen Einrichtungen allerdings viel sagen. Könnte indessen diese Erscheinung nicht doch hauptsächlich auf Rechnung der erst bemerkten Angewöhnung kommen, wornach auch die Verfassung in Schleswig und Holstein sich zu erhalten vermochte, der doch selbst der mehrmals angeführte Lobredner des dänischen Vergleichswesens keineswegs das Wort redet? Aber wie, wenn es bloß diese Gewohnheit wäre, die ja mit so manchen Unvollkommenheiten und Gebrechen aussöhnt, und daneben etwa die Unbekanntschaft mit bessern Justizverfassungen,

daß man mit dem däniſchen Inſtitut, trotz aller ihm anklebenden oder doch uns Nicht-Dänen ſo ſcheinenden Unvollkommenheiten, in dem Lande, wo es entſtanden und einheimiſch geworden iſt, ſich zufrieden gäbe! — Wenn vollends die mangelhafte Verfaſſung der Gerichte erſter Inſtanz, die eben hauptſächlich zu dieſer Vergleichseinrichtung Anlaß gegeben haben ſoll, noch fortwährend beſtünde, ſo würde es gerade nichts Auſſerordentliches ſeyn, wenn der Däne nach wie vor einen magern Vergleich einem noch magerern Richterſpruch vorzöge. Und gab es nicht von jeher und giebt noch immer menſchliche Einrichtungen von anerkannter Unvollkommenheit ja Zweckwidrigkeit, die ſich noch weit länger erhalten haben? Die hie und da vor noch nicht gar langer Zeit erſt verſchwundene Leibeigenſchaft, manche noch jetzt beſtehende Ueberbleibſel der Gutsunterthänigkeit, die Patrimonialgerichtsbarkeit u. ſ. w. ſind Beiſpiele hievon; und ließe ſich von der Dauer einer Inſtitution auf deren unbedingte Zweckmäßigkeit ſchließen, wie unrecht hätte man gethan, ſo manche Jahrhunderte hindurch beobachtete Einrichtungen in der Straf- und Civilrechtspflege als alte Mißbräuche einer Reform zu unterwerfen! Selbſt die Schleswig-Holſteiniſche Vergleichseinrichtung hätte ohne Widerrede den Probirſtein der Zweckmäßigkeit ſo ſehr als irgend eine für ſich, da ſie bereits Jahrhunderten trotzte.

Es iſt immer bemerkenswerth, daß das däniſche Vergleichsinſtitut, dem es doch nicht an lebhafter Theilnahme und an Anpreiſungen fehlte, nicht nur auſſer dem Lande ſeines Urſprungs keine Nachahmung gefunden hat, ſondern daß es nicht einmal in allen dem däniſchen Scepter unterworfenen Landen eingeführt worden iſt. Es ſoll jedoch dieſes ſo wenig als jenes Vorurtheil des Alters das Urtheil darüber beſtechen, ſondern bei dieſen Betrachtungen nur das Weſen der Einrichtungen ſelbſt nach Gründen der Erfahrung und Juſtizverfaſſungspolitik unſere Prüfung leiten. Dabei ſoll

nicht wiederholt werden, was Andere, namentlich von der Becke in der oben §. 4. Note 6. angeführten Schrift ſchon im Jahr 1812 mit ſehr triftigen Gründen gegen die Einrichtung vorgebracht hat, ſondern nur auf folgende, auch durch die in neuerer Zeit geſchehenen Verbeſſerungen nicht genügend gehobenen Bedenken und Zweifel ſich beſchränkt werden, da man eine befriedigende Löſung derſelben in der mehr allegirten Paulſeniſchen Abhandlnng zu finden vergeblich geſucht hat.

§. 16.

I. Das erſte Bedenken veranlaßt die Zuſammenſetzung der Vergleichs-Commiſſionen, die in dem größten Theile des däniſchen Staats aus Männern beſtehen, von denen man nicht einmal eine oberflächliche Kenntniß des Rechts zu erwarten berechtigt iſt. Abgeſehen von der Stadt Kopenhagen ſind alle Vergleichscommiſſarien aus der Wahl des Volkes hervorgegangen; dieſe Wahl iſt aber hinſichtlich rechtskundiger Individuen ſehr beſchränkt, vielmehr beinahe unmöglich, weil auſſer Univerſitätsorten Juriſten, die nicht Richter oder Advocaten, als ſolche aber nicht wählbar ſind, in Dänemark ſo ſelten ſeyn werden, als in Deutſchland.

Wenn ſtreitende Parteien auſſergerichtlich in Güte ſich vereinigen, es ſey, daß ſie aus eigener innerer Bewegung ſich die Hände bieten, was freilich ſelten zu geſchehen pflegt, oder durch die vermittelnde Thätigkeit guter Freunde, ſo wird, wenn nur die Uebereinkunft unbezweifelt feſtſteht, und kein Theil etwas dagegen einzuwenden hat, niemand weiter fragen, wie es mit der Ausſöhnung eigentlich zugegangen und welche Beweggründe ſelbige bewirkt haben. Geſetzt auch, daß der Anſpruch des Einen oder die Weigerung des Andern unbezweifelt rechtlich begründet erſchiene, alſo daß, was die Betheiligten einen Vergleich nennen, nur die Natur des Aufgebens eines klaren Rechts, alſo eines Erlaſſes hätte, ſo wird es, ſo lange nur die Partheien in vollſtändiger Kenntniß deſſen, was ſie unter ſich ausgemacht haben, damit zu-

frieden ſind, niemanden einfallen, an der rechtsnaturwidrigen Bezeichnung einen Anſtoß zu nehmen. Anders verhält ſich dagegen die Sache, wenn die Uebereinkunft unter Mitwirkung einer obrigkeitlich conſtituirten Behörde, dieſe ſey übrigens das competente Gericht oder eine eigene Amtsſtelle, zu Stande kommen ſoll. Denn hier fragt man billig auch nach den Modalitäten der für den Zweck bezeigten Thätigkeit, und wiefern das Product derſelben auf geſetzliche Weiſe entſtanden. Der Aufgabe des obrigkeitlichen Streitvermittlers iſt daher nicht genügt, wenn nichts weiter geſchieht, als daß der geſtörte Friede durch Nachgiebigkeit, es ſey blos von der einen Seite, oder — was eben den Vergleich charakteriſirt — von beiden Seiten wieder hergeſtellt wird. Es kommt nicht bloß darauf an, Frieden zu ſtiften, oder gleichſam wie bei einem Raufhandel die Streitenden auseinander und zur Ruhe zu bringen, ohne daß man ſich lange bei der Frage aufzuhalten brauchte, wer an dem Streit Urſache und auf welcher Seite das Recht iſt. Ferner ſoll die durch amtliche Vermittelung erzielte Ausſöhnung nicht bloß das Ergebniß einer künſtlich angeregten Gemüthsbewegung — Großmuth, Mitleiden, Prozeßſcheu, — ſeyn; man verlangt, daß die Uebereinkunft vorzüglich durch Gründe aus der Sache ſelbſt gerechtfertigt erſcheine; ſie ſoll keineswegs nur auf einer vielleicht cerebrinen Billigkeit, ſondern auch auf Gerechtigkeit beruhen. Dieſer letztern würde man aber zu nahe treten, nähme man bloß auf einſeitige Bedürfniſſe Rückſicht, z. B. auf den Zuſtand des Beklagten, dem dadurch gütlich geſchieht, wenn dem Kläger von ſeinem unzubezweifelnden Recht etwas abgezwackt wird, was vielleicht dieſer aus Gutmüthigkeit oder um der Zudringlichkeit los zu werden, oder auch wohl aus Einfalt endlich ſich gefallen läßt. Die erſte Bedingung der Zuläſſigkeit eines Vergleichs im rechten Sinne des Worts iſt Zweifelhaftigkeit des Rechtszuſtandes, daher Ungewißheit des Ausgangs des darüber entſtandenen Streits, was denn

die Streitenden zum vernünftigen Nachdenken veranlaſſen und ein Beweggrund werden ſoll, von dem nicht anerkannten Recht lieber etwas aufzugeben, als aus Rechthaberei, Eigenſinn und vorgefaßter Meinung alles auf das Spiel zu ſetzen. Sind dagegen die Thatſachen, worauf ſich eine Klage oder eine Einrede gründet, zugeſtanden oder ſonſt unzweifelhaft dargethan, finden wider die Klage keine Einreden, wider dieſe keine Repliken ſtatt, wodurch der, wenn auch erwieſene Klag- oder Exceptionsgrund zerſtört würde, ſo kann höchſtens über die Art und Weiſe der Geltendmachung des im übrigen unbeſtrittenen Rechts ein Zweifel entſtehen und nur inſofern ein Vergleich als zuläſſig erſcheinen (§ 7). Ob ſich aber die Sache als ſtreitig oder unſtreitig, als klar oder als zweifelhaft darſtellt, darüber wird wohl in den meiſten Fällen (und dieß iſt eben ſo viel als in allen, da ſich die Ausnahmen nicht vorher beſtimmen laſſen,) nur der Rechtsverſtändige mit Zuverläſſigkeit urtheilen können. Der Nichtjuriſt dagegen, alſo der größte Theil der Vergleichscommiſſarien, wird nach ſeiner mangelhaften juriſtiſchen Kenntniß häufig verſucht werden, ein in der That zweifelhaftes Rechtsverhältniß für ausgemacht anzunehmen, weil er die Zweifelsgründe nicht erkennt, oder ſeine Billigkeitstheorie zum Maßſtabe nimmt. Oder er wird einen in foro unzweifelhaften Anſpruch des Klägers aus moraliſchen Gründen, vielmehr wie er eben die Sache anſieht, für zweifelhaft, eine rechtsbegründete Einrede des Beklagten, weil ſie ſeinen Begriffen von Recht widerſtreitet, für unſtatthaft erkennen, oder doch in Klage und Einrede Zweifel finden, die ihm die Sache zur Klage geeignet erſcheinen laſſen. Am ſchlimmſten kommt bei den Nichtjuriſten immer das, was ſie ſtrenges Recht nennen, weg. Sie bedenken nicht, daß das Recht ſeiner Natur nach ſtrenge iſt und daß ſich ohne an dieſer ſeiner Natur etwas zu ändern, davon nichts abdingen läßt. Tritt vollends der Fall ein, wo man jene verrufene Regel: „was Dir nicht ſchadet und dem Andern nützt, dazu kann

man dich zwingen", auf Leiſtungen oder Duldungen in foro externo anwenden zu dürfen glaubt, oder handelt es ſich um eine Formverletzung, um die Vernichtung oder Aufrechthaltung eines unförmlichen Rechtsgeſchäfts, ſo denkt der Nichtjuriſt ohnehin nicht daran, was der Kläger rechtlich fordern kann, der Beklagte zu verweigern befugt iſt; die Sache iſt ihm zweifelhaft, er glaubt, ſie werde dem Richter auch ſo erſcheinen, und er wird ſeine Anſicht praktiſch machen, indem er einen Vergleich zu erzielen ſich bemüht, der an die Stelle des eigentlichen Rechts ein nach gefälligen Billigkeitstheorien neu geſchaffenes ſetzt. Dem Beſitzer des Grundſtücks, worüber Sempronius einen Weg ſucht, wird ſo lange zugeſetzt, bis er die Servitut einräumt, weil ſie ihm gerade nichts oder doch nicht viel ſchadet, dem Andern aber nützt, wie wenig dieſer auch ein Recht darauf hat. Und ſo läßt ſich vielleicht der Inteſtaterbe endlich durch die Kunſt der Ueberredung dahin vermögen, daß er dem eingeſetzten Teſtamentserben einen Theil der Erbſchaft verabfolgen läßt, indem es ja unbillig wäre, wenn dieſer gegen die Anſicht des Teſtators (ſie erſcheint vielleicht ſogar als unzweifelhaft) bloß darum nichts bekommen ſollte, weil wegen verletzter Form „nach ſtrengem Recht" das Teſtament nichtig iſt. Nun wäre wohl gegen dieſe Vergleiche, vielmehr Freigebigkeitsäuſſerungen, an ſich ſo viel nicht zu erinnern, man müßte ſie vielmehr für löblich erkennen, wenn nur Dem, der das Recht für ſich hat, deſſen Umfang bekannt oder offen erklärt worden wäre, was freilich vorausſetzt, daß der Vergleichsvermittler ſelbſt wußte, was hier Rechtens war. Es würde dann auch der Nachgebende hinterher nicht vorwenden können, er ſey aus Unkenntniß von dem Umfange ſeines Rechts, oder weil durch ungeſtümes Zureden oder gar durch unerlaubte Mittel ihm ungebührlich zugeſetzt worden, zu der Willensäuſſerung verleitet worden, zu der er ſich aus freier Bewegung nie verſtanden haben würde u. ſ. w. Aber wie oft geſchieht es, daß man nicht ſo offen zu Werke geht? und

was läßt ſich erſt erwarten, wenn Schlauheit und Einfalt, Zudringlichkeit und Nachgiebigkeit, Streitſucht und Friedfertigkeit einander gegenüberſtehen, und der Commiſſarius ſich einmal in den Kopf geſetzt hat, einen Vergleich zu erzielen? Mag immer dieſer es auch noch ſo gut meinen; er befördert in gutem Glauben das Unrecht, weil er den vorliegenden Rechtsfall für kritiſch anſieht, der doch eigentlich es nicht iſt. Zwar iſt man vor einer ſolchen Verirrung auch da nicht überall geſichert, wo den Gerichten das Vermittlungsamt übertragen iſt. Aber dieſe laden doch eine größere Schuld auf ſich, wenn ſie wider klares Recht eine Partei zum Vergleich bereden, da man ihnen die mangelnde Rechtskenntniß billig zurechnet. Was aber die Hauptſache iſt, ſo ſind hier vor Gericht die Parteien in der Lage, daß ſie ſich des Beiſtandes eines Rechtsanwalts bedienen können, welches bei Vergleichscommiſſarien entweder gar nicht oder doch nicht auf gleiche Weiſe ſtattfindet. Auch hat ſchon die erſte Einleitung der Sache in den Rechtsweg den Parteien eine nähere Einſicht in den rechtlichen Gehalt des Streits gewährt, ſo daß alſo anzunehmen iſt, daß ſie in Beziehung auf ihre Zuſtändigkeiten nicht unvorbereitet erſcheinen.

Aus allem, was bisher bemerkt worden, ergibt ſich, wie unentbehrlich dem vom Staate beſtellten Vermittler Rechtskenntniß iſt, und dieß rechtfertigt das erſte Bedenken gegen das däniſche Inſtitut. Dieß mußte ſelbſt der erſte Vertheidiger deſſelben, Rothe[8]), zugeſtehen. „Zu jeder Vergleichs-Commiſſion, ſagt er, ſollte ſelbſt dem Zweck ihrer Einrichtung gemäß wenigſtens Eine Perſon erforderlich ſeyn, welche die Rechte kennt und im gerichtlichen Verfahren Uebung hat, und da es bis jetzt nicht möglich geweſen, dieſe weſentliche

8) In ſeinem, von von d. Becke (oben §. 4 Note 6) angeführten: Beiträgen zur Kenntniß der Vergleichseinrichtung in Dänemark. Kopenhagen 1804. — die ich ſelbſt zu benützen keine Gelegenheit hatte.

Bedingung überall zu beobachten, ſo trägt das Vergleichsinſtitut einen Grundfehler an ſich." — „Einer von den Vermittlern, erinnert auch Paulſen [9]) ſollte ein Rechtsgelehrter ſeyn, theils um ſtreitige Rechtspuncte ſchnell aufzufaſſen, theils um den Ausfall eines gerichtlichen Rechtsſtreits mit einiger Wahrſcheinlichkeit vorausſagen zu können."

§. 17.

II. Auch die Reſultate, die uns von der däniſchen Vergleichsanſtalt in der mehrmals angeführten Abhandlung S. 455 mitgetheilt werden, ſind nicht geeignet, alle Zweifel zu beſchwichtigen.

Vor Einführung des Vergleichsinſtituts waren in 3 Jahren 25521 Prozeſſe, im Durchſchnitt alſo jährlich 8507, bei den Gerichten anhängig, nachher nur 9653, mithin jährlich 3218; die übrigen kamen alſo an die Vergleichscommiſſionen und wurden daſelbſt entweder verglichen oder doch nicht fortgeſetzt. Dreißig Jahre ſpäter, von 1823 bis 1825 veränderte ſich die Sache auffallend, mehr jedoch wie es ſcheint, zur Rechtfertigung der Anſtalt, als eigentlich zum Beſten des gemeinen Wohls, indem die Prozeſſe ungemein ſich vermehrten. Hier wurden nämlich im Durſchnitte jährlich:

26,982 an die Commiſſionen gebracht,
18,202 davon verglichen oder aufgehoben (entſagt),
547 ausgeſetzt,
8144 an die Gerichte gewieſen,
2152 daſelbſt wirklich anhängig gemacht.

Zu gleicher Zeit wurden von den den Gerichten reſervirten Sachen (§. 13) bei dieſen jährlich

6095 angebracht, davon
4590 verglichen oder aufgehoben,
270 ausgeſetzt, und

9) a. a. O. S. 427.

1230 blieben zur rechtlichen Behandlung übrig, so daß also mit den
2152 die von den Vergleichscommissionen an sie gebracht wurden,
3382 in allem bei den Gerichten zur Verhandlung kamen.

Diese Resultate gaben Stoff zu mancherlei Betrachtungen, namentlich zu folgenden:

1) die Prozesse haben sich in neuerer Zeit um das Vierfache vermehrt. Dieß wird theils mit der vermehrten Bevölkerung, theils mit dem vergrößerten Verkehr, theils damit, daß die ältere Zeit für die äußern Lebensbedürfnisse eine sehr glückliche gewesen, so daß z. B. wenige Schuldklagen vorgekommen, zu erklären gesucht. Allein es fehlt auch in Deutschland nicht an Ländern, wo die nämlichen Ursachen gewirkt haben und noch wirken, und doch ist die Verschiedenheit nicht so auffallend. Entweder muß also in Dänemark die Scheu vor der gerichtlichen Hülfe sonst sehr groß gewesen seyn, oder die Streitlust durch die Vergleichscommissionen eher geweckt als unterdrückt worden seyn. Es kann wohl beides gewirkt haben. Wer nur mit großer Beschwerniß vor Gericht zu seinem Rechte gelangen kann, der kann leicht zu dem Entschluß gebracht werden, dieses, wenn es nicht von besonderer Importanz ist, lieber aufzugeben. Wird ihm nun aber Gelegenheit verschafft, wenigstens eine Art von Justiz zu finden, und zwar so billigen Preises, wie vor den Vergleichscommissionen, so wird er freilich lieber diese ergreifen, als seine Sache ganz aufgeben. Auf der anderen Seite kann aber auch eben diese Leichtigkeit, Gehör zu finden, die Folge haben, daß die frivolsten Sachen Gegenstand der rechtlichen Verfolgung oder Vertheidigung werden, weil dabei nichts zu verlieren, wohl aber einem schwachen oder gutherzigen Gegner gegenüber zu gewinnen ist. Rechnet man nun diese durch die solchergestalt begünstigte Streitlust entstandenen Rechtshändel wie billig von jenen an die Vergleichs-

Commiſſionen gebrachten 27tauſend Prozeſſen ab, ſo vermindert ſich um ſoviel das Verdienſtliche der Anſtalt. Denn unter den verglichenen zwei Drittheilen erſcheinen eben auch alle die Streithändel, weßhalb ohne die Bequemlichkeit, auch dafür Gehör zu finden, vielleicht niemals die Gerichte klagend angegangen worden wären. Heißt dieſes aber nicht der Streitſucht, Reizbarkeit und Unzufriedenheit den Weg recht eben und bequem machen, während man doch mit der Vergleichsanſtalt die Menſchen an die entgegengeſetzte Denkungsart gewöhnen will?

2) Von 8144 Prozeſſen, welche die Vergleichscommiſſionen als nicht verglichen in einem Jahr an die Gerichte verwieſen haben, ſind drei Viertheile nicht weiter verfolgt worden. Hievon laſſen ſich nur zweierlei Urſachen annehmen, wovon jedoch die eine ſo wenig als die andere dem Zweck der Rechtspflege zuſagt. Die Kläger ließen nämlich die Sachen liegen, entweder aus Scheu vor den Gerichten (man vergeſſe nicht, daß hier von Fällen aus der neuern Zeit die Rede iſt) oder ſie hielten die aufgegebenen Sachen für ſo wenig des Aufhebens werth, oder zweifelten an der Gerechtigkeit derſelben ſelbſt ſo ſehr, daß ſie Bedenken trugen, ſie in den förmlichen Rechtsweg kommen zu laſſen. Dieß beſtätigt alſo das vorhin Geſagte: die Kläger machten bloß bei den Vergleichscommiſſionen den wohlfeilen Verſuch, ob ſich nicht etwa aus dem friedliebenden oder prozeßſcheuen beklagten Theil etwas herausſchlagen ließe, und da ihre Erwartung nicht eintrat, ſo thaten ſie, was ſie gleich anfangs hätten thun ſollen, ſie ließen ihre Sache liegen. Ob nicht unter jenen 18,282 verglichenen Händeln noch mancher von gleich ſchlechtem Gehalt geweſen ſeyn mag, womit die Kläger in ihrer Speculation ſich eben doch nicht getäuſcht fanden, oder wenigſtens theilweiſe ihren unlautern Zweck erreichten, mag hier dahingeſtellt bleiben.

3) Wenn in den, den Gerichten vorbehaltenen Sachen von jährlich 6094 Streitfällen 4590, alſo beinahe $^4/_5$, ver-

glichen worden ſind, und dieß allein mithin durch die Bemühung der Richter, ſo erſcheint das Verhältniß auf Seiten der Gerichte ſogar noch günſtiger als bei den Vergleichscommiſſionen, und das Vertrauen auf jene hat alſo auch in Dänemark nicht getäuſcht, wie ſehr man ſich bemüht, die Verdienſte derſelben um die gütliche Streitbeilegung aus Vorliebe für das Schooskind der Vergleichsanſtalt in Schatten zu ſtellen.

§. 18.

Was ſonſt noch gegen das fragliche Inſtitut Bedenken erregt, iſt

III. beſonders die große Ausdehnung des Wirkungskreiſes einer V. C. in geographiſcher Hinſicht. Vier Meilen weit zu einer blos vorbereitenden Handlung reiſen zu müſſen, die überdieß der Beklagte nach Belieben vereiteln kann, mag für manchen Kläger nach ſeinem Stand und Beruf, und ſelbſt nach Beſchaffenheit des Streitobjects ſehr beſchwerlich ſeyn, auch wohl koſtſpielig, zumal wenn er in Ermanglung eines andern Bevollmächtigten einen Advocaten wählen muß, um ſich wegen Verhinderung am perſönlichen Erſcheinen vertreten zu laſſen. Für den entfernt wohnenden Handelsmann oder Fabrikanten, der eine Waarenſchuld von geringem Betrage zu fordern hat, und dafür entweder ſein Geſchäft an den Nagel hängen muß, um ſelbſt in Perſon zur Vergleichs-Commiſſion zu reiſen, oder einen Bevollmächtigten aufzuſuchen, dann aber erſt, wenn der Beklagte den Sühneverſuch ausſchlägt, an den Richter ſich zu wenden, während er in allen andern Ländern dieß letztere ſogleich kann, — iſt dieſe Einrichtung doch wohl augenfällig höchſt läſtig, und mag manchen veranlaſſen, ſein Recht lieber ganz aufzugeben, als dieſen Formalitäten ſich zu unterwerfen und den letzten Verdruß ſich ärger zu machen als den erſten.

IV. Die große Ausdehnung der Bezirke, vielmehr, daß

der Kläger ohne Unterſchied der Entfernung von dem Sitze der V. C. wenigſtens durch einen Bevollmächtigten erſcheinen muß, ſcheint aber auch der Wirkſamkeit des Inſtituts ſelbſt nachtheilig zu werden. Gerade ein Sühneverſuch hat das Eigene, daß ſein Gedeihen beſonders durch die perſönliche Gegenwart der Betheiligten bedingt iſt. Der Bevollmächtigte wird entweder eine mangelhafte Inſtruction vorſchützen und durch deren noch zu bewirkende Einholung das Geſchäft verzögern, oder er wird kurzweg den Vergleich ablehnen. Dieſes Bedenken wird auch nicht durch den für das Inſtitut im allgemeinen günſtigen Erfolg beſeitigt, ſo lange nicht dargethan iſt, daß auch mit entfernten und durch Mandatarien vertretenen Parteien die Vergleichsverſuche Fortgang gehabt. Uebrigens hat vielleicht die bemerkte Schwierigkeit zur wohlthätigen Ausgleichung des Mißverhältniſſes zwiſchen den verglichenen und den eigentlich zum Vergleich geeigneten Sachen beigetragen, und dann wäre nur zu bedauern, wenn manche in die Kategorie der letztern gehörige Streitſache dabei zu kurz gekommen ſeyn ſollte.

V. Man rühmt es als „eine große Verbeſſerung des Rechtszuſtandes, daß die Staatsbürger für eine Menge unbedeutender ſtreitiger Verhältniſſe und Rechtsverletzungen, in Anſehung derer ſie die Koſten und Weitläufigkeiten der gerichtlichen Verfolgung geſcheut haben würden, Recht, wenn auch nicht immer vollſtändig, erlangen könnten.“ — Allein wäre es nicht viel zweckmäßiger, wenn für dieſe geringfügigen Sachen eine ſo einfache und, wie ſich von ſelbſt verſteht, auch wohlfeile Juſtiz eingeführt würde, daß es nicht nöthig wäre, um nur nicht in Weitläufigkeiten und Koſten verwickelt zu werden, mit einem halben Recht fürlieb zu nehmen? Dieß einzurichten ſollte man meinen, wäre doch keine ſo gar ſchwierige Aufgabe. Iſt die Bagatellſache übrigens ſonſt zum Vergleich geeignet, — denn auch hier ſoll das klare Recht nicht durch Handeln und Schachern gebeugt

werden — ſo findet eine gütliche Beilegung ja auch vor Gericht recht gute Anwendung [10].)

§. 19.

Der Unvollkommenheit zu weit ausgedehnter Vergleichscommiſſionsbezirke, den daraus entſtehenden Beſchwerlichkeiten für die Rechtſuchenden, beſonders für entfernt wohnende Kläger, der Vermehrung der Koſten und ſomit zu beſorgender Vereitlung des ganzen Zwecks (ſ. Nr. IV.) — dieſer Unvollkommenheit iſt durch eine Einrichtung in Baiern vorgebeugt, wenn ſchon dieſe Einrichtung nur auf Prozeſſe unter Gemeindeglieder beſchränkt, und in ſofern freilich für auſſergerichtliche Beilegung der Mehrzahl der Prozeſſe nicht gehörig geſorgt iſt.

Nach dem baier. Edict über das Gemeindeweſen vom 24. Sept. 1808 und den Verordnungen vom 25. Mai und 20. October 1810 [11]) ſoll bei entſtandenen Streitigkeiten unter Gliedern derſelben Ruralgemeinde vor Betretung des Rechtswegs von der Gemeindeverwaltung die gütliche Vermittlung verſucht, und ehe dieß geſchehen, keine Klage von den Gerichten angenommen werden. Zu dieſem Sühneverſuch, wobei weder ein Advocat noch Procurator zugelaſſen wird, müſſen ſich die Parteien auf Vorladung der Gemeindeobrigkeit perſönlich ſtellen. Der nicht erſcheinende Kläger hat den Nachtheil, daß er ſich dadurch ſelbſt an dem Anbringen ſeiner Klage vor Gericht hindert; der ungehorſame Beklagte wird mit 30 kr. Strafe zur Gemeindecaſſe belegt; im Wiederholungsfall wird angenommen, daß er ſich nicht vergleichen wollte, und es wird, ſo wie im Fall ſonſt der Vergleich nicht zu Stande kommt, dem Kläger von der Ge-

10) Wie das Verfahren in geringfügigen Sachen einzurichten, daß es ſeinem Zweck entſpricht, vergleiche meine Abhandlung in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. VII. Nr. X.

11) Reg.-Blatt 1808 Seite 2438, dann 1810 Seite 441 und 1091.

meindeobrigkeit das Zeugniß des vergeblichen Sühneverſuchs ausgeſtellt, womit er ſeine Klage zu belegen hat. Wenn gleich dieſer Sühneverſuch nur bei Parteien aus der nämlichen Landgemeinde als nothwendig vorgeſchrieben iſt, ſo bleibt doch dem Gemeindevorſteher des Beklagten unbenommen, auf Verlangen eines auswärtigen Klägers gleichwohl eine Vermittlung zu verſuchen, wenn der Beklagte dazu bereit iſt. Es wird bei dieſen Vergleichsverſuchen nichts geſchrieben; ſelbſt der zu Stande gekommene Vergleich braucht nicht zu Papier gebracht zu werden, und geſchieht es dennoch, ſo hat die ſchriftliche Abfaſſung nur die Wirkung einer Privatſcriptur. In wichtigen Sachen ſoll indeſſen der Gemeindevorſtand den Betheiligten anrathen, ſich wegen der förmlichen Inſtrumentirung des zu Stande gekommenen Vergleichs an das Gericht zu wenden. Da das Vermittelungsamt zu den Official-Obliegenheiten der Gemeindeverwaltungen gehört, ſo finden für den Vergleichsverſuch keine Gebühren ſtatt. Uebrigens iſt durch dieſen Verſuch, wie ſich erwarten läßt, nach entſtandenem Prozeſſe die Verwendung der Gerichte erſter Inſtanz für eine gütliche Beilegung nicht nur nicht ausgeſchloſſen, ſondern ſelbige ihnen ſogar zur Pflicht gemacht.

Die Nothwendigkeit des Vergleichsverſuchs bei Streitigkeiten unter den Gliedern einer ländlichen Gemeinde iſt durch ein Geſetz vom 1. Juli 1834, die Reviſion des Gemeinde-Edicts betreffend, auch auf die Glieder der Stadtgemeinden ausgedehnt, und den Magiſtraten das Vermittlungsamt aufgetragen, vorbehaltlich des Rechts der Betheiligten, Mitbürger ihres Vertrauens zu benennen, welche unter der Leitung eines von dem Magiſtrat zu beſtimmenden Commiſſärs gemeinſchaftlich mit demſelben die gütliche Vereinigung zu erwirken ſich beſtreben ſollen.

§. 20.

Da es bis jetzt nicht gewöhnlich war, über die von den

Gemeindebehörden geſtifteten Vergleiche eigene Regiſter zu führen, ſo läßt ſich auch nicht angeben, welchen Einfluß das Inſtitut auf die Verminderung der Prozeſſe gehabt hat. Wenn indeſſen ſchon in dem Kreiſe meiner unmittelbaren Amtserfahrung faſt täglich Klagen (darunter freilich auch in Bagatellſachen, die aber gerade hier für die Kritik der Thätigkeit jener Communalbehörden merkwürdig ſind), ſelbſt zwiſchen Gliedern derſelben Gemeinde angebracht und Prozeſſe eingeleitet werden, in denen es hernach unter meiner oder meiner Amtsgehülfen Mitwirkung, öfters ohne große Mühe zum Vergleiche kommt, und wenn ich nebenbei die geringe Autorität unſerer meiſten ländlichen Gemeindevorſteher gegenüber den Untergebenen derſelben erwäge, ſo kann ich mir keine ſehr große Vorſtellung von dem Erfolg des Inſtituts machen. Alles läßt mich vielmehr vermuthen, daß die allermeiſten Streithändel vor Gericht kommen, und daß die gemeindlichen Vermittler nur einen ſehr kleinen Theil derſelben in Güte beilegen, ſo daß alſo hier an Fractionen, wie ſie die däniſche Anſtalt darſtellt, nicht zu denken iſt. Das kann auch nicht anders ſeyn. Unſere Gemeindevorſteher ſind ehrliche Leute vom Bauern- und Profeſſioniſtenſtande, die von den Gemeindegliedern auf 3 Jahre, und dann wie ſich erwarten läßt, gewöhnlich aus ſolchen Männern gewählt werden, die den Wählenden gefallen, d. h. die ſich keine Autorität über ſie anmaßen wollen und ſonſt wo möglich alles beim Alten laſſen. Deswegen und weil auch das Amt für den uneigennützigen Mann, überhaupt bei ſtrenger Aufſicht von oben nur läſtig und wenig einträglich iſt, wird es in der Regel mehr geflohen als geſucht, und es darf daher nicht befremden, wenn die Zahl derer, die durch Einſichten, Redlichkeit und Uneigennützigkeit, und dabei durch Energie, Gemeinſinn und Eifer für das öffentliche Wohl ſich auszeichnen, nicht groß iſt. Findet ſich auch hie und da ein Mann, der dieſe Eigenſchaften wenigſtens nothdürftig beſitzt, und dem nicht

ſein Hof und ſeine Werkſtatt, was ihm freilich nicht zu verdenken iſt, überall näher am Herzen liegt, als das obrigkeitliche Amt, ſo wird ihm der Dienſt durch Undank, Verdruß und Verfolgung oft ſo ſauer gemacht, daß er Muth und Luſt verliert und mit Sehnſucht ſeiner Erlöſung nach 3 Jahren entgegenſieht. Unter dieſen Umſtänden, die ihrer Art nach auch bei den übrigen Verwaltungsgliedern eintreten, läßt ſich für das Gedeihen eines Inſtituts wenig erwarten, welches neben Eigenſchaften des Geiſtes und Herzens durch ein gewiſſes Anſehen, vor allen aber durch Intereſſe dafür bedingt iſt. Daß auch hier wenigſtens in den Landgemeinden, vielleicht noch mehr als bei den däniſchen Vergleichscommiſſionen, auf Kenntniß des Rechts von vorn herein verzichtet werden muß, würde nicht die letzte Unvollkommenheit ſeyn, wenn nicht die geringen Erfolge hier ohnehin die Beruhigung gewährten, daß man von einem zu weit getriebenen Eifer im Vergleichsſtiften nichts zu beſorgen hat.

§. 21.

Ein eigenes Streitvermittlungsamt iſt durch Anordnung von Schiedsmännern neuerlich auch im Preußiſchen und zwar im Jahr 1827 in der Provinz Preußen, dann durch Kabinetsordre vom 15. Febr. 1834 auch in der preußiſchen Provinz Sachſen eingeführt worden [12]). In Städten, wie auf dem platten Lande wird nämlich in der Regel je für 2000 Seelen der Bevölkerung zur gütlichen Schlichtung ſtreitiger Angelegenheiten aus den Einwohnern des Bezirks ein unbeſcholtener, geachteter und ſelbſtſtändiger Mann, der das 24. Jahr zurückgelegt hat, mit den Geſchäften des bürgerlichen Lebens vertraut iſt, und die Fähigkeit, einen deutlichen ſchriftlichen Aufſatz abzufaſſen, beſitzt, als Schiedsmann gewählt. Die Wahl geht von den Gemeinden aus und der Gewählte

12) Das Amt des Schiedsmannes in den königl. preußiſchen Staaten. Quedlinburg und Leipzig 1835. 8.

wird von dem Landesjuſtiz-Collegium beſtätigt und auf ſein Amt vereidigt. Beſondere Rechtskenntniſſe und die Anſäſſigkeit im Bezirke ſind keine unumgänglich nothwendigen Erforderniſſe zur Uebernahme dieſes Amts. Daſſelbe dauert 3 Jahre und der Gewählte iſt ſchuldig, die Wahl anzunehmen, wenn er nicht Entſchuldigungsgründe anzuführen hat, die geſetzlich von der Uebernahme des Amts eines Vormundes befreien. Weitere geſetzliche Excuſationsgründe ſind: der Dienſt in der Armee, das Amt eines Collegialrathes, eines Dirigenten und Bürgermeiſters in den Städten, eines öffentlichen Caſſenverwalters und eine königl. Domänenpachtung; ferner ein über 60jähriges Alter und das Amt eines ordentlichen öffentlichen Lehrers, ſo wie eines Geiſtlichen, mit deſſen Amt eine Seelſorge verknüpft iſt. Auch Väter von 5 oder mehr noch in ihrer Gewalt befindlichen Kindern oder die eine bedeutende Vormundſchaftsführung auf ſich haben, ſind geſetzlich entſchuldigt. Eben ſo iſt derjenige, der ſchon 3 Jahre das Amt eines Schiedsmannes bekleidet hat, bei einer neuen Wahl nicht verbunden, dieſelbe anzunehmen.

Der Beruf eines Schiedsmannes beſteht darin: Parteien, welche ſich freiwillig zur Schlichtung ihrer ſtreitigen Rechtsangelegenheiten an ihn wenden, anzuhören, ihre gegenſeitigen Anſprüche oder Einwendungen zu prüfen, die vorzulegenden ſchriftlichen Beweiſe nachzuſehen, erforderlichen Falls Augenſchein an Ort und Stelle einzunehmen und ſich zu bemühen, die Parteien über den Grund ihrer Forderungen und Einwendungen zu belehren und eine Vereinigung zwiſchen ihnen zu ſtiften, ſolche, wenn ſie zu Stande kommt, ſchriftlich abzufaſſen, wenn ſie aber nicht gelingt, den Parteien die Ausführung ihrer Rechte vor dem Richter zu überlaſſen. Es ſteht in dem freien Beſchluß beider Theile ſich eines Schiedsmannes zu bedienen; ſie können jedoch zu jeder Zeit entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend (durch Nichterſcheinen im Termin) davon wieder abgehen. Sie können an jeden beliegen Schiedsmann mit ihrem Anliegen ſich wenden und ſind

nicht auf den Schiedsmann des Bezirks, in dem ſie wohnen, beſchränkt. Von dem Amte des Schiedsmannes ſind ausgenommen: Concurs-, Liquidations-, Behandlungs-, (Schuldenarrangements-,) Subhaſtations-, Moratorien-, Wechſel-, Arreſt-, Vormundſchafts-Sachen, Prodigalitäts- und Blödſinnigkeitserklärungen, ingleichen Injurienſachen, ſo weit es auf Feſtſetzung einer Strafe ankommt. Nur die Abſchließung eines Vergleichs, durch welchen die Zahlung einer Geldſumme zu einem milden Zweck beſtimmt werden ſoll, iſt hier dem Schiedsmanne geſtattet. Auch ſolche ſtreitige Angelegenheiten, deren Unterſuchung demſelben zu weitläufig und ſchwierig wird, iſt er von ſich abzulehnen und an den Richter zu weiſen befugt. Die Parteien, die einen Schiedsmann wählen, müſſen beide großjährig und über die Sache, worüber ein Vergleich verſucht werden ſoll, frei zu verfügen befugt ſeyn.

Was das Verfahren vor den Schiedsmännern betrifft, ſo kann die Klage, ſo wie die Entgegnung mündlich oder ſchriftlich, gemeinſchaftlich oder abgeſondert vorgebracht werden. Die Verhandlung erfolgt mündlich in einem Termin, wozu beide Theile beſchieden werden, die in Perſon erſcheinen müſſen, da Bevollmächtigte nicht zugelaſſen werden, Beiſtände aber nur aus dem Stande der Partei und nach dem Befinden des Schiedsmannes. Der Schiedsmann prüft die mit zur Stelle gebrachten ſchriftlichen Beweismittel (Zeugenvernehmungen, Zuziehung von Sachverſtändigen und Eidesleiſtungen finden nicht ſtatt, wohl aber Augenſchein und Beſichtigungen); ſpricht ſeine Meinung darüber aus und macht den Parteien Vergleichsvorſchläge. Dabei muß er ſich aller unſtatthaften Einmiſchung in deren Angelegenheiten enthalten, die Intereſſenten nicht übereilen und bei ſeinen Vorhaltungen und Vorſchlägen ſelbſt den Schein des Zwanges vermeiden; überhaupt durch unpartheiiſche Theilnahme deren Vertrauen zu gewinnen ſuchen.

Litisdenunciationen, Interventionen, Adcitationen und Nominationen finden nicht ſtatt; wenn dergleichen nothwen-

dig werden, so muß die Sache an den Richter verwiesen werden. — Ein zu Stande gekommener Vergleich wird in ein von dem Schiedsmanne zu führendes, gebundenes und paginirtes Protocollbuch eingeschrieben und dieses von den Parteien und ihm unterschrieben. Am Schlusse jeden Jahrs wird ein summarisches Verzeichniß der verhandelten Sachen mit Bemerkung, in welchen ein Vergleich zu Stande gekommen oder nicht, an den Landrath und in den Städten der städtischen Polizeibehörde, von diesen aber dem Landesjustiz-Collegium, unter dessen Oberaufsicht die Schiedsmänner stehen, vorgelegt. Die Vergleiche vor dem Schiedsmann, worüber den Interessenten auf Verlangen Ausfertigungen unter der Unterschrift des Schiedsmannes und mit dem demselben anvertrauten öffentlichen Siegel versiegelt zu ertheilen, sind executorisch vor dem persönlichen Richter, ohne weiteres gerichtliches Verfahren, wenn nicht der Vergleich dunkel oder unvollständig abgefaßt ist.

Das Amt eines Schiedsmanns wird übrigens unentgeldlich verwaltet; nur Copialien und baare Auslagen werden von den Parteien auf der Stelle erstattet. Die Kosten für das allenfallsige Gelaß zur Verwaltung des Amts werden von den Einwohnern des Bezirks bestritten.

Es scheint nicht zweifelhaft, daß unter den bisher recensirten Vergleichsinstituten dieses preußische noch das zweckmäßigste ist.

§. 22.

Die bisherigen Betrachtungen führen zu folgenden Resultaten. Soll ein Streit durch gütliches Uebereinkommen geschlichtet werden, so muß dieses das Product eines mit Ueberlegung gefaßten freien Entschlusses der Betheiligten seyn. Dieser Entschluß kann die Wirkung entweder des erkannten sittlichen Werths der Versöhnlichkeit und Nachgiebigkeit, oder auch der Klugheit seyn, welche die Vortheile und Nachtheile des gegenwärtigen Nachgebens mit denen von der rich-

terlichen Entſcheidung nach den Regeln der Wahrſcheinlichkeit zu erwartenden — alſo das Gewiſſe mit dem Ungewiſſen, jedoch Wahrſcheinlichen, — zuſammenhält und berechnet, oder es können auch beiderlei Beweggründe vereinigt wirken, was wohl gewöhnlich der Fall ſeyn wird. Dieſe Beweggründe können aus eigenem Antriebe der Betheiligten ohne Zuthun eines Dritten wirkſam werden und die Uebereinkunft hervorbringen, die wir Vergleich nennen, ſofern ſie in einem gegenſeitigen, oder Erlaß, wenn ſie nur in einem einſeitigen Nachgeben ſich äuſſert. Dergleichen von fremdem Einfluſſe unabhängige Vereinigung kommt indeſſen ſelten zu Stande, weil die Streitenden gewöhnlich in einer gegenſeitig viel zu ſehr gereitzten Stimmung ſich befinden, als daß eine Annäherung aus eigenem Antriebe ſich erwarten ließe. Ordentlicherweiſe tritt daher die Nothwendigkeit der Verwendung eines Dritten ein, und dieſer kann eine Privatperſon ſeyn, die ſich entweder nach dem Wunſche der Betheiligten oder aus eigenem Antriebe dem verdienſtlichen Geſchäfte der Ausſöhnung unterzieht. Da aber eine ſolche Verwendung an ſich vom Zufall abhängt, ſo hat die Staatsfürſorge für den Fall, daß jene Verwendung nicht eintritt oder wirkungslos geblieben, eine amtliche Behörde beauftragt, und zwar entweder das Gericht, bei welchem der Prozeß anhängig gemacht worden, welches die älteſte Art der öffentlichen Vergleichsmittel iſt, oder — und zwar ſchon vor dem Beginnen des Rechtsſtreits — eine eigens dafür organiſirte Behörde, wie die Vergleichscommiſſionen im Däniſchen und Preußiſchen, oder ſie hat die Function des Sühneamts den Gemeinde-Obrigkeiten übertragen, wie in Baiern geſchehen.

Das Weſen der Thätigkeit eines jeden Vergleichsſtifters beſteht darin, daß er die Beweggründe zur gütlichen Vereinigung in den entzweiten Gemüthern der Streitenden anzuregen und für den Zweck der Streitbeendigung auf friedlichem Wege wirkſam zu machen ſucht. Da er hiebei ſowohl die Forderungen des Sittengeſetzes, als die durch die Beſchaf-

fenheit der Sache dargebotenen Regeln der Klugheit geltend zu machen hat, ſo leuchtet es von ſelbſt ein, daß es ordentlicher Weiſe nicht genug iſt, wenn er bloß das ſittliche Gefühl für die Tugend der Verſöhnlichkeit und Nachgiebigkeit in Anſpruch nimmt, weniger alſo auf das Erkenntnißvermögen als auf das Gemüth der Partheien einzuwirken ſucht. Dadurch oder durch ungemeſſene Anwendung der bedenklichen Kunſt zu überreden, könnte er leicht das Vertrauen der Betheiligten zu ſeiner Unpartheilichkeit verſcherzen, das für das Gelingen ſeines Werks ſo unentbehrlich iſt. Ein partheiiſcher Richter kann wenigſtens formell ſeinen Zweck erreichen, nicht ſo ein partheiiſcher Vermittler, der ohne die Weitläufigkeiten einer Perhorreſcenz ſogleich unſchädlich gemacht werden kann, da keine Partei gezwungen iſt, einen Vergleich anzunehmen, während ſie ein Urtheil nicht ablehnen kann.

Aber mit dem gleich durchgehenden, unpartheiiſchen Wohlwollen des Vermittlers allein wird der Zweck nicht erreicht. Er ſoll mit Gründen aus der Sache ſelbſt die Streitenden zur Nachgiebigkeit bewegen, und dazu iſt erforderlich, 1) daß er von den factiſchen Verhältniſſen des Streits genaue Kenntniß ſich verſchafft, 2) daß er die Rechtsgründe für und wider die Intention der Partheien erkenne und zu würdigen verſtehe, daher, ob aus den angeführten Thatſachen das angriffs- oder vertheidigungsweiſe Behauptete rechtlich folge, einzuſehen, mithin über den Ausgang des Prozeſſes nach deſſen jetzigem Stand ein Urtheil nach den Regeln der Wahrſcheinlichkeit zu fällen im Stande ſey.

Beide Erforderniſſe ſind von der Art, daß ihnen gehörig zu genügen nur von Rechtsverſtändigen, und da dafür weder die Mehrzahl der Vergleichscommiſſarien nach däniſchem Typus, noch die preußiſchen Schiedsmänner, noch unſere wenigſtens ländlichen Gemeindebeamten gelten können, wohl aber die Gerichte, nur von dieſen ſich erwarten läßt.

Was die Kenntniß des Factums betrifft, ſo iſt hier

nicht von einer ſolchen die Rede, die im Fall widerſprechender Angaben durch Beweisaufnahme erlangt wird; denn bis dahin es erſt kommen zu laſſen, ehe der Sühneverſuch angeſtellt wird, würde deſſen Zweck größtentheils vereiteln. Es bedarf jedoch deſſen auch nicht; es genügt ſchon zu wiſſen, was in facto zugeſtanden und noch ſtreitig, was hievon relevant iſt, und wie es im Allgemeinen mit den in Vorſchlag zu bringenden Beweismitteln ſich verhält. Aber die Relevanz einer Thatſache und der dafür zu gebrauchenden Beweismittel zu beurtheilen ſetzt Rechtskenntniß voraus. Noch ſichtbarer tritt dieſes in Anſehung des zweiten Erforderniſſes oder der Subſumtion der Thatumſtände unter die einſchlagenden Rechtsſätze hervor. Denn wenn dies gleich eigentlich und zunächſt Aufgabe des entſcheidenden Richters iſt, ſo iſt doch auch der Vergleichsvermittler davon nicht zu dispenſiren, ſoll anders ſein Werk nicht regellos ſeyn, und den von ihm erzielten Vergleich nicht etwa der Vorwurf treffen, daß ſtatt über ein ungewiſſes über ein unbezweifeltes Recht ſich verglichen worden. So kommen wir denn immer wieder dahin zurück, wo unſere Vorfahren waren, nämlich zur Ueberzeugung, daß der Vergleichsverſuch nur allein in die Hände der Gerichte zweckmäßig gelegt ſey. Wenigſtens wird man jeden Falls zugeben müſſen, daß ein auſſergerichtlicher dergleichen Verſuch den gerichtlichen nicht entbehrlich mache.

XVI.

Ueber die Ergebniſſe der legislativen Thätigkeit in Bezug auf Civilprozeßgeſetzgebung und Gerichtsorganiſation ſeit 1834

von

Mittermaier.

Wir glauben den Wünſchen unſerer Leſer zu entſprechen, wenn wir, indem wir an unſere, die Jahre 1830—1833 umfaſſende Darſtellung [1]) anknüpfen, ſie mit den Fortſchritten der Legislation bekannt machen, welche in den verſchiedenen Ländern in Bezug auf Civilprozeßgeſetzgebung und Gerichtsorganiſation ſeit 1834 der allgemeinen Aufmerkſamkeit würdig ſind. Wenn auch in manchen Ländern die Fortſchritte nur ſparſam vorkommen und nur einzelne Puncte betreffen, ſo freut ſich dennoch der Freund der Fortſchritte der Geſittung auch über die ſcheinbar oft geringe Ausbeute, weil er die Schwierigkeit vollſtändiger, das bisherige völlig umgeſtaltender Geſetzbücher und die Gefahren übereilter legislativer Experimente erkennt, und weiß, daß das wahre Gute nur langſam reift, und daß ſchon viel gewonnen iſt, wenn auch nur wenigſtens die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Umgeſtaltung ausgeſprochen, und der erſte Schritt zur Verbeſſerung geſchehen iſt. Es iſt nicht zu verkennen, daß ſeit den letzten drei Jahren die Richtung der Legislation von den in den Jahren 1830—1833 bemerkbar gewordenen legislativen Beſtrebungen ſehr verſchieden iſt. Man geht mit einer Aengſtlichkeit vor neuen Geſetzbüchern zu Werke, die früher nicht bemerkbar war; man warnt vor Neuerungen, und vor Allem ſcheinen die Forderungen der Oeffentlichkeit

1) S. in dieſem Archive Bd. XVII nro. V. XI. u. Bd. XVIII. nro. VI.

und Mündlichkeit Schreckensworte zu ſeyn, ſo daß an die Realiſirung dieſer Ideen für die nächſte Zeit kaum gedacht werden kann. Wir irren nicht, wenn wir dieſe Erſcheinung, welche es erklärbar macht, daß man z. B. in manchen Ländern Entwürfe, die von der Regierung ausgegangen und auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut waren, jetzt ganz aufgiebt — zum großen Theile auf Rechnung der politiſchen Verhältniſſe ſchreiben, in welchen, begreiflich durch die in Folge der 1830 eingetretenen politiſchen Aufregung entſtandenen Ereigniſſe — der Gemüther der Männer, welche auf die Geſetzgebung einwirken ein Mißtrauen und eine Angſt vor den Gefahren der Oeffentlichkeit ſich bemächtigte. — Damit verband ſich, oft aus den beſten Abſichten eine Beſorgniß, neue, den bisherigen deutſchen Inſtituten unbekannte Einrichtungen in das Leben zu rufen, hinter denen man politiſche Gefahren witterte, während man beſorgte, daß durch dieſe neue Inſtitutionen das Alte zu ſehr aus ſeinen Fugen geriſſen würde. Auf dieſe Art iſt nicht zu erwarten, daß aus der neueſten Zeit neue Geſetzgebungen, die im Civilprozeſſe den Grundſätzen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit huldigten, in Deutſchland angeführt werden können. Wer das Weſen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit und vorzüglich die Hauptbedeutung kennt, daß dadurch vollſtändiger, klarer und ſicherer die Materialien des Streits den urtheilenden Richtern vorgelegt werden, als dies bei dem ſchriftlichen Verfahren durch die Relationen bewirkt wird, wer es weiß, wie z. B. im Großherzogthum Baden ſeit 1832, wo die Prozeßordnung bei den Obergerichten Oeffentlichkeit und Mündlichkeit eingeführt hat, die Zahl der Anfangs mit Vorurtheilen gegen die neue Einrichtung erfüllten Praktiker täglich abnimmt und die Gegner in lauter Freunde der neuen Verhandlungsweiſe ſich verwandeln, wer endlich aus Erfahrung und durch Vergleichung der Statiſtik der Rechtspflege die Vortheile kennt, welche in Bezug auf die ſchnellere Beendigung der Prozeſſe nach der auf Oeffentlichkeit und Münd-

lichkeit gebauten Gesetzgebung gewonnen werden, beklagt es, daß diejenigen, die über den Werth und die Erfahrung der neuen Prozeßformen zu urtheilen haben, noch so sehr von grundlosen Vorurtheilen befangen sind, und einseitigen Darstellungen von Schriftstellern trauen, die nie aus Erfahrung in ihrer Anwendung in der Rechtspflege die Formen kennen gelernt haben, über welche sie den Stab brechen. Wir ehren selbst da, wo wir sie für grundlos erkennen, die Besorgnisse der Gesetzgeber vor einem übereilten Austausch des Bestehenden, das man einer Verbesserung für fähig hält, gegen eine neue Einrichtung, von deren Vortheilen man sich nicht überzeugt; wir freuen uns selbst darüber, daß, wenn ein Gesetzgeber sich nicht zur gründlichen und durchgreifenden Umgestaltung der Gerichts- und Prozeßeinrichtungen verstehen kann — er nicht mit halben Maaßregeln und mit einer Mischung alter und neuer Formen sich begnügt, bei welcher weder die Vortheile des Neuen noch die des Alten zu erreichen sind, und wo bald die Erfahrung die Nothwendigkeit lehrt, das ephemere legislative Product aufzugeben. Auch wir glauben, daß im Fache der Gesetzgebung ein Anschließen an die bisherigen Einrichtungen, an welche sich die Rechtsübung und selbst die Wissenschaft anknüpfen, am zweckmäßigsten ist, so lange der Gesetzgeber nicht überzeugt ist, daß das bisherige so fehlerhaft sey, daß auch durch theilweises Verbessern und Flicken nicht geholfen werden kann, und eine völlig neue Grundlage nothwendig wird; darum verweilen wir gern wenigstens bei einzelnen legislativen Erscheinungen, in welchen die Richtung erkennbar ist, die Grundlage des deutschen Prozesses beizubehalten und durch Entfernung von Mißbräuchen und gewissen im Laufe der Zeit eingeschlichenen Fehlern oder durch Einführung von Formen, die auf größere Schnelligkeit des Verfahrens berechnet sind, oder durch Abschneidung von Controversen das Verfahren zu verbessern. [2])

2) Ueber den Werth einzelner Verbesserungen an einer bestehenden Gesetzgebung s. Puchta in Linde's und Marezolls Zeitschrift IX. Bd. 1 Heft. Nro. 2.

§. 1.

Neue Civilprozeßgeſetzbücher.

Von neuen Geſetzbüchern über Civilprozeß, die auf dem Prinzip der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit beruhen, muß vorerſt das päbſtliche Geſetzbuch für den Kirchenſtaat und das Geſetzbuch für das Königreich Griechenland genannt werden; das erſte bildet den dritten Theil des im J. 1834 ergangenen Geſetzbuchs [3]). Man bemerkt leicht, daß bei der Abfaſſung des Geſetzbuchs der franzöſiſche Code de proc., der bekanntlich längere Zeit unter der Herrſchaft der Franzoſen in Rom galt, den Redactoren vorſchwebte, ſo daß oft wörtliche Beſtimmungen aus dem Code de proc. ſich finden; allein überall ſuchten die Bearbeiter des Geſetzbuchs auch die früher in den römiſchen Gerichtshöfen üblichen Formen und Einrichtungen mit den neuen Formen zu verbinden, ſo daß das Geſetzbuch manche im franzöſiſchen Prozeſſe gar nicht oder anders beſtimmte Einrichtungen kennt, z. B. im Concursprozeß, im poſſeſſoriſchen Verfahren. In Bezug auf das Verfahren vor den Tribunalen erſter Inſtanz kennt das Geſetzbuch eine doppelte Prozedur (Tit. V. §. 537) eine ordentliche und eine ſummariſche; die letzte tritt bei den Bezirksgerichten nach Art. 538 in 12 Fällen ein, z. B. in allen Gegenſtänden, wo es auf Erfüllung von Verpflichtungen aus öffentlichen oder Privaturkunden oder eines erweislich von dem Schuldner gemachten Zugeſtändniſſes ankömmt, ferner in Prozeſſen über Erfüllung teſtamentariſcher Verfügungen, die gegen den Erben eingeklagt werden, der die Erbſchaft angetreten hat, in Prozeſſen über Reſtitution deponirter Sachen bei poſſeſſoriſchen Interdikten, in ſofern ſie nicht zu den Klagen über jüngſten Beſitz gehören, und nicht von ei-

3) Regolamento legislativo e giudiziario durch motu proprio vom 10. Nov. 1834. — Ueber dieſe Geſetzgebung ſ. Arndts in der Zeitſchrift für ausländiſche Geſetzg. und Rechtswiſſenſchaft Bd. VIII. S. 251.

nem ſtreitigen Rechtstitel abhangen; Sachen der novi operis nunciatio, Handelsſtreitigkeiten u. A. — Im ordentlichen Prozeſſe erfolgt ähnlich wie im franzöſiſchen vorerſt die Beſtellung der Anwälde (541). In der erſten Sitzung, in welche die thätigere Parthei die andere laden läßt, wird verhandelt und entſchieden über die Beſchaffenheit der Sache (ob ſie zum ordentlichen oder zum ſummariſchen Verfahren gehört) über die Eigenſchaften der Partheien und die Legitimation der Perſonen (551). Erſcheint der beſtellte Anwalt des Beklagten nicht in der Sitzung, oder iſt gar kein Anwalt beſtellt, ſo droht der Richter auf Anklage des Anwalts des Klägers die contumacia und giebt eine nochmalige Friſt zur Erſcheinung, und wenn der Beklagte auch noch jetzt ungehorſam iſt, ſo wird nach dem Antrage des Klägers ein Contumacialerkenntniß erlaſſen, quando la dimanda si riconosca giusta e verificata. Erſcheint der beſtellte Anwalt des Klägers oder des Beklagten nicht in der Sitzung ſo giebt das Gericht noch eine neue kurze Friſt. Im ordentlichen Verfahren wird die Sache auf die Rolle geſetzt. Vor der Sitzung muß jede Parthei ihre Anſprüche in einer vom Advokaten unterzeichneten, dem Gerichte eingereichten Schrift ausführen (569), mit Beifügung der Abſchriften der Urkunden, worauf ſie ſich beruft. Die Gerichtsmitglieder bekommen davon Abſchriften. Die mündlich öffentliche Verhandlung beginnt dann mit der Vorleſung einer gedrängten, Thatſachen, Hauptgründe und Geſuch des Klägers angebenden Schrift, worauf der Anwald mündlich die Sache auseinanderſetzt. Auf die nämliche Art trägt der Anwalt des Beklagten eine kurze Exceptionsſchrift vor und begründet ſeine Anträge mündlich. Dieſe Schriften werden dem Gerichtsſchreiber übergeben. Der Präſident geſtattet zu repliziren und zu dupliziren (576). Nach geendigter Discuſſion zieht ſich das Gericht zurück, und publizirt ſogleich ſeine Anſicht (opinamento) oder vertagt dieſen Ausſpruch. Dieſe Anſicht (wohl eine Art Urtheilsentwurf) wird

ſchriftlich den Anwälten mitgetheilt, welche in einer Friſt von 20 Tagen die in dem opinamento aufgeſtellten Gründe widerlegen können (Art. 581). Die Widerlegung wird ſchriftlich bei Gericht deponirt; in einer neuen Gerichtsſitzung können die Advokaten ſtatt der ſchriftlichen Widerlegung mündlich die Motive des opinamento widerlegen oder mündliche Zuſätze machen, worauf das Gericht das wirkliche Urtheil fällt. In Bezug auf die Interlokute iſt verordnet (593), daß ſie nicht unabänderlich ſind, daß vielmehr die Partheien fordern können, daß ohne Rückſicht auf das Interlokut das Gericht zur Definitivſentenz ſchreite; hat die Vollſtreckung des Interlokuts einmal begonnen, ſo können die Partheien es nicht mehr umſtoßen; allein das Interlokut ſoll nie der Definitivſentenz über die Hauptſache präjudiziren und das Gericht iſt an das Interlokut nicht gebunden, ausgenommen wenn in einem Interlokut ein Eid aufgelegt und derſelbe geleiſtet oder zurückgeſchoben iſt. Weitläufig handelt das Geſetzbuch von dem Beweiſe (Titel VI); dem Code de proc. iſt größtentheils gefolgt, nur iſt mehreres über die Beweiskraft ſelbſt hereingezogen, auch finden ſich überall merkwürdige Abweichungen vom franzöſ. R., z. B. (§. 623) über die allgemeine Zuläſſigkeit des Zeugenbeweiſes; (im Cap. IV. §. 688) über den Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß, über Beweis durch Sachverſtändige, wo das Geſetz (688) vorſchreibt, daß immer drei Sachverſtändige vorhanden ſeyn müſſen, ausgenommen, wenn die Partheien übereinkommen, daß nur ein Sachverſtändiger entſcheiden ſoll, oder wenn das Gericht wegen beſonderer Umſtände, z. B. beſonders nothwendiger Schnelligkeit die Ausſage eines S. V. für genügend hält (689). Vorſchriften über Beweis durch Sachverſtändige in §. 689—720. Das Gericht kann auch ex officio Sachverſtändige zu einem Augenſchein abordnen. (728) Abtheilg. V beſtimmt den Beweis durch posizioni oder Fragſtücke; in jeder Lage des Streits kann eine Parthie ſolche Poſitionen ſtellen; die befragte Parthei muß perſönlich, jedoch

in Abweſenheit des Ponenten antworten und zwar eidlich (741, 747). Der Schiedseid iſt ſehr begünſtigt und kann in jeder Lage des Streits und auch gegen die beſchwornen Erklärungen einer Parthei zugeſchoben werden (749). Die Zurückſchiebung iſt allgemein geſtattet. Gewiſſensvertretung kömmt nicht vor [4]).

Auch das Civilprozeßgeſetzbuch für das Königreich Griechenland beruht auf einer Miſchung des mündlichen Verfahrens mit dem ſchriftlichen, und zwar bemerkt man leicht, daß den Redactoren der häufig wörtlich kopirte franz. Code de proc. vorſchwebte, und bei dem ſchriftlichen Verfahren, das man vorſchrieb, die in Baiern 1827 und 1831 den Kammern vorgelegten, aber nicht zur Discuſſion gekommenen Entwürfe zum Grunde gelegt wurden. — Das Geſetzbuch (aus 1101 Art. beſtehend) gleicht weit mehr einem deutſchem Geſetzbuche, wo die Begriffe z. B. von Legitimation zur Sache (§. 68), Adcitation (69), Streitgenoſſenſchaft (70) angeführt werden. Auch fehlt es nicht an Definitionen die das Geſetzbuch aus dem bair. Entwurf von 1831 entlehnte, bei welchen aber wegen der Unbeſtimmtheit des Begriffs der Richter nicht klüger wird, z. B. was Gemeindekundig, Gerichtskundig. (Griech. Geſetz. Art. 276. 7. vergl. mit bair. Entw. 212.) [5]). Ehe eine Sache vor dem Kollegialgericht erſter Inſtanz angebracht werden kann, muß bei dem Friedensrichter der Vergleich verſucht werden (531 mit einigen Ausnahmen). Der Kläger überreicht dann eine auf die Weiſe, wie der deutſche Prozeß es verlangt, gearbeitete Klagſchrift (553). Auch giebt der Kläger ſchon einen Termin zur Antwort des Beklagten an, und wenn dieſe Beſtimmung fehlt, ſo hat der Beklagte binnen 10 Tagen

4) Eine nähere Darſtellung der übrigen Theile dieſes Geſetzbuchs ſ. von Arndts, in der Zeitſchrift für ausländiſche Geſetzg. u. Rechtswiſſenſch. Bd. IX. Nro. 3.

5) Was ſoll damit gewommen werden, wenn dieſe Geſetze gemeinkündig dasjenige nennen, was dergeſtalt allgemein bekannt iſt, daß kein vernünftiger Grund, daſſelbe zu bezweifeln, vorliegt.

zu antworten (540). Die Vertheidigungsſchrift des Beklagten ſoll nach §. 543 alle dilatoriſchen und peremtor. Einreden, die Einlaſſung auf die Klage, Widerklage enthalten, allein nach §. 544 kann dies Alles in der erſten Audienz noch vorgebracht oder rectificirt werden [6]), nur fallen dann die dadurch veranlaßten Koſten dem Beklagten zur Laſt. Die Vertheidigungsſchrift wird in Abſchrift, (ohne Dazwiſchenkunft des Gerichts) dem Kläger durch den Gerichtsboten, alſo auf die franzöſiſche Weiſe mitgetheilt; wenn keine Antwort erfolgt, ſo kann der Beklagte nach Ablauf der Friſt die Sache auf die Audienzrolle ſetzen laſſen, was auch der Kläger nach dem Empfange der Vertheidigungsſchrift thun kann; er kann aber auch ſchriftlich binnen 8 Tagen in einer Replikſchrift antworten (567. 8). In der Audienz (das Geſetz nimmt hier (§. 570 — 8) manche im franzöſ. Geſetz nicht vorkommende, aber in der franz. Praxis rezipirte oder durch beſondere Geſetze ſanctionirte Beſtimmungen auf) beginnt jede Parthei mit Vorleſung eines ſchriftlichen (es ſind dies die franzöſ. conclusions) Begehrens, das ſie 24 Stunden zuvor bei Gericht deponirt hat. Die Parthei ſetzt mündlich ihre Gründe auseinander und der Gegner antwortet eben ſo. Das Geſetz (589) bezeichnet, in welcher Ordnung die Einreden verhandelt werden ſollen. Ueber jede Einrede wird einzeln verhandelt. Die Verweigerung einer beſtimmten ſpeciellen Einlaſſung in der Audienz gilt als Bejahung (585); bleibt der Beklagte ungehorſam aus, und hatte er keine Vertheidigungsſchrift zuſtellen laſſen, ſo wird der Kläger nur dann mit ſeiner Klage abgewieſen, wenn dieſelbe in Rechten ungegründet oder gegen ihn eine Einrede von Amtswegen geltend zu machen iſt. In jedem andern Falle werden dem Kläger ſeine Anträge gegen den Ausgebliebenen zugeſprochen. Wurde eine Vertheidi-

6) Man ſieht, daß durch dieſen Zuſatz der ganze Vortheil, den man durch eine ſchriftliche vollſtändige Grundlage gewinnen könnte, wieder verloren geht.

gungsſchrift zugeſtellt, ſo iſt der in der Audienz ausgebliebene Beklagte nur dann zu verurtheilen, wenn er im Vorverfahren keine erwieſene oder keine in Rechten begründeten Einreden oder Widerklagen vorgebracht hat; daher ſoll, wenn der Kläger geſprochen hat, die Vertheidigungsſchrift vom Gerichtsſchreiber vorgeleſen und der Kläger dann zur Replik zugelaſſen werden (595) [7]). Wenn das Gericht eine Sache ſo ſchwierig hält, daß dieſelbe auf mündliche Verhandlung nicht entſchieden werden kann, ſo wird ſchriftliches Verfahren angeordnet (611), und ein Berichterſtatter aufgeſtellt; jede Partei hat dann ſchriftliche Ausführungen einzureichen, worauf der Berichterſtatter einen status causae bearbeitet und in der Audienz vorlieſt, und die Parteien dann wieder mündlich ihre Bemerkungen vortragen können (616) [8]). — Das Geſetzbuch enthält weitläufige Beſtimmungen über das Beweisverfahren (in Cap. XI von 244 an) die vielfach aus dem bair. Entwurfe entlehnt ſind. Ueber die Beweisantizipation, zu der auſſer dem Schriftenbeweis keine Partei verpflichtet iſt, enthält das Geſetz (250) die Beſtimmung, daß ein Mißgriff des Antizipanten den Richter und die Parteien nicht bindet; daher auch der Richter das Beweisthema oder die Beweislaſt anders beſtimmen kann. Nach §. 256 ſind die Gerichte an keine geſetzliche Beweistheorie gebunden, ſondern entſcheiden blos nach ihrer Ueberzeugung und der Stimme ihres Gewiſſens und nach der aus den Verhandlungen geſchöpften unpartheiiſchen Anſicht über die Wahrheit der Thatſachen. Das Geſetz (257) läßt auch einen (dem franz. Code unbekannten) Beweis zum ewigen Gedächtniß zu, und ſpricht auch (271) von einem

7) Man ſieht hier klar, wie die Miſchungsverſuche nachtheilig wirken; denn hier iſt auf das ſchriftliche Verfahren eben ſo Werth gelegt, wie im gemeinen Rechte, während das Geſetzbuch doch im Ganzen dem Grundſatze der Mündlichkeit huldigt und auf die franz. Prinzipien gebaut iſt.

8) Man ſieht leicht daraus daß in der Regel ein wiederholtes Plädiren entſtehen wird.

Geſtändniſſe zum ewigen Gedächtniſſe. — Ueberall bemerkt man das Streben, mündliches (franzöſiſches) und ſchriftliches Verfahren (baieriſches) nach dem Vorbilde des bair. Entwurfs zu verbinden. Daß dadurch der Prozeß an Einfachheit und Schnelligkeit gewonnen habe, dürfte wohl ſehr bezweifelt werden, obwohl man unpartheiiſch erkennen muß, daß das Geſetzbuch manche weſentliche Verbeſſerungen des franz. Code in einzelnen Beſtimmungen enthält, und in ſo fern wohl Beachtung verdient.

Ein anderes neues Civilgeſetzbuch, das zwar nicht als Muſter der Legislation, aber doch der Vollſtändigkeit und mancher Eigenthümlichkeiten wegen Anführung verdient, iſt das Geſetzbuch von Haiti [9]). Es iſt (das Ganze beſteht aus 963 Artikeln) dem franz. Code de proc. nicht blos in Bezug auf Anordnung, ſondern auch auf das Detail der Vorſchriften nachgebildet; eine genauere Angabe des Inhalts in dieſem Aufſatze würde unpaſſend ſeyn, da wir ſonſt nur den franz. Code de proc. abſchreiben müßten. Eine Art von Civilprozeßgeſetzbuch enthält das organiſche Geſetz v. 30. März 1835, des ſchweizeriſchen Canton Schwyz [10]), für die Bezirksgerichte, worin mehrere Beſtimmungen des Verfahrens enthalten ſind. Im Canton St. Gallen iſt 1835 der aus 447 §§. beſtehende Entwurf einer Civilprozeßordnung dem großen Rathe vorgelegt, aber von dieſem nicht genehmigt worden, da das vorgeſchriebene Verfahren zu weitläufig und die Vorſchriften ſelbſt nicht klar genug waren.

§. II.

Geſetze, welche die Grundlagen des gemeinen deutſchen Prozeſſes beibehalten, und nur Verbeſſerungen deſſelben bezwecken.

In die Claſſe dieſer legislativen Erſcheinungen gehören vorerſt die Geſetze, welche zunächſt nur auf die Organiſa-

9) Code de procédure Civile. Port au Prince, publizirt am 9. Juli 1835.
10) Organiſche Geſetze des eidgen. Standes Schwyz. 1835 S. 43 ꝛc.

tion und den Geschäftsgang der höchsten Gerichtshöfe sich beziehen, aber zugleich theils prozessualische Vorschriften überhaupt enthalten, theils das Verfahren bei Rechtsmitteln genauer reguliren und gemeinrechtliche Controversen abschneiden. Wir rechnen hierher die königl. dänische Verfügung vom 15. Mai 1834, die prov. Gerichtsordnung für dies Oberappellationsgericht in Kiel betreffend. Merkwürdig sind in jener Verfügung die Bestimmungen (§. 77), daß die Nichtigkeitsbeschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel nur stattfinden kann, wenn in der Person des Richters, oder der Partheien, oder hinsichtlich des Verfahrens ein wesentlicher Mangel stattgefunden hat, (also nicht mehr wegen der sogenannten Nichtigkeit contra jus in thesi). Nach §. 94 muß das ordentliche Rechtsmittel bei dem Gerichte, dessen Erkenntniß angefochten wird, eingelegt werden. Das Untergericht darf nach §. 94 nur dann erklären, daß dem Rechtsmittel nicht deferirt werde, wenn die Unstatthaftigkeit desselben nach den gesetzlichen Vorschriften auf der Stelle klar ist. Wenn die Einführungsschrift bei dem obersten Gerichte eingebracht ist (99), so kann eine, das Erkenntniß der vorigen Instanz abändernde Verfügung niemals ohne vorgängige Vernehmung des Gegners erlassen werden (§. 101); wird aber gefunden, daß das Rechtsmittel wegen Versäumung der Formalien nicht devolvirt ist, so kann ohne diese Vernehmung das Rechtsmittel verworfen werden. Merkwürdig ist, daß nach §. 105 in der Berufungsinstanz neue Thatsachen oder neue, durch den Ablauf des Beweistermins in erster Instanz präkludirte Beweismittel nicht vorgebracht werden dürfen. Nach §. 109 muß in allen Fällen, wenn das Oberappellationsgericht das Erkenntniß gefällt hat, die Sache zur Vollstreckung und zum weiteren Verfahren an die erste Instanz zurückverwiesen werden. Für die Anbringung der Nichtigkeitsbeschwerde giebt §. 116 eine Frist von 3 Monaten, gerechnet von der Publikation des Urtheils an, und wenn der Grund der Nichtigkeit erst später dem Imploranten bekannt wurde, vom Zeit-

puncte an, wo er die Kenntniß davon erhielt; nach 5 Jahren vom Erkenntniß an gerechnet, findet gar keine Nichtigkeitsbeſchwerde mehr Statt. Im Zuſammenhang damit ſteht die königl. Verordnung vom 15. Mai 1834 für Schleswig und Holſtein über die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. Geſuche um W. E. wegen verſäumter Nothfriſten, peremtoriſcher Termine, oder präjudizieller Prozeßformen, oder wegen unterbliebener Angabe auf ein Proklam finden nur ſtatt, wenn der Impetrant durch das Verſäumniß einen materiellen Rechtsnachtheil erlitten hat, und zwar aus einer entſchuldbaren Urſache, wenn ferner kein Rechtsmittel auſſer der Reſtitution zur Abwendung des Nachtheils zu Gebot ſteht, und wenn durch die Ertheilung der Reſtitution nur der formelle Rechtsſtand, wie er vor dem Verſäumniß ſtattgefunden hat, hergeſtellt wird. Ein materieller Rechtsnachtheil iſt nach §. 5 dann anzunehmen, wenn der Impetrant durch das Verſäumniß Rechtsmittel, Beweismittel oder das vollſtändige gerichtliche Gehör verlieren würde, worauf er nach den Geſetzen ein Recht hatte, und wenn nicht zugleich als rechtlich gewiß vorliegt, daß durch das gerichtliche Gehör oder durch Ergreifung eines Rechtsmittels kein günſtigeres Reſultat für den Impetranten herbeigeführt werden kann. Nach §. 6 iſt das Verſäumniß des Advokaten oder Procurators der Parthei nicht als Verſchulden anzurechnen, und begründet vielmehr Reſtitution. Wenn die Parthei im Beweisverfahren nach abgelaufener Friſt zur Antretung des Beweiſes oder Gegenbeweiſes ſich neuer Beweismittel bedienen will, die ſie vor Ablauf der Beweisfriſt entweder nicht gekannt hat, oder deren ſie nicht habhaft werden konnte, ſo iſt der Fall eines unverſchuldet erlittenen Rechtsnachtheils vorhanden. Wenn der entſtandene Nachtheil durch eine Widerklage gehoben werden kann, und zwar ohne daß die Prozeßkoſten dabei zu berückſichtigen ſind, ſo iſt keine Wiedereinſetzung zu bewilligen (§ 9). Das Verfahren iſt umſtändlich in §. 12 — 20 beſtimmt. — Die

W. E. gegen Entscheidungen die nach verhandelter Sache ergangen sind, ist nur zulässig, wenn die Parthei neue, ihr bisher unbekannt gebliebene Beweisthümer aufgefunden oder neue Thatsachen kennen gelernt hat, durch die sie ihr mittelst gerichtlichen Erkenntnisses verlornes Recht begründen kann, durch das Erkenntniß aber gehindert ist, dasselbe zu verfolgen (§. 21). Das Gesuch findet nur statt binnen 6 Wochen nach aufgefundenen Beweismitteln und der Impetrant muß bei Verlust der Ehre und des guten Leumunds versichern, daß er früher keine Kenntniß von den Thatsachen gehabt habe (§. 23). Nach Ablauf von 5 Jahren von dem Tage der Eröffnung des Urtheils an gerechnet, findet keine W. E. statt. — Wird aber die W. E. zum Behuf des Gebrauchs von Untersuchungsprotokollen und der Wirksamkeit solcher neu aufgefundener oder bekannt gewordener Beweismittel nachgesucht, aus denen sich ergiebt, daß das Erkenntniß auf Aussagen bestochener falscher Zeugen oder auf dem Inhalte falscher Documente oder auf einem Meineide (zugeschobenen oder nothwendigen) beruhe, so ist das Gesuch weder an die Frist von 6 Wochen gebunden, noch durch den Ablauf der 5 Jahre ausgeschlossen. — Das Verfahren ist in §. 25 — 28 regulirt.

Hierher gehört auch die Oberappellations-Gerichtsordnung von Wolfenbüttel vom 16. Sept. 1835 [11]). Von den darin vorkommenden Bestimmungen heben wir folgende hervor. Nach §. 62 hat die Nichtigkeitsbeschwerde statt wegen wesentlicher Mängel im Prozesse, nämlich in Hinsicht des Gerichts, der Partheien und des Verfahrens, oder wenn gegen klare Gesetze erkannt ist. Die Berufung an das Oberappellationsgericht muß nach §. 64 bei dem Obergerichte, gegen dessen Urtheil appellirt wird, eingelegt werden; die Rechtfertigungsschrift wird bei dem Oberappellationsgericht eingebracht (72). Das Gericht kann ohne Vernehmung des

11) Gesetz- und Verordnungs-Sammlung von Braunschweig 1835 Nro. 44.

Appellanten wegen mangelnder Formalien oder weil ſeine Competenz offenbar nicht vorhanden iſt, das Rechtsmittel als unzuläſſig zurückweiſen (71) und wenn die Beſchwerden offenbar unerheblich ſind, daſſelbe abſchlagen, oder auch dies dann erſt ausſprechen (§. 78), wenn nach Einſicht der abgeforderten Acten das Gericht jetzt klar die Unerheblichkeit der Beſchwerden erkennt. Eine Abänderung in der Hauptſache aber iſt, ohne den Gegentheil gehört zu haben, den Fall des Ungehorſams ausgenommen, nicht zuläſſig (§. 77). In Betreff von Nebenpuncten, z. B. Zeitbeſtimmungen, Nuzzungen, Zinſen ſelbſt eines geringen Theils des Hauptgegenſtandes, beſonders wo der Werth des Gegenſtandes mit den Koſten einer weitern Verhandlung in keinem Verhältniſſe ſteht, oder wenn blos Mängeln des Verfahrens der vorigen Inſtanzen abzuhelfen iſt, kann das Urtheil auch ohne vorgängige Vernehmung des Appellanten reformirt werden (80). Neue Thatſachen ſind zuläſſig zur Aufrechthaltung des gebrauchten Klagegrundes oder der gebrauchten Einreden. Abänderung des Klagegrundes oder der Einreden findet nicht ſtatt (84). Gegen Erkenntniſſe des Oberappellationsgerichts findet das auſſerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeſchwerde binnen einer Nothfriſt von 3 Monaten ſtatt (109). In Bezug auf Wiedereinſetzung in den vorigen Stand verweiſt §. 113 auf die gemeinrechtlichen Beſtimmungen mit dem Zuſatze, daß das Rechtsmittel weder wegen angeblich neu aufgefundener Zeugen, noch wegen vorhin bereits bekannt geweſener, aber zur Sache dienlich zu ſeyn nur nicht erachteter Umſtände nicht ſtattfinde. Wenn das Oberappellationsgericht geurtheilt hat, ſo werden die Acten zur weiteren Verhandlung der Sache und zur Vollſtreckung an das frühere Gericht zurückgeſendet (115. 6). In Bezug auf den Ungehorſam verordnet §. 127, daß der andere Theil den Ungehorſam anſchuldigen kann, worauf gegen den Ungehorſamen der ihm angedrohte Nachtheil ausgeſprochen wird; jedoch kann der Nachtheil durch Nachholung des Verſäumten vor

der richterlichen Decretur vermieden werden; der Ungehorſame muß aber die Koſten tragen. Die prätoriſche Reſtitution gegen Verſäumniß kann bei dem Oberappellationsgericht begründet werden, wenn die Urſache der Verſäumniß, ohne der Parthei eigene ihr rechtlich beizumeſſende Schuld eingetreten iſt (130).

Eine vorzügliche Beachtung verdient das neue kurheſſiſche Geſetz vom 16. Sept. 1834, die Abſtellung mehrerer im prozeſſualiſchen Verfahren wahrgenommener Mängel. Da es vorherzuſehen iſt, daß bei der Scheu vor neuen vollſtändigen Geſetzbüchern die Sitte, den dringendſten Mängeln des beſtehenden Verfahrens abzuhelfen, noch vielfache Nachahmung finden wird, halten wir es für Pflicht, unſere Leſer mit dem Inhalte dieſes Geſetzes näher bekannt zu machen, das doppelt wichtig wird, da es auf die Grundlage einer, mit großer Umſicht verfaßten Begründung des Geſetzesentwurfs und nach einer langen Discuſſion in den Kammern viele tief eingreifende Abänderungen der gemeinrechtlichen Prozedur enthält [12]). Vorzüglich glaubte man das Contumacialverfahren beſchleunigen zu müſſen; der §. 1 verordnet, daß die Verſäumung der Termine und Friſten ohne daß eines Contumacialantrags bedarf, den Eintritt der Rechtsnachtheile, womit die Nichtbeobachtung bedroht iſt, zur unmittelbaren Folge habe [13]); jedoch hat das Gericht das Erkenntniß, wenn eine Friſt verſäumt iſt, erſt auszuſprechen, wenn auf deſſen Ertheilung die betheiligte Parthei angetra-

12) ſ. darüber Beiträge zum Civilprozeß. Enthaltend einen Commentar über das kurheſſiſche Geſetz vom 16. Sept. 1834, von Dr. v. Bickell. Caſſel 1836. 1. Abthl.

13) Dieſe Einrichtung, daß die Ungehorſamsſtrafen ipso jure eintreten, beſtand auch im Großherzogthum Baden v. 1803 bis 1831, wo die neue Prozeßordnung das alte Recht wiederherſtellte, nach welchem accusatio contumaciae nothwendig iſt. S. über die Gründe und die Erfahrungen die man in Baden machte, meinen Aufſatz in Duttlingers Archiv für die Rechtspflege in Baden. I. Bd. 4. Heft Nro. 55.

gen hat. Nach §. 2 ſollen die Gerichte für die Behändigung der von ihnen erlaſſenen Verfügungen von Amtswegen ſorgen, Contumacialerkenntniſſe ſollen der inländiſchen Parthei, gegen welche ſie ergangen ſind, neben der Mittheilung an deren Anwald auch ſelbſt behändigt werden. Nach §. 5 muß die Inſinuation in der erſten Hälfte der Zeit vom Tage der Verkündung bis zum Termine erfolgen. Geſchieht dies nicht, ſo iſt die Parthei berechtigt, die gebührenfreie Erſtreckung des Termins zu verlangen. Die Koſten fallen dem ſäumigen Perſonale zur Laſt. Nach §. 7 ſoll die Prozeßvollmacht bei der erſten Handlung, welche deren Vertreter im Rechtsſtreite vornimmt, beigebracht werden. Ausnahme tritt nur ein, wenn die Vollmacht nicht alsbald zu beſchaffen und Gefahr mit einem längeren Verzuge verbunden iſt; Friſterſtreckungen ſollen, wenn nicht eine beſondere Zuſtimmung des Gegners erfolgt iſt, nur aus erheblichen und genau angegebenen, entweder actenmäßigen oder offenkund igenoder ſofort beſcheinigten Gründen bewilligt werden (§. 8). Für Reſtitutionsgeſuche gegen Verſäumung von Friſten wird eine Friſt von 3 Monaten, vom Tage an dem der Parthei das Contumacialerkenntniß behändigt wurde, und für die ausländiſche Parthei vom Tage der Mittheilung an den inländiſchen Vertreter beſtimmt (§. 10). Reſtitutionen gegen Enderkenntniſſe müſſen in 30 Tagen angezeigt, in weitern 60 ausgeführt werden (10). Iſt das neue Vorbringen erſt nach jener 30tägigen Friſt zur Kenntniß gekommen, ſo wird die Friſt vom Tage der erlangten Kenntniß an berechnet (13). Nach fruchtloſem Ablauf des zur Klagebeantwortung geſetzten erſten Termins iſt dem Verklagten neben dem Rech ts nachtheil des Verluſtes der Einreden, der des Eingeſtändniſſes beſonders anzudrohen und bei weiterm Ungehorſam die Androhung zu verwirklichen (16). Das Nichterſtatten der Replik zieht auch das Eingeſtändniß der Einreden nach ſich, und das der Duplik hat die nämliche Folge in Bezug auf die

Repliken (16). Der Beklagte muß ſowohl auf die in der Klage vorgebrachten Thatſachen, als auch über die Anerkennung der zu deren Nachweiſung vorgebrachten Urkunden ſich beſtimmt und ſpeziell erklären; widrigenfalls die Thatſachen als eingeſtanden und die Urkunden als anerkannt betrachtet werden (17). Die bisher beſtandene Eigenſchaft der prozeßhindernden Einreden, wornach dieſelbe von der Einlaſſung befreien, iſt aufgehoben (19). Die Nachweiſung über die wegen der Koſten nöthige Sicherheit, welche der in Heſſen nicht angeſeſſene Ausländer zu leiſten hat, muß mit der Klage beigebracht und bei deren Prüfung das Erforderniß von Amtswegen berückſichtigt werden (20). Privilegirte Einreden finden nicht mehr ſtatt (21). Der Beweistermin wird bei den Untergerichten (je nachdem der Beweis vorausſichtlich einfach oder ſchwierig iſt) auf 14 Tage bis 8 Wochen beſtimmt (24). Eine einmalige Verlängerung dieſer Friſt auf 4 Wochen findet unter den im §. 8 angegebenen Vorausſetzungen ſtatt. Sämmtliche Beweismittel, die Eideszuſchiebung mit begriffen, ſind innerhalb der Beweisfriſt anzugeben. Der Vorbehalt und das Auflegen beſſern Beweiſes, der Additionalbeweis und der Beweis zur Meineidsverhütung finden nicht ſtatt (26). Beweisartikel zur Abhör der Zeugen ſind nicht mehr zuläſſig; der Beweisführer kann aber bei Antretung des Beweiſes, ſpeziell auf den Beweisſatz ſich beziehende Thatſachen, über welche Zeugen abgehört werden ſollen, angeben; und der Produkt kann beſondere an die Zeugen zu ſtellende Fragen aufſtellen (27). Die Partheien und deren Vertreter dürfen dem Zeugenverhör mit beiwohnen, haben ſich aber jedes Einredens zu enthalten und dürfen erſt nach beendigter Abhörung eines Zeugen dem Richter ihre Bemerkungen darüber mittheilen und Anträge auf Vervollſtändigung des Verhörs ſtellen [14]) (29). Termine zur Production

14) Dieſe Vorſchrift, daß die Partheien und Anwälde bei dem Zeugenverhöre gegenwärtig ſeyn dürfen, hat ſich im Großherzogthum Ba-

und Eröffnung des Zeugenverhörs finden nicht mehr ſtatt; nach geſchehener Abhörung haben die Partheien ihre Beweisausführungsſchriften binnen 14 Tagen einzureichen (§. 30). — Der Produkt muß in ſeiner Vernehmlaſſung auf den Beweisantritt auf alle Beweismittel, namentlich auch auf den eventuell deferirten Eid ſich erklären. Im Falle eines Streits über Zuläſſigkeit der Eideszuſchiebung muß mit der Erklärung die über die Annahme oder das Zurückſchieben des Eides oder den Antritt des Beweiſes zur Gewiſſensvertretung verbunden werden (§. 32). Die bisherigen Beſtimmungen der §. 26 — 32 finden auch bei Gegenbeweis Anwendung (33). Die ordentliche Appellation findet nur ſtatt gegen verurtheilende oder zurückweiſende Enderkenntniſſe, gegen die, Ableiſtung eines Haupteides auflegenden Vorerkenntniſſe und diejenigen im Verfahren ergehenden Entſcheidungen, welche auf Gegenvorſtellungen wider Arreſtanlagen, Sequeſtrationen, Cautionsleiſtungen ꝛc. erfolgen und dieſe Nebenpuncte erledigen (34). Gegen andere richterliche Ausſprüche, welche im Laufe des Prozeſſes ergehend, auf deſſen Fortſetzung ſich beziehen, kann weder Appellation noch die Nichtigkeitsbeſchwerde ergriffen werden; es haben aber auch ſolche Beſcheide oder Decrete für den höheren Richter [15]) keine ver-

---

den, wo ſie ſeit 1831 (Prozeßordnung §. 481) beſteht, als höchſt vortheilhaft bewährt für die Ausmittlung der Wahrheit und Verdeutlichung der Thatſachen; zweckmäßig wäre es geweſen, wenn das heſſiſche Geſetz auch mehrere §§. (z. B. §. 490 — 98) aus der badiſchen Prozeßordnung entlehnt haben würde.

15) Allerdings iſt dieſe Vorſchrift, daß gegen Beweisinterlokute keine Appellation ſtattfindet und ſie nicht in Rechtskraft gehen, in der neueren Zeit ſehr geprieſen; wir geben zu, daß ſie in vielen Fällen das Verfahren abkürzt; allein wir bitten die Geſetzgeber auch, die vom Oberappellationsgerichtsrath Guyet in dieſem Archive Bd. XV. Nr. 19 gegen die Vorſchrift entwickelten Gründe zu berückſichtigen; zugleich auch die Civilſtatiſtik und ihre Zeugniſſe zu würdigen, da ſich zeigen läßt, daß da, wo oft nach Jahren der Oberrichter einen nach einem gewiſſen Interlokut geführten Beweis als irrelevant erkennt, und nun ein anderes Interlokut erläßt, mehr Prozeßverſchleppung

bindende Kraft (35). Die §. 36—38 beziehen ſich auf zweckmäßige Beſchränkung der Extrajudizialappellation und auf die Beſchwerden gegen richterliche Verfügungen. Nach §. 38 muß die Anzeige der Berufung bei dem Gerichte erſter Inſtanz geſchehen, und (39) das obere Gericht verfügt auf die eingebrachte Appellationsſchrift, die Mittheilung derſelben an den Appellaten zur Vernehmlaſſung und fordert Akten ein. Nur wenn die Appellation nur Nebenpunkte oder Entſcheidungen in der Executionsinſtanz betrifft, kann das Obergericht auch ohne Vernehmlaſſung des Appellaten entſcheiden (40). Das Obergericht ſendet ſeine, die Inſtanz erledigenden Entſcheidungen zur Eröffnung und Vollziehung an das untere Gericht (44). Neue Thatſachen und Beweismittel ſind auch bei der in der Appellationsinſtanz erfolgenden Entſcheidung zu beachten, wenn ſie verbunden mit einem begründeten Reſtitutionsgeſuche in der Appellations- oder in der Exceptionsſchrift vorgebracht werden (46). Nichtigkeitsbeſchwerden können nach 2 Jahren vom Tage der Eröffnung des als nichtig angefochtenen Endbeſcheides nicht mehr geltend gemacht werden (47). Das neue Geſetz hat das Glück gehabt, daß ein eben ſo wiſſenſchaftlich gebildeter als mit dem Detail der Rechtsanwendung vertrauter Schriftſteller daſſelbe commentirt hat [16]). Die in dem Commentar enthaltenen Unterſuchungen, insbeſondere über das Weſen des Ungehorſams und der Ungehorſamsbeſchuldigung, und die Lehre von den Reſtitutionen ſind ſo gründlich, daß ſie auch für jeden Juriſten des gemeinen Prozeſſes von Wichtigkeit ſind.

Auf ähnliche Weiſe ſind auch in den Ländern, wo der

---

und Koſtenaufwand für die Partheien entſtehen, als wenn man das Interlokut als rechtskräftig betrachtet hätte. Da das heſſiſche Geſetz §. 35 ſagt: daß die Beweisbeſcheide für den höheren Richter keine verbindende Kraft haben, ſo ſcheint es (argumento a contrario) daß ſie den Richter erſter Inſtanz, der ſie erließ, binden.

16) Bickell (früher Profeſſor in Marburg, jetzt Oberappellationsrath in Caſſel) in ſeinem in Not. 2 oben angeführten Werke.

ſächſiſche Prozeß gilt, durch mehrere Geſetze Verbeſſerungen eingeführt worden. Von den wichtigen, im Königreich Sachſen ergangenen Geſetzen über die Gerichtsverfaſſung und den bei dieſer Gelegenheit eingeführten prozeſſualiſchen Verbeſſerungen, ſoll unten in §. V. die Rede ſeyn. Durch ein Geſetz vom 27. Oct. 1834 wurde im Königreich Sachſen beſtimmt, daß in Zukunft zur Herbeiführung eines Rechtsnachtheils für eine Parthei auf den Fall der Unterlaſſung einer ihr obliegenden Handlung, die Ungehorſamsbeſchuldigung von Seiten des Gegners nicht mehr erforderlich ſey, vielmehr im Falle des Verſäumniſſes kraft Geſetzes der Rechtsnachtheil in Wirkſamkeit treten ſoll. — Ueber dieſen Gegenſtand enthält dagegen ein Geſetz vom 26. April 1834 im Herzogthum Meiningen [17]), die Beſtimmung, daß zwar der erſte Termin zur Einlaſſung auf die Klage für den Beklagten peremtoriſch ſey, und derſelbe bei Strafe des Eingeſtändniſſes geladen werden muß, daß aber der Beklagte bei erfolgter Verſäumniß Ehehaften vorbringen kann, was ihm bis zur Publikation des Erkenntniſſes auf die geſchehene Ungehorſamsbeſchuldigung nachgelaſſen bleibt, worauf er mit ſeiner Einlaſſung und ſeinen Einreden noch zugelaſſen werden ſoll. Ueber die Inſinuation verordnet das nämliche Geſetz (§. 3), daß die Inſinuation der Ladung im ordentlichen Prozeſſe zu dem Einlaſſungstermin, im Executivprozeſſe zu dem Recognitionstermin wenigſtens 30, zu andern Terminen im ordentlichen Prozeß wenigſtens 18, in den andern ſummariſchen Prozeſſen 8 Tage vor dem Terminstag geſchehen ſoll, widrigenfalls ein Rechtsnachtheil in der Sache nicht ausgeſprochen werden kann. Ein anderes Geſetz von Meiningen vom 28. April 1834 erklärt, daß die bisherigen Provokations-, Inrotulations- und Proſekutionsſätze nicht mehr ſtattfinden; es gebietet, daß jedes ſchriftliche Verfahren in der Regel mit der Duplik ge-

17) Sammlung landesherrl. Verordnungen im H. Meiningen. 1834. S. 369.

ſchloſſen, und der Beklagte gehalten ſey, im erſten Satze der ergangenen Ladung unter dem angedrohten Präjudiz nachzuleben, daß nur da, wo wahre Dupliken im Duplikſatze vorkommen, ein Triplikſatz, und auf dieſen bei wahren Tripliken ein Quadruplikſatz vorkommen ſoll. Auf das erfolgte Einbringen des letzten Satzes des Verfahrens ſoll ohne weitere Erklärung über den Aktenſchluß und ohne Anberaumung eines Inrotulationstermins, wenn nicht die Partheien darauf compromittiren, oder der Richter ihn für nöthig findet, das Erkenntniß abgefaßt werden. — Im Herzogthum Gotha verdient das neue Ehegeſetz vom 15. Auguſt 1834, worin auch das Verfahren in Ehetrennungsſachen ſehr umſtändlich vorgeſchrieben iſt, Beachtung. — Im Königreich Preußen ſind mehrere bedeutende Geſetze über das Prozeßverfahren ergangen und zwar über das Rechtsmittel der Reviſion und der Nichtigkeitsbeſchwerde [18]; über die Execution in Civilſachen [19], über die Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger [20], über die Eidesformel der Katholiken [21].

---

18) Vom 14. Dec. 1833.

19) Vom 4. März 1834.

20) Vom 26. April 1835.

21) Vom 2. Auguſt 1835. Sie ſoll lauten: ſo wahr mir Gott helfe und ſein heiliges Evangelium.

(Fortſetzung im nächſten Heft.)

XVII.

Beiträge zu der Lehre von der Gemeinſchaft der Appellation und der Reformatio in pejus.

Von Linde.

§. 1.

Nach dem vor Juſtinian geltenden Rechte wurden in der Appellationsinſtanz nur diejenigen Beſchwerden berückſichtigt, welche dem Appellanten zugefügt worden waren; der Appellat hatte als ſolcher eine Abänderung der Sentenz, wie beſchwerend ſie auch für ihn ſeyn mochte, nicht zu erwarten, wenn er nicht gleichfalls ſelbſtſtändig appellirt hatte, alſo auch als Appellant aufgetreten war [1]). Darum war, nach dem älteren Rechte das Urtheil des Appellationsrichters immer nur darauf gerichtet, auszuſprechen: ob die Appellation begründet oder unbegründet (iusta vel iniusta) ſey [2]); keineswegs auch allgemein darauf: ob die vorige Sentenz überhaupt den Geſetzen gemäß, alſo für keinen der ſtreitenden Theile beſchwerend ſey. Das Appellationserkenntniß konnte ſonach entweder ein beſtätigendes Erkenntniß, oder ein abänderndes nur zum Vortheile des Appellanten werden; niemals konnte dagegen, wenn nur

1) Const. 39 de appellat. 7, 62. Die Behauptung, daß nach Const. 10. quando prov. non est necesse 7, 64. ſobald ein Theil appellirt habe, der andere nicht mehr ſelbſtſtändig habe appelliren dürfen, Hoffmann Diss de adhaes. et commun. appell. §. 12. Hoch v. d. auſſer. Appellat; Rotenb. 1821 §. 27. verdient keine Widerlegung, da die Conſtitution ausdrücklich von etwas ganz Anderem ſpricht.

2) Fr. 122 §. 5 de V. O. 45, 1. Fr. 24 pr. de appellat. 49, 1. Fr. 2. pr. quando appelland., 49, 4. Const. 6 pr. de appellat. 7, 62.

der eine Theil appellirt hatte, ein Erkenntniß erfolgen, welches zu Gunsten seines Gegners, der nicht selbstständig appellirt hatte, eine Abänderung enthielt, mochte das Urtheil in der That auch noch so beschwerend für den Appellaten seyn, und von diesem bei Gelegenheit der Verhandlung über die von dem Gegner veranlaßte Appellationsinstanz, noch so bündig nachgewiesen werden.

Wenn daher ein Urtheil von beiden Theilen als verletzend angesehen wurde, und jeder in seinem Interesse eine Abänderung beabsichtigte, so war auch nothwendig, daß jeder Theil selbstständig ein Rechtsmittel ergriff. Wenn auf diese Weise Rechtsmittel von jeder Parthei selbstständig ergriffen waren, wurden sie auch von den streitenden Theilen und dem Richter als zwei selbstständige Rechtsmittel behandelt, woraus die auf Einhaltung der Fatalien, Verzicht u. dgl. geltende Folgen sich ganz von selbst ergeben.

Schon im J. 529 modifizirte Justinian, diese Grundsätze rücksichtlich der Zulässigkeit und Nothwendigkeit einer selbstständigen Appellation wegen des Kostenpunctes für den Fall, wenn der Gegner des über den Kostenpunct sich beschwert erachtenden Theils, in der Hauptsache schon zur Appellation gegriffen hatte.

Er verordnete nämlich in Const. 10. quando provocare non est necesse. 7, 64:

„Omnem honorem salvum iudicibus reservantes, si quando una pars, quasi laesa per definitivam eorum sententiam, provocatione usa fuerit, interdicimus alteri parti, quae vicit, pro hoc tantumodo, quod nihil capere pro sumtibus litis et detrimentis, vel minus, quam oportuerat, iussa est, provocationem offerre, quum et ipsa decisionem litis recte factam esse confitentur; iudicibus ..... si perspexerint adiuvandum esse victorem sumtuum perceptione, etiam sine provocatione eius hoc statuentibus, et iustam eorundem sumtuum quantitatem definientibus.“

Es kann nicht bezweifelt werden, daß der wegen des Ausſpruchs über den Koſtenpunct ſich für beſchwert erachtende Theil, wiewohl er nicht ſelbſtſtändig deßhalb appelliren durfte, ſo wie jeder Appellat mit ſeinem Widerſpruche gegen die Ausführungen und Anträge des Appellanten immer gehört wurde [3]). Eben ſo gewiß war der Appellationsrichter amtlich auf Verbeſſerung des Ausſpruches rückſichtlich des Koſtenpunctes, hingewieſen, ſo daß in Bezug auf dieſen ſpeziellen Punct in dieſer Vorſchrift ſchon der Keim einer Appellationsgemeinſchaft, einer acceſſoriſchen Adhäſion und reformatio in pejus liegt.

So ſtand die Sache bis zum Jahre 530. Im dieſem Jahre wollte Juſtinian ſeinen Unterthanen eine größere Fürſorge zuwenden, als eigene Aufmerkſamkeit auf ihre Rechte ihnen gewähren könne. Zu dem Ende verordnete er, das beſtehende Recht abändernd: daß, ſobald der Appellat ſeine Appellationsbeſchwerden proponirt haben würde, auch der Appellat, wenn er anweſend ſey, die Befugniß haben ſollte, Beſchwerden gegen das Erkenntniß vorzutragen, und der Appellationsrichter darüber im Appellationsurtheil, auch zu Gunſten des Appellaten abändernd, erkennen, und daß in Abweſenheit des Appellaten, der Appellationsrichter amtswegen des Appellaten begründete Beſchwerden berückſichtigen ſolle. Die desfallſige Conſtitution ſagt nämlich:

Const. 39 de appellat. 7, 62.

„Ampliorem providentiam subiectis conferentes, quam forsitan ipsi vigitantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, quum in appellationum auditoriis is solus post sententiam iudicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi, qualiscunque fuisset, compellenda.

---

3) Fr. 41 fam. ercisc. 10, 2. Fr. 3 de his quae in testam. del. 28, 4.

Sancimus itaque, si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium eius, si quid iudicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et iudiciale mereri praesidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus iudicem per suum vigorem eius partes adimplere."

Justinian hat sichtbar an dem Rechte beider streitenden Theile selbstständig nebeneinander Rechtsmittel gegen ein und dasselbe Urtheil ergreifen zu dürfen, nichts geändert, vielmehr gerade von einem Falle reden wollen, in welchem die Partheien entweder nicht wechselweis Rechtsmittel ergriffen, oder wenn dieses auch geschehen, nicht die Vorsicht angewendet haben, die bei der Lage der Sache, worin dieselbe durch die Ergreifung eines Rechtsmittels von einer Parthei für die andere gerathen ist, die Vorsicht geboten hätte. Für solche Fälle wollte der Gesetzgeber eine größere Fürsorge für die Partheien treffen, als sie selbst beobachtet hatten, und in dieser Richtung das ältere Recht emendiren. Dazu sollten zwei Mittel führen;

einmal: der Appellat sollte, ohne Rücksicht darauf, ob er selbstständig ein Rechtsmittel ergriffen habe, blos dadurch, daß sein Gegner als Appellant nun einmal in das iudicium gekommen, und causas appellationis proponirt hatte, die Befugniß haben, wenn er anwesend war an dem Urtheile, Ausseţungen zu machen, und richterlicher Hülfe gewärtig zu seyn; und dann: wenn ein solcher Appellat etwa abwesend wäre, sollte der Richter amtswegen die Beschwerden des Appellaten berücksichtigen.

Hiernach liegt in dieser Verordnung jedenfalls so viel, daß, wenn ein untergerichtliches Erkenntniß von beiden Theilen als beschwerend betrachtet werden kann, doch nicht nothwendig beide Theile selbstständig die Appellation zu ergreifen brauchen, um die rechtliche Möglichkeit zu begründen, daß zu Gunsten eines jeden Theils ein abänderndes

appellationsrichterliches Erkenntniß erfolgen könne; ſondern daß es zu dieſem Zwecke ſchon genügt, wenn nur ein Theil die Fatalien beobachtet hat.

§. 2.

Was nun zunächſt den legislatoriſchen Werth dieſer Juſtinianiſchen Anordnung und ihre Conſequenz im römiſchen Rechtsſyſtem anbetrifft, ſo hat man den Geſetzgeber von jeher ſehr getadelt, daß er jene in Frage ſtehende Beſtimmung erlaſſen, dadurch die reine Quelle, aus welcher die Geſetzgebung ſchöpfen ſolle, getrübt, die Natur der Sache verfälſcht habe [4]). Inſofern man hierbei an die Beſtimmungen des römiſchen Rechts über die Rechtskraft gedacht, iſt nicht zu überſehen, daß es ohnehin eine falſche Vorausſetzung iſt, welche alle nicht ſpeziell bei der Aufſtellung der causae appellationis angegriffenen Theile eines Urtheils, dem Appellanten gegenüber, in Rechtskraft übergehen läßt. Vielmehr wurde dem Appellanten gegenüber ſo lange kein Theil des Urtheils rechtskräftig, ſelbſt dann nicht, wenn er ſpeziell gegen einzelne Beſtimmungen das Rechtsmittel ergriffen hatte, als ihm die Verhandlungen in der Appellationsinſtanz offen ſtanden [5]). Rückſichtlich des Appellaten war bis zum Jahr 530 die Sache allerdings anders; hatte er nicht ſelbſtſtändig ein Rechtsmittel eingelegt, dann konnte zu ſeinen Gunſten die Sentenz nicht abgeändert werden. Für den Appellaten war es dann, nach römiſchem Sprachgebrauche eine sententia indubitata, quae nullo remedio attentari potest, für den Appellanten aber nur eine abgeurtheilte Sache, res iudicata [6]). Wenn man nun noch daran erinnert, daß nach

4) v. Almendingen, Metaphyſik, Abh. VIII. beſonders S. 180. Gönner, Handb. III. S. 163. Hurlebuſch, Beiträge zur Geſetzg. und Jurisprudenz. Helmſt. 1817. Heft 2. S. 150. v. Batz, vermiſchte Abh. S. 261.

5) Zeitſchrift für Civilr. u. Proz. IX. S. 315 f.

6) Linde, Lehrb. d. Civilproz. §. 171.

dem römiſchen Prozeßrechte nur gegen Definitivurtheile und ihnen an Kraft gleiche Zwiſchenurtheile Appellation zuläſſig war, daß auf der einen Seite das Urtheil regelmäßig einfacher als nach unſerem heutigen Verfahren, ausfiel, auf der andern Seite aber die Einleitung und Durchführung eines Appellationsganges für den Appellanten perſönlich mit mehr Anſtrengungen und Störungen verbunden war, als heut zu Tage, ſo läßt ſich wohl annehmen, daß häufig eine Parthei, die aus der unterrichterlichen Inſtanz im Weſentlichen als Sieger herausgegangen war, ſelbſt dann, wenn ſie den einen oder andern Punct des Urtheils mehr zu ihren Gunſten ſprechend, erwarten konnte, es dennoch vorzog, ſich bei dem Spruche zu beruhigen, in der Erwartung, daß der Gegner auch ſo handeln werde. Ergriff in einem ſolchen Falle der andere Theil gleichwohl die Appellation, dann gerieth nach dem, bis zum J. 529 geltenden Rechte der Appellat in eine ſehr nachtheilige Lage, indem der Appellant dadurch, daß er die Appellation eingelegt und introducirt hatte, den Suspenſiveffect herbeiführte, ohne daß es nun, da für die Ausführung der einmal gehörig introduzirten Berufung keine weitere Friſt vorgeſchrieben war, dem Appellaten leicht möglich geweſen wäre, die endliche Entſcheidung zu bewirken. Der Appellant konnte ſonach durch die Appellationseinwendung und Einführung den Sieger wahrhaft ungebührlich von dem Genuſſe ſeines, ihm ſchon einmal zugeſprochenen, Rechtes abhalten, und den vorſichtigen Sieger mußte die Furcht vor ſolchen Folgen ſelbſt zu unnöthigen, jedenfalls zu ſolchen Berufungen führen, die wohl dann unterblieben wären, wenn er in dem Falle, daß der Beſiegte appellirte, die rechtliche Möglichkeit hatte, das Appellationsverfahren auch wider den Willen des Appellanten leichter zu Ende zu bringen, und bei der Gelegenheit Beſchwerden, die er gerne erlitten, wenn auch der Gegner ſich ſeiner Seits bei dem Urtheil beruhigt hätte, wenigſtens dann noch wirkſam geltend machen konnte, wenn der Beſiegte die Berufung ergriff. Juſti-

nian, der im Prozeßverfahren ſo weſentliche, dem praktiſchen Bedürfniſſe entſprechende Abänderungen traf, ließ nun in zwei aufeinanderfolgenden Jahren Abhülfe eintreten, und aus den desfallſigen Verordnungen erſieht man, daß ihm im Weſentlichen jene Gebrechen vorſchwebten, die wir hier als in der Beſchaffenheit des römiſchen Prozeſſes bis dahin liegend, und angemeſſene Abhülfe erheiſchend, angedeutet haben. Im J. 529 vermittelte er nämlich zunächſt für den Appellaten die Möglichkeit, auch von ſeiner Seite, wenn der Appellant die Sache hinhalten wollte, dieſelbe zum Ausgang zu bringen. Zu dem Ende verfügte er:

Const. 5 §. 4 quando prov. n. e. n. 7, 63.

„Illud etiam merito addendum huic legi censemus, ut si quis fatali die apud appellationis iudicem *introductus* sive ex parte una, sive cognitionaliter causae appellationis imponat exordium, *deinde relicta ea discedat, et in desidia reliquum tempus permaneat*, et tempus post inchoatam litem praeterierit, *victore neque sententiam ad effectum perducere valente* propter litem jam inchoatam, neque iam terminum accipere inveniente, *quum appellatoris absentia eam finiri non facile concedat*, huiusmodi *iniquitatem* amputantes, (quum *adversarius* potest etiam minime praesente appellatore litem exercere, quia hoc speciale privilegium eius est, qui appellationi examinandae praesidet, posse et ex una parte causam dirimere) iubemus, eundem appellatorem, nisi observaverit iudicium, et causam usque ad finem peregerit, sed et si per eum steterit, quo minus omnia litis certamina impleantur; appellatione defraudari, et sententiam contra eum latam in suo robore durare, et ad effectum perduci, tunquam si ab initio minime fuerit provocatum etc.“

Durch dieſes Geſetz war der eine Nachtheil, nämlich der, daß ein chicanöſer Appellant, den Sieger ungebührlich hinhalten, oder ihn zu einer ſonſt unnöthigen Appellation verleiten konnte, beſeitigt. Aber nicht der andere Nachtheil,

der dem Appellaten daraus entſtand, daß der Appellant zwar Abänderung in ſeinem Intereſſe bewirken konnte, nicht aber auch der Appellat, trotz deſſen, daß nun doch einmal ein Appellationsverfahren ſtatt fand, und er zum Genuſſe ſeines Rechts dadurch doch nicht ſobald gelangte. Dieſen Nachtheil wendete deshalb Juſtinian im folgende Jahre (530) ab durch

Const. 39 de appellat. 7, 62.

Durch dieſe beiden Verordnungen hatte Juſtinian für das Intereſſe des Appellaten hinlänglich geſorgt, und es konnte nunmehr umgekehrt der Appellant leicht in Nachtheil kommen. Wenigſtens beſtand eine Ungleichheit darin, daß wenn in Abweſenheit des Appellaten das Verfahren fortgeſetzt und beendigt wurde, dennoch zu Gunſten deſſelben und ſonach zum Nachtheil des Appellanten in peius reformirt werden konnte, während umgekehrt, wenn das Verfahren in Abweſenheit des Appellanten fortgeſetzt und beendigt wurde, eine ſolche reformatio zum Vortheile des Appellanten nicht zuläſſig war, ſondern der glücklichſte Ausgang der Sache für ihn noch der war, wenn die vorige Sentenz beſtätigt wurde.

Dieſe Ungleichheit beabſichtigte Juſtinian durch Novelle 49 zu heben, und aus deren Abfaſſung geht wieder hervor, daß er durch den angedeuteten Ideengang geleitet, und ſonach im vollen Bewußtſeyn des Ziels, worauf er hinarbeitete, und des innern Zuſammenhangs ſeiner legislatoriſchen Erzeugniſſe war. Er erzählt nämlich in der praefatio dieſer Novelle unter Anderm: „Scimus enim nos id, quod *male* et *dolose* in appellationibus factum est, *nuper correxisse:* quoniam appellantes eo solum contenti, ut *appellationem in iudicio interponerent*, et semel personam sistentes sive altera parte absente, sive etiam, causa cognita (id enim perinde est) *causam deserebant*, et *victori* plane *sine fine* lis erat; cum *neque iudicatis propter appellationem frui*, *neque efficere posset*, *ut de appellatione* propter absen-

tiam appellantis *cognosceretur*. Haec nuper lata lege correximus, illi, qui appellationem interponit, sive ipse solus, sive altera etiam pars praesens sit, annum praestituentes, intra quem litem peragat et ius suum obtineat, nec eam indecisum relinquat: deinde alium etiam annum ex humanitate adiecimus, si culpa iudicis, vel alia quadam inevitabili causa appellatio protrahatur; eoque elapso, si litem non finiverint, *sancimus ut victori firma maneat sententia.*"

Juſtinian erzählte nun weiter, welche Entſchuldigungsgründe die Appellanten gewöhnlich dafür anführten, daß ſie die Appellation nicht zeitig fortgeſetzt haben, und fährt dann fort: „Quare merito haec nos commoverunt, cum et legem violari nolimus, et illis, qui eiusmodi fortuito casu *laesi* sunt, quoad eius fieri potest, *auxilium* ferre cupiamus. Quid ergo aliud faciendum erat, quam ut ad aliam legem respiceremus, quae, ut decet, rei mederetur."

Cap, 1, Reliqua igitur dictae a nobis legis observatio, sicut ante diximus, per omnia custodiatur. Si vero re vera inevitabili quid contingat, et qui causam appellationis agit, non permaneat, et licet eam die fatali introduxerit, non compareat, et periculum sit, ne biennii tempus elabatur, tunc *victori confirmetur sententia* (quemadmodum prior nostra lex dixit) *sed cum quadum limitatione, quam in praesentia adiicimus. Cum enim victoribus auxilium tulerimus*, nimium illud tempus contrahentes, *illis qui appellant* et constituto die appellationem introducunt, nec tamen certamen subire volunt, vel in medio etiam certamine illud deserunt: propterea exiguum quiddam victoribus auferentes, *pulchre, quo decet, collineabimus. Volumus enim, ut ille, qui in causa vicit, si vere sententiam confirmari velit*, non ex insidiis, nec post tempus aliquod, sed *cum ipsa rerum veritate*, si causam deserat is, qui appellavit, compareat, et de hoc ipso conqueratur, desertorem quaerat, et sive eum invenire potuerit, sive is non appareat, *iura sua in medium proferat*, durante scilicet adhuc biennio, circa

finem tamen eius, ita ut unus forte mensis causae supersit. *Et si quidem superior videatur, sententia firma sit;* si vero inferior in certamine evadat, et qui appellavit, quique constituto die appellationem introduxit, non permaneat, *causa secundum iura decidatur*, hoc solum addito, sive causam vincat, qui ante quoque vicerat, *sive etiam ea inferior* sit, ut expensas ingressus post appellationem desertor illi omnino praestet. Sive enim causam obtineat quoad expensas, hoc ipso *quod iure vicit*, iustum etiam est, ut expensas accipiat: sive etiam inferior sit, quoniam ille plane litem deserunt, et deserenti etiam vincere contingit, expensas quidem soluit, ubi vero sententiam obtinuit, deo et praesenti legi gratias agat, quae ad hunc modum ius illi custodit, eumque sola impensa multat, qua non lex, sed ipse sese absens multavit. Quod *si neuter* neque victor, neque victus *compareat*, (qui constituto etiam die appellationem introducens, deinde abfuit), *sententia victoris rata maneat*, caeteraeque leges omnes, quae de appellationibus scriptae sunt, tum quoad terminos, tum quoad reliqua, firmae sint. Hanc enim legem expresse *de iis* ferimus, *qui postquam* die constituto appellationem *introduxerunt*, iudicium deserunt; nihil ex reliquis legibus aut temporibus appellationis neque abrogamus, neque mutamus, sed potius hac etiam lege eas confirmamus. Illud quoque, ut definiamus bonum est, si victores sententiam, quae ipsis victoriam confirmat, consecuti sint, ut illa fruantur: nihil enim eorum, quae iam decisa sunt, movemus: si vero biennio durante et non praeterlapso, ac sententia nondum confirmata, huc usque pendeat, haec quoque idem sortiatur examen, atque ita victores sententiis fruantur, *si eas recte se habere ostenderint.*“

Die Novelle 126 Cap. 2 endlich wiederholt in der Sache in der That nur die Grundſätze der Nov. 49 pr. Cap. 1 und drückt ſie nur noch klarer und ſchärfer aus, verändert einiges an den Friſten, und läßt den Fall, wenn keiner der

beiden Theile erſcheint, (der aber auch ſtets am einfachſten war, und bei dem Grundſatz, daß dann die sententia a qua unverändert bleibe, niemals verändert worden war) unberührt. Es heißt nämlich in Nov. 126 Cap. 2.

„In omnibus praeterea appellationibus hoc valere iubemus, ut quotiescunque appellatione interposita, intra praefinitum tempus utraque pars fatalem diem observaverit, absque omni dilatione iudices, *tam acta causae*, quam *iudicata examinare* studeant, et *legi ac iuri consentaneam depromere sententiam.* Sin vero solus is qui provocavit, fatale die ingressus fuerit: iubemus, ut iudices sub extremum fatalem diem, si vel requisitus victor non inventus fuerit, *examinatis actis causae legitimum adsignent terminum.* Si solus is qui victricem retulit sententiam, ingrediatur, qui vero provocavit, requisitus inventus non fuerit; praestolentur iudices non solum ad extremum usque fatalem diem, sed etiam per tempus reparationis, hoc est, tres menses. Quod si nec tunc quidem inventus fuerit, qui provocavit, *non amplius decursu temporis corroboretur sententia* sed vel una tantum parte praesente *iudices actitata in causa, et iudicata examinent.* Et si quidem *recte prolatam sententiam* invenerint, eam confirment. Si quid in ea per *negligentiam omissum* est: id *corrigant*, et *legitimam edant sententiam.* Simulatque vero semel appellationis causa inter eos dies, qui dilationis causa praefiniti sunt, sive ab utraque parte, sive ab una tantum introducta fuerit: *non amplius biennii decursu firmitatem* de caetero *capiat sententia*, sed *attentis oculis veritate ac iure considerato*, terminum huiusmodi causis legitimum adhibeant, sive una, sive utraque parte praesente. Ac propterea iubemus, ut in hoc genere causarum non amplius, quemadmodum in praesentem usque diem obtinuit, in primam appellationem omnes cognitiones conferantur, sed unaquaeque cognitio suum diem praescriptum habeat.“

In den angeführten Geſetzen Juſtinians iſt in der

That ein vollständiges System entwickelt, welches sich im Wesentlichen auf folgende Grundsätze zurückführen läßt:

Die Appellation ist, sobald der Appellant das Rechtsmittel bei dem Appellationsrichter introduzirt hat, beiden Theilen gemeinschaftlich. Wenn in den für die Fortsetzung des Appellationsverfahrens vorgeschriebenen gesetzlichen Fristen jedoch kein Theil erscheint und Verhandlung und Entscheidung betreibt, dann bleibt der unterrichterliche Spruch in Kraft. Wenn dagegen beide Theile oder auch nur ein Theil, entweder der Appellant oder der Appellat erscheinen, so haben der oder die Erscheinenden ihre Vorträge zu halten, und der Appellationsrichter prüft die früheren und die Appellations-Verhandlungen, und fällt ein nach dem Verhalt aller Verhandlungen dem Rechte und Gesetzen entsprechendes Urtheil, welches also reformatorisch, confirmatorisch, declaratorisch, ergänzend u. s. w. seyn, und eben sowohl zu Gunsten des Appellanten als des Appellaten, also auch zu Gunsten des Erschienenen als des nicht Erschienenen ausfallen kann. Denn ist die Appellation einmal rechtsbeständig introduzirt und zur Fortsetzung und Beendigung auch nur ein Theil in den gesetzlichen Fristen erschienen, dann soll nicht mehr blos wegen eines Zeitablaufs der vorige Spruch aufrecht erhalten werden, sondern unter allen Umständen ein dem Rechte angemessenes Appellationserkenntniß erfolgen. Also Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels und Zulässigkeit der Reformatio in pejus war im vollsten Umfange gesetzlich sanctionirt, und durch nichts bedingt, als rechtsbeständige Introduction der Appellation durch den Appellanten, und vorschriftsmäßigen Betrieb der Sache durch wenigstens einen der streitenden Theile. Auch sieht man es der ganzen Haltung der Disposition in diesen Novellen leicht an, daß der Appellationsrichter eben sowohl amtlich auf das, dem materiellen Rechte entsprechende, Interesse beider Theile Rücksicht nehmen, als die Anträge und Widersprüche, welche während des Appellationsverfahrens von den Partheien aus-

gehen, beachten ſoll. Verbindet man den Inhalt dieſer Novelle mit der Const. 39 de appellat., ſo gewinnt man ein Syſtem, welches durchaus auf Partheiengleichheit gebaut iſt, dem Appellaten nicht mehr Rückſicht als dem Appellanten zuwendet, aber darauf berechnet iſt, im Appellationserkenntniſſe alle Rechtsirrungen des unterrichtlichen Erkenntniſſes zu verbeſſern, und ſo dem materiellen Rechte den Sieg zu verſchaffen. Zwar iſt die Nov. 126 nicht gloſſirt; aber für die hier in Frage ſtehende Rechtsanſicht immer nichts deſto weniger eben ſo erheblich, als wenn ſie von den Gloſſatoren bearbeitet worden wäre.

Bevor wir in der Entwicklung unſers Gegenſtandes weiter gehen, müſſen wir einer Entgegnung Heffters[7]) erwähnen, der behauptet: Juſtinian habe zwar die Wahrnehmung der Rechte des Appellaten dem Richter durch die Const. 39. zur Pflicht gemacht: daß aber der Appellat ſelbſt durch eine Verfolgung der Appellation, noch ein günſtigeres Urtheil hätte erwirken können, als ihm der vorige Richter geſprochen habe, gehe ſelbſt nach dem Novellenrechte nicht an, da nach Novelle 49 Cap. 1 eine reformatio in pejus nicht zuläſſig ſey[8]), und die Novelle 126 offenbar mehr eine Begünſtigung des erſcheinenden Theils, vor Augen habe. Hiergegen iſt nun aber zu bemerken, daß Juſtinian in der Const. 39. ja ſehr beſtimmt die beiden Fälle: ob der Appellat gegenwärtig iſt, oder nicht, mit der praktiſchen Folge unterſcheidet, daß der Anweſende ſelbſt, wenn er will, iudicatis *opponere* ſoll, und der Richter per suum vigorem nur in dem Falle der Abweſenheit des Appellanten eius partes adimplere angewieſen iſt. Was ſodann die Beſtimmungen der Nov. 49 anbetrifft, ſo bemerkte ſchon Bayer[9]), daß dieſe Novelle auch von dem Falle verſtanden werden

7) Heffter, Inſtitut. d. Civilproz. S. 474.
8) Heffter, a. a. O. S. 472 Note 87.
9) Vorträge über den Civilproz. S. 496.

könne, wenn der Appellat ſelbſt nur die Aufrechthaltung der vorigen Sentenz wünſcht [10]; aber es ſcheint uns auſſerdem, daß die Novelle ganz in Uebereinſtimmung mit Const. 39 cit. eine reformatio in pejus auch gegen den Appellanten ausdrücklich zuläßt. Es wird nämlich einmal allerdings in Nov. 49 Cap. 1 geſagt: „et si quidem apparuerit (appellatus) *firmam* esse sententiam“ woraus Hefftter folgert, daß eine reformatio in pejus nicht zuläſſig geweſen; allein daß dieſe Folgerung unzuläſſig iſt, ergiebt ſich aus Folgendem: ſchon in der Prefatio zu der Novelle führt es Juſtinian als einen geltenden Rechtsſatz an, daß wenn der Appellant in den geſetzlichen Friſten nicht handle, sancivimus ut victori firma maneat sententia, und bemerkt, daß es dabei auch in Zukunft bleiben ſolle. Im Cap. 1 kommt er abermals darauf zurück, und ſagt, wenn der Appellant die Appellation gehörig introduzirt habe, aber dann in den geſetzlichen Friſten nicht wieder erſcheine, dann ſolle zwar der richterliche Spruch in Wirkſamkeit erhalten werden, wie ſchon früher geſetzlich feſtgeſetzt ſey, aber unter einiger Beſchränkung, welche die Novelle hinzufüge. Dieſe Beſchränkung beſteht nun gerade darin, daß nur dann, wenn kein Theil erſcheint, die sententia victoris rata oder firma bleibt, daß aber dann, wenn der Sieger, sententiam confirmari velit, iura sua in medium proferat, und daß causa secundum iura decidatur. Eben ſo bemerkt Juſtinian bei der Gelegenheit, wo er feſtſetzt, daß der nichterſcheinende Appellant jedenfalls die Koſten tragen ſollte, daß wenn der Appellant in der Sache in der Appellationsinſtanz Sieger werde, es ſchon deßhalb, weil er rechtmäßig den Sieg errungen, den Koſtenſatz anſprechen könne, wenn aber der Appellant trotz der Deſertion Sieger bleibe, ſo könne er ſich, wenn er blos

10) Eine Anſicht die in den Worten der Novelle 49. Cap. 1. „si vere sententiam confirmari *vellit*“ allerdings auch volle Begründung finden würde, wenn die Novelle nicht viel weiter ginge.

die Koſten zu tragen habe, doch nicht beſchweren. Wäre die Novelle nicht davon ausgegangen, daß im Intereſſe des Siegers in voriger Inſtanz, beziehungsweiſe des Appellaten in der Appellationsinſtanz in pejus (zum Nachtheil des Appellanten) entſchieden werden könne, dann hätte ja der Appellat immer beſſer gethan, wenn er niemals erſchienen wäre, weil, wenn er abweſend war, der Richter nach Const. 39 de appellat. nicht blos ſein Intereſſe wahren mußte, ſondern ja ſelbſt nach beſtehendem, und durch Nov. 49 wiederholt und mehrmals anerkanntem und ausdrücklich beſtätigtem Rechte, dann, wenn kein Theil erſchien, sententia rata blieb, und ſonach der Appellat durch ſein Erſcheinen ſeine Sache nur hätte verſchlimmern, niemals verbeſſern können. Was aber endlich den Inhalt der Nov. 126 anbetrifft, ſo iſt dieſe wie es mir ſcheint, klar für eine reformatio in pejus, und der Umſtand, daß ſie nicht gloſſirt ſey, ſteht wenigſtens nicht entgegen, ſie als Interpretationsmittel für die Theorie zu benutzen, und dadurch einen anderwärts gewonnenen Grundſatz für die Praxis zu befeſtigen.

§. 4.

Das canoniſche Recht giebt für unſere Lehre keine Ausbeute. Man findet daraus häufig das Cap. 4 de elect. in VI. 1, 6 angeführt, worin aber über die Sache nichts vorkommt, und nur das Wort „adhaerere“ für ein anderes Verhältniß, nämlich dafür gebraucht wird, wenn Dritte mit einem Appellanten Partheі machen. Das canoniſche Recht gebraucht das Wort alſo von denjenigen, die dem Appellanten gegen den Appellaten adhäriren, und die Doctrin und Praxis bedient ſich nur ſehr unpaſſend des Ausdrucks für ein Verhältniß, worin der Appellat gegen den Appellanten auftritt. Das canoniſche Recht macht ſonach offenbar einen paſſenden Gebrauch von dem Worte, Doctrin und Praxis aber einen unpaſſenden. Gleichwohl hat das Wort in dieſer unpaſſenden Bedeutung Bürgerrecht erlangt.

§. 5.

Auch die Reichsgesetzgebung verbreitet sich nicht näher über das Institut der Gemeinschaft der Appellation, erkennt es nur beiläufig als bestehend und in Uebung befindlich an. Bei Gelegenheit der Frage, ob beide Theile die Kosten der Actenauslösung zu tragen haben, wird nämlich gesagt, daß die Appellation beiden Theilen gemein sey [11]), und in einem spätern Reichsgesetze kommt Folgendes vor [12]): „Wann auch wohl bisweilen geschieht, daß der Appellant in termino, da die appellatio eingeführt werden soll, erscheint, und seines Theils die Appellation zu prosequiren unterſteht, der Appellant aber allein de diligentia protestirt, und hernach, wenn die Fatalia verflossen, allererst die exequirte Prozeß reproduzirt, und daher der Zweifel fürfällt, ob dieser Gestalt des Appellaten prosecutio kräftig sey, und dem Appellanten auch zum gutem kommen möge; so soll es hiermit also verordnet seyn: wofern der Appellat, dieß obgesetzten Falls, die Appellation pro suo interesse auszuführen bedacht, daß ihm, vermög der Rechten, das commune beneficium (ohngeachtet die Reproduction erequirter Ladung durch den Appellanten zu spät geschehen) nicht soll abgestrickt seyn, sondern die Appellation bei Kräften bleiben, und nicht für desert geachtet werden.

Zum Verstehen dieser Bestimmung ist daran zu erinnern, daß nach dem reichskammergerichtlichen Verfahren bis zum J. 1654 es zur Einführung der Appellation hinreichte, wenn der Appellant in einer kurzen Supplik um Erkennung der Appellationsprozesse bat. Erst nach insinuirten Prozessen übergab er dann im ersten Termin mit der Reproduction der Prozesse den Gravatoriallibell. Dieses alles mußte binnen

11) R. A. v. 1566 §. 116.

12) R. A. v. 1594 §. 9.

einer Nothfriſt von 6 Monaten geſchehen [13]). Wiewohl es nun keinem Zweifel unterlag, daß, wenn der Appellant dieſe Nothfriſt nicht gehörig einhielt, die Appellation deſert ging, ſo wurde dennoch ſchon in der C. G. O. v. 1555 [14]) ſelbſt im Grundſatze anerkannt, und durch den §. 96 des oben angegebenen Reichsabſch. von 1594 ſehr beſtimmt ausgeſprochen, daß ungeachtet der Appellant ſich mit ſeinen nothwendig vorzunehmenden Handlungen verſpätet habe, der Appellat vermöge der Rechten ſein *beneficium commune appellationis* darum nicht verlieren, ſondern in ſeinem Intereſſe die Appellation ſolle ausführen dürfen. Darnach wurde reichsgeſetzlich zum Eintritte der Gemeinſchaftlichkeit der Appellation im Intereſſe des Appellaten in der That nicht mehr gefordert, als nach römiſchem Rechte, weniger noch als nach Const. 39 de appellat., denn dieſe ſetzt voraus, daß der Appellant die causas appellationis proponirt habe. Der J. R. A. ſchrieb nun freilich (J. 1654) im §. 64 vor: daß „ein jeder Appellant hiefür ſeine gravamina appellationis jedesmal gleich mit der Supplication pro processibus übergeben, darinnen abſonderlich, worin er ſich beſchwert erachte, anzeigen, und ſolche ſeine gravamina oder Appellationsurſachen dem Appellaten inſinuiren laſſen ſolle; und zwar ſoll ſich der Appellant (nach §. 67 des J. R. A.) in alle Wege mit Ausbringung und Inſinuirung der Prozeſſe, bei Strafe der Deſertion, dergeſtalt befördern, damit die Inſinuation wenigſtens vor Ablauf der vier erſten nach interponirter Appellation folgender Monate unfehlbar geſchehe, und hierin beſtand die außergerichtliche Einführung der Appellation. Desgleichen verordnete derſelbe J. R. A. §. 58, daß in primo termino der Appellant die

13) C. G. O. v. 1521 Tit. 23 §. 1 2 C. G. O. v. 1555 II. 30 §. 1 f.

14) C. G. O. v. 1555 III. 44 §. 1 vergl. mit Tit. 43 §. 1. 2. Schmelzer, Contumazialproz. S. 462 f.

ausgegangenen Appellationsprozeſſe reproduziren ſolle, gleichfalls bei Vermeidung der Deſertion [15]), aber nirgends hat der J. R. A. oder ein, nach dem J. 1594 erſchienenes Reichsgeſetz den ſchon längſt beſtandenen [16]) Grundſatz des R. A. v. 1594 §. 96 aufgehoben; nach welchem die Vernachläſſigung des Reproductionstermins durch den Appellanten, dem Appellaten nicht ſchaden ſoll, wenn der Appellant nur vorher alle Formalien gehörig beobachtet hat, ſo daß alſo in einem ſolchen Falle der Appellat die Fortſetzung und Entſcheidung der Appellation fordern konnte [16]).

Die erwähnte, durch Juſtinian eingeführte Abänderung des älteren Rechts, drückten früh ſchon einige Rechtslehrer durch den Satz aus: der Appellat könne adhäriren, (Adhäſion — beneficium adhaesionis); andere durch den Satz: die Appellation ſey eine geſetzlich gemeinſchaftliche, beiden Theilen zukommende, Wohlthat (Gemeinſchaftlichkeit der Appellation — communio appellationis); andere gebrauchen beide Ausdrücke als gleichbedeutend [17]); manche Neuere nennen die Befugniß des Appellaten, ſich mit eigenen Beſchwerden den Beſchwerden des Appellanten anſchließen zu dürfen das benef. adhaesionis, und die Befugniß und Pflicht des Richters, etwaige Beſchwerden des abweſenden Appellaten amtswegen zu berückſichtigen, die communio appellationis [18]), wovon eine Folge die Möglichkeit der reformatio in pejus ſey.

Es leuchtet nun aber ein, daß die beiden eben hervorgehobenen, von Juſtinian ſelbſt ſehr beſtimmt unterſchiedenen Fälle, nämlich der, wo der gegenwärtige Appellat

---

15) Schmelzer, Contumacialprozeß S. 461 f.

16) C. A. O. v. 1555 III. 34. 44. §. 12. Schmelzer a. a. O. S. 472 §. 38.

17) v. Berg, reichsger. Verf. u. Prax. §. 320. Die Anſicht Gönners im Handb. III. S. 174 iſt hiernach als unrichtig zu betrachten.

18) C. G. Riedesel ab Eisenbach (Pr. G. D. Hoffmann) Diss. de adhaes. et commun. appellat. Tübing. 1769.

ſeine Einwendungen ſelbſt macht, und der, wo der abweſende durch den Richter vertreten werden ſoll, in der Theorie gehörig getrennt gehalten werden müſſen. Eine Gemeinſchaftlichkeit der Appellation hat Juſtinian allerdings, das ältere Recht abändernd, geſchaffen, und in ſofern iſt es gewiß nicht unpaſſend, im jetzigen Rechte von einer communio appellationis zu ſprechen, aber dieſe Gemeinſchaftlichkeit kann auf zwei verſchiedenen Wegen wirkſam werden [19]), und dieſe ſind deßhalb auch hier abgeſondert zu behandeln.

§. 7.

Zu den Vorausſetzungen zum Vorhandenſeyn der Gemeinſchaftlichkeit der Appellation gehört: daß von einem Theile die Appellation gehörig eingelegt, und bis zu dem Zeitpuncte fortgeſetzt iſt, mit welchem die Gemeinſchaftlichkeit im Sinne des Geſetzes eintritt. Es liegt in der Natur des Verhältniſſes, daß da die Gemeinſchaftlichkeit der Appellation durch die Appellation eines Theils begründet wird, dieſe ergriffene Appellation rechtsbeſtändig eingelegt und bis zu dem im Geſetze vorausgeſetzten Zeitpunct fortgeſetzt ſeyn muß.

Was nun zunächſt dieſen Zeitpunct, mit welchem die Gemeinſchaftlichkeit eintritt, anbetrifft, ſo beſtimmt dieſen die Const. 39 de appellat. dahin: „si appellator semel *in iudicem venerit*, et *causas appellationis* suae *proposuerit*“. Gönner bemerkt hierüber: daß bei den Römern der Beſchwerdelibell (causae appellationis) erſt da vorgebracht worden ſey, wo der Oberrichter die Appellation angenommen, und zur Behandlung der Sache beide Theile vorgeladen habe. Dies ſey in der Appellationsinſtanz das iudicium geweſen, und nach gemeinem deutſchen Prozeßrechte erlange der Appellat das Recht der Gemeinſchaft daher erſt dadurch, daß nach erkannten Prozeſſen der Appellant es zu den eigentlichen Verhandlungen in der Appellationsinſtanz kom-

19) Mehlen, üb. d. Appellation §. 13 u. 19.

men laſſe [20]). Almendingen knüpft den Anfang der Gemeinſchaft an den Zeitpunct, wenn der Appellant Appellationsprozeſſe beim höheren Richter und die Vorladung ſeines Gegners erwirkt hat [21]). Batz läßt die Gemeinſchaft mit dem Augenblicke der erkannten Appellationsprozeſſe eintreten [22]), und Bayer bemerkt, das eine richtige Auslegung des Geſetzes zu dem Reſultate führe, daß ſpäteſtens durch die Rechtfertigung, wenn nicht gar ſchon durch die Einführung der Appellation für den Gegner das Recht zu adhäriren begründet werde [23]).

Gensler [24]) endlich nimmt an: daß die Worte „causas appellationis suae proposuerit“ die Gemeinſchaft und Befugniß zur Adhäſion mit der Introduction der Appellation und dem Vortrag der ſpeziellen Beſchwerden eintreten.

Um dieſen Punct klar und richtig zu entſcheiden, muß auf das römiſche Verfahren zurückgegangen werden. Hiernach beſtanden die, von Seiten des Appellanten beim Oberrichter vorzunehmenden, Handlungen darin daß er, wenn der Unterrichter die Appellation nicht angenommen, ſich deshalb beſchwerend an den Oberrichter wandte, wenn ſie aber angenommen war, dem Oberrichter in geſetzlich beſtimmter Zeit die Apoſtel und Acten überbrachte, und dadurch die Appellation einführte. Nach den Beſtimmungen des Theodoſiſchen Codex war der Tag genau beſtimmt, an welchem

20) Gönner, Handb. III. S. 171—176.

21) v. Almendingen, Metaphyſik. S. 180 f.

22) v. Batz, vermiſchte Abh. XX. §. 14 S. 270.

23) Bayer, Vorträge S. 496. Dieſelbe Behauptung ſtellte ſchon Mehlen (über d. Appellation §. 16 a. Anf. u. §. 21 a. Ende) auf, dem deshalb Gönner (Handb. III. S. 174) mit Unrecht den Vorwurf macht, daß er in ſeinem, der Lehre von den Rechtsmitteln eigends gewidmeten Werke, von dieſer Frage gänzlich geſchwiegen habe.

24) Commentar üb. Martins Civ. Proz. Lehrb. II. S. 121 f.

die Einführung im Appellationsgerichte ſtatt finden, und die Verhandlung beginnen ſollte, ohne daß es nöthig war, den Appellaten, der dieſe Termine kannte, da er von der Einlegung des Rechtsmittels, und der von dem Appellanten etwa erlangten reparatio in Kenntniß geſetzt werden mußte [25]), zu laden. Wenn der Appellant den Termin verſäumte, ſo verlor er das Rechtsmittel [26]). Am Tage der Einführung der Appellation begann auch regelmäßig die Rechtfertigung [27]). Für die Fortſetzung und Beendigung der interponirten und eingeführten Appellation finden wir ſeit Juſtinian feſte Zeiträume von einem und längſtens zwei Jahren, die urſprünglich bei Strafe der Deſertion des Rechtsmittels [28]) einzuhalten waren. Das causas oder causam appellationis reddere, agere, dicere, repraesentare, proponere [29]) geſchah vor dem Appellationsrichter, und ſowohl dieſe Ausdrücke, als andere Andeutungen [30]), wornach insbeſondere auch von einer praesentia der Partheien [31]), von einer responsio des Gegners die Rede war, weiſen auf mündliche Verhandlung, alſo perſönliches Erſcheinen vor Gericht hin. Das Vorbringen der causae appellationis gehörte jedenfalls in das Stadium der Appellationsrechtfertigung, d. h. in jenen Theil der Appellationsverhandlung, in welchem das negotium

---

25) Cod. Theod. de reparat. appellat. 11, 31. Const. 5 de appellat. 7, 62.

26) S. überhaupt Bethmann-Hollweg, Handb. I. §. 33. S. 356 f. Zimmern, röm. R. G. III. §. 175.

27) Nov. 119 cap. 4. Const. 32 pr. §. 4 de appellat. 7, 62.

28) Const. 5. §. 4 de temp. appellat. 7, 63.

29) Fr. 3. §. 3. Fr. 4. §. 1. Fr. 5. §. 2. Fr. 7. de appellat. 49, 1. Pauli S. R. V. 35. Const. 1. si pend. appell. 7, 66. Const. 8. de appellat. 7, 62. Const. 39 eod.

30) Const. 64. Cod. Theod. de appellat. „negotium peroratum cf. Const. un. C. Th. si pend. appellat. 11. 35. Zimmern, röm. Rechtsgeſch. III. §. 175. Note 1. S. 525.

31) Nov. 119. c. 4. Nov. 49. c. 1. Nov. 126.

perorirt, ad audientiam des Oberrichters gebracht wurde. Wenn deßhalb auch regelmäßig die Rechtfertigung gleichzeitig mit der Einführung vorgenommen wurde, ſo waren dieſes doch weſentlich verſchiedene Handlungen. Was nun die Thätigkeit des Appellationsrichters, und die Handlungen der Partheien zur Herbeiführung des Ausgangs der Appellationsinſtanz anbetrifft, ſo ſchritt der Appellationsrichter unaufgefordert nicht zur Entſcheidung, dagegen war es Grundſatz: daß er ſchon auf den Antrag und nach Anhörung einer Parthei eine Entſcheidung geben konnte. Erſchienen nun beide Partheien, ſo wurde zwar nicht nur der Appellant, ſondern auch der Appellat mit ſeinem Widerſpruch gehört [32]), der aber früher mit Erfolg blos darauf gerichtet ſeyn konnte, das unterrichterliche Urtheil aufrecht zu erhalten, nicht auch darauf, eine noch günſtigere Entſcheidung für ſich zu bewirken [33]). Erſchien kein Theil, ſo blieb es natürlich bei der unterichterlichen Sentenz. Erſchien der Appellant nicht, ſo konnte der Appellat einſeitig die Verwerfung der Appellation ausſprechen laſſen. Erſchien der Appellat nicht, dann ſetzte der Appellant, ohne eigentliches Contumacialverfahren die Sache fort [34]). An dieſem Syſteme hat aber Juſtinian nun ſpäter weſentliche Veränderungen gemacht. Er verordnete nämlich:

1) daß wenn der Appellant erſcheine, und ſeine causas appellationis proponire, der Appellat, wenn er auch erſcheine, gleichfalls ſeine Beſchwerden gegen das Urtheil vorbringen, und zu ſeinen Gunſten eine reformatoriſche Sentenz ſollte erwirken dürfen; der Richter aber, wenn der Appellant nicht erſchienen war, amtswe-

---

32) Fr. 41. fam. erciſc. 10, 2. Fr. 3 de his quae in test. del. 28, 4.

33) Const. 39 de appellat. 7, 62.

34) Const. 5 de temp. appellat. 7, 63. Nov. 49 pr.

gen deſſen Intereſſen wahrnehmen und zu ſeinen Gunſten reformiren ſollte [35]);

2) Die Beſtimmung, nach welcher binnen längſtens zwei Jahren, bei Strafe der Deſertion des Rechtsmittels, das Appellationsverfahren, nachdem die Appellation gehörig introducirt war, fortgeſetzt und beendigt ſeyn mußte [36]), wurde dahin geändert, daß wenn der Appellant binnen der zweijährigen Friſt nicht erſcheint und die zur Beendigung des Appellationsverfahrens von ſeiner Seite erforderlichen Handlungen vornimmt, der Appellat ihn in dem letzten Monate der zwei Jahre zur Verhandlung auffordern, und mag ſich derſelbe dann ſtellen oder nicht, ſeine Gründe vortragen darf, worauf in der Sache nach ihrem wahren Verhalte erkannt werden ſollte, ſo daß alſo der Ausſpruch ſowohl für den Appellanten als für den Appellaten ausfallen konnte [37]).

3) Endlich verordnet er in einer nicht gloſſirten Novelle: daß ſtets, mögen beide Theile, oder auch nur ein Theil bei den Verhandlungen erſcheinen, das Appellationsurtheil durchaus nach der Sachlage und dem materiellen Rechte entſprechend (veritate et iure considerato causae legitime decidantur [38]) erfolgen ſolle.

Es geht aus dieſer Darſtellung hervor, daß nach den Beſtimmungen des römiſchen Rechts die Appellationsgemeinſchaft durch nichts weiter bedingt war, als dadurch, daß die Appellationsintroduction von Seiten des Appellanten ſtattgefunden habe. Sobald der Appellant die Formalien der Einführung gewahrt, konnte der Appellant die Appellation einſeitig fortſetzen und zur Beendigung bringen. Zwar ſagt die Const.

35) Const. 39 de appellat. 7, 62.

36) Const. 5 §. 4 Cod. de temp. et rep. app. 7, 63.

37) Nov. 49 cap. 1. „Volumus enim etc.“

38) Nov. 126. c. 2.

39 de appellat., daß die Gemeinſchaftlichkeit vorausſetze, daß der Appellant auch ſchon causas appellationis proponirt habe, und da wenigſtens die Juſtification der causae appellationis in den Abſchnitt des Appellationsverfahrens, den wir den Rechtfertigungstermin nennen, fiel, ſo ſcheint zu folgen, daß die Gemeinſchaft auch höchſtens erſt mit erfolgter Rechtfertigung eintreten könne. Wenn es wirklich die Abſicht in der Const. 39 cit. geweſen ſeyn ſollte, jenes feſtzuſtellen, ſo würde die Beſtimmung durch das Novellenrecht wieder als aufgehoben betrachtet werden müſſen. Es ſcheint aber, daß ſchon in Const. 39 das ganze Gewicht auf das einmalige Erſcheinen des Appellaten vor dem höhern Richter, um ſeine Appellationsſache anhängig zu machen, gelegt wird, und in dieſer Stelle das causas appellationis proponere nichts weiter heißt, als ſeine Appellationsangelegenheit vorbringen, in welcher Bedeutung Juſtinian dieſelben Worte im §. 1 deſſelben Geſetzes offenbar gebraucht. Juſtinian konnte von der Juſtification der causae appellationis um ſo weniger ſo wichtige Folgen abhängig machen wollen, als es nach römiſchem Rechte gar nicht weſentlich war, Appellationsbeſchwerden aufzuſtellen. Gönner hat dagegen behauptet, daß ſchon nach römiſchem Rechte ein iudicium ſo lange nicht vorhanden ſey, als der Appellant nicht erſchienen, und nicht durch Vorbringen ſeiner Einwendungen (Litiscontestation) die eigentlichen Verhandlungen in der Appellationsinſtanz bewirkt habe, und daß daher die Gemeinſchaft des Rechtsmittels erſt mit dieſem Momente eintrete [39]). Allein dieſe Anſicht widerlegt ſich einfach aus dem Geſetze ſelbſt, denn daß hierin iudicium nicht die von Gönner unterſtellte Bedeutung habe, folgt daraus, daß der Geſetzgeber dabei auch den Fall vor Augen hatte, wo der Appellat gar nicht Theil an der gerichtlichen Verhandlung nimmt. Juſtinian ſtellt keine andere

39) Gönner, a. a. O. S. 171—176.

Vorausſetzungen, als daß der Appellant im iudicium erſchienen iſt, und ſeine Beſchwerden proponirt hat. Dieſes ſind Handlungen, welche der Appellant, ohne alle Mitwirkung des Appellaten, blos dem Gerichte gegenüber vornimmt, und ſobald dieſe Handlungen ſtattgefunden, ſoll das Recht der Gemeinſchaft begründet, der Appellat Einwendungen zu machen berechtigt, und, in deſſen Abweſenheit, der Richter des Appellaten Intereſſe zu wahren verpflichtet ſeyn. Selbſt die nicht ſo weit gehende Anſicht welche v. Almendingen und v. Batz vertheidigen, beruht noch auf ähnlichen willkührlichen Vorausſetzungen; denn v. Almendingen geht, ohne nähere Begründung davon aus, daß Juſtinian mit den Worten: si appellator etc., nach unſerem juriſtiſchen Sprachgebrauche habe ſagen wollen: „wenn der Appellant Appellationsprozeſſe beim höheren Richter und die Vorladung ſeines Gegners erwirkt habe"; und v. Batz ſagt: „das Geſetz fordert nichts weiter als die dem Gericht vorgetragenen Gründe. Ohne Zweifel konnte nach dem damaligen gerichtlichen Verfahren dieſer Vortrag erſt nach der für rechtlich begründet erkannten Appellation geſchehen, indem ſich ſonſt das Geſetz anders ausgedrückt haben würde. So viel iſt gewiß: daß vor der richterlichen Erkenntniß über die Zuläſſigkeit ſich keine Gemeinſchaft der Appellation denken läßt. Daher ſind h. z. T., wo dies Erkenntniß gewöhnlich erſt nach der dem Gerichte vorgelegten Beſchwerdeſchrift erfolgt, die erkannten Prozeſſe der geſetzliche Zeitpunct des für den Appellanten eintretenden Rechts der Appellationsgemeinſchaft." Unbewieſen iſt die Vorausſetzung, daß nach römiſchrechtlichem Verfahren der Appellationsrichter erſt ein Erkenntniß über die Zuläſſigkeit der Appellation gegeben habe, ähnlich unſerem Erkennen der Appellationsprozeſſe, vielmehr ging das Urtheil des Oberrichters immer bis auf Juſtinian allgemein dahin: daß die Appellation begründet oder nicht be-

gründet (iusta vel iniusta) ſey [40]), und erſt ſeit der Const. 39 de appellat. 7, 62 paßte dieſe allgemeine Urtheilsformel inſofern nicht mehr, als nun auch zu Gunſten des Appellaten reformirt werden konnte. Aber auch abgeſehen hiervon iſt es, bei den klaren Worten des Const. 39, eine ganz willkührliche Behauptung, daß erſt mit dem Ausſpruche des Oberrichters über die Zuläſſigkeit der Appellation, und willkührlicher noch, daß erſt mit der inſinuirten Ladung an den Appellaten, oder gar erſt mit deren Erwiederung, die Gemeinſchaftlichkeit der Appellation eintrete. Der Grundſatz, daß wo keine zuläſſige Appellation vorhanden iſt, auch keine gemeinſchaftliche gedacht werden kann, findet ſeine Rechtfertigung in den Regeln des Denkens; aber dieſer Grundſatz ſchließt keineswegs auch den in ſich: daß die Gemeinſchaftlichkeit zum Zeitpuncte ihres Eintritts ein richterliches Erkenntniß über die Zuläſſigkeit vorausſetze. Wenn das Geſetz die Gemeinſchaftlichkeit mit einer beſtimmten Partheienhandlung des Appellanten eintreten läßt, ſo iſt kein Richter berechtigt den Eintritt an einen entfernteren, durch eine richterliche oder anderweitige Partheienhandlung bedingten Zeitpunct zu knüpfen. Erklärt der Oberrichter, „si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis proposuerit“ daß die Appellation überhaupt unzuläſſig ſey, dann beſteht auch keine Gemeinſchaftlichkeit; aber nimmt der Oberrichter die Zuläſſigkeit ausdrücklich oder ſtillſchweigend als vorhanden an, dann beſteht die Gemeinſchaftlichkeit nach ausdrücklicher und wörtlicher geſetzlicher Dispoſition ſeit der Zeit, wo der Appellant erſchienen iſt, und ſeine causas appellationis proponirt habe. Daß aber auch die deutſche Reichsgeſetzgebung in der That nichts weiter als die Einführung

40) Fr. 6. de his qui not. 3, 2. Fr. 39 pr. de min. 4, 4. Fr. 20. Fr. 57. f. de adm. tut. 26, 7. Fr. ult. de re iud. 42, 1. Fr. 122. §. 5. de V. O. 45, 1. Fr. 24. pr. de appellat. 49, 1. Fr. 2. pr. quando appell. 49, 4. Const. 6 de app.

der Appellation zur Begründung der Gemeinſchaftlichkeit vorausſetzte, iſt ſchon oben (§. 5) nachgewieſen. Praktiſch iſt es ſehr wichtig, ob dieſe oder die jenſeitige Anſicht richtig iſt, weil es davon abhängt, ob der Appellant, nachdem er im iudicium erſchienen, und die causas appellationis proponirt hat, nun doch noch durch Deſertion und Verzicht verhindern darf, daß der Oberrichter weder durch Anträge des Appellaten, noch, nach Lage des Falles, per suum vigorem veranlaßt, das Urtheil zu Gunſten des Appellaten reformiren darf.

Die jenſeitige Anſicht, welche den geſetzlichen Zeitpunct des für den Appellaten eintretenden Rechts der Appellationsgemeinſchaft, nicht an den Augenblick der Einführung, ſondern an eine ſpätere Handlung des Gerichts oder des Appellaten knüpft, führt jedenfalls zu einer Menge anderer Zweifel und Unbeſtimmtheiten. Denn zunächſt frägt ſich, was unter erkannten Appellationsprozeſſen zu verſtehen ſey, ob vollſtändige oder auch unvollſtändige? Je nachdem man das eine oder andere annimmt, iſt der Zeitpunct ein ganz verſchiedener; da bekanntlich in der Regel vollſtändige Appellationsprozeſſe nicht auf einmal erkannt werden. Sodann würde in den Fällen, in welchen nach unſerem heutigen gemeinen deutſchen Prozeßrechte ein oberrichterlicher Beſcheid, ohne Erkennung von Appellationsprozeſſen ſtattfindet, gar keine Appellationsgemeinſchaft ſtattfinden, und da unter ſolcher Vorausſetzung ſogar eine reformatoriſche Verfügung erfolgen kann, der Oberrichter ſonach in das Materielle der Sache eingehen mußte und eingegangen war, ſo würde die ihm durch die jenſeitige Theorie entzogene Möglichkeit, nach Anleitung der Const. 39 de appellat. auch zu Gunſten des Appellaten zu reformiren, den Oberrichter in manchen Fällen zu einer Rechtskränkung nöthigen.

§. 8.

Zu den Erforderniſſen der Appellationsgemeinſchaft zählt man auch noch, daß von Seiten des Appellaten nicht auf

die Appellation verzichtet, und daß derſelbe nicht die Appellationsförmlichkeiten angefochten habe, und nennt dieſes *Hinderniſſe* der Zulaſſung zur Appellationsgemeinſchaft, auch wohl *negative* Erforderniſſe.

Daß ein *rechtsbeſtändiger* Verzicht auf ein Rechtsmittel deſſen Verfolgung ausſchließt, verſteht ſich von ſelbſt, ſo wie, daß darüber, in wiefern ein ſolcher Verzicht zuläſſig und als vorhanden anzunehmen ſey, die allgemeinen Grundſätze gelten [41]). Dabei iſt nun aber nicht zu überſehen, daß die in den Geſetzen, und ganz beſonders im römiſchen Rechte aufgeſtellten Grundſätze blos den Fall eines Verzichts auf eine ſelbſtſtändig zu ergreifende oder ergriffene Appellation vor Augen haben. Es kann gleichwohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß auch auf die Vortheile der Appellationsgemeinſchaft gültig verzichtet werden kann, und daß die Frage über den Umfang und die Rechtsbeſtändigkeit eines ſolchen Verzichts gleichfalls nach den allgemeinen Grundſätzen zu beurtheilen iſt. Dagegen ſcheint aber auch eben ſo gewiß zu ſeyn, daß daraus, daß Jemand auf eine ſelbſtſtändig zu ergreifende oder ergriffene Appellation verzichtet hat, nicht auch gefolgert werden darf, daß er auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinſchaft verzichtet habe. *Juſtinian* erinnert ja ſelbſt in der nämlichen Conſtitution, worin er jene Appellationsgemeinſchaft eingeführt, daran, daß er dadurch denjenigen Hülfe gewähren wolle, die nicht ſelbſtſtändig Appellation ergriffen haben, die alſo nach der gewöhnlichen Betrachtungsweiſe wenigſtens in der Lage eines Verzichtenden ſind. Das Inſtitut der Appellationsgemeinſchaft hatte alſo gewiſſermaßen den Zweck die Folgen *eines* ſtillſchweigenden, in concludenten Handlungen, hier in einer Omiſſion liegenden, Verzichtes für den Appellaten wirkungslos zu machen. Daß nun aber ferner daraus, daß nach eingelegter und verfolgter Appellation des einen Theils, aus dem Nichthandeln

41) S. darüber Archiv. XIV. Abh. 1. u. 8.

des andern Theils kein ſtillſchweigender Verzicht auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinſchaft gefolgert werden darf, fließt gleichfalls aus der weſentlichen Beſchaffenheit des Inſtituts ſelbſt, indem darnach das Richteramt angewieſen iſt per suum vigorem ejus partes admplere, woraus hervorgeht, daß es zu dem eigenthümlichſten Weſen unſeres Inſtituts gehört, daß im Nichthandeln kein ſtillſchweigender Verzicht gefunden werden ſoll. Dagegen wird man annehmen müſſen, daß allerdings auch rechtsbeſtändig ein Verzicht auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinſchaft zuläſſig iſt, wenn er aus ſolchen ausdrücklichen Erklärungen oder concludenten Handlungen abgeleitet werden kann, die zu der Annahme nöthigen, daß der Verzichtende gerade auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinſchaft hat verzichten wollen.

Geht man ſonach von der Anſicht aus, daß aus einem Verzichte auf eine ſelbſtſtändige Appellation gegen ein Urtheil niemals ein Verzicht auf die Appellationsgemeinſchaft gefolgert werden darf, ſo erledigen ſich dadurch auch die Fragen: ob durch die Bitte um Execution des Erkenntniſſes, durch Vollziehung der richterlichen Auflagen, dadurch, „daß man ſich der Urthel bedankt", man auf die Appellationsgemeinſchaft verzichtet habe [42]). Wenn hierin im concreten Falle auch ein Verzicht auf eine ſelbſtſtändige Appellation liegen mag, ſo liegt darin um ſo weniger ein Verzicht auf die Appellationsgemeinſchaft, als jene Handlungen ſichtbar auf der Vorausſetzung beruhen, daß das Urtheil nicht weiter Gegenſtand eines Appellationsverfahrens werden ſolle. Sobald durch die Appellation des Gegners dieſe Vorausſetzung aufgehoben, und dadurch dem Appellaten die Wohlthaten der Gemeinſchaftlichkeit eröffnet ſind, iſt die Lage ſeiner Rechtsſache eine

42) Der Verzicht wird widerſprochen von P. M. Wernher Obs. pract. (edit. de 1701) s. voce. Bedenken. Dagegen Hoch a. a. O. S. 31—43.

ganz andere geworden, als ſie in dem Augenblicke war, wo er jene in Frage geſtellten Handlungen vorgenommen hat.

Auch die fernere Behauptung, daß der Appellat, um die Appellations-Gemeinſchaft genießen zu können, nichts gegen die Richtigkeit der von dem Appellanten beobachteten Fatalien und Formalien der Appellation eingewendet haben dürfe, möchte ſich nicht zureichend rechtfertigen laſſen. Der Appellat welcher die gehörige Beobachtung der Formalien beſtreitet, und auf Deſertion anträgt, hält ſich nur in der Conſequenz, in welcher er auch keine ſelbſtſtändige Appellation gegen einen Spruch einwandte, den er von Anfang an vielleicht für beſchwerend hielt, d. h. er will lieber bei dem erfolgten Spruche ſich beruhigen, als ein noch vortheilhafteres Erkenntniß vermittelſt Durchfechtung der Appellationsinſtanz erringen. Daß dieſes ein Hauptzweck für ihn iſt, beweiſt die Unterlaſſung der ſelbſtſtändigen Appellation. Wenn nun das Geſetz ihm unbedingt die Gemeinſchaft des Rechtsmittels zuſichert, in der Beſtreitung der Formalien nicht im entfernteſten ein Verzicht auf jene geſetzliche Wohlthat liegt, durch die Beſtreitung auch nichts weiter beantragt wird, als was der Appellationsrichter ſchon amtlich zu erwägen hat, ſo iſt auch nicht einzuſehen, mit welchem Grunde man den Appellaten von der Gemeinſchaft ausſchließen will. Die Appellationsgemeinſchaft iſt nicht dadurch begründet, daß der Appellat die Appellation für zuläſſig hält, ſondern dadurch, daß ſie es wirklich iſt. Deßhalb kann eine irrige Anſicht des Appellaten über die Zuläſſigkeit auch nichts entſcheiden. Es ſind hier deßhalb auch keine Unterſcheidungen zu machen, ob der Appellat ſein Geſuch um Zulaſſung zur Appellationsgemeinſchaft eventuell eingerichtet, oder unbedingt ſimultaniſch mit dem Antrage auf Deſertionserklärung gehäuft hat [43]); denn die Gemeinſchaft hängt von ſeinen Anträgen

43) Hoch a. a. O. S. 44 ff. macht ſolche Diſtinctionen.

ja überhaupt nicht ab, iſt in keiner Weiſe dadurch bedingt.

Rückſichtlich der Frage endlich: ob dem Appellaten, der zwar ſelbſtſtändig appellirt hatte, deſſen Appellation aber auf irgend eine Weiſe deſert geworden iſt, doch die Vortheile der Appellationsgemeinſchaft aus der gegneriſchen Appellation verbleiben? unterſcheidet man: ob die Hauptappellation des Appellaten andere Urtheilspuncte berührt habe, als diejenigen ſind, hinſichtlich welcher der Appellation des Gegners inhärirt werden will, und nach Maßgabe der Beſchaffenheit der Puncte, gegen welche Letzterer appellirt hat, an und für ſich inhärirt werden könnte, oder ob es ganz oder zum Theil die nämlichen ſind, und behauptet, ſoweit es die nämlichen dazu trennbaren Puncte ſeyen, wegen welcher der Appellat bereits die ſpäter jedoch deſerirte Hauptappellation ergriffen habe, ſo könne er offenbar auch nicht mehr adhäriren; denn er habe ja durch die Deſertion ſeiner Hauptappellation auf diesfallſige Beſchwerden verzichtet; ſolche können alſo unter keinerlei Form wieder geltend gemacht werden. Wäre aber ſogar die deſerirte appellatiſche Hauptappellation generell conſtruirt geweſen, ſo höre offenbar eine Adhäſion gänzlich auf, weil durch Deſertion dieſer generellen Appellation auf jedwede Beſchwerde verzichtet worden ſey. Wären es dagegen nicht die nämlichen Erkenntnißpuncte, gegen welche der Gegner des inhäriren wollenden Appellaten die Appellation ergriffen, ſo ſey die Adhäſion keinem Anſtande unterworfen, da der Appellat durch Deſertion ſeiner Hauptappellation blos auf die Beſchwerden gegen jene Erkenntnißpuncte, gegen welche er appellirt, verzichtet habe [44]). Aber auch die Unterſcheidungen, fließend aus falſchen Grundſätzen über unſer Inſtitut, ſind der Abſicht der Geſetze über daſſelbe, und deſſen Geiſte durchaus fremd. Wer appellirte, aber ſeine

44) Hoch, a. a. O. §. 60.

Appellation deſert werden ließ, kann nicht nachtheiliger in der Sache behandelt werden, als einer der gar nicht appellirte, denn der Erſtere hat ſogar noch einigen Fleiß mehr angewendet, als der Letztere. Juſtinian beabſichtigte zudem, den ſtreitenden Theilen eine größere Fürſorge zuzuwenden, als ſie ſelbſt bei gehöriger Aufmerkſamkeit (forsitan *ipsi vigilantes*) bewirken möchten. Das Inſtitut der Appellationsgemeinſchaft führt in ſeiner geſetzlichen Bedeutung ohnehin zu dem Ergebniß, daß wenn ein Theil appellirt hat, die Appellation des andern ein ganz überflüſſiges Beginnen iſt, weil der Appellat ja alles dasjenige auf dem Wege der ſ. g. Adhäſion wahren kann, was ihm je eine ſelbſtſtändige Appellation ſicherte; man kann die Richtigkeit dieſer Anſicht nur, von irrigen Anſichten ausgehend, beſtreiten. Die Anſicht in der Deſertion einen Verzicht zu finden, führt ſchon bei anderen Fragen zu Conſequenzen, die ſich als irrig nachweiſen laſſen; und daſſelbe iſt hier der Fall, und man möchte fragen: ob derjenige, der gar nicht appellirte, dann weniger als verzichtend betrachtet werden darf, als der Appellant, deſſen Appellation deſert geht? Iſt bei einem beſtimmten Inſtitute der angebliche Verzicht des Erſteren nicht nachtheilig, ſo kann es auch ohne ausdrückliches Geſetz der des Letzteren nicht ſeyn! Gerade für die nicht hinlänglich Vorſichtigen wollte der Geſetzgeber ſorgen, und das iſt ſowohl der, deſſen Appellation deſert geht, als der, der überhaupt nicht appellirte. Beide ſind alſo gleich zu behandeln.

§. 9.

Verſchieden von der Frage: mit welchem Zeitpuncte die Gemeinſchaftlichkeit der Appellation eintrete? iſt eine andere: ob, wenn der Appellat gegenwärtig iſt, nur dann zu ſeinen Gunſten der Appellationsrichter ſprechen darf, wenn er ausdrücklich auf Abänderung des Urtheils anträgt?

Gönner lehrte in dieſer Beziehung: daß die Anſicht derjenigen, welche behaupten, daß die Gemeinſchaft der Ap-

pellation von ſelbſt ſtattfinde, und deshalb keine Erklärung des Appellaten nothwendig wäre, irrig ſey. Das Geſetz mache einen Unterſchied, ob der Appellat gegenwärtig ſey oder nicht, im erſten Falle ſtelle das Geſetz es ganz ſeiner Willkühr anheim, ob er dem Urtheile etwas entgegenſetzen wolle; und nur da, wo er dieſes wirklich thue, werde dem Richter die Macht ertheilt, das Urtheil zu ſeinem Vortheil abzuändern. Sonnenklar erkläre das Geſetz die Wirkungen der Gemeinſchaft eines Rechtsmittels bei einem anweſenden Appellaten als bedingt durch die Forderung deſſelben, daß auch zu ſeinem Vortheil das Urtheil abgeändert, daß auch ſeine Beſchwerde gehoben werde. Dieſe Erklärung oder Forderung mache die eigentliche Adhäſion aus; dies ſey alſo von der Wohlthat der Gemeinſchaft der Rechtsmittel unzertrennbar, ſie ſey von ihr eigentlich nicht verſchieden, ſondern nur die Bedingung, unter welcher die Wirkungen der Gemeinſchaft in die Wirklichkeit übergehen können. Die Unterlaſſung dieſer ausdrücklichen Erklärung müſſe als ein Verzicht angeſehen werden, denn dadurch erkläre der Appellat in einer ſehr concludenten Handlung, daß er mit dem Urtheil zufrieden ſey, und er beſchränke ſein Recht auf Beſtätigung des Erkenntniſſes. So wenig der Richter Rechte von Amtswegen anerkennen, oder ultra petita partium ſprechen dürfe, ſo wenig dürfe er amtswegen dem Appellaten Vortheile zuſprechen, welche derſelbe nicht in Anſpruch genommen [45]).

Almendingen dagegen ſcheint ſich ſelbſt zu widerſprechen [46]), denn er erklärt unmittelbar aufeinanderfolgend, in

45) Gönner, Handb. III. S. 177 f.

46) Wenn Batz a. a. O. S. 267. Almendingens Metaphyſik S. 167. 168 mit Gönners Anſicht zuſamenſtellt, ſo beruht dieſes auf einem Mißverſtändniß, denn die Anſicht, welche Almendingen a. a. O. S. 167. 168 entwickelt, betrachtet er ſelbſt nur als eine gelehrte Demonſtration, die er durch die Aeuſſerungen auf S. 169 a. E. und dann S. 183 f. ſelbſt widerlegt.

derſelben Abhandlung eine ſolche Erklärung für nothwendig [47]), und für überflüſſig [48]). Batz endlich lehrt zwar, daß der Appellat, welcher von dem gemeinſchaftlichen Rechte Gebrauch machen wolle, dieſes ausdrücklich oder ſtillſchweigend durch An- und Ausführung ſeiner Beſchwerden erklären, d. h. adhäriren müſſe; und dieſe Handlung ſey weder überflüſſig noch ein Wortſpiel, wenn man nicht Gemeinſchaft der Appellation als Recht mit deren Gebrauch als Factum für einerlei halten wolle. Batz unterſcheidet ſonach ſehr ſcharf die Erklärung adhäriren zu wollen, von den Anträgen des Appellaten auf Abänderung der Sentenz, und bemerkt deshalb auch, daß Gönner die Adhäſion mit der rechtlichen Bitte des Appellaten um Abänderung des Urtheils verwechſelt, und vorausgeſetzt habe, daß letztere der ausdrücklichen Erklärung, ſich der Rechtswohlthat der gemeinſchaftlichen Appellation bedienen zu wollen, angehängt werden müſſe [49]). Wir ſind der Anſicht, daß, nachdem durch die Einführung der Appellation das Rechtsmittel gemeinſchaftlich geworden iſt, dem Geſetze nach der anweſende Appellat zwar Einwendungen gegen das Urtheil vorzubringen befugt iſt, und hierin der durch concludente Handlung erklärte Wille adhäriren zu wollen, liege; daß aber weder hierdurch noch durch eine ausdrückliche Erklärung adhäriren zu wollen, noch weniger durch beſtimmte Anträge auf Abänderung des Spruchs, die Zuläſſigkeit eines zu Gunſten des Appellaten abzufaſſenden Erkenntniſſes bedingt iſt. Wir gehen alſo in jeder Beziehung noch weiter als Batz. Das Geſetz kündigt ausdrücklich an, daß es Abſicht des Geſetzgebers ſey, für die Partheien in größerem Maaße zu ſorgen, als es ihnen ſelbſt je gelingen könne (*ampliorem* providentiam subjectis conferentes, quam forsan *ipsi vigilantes* inveniunt), und

47) v. Almendingen a. a. O. S. 183.

48) v. Almendingen a. a. O. 185.

49) Batz a. a. O. S. 266 – 270.

fährt dann fort, daß zwar der gegenwärtige Appellat Einwendungen vorbringen, und der richterlichen Berückſichtigung gewiß ſeyn dürfe, daß aber ſelbſt, wenn er abweſend ſey, der Richter amtlich ſeine Intereſſen wahren ſolle. Es hat nun allerdings, beſonders wenn man unſern heutigen gemeinen Prozeß mit ſeinen Ladungen und ſeinem Contumazialverfahren, mit den gewöhnlichen Begriffen von Verhandlungsmaxime und von dem Grundſatze ne ultra petita partium, vor Augen hat, viel Schein für ſich, wenn man davon ausgeht, daß amtliches Vertreten einer Parthei durch den Richter als etwas, das den Hauptgrundlagen des Prozeſſes widerſpreche, als eine Ausnahme von der Regel, ganz enge in den Gränzen gehalten werden müſſe, die durch ein, an ſich ſehr exorbitantes Inſtitut geſetzlich gezogen ſeye, und daß, wenn am Ende auch einige Billigkeit dafür ſpreche, den abweſenden Appellaten durch den Richter vertreten zu laſſen, für den anweſenden doch auch dieſer Grundſatz fortfalle. Allein dieſe ganze Betrachtungsweiſe iſt doch nur ſcheinbar. Um die Juſtinianiſche Verordnung in ihrer Bedeutung richtig zu würdigen, muß man ſie nicht aus dem Standpuncte unſerer heutigen Prozeßtheorien, ſondern aus dem Standpuncte betrachten, den die Umgebungen des römiſchen Prozeſſes darbieten. Hiernach war auf die Anweſenheit des Appellaten gar nicht gerechnet, er durfte erſcheinen und wurde dann mit ſeinem Widerſpruche gehört, aber der Fortgang der Verhandlung war dadurch nicht im mindeſten bedingt. Wenn nun Juſtinian im J. 530 an dieſem Verfahren gar nichts, ſondern nur darin eine Aenderung treffen wollte, daß auch zu Gunſten des Appellaten Aenderungen des Spruchs amtswegen vorgenommen werden ſollten, und bei der Gelegenheit bemerkt, daß der anweſende Appellat, wenn er wolle, auch Einwendungen vorbringen dürfe, ſo folgt daraus nicht, daß der abweſende Appellat rückſichtsvoller noch behandelt werden ſolle, als der anwe-

ſende, im Gegentheile in dem Worte „nihilominus“ des Geſetzes liegt wohl klar, daß der Geſetzgeber ausſprechen wollte, eine Rückſicht, die das Richteramt dem anweſenden angedeihen laſſen ſolle, dürfe auch dem abweſenden nicht entzogen werden. Es iſt in der That auch kein Grund aufzufinden, aus welchem eine Parthei, die ein beſonderes Intereſſe für ihre Sache dadurch an den Tag legt, daß ſie Mühe und Koſten nicht ſcheut, zu erſcheinen, und nach Kräften ihre Sache zu unterſtützen, von dem Richter weniger berückſichtigt zu werden verdiene, als eine andere, die ſich ſolche Mühe nicht giebt. Das Gegentheil annehmen, heißt die Aufmerkſamkeit ſtrafen, und die Gleichgültigkeit belohnen.

Daß aber die Pflicht des Richters, zu Gunſten des Appellaten nach dem Erfolge der Unterſuchungen zu ſprechen, nicht dadurch bedingt iſt, daß derſelbe ausdrücklich oder ſtillſchweigend adhärirt, oder gar beſtimmte Beſchwerden aufſtellt, und Anträge auf Abänderung bildet, folgt ſchon daraus, daß das Geſetz von allem dem nichts weiß, wohl aber geradezu den Fall vorausſetzt, wo nur der eine Theil causas appellationis proponirt, der andere aber ſich beruhigt hat. Die Worte „si quid iudicatis opponere maluerit“ können in keinem Falle ſo verſtanden werden, daß beſtimmte Beſchwerden gebildet, und Anträge geſtellt werden müßten. Sie enthalten allerdings in ſo fern etwas Neues, als bis zu dieſer Conſtitution die Vorträge des Appellaten nur auf Rechtfertigung des Spruchs, und auf Widerſpruch gegen die appellantiſchen Anträge, wirkſam gerichtet ſeyn konnten; durch die Conſtitution aber auch Einwendungen und Beſchwerden gegen das Urtheil als zuläſſig und vom Richter zu berückſichtigen, anerkannt wurden, aber die erweiterte Aufgabe der Thätigkeit des Oberrichters wurde dadurch auch dem anweſenden Appellaten gegenüber nicht wieder beſchränkt. Jedenfalls ſcheint das Novellenrecht über die Abſicht Juſtinians auch in dieſer Beziehung keinen erheblichen Zweifel übrig zu laſſen.

§. 10.

Um den Umfang der Appellationsgemeinſchaft richtig zu beſtimmen, muß man vorerſt an den möglichen Umfang der Beſchwerden, die für die Partheien in dem Urtheile liegen können, erinnern. Eine Sentenz kann für beide Theile beſchwerend ſchon dann ſeyn, wenn die Sentenz nur über einen Streitpunct Entſcheidung zu geben hatte, und hierüber entſchieden hat; in der Regel wird in einem ſolchen Falle doch nur eine Parthei möglicherweiſe Beſchwerde zu führen Veranlaſſung haben. Gewöhnlicher iſt eine Beſchwerdeführung von beiden Theilen anzunehmen, wenn eine Sentenz mehrere Puncte zur Entſcheidung bringt, und jeder der ſtreitenden Theile hierin theils für, theils gegen ſeine Anträge und Bitten geurtheilt findet. Die mehreren Puncte ein und deſſelben Urtheils können in ſolchem Falle entweder mit einander in innerer Verbindung ſtehen, ſo daß ſie ſich gar nicht trennen laſſen, und wegen dieſer Verbindung aus ein und demſelben Grundſatze entſchieden werden mußten, deßhalb gewiſſermaßen doch als ein Punct zu betrachten ſind; oder die mehreren Puncte ſind durchaus verſchieden, und nicht mit einander verbunden, ſo daß weder ein gemeinſchaftlicher Entſcheidungsgrund als nothwendig leitende Norm vorhanden iſt, noch ein Punct von dem andern abhängt, die Verbindung alſo blos formell iſt, wie ſie durch objective Klagen häufig am einfachſten oft veranlaßt wird, in welchem Falle dann eben ſo gut mehrere Klagen hätten angeſtellt werden können, wodurch alsdann eben ſo viele verſchiedene getrennte Sentenzen hervorgerufen worden wären, die jetzt in einem Urtheile formell in Verbindung gebracht worden ſind. In Bezug auf dieſe möglichen Fälle bemerkt Mehlen [50], daß die Juſtinianiſche Verordnung ſo allgemein abgefaßt ſey, daß nach dem Sinne derſelben, ohne Unter-

50) Mehlen, über die Appellation §. 14 15.

ſchied, und ohne Rückſicht darauf zu nehmen, ob die Sentenz einen oder mehrere Puncte enthalte, und ob ein einziger, oder mehrere, verbundene oder nicht verbundene Puncte angefochten ſeyen, der gegenwärtige Appellat in allen Fällen befugt ſeyn ſolle, nach geſchehener Einführung und Rechtfertigung der Appellation ſeine Beſchwerden gleichfalls vorzutragen. Allein durch den allgemeinen Gerichtsgebrauch werde die angeführte juſtinianiſche Verordnung eingeſchränkter erklärt, und die Gemeinſchaft der Appellation könne nur in ſo fern eintreten, als die Sentenz durch die Appellation angefochten, und von der Rechtskraft ſuspendirt worden. Diejenigen Puncte der Sentenz alſo, von welchen nicht appellirt ſey, und die Rechtskraft erhalten haben, ſeyen keiner weitern Abänderung fähig. In Gemäßheit dieſer Uſual-Interpretation müſſe man alſo darauf Rückſicht nehmen: 1) ob eine Sentenz mehrere ganz verſchiedene und nicht miteinander verbundene Puncte enthalte; hier komme es darauf an: a) ob der Appellant die ganze Sentenz mittelſt der Appellation von der Rechtskraft ſuspendirt habe? in dieſem Falle einer allgemeinen Appellation, finde eine allgemeine Appellationsgemeinſchaft ſtatt; b) oder ob der Appellant nur von einem oder dem andern beſtimmten Puncte der Sentenz appellirt habe; in dieſem Falle einer eingeſchränkten oder partikulären Appellation trete die Gemeinſchaft blos in Anſehung desjenigen Punctes ein, von welchem appellirt ſey. Finde ſich der Appellat alſo in Anſehung eines andern, nicht angefochtenen Punctes beſchwert, ſo müſſe er von dieſem, für ihn allein nachtheiligen Punct beſonders appelliren und ſeine eigene und beſondere Appellation binnen 10 Tagen einwenden und gehörig fortſetzen; 2) oder ob eine Sentenz nur einen einzigen, oder mehrere mit einander genau verbundene Puncte in ſich faſſe. Hier finde eine allgemeine Gemeinſchaft der Appellation ſtatt, wenn gleich der Appellant nur einen einzigen von mehreren verbundenen Puncten angefochten habe.

In derſelben Schrift bemerkt Mehlen einige Paragraphen ſpäter [51]): die Gemeinſchaft der Appellation finde nach den Geſetzen von ſelbſt ſtatt, und es bedürfe deßhalb keiner Erklärung des Appellaten. Von dieſer Gemeinſchaft ſey die Adhäſion verſchieden, denn dieſe ſey eine ausdrückliche und zwar gerichtliche Erklärung, daß man eben daſſelbe Suspenſivmittel, welches ein anderer eingewandt habe, gebrauchen wolle. Dieſe Erklärung geſchehe entweder vor Ablauf der zehntägigen Nothfriſt des rechtskräftigen Erkenntniſſes oder nach Ablauf dieſer Friſt. Jene heiße eine Prinzipal-Adhäſion, dieſe eine acceſſoriſche. Die erſtere ſey ein eigenes beſonderes Rechtsmittel, und verdiene kaum eine Adhäſion genannt zu werden. Mit der acceſſoriſchen habe es eine andere Bewandtniß. Sie geſchehe nach Ablauf der 10tägigen Nothfriſt, und ſey bloß als ein Acceſſorium von der bereits eingewandten Appellation zu betrachten. Sie gehe folglich 1) blos auf diejenigen Puncte, von welchen appellirt worden. Wenn alſo eine Sentenz mehrere nicht verbundene Puncte enthalte, und der Appellant nur von einem Puncte appellirt habe, ſo könne die acceſſoriſche Adhäſion ſich auch nur auf den einen Punct erſtrecken; erhalten ſie 2) als ein Acceſſorium bloß durch die gegenſeitig geſchehene Haupteinwendung, welcher beigetreten worden, Kraft und Wirkung. Sie gehe alſo inſonderheit bei Appellationen verloren, wenn der Appellant vor der Einführung und Rechtfertigung der Appellation, ſich derſelben begeben habe.

Auch Gönner behauptet, daß die Appellationsgemeinſchaft ſich nur auf diejenigen Puncte des Urtheils beſchränkt, gegen welche der Appellant ſeine Appellation gerichtet habe, und führt zur Begründung dieſer Behauptung an: Gemeinſchaft der Appellation ſetze doch immer eine Appellation vor-

51) Mehlen, a. a. O. §. 19, 20, 21.

aus, dieſe ſey aber nicht vorhanden in Anſehung der Puncte, welche als unangefochten in die Rechtskraft übergehen. Juſtinians Geſetz ſetze aber immer ein Urtheil voraus, deſſen Rechtskraft durch ein Rechtsmittel gehemmt worden. Man müſſe alſo auch bei einem aus mehreren Puncten beſtehenden Erkenntniſſe das Geſetz nur auf die nicht rechtskräftige Puncte anwenden [52]). In ähnlicher Weiſe, und beſtimmter noch, drückte man ſich bei dem herzogl. naſſauiſchen Oberappellationsgerichte aus, wo es heißt: es ergiebt ſich erſt aus der Rechtfertigungsſchrift, welche Theile des Erkenntniſſes der Appellant als beſchwerend angreift, gegen welche alſo ſeine Appellation gerichtet iſt. Mag er auch gegen das Urtheil im Allgemeinen die Berufung eingelegt haben, ſo wird dadurch noch keine Gemeinſchaft derſelben für den Appellaten erworben. Die Freiheit des Appellanten, die Gegenſtände ſeiner Beſchwerdeführung, welche er dem Erkenntniſſe des Oberrichters unterwerfen will, in ſeiner Rechtfertigungsſchrift zu bezeichnen, mithin nur theilweiſe eine Reformation des unterrichterlichen Erkenntniſſes nachzuſuchen, wird dadurch ſo wenig, als ſeine Freiheit, die Appellation ganz fallen zu laſſen, beſchränkt. Das Urtheil, welches mehrere verſchiedene Streitpuncte umfaßt, enthält eben ſo viele beſondere Entſcheidungen einzelner Gegenſtände, alſo eben ſo viele einzelne Urtheile. Diejenigen, welche er unangefochten läßt, gegen welche alſo ſeine Berufung nicht gerichtet war, ſind in Rechtskraft übergegangen. Die Gemeinſchaft der Appellation kann alſo nur von den von ihm angefochtenen, mithin durch die Appellation in ihrer Rechtskraft gehemmten Gegenſtänden verſtanden werden. Nur in Anſehung dieſer erlangt der Appellat ein Recht, eine Abänderung des Erkenntniſſes zu ſeinem Vortheile zu verlangen, nur auf dieſe iſt

52) v. Gönner, a. a. O. S. 170. f. S. auch v. Batz a. a. O. S. 266. §. 11. Hoch v. d. acceſſor. Appellations-Adhäſion. S. 22 f. §. 33.

ſeine Adhäſionsbefugniß beſchränkt, alle übrigen ſind, als auſſer dem Umfange der durch die Appellation bezweckten Rechtsverbeſſerungen liegend, für die acceſſoriſche Adhäſion verloren [53]). Prüft man dieſe verſchiedenen Anſichten näher, ſo überzeugt man ſich bald daß zunächſt bei Mehlen inſofern eine unklare Begriffsbeſtimmung zu Grunde gelegt iſt, als er die Adhäſion, nach der gewöhnlichen Theorie in eine prinzipale und acceſſoriſche abtheilt, zwar ſelbſt bemerkt, daß die prinzipale Adhäſion ein ſelbſtſtändiges Rechtsmittel erſcheine, und kaum den Namen Adhäſion verdiene [54]); aber doch wieder davon ſpricht, daß man wegen derjenigen Puncte, wegen welcher die acceſſoriſche Adhäſion nicht ausreiche, beſonders appelliren, oder prinzipaliter adhäriren, oder ein anderes Suspenſivmittel einwenden müſſe [55]); daß er ferner die Adhäſion als etwas von der Gemeinſchaft der Appellation Verſchiedenes betrachtet, aber doch wieder dieſelben Grundſätze anwendet. Im übrigen hat, nach unſerer Anſicht Mehlen den Sinn der juſtinian. Verordnung über den Umfang der Gemeinſchaft der Appellation richtig angegeben. Denn was die Entgegnungen Gönners und Anderer anbetrifft, ſo iſt es allerdings zuzugeben, daß Gemeinſchaft der Appellation immer eine Appellation vorausſetze, und daß dieſe nicht vorhanden ſey in Anſehung der Puncte, welche als unangefochten in die Rechtskraft übergegangen ſeyen; aber das iſt eine unbewieſene Vorausſetzung, daß alle Puncte einer Sentenz, welche der Appellant unangefochten gelaſſen, in die Rechtskraft übergehen, und auf die Richtigkeit dieſer Vorausſetzung iſt gleichwohl die jenſeitige Anſicht gebaut. Gönner ſelbſt lehrt, daß durch die Appellation nicht nur gerade diejenigen Puncte, gegen welche dieſelbe

---

53) W. d. Nahner, Samml. d. merk. Entſcheidungen des O. A. G. zu Wiesbaden. B. 2. S. 6 f.

54) Mehlen, a. a. O. §. 20.

55) Mehlen, a. a. O. §. 21.

unmittelbar gerichtet war, von der Rechtskraft ſuspendirt werden, ſondern auch diejenigen, welche mit den durch Appellation angefochtenen in einer unzertrennbaren Verbindung ſtehen [56]). Auf die unzertrennbar verbundenen Puncte hätte deßhalb Gönner folgerichtig die Gemeinſchaft der Appellation wenigſtens ausdehnen müſſen, denn daß dieſer, in der Natur der Sache liegende Grundſatz auch für das römiſche und jedes Recht paßt und Gültigkeit hat, bedarf wohl keiner näheren Ausführung. Ob nun aber nach dem röm. Rechte vor der Const. 39 de appellat. überhaupt rückſichtlich der Appellation der Grundſatz gegolten habe, daß die nicht ausdrücklich ſofort angegriffenen Puncte, welche mit angegriffenen in keiner unzertrennbaren Verbindung ſtanden, in Rechtskraft übergegangen, iſt noch lange nicht überzeugend nachgewieſen, und der Verfaſſer glaubt dagegen nicht ganz unerhebliche Zweifel an einem andern Orte erhoben zu haben [57]); und ſobald man zuzugeſtehen geneigt wäre, daß nach römiſchem Rechte der Appellant bei Gelegenheit der Juſtification ganz nach ſeinem Intereſſe die Beſchwerden wechſeln, und ſolche, die er bei der Interpoſition nicht aufgeſtellt hatte, mit Erfolg aufſtellen und rechtfertigen konnte, ſo muß man auch zugeben, daß nach röm. Rechte unmöglich Rechtskraft dadurch entſtehen konnte, daß man einzelne Theile des Urtheils nicht binnen der Interpoſitionsfatale angegriffen hatte. Da aber bis zur Const. 39 cit. im römiſchen Rechte auch für das Appellationsverfahren der Grundſatz galt, daß nicht über die Anträge der Partheien hinaus erkannt werden ſollte, ſo lag hierin allerdings für den Oberrichter ein Hinderungsgrund, an der unterrichtlichen Sentenz mehr zu reformiren, als woranf die Anträge des Appellanten gerichtet waren. Der Grund lag ſonach nicht in der Rechtskraft, ſondern in dem Umfange der Bitten des Appellanten zu Gunſten des Appella-

56) Gönner, Handb. III. S. 158. 246.

57) Zeitſchrift für Civilrecht und Proz. IX. 3. Abh. 10.

ten als ſolchen, d. h. inſofern er nicht ſelbſtſtändig appellirt hatte, war bis zur Const. 39 cit. nun aber die Sentenz allerdings nicht reformationsfähig, und er nicht befugt, mit Erfolg darauf Anträge zu ſtellen. Indem aber die juſtinianiſche Geſetzgebung ſeit der erwähnten Conſtitution in dieſer Beziehung eine Abänderung zu treffen beabſichtigte, und zu dem Ende ausdrücklich geſagt iſt: ſobald der Appellant einmal vor dem Appellationsrichter erſchienen, und ſeine Appellationsangelegenheit vorgebracht habe, ſolle auch der Appellat befugt ſeyn: „si quid iudicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et iudiciale mereri praesidium," ſo muß man, gerade wenn man, wie Gönner mit Recht will, den Sinn der Worte Juſtinians aus dem ganzen Geſetze erklärt, zu dem Reſultate gelangen, daß der Appellat befugt war, das Urtheil in allen ſeinen Theilen anzugreifen. Denn daß er es in den Puncten angreifen durfte, gegen welche der Appellant noch Beſchwerde führen durfte, wird ſelbſt von den Gegnern zugeſtanden; da es nun aber der Appellant in allen Puncten angreifen konnte, ohne Rückſicht darauf, ob er die Beſchwerdepuncte früher ſpeziell hervorgehoben hatte oder nicht [58]), ſo mußte dieſe Befugniß nach der Const. 39 cit. auch dem Appellaten zuſtehen. Denn das folgt aus dem ganzen Inhalte des Geſetzes, daß in Bezug auf das Recht Abänderungen des vorigen Urtheils zu verlangen, der Appellat eben ſo befugt ſeyn ſollte, als der Gegner; ja es ſollte ſogar der Richter in Abweſenheit des Appellaten amtlich für ihn ſorgen.

So ſehr es hiernach richtig ſteht, daß vor der Einführung der Beſchwerden durch den Appellanten keine Gemeinſchaft der Appellation begründet iſt, und daß bis zur Einführung es von dem Appellanten abhängt, durch ausdrücklichen Verzicht auf das ganze Rechtsmittel, oder dadurch, daß er es deſert werden läßt, den Eintritt der Appellationsgemeinſchaft gänzlich zu verhindern; eben ſo gewiß dürfte es aber auch ſeyn, daß, wenn der Appellant einmal vor dem Appellationsrichter erſchienen iſt, und ſeine Appellation eingeführt hat, es nun von ſeinem Willen und Benehmen nicht mehr abhängt, den Appellaten die ihm in ſolchem Stadium des Prozeſſes geſetzlich zugeſicherte Zuſtändigkeit, ſeinerſeits gegen die Entſcheidung, in ihrem ganzen Umfange, Einwendungen zu machen und Abänderung zu ſeinen Gunſten zu begehren, zu beſchränken. Wenn ſelbſt je im römiſchen Rechte der Grundſatz gegolten hätte, daß diejenigen Puncte eines Ur-

58) Fr. 3. §. 3. de appellat. 49, 1. Zeitſchrift für Civil. u. Proz. XI. S. 315. f.

theils gegen welche nicht speziell gravaminirt worden, in Rechtskraft übergegangen wären, so würde seit Justinians mehrerwähnten Const. 39 und der Novellen, jener Grundsatz folgerichtig als sehr modifizirt angenommen werden müssen, und wenn man mit Gönner annehmen wollte, daß Justinian bei Erlassung der Constitution so bestimmt den Unterschied zwischen rechtskräftigen und nichtrechtskräftigen Puncten des in Frage stehenden Urtheils vor Augen gehabt habe, so würde es doch der Wortbedeutung viel angemessener seyn, anzunehmen, daß er mit dem Ausdruck „si quid iudicatis opponere maluerit" auf rechtskräftige Puncte hätte hinweisen wollen; während Gönner darunter nicht rechtskräftige versteht. Aber die ganze Fassung des Gesetzes, sein Zusammenhang mit den bis dahin bestehenden Einrichtungen, und der Zweck der Constitution selbst, nöthigen den Ausdruck auf den Inhalt des ganzen unterrichterlichen Urtheils zu beziehen.

Die Frage: ob nicht wenigstens diejenigen Puncte des Urtheils, welche der Appellat ausdrücklich als nicht beschwerlich anerkennt, oder bei denen er ausdrücklich auf Beschwerdeführung verzichtet habe, als in dem Maße unabänderlich zu betrachten wären, daß darauf nun auch nicht zu Gunsten des Appellaten zurückzukommen wäre? Auch diese Frage ist zu verneinen. Für den Appellanten wäre in solcher Sachlage eine Abänderung jener Puncte zu seinen Gunsten allerdings unzulässig, denn er kann für sich seine Rechte aufgeben, und hätte sie im unterstellten Falle aufgegeben; sollte dies sein Benehmen aber eine Wirkung auf die Rechtszuständigkeiten des Appellaten, wie ihm solche nun einmal die allgemein gehaltene Const. 39 gegeben, haben, dann läge es immer noch in der Gewalt des Appellanten, den Umfang der Gemeinschaft der Appellation zu bestimmen, und der Appellant könnte bei mäßigem Scharfsinn und einiger Gewandtheit seine Appellationsvorträge so einrichten, daß die Absicht Justinians, Fürsorge für den Appellaten zu treffen, gänzlich vereitelt würde.

Wenn nun den Gesetzen nach die Gemeinschaft der Appellation zu dem Ergebniß führt, daß zu Gunsten des Appellaten alle Puncte des Urtheils reformirt werden können, so entsteht nun ferner die Frage, ob der Appellationsrichter bei seiner Entscheidung, insoweit solche zu Gunsten des Appellanten ausfallen müßte, an die Beschwerden und Anträge desselben insofern gebunden ist, daß er für ihn nur dann eine zu seinen Gunsten sprechende reformatorische Sentenz erlassen kann, als dieselbe den Ausführungen und Anträgen, die von dem Appellanten ausgegangen sind, entsprechen

würde, oder ob, wenn die Sachlage und der Erfolg der Unterſuchung ergiebt, daß Appellant noch weiter und in größerem Maaße beſchwert iſt, als nach ſeinen Beſchwerden und Anträgen von ihm ſelbſt angenommen zu werden ſcheint, dann der Appellationsrichter hieran nicht gebunden, ſondern befugt oder gar verpflichtet iſt, auch dem Appellanten alles dasjenige zuzuſprechen, was er ſelbſt mit Recht hätte anſprechen dürfen, und ihm unbedenklich zugeſprochen wäre, wenn er darauf zeitig ſeine Beſchwerden und Anträge gerichtet hätte?

Nach den ſeither gewöhnlich aufgeſtellten Begriffen über Rechtskraft, über die Bedeutung der gravamina appellationis, den darnach bemeſſenen Umfang des Suspenſiveffects, und der Gemeinſchaft der Appellation und die Bedeutung des Prinzips, daß der Richter nicht über die Anträge der Partheien hinaus erkennen dürfe, war es conſequent, davon auszugehen, daß der Appellationsrichter nicht befugt ſey, über die Gränzen der im Wege der Appellation an ihn gebrachten Beſchwerden hinauszuſchreiten, d. h. ein dem Intereſſe des Beſchwerdeführers günſtigeres Erkenntniß zu fällen, als der Beſchwerdeführer von ihm verlangt habe [59]). Geht man aber umgekehrt davon aus, daß durch Interpoſition der Appellation in allen Puncten die Rechtskraft der Sentenz nicht eintritt, daß der Appellant nach Willkühr, während der Verhandlung in der Appellationsinſtanz die gravamina wechſeln und erweitern darf, daß hiernach der Suspenſiveffect das ganze Urtheil umfaßt, und folgerichtig hiernach die Gemeinſchaft der Appellation gleichfalls auf alle Puncte des Urtheils ſich erſtreckt, und daß es eben eine Eigenthümlichkeit der Appellationsgemeinſchaft im Geiſte der juſtinianiſchen Geſetzgebung iſt, daß nicht nothwendig die Anträge der Partheien, ſondern der Befund der Acten den Umfang des appellationsrichterlichen officii beſtimmen ſoll, und daß ſowohl nach dem Grundſatze der Partheiengleichheit, als nach dem ganzen Geiſte der römiſchen Geſetze über die Appellationsgemeinſchaft dem Appellaten, im Intereſſe der Anerkennung des materiellen Rechts, eben ſo viel Rückſicht zugewandt werden ſoll, als dem Appellanten, ſo gelangt man eben ſo folgerichtig zu der Behauptung, daß der Appellationsrichter ſo berechtigt als verpflichtet ſey, nach dem Erfolg der Unterſuchung, auch zu Gunſten des Appellanten, über ſeine ausdrücklichen Beſchwerden und Anträge hinaus, zu erkennen.

---

59) Hoch, a. a. O. §. 8 f.

§. 11.

Von dem Umſtande, ob der Appellat anweſend iſt oder nicht, hat das Geſetz es abhängig gemacht, ob der Richter amtswegen auch zu Gunſten des Appellaten ſprechen, oder deſſen Anträge abwarten ſoll.

Iſt der Appellat gegenwärtig (si praesto fuerit) dann iſt der Richter nicht befugt, zu ſeinen Gunſten zu reformiren, wenn der Appellat nicht ſelbſt ausdrücklich deshalb Anträge geſtellt hat, und ſelbſt über dieſe Anträge hinaus zu gehen, iſt der Richter nicht berechtigt. Hier entſteht nun zunächſt die Frage: wann der Appellat als gegenwärtig angeſehen werden muß? Nach römiſchem Rechte waren für die Verhandlungen in der Appellationsinſtanz geſetzlich beſtimmte Zeiten vorgeſchrieben, welche den Partheien alſo bekannt, und von ihnen einzuhalten waren [60]), ohne daß es einer Ladung des Appellaten bedurfte, der nur von der Einlegung des Rechtsmittels, und wenn der Appellant etwa eine reparatio erlangt hatte, hievon in Kenntniß zu ſetzen war [61]). Denn es war und blieb im römiſchen Appellationsverfahren Grundſatz, daß der Appellationsrichter auf Anhören und Antrag einer Parthei eine Entſcheidung geben konnte, die aber, nach dem Novellenrechte [62]), in Uebereinſtimmung mit dem Prinzipe der Const. 39 de appellat., nach dem Erfolge der richterlichen Prüfung der Sache, nicht blos für den betreibenden Theil, ſondern auch für den Gegner günſtig ausfallen konnte. Nach römiſchem Rechte war ſonach unter Gegenwart die wirkliche perſönliche Anweſenheit verſtanden, und nicht etwa diejenige Parthei im Rechtsſinne als gegenwärtig zu betrachten, welche durch gehörige Bekanntmachung oder gar Ladung Gelegenheit hatte, erſcheinen zu können, wenn ſie wollte. Die Novellen nehmen große Rückſicht auf den nicht Erſcheinenden, halten ihm nicht nur die Friſt bis zum äußerſten Zeitpuncte offen, ſondern verpflichten ſogar den Appellaten, ſich zu bemühen, den nicht erſchienenen Appellanten ausfindig zu machen. Und wenn trotz deſſen ein Theil nicht erſcheint, ſoll doch nach dem Stande der Acten das Intereſſe des Abweſenden möglichſt berückſichtigt werden.

60) Zimmern, röm. Rechtsgeſch. III. §. 175. Bethmann-Hollweg, Handb. d. Civilproz. §. 33.

61) Cod. Theod. de reparat. appellat. 11, 31 Const. 5. de appellat. Bethm.-Hollw. a. a. O. S. 357 f.

62) Nov. 49. pr. c. 1. Nov. 126 c. 2. Bethmann-Hollweg, Handb. I. S. 360. Zum Theil abweichend. Heffter Inſtit. S. 456. 472. 474. Note 95.

Gewöhnlich ſtellt man die Begriffe von gegenwärtig und abweſend ſeyn enger, und lehrt, als abweſend ſey der Appellat nur dann zu betrachten, wenn über das Rechtsmittel entſchieden werde, ohne ihn zuvor über daſſelbe gehört zu haben [63]), und ſetzt noch hinzu, und ihm auch keine Gelegenheit zum Gehör gegeben worden ſey [64]). Für den freiwillig abweſenden, freiwillig ſchweigenden Appellaten, welchem legale Notiz von den ſpeziellen Beſchwerden des Appellanten, und Gelegenheit zur Adhäſion gegeben wurde, ohne dieſe Adhäſion, in durius gegen den Appellanten, zum Vortheile des ungehorſamen verzichtenden Appellaten zu erkennen, verletzt, ſagt Gensler, die erſten Prinzipien der Verhandlungsmaxime des deutſchen Prozeſſes; und hätte Juſtinian den Richter auf dieſe exorbitante Weiſe befugen wollen, ſo könnte man dieſes doch nur als eine nicht zu beachtende Inconſequenz ſeiner Geſetzgebung anſehen, welche wir, als bloßes Hülfsrecht, ſelbſt denjenigen Prinzipien nachſetzen müßten, welche nur aus dem Geiſt und der Natur des deutſchen Prozeſſes folgen, ohne daß der Buchſtabe des Geſetzes Auskunft gebe.

Für dieſe engere Begriffsbeſtimmung fehlt es aber in der That an zureichender Begründung. Wir dürfen das Inſtitut der Appellationsgemeinſchaft, da es rein römiſch-rechtlichen Urſprungs, und daher zu uns übergekommen iſt, doch ſo lange auch nur in ſeiner quellenmäßigen Eigenthümlichkeit behandeln, als nicht ſpäteres Recht das nun einmal recipirte Inſtitut modifizirt hat. Was Juſtinian unter gegenwärtiger und abweſender Parthei verſtanden, iſt auch, bis zu rechtlicher Aufhebung für uns rechtlicher Begriff. Prinzipien der Verhandlungsmaxime gelten doch jedenfalls nur

63) Martin, Lehrb. §. 276. Note m.

64) Gensler, Comment. zu Martin. Th. 2. S. 121. (zu §. 265.). Ebenſo lehrt v. Almendingen (Metaphyſik S. 183.). „Unter abweſend iſt indeſſen nach erkannten Appellationsprozeſſen keineswegs der contumacirte Appellat zu verſtehen. Es iſt nur derjenige, dem wegen unverſchuldeter Abweſenheit keine Ladung konnte inſinuirt werden. Der Fall einer von Richteramtswegen zum Vortheil des abweſenden Appellaten zu treffenden Abänderung des vorigen Urtheils kann nur dann eintreten, wenn auf Anrufen des Appellanten nach erkannten Appellationsprozeſſen durch ein Haupturtheil die Rechtsverhältniſſe zwiſchen dem Appellanten und dem wegen Abweſenheit nicht contumacirten Appellaten feſtgeſetzt werden. Dieſer Fall wird bei unſerer Gerichtsverfaſſung nicht leicht eintreten, weil die öffentliche Ladung in öffentlichen Blättern — von welcher das römiſche Recht nichts wiſſen konnte — den juriſtiſchen Begriff unbeſchützter Abweſenheit aufhebt, und weil der öffentlich Geladene und Contumacirte nicht für abweſend oder unvertheidigt zu halten iſt.“

ſo weit, als ſie durch poſitives Recht nicht beſchränkt ſind. Mit Recht ſagt Almendingen: mag immerhin die reine Quelle, aus welcher die Geſetzgebung ſchöpfen ſollte, mag die Natur der Sache verfälſcht werden; den poſitiven Juriſten darf das nicht kümmern, und der nach poſitiven Vorſchriften handelnde Richter muß die Conſequenz der Rechtspflege unter die Vorſchrift eines inconſequenten Geſetzes beugen. Aber auch hierbei muß er conſequent, und, mit beſtändiger Rückſicht auf den inconſequent modifizirten höhern Grundſatz handeln. Er muß den unſichtbaren Genius der Geſetzgebung auch da zu ehren wiſſen, wo er ſich zu verläugnen ſcheint. Römiſches Recht iſt für unſer Inſtitut als Theil des gemeinen deutſchen Prozeſſes nicht blos Hülfsrecht, es iſt einzige ausſchließliche Rechtsquelle. Selbſt die Reichsgeſetze verweiſen auf das Inſtitut nur in ſeiner aus römiſchen Rechtsquellen recipirten Eigenthümlichkeit, ohne es irgend zu modifiziren. Mit dem wahren Geiſte und der ächten Natur des deutſchen gemeinen Prozeſſes kann ſonach das Inſtitut, ſo exorbitant es auch Juſtinian hingeſtellt haben möchte, nicht im Widerſpruche ſtehen, denn ein Geiſt und eine Natur, die den geſchriebenen Quellen eines poſitiven geſchriebenen Rechts widerſprechen, ſind nicht Geiſt und Natur dieſes poſitiven Rechts. Hätte Gensler hiſtoriſch nachgewieſen, daß die Wiſſenſchaft und beſonders die Praxis, das Inſtitut von jeher in einem Sinne verſtanden und angewendet habe, der ſeiner Anſicht entſpräche, dann würde ſich die Frage aufwerfen, ob dadurch nicht für unſern gemeinen Prozeß die Sache ſich geändert habe. So lange eine ſolche Nachweiſung aber nicht erfolgt iſt, muß der Inhalt der Geſetze allein entſcheiden. Die Geſetze unterſcheiden aber nicht einmal, ob der nicht Erſchienene geladen iſt oder nicht; und wenn man dagegen bemerken wollte, daß auf dieſen Unterſchied die römiſchen Geſetze deßhalb haben keine Rückſicht nehmen können, weil darnach überhaupt keine Ladungen zu dieſem Zwecke vorgekommen, ſo iſt dagegen zu erwiedern, daß unſere heutigen Ladungen durch geſetzlich beſtimmte Friſten, alſo gewiſſermaßen durch geſetzliche Ladungen vertreten waren, und daß nach dem Novellenrecht der Erſcheinende den nicht Erſcheinenden aufſuchen, und daß trotz deſſen der nicht Erſcheinende amtswegen vertreten werden ſollte.

(Schluß folgt im nächſten Hefte.)