Rostocker Dokumentenserver
Dieses Werk wurde Ihnen durch die Universitätsbibliothek Rostock zum Download bereitgestellt.
Für Fragen und Hinweise wenden Sie sich bitte an: digibib.ub@uni-rostock.de

Samuel Gottfried Liekefett

Praktischer Commentar über die Pandekten

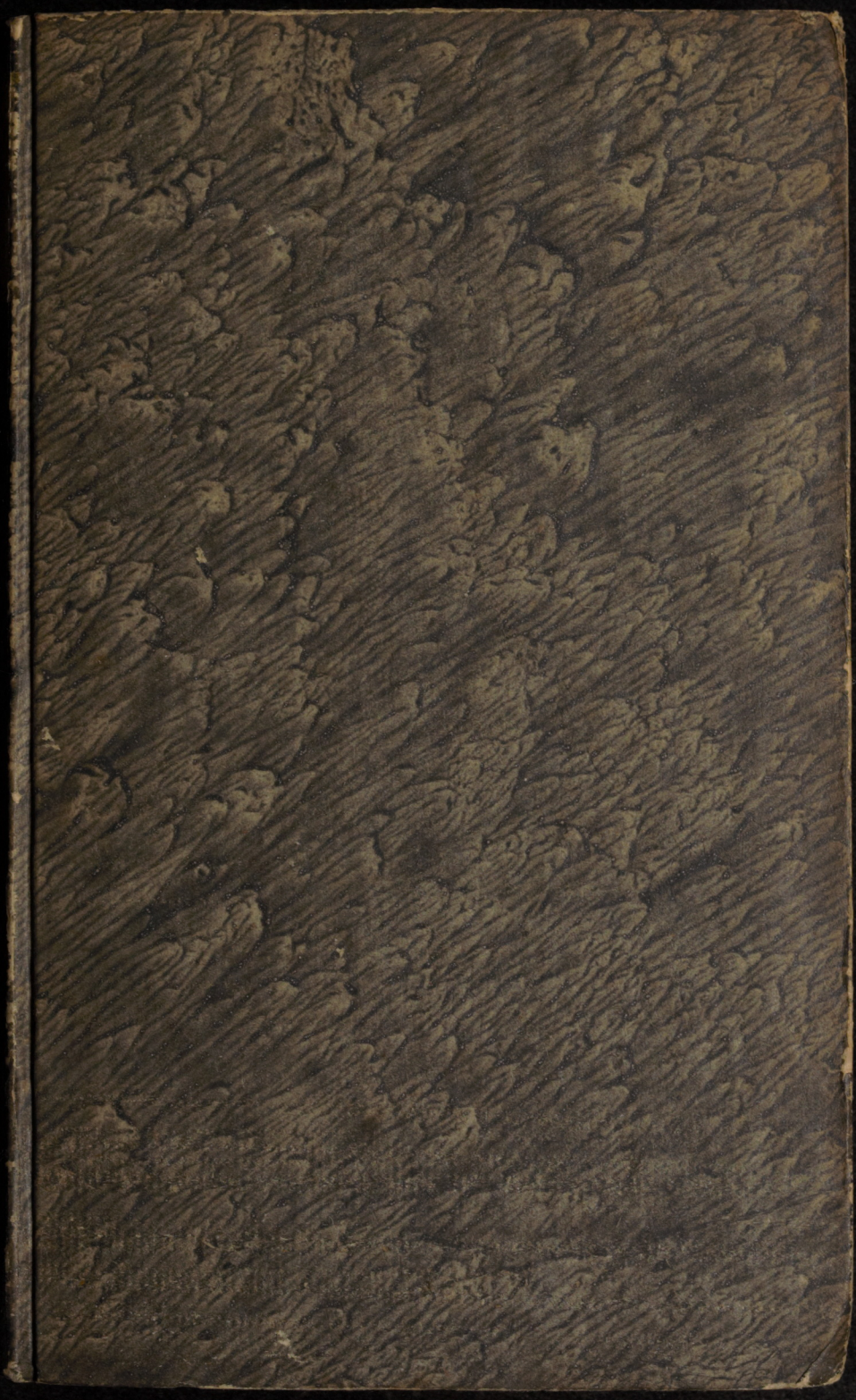
Sechster Theil : Welcher den Beschluß des vierzehnten und den funfzehnten Titel des zweyten Buchs der Pandekten und vom dritten Buch den ersten, zweyten und dritten Titel enthält

Leipzig: bey Adam Friedrich Böhme, 1798

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X

Band (Druck) Freier Zugang





Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0001
DFG

Kf-653(6)
Kf.-653.(6.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0002
DFG

Praktischer

Commentar

über

die Pandekten

nach dem Lehrbuch

des Herrn GRR. Hellfeld.

Sechster Theil,

welcher den Beschluß des vierzehnten und den funfzehnten Titel des zweyten Buchs der Pandekten und vom dritten Buch den ersten, zweyten und dritten Titel enthält.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1798.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0005
DFG

Ex Bibliotheca Academiae Rostochiensis

Inhalt.

§. 332. 333.

Die Redensart, id quod interest, wird in Gesetzen auf verschiedene Weise gebraucht, S. 1. Was verstanden die römischen Rechtsgelehrten im allgemeinsten Sinne unter dem Wort Interesse? 1. Anders brauchten die römischen Rechtsgelehrten die Worte: id quod interest, im eigentlichen Verstande, 2. Vom Unterschiede des Werths und des Interesse wird in mehrern Gesetzen geredt, 3. Bisweilen wird in Gesetzen das Interesse der Conventionalstrafe entgegen gesetzt, 3. Worin besteht der Unterschied zwischen der Conventionalstrafe und dem Interesse? 4. Vom Unterschiede zwischen den Zinsen und dem Interesse, 4. Man darf nicht von Zinsen auf das Interesse schließen, 4. In der strengsten Bedeutung verstanden die römischen Rechtsgelehrten unter dem Interesse blos den wirklichen Schaden, den Jemand durch die widerrechtliche Handlung eines Andern gelitten hat, 5. Die unrechtmäßigen Handlungen des Andern, wodurch der Schaden verursacht worden ist, und welche folglich das rechtliche Fundament des Interesse ausmachen, können sehr verschieden seyn, 5. Bisweilen kann die unrechtmäßige Handlung darin bestehen, daß uns der Andere unser Eigenthum vernichtet oder beschädigt hat, 6. Wird mir ein Pferd aus einem gleichen Zuge durch Jemandes Schuld getödtet, so besteht das Interesse darin, was der Werth des ganzen Zuges dadurch verloren hat, 6. Was wird durch die Worte: quanti ea res est, in Gesetzen ausgedrückt? 6. Die unrechtmäßige Handlung, weswegen Jemand zur Leistung des Interesse verpflichtet ist, besteht bisweilen

len darin, daß er eine Verbindlichkeit gegen uns entweder gar nicht, oder nicht zu rechter Zeit, oder nicht am rechten Orte erfüllt hat, 7. Was nennen die Rechtslehrer interesse facti, temporis seu morae, et loci? 7. Wie ist das interesse commune und singulare unterschieden? 7. Das Interesse ist sowohl von der Conventionalstrafe, als auch von dem Werthe der Sache ganz verschieden, und kann nach Beschaffenheit der Umstände den Werth übersteigen, aber auch weniger betragen, 8. In den mehresten Fällen muß das Interesse des Klägers blos nach der Beschaffenheit der That, wodurch ihm der Schaden verursacht worden, ohne Rücksicht seiner besondern Vorliebe zur Sache, bestimmt werden, 9. Man würde sich irren, wenn man das interesse commune blos in dem wahren Werthe der Sache setzen wollte, 10. Das Interesse wird von den Rechtslehrern eingetheilt in id quod interest circa rem, und in id quod interest extra rem, 10. Auf falsche Sätze würde man geführt werden, wenn man unter dem Worte res die schuldige Hauptsache, oder den Gegenstand selbst, von dessen Leistung die Rede ist, verstehen, und glauben wollte, der Grund des interesse circa rem liege in dem schuldigen Gegenstande selbst, 11. Wenn der Verkäufer es dem Käufer wissentlich verschwiegen hat, daß der ihm verkaufte Sclave ein seruus fugitiuus sey, so ist der Verkäufer schuldig, ihm alles Interesse zu vergüten, und selbst dafür muß er stehen, daß der Sclave andere Sclaven des Käufers zur Flucht verleitet, oder den Käufer bestohlen hat, 11. Wodurch sind verschiedene Rechtslehrer verleitet worden, die Eintheilung in interesse circa rem und extra rem für ungegründet zu erklären? 12. Das Interesse circa rem besteht in einem solchen Nachtheile, der als eine sichere und unaufhaltbare Folge der widerrechtlichen Handlung der Andern betrachtet werden muß, ohne daß dem Beschädigten irgend Etwas dabey zur Last gelegt werden kann, 12. Das interesse extra rem ist dasjenige Interesse, welches als keine solche nothwendige Folge von der Handlung des Andern betrachtet werden kann, 13. Das Interesse wird ferner in interesse lucri

eri cessantis und damni emergentis eingetheilt, 14. Damnum emergens heißt der Schaden, den ich außer dem Verlust der Sache, oder des Werths leide, 15. Unter lucrum cessans wird der Profit verstanden, den man entbehren muß, 15. Der Schaden, den ich leide, muß nicht auf andere Weise haben abgewendet werden können, wenn ich das Interesse mit Recht fordern will, 16. Der Profit, den ich hätte machen können, muß nicht nur gewiß, sondern ich muß auch außer Stande gewesen seyn, ihn auf andere Weise zu machen, wenn ich die Vergütung desselben verlangen will, 16. Der in Anschlag gebrachte Gewinn muß nicht ungerecht seyn, 17. Nur dasjenige kann als reiner Gewinn in Anschlag gebracht werden, was nach Abzug der Kosten übrig bleibt, die auf die Erlangung desselben verwendet werden mußten, 17. Zur Leistung des Interesse ist Jemand verbunden, wenn er entweder vorsätzlich, oder durch seine Schuld, oder durch Verzug, oder aus Ungehorsam die ihm obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, 17. Wenn muß alles Interesse, das heißt, nicht nur der wirkliche Schaden, sondern auch der entgangene Gewinn vergütet werden? 18. Wie muß das teutsche Wort „Schaden“ erklärt werden? 18. Die größte Schwierigkeit zeigt sich alsdenn, wenn die Größe des Interesse in jedem besondern Falle vom Richter festgesetzt werden soll, 18. Der Kaiser Justinian verordnete, der Richter solle die gewissen und die ungewissen Fälle unterscheiden, 19. Bey gewissen Fällen soll das Interesse das Doppelte nicht übersteigen, bey ungewissen Fällen aber kann es höher angesetzt werden, 19.

§. 334. 335.

Ein pactum purum muß sogleich erfüllt werden, S. 23. Damit unbedingte Verträge nicht zu Unbilligkeiten Anlaß geben, so kann der Richter dem Schuldner nach seinem Ermessen einen Zahlungstermin anberaumen, und hierbey soll er ihm so viel Zeit lassen, als nöthig zu seyn scheint, das schul-

dige Object herbeyzuschaffen, 23. Es geht der Regel nach nicht an, auf eine außerordentliche Beschleunigung der Erfüllung eines unbedingten Vertrages zu dringen, wenn es gleich möglich wäre, solche durch außerordentlichen Aufwand oder Anstrengung zu erzwingen, 24. Alle zufällige Hindernisse, die sich ohne Verschulden des Promittenten ereignet haben, müssen zu seinem Vortheil beurtheilt werden, 24. Was versteht man unter einem pacto sub die? 24. Wenn habe ich Etwas ex die versprochen? 24. Was nennt man ein pactum in diem? 24. Giebt es Verträge, wo ich Etwas innerhalb einer gewissen Zeit verspreche? 25. Die Verträge ex die können auf viererley Art eingegangen werden, 25. Bisweilen ist der Tag als eine Bedingung anzusehen, folglich gilt von solchen Verträgen eben das, was von bedingten Verträgen Rechtens ist, 26. Die Verträge in diem können ebenfalls auf verschiedene Weise eingegangen werden, 26. Der Tag bey einem Vertrage in diem kann so wie bey dem Versprechen ex die in allem Betracht gewiß und ungewiß, oder nur in einiger Rücksicht gewiß, in anderer ungewiß seyn, 27. Von allen Verträgen in diem gilt die Regel, der Promissarius erhält sogleich ein Recht aus dem Vertrage, und kann auch, so bald der Fall des Vertrags eintritt, klagen; wenn aber der Tag kommt, so hört sein Recht auf, 27. Ist dem Vertrage eine unbestimmte Zeit beygefügt worden, so kommt es darauf an, ob die Zeit der Erfüllung des Versprechens der Willkühr des Promittenten ausdrücklich überlassen worden ist, oder ob es der Gläubiger seiner Willkühr vorbehalten hat, wenn er auf die Erfüllung des Versprechens dringen will, 28. Ist die dem Vertrage beygefügte Zeit bestimmt festgesetzt worden, so kann solche entweder den Anfang der Erfüllung, oder die Dauer der Verbindlichkeit des Promittenten bestimmen, 29. Es wird allemal vorausgesetzt, daß die Beyfügung der Zeit, bis auf welche die Gültigkeit des Vertrags dauern soll, nicht der Natur desselben zuwider sey, 30. Wenn heißt die Zeit eine gewisse Zeit? 31. Wenn ist die Zeit ungewiß? 31. Ist die dem Vertrage beygefügte Zeit gewiß, so entsteht zwar gleich eine

eine Verbindlichkeit aus dem Versprechen; man kann aber doch nicht eher auf die Erfüllung klagen, als bis die Zeit völlig vergangen ist, und selbst der letzte Tag muß ganz abgelaufen seyn, 31. Es ist ein großer Unterschied, ob man sagt, die Schuld sey vor der Verfallzeit noch nicht contrahirt, oder sie könne nur noch nicht gefordert werden, 32. Es geht an, daß der Schuldner vor der Verfallzeit die Zahlung leisten kann, wenn es auch dem Gläubiger nicht gelegen seyn sollte, weil man im Zweifel annimmt, daß die Zahlungszeit zum Besten des Schuldners beygefügt worden ist, 32. Hat sich der Gläubiger deutlich ausbedungen, daß die Bezahlung nicht eher als zu der bestimmten Zeit geschehen soll, so muß es dabey bleiben, 32. Wenn die dem Vertrage beygefügte Zeit ungewiß ist, so kommt es darauf an, ob es ungewiß ist, daß der Tag kommen wird, oder es ist ungewiß, wenn er kommen wird, 33.

§. 336.

Wenn wird der Vertrag ein pactum sub modo genennt? S. 34. Solche Verträge enthalten keine Bedingung, 35. Der modus kann nicht bloß bey wohlthätigen, sondern auch bey beschwerlichen Verträgen hinzugefügt werden, 35. Der modus kann aus einem doppelten Gesichtspuncte betrachtet werden, 35. Wenn heißt der modus, modus mixtus? 35. Ein Vertrag sub modo mixto ist es, wenn man einem Frauenzimmer, das noch unverheyrathet ist, etwas Gewisses zum Brautschatze versprochen hat, 35. Tritt sie nicht in die Ehe, so verliert der Vertrag seine Gültigkeit ipso iure, 36. Ist einem Frauenzimmer in einem letzten Willen Etwas zum Brautschatze vermacht worden, ohne dabey Jemanden zu nennen, den die Vermächtnißnehmerin heyrathen soll, so kann dieses Vermächtniß nicht für bedingt gehalten werden, sondern die Erfüllung des modi steht in der Willkühr der Vermächtnißnehmerin, weil kein Dritter dabey interessirt ist, 36. Wie ist der modus und die Bedingung unterschieden? 36. Hat man Ursache zu zweifeln, ob dem Vertrage ein modus

oder eine Bedingung hat beygefügt werden sollen, so hält man dafür, der Vertrag sey sub modo geschlossen worden, 37. Ist das Wort „Bedingung“ im allgemeinen Verstande gebraucht worden, so muß auch der Ausdruck modus zugleich mit darunter verstanden werden, 37. Ist der modus mit keiner Bedingung vermischt, so kommt es darauf an, ob die Erfüllung desselben möglich ist, oder ob solcher physisch oder moralisch unmöglich ist, 38. Was für Fälle müssen unterschieden werden, wenn man auf die Person sieht, zu deren Vortheil dem Vertrage ein modus beygefügt worden ist? 38. Was nennt man modus simplex, und was heißt modus qualificatus? 38. Der modus simplex legt dem Promissar keine Verbindlichkeit auf, ihn zu erfüllen, weil er blos für einen gut gemeynten Rath gehalten wird, 39. Ist der modus qualificatus nicht erfüllt worden, so kann auf die Aufhebung des ganzen Vertrags geklagt werden, wenn der Promissar sich nicht dazu verstehen will, 39. Bisweilen hat der Promissar das Recht, den modum per aequipollens zu erfüllen, 39. Durch die Beyfügung eines modi qualificati wird die Verbindlichkeit des Promittenten, sein Versprechen zu erfüllen, nicht aufgehoben, 40. Wodurch unterscheidet sich ein pactum sub modo von einem bedingten Versprechen am deutlichsten? 40. Kann der Promittent von dem Promissar wegen der Erfüllung des modus eine Sicherheitsbestellung fordern? 40. Besteht die Erfüllung des Vertrags sub modo in einer Handlung, so kann der Promittent auf die Erfüllung des modi klagen, oder auf die Leistung des Interesse, 42. In solchen Fällen muß die aus dem Hauptgeschäfte entstehende Klage angestellt werden, 42. Will man auf die Aufhebung des ganzen Vertrags klagen, weil der modus nicht erfüllt worden, so hat nicht nur eine persönliche Klage statt, sondern auch eine dinaliche, 43. Worauf kommt es an, wenn bestimmt werden soll, ob der Promissar für saumselig in der Erfüllung des modi zu halten sey, oder nicht? 44. Auch ein Dritter hat das Recht, die nützliche Klage auf die Erfüllung des pacti modalis anzustellen, 45.

§. 337.

§. 337.

Was versteht man unter einer Bedingung im allgemeinen Verstande des Wortes? S. 45. Wenn wird die Bedingung eine ausdrückliche genennt? 46. Die Bedingung heißt eine stillschweigende, wenn sie aus den Worten der Paciscenten gefolgert wird, 46. Mit dem Versprechen eines Brautschatzes ist allemal die stillschweigende Bedingung verknüpft, daß die Ehe wirklich geschlossen wird, 47. Bey verschiedenen Fällen liegt die stillschweigende Bedingung in der Natur der Sache, 47. Bisweilen muß die stillschweigende Bedingung aus der Absicht der Paciscenten gefolgert werden, 47. Es giebt Fälle, wo eine anfangs ausdrücklich beygefügte Bedingung in der Folge für stillschweigend wiederholt angesehen wird, 49. Von der Wirkung der stillschweigenden Bedingungen bey Verträgen, 49. Wenn heißt die Bedingung conditio in praeteritum collata? 50. Was versteht man unter einer Bedingung, die in praesens collata genennt wird? 50. Die Bedingung, welche conditio in futurum collata heißt, wird auch eine Bedingung im eigentlichen Verstande genennt, 51. Was nennt man eine aufschiebende Bedingung? 51. Wenn wird ein Vertrag für einen solchen gehalten, der unter einer Resolutivbedingung geschlossen worden ist? 51. Nach der Absicht der Contrahenten kann die nämliche Bedingung entweder als eine suspensive oder als eine resolutive festgesetzt werden, 52. Wenn wird in Gesetzen gesagt, daß unter einer Bedingung contrahirt worden sey? 52. Was versteht man unter affirmativen und negativen Bedingungen? 53. Wie sind mögliche und unmögliche Bedingungen von einander unterschieden? 53. Die unmöglichen Bedingungen bestehen aus physisch und moralisch unmöglichen Bedingungen, 54. Was nennt man eine schändliche Bedingung? 54. Die Gesetze wollen, daß man die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Bedingung vorzüglich nach den Umständen der Zeit, wo das Versprechen geschehen war, beurtheilen soll, 55. Wenn wird eine physisch unmögliche Bedingung eine conditio difficilis genennt? 56. Wenn heißt die mögliche Bedingung conditio casualis? 56. Die

conditio potestatiua heißt in Gesetzen auch conditio promiscua, 57. Wenn heißt die mögliche Bedingung eine gemischte? 57. Ist der Unterschied zwischen einer conditio mixta und potestatiua für gegründet zu halten? 57. Was für Wirkungen sind mit einem Vertrage verknüpft, der mit einer von denjenigen Bedingungen geschlossen worden ist, welche conditiones in praesens oder in praeteritum collatae genennt werden? 58. Ein solcher Vertrag ist entweder gleichgültig, oder er ist auf immer ungültig, 59. Ist ein Vertrag unter einer Bedingung geschlossen worden, welche conditio in futurum collata genennt wird, so kommt es darauf an, ob sie für möglich gehalten werden kann, oder nicht, 59. Bey möglichen Bedingungen dieser Art kommt es darauf an, ob von einer resolutivischen oder suspensivischen Bedingung die Rede ist, 60. Der unter einer resolutivischen Bedingung geschlossene Vertrag wird einem unbedingten Vertrage gleich gehalten, 60. Tritt die resolutivische Bedingung nicht ein, so wird der Vertrag eben so beurtheilt, als ob er nie unter einer Bedingung geschlossen worden sey, 60. Die conditio resolutiua kann eben sowohl casualis als potestatiua seyn, 62. Wie ist der modus und die conditio resolutiua unterschieden? 63. Was für Wirkungen bringen suspensive Bedingungen bey Verträgen hervor? 63. Von der Wirkung der Suspensivbedingung bey Verträgen, 63. Selbst alsdenn kann nicht einmal auf die Erfüllung eines solchen Vertrags geklagt werden, wenn sich der Promissar zur Leistung einer Sicherheit erböte, daß er die ihm übergebene Sache wieder zurück geben wolle, sobald die Bedingung nicht erfüllt worden, 64. Warum kann man hier die Grundsätze von der Mucianischen Caution anwenden? 65. Wenn ein Vertrag unter einer Suspensivbedingung geschlossen worden, welche noch pendens ist, so müssen es beyde Paciscenten abwarten, ob die Bedingung in Erfüllung gehen werde, oder nicht? 66. Ein solcher Vertrag geht auf die Erben der Paciscenten fort, 67. Wenn kann auch der Erbe des Paciscenten die Potestativbedingung erfüllen? 68. Wie steht es mit den

den Wirkungen einer potestativen negativen Bedingung? 69. Wenn der Vertrag unter einer Suspensivbedingung geschlossen worden ist, und diese geht in Erfüllung, so kann auf die Vollziehung des Vertrags geklagt werden, 70. Der Satz: conditio existens retrotrahitur ad tempus initi contractus, darf nur auf Verträge angewendet werden, welche sub conditione casuali oder mixta geschlossen worden sind, 71. Wenn kann nur gesagt werden, daß eine gewisse Bedingung wirklich genau erfüllt worden sey? 72. Wenn die Bedingung blos als ein Mittel zur Erreichung eines gewissen Zwecks betrachtet werden muß, so geht es an, sie per aequipollens zu erfüllen, 72. Es giebt Fälle, wo gewisse Bedingungen nicht schlechterdings bey den genannten Personen zur Wirklichkeit gebracht werden dürfen, 73. Was ist in Rücksicht der Erfüllung der Bedingung Rechtens, wenn eine gewisse Zeit bestimmt worden ist, wo sie erfüllt werden muß? 74. Wie wird es gehalten, wenn keine solche Zeit festgesetzt worden ist? 75. Bisweilen wird eine Potestativbedingung für erfüllt gehalten, ob sie gleich in der That nicht erfüllt worden ist, 75. Die Bedingung wird für erfüllt gehalten, wenn derjenige die Erfüllung hindert, dem daran gelegen seyn muß, daß sie erfüllt werde, 75. Die Erfüllung der Bedingung kann ausdrücklich und stillschweigend erlassen werden, 76. Was ist Rechtens, wenn derjenige, von dem die Potestativbedingung erfüllt werden soll, nicht Schuld daran ist, daß sie nicht in Erfüllung geht? 76. Was ist Rechtens, wenn die Potestativbedingung, unter welcher der Vertrag geschlossen worden ist, nicht erfüllt wird? 77.

§. 338.

Von den Wirkungen eines Vertrages, der mit Beyfügung einer unmöglichen Bedingung geschlossen worden ist, S. 78. Warum gilt der Vertrag nicht, der unter einer physisch unmöglichen Bedingung, die im Thun besteht, geschlossen worden ist? 78. Muß die mit dem Vertrage verknüpfte unmögliche

liche Bedingung blos als etwas Zufälliges betrachtet werden, wovon die Hauptverbindlichkeit ganz und gar nicht abhängt, so ist gegen die Verbindlichkeit eines auf diese Weise geschlossenen Vertrags nichts einzuwenden, 79. Es läßt sich bey solchen Verträgen kein Schluß von letzten Willensverordnungen dieser Art anwenden, 79. Wer dem Andern Etwas unter der Bedingung versprochen hat, wenn er etwas physisch Unmögliches unterlassen wird, der muß sein Versprechen halten, weil der Vertrag als ein unbedingter betrachtet wird, 80. Bey einem Vertrage, der unter einer moralisch unmöglichen Bedingung geschlossen worden ist, kommt es ebenfalls darauf an, ob die Bedingung eine affirmative oder negative ist, 80. Verspreche ich Jemandem Etwas auf den Fall, wenn er eine verbotene Handlung thun wird, so gilt dieser Vertrag nicht, und ist das Versprochene sogar schon gegeben worden, so nimmt es der Fiskus weg, 81. Wer dem Andern Etwas unter der Bedingung versprochen hat, wenn er die verbotene Handlung unterlassen wird, braucht das Versprochene nicht zu geben, weil es für schändlich gehalten wird, sich für die Unterlassung einer ohnehin schon verbotenen Handlung Etwas versprechen zu lassen, 81. Ist die Bedingung als eine resolutivische beygefügt worden, so hat die conditio moraliter impossibilis negatiua die Wirkungen, die mit andern resolutiven Bedingungen verbunden sind; sie bringt aber noch andere Wirkungen hervor, 82.

§. 339.

Es giebt Verträge, wo Mehrere zugleich Einem Etwas versprechen, oder es verspricht Einer Mehrern Etwas, S. 83. Es giebt Fälle, wo Mehrere für eine Schuld in solidum zu haften schuldig sind, 83. Wenn heißen die Promittenten rei, desgleichen correi debendi? 84. Es giebt Fälle, wo die obligatio in solidum die obligatio pro rata in einer andern Bedeutung nicht ausschließt, 84. Wenn heißen die Paciscenten rei oder correi credendi? 84. Die Correalverbind-

bindlichkeit wird in die active und passive eingetheilt, 85. Bey Correalverbindlichkeiten darf nicht mehr als eine Verbindlichkeit in Rücksicht auf das zu leistende Object vorhanden seyn, 85. Ist ein Vertrag mit mehrern Personen über verschiedene Gegenstände geschlossen worden, so sind die Paciscenten keinesweges als correi zu betrachten, 85. Zum Wesen der Correalobligation wird es erfordert, daß Jeder von den Gläubigern das Ganze zu fordern befugt ist, mithin muß auch die schuldige Sache so beschaffen seyn, daß sie jeder Gläubiger erwerben kann, 86. Die mehrern Paciscenten müssen bey einer Correalobligation entweder gleich stark verbindlich, oder die nämliche Sache gleich stark zu fordern berechtigt seyn, 86. Bey den Quellen der Correalverbindlichkeiten muß ein Unterschied gemacht werden zwischen den activen und passiven Correalverbindlichkeiten, 87. Die activen Correalverbindlichkeiten rühren entweder aus Gesetzen her, oder aus einem Testament, oder aus einem Vertrage, 87. Die Quellen der passiven Correalverbindlichkeiten sind Verträge, Testamente, die Natur der Sache, ein begangenes Verbrechen, der richterliche Ausspruch, Gesetze, 88. Wie wird die passive Correalverbindlichkeit durch einen Vertkag hervorgebracht? 88. Wie kann die passive Correalverbindlichkeit durch ein Testament errichtet werden? 89. Wenn das schuldige Object in einer untheilbaren Sache oder Handlung besteht, so sagt man, die passive Correalverbindlichkeit rühre von der Natur der Sache her, 90. Wie entstehen passive Correalverbindlichkeiten durch unerlaubte Handlungen, oder durch den Ausspruch des Richters? 90. Auch die Gesetze haben in einigen Fällen unmittelbar eine passive Correalverbindlichkeit eingeführt, 91. Von den Wirkungen der activen Correalverbindlichkeiten, 92. Eine Wirkung der activen Correalverbindlichkeit ist es, daß der Schuldner, sobald er von dem einen Correalgläubiger auf die Bezahlung des Ganzen verklagt worden ist, keinem der übrigen Mitgläubiger Etwas bezahlen darf, 92. Eine andere Wirkung der activen Correalobligation ist es, daß jeder Mitgläubiger befugt ist, den gemeinschaftlichen Schuldner von seiner Verbind-

bindlichkeit zu befreyen, 93. Jeder Mitgläubiger hat das Recht zum Nachtheil der übrigen Mitgläubiger eine Novation vorzunehmen, 94. Ein Mitgläubiger kann dem gemeinschaftlichen Schuldner den Eyd deferiren, 94. Die Rechtslehrer streiten darüber, wenn einer von den correis credendi dem gemeinschaftlichen Schuldner die Verbindlichkeit durch ein simples Versprechen erlassen hat, ob dieser Vertrag auch die übrigen Mitglieder binde, und sie deswegen die Schuld nicht weiter fordern können, 94. Eine fernere Wirkung der activen Correalobligation ist es, daß der gemeinschaftliche Schuldner berechtigt ist, wenn er will, dem einen von den Mitgläubigern die ganze Schuld zu bezahlen, und er dadurch von seiner Verbindlichkeit gegen die übrigen Mitgläubiger befreyt wird, 95. Sollte die Schuld in Rücksicht auf den einen Correalgläubiger durch Compensation getilgt worden seyn, so kommt ihm solche auch gegen die übrigen Mitgläubiger zu statten, weil die Compensation die Schuld ipso iure tilgt, und mit der Zahlung gleiche Kraft hat, 96. Von den Wirkungen der passiven Correalobligation, 96. Vor Justinian durfte der Gläubiger alsdenn gegen die übrigen correos debendi nicht weiter klagen, wenn er den einen davon verklagt, und von ihm das Ganze bekommen hatte können, 97. Der Kaiser Justinian machte hierin eine Aenderung, 97. Sehr bestritten ist es, ob den correis debendi nicht wenigstens das beneficium diuisionis alsdenn zustehe, wenn sie noch alle zu bezahlen im Stande sind, und auch alle leicht belangt werden können, 99. Eine andere Wirkung der passiven Correalverbindlichkeit ist es, daß, wenn der eine correus die ganze Schuld getilgt hat, damit zugleich die übrigen von ihrer zeitherigen Verbindlichkeit frey geworden sind, 100. Nach der Praxis hat eine Klage statt, wenn auch gleich keine Cession geschehen ist, und diese Klage ist die actio negotiorum gestorum vtilis, 101. Eine einzige einseitige Handlung von Seiten eines der Correalschuldner durch Anerkennung, oder von Seiten eines der Correalgläubiger durch Erinnerung ist

ist hinlänglich, den Lauf der Verjährung in Rücksicht auf alle Theilnehmer zu unterbrechen, 102.

§. 340.

Es giebt verschiedene Verstärkungsmittel, wie die mit einem Vertrage verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten wirksamer gemacht werden können, S. 102. Warum ist die Ausbedingung einer Conventionalstrafe bey Verträgen nützlich? 103. Sie vertritt nicht allemal die Stelle des Interesse, 103. Was nennt man eine Conventionalstrafe bey Verträgen oder Contracten? 103. Nicht nur eine Summe Geld, sondern auch jede andere Leistung, die in des Paciscenten Kräften steht, kann auf den Fall der Nichterfüllung des Vertrags versprochen werden, 104. Dieser Vertrag darf nicht zur Verheimlichung eines wahren Zinswuchers gebraucht werden, 104. Wenn heißt die Conventionalstrafe der Reukauf, das Reugeld, die Wandelpön? 105. Was für ein Unterschied muß bey Beantwortung der Frage von der Wirkung einer Conventionalstrafe gemacht werden? 105. In einigen Gesetzen heißt es, der Vertrag müsse nicht nur gehalten, sondern überdieses auch noch die Conventionalstrafe von demjenigen bezahlt werden, der ihn angefochten habe, 106. Nach andern Gesetzen soll der Paciscent die Wahl haben, ob er der Nichterfüllung des vollzogenen Contracts die Einrede des vorhandenen Vertrages entgegen setzen, oder sich die Aufhebung des Vertrags gefallen lassen wolle, 106. Wie kann dieser scheinbare Widerspruch am leichtesten gehoben werden? 108. Unsere Gerichte nehmen die Meynung an, daß in dem Falle, wo zur Bestärkung eines erfüllten Vertrags, auf den Fall die Bezahlung einer Conventionalstrafe ausgemacht worden, wenn einer von den Transigenten den Vergleich nicht halten werde, diese Strafe nicht nur wirklich bezahlt, sondern auch der Vergleich fest gehalten werden müsse, 110. Was ist Rechtens, wenn zur Befestigung eines noch nicht erfüllten Vertrags eine Conventionalstrafe verabredet worden ist? 110. War die Conventional-

nalstrafe auf den Fall verabredet worden, wenn der Vertrag nicht sollte erfüllt worden seyn, so kommt es darauf an, ob es dem Promittenten noch möglich ist, sein Versprechen zu erfüllen, oder ob dieses nicht mehr angeht, 111. Kann die Conventionalstrafe für keine Wandelpön gehalten werden, so giebt die Bezahlung derselben dem Schuldner kein Recht, sich dadurch von der Erfüllung des Vertrags loszumachen, 112. Wenn kann die Conventionalstrafe als verwirkt betrachtet werden? 112. Ist der Vertrag nicht völlig erfüllt worden, so muß nichts destoweniger die ganze Conventionalstrafe bezahlt werden, 113.

§. 341. 342.

Können Rechtsgeschäffte, welche nach Vorschrift des bürgerlichen Rechts entweder ganz ungültig sind, oder doch den völligen gerichtlichen Effect nicht haben, durch eydliche Angelobungen aufrecht erhalten und klagbar werden? S. 114. Der Eyd ward eingeführt, wahre Verbindlichkeiten und die Beobachtung der Gesetze zu sichern, nicht aber die Verletzung derselben vertheidigen, oder gar vervielfältigen zu helfen, 114. Der bloße Eyd an sich bringt keine neue Verbindlichkeit hervor, 115. Ein an sich unverbindliches Versprechen bleibt ein solches, wenn es auch eydlich geschehen ist, 116. Die in finstern Zeiten des Aberglaubens aufgekommene Lehre, daß der Eyd eine neue Verbindlichkeit und zwar gegen Gott hervorbringe, eine Quelle der abscheulichsten Mißbräuche, hat viele Anhänger gefunden, bey denen man mehr Aufklärung hätte vermuthen sollen, 116. Wenn gleich der Eyd keine neue Verbindlichkeit hervorbringt, so soll und kann er doch dem Schwörenden die Erfüllung der vorhandenen Pflicht angelegener machen, weil er uns auf die höchsten und triftigsten Bewegungsgründe zur Treue und Redlichkeit zurückführt, 117. Da des Menschen eigenes Gewissen in einzelnen Fällen sein höchster Richter und Gesetzgeber seyn muß, so ist es richtig, daß die Verpflichtung einen Eyd zu halten, von unserer Ueberzeugung

zeugung abhange, daß er rechtmäßig, und daß die Erfüllung des Versprechens, welche wir dadurch vergewissern, an und für sich Pflicht sey, 117. Wie stark immer die Verbindlichkeit einer eydlichen Zusage an sich selbst betrachtet seyn mag, so bleibt es doch eine ganz andere Frage, ob und in wie fern sie auch in bürgerlichen Gerichten wirksam sey? 117. Der Minderjährige, welcher ohne Vormund eydlich contrahirt hat, ist doch immer ein Minderjähriger, und der Leichtsinn, der ihn zu dem Handel an sich verleitet hat, kann auch beym Eyde obwalten, 118. Die Vernunft belehrt uns, daß es ganz zweckwidrig seyn würde, wenn der Gesetzgeber einem Jeden freystellen wollte, seine zum Besten des Staats abzweckenden Vorschriften durch Eydschwüre zu vereiteln, 118. Es ist der schändlichste Mißbrauch einer nach Vernunft und Religion überaus heiligen Sache, wenn der Eyd dazu angewendet werden darf, dasjenige, was gute Ordnung aufrecht erhalten soll, wieder rückgängig zu machen, 119. Was schon aus der Natur der Sache als klare Folge einleuchtet, dazu darf der Richter nicht erst durch positive Vorschriften angewiesen werden, 119. Nach römischen Rechten verschaffte der Versprechungseyd den Geschäfften keinen gerichtlichen Effect, den sie ihrer Natur nach nicht haben, 119. So ausgemacht die Sache nach dem römischen Rechte ist, so sehr hat man sich doch in der Folge durch gewisse Grundsätze des päpstlichen Rechts von der rechten Bahn abführen lassen, 121. Im päpstlichen Rechte wird ein Unterschied gemacht, ob der sonst unwirksame Handel zu dem absolut verbotenen gehört, oder ob die bürgerliche Ungültigkeit nur zum Besten des Schwörenden abzielt, 121. Eigentlich haben wir keine ganz bestimmte Verordnung des kanonischen Rechts hierüber, 122. Woher kommt es, daß die Wirkung des Eydes in allen hierher gehörenden Fällen ein Gegenstand juristischer Zänkereyen geblieben ist? 123. Darin kommen fast alle Rechtslehrer überein, daß Verträge und Geschäffte, die nicht sowohl zum Besten gewisser Personen ungültig, als vielmehr an sich schon den Rechten nach verboten und unerlaubt sind, keinesweges durch den Eyd gültig werden können, 124. Wenn

man die Geschäffte der Minderjährigen und die Bürgschaften der Frauenspersonen ausnimmt, so ist die Meynung richtig, daß in Protestantischen Gerichten keinesweges nach den irrigen Lehren des päpstlichen Rechts, und den noch unrichtigern Folgerungen, welche von Zeit zu Zeit daraus abgeleitet worden sind, zu verfahren sey, 127. Die Vorschriften des päpstlichen Rechts gründen sich auf den irrigen Grundsatz, daß der Eyd eine besondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeuge, 127. Das kanonische Recht enthält blos singulaire Verordnungen, und daher ist es irrig, wenn man sie auf Fälle extendiren will, deren diese Gesetze mit keinem Worte erwähnen, 128. Der gewissenhafte Brunnemann hält es sogar nach seinen Begriffen von der Heiligkeit des Eydes nicht einmal für erlaubt, wenn die gesetzgebende Macht durch zweckdienliche Verordnungen dem Mißbrauch abhelfen wollte, 130.

§. 343.

Von den Rechten, die durch einen Vertrag erworben werden, S. 132. Aus Verträgen entspringt ein persönliches Recht, 133. Nach dem römischen Rechte konnte man durch einen bloßen Vertrag der Regel nach kein dingliches Recht erwerben, 133. Diese Regel hat verschiedene Ausnahmen, 133. Das bürgerliche Verhältniß der Paciscenten war bey den Römern eine Hauptursache, daß die gerichtliche Wirkung der Verträge, die zum Besten eines Dritten geschlossen werden, sehr eingeschränkt wurde, 134. Warum billigten die Römer den Grundsatz, daß Niemand durch einen freyen Menschen Rechte erwerben, noch weniger durch ihn zu irgend Etwas verbindlich werden könne? 134. Es war ein Grundsatz des ältern römischen Rechts, daß sogar derjenige, welcher zur Schließung eines Vertrags in seinem Namen Auftrag ertheilt hatte, dennoch weder Rechte noch Verbindlichkeiten daraus erlange, 135. Hierdurch wurde die Einführung der Klagen veranlaßt, welche actiones adiectitiae qualitatis genennt werden, 135. Anders verhielt sich die Sache bey Verträgen,

worin zum Besten eines Dritten Etwas versprochen worden, 135. Auch im neuern römischen Rechte liegt immer noch die Idee des ältern römischen Rechts von der Verbindlichkeit der Verträge, die zum Besten eines Dritten geschlossen worden sind, zum Grunde, 136. Kann man Gesetze anführen, die das Gegentheil beweisen? 137. Bey uns kommt es blos darauf an, ob der Dritte die zu seinem Besten geschehene Zusage acceptirt hat, ehe die eigentlichen Contrahenten vom Vertrage zurück getreten sind, 139.

§. 344.

Nach den Vorschriften des römischen Rechts ist es kein wesentliches Stück, daß ein Vertrag schriftlich geschlossen worden sey, S. 139. In welchen Fällen muß ein Vertrag schriftlich abgefaßt werden? 140. Was wird erfordert, wenn man behaupten will, daß die Paciscenten einen schriftlichen Vertrag haben schließen wollen? 140. Die Römer ließen häufig, um den Beweis zu erleichtern, ihre Contracte in die Bücher der Wechsler eintragen, 141. Was hat derjenige Rechtsgelehrte zu beobachten, der einen schriftlichen Contract abfassen soll? 142. Bey Abfassung einer förmlichen Urkunde kommt es vor allen Dingen auf die Anfangsworte an, 142. Wenn wird die Anrufung der heiligen Dreyeinigkeit gebraucht? 142. Wie muß der Eingang eines schriftlichen Contracts abgefaßt werden? 143. Den Notarien ist es verboten, zur Nachtzeit, den Nothfall ausgenommen, Contracte aufzusetzen, 143. Die verschiedenen Verabredungen werden billig durch Zahlen unterschieden, 143. Von Entsagungen und der Schlußklausel in dem Contracte, 143. Die Römer brauchten zu Auszahlung der Gelder bisweilen einen adnumerator, 144. Ob eine Urkunde auf Pergament oder Papier geschrieben werde, ist einerley, 145. Wie muß es angemerkt werden, daß man Aenderungen in der Urkunde gemacht habe? 145. Wie heftet man Urkunden, die auf mehrere Bogen geschrieben worden sind? 146. Die Unterschrift muß mit dem vollen Tauf- und

Zunamen geschehen, 146. Wie stellt man ein Blanquet aus? 146. Wer nicht als Paciscent, sondern als Zeuge oder Vormund unterschreibt, muß dieses bemerken, 147. Darf Jemand genöthigt werden, ein sogenanntes Handzeichen zu recognosciren? 147. Wie fertigt man Urkunden aus, die auf ewige Zeiten aufgehoben werden sollen? 148. Wie sind Verträge und Contracte zu erklären? 148. Von der grammatischen Erklärung eines Vertrags, 149. Einige der wichtigsten Regeln der sogenannten logischen Auslegung der Verträge, 149. Wie sind ursprünglich teutsche und blos römische Verträge zu erklären? 149. Wie ist der Vertrag zu erklären, wenn Etwas ganz und gar nicht berührt, oder äußerst undeutlich gefaßt worden ist? 149. Wenn muß die Auslegung wider die Verbindlichkeit gemacht werden? 150. Wer hat die Wahl, wenn Etwas auf verschiedene Weise versprochen worden ist? 150. Wenn ist das Billigste anzunehmen, und wenn muß eine strenge Auslegung gemacht werden? 151. Wenn mehrere Fälle genannt worden sind, so kommt es darauf an, ob sie als bloße Beyspiele, oder als eine vollständige Erzählung aller Fälle angesehen werden müssen, 151. Im zweifelhaften Falle wird vermuthet, daß die Solennitäten bey einem Contract beobachtet worden sind, 152. Wer sich verbindlich gemacht hat, Etwas zu geben, der ist deswegen nicht auch schuldig, Etwas zu thun, 152. Wenn schadet ein Irrthum in der Benennung nicht? 153. Der Werth einer mit beygefügter Bedingung versprochenen Sache wird nach der Zahlungszeit bestimmt, 153. Auch bey der Auslegung der Verträge darf von der authentischen Erklärung Gebrauch gemacht werden, 153. Wenn hält man gewisse Worte in einem schriftlich abgefaßten Contracte für nicht geschrieben? 154. Wie sind Worte zu erklären, die einen generellen Sinn haben? 155. Bisweilen wird bey Worten, welche eine Gattung anzeigen, der generelle Verstand nicht über die Art ausgedehnt, wozu die angeführte species gehört, 155. Wie ist der Satz zu verstehen, species derogat generi? 156. Darf man deutliche Worte anders erklären, als es der Wortverstand mit sich bringt? 156. Wie sind

sind dunkele Stellen eines schriftlichen Contracts zu erklären? 157. Wie ist die Regel, „dunkele Stellen müssen so erklärt werden, wie sie mit dem Wesen desjenigen rechtlichen Geschäfftes, von dem die Rede ist, am genauesten übereinstimmen," in Gesetzen angewendet worden? 157. Wenn heißt die Erklärung rechtlicher Handlungen conuersio actuum? 158. Wenn kann die Auslegung zum Besten desjenigen gemacht werden, der die Worte gebraucht hat? 159. Die Auslegung muß so gemacht werden, daß sie nicht mit der gewöhnlichen Art zu handeln streitet, 159. Wenn muß immer eher das Geringere und dasjenige, was am wenigsten lästig ist, angenommen werden? 160. Wider welchen Contrahenten soll die Auslegung des Contracts gemacht werden? 160.

Lib. II. Tit. XV.

de transactionibus.

§. 345. 346.

Warum haben die Verfasser der Pandekten auf den Titel von Verträgen den Titel von Transacten folgen lassen? 162. Warum ist der Begriff, der von den mehresten Rechtsgelehrten von dem Worte „Vergleich" angenommen wird, für zu eingeschränkt zu halten? 162. Es kann ein Vergleich in einem solchen Falle geschlossen werden, wo man gar nicht Ursache hat, einen Proceß zu vermuthen, 163. Die Vergleiche können in doppelter Rücksicht eingegangen werden, 164. Das Wort transactio wird in Gesetzen bisweilen in einem sehr weitläuftigen Verstande gebraucht, 164. Die Rechtslehrer haben darüber gestritten, ob die Römer einen Transact für einen bloßen Vertrag gehalten haben, oder für einen Contract, 165. Man konnte Vergleiche zu einem unbenannten Contract machen, 165. Auch ein Transact kann völlig gültig abgeschlossen werden, wenn gleich kein schriftlicher Aufsatz darüber verfertigt worden ist, 166. Kann ein Vergleich deswegen angefochten

werden, weil er des Nachts geschlossen worden ist? 167. Was ist von einem Vergleiche zu halten, der sich auf einen Betrug gründet? 168. Gilt ein Vergleich, der durch falsche Urkunden veranlaßt worden ist? 168.

§. 347. 348.

Wie ist ein durch Zwang entstandener Transact zu beurtheilen? S. 169. Hat der Richter das Recht die Partheyen zu Einziehung eines Vergleichs zu zwingen? 169. Von demjenigen streitenden Theile, der sich auf einen vom Richter gethanen Vorschlag zu Eingehung eines Vergleichs gar nicht erklärt hat, wird angenommen, er sey damit nicht zufrieden, sondern wolle die Sache zum Proceß kommen lassen, 170. Will der Richter die Partheyen zu Eingehung eines Vergleichs zwingen, so kann die Injurienklage wider ihn angestellt werden, 170. Wenn ist es dem Richter erlaubt durchzugreifen? 171. Von den Wirkungen eines Vergleichs, wobey ein Irrthum zum Grunde liegt, 172. Man kann von Verträgen, welche deswegen ungültig sind, weil sie sich auf einen Irrthum gründen, nicht auf Vergleiche schließen, wobey ein Irrthum vorgegangen ist, 173. Es ist als die Regel anzunehmen: der Regel nach macht ein Irrthum den Vergleich nicht ungültig, wenn von der andern Seite kein Betrug begangen worden ist, 174. Wenn kann ein Vergleich angefochten werden, der sich auf falsche Urkunden gründet? 175. Ein Vergleich gilt nicht, wenn er sich auf einen Rechnungsfehler gründet, 176. Läßt sich die schwere Frage von den Wirkungen des Irrthums bey Vergleichen dadurch sicher entscheiden, wenn man einen Unterschied macht, ob sich beyde Theile geirrt haben, oder nur der eine Theil? 177. Wenn ist ein Irrthum für so beschaffen zu halten, daß er wesentliche Stücke des Vergleichs betrifft? 177. Hat sich nur einer von den Transigenten geirrt, so soll man darauf Rücksicht nehmen, ob der andere Theil diesen Irrthum durch seinen Betrug verursacht hat, oder ob er in bona fide dabey war, 177. Bey einem Irrthum dieser letztern Art

Art soll es wieder darauf ankommen, ob der Irrthum die Existenz der Sache betrifft, worüber der Vergleich geschlossen worden ist; denn dieser sey null und nichtig, 178. Kann man die Regel für völlig anwendbar halten: der Irrthum macht den Vergleich ungültig, wenn er die Einwilligung der Partheyen selbst betrifft, welche als der Grund des Vergleichs zu betrachten ist? 182. Am sichersten ist es, wenn man unterscheidet, ob der Irrthum den streitigen oder zweifelhaft gewesenen Punct betrifft, worüber solcher geschlossen worden ist, oder ob solcher auf Etwas geht, woran die Partheyen gar nicht gedacht haben, sondern was sie für gewiß und unzweifelhaft hielten, 181. Wie ist hiernach die Frage zu beurtheilen, ob ein Vergleich, der sich auf Urkunden gründet, für ungültig gehalten werden könne? 181.

§. 349.

Gilt ein Vergleich über eine letzte Willensverordnung, wenn der Inhalt derselben den Transigenten völlig unbekannt war? S. 182. Ist die L. 6. D. de transact. für eine Lex fugitiua zu halten? 184. Was kann gegen diese Behauptung angeführt werden? 185. Vielleicht hat auch die vicesima, welche in gewissen Fällen von einer Erbschaft an den Fiskus bezahlt werden mußte, Etwas dazu beygetragen, daß jeder Vergleich für ungültig erklärt wurde, der geschlossen worden, ohne daß die Transigenten den Inhalt des Testaments wußten, 186. Was für Gründe werden von denjenigen Rechtsgelehrten angeführt, die einen solchen Vergleich für gültig halten? 187. Wenn man den Grund des Verbots von der allgemeinen Begünstigung der Testamente hernehmen will, so würde folgen, daß der Vergleich auch eben so wenig nach der Eröffnung des Testaments geschlossen werden dürfte, 189.

§. 350. 351.

Gilt ein Vergleich, nachdem der streitige Umstand bereits durch Urthel und Recht entschieden worden ist? S. 190. Die Worte res iudicata werden im weitläuftigen und engern Sinne gebraucht, 190. Wenn darf nach gesprochenem Urthel des Richters kein Vergleich über die streitige Sache geschlossen werden? 191. Ist es zweifelhaft, ob wirklich ein rechtskräftiges Urtheil gesprochen worden sey, so geht es an, über diesen Umstand einen Vergleich zu schließen, 191. Soll ein rechtskräftiges Urthel erst noch vollstreckt werden, so geht es an, über die streitige Sache einen Vergleich zu schließen, 191. Ein pactum remissorium darf nach gesprochenem rechtskräftigen Urthel geschlossen werden, 192. Durch einen gültig geschlossenen Vergleich werden die Rechtshändel eben so gültig entschieden, als wenn ein rechtskräftiges Urthel darüber gesprochen worden ist, 192. Ein geschlossener Vergleich hat nicht weniger Kraft als ein rechtskräftig gewordenes Urthel, 193. Worin ist ein rechtskräftig gewordenes Urtheil und ein Vergleich unterschieden? 193.

§. 352.

Wer hat das Recht, einen vollkommen verbindlichen Vergleich einzugehen? S. 194. Wenn kann der Vormund eines Minderjährigen einen gültigen Vergleich schließen? 194. Soll durch den vom Vormunde geschlossenen Vergleich eine unbewegliche Sache des Minderjährigen erhalten werden, so braucht der Vergleich nicht von der Obrigkeit bestätigt zu werden, 195. Was für Rechte hat ein Verwalter fremder Güter bey Eingehung eines Vergleichs? 196. Ein procurator in rem suam kann sich vergleichen, wie es ihm gefällt, 196. Wenn darf ein procurator vniuersalis oder generalis einen Vergleich schließen? 197. Vom Vergleich eines procuratoris specialis, 197. In wie fern sind die Syndici einer Gemeine berechtigt, einen Vergleich zu schließen? 197. Sollte der Syndikus blos zu Führung des Processes der Gemeine bevollmächtigt

mächtigt worden seyn, so darf er ohne besondern Auftrag keinen Vergleich schließen, 198. Wenn Kinder gar nicht mehr der väterlichen Gewalt unterworfen sind, so hat er auch kein Recht, in ihren Angelegenheiten einen Vergleich zu schließen, 199. War der Vater Vormund seines emancipirten Kindes, und er wollte über das Vermögen desselben einen Vergleich schließen, so durfte ihm der Richter das Decret nicht leicht versagen, 199. Bey einem Vergleich über Etwas, so zum peculio castrensi, quasi castrensi und aduentitio irregulari gerechnet wird, braucht der Vater gar nicht gefragt zu werden, 199. Wenn ein Vergleich das peculium aduentitium regulare des Sohns betrifft, kann ihn der Vater für sich allein schließen, 201. Von Vergleichen, welche der Ehemann über das Vermögen seiner Frau geschlossen hat, 201.

§. 353.

Ueber was für Sachen dürfen sich Privatpersonen vergleichen? S. 202. Gilt ein Vergleich zwischen Ehegatten, wodurch eine zwischen ihnen vorhandene gültige Ehe getrennt werden soll? 202. Vom Vergleich über künftige Alimente, die Jemand nach einer letzten Willensverordnung zu fordern hat, 203. Ein Vergleich dieser Art soll niemals anders, als nach geschehener gerichtlicher Untersuchung und Genehmigung eingegangen werden, 204. Warum kann man über Alimente, die man vermöge eines Vertrags zu fordern hat, ohne Wissen und Genehmigung der Obrigkeit einen Vergleich eingehen? 205. Zwischen Rechten, die Jemand durch ein Testament erworben hat, und solchen, die ihm nach einem Vertrage zustehen, ist ein wichtiger Unterschied, 205. Wie muß ein Vergleich über künftige Alimente geschlossen werden? 206. Ueber rückständige Alimente kann sich Jeder mit seinem Schuldner auch außergerichtlich vergleichen, 206. Ist der Vergleich über künftige Alimente für denjenigen, der die Alimente zu fordern hat, vortheilhaft, so besteht er, wenn gleich der Richter ihn nicht bestätigt hat, 207. Wird ein außergerichtlicher Vergleich über

künftige Alimente dadurch gültig, wenn er eydlich bestätigt worden ist? 207. Vor welchem Richter muß ein Vergleich über künftige Alimente geschlossen werden? 208. Wie muß der Richter einen solchen Vergleich bestätigen? 209. Das Abfindungsquantum muß mit dem Alter und der Gesundheit desjenigen, der Alimente bekommen soll, in einem billigen Verhältniß stehen, 210. Worauf hat der Richter bey der Person der Transigenten über künftige Alimente Rücksicht zu nehmen? 210. Was ist Rechtens, wenn dieser Vergleich ungültig ist? 211. Wie muß die Verordnung des Kaiser Marcus über die künftigen Alimente erklärt werden? 211. Vom Vergleich über ein Verbrechen, worauf eine öffentliche Strafe gesetzt worden, 212. Ein Vergleich über das Privatinteresse des durch ein Verbrechen Verletzten konnte bey den Römern gültigerweise geschlossen werden, 213. Wurde ein Verbrechen mit der Infamie bestraft, so hob der über das Privatinteresse geschlossene Vergleich solche nicht auf, 213. Vergleiche über Capitalverbrechen hielt man bey den Römern für erlaubt, weil man glaubte, derjenige verdiene Mitleiden, der sein Leben, so gut er konnte, zu retten suchte, 214. Was war die Folge eines solchen Vergleichs? 215. Vom Vergleich über einen begangenen Ehebruch, 216. Von einem Vergleich bey allen übrigen öffentlichen Verbrechen, nicht weniger über Privatverbrechen, wenn deswegen criminaliter auf eine öffentliche Strafe geklagt worden war, 217. In unsern Gerichten wird Niemand des angeschuldigten Verbrechens für geständig gehalten, weil er die Untersuchung des Verbrechens durch einen Vergleich zu verhüten gesucht hat, 218.

§. 354. 355.

Wie ist ein Vergleich und ein Nachlaßvertrag unterschieden? S. 219. Von den Wirkungen eines gültigen Vergleichs, 220. Will Jemand ohne rechtmäßige Ursache den Vergleich nicht halten, dem kann man nicht nur die Einrede des Vergleichs und des Betrugs entgegen setzen, sondern er muß auch die

die Conventionalstrafe bezahlen, 221. Wer einen eydlichen Vergleich nicht hält, soll ehrlos werden, 222. Kann man von einem geschlossenen Vergleiche deswegen abgehen, weil der andere Theil dem Vergleiche zuwider gehandelt hat? 223. Es muß auf die Erfüllung des Vergleichs geklagt werden und auf die Vergütung des durch die Nichterfüllung verursachten Schadens, 224. Von der commissarischen Clausel bey einem Vergleiche, 225. Wenn die Nichterfüllung des Vergleichs den Grund des ganzen Transacts aufhebt, so verliert er seine Gültigkeit, 226. Die Entwährung der durch den Vergleich dem Andern überlassenen Sache giebt kein Recht, den Vergleich als ungültig zu betrachten, 226. Der Regel nach kann ein Vergleich einem Dritten weder Vortheil noch Schaden bringen, 228. Diese Regel hat mehrere Ausnahmen, 230. Der Vergleich verbindet denjenigen, der in die Rechte und Verbindlichkeit desjenigen getreten, von dem solcher geschlossen worden ist, 230. Bisweilen muß sich ein Dritter den von andern Personen geschlossenen Vergleich aus Nothwendigkeit gefallen lassen, 231. Es giebt Fälle, wo der geschlossene Vergleich einem Dritten vortheilhaft ist, und er ihn deswegen anerkennt, 234.

§. 356.

Kann ein gültiger Vergleich wieder aufgehoben werden? S. 234. Ein gültiger Vergleich kann mit wechselseitiger Einwilligung wieder aufgehoben werden, 235. Minderjährige haben wider einen nachtheiligen Vergleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, 235. Kann ein Vergleich von jedem Transigenten aus dem Grunde einer erlittenen unmäßigen Verletzung als ungültig angefochten werden? 236. Bey einer beschwerlichen Convention, deren Object keinen bestimmten Werth hat, ist eine Verletzung über die Hälfte nicht zu gedenken, 238. Die Gesetze verordnen, wenn gleich der Transigent durch vorher unbekannte Documente zeigen könnte, daß er über das Vierfache verletzt worden sey, so soll der Vergleich nicht aufgehoben

gehoben werden, 239. Was nennt man einen allgemeinen Vergleich? 242. Ein solcher Vergleich begreift schon seiner Natur nach alle einzelne Dinge unter sich, die zu dem verglichenen genus gerechnet werden, 242. Wenn ein allgemeiner Vergleich nicht soll angefochten werden können, nachdem einzelne dazu gehörende Dinge entdeckt worden sind, so wird vorausgesetzt, daß die Transigenten bey Eingehung des Vergleichs an die einzelnen zur Masse gehörenden Sachen denken können, und daß der Gegentheil nicht betrügerisch gehandelt habe, 242.

§. 357.

Von der Auslegung eines geschlossenen Vergleichs, S. 243. Ist ein Vergleich strenger zu erklären, wie jeder andere Vertrag? 243. Auch Vergleiche können ausdehnend erklärt werden, 243. Vom Verfahren des Richters bey Pflegung der Güte in Processen, 244. In was für Proceßsachen darf kein besonderer Termin zum Versuch der Güte angesetzt werden? 244. Der Vergleich kann von jedem Richter versucht werden, 245. In welchen Rechtsangelegenheiten müssen die Personen vorgeladen werden, schlechterdings zum Versuch der Güte in Person zu erscheinen, 245. Kann der Richter die Güte versuchen, wenn nicht alle zur Sache gehörige Personen erschienen sind? 246. Blos in Concurssachen ist es gebräuchlich die Ladung unter der Verwarnung auszufertigen, daß diejenigen, so nicht erschienen sind, dennoch an den von den erschienenen Gläubigern geschlossenen Vergleich gebunden seyn sollen, 247. Was für allgemeine Vorschläge zur Güte muß der Richter brauchen? 247. Wie muß der Vergleichsversuch über den streitigen Gegenstand vom Richter betrieben werden? 248. Wenn kann der Vergleich in Bausch und Bogen geschlossen werden? 248. Was hat der Richter zu thun, wenn die eine Parthey zu wenig bietet, und die andere zu viel haben will? 249. Wie muß das Protocoll geführt werden, wenn wirklich ein Vergleich unter den Partheyen

zu

zu Stande gekommen ist? 251. Was müssen die Partheyen thun, wenn sie sich außergerichtlich verglichen haben? 251.

Lib. III. Tit. I.

de postulando.

§. 358. 359. 360.

Was nennte man bey den Römern postulare? S. 252. Was versteht man unter einem Advokaten? 252. Was für rechtliche Beystände hatten die alten Teutschen? 253. Wer hieß bey den Teutschen ein Rechtsvormund? 253. Bey den Römern schätzte man die Advokaten sehr, 254. Kann man die Advokaten ganz und gar bey Führung der Processe entbehren? 255. Die Erfahrung hat gelehrt, daß die Advokaten um so unverschämter sind, je nachgebender der Richter ist, 255. Cicero hat in sehr vielen Stellen auf das ehrenvollste von den Advokaten geurtheilt, 256. Der Regel nach kann Jeder, der im Gericht Etwas vorzubringen hat, dieses mit Beystand eines Advokaten thun, 257. Wie sind Advokaten und Prokuratoren unterschieden? 257.

§. 361. 362. 363. 364.

Wenn wird der Advokat ein recipirter Advokat genennt? S. 258. Warum kann man das Amt des Advokaten ein öffentliches Amt nennen? 258. Auch bey den Römern hatte man eine bestimmte Anzahl von Advokaten, 259. Von Fiskalen, 259. Ein Advokat ist schuldig einer Parthey zu dienen, 259. Was für Personen können nicht unter die Advokaten aufgenommen werden? 260. Ehrlose dürfen nicht Advokaten seyn, wenn sie gleich für sich und ihre Verwandte im Gericht auftreten können, 260. Ein Advokat muß das gehörige Alter haben, 261. Was wird in Rücksicht auf die Rechtskenntniß

niß desjenigen, der Advokat werden will, erfordert? 262. Können Blinde als Advokaten auftreten? 262. Kann derjenige als Advokat in einer Sache dienen, der zugleich das Richteramt verwalten soll? 263. Wie muß man um die Reception unter die Landesadvokaten nachsuchen? 264. Bisweilen können Personen gerichtliche Vorträge thun, die keine Advokaten sind, 266.

§. 365.

Was hat der Advokat zu thun, damit er bey Annahme eines Processes, mit den Umständen desselben hinlänglich bekannt wird? S. 267. Warum ist es vorsichtig, sich von dem Clienten selbst eine ausführliche Geschichtserzählung schriftlich aufsetzen zu lassen? 267. Wenn muß sich der Advokat bey Annahme eines Processes einen Stammbaum entwerfen? 267. Von Manualacten, 268. Wie kann man wegen Herausgabe der Manualacten gerichtliche Hülfe suchen? 268. Kann der Advokat für seine Concepte eine besondere Vergütung verlangen? 269. Wo muß um die Herausgabe der Manualacten nachgesucht werden, wenn der Advokat gestorben ist? 269. Wenn ist es nothwendig, die Gerichtsacten nachzusehen, wenn ein Advokat in der Sache dienen soll? 269. Die Art und Weise, wie die Vorlegung der Gerichtsacten gesucht wird, ist verschieden, 270. Bey ordentlichen Gerichten läßt man die Gerichtsacten nicht anders als in Beyseyn einer Gerichtsperson durchsehen, 270. Wie muß der Advokat bey Annahme eines Processes von den Beweismitteln Erkundigung einziehen? 271. Was für Versprechungen kann der Advokat einer Parthey machen, wenn er ihre Sache übernommen hat? 271. Prahlerische Versprechungen von dem glücklichen Ausgange eines Processes können blos unverständige Clienten auf kurze Zeit zu angenehmen Hoffnungen verleiten, 272. Es ist strafbar, wenn der Advokat seinem Clienten böse Rathschläge giebt, sich selbst Recht zu verschaffen, 272. Wie wird der Advokat gestraft, wenn er die Geheimnisse seines Clienten bekannt

kannt macht? 273. Was hat der Advokat zu beobachten, damit er keine Fatalien oder Termine versäumt? 273.

§. 366. 367.

Bey der Abfassung jedes juristischen Aufsatzes ist die gehörige Förmlichkeit zu beobachten, S. 274. Wie viel Zeilen müssen auf jede Seite geschrieben werden? 274. In welchen Schriften wird der vollständige Titel des Richters angeführt? 275. Kein Advokat darf in den hergebrachten Titulaturen des Richters willkührliche Abänderungen machen, 275. Wie ist eine juristische Schrift anzufangen? 275. Bisweilen schreiben die Gesetze den Advokaten vor, die Schriften nach Paragraphen auszuarbeiten, 276. Warum muß jeder Advokat die von ihm abgefaßte Schrift unterschreiben? 276. Ist es nothwendig, in einer Schrift den Tag der Uebergabe anzuführen? 277. Wie werden die Proceßschriften gebrochen? 277. Von der Aufschrift processualischer Schriften, 277. Wenn müssen alle zum Proceß gehörende Personen in einer Schrift genennt werden? 278. Was für einen Beynamen bekommen die Partheyen? 278. Wie werden die Namen der Partheyen angezeigt, wenn sie gestorben sind? 279. Wie ist die Rubrik der Hauptsache abzufassen? 279. Incidentpuncte müssen von der Hauptsache genau unterschieden werden, 280. Wie werden die Beylagen auf der Rubrik einer Schrift angeführt? 280. Es muß angeführt werden, ob die Beylagen Originale oder Copien sind, 281. Wenn muß die Urkunde übersetzt übergeben werden? 281. Ueber die Originalurkunden kann vom Gericht ein Zeugniß der geschehenen Ablieferung verlangt werden, 282. Wie wird es auf der Rubrik angeführt, wenn eine Sache sogleich in Vortrag genommen werden soll? 282. Was hat der Advokat in Rücksicht der guten Schreibart zu beobachten? 283. Männer von Einsichten enthalten sich der lateinischen Ausdrücke, wo es nur ohne Nachtheil der Deutlichkeit geschehen kann, 283. Wie müssen lateinische Worte, welche das teutsche Bürgerrecht

gerrecht erhalten haben, geschrieben werden? 283. Die Höflichkeitsbezeugungen müssen dem ernsthaften gerichtlichen Vortrage angemessen seyn, 284. Der Richter darf zu den eingereichten unordentlichen Aufsätzen nicht schweigen, 285. Man muß keine Pronomina brauchen, wodurch eine unrichtige Beziehung oder eine Zweydeutigkeit und Dunkelheit im Verstande veranlaßt werden kann, 286. Wie sind Geschichtserzählungen abzufassen? 286. Die Geschichtserzählung darf nicht durch Urtheile und Folgerungen unterbrochen werden, sondern die Beweggründe einzuschalten geht alsdenn an, wenn man einen Vortheil davon erwarten kann, 286. Wie sind rechtliche Ausführungen abzufassen? 287. Die mehrern Gründe, welche zu einem Streitpuncte gehören, müssen durch Buchstaben oder Zahlen abgesondert und in der natürlichsten Ordnung vorgetragen werden, 288. Wer sich auf abgeschaffte Gesetze beruft, bekommt einen Verweis, 288. Es ist wider die gute Ordnung, zwischen den Vortrag der Rechtsausführung Geschichtsumstände einzuschalten, 288. Wie ist die Bitte in rechtlichen Aufsätzen abzufassen? 289. Von der Ausarbeitung rechtlicher Widerlegungen, 289. Hat der Gegner die Hauptfragen richtig vorgetragen und geordnet, so bleibt man bey dieser Ordnung, 290. Bisweilen kann man sogar aus des Gegentheils Eingeständnissen oder Behauptungen Verschiedenes als Materialien seiner Widerlegung brauchen, 290. Von der Abfassung gerichtlicher Bittschreiben, 291. Von Präsentationsschreiben, 292. Wie kann der Richter die Schmähungen der Advokaten bestrafen? 293. Die Beleidigungen, die dem Unterrichter vor dem Oberrichter zugefügt worden sind, muß dieser, nicht jener rächen, 294. Die Suspension oder Remotion von der Praxis des Advokaten kann vom Unterrichter nur innerhalb der Grenzen seiner Gerichtsbarkeit erkannt werden, 295. Wie wird der Advokat bestraft, wenn er den Beklagten beleidigt hat? 296. Wenn wird der Client wegen der vom Advokaten ausgestoßenen Injurien bestraft? 297.

§. 368.

§. 368.

Von Irrthümern der Advokaten, S. 297. Was ist Rechtens, wenn sich der Advokat in Thatumständen geirrt hat, und der Client war zugegen? 298. Wie wird die dreytägige Frist berechnet? 299. Die griechischen Rechtsgelehrten verstanden die Worte ex continenti von der ganzen Zeit, da noch kein Urtheil in der Sache gesprochen worden ist, 299.

§. 369 — 372.

Wodurch wurden die Advokaten bey den Römern in den ersten Zeiten für ihre Arbeit belohnt? S. 300. Vom Inhalte der Lex Cincia, 300. Wie ist es mit der Bestätigung dieses Gesetzes zugegangen? 301. Der Kaiser Trajan bestätigte das Edict des Claudius aufs neue, verordnete aber zugleich, daß den Advokaten das verdiente Honorarium nicht eher als nach geendigtem Proceß bezahlt werden sollte, 302. Es war nach neuern römischen Rechten erlaubt, daß sich ein Advokat seine Arbeiten bezahlen ließ, 303. Eine bestrittene Frage ist es, ob der Advokat in seiner eigenen Sache die Proceßkosten von dem Gegentheile wieder zu fordern das Recht habe, wenn er den Proceß gewonnen hat? 304. Wie viel kann ein Advokat für die Führung eines Processes fordern? 305. Wenn wird der Vertrag das pactum de quota litis genennt? 306. Ist durch das Setum Volusianum Etwas über diesen Vertrag bestimmt worden? 306. Was versteht man unter einem Palmarium? 306. Ein solches Versprechen wird nicht verbindlich, wenn es auch durch den Eyd bestätigt worden, 307. Der Advokat kann das versprochene Honorarium auch alsdenn fordern, wenn der Proceß durch einen Vergleich beendigt worden ist, 308. Starb der Advokat vor Beendigung des Processes, so brauchen seine Erben nichts herauszugeben, wenn ihrem Erblasser das versprochene Honorarium voraus bezahlt worden ist, 308. Ist dem Advokaten eine jährliche Besoldung versprochen worden, so kann diese gefordert werden, wenn gleich die in einem Jahre geleisteten Dienste mit der Be-

soldung in keinem Verhältniß stehen, 309. Ob die jährliche Besoldung von den Erben des Advokaten ganz gefordert werden könne, wenn ihr Erblasser vor Ablauf des Jahres gestorben ist, darüber streiten die Rechtslehrer, 309. Der aduocatus fisci hatte deswegen große Vorrechte, um ihn dadurch anzutreiben, das Beste des kaiserlichen Fiskus auf alle Weise wahrzunehmen, 310. Bey schweren Sachen darf der Advokat Etwas als Vorschuß fordern, 311. Zur Sicherheit der Advokatengebühren kann der Advokat an den ihm von dem Clienten übergebenen eigenen Urkunden, wie auch an den Manualacten das Retentionsrecht ausüben, 311. Bezahlt der Client den Advokaten nicht, so übergiebt er bey dem Richter, wo er dem Clienten gedient hat, eine Imploration, und bittet den Clienten zur Bezahlung der verdienten Gebühren anzuhalten, 312. Wenn gleich ein Advokat in größerm Ansehen steht, als andere Sachwalter, so darf er deswegen doch nicht mehr Gebühren liquidiren, als nach der Taxordnung geschehen soll, 312. Es ist ein Streit unter den Rechtsgelehrten, in welche Classe die Advokatengebühren locirt werden, wenn über das Vermögen des Clienten ein Concurs entstanden ist, 313.

§. 373.

Von den Rechten armer Partheyen, S. 314. Bey Bestimmung des Armenrechts wird auf Stand und Würde gesehen, 314. Was für einen Eyd muß die arme Parthey schwören? 315. Worin bestehen die Vortheile des Armenrechts? 315. Darf der arme Client um die Verschickung der Acten bitten? 316. Wie lange genießt die arme Parthey das Armenrecht? 316. Wenn wird eine stillschweigende Entsagung des Armenrechts vermuthet? 316. Wie wird die arme Parthey bestraft, wenn sichs am Ende zeigt, daß sie einen ganz ungerechten Proceß veranlaßt habe? 317. Bisweilen hat die arme Parthey das Recht vom Gegentheile den Vorschuß der Proceßkosten verlangen zu können, 317.

Lib.

Lib. III. Tit. II.

de his, qui notantur infamia.

§. 374. 375.

Warum folgt der gegenwärtige Titel auf den vorhergehenden? S. 318. Was nannten die römischen Rechtsgelehrten statum ciuilem? 318. Wenn heißt der status ciuilis, status minus principalis? 318. Was nennt man die Ehre eines Menschen? 319. Was versteht man unter der gemeinen Ehre eines Menschen? 320. Von der absoluten Achtung eines Menschen, 320. Von der besondern Achtung der Menschen, 320. Nur der bürgerliche Gesetzgeber hat das Recht, den Rang der verschiedenen Stände im Staate zu bestimmen, 321. Was wird die bürgerliche Ehre eines Menschen genennt? 321. Die bürgerliche Ehre ist so wie die absolute Achtung unverletzlich, 322. Was nennt man die Ehrlosigkeit im weitläuftigsten Verstande? 322. Begriff der eigentlichen Infamie, 322. Von der Anrüchtigkeit, 322. Vier Tugenden waren es hauptsächlich, deren sich die Teutschen vorzüglich befleißigten, 323. Wer wurde bey den Teutschen ein Schelm genennt? 323. Wie ist das teutsche Wort Hure entstanden? 324. Kann man die Ehrlosigkeit in die natürliche und bürgerliche eintheilen? 324. Von der Bedeutung des Worts probrum, 325. Eine natürlich infamirende Handlung ist der Diebstahl und der Ehebruch, 326. Die Ehrlosigkeit des treulosen Vormundes gründet sich blos auf die Verordnung des bürgerlichen Rechts, 326. Was ist unter den Worten more ciuitatis zu verstehen? 326. Die natürliche Ehrlosigkeit hat nicht eher auf die bürgerlichen Rechte einen Einfluß, als wenn sie durch positive bürgerliche Gesetze bestätigt worden ist, 328. Außer dem Staate giebt es keine bürgerliche Ehrlosigkeit, 328. Wer wird es wohl leugnen, daß der Mißtrauische, der Neidische, der Geitzige, der Unverschwiegene, der Lügner auch außer dem Staate die gerechte

Verachtung eines jeden Rechtschaffenen verdienen, und gleichwohl erklären die bürgerlichen Gesetze dergleichen Menschen nicht allemal für ehrlos, 329.

§. 376.

Warum besteht die bürgerliche Ehrlosigkeit aus mehrern Arten derselben? S. 329. Es streitet wider die Pflichten eines rechtschaffenen Bürgers ein Trunkenbold zu seyn; denn was kann ein Mensch, der selten nüchtern ist, zum Wohl seiner Mitmenschen beytragen? 330. Wie ist die infamia iuris und die infamia facti unterschieden? 330. Wenn gleich die Worte infamia facti im römischen Rechte nicht vorkommen, so ist doch die Sache selbst deutlich darin enthalten, 331. Daß die Gesetze in solchen Fällen, wo sie keine Infamie ausdrücklich angeordnet haben, dennoch die Verachtung nicht mißbilligen, welche diejenigen nach dem Urtheile rechtschaffner Menschen verdienen, die sich durch solche natürlich schändliche Handlungen der bürgerlichen Achtung und der damit verknüpften Vortheile unwürdig gemacht haben, beweisen viele Gesetze, 332. Was für Gesetze führen die Gegner an, welche im römischen Rechte keine infamiam facti finden können? 333. Keinesweges haben die Gesetze die Beurtheilung jener turpitudo, welche von den Rechtslehrern infamia facti genennt wird, der blos willkührlichen Entscheidung des Publikums überlassen, 334. Was für nachtheilige Folgen trafen bey den Römern denjenigen, der eine notam censoriam bekommen hatte? 334. Der Richter muß es entscheiden, ob sich Jemand wirklich so schimpflich aufgeführt hat, daß er derjenigen Vortheile des guten Namens für unwürdig gehalten werden muß, von denen gerade die Frage ist, 335. Die infamia facti unterscheidet sich von der infamia iuris hauptsächlich dadurch, daß hier nicht ein factum in specie mit der Ehrlosigkeit belegt worden ist, sondern nur solche Handlungen überhaupt, die schon ihrer Natur nach schändlich sind, und zugleich mit der Wohlfahrt der bürgerlichen Gesell-

Gesellschaft streiten, und die bürgerliche Achtung mindern, 335.

§. 377.

Eine wichtige Frage ist es, ob die Strafe oder die Ursache derselben, nämlich das begangene Verbrechen, die Ehrlosigkeit verursache? S. 336. Die Rechtsgelehrten Macer und Marcellus sind bisweilen in den Ueberschriften der Gesetze verwechselt worden, 336. Bey den Decurionen und den Plebejern in den Municipien war es besondern Rechtens, daß, wenn sie einer infamirenden Handlung wegen härter bestraft worden waren, als es nach den Gesetzen geschehen sollen, die sonst verdiente Ehrlosigkeit deswegen wegfiel, 337. Es ist die gemeine Meynung der Rechtslehrer, der Richter könne von einem Verbrecher die Ehrlosigkeit dadurch abwenden, wenn er ihn härter bestraft habe, als es nach den Gesetzen geschehen sollen, 339. In den zur Vertheidigung dieser Meynung angeführten Gesetzen ist ganz und gar nicht die Rede von einem Rechte des Richters, Kraft dessen er auf eine härtere Strafe, anstatt der in Gesetzen festgesetzten, sprechen, und dadurch dem Delinquenten die verdiente Ehrlosigkeit erlassen könne, 341. In der Praxis wird die irrige Meynung zur Richtschnur genommen, 342. Nach teutschen Gesetzen infamiren alle Criminalstrafen, welche durch des Schinders Hand an der Person des Verbrechers oder an seinem Namen und Bildnisse vollzogen worden sind, 343.

§. 378. 379.

Die Römer machten bey der infamia iuris einen Unterschied zwischen der infamia mediata und immediata, S. 345. Verschiedene Rechtslehrer haben diesen Unterschied als unrichtig verworfen, 345 und 350. Man findet mehrere Gesetzstellen, woraus deutlich erhellet, daß bey den Römern nicht allemal ein richterliches Erkenntniß vorher gegangen seyn

durfte, wenn die Wirkung der Infamie eintrat, 346. Nicht blos diejenigen werden für ehrlos erklärt, die einer ehrlos machenden Handlung wegen verurtheilt worden sind, sondern auch diejenigen, welche sich außergerichtlich verglichen und Geld dafür gegeben haben, daß man sie nicht anklagen solle, 346. Es kann nicht gleich viel seyn, daß die Gesetze in einigen Fällen so ganz bestimmt sagen, die That sey allein zur Bewirkung der Ehrlosigkeit nicht hinreichend, sondern der Schuldige müsse auch zugleich deswegen condemnirt worden seyn, in andern Fällen aber die Ehrlosigkeit ganz allein mit der vorgenommenen Handlung verbinden, 347. Wer Hurenwirthschaft treibt, wird ipso iure infam, 348. Was für Handlungen bewirken eine unmittelbare Ehrlosigkeit? 348. Es kommen Fälle vor, wo die Strafe unmittelbar auf das begangene Verbrechen folgt, 349. Die Gladiatoren und Schauspieler straften die Römer mit der unmittelbaren Ehrlosigkeit, 351. Wer ungedungen das Amphitheater betrat, um dem Volke einen Beweis seiner Geschicklichkeit im Fechten zu geben, wurde nicht ehrlos, 352. Bey den Teutschen gab es im Mittelalter um Lohn gedungene Kämpfer, die sich gegen Bezahlung für solche Personen schlugen, die nach der damaligen Gewohnheit zum gerichtlichen Zweykampfe herausgefordert worden waren, 352. Von Katzenrittern, 353. Was verstand man bey den Römern unter den Pantomimen? 353. Was für Personen hießen im Mittelalter Spielleute? 354. Oeffentliche Huren waren bey den Römern infam, 354. Sie mußten sich durch eine eigene Kleidung von ehrbaren Frauenzimmern unterscheiden, 355. Nach den teutschen Gesetzen sind öffentliche Huren, Kuppler und Kupplerinnen ebenfalls ehrlos, 356. In welchen Fällen wurde ein Vormund oder Curator bey den Römern ehrlos? 356. Der Sohn des Vormundes, der auf Befehl des Vaters die Pupillin geheyrathet hatte, ehe die Vormundschaftsrechnung abgelegt worden, wurde nicht ehrlos, 357. Es wurde gar kein Beweis der begangenen Untreue des Vormundes erfordert, sondern die bloße Eingehung der Ehe mit der Pupillin war hinreichend, über den Vor-

Vormund die Ehrlosigkeit zu bringen, 357. Nach dem Edict des Prätors sollten solche Personen für unmittelbar ehrlos gehalten werden, die mit mehrern zugleich in die Ehe getreten waren, oder auch nur Verlöbnisse geschlossen hatten, 358. Auch Wittwen, die innerhalb des Trauerjahres, ohne Dispensation geheyrathet hatten, wurden nebst ihren Ehegatten ehrlos, wenn sie wissentlich in diese Ehe getreten waren, 359. Der Vater der Wittwe wurde ebenfalls ehrlos, 359. Warum ist diese harte Strafe festgesetzt worden? 361. Anfangs dauerte das Trauerjahr der Wittwe nur zehen Monate, 361. Der Kaiser Theodosius der Große veränderte die zehenmonatliche Trauerzeit der Wittwe in eine zwölfmonatliche, 362. Es wurde bisweilen Dispensation ertheilt, daß die Wittwe eher heyrathen könne, 363. Eine Mannsperson hatte bey den Römern kein Trauerjahr zu beobachten, 363. Das kanonische Recht hat die Strafe der Ehrlosigkeit aufgehoben, wenn eine Wittwe in ihrem Trauerjahre geheyrathet haben sollte, 364. Wer einen Ehebruch begangen, oder sich eines Zinswuchers schuldig gemacht hatte, wurde bey den Römern mit der unmittelbaren Ehrlosigkeit bestraft, 367. Wer einen beschwornen Vergleich gebrochen, wurde ehrlos, und diese Strafe traf auch den Richter, der sich hatte bestechen lassen, 367. Nach teutschen Rechten wurden Richter und Notarien infam, wenn sie eine von einem Juden an einen Christen geschehene Schuldcession aufgesetzt oder bestätigt hatten, 367.

§. 380. 381.

Bey den Römern wurden diejenigen für mittelbar ehrlos gehalten, welche wegen eines öffentlichen mit Vorsatz begangenen Verbrechens zu der verdienten Strafe waren verurtheilt worden, S. 368. Nur die delicta publica ordinaria machten ehrlos, 368. Ein solches öffentliches Verbrechen war ohne Zweifel auch das stuprum, 368. Macht dieses Verbrechen auch noch heut zu Tage ehrlos? 368. Welche Verbrechen wurden bey den Römern crimina extraordina-

ria genennt? 369. Wenn zogen Verbrechen dieser Art die Ehrlosigkeit nach sich? 370. Wurde das crimen stellionatus mit der Ehrlosigkeit bestraft? 370. Wie sind die einander widersprechend scheinenden Gesetze über diese Materie zu vereinigen? 370. Wegen welcher Privatverbrechen hatte die Strafe der mittelbaren Ehrlosigkeit bey den Römern statt? 371. Die Strafe eines kleinen Diebstahls wird heut zu Tage geschärft, und dabey dem Inculpaten seine Ehre vorbehalten, 372. Wenn werden Injurien heut zu Tage mit der Ehrlosigkeit geahndet? 372. Die Römer bestraften die Treulosigkeit in gewissen Contracten mit der mittelbaren Ehrlosigkeit, 372. Tritt diese Strafe noch heut zu Tage ein? 373. Wer sich bey den Römern über ein ihm Schuld gegebenes Verbrechen außergerichtlich verglich, wurde deswegen ehrlos, 373. Warum machte ein Vergleich über die Untreue in einem infamirenden Contract nicht ebenfalls ehrlos? 374. Der Richter hat kein Recht, dem Beklagten die Ehre in seinem Urthel vorzubehalten, wenn die Gesetze auf das geschehene Verbrechen die Ehrlosigkeit ausdrücklich gesetzt haben, oder sie eine nothwendige Folge der zuerkannten Strafe ist, 375.

§. 382. 383. 384.

Wie unterscheidet sich die infamia iuris et facti von einander? S. 376. Wer hat das Recht in Teutschland, dem Ehrlosen seine verlorne Ehre wieder zu geben? 376. Einige Rechtslehrer unterscheiden, ob die Ehrlosigkeit in gemeinen oder in besondern Land- oder Stadtgesetzen ihren Grund habe, 377. Wie kann der Regent Jemandem seine verlorne Ehre stillschweigend wieder ertheilen? 377. Wenn kann die verlorne Ehre durch Ablauf einer Zeit wieder erlangt werden? 378. Hört die Wirkung der Ehrlosigkeit schon deswegen auf, weil die Strafe aufgehört hat, von der sie eine Folge war? 378. Bisweilen ist die Wiederherstellung der verlornen Ehre mit Feyerlichkeiten verbunden, 378. Von der restitutione famae ex capite iustitiae, 378. Wenn hört die sogenannte infamia

infamia facti auf? 379. Vom Unterschiede der infamia iuris et facti in Rücksicht ihrer rechtlichen Wirkungen, 379. Zieht die infamia iuris den Verlust eines ehrlichen Begräbnisses nach sich, und des Rechts ein Testament zu machen? 380. Von den Wirkungen der infamia facti, 380. Beyde Arten der Ehrlosigkeit kommen darin mit einander überein, daß ehrlose Personen unter die schändlichen Personen gerechnet werden, 381. Wirkungen der wirklichen Ehrlosigkeit nach den ältesten teutschen Gesetzen, 382.

§. 385.

Was versteht man unter der macula leuis notae? S. 382. Die Anzahl der verächtlichen Personen wurde nach und nach durch Mißbrauch und Pöbels Vorurtheil sehr vermehrt, 383. Die Reichsgesetze führen solche für verächtlich gehaltene Personen an, und suchen diese unvernünftige Gewohnheit abzuschaffen, 383. Wir haben heut zu Tage eine bestimmte Gesetzgebung darüber, wer seines Gewerbes, seiner Handthierung, seiner Lebensart wegen für anrüchtig gehalten werden soll, 385. Eine andere Quelle der Anrüchtigkeit ist die uneheliche Geburt, 385. Haben die neuern Reichsgesetze hierin Etwas geändert? 386. Worin bestehen die Wirkungen dieser der unehelichen Geburt anklebenden Makel? 387. Ohne vorhergegangene Legitimation werden uneheliche Kinder in keine Zunft aufgenommen, 387. Ehedem wurden alle unehelich Gebohrne für eigene Leute gehalten, und hießen Königskinder, 385. Wie wird es heut zu Tage damit gehalten? 388. Wenn die unehelich Gebohrnen ohne Kinder starben, auch keine letzte Willensordnung errichtet hatten, so zog der Fiskus das Vermögen derselben an sich iure baſtardiſae, oder iure baſtardagii, 389. Welche Personen werden heut zu Tage ihrer Arbeit wegen für verächtliche Personen gehalten? 389. Die Vollstreckung der Todesstrafen war bey den Römern keine verächtliche Handlung, 390. Auch bey den Germanen war die Execution der Leibes- und Lebensstrafen keinesweges entehrend,

390. Der Nachrichter wurde in den vorigen Zeiten der Frohnbothe genennt, 390. Die Scharfrichtereygerechtigkeit gehört zu den Regalien, weil sie mit dem Criminalwesen unzertrennlich verbunden ist, 391. Was für Gründe führen diejenigen Rechtslehrer an, welche behaupten, nach neuern teutschen Rechten müsse man die Scharfrichter unter die verächtlichen Personen zählen? 391. Mit der Annahme des römischen Rechts, sagt man, hat man in Teutschland die darin vorkommenden Begriffe von der Verächtlichkeit des carnificis angenommen, und auf die Scharfrichter angewendet, 391. Bey den Römern durfte der carnifex nicht römischer Bürger seyn, 391. In den mehresten Handwerksartikeln wird verordnet, daß der Scharfrichter, so lange er diese Handthierung treibt, nicht in die Innung solle aufgenommen werden können, 392. Bey den Römern durften die carnifices nicht in den Volksversammlungen erscheinen, und an manchen Orten in Teutschland hat der Scharfrichter seinen besondern Stand, 393. Es wurde in Teutschland vorgeschrieben, der Scharfrichter solle eine eigene auszeichnende Kleidung tragen, 393. Gemeiniglich muß der Scharfrichter außer der Stadt wohnen, 393. Wie müssen alle diese Argumente widerlegt werden? 394. Von der Anrüchtigkeit des Schinders, 396. Die Abdeckereygerechtigkeit gehört als ein Zweig des Polizeywesens unstreitig zu den Hoheitsrechten, 396. Ist durch die Abdeckereygerechtigkeit die natürliche Freyheit der Unterthanen dergestalt eingeschränkt worden, daß sie die dazu gehörenden schmutzigen Verrichtungen schlechterdings nicht mehr selbst verrichten dürfen? 397. Die Kavillereygerechtigkeit giebt kein Recht dem Eigenthümer zu verwehren, sein noch nicht krepirtes, sondern nur krankes Vieh selbst, oder durch Andere todt stechen lassen zu dürfen, 398. Die Häute des krepirten Viehes dürfen dem Eigenthümer nicht entzogen werden, wenn der Scharfrichter das Recht dazu nicht hergebracht hat, 398. Es giebt noch eine beträchtliche Anzahl verächtlicher Personen, und darunter gehören die Vagabunden und Landstreicher, wie viele Rechtsgelehrte behaupten, welche Meynung aber nicht zu billigen ist, 398.

398. Der Religion wegen zählen viele Rechtsgelehrte die Juden unter die anrüchtigen Personen, 399. Die Specialinquisition zieht eine Anrüchtigkeit nach sich, 400. Schon Constantin der Große hat turpitudinem und leuem notam unterschieden, 401. Was für Personen waren es wohl, von denen in römischen Gesetzen gesagt wird, daß sie propter levem notam die Erbschaft nicht behalten konnten, wovon der Erblasser seine Geschwister ausgeschlossen hatte? 401. Was für Personen rechnete man bey den Römern unter diejenigen, denen ein Schandfleck ihrer Geburt anklebte? 402. Ob die uneheliche Geburt bey den Römern für eine Ursache gehalten worden, Jemanden für leuis notae macula notatum halten zu können, ist streitig, 402. Der carnifex wurde bey den Römern blos zur Hinrichtung der Sclaven und zur Anlegung der Tortur gebraucht, hingegen die Todesstrafen an freyen Personen vollstreckten die Soldaten oder Lictoren, 403. Von den Wirkungen der Anrüchtigkeit, 403. Wenn hört solche wieder auf? 404.

Lib. III. Tit. III.

de procuratoribus et defensoribus.

§. 386. 387.

Welche Personen werden Prokuratoren genennt? S. 405. Wie ist ein Geschäfftsführer, und ein freywilliger Vertheidiger davon unterschieden? 405. Warum muß der freywillige Vertheidiger bey Realklagen eine besondere Sicherheitsbestellung leisten? 406. Vom Prokurator im eigentlichen Verstande, 406. Welche Personen heißen Actoren und Syndici? 406. Wie sind gerichtliche und außergerichtliche Prokuratoren unterschieden? 407. Wenn wird der Bevollmächtigte Procurator in rem suam genennt? 407. Es giebt Generalbevollmächtigte und Specialbevollmächtigte, 407. Vom Unterschiede zwischen wahren Bevollmächtigten und vermutheten Bevollmäch-

mächtigten, 407. Giebt es auch eine stillschweigende Bevollmächtigung zur Führung gerichtlicher Angelegenheiten? 408. Wenn es gleich durch die Proceßordnungen der mehresten Länder vorgeschrieben worden ist, daß sich ein gerichtlicher Sachwalter durch eine schriftliche Vollmacht des Principals legitimiren soll, so ist doch dieses nichts Wesentliches bey dieser Legitimation, 409. Es wird angenommen die Bevollmächtigung sey stillschweigend geschehen, wenn eine Parthey selbst im Gericht erschienen ist, und es geschehen läßt, daß Jemand als ihr Sachwalter für sie handelt, 409. Wie weit gehen die Rechte eines auf diese Art stillschweigend legitimirten Prokurators? 409. Durch die Ueberlieferung der Urkunden zu Führung des Processes wird ebenfalls eine stillschweigende Bevollmächtigung vorgenommen, 410. Kann auch der Sachwalter einen Auftrag zu Besorgung eines gerichtlichen Geschäffts stillschweigend übernehmen? 410.

§. 388.

Die Legitimation von Seiten des gerichtlichen Anwalds ist wesentlich nothwendig, 411. Was wird unter einer vermutheten Vollmacht verstanden? 412. Darf Jeder gegen bestellte Sicherheit wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils für einen Beklagten erscheinen? 411. Rechtmäßige und natürliche Verwandte in gewissen Graden werden als vermuthete Sachwalter im Gericht admittirt, 413. Die Adoption hat die Wirkung eines präsumtiven Auftrags nicht, 413. Auch Personen, die durch die Einkindschaft in eine Familie gekommen sind, dürfen nicht, vermöge eines vermutheten Auftrags, erscheinen, 413. Ist die Verwandtschaft durch eine uneheliche Geburt entstanden, so können nur natürliche Verwandte von der Mutter Seite als vermuthete Sachwalter erscheinen, 414. Ist die Verwandtschaft durch die zwiefache Ehe, oder die Blutschande nach göttlichen Gesetzen, oder durch einen Ehebruch entstanden, so wird kein vermutheter Auftrag angenommen, 414. Bey Verwandten in gerader Linie wird weder auf den Unter-

Unterschied des Grades gesehen, noch darauf, ob die Kinder noch der väterlichen Gewalt unterworfen sind, 414. Bey gerichtlichen Geschäfften dürfen der Regel nach nur Ascendenten und Descendenten männlichen Geschlechts, als vermuthete Sachwalter auftreten, 415. In einigen Fällen darf die Mutter für die Kinder und die Tochter für die Eltern vermöge einer vermutheten Vollmacht auftreten, 415. Unter den Seitenverwandten werden die Brüder ohne Unterschied, ob sie vollbürtig sind oder nicht, als vermuthete Sachwalter zugelassen, 415. Concurriren mehrere Brüder von einer Gattung, so ist der Tüchtigste nach dem Ermessen des Richters vorzuziehen, 416. Wenn mehrere Verwandte von der aufsteigenden Linie mit einander concurriren, welcher hat bey der Uebernahme der vermutheten Vollmacht den Vorzug? 416. Werden Geschwisterkinder als vermuthete Sachwalter angenommen? 417. Weil das Recht, für Unverwandte vermöge einer vermutheten Vollmacht im Gericht erscheinen zu können, ein besonderes Recht ist, so hat keine ausdehnende Auslegung statt, 417. Auch die Schwäger können für einander nach einer vermutheten Vollmacht im Gericht erscheinen, 418. Es muß eine rechtmäßige Schwägerschaft von der ersten Gattung seyn, 418. Wenn gleich in Gesetzen der Vater des Bräutigams öfters der Schwiegervater und der Bräutigam der Tochtermann genennt wird, so sind sie doch im eigentlichen Verstande keine Schwäger, 419. In welchen Fällen kann der Ehemann als vermutheter Sachwalter seiner Frau erscheinen? 421. In Streitigkeiten über das Heyrathsgut handelt der Mann als bürgerlicher Eigenthümer in eigenem Namen, 421. Bestand das Nebenvermögen der Frau, worüber sie ihrem Manne in der Ehestiftung die Verwaltung gegeben, in einer Schuldforderung, so durfte der Mann in eigenem Namen handeln, 421. Läßt sichs aus dem römischen Rechte beweisen, daß die Eheweiber eine Art Vermögen besessen haben, welche bona receptitia hießen? 422. Was für Rechte hat der Mann heut zu Tage über das Paraphernalvermögen seiner Frau? 422. Der Freygelassene konnte bey den Römern für seinen ehemaligen

gen Herrn nach einer vermutheten Vollmacht erscheinen, und umgekehrt, 423. Auch die Theilnehmer an einem Rechtsstreite gehören unter die vermutheten Sachwalter, 424. Kann derjenige, der die Hauptintervention angestellt hat, in dem Proceß über die Sache als vermutheter Sachwalter auftreten? 425. Warum begründet die vertretende Intervention ebenfalls keinen vermutheten Auftrag? 425. Sind die einzelnen Mitglieder einer Gemeine für Theilhaber des Processes zu halten, den die Gemeine führen muß? 425. Sehr bestritten ist die Frage, ob die Theilnehmer an einem Rechtsstreite schon vor oder erst nach der Einlassung auf die Klage als vermuthete Sachwalter aufzutreten befugt sind? 426. Was wird durch die Worte ordinare litem angedeutet? 427. Einige Rechtslehrer verstehen diese Worte von der Berichtigung der Person des Richters und der streitenden Theile, 427. Andere Rechtslehrer behaupten, daß die Worte post litem legitime ordinatam von der Litiskontestation verstanden werden müssen, und es sey daher der Theilnehmer an einem Rechtsstreite nicht vor der Antwort auf die Klage, sondern erst nach derselben als vermutheter Sachwalter zu admittiren, 427. Vor der Regierung Constantins konnte ein Kläger nach seinem Belieben unter mehreren Theilnehmern an dem Rechtsstreite einen belangen und die übrigen übergehen, 427. Constantin führte die Einrede ein, daß Mehrere an der Klage Theil hätten, 428. Was für eine Aenderung wurde unter dem Julian gemacht? 428. Die Kaiser Valentinian und Valens dehnten die Verordnung Julians auf das Ganze aus, 428. Woraus sieht man, daß die Worte post litem legitime ordinatam von der Antwort auf die Klage verstanden werden müssen? 429. In Justinians Gesetzen wird das Wort lis nicht von einer Rechtssache vor der Litiskontestation gebraucht, sondern das Wort controuersia, 429. Warum ist der Schluß falsch, weil die Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung, wozu der vermuthete Sachwalter verbunden ist, vor der Litiskontestation bestellt werden muß, so kann ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite auch vor der Antwort auf die Klage in der übri-

gen

gen Namen vermöge eines vermutheten Auftrags handeln? 430. Nach der Meynung des Cujacius ist eine Rechtssache ordinirt, wenn sowohl die Person des Richters, als der beyden streitenden Theile berichtigt worden ist, 430. Ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite kann in der Appellationsinstanz gleich im Anfange und vor der Einlassung auf die Klage in der übrigen Namen als vermutheter Sachwalter auftreten, 431. Wie lautete die Originalverordnung der Kaiser Valentinian und Valens über diesen Gegenstand? 432. In Gesetzen werden die Worte lis ordinata und lis contestata unterschieschieden, 433. Die Worte ordinatio litis und praeparatio litis sind gleichbedeutend, 433. Die satisdatio ratihabitionis und de iudicato soluendo gehörten zur ordinatio litis, 434. Können Personen, welche Urkunden in Händen haben, die zur Sache gehören, als vermuthete Sachwalter auftreten, 435. Derjenige, welcher eine auf ihn gerichtete Anweisung in Händen hat, braucht seine Zuflucht zu keiner vermutheten Vollmacht zu nehmen, 435. Wenn ein vermutheter Sachwalter für einen Andern admittirt werden soll, so muß dieser die Fähigkeit haben, einen gerichtlichen Sachwalter bestellen zu können, 436. Darf ein vermutheter Sachwalter für einen Rasenden, Wahnwitzigen, Minderjährigen, Verschwender erscheinen? 437. Bey den Römern konnte Jemand für eine Frauensperson als vermutheter Sachwalter erscheinen, 437. Da Niemand des Andern seine Geschäffte wider seinen Willen besorgen darf, so wird auch kein vermutheter Sachwalter angenommen, wenn der Principal deutlich erklärt hat, es solle kein vermutheter Sachwalter seine Sache betreiben, 438. Es folgt nicht, daß derjenige, welcher wirkliche Vollmacht zu Betreibung der einen Sache hat, auch berechtigt sey, in einer andern Angelegenheit dieser Person als vermutheter Sachwalter aufzutreten, 438. Was wird von demjenigen überhaupt erfordert, der als vermutheter Sachwalter auftreten will, 438. In welchen Angelegenheiten wurde nach Justinianeischem Rechte eine Frauensperson als vermutheter Sachwalter angenommen? 438. Wer als

vermu-

vermutheter Sachwalter auftreten will, muß Sicherheit bestellen, daß der Kläger dasjenige genehmigen werde, was er in seinem Namen gethan hat, 439. Wie wird diese Sicherheitsbestellung im römischen Rechte genennt? 439. Diese Sicherheitsbestellung ist wesentlich nothwendig, 439. Selbst der Vater ist in gewissen Fällen dazu verpflichtet, 440. Von dieser Sicherheitsbestellung ist der vermuthete Sachwalter alsdenn frey, wenn er unbewegliche Güter besitzt, 440. Es schadet nichts, wenn sein Vermögen verschuldet ist, 441. Der vermuthete Sachwalter des Beklagten muß cautionem de iudicato soluendo bestellen, 441. Es ist Pflicht des Richters bey dieser Sicherheitsbestellung eine bestimmte Summe festzusetzen, wie viel der vermuthete Sachwalter bezahlen soll, wenn der Principal die Handlungen desselben nicht genehmigen sollte, 441. Wenn ein vermutheter Sachwalter angenommen werden soll, so muß die Sache auch so beschaffen seyn, daß sie durch Bevollmächtigte betrieben werden darf, 442. Ein Vater darf keine solche Sicherheit bestellen, 442.

§. 389. 390. 391.

Bey den Römern wurden die gerichtlichen Sachwalter nach einer rechtlichen Fiction für Eigenthümer des Rechtsstreits gehalten, S. 443. Warum hatten die außergerichtlichen Prokuratoren kein solches Eigenthum? 443. Was hat zur Einführung des dominii litis Gelegenheit gegeben? 443. Der Grund des bey gerichtlichen Angelegenheiten nöthigen Eigenthumsrechts des Sachwalters war bey außergerichtlichen Sachen nicht vorhanden, 443. Die angeführten Gesetze beweisen die Behauptung der Gegner gar nicht, 444. Bey den Römern mußte anfangs sowohl der Kläger als der Beklagte seinen Proceß selbst führen und persönlich erscheinen, 444. Die eingeführten Klageformeln würden unschicklich gewesen seyn, wenn nicht beyde Partheyen in Person erschienen wären, 445. In einigen Rechtsfällen waren gleich anfangs gerichtliche Prokuratoren nöthig, 445. Wenn hieß der Prokurator assertor? 445.

445. Die Vormundschaftsklage durfte durch einen Sachwalter angestellt werden, 446. Anfangs scheint es nur in dem Falle gewöhnlich gewesen zu seyn, einen Sachwalter zu brauchen, wenn eine Parthey wegen Krankheit, Alter oder Abwesenheit nicht im Stande war, die Sache selbst im Gericht zu betreiben, 446. In der Folge wurde die Zulassung der Sachwalter in bürgerlichen Rechtssachen so allgemein, daß es zur Ausnahme von der Regel gehörte, wenn eine Sache durch keinen Sachwalter betrieben werden konnte, 446. Auch bey dem dominio litis wurde titulus und modus acquirendi erfordert, 447. Von den Wirkungen des dominii litis bey den Römern, 447. Ist diese römische Einrichtung in Teutschland angenommen worden? 448. Das Eigenthum des Rechtsstreits ist im päpstlichen Rechte, in den Reichsgesetzen und in mehrern Proceßordnungen bestätigt worden, 449. Daß bey uns bisweilen das Urtheil auf den Sachwalter allein gerichtet wird, ist kein Beweis, daß wir das römische Eigenthum des Rechtsstreits angenommen, 450. Bey uns kann der Principal ohne den Prokurator in der Sache allein handeln, wenn er nur erklärt, daß die Vollmacht seines Stellvertreters dadurch nicht aufgehoben werden sollen, 450. Wie läßt sichs beweisen, daß wir die Grundsätze von dem Eigenthume des Rechtsstreites in unsern Gerichten nicht angenommen haben? 450. Wie unterscheiden sich Prokuratoren und Advokaten? 452. Wodurch unterscheidet sich ein gerichtlicher Prokurator und ein Actor? 453. Vormünder können in gerichtlichen Angelegenheiten ihrer Mündel keine eigentlichen Prokuratoren bestellen, sondern bloße Actoren, 453. Wenn hatte der Vormund bey den Römern das Recht, einen Prokurator zu bestellen? 453. Der Vormund muß außer der dem Actor ausgestellten Vollmacht auch die Bestätigung seiner Vormundschaft beylegen, 454. Wenn ist der Actor durch das bloße ihm ertheilte Actorium hinlänglich legitimirt? 454. Was von der Nothwendigkeit der Beybringung der geschehenen Vormundschaftsbestätigung den Gesetzen gemäß ist, gilt auch von Actoren, die ein Curator bestellt hat, 455. Ist ein Ac-

testat des Stadt- oder Amtsschreibers hinlänglich, die wirklich geschehene Bestellung eines Vormundes oder Curators darzuthun? 455. Ob ein Vater in Sachen, die das Vermögen seiner noch in väterlicher Gewalt stehenden Kinder betreffen, einen eigenthümlichen Prokurator, oder nur einen Actor bevollmächtigen darf, hängt von der Beschaffenheit des Vermögens der Kinder ab, worüber der Proceß geführt wird, 456. Ueber das peculium castrense und quasi-castrense hat der Vater keine Verwaltung, und darf sich also auch nicht in die darüber entstandenen Processe mengen, sondern der Sohn ist hier voller Eigenthümer, 457. In Streitigkeiten über das peculium profectitium kann der Vater einen Prokurator bestellen, 457. Wie wird es mit der Bestellung des Prokurators gehalten, wenn der Proceß das peculium aduentitium ordinarium des Sohnes betrifft, 457. Die gesetzliche Verwaltung, die der Vater über das peculium aduentitium ordinarium seines Sohnes ausüben kann, ist keine Verwaltung, wie der Vormund oder ein gemeiner Verwalter hat, sondern sie besteht vielmehr in einem exercitio dominii vicario, 458. Darf sich der Vater des Nießbrauchs von dem Vermögen seines Sohnes nicht anmaßen, er hat aber doch die Verwaltung desselben erhalten, so kann er auch einen Prokurator zu Führung der Processe darüber bestellen, 458. Was für Gründe lassen sich für die Meynung anführen, daß der Vater die gesetzliche Vormundschaft über das peculium aduentitium irregulare habe? 459. Hat derjenige, von dem dieses Peculium herrührt, selbst einen Verwalter Namens des Sohnes bestellt, so darf sich freylich der Vater die Verwaltung nicht anmaßen, 459.

§. 392. 393.

Ist das Amt des Prokurators ein öffentliches Amt? S. 459. Von Reichshofrathsagenten, 460. Wie werden sie ernennt? 460. Was geschieht bey ihrer Verpflichtung? 461. Was nennt man beym Reichshofrathe besondere Bestellte? 461.

Welche

Welche Stände haben das Recht, in ihren, vor dem Reichshofrathe anhängigen Processen eigene Sachwalter zu gebrauchen? 461. Wer wird beym Reichshofrathe in Curia praesens genennt? 462. Wer kann Deputirte an den Reichshofrath abordnen? 462. Wie werden die Kammergerichtsprokuratoren ernannt? 463. Von der Beeydigung derselben, 463. Was nennt man beym Reichskammergericht auswärtige Sachwalter? 464. In welchen Fällen dürfen auswärtige Sachwalter beym Reichskammergerichte gebraucht werden? 464. Der Eyd, welcher von einem Juden beym Reichskammergerichte geschworen werden soll, muß entweder von ihm in Person, oder durch einen besonders bevollmächtigten jüdischen Sachwalter geschworen werden, 465. Wer kann das Amt eines Prokurators in Rechtssachen übernehmen? 466. Wenn durfte bey den Römern eine Frauensperson gerichtliche Angelegenheiten in Person betreiben? 466. Es ist einer Mutter erlaubt, für ihren Sohn gegen ein demselben nachtheiliges Urtheil zu appelliren, 467. Konnte ein Minderjähriger, der wenigstens siebzehen Jahr alt war, bey den Römern als Prokurator für Andere erscheinen? 467. Verschiedene Rechtslehrer machen einen Unterschied zwischen solchen Handlungen, die ein Sachwalter in eigenem Namen verrichtet, und zwischen denjenigen, bey welchen er in fremden Namen handelt, 464. Durch das kanonische Recht werden Minderjährige, welches bey der Bestimmung des processualischen Verfahrens dem römischen Rechte vorgeht, für unfähig erklärt, das Amt eines gerichtlichen Sachwalters zu übernehmen, 469. Ehrlose sind nicht nur nach dem römischen Rechte, sondern auch nach dem kanonischen unfähig, das Amt eines Prokurators zu übernehmen, 469. Warum dürfen Soldaten nicht als gerichtliche Prokuratoren auftreten? 470. Diese Regel hat mehrere Ausnahmen, 470. Abgedankte Soldaten können Prokuratoren werden, 470. Mächtige und Geistliche sollen nicht Prokuratoren seyn, 471. Ausnahmen von dieser Regel, 471. Bey den Römern durfte weder der Fiskal,

noch respublica, noch ein Decurio, noch ein Sclave, als Prokurator auftreten, 471.

§. 394. 395.

Zur Ernennung eines Sachwalters sind alle diejenigen berechtigt, welche Eigenthümer der Sache sind, worüber der Proceß geführt werden soll, S. 472. Diejenigen Personen, welche die freye Verwaltung ihres Vermögens nicht haben, können keinen gerichtlichen Prokurator bestellen, 472. Wenn dürfen rasende und wahnwitzige Personen einen gerichtlichen Anwald bestellen? 472. Haben taube oder stumme Personen den hinlänglichen Gebrauch ihres Verstandes, so darf ihnen das Befugniß einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen nicht abgesprochen werden, 472. Unmündige oder minderjährige Personen müssen mit Einwilligung ihres Vormundes oder Curators einen gerichtlichen Anwald ernennen, 473. Wenn kann die Bestellung des gerichtlichen Anwaldes, welche von dem Minderjährigen allein geschehen ist, nicht angefochten werden? 473. Gerichtlich für Verschwender erklärte Personen dürfen für sich allein keinen Prokurator bestellen, 473. Nach dem römischen Rechte konnten Frauenspersonen für sich allein einen gerichtlichen Prokurator bestellen, 474. Söhne, die noch der väterlichen Gewalt unterworfen sind, können in Streitigkeiten über ihr peculium profectitium oder aduentitium ordinarium, der Regel nach, keinen Sachwalter bevollmächtigen, ihr Vater müßte denn rasend oder abwesend seyn, 474. Was für Rechte hat der Sohn bey Bestellung eines gerichtlichen Prokurators über Processe, die das peculium castrense, oder quasi - castrense, oder aduentitium irregulare betreffen? 474. Was ist Rechtens, wenn der Principal zu Führung seines Processes mehrere Sachwalter bestellt hat? 475. Sind die mehrern Sachwalter alle als Hauptstellvertreter bestellt worden, so ist dieses entweder von mehrern Theilnehmern von dem nämlichen Rechtsstreit geschehen, die ein getheiltes Interesse haben, oder die Ernennung der mehrern Haupt-

Hauptsachwalter ist von einem geschehen, den der ganze Proceß allein angeht, 475. Bey Fällen der letzten Art muß unterschieden werden, ob die Bevollmächtigung zu gleicher Zeit oder zu verschiedenen Zeiten geschehen ist, 476. Bestellte ein einziger Eigenthümer des Rechtsstreits zu gleicher Zeit mehrere Sachwalter zu Betreibung der ganzen Sache, so hatte dieses bey den Römern nicht die Wirkung, daß sie alle zugleich und mit einander im Gericht hätten auftreten dürfen, 476. Man hielt es für unbillig, die Lage des Gegners durch Bestellung mehrerer Hauptsachwalter, mit denen er es zugleich aufnehmen sollte, zu beschweren, 476. Im kanonischen Rechte ist es erlaubt worden, daß mehrere Sachwalter zugleich im Gericht auftreten können, 477. Sind mehrere Hauptsachwalter auf eine bestimmte Art ernannt worden, so ist dieses entweder mit der Clausel sammt oder sonders, oder durch die Clausel sammt und sonders geschehen, 477. Wenn tritt unter mehrern bestellten Prokuratoren die Prävention ein? 477. In welchen Fällen hat keine Prävention statt? 478.

§. 396. 397.

Wenn heißt der Bevollmächtigte procurator in rem suam? S. 478. Nach der Theorie des römischen Rechts gieng es nicht an, persönliche Ansprüche von der Person des ersten Gläubigers gänzlich zu trennen, 479. Wenn ich dem Andern bey den Römern eine Forderung verkaufte, so konnte er zwar in seinem eigenen Namen die nützliche Klage anstellen, aber zur Anstellung der direkten Klage mußte er Vollmacht von mir bekommen, worin ich erklärte, daß er die Forderung als mein Anwald in meinem Namen einklagen solle, 479. Wenn ein Minderjähriger das Geschäffte eines Volljährigen übernommen, und ihm durch die schlechte Besorgung des Geschäffts Schaden verursacht hat, so muß der Volljährige als procurator in rem suam ex mandato des Minderjährigen um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen, 480. In welchen Fällen wird der Procurator in rem suam als

Beklagter betrachtet? 480. Was für Sachen können durch einen gerichtlichen Prokurator besorgt werden? 480. Nach den ältern römischen Gesetzen mußte er der Regel nach seine gerichtlichen Angelegenheiten selbst besorgen, 480. Dieses gab Gelegenheit zu Einführung des dominii litis, 481. Durch neuere Gesetze wurde es zur Regel, in allen bürgerlichen Rechtshändeln durch einen Prokurator zu handeln, und jetzt war es Ausnahme, wenn eine Sache durch keinen Prokurator betrieben werden durfte, 481. In Volksklagen konnte zwar von Seiten des Beklagten ein Prokurator bestellt werden, aber nicht von Seiten des Klägers, 481. Selbst bey diesen Fällen war es bisweilen erlaubt, die Sache durch einen Prokurator betreiben zu dürfen, 482. Bey dem Gebrauch des Interdicts de liberis exhibendis durfte der Kläger nicht durch einen Prokurator erscheinen, 482. Der Regel nach muß jeder Eyd von derjenigen Parthey in Person geschworen werden, der er zugeschoben oder vom Richter auferlegt worden ist, und es kann nicht durch einen Prokurator geschehen, 483. Diese Regel hat mehrere Ausnahmen, 483. Woher ist die Gewohnheit entstanden, den Eyd durch einen Prokurator ablegen zu können? 484. Warum hat die Errichtung der höchsten Reichsgerichte in Teutschland Gelegenheit gegeben, daß der Eyd durch einen Gevollmächtigten geschworen werden darf? 485. Der Richter hat das Recht, die streitenden Partheyen ohne Unterschied der Sache, so oft es die Nothdurft erfordert, anzuweisen, daß sie persönlich im Gericht erscheinen sollen, 485. Der Wechselschuldner kann nicht durch einen Bevollmächtigten erscheinen, um den Wechsel zu recognoscieren, 485. Bey Kriegsgerichten werden nicht leicht Anwälde zugelassen, 486. Wenn eine Parthey ein Recht hat auf das persönliche Erscheinen des Gegners zu dringen, so darf er nicht durch einen Prokurator auftreten, 486. Warum muß der Injuriant in Person erscheinen, wenn er zur Abbitte und Ehrenerklärung verurtheilt worden ist? 486. Wenn es blos ein Vorrecht des Klägers ist, auf das persönliche Erscheinen des Beklagten dringen zu können, so kann er auf dieses Vorrecht Verzicht leisten,

leisten, 487. Warum durfte bey den Römern von Seiten des peinlichen Anklägers kein Sachwalter auftreten? 487. Auf Seiten des Beklagten durfte deswegen kein Sachwalter auftreten, weil er dominus litis wurde, folglich würde der Prokurator zur Strafe verurtheilt worden seyn, woraus eine offenbare Ungereimtheit entstanden wäre, 488. Dieser Einrichtung ungeachtet war es dennoch Jedem erlaubt, die Vertheidigung des Angeklagten zu übernehmen, weil ein Defensor nicht sowohl als Sachwalter des Angeklagten auftrat, sondern vielmehr als ein solcher betrachtet wurde, der die Rechte der Menschheit vertheidigte, 489. In unsern Gerichten wird es der Regel nach dem Ankläger verstattet, durch einen Sachwalter zu erscheinen, da wir von der inscriptio in crimen nichts wissen. In Haupthandlungen des peinlichen Processes dar der Inculpat durch keinen Procurator erscheinen, sondern er muß sich selbst im Gericht stellen, 489. Nebenhandlungen des peinlichen Processes können durch einen Sachwalter des Inculpaten besorgt werden, 490.

§. 398.

In verschiedenen Fällen soll eine Parthey ihre Rechtssache nicht selbst betreiben, sondern dieses durch einen Prokurator thun lassen, S. 490. Warum waren die Personae illustres bey den Römern dazu verpflichtet? 490. Wenn können mehrere Streitgenossen angewiesen werden, durch einen gemeinschaftlichen Anwald zu erscheinen? 491. Vniuersitates personarum müssen ihre Rechtshändel durch einen Actor betreiben, 491. Es giebt Gerichte, wo ein Proceß schlechterdings durch einen Prokurator geführt werden muß, 491. Ein öffentlicher Prokurator darf sich der Regel nach nicht weigern, für eine Parthey, die ihn darum ersucht hat, als Prokurator aufzutreten, 492. Der Prokurator des Klägers ist schuldig ihn gegen die angestellte Wiederklage zu vertheidigen, 492. Es darf nicht einmal der procurator in rem suam die Vertheidigung des Cedenten unterlassen, 492. Was

versteht man unter dem Satze: die Cession rührt ex necessitate her? 492.

§. 399. 400.

Wer einen Proceß als Prokurator führen will, muß sich gehörig dazu legitimiren, S. 494. Was versteht man unter der Legitimation zur Sache? 494. Was heißt die Legitimation zum Proceß? 494. Sie ist ein wesentliches Stück des Processes, 495. Wenn heißt der Prokurator ein falscher Prokurator? 496. Die Gesetze unterscheiden falsum procuratorem und procuratorem non verum, 496. Wie lange kann der Principal die Handlungen des falschen Prokurators genehmigen? 497. Wie unterscheiden die Rechtslehrer, wenn die Ratihabition erst nach bereits abgefaßtem Urtheil ertheilt worden ist? 497. Wenn der Gegentheil es wüßte, daß der Prokurator ein falscher sey, und ließ ihn doch die Sache betreiben, so schadet ihm sein Stillschweigen, 497. Die Gesetze erklären die Handlungen des falschen Prokurators blos zum Vortheil desjenigen für nichtig, dessen Geschäffte solcher besorgt hat, und geben ihm das Recht alles zu mißbilligen, 498. Wie lange kann die Genehmigung des Principals ertheilt werden? 498. Wenn ist der vermuthete Sachwalter für hinlänglich legitimirt zu halten? 498. Der wahre Sachwalter wird durch die ihm ertheilte Vollmacht legitimirt, 499. Wie wird eine Vollmacht vor dem Richter ausgestellt? 499. Ist es nöthig, daß sich beyde Partheyen zur Erfüllung der aus dem Vollmachtscontract fließenden Verbindlichkeiten mittelst Angelobens an den Gerichtsstab verbindlich machen, wenn eine gerichtliche Vollmacht ausgestellt worden ist? 499. Wie geschieht die Bevollmächtigung vor einem Notarius? 499. Bey den Römern pflegte eine Parthey der andern die geschehene Bevollmächtigung durch ein an sie erlassenes Schreiben zu melden, 500. Wie wird eine Blanquet zur Vollmacht ausgestellt? 500. Wenn geschahe bey den Römern die Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung des Principals? 501.

Wer

War der Eigenthümer des Rechtsstreits gegenwärtig, so durfte der Sachwalter keine Sicherheit wegen der Genehmigung bestellen, 501. Wenn sagte man von dem Principal, daß er gegenwärtig sey? 501. Wie muß eine Privatvollmacht zu Führung eines Processes eingerichtet seyn? 502. Wie ist der Vor- und Zuname desjenigen in der Vollmacht angeführt worden, der einen Sachwalter ernannt hat? 502. Wie wird der Name des Ausstellers der Vollmacht angeführt, wenn sie von einem Vormunde ausgestellt worden? 502. Wie muß der Gegenstand des Rechtsstreits in der Vollmacht angeführt werden? 503. Von der Anführung des Gerichts in der Vollmacht, wo der Proceß geführt werden soll, 507. Wie wird der Gegentheil in der Vollmacht deutlich angeführt? 503. Die Vollmacht muß den Vor- und Zunamen, und den Stand des bestellten Sachwalters enthalten, 503. Was für Rechte haben mehrere zu Führung eines Processes bestellte Sachwalter? 504. Die Vollmacht muß auch die Genehmigung des bisher Verhandelten enthalten, 505. Ist die Anführung der Zeit, wenn die Vollmacht ausgestellt worden, ein nothwendiges Stück derselben? 505. Wie muß die Unterschrift des Gewaltgebers in der Vollmacht beschaffen seyn? 505. Wie stellen Frauenspersonen eine Vollmacht aus? 506. Wie wird die Vollmacht unterschrieben, wenn der Gewaltgeber nicht schreiben kann? 506. Muß der Prokurator die Vollmacht ebenfalls unterschreiben? 506. Muß eine Vollmacht untersiegelt werden? 506.

§. 401.

Vom Unterschiede einer Generalvollmacht und einer Specialvollmacht, S. 507. Was nennt man eine Generalvollmacht? 507. In Gesetzen wird von Generalvollmachten der Ausdruck mandatum generale exercendarum litium gebraucht, 507. Was für Handlungen kann ein procurator vniuersalis vornehmen? 507. Was nennt man eine Specialvollmacht? 508.

Wenn heißt der Prokurator in Gesetzen procurator ad vnam speciem constitutus? 508. Nach dem römischen und kanonischen Rechte hat die Parthey das Recht blos zu einer einzelnen Handlung im Proceß einen Prokurator zu bestellen, 508. Warum wurde in der Kammergerichtsordnung verordnet, die Vollmacht auf den ganzen Proceß einzurichten? 509. Durch neuere Gesetze ist verordnet worden, den Prokuratoren bey den Reichsgerichten Generalvollmachten zu geben, 509. Die Gesetze haben keine deutliche Regel aufgestellt, wenn der Prokurator eine Specialvollmacht bekommen muß, um eine gewisse Handlung im Proceß vornehmen zu können, 510. Ist die Einlassung auf die Klage ebenfalls so beschaffen, daß sie eine Specialvollmacht erfordert? 511. Sieht man auf die Gewalt, die der Sachwalter durch die Vollmacht bekommen hat, so ist solche ebenfalls entweder eine allgemeine Vollmacht oder eine besondere, 511. Was versteht man unter den Worten mandatum cum libera? 512. Sowohl eine Generalvollmacht als eine Specialvollmacht kann ein mandatum cum libera seyn, 512. Die Gewalt des procuratoris vniversalis wird theils durch den Nutzen des Eigenthümers bestimmt, theils durch die Natur des ihm ertheilten Auftrags, 512. Es gieng bey den Römern ebenfalls an, den Bevollmächtigten durch besondere Clauseln in der Vollmacht mehr Rechte einzuräumen als er, außer diesem Falle, gehabt haben würde, 513. Worin besteht die Wirkung der Clausel cum libera nach dem päpstlichen Rechte? 513. Was für Rechte hat der Bevollmächtigte, wenn in der Vollmacht einige vorzunehmende Handlungen angeführt, und sodann die Clausel gebraucht worden, und dergleichen? 513. In den Gerichten hält man die Clausel cum libera nicht für hinreichend, um solche Handlungen vornehmen zu können, wo eine besondere Vollmacht vorausgesetzt wird, 514.

§. 402.

§. 402. 403.

Was für Verbindlichkeiten hat ein gerichtlicher Prokurator zu erfüllen? S. 514. Ein Gerichtsprokurator muß über die ihn anvertrauten Sachen ein richtiges Protokoll führen, 515. Was haben Gerichtsprokuratoren zu thun, welche die Rechte nicht verstehen? 515. Was für Rechte hat eine Parthey, welche durch die Schuld ihres Prokurators Schaden gelitten hat? 516. Darf eine Parthey, welche durch die Schuld ihres Prokurators Schaden gelitten hat, sogleich um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen, ehe sie den Prokurator ausgeklagt hat? 516. Wenn hören die Rechte und Verbindlichkeiten des gerichtlichen Prokurators wieder auf? 517. Wenn wird das Amt des Prokurators durch die That geendigt? 518. In den Formularen der Vollmachten die ein Prokurator, bekommt, findet man oft Clauseln, wovon einige unnütz, andere überflüßig, andere aber nützlich sind, 518. Von der Clausel der Erben in der Vollmacht, 518. Von der Clausel, wodurch dem Sachwalter das Recht zu substituiren ertheilt wird, 519 und 523. Von der Eydesclausel in der Vollmacht, 519 und 522. Die Reichsgesetze verordnen, daß in der Vollmacht auf den Fall, wenn der Bevollmächtigte mit Tode abgehen, oder durch Veränderung des Standes verhindert würde, die Sache fortzusetzen, ein anderer Anwald ernannt werden soll, 520. Ist es nöthig in der Vollmacht viele von dem im Proceß vorkommenden Handlungen anzuführen? 520. Von der Clausel cum libera, 520 und 523. Von der Clausel rati et grati, 521 und 522. Von der clausula indemnitatis, 521. und 522. Von der Clausel, alles getreulich und ohne Gefährde, 521 und 522. Von der clausula hypothecae omnium bonorum, 523. Welche Handlungen im Proceß ließ man dem Prokurator nach der Behauptung der ältern Rechtslehrer nicht ohne ein mandatum speciale vornehmen? 525.

§. 404.

§. 404.

In welcher Ordnung werden die zu einer schriftlichen Privatvollmacht gehörenden Stücke vorgetragen? S. 526. Man muß bey Anführung dieser Handlung schlechterdings darauf Rücksicht nehmen, ob der Kläger oder der Beklagte die Vollmacht ausstellt, 526. Von den Erweiterungsclauseln in der Vollmacht, 526. In einigen Gerichten wird die Beglaubigung der geschehenen Vorlesung, Erklärung, Genehmigung und Unterschrift von einem Richter oder Notarius schlechterdings erfordert, wenn die Vollmacht für gültig gehalten werden soll, 526. Was hat der Richter zu thun, wenn eine Vollmacht übergeben worden ist, die in wesentlichen Theilen fehlerhaft ist? 527. Wenn kann der Bevollmächtigte zur Leistung der Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung des Principals angehalten werden, weil die übergebene Vollmacht fehlerhaft ist? 527. Wie lange kann der Vollmacht die Einrede, daß sie fehlerhaft sey, entgegen gesetzt werden? 527. In einigen Gerichten wird der Advokat, welcher eine fehlerhafte Vollmacht übergeben hat, zum Ersatz der verursachten Kosten verurtheilt, und überdieses auch willkührlich bestraft, 528.

§. 332. 333.

Eine natürliche Folge der Nichterfüllung eines geschlossenen **Vertrags** ist es unstreitig, daß der dadurch **verursachte** Schaden von demjenigen Paciscenten vergütet werden muß, der den Vertrag nicht genau erfüllt hat. Dieser Nachtheil ist sehr oft von verschiedener Beschaffenheit, und daher haben die Gesetze solche Fälle auf eine deutliche Art bemerkbar gemacht; nur finden sich nicht selten Schwierigkeiten, wenn der richtige Verstand der hierher gehörenden Ausdrücke festgesetzt werden soll. Unter die schweren Gesetze über diesen Gegenstand gehören viele von denen, worin die Worte, id quod interest, vorkommen [a]); denn es wird diese Redensart in Gesetzen auf verschiedene Weise gebraucht, wie Hr. Prof. **Wehrn** a. a. O. §. 50. ausführlich gezeigt hat.

Im **allgemeinsten** Sinne nennten die römischen Rechtsgelehrten, **allen Verlust**, den Jemand durch die unrechtmäßige Handlung eines Andern, sie mochte aus Vorsatz oder aus Unvorsichtigkeit geschehen seyn, erlitten, und dessen Ersatz zu verlangen er ein vollkommnes Recht hatte, das **Interesse**. So heißt es in der L. 13. pr.

a) DONELLVS in Opp. et CONTIVS ad Tit. 47. L. 7. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur, in Opp. p. 477. MARANVS ad L. vn. C. de sentent. quae pro eo, quod int. prof. in Opp. p. 686. Io. Math. MAGNI (le Grand) Rationum et differentiarum iuris ciuilis libri duo: prior de actionibus arbitrariis, alter de eo, quod interest, in MEERM. Thes. Tom. III. p. 263. LYNCKER de eo quod interest, LAVTERBACH Concl. forens. Exerc. 8. thes. 8. Chr. Guil. WEHRN in doctr. iur. c. 6. p. 349 et sqq.

pr. D. rat. rem hab. — si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum: in tantum competit, in quantum mea interfuit: id est, *quantum mihi abest*, *quantumque lucrari potuit.* In der L. 33. pr. D. ad Leg. Aquil. wird die Bemerkung gemacht: in Lege *Aquilia* damnum consequimur, et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. Das Nämliche wird in der L. 1. §. 41. D. de vi et vi arm. zu verstehen gegeben, wo es heißt: non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto habetur, verum ceterarum etiam vtilitatum habenda est. Nam et *Viuianus* refert, in hoc interdicto omnia, quaecunque habiturus vel adsecuturus erat is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui, aut eorum litem a iudice aestimari debere: eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi deiectum non esse. Deutlich findet man diesen Begriff auch in der L. 33. D. locati, wo es heißt: nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohiberetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, *quanti eius interfuerit frui*, in quo etiam *lucrum eius* continebitur.

Nach diesem Sinne begreift das **Interesse** nicht nur den wirklich erlittenen Schaden, damnum emergens, sondern auch den entgangenen Gewinn, lucrum cessans, in sich. Denn so wird in der L. vn. C. de sentent. quae pro eo, quod interest, proferunt, ausdrücklich bemerkt: *id*, *quod interest*, non solum ex *damno dato* constare, sed etiam ex *lucro cessante.*

Anders brauchten die römischen Rechtsgelehrten die Worte: id quod interest, im **eigentlichen** Verstande; denn hier verstanden sie eine Art von accessio ciuilis der Hauptsache darunter [b]), und setzten daher das **Interesse** nicht nur dem schuldigen Gegenstande selbst, und dessen Werthe

b) Wehrn l. c. §. 50. et 52. p. 356. sqq.

Werthe entgegen, sondern auch andern Accessionen, z. B. der Conventionalstrafe, den Zinsen und Früchten. Vom Unterschiede des Werths und Interesse reden mehrere Gesetze, als: die L. 1. §. 20. D. de tut. et ration. distrah. — wo es heißt: considerandum est in hac actione, vtrum *pretium rei* tantum duplicetur, an etiam, quod pupillo *interfit?* Et magis esse arbitror, in hac actione, *quod interest*, non venire, sed tantum *rei aestimationem.* Eben dieses wird in der L. 11. §. 18. D. de act. emti vend. bemerkt, durch die Worte: ex emto eum in hoc quidem non teneri, *quod emtoris interest;* verum tamen, vt *pretium* reddat, teneri. Eben diesen Gedanken enthält die L. 33. D. locati, — quod hactenus verum erit, vt *pretium* restituas, non vt etiam praestes, si *quid pluris mea interfit*, eum vacuum mihi tradi. Mit diesen Gesetzen stimmen noch andere [c]) überein. Daß man übrigens bisweilen außer der schuldigen Hauptsache auch noch ein Interesse zu fordern berechtigt sey, ist gewiß [d]); so wenig geleugnet werden kann, daß das Interesse oft die Hauptsache in sich schließt [e]).

Unter die Gesetze, woraus man sieht, daß die römischen Rechtsgelehrten das Interesse bisweilen der Conventionalstrafe entgegen gesetzt haben, gehört der §. fin Inst. de verb. obligat., wo es heißt: in stipulationibus factorum optimum erit, *poenam* subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, *quid eius interfit.* Das Nämliche

c) L. 12. C. de act. emti vend. Ant. Guib. Costani quaest. iur. memor. lib. c. 4. nr. 6. in Ottonis Thes. Tom. V. p. 386.

d) L. 114. D. de verb. obligat. — si fundum certo die praestari stipulor, et per promissorem steterit, quo minus eo die praestetur; consecuturum me, *quanti mea interfit*, moram factam non esse.

e) L. 12. D. de act. emti. Wehrn l. c. §. 50. not. 2.

ersieht man aus der L. fin. D. si quis in ius vocat. non ierit. — cum quis in iudicio sisti promiserit, neque adiecerit *poenam*, si status non esset; incerti cum eo agendum esse in id, *quod interest*, verissimum est, und der L. 68. D. de verb. oblig. Der Unterschied zwischen der **Conventionalstrafe** und dem **Interesse** besteht besonders darin, daß **erstere**, dem Versprechen gemäß, bezahlt werden muß, quamuis nihil interfit [f]); überdieses geht es an, das **Interesse** fordern zu dürfen, wenn solches weit mehr beträgt, als durch die **Conventionalstrafe** erlangt werden würde [g]); wenn aber dieses nicht der Fall ist, so fällt das **Interesse** weg, wenn die **Conventionalstrafe** erlegt worden ist. Endlich macht die Conventionalstrafe allemal eine gewisse Forderung aus, das **Interesse** aber nicht, daher bey Bestimmung desselben viel auf das Gutachten des Richters ankommt [h]).

Was den **Unterschied** zwischen den **Zinsen** und dem **Interesse** anbetrifft, so findet sich dabey folgende Verschiedenheit, daß **letzteres** allemal eine widerrechtliche Handlung desjenigen voraussetzt, der solches vergüten soll; eine **Zinsenforderung** hingegen kann statt finden, wenn gleich derjenige, von dem die Zinsen bezahlt werden sollen, nicht widerrechtlich gehandelt hat. **Zinsen** bezahlt man ferner nur als Vergütung des Nutzens von einer schuldigen Quantität fungibiler Sachen; das **Interesse** wird aber auch wegen eines bey andern Dingen erlittenen Verlusts gefordert [i]). Dieser Verschiedenheit wegen, kann man nicht von **Zinsen** auf das **Interesse** schließen, worin es der berühmte **Mevius** versehen hat, der aber von andern Rechtsgelehrten widerlegt worden ist,

f) L. 38. §. 17. D. de verb. oblig. — poenam enim, cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid interfit: sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis.

g) L. 28. D. de act. emti et vend.

h) L. 24. D. de reg. iur. MAGNVS l. c. c. 4. p. 300.

i) Tob. Iac. REINHART D. de discrimine inter interesse et vsuras.

ist [k]), so gewiß es übrigens ist, daß die vsurae compensatoriae, quae ex mora debentur, das Interesse vertreten [l]).

Nach der strengsten Bedeutung verstanden die römischen Rechtsgelehrten unter dem Worte, Interesse, blos den wirklichen Schaden, den Jemand durch die widerrechtliche Handlung eines Andern gelitten hat. So heißt es daher in der L. 71. §. 1. D. de furt. eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamuis vsucapere quis possit: quia furti agere potest is, cuius interest, rem non subripi. *Interesse* autem eius videtur, qui *damnum* passurus est, non eius, qui lucrum facturus esset. In der L. 26. D. de damn. inf. wird behauptet: multum interesse, *vtrum damnum quis faciat*, an lucro, quod adhuc faciebat, vti prohibeatur. Eben diesen Gedanken findet man in andern Gesetzen [m]). Uebrigens sieht man aus diesen Stellen, daß nur in dem Falle auf den entgangenen Gewinn keine Rücksicht genommen werden soll, wenn das lucrum entweder iniustum oder extra rem ist, so daß es mit dem facto alterius iniusto, woraus der Schade entstanden, keine nothwendige Verbindung hat [n]).

Sieht man auf die unrechtmäßigen Handlungen des Andern, wodurch der Schaden verursacht worden ist, und welche folglich das rechtliche Fundament des Interesse ausmachen, so können solche, mithin auch die

k) MEVIVS in Dec. Part. VII. Dec. 2. n. 8. Dec. 3. n. 4. Paul. Wilh. SCHMIDT D. selecta quaedam capita e doctrina de lucro cessante et damno emergente, Ien. 1763. §. 15.

l) L. 60. D. pro socio L. f. D. de peric. et comm. rei vend. Rec. Deput. Spirens. de anno 1600. §. 139. MAGNVS l. c. c. 4. p. 301.

m) L. f. D. de peric. et comm. rei vend. L. 21. §. 3. D. de act. emti.

n) VINNIVS in select. iur. quaest. Lib. 2. c. 37. p. 617.

Art des Schadens und des Interesse sehr verschieden seyn o). Die unerlaubte Handlung kann bisweilen darin bestehen, daß uns der Andere unser Eigenthum vernichtet oder beschädigt hat. In dergleichen Fällen wird der Schaden, den man außer der Sache oder deren Werth gelitten hat, das Interesse genennt. Wird mir ein Pferd aus einem gleichen Zuge durch Jemandes Schuld getödtet, so besteht das Interesse darin, was der Werth des ganzen Zuges dadurch verloren hat. In der L. 22. §. 1. D. ad Leg. Aquil. heißt es: si quis ex quadriga aut ex pari mularum vnam occiderit, non solum peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, *quo caetera corpora depretiata sunt.* Gleiche Gedanken findet man im §. 10. Inst. ad Leg. Aquil. Wird blos der wahre Werth der Sache, die uns durch die Schuld eines Andern entzogen worden ist, in Anschlag gebracht, so drücken die Gesetze diese Vergütung nicht durch die Worte: id, quod interest, aus, sondern der wahre Werth wird dadurch angeführt, daß es heißt: quanti ea res est, oder quanti eam rem esse paret p). In der L. 179. D. de verb. signif. wird bemerkt: inter haec verba: *quanti ea res erit*, vel, *quanti eam rem esse paret*, nihil interest: in vtraque enim clausula placet, *veram rei aestimationem* fieri. Damit stimmt die L. 93. D. eod. überein: haec verba: *quanti eam rem paret esse*, non ad id, quod interest, sed *ad rei aestimationem* referuntur. Eben dieses beweißt die L. 4. §. 11. D. de vi bonor. raptor. haec autem actio in factum est, et datur in duplum, *quanti ea res erit*, quod ad *pretium verum rei* refertur. Zu leugnen ist es übrigens nicht, daß bisweilen in Gesetzen durch den Ausdruck: quanti ea res est, das ganze Interesse im allgemeinen Sinne angezeigt wird. Man lese z. B.

o) Wehrn l. c. §. 53.

p) Magnvs l. c. c. 3. Wehrn l. c. §. 51.

z. B. die L. 4. §. 7. D. de damno inf., wo es heißt: in eum, qui quid eorum, quae supra scripta sunt, non curauerit, *quanti ea res est*, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur: quod non ad quantitatem refertur, *sed ad id*, *quod interest*, et ad vtilitatem venit, non ad poenam. In der L. 3. §. fin. D. vti possid. wird bemerkt: in hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est*, sic accipimus, *quanti vnius cuiusque interest*, possessionem retinere. Servii autem sententia est, existimantis, tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est. Sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis. In der L. 1. §. 5. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est. wird gesagt: haec verba: *quanti ea res erit*, *ob quam in possessionem missus erit*, continent vtilitatem creditoris, vt, quantum eius interest, possessionem habere, tantum ei, qui prohibuit, condemnetur.

Ferner besteht bisweilen die unrechtmäßige Handlung, wodurch uns ein Anderer Schaden verursacht hat, weswegen er nunmehr zur Leistung des Interesse verpflichtet ist, darin, daß er eine Verbindlichkeit gegen uns, entweder gar nicht, oder doch nicht zu rechter Zeit erfüllt hat, oder nicht an dem rechten Orte. Hierauf gründet sich die Eintheilung des Interesse, in das interesse facti, temporis seu morae, et loci. Außer dieser Eintheilung haben die Rechtslehrer noch mehrere aufgestellt, und dahin gehört 1) die Eintheilung in das interesse conuentum, commune, und singulare. Ersteres soll dasjenige seyn, welches nach Maasgabe einer auf den Contraventionsfall verabredeten Geldstrafe bestimmt wird. Unter dem interesse commune verstehen sie dasjenige, welches den gemeinen Werth der Sache, oder denjenigen Nutzen, den die Sache einem jeden Besitzer hätte gewähren können, nicht übersteigt. Das interesse singulare soll dasjenige seyn, bey dessen Be-

stimmung der außerordentliche Werth in Anschlag gebracht wird, den blos der Beschädigte nach seiner besondern Vorliebe, und nach gewissen zufälligen Verhältnissen der Sache beylegt. Mehrere Rechtslehrer q) haben die Unrichtigkeit dieser Eintheilung ausführlich bewiesen, weil das Interesse sowohl von einer Conventionalstrafe, als von dem Werthe der Sache ganz verschieden ist, und nach Beschaffenheit der Umstände den Werth entweder übersteigen, oder auch weniger betragen kann. In der L. 9. §. 8. D. ad exhib. heißt es: et ideo NERATIVS ait, vtilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: quae vtilitas, inquit, interdum minoris erit, quam res. In der L. 1. pr. D. de act. emti et vend. wird bemerkt: si res vendita non traditur, in id, quod interest, agitur, hoc est, quod rem habere, interest emtoris. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emta est. So viel ist übrigens nicht zu leugnen, daß die Eintheilung des interesse in commune und singulare nicht gänzlich ungegründet ist, weil es Fälle giebt, wo bey Bestimmung des Interesse bisweilen allerdings auch die besondere Affection desjenigen, der entschädigt werden soll, in Anschlag gebracht werden kann, nach welcher solcher der ihm unrechtmäßiger Weise entzogenen oder verdorbenen Sache aus wahrscheinlichen und vernünftigen Gründen, einen idealen Vorzug vor allen andern Sachen gleicher Art beylegte r); welches alsdenn angeht, wenn der Schaden durch des Andern seinen dolus

q) Hugo DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 16. c. 15. Petr. GRANGIANI Paradoxa, c. 58. in OTTONIS Thes. Tom. 5. p. 644. Gabr. de GAST in comment. ad tit. C. de sentent. quae pro eo quod interest proferuntur, in MEERM. Thes. p. 763. Henr. COCCEII in D. de eo quod interest, Heid. 1679. §. 5.

r) L. 54. pr. D. mandati.

dolus oder culpa lata entstanden ist [s]), obwohl sonst in den mehresten Fällen das Interesse des Klägers blos nach Beschaffenheit der That, wodurch ihm der Nachtheil verursacht worden, ohne Rücksicht seiner besondern Vorliebe zur Sache, nach Vorschrift der Gesetze bestimmt werden muß. In der L. 33. D. ad Leg. Aquil. heißt es daher: si seruum meum occidisti, *non affectiones aestimandas esse puto*, (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles) sed quanti omnibus valeret. SEXTVS quoque PEDIVS ait, pretia rerum non ex affectione, nec vtilitate singulorum, sed communiter fungi. Diesen Gedanken hat auch Paulus in der L. 63. pr. D. ad Leg. Falcid. vorgetragen, wo es heißt: pretia rerum non ex affectu, nec vtilitate singulorum, sed communiter funguntur. Verschiedene Rechtsgelehrte haben diese Stelle für unrichtig erklärt, weil ihnen die Worte: pretia rerum funguntur als ungewöhnlich geschienen; daher Haloander finguntur lesen wollte, dem andere Rechtsgelehrte beystimmten [t]). Wieder andere Rechtsgelehrte, z. B. Catharinus, wollten figuntur lesen, welches so viel sey, als statuuntur, und er versetzte zugleich die Stelle folgendermaßen: pretia non ex affectu singulorum, sed ex vtilitate rerum communiter figuntur [u]). Es hat aber schon Voorda gezeigt, daß keine Aenderung nöthig sey, weil man sage: pretia rerum funguntur, quum vsum sui praebent in constituenda bonorum quantitate, in welcher Bedeutung das Wort fungi öfters vorkomme.

s) L. 64. D. de iudic. L. 1. L. 5. §. 3. D. de in litem iurando. WEHRN l. c. §. 64.

t) DVARENVS in comment. ad tit. Dig. ad Leg. Falcid. c. 8. Westphal von Vermächtnissen, Thl. 2. §. 1190.

u) Nic. CATHARINVS in obseruat. c. 7. in OTTONIS Thes. Tom. I. p. 487. WEHRN l. c. §. 64. not. 5. p. 403.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0073
DFG

komme x). Der Ausdruck communiter fungi heißt so viel als, ex vsu communi recipere aestimationem y). Irren würde man sich, wenn man das interesse commune allein in dem wahren Werthe der Sache setzen wollte z).

Die Rechtslehrer theilen ferner das interesse in id, quod interest circa rem, und in id, quod interest extra rem, und sie behaupten, daß nur blos jenes vergütet werden müsse, nicht aber dieses. Gegen diese Eintheilung läßt sich nichts einwenden, wenn richtige Begriffe angenommen werden, da dieser Unterschied durch die Gesetze bestätigt wird. In der L. 21. §. 3. D. de act. emti et vend. heißt es: cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis vtilitas emtoris in aestimationem venit: *quae modo circa ipsam rem consistit.* Neque enim, si potuit ex vino (puta) negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laborauerit: nam pretium tritici, non seruorum fame necatorum, consequitur. Damit stimmt die L. vn. C. de sent. quae pro eo, quod interest, prof. — in aliis autem, qui incerti esse videntur, iudices per suam subtilitatem requirant, vt, *quod reuera inducitur damnum*, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis peruersionibus in circuitus inextricabiles redigatur: ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat. Auf falsche Sätze wird man geführt werden, wenn man unter dem Worte res, die schuldige Hauptsache, oder den Gegenstand selbst, von

x) L. 43. D. de rei vind. VLPIAN. in fragm. tit. 7. §. 11. BRISSONIVS de verb. signif. voc. fungi. SCHOTT in Opusc. iurid. p. 215.

y) MENDOZA ad Leg. Aquil. c. 4. nr. 30. sq. in MEERM. Thes. Tom. II. p. 45.

z) MAGNVS l. c. c. 6. WEHRN l. c. §. 55. not. 14. p. 367.

von dessen Leistung die Rede ist, verstehen, und glauben wollte, der Grund des interesse circa rem liege in dem schuldigen Gegenstande selbst. In der angeführten L. 21. §. 3. D. de act. emti et vend. behauptet **Paullus**, habe der Verkäufer die verkaufte Waare nicht zu rechter Zeit übergeben, so stehe zwar dem Käufer das Recht zu, omnem vtilitatem, quae modo circa ipsam rem consistit, in Rechnung zu bringen, aber so weit erstrecke sich sein Recht nicht, daß er auch den blos möglichen Gewinn, oder den zufälligen Nachtheil vergütet haben wolle; z. B. daß er den nicht abgelieferten Wein mit Nutzen hätte weiter verkaufen können, oder daß ihm seine Sclaven vor Hunger gestorben, weil ihm das gekaufte Getraide nicht abgeliefert worden sey. In der L. 13. §. 2. D. eod. bemerkt **Ulpian**, sollte es der Verkäufer dem Käufer wissentlich verschwiegen haben, daß der ihm verkaufte Sclave, ein seruus fugitiuus sey, so sey der Verkäufer schuldig ihm alles Interesse zu vergüten, und selbst dafür müsse er stehen, daß der Sclave andere Sclaven des Käufers zur Flucht verleitet, oder den Käufer bestohlen habe. Ist nun dieses Interesse nicht eben sowohl extra rem, als wenn des Käufers Sclaven verhungert sind, weil ihm der Verkäufer das Getraide nicht zu rechter Zeit abgeliefert hat, wenn man unter dem Worte res blos den Gegenstand der Hauptverbindlichkeit versteht [a])? Hierzu kommt noch, daß **Ulpian** in der L. 2. §. fin. D. de eo, quod certo loco behauptet, wenn der Schuldner das Geld, dem Vertrage gemäß, nicht an dem festgesetzten Orte bezahlt habe, so sey er nicht blos verbindlich, Zinsen deswegen zu entrichten, sondern er müsse sogar dem Gläubiger den Gewinn vergüten, wenn dieser etwa an dem Orte, wo die Bezahlung geschehen sollte, hätte mit Vortheil Waaren einkaufen können. Diese Verbindlichkeit leugnet **Paullus** in der angeführten L. 21.

a) Hr. GJR. **Westphal** vom Kauf, §. 187.

L. 21. §. 3. D. de act. emti et venditi, und Hermogenian in der L. f. D. de peric. et commod. rei vend. Wie Neratius in der L. 23. pr. D. ad Leg. Aquil. schreibt, soll derjenige, der meinen Sclaven widerrechtlich ermordet hat, mir den Werth der Erbschaft zu vergüten schuldig seyn, wenn dieser Sclave von Jemandem zum Erben eingesetzt worden war. Paullus hingegen wollte dieses in der L. 63. D. ad Leg. Falcid. nicht zugeben, und führt zur Ursache an, multis causis accidere potest, ne seruus iussu nostro hereditatem adeat. Ist denn aber eine Erbschaft des Sclaven nach der gewöhnlichen Erklärung nicht auch extra rem? Diese widersprechend scheinenden Stellen haben einige Rechtslehrer [b]) veranlaßt, die Eintheilung in interesse circa rem und extra rem für ungegründet zu erklären. Andere Rechtslehrer, z. B. le Grand [c]), antworten: das Wort res heißt hier so viel, als factum, vel non factum adversarii mei, ex quo mihi id, quod interest, debetur; folglich nicht die Sache selbst, welche der Andere zu leisten hat, sondern der dolus, die culpa oder mora desselben, weswegen er seine Verbindlichkeit nicht erfüllen konnte. In diesem Sinne wird auch der Ausdruck: obligatio ex re in der L. 4. D. de oblig. et act. gebraucht. Eben deswegen heißt es in Gesetzen, z. B. in der L. 9. D. depos. aestimatio refertur ad dolum, und in der L. 54. pr. D. de act. emt. ea tota res ad dolum et culpam redigenda est. Nimmt man diesen Sinn des Worts res an, so besteht das interesse, quod circa ipsam rem consistit, nach der Behauptung des Paullus, in einem solchen Nachtheile, der als eine sichere und unaufhaltbare Folge der widerrechtlichen Handlung des

b) Grangiani in Paradox. c. 60. in Ottonis Thes. 5. p. 646. de Gast in cit. comm. p. 764. Westphal a. a. O.

c) Magnus l. c. c. 7. p. 304. in Tom. III. Thes. Meerm.

des Andern betrachtet werden muß, ohne daß dem Beschädigten irgend etwas dabey zur Last gelegt werden kann; dagegen ist unter dem interesse extra rem dasjenige Interesse zu verstehen, welches als keine solche nothwendige Folge von der Handlung des Andern betrachtet werden kann. Nach dieser Festsetzung der Begriffe enthalten die angeführten Gesetze keine Widersprüche [d]). Paullus behauptet ganz richtig, der Käufer könne deswegen keine Schadensvergütung verlangen, weil ihm Sclaven verhungert sind, da ihm das verkaufte Getraide nicht zu rechter Zeit abgeliefert worden. Es ist seine Schuld, daß er für ihren Unterhalt nicht bey Zeiten gesorgt hatte. Eben so wenig kann der Käufer den blos möglichen Gewinn in Anschlag bringen, den er vielleicht durch weitern Verkauf des Weins hätte machen können, wenn ihm solcher zu rechter Zeit abgeliefert worden wäre; denn der Wein war ihm zu einem solchen anderweitigen Handel nicht verkauft worden; folglich kann auch der behauptete Verlust der mora des Verkäufers nicht beygemessen werden. Etwas anders muß freylich angenommen werden, wenn die verkaufte Waare für einen Kaufmann an einem bestimmten Orte hätte abgeliefert werden sollen, und er solche wieder verkaufen wollte. In diesem Falle kann der Käufer allerdings auch die Vergütung des Gewinns fordern, der ihm durch die nicht geleistete Ablieferung der Waare entzogen worden ist. So kann auch die Behauptung des Neratius nicht verworfen werden, daß die dem Sclaven ausgesetzte Erbschaft seinem Herrn vergütet werden müsse, wenn der Sclave von Jemandem ermordet worden, ehe er die Erbschaft auf Befehl des Herrn angetreten gehabt; denn der Herr des Sclaven konnte die demselben angefallne Erbschaft nicht anders acqui-

d) Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. 26. c. 23. de Gast in cit. comment. p. 764. Finestres in Hermog. ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. p. 464. sq. Wehrn l. c. §. 63. not. 5. p. 397.

acquiriren, folglich liegt in der Ermordung des Sclaven die einzige nothwendige Ursache des Verlusts der Erbschaft. Man muß also in diesem Falle ein interesse circa rem annehmen. Dagegen streitet die L. 63. D. ad Leg. Falcid. nicht, wo von dem Falle die Rede ist, daß einem Sclaven, der zur Erbschaft gehört, nach dem Tode des Erblassers von Jemandem eine Erbschaft deferirt worden war. Diese kommt nicht mit in Anschlag, weil die Erbmasse bey Bestimmung des Falcidischen Viertels blos nach dem Zustande berechnet wird, wie solcher zur Zeit des Todes des Erblassers war [e]). Es ist jenes Gesetz, wie die Inscription desselben beweißt, aus dem libr. 2. Pavli ad Legem Iuliam et Papiam genommen, worin Paullus von der alten Erbfolge der Ehegatten, die ohne Kinder starben, handelt, welche in dem zehnten Theile der Verlassenschaft bestand, wobey folglich eine Berechnung des Vermögens nöthig war. Erst Tribonian hat diese Stelle, nachdem die Lex Iulia decimaria aufgehoben worden, auf die Lex Falcidia angewendet [f]).

Drittens wird das Interesse in das interesse lucri cessantis und damni emergentis eingetheilt [g]). In der L. vn. C. de sentent. quae pro eo, quod interest, fer. kommen die Worte vor: et hoc non solum in *damno*, sed etiam in *lucro* nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres *id quod interest* statuerunt. Der Herr GTR. Höpfner schreibt §. 968. des Commentars: wenn mir Jemand Schaden thut, eine Sache nicht giebt, die er mir zu geben schuldig ist, eine schuldige

e) Hr. GJR. Westphal von Vermächtnissen, §. 1190.

f) Mendoza in comment. ad Leg. Aquil. Lib. I. c. 4. Sect. I. n. 16. sqq. in Thes. Meerm. p. 46. Heineccivs in comment. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 14. §. 2. p. 262.

g) L. 13. D. ratam rem haberi. L. 9. §. fin. D. ad exhib L. 33. D. in f. locati.

dige Summe nicht bezahlt, meine Sachen stiehlt, zernichtet, verdirbt u. s. w., so verliere ich a) die Sache selbst, oder ihren Werth ganz oder zum Theil; ich kann aber auch b) noch außerdem manchen andern Schaden dabey leiden, und c) manchen Vortheil verlieren, den ich außerdem würde erworben haben. Der Schade nun, den ich außer dem Verlust der Sache oder des Werths leide, damnum emergens, wie man ihn nennt, und der Profit, den ich entbehren muß, lucrum cessans, heißen, zusammen angeschlagen, das Interesse, id quod interest. Dahin gehört z. B. a) die nach der mora des Schuldners geschehene Vermehrung des Werthes der Sache. Man nehme an, es sollte mir Jemand den 1. Januar 1798. Weizen liefern; er liefert ihn nicht, nun steigt der Fruchtpreiß. Ferner gehören dahin b) Unkosten von mancherley Art. Ich reise z. B. an den Ort, wo die Sache abgeliefert werden sollte; mein Schuldner bleibt aber aus. Diese vergeblichen Reisekosten gehören zum Interesse. c) Ist dazu zu rechnen die Conventionalstrafe, welche ich wegen der Saumseligkeit meines Schuldners bezahlen mußte. Man nehme den Fall an, A hat mir 100 Stück Pferde den 1. Januar 1798 zu liefern versprochen, ich habe diese Pferde zur Armee zu liefern zugesagt, und auf den Unterlassungsfall mich zu einer Conventionalstrafe verbindlich gemacht. A liefert mir die Pferde nicht, ich kann also mein Wort nicht halten, und muß die Strafe bezahlen [h]). Noch gehört d) hierher der Verlust am Pfande. Ich konnte das Pfand nicht einlösen, weil mich der Andere nicht zur bestimmten Zeit bezahlte, und es wird nunmehr um einen geringen Preiß verkauft [i]). Weiter rechnet man e) dazu, die Verringerung des Werths einer andern Sache. Jemand schießt mir ein Pferd aus einem Gespanne todt, und

h) L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco.

i) L. 2. cit. de eo quod certo loco.

und verringert mir dadurch den Werth der übrigen Pferde. Es gehören f) dazu, alle Früchte und andere accessoria, die ich entbehren muß; desgleichen g) der Profit, den ich mit der Sache hätte machen können. Es verspricht mir Jemand auf die Herbstmesse 1798 in Frankfurt eine Summe Geld zu zahlen. Er zahlt nicht, und ich kann daher die Waaren nicht mit Vortheil einkaufen, die ich kaufen wollte [k]).

Noch ist zu bemerken, der Schaden, den ich leide, muß nicht auf andere Art haben abgewendet werden können. Hierher gehört der Fall, den Paullus in der L. 21. §. 3. D. de act. emt. et vend. anführt. Jemand unterläßt mir den versprochenen Weitzen zu liefern, und meine Sclaven verhungern deswegen. Paullus sagt, den Werth der Sclaven kann ich nicht fordern. Er setzt ohne Zweifel dabey voraus, daß ich anderwärts Lebensmittel bekommen können. Der Profit, den ich hätte machen können, muß nicht nur eines Theils gewiß, sondern ich muß auch außer Stande gewesen seyn, ihn auf andere Weise zu machen. Daher kann ich, wenn mir Jemand das Netz zerreißt, die Fische nicht bezahlt verlangen, die ich zu fangen hoffte [l]). Wenn Paullus in der angeführten Stelle sagt: neque enim si potuit ex vino negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, so nimmt er allem Vermuthen nach den Fall an, wo ich anderwärts her hätte Wein bekommen und damit handeln können. Auf gleiche Weise können Hermogenians Worte in der L. vlt. D. de peric. et commodo rei vend. erklärt werden, welcher behauptet, wenn der Käufer nicht zur bestimmten Zeit zahle, so könne der Verkäufer zwar die Zinsen des Kaufschillings, aber nicht den Profit verlangen, den er durch den Handel mit dem Kaufschilling hätte machen können. Will er diesen Profit fordern, so

k) L. 2. cit. de eo quod certo loco.

l) L. 29. §. 3. D. ad Leg. Aquil.

so muß er beweisen, daß er kein Geld liegen hatte, auch keins geborgt bekommen konnte, um jenen Profit zu machen. Ueber die Vereinigung der L. 21. §. 3. D. de act. emt. et vendit. mit der L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco, und der L. vlt. D. de peric. et comm. rei vend. ist viel geschrieben worden [m]). Es muß auch der in Anschlag gebrachte Gewinn nicht etwa ungerecht seyn [n]). Es versteht sich auch von selbst, daß nur dasjenige als wirklicher reiner Gewinn angesehen werden dürfe, was nach Abzug der Kosten übrig-bleibt, die auf die Erlangung desselben erst hätten verwendet werden müssen [o]). Zu weit würde man aber gehen, wenn man behaupten wollte, der entgangene Gewinn dürfe nicht eher gefordert werden, als wenn ein damnum positiuum vorher gegangen, wodurch der entgangene Gewinn entzogen worden. Man kann ja ohne Zweifel auf das Interesse klagen, wenn z. B. Jemand den Verstorbenen gehindert hat, ein Testament zu machen, worin er mich zum Erben einsetzen wollte [p]).

Da wir wissen, was in Gesetzen durch die Worte id, quod interest zu verstehen gegeben wird, so läßt sich nunmehr die Frage leichter beantworten: wenn das Interesse geleistet werden muß? Hierzu ist eine Verbindlichkeit vorhanden, wenn Jemand entweder vorsätzlich, oder durch eine verantwortliche Schuld, oder durch Verzug, oder durch Ungehorsam seine Verbindlichkeit nicht erfüllt,

m) VINNII quaest. sel. Lib. 2. c. 38. FINESTRES in Hermog. p. 464. FACHIN. controu. Lib. II. c. 15. NOODT de foenore Lib. 2. c. 6. BEYMA de eo quod interest, p. 591. SCHILTER Exerc. 30. th. 125.

n) L. 26. D. de damno inf. L. 71. §. 1. D. de furt. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 26. c. 22.

o) BRVNNEMANN ad L. 2. D. de eo, quod certo loco, nr. 17. WEHRN l. c. §. 55. p. 365.

p) Gabr. CATIANI, de eo quod interest, syntagma, c. 10. Lugd. 1542. 4. et in MEERM. Thes. Tom. VII. VOET ad tit. si quis aliquem testari prohib. §. 2.

erfüllt, und dadurch Jemandem einen Schaden verursacht hat. Besteht die Ursache der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit in einem dolus, oder einer groben Nachlässigkeit, culpa lata, oder in einem außerordentlich großen Ungehorsam, contumacia insignis, so muß alles Interesse, sowohl im allgemeinen als im besondern Verstande geleistet, mithin nicht nur der wirkliche Schade ersetzt, sondern auch selbst der entzogene Gewinn vergütet werden; man sieht auch nicht darauf, ob der Gläubiger ein Kaufmann ist, oder nicht q). Besteht die Ursache der Nichterfüllung der Verbindlichkeit in einem mäßigen oder geringen Versehen, so wird der Regel nach der entzogene Gewinn nicht vergütet, es müßte denn Jemand zugleich die besondern Pflichten seines Amtes nicht erfüllt haben, vermöge welcher er nicht nur schuldig war, Jemandes Schaden zu verhüten, sondern sogar sein Bestes auf alle Weise zu befördern. In der L. 7. C. arbitr. tut. heißt es daher: quicquid *tutoris dolo* vel *lata culpa*, aut *leui*, seu *curatoris*, minores amiserint, vel, *cum possent*, *non acquisierint:* hoc in tutelae seu negotiorum gestorum vtile iudicium venire, non est incerti iuris. Unter dem teutschen Wort Schaden wird der Regel nach nicht zugleich der entgangene Gewinn mit verstanden, wenn es gleich nicht zu leugnen ist, daß durch die Worte: alle verursachten Schäden, das ganze Interesse, folglich auch der entgangene Gewinn, ausgedrückt wird r).

Die Hauptschwierigkeit bey dergleichen Processen zeigt sich alsdenn, wenn die Größe des Interesse in jedem besondern Falle vom Richter festgesetzt werden soll. Das

q) Leyser Spec. 594. Med. 5. Vol. IX. p. 332. Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 8. thes. 14. not. 1. Wehrn l. c. §. 57. et 63. not. 1. p. 394. sq.

r) de Pvfendorf Obs. Tom. IV. obs. 117. Hommel Rhapf. Obs. Vol. IV. obs. 522. nr. 1. 2. 3.

Das berühmteste Gesetz über diese Frage, ist die L. vn. C. de sent. quae pro eo quod interest proferuntur. Justinian erklärt darin, er wolle die Streitigkeiten, welche zeither über diese Materie obgewaltet, entscheiden. Sancimus itaque, heißt es, in omnibus casibus, *qui certam habent quantitatem vel naturam*, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, *hoc quod interest dupli quantitatem minime* excedere. *In* aliis autem *casibus*, *qui incerti esse videntur*, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, vt quod reuera inducitur damnum, hoc reddatur. Also in gewissen Fällen soll das Interesse nicht über das Doppelte steigen, in ungewissen aber kann es höher angesetzt werden. Hier ist nur die Hauptfrage, was hat Justinian durch die gewissen und ungewissen Fälle verstanden? Man hat wenigstens acht verschiedene Erklärungen, unter welchen mir die des Contius s) die richtigste scheint, schreibt der Hr. GTG. Höpfner. Gewisse Fälle sind, wenn in einem Contract entweder beyde Theile einander eine bestimmte Sache oder eine bestimmte Quantität versprochen haben, oder wenigstens der Eine sich dazu verpflichtet hat. Wenn ich also ein Haus für 5000 Rthlr. kaufe; wenn ich Jemandem ein Gemälde für 10 Ducaten zu machen, oder eine goldene Repetiruhr (in genere) für 200 Rthlr. zu liefern verspreche, so sind es gewisse

s) Contivs in Opp. p. 489. Unter den vielen Schriftstellern über das Interesse und die L. vn. C. cit. sind die vorzüglichsten: Donellvs, Lugd. Bat. 1630. 8. und anderwärts oft. Contivs in Opp. p. 477. sqq. Beyma, Leovard. 1645. 4. Molinaevs Lugd. 1597. 8. Vallivs in Otton. Thes. T. I. Magnvs rat. et differ. iur. lib. 2. in Meerm. Thes. Tom. III. Baldvinvs in Iustiniano, in Heineccii Iurispr. Rom. et Attic. Tom. I. p. 1175. Cvia civs in Paratitl. Idem in Obseru. Lib. 9. c. 31. Lib. 16. c. 34. Vavd. Lib. 2. Quaest. 8. Giphanivs Explan. diffic. L. L. Cod. p. 258. seq.

Fälle; alle andern Fälle, wo das Interesse gefordert wird, gehören zu den ungewissen.

Herr HR. Glück [t]) schreibt: damit der Kläger seine Forderung nicht übertreibe, so haben die Gesetze in Absicht auf die Größe des zu leistenden Interesse verordnet, daß, wenn der Fall ein solcher ist, wo der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit in einer gewissen Quantität oder in einer solchen Sache besteht, die ihren bestimmten Werth hat, wie z. B. Waare und Preiß im Kaufcontracte, ferner das Miethgeld und der Gebrauch der Sache im Miethcontracte, u. d. m. das Interesse zwar den doppelten Werth der schuldigen Hauptsache nicht übersteigen solle [u]); es sind indessen diejenigen Fälle billig davon auszunehmen, da es entweder überhaupt erlaubt ist, vsuras vltra alterum tantum zu fordern [x]), oder der Schade dolo malo [y]), oder culpa lata [z]), des Andern verursacht worden ist, oder auch die stillschweigende Verpflichtung, für die Gefahr und allen Schaden zu haften, entweder schon in der Natur des geschlossenen Contracts [a]), oder in dem besondern Stande der Person

t) Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 448.

u) L. vn. C. de sent. quae pro eo, quod interest, prof. verb. sancimus etc.

x) Cuiacius Lib. IX. Obs. c. 31. Wehrn l. c. §. 61. p. 391.

y) L. 4. pr. L. 6. §. 8. L. 13. pr. L. 45. §. 1. in fin. D. de act. emt. et vend. L. 45. in fin. Dig. de hered. petit. L. 1. §. vlt. D. de tigno iunct. Magnus Lib. II. rat. et differ. c. 10. in Meerm. Thes. Tom. III. p. 310. Wehrn l. c. §. 55. p. 370. et §. 61. p. 391.

z) L. 1. §. 5. D. de oblig. et act. Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 8. th. 14. not. 4. Wehrn l. c. §. 55. p. 370. sqq. et §. 61. p. 391.

a) Z. B. der Verkäufer eines Gefäßes muß mir dafür stehen, daß es ganz und unbeschädigt ist. Dazu verbindet ihn schon die Natur des Contracts, wenn er gleich deshalb nichts

Person liegt, welche durch ihre Schuld den Schaden verursacht hat; z. B. wenn es ein Kunst- oder Sachverständiger ist. Qui enim publice artificium profitetur, schreibt le Grand [b]), tacitam fidem dat omnibus, et quasi pacto publico se adstringit: quidquid de ea re et artificio suo secum actum, gestum, contractum erit, id se periculo suo recipere; adeoque artis suae peritiam praestare debet.

Bey ungewissen Fällen, welche, wie Justinian in der angeführten L. vn. C. de sent. quae pro eo quod interest, prof. sagt, keine certam quantitatem oder naturam haben, ist die Bestimmung des Interesse dem vernünftigen Ermessen des Richters zu überlassen, welcher die Angabe des Klägers nach der Beschaffenheit der von demselben angeführten Gründe und nach den Regeln der Billigkeit prüfen und nach deren Maasgabe den Beklagten zur Leistung des Interesse verurtheilen soll. Es ist daher rathsam, daß der Kläger in seinem Klageschreiben anführt: er wolle es dem richterlichen Ermessen anheim gestellt haben, wie hoch das bis auf —— angegebene Interesse zu moderiren sey [c]). Zu den casibus incertis gehört z. B. der Fall, wenn wegen einer nicht geleisteten Handlung [d]), oder wegen eines gehinderten Besitzes das

nichts versprochen hat. Habe ich also durch ein unbrauchbares Gefäß Schaden erlitten, so muß mir dieser ganz ersetzt werden, wenn gleich derselbe den doppelten Werth des Gefäßes weit übersteigt. L. 6. §. 4. D. de act. emti. L. 27. D. eod. de Gast cit. comment. p. 770. Westphal vom Kauf, §. 411.

b) Magnvs rat. et differ. iur. ciuil. Lib. II. c. 10. p. 319.

c) Wehrn l. c. §. 53. p. 363.

d) L. fin. D. si quis in ius voc. haud ierit. L. 27. in fin. D. de recept. qui arbitr. recep. §. fin. Inst. et L. 68. D. de verb. oblig. L. 8. §. fin. D. rat. rem haberi. Wehrn l. c. §. 55. p. 368.

Interesse gefordert wird [e]). Weil übrigens der Beweis des Interesse in den mehresten Fällen sehr schwer ist [f]); so muß der Kläger, wenn derselbe nur irgend einige wahrscheinliche Gründe seines geforderten Interesse anzugeben im Stande ist, ohne Schwierigkeit zum Schätzungs- oder Erfüllungseyde, je nachdem es die Umstände mit sich bringen, gelassen werden [g]), wovon der Titel de in litem iur. die Grundsätze enthält. Alsdenn darf aber dem Kläger gar kein Beweis von der Größe seines Interesse zugemuthet werden, wenn er sich mit fünf Procent begnügen will, wie die Gesetze [h]) sagen. So heißt es in dem angeführten Reichsgesetz: So ordnen und wollen wir, daß solch interesse a tempore morae erstattet, und derentwegen den Creditoren fünf Gulden von Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem creditori solche fünf Gulden nicht annehmlich, sondern er vermeinen wollte tam ex lucro cessante quam damno emergente ein Mehreres zu fordern, daß ihm alsdenn sein ganzes Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinigen, und der richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll.

§. 334. 335.

Wir haben gesehen, daß derjenige, der einen Vertrag geschlossen hat, sich dadurch die Verbindlichkeit auflegt, alles auf das genaueste zu erfüllen, was nach der Natur des geschlossenen Vertrags von ihm gefordert werden

e) L. 1. §. 5. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. L. 1. §. 41. D. de vi et vi armat. L. 6. L. 15. D. eod. L. 3. §. 3. D. de itin. actuque priu. L. 15. §. 7. et 8. D. quod vi aut clam.

f) L. fin. Dig. de stipulat. praetor.

g) Mevius in Dec. Part. IV. Dec. 322. Part. VII. Dec. 283. Leyser Spec. 250. Med. 5. Wehrn l. c. §. 75.

h) Rec. Dep. Spir. de ann. 1600. §. 139.

den kann, und daß er zum Schadenersatze verpflichtet sey, wenn er seine Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt hat, da es ihm doch möglich war. Was die Frage betrift, von welcher Zeit an jeder Paciscent verpflichtet sey, die ihm nach dem Vertrage obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, so ist zu unterscheiden, ob der Vertrag mit Beyfügung einer Zeitbestimmung, eines Zwecks, oder einer Bedingung geschlossen worden, oder ohne diese Einschränkung. Ein Vertrag dieser letztern Art wird ein pactum purum genennt, und hier muß solcher gleich von der Zeit an erfüllt werden, wo der Vertrag vollkommen abgeschlossen war. Jeder Paciscent erhält von dieser Zeit an ein vollkommnes Recht aus dem Vertrage, und er kann dieses vollkommenen Rechts wegen sogleich auf die Erfüllung des Vertrags klagen [i]). In der L. 14. D. de diu. reg. iur. heißt es daher: in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur. Von solchen pactis puris sagt man: dies statim cedit et venit [k]). Was diese Worte sagen wollen, sieht man aus der L. 213. pr. D. de verb. signif. — *cedere diem* significat, incipere *deberi* pecuniam; *venire diem* significat, eum diem venisse, quo pecunia *peti* possit. Vbi *pure* quis stipulatus fuerit, *et cessit et venit dies*. Damit solche unbedingte Verträge nicht zu Unbilligkeiten Anlaß geben, so kann der Richter dem Schuldner nach seinem Ermessen einen Zahlungstermin anberaumen, und hierbey soll er ihm so viel Zeit lassen, als nöthig zu seyn scheint, um das schuldige Object herbey zu schaffen [l]). Der Billigkeit gemäß, muß ferner demjenigen, der Etwas an einem entfernten Orte abliefern soll, oder der eine Handlung versprochen, wozu einige Zeit erfordert wird, zur Erfüllung seiner Verbindlich-

i) §. 2. Inst. de verb. obligat.

k) Io. Fr. WAHL Progr. quando dies obligationis cedere et venire intelligatur, Göttingae 1751.

l) L. 105. D. de solut. L. 21. D. de iudiciis.

bindlichkeit die nöthige Zeit gelassen werden. Es geht der Regel nach nicht an, auf eine außerordentliche Beschleunigung in solchen Fällen dringen zu können, wenn es gleich möglich wäre, solche durch außerordentlichen Aufwand oder Anstrengung zu erzwingen [m]). Daher kann der Promittent in dergleichen Fällen nicht eher auf das Interesse verklagt werden, als bis diejenige Zeit vergangen ist, wo die Ausführung des Versprechens füglich hätte geschehen können; und noch mehr müssen dem Promittenten alle zufälligen Hindernisse, die sich ohne seine Schuld ereignet haben, zum Vortheil beurtheilt werden [n]). Sollte der Gegenstand des Vertrags eine noch zukünftige Sache seyn, so versteht sichs von selbst, daß nicht eher auf die Erfüllung der Verbindlichkeit gedrungen werden kann, als zu der Zeit, da die versprochene Sache der Natur derselben nach wirklich geleistet werden konnte. Dieses wird in der L. 73. pr. D. de verb. obligat. deutlich zu verstehen gegeben, wo es heißt: interdum *pura* stipulatio *ex re ipsa* dilationem capit: veluti si *id, quod in vtero sit*, aut *fructus futuros*, aut *domum* aedificari stipulatus sit. Tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest.

Ich gehe fort zu der Wirkung solcher Verträge, die mit Beyfügung einer Zeit geschlossen worden sind, in welchem Falle der Ausdruck, pactum sub die gebraucht wird. Dieser Vertrag ist entweder ein pactum ex die, oder in diem. Ex die verspreche ich Etwas, wenn ich das Versprochene nicht eher leisten will, als bis der Tag kommt; oder, wie andere sagen, der Tag ist der terminus a quo; in diem habe ich Etwas versprochen, wenn ich das Versprochene so lange leisten will, bis der Tag kommt, und hier ist der Tag als ein terminus ad quem beygefügt worden; es giebt indeß große Rechtsgelehrte, welche das

m) L. 137. §. 2. et 3. D. de verb. obligat.

n) L. 14. L. 15. D. de verb. oblig. DONELLVS ad L. 14. cit.

das pactum ex die oft pactum in diem nennen o). Verschiedne Rechtsgelehrte, z. B. der Hr. GR. Nettelbladt p), nehmen noch eine dritte Art von Verträgen dieser Art an, nämlich solche, wo ich Etwas innerhalb einer gewissen Zeit verspreche. Wenn man wissen will, was bey dieser Art von Verträgen Rechtens ist, so muß man, behauptet der Hr. GTR. Höpfner, den gewissen und ungewissen Tag unterscheiden. Entweder a) ist es gewiß, daß ein Tag kommen werde, auch wann er kommen wird; oder b) es ist zwar gewiß, daß der Tag kommen werde, allein ungewiß, zu welcher Zeit; oder c) es ist ungewiß, ob er kommt; wenn er aber kommt, so kommt er zu einer bestimmten Zeit; oder d) ob der Tag kommen werde, und wann, ist beydes nicht vorauszusehen. Die Verträge ex die sind also in dieser Rücksicht viererley.

Ich kann Jemandem a) versprechen, Etwas an einem Tage zu leisten, der völlig gewiß ist, z. B. ich will dir auf den 1. Januar 1799 funfzig Thaler zahlen. b) An einem Tage, von dem es nur gewiß ist, daß er kommen werde, nicht zu welcher Zeit; z. B. ich verspreche dir die Lieferung an dem Tage, da der jetzt zugefrorne Rhein schiffbar werden wird. c) An einem Tage, von welchem es blos gewiß ist, zu welcher Zeit er kommen wird, wofern er nämlich kommt; z. B. du sollst an dem Tage, wo du majorenn bist, 100 Thlr. haben. Ob der Andere wird majorenn werden, ist ungewiß, da er vorher sterben kann. Endlich d) an einem Tage, der in allem Betracht ungewiß ist, z. B. an dem Tage, wo ich in der Lotterie 1000 Rthl. gewinne, sollst du 100 haben.

In den Fällen a) und b) gilt die Regel: dies statim cedit, der Promissar hat sogleich ein Recht, sed dies

o) §. 2. Inst. de verb. oblig. Brisson. de verb. signif. sub voc. in.

p) Nettelbladt in introd. in iurispr. posit.

venit demum tempore lapso, er kann erst klagen, wenn die bestimmte Zeit verflossen ist. Im §. 2. Inst. de verb. oblig. heißt es: id quod *in diem* stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies venerit, non potest. Wie die L. 41. §. 1. D. de verb. oblig., wo die Worte vorkommen: dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur, mit jener Stelle zu vereinigen sey, hat **Vinnius** q) gezeigt, wo er auch über den Streit der Rechtsgelehrten, ob aus einem solchen Versprechen vor Ablauf der Zeit gar keine Klage entstehen, oder ob sie entstehen, aber durch die exceptio plus petitionis entkräftet werden könne, geurtheilt hat. Es verdient übrigens hier auch bemerkt zu werden, wenn ich die Schuld ex die aus Irrthum zu früh bezahle, so kann ich sie nicht condictione indebiti zurück fordern r); ob ich aber in einem solchen Falle nicht die Zinsen, das interusurium, verlangen kann, ist eine sehr bestrittene Frage, wofür aber die Billigkeit sehr streitet s).

In den Fällen c) und d) ist der Tag als eine Bedingung anzusehen; was also in Ansehung der Bedingungen bey Verträgen Rechtens ist, gilt auch hier.

Die Verträge in diem sind wieder von verschiedner Art. Ich kann Jemandem Etwas in diem so versprechen, daß ich es **nur Einmal** leisten will; aber auch dergestalt, daß ich es **mehrmals**, alle Wochen, Monate, Jahre, bis zu einer bestimmten Zeit leisten will. Ein Beyspiel von der **ersten** Art wäre: ich werde Bürge für deine Forderung, aber nur auf ein Jahr lang; nach Verlauf dieses Jahres will ich aus dieser Bürgschaft weder für die vergangene noch künftige Zeit verbindlich seyn. Ein Exempel der **zweyten** Art: ich verspreche dir alle Wochen

q) Vinnius ad §. 2. Inst. de verb. oblig. n. 4.

r) L. 10. L. 17. D. de cond. indeb.

s) Hvnnius in resolut. p. 667. Horn in Diss. de interusur. p. 38. sqq.

Wochen einen Thaler, so lange ich lebe. Wenn ich Jemandem eine Summe, z. B. 100 Rthlr., so lange ich lebe, versprochen hätte, ohne dazu zu setzen, ob ich sie einmal oder mehrmal, und wie oft bezahlen wolle, so ist wohl dem Sprachgebrauch nach zu behaupten, daß ich sie alle Jahre zu geben schuldig sey [1]).

Der Tag bey einem Versprechen in diem kann, so wie bey dem ex die, in allem Betracht gewiß, in allem Betracht ungewiß, und in einiger Rücksicht gewiß, in anderer ungewiß seyn. Von allen Verträgen in diem gilt die Regel: pure facta obligatio intelligitur, oder, dies statim cedit et venit. Der Promissarius erhält sogleich ein Recht aus dem Vertrage, und kann auch, sobald der Fall des Vertrags eintritt, klagen; wenn aber der Tag kommt, so hört sein Recht auf. Wenn ich mich also auf ein Jahr lang verbürgt habe, so kann ich, im Fall der Hauptschuldner nicht bezahlt, während des Jahres belangt werden, nachher nicht mehr. Wenn ich Jemandem alle Wochen, so lang ich lebe, einen Thaler versprochen habe, so kann er mit dem Anfang jeder Woche diesen Thaler fordern. Nach meinem Tode kann er nichts mehr verlangen. Zweifelhaft kann die Sache werden, wenn ich einem Etwas bis zu einem völlig, oder wenigstens in Ansehung der Frage, ob? ungewissen Tage verspreche, und nun die Umstände sich so ändern, daß der Tag gar nicht kommen kann. Ich verspreche z. B. Jemandem jeden Tag, so lange bis mein Schiff ankommt, einen Thaler; das Schiff aber geht zu Grunde. Muß ich ihm jetzt den Thaler wöchentlich bis in alle Ewigkeit fortbezahlen? Nein; sondern von dem Tage an, da das Schiff versunken ist, bin ich nichts mehr schuldig. Noch ist zu bemerken, daß bey Verträgen, welche durch feyerliche Worte geschlossen wurden, im alten römischen Rechte andere Grundsätze aufgestellt waren. Wenn ich mir Etwas

1) Vinnius ad §. 3. Inst. de verb. oblig. nr. 1.

Etwas auf eine gewisse Zeit, d. h. in diem stipulirte; z. B. zehen Jahre lang jährlich 100 Thaler, so konnte ich es nach dem strengen Rechte ewig, auch nach Ablauf der gesetzten Zeit fordern. Wenn ich mich nur auf eine gewisse Zeit, z. B. auf Ein Jahr, verbürgt hatte, so mußte ich allezeit haften. Der Grund dieser sonderbaren Verordnung läßt sich schwer errathen, obgleich Gundling u) der Sache das Wort geredet hat. Man führt an: tempus non est modus tollendi obligationes, oder wie Justinian im §. 3. Inst. de verb. oblig. sagt: ad tempus non potest deberi? Was heißt aber das? Der Prätor sahe auch das Unvernünftige dieser Sache ein, und gab daher dem Schuldner, wenn er nach Ablauf der gesetzten Zeit noch belangt wurde, exceptionem doli mali, oder pacti conuenti.

Diese subtile Materie verdient ausführlich erklärt zu werden, und daher will ich nun auch den Vortrag des Hrn. HR. Glück v) zur Erläuterung derselben anführen, damit man durch Vergleichung verschiedener Meynungen, auf neue Bemerkungen geleitet werden möge. Ist dem Vertrage eine Zeit beygefügt worden, pactum sub die, so kann dieselbe entweder bestimmt oder unbestimmt seyn. In dem leztern Falle ist die Zeit der Erfüllung entweder der Willkühr des Promittenten ausdrücklich überlassen worden, oder der Gläubiger hat es seiner Willkühr vorbehalten, wenn ehe er auf die Erfüllung des Vertrags klagen will. Im erstern Falle kann zwar der Schuldner zu jeder Zeit, welche ihm beliebt, seine Schuldigkeit entrichten; allein der Gläubiger kann erst, nach dem Tode des Schuldners, gegen dessen Erben auf die Bezahlung klagen x); dahingegen in dem leztern Falle dem

u) Gvndling in Gundling. Part. 15. nr. 4.
v) Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 453.
x) L. 4. D. locati etc. Wernher Obs. Tom. I. P. III. Obs. 113. Lavterbach in Coll. Pand. Lib. XLVI. tit. 3. §. 39.

dem Gläubiger zu jeder Zeit die Befugniß zusteht, die Erfüllung des Vertrags zu fordern, ohne daß ihm die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt werden kann y); denn die Ausübung seines Rechts ist unter diesen Umständen als eine res meraе facultatis zu betrachten. Ist aber die dem Vertrage beygefügte Zeit bestimmt, so kann solche entweder den Anfang der Erfüllung, dies a quo, oder die Dauer der Verbindlichkeit des Promittenten, dies ad quem, bestimmen. In der L. 44. §. 1. D. de obligat. et act. heißt es: circa diem *duplex* inspectio est: nam vel *ex die* incipit obligatio, aut confertur *in diem*. *Ex die:* veluti calendis Martiis dare spondes? cuius natura haec est, vt ante diem non exigatur. *Ad diem* autem: vsque ad calendas dare spondes? In dem letztern Falle erhält zwar der Promissar sogleich ein Recht aus dem Vertrage, er kann auch sogleich auf die Erfüllung desselben klagen (dies quidem statim cedit et venit); allein sobald die bestimmte Zeit verflossen ist, so hört Recht und Verbindlichkeit auf z). Man nehme an, ich verspreche Jemandem, daß ich ihm, so lange ich lebe, jährlich eine gewisse Summe zahlen wolle; oder ich verbürge mich auf ein Jahr für eine fremde Schuld, dergestalt, daß ich nach Ablauf des Jahres aus meiner Bürgschaft nicht weiter gehalten seyn wolle. In der L. 56. §. 4. D. de verb. oblig. heißt es: qui ita stipulatur: *decem, quoad viuam, dari spondes?* confestim decem recte dari petit. Sed heres eius exceptione pacti conuenti summouendus est, nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est. Damit stimmt die L. 52. §. 3. D. h. t. überein. — De inofficioso patris testamento acturis, vt eis certa quantitas, *quoad viueret*

y) L. 48. D. de verb. obligat.

z) Io. Nic. Hertii Diss. de iuribus ex pacto certo tempore inclusis, in *Eius* comment. et opusc. Vol. II. Tom. III. p. 355. Sect. I. §. 17. Pothier in Pand. Iustin. Tom. III. ad Tit. de obligat. et action. nr. XXXIII. not. a. p. 280.

ret heres, praestaretur, pactus est; produci ad perpetuam praestationem id pactum postulabatur: rescriptum est, neque iure vllo neque aequitate tale desiderium admitti. Es wird jedoch hier immer vorausgesetzt, daß die Beyfügung der Zeit, bis auf welche die Gültigkeit des Vertrags dauren soll, nicht der Natur desselben zuwider sey. So z. B. verwirft der Jurist Celsus in der L. 12. D. de precar. die Verabredung, daß ein Precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht solle wieder gefordert werden können, als unwirksam; und mehrere Beyspiele findet man beym Hert [a]). Nach der Subtilität des römischen Civilrechts hörte zwar auch bey den Formularcontracten die Verbindlichkeit nach verflossener Zeit nicht auf; allein schon der Prätor gab dem Schuldner, wenn er nach Ablauf der bestimmten Zeit noch belangt wurde, die exceptio doli oder pacti conventi. Nach dem §. 3. Inst. de verb. obligat. der L. 56. §. 4. D. eod. und der L. 44. D. de obligat. et act. war es eine Regel des alten Civilrechts: ad tempus non potest obligatio constitui, non magis, quam legatum; allein daß diese Regel durch das neue römische Recht aufgehoben worden, erhellet aus der L. 26. C. de legat. wo es heißt: cum enim iam constitutum sit, *fieri posse temporales donationes et contractus:* consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari. Der GR. Gundling suchte zwar das Gegentheil zu behaupten; diese Meynung haben aber andere hinlänglich widerlegt [b]).

Ist die Zeit dem Vertrage als ein tempus a quo beygefügt worden, welcher den Anfang der Erfüllung desselben bestimmt, so kann der dies entweder certus oder incertus

a) Hert in Diss. cit. Sect. I. §. 2.

b) Gvndling in Gundling. Part. XV. nr. 4. p. 465. sqq. Ger. Noodt de pactis, c. 17. p. 516. Westphal von Vermächtnissen, Thl. 1. §. 607.

incertus seyn. Die Zeit heißt eine gewisse Zeit, wenn es entschieden ist, daß, und wenn sie eintreten wird. Man nehme an, ich verspreche etwas den ersten Januar des nächstkommenden Jahres, oder auf kommende Ostern zu liefern. Ungewiß ist die Zeit, wenn es entweder gänzlich ungewiß ist, ob der Tag je kommen wird, z. B. der Tag, wo Jemand seine Volljährigkeit erreichen, oder ein gewisses Amt bekommen wird; oder wenn zwar die quaestio an entschieden, es aber doch noch ungewiß ist, wenn der Tag kommen wird, welches z. B. der Fall mit dem Todestage eines jeden Menschen ist c). Ist die dem Vertrage beygefügte Zeit gewiß, so entsteht zwar gleich eine Verbindlichkeit aus dem Versprechen; allein man kann doch der Regel nach nicht eher auf die Erfüllung klagen, als wenn die Zeit gekommen ist; ja es kann noch nicht einmal an dem Tage, wo die Zahlung geschehen soll, die Klage angestellt werden, sondern der Gläubiger muß diesen Tag noch abwarten, weil, ehe derselbe ganz verflossen ist, nicht gewiß gesagt werden kann, daß die Bezahlung an dem nämlichen Tage, auf welchen sie versprochen worden, nicht geschehen sey. In dem §. 2. Inst. de verb. oblig. heißt es: id autem, quod *in diem* stipulamur, statim quidem debetur; sed peti prius, quam dies venerit, non potest. Damit stimmt die L. 46. pr. D. eod. überein — centesimis Kalendis dari vtiliter stipulamur: quia praesens obligatio est, *in diem* autem dilata solutio. In der L. 213. pr. D. de verb. signif. heißt es: vbi *in diem* quis stipulatus fuerit, cessit dies, sed nondum venit. Diesen Gesetzen ist die L. 41. §. 1. D. de verb. oblig. nicht entgegen, wo Ulpian sagt: verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur; weil dieses debere nur von dem Forderungsrechte

c) Donellvs in comment. ad tit. Dig. de verb. oblig. ad L. 41. nr. 24. p. 152. Averanivs in interpret. Lib. II. c. 16. nr. 3. p. 225.

rechte des Gläubigers selbst verstanden werden muß, und nicht vom Anfange der Verbindlichkeit selbst [d]). Es ist nun allerdings ein großer Unterschied, ob man sagt die Schuld sey vor der Verfallzeit noch nicht contrahirt, oder sie könne nur noch nicht gefordert werden; denn ist das Letztere, so findet auch schon vor der Verfallzeit eine Novation, ferner ein constitutum statt [e]); und habe ich die Schuld aus Irrthum zu früh bezahlt, so kann ich sie durch die condictio indebiti zurückfordern [f]). Uebrigens geht es an, daß der Schuldner, wenn er will, noch vor Ablauf der Verfallzeit Zahlung leisten kann, wenn es auch dem Gläubiger nicht gelegen seyn sollte [g]); ja er wird von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er sein Versprechen gleich erfüllt; denn es heißt in der L. 70. D. de solut. quod certa die promissum est, vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad soluendum promissori liberum relinqui intelligitur. Man nimmt im Zweifel an, daß die Zahlungszeit zum Besten des Schuldners beygefügt worden ist [h]). Etwas anders tritt freylich alsdenn ein, wenn eine gewisse Zeit blos zum Besten des Gläubigers sollte festgesetzt worden seyn; denn in solchen Fällen hat der Schuldner kein Recht, dem Gläubiger die Bezahlung vor der Verfallzeit aufzudringen, sondern der Gläubiger kann sich gegen die Annahme der

d) DONELLVS in comment. ad tit. Dig. de verb. obligat. ad h. l. nr. 44. p. 156. sq. AVERANIVS l. c. nr. 17. p. 228. VINNIVS ad §. 2. Inst. de verb. oblig. nr. 4.

e) L. 5. D. de nouat. L. 3. §. fin. L. 4. D. de pec. const.

f) L. 10. D. de cond. indeb. Man sehe jedoch, was Gyndling in s. Gundlingianis Part. VI. Nr. III. p. 47. gegen diese Lehre der römischen Rechtsgelehrten erinnert hat.

g) L. 38. §. 16. L. 137. §. 2. in fin. D. de verb. oblig. L. 15. D. de ann. legat. L. 50. D. de oblig. et action. DONELLVS l. c. nr. 47. p. 157. sq. AVERANIVS l. c. pr. 19.

h) L. 41. §. 1. D. de verb. oblig. L. 17. D. de reg. iur.

der Bezahlung mit Recht setzen, ohne sich die Folgen eines Verzugs zuzuziehen. In der L. 43. D. §. 2. de legat. II. heißt es: PEGASVS solitus fuerat distinguere, si *in diem* fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse, *cuius causa tempus dilatum sit:* vtrum *heredis*, quo casu heredem fructum retinere debere; an *legatarii*, veluti si in tempus pubertatis ei, qui impubes sit, fideicommissum relictum sit, tunc enim fructus praestandos et antecedentis temporis i), womit auch die L. 15. D. de ann. leg. übereinstimmt. Im Zweifel wird dieser Umstand nicht vermuthet, sondern es muß entweder deutlich ausgedrückt, oder aus andern unzweifelhaften Anzeigen mit Gewißheit zu schließen seyn, daß der dies blos um des Gläubigers willen beygefügt worden ist. Ein solcher Fall tritt ein, wenn der Gläubiger die schuldige Sache jetzt noch nicht braucht, solche auch vor der Zeit nicht füglich bey sich verwahren kann, und sich deswegen die Bezahlung einer gewissen Summe zu einer bestimmten Zeit hat versprechen lassen, weil er zu dieser Zeit das Geld erst braucht; oder wenn sich der Gläubiger die Zinsen bis zum Verfalltage ausbedungen hat k).

Was endlich den Fall betrifft, wenn die dem Vertrage beygefügte Zeit ungewiß ist, so kommt es hier darauf an, ob es ungewiß ist, daß der Tag kommen wird, oder ob es nur ungewiß ist, wenn er kommen wird. Im ersten Falle ist eine solche ungewisse Zeit als eine Bedingung anzusehen, welche existiren muß, wenn auf die Erfüllung des Versprechens soll geklagt werden können l). Habe ich z. B. Jemandem versprochen, etwas

i) Greg. MAIANSIVS ad fragm. trig. Ictor. p. 262.

k) L. 62. §. 1. L. 78. §. 12. D. ad Sctm. Trebell. DONELLVS l. c. nr. 51. AVERANIVS l. c. nr. 18. MAIANSIVS l. c. §. 14. p. 262.

l) L. 45. §. 3. D. de verb. obligat. L. 21. pr. L. 22. pr. D. quando dies legator. L. 45. §. fin. D. de legat. II. L. 25.

was zu leisten, an dem Tage, wo er majorenn werden, oder wo er sich verheyrathen wird, so ist es so gut, als ob ich es ihm unter einer Bedingung versprochen habe [m]). In dem letzten Falle, wenn z. B. der Todestag einer noch jetzt lebenden Person zur Zeitbestimmung ist gemacht worden, wo das Versprechen erfüllt werden soll, so hat ein solcher dies incertus bey Verträgen die Wirkung einer Bedingung nicht, sondern er wird einer gewissen Zeit gleich geachtet [n]), weil, wenn der Promissar auch allenfalls den Todestag des Promittenten selbst nicht erleben sollte, er dennoch sein Recht auf seine Erben transmittirt. Anders ist es bey Testamenten, weil es hier ungewiß ist, ob der Legatar den Sterbetag des Erben oder des Dritten erleben wird [o]).

§. 336.

Die Verträge werden bisweilen sub modo geschlossen [p]); das heißt, der Promittent beabsichtigt bey einem Versprechen einen gewissen Zweck, der durch den Vertrag erreicht werden soll. Dieser Zweck wird modus genennt, und der mittelst einer solchen Bestimmung abgeschlossene Vertrag heißt pactum sub modo. Ein solcher Vertrag ist es z. B. wenn ich Jemandem zum Doctorwerden 300 Rthlr. schenke; oder ich überlasse Jemandem mein Vermögen mit der Erklärung, daß er mich Zeitle-

L. 36. pr. D. de condit. et demonstr. VOET ad Pand. Lib. XLV. tit. 1. §. 20. in fin. AVERANIVS l. c. nr. 6.

m) Höpfner im Comment. über die Instit. §. 742.

n) L. 16. §. 1. L. 17. L. 18. D. condict. indeb. DONELLVS l. c. nr. 25. p. 152. Phil. BRÜSSEL de condit. Lib. I. tit. III. nr. 5. AVERANIVS l. c. nr. 3.

o) L. 1. §. 2. L. 79. §. 1. D. de condit. et demonstr. L. 12. §. 1. D. de legat. II. L. 4. pr. D. quando dies legator.

p) HOFACKER Princ. Iur. ciuil. Tom. I. §. 197. MADIHN in Princ. iur. Rom. Part. I. p. 118.

Zeitlebens dafür gehörig erhalten soll; oder ich kaufe Jemandem sein Haus mit der Bestimmung ab, daß er dasselbe durch das dafür erhaltene Kaufgeld, innerhalb einer gewissen Zeit von der Hypothek, die darauf liegt, frey machen soll. Von diesem Falle wird in der L. 41. pr. D. de contr. emt. geredet, und zugleich deutlich bemerkt, daß diese Verabredung keine Bedingung enthalte, sondern einen modum; der Käufer könne aus dem Kaufcontract auf die Erfüllung des modi klagen, vt venditor fundum obligatum liberet; diese Klage würde aber nicht angestellt werden können, wenn es eine Bedingung wäre. Si vero sub conditione facta emtio est, non poterit agi, vt conditio impleatur q). Dieses Beyspiel beweißt, daß der modus nicht blos bey wohlthätigen, sondern auch bey beschwerlichen Verträgen gebraucht werden kann. In der L. 58. §. 2. D. loc. kommt ein anderer Fall dieser Art vor, wo der modus gebraucht worden.

Will man die Frage beantworten: was für Wirkungen damit verbunden sind, wenn bey einem Vertrage ein modus festgesetzt worden? so ist vor allen Dingen auf die Art und Weise der Beyfügung Rücksicht zu nehmen. Der modus kann aus einem doppelten Gesichtspuncte betrachtet werden, nämlich 1) an und für sich, und 2) in Rücksicht auf die Person, der die Erfüllung des Zwecks Vortheil bringt. Betrachtet man den modus für sich allein, so schließt er entweder zugleich eine Bedingung in sich, oder dieses ist nicht der Fall. Im ersten Falle könnte man den Ausdruck modus *mixtus* brauchen, und hierbey gelten die Grundsätze von den unter Beyfügung einer Bedingung geschlossenen Verträgen. Ein solcher Vertrag ist alsdenn geschlossen worden, wenn man einer unverheyratheten Frauensperson etwas Gewisses zum Brautschatze versprochen hat. Diese Sache

q) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 653.

kann nicht eher von ihr gefordert werden, als nach geschehener Verheyrathung, wenn gleich dieser Umstand nicht ausdrücklich genennt worden ist r). Der Rechtsgelehrte **Ulpian** behauptet dieses in der L. 21. D. de iure dot. ausdrücklich, indem es daselbst heißt: stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, *si nuptiae fuerint secutae:* et ita demum ex ea agi posse, quamuis non sit expressa conditio, *si nuptiae*, constat. Wird gar keine Ehe geschlossen, so verliert der Vertrag nach der L. 4. §. 2. D. h. t. seine Verbindlichkeit ipso iure. Wenn einem Frauenzimmer in einer letzten Willensverordnung Etwas zum Brautschatze vermacht worden ist, ohne dabey Jemanden anzuzeigen, den die Vermächtnißnehmerin heyrathen soll, so kann dieses Vermächtniß nicht für bedingt gehalten werden, sondern die Erfüllung des modus steht in der Willkühr der Vermächtnißnehmerin, weil kein Dritter dabey interessirt ist. Der Hr. GJR. **Westphal** s) giebt zur Ursache hiervon an: moribundus testator praesumitur liberalis, pro promissore autem semper praesumtio est, quod quam tardissime obstrictus ad soluendum esse voluerit. Der modus und die conditio an sich betrachtet, sind ganz von einander verschieden; denn eine **Bedingung** legt nie eine Verbindlichkeit auf, sondern drückt nur eine gewisse Begebenheit aus, deren Erfolg abgewartet werden muß; dahingegen kann wider denjenigen auf die Erfüllung des modi geklagt werden, dem Etwas zu einem gewissen **Zweck**, d. h. sub modo, versprochen und übergeben worden ist t). In der L. 80. de condit. et demonstr. erklärt

r) L. 4. §. 2. D. de pact. L. 41. §. 1. D. de iure dot. de Retes in Opusc. Lib. II. Sect. II. c. 3. nr. 3. in Meermanni Thes. Tom. VI. p. 125.

s) Ernest. Christ. Westphal in Diss. quaest. iur. priu. an legatum, cui modus dotis constituendae adiectus, modo non adimpleto, corruat, sist. Hal. 1790. §. 18.

t) L. 17. §. 2. L. 44. D. de manum. testam.

klärt Scævola ausdrücklich: nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, *si monumentum* fecerit, et eum, cui datum est, *vt monumentum faciat*. Der modus schiebt nicht, wie dieses bey einer Bedingung der Fall ist, die Verbindlichkeit auf, sondern es kann sogleich auf die Erfüllung des modus geklagt werden [u]). Weil jedoch der modus in manchen Stücken mit der Bedingung eine Aehnlichkeit hat, indem er bisweilen, wie eine Bedingung, für erfüllt gehalten wird, hingegen da, wo die Erfüllung desselben geschehen konnte und sollte, das Gegebene zurück gefordert werden kann, wenn die Erfüllung des modi unterlassen worden ist, so wie es bey einer resolutivischen Bedingung gehalten wird, so findet man im Gesetze bisweilen das Wort conditio, wo eigentlich das Wort modus stehen sollte [x]). Muß man zweifelhaft seyn, ob ein modus oder eine Bedingung hat beygefügt werden sollen, so nimmt man das Erste an, weil durch die Beyfügung eines modus die Einwilligung, mithin auch die Gültigkeit des Geschäfts weniger beschränkt wird, als durch eine Bedingung [y]). Ist das Wort Bedingung im allgemeinen Verstande gebraucht worden, so muß auch der Ausdruck modus zugleich mit

u) ALTAMIRAN. in comment. ad Libr. VIII. quaest. Scaeuolae, Tract. VIII. ad L. 180. D. de condit. et demonstr. in Tom. II. Thes. MEERM. p. 494. sqq. LEYSER Spec. 399. Med. 1. MEISTER Diss. de eo, quod inter conditionem resolutiuam et modum interest. Götting. 1768. §. 10. sqq. HOFACKER l. c. p. 155.

x) L. 71. §. 1. L. 108. D. de condit. et demonstr. L. 44. D. de manum. test. L. 1. C. de his, quae sub modo. Io. Gottl. de HACKEMANN Exerc. acad. de vsu practico distinct. conditionem inter et modum, Frf. ad Viadr. 1751.

y) VOET ad Dig. Lib. XXXV. tit. 1. §. 14. Io. Fr. CORDES in Spec. inaug. de modo, conuentionibus adiecto, eiusque effectu iuridico, Götting. 1783. §. 12.

darunter verstanden, und die Erklärung hiernach gemacht werden [z]).

Wenn der modus mit keiner **Bedingung** vermischt ist, modus purus, so kommt es auf den **Umstand** an, ob die Erfüllung desselben **möglich** ist, oder ob derselbe **physisch** oder **moralisch unmöglich** ist. Im letztern Falle ist das Versprechen ohne Wirkung [a]); sollte es aber bereits erfüllt worden seyn, so darf das Gegebene alsdenn nicht wieder zurückgefordert werden, wenn es der Promittent gleich anfangs wußte, daß die Erfüllung des modi unmöglich sey, wie in der L. 8. C. de cond. ob caus. dator. verordnet worden ist, in welchem Gesetze die Worte: si non impossibilem contineat causam, von dem Falle verstanden werden müssen, da derjenige, welcher der Schenkung eine causam impossibilem beygefügt hatte, gleich Anfangs gewußt, daß der bestimmte Zweck **unmöglich** zu erreichen sey [b]).

Sieht man auf die **Person**, zu deren Vortheil dem Vertrage ein modus beygefügt worden ist, so sind folgende zwey Fälle zu unterscheiden: ob nämlich 1) der modus blos um des Vortheils des **Promissars** willen, mit dem Vertrage verknüpft worden ist, ohne daß sonst irgend Jemand dabey weiter interessirt ist, oder 2) ob der **Promittent** seinen eignen Vortheil, oder das Beste einer **dritten Person**, bey dem modus zur Absicht gehabt hat. Die Rechtslehrer [c]) unterscheiden diese Fälle durch den Ausdruck: modus *simplex*, welcher in jenem Falle, und modus *qualificatus*, der im letztern Falle gebraucht wird. Habe ich Jemandem eine Summe Geld zu

z) L. 71. §. 1. L. 108. D. de condit. et demonstrat.

a) Arg. §. 11. Inst. de inut. stipul. L. 31. D. de oblig. et act. God. Lud. MENCKEN Diss. de modo legatis adscripto, Viteb. 1729. §. 19.

b) Hugo DONELLVS in Comment. iur. ciuil. Lib. 14. c. 23. p. 716. de RETES in Opusc. Lib. II. Sect. II. c. 9. nr. 5. in MEERMANNI Thes. Tom. 6. p. 140.

c) CORDES in Spec. inaug. cit. cap. 1. §. 11.

zu dem Endzweck geschenkt, damit er sich ein Haus kaufen soll, so wird der Zweck modus *simplex* genennt; war aber meine Absicht zugleich dabey, damit der Cajus einen Käufer seines Hauses finden möchte, oder damit Paullus Zeitlebens eine Stube zur freyen Wohnung darin bekommen sollte, so heißt der Zweck, modus qualificatus [d]). Der modus simplex legt dem Promissar keine Verbindlichkeit auf, ihn zu erfüllen, weil er für einen bloßen gut gemeinten Rath gehalten wird. Es steht daher blos bey dem Promissar, ob er den Zweck erfüllen will oder nicht; und thut er es nicht, so kann ihm das Gegebene nicht wieder abgefordert werden [e]). Eine ganz andere Beschaffenheit hat es mit dem modus *qualificatus*; denn dieser legt dem Promissar eine vollkommne Verbindlichkeit auf; und es kann daher auf die Erfüllung des modus geklagt, im Verweigerungsfalle auf die Aufhebung des ganzen Vertrags geklagt werden [f]). Bisweilen hat der Promissar das Recht, den modum per aequipollens zu erfüllen; welches alsdenn angeht, wenn der Zweck auf die Art, wie er vorgeschrieben worden ist, nicht geradezu erreicht werden kann. Hier erlauben die Gesetze, daß anstatt desselben, nach Beschaffenheit der Umstände, auch Etwas anders gethan und geleistet werden könne, was mit dem angegebenen Zweck am meisten übereinkommt [g]). Uebrigens wird durch die Beyfügung eines

d) L. 71. pr. D. de condit. et demonstrat. L. 2. §. 7. L. 3. D. de donat. L. 77. §. 14. D. de legat. II. L. 21. §. 2. D. de ann. legat. L. 13. §. 2. D. de donat. int. vir. et vxor. de Retes in Opusc. Lib. II. Sect. II. c. 2. nr. 7. 8. 9. p. 124.

e) L. 13. §. 2. D. de donat. int. vir. et vxor. L. 71. pr. D. de condit. et demonstr. L. 3. D. de donat. Cordes l. c. c. 2. §. 13.

f) L. 17. §. 2. D. de manum. testam. L. 44. D. eod. L. 1. C. de donat. quae sub modo conficiuntur.

g) L. 16. D. de vsu et vsufr. leg. L. 4. D. de administr. rer. ad ciuit. pertin. Meister in Diss. cit. §. 21. Mencken in Diss. cit. §. 13.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0103 DFG

modi qualificati, die Verbindlichkeit des Promittenten, sein Versprechen zu erfüllen, nicht aufgeschoben, sondern der Promissar erhält sogleich ein Recht auf das versprochene Object; er kann auch sogleich wider den Promittenten auf die Erfüllung des Versprechens klagen, ohne daß ihm die Einrede entgegen gesetzt werden darf, er solle den Zweck erst erfüllen h). Etwas anders wäre es freylich, wenn der modus ausdrücklich mit dem Zusatz festgesetzt worden, daß er vorher erfüllt seyn müsse, ehe die Leistung des Versprochenen gefordert werden könne; denn hier kann freylich dem Promissar die Einrede des Betrugs, oder die exceptio doli, entgegen gesetzt werden, wenn er wider den Promittenten auf die Erfüllung seines Versprechens klagen wollte, ehe er seiner Seits den Zweck erfüllt hat; dieser Fall ist aber ungewöhnlich i). Ein pactum sub modo unterscheidet sich ja von einem bedingten Versprechen am deutlichsten dadurch, daß bey dem letztern die Bedingung erst eintreten muß, ehe der Promissar die ihm versprochene Sache zu fordern berechtigt ist, dahingegen das pactum modale ein pactum purum ist, bey welchem erst alsdenn, wenn der Promittent sein Versprechen erfüllt hat, eine Verbindlichkeit auf Seiten des Promissars entsteht, den Zweck zu erfüllen, weil ihn die Leistung der versprochenen Sache gemeiniglich erst in den Stand setzt, dem Willen des Promittenten nachzukommen k). Zweifelhaft ist die Frage: ob der Promittent wegen der Erfüllung des modi, von dem Promissar eine Sicherheitsbestellung zu fordern berechtigt sey? Gewiß ist es freylich, daß derjenige, dem ein

h) L. 41. pr. D. de contr. emt. LAVTERBACH ad Dig. h. t. §. 88.

i) CORDES l. c. c. 2. §. 17.

k) Franc. BALDVINVS de conditionib. c. 14. p. 286. LAVTERBACH ad Dig. Lib. 35. tit. 1. §. 17. MENCKEN in Diss. cit. § 5.

ein Vermächtniß sub modo hinterlassen worden ist, Sicherheit bestellen muß, daß er den modum erfüllen wolle l); über Verträge dieser Art scheint es aber an einer deutlichen Verordnung zu fehlen; und daher erklären mehrere Rechtsgelehrte m) diese Sicherheitsbestellung für unstatthaft. Sie führen an: es hieng von der Willkühr des Promittenten ab, bey Schließung des Vertrags sub modo sich eine solche Sicherheitsbestellung zugleich mit auszumachen. Hat er dieses nicht gethan, so kann er nachher nur auf die Erfüllung des Zwecks klagen, oder im Unterlassungsfall auf die Aufhebung des Vertrags dringen. Darauf antworten aber andere Rechtsgelehrte: weil der eigentliche Grund der Sicherheitsbestellung bey einem legato sub modo darin besteht, daß die Zurückforderung des Vermächtnisses, dem Erben auf den Fall keine hinlängliche Sicherheit giebt, wenn der Vermächtnißnehmer das Legat vor der Erfüllung des Zwecks durchgebracht haben sollte, und er weiter nichts im Vermögen hätte n), dieser Grund aber bey den pactis sub modo ebenfalls Statt findet, so scheint die Meynung nicht ungegründet zu seyn, daß auch wegen der Erfüllung des Zwecks eine Sicherheitsbestellung gefordert werden dürfe, wie dieses auch in der L. 58. D. §. 2, locati nicht undeutlich zu verstehen gegeben wird o).

l) L. 19. D. de legat. III. L. 40. §. fin. L. 80. D. de condit. et demonstr.

m) Meister in Diss. cit. §. 18. in fine. Cordes l. c. c. 2. §. 16. in fine.

n) L. 31. in fine D. ad Leg. Falcid. Maiansivs in Disp. de his, quae sub modo relinquuntur, §. 18. in *Eius* Disp. Tom. II. Disp. XLI. p. 130.

o) Fr. Baldvinvs de condit. c. 8. in fine. Hr. GR. Höpfner im Comment. §. 741.

Ist der modus nicht erfüllt worden, so geben die Gesetze dem Promittenten die nöthigen Rechtsmittel an die Hand, wie er sich helfen kann, und sie machen hierbey den Unterschied, ob die Erfüllung des Vertrags in einer Handlung oder in der geschehenen Ablieferung einer gewissen Sache besteht. Im ersten Falle kann auf die Erfüllung des modi, oder auf die Leistung des Interesse geklagt werden; im letztern aber kann der Promittent ebenfalls auf die Erfüllung des modi dringen, oder auf die Aufhebung des ganzen Vertrags zu dem Ende, daß der Beklagte das ihm sub modo Gegebene wieder zurück geben solle p). Klagt man auf die Erfüllung des Zwecks, oder auf das Interesse, so muß die aus dem Hauptgeschäfte herrührende Klage angestellt werden. Wäre also der Hauptcontract, der sub modo eingegangen worden, ein benannter Contract, so hat die daraus herrührende Klage statt; denn so findet man in der L. 41. pr. D. de contr. emt. ein Beyspiel, wo die actio emti zu dem Ende angestellt worden, daß der modus erfüllt werden solle q). Sollte der modus bey einem unbenannten Contract gebraucht worden seyn, so hat die bey solchen Geschäften eingeführte actio praescriptis verbis statt, und man klagt auf die Erfüllung des modi, weil sich das Versprechen sub modo recht gut auf die Formel dieser Contracte, do ut facias, anwenden läßt; wie man aus der L. fin. C. de rer. permut. und der L. 28. D. de donat. desgleichen aus der L. C. eod. sieht. Wenn gleich diese Gesetze nur von Schenkungen handeln, so folgt daraus nicht, daß die actio praescriptis verbis blos bey Schenkungen gebraucht werden könne, sondern wegen der Gleichheit des Grundes ist vielmehr anzunehmen, daß sie

p) De Retes in Opusc. Lib. II. Sect. II. c. I. nr. 2. in Meerm. Thes. Tom. VI. p. 118. Cordes in cit. Dissert. §. 18.

q) Meister in Diss. cit. §. 16.

sie auch bey andern Geschäften statt finde [r]). Will man wegen der Nichterfüllung des modi auf die Aufhebung des ganzen Vertrags klagen, so hat nicht nur eine persönliche Klage statt, die conditio causa data, causa non secuta, sondern auch eine dingliche, die nützliche Eigenthumsklage. Da die Sache bey dem Vertrage sub modo um einer causa futura willen, versprochen worden ist, so kann auch das Gegebene zurück gefordert werden, so bald dieser Zweck nicht erfüllt wird [s]). Die nützliche Eigenthumsklage kann besonders alsdenn mit Nutzen gebraucht werden, wenn sich die sub modo überlassene Sache schon im Besitz eines Dritten befinden sollte, gegen welchen jene persönliche Klage nicht gebraucht werden darf; es muß aber freylich die Sache eine species und noch in natura vorhanden seyn, wenn die Klage statt haben soll. Man findet eine deutliche Verordnung darüber in der L. 1. C. de donat. quae sub modo, wo es heißt: si doceas, ut affirmas, nepti tuae ea lege esse donatum a te, *ut certa tibi alimenta praeberet: vindicationem* etiam in hoc casu *vtilem* eo, quod legi illi obtemperare noluerit, impetrare potes: id est, actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam (non solum) *condictio* quidem tibi in hoc casu, id est, in personam actio jure procedit, verum etiam *vindicationem* quoque diui Principes in hoc casu dandam esse sanxerunt. Verschiedene Rechtslehrer [t]) sind zwar nicht der Meynung, daß wegen eines nicht

r) L. 20. § 3. D. famil. erciſc. MEISTER in Diſſ. cit. §. 16. CORDES in Diſſ. cit. §. 19.

s) L. 2. 6. et 8. C. de condict. ob cauſ. dator. L. 2. §. fin. D. de donat. L. 1. C. de donat. quae ſub modo. de RETES l. c. nr. 9. p. 119. BERGER in Oecon. Iur. Lib. III. tit. 1. th. 10. nr. III. CORDES in Diſſ. cit. §. 20.

t) Ant. FABER de errorib. Pragm. Dec. XLIV. Error 10. de RETES in acad. relect. de donationib. c. 14. §. 19. in MEERMANNI Theſ. Tom. VI. p. 628.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0107
DFG

nicht erfüllten modi eine dingliche Klage statt finde, weil die Ausbedingung des modus die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, und der in dem angeführten Gesetz vorkommende Fall sey eine bloße Ausnahme, die man nicht weiter ausdehnen dürfe. Diese Behauptung finden aber andere Rechtslehrer deswegen unwahrscheinlich, weil kein genugsamer Grund angegeben werden könne, dieses Gesetz einzuschränken, da es in Gesetzen mehrmals erlaubt worden, die vtilem in rem actionem brauchen zu können, wenn der Kläger gleich kein Eigenthum mehr hatte [u]).

Soll wegen der Nichterfüllung des modi auf die Aufhebung des Vertrags geklagt werden, so wird allemal vorausgesetzt, daß der Promissar saumselig war. Um dieses in jedem einzelnen Falle richtig angeben zu können, muß vor allen Dingen untersucht werden, ob zur Erfüllung des modi eine gewisse Zeit festgesetzt worden ist, oder nicht. Bey Verträgen der ersten Art kann die revocatorische Klage sogleich nach Ablauf dieser Zeitfrist angestellt werden, ohne daß eine weitere Interpellation nöthig wäre, weil hier der Satz eintritt: dies interpellat pro homine; im letztern Falle aber muß der Promissar zur Erfüllung des modus aufgefordert, und ihm dazu eine bestimmte Zeit gesetzt werden [x]). Erfüllt er innerhalb dieser Zeit sein Versprechen nicht, ob er gleich durch kein gegründetes Hinderniß davon abgehalten wurde, so hat die Klage auf die Zurückgabe des Empfangenen nunmehr statt [y]).

Es steht auch einem Dritten, zu dessen Vortheil der modus beygefügt worden ist, frey, die nützliche Kla-

u) L. 5. §. 3. D. de rei vindic. Lavterbach in coll. Pand. Lib. 6. tit. 1. §. 6.

x) L. 21. §. 3. D. de annuis legat. Mencken in Diss. cit. §. 15.

y) L. 17. D. de vsu et vsufr. leg.

Klage auf die Erfüllung des Versprechens anstellen zu dürfen z), wie man aus der L. 3. C. de donat. quae sub modo sieht, wo es heißt: sed cum postea *benigna* interpretatione diui Principes ei, qui stipulatus non sit, vtilem actionem, iuxta donatoris voluntatem, competere admiserint; *actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur.* Weil es übrigens dem Promittenten, so lange er selbst noch lebt, frey steht, wegen des nicht erfüllten modi auf die Rescission des Vertrags, und die Zurückgabe desjenigen zu dringen, was der Beklagte sub modo erhalten hat; so kann der Dritte, zu dessen Vortheil der modus beygefügt worden ist, die nützliche Klage auf die Erfüllung des Zweckes nicht eher brauchen, als bis der Contrahent gestorben ist, ohne vorher seinen Willen geändert zu haben a). Es versteht sich auch von selbst, daß der modus für erfüllt gehalten werden müsse, wenn der Dritte die Erfüllung des intentirten Zwecks selbst gehindert hat b); und so ist wohl auch der Billigkeit gemäß anzunehmen, daß die Klage auf die Zurückgabe alsdenn nicht statt habe, wenn der Zweck größtentheils erfüllt worden ist c).

§. 337.

Nach Anleitung dieses und des folgenden Paragraphen soll von bedingten Verträgen ausführlich gehandelt werden. Das Wort Bedingung wird im allgemeinen Verstande gebraucht, und in diesem Sinne ver-

z) Strubens rechtl. Bedenk. Thl. 3. Bed. 11.

a) De Retes in acad. relect. de donat. c. 14. §. 16. Cordes in Diff. cit. §. 22.

b) L. 24. D. de condit. et demonstr. L. 1. C. de his, quae sub modo. Mevius in Dec. Part. VIII. Dec. 10.

c) Arg. c. 9. X. de poenis. Leyser Spec. 435. Medit. 4.

versteht man die einer Willenserklärung beygefügte Bestimmung darunter, wodurch das daraus entstehende Recht von einem Ereigniß, welches eintreffen oder nicht eintreffen soll, abhängig gemacht wird [d]). Herr Prof. Hofacker schreibt: effectus, qui ex actu aliquo suscepto intenditur, restringitur adiecta conditione, quae in sensu proprio sumta est qualitas actui adiecta, quae vim eius suspendit in euentum futurum et incertum. Es giebt verschiedene Arten der Bedingungen, daher mancherley Eintheilungen derselben vorkommen. Die Bedingungen werden 1) in ausdrückliche und in stillschweigende eingetheilt. Eine Bedingung wird eine ausdrückliche genennt, wenn sie durch Worte bestimmt angegeben worden ist; nur muß man hierbey nicht sowohl auf die einzelnen Worte sehen, sondern auf ihren Verstand, den sie vermöge des Zusammenhanges, und nach der Willensmeynung der handelnden Personen, haben. Wenn ich z. B. etwas kaufe, aber dabey erkläre: „wenn mich der Kauf in vier Wochen reuen sollte, so müsse der Verkäufer die Sache wieder nehmen," und er ist dieses zufrieden, so nennt man diesen Vertrag einen Kauf unter einer ausdrücklichen Bedingung. Die Bedingung heißt eine stillschweigende, wenn sie aus den Worten der Paciscenten gefolgert wird, z. B. daraus, weil sie eine ungewisse Zeit bey dem Vertrage angenommen haben [e]); oder sie liegt in der Natur des eingegangenen Geschäfts selbst, oder man kann sie aus der vermuthlichen Absicht der Con-

d) Franc. Baldvini comment. de conditionibus, in Eivs comment. de pignor. et hypothec. Basil. 1557. 8. Philibert Brvssel de conditionibus, libri quatuor, Bruxellae 1659. 8. Io. Iust. Ravensberg Opusc. de conditionibus conuentionum et vltimarum voluntatum, Ien. 1752. 8. Horacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. §. 187. p. 147.

e) L. 45. §. 3. D. de verb. obligat. L. 22. pr. D. quando dies legat.

Contrahenten folgern, oder die Gesetze setzen sie als stillschweigend eingegangen voraus, welches bey vielen rechtlichen Geschäften der Fall ist [f]). So ist mit dem Versprechen eines **Brautschatzes** allemal die stillschweigende Bedingung verknüpft, daß die Ehe wirklich zu Stande kommt. Eben deswegen darf der versprochene Brautschatz niemals eher gefordert werden, als nach geschehener Verheyrathung, wenn gleich bey dem Vertrage über die Bestellung desselben eine Zeit festgesetzt worden seyn sollte, wenn solcher abgeliefert werden müsse, weil dieser Termin nicht vom Tage des Versprechens zu laufen anfängt, sondern vom Tage der wirklich vollzogenen Ehe [g]). Wäre der Brautschatz schon vor der Vollziehung der Ehe abgeliefert worden, so kann er zurückgefordert werden, wenn die Ehe nicht zu Stande gekommen ist, und hat die Braut dem Bräutigam eine Anweisung an ihren Schuldner gegeben, so darf sie die Schuld nicht selbst beytreiben, so lange es noch nicht ausgemacht ist, ob die Ehe zu Stande kommen wird, oder nicht [h]). So ist ferner ein Vermächtniß, oder ein Verkauf künftiger Früchte von einem bestimmten Grundstück immer unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen worden, wenn wirklich Früchte daselbst wachsen sollten [i]). Bey allen diesen Fällen liegt die Bedingung in der **Natur** der Sache; bisweilen muß sie aber aus der vermeyntlichen Absicht der Paciscenten gefolgert werden. Einen solchen Fall setzt die L. 54. §. 1. D. locati voraus, in wel-

f) Dom. ab AGVIRRE tr. de tacita onerum et conditionum repetitione, Vienn. 1731. fol. BRVSSEL l. c. tit. 4.

g) L. 4. §. 2. D. h. t. L. 21. L. 41. §. 1. L. 48. pr. D. de iure dot.

h) L. 7. in fine. L. 8. L. 80. D. de iure dot.

i) L. 1. pr. et §. 3. D. de condit. et demonstr. L. 25. §. 1. D. quando dies legator. L. 8. pr. D. de contr. emt. L. 73. pr. D. de verb. oblig.

welchem Gesetz angeführt wird, es sey zwischen dem Verpachter und Pachter eines Grundstücks ausbedungen worden, daß letzterer vor geendigter Pachtzeit nicht verdrängt werden solle, und zu mehrerer Sicherheit hätte sich der Verpachter zu einer Geldstrafe verbindlich gemacht, wenn er sein Wort nicht gehalten haben würde. Nun blieb der Pachter zwey Jahre nach einander das Pachtgeld schuldig. Hier entstand die Frage: ob er deswegen seines Pachts verlustig erklärt werden könnte, ohne daß ihn die ausbedungene Conventionalstrafe dagegen zu schützen im Stande sey? Paullus entschied diesen Fall zum Vortheil des Verpachters, und zwar aus dem Grunde, wenn gleich bey Ausbedingung der Conventionalstrafe von der richtigen Bezahlung des Pachtgeldes nichts ausdrücklich gesagt worden sey, so müsse man doch glauben, daß die Contrahenten über diesen Punkt unter keiner andern Voraussetzung einig geworden, als daß der Pachter das Pachtgeld richtig abtragen, und dadurch den Pachtcontract von seiner Seite vollkommen erfüllen werde. Da er nun dieses nicht gethan, so könne auch auf Seiten des Verpachters die Bedingung der zu erlegenden Strafe keine Wirkung zeigen. Diesen Grundsätzen gemäß muß ein Universalfideicommiß, womit der Vater sein den Kindern hinterlassenes Vermögen beschwert hat, immer unter der Bedingung verstanden werden, wenn seine Kinder ohne rechtmäßige Leibeserben sterben sollten, weil es widernatürlich ist, anzunehmen, daß der Großvater Willens gewesen sey, seinen Enkeln ihr näheres Erbrecht zu entziehen [k]). Aehnliche Beyspiele [l]) findet man in der L. 34. D. mand. L. 85. in f. D. de legat. III. L. 107. in fine. D. de condit. et demonstr. L. 6. pr. D. quando

k) L. 102. D. de condit. et demonstrat. L. 30. C. de fideic. L. 6. C. de instit. et substit.

l) Baldvin l. c. c. 4. Brvssel de condit. lib. 4. tit. 1.

do dies legat. ced. Bisweilen kann eine stillschweigende Bedingung aus den Worten hergeleitet werden, wie ich bereits bemerkt habe, wenn z. B. der Willenserklärung die Bestimmung einer ungewissen Zeit [m]), oder eine von der Zukunft hergenommene Beschreibung beygefügt worden ist; denn so heißt es in der L. 85. in f. D. de legat. III. plane in mortis tempore collatum hunc sermonem: *vestem*, *quae mea erit*, sine dubio pro conditione accipiendum puto: sed et *Stichum*, *qui meus erit*, puto pro conditione accipiendum. Endlich giebt es auch Fälle, wo eine anfangs ausdrücklich beygefügte Bedingung in der Folge als stillschweigend wiederholt angesehen wird [n]). In der L. 19. pr. D. de constit. pecun. heißt es z. B. id, quod *sub conditione debetur*, sive pure sive certo die constituatur, *eadem* conditione suspenditur, vt existente conditione teneatur; deficiente, vtraque actio depereat. Solche stillschweigende Bedingungen haben bey Verträgen, aus welchen das bedingte Recht auf die Erben des Promissars übergeht, mit den ausdrücklichen gleiche Wirkung [o]), wiewohl verschiedene Rechtslehrer [p]) dieses nicht zugeben wollen; bey letzten Willensverordnungen hingegen halten nur diejenigen die Erwerbung des daraus entstehenden Rechts auf, welche nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers gegründet sind [q]); dahingegen diejenigen, welche nach

m) L. 45. §. 3. D. de verb. obligat. L. 22. pr. D. quando dies legat.

n) Brvssel de condit. Lib. I. tit. 4.

o) Ant. Faber in coniect. iur. ciuil. Lib. 19. c. 1. p. 716. Vinnivs in Comm. ad Inst. §. 4. tit. de verb. oblig.

p) Lavterbach h. t. §. 71. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 43.

q) L. 102. et L. 107. D. de condit. et demonstr. L. 6. pr. D. quando dies legat. Voet ad Lib. XXVII. tit. 7. n. 4.

nach der Natur der Sache als vorhanden angenommen werden müssen, die Verordnung des Erblassers nicht bedingt machen, und daher hindern sie auch die Transmission der Verlassenschaft auf die Erben des Bedachten nicht r).

Die Bedingungen werden 2) in solche eingetheilt, davon die eine Art conditio in *praesens*, die andere in *praeteritum*, und noch eine andere in *futurum* collata genennt wird, wie man aus der L. 16. D. de iniusto, rupto etc. sieht, wo es heißt: multum autem interest, qualis conditio posita fuerit; nam aut in *praeteritum* concepta ponitur, aut in *praesens*, aut in *futurum*. In *praeteritum* concepta ponitur, veluti: *si Titius Consul fuit.* Ad *praesens* tempus conditio adscripta est, veluti: *si Titius Consul est.* Wenn der Umstand, von dem ein Recht abhängt, in die vergangene Zeit gesetzt wird, so nennt man die Bedingung in *praeteritum* collata. Eine solche Bedingung enthalten z. B. die Worte: wenn Cajus meine Geschäfte besorgt hat; wenn Mevius ohne Kinder gestorben ist; Paulus soll mein Erbe seyn, wenn er vor Verfertigung dieses meines Testaments schon Stadtrichter gewesen ist. Eine Bedingung heißt in *praesens* collata, wenn der zur Bedingung gemachte Umstand, an dem Tage, wo die Bedingung gemacht wurde, existirt haben muß; z. B. wenn heute mein Freund Titius noch lebt; wenn Cajus heute noch verheyrathet ist; Paulus soll mein Erbe seyn, wenn er heute den 24sten Julius 1797, da ich dieses Testament mache, verheyrathet ist. Unter einer conditio in *futurum* collata versteht man diejenige, wenn der Umstand, von dem das Recht abhängt, in der Zukunft erst geschehen soll; z. B. Sejus soll mein Erbe seyn, wenn er sich verheyrathen wird. Diese Bedingungen werden Bedin-

r) L. 99. D. de condit. et demonstr. L. 25. §. 1. D. quando dies legat. VOET l. c. n. 3.

Bedingungen im eigentlichen Verstande genennt; daher es in der L. 39. D. de reb. cred. heißt: itaque tunc *potestatem conditionis* obtinet, cum in *futurum* confertur; und im §. 4. Inst. de verb. oblig. — sub *conditione* stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, vt si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti, *si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes?* Nach dieser Voraussetzung kann man es verstehen, warum Ulpian in der L. 10. in fine D. de condit. instit. behauptete: *nullam* esse conditionem, quae in *praeteritum* confertur, vel quae in *praesens*; veluti, *si Rex Parthorum viuit; si nauis in portu stat.* Etwas ähnliches findet man in der L. 120. D. de verb. oblig. bemerkt, wo es heißt: non placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant.

3) Ist die Bedingung entweder conditio *suspensiua*, oder conditio *resolutiua*. Hängt von der Bedingung die Frage ab: ob Jemand das Recht erlangen soll, so heißt sie *suspensiua*, eine aufschiebende Bedingung; hingegen conditio *resolutiua* wird sie genennt, wenn von der Bedingung der Umstand abhängt: ob Jemand das Recht behalten, oder ob er es wieder verlieren soll. Ein Vertrag muß daher für einen solchen gehalten werden, der unter einer suspensiven Bedingung geschlossen worden ist, wenn er nicht eher verbindlich seyn soll, als bis die Bedingung existirt. Hingegen wird ein Vertrag für unter einer Resolutivbedingung geschlossen gehalten, wenn er zwar gleich anfangs verbindlich seyn, aber seine Gültigkeit verlieren soll, sobald die beygefügte Bedingung eintritt. In der L. 2. pr. D. de in diem addict. wird die Sache folgendergestalt ausgedrückt: quoties fundus in diem addicitur: vtrum pura emtio est, sed sub conditione resoluitur; an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est? Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit? Nam si quidem

hoc actum est, *vt*, *meliore allata conditione*, *discedatur*, erit *pura* emtio, quae sub conditione resoluitur: sin autem hoc actum est, *vt perficiatur* emtio, *nisi melior conditio afferatur*; erit emtio *conditionalis*. Nach der Absicht der Contrahenten kann die nämliche Bedingung, entweder als eine suspensive oder als eine resolutive festgesetzt werden, folglich muß allemal darauf Rücksicht genommen werden, wie die Worte des Contracts gestellt sind, um hiernach zu beurtheilen, welche Wirkung die Bedingung haben soll; jedoch wird allemal eher eine resolutive, als eine suspensive Bedingung vermuthet [s]). Der Unterschied zwischen diesen beyden Arten der Bedingung besteht darin, daß die suspensive Bedingung die Vollkommenheit des Geschäfts, dem sie beygefügt worden ist, folglich den Anfang des daraus zu erwerbenden Rechts aufhält. Die resolutive Bedingung hingegen läßt nicht die Gültigkeit der Handlung selbst, sondern die Dauer des daraus zu erwerbenden Rechts bis zu deren Existenz in suspenso. Eben deswegen wird eigentlich nur im ersten Falle, wenn der Vertrag unter einer suspensiven Bedingung geschlossen worden ist, das Geschäfte in Gesetzen bedingt genennt, und davon gesagt, daß unter einer Bedingung contrahirt worden sey; dahingegen es in dem letzten Falle, wenn die Bedingung eine resolutivische ist, in Gesetzen heißt, der Vertrag sey an sich ein pactum purum, und werde blos durch die Bedingung wieder aufgehoben [t]). Aus den angeführten Gesetzen sieht man, daß die römischen Rechtsgelehrten blos die Suspensivbedingungen für Bedingungen im eigentlichen Verstande gehalten haben, und dieses wird auch

s) L. 7. in f. L. 8. D. de iure dot. L. 1. §. 2. D. pro dote. LAVTERBACH in Coll. Pand. Lib. XVIII. tit. 2. §. 5.

t) L. 3. D. de contr. emt. L. 1. D. de lege commiss. L. 2. pr. D. de in diem addict. L. 2. §. 3. D. pro emtore.

auch von einigen heutigen Rechtsgelehrten gebilligt u). Die Worte in der L. 2. §. 3. D. pro emt.: si conuentio est, magis resoluetur, quam implebitur, heißen so viel: wenn der Vertrag mit einer beygefügten **Resolutivbedingung** geschlossen worden ist, so hängt von deren Erfolg mehr das Ende, als der Anfang des Contracts ab x).

4) Wird die Bedingung in eine **affirmative** und in eine **negative** eingetheilt. Erstere ist diejenige, welche verursacht, daß die Erwerbung oder der Verlust eines gewissen Rechts davon abhängt, ob eine gewisse Handlung oder Begebenheit geschehen wird; eine **negative** Bedingung ist diejenige, wenn Jemand das Recht bekommt oder behält, wenn eine gewisse Handlung oder Begebenheit nicht geschehen ist. Verspreche ich Jemandem Etwas zu schenken, wenn er das Gut gekauft haben wird, so ist die Bedingung **bejahend** ausgedrückt worden; sage ich aber, du sollst meinen Reisewagen bekommen, wenn du nicht nach Frankfurt zur Michaelismesse reisest, so ist dieses eine **negative** Bedingung.

5) Giebt es **mögliche** und **unmögliche** Bedingungen. Die Bedingung wird eine **unmögliche** genennt, wenn in derselben ein **Widerspruch** liegt, der ihrer Wirklichkeit entgegen ist; läßt sich dieses von einer Bedingung nicht behaupten, so heißt sie eine **mögliche**. Die **unmögliche** Bedingung kann eigentlich für gar keine wahre Bedingung gehalten werden, weil jede Bedingung einen **Umstand** voraussetzt, der in der Folge geschehen soll und folglich auch geschehen kann, von dem es aber ungewiß ist, ob er geschehen wird, oder nicht; nun ist aber die **unmögliche** Bedingung so beschaffen, daß man schon vorher sieht, ob sie eintreten wird oder nicht,

u) Brvssel de condit. Lib. I. tit. 1. nr. 5. Hofacrer Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 187. p. 147. et §. 196. p. 154.

x) Hr. GJR. Westphal von Arten der Sachen, u. s. f. §. 626.

je nachdem sie nämlich entweder negativ oder affirmativ ist ausgedrückt worden y). Die Gesetze gedenken ihrer aber doch, und es läßt sich diese Eintheilung auch annehmen, wenn man auf die Art und Weise Rücksicht nimmt, wie die Worte gebraucht worden sind, und damit den allgemeinen Begriff einer Bedingung verbindet.

Die unmöglichen Bedingungen bestehen aus physisch unmöglichen Bedingungen und aus moralisch unmöglichen Bedingungen, weil die Erfüllung einer unmöglichen Bedingung entweder wider die Kräfte der Natur ist, oder wider die Vorschrift der Gesetze z). Physisch unmöglich ist die Bedingung, wenn die Naturkräfte die Erfüllung nicht erlauben; z. B. man sagte: ich schenke dir 1000 Rthlr. wenn du einen Triangel zeichnest, dessen drey Winkel keine 180 Grade haben. Moralisch unmöglich ist die Bedingung, wenn die Erfüllung derselben den moralischen Gesetzen zuwider folglich verboten ist; z. B. ich schenke dir 100 Thaler, wenn du den B. recht ausprügelst. Eine Bedingung, vermöge welcher Jemand eine unerlaubte und verbotene Handlung vornehmen soll, wird in Gesetzen a) eine conditio turpis, eine schändliche Bedingung genennt. Hier ist noch zu bemerken, daß manche Bedingungen in Testamenten nicht gebraucht werden dürfen, ob man sie gleich bey Verträgen für erlaubt und möglich hält. So darf in Testamenten die conditio iurisiurandi nicht gebraucht werden, ob es gleich bey Verträgen angeht; denn hier muß der zur Bedingung gemachte Eyd gehalten wer-

y) L. 7. D. de verb. oblig. L. 9. §. 1. D. de nouat. Brvssel l. c. Lib. I. tit. 1. nr. 11. sqq. Maiansivs in disput. iur. ciuil. Tom. II. Disp. 34. §. 1. Hofacker l. c. §. 195.

z) §. 1. 2. et 11. Inst. de inutil. stipulat. L. 9. 14. 15. D. de condit. instit. L. 35. 61. 137. §. 6. D. de verb. obligat.

a) L. 29. §. 2. D. de testam. milit. L. 20. D. de condit. et demonstrat.

werden [b]). Man darf in seinem Testament nicht sagen: Cajus soll mein Erbe seyn, wenn er schwören wird, daß er etwas Gewisses thun oder geben, z. B. mir ein Monument errichten wolle; denn wozu dient der Eyd, da der Erbe ohnehin verbunden ist, den Willen des Erblassers zu erfüllen [c]). In der L. 20. D. de condit. et demonstr. sagt aber doch **Marcian**, die conditio iurisiurandi sey *plerumque turpis*, weil es Fälle geben kann, wo der Eyd seinen Nutzen hat; wo also die Bedingung des Eydes gültig ist. Ein solcher Fall würde vorhanden seyn, wenn es in einem Testamente hieße: ich setze den Cajus zu meinem Erben ein, wenn er einen Eyd ablegt, daß er nie wieder ein Hazardspiel spielen wolle. Dieser Eyd ist nicht ohne Nutzen. Die **Mucianische** Caution allein würde hier nicht viel helfen, da die Intestaterben den Erben nicht beständig beobachten können [d]). Uebrigens wollen die Gesetze, daß man die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Bedingung vorzüglich nach den Umständen der Zeit, wo das Versprechen geschehen war, beurtheilen soll. Aendern sich auch diese Umstände in der Folge, so daß Etwas, was anfangs unmöglich war, jetzt noch möglich werden könnte, so nehmen dennoch die Ge-

b) L. 39. D. de iureiur. L. 19. §. fin. D. de donat. L. 6. C. communia vtriusque iudicii, BALDVINVS de condit. c. 7. p 204. sqq. Gregor. MAIANSIVS in Diss. de iurisiurandi condit. a Praetore remissa, §. 15., in EIVS Disp. Tom. I. Disp. 5. p. 95. Theod. Regn. de BASSEN de iureiur. veterum inprimis Romanor. lib. singul. Trai. ad Rhen. 1728. c. 7. §. 3. Herr GJR. **Westphal** von Testament. §. 317.

c) L. 8. pr. §. 6. 7. D. de condit. instit. L. 20. et 26. D. de condit. et demonstr. L. 36. D. de manum. test. L. 112. D. de legat. I. L. 29. D. de testam. milit.

d) FORNER. rer. quotid. Lib. III. c. 22. in OTTONIS Thes. Tom. II. p. 228. C. F. WALCH lib. sing. de condit. iurisiurandi vltimis voluntatib. adiecta. Ien. 1759. 4. et in EIVS Opusc. Tom. I. p. 175.

setze auf dergleichen zufällige Möglichkeiten keine Rücksicht e). In der L. 137. §. 6. D. de verb. oblig. wird gesagt: nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id, quod nunc *impossibile* est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum *praesentis*, aestimari debet stipulatio. Beyspiele hierher gehörender Fälle findet man in der L. 35. §. 1. D. de verb. oblig.

Bey den physisch unmöglichen Bedingungen kommt der Unterschied vor, daß einige dieser Bedingungen schlechterdings und in allen Fällen unmöglich sind; andere aber nur unter gewissen Umständen. Jene heißen absolute, diese de facto, per accidens ex suppositione impossibiles, auch falsae f); insonderheit werden sie difficiles genennt, wenn sie einer oder der andere Mensch erfüllen kann, viele hingegen es nicht können.

Die möglichen Bedingungen sind von einer dreyfachen Beschaffenheit; denn die Gesetze unterscheiden conditio *casualis*, *potestatiua* und *mixta*, wie man aus der L. vn. §. 7. C. de cad. toll. sieht, wo es heißt: sin autem aliquid sub *conditione* relinquatur, vel *casuali*, vel *potestatiua*, vel *mixta*, quarum euentus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex vtroque pendeat. Die Bedingung wird eine zufällige genennt, conditio casualis, wenn äußerliche Dinge, die nicht in der Gewalt desjenigen sind, dessen Recht von der Bedingung abhängt, zur Existenz der Bedingung thätig concurriren müssen. Eine solche Bedingung ist es, wenn es heißt: ich verspreche dir 100 Rthl., wenn in diesem Jahre zu Rastadt Friede geschlossen wird. Unter einer potestativen Bedingung, welche Bedingung in Gesetzen

e) Brvssel de condit. Lib. I. tit. 2. nr. 12. et 15.

f) L. 72. §. 7. D. de condit. et demonstr. L. 4. §. 1. D. de statu lib.

setzen g) auch conditio *promiscua* genennt wird, versteht man eine solche, bey der nur der Wille desjenigen zur Erfüllung der Bedingung nöthig ist, dessen Recht davon abhängt; z. B. ich verspreche dem Cajus 200 Rthlr. unter der Bedingung, wenn er heyrathet. Müssen theils der Wille desjenigen, der die Bedingung erfüllen soll, theils andere äußerliche Umstände, die nicht in seiner Macht sind, wohin auch eine von den Hauptinteressenten unabhängige Willkühr eines Dritten zu rechnen ist, zusammen mitwirken, wenn die Erfüllung der Bedingung möglich werden soll, so heißt die Bedingung eine gemischte, conditio mixta. Eine solche Bedingung würde es seyn, wenn Jemand sagte: Cajus soll mein Erbe seyn, wenn er aus seiner jetzigen Ehe Kinder hinterläßt. Mehrere Rechtslehrer h) haben den Unterschied zwischen einer conditio potestatiua und mixta für ungegründet erklärt, weil die conditio potestatiua eine unrichtige Voraussetzung zum Grunde habe, da selbst der Wille des Menschen dem Zufall unterworfen sey, mithin könne man nur zweyerley Gattungen möglicher Bedingungen annehmen, nämlich die zufälligen und gemischten Bedingungen. Darauf antworten aber andere Rechtslehrer i), der Umstand macht eine Bedingung noch nicht zur gemischten,

g) L. II. §. I. D. de condit. et demonstr. MERILLIVS in Obseruat. Lib. IV. c. 14. CVIACIVS in obseruat. Lib. XIV. c. 2. RAGVELL in comment. ad Decis. Iustin. Lib. 6. pag. 542.

h) Iac. Fr. LVDOVICI in vsu pract. pract. dist. iurid. Lib. 35. tit. 3. dist. 3. HEINECCIVS in Comp. Dig. Lib. 28. tit. 7. §. 64. not. *) Aug. Frid. SCHOTT in obseru. de condit. potestat. figm. in EIVS Opusc. Lipsi. 1770. 8. p. 272.

i) BRVSSEL Lib. I. tit. 2. nr. 3. Ioh. FINESTRES in praelect. Ceruar. p. 74. de CRAMER in Obs. T. III. Obs. 984. §. 29. Chr. Gottl. EINERT varia iur. ciuil. cap. Lipsi. 1773. c. 2. HOFACKER in Princ. iur. ciuil. T. I. §. 188. not. c. p. 149. Hr. HR. Glück im Comment. Th. 4. S. 484. Hr. GTR. Höpfner im Comment. §. 492. S. 474.

wenn die Existenz der Bedingung durch zufällige Umstände gehindert werden kann; denn dieses ist bey jeder Bedingung möglich. Das Wesen dieser Bedingung besteht darin, daß die äußerlichen Umstände zur Existenz der Bedingung thätig mitwirken müssen. Hr. HR. Glück schreibt: verschiedene Rechtsgelehrte verwerfen zwar den Unterschied zwischen einer conditio potestativa und mixta, und halten die erstere für ein Figment, weil auch selbst der Wille des Menschen dem Zufalle unterworfen sey. Sie wollen daher nur zweyerley Arten der möglichen Bedingungen annehmen, nämlich die casualem und mixtam. Allein es ist dagegen schon von andern erinnert worden, daß zwar unterweilen allerdings auch die Erfüllung einer conditionis potestatiuae durch zufällige Umstände gehindert werden könne; allein da dieses doch nur etwas ungewöhnliches ist, so folgt daraus noch nicht, daß deswegen eine jede conditio potestatiua auch mixta sey, indem vielmehr eine conditio mixta ihrer Natur nach allemal mit äußerlichen zufälligen Umständen verbunden ist, welche außer dem Willen desjenigen, dem die Bedingung gemacht worden, zusammen treffen müssen, um die Erfüllung derselben zu bewirken.

Was für Begriffe mit den verschiedenen Arten der Bedingungen zu verbinden sind, haben wir zeither gesehen; nunmehr will ich die Grundsätze von den rechtlichen Wirkungen eines Vertrags, der unter einer Bedingung geschlossen worden, vortragen; es versteht sich aber von selbst, daß die Bedingungen einzeln durchgegangen werden müssen. Hierbey kommt es vor allen Dingen auf den Unterschied an, ob die Bedingung, welche einem Vertrage beygefügt worden ist, für eine conditio in praesens, oder in futurum, oder in praeteritum collata gehalten werden muß. Wenn ein Vertrag mit einer Bedingung geschlossen worden ist, welche conditio in praesens, oder in praeteritum collata, heißt, so wird die Erwerbung des davon abhängenden

Rechts

Rechts nicht aufgeschoben; sondern so bald es ausgemacht ist, daß der zur Bedingung gemachte Umstand der jetzigen oder vergangenen Zeit, wirklich sich so ereignet habe, wie er sich zutragen, oder zugetragen haben sollte, so bekommt der Promissarius das versprochene Object; hat sich aber der zur Bedingung gemachte Umstand wirklich nicht zugetragen, so ist damit zugleich alle Hoffnung zur Erlangung des versprochenen Rechts auf immer verloren; mithin ist der Vertrag, welcher unter einer solchen Bedingung geschlossen worden, entweder gleich gültig, oder auf immer ungültig k). Diese Verordnung enthalten mehrere Gesetze; denn z. B. im §. 6. Inst. de verb. obligat. wird gesagt: *conditiones*, quae ad *praesens* vel *praeteritum* tempus referuntur, *aut statim infirmant* obligationem, aut omnino non differunt; veluti, *si Titius Consul fuit*, vel *si Maeuius viuit*, *dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, *nihil valet stipulatio:* sin autem ita se habent, *statim valet.* In der L. 37. D. de reb. cred. heißt es: cum ad *praesens* tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, et si conditio vera sit, stipulatio tenet, quamuis tenere contrahentes conditionem ignorent; veluti, *si Rex Parthorum viuit*, *centum dare spondes?* Eadem sunt, et cum in praeteritum conditio confertur. Damit stimmt die L. 100. D. de verb. oblig. überein, wo es heißt: conditio in *praeteritum*, non tantum in *praesens* tempus relata, statim aut *perimit obligationem*, aut omnino *non differt.*

Ist ein Vertrag unter einer Bedingung der Zukunft geschlossen worden, so kommt es darauf an, ob sie für möglich oder für unmöglich zu halten ist. Bey möglichen Bedingungen dieser Art wird wieder ein Unter-

k) Ant. Faber in Rat. ad Dig. ad Lib. 37. D. de reb. credit. Altamiran. in comment. ad Lib. I. quaest. Scaeuolae, Tract. I. ad L. 37. D. de reb. cred. in Meerm. Thes. Tom. II. p. 383.

terschied gemacht, ob von einer resolutiven oder von einer suspensiven Bedingung die Rede ist. Sollte der Vertrag unter einer resolutiven Bedingung dieser Art geschlossen worden seyn, so äußern sich andere Wirkungen, je nachdem es ungewiß ist, ob diese Bedingung erfüllt werden wird oder nicht. Weil keine Resolutivbedingung den Anfang des erworbenen Rechts aufhält, so ist der Vertrag dieser Art, so lange die Bedingung noch als conditio pendens betrachtet werden muß, gleich vollkommen verbindlich, und als eine conuentio pura zu betrachten. Habe ich also dem Andern, die, vermöge eines unter einer solchen Bedingung geschlossenen Vertrags abzuliefernde Sache, wirklich abgeliefert, so bekommt er das Eigenthum der Sache, oder wenn ich selbst kein Eigenthum hatte, so kann er den Anfang der Verjährung auf diese Erwerbung gründen. Er kann von den einzelnen im Eigenthumsrechte liegenden Rechten Gebrauch machen, und folglich die Sache benutzen, sie vindiciren, verpfänden; dagegen trägt er aber auch die Gefahr, im Fall die Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde geht [l]). Der Vertrag bleibt gültig, wenn die Bedingung nicht eingetreten ist, und nunmehr wird er völlig unumstößlich. Es behält daher der Besitzer die in der Zwischenzeit gehobenen Früchte unwiderruflich, so wie auch alle über die Sache getroffenen Verfügungen nicht weiter angefochten werden dürfen [m]). Mit einem Worte, wenn die resolutive Bedingung nicht eingetreten ist, so betrachtet man den Handel eben so, als ob der Vertrag nie mit einer Bedingung wäre geschlossen worden [n]). Ganz anders verhält

l) L. 2. pr. et §. 1. L. 4. §. 3. D. de in diem addict. L. 41. D. de rei vindicat. L. 66. eod. L. 2. §. 4. 5. D. pro emt. Brvssel de condit. Lib. IV. tit. 5. nr. 2—8.

m) L. 6. pr. D. de in diem addict. Brvssel l. c. nr. 13.

n) Hofacker in Princ. iur. Rom. Tom. I. §. 196. p. 154.

verhält sich die Sache, wenn die Bedingung existirt; denn dadurch verliert der Vertrag seine ganze Verbindlichkeit, und es wird eben so angesehen, als ob er gar nicht geschlossen worden. Die Folge hiervon ist, daß nicht nur die Sache mit allen in der Zwischenzeit erhobenen Nutzungen zurück gegeben werden muß, sondern es fällt auch das zeitherige Pfandrecht und jede andere Beschwerde weg, die der Besitzer inzwischen auf das unter einer solchen resolutiven Bedingung erhaltene Grundstück gelegt hat o). Bisweilen wird jedoch auch entweder Ungültigkeit des Handels, oder eine zu bezahlende Conventionalstrafe ausbedungen, wie man aus der L. 6. pr. D. de seru. export. sieht p). Es können jedoch, außer den angeführten, auch noch andere Wirkungen statt finden, je nachdem die Bedingung entweder mit der Bestimmung hinzugefügt worden, daß der Contract für gar niemals geschlossen, sondern schlechterdings für ipso iure null und nichtig solle gehalten werden, im Fall die Bedingung eingetreten ist; z. B. wenn sich ein besserer Käufer zu der Sache findet, die ich Jemandem unter dieser Bedingung verkauft habe, oder daß man sich nur das Recht vorbehalten hat, von dem Vertrage wieder abgehen zu können, wenn die beygefügte Resolutivbedingung eintreten sollte; z. B. wenn das Kaufgeld nicht zu der ausbedungenen Zeit bezahlt worden seyn sollte. Im ersten Falle wird das unter der Bedingung zugestandene Recht, mit Eintritt derselben, als gleich von Anfang an nichtig, und folglich als nie übertragen angesehen; folglich geht das Eigenthum der Sache von selbst an den Contrahenten zurück, der sich desselben nur unter jener Voraussetzung begeben

o) L. 6. pr. L. 4. §. 3. D. de in diem addict. L. 3. D. quib. mod. pign. vel hyp. soluit. L. 19. D. de vsurpat. et vsucap. L. 6. §. 1. D. de diu. temp. praescr. Brvssel l. c. Lib. IV. tit. 5. nr. 8. sqq. Hr. GJR. Westphal vom Kauf, §. 744.

p) Hr. GJR. Westphal vom Kauf, §. 650.

geben hatte, und nunmehr kann er nicht nur die Klage aus dem Contract brauchen, sondern sogar auch die Eigenthumsklage anstellen, wenn die Sache an einen dritten Besitzer gekommen seyn sollte [q]). In dem letztern Falle kann der Contrahent das Gegebene blos durch die actio personalis ex contractu, oder durch eine Condiction zurück fordern [r]), aber die Reivindikation findet nicht statt [s]). Mehrere Rechtsgelehrte [t]) sind der Meynung, man müsse die eben angeführten zwey Arten der Resolutivbedingung darnach beurtheilen, ob verba directa oder obliqua gebraucht worden sind; diese Behauptung ist aber der L. 6. §. 1. D. de contr. emt. entgegen, woraus man sieht, daß es hierbey auf die Worte nicht ankommt, und zum Grunde angeführt wird: in emtis et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est [u]).

Zur ausführlichern Erläuterung dieser Materie ist noch zu bemerken, 1) daß die conditio *resolutiua* eben sowohl casualis als potestatiua seyn kann, hingegen der modus ist niemals casualis, sondern in jedem Falle potestatiuus, weil er allemal etwas solches enthält, daß es bey dem Promissarius steht, ob er es thun wolle oder nicht,

q) L. 41. D. de rei vindic. L. f. D. de lege commissor. L. 1 et 4. C. de pact. int. emt. et vendit. Ger. Noodt in comment. ad Pand. Lib. XIII. tit. 3. in f. Lavterb. in Coll. Pand. Lib. XVIII. tit. 2. §. 13. Meister in Diss. de eo, quod inter condit. resolut. et modum interest, §. 8.

r) L. 4. pr. D. de lege commiss. L. 7. in f. D. de iure dot.

s) L. 9. pr. D. de iure dot. L. 3. C. de pactis int. emtor. et venditor. compos.

t) Voet ad Dig. Lib. XVIII. tit. 2. §. 5. Lavterb. in Coll. Pand. Lib. XVIII. tit. 2. §. 14. Stryck in vsu mod. Lib. XVIII. tit. 1. §. 32.

u) Iust. Henn. Boehmer Diss. de verb. directis et obliquis, Hal. 1717. §. 30. sqq.

nicht, und nicht blos von zufälligen Umständen abhängt. 2) Die conditio resolutiua legt demjenigen, dem Etwas unter dieser Bedingung ist überlassen worden, keine Verbindlichkeit auf, sondern die Wirkung derselben hängt von dem Erfolge ab. Der modus hingegen legt dem Promissarius eine Verbindlichkeit auf, ihn zu erfüllen. 3) Sobald die conditio resolutiua eingetreten ist, hört die Gültigkeit des Vertrags auf, und es kann gleich auf die Aufhebung desselben, wie auch auf Zurückgabe des Erhaltenen geklagt werden; sollte hingegen der modus nicht erfüllt worden seyn, so hört deswegen die Gültigkeit des Vertrags nicht allemal sogleich von selbst auf, sondern der Promissar ist vor allen Dingen zur Erfüllung des modi anzuhalten, wie wir bey dieser Materie gesehen haben.

Wir kommen zu der Wirkung der suspensiven Bedingung bey Verträgen, wobey aber dreyerley Fälle unterschieden werden müssen, nämlich a) ob die Bedingung noch ungewiß oder pendens ist, b) oder ob sie schon existirt, c) oder ob sie nicht in Erfüllung gegangen ist.

Was den Fall anbetrifft, daß die Suspensivbedingung noch pendens ist, so wollen die Gesetze, daß, so lange es noch ungewiß ist, ob die Bedingung erfüllt werden wird, oder nicht, der Vertrag nicht vollkommen verbindlich seyn, sondern die Wirkung desselben ganz allein von der Erfüllung der Bedingung abhängen soll. Bis dieser Umstand zur Gewißheit gekommen ist, bleibt alles in dem Stande, wie es zur Zeit des abgeredten Vertrags war, und der Promissarius hat weiter nichts, als die Hoffnung, Etwas zu erwerben, sobald die Bedingung existirt x). Vor der Erfüllung der Bedingung kann er also keinesweges auf die Leistung des Versprechens klagen, und thut er es, so kann ihm der Beklagte die exceptionem plus petitionis tempore entgegen setzen y). In der

x) §. 4. Inst. de verbor. obligat.

y) §. 33. Inst. de action. Brvssel l. c. Lib. II. tit. 1. nr. 23 et 26.

der L. 9. pr. D. de reb. cred. heißt es daher: si in diem sit, vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere. In der L. 13. §. 5. D. de pignor. et hyp. wird gesagt: si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur. Damit stimmt auch die L. 213. pr. D. de verb. signif. überein, wo bemerkt wird: pendente conditione dies neque cedit, neque venit. Die Gesetze [z]) verstatten es jedoch, eine Sicherheitsbestellung wegen der Erfüllung des Versprechens auf den Fall, da die Bedingung existiren sollte, aus einer rechtmäßigen Ursache fordern zu können. Selbst alsdenn kann nicht einmal auf die Erfüllung des Vertrags geklaget werden, wenn der Promissar sich zu Leistung einer Sicherheit erböte, daß er die ihm versprochene Sache wieder zurück geben wolle, sobald die Bedingung nicht zur Wirklichkeit gekommen. Diese Sicherheit findet bey Verträgen nicht statt, selbst alsdenn nicht, wenn die mit dem Versprechen verknüpfte Bedingung, eine solche Potestativbedingung wäre, daß sie, so lange der Promissarius lebt, nicht für erfüllt gehalten werden kann, weil man hier nicht gewiß seyn kann, daß er niemals wider die Bedingung handeln werde. Ein Vertrag dieser Art würde es z. B. seyn, wenn ich Jemandem versprochen hätte, daß er mein Haus als Geschenk bekommen solle, wenn er in seinem Leben niemals ein Hazardspiel spielen wird. Man kann dagegen nicht anführen, daß in dergleichen Fällen, bey letzten Willensverordnungen, die Mucianische Caution gebräuchlich sey, und also wegen Gleichheit der Umstände hier ebenfalls davon Gebrauch gemacht werden müsse. Die Gesetze verordnen deutlich, daß diese Art der

z) L. 41. D. de iudic. L. 13. §. 5. D. de pignor. et hyp. L. 16. pr. D. de hered. petit. L. 6. pr. L. 7. §. 14. L. 14. §. 2. D. quib. ex caus. in possess. eat. Baldvinvs de condit. c. 12. p. 268. Brvssel c. l. nr. 27. p. 171. sqq.

der Sicherheitsbestellung bey Verträgen nicht statt haben solle. In dem §. 4. Inst. de verb. obligat. heißt es: si quis ita stipuletur, *si in Capitolium non ascendero, dare spondes?* perinde erit, ac si stipulatus esset, cum moreretur, si dari. Der Grund, warum die Mucianische Caution nicht bey Verträgen, sondern nur bey letzten Willensverordnungen anwendbar ist, liegt darin, weil die letzten Willensverordnungen wegen der größern Zuneigung des Testirers gegen die Person des Erben oder Vermächtnißnehmers eine ausgedehntere Erklärung leiden, als die Verträge, welche bey weitem nicht so begünstigt sind [a]), da man im Zweifel immer annehmen muß, der Promittent werde mehr auf seinen eigenen Nutzen bedacht seyn, und daher die Erfüllung seines Versprechens so viel als möglich aufschieben [b]). Der bekannte Ant. Faber [c]) giebt einen andern Grund an, nämlich den Umstand, weil bey bedingten Verträgen das Recht auf die Erben geht, folglich diese wenigstens noch den Vortheil aus dem Vertrage zu genießen haben, wenn der Verstorbene in seinem Leben nicht gegen die Bedingung gehandelt hat, welches aber bey letzten Willensverordnungen anders sey, aus denen auch nicht einmal die Erben des Honorirten Etwas bekommen würden, obgleich der Verstorbene nicht gegen die Bedingung gehandelt hatte, im Fall ihnen nicht die Mucianische Caution zu statten käme. Diese Behauptung haben andere Rechtslehrer [d]) verworfen. Ungegründet ist auch die Behauptung

a) L. 17. D. de reg. iur. L. 26. D. de reb. dub.

b) Cviacivs in Obs. XIV, 32. Baldvinvs in Iurispr. Muciana p. 215. Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. VIII. c. 33. §. penult. in fine. Ian. Euer. Revvens Diss. de cautione Muciana, Lugd. Bat. 1784. c. 1. §. 9. Westphal von Testament. §. 333.

c) Faber in coniect. Lib. II. c. 16. nr. 7.

d) Vinnivs ad §. 4. Inst. de verb. oblig. nr. 3. Revvens Diss. cit. §. 8.

tung des Balduins e), daß alsdenn eine Sicherheitsbestellung angenommen werden müsse, wenn der Nießbrauch unter einer solchen Bedingung, die erst mit dem Tode des Promissars erfüllt werden kann, versprochen worden ist, weil sonst das ganze Versprechen ohne Nutzen seyn würde, da der Nießbrauch nicht auf die Erben geht, wie die L. 51. D. de vsufr. beweißt. Von einer solchen Ausnahme steht in Gesetzen nichts f). Es geht sogar an, die abgelieferte Sache zurück zu fordern, wenn sie aus Irrthum vor der Zeit abgeliefert worden ist, ehe die Bedingung eintrat g). Sollte man dem Andern eine Sache unter einer Suspensivbedingung übergeben haben, so erwirbt er dadurch das Eigenthum der Sache so wenig, als es angeht, die Sache vor Erfüllung der Bedingung verjähren zu können. Eben deswegen treffen ihn aber auch die Unglücksfälle nicht, wenn die Sache in der Zwischenzeit durch einen Unglücksfall sollte zu Grunde gegangen seyn h).

Dieser Einschränkungen ungeachtet, bringt ein solcher Vertrag verschiedene wichtige Wirkungen hervor i). Beyde Paciscenten sind schuldig, es abzuwarten, ob die Bedingung in Erfüllung gehen wird oder nicht; daher darf kein Theil vom Vertrage abgehen, oder etwas unternehmen, wodurch die Erfüllung der Bedingung gehindert werden

e) BALDVINVS in comment. de condit. c. §. in fine.

f) BRVSSEL c. l. Lib. III. tit. 3. nr. 13. p. 346. a COSTA ad §. 4. Inst. de verb. oblig. REVVENS l. c. c. 1. §. 7.

g) L. 16. pr. L. 18. L. 56. D. de cond. indeb.

h) L. 38. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 1. §. 2. D. pro dote. L. 2. §. 2. D. pro emtore. L. 4. pr. D. de in diem addict. L. 8. pr. D. de peric. et commod. rei vend. L. 10. §. 5. D. de iure dot. BRVSSEL l. c. Lib. II. tit. 1. nr. 4. p. 90.

i) L. 26. D. de stipulat. seruor. BRVSSEL Lib. II. tit. 1. nr. 1. p. 87. sqq.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0130
DFG

werden könnte [k]). Eben deswegen muß der Verkäufer die unter einer Bedingung verkaufte Sache gehörig zu erhalten suchen; denn geht sie durch seine Schuld zu Grunde, und die Bedingung kommt nach der Zeit zur Wirklichkeit, so muß er das Interesse leisten [l]). Anders verhält sich freylich die Sache, wenn es der Willkühr des andern Theils überlassen ist, ob er die Bedingung erfüllen wolle oder nicht; denn hier ist es ihm in der That frey gestellt worden, den Vertrag zu halten, oder nicht zu halten [m]).

Eine andere wichtige Wirkung unsers Vertrags besteht darin, daß er auf die Erben der Paciscenten fortgeht, wie man aus der L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. sieht, wo es heißt: quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum. Stirbt der Promittent, so müssen seine Erben das Versprechen erfüllen, wenn die Bedingung noch nach seinem Tode in Erfüllung gehen kann. In der L. 57. D. de verb. oblig. wird gesagt: si quis, si Titius Consul factus fuerit, decem dari spoponderit, quamuis pendente conditione *promissor* moriatur, *relinquet heredem obligatum.* Starb der Promissarius vor Erfüllung der Bedingung, so überträgt er die Hofnung, die ihm nach dem Vertrage zustand, auf seine Erben, und diese können daher auf die

k) L. 5. C. de obligat. et act. L. 85. §. 7. D. de verb. obligat. Westphal in Princ. Iur. Rom. P. I. §. 94. Westphal vom Kauf, §. 644.

l) L. 2. §. 1. L. 3. D. de peric. et comm. rei vend.

m) L. 8. D. de oblig. et act. L. 17. L. 46. §. 3. L. 108. §. 1. D. de verb. oblig. L. 13. C. de contr. emt. a Costa in Praelect. ad illustr. quosd. tit. locaque selecta iur. ciuil. p. 113. Pothier in Pand. Iust. Tom. III. Lib. 45. tit. 1. Nr. XCIX. not. b. et c. Westphal vom Kauf, §. 646. und 647.

Erfüllung des Versprechens klagen, wenn die Bedingung in Erfüllung gegangen ist. Diese Kraft solcher Verträge ist durch mehrere Gesetze bestätigt worden. Im §. 4. Inst. de verb. oblig. heißt es: ex *conditionali* stipulatione tantum *spes* est debitum iri: eamque ipsam spem in *heredem* transmittimus, si prius, quam conditio extet, mors nobis contigerit. Eben diese Verordnung findet man im §. 25. Inst. de inut. stip., wo bemerkt wird: cum quis sub aliqua *conditione* stipulatus fuerit; licet ante conditionem decesserit: postea existente conditione heres eius agere potest. Daß der **Promissar** die Erfüllung der Bedingung selbst noch erlebe, ist nur alsdenn nöthig, wenn die Bedingung auf seine Person in der Maaße gelegt worden ist, daß sie nur von ihm allein erfüllt werden kann und soll; wäre dieses nicht der Fall, so kann auch der Erbe des Pacisenten die **Potestativbedingung** erfüllen, besonders, wenn sie in einer bloßen Ueberlieferung einer Sache bestehen sollte. Ist daher z. B. ein Kauf unter der Bedingung geschlossen worden, wenn das Kaufgeld in einer bestimmten Zeit bezahlt worden ist, so kann auch der Erbe diese Bedingung erfüllen [n]). Freylich wird es bey letzten Willensverordnungen anders gehalten; hier liegt aber der Grund darin, daß der Erblasser gemeiniglich nur gegen diejenige Person eine persönliche Zuneigung hat, die er in seinem Testament bedacht hat, aber durch Verträge sucht der Pacisent nicht nur für sich Vortheile zu erwerben, sondern auch für seine Erben [o]). Wenn ich also Jemandem Etwas mit der Bedingung verspreche, wofern mein Schiff glücklich aus Ostindien zurückkommen wird, und das Schiff kommt erst nach seinem **Tode** zurück, so muß ich das Versprechen halten.

Wie

n) BRVSSEL de condit. Lib. III. tit. 2. nr. 23. p. 365. VINNIVS ad §. 4. Inst. de verb. oblig. nr. 7.

o) L. 5. §. 2. D. quando dies legat. L. vn. §. 7. C. de caduc. toll. VINNIVS l. c. nr. 6.

Wie steht es aber mit den **potestativen** negativen Bedingungen? Hierüber erklärt sich der Hr. GTR. **Höpfner** folgendergestalt, indem er §. 740. Nr. 6. schreibt: man bemerke: wenn eine solche Bedingung beygefügt wird, so verspreche ich entweder Etwas auf den Fall, daß ich Etwas unterlassen werde, oder auf den Fall, daß der **Andere** Etwas nicht thun wird. Im **ersten** Fall habe ich mich entweder a) verbindlich gemacht, Etwas **sogleich**, oder auch **binnen einer gewissen Zeit** zu leisten, und ich habe zugleich auf den Nichtleistungsfall von meiner Seite wieder Etwas versprochen; z. B. ich will dir meine Tochter zur Ehe geben, halte ich dieß Versprechen nicht, so sollst du 1000 Thlr. haben; oder b) ich habe mich nur verpflichten wollen, das Factum irgend einmal in meinem Leben zu thun, ohne eine Zeit zu bestimmen; z. B. ich verspreche, ich will über diese Materie eine Abhandlung schreiben, und wenn es nicht geschieht, dir 100 Thlr. bezahlen. Im **ersten** Falle kann ich auf die 1000 Thlr. belangt werden, so bald ich das Factum thun kann, und es dennoch nicht thun will; im **zweyten** kann ich, so lange ich lebe, nicht verklagt werden [p]). Verspreche ich hingegen Etwas unter der Bedingung, daß der **Promissar** Etwas unterlassen wird, so kann er das Versprechen nicht fordern, so lange er lebt. Auch findet hier die **Muciansche** Caution nicht statt; denn meine Absicht war nicht, dem Andern ein Recht, das Object zu fordern, zu geben, so lange er lebt, und hätte er die Befugniß haben wollen, es gegen Caution zu fordern, so hätte er es sich ausbedingen müssen [q]).

Was den andern hierher gehörenden Fall oder die Frage betrifft: was die Gesetze von Verträgen, die unter einer **Suspensivbedingung** geschlossen worden sind,

p) L. 115. §. 2. D. de verb. obligat.

q) VINNIVS ad §. 4. Inst. de verb. oblig.

verordnen, wenn die Bedingung wirklich erfüllt worden ist? so gilt hier die Regel: ein solcher Vertrag bekommt durch die eingetretene Erfüllung der Bedingung eine vollkommen verbindliche Kraft, daß nunmehr auf die Vollziehung desselben geklagt werden kann. Daher heißt es z. B. in der L. 7. pr. D. de contr. emt. von einem Kauf, der unter dieser Bedingung geschlossen worden ist: conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. Es muß aber dieser Rechtssatz richtig verstanden werden, da er mit mancherley wichtigen Folgen verknüpft ist. Man sieht nämlich bey solchen Verträgen, wenn von der Beschaffenheit der Sache, worüber der Vertrag geschlossen worden ist, die Rede ist, nur auf diejenige Zeit, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gekommen ist, dergestalt, daß, wenn z. B. die versprochene Sache in der Zwischenzeit durch Zufall beschädigt worden seyn sollte, der Promissar diesen Schaden tragen muß; und so fängt auch die Verjährung der aus einem solchen Contract entspringenden Klage erst nach Erfüllung der Bedingung an [r]). In der L. 8. pr. D. de *peric. et commodo* rei vend. wird von einem Schaden dieser Art gesagt: sane, si exstet res, *licet deterior effecta*, potest dici esse damnum emtoris. Weiß man diese Beschaffenheit der Sache, so kann man auch die L. 31. D. de verb. oblig. verstehen, worin bemerkt wird: si rem meam sub conditione stipuler, vtilis est stipulatio, *si conditionis existentis tempore* mea sit [s]). Auf der andern Seite verordnen gleichwohl die Gesetze, daß, wenn von dem aus dem Vertrage erworbenen Rechte selbst die Frage ist, die Erfüllung der Bedingung, wenn der Promissar zur frühern Existenz derselben nichts beytragen können, auf die Zeit des geschlossenen Vertrages zurück gerechnet,

r) L. 7. §. 4. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

s) Baldvinvs de condit. c. 13. p. 276. sqq. Brvsel c. l. Lib. II. Tit. I. nr. 6.

gerechnet, und es so angesehen werden solle, als ob der Vertrag unter gar keiner Bedingung geschlossen worden. In der L. 11. §. 1. D. qui pot. in pignor. heißt es: cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si *illo tempore, quo stipulatio interposita est*, sine conditione facta esset. Damit stimmt die L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. und die L. 16. D. de solut. überein. Der Satz: conditio existens retrotrahitur ad tempus initi contractus, darf also nur auf Verträge angewendet werden, welche sub conditione *casuali* oder *mixta* geschlossen worden sind; denn bey Potestativbedingungen wird nur auf die Zeit der Erfüllung der Bedingung gesehen [t]). Diese Rechtswahrheiten zeigen ihren Nutzen nicht nur bey dem Pfandrechte, sondern auch bey andern rechtlichen Geschäften. Wir wollen z. B. den Fall annehmen, der Schuldner hat seinem Gläubiger zur Sicherheit einer bedingten Anforderung eine Hypothek bestellt, und er giebt nachher noch einem andern Gläubiger eine Hypothek, ehe die Bedingung existirt. In diesem Falle kann bey entstandenem Concurs über das Vermögen dieses Schuldners, dem ersten Gläubiger der Vorzug seiner Hypothek vor der letztern nicht bestritten werden, wenn die Bedingung von der Art war, daß der Gläubiger zu ihrer Existenz, folglich auch zur frühern Entstehung der Schuld nichts thun konnte [u]). Lag es aber an ihm, daß die Schuld nach der Verpfändung nicht eher entstand; z. B. der Schuldner hatte dem Gläubiger versprochen, daß ihm sein Haus zur Hypothek stehen sollte, wenn er ihm 100 Rthlr. lehnen wollte; hier hieng es blos von dem Willen des Darleihers ab, wie bald er durch die Auszahlung des versprochenen

t) Baldvinvs l. c. c. 13. p. 277. lqq. Brvssel l. c. Lib. II. tit. 3. nr. 15. Averan. in interpr. Lib. III. c. 9. nr. 1 et 2. Ravensb. de condit. c. 6. §. 3. Hofacker in Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 1817. in fine p. 78.

u) L. 11. §. 1. D. qui potior. in pignore.

Darlehns die Bedingung des Vertrags erfüllen wollte; so wird die Bedingung nicht zurückgesetzt, sondern die Hypothek erst von der Zeit an gerechnet, wo die Schuld wirklich entstanden ist x).

Betrachten wir die Frage: wenn von einer Bedingung gesagt werden könne, daß sie gehörig erfüllt worden sey, so ist zu merken, es muß gerade das geschehen seyn, was die Worte der Bedingung nach ihrer eigentlichen Bedeutung ausdrücken. Eben deswegen geht es nicht an, eine Bedingung auf andere ähnliche Fälle auszudehnen, so wie sie auch von keiner andern als von der bestimmten Person erfüllt werden dürfen y). Man muß aber wohl Acht geben, ob die Bedingung nicht etwa blos als ein Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks beygefügt worden ist, der auch durch andere Mittel eben so gut erreicht werden kann; denn hier geht es allerdings an, die Bedingung per aequipollens zu erfüllen, wie die Rechtslehrer z) sich ausdrücken. In der L. fin. C. de donat. sub modo wird ein solcher Fall vorgetragen, wo es heißt: si quid mater filiae suae in potestate patris consti-

x) L. 9. §. 1. L. 11. pr. D. qui pot. in pign. L. 4. D. quae res pignor. L. 30. D. de reb. cred. Brvssel l. c. Lib. II. tit. 3. nr. 16. Henr. Pistor Lib. III. Qu. 14. Hr. GJR. Westphal vom Pfandrechte, §. 150. S. 213. Emelins Ordnung der Gläubiger, Cap. 4. §. 9.

y) L. 10. D. de lib. et post. L. 22. D. de soluto matr. L. 44. §. 3. L. 94. pr. D. de condit. et demonstr. L. 68. L. 95. §. 7. D. de condit. et demonstr. Brvssel de condit. Lib. III. tit. 2. nr. 1. sqq.

z) Hofacker in Princ. iur. Rom. Tom. I. §. 192. p. 150. Strvv in euolut. contr. Exerc. 35. thes. 97. Brvssel l. c. nr. 24. p. 368. Lavterbach in Coll. Pand. Lib. XXVIII. tit. 7. §. 5. Coccei in iure contr. h. t. qu. 45. Iensen in strict. p. 374. Ravensberg de condit. c. 5. §. 3—8.

conſtitutae, ſub hac conditione, ſi fuerit intra biennium emancipata, donauerit: licet hoc matris voluntate ſui iuris effecta non tenuit, tamen prius marito defuncto, ſui iuris quocunque modo effecta, ad ſimilitudinem legati ita relicti, rem donatam firmiter habere vel vindicare poteſt. Geſetzt, daß einem filius familias Etwas unter der Bedingung verſprochen worden, wenn ihn ſein Vater emancipiren würde. Hier kann zwar der Sohn das Verſprechen nicht anders genießen, als wenn er wirklich emancipirt worden, man hält es aber für hinreichend, wenn er auch nur durch den Tod des Vaters emancipirt worden iſt, und ſieht nicht darauf, daß ihn der Vater nicht bey ſeinem Leben emancipirt hat. Andere Beyſpiele kommen in der L. 21. §. 11. D. de legat. III. L. 22. pr. D. ad Sctm. Trebell. L. 15. D. quando dies legat. L. 3. C. de inſtit. et ſubſtit. vor. So ausgemacht iſt es auch, daß manche Bedingungen nicht ſchlechterdings bey der genannten Perſon zur Wirklichkeit gebracht werden dürfen, wenn der durch die Bedingung beabſichtigte Zweck auf dieſe Art eben ſo gut erreicht werden kann. Dieſe Fälle treten ein, wenn die Perſon, mit der die Bedingung erfüllt worden iſt, mit der benannten, mit welcher ſie eigentlich den Worten nach hätte erfüllt werden ſollen, den Rechten nach, wie eine Perſon, angeſehen werden kann, oder es iſt die Bedingung wenigſtens nicht ohne deren Vorwiſſen und Einwilligung mit einer andern Perſon erfüllt worden [a]). Wäre es alſo zur Bedingung gemacht worden, daß ich Etwas an einen Pupillen auszahlen ſoll, ſo habe ich die Bedingung hinlänglich erfüllt, wenn ich ſeinem Vormunde die Bezahlung geleiſtet; oder ich ſoll Etwas dem Sohne geben, ich gebe es aber ſeinem Vater, deſſen Ge-

a) L. 13. D. de condit. et demonſtr. L. 6. §. 4. D. de ſtatu lib. L. 68. L. 95. §. 7. D. de ſolut. L. 53. D. de manum. teſtam.

walt er noch unterworfen ist, hier habe ich die Bedingung erfüllt [b]).

Wenn eine gewisse Zeit angegeben worden ist, binnen welcher die Bedingung erfüllt werden soll, so darf man diesen Zeitpunkt nicht verstreichen lassen, ohne die Bedingung erfüllt zu haben. Wollte man die Bedingung wider Willen des Promittenten später erfüllen, so wird man nicht weiter damit zugelassen, sondern hat sein Recht aus dem Vertrage verloren [c]). Die Gesetze [d]) wollen aber doch, daß diejenigen Tage der Billigkeit gemäß abgerechnet werden, wo der Promissar ohne seine Schuld gehindert wurde, die Bedingung zu erfüllen; und es soll selbst ein kleiner Verzug von etlichen Tagen alsdenn nichts schaden, wenn die Bedingung innerhalb der gesetzten Zeit größtentheils erfüllt worden ist, und die mora des Schuldners bey der Bezahlung des Rests der Zahlung schadet dem Gläubiger ganz und gar nichts. Ein Fall dieser Art kommt in der L. 135. §. 2. D. de verb. oblig. vor [e]), wo erzählt wird: Seia cauit L. Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum vsuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturum; deinde in continenti inter vtrumque conuenit: vt intra Calend. April. primas vniuersam summam mandator numeraret, et hortos acciperet. Quaeritur, cum ante Cal. Apriles non omne pretium cum vsuris a Titio Seiae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum vsuris

b) L. 13. D. de condit. et demonstr. L. 68. D. de solut. L. 6. §. 4. D. de statu lib.

c) L. 41. §. 12. D. de fideic. lib. L. 6. pr. D. de hered. instit. L. 23. pr. D. de rec. arbitr. Hofacker l. c. T. I. §. 192. Brvssel de condit. Lib. III. tit. 2. nr. 9 et 15.

d) L. 40. pr. D. de condit. et demonstr.

e) Hugo Donellvs ad tit. de verb. signif. p. 389. Ant. Faber in coniect. Lib. 6. c. 7. p. 144.

ris Seiae Titius soluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluit, an nihilominus ea stipulatu agere possit? Respondit posse, si *non multo post* obtulisset, *nec mulieris quicquam propter eam moram interesset:* quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.

Fehlt es an der **Zeitbestimmung**, wenn die festgesetzte Bedingung erfüllt werden soll, und die Bedingung besteht in einer **affirmativen Potestativbedingung**, so kann sie der **Promissar** zu jeder Zeit erfüllen, wenn er will, hingegen eine **negative** Bedingung ist erst alsdenn für erfüllt zu halten, wenn es gewiß zu seyn anfängt, daß dasjenige nicht mehr geschehen kann, was der Beschaffenheit der Bedingung nach nicht geschehen soll [f]).

Zum Beschluß der Materie von der Erfüllung der **Potestativbedingungen** ist auch noch Etwas darüber anzuführen, daß bisweilen eine solche Bedingung für erfüllt gehalten wird, ob sie gleich in der That nicht erfüllt worden ist. Dieses geschieht 1) alsdenn, wenn die Erfüllung der Bedingung von demjenigen selbst verhindert worden ist, dem daran gelegen war, daß sie gar nicht erfüllt werden möchte, weil seine Verbindlichkeit davon abhieng [g]). In der L. 39. D. de reg. iur. wird der Satz aufgestellt: in omnibus caufis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat. In der L. 161. D. de reg. heißt es: in iure ciuili receptum est, quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset. Quod ad libertatem et legata et ad heredum insti-

f) §. 4. Inst. de verb. oblig. L. 115. §. 1. D. eod. Brvssel Lib. III. tit. 2. nr. 9. 10. et 11. pag. 336. sqq. Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. 15. c. 12. p. 771.

g) Brvssel de condit. Lib. III. tit. 4. Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. I. §. 193.

institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret. Damit stimmt die L. 85. §. 7. D. de verb. oblig. die L. 24. und 81. §. 1. D. de condit. et demonstr. überein. Hatte also Jemand eine große Bibliothek unter der Bedingung gekauft, wenn ihm der Dritte einen hinlänglichen Platz zur Aufstellung derselben verkaufen würde; der Dritte war auch dazu bereitwillig, der Käufer nahm diesen Platz aber nicht an, so muß die Bedingung allerdings für erfüllt gehalten werden, und wider den Käufer hat nunmehr die actio venditi statt, den Kauf zu halten [h]). Die Bedingung braucht 2) nicht erfüllt zu seyn, wenn derjenige, zu dessen Besten die Bedingung beygefügt worden ist, die Erfüllung derselben demjenigen erlassen hat, dem sie aufgelegt worden. Daher heißt es in der L. 1. D. de seru. export. si fuerit distractus seruus, *ne aliquo loco moreretur;* qui vendidit, in ea conditione est, vt possit legem remittere, ipse Romae retinere. Propter domini enim securitatem custoditur lex, ne periculum subeat [i]). Es ist auch eine stillschweigende Erlassung der Bedingungen möglich [k]). Noch ist 3) zu merken, wenn die Bedingung eine Potestativbedingung ist, und derjenige der sie erfüllen soll, ist nicht Schuld daran, daß sie nicht erfüllt worden ist, so wird solche bey letzten Willensverordnungen für erfüllt gehalten [l]), bey Verträgen ist aber die Folge hiervon diese, daß der Contrahent hierdurch zwar von seiner Verbindlichkeit

h) L. 50. D. de contr. emt. Hr. GJR. Westphal vom Kauf, §. 649.

i) Hr. GJR. Westphal vom Kauf, §. 656.

k) c. 30. X. de sponsal. c. 3. et 6. X. De condit. apposit. in desponsat.

l) L. 8. §. 7. L. 23. D. de condit. instit.

lichkeit frey geworden, und dem Andern zu keinem Ersatze des Verlusts verbindlich ist; in so fern hingegen die Verbindlichkeit des andern Contrahenten Etwas zu leisten lediglich von der geschehenen Erfüllung der Verbindlichkeit abhieng, so kann keinesweges behauptet werden, daß ein Contrahent berechtigt sey, gegen den Andern auf die Erfüllung seines Versprechens zu klagen, wenn er seiner Seits die Bedingung, unter welcher das Versprechen des Andern geschehen ist, nicht erfüllt hat, weil es hier an der Erfüllung des Contracts fehlt und folglich seiner Klage die Einrede des nicht erfüllten Contracts mit Recht entgegen gesetzt werden kann [m]).

Endlich ist noch der dritte Fall, der bey der Frage von der Wirkung einer Potestativbedingung beantwortet werden muß, zu erläutern. Es fragt sich nämlich: was alsdenn Rechtens sey, wenn die dem Versprechen beygefügte Potestativbedingung nicht erfüllt worden ist? Hier giebt es die Natur der Sache zu erkennen, daß ein solcher Vertrag keine Verbindlichkeit haben könne. Die Gesetze [n]) bemerken, daß der Vertrag nunmehr als ein solcher betrachtet werden müsse, der gleich von dem Augenblicke an, da er geschlossen worden, nicht gültig gewesen sey. Selbst der Eyd, womit er bestätigt worden, verschaft ihm keine Verbindlichkeit, weil er mit der Hauptsache steht und fällt. Sollte die Bedingung mit einem Kaufcontracte verknüpft gewesen seyn, so ist dieser Kauf ungültig, folglich behält der Verkäufer das Eigenthum der verkauften Sache, und er kann solche von jedem Besitzer vindiciren, an den sie vermöge dieses ungültigen Kaufs gekommen ist [o]).

§. 338.

m) De Cocceii in iure contr. h. t. qu. 38. Mevius in Dec. P. VIII. Dec. 318. Pütters Rechtsfälle, 1str Band, 2tr Th. Resp. LXIV. nr. 13. sqq.

n) L. 37. D. de contr. emt.

o) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 191. p. 150. Brvssel de condit. Lib. II. tit. 4. nr. 1 — 5.

§. 338.

Im vorigen Paragraphen sind die verschiedenen Fälle angeführt worden, wie eine **mögliche** Bedingung mit einem Vertrage verknüpft werden kann, und wir haben zugleich gesehen, was hier für verschiedene Rechtsgrundsätze ihre Anwendung finden. Es ist noch übrig, zu zeigen, was Rechtens sey, wenn ein Versprechen mit Beyfügung einer **unmöglichen** Bedingung geschlossen worden ist. Habe ich Jemandem Etwas versprochen, wenn er etwas **physisch Unmögliches** thun wird, so hat dieser Vertrag nicht die geringste Gültigkeit, und es entsteht auch nicht einmal eine **natürliche** Verbindlichkeit daraus p). Der **Promittent**, der Etwas unter einer **unmöglichen** Bedingung dieser Art versprochen hat, giebt dadurch deutlich zu erkennen, daß es ihm kein Ernst sey, sich verbindlich zu machen, und der **Promissar**, der sich die Beyfügung einer physisch unmöglichen Bedingung ohne Widerspruch hat gefallen lassen, erklärt von seiner Seite ebenfalls hinlänglich, daß er keine Absicht habe, aus dem Vertrage ein Recht zu erwerben. In der L. 31. D. de oblig. et act. wird diese gesetzliche Bestimmung sehr deutlich vorgetragen, wo es heißt: non solum stipulationes, *impossibili conditione* adplicatae, nullius momenti sunt: sed caeteri quoque contractus, veluti emtiones, locationes, impossibili conditione interposita, aeque nullius momenti sunt; quia in ea re, quae ex duorum pluriumue consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in huiusmodi actu talis cogitatio est, vt nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. Daß auch der **Bürge** aus einem solchen Versprechen nicht verbindlich sey, wird in der L. 29. D. de fideiuss. deutlich verordnet.

p) §. 11. Inst. de inutil. stipulat. L. 7. D. de verbor. obligat. L. 1. §. 11. D. de oblig. et action. L. 9. §. 6. D. de reb. cred.

ordnet. Wenn jedoch die mit dem Vertrage verknüpfte unmögliche Bedingung blos als etwas Zufälliges betrachtet werden muß, wovon die Hauptverbindlichkeit ganz und gar nicht abhängt, so ist gegen die Verbindlichkeit eines auf diese Weise geschlossenen Vertrags nichts einzuwenden [q]). Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die unmögliche Bedingung in einer letzten Willensverordnung vorkommt; denn hier wird die beygefügte unmögliche Bedingung für nicht beygefügt angesehen, und der letzte Wille besteht [r]). Hier treten aber auch gar nicht die obigen Gründe ein, da zur Gültigkeit eines letzten Willens nur ein einseitiger deutlich erklärter Wille erfordert wird, und nicht eine zweyseitige Einwilligung, wie mehrere Rechtslehrer gezeigt haben [s]). Wenn ich also Jemandem 1000 Rthlr. verspreche, wofern er das Verhältniß des Cirkeldiameters zur Peripherie mit Zahlen genau ausdrücken werde, so bin ich zu nichts verpflichtet, schreibt der GTR. Höpfer; denn dieses Verhältniß ist irrational und läßt sich also mit Zahlen nicht genau ausdrücken [t]). Der verst. Hr. Prof. Tobias Richter [u]) in Leipzig suchte zwar zu behaupten, die angeführte L. 31. D. de oblig. et act. sage nur so viel, die Bedingung

q) L. 97. D. de verb. obligat. Emmingh. ad Coccei ius contr. h. t. qu. 44. not. k.

r) §. 10. Inst. de hered. instit. L. 45. D. eod. L. 6. D. de condit. instit.

s) Greg. Maiansivs in Disp. de conditione impossibili, vltimis dispositionibus adiecta, in Eivs Disp. iur. ciuil. Vol. II. nr. 34. Averanivs in interpr. iur. Lib. II. c. 24. nr. 4. 5. Brvssel de condit. Lib. IV. tit. 2. nr. 13. p. 506 sqq. Hr. GTR. Höpfner im Comment. §. 493. Note 3. S. 477.

t) Lambert's Beyträge zum Gebrauch der Mathematik, 2 Th. 1. Abschnitt.

u) Io. Tob. Richter in Diss. de impossibili conditione contractum non vitiante, Lips. 1747. §. 10. sqq.

dingung sey zwar ohne Wirkung, aber nicht der Contract selbst, folglich müsse hier eben so wie bey letzten Willensverordnungen, die unmögliche Bedingung für nicht beygefügt angesehen werden, da der Satz eintrete: vtile per inutile non debet vitiari. Er führt auch das cap. fin. X. de condit. appos. für sich an; seine Gründe haben aber kein Gewicht. Jenes Gesetz ist zu deutlich x), und seine Rechtsregel findet hier gar keine Anwendung; auch enthält die Stelle aus den Decretalen keine allgemeine Rechtsregel, weil ausdrücklich darin bemerkt worden, daß conditiones turpes et impossibiles blos propter fauorem matrimonii als nicht beygefügt betrachtet werden sollen; überdieses ist die ganze Verordnung als vernunftwidrig verworfen worden y).

Wer dem Andern Etwas unter der Bedingung versprochen hat, wenn er etwas physisch Unmögliches nicht thun, das heißt, unterlassen wird, der muß sein Versprechen halten, und der Vertrag wird in Gesetzen als ein unbedingter betrachtet z).

Bey einem Vertrage, der unter einer moralisch unmöglichen Bedingung geschlossen worden ist, kommt es wieder darauf an, ob sie affirmativ oder negativ beygefügt worden ist. Verspreche ich Jemandem Etwas auf den Fall, wenn er ein gewisses unerlaubtes Geschäfte unternehmen werde, so bringt dieser Vertrag keine Verbindlichkeit unter den Contrahenten zuwege, und es kann auch durch die Erfüllung dieser Bedingung kein

x) L. 35. pr. D. de verb. obligat.

y) Struv Exerc. 29. thes. 6. Io. Frid. Ludovici D. de conditionibus sponsaliorum impossibilibus, Hal. 1701. §. 15. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 44. in resp. ad obiect. 1.

z) §. 11. Inst. de inutil. stipulat. ibique Vinnius. L. 7. D. de verb. obligat.

kein Recht erworben werden, da die Gesetze [a]) einen solchen schändlichen Vertrag für null und nichtig erklärt haben. Sollte der Promittent dem Promissar dasjenige bereits bezahlt haben, was er ihm für die Erfüllung des schändlichen Vertrags versprochen hatte, so kann er zwar nichts wieder zurückfordern; der **Fiskus** fordert aber den schändlichen Gewinn ab [b]). War ein Vertrag unter der Bedingung geschlossen worden, daferne eine unerlaubte Handlung unterbleiben wird, so ist diese Bedingung dem Versprechen entweder als eine **suspensive** Bedingung beygefügt worden, und in keiner andern Absicht geschehen, als daß eine gewisse **unerlaubte** Handlung, die man besorgte, unterlassen werde, oder sie ist als eine **resolutive** Bedingung mit einem **erlaubten** Geschäfte verknüpft worden, damit dieses seine Gültigkeit verliere, so bald der Bedingung entgegen gehandelt worden ist. Im ersten Falle, wenn ich nämlich Jemandem Etwas lediglich aus dem Grunde versprochen habe, damit er ein gewisses Verbrechen nicht begehen soll, entsteht gar keine Verbindlichkeit aus einem solchen Versprechen, da es die Gesetze [c]) für schändlich erklären, sich für die Unterlassung einer ohnehin schon verbotenen Handlung Etwas versprechen zu lassen. Der **Promissar** darf daher das Versprochene nicht fordern, wenn er gleich die verbotene Handlung unterlassen hat, und begeht er sie, so ist der Pro-

a) L. 57. D. pro socio. §. 7. Inst. de mandato. L. 6. §. 3. D. eod tit. L. 35. §. 1. D. de verb. obligat.

b) L. 3. 4. D. de condict. ob turpem causſam L. 9. D. in fine de iure fisci. Io. Geo. Brückmamn D. de eo, quod circa condit. impossib. artibus humanis appositas iustum est, Erford. 1751. Sect. I. §. 2. sqq.

c) L. 7. §. 3. D. h. t. Avgvstinvs in emendat. Lib. I. c. 2. in Ottonis Thes. Tom. IV. p. 1433. Noodt de pactis, c. 9. in fine. Averan. in interpr. L. I. c. 24. §. 1.

Promittent befugt, auf das Interesse zu klagen [d]); in jedem Falle kann der Promittent das Gegebene zurückfordern, wenn er sein Versprechen schon erfüllt hat [e]). Ist die Bedingung als eine resolutive beygefügt worden, so hat die conditio moraliter impossibilis negatiua allerdings die Wirkungen, die mit andern resolutiven Bedingungen verbunden sind; sie bringt aber auch noch andere Wirkungen hervor, wie in der L. 50. D. h. t. bemerkt wird. Ueberließ also Jemand dem Andern den Gebrauch seines Sclaven unentgeldlich, oder er vermiethete ihn, so konnte er dem Contract die Bedingung beysetzen, der Andere solle den Sclaven nicht zu Diebereyen verleiten, und folglich seinen Charakter nicht verderben. Handelte der Andere diesem Contract und der ihm angehängten Bedingung zuwider, so hob sich der Contract dadurch nicht nur vor der Zeit auf, und der Herr konnte seinen Sclaven vor der Zeit zurück fordern, sondern es hatte auch die actio de seruo corrupto wider ihn statt, welche auf den doppelten Ersatz des dem Herrn verursachten Schadens gieng. Hatte sich der Herr des Sclaven die poenam dupli auf den Contraventionsfall ausbedungen, so konnte er die Klage aus dem Contract so gar gegen die Erben des Verführers anstellen, und von diesen eben so gut das Doppelte fordern [f]). Verspreche ich also Etwas unter einer moralisch-unmöglichen Bedingung, so ist der Vertrag ungültig, die Bedingung mag nun affirmativ beygefügt seyn, d. i. der Promissar soll ein unerlaubtes Factum thun, oder negativ, er soll das unerlaubte Factum unterlassen; denn die Gesetze [g]) halten es eben

d) Sammlung römischer Gesetze u. s. f. S. 17. Note b.

e) L. 1. §. 2. L. 2. pr. L. 4. §. 2. D. de condict. ob turp. cauf.

f) MARCKART in interpret. iur. ciuil. lect. Lib. I. c. 24. p. 163. fqq.

g) L. 7. §. 3. D. h. t. L. 31. D. de oblig. et act.

eben sowohl für schändlich, wenn man sich etwas versprechen läßt, um eine verbotene Handlung zu thun, als um sie zu unterlassen. Der verstorbene Hr. Prof. Tob. Richter h) in Leipzig behauptete, es müsse ein Unterschied gemacht werden, ob es der **Promittent** gewußt habe, daß die Bedingung unmöglich sey, oder ob er dieses nicht wußte; im ersten Fall soll der Vertrag gelten, im andern aber nicht. Diese Meynung verwirft der Hr. GTR. Höpfner, weil in Gesetzen von diesem Unterschiede nichts enthalten ist.

§. 339.

Bey der Materie von den Personen, welche einen **Vertrag** eingehen können, haben wir gesehen, daß bisweilen der Fall vorkommt, wo Mehrere **zugleich** Einem Etwas versprechen, oder daß Einer Mehrern zugleich Etwas verspricht. Die in solchen Fällen eintretenden Rechte und Verbindlichkeiten sind oft sehr verwikkelt, und müssen daher ausführlich erklärt werden. Haben **Mehrere** zugleich **Einem** Etwas versprochen, so ist ein Jeder der Regel nach nur für seinen Antheil aus dem Versprechen verbindlich; aber auch in dem Falle, daß Einer Mehrern zugleich Etwas versprach, kann Jeder der Regel nach von dem versprochenen Object nur seinen Antheil fordern i). Es giebt aber auch Fälle, wo Mehrere für eine Schuld in solidum zu haften schuldig sind, das heißt, sie haften auf eine solche Art für die Schuld, daß von einem Jeden das Ganze gefordert werden kann; wenn aber Einer das Ganze bezahlt hat, so sind die Uebrigen frey. Sol-

h) Io. Tob. Richter D. de impossib. condit. contr. non vitiante, Lipf. 1747

i) L. 11. §. 1. D. de duob. reis. L. 5. C. si certum petat. Schmidt Diss. de praestatione ratae von Erlegung seines Stranges, Rost. 1741.

che Promittenten werden rei, desgleichen correi debendi genennt. Noch ist zu bemerken, daß die obligatio in solidum die obligatio pro rata in einer andern Bedeutung nicht ausschließt, welcher Fall z. B. bey den Erben vorkommt, welche, wenn sie wegen des dolus ihres Erblassers belangt worden sind, den Schaden zu ersetzen, zwar schlechterdings dafür haften müssen, also nicht bloß in so weit, als durch den dolus ihres Erblassers Etwas auf sie gekommen ist, und sie also dadurch reicher geworden sind; allein deswegen ist doch jeder Erbe nur nach dem Verhältniß seines Antheils, den er von der Erbschaft bekommen hat, zur Entschädigung verbunden [k]).

Dann und wann haben mehrere Gläubiger Etwas in solidum zu fordern, das heißt, es ist Jeder von ihnen das Ganze zu fordern berechtigt; hat es aber Einer von ihnen erhalten, so dürfen die übrigen Mitgläubiger nichts weiter verlangen. Solche Mitgläubiger heissen in Gesetzen, z. B. in der L. 1. D. de duob. reis constit., rei oder correi credendi, und die Verbindlichkeit, welche mehrere Personen, entweder als Schuldner, oder als Gläubiger dergestalt betrifft, daß sie einem Jeden ganz angeht, wird obligatio correalis genennt [l]). Das Wort reus bezeichnet hier einen Jeden, der bey einer Verbindlichkeit interessirt ist, er sey Schuldner oder Gläubiger, und selbst die besten lateinischen Schriftsteller haben es auf diese Weise gebraucht [m]). Uebrigens ist eine solche Verbindlichkeit immer

k) L. 9. D. de condict. furt. L. 7. §. 1. D. depos. L. 157. §. 2. D. de reg. iur.

l) §. 1. Inst. de duob. reis. L. 2. D. de eod. tit. Io. Ronchegallvs in tract. de duobus reis constituendis, Lugd. 1559. 8. Io. Andr. Frommann Diss. de correali oblig. Tub. 1677. Herm. Becker Diss. de natura et indole correalis obligationis tam in genere, quam in specie ex delictis, Rost. 1759. Vinc. Dresky Diss. de correali obligat. eiusque effectibus, Götting. 1777.

m) L. 6. pr. D. de verb. signif. L. 5. pr. D. de verb. oblig.

mer nur als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten, und man darf sie im Zweifel nicht vermuthen n).

Die Correalobligation wird von den Rechtslehrern in die active und passive eingetheilt. Sind Mehrere Etwas Ganz schuldig, so sagt man, es ist eine obligatio correalis passiua vorhanden; haben aber Mehrere Etwas in solidum zu fordern, so heißt das obligatio correalis actiua. Betrachtet man das Wesen dieser Correalverbindlichkeiten, so findet man 1), daß mehrere Schuldner, oder mehrere Gläubiger vorhanden seyn müssen, je nachdem entweder von einer activen oder passiven Correalobligation die Rede ist, wie man aus dem Princ. Inst. de duob. reis sieht. Es darf aber doch 2) nicht mehr als eine Obligation in Rücksicht auf das zu leistende Object vorhanden seyn o), die Verbindlichkeit mag nun entweder nur auf einer Person haften, welches bey der activen Correalverbindlichkeit der Fall ist, wo mehrere Personen eine und eben dieselbe Sache von demselben Schuldner zu fordern haben, oder sie mag auf mehrern Personen liegen, wie es bey der passiven Correalobligation vorkommt, vermöge welcher mehrere Personen eine und eben dieselbe Sache zu leisten schuldig sind. Wäre daher ein Vertrag über verschiedene Gegenstände eingegangen worden, z. B. A und B haben sich von C versprechen lassen, daß er dem A die Huthungsgerechtigkeit auf seiner Wiese, dem B aber die Fußsteigsgerechtigkeit darüber geben wolle, so sind A und B nicht als correi zu betrachten; oder ich gebe meine Kleider zwey

oblig. §. 3. Inst. de diu. stipulat. CICERO de orat. Lib. II. c. 43. BRISSONIVS de verb. signif. voc. reus.

n) LAVTERB. in Coll. Pand. Lib. XLV. tit. 2. §. 6. in fine MEVIVS in Decis. P. VI. Dec. 112. BACHOV ad TREVTLER. Vol. II. Disput. 27. thes. 9. lit. E. LEYSER Spec. DXXII. Med. 2. BROCKES Obs. 575.

o) L. 3 et 9. D. de duob. reis const.

Personen in Verwahrung, und der eine davon versprach mir eine größere Sorgfalt darauf zu verwenden, als sonst bey diesem Contract beobachtet werden darf, so sind sie für keine correi zu halten, da nicht Jeder von ihnen eben die Verbindlichkeit zu erfüllen hat p). Zum Wesen der Correalobligation wird 3) erfordert, daß Jeder von den Gläubigern das Ganze zu fordern berechtigt ist, mithin muß auch die schuldige Sache von der Beschaffenheit seyn, daß sie jeder Gläubiger erwerben kann; denn wäre nur Einer im Stande, die Sache zu besitzen, so kann in Ansehung dieser Sache keine obligatio correalis eintreten q). Nothwendig ist es 4), daß bey einer passiven Correalverbindlichkeit Jeder von den mehrern Schuldnern auf das ganze schuldige Object verklagt werden kann. Hätte sich also z. B. eine Mannsperson und eine Frauensperson correaliter verbindlich gemacht, so ist letztere entweder gar nicht, oder höchstens nur für ihren Antheil verbindlich worden r). Es muß 5) die Verbindlichkeit aus einem und eben demselben Grunde herrühren, weil sonst nicht eine Schuld, sondern mehrere verschiedene vorhanden seyn würden. Aus welchem Grunde übrigens die Correalschuld entstanden ist, ist gleich viel, weil bey allen und jeden Contracten eine obligatio correalis beytreten kann s). Endlich müssen 6) die mehrern Interessenten bey einer Correalobligation entweder aeque principaliter verpflichtet seyn, oder die nämliche Sache aeque principaliter zu fordern haben t). Ist daher nur Einer hauptsächlich ver-

p) L. 9. §. 1. L. 15. D. de duob. reis const.

q) Dresky in cit. Diss. §. 6. nr. II. in fine.

r) L. 17. §. fin. L. 18. D. ad Sctm. Velleian. L. 12. §. 1. D. de duob. reis. Frommann Diss. cit. §. 10. p. 21.

s) L. 9. pr. D. de duob. reis.

t) L. 38. D. de verb. oblig. L. 36. D. de fideiuss. Frommann in cit. Diss. §. 12. nr. II.

verbunden, und der Andere will nur dafür haften, was von dem Hauptschuldner nicht erhalten werden könne, so sind diese Personen für keine correi debendi zu halten, wie es in der L. 116. D. de verb. oblig. heißt, weil Letzterer nur unter der Bedingung verbindlich seyn wollen, im Fall der Gläubiger von dem Erstern nicht die ganze Summe erhalten könnte. Und so sind wir auch keine correi stipulandi, wenn ich mir oder dem Cajus von Jemandem Etwas versprechen lassen; denn hier kann nur eigentlich ich die Sache ganz fordern, und nicht Cajus, obgleich der Promittent das Recht hat, ihm solche ganz zu prästiren [u]).

Sieht man auf die **Quellen** der Correalobligation, so ist ein Unterschied zu machen zwischen den so genannten **activen** Correalobligationen und den **passiven** Correalverbindlichkeiten. Was I) die **active** Correalobligation betrifft, so gründet sich solche entweder a) unmittelbar auf ein **Gesetz**, oder b) auf ein **Testament**, oder c) auf einen **Vertrag**. In **Gesetzen** ist z. B. der Fall bestimmt worden, wenn Mehrere zusammen mir eine Sache in Verwahrung gegeben haben, so kann Jeder von ihnen die Sache ganz zurückfordern [x]). Auf ein **Testament** gründet sich eine solche Verbindlichkeit, wenn der Erblasser gesagt hätte, dem A oder dem B, welchem von beyden der Erbe will, vermache ich 1000 Rthlr. In einem solchen Falle wird zwar der Erbe von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er einem von beyden Legatarien das Vermächtniß auszahlt; thut er es aber nicht freywillig, so kann Jeder auf das Ganze klagen [y]). Hätte der Erblasser blos gesagt, dem A oder dem B vermache ich 1000 Rthlr., ohne die Worte hinzu zu setzen, welchem von

u) L. 10. D. de solut.

x) L. 1. §. 44. D. depositi.

y) L. 8. D. de legat. I. L. 25. D. de legat. III. L. 16. D. de legat. II.

beyden der Erbe will, so bekommen beyde das Vermächtniß zur Hälfte [z]). Durch Verträge entstehen diese Verbindlichkeiten, wenn Jemand Mehrern Etwas dergestalt verspricht, daß er Allen für Einen, und Einem für Alle haften will. Diese Verträge sind aber von wenig Nutzen, daher sie selten vorkommen [a]).

II) Die Quellen der passiven Correalverbindlichkeiten sind ebenfalls verschieden, und dahin gehören 1) Verträge; 2) Testamente; 3) die Natur der Sache; 4) ein begangenes Verbrechen; 5) der richterliche Ausspruch; 6) die Gesetze.

1) Durch einen **Vertrag** kann die passive Correalverbindlichkeit in allen Arten von Geschäften festgesetzt werden; z. B. beym Darlehn, Kauf, Pacht, Depositum, Commodatum u. s. f. [b]). Wurde dieser Vertrag, bey den Römern, einem Contract, der bonae fidei hieß, nicht in continenti beygefügt, so mußte die Correalverbindlichkeit durch eine Stipulation errichtet werden. Die Formel bey den correis promittendi war: dabisne mihi mille? welche Worte der **Promissar** brauchte; und nun antwortete der **Promittent**: dabo. Der Andere erwiederte: et ego dabo, u. s. w. Die correi stipulandi wurden durch folgende Formel constituirt, daß der eine **Promissar** fragte: spondesne mihi mille, und der andere: spondesne mihi idem mille? Der **Promittent** antwortete: vtrique vestrum dare spondeo. Heutiges Tages bedient man sich, wenn sich Mehrere in solidum verpflichten wollen, der Worte: Einer wolle für Alle, und Alle für Einen haften; oder man braucht die lateinischen Worte: in solidum, correa-

z) L. 4. C. de verb. signif. DRESKY in cit. Diss. §. 15.

a) Hr. GTR. **Höpfner** im Comment. §. 814.

b) L. 9. pr. D. de duob. reis. FROMMANN in Diss. cit. §. 5.

realiter. Wollen sich Mehrere Etwas in solidum versprechen lassen, so heißt es: ich verspreche es Allen für Einen, und Einem für Alle, oder: ich verspreche es Allen in solidum c). Leihe ich zwey Personen 100 Rthlr. und bedinge mir aus, daß mir Jeder für die ganze Summe haften soll, so ist die Correalobligation errichtet worden, welches mir sehr nützlich seyn kann; denn wenn mir mehrerere Personen zusammen eine gewisse Summe schuldig, aber nicht in solidum verbunden sind, so habe ich nicht allein die Beschwerlichkeit, daß ich von Jedem, auch wenn er abwesend ist, außer Land wohnt, u. s. w. seinen Antheil besonders eintreiben muß; sondern ich leide auch sogar Schaden, wenn Einer oder der Andere insolvent geworden ist. Sind sie hingegen in solidum verbindlich, so kann ich von Jedem die ganze Summe verlangen; ich brauche also dem Abwesenden nicht nachzugehen; und wenn sie auch Alle bis auf einen Einzigen insolvent sind, so verliere ich nichts.

2) Im Testament ist eine Correalobligation festgesetzt worden, wenn der Erblasser seinen Erben die Auszahlung eines Vermächtnisses anbefiehlt, und dabey verordnet hat, daß Jeder in solidum dafür haften solle d). Es wird aber erfordert, daß der Erblasser seinen Willen deutlich erklärt hat, weil in zweifelhaften Fällen immer eher vermuthet wird, daß er seine Erben so wenig als möglich habe belästigen wollen, und im Zweifel auch hier keine Correalobligation angenommen werden darf e). Bey den Römern drückte schon die Formel: Titius et Maeuius Sempronio decem dato, eine solche Correal-

c) L. 9. pr. D. de duob. reis. Frommann in cit. Diss. §. 5. Becker in cit. Diss. §. 8. et 12. Hofacker in Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 2030. p. 276. Höpfners Comment. §. 814. 817. S. 743.

d) L. 9. pr. D. de duob. reis.

e) L. 39. §. 6. D. de legat. I. L. 25. D. de legat. III.

obligation aus; denn diese Worte bedeuteten eben so viel, als wenn der Erblasser gesagt hätte: Maeuius dato decem Sempronio, eademque decem Titius dato Sempronio [f]); allein da wir im Teutschen solche expressive, schon nach dem gesetzlichen Sprachgebrauche eine bestimmte Auslegung habende Formeln, nicht haben, so müßte freylich der Erblasser sich heutiges Tages deutlicher ausdrücken, sonst kann aus den Worten: meine Erben, Titius und Mävius, sollen dem Sempronius 1000 Rthlr. auszahlen, keine Correalobligation hergeleitet werden [g]).

3) Kann durch die Natur der Sache selbst, welche den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, eine passive Correalobligation entstehen, welcher Fall alsdenn eintritt, wenn das schuldige Object eine untheilbare Sache oder eine untheilbare Handlung ist; z. B. ich habe dem Titius und Cajus meinen Wagen zu einer Reise gelehnt, so muß ein Jeder in solidum für den Schaden haften [h]).

4) Wenn Mehrere mir durch eine unerlaubte Handlung, z. B. durch Diebstahl, Einschlagen der Fenster, u. s. f. Schaden verursacht haben, so ist Jeder verbunden, den Schaden ganz zu ersetzen; hat er es aber gethan, so sind

f) Iac. Cuiacius Lib. XVII. quaest. Papiniani ad Leg. cit. Ant. Faber in coniect. Lib. XI. c. 19.

g) Ronchegallus ad L. 9. pr. D. de duob. reis nr. 291. sqq. Donellus in Comment. ad tit. Cod. de duob. reis, c. 12. nr. 3 et 7. Mantica de coniect. vltimar. volunt. Lib. 8. tit. 2. nr. 5. Becker D. de nat. et indole correal. oblig. §. 16. Dresky in cit. Diss. §. 15. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 516.

h) L. 5. §. fin. D. commod. L. 2. §. 2. D. de verb. oblig. L. 25. §. 9. D. famil. erciſc. L. 192. D. de reg. iur. L. 17. D. de seruit. L. 7. D. de seruit. legata.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0154
DFG

sind die übrigen frey i). Wenn aber von der Bestrafung der unerlaubten Handlung die Rede ist, so kann Jeder nur nach seinem Antheile an derselben bestraft werden, und hier tritt keine Correalverbindlichkeit ein k).

5) Auch durch den Ausspruch des Richters kann eine passive Correalobligation entstehen, wenn Mehrere in solidum verurtheilt worden sind, etwas zu bezahlen. Die bloße Verurtheilung Mehrerer, eine gewisse Schuld zu bezahlen, bringt noch keine obligationem correalem zu Wege, sondern es muß die Verurtheilung entweder ausdrücklich *in solidum* geschehen seyn, oder doch wenigstens mit der Clausel, daß der Andere dasjenige bezahlen solle, was von dem Einen nicht zu erhalten sey l).

6) Auch die Gesetze haben in einigen Fällen unmittelbar eine Correalverbindlichkeit vorgeschrieben, und dieses ist geschehen, a) indem sie verordnet haben, daß mehrere Vormünder, welche zur gemeinschaftlichen Verwaltung einer Vormundschaft bestellt worden sind, den Pupillen — und Minderjährigen in solidum verbindlich seyn sollen m). Die Gesetze wollen b), daß, wenn Kaufleute in Gesellschaft handeln, und zusammen einen Factor

i) L. 1. §. 4. D. de eo per quem factum erit. L. 1. §. fin. L. 2. et 3. D. de his, qui effud. vel deiecer. L. 1. C. de condict. furt. Becker in cit. Diss. §. 23. Leyser Spec. 112. Med. 1. Gmelins und Elsäßers Rechtsfälle, Band 4. Seite 69.

k) L. 11. §. 2. L. 51. §. fin. D. ad Leg. Aquil. L. 55. §. 1. D. de administr. tutor. L. 34. D. de iniur. L. fin. D. ad Leg. Cornel. de sicar. Hotom. in quaest. illustr. Qu. 32. Frommann Diss. cit. §. 9. Becker in Diss. cit. §. 21.

l) L. 1. C. si plures vna sentent. L. 43. D. de re iud. L. 39. §. 1. D. de iure fisci. Frommann in Diss. cit. §. 7. in fine. Dresky in cit. Diss. §. 16. nr. IV.

m) L. 55. pr. D. de admnistr. tut. L. 2. C. de diuis. tut. L. 6. C. arbitr. tut.

ctor bestellen, oder wenn mehrere Personen zusammen in Gesellschaft ein Schiff ausrüsten, und einen Schiffsmeister, magister nauis, bestellen, Jeder aus den Handlungen des Factors oder Schiffsmeisters in solidum verklagt werden könne n). Nach den Gesetzen sind c) obrigkeitliche Personen in solidum verpflichtet, wenn ihr Amt ungetheilt ist o). Habe ich d) Mehrern eine Sache in Verwahrung gegeben, die sich nicht theilen läßt, so muß jeder Depositar für die ganze Sache stehen p). So haften auch e) mehrere Bürgen in solidum q).

III) Sind die **Wirkungen** der Correalobligation zu betrachten, wobey ein Unterschied gemacht werden muß, zwischen der activen, und der passiven Correalobligation.

A) Die Wirkungen der **activen Correalobligation** bestehen darin:

1) daß ein Jeder von den Correalgläubigern den gemeinschaftlichen Schuldner auf das ganze schuldige Object belangen, und dieser sich nicht mit der Einrede schützen kann, er wolle Jedem seinen Antheil bezahlen. Die Ursache dieser Verordnung liegt darin, daß der Natur der Correalobligation gemäß dafür gehalten wird, es sey dem Kläger, der das Ganze verlangt, solches allein Ganz versprochen worden r). Dieser Beschaffenheit der Sache gemäß darf der Schuldner, so bald er von einem Correalgläubiger auf die Bezahlung des Ganzen verklagt worden ist, keinem der übrigen Mitgläubiger Etwas bezahlen, und thut er es, so wird er dadurch von seiner Verbindlichkeit gegen den **Kläger** nicht befreyt, dieser müßte denn,

n) L. 1. §. 25. L. 2. 3. 4. §. 1. D. de exercit. act. L. 13. §. 2. D. de instit. act.

o) L. 3. L. 11. D. ad municipal.

p) L. 9. D. de duob. reis.

q) L. 3. C. de fideiussor.

r) §. 1. Inst. de duob. reis. L. 31. D. de nouat.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0156
DFG

denn, wie er zu thun berechtigt ist, blos seinen Antheil verlangt haben [s])

2) Eine andere Wirkung der activen Correalobligation ist es, daß jeder Mitgläubiger befugt ist, den gemeinschaftlichen Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreyen; daher er sich die ganze Schuld bezahlen lassen kann, und wenn er solche ganz erhalten hat, so können die übrigen Mitgläubiger nichts weiter vom gemeinschaftlichen Schuldner verlangen [t]). Darüber streiten aber die Rechtsgelehrten, deren verschiedene Behauptungen Dresky [u]) anführt, ob der Mitgläubiger, welcher von dem gemeinschaftlichen Schuldner das Ganze bekommen hat, schuldig sey, mit den übrigen Mitgläubigern zu theilen. Dieses läßt sich schwer behaupten; weil er vermöge der Correalobligation allerdings befugt war, das Ganze zu fordern, und wenn gleich sein Mitgläubiger eben diese Forderung zu machen berechtigt war, so hat doch jener durch die Prävention ein stärkeres Recht erlangt [x]). Man kann auch nicht dagegen einwenden, daß derjenige Mitgläubiger, der sich das Ganze bezahlen lassen, zugleich des Andern sein negotium gerirt habe, er müßte denn entweder mit diesem Letzten in Gesellschaft stehen, oder sie hätten es mit einander ausgemacht, daß derjenige von ihnen, der sich die Schuld bezahlen lassen, dem Andern seinen Antheil herausgeben solle [y]). Jeder Mitgläubiger,

s) L. 16. D. de duob. reis. L. 57. §. 1. D. de solut. Frommann in cit. Diss. §. 14. Dresky Diss. cit. §. 18.

t) §. 1. Inst. de duob. reis. L. 2. et 3. §. 1. eod. tit. L. 31. §. 1. D. de novat.

u) Dresky in Diss. cit. §. 19.

x) L. 11. §. 21. D. de legat. III.

y) L. 62. pr. D. ad Leg. Falcid. Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 2029. p. 275. Voet ad Dig. Lib. XLV. tit. 2. §. 7. Dresky cit. Diss. §. 19. Ronchegallvs ad

ger, wovon hier die Rede ist, hat ferner das Recht zum Nachtheil der übrigen Mitgläubiger eine Novation vorzunehmen, wie man aus der L. 31. §. 1. D. de not. sieht, wogegen die L. 27. D. de pact. nicht streitet, da hier blos davon die Rede ist, ob ein correus stipulandi dem Schuldner die Verbindlichkeit desselben zum Nachtheil des andern correi durch einen Vertrag erlassen könne, welche Frage gleich vorkommen wird z). Ein correus stipulandi kann dem gemeinschaftlichen Schuldner den Eyd deferiren, und wenn dieser ihn schwört, so wird die ganze Schuld, folglich auch der Anspruch der übrigen Mitgläubiger eben so gut aufgehoben, als wenn die Schuld wirklich bezahlt worden wäre a). Darüber ist man aber unter den Rechtslehrern noch nicht einig, wie die beym Schilter vorkommenden verschiedenen Meynungen beweisen, wenn einer von den correis credendi dem gemeinschaftlichen Schuldner die Verbindlichkeit durch ein simples Pactum erlassen hat, ob dieser Vertrag auch die übrigen Mitgläubiger binde, und sie deswegen die Schuld nicht weiter fordern können b)? Nach der Behauptung angesehener Rechtsgelehrten ist ein Unterschied zu machen, ob die Mitgläubiger für Gesellschafter zu halten sind, oder nicht. In diesem letzten Falle schadet der simple Vertrag des einen Mitgläubigers den übrigen nichts, da ihnen der gemeinschaftliche Schuldner ex propria obligatione verbindlich ist, folglich ihnen auch die Einrede des geschlossenen Vertrags nicht entgegen gesetzt werden kann, da

ad pr. L. 11. D. de duob. reis n. 69. sqq. Voorda ad Leg. Falcid. c. 8. §. 5. Höpfners Comment. §. 820. S. 745.

z) Pacius in Leg. Concil. cent. I. qu. 96. Voet l. c. n. 5.

a) L. 27. et 28. pr. D. de iureiur. Voet ad Lib. XII. tit. 2. n. 21.

b) Schilter Exercit. VIII. th. 30. Sammlung römischer Gesetze, S. 47.

da sie keinen Vertrag mit ihm geschlossen haben [c]). War die Schuld von dem einen Mitgläubiger durch die Acceptilation erlassen worden, so hatten freylich die übrigen Mitgläubiger bey den Römern weiter keinen Anspruch wider den gemeinschaftlichen Schuldner [d]). Müssen die correi credendi für socii gehalten werden, so schadet der simple Vertrag des einen Mitgläubigers den übrigen, wenigstens zum Theil, indem der Schuldner, wenn er auf das Ganze belangt worden, das Recht hat, so viel von der Schuld abzuziehen, als der paciscirende correus, als socius würde bekommen haben, wenn er den Vertrag geschlossen hätte [e]). Noch bemerke ich, daß mehrere Rechtsgelehrte behaupten, heut zu Tage müsse man alle correos credendi für Mitgesellschafter halten [f]).

3) Eine fernere Wirkung der activen Correalobligation ist es auch, daß der gemeinschaftliche Schuldner berechtigt ist, wenn er will, dem einen von den Mitgläubigern die ganze Schuld zu bezahlen, und er dadurch von seiner Verbindlichkeit gegen die übrigen Mitgläubiger befreyt wird. Nimmt dieser die Schuld nicht an, da er doch keine gegründete Ursache der Verweigerung anführen kann, so hat der Schuldner das Recht, sich von seiner Verbindlichkeit durch die gerichtliche Deposition zu befreyen, weil

c) L. 27. pr. D. de pactis.

d) L. 2. D. de duob. reis. L. 31. §. 1. D. de nouat. L. 16. pr. D. de acceptilat.

e) Bachov ad Treutler. Vol. II. Disp. 27. thes. 9. lit. D. verb. an idem fit paciscendo etc. Vinnius in sel. iur. quaest. Lib. 1. c. 6. §. iam videndum p. 39. sqq. Frommann in Diss. cit. §. 14. p. 31. Müller ad Struv. Exerc. 6. th. 50. not. ζ. Wernher Obs. Tom. I. P. I. obs. 305. in supplem. nou. §. 28. Dresky Diss. cit. §. 20.

f) Schilter l. c. Petr. Heigius in quaest. P. I. qu. 37. nr. 22. Ronchegallus ad Leg. 11. D. de duob. reis nr. 76.

weil diese die Stelle der Zahlung vertritt [g]). Geht die schuldige Sache, ohne daß dem anbietenden Schuldner Etwas zur Last gelegt werden kann, zu Grunde, so kann er sich allemal mit der Einrede des Betrugs, exceptio doli, schützen [h]). Sollte etwa die Schuld in Rücksicht auf den einen Correalgläubiger durch **Compensation** getilgt worden seyn, so kommt ihm solche auch gegen die übrigen Mitgläubiger zu statten, weil die Compensation die Schuld ipso iure tilgt, und mit der Zahlung gleiche Kraft hat [i]). Es wird zwar dieser Satz, Arg. L. 10. D. de duob. reis von den Rechtslehrern auf den Fall eingeschränkt, wenn die correi credendi, *socii* sind; allein in dem angeführten Gesetz ist eigentlich nur von correis *debendi* die Rede, wo der ganz natürliche Grund eintritt, daß ein Schuldner von dem Seinigen bezahlen müsse, und nicht von dem Vermögen eines Andern, wenn er nicht in Gesellschaft mit ihm steht [k]).

B) Sieht man auf die **Wirkungen** der **passiven Correalobligation**, so zeigen sich solche

1) Dadurch, daß der Gläubiger die Wahl hat, ob er nur den Einen von den Schuldnern zu Bezahlung der ganzen Schuld anhalten will, oder Mehrere davon, oder ob er gegen Alle zugleich auf die ganze Schuld klagen, oder ob er nur von einem Jeden seinen Antheil fordern wolle.

g) L. 9. C. de solut. L. 19. C. de vsur. FROMMANN in Diss. cit. §. 15.

h) L. 72. D. de solut. Hugo DONELLVS in comment. ad tit. C. de duobus reis, c. 5. nr. 2. VINNIVS ad §. 1. Inst. de duob. reis etc. nr. 2.

i) L. 4. L. 14. C. de comp. L. 4. D. qui pot. in pignor.

k) RONCHEGALLVS ad L. 10. D. de duob. reis nr. 16. FROMMANN in Diss. cit. §. 15. in fine. DRESKY in cit. Diss. §. 19. p. 36.

wolle [l]). Sollte der Gläubiger den einen von den correis debendi auf die Bezahlung des Ganzen verklagt haben, so werden die übrigen Mitschuldner von des Gläubigers Ansprüchen dadurch keinesweges frey, da es in Gesetzen [m]) heißt: non electione, sed solutione liberantur. Vor Justinian durfte der Gläubiger alsdenn gegen die übrigen correos debendi nicht weiter klagen, wenn er den einen von ihnen verklagt hatte, und von ihm das Ganze bekommen können. Sie konnten sich nach dem Rechte der Pandekten mit einer Einrede schützen, wenn sie in Anspruch genommen wurden, ehe man durch die geschehene Execution des Beklagten die Erfahrung gemacht hatte, daß sein Vermögen zu Bezahlung der Schuld nicht zureichte. Die übrigen correi debendi mußten also nur dafür haften, was von dem ausgeklagten Mitschuldner nicht zu erhalten gewesen war [n]). Klagte der Gläubiger wider den einen Mitschuldner blos auf die Bezahlung seines Antheils, so wurde der andere Mitschuldner von seiner Verbindlichkeit nicht frey, sondern er mußte sichs ebenfalls gefallen lassen, wenn er auf die Bezahlung seines Antheils verklagt wurde [o]). Der Kaiser Justinian machte die Aenderung, daß der Gläubiger sein Recht gegen die übrigen Mitschuldner behalten sollte, wenn er gleich den einen von ihnen auf das Ganze verklagt hatte, und es auch von ihm bekommen können, ja es solle ihm so

l) L. 3. §. 1. L. 9. §. fin. L. 11. pr. D. de duob. reis. §. 1. Inst. h. t. Donellvs ad tit. C. de duob. reis, c. 6. Frommann in cit. Diss. §. 16.

m) L. 1. §. 43. D. depos. L. 23. C. de fideiussor.

n) L. 51. §. 4. D. de euict. L. 47. §. 3. D. de pecul. L. 3. D. de his qui effud. vel deiec. L. 2. D. de duob. reis. Dreskv in cit. Diss. §. 22.

o) L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 51. §. 1. D. de fideiuss. Donellvs ad L. 23. C. de fideiuss. nr. 4. p. 703. Cocceii in iure contr. Lib. XLV. tit. 2. qu. 8.

so gar frey stehen, die Klage, welche er bereits wider den einen Mitschuldner angestellt, liegen zu lassen, und nun einen andern zu belangen, wenn er glaubte, hier leichter zur Bezahlung des Ganzen zu gelangen p). In der L. 28. C. de fideiuss. wird gesagt: idemque in duobus reis promittendi constituimus, *ex unius rei electione praeiudicium creditori aduersus alium fieri non concedentes:* sed remanere et ipsi creditori actiones integras, donec per omnia ei satisfiat. Verklagt der Gläubiger mehrere Mitschuldner, oder alle in der nämlichen Klage, so kann man daraus noch nicht schließen, obgleich der berühmte Mevius q) dieses behauptete, daß er sich dadurch seines Correalrechts habe begeben, und die Verbindlichkeit theilen wollen, er müßte sich denn in der Klage deutlich erklärt haben, daß er von jedem Mitbeklagten blos die Bezahlung seines Antheils verlange, wovon die Folge ist, daß, wenn einer von den Mitschuldnern insolvent geworden seyn sollte, die übrigen nicht für ihn bezahlen dürfen r). Ausgemacht ist es ferner, daß, wenn nur einer von den Mitgläubigern das allen gehörende Geld in Empfang genommen, die übrigen sich nicht mit der Einrede schützen dürfen, daß sie von dem Gelde nichts erhalten hätten, so wie sie auch nicht verlangen können, daß derjenige, dem der Gläubiger das Geld selbst ausgezahlt habe, vor den übrigen zuerst ausgeklagt werde s). Sehr bestritten ist

p) Walch introd. in controu. iur. Sect. III. c. 4. Mbr. 2. subsect. I. §. 6. Dresky in Diss. cit. §. 22. Hofacker l. c. Tom. III. p. 275.

q) Mevius in Dec. P. III. Dec. 419. P. VI. Dec. 92.

r) L. 18. C. de pact. L. 51. §. 4. D. de fideiuss. L. 16. C. eod. Dresky cit. Diss. §. 22. Frommann l. c. §. 16. p. 33.

s) L. 4. C. de duob. reis. L. 5. C. si centum petatur. Lauterbach ad tit. de duob. reis, §. 20. Stryck in caut. contr. Sect. II. c. 5. §. 14. Willenberg in exerc. de iure

ist die Frage: ob den correis debendi nicht wenigstens das beneficium diuisionis alsdenn zustehe, wenn sie noch alle zu bezahlen im Stande sind, und auch alle leicht belangt werden können? Eine große Menge berühmter Rechtsgelehrten [t]) wollen ihnen diese Rechtswohlthat nach dem strengen Rechte nicht zugestehen, es müßten denn die correi debendi zugleich als Bürgen betrachtet werden können. Sie erklären die 99ste Novelle von solchen correis, die sich wechselseitig für einander verbürgt haben, weil die Worte: ἀλληλεγγύες ὑπευθύνες solche Schuldner anzeigen, qui sunt alterna fideiussione obligati, wie diese Worte in der gemeinen Uebersetzung lauten. Dergleichen correi hatten nach der L. 11. pr. D. de duob. reis das beneficium diuisionis nicht, sondern erhielten es erst vom Justinian, wenn gleich die Mitbürgen, schon vermöge einer Verordnung des Kaisers Hadrians, nach der L. 26. D. de fideiuss. darauf Anspruch machen konnten. Es behaupten aber andere Rechtsgelehrte, daß schon nach dem Rechte der Pandekten, mehrere correi das beneficium diuisionis exemplo fideiussorum gehabt haben [u]), wenigstens sind die größten Rechtsgelehrten der

iure correorum, §. 17. in *Eius* Select. iurispr. ciuil. P. II. Exerc. 37. p. 606. Cocceii in iure contr. ad tit. de duob. reis, qu. 7. Walch l. c. §. 9.

t) Donellvs ad tit. C. de duob. reis c. 13. nr. 2. sqq. Wissenbach ad Pand. Disp. 26. §. 26. Voet ad Lib. XLV. tit. 2. n. 4. in fine. Hvber ad Inst. Lib. III. tit. 17. §. 2. in fine. Franzk. Exerc. 10. qu. 3. de Tovllier in collectan. p. 453. Willenberg in Exerc. Sabbath. P. II. Ex. 37. §. 18. Frommann Diss. cit. §. 16. Westenberg in Dig. Lib. XLV. tit. 2. §. 11. Pothier in Pand. Iust. Tom. III. tit. de duob. reis nr. IX. Hofacker Tom. III. §. 2029. p. 276. Fr. Gottl. Zoller Exerc. iur. ciuil. de beneficio diuisionis correis debendi non tributo, Lipsi. 1772.

u) L. 1. §. 11. D. de tutelae et rat. distr. L. 47. D. locati.

Meynung, die Wohlthat der Theilung stehe den correis debendi nach der 99sten Novelle ohne Unterschied zu, wenn nur die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen herrührt, oder die correi sich dieser Rechtswohlthat nicht etwa begeben haben, welche Meynung auch in den Gerichten befolgt wird x). Es wird allemal vorausgesetzt, a) daß die übrigen correi gegenwärtig, und b) im Stande sind zu bezahlen. An einen abwesenden correum kann man den Gläubiger nicht verweisen; auch wenn der eine correus allein bezahlen kann, der andere nicht, fällt das beneficium diuisionis weg; c) wird erfordert, daß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen entstanden ist; denn wer eine unerlaubte Handlung begeht, kann auf Rechtswohlthaten keinen Anspruch machen. Endlich d) wenn die correi auf das beneficium diuisionis ausdrücklich renunciirt haben, können sie sich nicht darauf berufen.

2) Besteht die Wirkung der passiven Correalobligation darin, daß, wenn der eine correus die ganze Schuld getilgt hat, damit zugleich die übrigen von ihrer zeitherigen Verbindlichkeit frey geworden sind. Bestritten wird aber die Frage: ob ein solcher correus, der die ganze

cati. L. 7. D. de fideiuss. L. 11. pr. D. ad municip. Dresky in cit. Diss. §. 25.

x) Arg. Auth. hoc ita Cod. de duob. reis, ibique Richter nr. 46. sqq. p. 350. Faber in coniect. Lib. 11. c. 4. de Pufendorf in Obs. Tom. II. obs. 77. Cocceii in iure contr. tit. de duob. reis, qu. 9. Mevius in Dec. P. III. Dec. 4. not. 1. P. VI. Dec. 297. nr. 2. Carpzov Def. for. P. II. Const. 17. Def. 13. Schilter Exerc. XLVIII. th. 14. 15. Lauterbach ad tit. de duob. reis §. 22. Stryck in vsu mod. eod. tit. §. 5. Wernher in Obs. P. 6. obs. 673. De Cramer in Obs. T. II. obs. 439. Decis. Cassell. T. 1. Dec. 50. nr. 17. De Behmer in iure controu. nouo, Tom. II. Obs. 146. Höpfner im Comment. §. 818.

ganze Schuld bezahlt hatte, von den übrigen nicht ihren Antheil fordern könne? Die Gegner [y]) wenden ein, ein correus debendi, der das Ganze bezahlt hat, gab weiter nichts, als was er zu geben schuldig war, daher kann er die übrigen correos nicht belangen, daß sie ihm Etwas vergüten und ihren Antheil erstatten sollen; ausgenommen, a) wenn die correi in Gesellschaft stehen; denn was ein Gesellschaftsmitglied für die Societät auslegt, bringt es bey der Societätsrechnung in Ausgabe. Eine Gesellschaft wird von allen denjenigen angenommen, welche ex causa onerosa schuldig sind [z]). Eine Vergütung kann b) verlangt werden, wenn sich der correus, welcher bezahlt, die Rechte des Gläubigers cediren lassen; denn nunmehr kann er die übrigen correos belangen [a]). Nach der Praxis hat eine Klage statt, wenn auch gleich keine Cession geschehen ist, und diese Klage ist die actio negotiorum gestorum vtilis. Hätte der correus nicht bezahlt, so hätten seine Mitschuldner bezahlen müssen. Er hat also Etwas gethan, was ihnen vortheilhaft ist, er hat für sie ein sehr nützliches Geschäfte unternommen, und kann daher Entschädigung von ihnen fordern; nur muß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen herrühren; denn wenn einer von mehrern Delinquenten den Schadensersatz geleistet hat, so kann er von den übrigen keinen Beytrag fordern [b]). Diesen Grundsätzen gemäß,

y) Faber in coniect. Lib. XI. c. 6. sqq. Vinnivs ad §. 1. Inst. de duob. reis n. 4.

z) L. 2. C. de duob. reis. Hofacker l. c. §. 2029. p. 279.

a) Faber in coniect. Lib. XI. c. 6. sqq. Lavterbach ad tit. de duob. reis §. 24. Willenberg Diss. de iure correor. §. 22. Höpfners Comment. §. 820. S. 745.

b) Carpzov P. II. Const. 17. Def. 14. Faber in Cod. Lib. 8. tit. 27. Def. 1. Stryck ad tit. de duob. reis, §. 3. Gebr. Overbeck in den Medit. 3ter Band, 134. Medit.

kommt heutiges Tages ein Vertrag, wodurch der eine correus debendi sich die ganze Schuld remittiren lassen, den übrigen in allen Fällen zu statten, da ihnen ein solcher Vertrag nach der Theorie nur in den Fällen nützlich seyn sollte, wo sie als socii zu betrachten sind [c]). Noch ist zu bemerken, daß eine einzige einseitige Handlung von Seiten eines der Correalschuldner, durch Anerkennung, oder von Seiten eines der Correalgläubiger durch Erinnerung hinlänglich sey, den Lauf der Verjährung in Rücksicht auf alle Theilnehmer zu unterbrechen [d]).

§. 340.

So stark die Bewegungsgründe sind, warum ein gültig abgeschlossener und auf das deutlichste bestimmter Vertrag oder Contract, nach seinem ganzen Umfange erfüllt werden muß, so lehrt dennoch die Erfahrung, daß dieses oft zum Schaden des einen Paciscenten nicht geschieht. Man hat sich daher genöthigt gesehen, verschiedne Mittel einzuführen, wodurch die Verbindlichkeiten aus diesem oder jenem Vertrage oder Contracte verstärkt werden können, und wodurch derjenige Paciscent, zu dessen Nachtheil der Vertrag oder Contract entweder nicht genau, oder wohl gar nicht erfüllt worden ist, wegen seines dadurch erlittenen Schadens hinlänglich gesichert werden möge. Unter diese Verstärkungsmittel gehört nun 1) die sogenannte Conventionalstrafe; 2) der Eyd; 3) die Bürgschaft; 4) die Uebergabe eines Pfandes; 5) die Hypothekverschreibung; 6) die Verpflichtung nach

c) Arg. L. 21. §. fin. h. t. L. 9. §. 1. D. de duob. reis. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. Frommann Diss. cit. §. 18. Lauterbach ad tit. de duob. reis, §. 27. Sammlung römischer Gesetze, S. 46. Note a.

d) L. f. C. de duob. reis, et Donellus ad h. tit. c. §10.

nach Wechselrecht; oder 7) zum Gefängniß; 8) das constitutum possessorium u. s. f.

Was die Festsetzung einer **Conventionalstrafe** bey einem geschlossenen **Vertrage** oder **Contracte** betrifft e), so wird solche selbst in Gesetzen, z. B. im §. fin. Inst. de verb. oblig. angerathen, damit derjenige Paciscent, zu dessen Nachtheil der Vertrag von seinem Mitpaciscenden nicht erfüllt worden ist, nicht nöthig habe, den beschwerlichen Beweis der Größe des ihm zu vergütenden **Interesse** zu führen. Hieraus folgt aber nicht, daß die Conventionalstrafe allemal die Stelle des Interesse vertrete; denn jene Strafe kann bisweilen allerdings gefordert werden, wo der Paciscent für seine Person eben kein **Interesse** dabey hat, daß der Andere seinem Versprechen nicht nachgekommen ist. In dem §. 19. Inst. de inutil. stipulat. wird gesagt: alteri stipulari nemo potest. Inuentae enim sunt huiusmodi obligationes ad hoc, vt vnusquisque acquirat sibi, quod sua interest. Caeterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, *poenam* stipulari conveniet; vt, nisi ita factum sit, vt est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei, *cuius nihil interest.* Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid interfit eius, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis. Damit stimmt die L. 38. §. 17. D. de verb. signif. überein. Unter der Conventionalstrafe versteht man eine durch Vertrag festgesetzte Leistung, wozu sich ein Paciscent dem andern auf den Fall verbindlich gemacht hat, wenn er entweder

e) W. A. **Lauterbach** Diss. de poena conuentionali, Tub. 1666. Io. Tob. **Richter** Diss. de contractu rato manente, poena conuentionali quoque soluta, Lips. 1751. Io. Aug. **Hellfeld** Diss. de effectu poenae conuent. sponsalib. adiectae, in *Eius* Opusc. p. 371. **Hofacker** Princ. Iur. Rom. Tom. III. §. 1858. p. 110. Hr. GJR. **Westphal** vom Kauf, §. 663. flg.

durch seine Schuld den Vertrag nicht genau erfüllen, oder ihm ganz zuwider handeln würde. Dergleichen **Conventionalstrafen** bestehen zwar gemeiniglich in einer bestimmten Summe **Geld**, die auf den Fall der Nichterfüllung des Vertrags bezahlt werden soll; es kann aber auch jede andere Leistung, die in des Paciscenten Kräften steht, auf den Fall der Nichterfüllung des Vertrags versprochen werden [f]). So kann man versprechen, daß der Andere auf den Fall der Nichterfüllung des Contracts diese oder jene Gerechtigkeit eingeräumt bekommen soll, oder daß man eine bestimmte Handlung leisten wolle; nur geht es nicht an, sich zu körperlichen, die Ehre oder Freyheit verletzenden Strafen, auf diese Art verbindlich zu machen [g]). Wenn es übrigens gleich nicht nöthig ist, daß die Größe der ausbedungenen Conventionalstrafe mit dem Gegenstande, worüber der Vertrag geschlossen worden ist, in dem genauesten Verhältnisse steht [h]), daher in der L. 32. pr. D. de recept. bemerkt wird: non distinguemus in compromissis, minor, aut maior sit *poena*, quam res, de qua agitur, und es sogar nicht unerlaubt ist, das duplum, triplum oder quadruplum, als eine solche Strafe zu stipuliren [i]), so darf dennoch dieser Vertrag nicht etwa zur Verheimlichung eines wahren **Zinswuchers** gebraucht werden, und daher erklären die Gesetze [k]) einen solchen Vertrag in so fern für ungültig, wenn

f) L. 11. §. 2. D. de receptis, qui arbitr. recep.

g) LAVTERBACH in Diss. cit. c. 6. §. 18. 19. 22. WERNHER in lect. comm. Tom. I. p. 663.

h) L. 38. §. 17. D. de verb. obligat.

i) L. 56. pr. D. de euict.

k) L. 13. §. 26. D. de act. emti vend. L. 9. pr. L. 29. L. 44. D. de vsuris. L. 16. et 26. C. eod. NOODT de foenore et vsuris, Lib. II. c. 13. LEYSER Spec. 247. med. 7. 8. STRYCK in vsu Pand. Lib. 22. tit. 1. §. 24. Paul. Wilh. SCHMIDT Progr. de poena conuentionali circa mutuum, Ien. 1760.

wenn er bey Bezahlung schuldiger Geldsummen die Größe der gesetzmäßigen Zinsen übersteigt. Mehrere Rechtsgelehrte [l]) haben zwar behauptet, daß heut zu Tage die Größe der **Conventionalstrafe** in keinem Falle die Gränzen übersteigen dürfe, welche der Kaiser **Justinian** in der L. vn. C. de sent. quae pro eo quod interest, prof. bey der Forderung und Festsetzung des Interesse vorgeschrieben hat; die Meynung ist aber von andern Rechtsgelehrten widerlegt, und gezeigt worden, daß dieses Gesetz sich auf die Conventionalstrafen mit anwenden lasse [m]). Sollte die **Conventionalstrafe** in der Absicht verabredet worden seyn, wenn der eine Contrahent den Contract nicht halten wolle, so könne er gegen Erlegung der verabredeten Strafe, wider Willen des andern Contrahenten, davon abgehen, und so heißt sie der **Reukauf**, das **Reugeld**, die **Wandelpön** [n]).

Bey der Frage von den **Wirkungen** der **Conventionalstrafe** ist ein Unterschied zu machen, ob diese Strafe mit einem völlig beendigten Geschäfte, z. B. einem vollzogenen **Vergleiche**, einer beendigten **Erbschaftsvertheilung**, auf den Fall verknüpft worden ist, wenn ein Theil dagegen handeln würde, oder ob sie zur Befestigung eines noch nicht vollzogenen Geschäfts gebraucht worden ist. Die Gesetze stimmen bey Entschei-

l) Gabr. VALLIVS in libro sing. ad L. vn. C. de sent. quae pro eo quod inter. in OTTON. Thes. Tom. I. p. 434. CVIACIVS in obseru. Lib. 16. c. 34. BRVNNEMANN ad Cod. Lib. VII. tit. 47. nr. 13. sqq. LYNCKER in Diss. de eo quod interest, Sect. 3. c. 5. §. 5. sqq.

m) DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 26. c. 24. VOET ad Dig. Lib. XLV. tit. I. §. 12. WERNHER in Obseruat. Tom. I. P. IV. obs. 65. LAVTERBACH in Diss. cit. c. 6. §. 25. sqq. HELLFELD in Diss. cit. §. 22. WEHRN in doctr. iur. c. 6. §. 59.

n) L. 28. L. 47. D. de act. emti vend. §. fin. Inst. de verb. obligat.

dung des ersten Falls nicht recht überein, ob man auf die Gültigkeit des geschlossenen Vertrags, der auch bereits erfüllt worden, dringen, und überdieses noch die bedungene Conventionalstrafe von dem Gegentheile fordern könne, der den Vertrag anfechte. In einigen Gesetzen heißt es, der Vertrag müsse nicht nur gehalten, sondern überdieses auch noch die Conventionalstrafe von demjenigen bezahlt werden, der ihn angefochten habe. So wird z. B. in der L. 6. D. de transact. behauptet: qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summouebitur, sed et *poenam*, quam, *si contra placitum fecerit*, *rato manente pacto*, stipulari recte promiserat, praestare cogetur. In der L. 122. §. fin. D. de verb. signif. heißt es: duo fratres hereditatem inter se diuiserunt, et cauerunt sibi, *nihil se contra eam diuisionem facturos: et*, *si contra quis feciſſet*, *poenam alter alteri promisit*. Post mortem alterius, qui superuixit, petit ab heredibus eius hereditatem, quasi ex causa fideicommissi, sibi a patre relicti, debitam; et aduersus eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset. Quaesitum est, an *poena commissa esset*? Respondit, poenam secundum ea, quae proponuntur, commissam o). Nach andern Gesetzen soll der Paciscent die Wahl haben, ob er der Nichterfüllung des vollzogenen Contracts die Einrede des vorhandenen Vertrags entgegen setzen, oder sich die Aufhebung des Vertrags gefallen lassen wolle. Nur in dieser letzten Voraussetzung könne er von dem Gegner die Erlegung der bedungenen Conventionalstrafe fordern, und er brauche sich gar auf die Klage nicht eher einzulassen, als nach bezahlter Conventionalstrafe; dahingegen müsse er auf diese Strafe Verzicht thun, wenn er auf der Festhal-

o) Lud. CHARONDAS in schol. ad tit. D. de verb. obl. ad leg. 122. §. fin. in OTTONIS Thes. Tom. I. p. 838. Hugo DONELLVS ad h. tit. p. 368. VOET ad tit. de transact. n. 21. IENSEN in strict. p. 464.

Festhaltung des Geschäfts bestehe, und zu dem Ende die Einrede des geschlossenen Vertrags vorgeschützt habe. Diese Bestimmung findet man in mehrern Gesetzen; denn in der L. 10. §. 1. D. h. t. wird gesagt: si pacto (de non petendo) subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, vtrum pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio? *Sabinus* putat, quod est verius, vtraque via vti posse, *prout elegerit*, qui stipulatus est. Si tamen ex causa pacti exceptione vtatur, aequum erit, accepto eum stipulationem ferre. In der L. 15. D. de transact. wird die Bemerkung gemacht: pacto conuento Aquiliana quidem stipulatio subiici solet: sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subiungere: quia *rescisso forte pacto*, poena ex stipulatu peti potest. Eben so wird in der L. 2. D. de pact. dot. die gegenwärtige Frage beantwortet, wo es heißt: si mulier pacta sit, ne amplius, quam pars dimidia dotis, a se petatur, et poenam stipulata sit: *Mela* ait, *alterutro* eam contentam esse oportere, vel exceptione pacti, et acceptam facere poenae obligationem; vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem. In der L. 40. Cod. de transact. wird gesagt: vbi pactum vel transactio scripta est, atque Aquilianae stipulationis et acceptilationis vinculis firmitas iuris innexa est: aut subsecutis secundum leges accommodandus est consensus; aut poena vna cum his, quae data probantur, ante cognitionem causae (si aduersarius hoc malluerit) inferenda est. In diesem Gesetz ist unter dem Worte subsecutis, der von den Partheyen geschlossene Vergleich zu verstehen, wodurch sich der Gläubiger gegen das, was er als Vergleichssumme erhalten, aller fernern Ansprüche an den Schuldner begeben hatte. Diesen Vergleich hatten die Partheyen zu mehrerer Sicherheit durch eine Acceptilation bekräftigt, nachdem vorher die Schuldforderung, durch die Aquilianische Stipulation, in eine Formularobligation umgeändert worden. Hiermit

mit war aber zugleich die ganze Schuld ipso iure getilgt worden, so daß selbst nach dem strengen Rechte keine Klage deswegen weiter statt hatte p). Auf diese Art sind die Worte: Aquilianae stipulationis et acceptilationis vinculis firmitas iuris innexa est zu verstehen. Ueber dieses hatte sich der Gläubiger auch noch auf den Fall, daß er sein Versprechen nicht halten würde, zur Bezahlung einer Geldstrafe verbindlich gemacht. In diesem Falle nun, sagt das Gesetz, soll der Gläubiger, wenn er den Schuldner dem Vergleich zuwider verklagt haben sollte, entweder mit seiner Klage gleich abgewiesen werden, wenn dem Schuldner an der Gültigkeit des Vergleichs gelegen ist; dieses sagen die Worte: *aut subsecutis secundum leges*, quae scilicet transactionem rescindi, et litem instaurari vetant, *accommodandus est consensus;* oder will sich der Beklagte die Aufhebung des Vergleichs gefallen lassen, so muß der Kläger vor allen Dingen die Conventionalstrafe bezahlen. Die mehresten Rechtsgelehrten q) sind mit einander einig, daß man diesen scheinbaren Widerspruch der angeführten Gesetze dadurch am leichtesten heben könne, wenn man den Unterschied annehme, ob unter den Paciscenten ausdrücklich ausgemacht worden sey, daß derjenige, welcher sich unterfangen werde, den Vergleich, es sey aus welchem Grunde es wolle, anzufechten, dem andern Paciscenten eine Geldstrafe bezahlen, und der Vergleich dennoch vollkommen verbindlich bleiben solle, oder ob die Clausel, daß die Strafe,

p) L. 4. D. L. 15. C. de transact.

q) Hugo DONELLVS in Comm. ad L. 40. C. de transact. et in comment. ad L. 122. D. de verb. oblig. §. vlt. nr. 4. 5. Ant. FABER in Rat. ad L. 15. 16. Dig. de transact. Fr. HOTOMANN in Comment. ad L. 17. C. de transact. de GREVE in Exerc. III. §. 9. Exerc. ad Pand. loca difficiliora. SCHVLTING ad Prota sub tit. de transact. §. 19. FINESTRES in Hermog. ad L. 16. D. de transact. §. 4. sqq. p. 236. POTHIER in Pand. Iust. tit. de transact. nr. IX. X.

Strafe, rato manente pacto, bezahlt werden solle, nicht ausdrücklich in den Vergleich hereingerückt worden. Nur in diesem letztern Falle hatte bey den Römern die oben angeführte Wahl statt; hingegen im ersten Falle mußte die Conventionalstrafe bezahlt und der Vergleich fest gehalten werden. Man kann diese Verordnung in der L. 17. C. de trans. nicht verkennen, wo es heißt: cum proponas, ab ea, contra quam supplicas, litem, quam tecum habuit, transactione decisam, eamque acceptis his, quae negotii dirimendi caussa placuerat dari, nunc de conuentione resiluisse: ac petas, vel pacto stari, vel data restitui, perspicis, siquidem de his reddendis, *manente transactionis placito*, statim stipulatione, *si contra fecerit*, prospexisti, et viginti quinque annis maior fuerit: *quod exceptionem pacti et actionem datorum habeas*. Quodsi nihil tale conuenit, exceptio tibi, non etiam eorum, quae dedisti, repetitio competit, parta securitate. Dieses Gesetz handelt von einem Falle, wo die Zurückgabe der dem andern Theile ausgezahlten Vergleichssumme, selbst zur Conventionalstrafe auf den Contraventionsfall ausbedungen worden war. Uebrigens muß man die Worte des Gesetzes: exceptio tibi, non etiam repetitio competit, bedingungsweise verstehen, und sie heißen so viel: wenn der Beklagte die Einrede des geschlossenen Vertrags vorgeschützt, und sich dadurch gegen die Ansprüche des Gegners gesichert hat, parta securitate, so kann er nun die Conventionalstrafe nicht auch noch fordern, wenn ihm dieses nach der in den Vergleich gerückten Clausel zu thun erlaubt sey: rato manente transactionis placito r). Unsere Gerichte nehmen die Meynung an, daß in dem Falle, wo zur Bestärkung eines erfüllten Vertrags, auf den Fall die Bezahlung einer Conventionalstrafe ausgemacht worden, wenn einer von den Transigenten den Vergleich nicht

r) DONELLVS in Comment. ad L. 17. Cod. de transact.

nicht halten werde, diese Strafe nicht nur wirklich bezahlt, sondern auch der Vergleich fest gehalten werden müsse s).

Ich komme zu dem Falle, wenn zur Befestigung eines noch nicht erfüllten Vertrags eine Conventionalstrafe verabredet worden ist. Hier kommt es auf den Unterschied an, ob die Strafe auf die Verzögerung der Erfüllung gerichtet worden, oder auf die gänzliche Nichterfüllung des Vertrags. Bey einer Verabredung der ersten Art, kann, wenn das Versprechen nicht zu rechter Zeit erfüllt worden ist, nicht nur auf die Erlegung der Conventionalstrafe gedrungen werden, sondern überdieses auch noch auf die Erfüllung des Vertrags t). Der Verzug in Erfüllung seiner Verbindlichkeit, kann an sich selbst kein Recht geben, von dem Versprechen wider Willen des Andern abzugehen, es wird auch durch die Verabredung einer Conventionalstrafe keine Novation vorgenommen, sondern die Hauptverbindlichkeit behält ihre Gültigkeit, wenn gleich der Schuldner für seine Saumseligkeit die bedungene Strafe erlegen muß u); nur wenn es nicht seine Schuld war, den Termin inne zu halten, kann er nicht zu Bezahlung der Conventionalstrafe angehalten werden, wie man aus der L. 23. D. de oblig. et act. sieht, wo es heißt: etsi arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit, *neque per eum, qui dare iussus sit, steterit*, non committi poenam respondit.

War

s) de Wernher in Obs. Tom. II. P. IX. obs. 251. Richter in Diss. cit.

t) L. 12. C. de contr. et committ. stip. Lauterbach in cit. Diss. c. 9. §. 60. n. 4. 5. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. III. §. 1858. p. 111.

u) L. 71. pr. D. pro socio. L. 2. et 6. pr. D. de nouat. L. f. C. eod. Brussel de condit. Lib. II. tit. I. nr. 21. p. 112. in fin. et sqq. Hellfeld in Diss. de effectu poenae conuent. §. 26.

War die Conventionalstrafe von den Paciscenten auf den Fall verabredet worden, wenn der Vertrag gar nicht sollte erfüllt worden seyn, so kommt es darauf an, ob es dem Promittenten noch möglich ist, sein Versprechen zu erfüllen, oder ob dieses nicht mehr angeht. Im letzten Falle hört zwar die Hauptverbindlichkeit auf, weil Niemand zu etwas Unmöglichen angehalten werden kann; hat sich aber der Promittent durch seine eigne Schuld außer Stand gesetzt, sein Versprechen zu erfüllen, welches durch die bedungene Conventionalstrafe bestärkt worden war, so muß er diese Strafe als einen Schadenersatz bezahlen; ja wenn der Schaden noch größer seyn sollte, so kann der Promissar das Fehlende besonders einklagen x). Außer diesem Falle geht es nicht an, beydes zugleich zu fordern, Strafe und Interesse y); dasjenige hingegen, wofür die Strafe keine Vergütung enthält, kann nebst der Conventionalstrafe noch besonders gefordert werden. So kann z. B. der Verkäufer, der sich wegen der ihm zu liefernden Waaren, auf den Fall, daß die Ablieferung nicht geschehen sollte, eine Geldstrafe bedungen hat, nicht nur Zinsen des Kaufgeldes, das er bezahlt hat, fordern, sondern zugleich auch die bedungene Conventionalstrafe; denn die Zinsen gehören ihm als Vergütung des entbehrten Kapitals, und zur Ausgleichung des Schadens, der ihm dadurch verursacht worden ist, daß er die Waaren nicht bekommen hat, kann er die bedungene Conventionalstrafe fordern z). Was den zweyten Fall betrifft, wenn nämlich dem Promittenten die Erfüllung seines Versprechens noch möglich ist, so ist entweder ausdrücklich verabredet worden, daß derselbe durch Bezahlung der Conventionalstrafe von aller Verbindlichkeit frey werden solle,

x) L. 28. D. de act. emti.
y) L. 41. et 42. D. pro socio.
z) L. 47. D. de act. emt. vend. POTHIER in Pand. Justin. Tom. III. tit. de verb. oblig. nr. LXV. not. c. Hr. GJR. Westphal vom Kauf, §. 664.

solle, oder dieses war nicht die Meynung der Paciscenten. Bey Verträgen der ersten Art wird die Conventionalstrafe für eine **Wandelpön**, oder ein **Reugeld** gehalten, und hier hat der **Schuldner** die Wahl, ob er die **Conventionalstrafe** bezahlen, oder sein Versprechen jetzt noch erfüllen will, wenn ihn der Gegentheil auf die Erfüllung des Vertrags verklagt hat [a]). Kann die Conventionalstrafe für keine **Wandelpön** gehalten werden, so giebt die Bezahlung der Conventionalstrafe dem Schuldner kein Recht, sich dadurch von der Erfüllung des Vertrags loszumachen, sondern es kommt lediglich auf den **Gläubiger** an, ob er damit zufrieden seyn, oder lieber auf die Erfüllung des Versprechens dringen will [b]); denn bey zweifelhaften Umständen ist immer eher anzunehmen, der Promissar habe sich die Conventionalstrafe zu seinem Vortheil ausbedungen, folglich sey solche zu mehrerer Bestärkung der aus dem Vertrage entstehenden Verbindlichkeit verabredet worden, und nicht in der Absicht, daß der Promittent das Recht haben solle, sich durch Bezahlung derselben von seiner Verbindlichkeit frey zu machen. Ist es nicht ausdrücklich ausgemacht worden, so darf nicht auf beydes zugleich geklagt werden, nämlich auf die Erfüllung des Vertrags, und auf die Bezahlung der bedungenen Conventionalstrafe [c]).

Die **Conventionalstrafe** kann als verwirkt betrachtet werden, 1) sobald sich der Promittent einer solchen Zögerung in Erfüllung seiner Verbindlichkeit schuldig gemacht hat, daß dem Promissar die Erfüllung des Vertrags nunmehr nichts mehr nützt; oder 2) der Promittent

a) BACH in Diss. de multa poenitentiali, §. 4. in *Eius* Opusc. p. 390.

b) L. 14. C. h. t. L. 1. C. de arbitr. LAVTERBACH in Diss. cit. §. 64. HOFACKER l. c. Tom. III. §. 1858. lit. A. p. 110.

c) L. 115. §. 2. D. de verb. obligat. LAVTERBACH in Diss. cit. §. 65.

mittent läßt die Erfüllung seines Versprechens, der geschehenen Interpellation ungeachtet, so lange anstehen, daß der Promissar deswegen wider ihn zu klagen genöthigt wird [d]). Wäre der Vertrag, zu dessen Befestigung die Conventionalstrafe ausbedungen worden, nur zum Theil nicht erfüllt worden, so sollte billig die Strafe nur nach Verhältniß dessen, was nicht geschehen ist, vermindert werden, die Gesetze verordnen aber dennoch, daß die Strafe ganz bezahlt werden soll, weil doch die Bedingung, worauf sich die Conventionalstrafe gründet, allerdings auch alsdenn eintritt, wenn nur ein Theil des Vertrags nicht erfüllt worden ist [e]). Weil die Verbindlichkeit zur Bezahlung einer Conventionalstrafe aus einem Vertrage herrührt, so sind auch die Erben desjenigen, der sich zur Bezahlung derselben verbindlich gemacht hat, schuldig, das Versprechen ihres Erblassers zu erfüllen, wenn er solches entweder noch gar nicht oder nicht ganz erfüllt haben sollte; jedoch ist jeder Erbe nur für seinen Erbschaftsantheil zu Uebernahme dieser Verbindlichkeit gehalten [f]).

§. 341. 342.

Mit dem Eyde haben wir uns hier blos in Rücksicht auf die Frage zu beschäftigen: ob Rechtsgeschäfte, welche nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig

d) L. 115. §. 2. L. 122. §. 2. D. de verb. obligat. L. 5. C. de contr. stipulat. DONELLVS ad L. 122. §. 2. D. de verb. oblig. n. 325. LAVTERBACH in cit. Diss. §. 71.

e) L. 47. D. de act. emti vend. L. 5. §. 4. L. 85. §. 6. D. de verb. obligat. POTHIER l. c. Tom. III. tit. de verb. obligat. nr. LXII. DONELLVS ad L. 5. §. 4. D. de verb. oblig. nr. I. LAVTERBACH in Coll. Pand. Lib. XVIII. tit. I. §. 79. Westphal vom Kauf, §. 664.

f) L. 47. D. de act. emti vend. L. 4. §. 1. L. 5. §. 4. L. 85. §. 3. D. de verb. oblig. Hr. GJR. Westphal a. a. O.

gültig sind, oder doch den völligen gerichtlichen Effect nicht haben, durch eydliche Angelobungen aufrecht erhalten und klagbar werden können? Der Eyd ward eingeführt, schreibt Hr. Prof. Weber g), wahre Verbindlichkeiten, und die Beobachtung der Gesetze zu sichern, nicht aber die Verletzung derselben vertheidigen, oder gar vervielfältigen zu helfen. Am wenigsten sollte dieser Mißbrauch und Entheiligung des Eydes unter Christen Statt finden. Wenn wir aber die Geschichte und Erfahrung zu Rathe ziehen, die Achtung, worin bey den Heiden der Eydschwur gestanden, mit dem leichtsinnigen Spielwerke, welches heutiges Tages in und außer Gerichten damit getrieben wird, vergleichen, die Grundsätze der römischen Rechtsgelehrten, und die Spitzfindigkeiten christlicher Casuisten, sammt den Lehren des päpstlichen Rechts gegen einander halten, so werden wir nicht umhin können, zu gestehen, daß der Heide in diesem Puncte den Christen sehr beschäme. Man hat indeß in neuern Zeiten über die Abstellung dieser Mißbräuche viel geschrieben, und überhaupt die Sache von den eingeschlichenen Irrthümern zu reinigen gesucht h).

Daß

g) Hr. Prof. Weber von nat. Verbindlicht S. 559.

h) Versuch über wichtige Wahrheiten zur Glückseligkeit der Menschen, von einem redlich gesinnten Schweizer, 1768. Diese wohlgerathene Schrift ist überhaupt gegen die eingeführten Eydschwüre, sowohl bürgerliche als Religionseyde gerichtet; da aber der Verfasser in Verwerfung der Eyde vielleicht zu weit geht, so ist nicht undienlich, folgende Schrift damit zu verbinden. Joh. Balth. Kölbel, beyder Rechte Doctor, von der Zulässigkeit der Eyde nach den Grundsätzen des neuen Bundes und nach Anleitung des griechischen Textes. Frkfrt. am Mayn 1767. Auch gehört hierher: Abhandlung über den Eyd, zur Verbesserung der Sitten und Beförderung des Credits, aus dem Englischen übersetzt. Braunschweig 1767. Ge. Henr. Ayrer D. de abusu iuramentorum e republica proscribendo, Göttingae 1741. Sehr lesenswerth ist auch A. F. Trendelenburgs Abhandlung über die Mittel gegen die Mißbräuche der Eydschwüre, in den gelehrten

Daß der bloße Eyd an sich keine neue Verbindlichkeit hervorbringe, sondern lediglich nur ein accessorisches Mittel sey, die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit zu sichern; daß Handlungen, welche widerrechtlich und unerlaubt sind, durch den Eyd nie gerecht werden; daß mithin auf der einen Seite der Eyd den Schwörenden nicht binden könne, ein Geschäfte zu erfüllen, oder Etwas zu leisten, welches den Gesetzen zuwider ist, und daß auf der andern Seite der vermeynte Gläubiger durch die eydliche Zusage kein Recht zu dem erhalte, was die Gesetze ihm an sich gänzlich absprechen; alles dieses sind Sätze, die man nicht bestreiten kann, ohne selbst mit dem Begriffe des Eydes in Widerspruch zu gerathen i). Ein an sich unverbindliches Versprechen bleibt

lehrten Beyträgen zu den Mecklenb. Schweriniſchen Nachrichten 1772. Mit der dem gelehrten Verfaſſer vorzüglich eigenen Art der Darſtellung wird hier beſonders der Begriff des Eydes überhaupt gut entwickelt. Ferner: über die Eyde; in den vermiſchten Abhandlungen über einige Gegenſtände der Geſetzgebung und der Rechtsgelahrheit, Erſtes Stück, Leipz. 1779. F. W. **Oesfeld** über die Eydesleiſtungen, Berlin 1779. Ueber den Eyd; in den Ephemeriden der Menſchheit 1783, Neuntes Stück, S. 270. Ueber die Wirkungen und Mißbräuche der Eyde, Elbing 1785. **Flavius** (Joh. Gottfr. **Steinhäuſer**) vom Eyde, Leipzig 1785. Vorzüglich verdienen auch bemerkt zu werden: Einige Gedanken über den Eyd, von **Garve**, in deſſen philoſophiſchen Anmerkungen und Abhandlungen zu **Cicero's** Büchern von den Pflichten, 1792. Thl. 4. S. 195. Aug. von **Hoff**, über den Urſprung, Begriff, Geſchichte des Eydes, und die Moralität der jetzt gewöhnlichen Eydesformeln, Berlin 1790. Ueber den Eyd, im Reichsanzeiger 1795. Nr. 2. Car. Godofr. de WINCKLER, ad doctrinam de iureiurando flores ſparſi, Lipſ. 1789. Iul. Frid. MALBLANC doctrina de iureiurando, Norimb. 1781. C. C. KOHLSCHÜTTER de cauſſis contemti iurisiurandi, Viteb. 1792.

i) Eydſchwüre, ſchreibt **Moſes Mendelsohn** über religiöſe Macht und Judenthum, S. 70. erzeugen keine neue Pflichten. „Die feyerlichſte Anrufung Gottes zum Zeugen der Wahrheit,

daher ein solches, wenn es auch eydlich geschieht. Da aber in den Fällen, wo die Partheyen nicht sowohl verbietenden Gesetzen zuwider gehandelt, als vielmehr nur einen Handel geschlossen haben, dem die Gesetze den völligen gerichtlichen Effect nicht gestattet wissen wollen, das wirkliche Daseyn einer Verbindlichkeit an sich nicht zu bezweifeln ist; da es ferner bey manchen verbietenden Vorschriften der Gesetze, welche diese oder jene Personen zu ihrem eigenen Besten von gewissen Rechtsgeschäften ausschließen, vielfältig zutreffen kann, daß nach individuellen Verhältnissen Rechte und Verbindlichkeiten durch den Handel gewirkt werden, obgleich in bürgerlichen Gerichten keine Rücksicht darauf zu nehmen ist; so muß auch in solchen Fällen der Eyd unstreitig diejenige Wirkung haben, welche jede eydliche Zusage an sich mit sich führt, das ist, obgleich der Eyd keine neue Verbindlichkeit hervorbringt, so soll und kann er doch dem Schwörenden die Erfüllung der vorhandenen Pflicht angelegener machen, weil er uns auf die höchsten und triftigsten Bewegungsgründe

Wahrheit, giebt und nimmt kein Recht, das nicht ohne dieselbe schon da gewesen; legt dem Anrufenden auch keine Verbindlichkeit auf, die ihm nicht auch ohne dieselbe schon obliegt. Sie dienen blos, das Gewissen der Menschen, wenn es etwa eingeschläfert seyn sollte, aufzuwecken, und auf das aufmerksam zu machen, was der Wille des Weltrichters schon so von ihm fordert.“ Die in den finstern Zeiten des Aberglaubens aufgekommene Lehre, daß der Eyd eine neue Verbindlichkeit und zwar gegen Gott hervorbringe, eine Quelle der abscheulichsten Mißbräuche, hat indessen viele Anhänger gefunden, bey denen man mehr Aufklärung hätte vermuthen sollen; z. B. Grotius im Iure belli et pacis, Lib. 2. c. 13. §. 14. behauptet, daß ein erzwungener Eyd verbindlich sey. Etsi enim, sagt er, personae ius deficiat, *cum Deo tamen negotium est*, qua de causa iuramentum *voti* nomine nuncupatur. Man sehe dagegen Gottl. Ben. HOFFMANN D. de iurisiurandi obligatione accessoria, Lipſ. 1762. AYRER D. de abusu iuram. p. 49. Iust. Henn. BOEHMER Iur. Eccles. Lib. II. tit. 24. §. 12. MALBLANC de iureiur. §. 10.

gründe zur Treue und Redlichkeit zurückführet. Wenn also das Naturrecht uns belehret, daß eydliche Zusagen eine vorhandene Verbindlichkeit verstärken, und daß der Meineydige sich zwiefacher Ungerechtigkeiten gegen Andere schuldig mache, indem er einmal sein Versprechen nicht erfüllt, und hiernächst dem Andern ein gerechtes Sicherheitsmittel vereitelt [k]), so gebe ich auch gern zu, daß dieses alles in dem Falle zutreffe, wenn ein Minderjähriger eydlich angelobt, einen bürgerlich ungültigen Handel, von dem er aber in seinem Gewissen überzeugt ist, daß er ihn halten müsse, zu erfüllen; wenn eine Frauensperson sich mittelst Eydes verbürgt, oder ohne Curator eine eydliche Zusage leistet; wenn ein filius familias die Wiederbezahlung einer Geldanleihe, mittelst Eydes, verspricht, u. d. m. Da des Menschen eigenes Gewissen in einzelnen Fällen sein höchster Richter und Gesetzgeber seyn muß, so ist es richtig, daß die Verpflichtung einen Eyd zu halten, von unserer Ueberzeugung abhange, daß er rechtmäßig, und daß die Erfüllung des Versprechens, welche wir dadurch vergewissern, an und für sich Pflicht sey [l]). Wie stark aber auch immer die Verbindlichkeit einer solchen eydlichen Zusage an sich selbst betrachtet seyn mag; so ist und bleibt es doch nunmehr eine ganz andere Frage: ob und in wie fern sie auch in bürgerlichen Gerichten wirksam sey? Das ist, ob wir nach Vorschrift der Gesetze und des äußern Zwangsrechts zureichende Gründe haben, um behaupten zu dürfen, daß die eydliche Zusage einem an sich ungültigen, oder nicht gänzlich wirksamen Handel die völlige Rechtskraft verschaffen könne? wobey sich aber ohne Erinnerung von selbst versteht, daß hier von dem Falle die Rede nicht sey, wenn das eydliche Versprechen in der Folge unter solchen Umständen geschieht, wo den

k) Höpfner Naturrecht, §. 104. Jacob philosophische Rechtslehre, §. 397.

l) Garve a. a. O. S. 200.

Rechten nach durch Genehmigung eine vollgültige Verbindlichkeit erwachsen kann; denn da würde nicht sowohl der Eyd, als vielmehr die alleinige Ratihabition das Geschäfte klagbar machen. Dieses also zur Zeit noch bey Seite gesetzt, lehrt uns die Natur der Sache, daß der Eyd an sich keinen Grund enthalte, weshalb die bürgerliche Sanction in Ansehung des Handels ihre Anwendung verlieren sollte; denn durch die eydliche Zusage werden ja die Verhältnisse und Ursachen nicht aufgehoben, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber veranlaßt worden ist, den Handel als ungültig zu verwerfen, oder ihm die völlige Gerichtliche Wirkung zu versagen. Der Minderjährige, welcher ohne Vormund eydlich contrahirt, ist doch immer ein Minderjähriger, und der Leichtsinn, der ihn zu dem Handel an sich verleitet, kann auch beym Eyde obwalten; eben der Nachtheil, welcher jungen Leuten durch die Geldanleihen, durch das Borgen wider die Creditedicte zugefügt werden kann, ist darum nicht weniger zu befürchten, weil ein verschmitzter Wucherer sich mit einem eydlichen Wechsel zu prospiciren gewußt hat. So lange wir also bey den allgemeinen Gründen des Vernunftrechts stehen bleiben, ist auch die Folgerung über alle Zweifel hinweg, daß der Eyd, als solcher, nie ein Rechtsgeschäfte vollgültig machen könne, wenn es sonst nach Vorschrift der Gesetze nicht völlig wirksam ist, obgleich, wenn der Schuldner sein Gewissen zu Rathe zieht, ihn billig nichts abhalten sollte, seinem Versprechen genau nachzukommen. Die Angelegenheiten unsers Gewissens gehören aber nicht vor das menschliche Forum, und können also den Richter nicht ermächtigen, von der einmal durch Gesetze bestimmten Rechtspflege blos des Eydes wegen eine Abänderung zu machen. Ja die Vernunft belehrt uns noch weiter, daß es sogar ganz verkehrt und zweckwidrig seyn würde, wenn der Gesetzgeber einem Jeden frey stellen wollte, seine zum Besten des Staats abzweckenden Vorschriften durch Eydschwüre zu vereiteln; denn entweder die Gesetze,

welche

welche der Eyd unanwendlich machen soll, taugen im Grunde nicht, oder sie sind gut, und dem Zweck des Ganzen angemessen. Im ersten Fall sollte man sie abschaffen, oder wenigstens besser modificiren, so wäre es nicht nöthig, den Eyd, als ein Mittel gegen die Chikanen herbey zu rufen, welche dergleichen Gesetze gleichsam selbst autorisirt haben. Im zweyten Falle ist es ein offenbarer Unsinn, das Ansehen der Gesetze und ihre Gültigkeit der Willkühr der Partheyen Preiß zu geben, und der schändlichste Mißbrauch einer nach Vernunft und Religion überaus heiligen Sache, wenn der Eyd dazu angewendet werden darf, um dasjenige, was gute Ordnung aufrecht erhalten soll, wieder rückgängig zu machen, ja es ist unvermeidlich, daß nicht durch diesen Mißbrauch allmählig eine Leichtsinnigkeit gegen den Eyd überhaupt einreissen sollte, wobey am Ende der politische Zweck, welchen der Eyd befördern soll, aber nicht anders befördern kann, als wenn die Heiligkeit desselben bey den Unterthanen in der höchst möglichen Achtung und Ehrfurcht stehet, gänzlich verfehlt, wohl aber Statt dessen eine Geringschätzung des Eydes, und eine Gleichgültigkeit dagegen veranlaßt wird, welche auf die Sittlichkeit und religiöse Denkungsart des Volkes überhaupt den nachtheiligsten Einfluß hat.

Was nun solchergestalt aus der Natur der Sache als klare Folge einleuchtet, dazu darf der Richter nicht erst durch positive Vorschriften angewiesen werden; es genügt, wenn ihm nur nicht das Gegentheil in den Civilgesetzen zur Pflicht gemacht worden ist. Diese Betrachtung kann uns bey Erörterung der Frage: wie sich die Sache eigentlich nach den in Teutschland geltenden positiven Rechten verhalte? nicht nur vieles erleichtern, sondern auch manche Irrthümer vermeiden helfen. Nach römischen Rechten leidet es durchaus keinen Zweifel, daß Versprechungseyde den Geschäften keinen gerichtlichen Ef-

fect beylegen können, den diese sonst nicht haben [b]). Um uns aber hiervon zu überzeugen, ist schon hinreichend, daß keine bestimmten Vorschriften des Gegentheils vorhanden sind, und daß also die Gesetzgebung es bey dem hat bewenden lassen, was die Grundsätze des Vernunftrechts hierüber bestimmen. Kann man dieß noch überdem durch einzelne Gesetzstellen bestärken; so ist es desto besser, nur sollte man hiervon den ganzen Beweis der Sache nicht allein abhängig machen, und dadurch selbst die Schwierigkeiten veranlassen, welche unvermeidlich sind, wenn etwa solche Stellen nicht so ganz allgemein lauten, daß man sie als Regeln für alle Fälle anzusehen hätte. Daß z. B. der simple Vertrag, nach römischen Rechten, durch den Eyd nicht klagbar wird, ist eine Sache, die an sich ihre Richtigkeit hat, obgleich die besondern Gesetze, woraus Malblanc es beweisen will, ihm eigentlich nicht zu Statten kommen [c]). Geht man aber, wie gesagt, von dem Grundsatze aus, daß unsere Civilgesetze in diesem Stücke keine ausdrückliche Abänderung dessen, was die gesunde Vernunft an sich schon mitbringt, enthalten [d]); so

b) Malblanc de iureiurando §. 79. sqq. F. G. I. Burchard D. de effectu iurisiurandi promissorii praecipue renunciationibus beneficiorum adiecti, Rostoch. 1789.

c) L. 6 et 7. §. 16. D. de pactis. In Ansehung der letztern Stelle ist die Richtigkeit der Lesart von Einigen bezweifelt worden. Cujacius Lib. I. Obs. c. 24. erläutert die Worte: iusiurandum de hoc adactum ne quis agat, sehr zutreffend, und zeigt überhaupt, daß hier von solchen Handlungen die Rede sey, welche dergestalt den Gesetzen zuwider sind, daß keine Privatdisposition dagegen Statt finden könne, wohin doch das pactum nudum, in dessen Rücksicht Malblanc diese Gesetze als Beweisstellen anführt, gar nicht gehört.

d) Man hat zwar dergleichen in der L. 1. C. si aduers. vendit. antreffen wollen, jedoch ohne Grund, wie Malblanc S. 300. bündig dargethan hat. Vielleicht kann auch dasjenige, was von der Verbindlichkeit der Minderjährigen überhaupt vorgetragen worden ist, die Sache noch etwas näher erläutern.

so kann danächst von dergleichen bestimmtern Vorschriften zur nähern Erläuterung der Sache ein guter Gebrauch gemacht werden. So ausgemacht nun die Sache nach dem römischen Rechte auch ist, so sehr hat man sich doch in der Folge durch gewisse Grundsätze des päpstlichen Rechts von der rechten Bahn verleiten lassen. Die heiligen Väter hielten es ihren Absichten zuträglich, den Satz, daß durch jeden Eyd eine besondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeugt werde, sammt einer Menge freylich sehr widersinniger Folgen daraus in Gang zu bringen, und dieses hat bekanntlich unendlich viele Verwirrung in der Theorie sowohl, als in der Anwendung veranlaßt. Zuvörderst ist durch Vorschub dieser geistlichen Grundsätze die bekannte Constitution des Kaisers Friedrich I. (Authentica sacramenta puberum) in das römische Gesetzbuch eingeflossen, und in der Folge hat man übrigens fast allgemein angenommen, 1) daß das kanonische Recht in der Lehre vom Eyde dem römischen durchgängig vorgehe [e]; 2) daß aber nach Anleitung des geistlichen Rechts zu unterscheiden sey, ob der sonst unwirksame Handel zu dem absolut verbotenen gehöre, oder ob die bürgerliche Ungültigkeit nur zum Besten des Schwörenden abziele? da denn zwar im ersten Fall das Geschäfte, des Eydes ungeachtet, nicht bestehen, wohl aber im zweyten Falle der Eyd die Wirkung haben soll, daß derjenige, welcher ihn geleistet, an sein Versprechen gebunden, und die Gültigkeit desselben zu bestreiten nicht weiter befugt sey [f]. Es herrschen indeß selbst unter den Rechtsgelehrten, welche im Ganzen das Ansehen des kanonischen Rechts in diesem Punkte auch bey den Protestanten nicht bestreiten, dennoch, wenn es auf nähere Anwendung und Bestim-

e) Iust. Henn. Boehmer in iure Protest. Lib. II. tit. 24. §. 23.

f) Hellfeld in iurispr. forens. §. 341. Boehmer c. l. §. 24. sqq.

mung in den einzelnen Fällen ankommt, so mancherley verschiedene Meynungen, daß eben dadurch auch der Gerichtsgebrauch sehr ungewiß, und überhaupt die Rechtspflege äußerst schwankend und unsicher geworden ist. Ein ganz natürlicher Anlaß dazu ist unstreitig darin zu setzen, daß die Stellen des päpstlichen Rechts, welche dem ganzen Lehrgebäude zur Grundlage dienen sollen, die Sache nicht allgemein und bestimmt genug umfassen, welches zwar auf der Einen Seite häufig genutzt wird, um die Lehren des Vernunftrechts gegen den Aberglauben in Schutz zu nehmen, oder auch auf der andern Seite zu allerhand verdrehenden Deutungen Gelegenheit giebt, um die Vernunft unter den heiligen Einfällen des römischen Bischofs gefangen zu halten. Eigentlich haben wir keine ganz bestimmte Vorschrift des kanonischen Rechts, worin jene Distinction unter Geschäften, die absolut verboten, und solchen, die nur zum Privatbesten der Partheyen ungültig sind, mit ausdrücklichen Worten als allgemeine Regel festgesetzt wäre, um darnach die Wirkung des Eydes in allen Fällen zu bestimmen. Vielmehr ist in den Stellen, worauf die ganze Lehre gestützt wird g), nur von zwey einzelnen Materien, von der sonst ungültigen Veräußerung eines Dotalgrundstücks, und der nach römischen Rechten unverbindlichen Entsagung einer künftigen Erbschaft die Rede. Daß nun die päpstliche Sanction, wornach diese Geschäfte durch den Eyd aufrecht zu erhalten sind, auch in allen übrigen Fällen, wo der Eyd mit den bürgerlichen Gesetzen in Collision geräth, gleichfalls zur Norm dienen solle, das sagen die Verordnungen selbst nicht, sondern nur die Ausleger halten sich zu ihrer Extension, nach Anleitung eines Lehrsatzes berechtigt, den der Papst blos als einen Grund jener speciellen Verordnung anführt, wenn er sagt: mulieres ipsae seruare debent huiusmodi iuramenta sine vi et dolo spon-

te

g) C. 23. X. de iurelur. c. 2. de pactis in 6to.

te praestita, quum in alterius praeiudicium non redundent, *nec obseruata vergant in dispendium salutis.*

Da nun die Vorschriften des kanonischen Rechts, wenn man sie genauer nachsieht, noch so manches unbestimmt lassen, und hiernächst auch die vorhin erwähnte Distinction, worauf die Ausleger alles zurückführen, in der Anwendung vielen Schwierigkeiten unterworfen ist, so hat es denn freylich wohl nicht fehlen können, daß in allen einzelnen hierher gehörenden Materien, die Wirkung des Eydes noch immer ein Gegenstand juristischer Zänkereyen geblieben ist [h]). Von Jesuiten ward einmal behauptet, daß jene Vorschriften des Papsts gar nicht die Absicht hätten, dem Eyde in solchen Fällen eine gerichtliche Wirkung beyzulegen, sondern daß sie nur dem Schwörenden eine Gewissenspflicht einschärfen sollten [i]). Dieß nun bey Seite gesetzt, da uns die ganze Fassung der päpstlichen Verordnungen vom Gegentheile überzeugt, verdienen doch diejenigen Folgerungen schon mehrere Aufmerksamkeit, welche man aus dem Grundsatze abgeleitet hat, daß wenigstens bey den erwähnten Stellen des kanonischen Rechts die strengste Erklärung eintreten müsse. Vermöge dieses Grundsatzes, welcher überhaupt genommen, allerdings hier anwendlich ist, hat man bey Geschäften,

h) Ueberhaupt sind hier außer der gründlichen Ausführung des Herrn Prof. Malblanc, folgende Schriften zu merken: Polyc. Mich. RECHENBACH de vi et efficacia iuramenti promissorii et confirmatorii ad ductum c. 28. X. de iureiurando, Alt. 1668. Iac. Frid. LVDOVICI de intellectu Brocardici vulgaris: omne iuramentum seruandum esse, quod salva salute aeterna seruari potest, Hal. 1705. Iac. Fr. KAYSER D. de efficacia iurisiurandi in actibus inualidis et illicitis, Giessae 1736. Io. Mich. ROTERMVND D. de iuramento actibus inualidis adiecta, Erford. 1737. Chr. Fr. Schorcht von der Ungültigkeit des Eydes bey ungültigen Verträgen, Jena 1786.

i) Iust. Henn. BOEHMER in Iure Protest. Lib. II. tit. 24. §. 33.

schäften, die sonst nicht zu Recht bestehen, dem Eyde nur den Effect beylegen wollen, daß dem Schwörenden zwar nicht zu gestatten sey, die Aufhebung des Geschäfts mittelst einer Klage zu verlangen, daß aber, wenn der Handel noch nicht erfüllt seyn sollte, der Schwörende bloß des Eydes wegen nicht belangt werden könne, um dasjenige zu erfüllen, wozu ihn die bürgerlichen Gesetze sonst nicht gezwungen wissen wollen. Diese Meynung hat angesehene Vertheidiger [k]), aber auch eben so bewährte Gegner gefunden [l]). Bey einer solchen Uneinigkeit gerade über diejenigen Vorschriften des kanonischen Rechts, welche den Hauptgrund der Entscheidung in allen hierher gehörenden einzelnen Fällen enthalten sollen, ist es nun sehr leicht zu erachten, daß man vollends in ein Labyrinth von Controversen gerathen werde, sobald man sich die Mühe nimmt, etwas näher ins Detail zu gehen, und in den besondern Fällen über des Eydes Wirkung die Auslegung zu Rathe zu ziehen. Zwar sind fast alle überhaupt darin einig, daß Verträge und Geschäfte, die nicht sowohl zum Besten gewisser Personen ungültig, als vielmehr an sich schon den Rechten nach verboten und unerlaubt sind, keinesweges durch den Eyd gültig werden können. Allein dagegen hat es doch Rechtsgelehrte gegeben, welche behauptet haben, 1) daß eine aus verbotenen Spielen herrührende Forderung durch den Eyd rechtskräftig werde [m]); wiederum andere, 2) welche das Versprechen unerlaubter Zinsen verbindlich und wirksam halten, wenn es eydlich geschehen ist [n]). Die Frage: ob und in wie fern

3)

k) Franzkius Lib. II. resolut. 6. n. 24. sqq. Zoesius ad tit. de iureiur. n. 86. Lyncker analecta ad tit. de iureiur. th. 21. Setser de iuramento Lib. 2. c. 1.

l) Stryck de act. Sect. 1. Mbr. 7. §. 42. 43. I. H. Boehmer l. c. §. 37.

m) Mollenbec in thes. sub tit. de aleat. nr. 17.

n) Ern. Cothmann Vol. I. Resp. 18. nr. 213. Berlich in Concl. P. II. Dec. 268. n. 9. Mit Recht wird das Gegen-

3) ein Minderjähriger sich der Rechte seines Alters bedienen könne, um einen Handel anzufechten, den er eydlich getroffen hat? sollte freylich am wenigsten streitig seyn, weil doch darüber in der bekannten Auth. Sacram. puber. eine besondere Constitution vorliegt. Man darf aber nur die gelehrte Abhandlung des berühmten von Quistorp über diesen Gegenstand zur Hand nehmen, um sich zu überzeugen, wie viel hier noch in der Theorie sowohl, als in der Praxis unausgemacht und schwankend sey o). Eben so verhält sich die Sache in den übrigen Fällen, wenn gefragt wird, 4) ob und in wie fern eine sonst ungültige Verlobung durch den Eyd verbindlich werde p)? imgleichen, ob die eydliche Zusage die Wirkung haben könne, daß 5) aus der Geldanleihe solcher Personen, die zur Zeit des Handels der väterlichen Gewalt noch unterworfen waren, eine gültige Klage Statt finde q)? 6) daß die lex commissoria bey Verpfändungen r); imgleichen eine

Gegentheil gelehrt vom Struv de anatocismo, th. 27. I. H. Boehmer l. c. § 26.

o) Joh. Christ. Edler von Quistorp von eydlich geschehenen Versprechen und Verzichtleistungen der Minderjährigen, in s. Erläut. versch. Rechtsmat. 2tes Stück, S. 370 der 2ten Ausg. Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preussischen Staaten, siebente Samml. S. 70. Malblanc de iureiur. §. 118. not. 171. Voet ad Dig. tit. de minorib. §. 46. sqq.

p) Malblanc c. l. §. 118. Iac. Frid. Keesivs D. de iurisiurandi sponsalib. adiecti efficacia, Lipsiae 1776.

q) Voet ad Dig. tit. de SC. Maced. §. 10. Lauterbach eod. tit. §. 27. Pufendorf Obs. T. II. Obs. 171. Fr. Beckmann Consil. et Decis. Tom. I. Dec. 13. u. a. m. verneinen dieses mit Recht; wiewohl Carpzov P. III. Dec. 256. nr. 13. Stryck in caut. contr. P. 2. c. 1. §. 15. das Gegentheil lehren.

r) Daß schon selbst das c. 7. X. de pign. die eydliche Zusage hier unverbindlich erkläre, wie einige behaupten wollen, I. H. Boehmer iur. Prot. Lib. 2. tit. 24. §. 25. Malblanc

eine nicht gerichtlich geschehene Schenkung über 500 Soliden [s]); 7) der sonst ungültige Vergleich über künftige Alimente [t]); 8) die Schenkung unter Ehegatten [u]); 9) die Bürg-

BLANC c. l. ist bey genauer Prüfung der Rechtsangelegenheit, wovon an gedachter Stelle gehandelt wird, nicht füglich anzunehmen. Der Schuldner hatte sich zwar eydlich verbindlich gemacht, das Pfand binnen einer gewissen Zeit einzulösen, oder es dem Gläubiger gänzlich zu überlassen, aber auch bereits alle Vorkehr zur Einlösung getroffen, und er war seiner Seits gänzlich außer Schuld, daß das Geld nicht zur rechten Zeit in die Hände des Gläubigers kam. Da ihn nun der Papst aus dieser Ursache von der Erfüllung seines eydlichen Versprechens dispensirt, so erhellt ziemlich klar, daß auf den Fall, wenn der Schuldner solche Gründe nicht vor sich haben sollte, die gedachte päpstliche Verordnung nicht anwendlich sey. Man kann auch nicht immer annehmen, daß die lex commissoria einen unerlaubten Wucher in sich schließe; weshalb denn einige in dieser Hinsicht unterscheiden, ob wirklich eine vsuraria prauitas unter dem Vertrage verborgen sey, oder nicht; und nur im ersten Falle, jedoch nicht in dem letztern, den Eyd unwirksam halten, ERXLEBEN de pignor. §. 110. wiewohl andere durchgängig den erwähnten Vertrag, wenn er eydlich geschlossen ist, für gültig erklären, BRVNNEMANN ad L. fin. C. de pact. pignor. SCHLEIERMACHER D. de pacto commissorio in pignore, Giessae 1702. §. 20. Das Gegentheil vertheidigt de BEHMER in iur nou. cont. Obs. 137.

s) I. H. BOEHMER c. l. §. 31. I. A. HELLFELD iurispr. forens. §. 1702. halten dafür, daß der Eyd den Mangel der gerichtlichen Insinuation ergänze; das Gegentheil behauptet aber, Iac. Frid. LVDOVICI de genuino intellectu Brocardici vulgaris: omne iurament. etc. §. 12. sqq. AYRER D. de abusu iuram. §. 40.

t) BOEHMER c. l. §. 30. BRVNNEMANN ad L. 8. C. de transact. imgleichen STRYCK in vsu mod. Lib. 2. tit. 15. §. 11. wollen in diesem Falle den Bestand des Vergleichs vertheidigen; der angeführte Ludovici und Ayrer lehren das Gegentheil.

u) COCCEII in iure controv. tit. de donat. inter vir. et vxor. qu. 3. I. H. BOEHMER c. l. §. 32. und lib. 4. tit. 20. §. 74. finden alsdenn diese Schenkung unwiderruflich.

Bürgschaft der Frauenspersonen x); 10) alle Rechtsgeschäfte derselben, ohne die sonst erforderliche Zuziehung des Geschlechtsvormundes y), dadurch aufrecht erhalten werden können? u. d. m.

Wenn man die Geschäfte der Minderjährigen, und die Bürgschaft der Frauenspersonen ausnimmt, von denen es nun freylich, theils durch ausdrückliche Gesetze, theils durch einen entschiedenen Gerichtsgebrauch ausgemacht ist, daß der Eyd den sonst unwirksamen Handel gültig mache; so stimme ich im übrigen gern der Meynung bey, daß in Protestantischen Gerichten keinesweges nach den irrigen Lehren des päpstlichen Rechts, und den noch unrichtigern Folgerungen, welche von Zeit zu Zeit daraus abgeleitet sind, zu verfahren sey. Der Satz: daß das kanonische Recht vorzüglich in der Lehre vom Eyde, dem römischen vorgehe, gehört bey genauerer Prüfung offenbar unter diejenigen Meynungen, welche sich zuletzt in bloße Vorurtheile verlieren. Dies ist von andern bereits so bündig dargethan, daß ich es sicher als erwiesen annehmen darf z). Die ganze Summe der päpstlichen Vorschriften, daß der Eyd einen bürgerlich ungültigen Handel verbindlich und wirksam machen könne, beruhet auf dem irrigen Grundsatz, daß der Eyd eine besondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeuge, daß also das Haupt der Kir-

x) Der Gerichtsgebrauch, daß in solchem Falle die Bürgschaft der Frauenspersonen zu Recht bestehe, ist nicht mehr zu bezweifeln; Malblanc a. a. O. woselbst die vorzüglichsten Schriftsteller, welche diesen Vorwurf bearbeitet haben, angeführt sind. Man sehe auch Oesfeld über die Eydesleistungen, §. 13.

y) Hommel Rhapsl. Quaest. Obs. 274. ist der Meynung, daß der Handel durch den Eyd gültig werde, wenn dieser körperlich abgeleistet worden, nicht aber, wenn die eydliche Zusage nur schriftlich geschehen wäre.

z) Malblanc l. c. §. 116. sqq.

Kirche, und überall die geistlichen Gerichte an Gottes Statt auf die Erfüllung solcher eydlichen Zusagen ohne Rücksicht weltlicher Anordnungen kräftig zu halten, und nur sie das Recht hätten, allenfalls von den besondern Pflichten, die der Eyd Jemandem auferlegt, durch die bekannte Relaxation zu dispensiren. Kein vernünftiger Protestantischer Rechtsgelehrter wird leugnen, daß das päpstliche Recht in solchen Vorschriften, welche den gereinigten Religionsbegriffen unserer Kirche widersprechen, bey uns nicht geltend seyn könne. Und gleichwohl legt man diesem Rechte gerade in der Materie einen Vorzug bey, wo alles auf solchen Gründen beruhet, welche unserm Religionssysteme gänzlich zuwider sind. Ja, wenn man auch in dieser Hinsicht den kanonischen Rechten im Ganzen das gesetzliche Ansehen bey uns nicht versagen wollte; so müßte man doch vor allen Dingen auf den eigentlichen Inhalt der päpstlichen Vorschriften Etwas mehr Rücksicht nehmen, und keinen Gebrauch davon machen, ohne zugleich die Regeln genau zu befolgen, welche in der Anwendung positiver Gesetze dieser Art überhaupt zu beobachten sind. Das kanonische Recht enthält, wie wir oben schon bemerkt haben, keine einzige allgemeine Verordnung, welche man als eine ausdrückliche Vorschrift für alle Fälle zu betrachten hätte, da es nur in gewissen einzelnen Fällen dem Eyde eine Wirkung beylegt, die er sonst nach den Grundsätzen des Vernunftrechts und der Civilgesetze nicht haben würde. Daher ist es ja offenbar widerrechtlich, wenn man gleichwohl diese singulairen Vorschriften auf solche Fälle extendiren will, deren doch das päpstliche Recht selbst mit keinem Worte erwähnt. Man wende nicht ein, daß der Grund des päpstlichen Rechts bey jenen einzelnen Dispositionen so allgemein laute, daß er auch in den übrigen Fällen anwendlich sey: cum iuramenta in alterius praeiudicium non redundent, nec obseruata vergant in dispendium salutis aeternae. Es ist schlimm genug, daß die Ausleger sich erlaubt haben, diesen Satz, welchen der Papst nur als den Grund seiner auf einzel-

ne

ne Gegenstände gerichteten Vorschriften anführt, ganz willkührlich in die allgemeine Regel umzuschaffen: omne iuramentum seruandum est, quod salua salute aeterna seruari potest, wie wir es in mehrern Lehrbüchern und Systemen des bürgerlichen Rechts antreffen. Tales irregularitates, sagt Hommel [a]), familiari vitio in regulas conuertunt iureconsulti. So unrichtig aber dieses ist, so fehlerhaft ist auch der Gebrauch davon in der Anwendung. Daß der Eyd den Rechtsgeschäften keine andere Wirkung geben kann, als sie sonst in gesetzlicher Ordnung haben, muß natürlich als Regel des Vernunftrechts in Gerichten so lange gelten, bis klare positive Gesetze das Gegentheil bestimmt haben. Verordnungen, welche dieß letztere in bestimmten einzelnen Fällen verfügen, können aber auch nicht weiter, als auf die besondern Gegenstände, wovon sie handeln, angewendet werden. Die Regel: wo der Grund des Gesetzes eintritt, da gilt auch die Verordnung desselben, ist hier ohne Mißbrauch nicht anzuwenden, sondern in den ausdrücklich nicht genannten Fällen den Vorschriften des Vernunftrechts nachzugehen. Nichts desto weniger wird immer noch von jenen Verordnungen des päpstlichen Rechts ein seltsamer Gebrauch gemacht, und dieser ist unter Autorität der bewährtesten Rechtsgelehrten [b]), dergestalt eingerissen, daß die triftigsten Gründe bisher dagegen wenig oder gar nichts haben ausrichten können. Der gewissenhafte Brunnemann [c]) hält es sogar nach seinen Begriffen von der Heiligkeit des Eydes nicht

a) Hommel. Rhapsod. quaest. obs. 784. n. 9. obs. 511. et 643.

b) I. H. Boehmer c. l. §. 29. C. F. Hommel Obs. 274. Hellfeld Iurispr. forens. §. 341. Strubens rechtl. Bedenk. Thl. 1. Num. 24.

c) Ioh. Brvnnemann Com. ad Cod. Tit. si aduersus venditionem ibique auth. Sacram. pub. Hartm. Pistor P. IV. qu. 6.

nicht einmal erlaubt, wenn die gesetzgebende Macht durch zweckdienliche Verordnung dem Mißrauch abhelfen wollte. Und gleichwohl ist dieß das einzige und sicherste Mittel, um die Rechtspflege mit der gesunden Vernunft wieder auszusöhnen.

Die Hollsteinischen Provinzialgesetze haben dergleichen heilsame Vorschriften aufzuweisen, welche überhaupt die Abstellung des überflüssigen und zweckwidrigen Gebrauchs der Eyde zum Vorwurf haben, die aber auch besonders in Rücksicht auf den Gegenstand, wovon hier die Rede ist, zu den wohlthätigen Anstalten gehört, deren Bekanntmachung auch den auswärtigen Leser allemal interessirt. Sie lautet wörtlich also: „Auf eben die Art, als wir die Eyde in den Gerichten, so viel möglich, eingeschränkt wissen wollen, soll auch den außergerichtlichen Eyden dahin Ziel und Maaße gesetzt seyn, daß nicht nur bey unzulässigen, in den Gesetzen verbotenen Handlungen und Vereinbarungen, die zu vermeynter Bestärkung derselben hinzugefügte Schrift- oder körperliche Eyde, ohne alle rechtliche Kraft und Wirkung, und diejenigen, so dergleichen begehren oder leisten, dafür einer willkührlichen Strafe unterworfen seyn, sondern auch ins künftige Niemand von seinem Schuldner ein eydliches Versprechen, zu der gesetzten Zeit ohnfehlbar Zahlung zu leisten, bey arbitrairer Pön verlangen oder annehmen, und der etwanige Eyd, mit welchem andere an sich erlaubte Contracte, Verträge und Verzichte bestätigt werden möchten, keine mehrere oder stärkere Verbindlichkeit, als die Sache, denen Rechten nach, an sich hat, bewirken, mithin auch darauf in der richterlichen Erkenntniß kein Bedacht genommen, sondern wo die bisherigen Gesetze, oder das Herkommen desfalls ein anderes mit sich brächte, solches hiermit ausdrücklich aufgehoben seyn soll; um so viel mehr, da die in den kanonischen Rechten dem Eyde bey bürgerlichen Geschäften und Handlungen beygelegte Wirkung einer neuen Verbindlichkeit manchen Mißbrauch nach sich gezogen hat, und an sich auf verworfenen Grundsätzen beruhet.

ruhet. Wie denn insbesondere Unser allergnädigster Wille und Meynung dahin gehet, daß, wenn eine Frauensperson ihren weiblichen Vorrechten, oder einer künftigen Erbschaft renunciirt, oder ein Minderjähriger irgend eine verbindliche Handlung, es sey in einem Eheberedungsfalle, oder in andern bürgerlichen Angelegenheiten, eingehet, der hinzugekommene Eyd die Wirkung einer stärkeren Verbindlichkeit, als die Rechte der Handlung an sich selbst beylegen, ebenfalls nicht haben, mithin als unnütz weiter nicht Statt finden, und dahingegen der Zweck, mit dergleichen privilegirten Personen gültig und rechtsbeständig zu contrahiren, dadurch erreicht werden solle, daß, wenn eine Frauensperson sich verbürget, oder ihres Erbrechts begiebet, solches vor Gericht, und nach genugsamer Unterrichtung derselben von den Vorrechten und Befugnissen, deren sie sich verzeihet, geschehe, und über diese Handlung ein förmliches Protokoll gehalten werde. Desgleichen wenn ein Minderjähriger contrahiret, solches mit ausdrücklicher Einwilligung seines Vormundes, und in beträchtlichen Fällen, da dieser, seiner Sicherheit halber, ohnehin gerne gedeckt seyn wird, mit Vorwissen und Genehmigung der Obrigkeit, auf ein, nach untersuchter Sache abzufassendes Erlaubnißdecret geschehe. Gleichwie Wir übrigens, in Ansehung der sich verbürgenden, oder ihres Erbrechts sich begebenden adelichen Frauen und Jungfrauen, es bey der Landesgerichtsordnung Part. IV. Tit. V. §. 10. 11. in alle Wege bewenden lassen; also wollen und verfügen Wir annoch, daß, wenn Jemand, der nicht dazu von Amtswegen befugt ist, sich nach diesem unterfangen sollte, minderjährige Personen, die noch unter Vormündern stehen, in einiger Absicht mit einem Eyde zu verbinden, er sowohl als der Vormund, von dem diese eydliche Verpflichtung etwa gestattet würde, desfalls willkührlich zu bestrafen sey [d]).“

d) Allerhöchste Königliche Verordnung wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eyde, d. d. 11. Dec. 1758.

Das allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten verordnet gleichfalls, daß durch eydliche Bestärkung kein Vertrag mehrere Kraft erhält, als ihm die Gesetze schon an sich beylegen [e]). — Diese vortrefliche Ausführung von der Wirkung des Eydes, der zur Bestärkung eines bürgerlichen Geschäfts dienen soll, ist mit der Erklärung zu vergleichen, welche Hr. HR. Glück Thl. 4. S. 542. bis 557. seiner Erläuterung der Pandekten vorgetragen hat.

Außer der Bestärkung der Verbindlichkeit durch einen Eyd, giebt es noch viele solche Verstärkungs- und Sicherheitsmittel, nämlich die Bürgschaft, das Pfandrecht, die Bestellung einer Hypothek, der Vorbehalt des Eigenthumsrechts, das constitutum possessorium, die Verschreibung nach Wechselrecht, zu persönlichem Arrest, u. s. f. welche Materien hier nicht erklärt werden können, da sie eigene Titel der Pandekten einnehmen, wo sie g. G. ausführlich erläutert werden sollen [f]).

§. 343.

Wir haben zeither die **Beschaffenheit** eines gültigen **Vertrags** von allen Seiten betrachtet; nunmehr soll von dem **Rechte**, welches durch einen Vertrag erworben wird, Etwas gesagt werden. Wenn ein **Vertrag** nach Vorschrift der Gesetze geschlossen worden ist, so hat der **Promissar**, das heißt, derjenige, dem Etwas versprochen worden ist, ein vollkommnes Recht erworben, auf dessen Erfüllung zu klagen. Dieses Recht wird zum Unter-

1758. und deren Extension auf den vormals Großfürstl. Antheil des Herzogthums Hollstein, d. d. Glückstädt den 24. Octob. 1775. §. 14.

e) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Thl. 1. Tit. 5. §. 199.

f) Io. Fr. Kobii comment. de pecunia mutuaticia tuto collocanda. Göting. 1761. c. 3.

Unterschiede von dem dinglichen Rechte, ein persönliches Recht genennt, daß heißt, ein solches, welches nur gegen den Promittenten und seinen Erben, weil er für eine Person mit ihm gehalten wird, verfolgt werden kann. In der L. 3. pr. D. de obligat. et act. beschreibt Paulus dieses persönliche Recht auf folgende Weise: *obligationum* substantia non in eo consistit, vt aliquod corpus nostrum, aut seruitutem nostram faciat, sed vt alium nobis obstringat, ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum [g]). Nach dem römischen Rechte konnte man durch einen bloßen Vertrag, der Regel nach, kein dingliches Recht, wohin hauptsächlich das Eigenthumsrecht gehört, erwerben, weil diese Arten der Rechte durch die Uebergabe erlangt werden müssen, wie in der L. 20. C. h. t. bemerkt wird, wo es heißt: *traditionibus* dominia rerum, *non nudis pactis*, transferuntur. Dieser Hauptgrundsatz des römischen Rechts hat jedoch ebenfalls seine Ausnahmen; nämlich wenn ein Vertrag ausdrücklich in der Absicht geschlossen worden, daß der Promissar dadurch ein dingliches Recht bekommen sollte, und der Handel war so beschaffen, daß keine Tradition dabey nöthig war, so erlangte man auch durch einen bloßen Vertrag ein dingliches Recht. Ein dingliches Recht erlangte man z. B. ohne die Tradition durch den bloßen Vertrag, wenn man eine Hypothek bestellt, oder Jemandem eine negative Servitut zugestanden hatte. Der Verkäufer kann sich ein dingliches Recht durch einen bloßen Vertrag verschaffen, wenn er seine Sache mit Vorbehalt des Eigenthums verkauft, oder das pactum commissorium oder addictionis in diem, mit dem Kaufcontracte verbunden hat, welche Verträge an ihrem Orte erklärt werden sollen [h]).

g) Ian. a COSTA in praelect. ad illustriores quosdam titul. locaque select. iur. ciu. pag. 90.

h) Io. Christ. SCHROETER D. de pactis rem afficientibus, Ienae 1729.

Das bürgerliche Verhältniß der Paciscenten war bey den Römern eine Haupturſache, daß die gerichtliche Wirkung der Verträge, die zum Beſten eines Dritten geſchloſſen werden, ſehr eingeſchränkt wurde. Man ſtellte den Rechtsſatz auf: Jeder kann nur für ſich, nicht für Andere paciſciren. In der L. 11. D. de oblig. et act. ſagt Paullus: quaecunque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona originem trahant, inanem actum noſtrum efficiunt. Et ideo neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, vt alter ſuo nomine agat, poſſumus. Ulpian bemerkt in der L. 38. §. 17. D. de verb. oblig. — inventae ſunt obligationes ad hoc, vt vnusquisque ſibi adquirat, quod ſua intereſt; caeterum vt alii detur, nihil intereſt mea. Dieſe Denkungsart empfiehlt ſich eben nicht i). Die Römer hatten von den Rechten und Vorzügen eines freyen Menſchen eben ſo hohe Begriffe, als nichtswürdig und verworfen in ihren Augen die Sclaven waren. Von den letztern wiſſen wir, daß ſie nichts Eigenes haben, noch für ſich erwerben konnten, ſondern daß durch ſie aller Erwerb lediglich für ihre Herren geſchahe. Dieß ward aber auch dergeſtalt als unzertrennliche Folge der Knechtſchaft angeſehen, daß es faſt unmöglich ſchien, in irgend einem Betrachte unter freyen Menſchen ähnliche Wirkungen anzunehmen, und ſo ward freylich aus übertriebener Subtilität, in dem römiſchen Rechtsſyſteme der Grundſatz herrſchend, daß Niemand durch einen freyen Menſchen Rechte erwerben, noch weniger durch ihn zu irgend etwas verbindlich werden könne k). Die Verträge und Stipulationen, heißt es ferner, haben eigentlich unter den Menſchen nur den Zweck, damit

i) Kress in Diſſ. de rationibus decidendi in var. iur. et reſp. c. 2. §. 9.

k) L. 78. §. 4. D. de regul. iur. L. 11. D. de oblig. et act. L. 136. §. 1. D. de verb. oblig. L. 1. C. per quas perſon.

damit Jeder dadurch sein eigenes Bestes befördern möge [1]). Die Formalität der Stipulation, wobey man blos an Worten klebte, und auf deren Feyerlichkeit die ganze Rechtswirkung beschränkte, kam noch besonders hinzu; ein Dritter, welcher zur feyerlichen Handlung selbst nicht mit contrahirt hatte, konnte daraus weder klagen noch belangt werden. Diese Grundsätze sind es, welche, zumal in den ältern römischen Rechten, manche zum Theil ganz vernunftwidrige Folgen erzeugten; z. B. daß sogar derjenige, welcher zur Schließung eines Vertrags in seinem Namen Auftrag ertheilt hatte, dennoch weder Rechte noch Verbindlichkeiten daraus erlangte [m]); und ob man gleich in der Folge bey einzelnen Gegenständen von den übertriebenen Subtilitäten des ältern Rechts wieder abgewichen, und den Vorschriften der Vernunft näher getreten ist, so haben sich doch im Ganzen jene ältern Grundsätze durch alle Epochen des römischen Rechts als Regel erhalten. Wenn daher auch in Bestimmung der einen Frage: ob und in wie fern Jemand aus Verträgen Anderer obligirt werden könne? am Ende die Grundsätze des Vernunftrechts fast gänzlich vorgedrungen sind, wie die sogenannten actiones adiectitiae qualitatis mit mehrerm ergeben, so verhält sich die Sache doch ganz anders, wenn in gewissen Verträgen, zum Besten eines Dritten, etwas versprochen wird, und daher die Frage entsteht, ob dieser aus solchen Verträgen Rechte erlangen könne? Hat er zur Eingehung des Handels Auftrag ertheilt, oder ist der Contract von einer Person, die zum Betrieb seiner Angelegenheiten überhaupt bestellt war, geschlossen, so steht ihm freylich nach neuern römischen Rechten eine nützliche Klage zu, ohne daß er sich den

l) L. 38. §. 17. D. de verb. oblig. §. 18. Inst. de inutil. stipulat.

m) Iust. Henn. Boehmer Diss. de iure ex pacto tertii quaesito, Hal. 1735. c. 1. §. 10—15. incl.

Weitläuftigkeiten der Cession unterziehen dürfte [n]); allein der Fall, da Jemand zum Besten eines Dritten Etwas versprochen hat, ohne daß sein Mitcontrahent bevollmächtigt war, im Namen des Dritten zu contrahiren, wird in dem neuern römischen Rechte immer noch in Gemäßheit der ältern Grundsätze dahin bestimmt, daß es vor allen Dingen darauf ankomme, ob derjenige, dem das Versprechen wirklich geschehen ist, ein Interesse bey der Erfüllung habe, oder nicht? Im letztern Falle bleibt die Sache gänzlich ohne rechtlichen Effect [o]); im erstern Falle aber, weil der Promissarius selbst auf die Erfüllung dringen, folglich seine Klage dem Dritten abtreten kann, ist, ohne diese Cession als nothwendig zu erfordern, dem Dritten die actio vtilis gestattet worden [p]). Es liegt also, wie man deutlich sieht, auch in den neuern römischen Verordnungen immer noch die Idee des ältern Rechts zum Grunde, daß aus Verträgen, die zum Besten eines Dritten geschlossen worden, es sey Kraft vorhandenen Auftrags oder nicht, eigentlich nur derjenige, welcher selbst contrahirt hat, ein Recht erhalte, und daß dieses Recht von ihm allererst auf den Dritten abgeleitet werden müsse; obgleich, um solches zu bewirken, die feyerliche Cession nicht mehr erfordert wird, sondern der Dritte sofort, mittelst der ihm gestatteten nützlichen Klage, an die Stelle des eigentlichen Contrahenten treten darf. Daß nun diese Grundsätze in unsern Gerichten außer Anwendung sind, wird fast durchgängig behauptet, obgleich hin und wieder aus Gründen, die nichts weniger als befriedi-

n) L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distr. L. 16. D. h. t.

o) Si contrahentis nil interest, nec sibi ius agendi adquirit, nec tertio, quia huic vtilis demum competit actio, si paciscens ipse ius, quod cedere possit, adquisiuit. BOEHMER l. c. c. 1. §. 24. nr. 2.

p) L. pen. C. ad exhib. L. 3. 4. C. si cert. pet. L. 37. §. 3. D. de legat. III. L. 26. pr. D. depos.

friedigend sind. Einige Rechtslehrer q) wollen schon aus dem neuern römischen Rechte den Satz beweisen, daß überhaupt ein Dritter, sodann aus Verträgen Anderer klagen könne, wenn er einen Vertrag vor sich hat, welchen Jemand zu seinem Besten mit dem Beklagten geschlossen, und vor seiner, des Klägers, Genehmigung nicht wieder aufgehoben hat; ohne darauf zu sehen, ob der eigentliche Contrahent für sich einen Nutzen oder Interesse von dem Handel habe, oder nicht. Sie berufen sich auf die L. 5. §. 9. D. de constit. pec. und die L. 3. C. de donat. quae sub modo. Allein das erstere Gesetz, wo es heißt: si actori municipium, vel tutori, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur, municipibus solui, vel pupillo, vel furioso; vtilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti vtilem actionem, handelt von Personen, die, Kraft ihres Amtes, schon vollkommen verbunden sind, das Beste eines Andern zu besorgen, die folglich wegen ihrer eigenen Obliegenheit ein Interesse bey dem Handel haben, und mithin beweiset diese Stelle gar nichts. Die Worte des zweyten Gesetzes: quoties donatio ita conficitur, vt post tempus id, quod donatum est, alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictitiae actionis persecutionem competere; sed quum postea benigna iuris interpretatione diui principes ei, qui stipulatus non sit, vtilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur, enthalten wiederum einen Fall, wo der eigentliche Contrahent besonders dabey interessirt

q) Strubens rechtl. Bedenken, Thl. 3. Nr. 11. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden §. 703.

war, daß dem Dritten das Versprechen geleistet würde, weil er selbst zu diesem Zweck aus seinem Vermögen etwas weggegeben, folglich, wenn der modus nicht erfüllt ward, allerdings ein Recht hatte, das Seinige zurück zu fordern. Aus diesem Grunde wird auch dem Dritten die Klage, welche eigentlich dem Schenker zustehen würde, vtiliter gestattet: actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. Wir finden auch selbst in den Institutionen des Kaisers Justinians [r]) die Regel: alteri stipulari nemo potest, sed si quis stipuletur alii, *quum eius interesset*, placuit stipulationem valere. Andere Rechtsgelehrte setzen den Grund jener Behauptung in einigen Vorschriften des kanonischen Rechts [s]), die aber den Punct keinesweges im Allgemeinen und so bestimmt entscheiden, daß nicht noch wichtige Zweifel übrig bleiben sollten. Noch Andere nehmen blos zu dem Gerichtsgebrauche und der Praxis ihre Zuflucht, ohne sich um weitere Gründe zu bekümmern [t]). Bey dieser Verschiedenheit fehlt es denn auch nicht an Rechtsgelehrten, welche wirklich der Meynung geblieben sind, daß noch heutiges Tages den erwähnten Grundsätzen des römischen Rechts nachzugehen sey [u]). Unstreitig würde man aber eher zu dem Ziele kommen, wenn man die Unanwendbarkeit der römischen Gesetze geradezu daraus ableitete, weil die Gründe dieser Gesetze bey uns nicht statt finden, vorzüglich aber, weil das Hauptprincipium, worauf die ganze Legislation in dieser Materie sich stützt, daß man nämlich durch einen freyen Menschen kein Recht erwerben könne, blos der römischen Verfassung und Form der Verträge eigen ist, an sich

r) §. 19. 20. Inst. de inutil. stipul.

s) Alphonf. de Olea de cession. tit. 4. qu. 9. nr. 34. c. 17. X. de praeb. in 6to. c. 2. de vsur. in 6to.

t) Mevius in Dec. P. IV. Dec. 112. n. 4. 5.

u) Harprecht in Conf. 30. nr. 344.

sich aber keinen vernünftigen Grund hat, und daher auch in Teutschland nie angenommen worden ist. Es wird daher weder eine förmliche Cession, noch der Umweg der sogenannten nützlichen Klagen erfordert, um dem Dritten, zu dessen Besten der Vertrag geschlossen ist, ein Recht daraus beyzulegen; sondern es genügt, wenn er die zu seinem Besten geschehene Zusage acceptirt hat, ehe die eigentlichen Contrahenten davon zurück getreten sind, ohne darauf zu sehen, ob selbst derjenige, dem für einen Dritten etwas versprochen worden, irgend ein anderes Interesse dabey habe, als das gemeine Interesse der Freundschaft und Menschenliebe x).

§. 344.

Die letzten beyden wichtigen Fragen, die nach Anleitung des Hellfeldischen Lehrbuchs zu erklären sind, gehen dahin, ob Verträge mündlich oder schriftlich abgefaßt werden müssen, und wie die Erklärung eines Vertrags zu machen sey? Nach den Vorschriften des römischen Rechts ist es kein wesentliches Stück, daß ein Vertrag **schriftlich** abgeschlossen werden muß, sondern die bloße Einwilligung der Paciscenten giebt dem Vertrag die vollkommenste Gültigkeit. Es ist daher als eine Ausnahme zu betrachten, daß einige Contracte schriftlich abgefaßt werden sollen; dieses rührt aber entweder von der **Natur** des Vertrags her, oder weil man es um der Sicherheit willen für nöthig geachtet hat. Die Natur des römischen **Literalcontracts** erfordert es, daß er schriftlich abgefaßt werden mußte, und das Nämliche ist bey unsern **Wechseln** der Fall. Um der Sicherheit willen

x) Wernher Obs. P. I. obs. 182. Leyser Spec. 579. Med. 4. Stryck in vsu mod. Lib. II. tit. 14. §. 12. de Pvfendorf Obs. Tom. II. obs. 38. §. 20. Fratr. Beckmannorvm Consil. et Decis. Tom. I. Resp. 5. p. 89. sqq.

willen wurde es eingeführt, wenn eine Kirche ein Grundstück zur emphyteusis überlassen wollte, so solle der Contract schriftlich darüber abgefaßt werden. In Teutschland ist es um des Besten des Bauernstandes willen vorgeschrieben worden, daß die Heyrathsverträge der Bauern schriftlich aufgesetzt werden sollen; und nach dem neuesten Preußischen Gesetzbuch soll jeder Vertrag, dessen Gegenstand mehr als 50 Rthlr. beträgt, schriftlich abgefaßt werden, damit die Partheyen mehr gesichert werden y). Auch die Paciscenten können es mit einander verabreden, daß sie den Vertrag schriftlich schließen wollen z). Die Consensualcontracte werden oft auch schriftlich aufgesetzt; ja oft wird ausgemacht, daß sie nicht eher verbindlich seyn sollen, als bis sie aufgesetzt, unterschrieben und untersiegelt seyn würden. In diesem Falle sagt man, die Partheyen haben in scriptis contrahirt. Es ist also ein Unterschied a) zwischen einem mündlich abgeschlossenen, und nachher nur des Beweises wegen schriftlich aufgesetzten Contract, und b) zwischen einem in scriptis geschlossenen. Haben die Partheyen weiter nichts ausgemacht, als dieses, daß der Contract schriftlich aufgesetzt werden solle, so folgt noch nicht allezeit, daß sie in scriptis haben contrahiren wollen. Um dieses behaupten zu können, wird erfordert, daß es entweder die Contrahenten ausdrücklich erklärt haben, oder daß es aus den Umständen folge. Im Zweifel ist anzunehmen, daß der schriftliche Aufsatz blos des Beweises wegen gebraucht worden a). Gieng die Absicht der Paciscenten dahin, daß

y) Hr. HR. Runde im teutschen Privatrechte, §. 186. S. 138. Allgem. Landrecht für die preuß. Staaten, 1. Thl. 5. Tit. §. 131.

z) Eu. Otto D. de contract. in scriptis celebratis. Frommann Diss. de conuentione in scriptis.

a) Hvber ad Dig. tit. de contr. emt. Brvnnemann ad L. 17. C. de fide instrum. Stryck caut. contr. Sect. 2. c. 8. §. 2. sqq. de Pvfendorf in Obseruat. Tom. II. obs. 52.

daß sie den Vertrag schriftlich schließen wollen, so ist der Vertrag nicht eher gültig und verbindlich, als bis der schriftliche Aufsatz ausgefertigt, und von den Partheyen unterschrieben worden ist. Vor dieser Unterschrift hat gar keine Klage statt, auch nicht einmal auf die Abschliessung des Contracts [b]). So oft nun schriftliche Ausfertigungen der geschlossenen Verträge gemacht werden, es sey der Form oder des Beweises wegen, so müssen solche den Contrahenten vorgelesen, und, wo es nöthig ist, erklärt werden; sonst ist der Inhalt unverbindlich, und der Notarius, welcher hierin seine Pflicht versäumt hat, muß allen Schaden ersetzen [c]).

In einem praktischen Commentar über die Pandekten wird man doch wohl auch Grundsätze von der Verfertigung der Urkunden über Verträge und Contracte suchen. Daher ich solche vorzutragen für Pflicht gehalten habe [d]). Bey den Verträgen, die zuerst mündlich abgeredt werden, schreibt Hr. HR. Claproth a. a. O. muß für den Beweis desjenigen, was abgeredet ist, gesorgt werden. Zeugen dazu zu nehmen, ist wegen der Abhörung kostbar und weitläuftig. Die Römer ließen häufig, um den Beweis zu erleichtern, ihre Contracte in die Bücher der Wechsler eintragen. Etwas ähnliches hat das Eintragen in die Bücher auf den Börsen damit, wenn ein Kaufmann ein Blatt darin hat. Bey wichtigen Verträgen ist es immer rathsam, nicht blos einen Notarius oder sonstigen Schmierer, zum Entwurf des Contracts, sondern einen in diesem Geschäfte geübten und geschickten Rechtsgelehrten zu wählen; ja die Landesherren sollten ernstlich verbieten,

b) L. 17. C. de fide instr. Westphal vom Kauf, §. 14.

c) Notariatsordnung §. 1. und 12. I. H. Boehmer Diss. de contractu non praelecto, in Exerc. ad Pand. Tom. II. p. 309.

d) Hr. HR. Claproth von Contracten, Thl. 1. §. 45. flg. S. 94.

bieten, daß unerfahrne Leute sich nicht mit Aufsätzen über Contracte abgeben dürften, sondern nur erfahrne Rechtsgelehrte dazu gebraucht würden. Wenn nun die Partheyen übereingekommen sind, so müssen die Verabredungen kurz zu Papier gebracht, und vor Entwurf der Urkunde erwogen werden, was für eine Gattung von Contract oder Vertrag der abzuschließende sey, und wenn mehrere zusammen genommen werden, ob sie mit einander bestehen können. Hat man den zu errichtenden Contract gefunden, so ist zu erwägen, ob alles nach dessen Natur und Eigenschaft, alles, was zur Sicherheit der Partheyen abzielet, gehörig bestimmt, oder ob noch etwas überhaupt oder näher zu verabreden sey, welches den Partheyen vorzuhalten, auch allenfalls ein guter Rath darüber zu ertheilen ist, um auch hierüber den Entschluß der Partheyen zu bewerkstelligen, und alles so zu bestimmen, daß künftigen Streitigkeiten vorgebeugt wird [e]). Ist nun alles in einen vorläufigen Aufsatz gebracht, welches die Punctation genennt wird, und mit dem Notariatsprotocolle die größte Aehnlichkeit hat [f]), so unterschreiben die Partheyen diese Punctation; die förmliche Urkunde wird sodann erst bey mehrerer Muße und weiterem Nachdenken entworfen.

Was die Einrichtung der förmlichen Urkunde betrifft, so kommt es bey allen solchen Schriften auf folgende Absätze an, als 1) auf die Anfangsworte. Die Anrufung der heiligen Dreyfaltigkeit ist nur den Notariatsurkunden eigen, und, wenn der Contract Betrügereyen oder den Zunder zu langwierigen heftigen Streitigkeiten enthält, am unrechten Orte angebracht. Sonst sind die Anfangsworte: Ich (Wir) Endesunterschriebener für mich und meine Erben [g]) (Nachkommen am Amte) urkunde

e) Notar. Ordn. Tit. 4. §. 2.
f) Notar. Ordn. §. 5. 9.
g) Stryck bemerkt ganz recht, daß die Clausel wegen der Erben nach der L. 13. C. de contrah. vel committ. stipulat. über-

kunde und bekenne hiermit ꝛc. oder: Kund und zu wissen sey hiermit jedermänniglich, denen es zu wissen nöthig ꝛc. gebräuchlich. Hiervon ist außer dem uralten Herkommen kein hinreichender Grund anzugeben. Eckard h) leitet diesen Gebrauch von der Zeit der Carolinger her. II) Der Eingang hat alsdenn seinen Nutzen, wenn er so gefaßt wird, daß man daraus die Absicht der Partheyen, hinreichend abnehmen kann i). Ist vorher Etwas vorgegangen und verabredt, was mit dem gegenwärtigen Vertrage Verbindung hat, so wird davon eine kurze, aber hinreichende Erzählung vorausgeschickt. Den Notarien ist verboten, zur Nachtzeit, den Nothfall ausgenommen, Contracte zu entwerfen. Wäre dieß der Fall bey einer Notariaturkunde, so würde dieser Nothfall im Eingange umständlich zu berühren seyn. III) Die verschiednen Verabredungen werden billig mit Zahlen abgetheilt, welches theils zu mehrerer Deutlichkeit, theils zur leichtern Allegation gereicht. Diese verschiednen Abschnitte sind nicht willkührlich durch einander zu werfen, sondern zuerst ist festzusetzen, was der eine Theil, sodann was der andere zu leisten, und endlich was beyde wechselseitig einander versprochen haben. Je kürzer dieses alles gefaßt wird, desto besser; nur nicht so kurz, daß die Deutlichkeit darunter leidet. So wenig als möglich muß man Bewegursachen zu dieser oder jener Verabredung anführen, woferne nicht die Partheyen darauf lediglich ihre Absicht gerichtet haben, und dann ist dieß als die einzige Ursache der Verabredung recht deutlich auszudrücken. IV) Hierauf folgen die Entsagungen, zuerst von einer, und dann von

überflüßig sey, außer bey dem Auftrage, R. F. nou. §. damit auch zum vierten, und wenn sonst die Verbindlichkeit nicht auf die Erben geht.

h) Eckard introd. in rem diplom. Sect. III. c. 1. §. 5. sqq. c. 2. §. 17. sqq. Notar. Ordn. §. 3.

i) L. 134. §. 1. D. de verb. oblig.

von beyden Seiten. Endlich V) die Schlußclausel, welche die Vorlesung, Erklärung, Genehmigung, Unterschrift, Untersiegelung und bisweilen das Versprechen der obrigkeitlichen Bestätigung enthält. Es heißt: Dessen zur Urkunde haben beyde Partheyen diesen gedoppelt ausgefertigten Kaufcontract, nach geschehener Vorlesung, Erklärung und wohl verstandenem Inhalte, als ihre wahre Willensmeynung in Gegenwart N. und N. als erbetener Zeugen, wechselseitig eigenhändig unterschrieben und untersiegelt, wollen auch selbigen auf gemeinschaftliche Kosten der Obrigkeit zur Bestätigung vorlegen. VI) Am Ende wird dann hinzugefügt: Alles getreulich und ohne Gefährde. Letztlich wird VII) mit Anführung des Orts, Tages und Jahres die Urkunde geschlossen. Jene Clausel schmeckt nach der formula Aquilii de dolo malo, deren Cicero gedenkt, und ist mehr ein Schlendrian als von Nutzen, weil heut zu Tage der Betrug alle Verbindlichkeit, auch ohne Verabredung, aufhebet.

Damit eine außergerichtliche Urkunde über einen Vertrag völligen Glauben verdient, so ist rathsam, entweder einen Notarius und zwey Zeugen, oder drey Zeugen bey der Vorlesung, welche unumgänglich nöthig ist [k]), Unterrichtung, Unterschrift und Besiegelung zuzuziehen, und alles dieses durch ihre Unterschrift bezeugen zu lassen [l]). Alles, was nicht aus der Urkunde selbst erwiesen werden kann, z. B. die Auszahlung der Gelder, wozu die Römer oft einen adnumerator brauchten [m]), deren Verwendung zu einem bestimmten Endzweck, die Erfüllung eines wechselseitigen Contracts, das muß durch einen nachherigen Zusatz unter der Urkunde beglaubigt, die

k) L. 76. D. de reg. iur. L. fin. C. plus valere quod agitur etc. L. 10. C. de donat. Notar. Ordn. §. 14.

l) L. fin. C. si certum petat. Nov. 73. in praefat. c. 1. 2. Auth. si quis vult caute Cod. qui pot. in pignor. hab.

m) Nov. 73. c. 7. §. 1. 2.

die Verwendung des Geldes insbesondere aber durch die Quittung derjenigen, so das Geld empfangen haben, bescheinigt werden. Noch sicherer ist es, wenn der Gläubiger das Geld unmittelbar an diejenigen auszahlt, zu deren Befriedigung das Geld erborgt und geliehen ist, weil sonst der Schuldner das Geld leicht auf andere Art verwenden könnte.

Ob eine schriftliche Urkunde auf Pergament oder Papier geschrieben werde, ist einerley; denn die Notariatsordnung, welche verlangt, daß sie auf Pergament geschrieben werden sollen, ist nicht im Gebrauch n). Daß die Schrift leserlich geschrieben sey, daß keine Zusätze auf dem Rande, Aenderungen, unverständliche oder zu Mißdeutung Anlaß gebende Abkürzungen, Zahlen in der Summe gesetzt, oder verschiedene Dinte gebraucht werde, versteht sich von selbst o). Ueberflüßig ist es, wenn Stryck anräth, daß eine Linie auf dem Rande gezogen werden soll; mit Recht verwirft er aber den Zusatz: daß, wenn das Instrument schadhaft würde, solches nicht schaden solle; denn dieses ist ein ungewisser Zufall, worüber der Richter urtheilen muß p). Sollten Aenderungen nothwendig gewesen seyn, und es fehlte an der Zeit, die Urkunde nochmals rein abschreiben zu lassen, so muß solches entweder unter der Aenderung selbst auf dem Rande hinzugesetzt, und diese Bemerkung besonders folgendergestalt unterschrieben werden: „diese Aenderung ist mit meiner (unserer) Bewilligung gemacht worden;“ oder man bemerkt unten bey der Unterschrift: „der oben bey dem §. 4. gemachte

n) §. 12. Inst. de testam. Notar. Ordn. §. item die Notarien sollen u. s. f.

o) Nov. 18. c. 7. Nov. 73. pr. verb. quando calami et atramenti immutatio similitudinis per omnia aufert puritatem. L. 1. §. 1. D. de his quae in test. delent. Notar. Ordn. §. 14. 15. 19.

p) L. 2. D. de his quae pro non script. Stryck in caut. contr. Sect. I. c. 6. §. 3. et 5.

gemachte Zusatz wird hierdurch genehmigt." Wenn eine Urkunde aus mehr als einem Bogen besteht, so ist sie mit einem ungeknüpften Faden so zu heften, daß beyde Enden desselben unter das Siegel gelegt werden können, um des Ausschneiden und Einschieben einzelner Bogen zu verhindern; übertrieben aber ist es, aus der bloßen Verschiedenheit des Papiers eine Verfälschung zu schließen. Das in jedem Lande vorgeschriebene Stempelpapier muß zu jeder Urkunde genommen werden; ist es hierin versehen, so sind die Geldstrafen billiger, als die wunderliche Strafe der Nichtigkeit des ganzen Contracts q). Endlich muß die Unterschrift nicht mit den Anfangsbuchstaben, sondern mit vollem Tauf- und Zunahmen geschehen r). Die Untersiegelung von Seiten der Contrahenten und der Zeugen, ist bey Verträgen nicht unumgänglich nothwendig s). Die Unterschrift bestätigt, der Regel nach, den ganzen Inhalt, wenn die Vorlesung geschehen, oder doch vermuthet werden kann, wenn es nämlich solche Personen sind, die nicht ohne die gröbste Nachlässigkeit eine Urkunde, die sie nicht gelesen haben, unterschreiben würden, und mit dieser Einschränkung ist Stryck zu verstehen t). Ein Blanquet wird vorsichtig so ausgestellt, daß der Endzweck ausgedrückt werde; z. B. Blanquet zur Vollmacht in Sachen u. s. w. N. den u. s. f. Unmittelbar hierunter wird ohne Zwischenraum die Namensunterschrift gesetzt, weil, wenn oben die Worte Blanquet ꝛc., unten aber die Unterschrift stehet, jenes abgeschnitten, und etwas anders über den Namen geschrieben werden kann. Wer nicht als Paciscent, sondern als Zeuge oder Vormund unterschreibt, setzt

q) Stryck de caut. contr. Sect. I. c. 6. §. fin.

r) L. 17. C. de fide instr. L. 39. pr. D. de verb. signif.

s) Nov. 47. in fine.

t) Nov. 136. in fine. Arg. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. Mevius in Dec. P. VI. Dec. 45. Stryck in caut. contr. Sect. I. c. 6. §. 11.

setzt mit Nutzen ausdrücklich hinzu, als Zeuge, als Vormund. Besorgt dieser, daß man seine Unterschrift etwa zum Nachtheil seiner Person mißbrauchen könnte, so wird auch wohl die Protestation hinzugesetzt: jedoch mir ohne Nachtheil [u]). Bey einem Hauptpaciscenten ist dieser Zusatz lächerlich. Wenn aber zum Besten eines Zeugen in der Urkunde Etwas festgesetzt worden ist, ob er gleich nicht als Paciscent genannt seyn sollte, so wird dennoch die Unterschrift desselben als seine Einwilligung und Annahme angesehen. Wenn einer der Paciscenten nicht schreiben und lesen kann, so unterzeichnet er entweder seines Namens- oder einen andern ihm geläufigen Zug (Handmerk), oder drey Kreuze. Gleichwie es aber bey außergerichtlichen Urkunden über wichtige Gegenstände rathsam ist, Zeugen bey der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift der Urkunde zuzuziehen, also ist es noch mehr bey Schreibens und Lesens unerfahrnen Personen nöthig; denn diese Handzeichen zu recognosciren, kann Niemand gezwungen werden [x]), und wenn sie auch als richtig anerkannt würden, so bleibt der Inhalt der Urkunde immer noch ungewiß. Ein anderes ist es, wenn sich Jemand, der seine Hand zum Schreiben nicht brauchen kann, oder zu faul dazu ist, sich eines Stempels bedient, welcher seinen Namen enthält; dieß ist so gut, als wirkliche Unterschrift. Ist nun die ganze Urkunde so ausgefertigt, so ist es bey einseitigen Contracten genug, daß derjenige die Urkunde bekommt, der den Beweis zu führen hat; bey wechselseitigen Verträgen aber ist gemeiniglich einem jeden Paciscenten daran gelegen, eine Urkunde zu haben, und wird daher für jeden ein Exemplar ausgefertigt, welches die Mitpaciscenten wechselseitig un-

 terschrei-

u) L. 8. D. de rescind. vend. L. 26. §. 1. D. de pignor. et hyp. L. 9. §. 1. quib. mod. pign. Die L. 39. D. de pign. act. u. die L. 34. §. 2. D. de legat. II. sind entgegen.

x) Novella 13. c. 8.

terschreiben. Es ist ein mißlicher Rath des Stryck, daß festgesetzt werden müsse, daß, auf den Fall die Urkunde verloren gienge, einer beglaubten Abschrift eben der Glaube, wie der Urschrift, beygelegt werden solle. Alles kommt auf die Beschaffenheit der Beglaubigung an. Unsere Vorfahren gebrauchten, um die Uebereinstimmung zweyer gleichlautenden Urkunden sinnlich zu machen, die Vorsicht, das letzte weiße Blatt beyder Urkunden dichte an einander zu legen, und aus der Hand eine willkührliche Schlangenlinie oder Zickzack in beyde weiße Blätter zu schneiden. Wenn also beyde Urkunden vorgelegt und an einander gehalten wurden, die Einschnitte aber völlig paßten, so war dieses ein unwiderleglicher Beweis, daß beyde Urkunden zu gleicher Zeit verfertigt seyn mußten. Solche Urkunden nennen die Italiäner: charta partita, die Franzosen: charte partie; daraus ist certe-partie gemacht. Ein corrumpirter Ausdruck y). Urkunden, die auf ewige Zeiten beybehalten werden müssen, auf Pergament zu schreiben, mehrere gleichlautende Urschriften zu verfertigen, und sie an verschiedenen Orten aufzubewahren, ist vorsichtig.

Verträge und Contracte müssen so, wie jede andere Willenserklärung eines Menschen, erklärt werden, wenn sie derjenige nicht versteht, dessen Rechte und Verbindlichkeiten daraus hergeleitet werden sollen. Diese Erklärung ist aber oft sehr schwer, und daher findet man in Gesetzen manche einzelne Grundsätze darüber, welche von den Rechtslehrern zusammen gestellt worden sind z). — Hr.

y) Langenbeck in den Anmerkungen über das Hamb. Schiff- und See-Recht, Tit. 15. zur Rubr. §. 4. S. 143.

z) Averanius in interpret. iur. ciuil. II, 30. III. 16—30. IV, 1. 2. 3. 9—17. V, 1. 2. 5—12. Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. I. §. 223—230. p. 176—184. Fr. Alef in Diss. de eo, quod aequum est in dubiis conuentionibus, in *Eius* dieb. acad. Diss. VIII. p. 251. sqq. Car. Frid. Boeschen D. de pactor. ambiguorum interpretatione, Lipsi. 1775. Iust. Henn. Boehmer D. de interpretatione faciendа contra

Hr. HR. Claproth hat am angeführten Orte folgende Grundsätze darüber aufgestellt, indem es daselbst heißt: die Auslegung beschäfftigt sich entweder blos mit den Worten, oder mit dem Sinne eines Vertrages, ist also entweder grammatikalisch oder logikalisch. Von jener gilt die Regel, 1) daß so lange bey dem eigentlichen Wortverstande zu bleiben ist, bis erhellet, daß entweder die Partheyen anders dabey gedacht haben [a]), oder durch Gesetze ein anderes bereits festgesetzt ist [b]). 2) Alle Worte sind so anzunehmen, daß sie etwas würken [c]); 3) was hingegen völlig überflüssig ist, schadet nichts [d]).

Von der logikalischen Auslegung gehören folgende Regeln hierher, 4) daß ursprüngliche teutsche Verträge auch aus teutschen Gewohnheiten und Sitten, römische aber wieder aus römischen Rechten und Einrichtungen, beydes ohne Vermischung der verschiedenen Rechte, erklärt werden müssen. 5) Wenn Etwas gänzlich ausgelassen oder äußerst undeutlich gefaßt ist, so muß der Contract, nach der Hauptabsicht der Partheyen [e]), welche man gewöhnlich im Eingange der Urkunde, auch wohl in der Schlußklausel findet, erklärt werden. 6) Ist die Absicht der Partheyen nicht daraus zu ersehen, so müssen

contra eum, qui clarius loqui debuisset, in Exerc. ad Dig. Tom. II. SCHIERSCHMID D. de eod. argum. Erl. 1766. Hr. HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 49. S. 103. bis 108.

a) L. 96. pr. de legat. III. L. 1. C. plus valere quod agitur etc.

b) L. 6. §. 1. D. de contr. emt.

c) L. 17. D. de reb. dub. L. 67. D. de reg. iur. DINNERVS D. de interpretat. tam contractuum quam conuent. concl. 3. n. 3.

d) L. 94. D. de regul. iur.

e) L. 7. §. 12. D. de pact. L. 33. D. de contrah. emt. L. 3. D. de reb. cred. L. 34. D. de reg. iur. L. 1. 3. 21. D. de reb. dub. c. 6. 8. 15. X. de verb. signif.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0213
DFG

zweifelhafte Stellen milde, und nach denjenigen erklärt werden, was die Partheyen wahrscheinlich dabey gedacht haben [f]). Gleichwie denn auch 7) eine zweifelhafte Stelle so zu erklären ist, daß dasjenige, wovon die Frage ist, mehr aufrecht erhalten werde, als dahin falle [g]). 8) Wenn die Gründe für beyde Theile gleich sind, so muß in einem solchen zweifelhaften Falle wider die Verbindlichkeit [h]) und denjenigen, welcher einen besondern Vortheil aus dem Vertrage zu erhalten sucht, der deutlicher hätte reden müssen, die Auslegung gemacht werden [i]), gleichwie denn auch 9) dasjenige, was außerordentlich ist, wenn es nicht deutlich ausgedrückt ist, für übergangen zu halten [k]). 10) Wenn zweyerley oder noch mehrerley versprochen worden ist, so steht die Wahl bey dem Schuldner [l]), so lange er sich keinen Verzug zu Schulden kommen lässet, hernach aber hat der Gläubiger die Wahl [m]). Ist zu der Wahl ein Zeitraum festgesetzt, so kann vor erhobener Klage eine Aenderung gemacht werden, hernach aber

f) L. 24. D. de reb. dub. arg. L. fin. C. quae res pign. L. 19. pr. D. de condit. et demonstr. L. 9. §. 9. D. de adim. leg. §. 2. Inst. de donat.

g) L. 12. D. de reb. dub.

h) L. 38. §. 18. L. 99. D. de verb. oblig. L. 26. D. de reb. dub. L. 47. D. de oblig. et act. L. 21. 33. D. de contr. emt. vend.

i) L. 39. D. de pact. c. 57. de reg. iur. in 6to L. 25. D. de probat. Es ist ein unnützer Rath, welchen Stryck a. a. O. Sect. I. c. 4. §. vlt. giebt, daß man hinzu setzen solle, daß dem creditori frey stehen solle, den Contract zu seinem Vortheil auszulegen.

k) L. 94. de reg. iur. L. 15. §. 26. D. de iniur.

l) L. 10. in f. D. de iure dot. §. 34. Inst. de act. L. 34. §. 6. D. de contr. emt. L. 57. D. de solut.

m) L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco. L. 11. §. 1. D. de legat. II. L. 105. 106. 138. §. 1. D. de verb. oblig.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0214
DFG

aber nicht mehr [n]). Es ist aber in solchen Fällen rathsam, ausdrücklich im Contracte zu bestimmen, wer von beyden Theilen, und in welcher Maße, die Wahl statt haben soll. 11) Im zweifelhaften Falle ist bey lästigen Contracten immer das Billigste anzunehmen [o]); bey unentgeldlichen Erwerbungen aber, und wenn Jemand einen besondern Vortheil zu erhalten sucht, wie auch bey Entsagungen eine strenge Auslegung zu beobachten [p]). 12) Was zum Besten eines Paciscenten verabredet ist, kann nicht zu seinem Nachtheil ausgelegt werden, und umgekehrt [q]). 13) Unter dem allgemein ausgedrückten werden auch die darunter begriffenen besondern Fälle verstanden, wenn dieses der muthmaßliche Wille der Partheyen gewesen [r]). Wem eine Prästation im Allgemeinen erlassen ist, dem ist sie nicht blos von der gegenwärtigen, sondern auch von der folgenden Zeit erlassen [s]). 14) Wenn mehrere Fälle genannt werden, so ist zu unterscheiden, ob sie als bloße Beyspiele, oder als eine vollständige Erzählung aller Fälle angesehen werden müssen. Es ist rathsam, sorgfältig auszudrücken, ob dieß bloße Beyspiele, oder eine vollständige Anführung aller Fälle seyn solle; widrigenfalls tritt 15) die Regel ein: was ausgedrückt ist, schadet, nicht aber das nicht Ausgedrückte [t]). 16) Ein Verzug tritt nicht

n) L. 112. pr. D. de verb. oblig.

o) L. 56. D. de reg. iur. L. 21. D. de reb. dub.

p) L. 41. L. 155. D. de reg. iur. L. 5. C. de legib. L. 26. D. de reb. dub.

q) c. 7. X. de iudic. c. 5. X. de donat.

r) L. 147. D. de reg. iur. Sonst wird dem generi per speciem derogirt. L. 80. D. de reg. iur.

s) c. 22. X. de priuil.

t) L. 195. D. de reg. iur. L. 52. D. de condit. et demonstr.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn170168506X/phys_0215 DFG

ein, wenn keine Forderung da ist, oder demjenigen, der etwas leisten sollte, keine Schuld beygemessen werden kann [u]). 17) Wenn mehrere Sachen alternativ versprochen worden sind, so wird die ganze Verbindlichkeit aufgehoben, wenn eine von den versprochenen Sachen geleistet, als geleistet angenommen, oder nachher ausdrücklich verabredet worden, daß sie nicht gefordert werden soll [x]). 18) Im zweifelhaften Falle wird vermuthet, daß die Solennitäten bey einem Contract beobachtet worden [y]). 19) Zum Besten des Schuldners wird im zweifelhaften Falle die längste Zahlungsfrist und die geringste Summe angenommen [z]). 20) Wer sich verbindlich gemacht hat, etwas zu geben, der ist nicht schuldig, auch etwas zu thun [a]). 21) In einer allgemeinen Bewilligung ist dasjenige nicht mit begriffen, was Einer wahrscheinlich nicht bewilligen würde [b]). 22) Wer hingegen das Größere bewilligt hat, der hat auch das Kleinere bewilligt [c]). 23) Eine auf mehrere Jahre getroffene Verabredung ist nur als eine einzige anzusehen, ist fortdauernd, und hört nicht durch den Tod, wie ein ähnliches Vermächtniß durch den Tod des Vermächtnißnehmers auf [d]). 24) Ein Irrthum in der Benen-

u) L. 23. D. de oblig. et act. L. 88. D. de reg. iur. BERGER D. de aestimat. maxima in contract rer. fungibil. ex tempore morae praestanda.

x) L. 27. §. 6. D. de pactis.

y) L. 30. D. de verb. obligat. L. 1. C. de contr. et commit. stip.

z) L. 12. 13. 41. 42. 48. 56. §. 5. L. 59. 60. 72. §. 1. 2. L. 83. §. 5. versu: pro quo et illud. L. 109. 118. §. 1. D. de verb. oblig.

a) L. 91. pr. D. de verb. oblig.

b) c. 81. de reg. iur. in 6to.

c) c. 27. X. de decim. L. 58. D. de verb. oblig. c. 35. 80. de reg. iur. in 6to.

d) L. 16. D. de verb. oblig.

nennung schadet nichts, wenn nur beyde Theile in der Sache selbst nicht geirrt haben [e]). 25) Wer sich eine Sache versprechen läßt, die er nicht erwerben darf, hat keine Klage auf die Erfüllung; wer aber eine Sache zu leisten verspricht, die nur er nicht besitzen darf, schadet sich dadurch [f]). 26) Der Werth einer mit beygefügter Bedingung versprochenen Sache wird nach der Zahlungszeit bestimmt [g]). 27) Wenn die Zeit, von welcher die Verbindlichkeit angehen soll, bey einem bedingten Versprechen nicht ausgedrückt ist, und hernach die Bedingung eintritt, so wird sie auf ihren ersten Anfang zurück gezogen [h]).

Der verstorbene Hr. Prof. Hofacker hat in seine Princ. iur. Rom. Germ. ein eigenes Capitel eingerückt, mit der Rubrik: de interpretatione actuum iuridicorum [i]), welches ich hier in der Uebersetzung anführen will. Er schreibt: rechtliche Handlungen, actus iuridici, sind Willensmeinungen der Interessenten, folglich erfordern sie eben so gut, wie Gesetze, eine Auslegung, und diese kann auch in die authentische und doctrinelle Erklärung eines rechtlichen Geschäfts eingetheilt werden. Die erstere Erklärung giebt derjenige selbst, von dem die rechtliche Handlung vorgenommen worden ist; die doctrinelle Erklärung einer rechtlichen Handlung aber wird von Andern, nach den Grundsätzen der juristischen Hermenevtik, vorgetragen.

Von der authentischen Erklärung eines rechtlichen Geschäfts kann man nur alsdenn Gebrauch machen, wenn von solchen rechtlichen Geschäften die Rede ist, wobey es blos auf den freyen Willen desjenigen ankommt, der die

e) L. 22. L. 32. D. de verb. oblig.
f) L. 34. D. de verb. oblig.
g) L. 59 et 60. D. de verb. oblig.
h) L. 64. D. de verb. obligat.
i) Hofacker l. c. T. I. p. 176 — 184.

einseitige rechtliche Handlung vorgenommen hat, und hier gilt die Regel: bey dunkeln Ausdrücken und Sätzen muß vor allen Dingen auf die Meinung desjenigen Rücksicht genommen werden, von dem diese dunkeln Stellen herrühren k). Dergleichen einseitige rechtliche Handlungen sind die Klageschreiben l), die letzten Willensverordnungen m), die Fideicommissarischen Verordnungen n). Erfordert eine rechtliche Handlung die Einwilligung mehrerer Personen, wenn sie vorgenommen werden soll, welches der Fall bey Verträgen und Contracten ist, so kann die einseitige Erklärung eines solchen rechtlichen Geschäffts dem andern Paciscenten nicht präjudiciren o).

Was die doctrinelle Erklärung eines rechtlichen Geschäfts und des darüber abgefaßten schriftlichen Aufsatzes betrifft, so kann keine solche Auslegung statt finden bey Worten, die man gar nicht verstehen kann, und diese sind als nicht geschrieben anzusehen, pro non scriptis habentur p). Für dergleichen Ausdrücke müssen diejenigen Worte gehalten werden, mit denen gar kein vernünftiger Begriff verbunden werden kann, oder wo sich wegen der Zusätze kein richtiger Verstand herausbringen läßt, oder wenn solche Umstände fehlen, die man doch wissen muß, um sicher angeben zu können, von was für einer Person q), oder Sache die Rede ist r). Bey allen

k) L. 96. D. de regul. iur.

l) L. 83. §. 1. D. de verb. obligat. L. 66. D. de iudic.

m) Io. Gottl. Siegel D. de testatore suae voluntatis interprete, Lipsi. 1737.

n) L. 2. C. commun. de legat. et fideic.

o) L. 172. D. de regul. iur.

p) L. 73. §. 3. D. de reg. iur. L. 10. D. de reb. dub.

q) Dieser Fall kommt bey der Erbeseinsetzung vor, L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. de hered. instit. bey der Entziehung eines Vermächtnisses, L. 3. §. 7. D. de adim. legat.

r) L. 71. pr. D. de leg. I. L. 115. L. 95. D. de verb. oblig.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0218
DFG

len dergleichen Stellen läßt sich kein sicherer Verstand angeben.

Man darf ferner von der doctrinellen Erklärung eines rechtlichen Aufsatzes keinen Gebrauch machen, wenn die Worte desselben völlig deutlich sind, und man gar nicht Ursache hat, an der wahren Willensmeynung desjenigen, von dem die Worte gebraucht worden sind, zu zweifeln [s]). Es ist bey solchen Stellen nicht erlaubt, die Worte in einer andern Bedeutung verstehen zu wollen, als sie nach dem dermaligen allgemeinen Sprachgebrauch beständig vorkommen [t]). Redensarten, die einen allgemeinen Verstand haben, müssen allgemein [u]), und von allen Gattungen, die zu einer gewissen Art gehören, verstanden werden [x]), und es schadet selbst der Umstand nichts, daß der Gattungen hierbey gedacht worden, wenn sich nur demungeachtet ein allgemeiner Verstand der Ausdrücke durch überwiegende Gründe vertheidigen läßt [y]). Etwas anders ist es freylich, wenn wichtige Ursachen eintreten, weswegen allgemeine Ausdrücke noch allgemeiner [z]), oder eingeschränkt verstanden werden müssen. So wird z. B. bey Worten, welche eine Gattung anzeigen, der generelle Verstand nicht über die Art ausgedehnt, wozu die angeführte species gehört [a]). Unter einem genus versteht man

s) L. 25. §. 1. D. de legat. III. „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.“

t) L. 69. pr. D. de legat. III. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.“ L. 7. §. 2. D. de supell. leg.

u) L. 1. §. 1. D. de legat. praest.

x) L. 79. pr. D. de legat. III. L. 66. §. 3. D. de legat. II.

y) L. 52. L. 61. D. de legat. I.

z) L. 95. D. de legat. III. L. 12. §. 3. D. de fundo instr.

a) L. 15. D. de curat. furios. collat. c. L. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. L. fin. §. 1. 2. D. de tritic. vino etc.

man alsdenn diejenige species nicht mit, die nach den Gesetzen der Dispositionder Privatpersonen entzogen worden ist [b]). Sollte auch wirklich eine allgemein abgefaßte Erklärung des Interessenten vorhanden seyn, so darf dennoch diejenige Sache nicht mit darunter verstanden werden, die im uneigentlichen Verstande, improprie, zu dem gebrauchten genus gerechnet wird [c]), am wenigsten gehört diejenige species dazu, worüber besondere Verfügungen getroffen worden sind [d]). Man nimmt auch zur Regel an, *species* simpliciter adiecta *genere* derogat [e]), so lange der deutlich erklärte Wille desjenigen, von dem die Verfügung dieser Art getroffen worden, nicht etwas anders an die Hand giebt. Ein solcher Fall würde eintreten, wenn die species nicht in der Absicht genannt worden, um eine Ausnahme vom genus zu machen, sondern nur Beyspielsweise [f]), si species per imperitiam ex abundanti enumerantur, oder wenn die species sämmtlich angeführt worden sind.

Bey der Frage: wie der Wortverstand dergestalt zu entwickeln sey, daß man den Willen desjenigen, von dem die Worte herrühren, vollkommen herausbringt, sind folgende Regeln zu befolgen. Wenn der Wortverstand zwar völlig deutlich ist, man hat aber dennoch Ursache zu zweifeln, ob der, dessen Worte erklärt werden sollen, das auch wirklich gewollt habe, was man nach dem deutlichen Wortverstande anzunehmen gegründete Ursache hat, so

b) L. 41. pr. D. de verb. oblig. L. 109. D. de legat. I.

c) L. 77. §. 12. D. de legat. II. L. 8. §. f. D. de vulg. et pup. substit.

d) L. 41. §. 5. D. eod. L. 2. D. de tritic. vin. L. 20. D. de alim. legat.

e) L. 80. D. de reg. iur. L. 41. D. de poen. L. 126. D. de verb. signif. AVERAN. Interpr. III. 23. 24. BYNCKERSH. Obs. III, 2, 3. LVDOVICI D. an species deroget generi, Hal. 1721.

f) L. 9. D. de supell. leg. L. 11. §. 45. D. de fund. instr. L. 18. §. 11. D. de fund. instr.

so muß man sich gleichwohl blos an den Wortverstand halten, und es geht nicht, wegen vorhandener Muthmaßungen, daß der, dessen Worte erklärt werden sollen, doch wohl etwas anders dabey gedacht habe, von dem Wortverstande abzugehen g). Sind die gebrauchten Worte dunkel oder zweydeutig, aber der Wille dessen, von dem die Worte herrühren, ist deutlich abzunehmen, so befolgt man diesen, und sieht nicht weiter auf die Worte h). Zeigt sichs deutlich, daß eine Stelle dunkel sey, weil entweder nicht hinlänglich bestimmte Ausdrücke darinn vorkommen, oder wegen anderer Zweydeutigkeiten, welche machen, daß sich ein verschiedener Verstand dieser Stelle angeben läßt, so muß man die Regeln der Hermenevtik dabey anwenden, und wenigstens einen wahrscheinlichen Willen dessen, von dem die Stelle herrührt, anzugeben suchen, wobey diejenige Erklärung den Vorzug verdient, in der darauf Rücksicht genommen worden, was in gleichen Fällen für Recht gehalten wird i). Ein wichtiger hier anzuwendender Grundsatz ist es z. B., daß die Erklärung der dunkeln Stelle so abgefaßt wird, wie sie mit dem Wesen des rechtlichen Geschäffts, von dem die Rede ist, am genauesten übereinstimmt k). Man müßte denn

g) L. 25. L. 68. D. de legat. III.

h) L. 3. C. de liber. praeter. „Cum manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valet, vt melior sensus existat.“ L. 52. §. 4. D. de legat. III.

i) L. 114. D. de reg. iur. L. 13. D. qui pot. in pign. L. 96. pr. D. de legat. I.

k) Ein Beyspiel vom Darlehn findet man in der L. 3. D. de reb. credit. vom Kauf, in der L. 11. §. 1. 2. D. de aer. emt. Dieser hermenevtischen Regel gemäß, haben die Gesetze solche Stücke ergänzt, die nach der Natur des rechtlichen Geschäfts vorhanden seyn sollten, wenn sie nur von ferne berührt worden waren, wie man aus der L. 1. §. 5. D. de hered. instit. und der L. 81. §. 3. D. de legat. I. sieht; dagegen haben sie aber auch Dinge für unnöthig erklärt, welche wirk-

denn deutlich einsehen, daß derjenige, von dem die Stelle herrührt, gerade das Gegentheil festsetzen wollen [l]). Weil also die Erklärung dunkler Stellen so gefaßt worden ist, daß dabey auf das Wesen und die natürlichen Eigenschaften der rechtlichen Handlung, wovon die Rede ist, hauptsächlich Rücksicht genommen wird, so müssen Worte, die eine allgemeine Bedeutung haben, eingeschränkt verstanden werden [m]); man muß von ihrem eigent-

wirklich nicht zur Sache gehören, wie dieses die L. 65. pr. D. de verb. oblig. beweißt.

l) Beyspiele von Contracten kommen vor in der L. 23. D. de reg. iur. der L. 5. §. 4. D. de praescr. verb. dem §. 3. in f. Inst. loc. cond. Von Legaten ist die Rede in der L. 33. D. de legat. I.; von Erbschaften in der L. 9. §. 13. D. de hered. instit. Man darf jedoch diesen Satz nur bey den natürlichen Eigenschaften eines rechtlichen Geschäffts anwenden, und nicht bey den wesentlichen Stücken desselben; denn was mit dem Wesen streiten würde, gilt entweder nicht, oder verwandelt die Handlung in eine andere. Wer daher z. B. ein Darlehn aufnehmen wollen, er gieng aber den Vertrag dabey ein, er wolle die erhaltene Sache selbst wieder zurückgeben, hat nach dem Willen der Gesetze entweder ein depositum oder ein commodatum geschlossen; versprach er ein anderes genus zurück zu geben, so ist der Vertrag als ein unbenannter Contract zu beurtheilen, nach der L. 2. pr. D. de reb. cred. L. f. D. praescr. verb. L. 1. §. 1. D. de contr. emt. Ist ein commodatum gegen Bezahlung einer bestimmten Vergütung überlassen worden, so wird das Geschäffte als ein Miethcontract beurtheilt, wie §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. beweißt, oder man hält es für einen unbenannten Contract, nach der L. 5. §. 12. D. commod. War der Verkauf mit der Verabredung geschlossen worden, der Käufer solle nicht Eigenthümer werden, so ist der Handel entweder für einen Miethcontract oder ein anderes Geschäffte zu halten, wie die L. 80. §. f. D. de contr. emt. sich darüber erklärt. Auf diese Weise geschieht es auch, daß ein Miethcontract als eine Schenkung betrachtet wird, wie es in der L. 46. D. loc. heißt. Diese Erklärung rechtlicher Handlungen wird conuersio actuum genennt.

m) L. 43. pr. D. de damn. inf. L. 9. D. de seruit. L. 4. pr. vers. quia non est verisimile D. de vsuris.

eigentlichen Verstande abgehen n); ja es geht hier sogar an, die Auslegung zum Besten dessen zu machen, der die Worte gebraucht o), obgleich sonst der Satz gilt: interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset, welche Regel gleich erläutert werden soll. Eben so wichtig ist auch die Regel: jede Erklärung einer dunkeln Stelle in einem Contracte muß so eingerichtet werden, daß vermöge derselben die Gültigkeit desselben zu behaupten ist p), jedoch muß sie solche Umstände betreffen, welche allein von dem Willen desjenigen abhängen, dessen Worte erklärt werden sollen q). Endlich muß auch die Auslegung so gemacht werden, daß sie nicht mit der gewöhnlichen Art zu handeln streitet. Man hat also 1) auf die Art und Weise Rücksicht zu nehmen, wie derjenige zu handeln pflegte, dessen Worte erklärt werden sollen r). 2) Muß man auf den Gebrauch des Orts oder Landes Rücksicht nehmen, wo das Geschäffte vorgenommen worden,

n) L. 15. §. 4. vers. sed etsi verbo D. locat. L. 27. D. de mort. caus. donat.

o) L. 29. D. locati cond.

p) Ein Beyspiel dieser Erklärung bey dem richterlichen Verfahren einer Rechtssache, de iudiciis, kommt in der L. 12. D. de reb. dub. vor. Von Contracten handelt in dieser Rücksicht die L. 80. D. de verb. oblig., und von letzten Willensverordnungen, die L. 4. D. de condit. instit. Auch bey der Anwendung dieser hermeneutischen Regel ist, wie bey der eben erklärten, darauf zu sehen, daß man den allgemeinen Verstand einer Stelle alsdenn eingeschränkt erklärt, wenn außerdem der ganze Handel unnütz seyn würde, wie die L. 41. D. de verb. oblig. verordnet. Aus diesem Grunde muß man auch von der eigentlichen Bedeutung der Worte abgehen, wie es in der L. 22. pr. D. de vsu et habit. und in der L. 38. §. 6. D. de verb. oblig heißt; ja es kann hier die Auslegung zum Besten dessen gemacht werden, der die Worte gebraucht hat, nach der L. 41. L. 83. §. 1. D. eod.

q) L. 25. D. de vsufr. leg.

r) L. 50. §. fin. D. de legat. I. L. 14. D. de ann. leg.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0223
DFG

worden, oder seine Gültigkeit zeigen soll [s]). Kann von allen diesen Hülfsmitteln der Erklärung keine Anwendung gemacht werden, so ist bey Verträgen, Vermächtnissen oder rechtlichen Entscheidungen allemal eher das **geringere**, dasjenige, was am wenigsten lästig ist, anzunehmen [t]). Weil übrigens im Zweifel immer anzunehmen ist, daß die Partheyen das gewollt haben, was die Natur des Geschäffts, und die Verordnung des gemeinen Rechts mit sich bringt, so folgt von selbst die Regel, daß in einem zweifelhaften Falle dieser Art die Auslegung wider denjenigen zu machen sey, welcher einen besondern und außerordentlichen Vortheil durch den Vertrag zu erhalten sucht, weil er die rechtliche Vermuthung wider sich hat, folglich sich auch deutlicher hätte erklären sollen, daher die Rechtslehrer sagen: interpretatio contra eum facienda est, qui clarius loqui debuisset [u]). Nach dem Willen der Gesetze soll der Vertrag wider denjenigen erklärt werden, in dessen Gewalt es stand, die Dunkelheit bey dem Vertrage zu vermeiden, und dieses war bey **Stipulationen** der stipulator [x]), bey **Verträgen** und **Contrac-**

s) L. 50. cit. L. 34. D. de reg. iur.

t) L. 9. L. 34. in fin. D. de reg. iur. L. 43. §. f. D. de leg. II. L. 39. §. 6. D. de legat. I. L. 38. §. 1. D. de re iud.

u) Forner Select. II, 18. Merill. variant. ex Cviac. III, 11. Constantinaei Enod. III, 16. Petr. Macstertivs ad L. 39. D. de pact. in Meerm. Thes. T. VI. Iust. Henn. Boehmer D. de interpretatione faciendа aduersus eum, qui clarius loqui debuisset, in Exerc. ad Dig. Tom. II. Schierschmid D. de eod. argum. Erl. 1766. El. God. Steeb Diss. sistens quaestionem, quis sit is, qui in conuentione ambigua clarius loqui debuisset, Tubingae 1792. **Westphal** vom Kauf. §. 32.

x) L. 26. D. de reb. dub. L. 38. §. 18. D. de verb. oblig. L. 99. D. eod. Quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est

tracten derjenige, der blos zu seinem Nutzen, sich etwas Besonderes ausbedungen hat. In der L. 39. D. h. t. heißt es: veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam, venditori, et qui locauit, nocere: *in quorum fuit potestate, legem apertius scribere.* Damit stimmt die L. 21. D. de contr. emt. überein, wo bemerkt wird: *Labeo* scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emtori, quia potuit, re integra, apertius dicere. Wenn gleich die Gesetze sagen, daß die Dunkelheit des Vertrags dem Verkäufer, dem Verpächter, dem Stipulator schaden solle y), weil es am ersten in ihrer Gewalt stand, sich deutlicher auszudrücken, so ist dieses doch nicht immer der Fall, sondern zuweilen kann man auch dem Käufer, dem Pachter, oder demjenigen, dem ein Antrag geschehen ist, die Schuld beymessen, daß ein Vertrag so dunkel abgefaßt worden ist, und daher wird in diesem Falle, in andern Gesetzen z) gesagt, daß die Interpretation gegen diese Personen zu machen sey.

est ac fere *secundum promissorem* interpretamur: *quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere.* Nec rursum promissor ferendus est, si eius interierit, de certis potius vasis forte aut hominibus actum.

y) L. 33. D. de contr. emt. L. 26. D. de reb. dub. L. 38. §. 18. D. de verb. oblig. L. 99. D. eod.

z) L. 41. pr. L. 110. §. 1. D. de verb. oblig. L. 34. D. de contr. emt.

Lib. II. Tit. XV.
de transactionibus.

§. 345. 346.

Da die Vergleiche [a]) für eine Art der Verträge gehalten werden müssen, so haben die Verfasser die davon handelnden Rechtssätze auf den vorigen Titel folgen lassen, und wie der berühmte Noodt in dem angeführten Buche, Cap. 3. gezeigt hat, ist es sehr wahrscheinlich, daß der Prätor in seinen Edicten von Verträgen, zugleich auch mit von Transacten gehandelt habe. Der Begriff, welcher mit dem Wort Vergleich zu verbinden ist, wird nicht von allen Rechtslehrern übereinstimmend festgesetzt [b]). Die mehresten Rechtsgelehrten verstehen unter einem Vergleiche denjenigen Vertrag, wodurch entweder ein schon wirklich entstandener, oder ein doch wenigstens bevorstehender Rechtsstreit dadurch beendigt oder verhütet wird, daß beyde Theile von ihren Forderungen Etwas nachgelassen haben. Diesen Begriff erklärt Hr. HR. Glück [c]) für zu eingeschränkt abgefaßt. Es sey zwar immer

a) Noodt liber singul. ad edictum Praet. de pactis et transactionibus, in Eivs Opp. Arn. Vinnivs de pactis et transactionibus. Gvndling Diss. singularia de transactionum stabilitate et instabilitate capita contin. Hal. 1719. rec. 1757 et in Eivs Exerc. Fr. Alef D. de transactione, Heidelb. 1738. in Eivs dieb. acad. Disp. IX. p. 275. de Ploenies de transactionibus iura praecipua et controuersiae arduae, Wezlar. 1754. Lehr. Aug. Renthe Versuch einer systematischen Erläuterung der Lehre von den Transacten, Rostock, 1789. 8.

b) Woltaer in Obseruat. iur. ciuil. et Brand. Fasc. I. Obs. 20. Matth. de Lvtzenberger D. exhib. transactionis notionem, eamque ineundi modos ex iuris Rom. princip. sub Praes. Christ. Gmelin def. Tubing. 1795. 4.

c) Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 5. S. 2.

mer eine wesentliche Eigenschaft des Vergleichs, daß die Sache oder Forderung ungewiß oder zweifelhaft seyn müsse, worüber transigirt worden, wie selbst in der L. 1. D. h. t. bemerkt werde, wo es heißt: qui *transigit*, quasi *de re dubia* et *lite incerta*, neque finita, transigit; auch könne man es nicht wohl läugnen, daß ein Vergleich meistentheils in der Absicht geschlossen werde, um entweder einen bereits entstandenen Rechtsstreit beyzulegen, oder einem zu erwartenden vorzubeugen. Bey dem allen sey es doch aber auch ausgemacht, daß sich ein Vergleich ganz ohne diese Absicht in einem solchen Falle denken lasse, wo zur Zeit noch gar kein Proceß mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, wie bereit Voet [d]) bemerkt hat. Wir haben z. B. Rechte und Forderungen, die erst noch von der Existenz einer zufälligen Bedingung abhängen, und über diese kann man zwar einen Transact eingehen, aber noch keinen Proceß deswegen anfangen. Wenn mir z. B. eine Erbschaft, unter der Bedingung als ein Fideicommiß zugedacht worden ist, wenn der directe Erbe ohne Kinder versterben wird, so kann hier, wegen des ungewissen Ausganges der Bedingung, ein Vergleich geschlossen werden [e]). Bisweilen hängt mein Recht von der ungewissen Dauer meines Lebens ab, welches z. B. bey Alimenten der Fall ist, die mir Jemand auf Zeitlebens reichen muß, und auch über dieses Recht kann ein Vergleich geschlossen werden [f]). Hr. HR. Glück schreibt ferner: ein Vergleich, oder Transact ist also vielmehr ein solcher Vertrag, wodurch die Partheyen ein entweder unter ihnen wirklich streitig, oder auch nur sonst zweifelhaft gewesenes und ungewisses Recht dergestalt bestimmen,

d) Voet ad Dig. h. t. §. 10.

e) L. 1. L. 16. C. de pact. Noodt l. c. c. 3. §. idem esse etc. Ferd. Christoph. Harpprecht D. de transactione super fideicommisso, inter personas ad illud vocatas, in Kivs Diss. acad. Vol. II. nr. 54. p. 271. sqq.

f) L. 8. D. h. t.

daß wechselseitig etwas gegeben, oder nachgelassen, oder versprochen wird [g]). Dieser Begriff giebt zu erkennen, 1) daß in doppelter Rücksicht Vergleiche eingegangen werden können, und zwar 1) entweder wegen des ungewissen Ausganges eines bereits entstandenen, oder doch wenigstens zu befürchtenden Processes; und 2) wegen der Ungewißheit der Prästation selbst, ohne daß auf einen Proceß dabey Rücksicht genommen wird [h]). Der Zweck eines Transacts besteht darin, daß das ungewisse Recht gewiß gemacht, folglich der Streit entschieden, oder ein Proceß vermieden, oder die Ungewißheit einer Forderung gehoben werde. Es geschieht dieses alles dadurch, daß gegenseitig etwas gegeben, oder erlassen, oder versprochen wird; und ohne diese Prästation kann man sich keinen Vergleich denken, wie man aus der L. 38. C. h. t. sieht, wo es heißt: transactio, nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedit. Dieser Angabe des Begriffs von einem Vergleich steht nicht entgegen, daß der Name transactio bisweilen so weitläuftig gebraucht wird, daß jede Uebereinkunft der Partheyen, wodurch sie einen zwischen ihnen obwaltenden Proceß beylegen wollen, darunter verstanden wird; denn so findet man, daß die Eydesdelation, das Compromiß, als eine Art von Transact angesehen wird [i]). Solche Verträge unterscheiden sich von einem wirklichen Transact sehr wesentlich dadurch, daß nach ihnen von den Partheyen weder Etwas gegeben, noch nachgelassen, noch versprochen wird, um den Rechtsstreit dadurch zu entscheiden.

Zu den bestrittensten Fragen in dieser Materie gehört die Frage: ob die Römer einen Vergleich für einen bloßen

g) Schulting ad Prota h. t. §. 2.

h) Io. d'Avezan contract. lib. 1. c. 2 §. quaeri autem etc. in Meerm. Thes. T. IV. p. 10.

i) L. 2. L. 31. in f. D. de iureiur.

bloßen Vertrag gehalten haben, oder für einen Contract [k]). Betrachtet man die Vergleiche bloß für sich, so haben sie mit den simpeln Verträgen zu viel ähnliches, als daß man sie ihrer Natur nach unter die Contracte zählen könnte; es gieng aber freylich bey den Römern allerdings an, einen Vergleich vermittelst einer dabey gebrauchten Stipulation einzugehen, oder als einen unbenannten Contract, wenn nämlich der eine Transigent sein Versprechen bereits erfüllt hatte. In diesen Fällen konnte nach Verschiedenheit des Umstandes, wie der Vergleich geschlossen worden war, entweder die actio ex stipulatu, oder die actio praescriptis verbis angestellt werden [l]). Darin hatte aber der Vergleich etwas Besonderes, wenn er als ein unbenannter Contract geschlossen worden, und die Absicht der Transigenten dahin gegangen war, einen Proceß zu beendigen oder solchem vorzubeugen, daß in diesem Falle keine Reue statt hatte [m]). Der Großkanzler von Cocceji suchte zwar zu behaupten, man habe bey den Römern auch hier das Recht gehabt, den Vergleich, wie jeden andern unbenannten Contract, vermittelst der Reue aufzuheben; seine Gründe sind aber von solchen Fällen hergenommen, wo ein Vergleich ohne Rück-

k) Petr. Belloivs var. iur. ciuil. Lib. I. c. 4. in Meerm. Thes. Tom. IV. p. 676. Fachinaevs in controu. iur. ciuil. Lib. I. c. 10. Corasivs in miscell. Lib. I. c. 23. de Retes in Opusc. Lib. 2. Sect. I. c. 5. nr. 21. in Meerm. Thes. Tom. VI. p. 101. Cocceii in iure contr. h. t. qu. I. de Lvtzenberger cit. Diss. §. 7.

l) L. 6. et 33. C. h. t. de Retes l. c. Noodt de pact. et transact. c. 14. §. 4. 5. Averan. in interpr. Lib. III. c. 8. nr. 7. et 8. Voet ad Dig. h. t. §. I. Westenberg in Comp. Dig. h. t. §. 3. et 30.

m) L. 16. L. 39. C. h. t. L. I. C. fam. erciscund. L. 6. C. de iur. et facti ignor. L. 65. §. I. de condict. indeb. de Retes in Opusc. Lib. II. Sect. II. c. I. nr. 10. II. Sect. III. c. I. nr. 16.

ſicht auf einen Proceß geſchloſſen worden iſt, z. B. ob incertum fideicommiſſi euentum n). Bediente man ſich bey Eingehung eines Transacts der Stipulation nicht, und er konnte auch nicht als ein unbenannter Contract betrachtet werden, ſo ſahe man den Vergleich für nichts weiter an, als für einen bloßen Vertrag, woraus eine Einrede hergenommen werden konnte, wenn der Andere Etwas verlangte, was dem Vergleiche entgegen war; klagen konnte man aber nicht daraus o). Die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten p), die den Transact für einen prätoriſchen Vertrag, oder gar für einen Quaſi-contract halten, iſt wohl nicht anzunehmen; gewiß aber iſt es, daß bey uns auf die Erfüllung jedes verbindlich abgeſchloſſenen Vergleichs geklagt werden kann q).

Es iſt ſchon im vorigen Titel bemerkt worden, daß kein Vertrag deswegen für ungültig erklärt werden könne, weil er nicht ſchriftlich abgefaßt worden, da dieſer Umſtand nicht unter die weſentlichen Beſtandtheile der Verträge gerechnet werden darf. Auch ein Vergleich kann vollkommen gültig abgeſchloſſen werden, wenn gleich kein ſchriftlicher Aufſatz darüber verfertigt worden iſt. In der L. 28. C. h. t. heißt es: ſiue apud acta, ſiue ſine actis, *ſcriptura* intercedente vel non transactio interpoſita eſt; hanc ſeruari conuenit. Haben es die Partheyen mit einander verabredet, daß der Vergleich nicht

n) De Cocceii in iure contr. h. t. qu. 15. ibique Emminghavs not. k. p. 280. Harpprecht in Diſſ. de transact. ſuper fideicommiſſo inter perſonas ad illud vocat. §. 31.

o) L. 21. C. de pact. L. 28. C. h. t. Noodt de pact. c. 14. §. 2. et 3.

p) Madihn in Princ. Iur. Rom. P. II. §. 242. Woltaer l. c. p. 114.

q) Stryck in vſu mod. h. t. §. 2. Schilter in Praxi iur. Rom. Exerc. IX. §. 3. in fine.

nicht eher verbindlich seyn soll, bis er schriftlich abgefaßt worden, so ist dieses für eine Ausnahme von der Regel zu halten; und diese Verabredung wird nicht vermuthet, sondern derjenige Transigent, der behauptet, der Vergleich habe nicht eher gelten sollen, bis er schriftlich abgefaßt worden, muß dieses beweisen, weil im Zweifel angenommen wird, der schriftliche Aufsatz des Vergleichs sey blos des Beweises willen ausgefertigt worden [r]). Auch darauf kommt nichts an, zu welcher Zeit ein Vergleich geschlossen worden ist, es mag bey Tage oder des Nachts, oder an Sonn- und Feyertagen geschehen seyn [s]). In der L. 20. C. h. t. wird ein Fall von einem des Nachts geschlossenen Vergleiche erzählt, wo die Kaiser Diocletian und Maximian einer gewissen Antistia rescribirten: non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit. Siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc *secunda hora noctis* interceßisse proponas: cum nullum tempus sanae mentis maioris viginti quinque annis consensum repudiet. Der eigentliche Grund, warum der in diesem Rescript erwähnte, des Nachts geschlossene Transact, von der Antistia angefochten worden war, kann nicht sicher angegeben werden. Vielleicht hatte sie sich auf die in den Gesetzen der zwölf Tafeln vorkommende Verordnung berufen, sol occasus suprema tempestas esto, oder vielleicht hatte sie angegeben, es sey nicht erlaubt, nächtliche Zusammenkünfte zu halten [t]).

r) L. 38. C. h. t. Gail in Obseru. Lib. II. obs. 13. nr. 7. obs. 71. nr. 3. Voet h. t. §. 1. in fine. Kenthe a. a. O. §. 12. S. 18.

s) L. 20. C. de transact. L. fin. C. de feriis.

t) van Idsinga in variis iur. ciuil. c. 9. Püttmann in Probab. Lib. II. c. 4. Mich. Frid. Abel in Obseruat. iur. Wirceb. 1788. obs. 2.

Da die Transacte in den wesentlichen Stücken größtentheils mit den Verträgen übereinkommen, so finden auch die Grundsätze von der Wirkung eines Vertrags, wobey ein Betrug, ein Zwang, ein Irrthum vorkommt, hierbey sehr oft Anwendung. Es ist auch hier die erste Hauptregel, daß alles, was die Einwilligung zur Schließung eines Vergleichs hindern kann, den Vergleich selbst unverbindlich mache. Wer den Andern durch Betrug zu einem Vergleich verleitet hat, der muß auch die Grundsätze von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen wider sich gelten lassen, und der Vergleich ist bey uns durchaus null und nichtig, wenn Jemand bloß durch den Betrug des andern Theils bewogen worden, den Vergleich zu schließen; für nicht schlechterdings ungültig muß er aber alsdenn gehalten werden, wenn der dolus ein solcher war, der incidens genennt wird u). Bey den Römern mußte der Betrogene vermittelst der actio doli die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn der Vergleich durch eine Stipulation geschlossen worden war, er hatte sich denn etwa durch die Clausel: dolum malum abfuturum ausdrücklich gegen den Betrug gesichert, in welchem Fall der Vergleich ipso iure nichtig war x).

Sollte ein Vergleich durch falsche Urkunden veranlaßt worden seyn, so wußte entweder derjenige, der die Urkunden braucht, diesen Umstand, oder nicht, sondern er hielt sie für ächt, wie der Gegentheil. In beyden Fällen ist der Vergleich null und nichtig, und im ersten Fall wird er ex causa doli angefochten, im andern aber wegen eines unschädlichen Irrthums, so daß selbst die eyd-

u) L. 9. §. 2. D. h. t. Noodt de pactis, c. 15. Brevning in Diss. de causa doli in transactione, Lipsi. 1755. c. 4.

x) L. 4. L. 19. C. h. t. God. Lud. Mencken D. de transactione ex falsa causa, Viteb. 1717. §. 20. sqq.

eydliche Bestätigung des Vergleichs ihn nicht verbindlich macht y).

§. 347. 348.

Was die Folgen des Zwanges betrifft, wodurch ein Vergleich veranlaßt worden ist, so ist solcher aus eben den Gründen ungültig, nach welchen ein erzwungener Vertrag für unverbindlich erklärt wird. Es wird aber hier ebenfalls ein ungerechter Zwang vorausgesetzt z); denn daß nicht jede Furcht so beschaffen sey, einen geschlossenen Vergleich aus diesem Grunde anzufechten, wird in der L. 13. C. h. t. deutlich bemerkt, wo es heißt: interpositas metus causa transactiones ratas non haberi, Edicto perpetuo continetur. Nec tamen *quilibet metus* ad rescindendum ea, quae consensu terminata sunt, sufficit; sed *talem metum* probari oportet, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum contineat.

Hier läßt sich die wichtige Frage mit beantworten, ob der Richter der Regel nach das Recht habe, eine Parthey zu Annehmung derjenigen Vergleichsvorschläge zu zwingen, die er entweder selbst in Vorschlag gebracht hat, oder welche vom Gegentheil an die Hand gegeben worden? Dieses Recht kann man dem Richter nach dem Willen der Gesetze nicht zugestehen a); denn wenn ihm gleich das Recht zusteht, die Partheyen bey jeder schick-

y) L. 42. C. h. t. ibique DONELLVS.

z) C. F. WALCH in Diss. de transactionibus propter timorem litis interpositis, Ien. 1766. §. 16.

a) NOV. 124. c. 4. L. 41. C. h. t. *Rec. Imp.* de ann. 1512. P. 2. §. 8. Reichshofr. Ordn. Tit. 2. §. 4. Aug. Bern. EBERWEIN D. de transactione cogenda, Alt. 1708. S. F. WILLENBERG D. de necess. transigendum imposita, in EIVS Exerc. Sabbath. P. II. Exerc. LXI. Io. Casp. HEIMBVRG Diss. de transact. iudiciali inuita, Ien. 1746. Sixt. Iac. KAPF Diss. de transact. imperata, Tub. 1761.

lichen Veranlassung zur gütlichen Beendigung ihres Processes aufzufordern, so geht doch seine Gewalt niemals so weit, daß er die gütliche Beylegung, durch Bedrohungen, oder gar durch ungebührliche Zwangsmittel, zu bewirken suchen dürfte [b]). Eben deswegen kann auch die geschehene Bedrohung, daß der entworfene Vergleichsvorschlag für angenommen gehalten werden solle, wenn die Partheyen sich in der dazu angesetzten Frist nicht darüber erklärt haben würden, von keiner rechtlichen Wirkung seyn, weil von demjenigen, der sich auf einen solchen Vorschlag nicht erklärt hat, vielmehr anzunehmen ist, daß er damit nicht zufrieden sey, sondern die Sache lieber im Wege Rechtens ausmachen wolle. So weit geht zwar die Macht des Richters, die Parthey, welche ihre Erklärung auf den ihr zugefertigten Vergleichsvorschlag, an dem dazu festgesetzten Termine nicht eingebracht hat, in die Erstattung der vergeblich verursachten Proceßkosten zu verurtheilen, und einen neuen Termin, allenfalls unter Androhung einer Geldstrafe, anzusetzen [c]); dazu hat er aber kein Recht, den zugefertigten Vergleichsvorschlag zur Strafe des Ungehorsams für angenommen zu erklären. Nimmt sich der Richter die Macht, die Partheyen zum Vergleich zu zwingen, da ihm die Gesetze hierzu kein Recht ertheilt haben, so ist nicht nur sein Verfahren nichtig, sondern er kann auch deswegen von den Partheyen mit einer Injurienklage belangt werden [d]). Nur in dem seltenen Falle, da der verworrenen Umstände und fehlenden Nachrichten halber es fast unmöglich ist, die Sache genau zu entscheiden, oder wo die weitere Untersuchung der Streitsache schon an sich selbst offen-

b) Hr. Prof. Hofmann in der teutschen Reichspraxis, Thl. 1. §. 321. Note z. S. 205.

c) Hr. HR. Claproth im ordentlichen Prozeß, Thl. 2. §. 149. S. 160.

d) Wernher Obs. P. I. obs. 225. Schaumb. Princ. prax. iurid. Lib. I. c. 3. §. 1.

offenbar mehrere Kosten nach sich zieht, als der Gegenstand des Streits ausmacht, oder wo sonst das gemeine Beste die Beylegung des Streits nothwendig macht, behaupten die Rechtslehrer [e]), dürfe der Richter die Partheyen zu Eingehung eines Vergleichs nöthigen, und dieses nennt man durchgreifen. Ob nun gleich dieses Verfahren unter den bemerkten Umständen allerdings gerechtfertigt werden kann, da die L. 13. §. 3. D. de vsufr. und die L. 21. D. de reb. cred. worauf sich die Vertheidiger jener Meynung gründen, zwar eigentlich nicht vom Vergleich reden [f]), aber doch analogisch allerdings zum Beweis gebraucht werden können, so ist doch eines Theils diese Entscheidung nicht sowohl als ein Vergleich anzusehen, weil es hier an der freyen Einwilligung der Partheyen fehlt, ohne die sich kein Vergleich denken läßt, sondern sie gilt allenfalls nur, als eine decisio litis ex aequo et bono breui manu facta [g]); andern Theils aber kann auch wohl eine solche Gewalt nicht einem jeden Richter, der nicht zugleich den Regenten vorstellt, oder wo ihm nicht ein besonderes Landesgesetz das Recht dazu ertheilt hat, zugestanden werden, indem vielmehr dem Unterrichter in solchen Fällen, wo um des gemeinen Besten willen ein Schritt geschehen soll, der von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, an den Landesherrn oder den Oberrichter mit Einsendung der Acten, Bericht zu erstatten obliegt [h]).

Wenn

e) Kapf in Diss. cit. §. 7. Eberwein in Diss. cit. c. 2. §. 5. Io. Henr. Bartels D. an transactio partibus invitis imperari possit? Gotting. 1790. Hr. HR. Claproth im Proceß, Thl. 2. §. 153. S. 165. Strubens rechtl. Bedenk. Thl. 1. Bedenk. 66. S. 167. Renthe a. a. O. §. 17.

f) Heimburg in Diss. cit. §. 37. sqq.

g) Schilter Exerc. IX. §. 25. Heimburg in Diss. cit. §. 73.

h) Arg. Auth. si vero C. de iudic. Mevius in Dec. P. I. Dec. 224. not. 14. Ferd. Christ. Harpprecht D. de trans-

Wenn gleich die Rechtslehrer darüber mit einander einverstanden sind, daß ein Vergleich weder durch **Betrug**, noch durch **Zwang** veranlaßt werden dürfe, so streiten sie doch darüber sehr mit einander, was ein **Irrthum** bey einem Vergleiche für Wirkungen habe i). Es läßt sich freylich manches einwenden, was der angenommenen Meynung entgegen zu stehen scheint, man mag die eine oder die andere Meynung angenommen haben. Bey Erläuterung der allgemeinen Wahrheiten von dem **Wesen** eines gültigen Vertrags haben wir gesehen, auf wie verschiedne Weise der **Irrthum** bey einem Vertrage betrachtet werden muß. Da zur Verbindlichkeit eines **Vergleichs** eben so gut, als zur Gültigkeit eines **Vertrags** nothwendig erfordert wird, daß die Partheyen ihre beyderseitige Einwilligung wirklich gegeben haben, und der **Irrthum** der Einwilligung offenbar zuwider ist k), so scheinen diejenigen Rechtslehrer Recht zu haben, welche behaupten, der **Irrthum** mache einen Vergleich, so wie jeden Vertrag unverbindlich l). Darauf antworten die Gegner: ein **Vergleich** hat darin etwas Besonderes vor allen andern Verträgen, daß er jederzeit eine **zweifelhafte** Sache voraussetzt, und daher verstattet es auch die Beschaffenheit dieser rechtlichen Handlung nicht so leicht, daß

transact. iudiciali, §. 8. in *Eius* Diss. acad. Vol. I. Disp. VII. p. 229. Hr. HR. Cläproth im Proc. a. a. O.

i) M. Guil. Goetz Comment. iur. ciuil. de errore in transactionibus recte aestimando, Alt. 1797. 4.

k) L. 116. §. 2. D. de reg. iur. L. 15. D. de iurisd. L. 20. D. de aqua et aquae pluu. arc. act. L. 9. C. de iur. et facti ignor. L. 36. D. famil. erciſc.

l) Lauterbach ad Dig. h. t. §. 32. Boehmer in Comp. Dig. h. t. §. 3. Westenberg in Princ. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 35. Schulting ad Prot. h. t. §. 20. God. Lud. Mencken D. de transact. ex falsa cauſſa, Vit. 1717. §. 9. et 10. Leyser Spec. XLVII. med. 8. Walch introd. in contr. Sect. III. c. 3. Mbr. 2. §. 8.

daß um eines bloßen Irrthums willen, wobey dem Gegentheil kein dolus Schuld gegeben werden kann, ein Vergleich angefochten werden dürfe, weil sichs kaum denken läßt, daß bey einer zweifelhaften und dunkeln Sache, nicht von der einen Seite ein **Irrthum** vorfallen sollte, und der Vergleich eben dazu dienen soll, die genauere Erörterung der Sache, wodurch die Dunkelheit gehoben werden konnte, zu vermeiden. Sie wollen also den Irrthum schlechterdings nicht als eine Ursache gelten lassen, weswegen ein im guten Glauben geschlossener Vergleich angefochten werden dürfe [m]). Diese Meynung hat den großen Vorzug, daß die Gesetze ausdrücklich erklären, nicht in jedem Falle, wo ein eigentlich sogenannter **Vertrag**, um eines Irrthums willen angefochten werden dürfe, sey es auch erlaubt, einen Vergleich um dieser Ursache willen aufzuheben, woraus man deutlich sieht, daß der Schluß von Verträgen auf Vergleiche nicht ohne Ausnahme statt findet. In der L. 6. C. de iur. et facti ignor. rescribirten die Kaiser **Diocletian** und **Maximian**: si *non transactionis* causa, sed indebitam, errore facti, olei materiam vos Archantico *stipulanti spopondisse*, Rector prouinciae animaduerterit, reddito, quod debetis, residui liberationem condicentes audiet. In dieser Verordnung wird als ganz bekannt vorausgesetzt, daß, wenn Jemand durch einen **Irrthum in Thatsachen** verleitet worden sey, Etwas zu versprechen, wozu er gar keine Verbindlichkeit hatte, so entstehe aus einer solchen Stipulation kein Recht auf die Erfüllung zu dringen; ganz anders verhalte sich aber die Sache, wenn ein Vergleich durch einen solchen Irrthum veranlaßt worden sey; denn dieser gelte allerdings. In der L. 19. C. h. t. gaben eben diese Kaiser deutlich zu verstehen, daß ein in gutem Glauben geschlossener Vergleich schlechterdings

m) Ludovici in Comp. Dig. h. t. §. 7. Mich. Godofr. Wernher in lect. comment. h. t. §. 1. et 3.

terdings nicht wieder aufgehoben werden solle, wenn auch der eine Theil durch ihm vorher unbekannt gewesene Urkunden beweisen könnte, er habe sich geirrt, als er den Vergleich geschlossen. Das Gesetz sagt: sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur [n]). Der Canzler von Ludewig wollte zwar das Gegentheil beweisen, und verstand das angeführte Gesetz blos von solchen Fällen, wo entweder die vorgelegten Urkunden falsch sind, oder wo wenigstens dem Vergleich die allgemeine Clausel beygefügt worden ist, daß durch solchen alle und jede Rechtsgründe, die man noch in der Folge entdecken würde, abgethan seyn sollten, folglich sey hierdurch zugleich auf die nach dem Vergleich gefundenen Urkunden, im Voraus Verzicht geleistet worden. Diese Erklärung haben andere Rechtslehrer verworfen. Sie sagen, gesetzt, daß der eine Theil in der ganz ungegründeten Besorgniß gestanden hätte, es könnte über die Sache vielleicht ein Proceß entstehen, worüber er den Vergleich geschlossen, so sey dieser Irrthum, wenn er auch nachher entdeckt worden, dennoch dem Vergleich unschädlich; genug, wenn nur der eine Transigent, der durch die Furcht vor einem Proceß zur Eingehung des Vergleichs bewogen wurde, die Sache von seiner Seite für zweifelhaft hielt, und dem andern Theile kein dolus Schuld gegeben werden kann [o]).

Wenn auch diejenigen Rechtslehrer Recht haben, welche behaupten, der Regel nach mache ein Irrthum den geschlossenen Vergleich nicht ungültig, wenn von der andern

n) de Lvdewig Paradox. pro iure retractandi transactionem nouis instrumentis repertis, Hal. 1704. in Tom. I. opusc. miscellan. p. 964. Franc. Iust. Korthold D. de rescissione transact. ob reperta noua instrum. Giessae 1756. c. 2. §. 4. Aug. Corn. Stockmann D. de transact. ob nouiter reperta instrumenta non rescindendis, Lipsi. 1793.

o) L. 65. §. 1. D. de condict. indeb. L. 2. C. h. t. Noodt in Obseruat. Lib. II. c. 16. Idem de pactis, c. 3.

dern Seite kein dolus begangen worden, so hat diese Regel gleichwohl mehrere Ausnahmen. Es kommen in Gesetzen verschiedene Fälle vor, wo es erlaubt worden, einen Vergleich des Irrthums wegen anzufechten. Nach der L. 42. C. h. t. geht es 1) an, den Vergleich anzufechten, wenn er durch falsche Urkunden veranlaßt worden ist, die doch von beyden Theilen für richtig gehalten wurden. Gründet sich nicht der ganze Vergleich auf solche falsche Urkunden, sondern nur Theile desselben, so fallen blos diese als ungültig weg, die übrigen verglichenen Puncte aber gelten p). In dem angeführten Gesetz heißt es ausdrücklich: ita tamen, vt, si de pluribus causis vel capitulis transactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quae ex *falso* instrumento composito conuicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus. Ein Vergleich gilt 2) nicht, wenn bey einem allgemeinen Transact, der über ein gewisses genus geschlossen worden, gewisse dazu gehörige Individuen aus Irrthum für das Eigenthum eines Dritten darum gehalten worden sind, weil solche damals in seinem Besitz waren, als der Vergleich geschlossen wurde q). Ferner gilt 3) ein Vergleich des Irrthums wegen nicht, wenn man sich mit einem Haupterben über einen Erbanspruch verglichen, ohne zu wissen, daß der Erblasser zu unserm Vortheil ein Codicill gemacht hatte, welches nachher erst gefunden worden ist r). Man kann nicht vorgeben, die L. 19. C. h. t. habe die Verordnung der angeführten Gesetze unkräftig gemacht, weil dieses Gesetz neuer sey; denn es ist in diesem letzten Gesetz nur von solchen erst nach dem Vergleich gefundenen Urkunden die Rede, welche von dem streitigen oder zweifelhaft gewesenen Gegenstande

p) Pütters Rechtsfälle, Band 2. Thl. 4. Resp. 237. nr. 42.

q) L. 29. C. de transact. ibique DONELLVS nr. 7.

r) L. 3. §. 1. L. 12. D. h. t.

stande selbst handeln, worüber der Vergleich geschlossen worden; die L. 3. und 12. D. h. t. reden aber von solchen Codicillen, worin dem Transigenten noch ein neues Legat hinterlassen worden, das von dem Erbanspruche, den er aus dem Testament machte, ganz verschieden war, und worauf also auch der Vergleich nicht gezogen werden darf, weil kein Theil daran gedacht haben konnte [s]). Ein Vergleich gilt 4) wegen des dabey vorkommenden Irrthums nicht, wenn er sich auf einen Rechnungsfehler gründet, wie man aus der L. vn. C. de errore calculi sieht. Etwas anders ist es, wenn der Vergleich über die streitige Rechnung selbst geschlossen worden ist; denn nun kann solcher nicht aus dem Grunde angefochten werden, daß man Fehler in der Rechnung gefunden habe, es müßten denn die Unrichtigkeiten durch den Betrug des andern Theils veranlaßt worden seyn [t]). Der Vergleich gilt 5) nicht, wenn der Irrthum die Person desjenigen betrifft, mit dem solcher geschlossen worden ist; z. B. ich habe mich einer Erbschaft wegen mit dem verglichen, den ich für einen Verwandten und Intestaterben des Verstorbenen hielt, der es aber nicht ist, ob er sich gleich selbst bona fide dafür hielt [u]).

Da es nicht geläugnet werden kann, daß es nach den Gesetzen in mehrern Fällen erlaubt ist, einen Vergleich aus dem Grunde eines vorgegangenen Irrthums anzufechten, und es wieder Gesetze giebt, wo dieses für unerlaubt erklärt wird, so haben einige Rechtslehrer sich die Mühe gegeben, die in Gesetzen vorkommenden Fälle auf gewisse allgemeine Regeln zu reduciren, um darnach zu beurtheilen, wenn der Irrthum einem Vergleich schade, und wenn er unschädlich ist. So war z. B. der verstor-

s) Goetz in cit. comment. §. 21.

t) Perez in Praelect. ad tit. C. de errore calculi. Giphanivs in explan. difficil. leg. Cod. ad L. vn. C. de errore calculi. Wernher Obs. T. II. P. VIII. obs. 427.

u) L. 36. in f. D. fam. ercisc.

verstorbene Hr. GRR. Hellfeld x) der Meynung, die Sache lasse sich nach folgenden Regeln genau bestimmen; es komme nämlich zuförderst darauf an, ob beyde Theile sich geirrt haben, oder nur ein Theil. Bey Fällen der ersten Art müsse wieder unterschieden werden, ob der Irrthum wesentliche Stücke des Vergleichs betreffe, oder nicht. Ein Irrthum in wesentlichen Stücken sey es 1), wenn sich beyde Theile in der Hauptsache, welche den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, geirrt haben; z. B. der Eine wollte sich über den Garten vergleichen, und der Andere über das Haus. Ein Irrthum in wesentlichen Stücken sey es 2), wenn sich beyde Theile darin geirrt haben, daß sie eine Sache für zweifelhaft hielten, welche es doch nicht war; z. B. der Vergleich wurde durch ein falsches Document veranlaßt, welches beyde Theile für richtig hielten. Aus diesen Umständen folgerte der Hr. GRR. Hellfeld zwey Regeln, nämlich a), haben sich beyde Theile in der Hauptsache geirrt, oder in solchen Dingen, die zum Wesen eines Vergleichs nothwendig erfordert werden, so ist der Vergleich null und nichtig; b) Betrifft aber der Irrthum der Transigenten weder das Object, noch das Wesen des Vergleichs, so schadet solcher der Gültigkeit des Vergleichs nichts.

Wenn sich nur einer von den Transigenten geirrt hat, so kommt es darauf an, behauptete unser Herr Verfasser, ob der andere Theil diesen Irrthum durch Betrug verursacht hat, z. B. er verheimlichte die Urkunden, woraus sich der Andere hätte belehren können, damit er sich nur nicht von der Beschaffenheit der Sache unterrichten sollte, oder dieses kann nicht gesagt werden, sondern der Gegentheil war in bona fide. Im ersten Falle ist freylich der Vergleich wegen des begangenen dolus ungültig; im

x) Io. Aug. Hellfeld in Diss. de eo, quod ob species nouiter reperras circa transactiones iustum est, Ien. 1759. §. 15—18. Renthe a. a. O. §. 19.

im letztern Falle soll man unterscheiden, ob der Irrthum die Existenz der Sache, worüber der Vergleich geschlossen worden, betrifft, oder dieses kann nicht behauptet werden. Von Fällen jener Art gelte die Regel, sagt Hellfeld: ein Vergleich ist ungültig, der über eine Sache geschlossen worden, die so, wie der Irrende sich dieselbe vorstellte, und bey der Verabredung des Vergleichs voraussetzte, wirklich nicht existirte. Ein solcher Fall sey es 1), wenn der Transigent aus Irrthum dafür hielt, er habe wirklich einen Miterben, und in dieser Ueberzeugung verglich er sich mit dem vermeyntlichen Miterben, der aber doch kein Erbrecht hatte, von welchem Falle in der L. 36. §. fin. D. fam. ercisc. die Rede sey. Ein solcher Fall sey es 2), wenn ein Vergleich über eine Erbschaft aus einem Testament in der Meynung geschlossen worden, das Testament könne bestehen, und hernach zeigt sichs, daß es nicht gelten könne. Davon werde in der L. 4. C. de iur. et facti ignor. geredet. Auch gehört 3) der Fall hierher, wenn ein Irrthum in der Rechnung vorgegangen ist, und dieser ist die Ursache des Vergleichs; denn hier existirt die Summe nicht, welche die Partheyen bey dem Vergleich voraussetzten, und hiervon handele die L. vn. C. de error. calculi. Lasse sich nicht behaupten, daß ein Irrthum die Existenz der Sache betroffen habe, so dürfe der Vergleich aus diesem Grunde nicht angefochten werden, weil der Irrthum hier hätte vermieden werden können, wenn die Partheyen ihr Recht durch einen Proceß hätten entscheiden lassen wollen, folglich sey der Irrthum ein error voluntarius, qui nocet erranti.

Ueber diese Erklärungsart des Hrn. GRR. Hellfeld macht Hr. HR. Glück.[s]) folgende Bemerkungen, und schreibt: ob uns diese Theorie in Stand setzen wird, in jedem vorkommenden Falle richtig zu beurtheilen, welcher Irrthum dem Vergleiche schädlich oder unschädlich sey, daran

y) Gr. HR. Glück im Comment. Thl. 5. S. 20.

daran zweifle ich sehr; denn a) trägt hier der Unterschied, ob beyde Theile irren, oder ob nur ein Theil irrt, zur Entscheidung der Sache wenig bey, zumal da die in dem letztern Falle vom Hellfeld angeführten Beyspiele solche sind, wo der andere Transigent, wenn er nicht in dolo ist, sich mit dem Irrenden im gleichen Irrthume befindet. b) Wollte man mit unserm Verfasser zur Regel annehmen, daß ein Vergleich nicht gelte, wenn die Partheyen aus Irrthum die Sache, worüber sie sich verglichen, für zweifelhaft hielten, die es doch nicht war, so würde man in manchen Fällen die Rescission eines Transacts zulassen müssen, wo gleichwohl die Gesetze dergleichen Aufhebung nicht gestatten; z. E. wenn der Vergleich aus Besorgniß, daß etwa ein Proceß entstehen könnte, der doch auf keine Weise zu befürchten war, geschlossen worden, oder wenn die Sache, worüber der Vergleich geschlossen worden, durch neu aufgefundene Urkunden, welche vorher beyden Theilen unbekannt waren, nun dergestalt ins Klare kommt, daß, wenn diese Documente zur Zeit des Vergleichs vorhanden gewesen wären, es gar keines Transacts bedurft hätte. Es kommt ja bekanntermaßen bey Schließung eines Vergleichs gar nicht darauf an, ob die Sache wirklich zweifelhaft ist, sondern es ist genug, wenn sie den Partheyen zu der Zeit zweifelhaft zu seyn schien, da es ihnen gefiel, statt des langweiligern und kostbarern Weges der richterlichen Erörterung den kürzern Weg der Güte einzuschlagen z).

Eben so wenig verdient auch die Zolleriſche Theorie unsern Beyfall. Zoller a) giebt die Regel: der Irrthum stehe dem Vergleich entgegen, in so fern derselbe die Ein-

z) Gvndling in Diss. de transact. stabilit. et instabil. §. 39.

a) Zoller Diss. quaestionem: an ob errorem rescindi possit transactio? contin. Lips. 1765.

willigung der Partheyen selbst betrifft, welche den Grund des Transacts ausmacht; in so fern hingegen der Irrthum blos den Gegenstand des Vergleichs, d. i. die zweifelhafte Sache; angeht, worüber der Vergleich geschlossen worden, so schade derselbe dem Transacte nichts. Allein 1), wendet Hr. HR. Glück dagegen ein, läßt sich ein Irrthum in Ansehung der Einwilligung nicht leicht gedenken, der nicht auch zugleich das Object selbst beträfe. Das von Zoller zur Erläuterung seiner Regel angeführte Beyspiel kann selbst einen Beweis hiervon geben. Ich vergleiche mich mit dem Titius, der eine Forderung von tausend Gulden an mich machte, auf eine Summe von 500 Gulden. In der Folge ergiebt sich, daß ich ihm überhaupt nie mehr, als 500 Gulden, schuldig gewesen sey. Hier betrifft mein Irrthum zwar allerdings den Consens; denn ich wollte dem Titius eigentlich eine geringere Summe bewilligen, als er meiner Meynung nach von mir zu fordern hätte. Aber betrifft denn nicht auch dieser Irrthum zugleich das Object selbst? Denn darüber waren wir ja uneins, wie viel ich dem Titius noch zu bezahlen hatte; räumte ich ihm nun gleich nicht seine ganze Forderung von 1000 Fl. ein, so glaubte ich doch, daß ich ihm wenigstens noch mehr als 500 Fl. schuldig wäre, und suchte also durch den Vergleich eine Minderung meiner Schuld zu bewirken. Es ist daher allerdings ein error circa obiectum vorhanden, der aber, weil er die Partheyen zur Eingehung des Vergleichs veranlaßte, zugleich als ein error circa consensum angesehen werden kann. Sodann aber steht ja auch 2) der error circa consensum nicht in jedem Falle der Gültigkeit des Vergleichs im Wege, so wie im Gegentheil der Irrthum in Ansehung des Objects nicht in jedem Falle unschädlich ist. So ist z. B. der Transact ohne allen Zweifel ungültig, wenn der Gegenstand desselben schon zu der Zeit, da selbiger geschlossen wurde, ohne daß es die Partheyen wußten, zu Grunde gegangen; dahingegen schadet in dem vom Zoller angeführten Falle der error circa consensum

dem

dem Vergleiche nichts, wenn gleich Zoller das Gegentheil behaupten will [b]).

Aus dem Allen, was wir bisher gesagt haben, ergiebt sich nun also, deucht mir, ganz deutlich, daß man bey Beurtheilung des Irrthums in Ansehung eines Transacts vielmehr darauf zu sehen habe, ob der Irrthum den streitigen oder zweifelhaft gewesenen Punct betrifft, worüber der Vergleich geschlossen worden, oder ob derselbe auf so Etwas geht, woran die Partheyen gar nicht gedacht haben, sondern was sie für gewiß und unzweifelhaft hielten. In dem letztern Falle lassen sich die Grundsätze de errore in pactis commisso vollkommen anwenden, und der Irrthum steht hier dem Vergleiche eben so, wie einem jeden andern Vertrage, im Wege [c]); allein in dem ersten Falle läßt die Natur und der Zweck des Vergleichs keine Rescission des Irrthums wegen zu. In der L. 10. C. h. t. heißt es: nullus etenim erit litium finis, si a transactionibus bona fide interpositis coeperit facile discedi. Die oben angeführten Gesetze bestätigen diesen Unterschied ganz deutlich; denn in allen den oben vorgekommenen Fällen, wo die Aufhebung eines Vergleichs des Irrthums wegen zugelassen wird, läßt sich kein anderer Grund der Entscheidung annehmen, als der, weil der Irrthum nicht das caput controuersum, worüber der Vergleich geschlossen worden, sondern eine ganz andere Sache betraf, worüber unter den transigirenden Partheyen gar kein Streit noch Zweifel obwaltete; dahingegen der Irrthum in allen Fällen, in welchen die Gesetze solchen bey Transacten für unschädlich erklären, immer gerade den, den Partheyen streitig oder zweifelhaft gewesenen, Punct selbst betrifft, welcher durch den Vergleich bestimmt, und zur Gewißheit gebracht worden ist. Zum Beyspiel mag die Entscheidung der Kaiser Leo und Anthemius

b) Goetz in cit. comment. §. 39.

c) Hr. Prof. Götz in der angef. Comment §. 20. u. flg.

themius in der L. 42. C. h. t. über die Rechtskraft eines auf falsche Urkunden sich gründenden Vergleichs dienen. Die Kaiser unterscheiden hier zwey Fälle: entweder beyde Theile hielten die Urkunden für ächt, und nahmen sie zur Grundlage ihres Vergleichs an, ohne daß ihnen wegen der Unächtheit derselben auch nur der geringste Zweifel beyfiel; oder es war über die Aechtheit der Documente unter den Partheyen gestritten, und dieser Streit durch den Vergleich beygelegt worden. In dem ersten Falle erklären die Kaiser den Vergleich für ungültig, wenn sich nachher die Unrichtigkeit der Urkunden offenbart hat. Denn hier betrifft der Irrthum der Partheyen einen Umstand, der unter ihnen ganz unstreitig war, und welcher überdem den Grund des ganzen Vergleichs ausmachte; in dem letztern Falle hingegen soll der Vergleich, wodurch der Streit über die Aechtheit der Urkunden unter den Partheyen beygelegt worden ist, aus dem Grunde des Irrthums auf keine Weise rescindirt werden, wenn auch gleich in der Folge solche Beweise sich gefunden haben sollten, welche das vitium des streitig gewesenen Documents außer allen Zweifel setzen; denn hier betrifft der Irrthum das caput controuersum selbst, und ist ein solcher, den die Partheyen nicht vermeiden wollten, weil sie die Kosten und Weitläuftigkeiten einer genauern Erörterung der Sache scheueten [d]).

§. 349.

Wenn man die wichtige Materie von der Gültigkeit eines geschlossenen Vergleichs vollständig vortragen will, so müssen die schwersten Fälle dieser Art, welche in Gesetzen entschieden worden sind, angeführt und erklärt werden. Einer der schwersten Fälle aus dieser Materie ist in der Frage enthalten: ob ein Vergleich über eine testa-

ment-

d) Goetz in cit. comment. §. 24.

mentliche Verlassenschaft gelte, wenn die Transigenten das Testament vor der Eingehung des Vergleichs gar nicht gewußt haben? Darüber ist kein Streit unter den Rechtslehrern, ob ein Vergleich dieser Art gültig sey, wenn die Transigenten den Inhalt des Testaments vor der Eröffnung desselben vollständig wußten, indem sie ihn entweder von Personen, die bey der Abfassung des Testaments gegenwärtig gewesen waren, oder auf eine andere Art, erfahren haben. Ein unter diesen Umständen geschlossener Vergleich kann schlechterdings unter dem Vorwande nicht angefochten werden, man habe das Testament nicht vorher gelesen, ehe der Vergleich abgeschlossen worden [e]). Ganz anders verhält sich die Sache bey der Frage: ob ein vor der Eröffnung des Testaments geschlossener Vergleich auch alsdenn gültig sey, wenn die Partheyen den Inhalt des Testaments nicht hinlänglich gewußt haben? Eine große Anzahl der berühmtesten Rechtslehrer [f]) erklären

e) FABER in Cod. Lib. II. tit. 4. def. 1. WERNHER in Obseruat. Tom. II. P. VII. obs. 243. de PVFENDORF in Obseruat. T. I. obs. 142. STRYCK in caut. contr. Sect. III. c. 7. §. 6. v. Hymmen in den Beyträgen zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten, 2te Samml. S. 87. Renthe a. a. O. §. 34.

f) VOET h. t. §. 12. 13. VINNIVS de transact. c. 5. IDEM in select. quaest. I, 8. STRAVCH ad quinqu. Decis. Iust. Exerc. 4. c. 5. nr. 2. sqq. BACHOV ad TREVTLER. Vol. I. Disp. 7. th. 4. lit. E. HVBER ad Dig. h. t. §. 3. WISSENBACH in Exerc. ad Pand. Disp. X. §. 9. ARNTZENIVS in Miscell. Trai. ad Rhen. 1774. 8. c. 13. p. 137. sqq. Guil. van EVERSDYCK in Diss. ad L. 6. D. de transact. in OELRICHS Thes. Vol. III. p. 117. Chr. Henr. BREVNING in Diss. de transact. super relictis in test. tabulis non inspectis, Lips. 1768. Andr. GAIL in Obs. Lib. II. obs. 139. n. 7. STRVV. in Synt. Exerc. VI. §. 57. SCHILTER Exerc. IX. §. 6. sqq. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 10. Zachar. HVBER in casib. enucl. qu. 16. BOEHMER in Consult. T. II. P. I. Dec. 59. n. 10. REINHARDT ad CHRISTIN. Vol. I. Obs. 51. nr. 7. LAVTERBACH h. t. c. 19. Renthe a. a. O. §. 34. 35.

einen solchen Vergleich für ungültig. Sie führen an, so lange das Testament noch nicht eröffnet worden, oder doch wenigstens der Inhalt desselben nicht bekannt ist, kann man es ja nicht wissen, wer eigentlich Erbe sey, mit wem wollte man also wohl mit einiger Zuverlässigkeit den Vergleich schließen? Es läßt sich auch der Fall schwer denken, daß ein Streit über den Inhalt eines Testaments entstehen könnte, den man noch nicht einmal weiß, oder worüber man sich wenigstens sogleich hinlänglich unterrichten könnte, wenn man das Testament durchlesen wollte, worauf nicht einmal ein Vergleich nöthig wäre. Bey diesen Umständen läßt sich also auch der zu Schliessung eines Vergleichs wesentlich nothwendige Umstand, daß etwas zweifelhaft ist, nicht wohl annehmen. Mit diesen aus der Natur der Sache hergenommenen Gründen, stimmt die klare Vorschrift der L. 6. D. h. t. überein, worin ein Vergleich dieser Art ausdrücklich verboten wird, indem es heißt: *de his controuersiis*, quae *ex testamento* proficiscuntur, neque *transigi*, neque exquiri veritas *aliter potest*, *quam inspectis cognitisque verbis testamenti*. Die Gegner wenden zwar gegen dieses Gesetz ein, es sey eine sogenannte lex fugitiua, und gehöre gar nicht zur Materie von Vergleichen, sondern müsse dem Inhalt des Prätorischen Edicts de aperiendis testamenti tabulis, gemäß erklärt werden, wie die Vergleichung dieser Stelle mit der L. 1. §. 1. D. testamenta quemad. aperiantur, beweise. Beyde Stellen standen in dem libro XVII. Caii ad Edictum prouinciale in folgendem Zusammenhange g): omnibus, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se *Praetor* pollicetur. *Ratio* huius Edicti manifesta est. Neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his contro-

g) Eckhard in herm. iur. p. 335.

controuersiis, quae ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Diese Umstände halten die Gegner für hinreichend annehmen zu können, die angeführte L. 6. D. h. t. sey ganz aus dem richtigen Zusammenhange durch die Verfasser der Pandekten gerissen worden, indem sie solche in den Titel de transactionibus aufgenommen, da die Stelle nur den Grund enthalte, warum der Prätor Jedem, dem daran gelegen sey, ein Testament zu sehen, und Abschrift davon zu wünschen, die Vorlegung dieses Testaments auf sein Verlangen gestatten wollte. Zu dieser unschicklichen Einrückung habe die Verfasser der Pandekten wahrscheinlich weiter nichts bewogen, als weil sie das Wort *transigere* darin gefunden [h]), welchen Ausdruck sie aber unrichtig verstanden, da er in jener Stelle gar nicht diejenige rechtliche Handlung anzeigen sollen, die ein Vergleich genennt wird, sondern transigere heiße dort die Streitigkeiten durch Anstellung der Klage aus dem Testament vor Gericht verhandeln [i]). Diese gezwungene Erklärung der L. 6. D. h. t. wird von den Vertheidigern der Meynung, daß ein Vergleich ungültig sey, der geschlossen worden, ob man gleich den Inhalt des Testaments nicht wußte, verworfen. Sie bemerken dagegen, wenn man auch zugeben will, daß die L. 6. D. h. t. anfangs in der Erklärung des Prätorischen Edicts von Eröffnung der Testamente gebraucht worden, so ist hieraus kein hinlänglicher Grund herzunehmen, warum man diese Worte nicht auch in den Titel der Pandekten de transactionibus aufnehmen sollen, da ja eben die Nothwendigkeit das Testament zu lesen, wenn man einen Vergleich darüber schließen will, den Prätor bewogen haben

h) Labittvs in vsu indic. Pand. c. II. §. 13.

i) Eckhard l. c. p. 336. Aemil. Ferretvs ad L. 3. D. de transact. Cviacivs ad L. 1. D. de transact.

kann, jenes Edict abzufassen [k]). Ueber dieses muß man bedenken, sagen die Vertheidiger der Meynung, daß ein Vergleich, welcher von den Partheyen geschlossen worden, ohne das Testament vorher gelesen zu haben, ungültig sey, daß die Römer auf alle Weise dafür gesorgt wissen wollten, daß die letzten Willensverordnungen gehörig befolgt, und von schlechtdenkenden Erben nicht unterschlagen werden möchten [l]). Es kann auch vielleicht die vicesima, welche von Testamentserbschaften an den Fiscus entrichtet werden mußte, und die zu den Zeiten des Cajus noch nicht abgeschafft war, zu jener Verordnung Etwas mit beygetragen haben, damit der Fiscus durch solche, ohne vorher gegangene Eröffnung des Testaments, geschlossene Vergleiche, nicht verkürzt werden möchte [m]). Zu allen diesen Gründen kommt noch der Umstand, daß durch eine solche voreilige Abschließung eines Vergleichs über ein Testament, sehr leicht manche Verordnungen des Erblassers vereitelt werden konnten [n]).

Wenn gleich der Satz selbst in den Gerichten befolgt wird, daß ein Vergleich für ungültig zu halten sey, der über Testamentsstreitigkeiten errichtet worden, ohne daß den Partheyen das Testament hinlänglich bekannt gewesen, so giebt es doch eine große Anzahl von Rechtsgelehrten, welche diese Meynung, wenigstens der Theorie nach,

k) Merillivs in Obsern. III, 14. Arntzen. Miscell. c. 13. p. 143. Bach in Diss. de iure transact. etc. §. 6. Walch ad Eckhard. p. 336. et in Diss. de transact. propter timorem litis interp. Ien. 1766. §. 7.

l) L. 5. D. testam. quemadm. aper.

m) Petr. Burmann de vectig. Pop. Rom. c. XI. C. Fr. Schubert D. de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditatum, Helmst. 1749.

n) Lyncker ad tit. de transact. §. 11. Vinnivs in sel. quaest. I, 8. p. 38.

nach, für unrichtig erklären o). Vor allen Dingen ist zu bemerken, schreibt Hr. HR. Glück, daß, wenn von einem Vergleiche über einen Testamentsstreit die Rede ist, der noch vor Eröffnung und Einsicht des Testaments ist eingegangen worden, dabey allerdings vorausgesetzt werde, daß einmal überhaupt bekannt sey, wer Erbe ist, und dann zweytens der Transigent auch wenigstens so viel erfahren haben müsse, daß er in dem noch uneröffneten Testamente bedacht worden sey, obgleich die nähern Umstände davon, und wie viel das Vermächtniß beträgt, den Partheyen noch zur Zeit unbekannt ist. Nun stelle man sich einmal folgenden Fall vor. Titius hat ein Testament gemacht, und solches durch einen Bevollmächtigten bey einem auswärtigen Gericht hinterlegen lassen. Ich erfahre, daß mir in dem Testament etwas vermacht worden ist, allein was und wie viel ist noch unbekannt, weil das Testament noch im Gericht uneröffnet liegt. Der Intestaterbe, welcher zugleich im Testamente eingesetzt worden ist, läßt sich verlauten, daß er das Testament nicht werde gelten lassen, weil es nicht von dem Testirer selbst, sondern durch einen Andern dem Gericht übergeben worden sey. Um diesem Streite auszuweichen, vergleiche ich mich wegen meines Vermächtnisses mit ihm, ohne die Eröff-

o) Noodt de pact. et transact. c. 18. Baldvinvs in Iustiniano, Lib. 3. in Iurispr. Rom. et Attic. T. I. p. 1149. Faber in Rat. ad Dig. ad L. 6. D. h. t. Schulting in Diss. de transact. super controversiis, etc. in *Eius* Diss. Lugd. Bat. 1708. p. 206. et in *Eius* comment. acad. Vol. I. Hal. 1770. 8. Diss. 4. p. 201. Gvndling D. de transact. testamenti tab. non insp. Hal. 1735. Crell Obs. de eod. arg. Vit. 1739. Reinold in orat. de leg. inscr. §. 6. in Opusc. a Ivglero edit. p. 564. Brenckmann de euremat. c. 12. §. 10. nr. 3. p. 262. Schroeder in Obs. Lib. II. c. 13. p. 173. Bach in Diss. de eod. arg. van der Linden ad Voet. Traiect. ad Rhen. 1793. I. h. t. Sect. 1. p. 64. Wolbers in Obs. c. 7. Hr. Prof. Weber von Verbindl. S. 253. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 5. S. 30.

Eröffnung des Testaments abzuwarten. Sollte man im Ernste hier wohl behaupten können, daß es dem geschlossenen Vergleiche an einer re dubia fehle? oder daß der Zweifel sogleich durch die Eröffnung des Testaments gehoben werden könnte? Ja, kann nicht selbst die Eröffnung des Testaments noch mit so viel Weitläuftigkeiten verknüpft seyn, daß man, um diese zu vermeiden, gern eine baare Summe annimmt, wenn auch gleich das Vermächtniß vielleicht mehr betragen haben sollte? Mit welchem Rechte wollte ich nun wohl einen solchen Vergleich anfechten? Habe ich dadurch Schaden gelitten, so ist es immer meine eigene Schuld, weil mich Niemand zum Vergleich genöthigt hat. Es geht also hier nach der L. 203. D. de reg. iur., wo es heißt: consentientis nulla est laesio, et damnum, quod quis ex culpa sua sentit, non intelligitur sentire. Sollte ich aber nicht vielleicht auf den Beyfall der Gesetze rechnen können, wenn ich den Vergleich anfechten wollte, weil doch nach den ausdrücklichen Worten des Gajus ein Transact über Streitigkeiten, welche aus einem Testament entstehen, nicht anders eingegangen werden kann, als wenn die Partheyen das Testament gelesen haben? Ich bin noch immer davon überzeugt, daß die Worte des Gajus keine eigentliche gesetzliche Vorschrift enthalten; denn so viel bleibt doch unwidersprechlich wahr, daß die L. 6. D. h. t., wenn man sie mit der L. 1. D. quemadm. test. aper. vergleicht, nur blos den Grund enthält, warum der Prätor sein Edict de inspiciendis describendisque testamenti tabulis bekannt gemacht hat. Es ist daher der Natur der Sache und dem Sprachgebrauche der römischen Juristen allerdings gemäßer, wenn man die Worte des Gajus: *non potest* so erklärt: non commode oder vtiliter non potest: so wie sich auch Paullus p) in einem andern

p) L. 24. §. 1. D. de admin. et peric. tut. wo die Worte: quia duo tutores simul agere *non possunt*, nichts anders heissen als commode et sine damno pupilli agere non possunt, wie Brenkmann a. a. O. sie richtig erklärt.

andern Falle ausdrückt. Wenigstens läßt sich kein hinlänglicher Grund von einer gesetzlichen Prohibition angeben q). Wollte man solchen von der allgemeinen Begünstigung der Testamente hernehmen, so würde daraus folgen, daß der Vergleich auch eben so wenig nach der Eröffnung des Testaments geschlossen werden dürfte. Ja, man würde sich nicht einmal einer Erbschaft begeben können, wenn man an den Worten des Paullus in der L. 5. D. quemadm. test. aper. — publice expedit, suprema hominum iudicia exitum habere, kleben wollte. Und überhaupt frage ich, ob nicht Transacte, wodurch ein ungewisses und zweifelhaftes Recht gewiß gemacht wird, eben sowohl Begünstigung verdienen, zumal da sie oft das beste Mittel sind, Testamente aufrecht zu erhalten, welche vielleicht, wenn man den Streit darüber der richterlichen Erörterung und Entscheidung hätte überlassen wollen, wären aufgehoben und für nichtig erklärt worden? Man kann auch ferner mit Grunde nicht behaupten, daß ein solcher Vergleich der legi Iuliae vicesimariae zuwider gewesen wäre, wie Bach r) ganz einleuchtend gegen Schubert gezeigt hat. Dahingegen läßt sich noch ein sehr bündiges Argument für die Gültigkeit desselben daher nehmen, daß auch ein richterliches Erkenntniß, wodurch ein Testamentsstreit, ohne vorhergegangene Vorlegung und Einsicht des Testaments, entschieden worden ist, in den Gesetzen s) für rechtsbeständig erklärt wird, da doch dieses Falls in der L. 1. §. 1. D. quemadm. test. aper. auf gleiche Weise Erwähnung geschehen ist.

§. 350.

q) Si hoc valere deberet, sagt Schifordegher ad Ant. Fabr. Oppenh. 1610. f. Lib. II. tract. 25. p. 275. vt ea, quae pro iuris alicuius ratione sunt adducta, pro ipso iure constituto accipiamus, iurisprudentia nostra subuertatur necesse est.

r) Bach cit. Diss. §. 8.

s) L. 11. pr. D. de exc. rei iudic.

§. 350. 351.

Wichtig ist ferner die Frage: ob ein **Vergleich** auch noch alsdenn geschlossen werden könne, wenn ein Proceß schon durch den Ausspruch des Richters entschieden worden ist [x]). Eine Schwierigkeit bey Bestimmung dieser Frage zeigt sich dadurch, daß es in einigen Gesetzen für erlaubt, in andern aber für unerlaubt erklärt wird [y]). Bey genauerer Prüfung dieser Verordnungen findet man, daß die Worte, res iudicata, theils im **weitläuftigen** und uneigentlichen Sinne, theils im **engern** und eigentlichen Verstande gebraucht werden. Kommt der Ausdruck, res iudicata, im **weitläuftigen** Verstande vor, so wird jede richterliche Entscheidung darunter verstanden, weil sie auf Seiten des Richters mit der Publikation in so fern rechtskräftig wird, daß der Richter, der sie gesprochen hat, nun nichts weiter daran ändern darf [z]). Dieser weitläuftige Verstand muß angenommen werden, wenn es in der L. 7. D. pr. h. t. heißt, daß auch noch nach geschehener richterlicher Entscheidung des Processes, von den Partheyen ein Vergleich geschlossen werden dürfe, es möge nun gegen das Urtheil bereits appellirt worden seyn, oder noch appellirt werden können. Der Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist leicht zu finden, und er besteht darin: weil in der Appellationsinstanz leicht ein reformatorisches Urtheil gesprochen werden kann, so ist der Ausgang des Rechtsstreits für jetzt immer noch zweifelhaft, folglich auch noch ein hinlänglicher Gegenstand eines Vergleichs vorhan-

x) Io. Nic. HERTIVS in Diss. de transact. post rem iudicatam, Giessae 1705. C. KOHL D. de transactione super re iudicata, Alt. 1723. Mart. Wold. SCHROETERINGK D. de eod. argum. Lugd. Bat. 1754.

y) L. 7. pr. L. 11. D. h. t. L. 23. §. 1. D. de condict. indeb. L. 32. C. eod.

z) L. 1. L. 55. D. de re iudic. L. 14. C. de appellat. VOET Lib. 42. tit. 1. §. 2.

vorhanden. Im eigentlichen und engern Verstande wird in Gesetzen durch den Ausdruck, res iudicata, eine solche richterliche Entscheidung angezeigt, welche dergestalt rechtskräftig geworden ist, daß nun weiter kein Rechtsmittel dagegen eingewendet werden darf, und die als Wahrheit und Recht gelten soll [a]), wie die L. 207. D. sich erklärt, wo es heißt: res iudicata pro veritate accipitur. Hier fällt alle Ungewißheit weg, folglich kann auch kein Vergleich weiter über diese entschiedene Sache geschlossen werden. Dieser Satz ist nicht nur durch viele Rescripte der Kaiser, die man im Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Coder [b]) findet, bestätigt worden, sondern auch das neuere römische Recht stimmt damit überein; in der Praxis wird es eben so gehalten [c]). In der L. 32. C. h. t. heißt es: si causa cognita prolata sententia, sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi, non est opinionis incertae. Wer einen solchen Vergleich erfüllt hat, kann das Gezahlte wieder zurück fordern, jedoch nicht mehr, als was die Summe des rechtskräftigen Urtheils übersteigt [d]). Ist es zweifelhaft, ob wirklich ein rechtskräftiges Urtheil gesprochen worden, so geht es freylich an, über diesen Umstand einen Vergleich zu schließen. Hierher gehört der Fall, wenn über die Gültigkeit des richterlichen Ausspruchs, wogegen keine Appellation eingewendet worden, gestritten wird, und es wirklich

a) Ant. Schulting in iurispr. Anteinst. p. 220. not. 13.

b) L. 3. 4. 5. 8. 9. de pact. et transact. in Cod. *Gregor.* L. 3. eod. in Cod. *Hermog.* in Schulting. Iurispr. Anteinst. p. 685. et 711. L. 2. Cod. *Theod.* h. t. ex edit. Gothofr. T. I. p. 146.

c) Mevius P. VIII. Dec. 493. Struv. Exerc. VI. th. 50. not. 7. Berger in Oecon. iur. Lib. 4. tit. 34. th. 3. et not. 1.

d) L. 23. §. 1. D. de condict. indeb.

wirklich zweifelhaft ist, ob derselbe rechtskräftig geworden sey, oder man streitet darüber, ob nicht ein Restitutionsgesuch wider das gesprochene Urtheil zulässig ist. In der L. 11. D. h. t. heißt es: post rem iudicatam, etiamsi prouocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit: quia adhuc lis subesse possit, *transactio* fieri potest. Ein Vergleich ist ferner alsdenn zulässig, wenn die Execution des Urthels noch Streit veranlassen kann, oder wenigstens mit Kosten und Schwierigkeiten verknüpft ist [e]). Man muß sich übrigens hüten, einen Vergleich dieser Art, mit einem pacto remissorio, welches nach vorhandenem rechtskräftigen Urthel geschlossen worden, zu verwechseln; denn dieses wird als eine erlaubte Schenkung betrachtet, ich mag meinem Gegner die Bezahlung der ganzen rechtskräftig zuerkannten Forderung erlassen haben, oder nur einen Theil derselben. Daher heißt es in der L. 7. §. 13. D. de pact. der Vertrag sey gültig, wodurch ich mir von meinem Gegner versprechen lassen, er wolle die actio iudicati nicht wider mich anstellen. Es ist zwar dem gemeinen Besten zuträglich, daß rechtskräftige Urthel vollstreckt werden; bey Privatsachen hängt dieses aber doch auch mit von dem Willen des obsiegenden Theils ab [f]).

Was die **Wirkungen** eines gültig geschlossenen Vergleichs betrifft, so werden durch solche die Rechtshändel eben so gültig entschieden, als wenn ein rechtskräftiges Urthel darüber abgefaßt worden wäre. Daher kommt es, daß ein Vergleich in Gesetzen, decisio genennt, und daß

e) Leyser spec. 240. med. 6. Xenthe a. a. O. §. 33. S. 68.

f) Voet ad Dig. h. t. §. 11. Wissenbach ad Pand. Disp. 10. §. 5.

daß das Wort decidere für transigere gebraucht wird g). Ein geschlossener Vergleich hat nicht weniger Kraft, als ein rechtskräftig gewordenes Urthel; denn man kann den Vergleich eben so gut als eine proceßhindernde Einrede vorschützen, wie dieses bey rechtskräftigen richterlichen Entscheidungen der Fall ist h). Verklagt mich Jemand wegen des Anspruchs, worüber ich mich mit ihm verglichen habe, so setze ich ihm die Einrede des Vergleichs entgegen, und dieses hat zur Folge, daß ich nicht nöthig habe, den Proceß fortzusetzen, jedoch muß diese Einrede sogleich erwiesen werden können, oder liquid seyn i), wiewohl einige Rechtslehrer sogar behauptet haben, es komme nicht darauf an, ob diese Einrede sogleich liquid sey k). Ein Vergleich und ein rechtskräftiges Urthel kommen ferner darin mit einander überein, daß jener ebenfalls nicht deswegen angefochten werden darf, weil man erst nach der Zeit des geschlossenen Vergleichs Urkunden bekommen habe, von denen man vorher nichts wußte l). Dieser Gleichheit ungeachtet weichen beyde rechtliche Geschäffte doch auch in verschiedenen Stücken von einander ab. Jene Vergleichung geht nur vorzüglich auf den Zweck, der bey dem rechtskräftigen Urthel und einem Vergleich der nämliche ist, und in der Beylegung eines Rechtsstreits besteht. Ein merkwürdiger Unterschied des rechtskräftigen Urtheils von einem Vergleiche

g) L. 7. pr. D. de condict. furt. L. 3. §. 1. D. ad Leg. Falcid. L. 19. L. 33. C. h. t. L. 3. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non sec. L. 17. C. h. t. SCHULTING ad Prota h. t.

h) c. 1. de lit. contest. in 6to. c. 1. X. h. t. c. 2. X. de sent. et re iudic.

i) MEVIUS P. III. Decis. 225.

k) WERNHER Obs. T. I. P. I. obs. 43. SCHAUMB. in Princ. Prax. Lib. I. c. 4. §. 10. not. 2.

l) L. 19. C. h. t. L. 4. C. de re iud. SCHULTING ad Prota. h. t. §. 16. LAUTERB. ad Dig. h. t. §. 27.

gleiche zeigt sich aber z. B. dadurch, daß Jemand durch ein rechtskräftiges Urthel ein freyer Mensch werden kann, der es doch nicht ist, welche Kraft kein Vergleich hat [m]). Wer ein rechtskräftiges Urthel für sich hat, kann auf die geschwindeste Vollstreckung desselben dringen; dieses geht aber bey einem Vergleiche nicht an [n]), anderer Verschiedenheiten nicht zu gedenken [o]).

§. 352.

Wie wir bey der Erklärung des Begriffs von einem **Vergleich** gesehen haben, ist solcher eine rechtliche Handlung, welche in einer **Veräußerung** besteht. Hieraus folgt, daß nur derjenige fähig sey, einen gültigen Vergleich zu schließen, der das Recht hat, über sein Vermögen nach eigenem Gefallen zu disponiren, und eine **Veräußerung** damit vorzunehmen. Diese Befugniß fehlt den **Pupillen** und **Minderjährigen**, daher dürfen sie ohne Einwilligung ihrer **Vormünder** keinen **Vergleich** eingehen. Selbst diese haben nicht ohne Ausnahme das Recht, für sich allein über Angelegenheiten des **Pupillen**, einen Vergleich zu schließen [p]), sondern es kommt darauf an, ob von **beweglichen** oder **unbeweglichen** Gütern des Pupillen die Rede ist. Soll der Vergleich über Etwas geschlossen werden, was zum **beweglichen** Vermögen des Pupillen gehört, so steht dem Vormunde das Recht allerdings zu, den Vergleich ohne Einwilligung der Obrigkeit für sich allein zu schließen, wenn die **bewegliche** Sache nicht etwa einen besondern Werth hat, daß

m) L. 25. D. de statu homin. L. 6. 10. 36. D. de liber. causſa.

n) L. 8. C. de reb. credit.

o) WISSENBACH in Codic. ad L. 20. h. t. Franequ. 1701. p. 83.

p) Chr. Henr. BREVNING Spec. cont. cap. iuris contr. de transact. tutoris in cauſſa pupillari, Lipſ. 1768.

daß sie in Rechten einer unbeweglichen Sache gleich gehalten wird [q]). Ungültig würde auch ein Vergleich dieser Art seyn, wenn er zum offenbaren Nachtheil des Pupillen gereichte [r]). In der L. 46. §. fin. D. de administr. et peric. tut. et curat. bemerkt Paullus sehr richtig: tutoribus concessum non est, *deminuendi caussa* cum debitoribus pupilli *transigere*, et ideo eum, qui minus tutori soluit, a pupillo in reliquum conueniri posse. Besteht der Gegenstand des von dem Vormunde zu schließenden Vergleichs in einer unbeweglichen Sache, so machen die Gesetze den Unterschied, ob solche veräußert oder erhalten und von den Ansprüchen des Gegners frey gemacht werden soll. Im letzten Falle hat der Vormund das Recht, den Vergleich für sich allein zu schließen, ohne von der Obrigkeit dazu autorisirt zu seyn, weil das obrigkeitliche Decret nur bey Veräußerungen ertheilt werden soll [s]). Wenn aber auch der Vergleich des Vormundes eine wirkliche Veräußerung enthält, so muß nochmals unterschieden werden, ob der Pupill das unbewegliche Grundstück selbst besitzt, oder sein Gegner. Bey Fällen der ersten Art darf der Vormund schlechterdings keinen Vergleich schließen, als mit obrigkeitlicher Bewilligung [t]). Viele Rechtslehrer [u]) behaupten, das

q) L. 54. §. 5. L. 56. §. 4. D. de furt. Leyser Spec. 46. med. 1.

r) Noodt de pact. et trans. c. 26. Vinnivs de transact. c. 3. §. 7.

s) Tit. Dig. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt. Tit. Cod. de praediis et aliis reb. minor. sine decreto non alienand. Ferd. Chr. Harpprecht D. de transact. in causs. minor. §. 16. in Eivs Diss. Vol. I. Diss. X. p. 386. Voet h. t. §. 2. Lavterb. h. t. §. 15. Fr. Alef D. de transact. c. 3. §. 25.

t) L. 4. C. de praed. et aliis reb. minor. L. 22. C. de administr. tut. Ant. Faber in Cod. Lib. 5. tit. 37. def. 1.

u) Brevning cit. Diss. §. 4.

obrigkeitliche Decret sey auch im zweyten Falle nöthig, nämlich wenn sich der Vormund über eine unbewegliche Sache vergleichen, und solche veräußern will, die der Gegner schon im Besitz hat, weil doch der Pupill eine Realklage habe, wodurch er diese Sache einklagen könne, und diese zum unbeweglichen Vermögen gehöre. Andere Rechtslehrer x) wenden ein, weil hier vorausgesetzt wird, daß das Recht des Minderjährigen noch ungewiß und zweifelhaft ist, und die Vermuthung doch allemal für den Besitzer streitet, so darf in diesem Falle ein Vergleich vom Vormunde geschlossen werden, ohne die obrigkeitliche Bestätigung nöthig zu haben.

Bey der Frage: ob ein Procurator in Sachen seines Gewaltgebers einen Vergleich schließen könne, ist vor allen Dingen auf die verschiedenen Arten der Procuratoren Rücksicht zu nehmen. Es giebt, wie bekannt, procuratores in rem suam, oder solche, die das ihnen aufgetragene Geschäffte zu ihrem eigenen Besten besorgen. Von diesen wird in Gesetzen gesagt, daß sie als Eigenthümer des ihnen aufgetragenen Geschäffts betrachtet werden sollen, wie man aus der L. 13. §. 1. D. de pactis sieht, wo es heißt: si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur, folglich haben sie das Recht, über die Sache nach ihrem Willen zu disponiren, und können also auch einen gültigen Vergleich darüber schließen. Man folgert dieses ferner daraus, weil ihnen nach den Gesetzen das Recht zusteht, dem Gegner den Eyd zu deferiren y), dieser aber als eine Art von Transact betrachtet wird.

Anders

x) Bachov ad Treutler. Vol. I. Disp. VII. th. 2. Lit. E. Voet h. t. §. 2. in fine, Harpprecht in cit. Diss. §. 19.

y) L. 17. §. fin. D. de iureiur. L. 2. D. eod.

Anders verhält sich die Sache bey einem **Procurator**, der ein fremdes Geschäffte zum Vortheil des Principals besorgen soll; denn hier ist ein Unterschied zu machen, ob ein solcher Bevollmächtigter, procurator vniuersalis, oder generalis, oder specialis genennt wird. Ein procurator vniuersalis und generalis ist derjenige, dem die Besorgung und Verwaltung aller und jeder Geschäffte und Güter seines Principals anvertraut worden ist. Dieser hat allerdings das Recht einen Vergleich zu schließen, wenn er gegründete Ursache hat anzunehmen, daß der Vortheil seines Principals dadurch befördert werde [z]), weil es den Pflichten und Regeln einer vorsichtigen Güterverwaltung vollkommen gemäß ist, lieber etwas aufzuopfern, als sich der augenscheinlichen Gefahr eines ungewissen Processes auszusetzen, wodurch wohl gar Alles verlohren werden kann [a]). Wer blos zur Besorgung eines einzigen Geschäffts bevollmächtigt worden ist, heißt procurator specialis, und dieser darf, ohne ausdrücklich dazu ertheilte Erlaubniß, keinen Vergleich über die aufgetragene Angelegenheit schließen [b]). Was von Procuratoren einer **Privatperson** Rechtens ist, findet auch bey Procuratoren des **Regenten** statt, folglich dürfen diese in Angelegenheiten der fürstlichen Einkünfte ohne besondere Genehmigung des Regenten, ebenfalls keinen Vergleich eingehen [c]).

Unter die Procuratoren gehören auch die Syndici und andere bevollmächtigte Verwalter der Angelegenheiten

z) L. 17. §. fin. D. de iureiur. L. 12. D. de pact. L. 58. et 63. D. de procurat.

a) Noodt de pact. c. 27. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 3. Voet h. t. §. 3. Renthe a. a. O. §. 25.

b) L. 10. C. de procurat. c. 4. in fine de procur. in 6to.

c) L. 13. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de offic. proc. Caesar. Vinnius de transact. c. 3. §. 10.

einer moralischen Person oder Gemeinheit. Wenn ihnen die allgemeine Verwaltung aller Angelegenheiten und Güter einer Gemeinheit übertragen worden ist, so haben sie zugleich die Befugniß Namens der Gemeinheit einen Vergleich zu schließen, wenn das Beste derselben dadurch befördert wird [d]). Diejenigen Rechtslehrer gehen aber zu weit, welche behaupten, jeder Syndicus einer Gemeinheit habe das Recht, auch ohne einen besondern Auftrag zu Schließung eines Vergleichs erhalten zu haben, solchen Namens seiner Constituenten einzugehen [e]). Sie erhalten nicht immer eine so allgemeine Verwaltung der Güter der Gemeinde, wie sie im römischen Rechte bey denen vorausgesetzt wird, die das Recht haben, einen Vergleich zu schließen; man kann auch nicht behaupten, daß dergleichen Administratoren schlechthin als Vormünder betrachtet werden müssen, welches sich wenigstens daraus noch nicht folgern läßt, daß Gemeinheiten die Rechte der Minderjährigen haben, da ihre Syndici die Geschäffte der Gemeinde nicht Kraft eines öffentlichen Amtes, sondern vermöge eines erhaltenen Auftrags besorgen [f]). Sollte der Syndicus gar nur zur Führung der Processe der Gemeinde bevollmächtigt worden seyn, so kann er so wenig, wie ein Procurator einer einzelnen Person, ohne einen besondern Auftrag, Namens der Gemeinde einen Vergleich schließen [g]).

Was

d) L. 12. C. de transact. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 4.

e) Hahn ad Wesenb. h. t. nr. 4. in F. Gail in Obs. Lib. II. obs. 72. nr. 11. Lauterbach in Diss. de syndicis, mbr. II. c. 2. §. 87. Leyser Spec. 54. med. 11.

f) Rud. Christ. Henne in Diss. de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spuriis, Erf. 1770. §. 20. Emmingh. ad Cocceii ius contr. h. t. qu. 4. not. t.

g) L. 34. §. 1. D. de iureiur. Renthe a. a. O. §. 26. S. 51.

Was die Freyheit des **Vaters** betrifft, über das Vermögen seiner **Kinder** einen Vergleich zu schließen, so kommt es hierbey auf die verschiedenen Fälle an, wo ein solcher Vergleich geschlossen werden soll. Wenn **Kinder** gar nicht mehr der väterlichen Gewalt ihres Vaters unterworfen sind, so hat er auch kein Recht, blos deswegen, weil es ihr Vater ist, in ihren Angelegenheiten einen Vergleich zu schließen. In der L. 10. D. h. t. heißt es: de re filiorum, quos in potestate non habuit, transigentem patrem minime eis obesse placet. Ist das **emancipirte Kind** noch nicht **majorenn**, und der Vater hat die Vormundschaft desselben erhalten, so hat er freylich eben die Rechte, die jeder andere Vormund in dergleichen Fällen hat, er muß aber auch die nämlichen Pflichten beobachten h). Die Gesetze wollen jedoch, daß ihm das richterliche Decret zur Schließung eines Vergleichs noch weniger erschwert werden solle, weil die Vermuthung auf seiner Seite ist, daß er aus angebohrner Liebe zu seinem Kinde, für das Wohl desselben angelegentlicher sorgen werde, als ein anderer Curator. Diese Verfügung ist in der L. 7. §. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, deutlich enthalten, wo es heißt: si pater tutor sit alicui ex liberis, an Praetor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est, vt debeat: *pronior tamen esse debet Praetor*, ad consentiendum patri.

Stehen Kinder noch unter der **väterlichen** Gewalt ihres Vaters, und der Vater will über ihr Vermögen einen Vergleich eingehen, so ist hierbey auf die Art ihres Vermögens Rücksicht zu nehmen. Wenn das Kind nicht nur als **Eigenthümer** dieses Vermögens betrachtet werden muß, sondern ihm auch sogar der **Nießbrauch** davon zusteht, welches der Fall bey dem peculio castrensi, quasi-castrensi, und aduentitio irregulari ist, so darf

h) Schulting ad Prota h. t. §. 4. Vinnius de transact. c. 3. §. 11.

der Vater in Angelegenheiten dieses Vermögens keinen Vergleich schließen, weil der Sohn selbst das Recht hat, unter den Lebendigen nach seiner Willkühr darüber zu disponiren i). Sollte der Sohn noch minderjährig seyn, und es muß über dieses Vermögen ein Vergleich geschlossen werden, so kann der Vater als Curator diesen Vergleich schließen, wenn der Sohn keinen besonders bestellten Curator haben sollte k). Größere Rechte hat der Vater bey Angelegenheiten, die das peculium aduentitium regulare des Sohnes betreffen. Dieses Vermögen kann er vermöge seiner väterlichen Gewalt administriren, und wird hier nicht wie ein anderer Vormund beurtheilt; daher braucht er auch nicht die Vorschriften alle zu befolgen, die ein Vormund schlechterdings zu beobachten hat l). Da nun dem Vater sogar das Recht ertheilt worden ist, Dinge, welche zu diesem peculio gehören, zu veräußern, wenn es entweder zum Besten des Sohnes gereicht, oder die dringende Nothwendigkeit eine Veräußerung nothwendig macht m), und hierzu nicht einmal die obrigkeitliche Bewilligung nöthig ist n), so ist er auch befugt, ohne Decret über

i) L. 18. §. 1. D. de castr. pec. L. 2. D. ad Sctm. Maced. Nov. 117. c. 1.

k) Arg. L. 7. C. de curat. furios. L. fin. §. 2. C. de bon. quae lib. Hofacker in Princ. iur. ciuil. T. I. §. 568. p. 448.

l) de Cramer in Obseru. T. II. P. I. obs. 543. 560. Leyser Spec. 164. med. 1.

m) L. 1. C. de bon. mat. L. 4. in f. L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. Kvrrer D. de alienatione bonorum aduentitiorum, Tub. 1686.

n) L. 3. C. quando decreto opus non sit. Lyncker Resp. II, 59. Wernher Obs. III, 35. de Cramer Obs. T. IV. obs. 1208. in f. Leyser Spec. 165. med. 9. Lauterb. ad Dig. Lib. 15. tit. 1. §. 23. Sammlung merkw. am kaiserl. Reichskammerg. entsch. Rechtsf. 3. Thl. 4 Rechtsf. §. 61. flg. S. 201.

über dieses adventicische Vermögen zu transigiren, wenn der Vergleich nöthig, oder den Kindern nützlich ist o), jedoch müssen die Kinder ihre Einwilligung dazu geben p). Sollten die Kinder noch nicht mündig, oder abwesend seyn, so gilt der vom Vater geschlossene Vergleich, wenn auch die Kinder nicht darein gewilligt haben, wie man aus der L. 8. C. de bonis, quae liberis etc. sieht, wo es heißt: adhibeatur autem etiam filiorum consensus, *nisi* adhuc in *prima aetate* sint constituti, aut longe absint. Voet ist der Meynung, der Ausdruck *prima aetate* heiße die Minderjährigkeit; dagegen streitet aber die L. 30. C. de episc. aud. und die L. 10. C. de impub. et aliis substit. Daher die Unmündigkeit darunter verstanden werden muß q).

Auch der Ehemann gehört unter die Personen, welche fremdes Vermögen verwalten, nämlich das seiner Frau. Hier fragt sichs nun, wie weit gehen seine Rechte bey Schließung eines Vergleichs, der das Vermögen seiner Frau betrifft? Dieses Vermögen besteht der Regel nach aus Dotalgütern und aus Paraphernalvermögen. Weil dem Manne das bürgerliche Eigenthumsrecht an den Dotalgütern seiner Frau zusteht, so hat er auch das Recht, solche Vergleiche darüber zu schließen, wodurch dieses Vermögen erhalten wird, und noch größer ist seine Befugniß, wenn der Vergleich sich über solche Dotalstücke erstreckt, die er zu veräußern befugt ist, oder welche er wenigstens nach dem Tode der Frau erbt r).

o) Voet ad Dig. h. t. §. 4. Lavterbach h. t. §. 14. Alef in Diss. cit. de transact. c. 3. §. 28.

p) L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. item Lud. Hombergk D. de diuerso iure patris in peculio aduentitio pro diversa liberorum aetate, Marb. 1753. §. 16.

q) Voet l. c. Hombergk l. c. §. 11. sqq.

r) L. 42. D. L. 10. C. de iure dot. Arg. L. 17. D. de fundo dot. Alef in cit. Diss. de transact. c. 3. §. 30.

Ganz anders verhält es sich mit einem Vergleich, der über das Paraphernalvermögen der Ehefrau geschlossen worden ist; denn dieser besteht nicht, wenn die Ehefrau ihrem Manne nicht besonders dazu Vollmacht ertheilt hat [s]). Man kann auch die L. 11. pr. C. de pact. conu. nicht dagegen anführen, da dieses Gesetz von einem solchen Falle redet, wo die Frau dem Manne, außer ihrem Heyrathsgute, noch gewisse Capitalien überlassen hatte. In dergleichen Fällen kann freylich der Mann darüber Processe führen und einen Vergleich schließen, ohne von der Frau einen besondern Auftrag dazu erhalten zu haben [t]).

§. 353.

Es ist nicht genug, daß ein Vergleich von den rechten Personen geschlossen worden ist, sondern es darf auch über keine andere Dinge geschehen, als über solche, darüber von Privatpersonen ein Vergleich eingegangen werden kann. Verboten ist nämlich 1) ein Vergleich zwischen Ehegatten, wodurch eine zwischen ihnen vorhandene gültige Ehe getrennt werden soll. Nach dem kanonischen Rechte [u]), soll ein solcher Vergleich durchaus nicht gelten, wenn er auch gleich mit Vorwissen und Genehmigung des geistlichen Richters geschlossen worden wäre. Diese Vorschrift gründet sich auf die Lehre des päpstlichen Rechts vom Sakrament der Ehe, und kann daher bey den Protestanten nicht in eben der Maaße angewendet werden; denn wenn gleich eine unter dem Schutze und Ansehen der Obrigkeit errichtete eheliche Gesellschaft, ohne ihren Einfluß und Genehmigung nicht wieder getrennt werden

s) L. 8. C. de pact. conu. Leyser Spec. 301. med. 5. Müller ad Leyser. T. I. Fasc. II. obs. 165. Hr. v. Hymmen in den Beytr. 6te Samml. S. 28.

t) de Pufendorf in Obs. Tom. I. obs. 12.

u) c. fin. X. de transact.

den kann v), so hindert dieses nicht, daß mit Genehmigung der geistlichen Obrigkeit, in solchen Fällen ein Vergleich geschlossen werde, dadurch eine zeither bestandene gültige Ehe aufgehoben wird, wenn es in einem solchen Falle geschieht, wo eine **Ehescheidung** vorgenommen werden kann x). Ungültig ist aber ein bloßer **Privatvergleich**, der ohne Genehmigung der Obrigkeit geschlossen ist, wenn er auch mit einem Eyde wäre bestätigt worden y). Ist es wirklich zweifelhaft, ob unter den Transigenten eine wahre Ehe vorhanden gewesen, so kann der Privatvergleich über die Aufhebung dieser zweifelhaften Verbindung selbst nicht einmal nach dem kanonischen Rechte für ungültig erklärt werden z).

Verboten ist 2) der Vergleich über künftige **Alimente**, welche Jemandem in einer letzten Willensverordnung hinterlassen worden sind, wenn derselbe ohne Bewilligung der Obrigkeit geschlossen worden ist. Was unter solchen Alimenten zu verstehen sey, sieht man aus mehrern Gesetzen. In der L. 6. D. de alim. et cibar. leg. heißt es: legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest. In der L. 8. §. 1 et 14 D. h. t. wird bemerkt: Praetoris notio ob transactionem erit, siue habitatio, siue

v) Voet ad Dig. h. t. §. 15. de Pufendorf in Obs. T. III. obs. 45. §. 1. Vinnius de transact. c. 4. §. 12. Hr. RR. **Robert** in den rechtlichen Gedanken über den Begriff der Ehe und die Art ihrer Stiftung im Protestantischen Teutschlande. Frkf. 1787. 8. Abthl. 3. §. 12.

x) Io. Tob. Carrach D. de vi transactionis contra matrimonium, Hal. 1757. §. 12. Madihn in Princ. iur. Rom. P. II. §. 243. **Renthe** a. a. O. §. 45. S. 105.

y) Leyser Spec. 47. med. 5.

z) c. 2. X. de clandest. desponſ. Iust. Henn. Boehmer in iure Protest. T. I. Lib. I. tit. 36. §. 4. Carpzov in iurispr. consist. Lib. II. tit. 14. def. 233.

siue vestiarium, siue de praediis alimentum legabitur. — de calciario quoque arbitrio Praetoris transigendum est. Aus der Erfahrung wissen wir, daß Personen, denen jährlich gewisse Summen zu ihres Lebensunterhalt, Kleidung, Wohnung und andern Bedürfnissen ausgesetzt worden, sehr leicht geneigt sind, auf diese Wohlthat, gegen Empfang einer gewissen Summe Geld, die ihnen auf einmal ausgezahlt wird, Verzicht zu leisten, ohne auf die Zukunft zu rechnen, wo sie sodann dem Staate als Bettler zur Last fallen. Der Kaiser Marcus gab daher den Befehl, ein Vergleich über solche Alimente, dürfe nie anders, als nach geschehener gerichtlicher Untersuchung und Genehmigung eingegangen werden. In der L. 8. pr. D. h. t. wird von dieser Verordnung angeführt: cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti; Diuus Marcus oratione in Senatu recitata effecit: ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta esset [a]). Daß diese Einrichtung nur bey Alimenten statt haben soll, die Jemandem durch eine letzte Willensverordnung, es sey ein Testament, oder ein Codicill, oder eine Schenkung von Todes wegen, hinterlassen worden sind, beweißt die L. 8. §. 2. D. h. t. wo es heißt: haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento, vel codicillis fuerint relicta, siue ad testamentum factis, siue ab intestato. Idem erit dicendum, etsi mortis causa donatione relicta sint: vel ab eo, cui mortis causa donata, relicta sunt. Sed et si conditionis implendae gratia relicta sunt: adhuc idem dicemus [b]). Ganz anders verhält sich die Sache mit einem Vergleich, der über Alimente geschlossen worden, die man vermöge eines Vertrags zu fordern berechtigt

a) Scip. Gentilis liber singularis de alimentis, Frfti 1606. 8.

b) Waechtler in Opusc. p. 717.

tigt ist; denn dieser kann ohne Wissen und Genehmigung der Obrigkeit abgeschlossen werden, wie man aus der L. 8. §. 2. D. h. t. sieht, wo bemerkt wird: plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et *sine Praetore* auctore transigi. Es treten hier gar nicht die Gründe ein, welche jene Einrichtung nothwendig gemacht haben. Bey einem Vergleich der letztern Art kann man nicht wider den Willen und die Absicht seines Wohlthäters handeln, dem man die Alimente zu verdanken hat; hier sind auch die Personen, welche Alimente zu fordern haben, selten so arm, wie bey Alimenten aus einer letzten Willensverordnung. Es ist auch zwischen Rechten, die Jemand durch ein Testament erworben hat, und solchen, die ihm nach einem Vertrage zustehen, ein ganz verschiedenes Verhältniß. Rechten aus einem Vertrage kann der Regel nach Jeder entsagen; er kann darüber nach seinem eigenen Gutbefinden disponiren, wenn dieses nur ohne Nachtheil eines Dritten geschieht; für die Erhaltung der Rechte aus einer letzten Willensverordnung hingegen ist im Gesetze auf alle Weise gesorgt worden; es soll die wohlthätige Absicht des Erblassers, so viel möglich, erreicht werden. Endlich tritt bey Alimenten aus einem Vertrage auch noch der besondere Grund ein, daß eine Verbindlichkeit auf eben die Art wieder aufgehoben werden kann, wie sie entstanden ist. Da nun die Verbindlichkeit solche Alimente zu reichen, durch wechselseitige Einwilligung der Partheyen errichtet worden ist, so kann man sie auch durch einen Vergleich wieder aufheben c).

Was

c) Faber in Rat. ad Pand. ad L. 8. §. 2. D. h. t. Voet h. t. §. 14. Dvarenvs in disput. anniuersar. Lib. I. c. 44. Vinnivs de transact. c. 6. §. 13. Noodt de pact. et transact. c. 17. §. prohibet etc. Lavterbach h. t. §. 20. in fine. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 7. except. 2. ibique Emmingh. not. x. Alef in Diss. de transact. c. 7. §. 79. Madihn in Princ. iur. Rom. P. II. §. 243. Pothier in

Was verordnen die Gesetze, wenn das Recht, künftige Alimente zu fordern, aus einer gesetzlichen Verordnung entspringt, und es ist die Frage, wie ein Vergleich darüber eingegangen werden soll? — Dieses darf nicht anders als unter der Aufsicht des Richters geschehen; denn Personen, die gewisse Alimente nach den Gesetzen zu fordern berechtigt sind, brauchen solche gemeiniglich zu ihres Lebens Unterhalte sehr nothwendig, wie leicht könnte daher für den Staat ein Nachtheil entstehen, wenn die Interessenten sich ihres Rechts nach eigener Willkühr begeben dürften [d])! Eben deswegen muß ein Vergleich, den der Schwängerer mit der Geschwächten über den Unterhalt des unehelichen Kindes eingeht, gerichtlich, mit Zuziehung des dem Kinde bestellten Vormundes, geschlossen werden [e]). Es ist nämlich bey einem Vergleiche über Alimente ein Unterschied zu machen, ob von rückständigen, oder von zukünftigen Alimenten die Rede ist. Ueber rückständige Alimente kann sich Jeder mit seinem Schuldner auch außergerichtlich vergleichen, weil man die vergangene Zeit schon überlebt hat, und folglich hier gar nicht das Beste des Staats dabey interessirt ist, da ihm kein Armer zur Last fallen kann [f]). In der L. 8. C. h. t. heißt es: de alimentis *praeteritis*, si quaestio deferatur, transigi potest; de *futuris* autem sine Praetore, seu Praeside interposita transactio nulla auctoritate iuris censentur.

Wie

in Pandect. Iustin. h. t. Sect. II. nr. 24. Kenthe a. a. O. §. 39.

d) Io. God. Baver in Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato, Lipſ. 1727. §. 3. Kenthe a. a. O. §. 40.

e) Leyser Spec. 583. coroll. 2. Hr. HR. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen, S. 366.

f) Voet h. t. §. 14. Vinnivs de transact. c. 6. §. 1. Kenthe a. a. O. §. 38.

Wie bereits bemerkt worden, ist ein Vergleich über zukünftige Alimente der Regel nach nicht anders gültig, als wenn er nach vorhergegangener Untersuchung des Richters bestätigt worden ist; jedoch tritt alsdenn eine Ausnahme ein, wenn der Vergleich für denjenigen, der die Alimente zu fordern hat, vortheilhaft ist, weil in dergleichen Fällen daraus weder für den Staat nachtheilige Folgen entstehen können, noch auch dem Willen des Erblassers, der für die Erhaltung und Verpflegung des Legatars besorgt war, zuwider gehandelt wird. So wird in der L. 8. §. 6. D. h. t. der auf diese Art geschlossene Vergleich gebilligt, wodurch Jemand das Recht bekam, daß ihm die Alimentengelder alle Monate bezahlt werden sollten, da er sie nach dem Testamente erst mit Ende eines jeden Jahres fordern durfte. In der L. 8. §. 24. D. eod. wird es gebilligt, wenn mir Getraide zum Unterhalt vermacht worden, und ich habe mir durch einen Vergleich das Recht erworben, daß ich jährlich oder monatlich eine bestimmte Summe Geld dafür ausgezahlt bekommen muß; oder es ist mir Geld zu Miethung eines Logis vermacht worden, und ich bedinge mir durch einen Vergleich eine gute Wohnung auf Zeitlebens aus [g]. Viele Rechtslehrer [h]) haben zu behaupten gesucht, ein über künftige Alimente außergerichtlich geschlossener Vergleich sey alsdenn vollkommen verbindlich, wenn er zugleich eydlich bestätigt worden sey, weil hier die Verordnung des kanonischen Rechts von der Verbindlichkeit des Eydes ihre Anwendung finde. Dagegen werfen aber andere

g) L. 8. §. 25. D. de transact.

h) Coler de aliment. Lib. II. c. 28. nr. 24. sqq. Sardvs de aliment. tit. 8. qu. 56. nr. 42. sqq. Vinnivs de transact. c. 6. §. 17. I. H. Boehmer in iure Protest. Lib. II. tit. 24. §. 30. Stryck in vsu mod. Pand. h. t. §. 11. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 7. Brvnnemann ad L. 8. C. h. t. Hr. HR. Claproth a. a. O. §. 194. Renthe a. a. O. §. 38.

andere berühmte Rechtslehrer i) ein, jene Behauptung ist deswegen vielen Zweifel unterworfen, weil die Vorschrift des bürgerlichen Rechts nicht blos den Nutzen des zu Erhaltenden, sondern zugleich das Wohl des Staats beabsichtigt, welchem durch den Eyd kein Eintrag geschehen kann, und das kanonische Recht keine einzige allgemeine Verordnung für die Gültigkeit des Eydes bey ungültigen Geschäfften enthält, sondern nur in gewissen einzelnen Fällen dem Eyde eine Wirkung beylegt, die er sonst nach den Grundsätzen des Naturrechts und der bürgerlichen Gesetze nicht haben würde.

Da ein Vergleich über zukünftige Alimente, welche Jemand aus einer letzten Willensverordnung fordern kann, der Regel nach null und nichtig ist, wenn er ohne Genehmigung des Richters geschlossen worden ist, so fragt sichs, von welchem Richter muß die Untersuchung der Sache vorgenommen werden, und die Bestätigung des Vergleichs geschehen? Nach dem römischen Rechte mußte die Sache von einer solchen Magistratsperson vorgenommen werden, welche legis actionem hatte, folglich gehörte der Prätor, und der Präses der Provinz hierher; war der Fiscus schuldig, die Alimente auszuzahlen, so konnte der Vergleich vor dem Procurator Caesaris eingegangen werden k). Nach unserer Gerichtsverfassung ist der competente Richter derjenige, in dessen Gerichtsbezirk der zu Verpflegende wohnt, oder sonst für seine Person steht, wenn er einen privilegirten Gerichtsstand haben sollte; liegen aber die Alimente auf einem

i) Ludovici D. de genuino intellectu brocardici vulgaris: omne iuramentum seruandum esse etc. §. 8—10. Fr. Alef in cit. Diss. de transact. c. 7. §. 80. Ayrer in Diss. de abusu iuram. §. 45. Malblanc de iureiur. Lib. 5. §. 118. p. 511. Emmingh. ad Coccejii ius contr. h. t. qu. 7. not. w. p. 271. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 557. u. Thl. 5. S. 56.

k) L. 8. §. 18. et 19. D. h. t.

einem gewissen Grundstücke, welches deswegen gesetzlich verpfändet ist, so kann auch der Richter, in dessen Gerichtssprengel das Grundstück liegt, den Vergleich bestätigen [l]).

Wie man aus der L. 8. §. 8. D. h. t. sieht, hat der Richter bey Untersuchung des zu bestätigenden Vergleichs die möglichste Vorsicht und Genauigkeit zu beobachten, und hauptsächlich auf folgende drey Puncte zu sehen, nämlich 1) auf die Ursache des Vergleichs; 2) auf die Bedingungen desselben, und 3) auf den Charakter der Personen, welche den Vergleich mit einander schließen. Bey Prüfung der Ursache, weswegen der Vergleich über zukünftige Alimente geschlossen werden soll, kommt es darauf an, ob die Ursache gegründet und erheblich sey, oder nicht; denn in diesem letzten Falle darf er den Vergleich schlechterdings nicht genehmigen, sondern muß erklären, daß es bey dem festgesetzten Unterhalte unabänderlich verbleiben soll, wie in der L. 8. §. 9. D. h. t. gesagt wird. Für gegründete Ursachen sind zu halten, wenn der Auszahler der Verpflegungsgelder und der Empfänger derselben an zwey entlegenen Orten wohnen; oder der zu Verpflegende will anderswohin ziehen, und nun wird es Schwierigkeiten bey der Zuschickung der Verpflegungsgelder geben; oder braucht eine Summe auf einmal, um ein vortheilhaftes Unternehmen damit zu befördern; oder er muß sich die Verpflegungsgelder von mehrern Personen auszahlen lassen, und diese Auszahlung verursacht große Kosten und Mühe [m]). Hat der Richter einen Vergleich, ohne vorhergegangene Ursache bestätigt, so ist solcher für null und nichtig zu halten, wie man aus der L. 8. §. 17. D. h. t. sieht.

Bey

1) L. 2. §. 1. D. de alim. et cib. legat. L. 1. C. comm. de legat. Arg. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor. Coler de alimentis, Lib. II. c. 8. nr. 45. p. 139. Hr. HR. Claproth von freywill. Gerichtshandl. §. 190.

m) L. 8. §. 9. in fine D. de transact.

Bey Beurtheilung der **Bedingungen**, unter welchen ein Vergleich geschlossen werden soll, hat der Richter hauptsächlich darauf Rücksicht zu nehmen, ob das, was für die künftigen Alimente gegeben werden soll, d. h. ob das **Abfindungsquantum**, mit dem **Alter** und der **Gesundheit** oder Schwächlichkeit des zu Erhaltenden in einem billigen Verhältniß steht. Wer sieht nicht ein, daß bey einem Kinde, andere Grundsätze wegen der muthmaßlichen Lebensdauer und des darnach zu bestimmenden Abfindungsbetrags, befolgt werden müssen, als wenn der zu Erhaltende ein Jüngling, Mann oder Greis ist n).

In Rücksicht des **dritten** Puncts hat der Richter zuerst auf die **Person** desjenigen zu sehen, dem die Alimente gereicht werden sollen, und hier kommt es darauf an, ob er sparsam oder zur Verschwendung geneigt ist; ob er noch andere sichere Aussichten hat, daß er zur Noth werde leben können, oder ob er blos von den hinterlassenen Alimenten leben muß; denn in jenen beyden Fällen finden sich bey der Bestätigung des Vergleichs weniger Schwierigkeiten, als in den letztern. Der Richter muß aber auch auf die **Person** desjenigen sein Augenmerk richten, von dem die **künftigen** Alimente gereicht werden sollen, ob er ein ehrlicher und sicherer Mann ist. In der L. 8. §. 11. D. h. t. heißt es von den bey Alimenten concurrirenden Personen: cuius vitae sint hi, quibus alimenta relicta sunt: vtrum frugi vitae hi sint, qui alias sufficere sibi possint, an *sequioris*, qui de alimentis pendeant. Einige Rechtsgelehrte o) wollen anstatt des Worts *sequioris* lieber

n) L. 8. §. 10. D. h. t. Fr. Aug. SCHMELZER comm. de probabilitate vitae, eiusque vsu forensi, Gott. 1787. 8. Hr. HR. Claproth von freywilligen Gerichtshandl. §. 192.

o) RVSSARDVS ad h. l. DVARENVS in disp. anniu. Lib. II. c. 31. CONSTANTIN. in subtil. enodat. Lib. I. c. 5. in OTTON. Thes. Tom. IV. p. 491.

lieber segnioris lesen, andere hingegen p) nequioris. Die gemeine Leseart wird auch von einigen Auslegern, z. B. dem Cujaz, vertheidigt q), welche unter vitae sequioris so viel als vitae deterioris verstehen. Die erläuterten dreyerley Umstände dürfen von dem Richter, vor der Bestätigung eines Vergleichs dieser Art schlechterdings nicht außer Acht gelassen werden, und hat er etwas dabey versehen, so ist der ganze Vergleich nichtig, wie in der L. 8. §. 17. D. h. t. bemerkt wird, wo es heißt: sed et si non de *omnibus* inquisierit, quae Oratio mandat, hoc est, de *caussa*, de *modo*, de *personis transigentium;* dicendum est, quamuis de quibusdam quaesierit, transactionem esse irritam. Wäre der ungültige Vergleich bereits vollzogen worden, so wird zwar das, was bereits gegeben worden, auf die Alimente der vergangenen Zeit abgerechnet, für die Zukunft muß aber alles so gehalten werden, wie es nach der Verordnung des Erblassers geschehen solle; hingegen kann auch dasjenige von dem zu Verpflegenden zurück gefordert werden, wodurch er wegen des geschlossenen ungültigen Verglei os reicher geworden ist r). Die über diesen Vergleich gegebene Verordnung des Kaiser Marcus erstreckt sich übrigens auch auf andere Verträge und Geschäffte, die dem Rechte des zu Verpflegenden in Rücksicht seines künftigen Unterhalts nachtheilig sind. Solche Geschäffte sind z. B. die Veräußerung eines zum Unterhalt vermachten Grundstücks; desgleichen die Befreyung eines Grundstücks, worauf eine Hypothek zur Sicher-

p) Budaeus ad Pandect. ad h. l. Lutet. 1556. fol. p. 92. b. Fornerius select. Lib. II. c. 5. in Otton. Thes. T. II. p. 50.

q) Cuiacius in Obs. Lib. I. c. 3. Forster in Obseruat. succeff. Lib. I. c. 22. in Otton. Thes. T. II.

r) L. 8. §. 22. D. h. t.

heit der Alimente gelegt worden ist, von dieser Hypothek s).

Außer den angeführten Dingen, worüber von Privatpersonen entweder gar kein Vergleich geschlossen werden darf, oder doch wenigstens nicht anders, als wenn die gesetzliche Vorschrift beobachtet worden ist, gehören auch die öffentlichen Strafen wegen begangener Verbrechen hierher. Man findet dieses in mehrern Gesetzen t) ausdrücklich verboten; denn z. B. in der L. 7. §. 14. D. de pact. heißt es: et in caeteris igitur omnibus ad Edictum Praetoris pertinentibus, *quae non ad publicam laesionem*, sed ad rem familiarem respiciunt, paciſci licet. Damit stimmt die L. 27. §. 4. D. eod. überein, wo gesagt wird: item, ne experiar interdicto vnde vi, *quatenus publicam cauſſam contingit*, paciſci non poſſumus. Et in ſumma ſi pactum conventum a re priuata remotum ſit, non eſt ſeruandum. In der L. 5. pr. D. de pact. dotal. kommt der Gedanke vor: ne *publica coercitio* priuata pactione tollatur. Jeder Vergleich, der zur Verheimlichung eines Verbrechens unmittelbar über die öffentliche Strafe geschlossen worden, ist ohne rechtliche Wirkung; es kann derselbe den Richter nicht hindern, das Verbrechen von Amtswegen in Untersuchung zu ziehen, wie Carl V. in der Halsgerichtsordnung Art. 214. verordnet hat, wo es heißt: und wo der Beschädigte nicht peinlich klagen wolt, so soll dennoch die Oberkeyt den Thäter nichts destoweniger von Amptswegen rechtfertigen, und nach Gelegenheyt der Person und Ueberfarung strafen lassen u). Anders verhielt sich die Sache bey den Römern, mit Vergleichen über

s) L. 8. §. 15. D. h. t.

t) L. 7. §. 14. D. de pact. L. 27. §. 4. D. eod. L. 5. pr. D. de pact. dotal.

u) L. 2. C. de abolit. de Boehmer ad Carpzov. quaeſt. 148. obſ. 1.

über das Privatinteresse des Beschädigten; denn über dieses konnte zwischen letzterm und dem Verbrecher allerdings ein Vergleich geschlossen werden, weil dieser Gegenstand ihrer Privatverfügung überlassen war. Dieser Vergleich hob nicht nur die Klage auf den Schadensersatz auf, sondern verminderte auch bisweilen die Strafe mittelbarer Weise, und zwar alsdenn, wenn ein Gesetz den Nachtheil des Beschädigten zum Hauptmaaßstab der Strafe angenommen hatte, welches beym Diebstahl, bey der Verfälschung und andern Verbrechen dieser Art der Fall war x). Ueber dieses wurde bey den Römern ein Unterschied gemacht, zwischen öffentlichen und Privatverbrechen, und man verstattete in Rücksicht der letztern einen Privatvergleich, welcher die Wirkung hatte, daß die Klage des Beschädigten auf die ihm zustehende Privatstrafe nicht gebraucht werden durfte, weil hierdurch nicht das öffentliche Beste, sondern das Privatinteresse des Transigenten zurück gesetzt wurde. Ein Vergleich dieser Art durfte bey Injurien, widerrechtlichen Beschädigungen, wovon das Aquilische Gesetz handelte, bey Diebstählen, geschlossen werden, wie man aus der L. 54. §. fin. D. de furt. sieht, wo es heißt: si tutor transegit cum *fure*, euanescit *furti* actio. Eben dieses findet man in der L. 7. §. 14. D. h. t. verordnet, wie die Worte: nam et de *furto* pacisci Lex permittit, zu erkennen geben. Wurde ein Verbrechen mit der Infamie bestraft, welches z. B. beym Diebstahle der Fall war, so hob der Vergleich diese Strafe nicht auf, weil man den Angeschuldigten wegen seines Vergleichs nun so betrachtete, als habe er durch den gesuchten Vergleich das Verbrechen wirklich eingestanden y); jedoch machte man

x) C. C. C. Art. 112. 113. 160. de Boehmer l. c. obs. 3. Hr. HR. Kleinschrod in der systeem. Entwickel. der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts, Thl. 2. §. 89.

y) L. 4. §. fin. L. 5. D. de his qui nt. inf.

alsdenn eine Ausnahme, wenn der Vergleich unter öffentlicher Auctorität geschlossen worden z). In der L. 6. §. 3. D. de his qui not. inf. wird deswegen bemerkt: qui iussu Praetoris, pretio dato, pactus est, *non notatur*.

Grundsätze von anderer Art galten bey den Römern, wenn es auf die Gültigkeit eines Vergleichs über ein begangenes öffentliches Verbrechen ankam. Man unterschied zwischen Capitalverbrechen, worauf die Todesstrafe gesetzt war, und andern öffentlichen Verbrechen, die nicht so hart geahndet wurden. Vergleiche über Capitalverbrechen hielt man für erlaubt, weil man glaubte, derjenige verdiene Mitleiden, der sein Leben, so gut er konnte, zu retten suchte. In der L. 18. C. h. t. heißt es daher: transigere vel pacisci *de crimine capitali*, excepto adulterio, prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, *quae sanguinis poenam non ingerunt*, transigere non licet, circa falsi accusationem. Der Grund dieser Verordnung wird in der L. 1. D. de bonis eor. qui ante sent. angegeben, wo es heißt: in *capitalibus* criminibus a Principibus decretum est, non nocere ei, qui aduersarium corrupit: sed in his demum, quae poenam mortis continent. *Nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit.* Man mußte aber einen solchen Vergleich abschließen, ehe die Anklage des Verbrechers geschehen war; denn nach überreichter Anklage durfte der Ankläger die Sache nicht liegen lassen, wenn er nicht Abolition bekommen; that er es, so hatte er außer der Infamie noch andere Strafen zu erwarten a). Uebrigens streiten

z) Noodt in Dioclet. et Maximiano, siue de transactione et pactione criminum, c. 4.

a) L. 1. §. 7. et 10. L. 15. pr. D. ad Sctm. Turpill. L. 1. et 2. C. eod. L. 6. §. 3. D. de decurion. Wissenbach ad Cod. ad L. 18. de trans. §. 3. Schulting ad Prota h. t. §. 10. Hr. HR. Kleinschrod a. a. O. §. 90.

streiten die Rechtslehrer darüber, ob der Ankläger nicht allemal bestraft worden sey, wenn er Geld genommen, um von der Anklage abzustehen, es mochte vor oder nach angestellter Klage geschehen seyn. Noodt behauptete es; diese Meynung ist aber falsch, weil die L. 18. C. h. t. ganz allgemein redet, und den Ankläger nicht ausschließt. Es wäre auch sehr inconsequent gewesen, dem Angeklagten verzeihen, den Ankläger aber, ohne dem doch der Vergleich nicht geschlossen werden konnte, deshalb bestrafen zu wollen [b]). Durch einen solchen Vergleich wurde freylich das Verbrechen nicht selbst aufgehoben, sondern die Folge davon war blos diese, daß derjenige Ankläger, der sich einmal verglichen hatte, nie wieder anklagen durfte [c]), und daß man den Angeschuldigten nicht geradezu für geständig und überwiesen erklären konnte; denn man glaubte, daß nicht sowohl die Ueberzeugung des wirklich begangenen Verbrechens, sondern vielmehr die Furcht vor der großen Gefahr, welche durch die Vorstellung des ungewissen Ausganges eines peinlichen Verfahrens verursacht wird, ihn veranlaßt habe, seinen Gegner zu bestechen, damit er die Anklage nicht vornehme [d]). In der L. 7. D. de praeuaricat. heißt es: in omnibus cauſſis, *praeterquam in ſanguine*, qui delatorem corrupit, ex Senatusconsulto, pro victo habetur. Weil übrigens der Ankläger sich nur über sein Befugniß vergleichen können,

b) Noodt in Dioclet. c. 12. et 13. Donellvs ad L. 18. C. h. t. Voet h. t. §. 19. Emminghavs ad Coccei ius controu. h. t. qu. VIII. not. z. p. 273. Hr. HR. Bleinschrod a. a. O. §. 91. S. 209.

c) L. 2. L. 15. §. 4. D. ad Sctm. Turp. L. 3. C. eod. Cviacivs in Obſ. Lib. 6. c. 11.

d) Epiphanivs ad L. 18. C. h. t. p. 58. Wissenbach l. c. §. 4. p. 79.

so nahm der Vergleich keinem Andern das Recht, die Anklage dieses Verbrechens vorzunehmen e).

Hier muß ich des Vergleichs wegen eines begangenen Ehebruchs gedenken. Nach der bereits wörtlich angeführten L. 18. C. de transact. durfte hierüber kein Vergleich geschlossen werden, weil man diesen Vergleich für eine strafwürdige Kuplerey hielt f). Es ist aber ein großer Streit über die Worte, excepto adulterio, die in diesem Gesetz vorkommen. Viele Rechtslehrer g) halten die Worte für einen Zusatz des Tribonians, der aus der L. 10. C. ad Leg. Iul. de adult. genommen sey; weil sie der Meynung sind, unter der Regierung der Kaiser Diocletian und Maximian sey der Ehebruch noch kein Capitalverbrechen gewesen, sondern erst vom Kaiser Constantin dem Großen nach der L. 30. §. 1. C. ad Leg. Iul. de adult. dafür erklärt worden. Der berühmte Reitz glaubte dieses Emblem des Tribonians, durch eine Stelle aus der Basilika, Thl. 1. S. 810. dergestalt sicher bewiesen zu haben, daß er die Worte braucht: neminem in posterum eam negare ausurum esse. Diese Argumente haben andere berühmte Rechtslehrer nicht überzeugt, und sie wollen es nicht zugestehen, daß die Worte excepto adulterio, nicht von den Kaisern gebraucht worden, sondern für ein Emblem des Tribonians gehalten werden müssen. Man könne aus der angeführten

e) L. 5. D. ad Leg. Iul. de vi publ. Noodt in Dioclet. c. 11. Donellvs ad L. 18. C. h. t. nr. 4. Wissenbach l. c. §. 4. Cocceii h. t. qu. 8.

f) L. 2. §. 2. L. 14. L. 33. §. 2. D. ad Leg. Iul. de adult. Donellvs ad L. 18. C. de transact. nr. 7. Kleinschrod a. a. O.

g) Noodt in Dioclet. c. 15—19. Wissenbach ad h. l. §. 5. Cviacivs in Obs. Lib. 6. obs. 11. Donellvs ad L. 18. cit. nr. 6. Schvlting h. t. §. 11. Walch et Eckhard in Herm. iur. p. 468. Reitz ad Theophil. Excurs. XX. p. 1243. Püttmann Interpr. c. 35. p. 191.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0280
DFG

ten L. 30. C. nicht sicher beweisen, daß der Kaiser Constantin der Große den Ehebruch zuerst mit dem Tode bestraft habe; im Gegentheil wisse man sicher, daß schon vor ihm, dieses Verbrechen von einigen Kaisern, mit dem Tode bestraft worden sey, folglich hätten auch die Kaiser diese Worte brauchen und auf diese Fälle damit zielen können h).

Unerlaubt und strafbar war jeder Vergleich bey allen übrigen öffentlichen Verbrechen, nicht weniger bey Privatverbrechen, wenn deswegen criminaliter auf eine öffentliche Strafe geklagt worden i); denn hier war kein Grund zu eben der Nachsicht vorhanden, die bey Capitalverbrechen für billig gehalten wurde. Man nahm vielmehr an, der Angeschuldigte habe sich zu dem Vergleiche aus Ueberzeugung der verübten bösen That, und aus Gewissensangst, erboten. Wurde er wirklich geschlossen, so bestand die Wirkung darin, daß der Angeschuldigte für geständig und überwiesen, folglich auch für infam gehalten, der Ankläger aber mit der Strafe der Verfälschung belegt wurde, im Fall er sich durch Geld oder Geldeswerth zu dem Vergleiche bewegen lassen k). Verschiedene Rechtslehrer l) verstehen zwar die Worte: citra falsi accusationem in der L. 18. C. h. t. so, als ob das crimen falsi eine Ausnahme mache, und

h) Car. Annib. Fabrotti Exercitat. ad L. 18. C. de transact. in Ottonis Thes. Tom. III. p. 1224. sqq. Voet h. t. §. 18. Car. Ferd. Hommel Diss. de transactione super omittenda criminis capitalis accusatione actori licita, Lips. 1750. §. 6. Emmingh. ad Coccei ius contr. qu. 9. not. b.

i) Noodt in Dioclet. c. 5. Vinnivs de transact. c. 7. §. 29.

k) L. 18. C. ex quib. caus. inf. irrogat. L. 4. et 29. pr. D. de iure fisci. Coccei h. t. qu. 10.

l) Voet ad Dig. h. t. §. 17.

ein darüber zu schließender Vergleich nicht verboten gewesen. Sie berufen sich auf die L. 7. C. ad Leg. Corn. de falsi. Diese Erklärung kann man wohl nicht billigen, weil sie der Sache nicht angemessen ist, da die Präposition citra nichts weiter als sine heißt, und die Kaiser Diocletian und Maximian solche nie anders gebraucht haben, wie mehrere ihrer Gesetze m) beweisen. Es ist auch in der angeführten L. 7. C. ad Leg. Corn. de falsi von keinem Vergleiche über das Verbrechen der Verfälschung die Rede, sondern die Partheyen hatten sich wegen einer Urkunde verglichen, an deren Richtigkeit man zweifelte, und es wurde nun gefragt, ob der Vergleich angefochten werden könne, wenn der Transigent eine Verfälschung zu erweisen im Stande sey. Dieses wird für unstatthaft erklärt; und es ist also hier blos von der Civilklage die Rede, die ebenfalls falsi accusatio genennt werden könnte n). Hatte der Ankläger den Vergleich geschlossen, ohne Etwas dafür zu nehmen, so wurde er hier so wenig bestraft, als bey einem Vergleich in Capitalverbrechen o). Was den Gebrauch dieser Verordnungen des römischen Rechts betrifft, so können wir bey uns keinen Gebrauch davon machen, weil sie sich auf die römische Criminaleinrichtung und das Bestreben der Kaiser, den Fiskus zu bereichern, bezogen. In unsern Gerichten wird Niemand des angeschuldigten Verbrechens für überwiesen gehalten, weil er einen Vergleich in der Absicht schließen wollen, oder wirklich geschlossen hat, damit nur die Unterſu-

m) L. 19. C. de procurat. L. 24. C. de rei vindic. L. 6. C. si cert. petat. L. 15. C. de iure dot.

n) L. 6. §. fin. L. 7. L. 17. pr. D. de inoffic. testam. L. 14. D. de bonor. possess. L. fin. §. 2. D. de doli mali et met. except. Giphanivs in Explan. leg. diffic. Cod. p. 61. Donellvs ad L. 18. C. h. t. nr. 13. Noodt in Dioclet. c. 22. Wissenbach ad Pand. h. t. §. 18. Vinnivs de transact. c. 7. §. 30—39. Schvlting ad Prota h. t. §. 14.

o) Hr. HR. Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 206.

tersuchung der Sache unterbleiben möchte. Wir halten auch dergleichen Transacte keinesweges für ein crimen falsi, und noch weniger wird derjenige ehrlos, der den Vergleich wirklich eingegangen ist p).

§. 354. 355.

Die Vergleiche gehören unter die beschwerlichen zweyseitigen Verträge; denn es muß jeder von den Transigenten sichs gefallen lassen, Etwas von seiner Forderung nachzulassen, damit hierdurch der Streit beygelegt werde, dieses mag nun durch wechselseitiges Geben oder Nachlassen geschehen. Hierdurch unterscheidet sich ein Vergleich von einem Nachlaßvertrage q), wodurch man sich eines gewissen Rechts oder einer Forderung ohne alle Gegenprästation begiebt. Dieser letzte Vertrag ist eine wirkliche Schenkung, weil man hier die Absicht hat, Jemandem eine Forderung zu erlassen, auf die man rechtmäßige Ansprüche machen kann r). Wenn ich meinem Schuldner bey einem über sein Vermögen ausgebrochenen, oder wenigstens zu befürchtenden Concurs, blos einen Theil meiner rechtmäßigen Forderung erlasse, damit ich das übrige desto gewisser erhalten möge, so heißt dieser Vertrag ein pactum remissorium im eigentlichen Verstande. Ein wesentlicher Unterschied ist es, daß bey einem Vergleich allemal ein zweifelhaftes und ungewisses Recht vorausgesetzt wird, bey einem Nachlaßvertrage hingegen begiebt man sich gemeiniglich einer solchen Forderung, oder eines solchen Rechts, das völlig ausgemacht und nicht bestritten werden kann.

p) Hr. v. Quistorp im peinlichen Rechte, Thl. 1. §. 103.

q) Der Hr. Reg. Präs. von Völderndorf über die Nachlaßverträge, Erlangen 1788.

r) L. 9. pr. L. 23. pr. D. de donat. L. 12. D. de nouat. L. 25. et 34. C. de transact. c. 10. X. de testib.

kann s). In der L. 1. D. h. t. drückt sich **Ulpian** folgendermaßen hierüber aus, indem er schreibt: qui *transigit*, quasi de re dubia et lite incerta, neque finita transigit. Qui vero *pacisitur*, donationis caussa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. In den Ausgaben des **Taurellius**, **Haloanders**, und in der gemeinen Ausgabe steht nach dem Wort pacisitur das Comma; es haben aber schon **Duaren** und **Donell** bemerkt, schicklicher müsse das Comma hinter donationis caussa gesetzt werden, weil sonst die Worte donationis caussa und liberalitate eine unnütze Tautologie enthalten würden; indes vertheidigt **Vinnius** die gemeine Lesart t). Es geht zwar auch an, auf ein streitiges Recht unentgeltlich Verzicht zu leisten, worüber bereits ein Proceß geführt wird; allein dieses ist doch immer nur ein seltener Fall, dergleichen z. B. der Reichshofrath von **Wernher** u) anführt, wo Kläger bereits den Grund seiner Klage erwiesen hatte, und nachher dennoch den Proceß liegen ließ. Hierzu kam noch, daß der Gegentheil den Gegenbeweis hatte desert werden lassen, folglich des Klägers Forderung ganz außer Zweifel war.

Wir kennen nunmehr das Wesen eines **Vergleichs**, und wollen daher zu den **Wirkungen** desselben in Absicht des daraus herrührenden Rechts fortgehen. Die Transigenten bekommen durch einen gültiger Weise geschlossenen Vergleich ein vollkommnes Recht auf die Festhaltung desselben, das ihnen, ohne eine offenbare Ungerechtigkeit zu begehen, auch nicht einmal vom Regenten wieder entzogen werden darf, es müßte denn das gemeine Beste mit dem Rechte einer Privatperson collidiren,

s) de **Lvtzenberger** in Diss. cit. p. 10. Renthe a. a. O. S. 8.

t) **Noodt** de transact. c. 3. **Vinnivs** de transact. c. 1. §. 7.

u) **Wernher** in Obs. P. IX. obs. 16.

diren, in welchem Falle freylich der Unterthan sichs gefallen lassen muß, sein durch einen Vergleich erworbenes Recht, gegen eine billige Entschädigung, fahren zu lassen x). Wenn kein solcher Fall eintritt, muß man bey der Verordnung der L. 16. C. h. t. bleiben, worin es heißt; causas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitari non oportet; die Fortsetzung eines Rechtsstreits, der einmal durch einen rechtmäßigen Vergleich entschieden worden, kann selbst nicht einmal durch ein landesherrliches Rescript erlaubt oder anbefohlen werden. Noch weniger ist ein Theil berechtigt, ohne Einwilligung des andern Theils vom Vergleiche abzugehen, und die Klage wieder fortzustellen, die einmal wegen des geschlossenen Vergleichs liegen geblieben ist, es müßte denn eine rechtmäßige Ursache vorhanden seyn, um welcher willen man den Vergleich nicht zu halten braucht y). Will Jemand ohne rechtmäßige Ursache den geschlossenen Vergleich nicht halten, dem kann man nicht nur die Einrede des Vergleichs und des Betrugs entgegen setzen, sondern er muß auch die Conventionalstrafe bezahlen z); nur kann nicht zugleich die Einrede des Vergleichs vorgeschützt, und auch auf die verabredte Strafe geklagt werden, sondern ist mir an der Erfüllung des geschlossenen Vergleichs gelegen, und ich setze diesen Umstand der Klage meines Gegners entgegen, so kann ich nicht zugleich auch noch auf die Erlegung der Conventionalstrafe dringen; es müßte denn bey der Verabredung des Vergleichs schlechterdings ausbedungen worden

x) Io. Chr. MAIER D. de regimine territoriali eiusque habitu ad iura quaesita subditorum, Tubing. 1791. §. 13. Hr. GJR. Pütter in den Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte, Thl. 1. Nr. 20. S. 357. flg.

y) L. 39. D. de transact.

z) L. 16. D. h. t. ibique FINESTRES in Hermog. p. 235. L. 23. §. 3. D. de condict. indeb. L. 37. D. h. t.

den seyn, daß die Strafe bezahlt und der Vergleich überdieses seine Gültigkeit behalten solle [a]). War der Vergleich, zu mehrerer Gültigkeit, mit einem Eyde bekräftigt worden, so soll derjenige, der einen solchen Vergleich dolo nicht hält, wenn er majorenn ist, nicht nur seines Rechts verlustig, und schuldig seyn, dem Andern alles nach dem Vergleich Erhaltene wieder herauszugeben, sondern er soll auch die verabredte Conventionalstrafe bezahlen, und überdieses endlich als ein Meineydiger ehrlos werden. Das hierher gehörende Gesetz ist die L. 41. C. h. t., wo der Kaiser Arcadius erklärte: si quis maior annis viginti quinque aduersus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate confectas, putauerit esse veniendum, vel interpellando iudicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa: eas autem, *inuocato Dei omnipotentis nomine*, eo auctore solidauerit: non solum notetur *infamia*, verum etiam actione priuatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus: itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura seruauerit. Ueber die Veranlassung und geheimen Absichten dieses Gesetzes, woran Rufinus, an dem dasselbe gerichtet war, einen vorzüglichen Antheil haben soll, hat Gothofredus [b]) seine Bemerkungen gemacht, und der heutige Gebrauch dieses Gesetzes wird von vielen großen Rechtsgelehrten [c]) behauptet. Unrichtig ist übrigens

a) L. 10. §. 1. D. h. t. L. 15. D. eod. L. 17. L. 40. C. eod. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 16. Wissenbach ad Pand. Disp. 10. thes. 29. Kenthe a. a. O. §. 88. 89.

b) Iac. Gothofredus in comment. ad L. 8. Cod. Theod. h. t. Tom. I. p. 156.

c) Richter Vol. II. Cons. 176. Brunnemann in Comment. ad Cod. h. l. nr. 13. Harpprecht D. de remedio legis: si quis maior 41. Cod. de transact. §. 1. in *Eius*

Diss.

übrigens die Behauptung Bachovs, dieses Gesetz erfordere einen körperlichen Eyd, da es für hinreichend zu halten, wenn die Eydesformel der Vergleichsurkunde wörtlich eingerückt, und solche von beyden Theilen unterschrieben worden ist [d]). Ob dieses Gesetz sogar ausdehnend erklärt, und die Verordnung desselben auf alle andere beschworne Contracte angewendet werden dürfe, darüber streiten die Rechtslehrer, und viele behaupten es [e]), Andere verwerfen aber diese Meynung, weil der Grund dieses Gesetzes nicht blos in religione iurisiurandi bestanden, sondern auch in fauore transactionis, propter lites dirimendas, überdieses Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung verstatten, die Strafen auch so beschaffen sind, daß sie nur hauptsächlich auf den Vergleich anwendbar sind [f]).

Man kann hier die Frage aufwerfen, ob man von einem geschlossenen Vergleiche nicht deswegen wieder abgehen dürfe, weil der andere Theil demselben entgegen gehandelt habe? Einige Rechtslehrer [g]) halten dieses für erlaubt, und glauben ihre Meynung durch mehrere Gesetze [h]) beweisen zu können. Dieser Behauptung stehen aber andere

Diff. Vol. I. Disp. 9. p. 318. Berger in Oecon. iur. Lib. IV. tit. 34. th. 1. not.

d) Harpprecht in Diff. de transact. iurata §. 6. 7. 8. in *Eius* Diff. Vol. I. Diff. VIII. p. 274. Stryck de cautel. contr. Sect. III. c. 7. §. 18. Fratr. Beckmanni in Conſil. P. II. Conſ. 57. nr. 19.

e) Brvnnemann ad L. 41. C. h. t. nr. 4. ſqq. Bachov ad Treutler. Vol. I. Diff. VIII. th. 5. lit. k. Harpprecht in Diff. cit. de remedio etc. §. 40.

f) Giphanius in explan. diffic. leg. Cod. ad h. L. p. 72. Hahn ad Wesenb. h. t. nr. 7. Die Gebr. Overbeck in den Meditat. Band. 4. Nr. 188. S. 1. flg.

g) Wissenbach ad Pand. Diſput. X. §. 30. Coccei in iure contr. h. t. qu. 15. Hr. HR. Claproth von Verträgen, Thl. I. §. 128. S. 353. und Note m. S. 355. Kemshe §. 80.

h) L. 27. pr. D. de inoff. teſt. L. 14. C. h. t.

dere Gesetze i) entgegen, worin die Erneuerung beygelegter Processe auf das nachdrücklichste verboten worden ist. Die größten Rechtsgelehrten k) sind daher der Meynung, die Nichterfüllung des Vergleichs von Seiten des einen Transigenten gebe dem andern Theile noch kein Recht, aus diesem Grunde von einem gültig geschlossenen Vergleiche abzugehen, sondern er muß in diesem Falle auf die Erfüllung des Vergleichs klagen, wie auch auf die Vergütung des verursachten Nachtheils. Die zum Beweise jener Meynung angeführten Gesetze sagen das nicht, was die Gegner wünschen; denn z. B. in der L. 27. pr. D. de inoff. testam. wird der Fall vorausgesetzt, daß der Vergleich durch einen simpeln Vertrag l) geschlossen worden, und folglich nach dem römischen Rechte keine Klage daraus angestellt werden konnte. Man hatte also, um den Contravenienten zu Erfüllung des Vergleichs zu nöthigen, weiter kein Mittel, als dieses, daß die alte Klage gegen ihn gebraucht wurde, da solche durch den simpeln Vertrag nicht ipso iure unkräftig geworden war, und alsdenn, wenn sich der Beklagte in diesem Proceß mit der Einrede des geschlossenen Vergleichs helfen wollte, ihm die Replik des Betrugs, replica doli, entgegen gesetzt werden konnte. Unter diesen Umständen kam es immer noch darauf an, ob sich der Beklagte nicht hierdurch bewegen ließ, den Vergleich zu halten; that er es, so mußte ihm die Billigkeit der Einrede immer noch zu statten kommen, und die Erneuerung der Klage blieb daher gleichsam

i) L. 6. L. 10. L. 16. L. 17. L. 33. L. 36. L. 39. Cod. h. t.

k) de RETES in Opusc. Lib. II. Sect. II. c. 1. §. 10. sqq. in MEERM. Thes. Tom. VI. p. 119. Petr. GRANGIANVS in Parad. c. 29. in OTTON. Thes. Tom. 5. p. 629. DONELLVS ad L. 36. C. h. t. LEYSER Spec. 46. med. 5. WERNHER in Obs. P. III. obs. 173. EMMINGH. ad COCCEII ius contr. h. t. qu. 15. not. k. p. 280. Pütters Rechtsf. 2ter Band, 4ter Thl. Resp. 237. Nr. 18. flg.

l) GIPHANIVS ad L. 28. Cod. h. t. Ant. FABER in Rat. ad L. 27. pr. D. de inoff. test. EMMINGH. l. c. in fine.

gleichsam nur die letzte Zuflucht, wenn kein anderes Mittel übrig war, den saumseligen Transigenten zur Erfüllung seines Versprechens zu bewegen. In der L. 36. C. h. t. rescribirten die Kaiser **Diocletian** und **Maximian**: si maior annis viginti quinque transegisti, quamuis dari tibi placita, repraesentata, necdum probentur: nec offerant hi, qui conueniuntur, ne quid amplius ab his exigi possit, *exceptionis proficit aequitas*, nämlich quoad reus promissa implebit, quibus non impletis, instaurata vetere actione, merito damnabitur, wie **Donell** [m]) diese Stelle richtig verstanden hat. Bey uns haben wir dieses Zwangsmittel nicht nöthig, da wir aus jedem verbindlichen Vergleich auf die Erfüllung desselben klagen können [n]). Noch weniger ist die L. 14. C. h. t. der angenommenen Behauptung entgegen; denn sie handelt von einem solchen Falle, wo sich der andere Theil die Nichterfüllung des Vergleichs gefallen ließ, mithin wurde solcher mit beyderseitiger Bewilligung aufgehoben [o]). Es heißt in dem angeführten Gesetz: si diuersa pars contra placitum agere nititur, aequitatis ratio suadet, refusa pecunia, *cum et tu hoc desideras*, caussam ex integro agi.

Ist dem Vergleiche die **kommissorische Clausel** beygefügt, das heißt, ausbedungen worden, wenn der andere Theil binnen der gesetzten Zeit dasjenige, wozu er sich in dem Vergleiche verbindlich gemacht, nicht erfüllen würde, so hat freylich die zeither ausgeführte Regel nicht statt; dieser Fall ist aber blos als eine Ausnahme zu betrachten. Die Wirkung dieser Clausel ist, daß derjenige, zu dessen Besten

m) DONELLVS ad L. 36. C. h. t. nr. 3.

n) WERNHER in Obs. P. IX. obs. 160. WISSENBACH ad L. 28. C. h. t.

o) DONELLVS ad L. 14. C. h. t. GIPHANIVS ad h. l. WISSENB. ad h. l. LEYSER l. c. Fr. BECKMANNI in Cons. P. I. Resp. 15. th. 11 et nr. 13. p. 240.

Besten sie in den Vergleich gerückt worden ist, zweyerley Rechtsmittel hat; er kann nämlich auf die Erfüllung des Vergleichs klagen p); oder er kann von dem Vergleiche abgehen, und in diesem Falle hat er das Recht, dasjenige nicht nur, was er dem Andern des Vergleichs wegen gegeben oder erlassen hat, mit der condictione ob causſam datorum wieder zurück zu fordern, sondern er kann auch überhaupt alle die Rechtsmittel wieder brauchen, die er vor Eingehung des Vergleichs zu brauchen befugt war q).

Eine zweyte Ausnahme hat statt, wenn die **Nichterfüllung** des Vergleichs den **Grund** des ganzen Transacts aufhebt. Man nehme den Fall an, ich vergleiche mich mit dem **Intestaterben**, der zwar ebenfalls mit mir im **Testamente** bedacht worden, es aber doch als nichtig anfechten wollte, über ein Abfindungsquantum. Gleichwohl stellt er dem Vergleich zuwider die **Nichtigkeitsbeschwerde** an, und beschimpft dabey den Erblasser ausserordentlich. In diesem Falle brauche ich den Vergleich nicht zu halten, weil der Grund desselben ganz weggefallen ist, da der Gegentheil wegen seines groben **Undanks** gegen den Erblasser sein ganzes Erbrecht verlohren hat r). Aus diesem Falle läßt sich aber keinesweges der Schluß machen, daß die **Entwährung** der durch den Vergleich dem Andern überlassenen Sache dem Transigenten ein Recht gebe, von dem Vergleiche abzugehen, und den beygelegten Proceß von neuem anzufangen. Das Gegentheil sieht man aus der L. 33. C. h. t. wo es heißt: si pro fundo, quem petebas, praedium certis finibus liberum dari *transactionis* causſa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc praedium obligatum est, vel alienum pro parte fuerit probatum: instau-

p) L. 4. §. 2. D. de lege commiſſor.

q) Decis. Cassell. Tom. II. Dec. 180. Fratr. Beckmanni in Consil. P. I. Resp. 15. qu. 3. nr. 12. sqq. p. 240. Stryck de caurel. contract. Sect. III. c. 7. §. 22.

r) Leyser Spec. 47. med. 7.

instaurandi decisam litem prohibent iura: ex stipulatione sane, si placita seruari, secuta est; vel si non interceſſerit, praescriptis verbis actione ciuili subdita, apud Rectorem prouinciae agere potes. Si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quaestionem litis interceſſit decisio, fiscus vel alius a te vindicauit; nihil petere potes. Dieſes Geſetz haben **Donell** und **Noodt** vortreflich erklärt s). Es kommt hierbey auf folgenden Unterſchied an: ob ich dem Andern eine Sache gegeben habe, damit ich das ſtreitige Gut behalten könne; oder ich habe die ſtreitige Sache dem Gegner überlaſſen und dafür etwas Anderes bekommen. Im erſten Falle kann mein Gegner die Reivindication nicht mehr wider mich anſtellen, weil er ſich nicht mehr als Eigenthümer der Sache betrachten kann, da das Eigenthum vermittelſt der zur kurzen Hand geſchehenen Uebergabe der Sache auf mich übergegangen iſt. Mein Gegner kann in einem ſolchen Falle nur von mir verlangen, daß ich ihm die Gewähr leiſte, wenn ihm die von mir erhaltene Sache evincirt worden iſt, und die ihm zuſtehende Klage iſt die actio ex ſtipulatu, oder die actio praeſcriptis verbis. Im zweyten Falle, wenn ich nämlich die ſtreitige Sache meinem Gegner für eine andere überlaſſen habe, es ſey nun, daß er den Beſitz derſelben erſt durch den Vergleich bekommen hat, oder daß er ſolche ſchon im Beſitz hatte, als der Vergleich geſchloſſen wurde, iſt gar nicht einmal eine Verbindlichkeit zur Gewährleiſtung vorhanden, noch weniger kann wegen der Eviction die alte Klage ihre Kraft wieder bekommen, es müßte denn die Leiſtung der Gewähr ausdrücklich verſprochen worden ſeyn t). Es läßt

s) Hugo DONELLVS in comment. ad Cod. p. 112. ſqq. NOODT de transact. c. 14. §. ſed transact.

t) L. 75. D. de verb. ſign. VOET ad Pand. Lib. XXI. tit. 2. §. 10. Caſp. CABALLINVS de euict. Venet. 1571. 8. §. 4. n. 46. p. 182. Iuſt. Henn. BOEHMER in Diſſ. de vſu et commodis pacti de praeſtanda euictione, Hal. 1736. c. 2. §. 17.

sich in einem solchen Falle gar nicht sagen, daß ich dem Vergleich zuwider gehandelt habe, wenn die streitige Sache, die ich meinem Gegner vermöge des Vergleichs überlassen, ihm durch einen Dritten ist entwährt worden; ich habe sie ihm doch mit dem Rechte überlassen, wie ich sie selbst besaß, oder wie sie mein Gegner besessen haben würde, wenn kein Streit darüber entstanden wäre. Wenn gleich diese Grundsätze mit dem römischen Rechte aufs genaueste übereinstimmen, wie **Noodt** und **Voet** bewiesen haben, so lassen es die Gerichte doch nur in dem Falle dabey, wenn der Gegner die streitige Sache schon im Besitz gehabt, die ich ihm nachher durch den Vergleich überlassen habe. Viele Rechtslehrer behaupten hingegen, daß derjenige, welcher ein streitiges Gut, das er selbst besaß, seinem Gegner, der Anspruch darauf machte, nach dem Vergleich überließ, eben sowohl zur Gewährsleistung verpflichtet sey, als wenn er seinem Gegner eine andere Sache von dem Seinigen dafür gegeben hätte, um das streitige Gut behalten zu dürfen [u]). Der Regel nach verbindet ein Vergleich weiter Niemanden, als die transigirenden Personen, und sie erwerben auch nur der Regel nach ein Recht daraus. Daher kann ein geschlossener Vergleich einem Dritten weder Schaden noch Vortheil zuwege bringen. In der L. 3. pr. D. h. t. heißt es: Imperatores *Antoninus* et *Verus* ita rescripserunt: priuatis pactionibus non dubium est non laedi ius caeterorum. Quare *transactione*, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis

u) Carpzov in iurispr. for. P. II. Const. 34. Def. 28. Mevius Dec. P. V. Dec. 341. Lauterbach ad tit. de euict. §. 13. Franskius eod. tit. nr. 413. sqq. Brunnemann in comment. ad L. 33. C. h. t. Strubens rechtl. Bedenk. Thl. 4. Bedenk. 114. Hr. Synd. Orth in den Anmerk. über die Frankf. Reformat. 2ter Band, S. 617.

riis actiones suae ademptae. Quare quicquid ex testamento petunt, scriptum heredem conuenire debent: qui in transactione hereditatis aut cauit sibi pro oneribus hereditatis, aut, si non cauit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre x). Damit stimmt die L. 1. C. eod. überein, wo bemerkt wird: neque pactio neque transactio, cum quibusdam ex curatoribus siue tutoribus facta, auxilio caeteris est in his, quae separatim communiterue gesserunt, vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris, et cum duobus ex his transegeris, tertium conuenire non prohiberis. Daher kann z. B. ein Vergleich über ein bestrittenes Testament den Vermächtnißnehmern auf keine Weise nachtheilig seyn, da sie an der Verabredung des Vergleichs keinen Antheil genommen haben. In der L. 29. §. 2. D. de inoffic. testam. wird ausdrücklich gesagt: quamuis instituta inofficiosi testamenti accusatione, res *transactione* decisa sit, tamen testamentum in suo iure manet; et ideo datae in eo libertates atque legata, vsque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem. Vorausgesetzt wird freylich, daß der Vermächtnißnehmer die Gültigkeit des Testaments bewiesen hat; denn von einem Testament, welches nie gültig gewesen, kann nicht gesagt werden: in suo iure manet y). So hilft es auch dem wahren Erben nichts, wenn man sich einer Fordrung wegen mit demjenigen verglichen hat, der sich für den Erben ausgab, wenn auch der Vergleich in Rücksicht auf die Erbschaft geschlossen worden. In der L. 3. §. 2. D. h. t. erzählt Scävola folgenden Fall. Der Gläubiger hatte das von seinem Gläubiger bekommene Faustpfand eigenmächtig verkauft, und war hierauf gestorben. Mävius gab sich für den rechtmäßigen Erben dieses Gläubigers aus,

x) Westenberg in Diuo Marco, Diss. III. c. 1. p. 42.

y) L. 3. pr. D. de pignor. et hyp.

und schloß einen Vergleich mit dem Schuldner über die geforderte Entschädigung. Nach der Publikation des Testaments fand man, daß nicht Mävius der Erbe des Verstorbenen war, sondern Septicius. Nun entstand die Frage: ob der Septicius sich auf den vom Mävius geschlossenen Vergleich berufen könne, wenn er von dem Schuldner seines Erblassers actione pignoratitia belangt worden? Dieses wurde verneint, weil der Schuldner keinen Vergleich mit ihm geschlossen habe, und Mävius von dem Septicius nicht bevollmächtigt gewesen.

Es hat auch die Regel: daß ein Vergleich nur diejenigen verbinde, die ihn mit einander geschlossen haben, mehrere Ausnahmen, und nicht selten A) wird Jemand durch den Vergleich eines Andern verbindlich. Dieses geschieht 1) in allen den Fällen, wo Jemand das Recht hatte, über Angelegenheiten eines Andern zu transigiren, wovon im 352 §. dieses Lehrbuchs gehandelt worden. Aus diesem Grunde wird eine Ehefrau durch den von ihrem Manne über solche Güter geschlossenen Vergleich verbunden, die er zu verwalten das Recht hatte. Eben deswegen verbindet den Pupillen ein von seinem Vormunde geschlossener Vergleich; und darum muß sich ein Sohn den Vergleich gefallen lassen, den sein Vater über Dinge, die zu seinem adventizischen Peculium gehören, geschlossen hat.

2) Verbindet ein Vergleich denjenigen, der in die Rechte und Verbindlichkeiten desjenigen getreten ist, von dem der Vergleich geschlossen worden ist [2]). Wer weiß es nicht, daß der Erbe den Vergleich seines Erblassers, der Cessionar den Vergleich seines Cedenten gelten lassen muß. In der L. vlt. D. h. t. wird vom Papinian [3]) folgender Fall angeführt. Es hatte Jemand eine Erbschaft verkauft, und dem Käufer die ganze Erbschaft mit

2) Pothier in Pand. Iustin. h. t. Art. IV. nr. 16.

3) Waechtler in Opusc. p. 723. sqq.

mit Einschluß der Forderungen überlassen, zugleich aber mit einem Erbschaftsschuldner, dem der geschehene Verkauf der Erbschaft unbekannt war, einen Vergleich verabredt. Hier konnte der Schuldner seinen Vergleich vorschützen, wenn ihn der Käufer der Erbschaft auf die Bezahlung der Schuld verklagte.

3) Bisweilen muß sich ein Dritter den Vergleich aus Nothwendigkeit gefallen lassen, wenn es dadurch ungewiß geworden ist, wer nun von den beyden Transigenten eigentlich der Schuldner des Dritten sey, daher er jetzt gegen beyde die nützliche Klagen anzustellen hat. In der L. 14. D. h. t. wird vom Scävola folgender Fall angeführt, welcher schreibt: controuersia inter legitimum et scriptum heredem orta est: eaque, transactione facta, certa lege finita est: quaero, creditores quem conuenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent; si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam vterque in transactione expresserit, *vtilibus* conueniendus est. Einige Ausleger [b] halten diese Stelle für fehlerhaft, und setzen daher nach den Worten: qui transactionem fecissent folgenden Gedanken dazu: id obseruandum de aere alieno, quod inter eos conuenisset. So lesen Haloander und Baudoza, weil diese Lesart nach dem Zeugniß des Taurellius und Brenkmanns, nicht nur in einigen alten Handschriften vorkommt, sondern auch durch die Basilica Tom. I. p. 777. bestärkt wird, wo diese Stelle übersetzt worden: siquidem iidem creditores hereditarii essent, id obseruant, quod inter eos conuenerit, Εἰ μὲν οἱ αὐτοὶ δανεισταὶ ἦσαν τῆς κληρονομίας, ἔπονται τοῖς συμφωνηθεῖσιν. Daß sich aber die Florentinische Lesart ohne

b) Cuiacius ad Resp. Scaeuolae Lib. II. ad L. 14. cit. Huber in Eunomia p. 123. Noodt Probab. II, 2. Schulting h. t. §. 17. p. 221. Westenberg in Diuo Marco, Dissert. III. c. 2. §. 5. p. 50.

einen solchen Zusatz vollkommen vertheidigen und sehr gut erklären lasse, haben andere Rechtslehrer c) zu zeigen gesucht. Der Fall war folgender: Titius hatte den Sejus in seinem Testamente zum Erben eingesetzt, und nach dem Tode des Erblassers entstand ein Streit zwischen dem Intestaterben und dem Testamentserben Sejus, indem jener behauptete, das Testament gelte nicht, folglich müsse ihm die Erbschaft überlassen werden. Die Partheyen verglichen sich, und jeder bekam nach dem Vergleich einen Theil der Erbschaft. Weil der Erblasser Schulden hinterlassen hatte, so entstand die Frage: von wem die Gläubiger ihre Bezahlung fordern könnten? Scävola war der Meynung, sie müßten gegen beyde klagen, und zwar hafte jeder für die Schulden des Erblassers, nach der Größe seines Antheils von der Erbschaft, der ihm vermöge des Vergleichs zugefallen sey. Die Ursache hievon wird durch die Worte zu verstehen gegeben: propter incertum successionis, weil es nicht bestimmt werden könne, wer eigentlich unter beyden für den rechten Erben zu halten sey; denn da der Streit durch einen Vergleich beygelegt worden, so blieb die Frage unentschieden: ob das Testament für gültig oder für ungültig gehalten werden müsse, folglich konnte auch keiner von beyden mit Gewißheit behaupten, daß ihm die Erbschaft von Rechtswegen gehöre. Könnten die Gläubiger die Gültigkeit des Testaments außer Zweifel setzen, so würde ihnen unverwehrt seyn, gegen den Testamentserben allein auf das Ganze zu klagen d). Da nun also nach dem strengen Civilrechte keiner von beyden Transigenten der wahre Erbe geworden, sondern jeder den Theil der Erbschaft, der ihm vermöge des Vergleichs überlassen worden, blos pro herede besitzt, so können

c) Contius ad h. l. Iac. Voorda in Elect. c. 1. p. 7. sqq.

d) Voet ad Dig. h. t. §. 22. verb. caeterum, vt transactio.

können auch die Gläubiger nicht actionibus directis, sondern nur vtilibus klagen, da nur gegen den wahren Erben die actiones directae statt finden e). Noch bemerkt Scävola, es trete in Ansehung der Gläubiger kein Unterschied ein, sie möchten nämlich entweder diejenigen selbst seyn, die Vergleich geschlossen hätten, oder andere. Auf diese Art, glaubt Voorda a. a. O. S. 8., lasse sich der so sehr bestrittene Verstand der Worte: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, si alii creditores essent, ganz natürlich bestimmen, ohne daß man nöthig habe, jene oben angeführten Worte hinzuzusetzen; denn es verstand sich ja von selbst, daß es bey der getroffenen Verabredung verbleiben müsse. Hierüber war kein Streit, und folglich konnte auch von keiner Entscheidung desselben die Frage seyn. Scävola mußte vielmehr die ihm vorgelegte Rechtsfrage: quem conuenire creditores possint, ohne Rücksicht einer mit den Gläubigern der Schulden wegen getroffenen Verabredung entscheiden; natürlich mußte er also auch auf beyde denkbare Fälle Rücksicht nehmen, nämlich 1) auf den Fall, wenn die Gläubiger diejenigen selbst wären, die den Vergleich geschlossen hätten, und 2) darauf, wenn es fremde Gläubiger wären. Auf beyde Fälle paßt nun auch die Entscheidung des Scävola: propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam vterque in transactione expresserit, *vtilibus* conueniendus est. Es ist auch bey den klassischen Schriftstellern, wie Voorda bemerkt, gar nichts ungewöhnliches, daß die coniunctio si so viel als siue bedeutet. Hatte also der Intestat- oder Testaments-Erbe selbst eine Forderung an den Verstorbenen, so mußte ihm der andere Mittransigent die Schuld zu seinem Antheile bezahlen, weil auch der wahre Erbe

e) L. 59. D. de reg. iur. §. 3. Inst. de fideic. hered. L. 21. §. fin. D. quod. met. caus. Vlpian. Fragm. tit. 28. §. 12.

dasjenige, was ihm der Verstorbene schuldig war, von den andern Miterben nach Verhältniß ihres Antheils an der Erbschaft fordern kann. In der L. 7. C. de negot. gestis heißt es: si ab eo, qui negotia tua gessit, heres ex duabus vnciis institutus es: etiamsi adeas hereditatem, in reliquis decem vnciis aduersus coheredem competit tibi petitio, si quam aduersus defunctum habuisti actionem.

B) Es giebt Fälle, wo der geschlossene Vergleich einem Dritten vortheilhaft ist; dieses mag die Absicht der Transigenten gewesen seyn, oder nicht. Ist es absichtlich geschehen, so ist bey einem solchen Vergleich eben das Rechtens, was von Verträgen gilt, die zum Vortheil eines Dritten geschlossen worden sind, wovon nach Anleitung des §. 343. dieses Lehrbuchs gehandelt worden ist. Eine unbestrittene Wahrheit ist es auch, daß der Vergleich, den der Schuldner mit seinem Gläubiger geschlossen hat, dem Bürgen vortheilhaft sey [f]). In der L. 68. §. fin. D. de fideiuss. kommt der Gedanke vor: non possunt conueniri *fideiussores*, liberato reo *transactione*, und in der L. 7. §. 1. D. h. t. heißt es: si *fideiussor* conuentus, et condemnatus fuisset, mox *reus transegisset* cum eo, cui erat fideiussor condemnatus; transactio valeat, quaeritur? et puto valere, quasi omni caussa et aduersus reum, et aduersus *fideiussorem* dissoluta.

§. 356.

Wir haben gesehen, wie ein Vergleich geschlossen werden müsse, wenn er gültig seyn soll, und was für Rechte und Verbindlichkeiten mit einem solchen Vergleiche verbunden sind; nunmehr soll die Frage beantwortet werden, ob ein gültiger Vergleich wieder aufgehoben werden könne, und ob dieses sogar wider Willen des andern Transigenten geschehen dürfe? Es ist keinem Zwei-

fel

f) AVERANIVS in interpret. iuris, Lib. III. c. 8.

sel unterworfen, daß ein gültig geschlossener Vergleich 1) mit wechselseitiger Einwilligung der Partheyen wieder aufgehoben werden könne. Die Gesetze haben es den Bürgern nicht nur frey gestellt, ob sie sich vergleichen wollen oder nicht, sondern sie nehmen ihnen auch das Recht nicht, von einem wirklich gültig geschlossenen Vergleiche mit beyderseitiger Bewilligung wieder abgehen zu dürfen. Da ein Vergleich durch den bloßen Willen der dabey interessirten Personen zu Stande kommt, so verliert er auch seine Kraft wieder, wenn beyde Theile in die Aufhebung gewilligt haben.

2) Wird ein Vergleich wieder aufgehoben, wenn sich die Transigenten die Freyheit vorbehalten haben, den Vergleich wieder aufzuheben, wenn er dem einen oder dem andern Theile gereuen sollte. Hier kann derjenige Transigent, der den Vergleich nicht gelten lassen will, das Gegebene durch die condictio sine causſa zurückfordern, oder er setzt den angefangenen Proceß da weiter fort, wo er beym Vergleiche liegen geblieben ist.

3) Haben Minderjährige, oder andere Personen, die ihre Rechte genießen, einen Vergleich geschlossen, und es zeigt sich aus Urkunden, welche erst nach dem Vergleiche bekannt geworden, daß ihnen dieser Vergleich sehr nachtheilig ist, so haben sie das Recht, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Vergleich zu suchen g), in welchem Falle der Gegner allerdings befugt ist, seine vorige Klage gegen den Minderjährigen zu brauchen, eben so, als wenn kein Vergleich geschlossen worden wäre. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann übrigens von dem Minderjährigen gesucht werden, wenn gleich der Gegentheil bey dem Vergleiche keinen Betrug begangen hat, und es braucht auch keine außerordentliche Verletzung bewiesen zu werden. Sollte der Minderjährige den Vergleich durch einen

g) L. 1. et 2. C. si aduerſ. transact. WISSENBACH ad L. 4. C. si aduerſ. trans.

einen körperlichen Eyd bestätigt haben, so darf er von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Gebrauch machen, nur muß er nicht etwa betrügerischer Weise hintergangen, noch mit Gewalt dazu gezwungen worden seyn [h]); jedoch wollen einige Rechtslehrer den Fall ausnehmen, wenn der Minderjährige laesionem enormissimam zu beweisen im Stande ist [i]). Einen gleichen Vorzug genießt der Staat, weil ihm die Rechte der Minderjährigen ertheilt worden [k]).

Hier ist nun ein großer Streit unter den Rechtslehrern, ob ein Vergleich nicht von jedem Transigenten aus dem Grunde einer erlittenen unmäßigen Verletzung als ungültig angefochten werden könne. Viele Rechtslehrer haben mit dem **Bartholus** zu behaupten gesucht, eine bewiesene Verletzung über die Hälfte müsse für eine gegründete Ursache der Aufhebung eines geschlossenen Vergleichs gehalten werden [l]). Andere Rechtslehrer machen einen Unterschied zwischen laesio enormis und enormissima, uud halten nur in diesem letzten Falle die Aufhebung eines Vergleichs für rechtmäßig [m]), welche Behauptung

h) WERNHER Obs. P. I. obs. 217. HARPPRECHT in Diss. de transact. iurata, §. 44. Hr. v. Cuistorp in der Erläut. versch. Rechtsmater. S. 370. Hr. v. Hymmen in den Beytr. zur juriſt. Litterat. in den Preußisch. Staaten, 7te Samml. S. 70. flg.

i) HARPPRECHT Diss. de transact. in cautis minorum, §. 32. in *Eius* Diss. acad. Vol. I. p. 398. sqq.

k) L. 35. D. de re iudic. L. 3. C. de iure reipublicae.

l) BARTOLVS ad L. 2. C. de rescind. vendit. nr. 7. CARPZOV in iurispr. for. P. II. Const. 34. Def. 1. RICHTER in Decis. P. II. Dec. 99. nr. 70. STRVV Exerc. VI. §. 67. FACHINAEVS in controu. Lib. II. c. 26. I. E. LINCK Diss. de transact. ob enormem laesionem rescindenda, Argent. 1727.

m) KLOCK in Consil. Tom. II. consil. 57. qu. 2. nr. 17. sqq. COTHMANN Vol. I. Resp. 36. nr. 265. Vol. II. Resp.

tung aber ebenfalls ihre Gegner gefunden hat n). Wieder Andere glauben, es komme darauf an, ob der Vergleich gerichtlich oder außergerichtlich geschlossen worden sey; denn in diesem letzten Falle sey die Wiederaufhebung des Vergleichs wegen einer Verletzung über die Hälfte allerdings zulässig o). Endlich findet man in den Schriften der mehresten berühmten Rechtsgelehrten die Meynung angenommen, daß ein Vergleich wegen keiner, auch selbst wegen der größten Verletzung nicht angefochten werden dürfe; nur weichen sie darin von einander ab, daß Einige p) behaupten, es müsse auch in den Gerichten nach dieser Regel gesprochen werden, da sie auf die richtigste

Resp. 28. nr. 206. STRYCK in vsu mod. h. t. §. fin. HARPRECHT D. de transact. iudic. §. 32. nr. 224. sq. DECISS. CASSELL. T. II. Dec. 179. nr. 7.

n) SCHILTER Exerc. IX. §. 15. de PVFENDORF in Obs. Tom. I. obs. 143.

o) WERNHER Obs. T. I. P. I. obs. 177. Tom. II. P. VI. obs. 474. de CRAMER Obs. iur. vniu. T. III. obs. 877. Chr. Lud. REDECKER D. de transact. iudiciali ob laesionem vltra dimidium non rescindenda, Harderovici, 1759.

p) VINNIVS de transact. c. 8. nr. 11. IDEM in quaest. iur. Lib. I. c. 57. HVBER ad Pand. h. t. §. 10. VOET h. t. §. 24. LAVTERBACH h. t. §. 33. MEVIVS P. IV. Dec. 30. FABER de errorib. Pragmat. Dec. 8. Error 10. de PVFENDORF Obs. Tom. I. obs. 143. REINHARDT ad CHRISTIN. Vol. I. obs. 31. WILDVOGEL D. de transact. ob enormen laesionem non rescindenda, Ien. 1704. GVNDLING in Dissert. de transact. stabilit. §. 42. seqq. ALEF D. de transaction. c. 10. §. 119. 120. KNORRE D. de transact., Hal. 1756. Fratr. BECKMANNI in Cons. T. II. cons. 57. qu. I. nr. II. sqq. WALCH introd. in contr. Sect. 3. c. 3. Mbr. 2. §. 7. MÜLLER ad LEYSER. Vol. I. Fasc. II. obs. 166. WESTENB. h. t. §. 36. Mich. Frid. ABEL D. de rescissione transact. tam in genere, quam in specie respectu laesionis enormis, Erlangae 1785. Pütters Rechtsfälle, 2ten Bandes 4ter Thl. Resp. 237. nr. 20. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 56. Overbecks Meditat. 1ster Band, 7te Med. Westphal vom Kauf, §. 815. 816.

Ren-

tigste Theorie gebaut sey; Andere q) aber glauben, daß man in der Praxis davon abgehen dürfe. Unter diesen so verschiedenen Meynungen scheint diejenige die richtigste zu seyn, schreibt Hr. HR. Glück, S. 91. des 5ten Theils seiner Erläuterung der Pandekten, nach welcher behauptet wird, daß nicht nur nach der Theorie ein Vergleich unter dem Vorwande einer, wenn gleich noch so großen Verletzung, keinesweges angefochten und rescindirt werden könne, sondern daß man auch heut zu Tage der Regel nach immer darnach sprechen müsse, so lange nicht in einem Lande entweder durch Gesetze oder durch rechtliche Gewohnheit etwas Anderes verordnet oder hergebracht ist. Es ist 1) diese Meynung schon in der Natur der Sache selbst gegründet; denn ein Vergleich hat immer eine an sich ungewisse oder streitige Forderung zum Gegenstande, die nach der Natur der Sache keinen andern Werth hat, als der durch den Vergleich bestimmt worden ist. Bey einer solchen onerösen Convention aber, deren Object keinen bestimmten Werth hat, ist eine Verletzung über die Hälfte nicht zu gedenken. 2) Soll ein Vergleich eben so unverletzlich seyn, als ein Urthel, welches die Rechtskraft beschritten hat r); ja er wird einem abgelegten Eyde gleich gehalten, dem die Gesetze eine noch größere Kraft beylegen, als einem rechtskräftigen Urthel s); nun kann aber ein rechtskräftiges Urthel so wenig,

Renthe von Transacten, §. 62. flg. Chr. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrheit, Leipzig 1795. S. 208.

q) Schilter Exercit. IX. §. 19. Wissenbach ad L. 2. C. de resc. vend. p. 317. Leyser Spec. 56. Med. 7. Dabelow im System der heutigen Civilrechtsgel. §. 2460.

r) L. 20. C. h. t.

s) L. 2. D. de iureiur. — iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata. L. 1. pr. D. quar. rer. actio non datur.

nig, als ein Eyd wegen der Verletzung wieder aufgehoben werden t). 3) Wollen die Gesetze, daß ein Vergleich, welcher einmal ehrlich abgeschlossen worden ist, nicht einmal unter dem Vorwande neu aufgefundener Urkunden solle rescindirt werden können u). Da nun der Beweis einer erlittenen Läsion schwerlich geführt werden kann, wenn die neu aufgefundenen Urkunden gegen den einmal geschlossenen Vergleich nichts gelten sollen x); so geben uns jene Gesetze einen neuen unwiderleglichen Beweis, daß nach dem Geiste derselben auch wegen einer Verletzung kein Vergleich aufgehoben werden soll. Sodann fehlt es 4) auch nicht an einem ganz deutlichen Gesetz, worin ausdrücklich gesagt wird, daß, wenn auch der Transigent in der Folge durch neu aufgefundene Documente erweisen könnte, daß er über das Vierfache verletzt sey, dennoch der Vergleich deswegen nicht aufgehoben werden solle. In der L. 78. §. fin. D. ad Sctm. Trebell. heißt es nämlich: heres eius, qui post mortem suam rogatus erat, *universam hereditatem* restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea repertis instrumentis, apparuit, *quadruplo* amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conueniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, *si non transactum esset*, posse. Der Großkanzler von Cocceji wollte dieses Gesetz zwar blos von dem Falle verstehen, da der Vergleich erst nach den aufgefundenen Urkunden geschlossen worden ist; allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle widerspricht dieser Mey-

t) L. 4. C. de re iudic. L. 2. C. sent. rescindi non posse. L. 9. pr. D. de iureiur. L. 21. D. de dolo malo. L. 56. D. de re iudic. L. 1. C. de reb. credit. et iureiur.

u) L. 19. L. 29. C. h. t.

x) c. 1. X. de transact.

Meynung y). Wenn nun zwar 5) dagegen eingewendet werden will, es sey der Billigkeit und der Analogie der L. 2. C. de rescind. vend. gemäß, daß ein Vergleich eben so gut wie ein Kauf, oder ein jeder anderer onerôser Contract, wegen einer übermäßigen Verletzung rescindirt werde; so ist hierbey wohl zu erwägen, daß zwischen einem Kaufcontracte, worauf sich doch die L. 2. C. de rescind. vendit. blos einschränkt, und einem Vergleiche ein sehr auffallender Unterschied sey; denn bey einem Kaufe läßt sich der Werth des einen, gegen das, was dagegen geleistet wird, genau festsetzen, und nach einem gewissen Verhältniß bestimmen. Allein bey einem Vergleiche läßt sich weder ein so genaues Gleichgewicht der beyderseitigen Prästationen festsetzen, noch ist auch dieses erforderlich, weil der Gegenstand desselben immer ungewiß, unbestimmt und zweifelhaft ist, mithin keinen gewissen Werth hat. Eben so wenig steht auch 6) die von den Vertheidigern der gegenseitigen Meynung insgemein angeführte L. 5. C. de dolo malo unserer Behauptung entgegen, indem darin ganz offenbar von einem solchen Falle geredt wird, wo die Verletzung durch einen Betrug des andern Theils entstanden war, wie die Schlußworte: non de *dolo* propter paternam verecundiam; denn der Vater hatte seine emancipirte Tochter durch Betrug zum Vergleich vermocht, sed *in factum* actio tibi tribuenda est, ganz deutlich zu erkennen geben. Es läßt sich also 7) wohl nicht mit Grunde behaupten, daß die oben angeführten Gesetze der Pandekten durch neuere Gesetze im Coder aufgehoben worden, indem sich vielmehr aus der L. vlt. in f. C. de plus petit. nicht undeutlich das Gegentheil beweisen läßt. Mit diesen Grundsätzen des römischen Rechts stimmt nun auch 8) das alte teutsche Recht überein, wie die bekannten Parömien beweisen: ein magerer

y) Coccеii in iure contr. h. t. qu. 17. ibique Emminghi. not. m. p. 281.

gerer Vergleich ist besser, denn ein feistes Urthel; wer will hadern um ein Schwein, der nehme eine Wurst, und lasse es seyn [z]). Endlich wird auch 9) nach der behaupteten Meynung bey den höchsten Gerichten, z. B. in Wetzlar und Berlin, gesprochen [a]).

Zum Beschluß ist noch die Frage zu erläutern: ob ein allgemeiner Vergleich nicht deswegen wieder aufgehoben werden könne, weil sich nachher noch species gefunden, die zu dem verglichenen genus gehören? Ein allgemeiner Vergleich wird derjenige genennt, der über einen Gegenstand geschlossen worden ist, welcher mehrere Individuen unter einem gemeinschaftlichen Namen begreift [b]). Ein solcher Vergleich ist z. B. der Vergleich über eine Erbschaft, über eine Handlungssocietät, über eine Vormundschaft. Dergleichen Transacte begreifen schon ihrer Natur nach alle species, d. h. Individuen unter sich, die zu dem genus gehören, worüber der Vergleich geschlossen worden ist, und es geht daher nicht an, ihn in der Folge unter dem Vorwande anzufechten, daß man an gewisse Individuen, die sich erst nachher gefunden, nicht gedacht habe. In der L. 12. C. h. t. heißt es daher: sub praetextu *specierum* post repertarum *generali* transactione finita rescindi, prohibent iura. Eben dieses verordnet die L. 12. D. h. t. wo es heißt: non est ferendus, qui *generaliter* in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit. Billig wird jedoch

z) Eisenhardt von Sprüchwörtern, S. 516.

a) Gail Obs. Lib. II. obs. 70. n. 6. sqq. de Cramer in Obs. iur. vniu. T. III. obs. 926. Hoschers Samml. merkwürd. am Reichskamm. Gericht entschiedener Rechtshändel, Thl. 1. S. 104. Hymmens Beyträge, 6te Sammlung, S. 87. Kleins Annalen, Thl. 1. S. 317.

b) Hr. Hofr. Gönner in den jurist. Abhandl. Bamberg 1795. 8. Thl. 1. S. 82. flg.

doch allemal vorausgesetzt, daß die Transigenten bey Eingehung des Vergleichs an die Individuen denken können, wovon die Frage ist, und daß kein Theil betrügerisch gehandelt hat. Ein solcher Fall wird in der L. 35. D. de pact. angeführt. Drey Geschwister, Titius, Mävius und Seja, vertheilten die mütterliche Erbschaft unter sich, und schlossen einen schriftlichen Erbvergleich darüber, worin es hieß, die Erbschaft der Mutter sey gänzlich vertheilt worden, und nichts mehr in Gemeinschaft geblieben. Nach der Zeit erfuhren die beyden Geschwister Mävius und Seja, die bey der Theilung nicht selbst zugegen seyn können, daß ihr Bruder verschiedene Goldstücke verheimlicht habe, wovon im Erbvergleich nichts stand. Hier wird gesagt: die Geschwister könnten auf die Theilung dieser Goldstücke klagen, und wenn ihnen von dem Bruder die Einrede des geschlossenen Vergleichs entgegen gesetzt werden sollte, so könnten sie solche durch die Replik des Betrugs, replica doli, unwirksam machen. Uebrigens versteht sichs von selbst, daß ein allgemeiner Vergleich, wenn er auch noch so generell eingerichtet seyn sollte, doch nicht über das verglichene genus ausgedehnt werden darf c). In der L. 9. pr. D. h. t. schreibt Ulpian, wenn ein mündig gewordener Pupill, mit seinem Vormunde über den verwalteten Antheil seines Vermögens einen Vergleich geschlossen haben sollte, und nachher als Erbe seines verstorbenen unmündigen Bruders auf die Herausgabe dieser Erbschaft gegen den Vormund klagt, so kann sich der Vormund nicht auf jenen Vergleich berufen, weil sich ein Vergleich nur immer auf die Sachen einschränkt, worüber solcher unterhandelt worden ist.

§. 357.

So wie Verträge richtig erklärt werden müssen, dieses aber nicht allemal ohne Schwierigkeiten geschehen kann,

c) L. 3. §. 1. L. 12. in fin. D. h. h. Hr. HR. Gönner a. a. O. §. 5. S. 82.

kann, so ist dieses auch bey der Auslegung eines geschlossenen Vergleichs der Fall. Die Rechtslehrer nehmen bey dieser Erklärung den Satz an: ein Vergleich ist eingeschränkt zu erklären, welchen Satz Hr. HR. Gönner [d]) ausführlich geprüft hat. Alsdenn hat dieser Satz seine Richtigkeit, wenn man dabey annimmt, daß ein Vergleich nur von demjenigen Gegenstande verstanden werden dürfe, worüber sich die Partheyen wirklich verglichen haben, und ad non cogitata nicht ausgedehnt werden könne. Unrichtig versteht man aber diesen Satz, wenn man glaubt, es werde dadurch angezeigt, ein Vergleich sey noch strenger zu erklären, als jeder andere Vertrag. Gleichwie nun jeder Vertrag hauptsächlich nach der Absicht der Paciscenten erklärt werden muß, so ist dieses auch bey der Erklärung der Vergleiche der Fall. Verstattet die Absicht des Vergleichs eine ausdehnende Erklärung desselben, so darf man solche nicht blos deswegen verwerfen, weil Vergleiche strenge zu erklären sind; denn auch diese schließen die ausdehnende Erklärung nicht aus [e]). Es wird auch diese Erklärungsart durch die Gesetze [f]) selbst nicht undeutlich gebilligt, weil darin verordnet worden, daß ein allgemeiner Vergleich auch alle species in sich fasse, welche zu dem verglichenen genus gehören. Eben so richtig ist auch der Satz, daß, wenn ein Vergleich nur über bestimmte einzelne Ansprüche und Forderungen eingegangen worden, dieser Vergleich auch nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, ohne sich dadurch irre machen zu lassen, daß von den Transigenten allgemeine, aber unbestimmte, Redensarten gebraucht worden sind. In

d) Hr. HR. Gönner in den jurist. Abhandl. Thl. 1. Nr. 4.

e) VINNIVS de transact. c. 8. §. 20. Hr. GJR. Pütter in den Rechtsfällen, 1ster Band, 2ter Thl. Dec. 65. nr. 12.

f) L. 29. C. de transact.

der L. 31. C. h. t. welches Gesetz Hr. HR. Gönner a. a. O. §. 15. erklärt hat, heißt es: si de certa re pacto transactionis interposito, hoc comprehensum erat, *nihil amplius peti:* etsi non additum fuerat: *eo nomine;* de caeteris tamen quaestionibus integra permanet actio. Es dürfen daher die Worte: man wolle weiter keine Forderungen machen, nur auf den Gegenstand des Vergleichs oder derjenigen Berechnung, worüber der Vergleich geschlossen worden, nicht aber auf andere Forderungen angewendet werden [g]).

Ich glaube diesen Titel für praktische Rechtsgelehrte noch brauchbarer erklärt zu haben, wenn ich die Grundsätze von den Pflichten des Richters bey dem Versuch eines gütlichen Vergleichs aus des Hrn HR. Claproths Proceß anführe [h]). Hr. HR. Claproth schreibt am angeführten Orte: in Wechselsachen, executivischen und andern Sachen von schleuniger Ausführung muß kein besonderer Termin zum gütlichen Vergleiche vom Richter angesetzet, sondern nur, wenn ohnehin die Partheyen im Gericht erscheinen, der Vergleich beyläufig versucht werden. Sonst muß in allen Sachen, gleich im Anfange des Rechtsstreits, jedoch nicht eher, als bis man auch des Beklagtens Einreden gehört hat, in einem dazu angesetzten Termin der Vergleich versucht werden [i]). Wenn aber auch die Partheyen in der Folge der Sache mehrmals um diesen Vergleichsversuch anhalten, so wird ihnen, zumalen wenn es der Kläger ist, oder doch sonst kein Verdacht vorhanden, daß dieß blos zum Aufenthalt der Sache

g) Hr. v. Hymmen in den Beyträgen zur jurist. Litterat. 8te Samml. S. 55. AVERANIVS in interpr. Lib. III. c. 20. nr. 11. sqq. WERNHER Obs. P. 6. obs. 286.

h) Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 2. S. 157. flg.

i) Reichsabsch. v. 1654. §. 110. L. fin. pr. D. pro suo. L. 2. C. de re iud. c. 6. 7. Dist. 90.

che gesucht werde, darin leicht gewillfahret; ja wenn der Richter in der Folge der Sache aus erheblichen Ursachen vermuthete, daß jetzt ein Vergleich zu Stande kommen werde, welcher vorhin ausgeschlagen worden, so kann er von Amtswegen einen Termin dazu anberaumen. Bey den Schwierigkeiten, welche sich heut zu Tage in der Hülfsvollstreckung finden, hat es kein Bedenken, auch noch in diesem Zustande des Rechtsstreits den Vergleich zu versuchen, und kann man, um allem Zweifel vorzubeugen, wenn er Statt gefunden, die Vorsicht gebrauchen, daß die Partheyen nach Art eines erlassenen Vertrags, pactum remissorium, dasjenige belieben, was verglichen ist [k]).

Der Vergleich kann von einem jeden Richter, auch von einem Commissarius oder Schiedsrichter, wenn ihm gleich diese Gewalt nicht ausdrücklich beygelegt ist [l]), versucht werden. Geistliche, wenn sie keine andere Absichten dabey haben, als Versöhnlichkeit zu stiften, können sich eben sowohl, wie gute Freunde, als Mittelspersonen zur Stiftung eines Vergleichs verwenden. Sehr heilsam würde es seyn, wenn beyderseitige Advokaten außergerichtlich den Vergleich bis zur Genehmigung ihrer Partheyen, oder auch auf ausgewechselte Vollmachten zu stiften suchten. Ehre, guter Ruf, innere Beruhigung und reichliche Belohnung sind gemeiniglich die Folgen von einer solchen Bemühung, wenn hierdurch ein billiger Vergleich bewirkt wird.

Zu dem Termin des gütlichen Vergleichs werden die Partheyen in Ehesachen, Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern, Unterthanen und Obrigkeiten, Beichtvätern und Beichtkindern, auch in andern sehr angelegent-

k) Stryck in vsu mod. Lib. II. tit. 4. §. 7.

l) c. 5. X. de transact.

lichen Sachen m), schlechterdings in Person zu erscheinen, vorgeladen, auch in Ehesachen bey dem Vergleichsversuche kein Fürsprecher oder Sachwalter zugelassen. Sind es nicht solche angelegentliche Sachen, so ist es genug, daß die Partheyen entweder in Person oder durch hinreichend Bevollmächtigte und von der Sache genugsam unterrichtete Anwälde erscheinen. Sorgfältig ist immer darauf zu achten, daß alle diejenigen, welche ein Interesse bey der Sache haben, oder in den Vergleich willigen müssen, mit vorgeladen werden n).

Im Termin erscheinen nun entweder sämmtliche vorgeladene Theilnehmer selbst, oder durch Bevollmächtigte, oder keiner von beyden Theilen, oder es erscheinen nur etliche. Letztern Falls ist zu erwägen, ob die Sache theilbar sey oder nicht. Ist das erstere, so hat es kein Bedenken, mit den Gegenwärtigen den Vergleich für ihren Antheil gültig zu schließen; wenn aber der letztere Fall eintritt, oder auch im erstern Falle die Absicht dahin gehet, über die ganze Sache einen Vergleich zu schließen, so kommt es darauf an, ob Jemand von den übrigen dafür hinreichende Sicherheit bestellen will, daß die Abwesenden den Vergleich ebenfalls genehmigen werden, widrigenfalls wolle er dafür stehen; und sodann kann man sich wieder sicher über die ganze Sache vergleichen. Verbittet einer oder der andere Theil den Termin gar, so bleibt es dabey, es wäre denn eine von den obigen angelegentlichen Sachen. Auf das ungehorsamliche Außenbleiben kann aber nichts weiter als Erstattung der Unkosten, und in bemeldeten angelegentlichen Sachen bey geringen Leuten die Strafe des Hohlens, bey angesehenern

m) Diese Angelegenheiten werden transactiones vrgentes genennt. Hiervon siehe Boehmer I. E. P. I, 32. 33. Carpzov Irpd. for. P. I. Const. I. Def. II. Mevius P. I. Dec. 224. 225. P. VIII. Dec. 296.

n) Hr. HR. Claproth von Verträgen, Thl. I. §. 124. flg. S. 356—379.

nern aber eine Geldstrafe, in einer neuen Ladung angedroht und erkannt werden. Blos in Concurssachen ist es gebräuchlich, die Ladung unter der Verwarnung auszufertigen, daß diejenigen, so nicht erscheinen, dennoch an den von den übrigen Gläubigern geschlossenen Vergleich gebunden seyn sollen. Von allen angesetzten Terminen aber ist zu merken, daß, wenn derjenige, welcher einen Termin ausgewürket hat, ausbleibet, der Andere aber erscheinet, selbiger für circumducirt gehalten, und Ersterer in die Kosten verurtheilt wird. Eben das tritt ein, wenn beyde Theile nicht erscheinen o).

Erscheinen alle Partheyen im Termin zum gütlichen Vergleiche, so wird ihnen erst überhaupt vorgestellet, daß sie als Christen zur Versöhnlichkeit verbunden wären p); als rechtschaffene und vernünftige Leute aber billig einen mittelmäßigen Vergleich dem ungewissen Ausgange eines Rechtsstreits vorziehen würden q), wobey ihnen Mühe, Verdruß, Kosten und Gefahr eines Rechtsstreits vorgehalten wird r). Treten noch andere Verhältnisse bey ihnen ein, welche sie zum Vergleiche geneigter machen können s), so werden auch diese Gründe zu Gemüthe geführt. Keinesweges ist der Vergleich durch harte Worte, Drohungen, oder gewaltsame Mittel zu bewirken t).

o) L. 73. §. 1. 2. D. de iudic.

p) Die Versöhnlichkeit ist eine der ersten Christenpflichten, nach Matth. 5, 9. daher der Gruß: Friede sey mit euch.

q) CICERO de offic. II, 18. Est enim non modo liberale, paullo nonnunquam de suo iure decedere, sed interdum etiam fructuosum.

r) L. 51. D. de pecul.

s) CICERO de diuinat. IX, 25. iudicia turpia sunt inter fratres, quos non decet, iudiciis inter se conflictari.

t) L. 3. §. 1. D. de recept. L. 41. C. de transact. c. 11. X. eod. NOV. 124. c. 4.

Nach vorgebrachten allgemeinen Ermahnungen, wird von dem einen oder andern Theile ein Vorschlag zur Güte verlangt. Lässet sich der andere Theil in Unterhandlung auf den geschehenen Vorschlag ein, so wird versucht, ob eine Uebereinkunft zu treffen sey; wenn aber kein Theil Vorschläge zu thun weiß, oder doch keine solchen auf die Bahn kommen, worauf sich der andere Theil einlassen will, so muß der Richter vor dem Termin einen solchen Mittelvorschlag ausfündig zu machen suchen, der beyden Theilen annehmlich seyn kann. Der beste Vorschlag ist der, wenn ohngefähr das vorgeschlagen wird, wohin ohnedem das Urtheil ausfallen würde. Am leichtesten sind die Vorschläge zu machen, wenn es bloße Quantitäten sind, worüber gestritten wird. Sind viele Posten der Gegenstand eines Rechtsstreits, so muß man entweder in Bausch und Bogen, oder über einzelne Posten handeln. Ersteres ist bey Minderjährigen äußerst bedenklich, woferne man nicht von Obervormundschaftswegen hinreichende Gründe sieht, einen solchen Vergleich aus guten Gründen zu bewilligen. Bey einem in Bausch und Bogen zu versuchenden Vergleiche ist eine Bilanz der ausgemachten und unausgemachten Posten, und was bey letzteren ein jeder Theil für und wider sich hat, das einzige Mittel, einen sichern Gang zu gehen. Soll und kann aber nicht in Bausch und Bogen gehandelt werden, so ist mit ungleich größerer Mühe der gütliche Vergleich über die einzelnen Posten zu versuchen; jedoch darüber die allgemeine Abrede zu treffen, ob die einzelnen Posten, welche verglichen worden sind, verglichen bleiben sollen, wenn gleich die Güte nicht bey allen Posten Statt findet, welches möglichst anzurathen, und falls nichts abgeredet worden, ohnehin eintritt; oder ob alsdenn auch die verglichenen Posten für nicht verglichen angenommen, und zum rechtlichen Verfahren ausgesetzt bleiben sollen.

Sind die Partheyen zu weit aus einander, so thut der Richter wohl, wenn er einen jeden Theil besonders vornimmt, und ihm aus der Beschaffenheit seiner Klage,

oder

oder exceptivischen Nothdurft, die Zweifel, welche sich in Ansehung des Rechtsgrundes, oder in Ansehung des Beweises, und der gegenseitigen entweder überwiegenden oder doch sehr anscheinbaren Gründe finden, vorstellet, mithin ihm nicht durch Art eines richterlichen Ausspruchs, sondern nur eines ganz unverbindlichen Gutachtens die Güte empfiehlt. Wenn dieß der Richter bey beyden Partheyen, und zwar bey einer jeden besonders in Abwesenheit des andern Theils versucht hat, und sie dann wiederum vortreten läßt, so werden die Vorschläge zumal alsdann von gutem Erfolg und Eindrucke seyn, wenn der Richter sich bey seinen Gerichtsuntergebenen das Vertrauen eines einsichtsvollen, billigen, und nie auf eine Seite hängenden Mannes erworben hat. Cicero u) macht die vortreffliche Bemerkung: fides autem vt habeatur, duabus rebus effici potest: si existimabitur adepti coniunctam cum iustitia prudentiam —— iustis autem et fidis hominibus, id est bonis, ita fides habetur, vt nulla sit in his fraudis iniuriaeque suspicio. Häufig leiden es die übrigen Gerichtsgeschäfte nicht, den Vergleichsversuch auf die vorgezeichnete umständliche Art in der Gerichtssitzung vorzunehmen. Sodann wäre, zumalen bey wichtigen oder doch weitaussehenden Sachen, zu rathen, daß dieser Versuch von Deputirten auf einer Nebenstube, oder vor einer Commission geschehe, weil man sich hier alle Zeit nehmen kann, die dazu erforderlich ist.

Wenn alles dieses nichts fruchtet, so betrifft der Gegenstand des Streits häufig eine solche Kleinigkeit, daß die Fortsetzung des Rechtsstreits sehr bald mehr kosten würde, als der ganze Gegenstand des Streits beträgt. Hier erfordert die Gerechtigkeit, wenn nicht das auf die Spitze gestellte Recht das größte Unrecht werden soll, daß von Amtswegen ein billiger Durchschnitt gemacht werde.

u) Cicero de offic. Lib. II. c. 9.

Dieß schließe ich aus dem angeführten §. 110. des jüngsten Reichsabschiedes, aus den Worten: und sein Absehen x). Freylich redet die L. 13. §. 3. D. de vsufr. und die L. 21. D. de reb. credit. nicht von diesem Falle. Einige Rechtslehrer gehen zu weit, wenn sie in solchen geringfügigen Sachen die Klage sofort abweisen wollen y). Der Richter muß sein Amt blos den Bedrückten zum Schuß gebrauchen, aber nicht einen muthwilligen boshaften Streiter in seiner Bosheit unterstützen. Gerechtigkeiten gehören aber nie unter geringfügige Sachen, wenn sie auch noch so wenig eintragen sollten. Auch in Sachen, die wegen Mangel an Nachrichten unauflöslich sind, räth Struben z) das Durchgreifen nach vergeblich versuchtem Vergleich. Wäre es dem gemeinen Wesen äußerst um gütliche Beylegung der Sache zu thun, so kann an den Landesherrn mit Einsendung der Acten Bericht erstattet werden a). In Streitigkeiten der Beichtkinder mit ihren Beichtvätern ist nicht allein dieser Weg einzuschlagen, sondern es ist auch, wenn nicht Gottesdienst und Erziehung leiden sollen, auf eine Versetzung des Geistlichen zu denken b), mit oder ohne Nachtheil, nachdem der Geistliche schuldig oder unschuldig ist.

Findet der Vergleich keine Statt, und es ist keine von den oben angeführten dringenden Angelegenheiten, sondern eine Sache von gemeiner Art, so versucht der Richter endlich noch die Vorschläge, ob die Partheyen nicht die Güte noch weiter außergerichtlich durch ein Mitglied des Gerichts, wozu sie Vertrauen haben, weiter versu-

x) Pvfendorf introd. in Proc. Lun. Part. II. c. 2. §. 18.

y) Boehmer in iure Proteſt. I, 32. 31.

z) Strubens Bedenken, Thl. 1. Bedenk. 66.

a) Arg. Auth. ſi vero C. de iudic.

b) Arg. c. 1. 5. Diſt. 90.

versuchen, oder die Sache auf einen schiedsrichterlichen Ausspruch stellen wollen, jedoch müssen hierbey solche Personen concurriren, welche völlig freye Hände haben. Ganz unschicklich ist es, wenn der Richter den Bescheid ertheilt, die Partheyen sollten sich durch Zuziehung einiger Mittelspersonen zu vergleichen suchen, oder in Entstehung dessen weiter anrufen.

Hat der Vergleich Platz gefunden, so muß solcher umständlich protocollirt, auch unterweilen ein eigenes Instrument entworfen, und den Partheyen wieder vorgelesen werden. Betrübt ist es, wenn der Vergleich so aufgesetzt worden, daß wieder neue Streitigkeiten über dessen Gültigkeit oder Sinn entstehen. Die Nichterfüllung des Vergleichs wird am besten durch eine abgeredte Geldstrafe verhindert. Daß nichts desto weniger der Vergleich völlig bey Kräften bleibe, ist ohnehin Rechtens, und wofern die Partheyen nicht darauf bestehen, ist es weniger rathsam, die Aufhebung des Vergleichs auf dessen Nichterfüllung festzusetzen.

Wenn sich die Partheyen während des Rechtsstreits außergerichtlich verglichen haben, so müssen sie den Vergleich in einer gemeinschaftlichen Schrift nicht blos anzeigen, sondern auch billig die Vergleichsurkunde beylegen c), welche denn, wenn nichts von Amtswegen dabey zu erinnern ist, obrigkeitlich bestätigt wird. Zeigt ein Theil allein den Vergleich an, so wird diese Anzeige dem Gegentheil zur Erklärung zugestellt. Erfolgt diese beyfällig, so ist alsdenn erst der Vergleich zu bestätigen. Wird der Vergleich entweder überhaupt oder in der angegebenen Maaße verneinet, so ist dieser Incidentpunct vor der Hauptsache zu untersuchen und zu entscheiden.

c) C. C. G. O. I, 35. 24. III, 9. 4. Pufendorf in Proc. Luneb. P. I. c. 20. §. 52.

Lib. III. Tit. I.

de postulando.

§. 358. 359. 360.

Wenn die Partheyen sich nicht vereinigen können, ihre Streitigkeit durch einen Vergleich zu beendigen, so muß solche vor Gericht ausgeführt und entschieden werden. Sie führen ihre Sache entweder selbst aus, oder bedienen sich dabey eines rechtlichen Beystandes. In beyden Fällen brauchten die Römer das Wort postulare, wovon in der L. 1. §. 2. D. h. t. folgender Begriff vorkommt, indem es heißt: postulare est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere. Man nennte überhaupt diejenigen Personen, deren Geschäfte es war, einer Parthey in ihrer rechtlichen Angelegenheit beyzustehen, aduocati, und deswegen wird in dem Titel de postulando von Advokaten gehandelt. Ein Advokat, Fürsprecher, rechtlicher Beystand, Rechtsfreund ist derjenige, welcher andern Personen bey ihren rechtlichen Angelegenheiten durch seine Rechtskenntniß beysteht. Sie werden im römischen Rechte auch Patroni, Patroni causarum [a]), Togati [b]), desgleichen scholastici [c]) genennt, und weil die Processe durch Reden vor Gericht geführt wurden, hießen sie Oratores, nicht weniger Disertissimi [d]). Fast auf eben die Art, wie

a) L. 1. §. 4. D. h. t. L. 4. L. 6. C. h. t. L. 1. L. 5. L. 14. C. de aduoc. diuers. iudicior.

b) L. 3. 6. 8. 9. sqq. C. de aduoc. diuers. iudicior.

c) L. 2. C. de lucris aduocat.

d) L. 2. §. 43. D. de orig. iur. L. 33. §. 1. C. de episc. et cleric. L. 3. §. 9. C. de ver. iur. enucl. L. 13. C. de aduoc. diuers. iudicior. GELLIVS in noct. Attic. Lib. 5. c. 10.

wie die Römer in den spätern Zeiten e), Aduocatos, Monitores, Formularios und Cognitores unterschieden, trennten die alten Teutschen bisweilen die Fürsprecher, Warner und Rauner von einander, vereinigten sie aber doch auch nicht selten in einer Person f). Die Fürsprecher, Fürleger, Redner, Clamatores, Praelocutores, Causſidici der Teutschen, trugen die Rechtshändel in rednerischer Form, im Curialstyl und laut vor g); die Warner, Räthe, Vögte, Lehrer und Anweiser unterrichteten die Partheyen von der rechtlichen Beschaffenheit ihrer bürgerlichen Angelegenheiten; die Rauner, vom schwäbischen Worte, raunen, ins Ohr zischen, mußten ihnen bey dem Verfahren selbst, mit den nöthigen Cautelen an die Hand gehen h). Diese dreyerley rechtlichen Beystände wurden den Partheyen entweder vom Richter angewiesen, oder sie wählten sich solche selbst aus dem Gerichtszirkel, unter richterlicher Bestätigung i); wenn ein Vortrag geschehen sollte, oder eine Antwort zu ertheilen war, so traten diese Rechtsvormünder, wie sie auch genennt wurden,

e) POLLETI historia fori Romani, Lib. II. c. 1. p. 112.

f) LÜNIG in Corp. iur. feudal. Tom. I. p. 186. IDEM in Spicil. eccles. T. I. p. 1829. IVNG in Miscell. Tom. 5. P. I. p. 55. Hr. von Senkenberg in den Samml. ungedr. Schriften, Thl. 1. S. 14. v. Harpprechts Staatsarchiv, Thl. 1. S. 162.

g) HEINECC. in Elem. iur. germ. Lib. III. tit. 2. §. 79. et 91. HALTAVS in Gloſſar. p. 559. Grupen von Advokaten, Cap. 8.

h) Schwäbisch. Landrecht, Cap. 86. §. 3. Hauschilds Gerichtsverf. der Teutschen, S. 85. Nr. 1. HALTAVS in Gloſſar. p. 48. 49. 1039. 1502. 1567.

i) Sächsisch. Landrecht, 1stes Buch, Art. 60. Schwäbisches Landrecht, Cap. 60. *Leges Longob.* Lib. II. c. 52. §. 1. HALTAVS in Gloſſ. p. 23. 24. 360. SCHILTER Exerc. 10. §. 7. p. 95. HEINECCIVS l. c. Lib. III. tit. 2. §. 93.

wurden, mit den Partheyen, die oft zu dem Ende mehrere Anverwandte und Freunde bey sich hatten, ab, um die Sache gemeinschaftlich zu überlegen, und den Vortrag in gehöriger Form zu thun k). Bis zur Einführung des römischen Rechts in Teutschland, wurden die Advokaten meist aus den Gerichtsbeysitzern genommen, und gleichwohl hatten sie sodann bey der Abfassung des Urthels eine Stimme, folglich waren sie wie die heutigen Preußischen Assistenten, ein Mittelding zwischen Sachwaltern und Gerichtspersonen, und instruirten den Proceß mit dem Richter gemeinschaftlich l). Diese teutschen Advokaten dienten den Partheyen, eben so wie es anfangs bey den Römern üblich war, umsonst, und nachdem sie in der Folge Geld für ihre Arbeit nahmen, geriethen sie in große Verachtung m), und man suchte sie nunmehr aus den Gerichten zu verdrängen.

Bey den Römern schätzte man die Advokaten sehr, und sie wurden Clarissimi genennt. In der L. 14. C. de aduoc. diu. iud. wird von ihnen gesagt: Aduocati, qui dirimunt antiqua fata caussarum suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac priuatis, lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus prouident generi humano, quam si praeliis atque vulneribus patriam parentesque saluarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, et thoracibus vtuntur, sed etiam aduocatos! militant namque caussarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, et

k) Brvmmer ad Leg. *Cinciam* c. 7. Heineccivs l. c. §. 93. Schwäb. Landr. Cap. 86. §. 3.

l) Haltavs in Glossar. p. 561. 562. 1502. 1503.

m) Haltavs in Glossar. p. 566. 567. Loccen. in antiqu. Sueogot. Lib. II. c. 4. Stiernhoeck de iure Sueon. vet. Lib. I. c. 6. Dreyer de iure Anglo-Sax. p. 159.

et posteros defendunt. Da die Untersuchung rechtlicher Streitigkeiten nach und nach ein müßliches Gewebe von einer Reihe sonderbarer und mannichfaltiger Förmlichkeiten geworden ist, so sind die Advokaten schlechterdings unentbehrlich, und der Richter kann ohne den größten Schaden der streitenden Theile, nicht zugleich Advokat und Richter seyn, weil er in den mehresten Fällen unrichtige Maaßregeln ergreifen würde n). Daß gewissenlose und unwissende Advokaten die processualischen Weitläuftigkeiten, zu Befriedigung ihres Eigennutzes und ihrer Ränkesucht gemißbraucht, dadurch die Processe verewigt, und die Partheyen an den Bettelstab gebracht haben, ist zwar ebenfalls nicht zu leugnen, und deswegen hat man in Vorschlag gebracht, sie ganz abzuschaffen o). Es würde wenig oder gar keine pflichtvergessene Advokaten geben, wenn die Richter ihre Gewalt gehörig zu brauchen wüßten. Ihre Pflicht ist es, die Fehltritte der Fürsprecher mit mildem Ernst zu rügen, wenn sich nur nicht Stolz, Eigendünkel und Leidenschaft einmischt. Thun sie es nicht, so verdienen sie desto größern Tadel. Es würde wenig oder gar keine pflichtvergessene Advokaten geben, wenn die Richter demjenigen, was in diesem Stück zu ihrem Amte gehört, sorgfältig nachkämen. Die Erfahrung lehrt, daß die Advokaten um so unverschämter sind, je nachgebender der Richter ist, und umgekehrt p); was von den Vorrechten und Freyheiten der Advokaten im römischen Rechte q) vorkommt, wird bey uns nicht mehr

n) Gebaveri Orat. de laude aduocator. Gotting. 1736. Engelbrecht Obs. 82.

o) I. G. Cramer D. an aduocati in republica sint tolerandi, Lipf. 1736. Erörterung der Frage: ob die Abschaffung der Advokaten nützlich oder schädlich sey? Halle 1780.

p) Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. S. 336.

q) L. 5—10. C. de aduoc. diu. iudicior.

mehr beobachtet. Sie wurden Clarissimi genennt [r]. Cicero hat in sehr vielen Stellen auf das ehrenvollste von den Rechtsgelehrten geurtheilt. Er schreibt z. B. de orat. c. 8. quid tam regium, tam liberale, tam munificum quam opem ferre supplicantibus, excitare affectus, dare salutem, liberare periculis. In den Schriften von den Pflichten Lib. II. c. 19. heißt es: nam in iure cauere, consilio iuuare, atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis, vehementer et ad opes augendas (Cicero will hier von den Clienten, nicht von den Advokaten verstanden seyn, weil sie umsonst dienen mußten) pertinet et ad gratiam. In seinen Büchern de oratore Lib. 1. c. 45. schreibt er: iam vero ipsa cognitio iuris ciuilis per se quantum afferat iis, qui ei praesunt, honoris, gratiae, dignitatis, quis ignorat? Itaque, vt apud Graecos infimi homines, mercedula adducti, ministros se praebent in iudiciis oratoribus, ii, qui apud illos πραγματικοὶ vocantur: sic in nostra ciuitate contra amplissimus quisque et clarissimus vir etc. Est enim sine dubio domus Iurisconsulti totius oraculum ciuitatis. Zum Zeichen der Hochachtung gegen das Gericht mußten die Advokaten stehend das Gesuch der Partheyen vortragen, und dem, welchem sonst wegen seiner Würde ein Stuhl zu setzen war, wurde solcher nicht gereicht, wenn er als Fürsprecher im Gericht erschien [s]. Die teutschen Fürsten können zwar den Cammergerichtsadvokaten und Prokuratoren, Charaktere beylegen; sie erhalten aber dadurch keinen Vorzug vor den übrigen Prokuratoren; dürfen auch den Rang nicht über die wirklichen Räthe, welche an das Kammergericht geschickt werden, verlangen [t].

Der

r) L. 1. L. 3. §. 2. C. de aduoc. diuers. iudicior. Adr. Steger comment. de nomine aduocatorum honorificentissimo, Lipsi. 1735.

s) L. 6. §. 6. C. h. t.

t) Visit. Absch. v. J. 1713. Memorial den Advokaten und Prokuratoren zuzustellen, §. 70.

Der Regel nach, steht es Jedem, der Etwas im Gericht vorzubringen hat, frey, dieses mit Beystand eines Advokaten zu thun, und es gehört ganz zu der Ausnahme von dieser Regel, wenn der Richter eine Parthey zwingen will, allein vor Gericht zu erscheinen [u]). Diese Ausnahme hat in peinlichen Sachen statt; in Ehesachen; und in bürgerlichen Rechtshändeln alsdenn, wenn blos von Thathandlungen die Rede ist, oder wenn ein Eyd geschworen werden, oder wenn die Güte unter den Partheyen versucht werden soll [x]). Der Richter hat sogar das Recht, einer Parthey von Amtswegen einen Advokaten anzuweisen, z. B. wenn sie keinen Advokaten bekommen kann, oder wenn sie arm ist, oder in peinlichen Sachen [y]); so wie es ihm auch frey steht, den Partheyen aufzulegen, einen Advokaten anzunehmen, weil sie nicht im Stande sind, ihre Rechtssache selbst im Gericht auszuführen. Obgleich in der L. 7. C. h. t. dem Richter anbefohlen worden, dahin zu sehen, daß die streitenden Theile gleich gut vertheidigt werden, und nicht auf der einen Seite ein sehr geschickter Advokat die Sache führe, auf der andern aber ein höchst ungeschickter diene, so wird dieses bey uns doch gar nicht mehr beobachtet [z]).

Aus dem, was bisher von Advokaten gesagt worden, ergiebt sich von selbst, daß sie von den Prokuratoren oder Anwälden wesentlich verschieden sind. Diese sind wahre Stellvertreter der Partheyen, jene aber bloße Rath-

u) c. 14. X. de iudic. c. 1. eod. in 6to.

x) Hr. RR Danz im ordentl. Proceß, §. 44. S. 131. Iust. Henn. Boehmer in Iure Protest. Lib. I. tit. 37. §. 2. sqq.

y) L. 1. §. 4. D. h. t. L. 7. C. h. t. c. 1. X. de offic. Iudicis.

z) Voet h. t. §. 11. Hr. HR. Claproth im Proceß, Thl. . §. 72. not. mm S. 284.

Rathgeber bey einzelnen rechtlichen Angelegenheiten. Die erstern unterrichten die Partheyen von dem, was Rechtens ist, und führen ihre Rechtszuständigkeiten aus. Die letztern besorgen blos dasjenige, was die Verhandlung und den Gang der rechtlichen Angelegenheiten betrifft [a]). Von Prokuratoren handelt ein besonderer Titel der Pandekten, nämlich der 3te dieses gegenwärtigen Buchs.

§. 361 362 363 364.

Es giebt verschiedene Classen der Advokaten, welche heutzutage die Rechtssachen der Partheyen vorzutragen das Recht haben. Vor allen Dingen kommt es hierbey auf den Umstand an, ob sie zur Ausübung ihres Amtes die öffentliche Erlaubniß bekommen haben oder nicht. Im letzten Falle darf ein Advokat keine Rechtsangelegenheiten betreiben, keine Proceßschriften in seinem eigenen Namen abfassen, sondern er muß solche wenigstens von einem recipirten Advokaten unterschreiben lassen. Da der Wohlstand der Unterthanen großentheils von einer ordentlichen, zuverläßigen und legalen Besorgung processualischer Angelegenheiten mit abhängt, so kann es dem Staate nicht gleichgültig seyn, was für Personen zu solchen Rechtsbeyständen gebraucht werden, sondern der Regent hat das Recht, nur Männer von geprüfter Geschicklichkeit und Rechtschaffenheit zu dieser Beschäftigung zu wählen, und sie den Unterthanen als solche bekannt zu machen, an die sie sich in ihren Rechtsangelegenheiten mit Zutrauen wenden können. Der Regel nach darf also Niemand advociren, der nicht, nach vorgängiger Prüfung und Beeydigung, vom Regenten die Erlaubniß dazu erhalten hat, welches durch den so genannten Receptionsschein bewiesen werden muß. Von dieser Seite betrachtet, kann man das Amt eines Fürsprechers ebenfalls ein öffent-

a) Lauterbach h. t. §. 2. Wernher in Obs. P. I. obs. 230.

öffentliches Amt nennen. Freylich kommt hier alles auf die Verfassung eines jeden Landes an, da in einigen Ländern und Gerichten jeder als Advokat auftreten darf, der nur die nöthigen Rechtskenntnisse besitzt, und die allgemeinen Fähigkeiten hat. Wenn bey einem Gericht eine bestimmte Anzahl von Advokaten festgesetzt worden, so nennt man diejenigen, welche nach vorhergegangener Prüfung und Verpflichtung in diese Zahl aufgenommen worden sind, aduocati ordinarii, und diejenigen, die über die bestimmte Anzahl aufgenommen worden, heißen aduocati supernumerarii oder extraordinarii. Auch bey den Römen hatte man in neuern Zeiten eine bestimmte Anzahl Advokaten; z. B. bey dem Praefectus Praetorio waren 150 derselben angestellt, und hieraus erklären sich die Ausdrücke matriculae aduocatorum b). Sieht man auf die Rechtsangelegenheiten, deren Besorgung einem Advokaten obliegt, so giebt es ebenfalls verschiedene Arten derselben. Einige haben die Vertheidigung der sogenannten fiskalischen Gerechtsame zu besorgen, daher sie aduocati fisci c), Fiskäle, genennt werden, wofür sie eine jährliche Besoldung erhalten; andere Advokaten haben aber blos das Recht, die rechtlichen Angelegenheiten der Unterthanen zu besorgen, wofür sie von jedem Clienten besonders bezahlt werden müssen, und diese heißen aduocati priuati.

In Rücksicht auf die ordentlichen und Supernumerar-Advokaten ist besonders noch zu bemerken, daß jene, ohne erhebliche Ursache, Niemandem den rechtlichen Beystand versagen dürfen, und sie können daher vom Richter mit Bedrohung einer Geldstrafe, oder der Remotion genöthigt werden, einer Parthey zu dienen, wenn sie etwa wegen ihres mächtigen Gegners keinen Advoka-

b) L. 8. 11. §. vlt. 13. 15. 16. 17. C. de aduocat. diuers. iudicior. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 3. p. 1018.

c) Tot. Tit. C. de aduoc. fisci. DONELL. l. c. c. 5. p. 1022.

ten bekommen kann, oder weil sie arm ist [d]). Im Schwäbischen Landrecht, Cap. 76. Art. 4. heißt es: Er soll armer Leut Wort durch Gott sprechen, thut er das nicht gern, das ist wider Gott, und der Richter mag es ihm gebiten mit Recht. Eine solche Verbindlichkeit haben die aduocati supernumerarii nicht, sondern es kommt auf sie an, wem sie dienen wollen; jedoch müssen sie die wirklich übernommenen Rechtsangelegenheiten redlich betreiben und beendigen [e]). Uebrigens muß ein Advokat seinem Clienten ohne Ansehen der Person gegen einen Jeden dienen, und sogar gegen die Obrigkeit, nur die Fiskäle dürfen ohne besondere Erlaubniß nicht gegen den Fiskus dienen [f]); es müßte denn die Sache sie selbst, oder ihre Eltern, oder ihre Kinder, oder ihre Pupillen angehen [g]).

Wer unter die Advokaten aufgenommen werden will, muß die erforderlichen Eigenschaften und Fähigkeiten haben. Die Gesetze schließen 1) Frauenzimmer [h]) und 2) unehrliche Personen aus [i]). Wer einer infamirenden Handlung überführt ist, kann nicht Advokat seyn; jedoch können Ehrlose für sich und für gewisse andere Personen postuliren, welche im §. 11. der L. 1. D. h. t. angeführt werden. Dieser Stelle ist der §. 11. Inst. de except. nicht entgegen, welcher von einem solchen Falle verstanden werden muß, wo der Vorwurf der infamirenden Handlung nicht erwiesen ist, sondern erst auf einer

d) L. 7. C. h. t. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 13. §. 2—4.

e) Ge. Fr. Ios. Rossel D. de aduocatis sub Praes. Hofacker, Tub. 1788. §. 4.

f) L. 1. et 2. C. de aduocat. fisci.

g) L. 10. pr. L. 11. D. h. t.

h) L. 1. §. 5. D. h. t.

i) §. 11. Inst. de except. L. 1. §. 8. D. h. t. L. 6. C. de procur. c. 2. Caus. III. qu. 7.

ner weitläuftigen und mühsamen Untersuchung beruhte [k]). Einem Advokaten, dem die Specialinquisition zuerkannt worden, wird die Praxis wenigstens für einige Zeit untersagt. Ein Advokat muß 3) das gehörige Alter haben. Bey den Römern hielt man es nicht für nöthig, daß ein Fürsprecher majorenn sey, sondern man ließ ihm die Sache führen, wenn er 17 Jahr alt war, wenn er für Andere postuliren wollte; seine eigenen Processe konnte er aber in diesem Falle nicht ohne Beystand eines Curators vor Gericht besorgen [l]). Da bey uns das Amt des Advokaten und eines Prokurators gemeiniglich von einer Person verwaltet wird, so halten viele Rechtslehrer [m]) dafür, nach Vorschrift des kanonischen Rechts, müsse ein Advokat volljährig seyn, wiewohl andere Rechtsgelehrte dieses nicht zugeben wollen, und ein Alter von 18 Jahren für hinreichend erklären, um als Advokat für Andere im Gericht zu erscheinen [n]). Es sollen 4) Advokaten, keine Personen seyn, die in Rechten unerfahren sind, obgleich bey uns keine fünfjährige Erlernung des römischen Rechts [o]) erfordert wird. Dagegen verlangt man bey uns die Beweise, daß man wenigstens drey Jahre auf einer Akademie die Rechte studiert habe, und in verschiedenen Län-

k) Leyser Spec. 51. Med. 6.

l) L. 1. §. 3. D. h. t. L. 45. D. de re iudic. L. 4. C. si aduers. rem iudic. L. 11. C. qui dare tutor. L. 2. C. qui legit. pers. stándi. L. 4. C. de auct. praest. Stryck h. t. §. 3. Ioh. Christ. Neller in Diss. de postulando, seu de advocatis caussar. Sect. II. §. 2. not. c. in addit. in *Eius* Opusc. T. I. P. I.

m) c. 5. de proc. in 6to. Leyser Spec. 51. Med. 1. Ge. Steph. Wiesand in Opusc. Spec. IX. obs. 1. p. 113. sqq.

n) Stryck in vsu mod. h. t. §. 2. 3. Berger in Oecon. iur. Lib. IV. tit. 8. th. 2. not. 2.

o) L. 2. C. h. t. L. 3. §. 4. 5. C. de aduoc. diuers. iudicior.

dern muß man sich auf einer inländischen Universität aufgehalten haben; so wie auch wohl Zeugnisse seiner Kenntnisse von akademischen Docenten, ja wohl von praktischen Rechtsgelehrten nöthig sind, die schon bey den Römern nicht unbekannt waren [p]). Bey den Katholiken können 5) keine geistliche Personen von den höhern Orden, als Advokaten in weltlichen Gerichten auftreten, und bey den Protestanten überhaupt keine Geistlichen im eigentlichen Verstande; jedoch ist der Fall ausgenommen, wenn die Rechtssache ihn selbst, oder seine nahen Anverwandten, oder seine Kirche, oder mitleidswürdige Personen betrifft [q]). In Teutschland werden 6) ausgeschlossen alle Rechtsgelehrte, die nicht von der herrschenden Landesreligion sind, aber die sich nicht wenigstens zu einer von den drey Reichsreligionen bekennen [r]). Bey den Römern durfte kein Mann von großer Macht und Ansehen als Advokat auftreten [s]). Daß 7) Taube, 8) Stumme, 9) Blinde, 10) Blödsinnige, und überhaupt Personen, die mit einem solchen Mangel ihres Körpers oder Geistes behaftet sind, der sie an der Ausübung ihres Amts hindert, nicht Advokaten seyn können, ist aus dem römischen Rechte [t]) bekannt. Einige Rechtslehrer behaupten jedoch, daß Blindheit heutzutage nicht ganz unfähig mache, als Advokat im Gericht aufzutreten, nur müsse die vorzunehmende gerichtliche Handlung in keiner Recognition der Urkunden, oder in einem Geschäfte bestehen, wo eine augenscheinliche Besichtigung nöthig ist [u]). Auch beweißt es die

p) L. 2. §. 1. C. de aduocat. diuers. iudic.

q) c. 1 et 3. X. h. t. a RIEGGER in instit. iurispr. eccles. P. II. §. 470. NELLER l. c. §. 2. lit. a.

r) c. 11. et 13. §. 5. X. de haeret. c. 8. de sent. excomm. in 6to. C. C. G. D. I, 30. 2.

s) Tot. Tit. C. ne liceat potent.

t) L. 1. §. 2. 3. 5. D. h. t.

u) SCHILTER Exerc. X. §. 3. BERGER l. c. not. 3.

die Erfahrung, daß taube Advokaten nicht nur die processualischen Schriften ausfertigen, ihren Clienten Rechtsgutachten mündlich und schriftlich ertheilen, sondern man läßt sie auch im Gericht vortreten, wenn sie weiter nichts zu verrichten haben, als einen Vortrag zu thun [x]). Endlich darf auch 11) Niemand in der nämlichen Sache zugleich Richter und Advokat seyn, damit alle Partheylichkeit verhütet werde [y]), und aus diesem Grunde muß sich der Richter alles Advocirens bey dem Gericht enthalten, wo er als Richter angestellt ist. Hat er vor der Uebernahme des Richteramts einer oder der andern Parthey gedient, so darf er jetzt als Richter kein Urthel in dieser Sache abfassen [z]). Eine andere Frage ist es: ob der Richter sein in der ersten Instanz gesprochenes Urthel nicht in der zweyten Instanz als Advokat vertheidigen und folglich hier der Parthey dienen könne, zu deren Besten das Urthel ausgefallen ist? Einige Rechtslehrer [a]) wollen ihm dieses Recht nicht zugestehen, weil es in der L. 6. pr. C. h. t. allgemein verboten sey, wo es heiße: non idem in eodem negotio sit aduocatus et iudex, diese Worte folglich auch auf die zweyte Instanz gezogen werden könnten, und über dieses die Acten insgemein an den Richter der ersten Instanz zur Vollstreckung des rechtskräftigen Urthels remittirt würden. Die mehresten Rechtsgelehrten verwerfen aber diese Behauptung, und verstatten heutzutage dem Richter der ersten Instanz die Vertheidigung des von ihm gefällten Urthels in der zweyten Instanz, weil man gar nicht sagen kann, er sey in der

x) Neller in cit. Diss. Sect. II. §. 2. not. d.

y) L. 6. pr. C. h. t.

z) L. 17. D. de iurisd. L. 14. C. de assessor. Ziegler in dicastice Concl. 19.

a) Io. Tob. Richter in select. iur. prine. ad ord. Digest. exp. Lipſ. 1748. Disp. 6. §. 3. Hr. HR. Claproth im Proceß, Thl. 1. §. 72. S. 278. der 3ten Ausg.

nämlichen Sache zugleich Richter und Advokat gewesen, da er sich in der zweyten Instanz nicht der geringsten Cognition und Entscheidung anmaßen darf, er auch die Vollstreckung des Urthels nicht anders vornehmen darf, als sie dem oberrichterlichen Ausspruch gemäß ist [b]). Bey den Römern durfte derjenige, welcher das Richteramt verwaltete, nicht einmal in einem andern Gericht als Advokat auftreten, weil man besorgte, er werde sich keinem Amte vollkommen widmen, und daher keines von beyden pflichtmäßig verwalten. In der L. 14. pr. C. de assessor. heißt es: cum satis abundeque sufficiat, vel per advocationem causis perfectissime patrocinari, vel adsessoris officio fungi: *ne, cum ad vtrumque festinat, neutrum bene pergat.* Durch dieses Gesetz scheint also die L. 5. D. de offic. assessor. aufgehoben zu seyn, wie Huber [c]) glaubte; jedoch haben andere Ausleger zu beweisen gesucht, in der L. 5. D. de offic. assessor. werde gar nicht davon geredt, ob ein Richter in einem fremden Gericht advociren dürfe [d]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird es keinem Richter untersagt, vor einem andern Gericht als Advokat aufzutreten, welches wir bey unsern Gerichtsverwaltern alle Tage sehen [e]).

Wünscht Jemand unter die Zahl der Landesadvokaten aufgenommen zu werden, so muß er um die Reception

b) Faber ad Cod. Lib. II. tit. 5. def. 1. Brvnnemann ad L. 6. C. h. t. Berger in Oecon. iur. Lib. IV. tit. 8. thes. 2. not. 7. Ziegler in dicast. l. c. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 2. Neller l. c.

c) Hvber ad Dig. Lib. I. tit. 22.

d) Iul. Pacivs in Leg. concil. Cent. I. qu. 55. Schvlting in iurispr. Anteiust. p. 217. Io. Died. van Leevwen D. de iuris studiosis, P. I. c. 2. §. 5. in Oelrichs Thes. Diss. Belgic. nov. Vol. II. T. I. p. 363.

e) Cocceii in iure contr. h. t. qu. 2. ibique Emmingh. not. u. Neller in cit. Diss. Sect. II. §. 2. not. k. in addit. p. 179.

tion entweder beym Regenten selbst, oder bey der geheimen Rathsstube, oder bey dem obersten Justizcollegium darum bitten. Hat der Bittende die erforderlichen Zeugnisse, daß er die vorgeschriebene Zeit die Rechte studirt habe, beygebracht, so wird er in solchen Ländern, wo das Examen von einer inländischen Juristenfakultät nicht eingeführt ist, von dem höchsten Gericht selbst, durch einige Mitglieder aus der ganzen Rechtsgelehrsamkeit geprüft, zu welchem Ende ihm entweder eine Relation aus Gerichtsacten abzufassen aufgegeben wird, oder man läßt ihn eine Defension ausarbeiten, oder eine der schwersten bey einem Proceß vorkommenden Schriften, z. B. einen vollständigen Exceptionssatz, die Ausführung des Beweises, die Einführung oder Rechtfertigung einer Appellation [f]). Die überreichte Arbeit wird nach eigenen Landesgesetzen von dem Bittenden beschworen, daß er sie selbst und ohne einige fremde Hülfe verfertigt habe [g]); welcher Eyd aber in denjenigen Ländern wegfällt, wo der Bittende die Arbeit im Gericht selbst hat ausarbeiten müssen. Billigt die zu Prüfung dieser Arbeit niedergesetzte Commission dieselbe, so wird der Bittende entweder sogleich unter die Zahl der Advokaten aufgenommen, nachdem er zuvor den Advokateneyd geleistet hat, oder er muß so lange warten, bis die Reihe an ihn kommt, welches in solchen Ländern geschieht, wo jährlich nur eine gewisse Anzahl neuer Advokaten admittirt werden. Was für Rechte ein neuer Advokat bekommt, ist ebenfalls nach der Landesverfassung verschieden; denn bisweilen dürfen sie anfangs eine gewisse Zeit blos vor den Niedergerichten gerichtliche Geschäfte betreiben, und nachher erhalten sie erst das Recht, vor den höhern Gerichten zu erscheinen; in vielen Ländern findet aber dieser Unterschied nicht statt.

f) L. 11. §. 1. C. de aduoc. diuers. iud. R. A. v. 1500. §. 1. Reichshofr. Ord. 7. 1. W. A. v. 1713. §. 98.

g) C. C. G. O. I, 76. Reichs-Hof-Raths-Ord. 7. §. 2. 3. 19.

Auch ohne diese Prüfung und Immatriculation werden Einige zum Vortrage gerichtlicher Sachen zugelassen, und dahin gehören 1) die, welche eine Würde in den Rechten erlangt haben [h]). Die Doctoren der Rechte werden in den Reichsgesetzen den Rittern gleich gesetzt, und dem niedern Adel vorgezogen [i]). 2) Haben dieses Vorrecht Beamte, die ein solches Amt verwalten, dem sie ohne sattsame Rechtskenntniß und Erfahrung nicht vorstehen können; denn diesen verstattet der Gerichtsgebrauch gegen das geschriebene Recht [k]) das Advociren; jedoch mit Ausnahme der mächtigern Beamten [l]), des Fiskals oder einer Stadt [m]). 3) Gehören hierher die Partheyen, die ihr Suchen selbst, entweder schriftlich oder mündlich vortragen, wenn sie nur alles hinreichend nach den Vorschriften des Processes einrichten [n]). Beym Reichshofrath wird eine solche Schrift unterschrieben: Cajus, in Curia praesens. Bey andern Gerichten unterschreibt die Parthey ihren ganzen Namen, und setzt dazu: qui et concepit, oder dem Namen gegenüber schreibt man: ipse concepi.

§. 365.

h) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung I, 5. Göttingisches Univers. Privileg. §. 23. Calenberg. Canzleyordnung 4. 23. C. C. G. O. I, §. 1. 2. 3.

i) Reichsabsch. v. J. 1498. §. 39. R. A. v. J. 1500. tit. 23. §. 5. Reichspol. Ord. vom J. 1530. tit. 14. 15. 17. §. 1. R. P. O. v. J. 1577. tit. 11. und 14. KLOCK de contrib. c. 15. nr. 57.

k) L. vlt. pr. C. de assessor. Zellische Oberapp. Ger. Ord. I, 1. 5. Calenbergischer Canzley gem. Bescheide. Nr. 4.

l) L. 1. C. ne liceat potent. patrocin.

m) Tit. C. ne fiscus vel respubl. procurat.

n) Arg. L. 1. §. 6. und 11. L. 3. 6. D. h. t. Reichshofr. Ordnung 7. 1. Zellische Oberapp. Ger. Ord. I, 5. 1. Calenberg. Hofgerichtsord. tit. 7.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0330
DFG

§. 365.

Wenn ein Advokat bey Annahme eines Processes oder einer Handlung, die gerichtlich betrieben werden soll, nichts verabsäumen will, so muß er sich vor allen Dingen die nöthige Mühe geben, mit den Umständen, welche den Proceß veranlassen, auf das genauste bekannt zu werden o). Zu dieser Absicht ist nöthig, daß er sich die ihm vorgetragene Geschichtserzählung schriftlich aufzeichnet, über die ihm unverständlichen und zu wissen nöthigen Umstände genaue Erkundigung einzieht, nicht nur durch Befragung des Clienten selbst, sondern auch anderer Personen, welche von der Sache wissen können. Ist der Client selbst im Stande, eine hinlängliche Geschichtserzählung schriftlich aufzusetzen, so handelt der Advokat sehr vorsichtig, wenn er diese von ihm verlangt, damit er in der Folge gegen Vorwürfe, als habe er die Sache falsch verstanden, gesichert ist. Kann der Client keine zusammenhängende Geschichtserzählung aufsetzen, aber doch schreiben, so liest man ihm den nach seiner Erzählung abgefaßten Aufsatz vor, und läßt ihn solchen unterschreiben. Findet der Advokat, daß bey dem ihm vorgetragenen streitigen Falle Umstände vorkommen, wo auf die Nähe der Verwandtschaft Rücksicht genommen werden muß, so ist die Entwerfung eines Stammbaums nöthig, worauf die Personen durch auf einander folgende Zahlen unterschieden werden müssen, und sodann sind die zum Beweise erforderlichen Puncte, aus Kirchenbüchern, Begräbnißpredigten, von den in Kirchen aufgestellten Denkmählern, von Leichensteinen u. d. gl. zusammen zu tragen. Bey Streitigkeiten, wo man ohne eine genaue Bekanntschaft mit den Regeln einer gewissen Kunst und den dabey üblichen Ausdrücken, sich von der ganzen Sache keine deutliche

o) Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. §. 73. S. 285. Hr. RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 44. S. 135.

liche Vorstellung machen kann, muß sich der Advokat von geschickten Kunstverständigen unterrichten lassen; weil er sonst diese Dinge nicht deutlich vortragen kann. Beziehen sich Umstände auf einen bestimmten Ort, so muß er selbigen, wo möglich, nicht nur selbst in Augenschein nehmen, sondern auch zur Belehrung des Richters einen Riß davon verfertigen lassen, und solchen zu den Acten übergeben.

Hört der Advokat vom Clienten, daß er sich aus vorhandenen Acten, über diesen oder jenen Umstand, oder über die ganze Sache unterrichten könne, oder der Advokat vermuthet es selbst, so muß er sich diese Acten zur nöthigen Einsicht zu verschaffen suchen. Vor allen Dingen kommt es darauf an, ob Manualacten vorhanden sind. Hierunter versteht man solche Acten über einen Proceß, welche der Advokat zu seinem eigenen Gebrauche zu halten verbunden ist, damit er die Sache gehörig betreiben kann. Sie müssen in der nämlichen Ordnung fortgesetzt, und eben so sorgfältig aufbewahrt werden, wie die Gerichtsacten p). Weil die Manualacten ein Eigenthum des Clienten sind, so kann er die Herausgabe derselben von jedem Besitzer verlangen. Verlangt man sie von dem Advokaten, der die Sache geführt hat, so ist dieses Gesuch als ein mit der Hauptsache verbundener Nebenpunkt zu betrachten, worüber der Richter, bey dem die Hauptsache anhängig ist, entscheiden kann. Dieser fertigt einen Bescheid an den Advokaten, die Documente und Acten, nebst einem Verzeichniß seiner Gebühren ins Gericht zu liefern, und nach erfolgter Ermäßigung die Bezahlung derselben zu gewarten q). Sollte der

p) Reichsabsch. v. 1654. §. 65. Heeser de actis iudicialibus.

q) L. 25. in fin. L. 26. D. de procurat. L. 8. pr. D. mandati. c. 2. de rescr. in 6to. Mevius in Dec. P. I. Dec. 234. C. C. G. O. I, 46. 1. Memor. der Visit. v. 18ten May 1774. §. 4. und 9.

der Advokat eine besondere Vergütung für die auszuliefernden Concepte verlangen, so kommt es darauf an, ob es Concepte sind, an deren Beybehaltung ihm Etwas gelegen seyn kann, oder ob dieses nicht der Fall ist. Im ersten Falle kann er höchstens die Abschreibegebühren dieser Concepte fordern, weil ihm die Arbeit selbst schon nach der Taxordnung bezahlt worden ist; im zweyten aber muß er die Acten umsonst herausgeben, weil ihm seine Arbeit schon bezahlt worden ist. Damit der Advokat, welcher die Manualacten bekommen hat, sicher weiß, daß sie vollständig sind, muß er sich ein Verzeichniß der Gerichtsacten geben lassen, und dieses mit den Manualacten vergleichen. Die genaue Bekanntschaft mit dem Inhalte der Manualacten ist auch dazu nöthig, damit der Advokat, welcher einen angefangenen Proceß fortsezzen soll, nichts wider die Acten und rechtskräftige Erkenntnisse schreibt, und deswegen bestraft wird. Er kann sich in einem solchen Falle nicht darauf berufen, daß er die Acten nicht gehabt habe, weil es seine Pflicht ist, sich solche zu seinem Gebrauch anzuschaffen. Müssen die Manualacten von den Erben des Advokaten gefordert werden, so gehört dieses Gesuch ebenfalls für den Richter der Hauptsache, welcher die Zurückgabe gegen Entrichtung der zu fordern habenden Gebühren auflegt. Ist über das Vermögen des Advokaten ein Concurs entstanden, so sucht man die Herausgabe auf die nämliche Art, und läßt den Concursrichter requiriren, die Acten gegen Bezahlung der Gebühren, wenn noch welche zu berichtigen seyn sollten, verabfolgen zu lassen.

Die Gerichtsacten muß der Advokat, welcher einen bereits anhängigen Proceß fortsetzen soll, einsehen, wenn entweder keine Privatacten da sind, oder sie sind mangelhaft, oder sie können nicht sobald herbeygeschaft werden. Wer Gerichtsacten lesen will, muß beym Richter darum ansuchen, und dieser darf ihm die Vorlegung nicht anders gestatten, als wenn er sein Interesse bescheinigt hat, wozu in Ermangelung anderer Bescheinigung

gung der Eyd gebraucht wird r). Die Art und Weise, wie man die Einsicht der Gerichtsacten erlangt, ist nicht übereinstimmend. In einigen Gerichten braucht man sich blos an denjenigen Beamten zu wenden, der für die Verwahrung der Gerichtsacten Sorge zu tragen hat. Wenn nun die Parthey selbst, oder ihr Advokat, oder derjenige, der unter die Nebenpersonen bey einem gewissen Rechtsstreite gehört, diesem Beamten das Verlangen, die und die Acten zu lesen, vortragen, so bekommen sie die Acten, ohne daß es einer besondern Erlaubniß des Richters bedürfte s). Dem Kaiserlichen und allen andern Fiskalen, müssen die Gerichtsacten auf ihr Verlangen vorgelegt werden t). Nach verschiednen Proceßordnungen soll die Vorlegung der Gerichtsacten nicht anders gestattet werden, als wenn beym Gericht darum nachgesucht, und solche erlaubt worden ist. Wenn die Erlaubniß dazu ertheilt seyn sollte, so müssen vorher die Relationen und die Stimmen der Referenten herausgenommen werden, und nun kann sich der Advokat daraus unterrichten, entweder durch das bloße Lesen der Akten, oder daß er sich Auszüge daraus macht u). Für die Vorlegung der Acten wird eine bestimmte Summe bezahlt, und sie geschieht bey ordentlichen Gerichten nicht anders als in Gegenwart einer Gerichtsperson, weil ein böser Advokat sonst leicht etwas herausschneiden könnte.

Der

r) L. 6. §. 4. 5. L. 9. §. 3. 4. D. de edendo. Arg. L. 5. pr. D. de iure delib. L. 2. C. de edendo.

s) C. C. G. O. I, 43. 26. Cammerg. Canzleyord. v. J. 1673. §. 4.

t) L. 3. D. de edendo. L. 2. §. 1. D. de iure fisci. Vis. Absch. v. J. 1713. §. 92.

u) Arg. L. 45. §. 7. D. de iure fisci. L. 4. §. 5. L. 6. pr. D. de edendo. L. 11. §. 1. D. ad exhib. Reichshofr. Ord. 3. 21. C. C. G. O. v. J. 1656. §. 27. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 41. §. 9. Tit. 43. §. 26. Vis. Absch. v. J. 1713. Memor. dem Canzleyverw. §. 33. 34.

Der Advokat muß ferner bey Uebernahme einer Sache von seinem Clienten verlangen, daß er ihm alle in Händen habende Urkunden, daraus der Beweis hergenommen werden kann, übergebe, oder es ihm anzeige, wo diese Urkunden anzutreffen sind. Weiß er Zeugen, die von der Sache Wissenschaften haben, so muß der Client solche angeben. Der Advokat muß sich ferner nach den persönlichen und häuslichen Umständen der Partheyen erkundigen, in sofern dieses auf die Sicherheit und Betreibung der ihm anvertrauten Rechtssache einen Einfluß hat. Zu dieser Absicht ist es nöthig zu untersuchen, ob die Partheyen die Fähigkeit haben, einen Proceß zu führen; ob sie beyde zur Sache hinlänglich legitimirt sind; ob von dem Einen oder von dem Andern vielleicht Sicherheit zu bestellen; ob der Gegentheil auch zahlungsfähig seyn werde, wenn der Proceß für den Kläger gut ausfallen sollte, oder ob deswegen um Sequestration oder Inhibition gebeten werden müsse. Eine Hauptpflicht des Advokaten, der einen Proceß übernehmen will, ist es auch, bis nach erlangter vollkommner Bekanntschaft mit der Sache, mit Anführung dieses Umstandes beym Richter darauf anzutragen, daß er in der Sache fürs erste nichts weiter thun möge; der Richter hat aber hierbey darauf zu sehen, daß Niemand dergleichen Gesuche, welche sonst, wenn sie wirklich gegründet sind, ein unvermeidliches Hinderniß ausmachen, zur Verzögerung des Processes mißbrauche x).

Nach der sorgfältigsten Untersuchung der wahren Beschaffenheit des ihm angetragenen Processes, ist es die heiligste Pflicht jedes rechtschaffnen Advokaten, der Parthey nichts davon zu verschweigen, was von der Rechtmäßigkeit des Processes nach der Vorschrift der Gesetze geurtheilt werden muß. Findet er entweder gleich Anfangs,

x) L. 36. pr. L. 95. §. 1. D. de iudic. Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. S. 287.

fangs, oder in der Folge, daß der Proceß wider göttliche oder menschliche Gesetze sey, so muß er es dem Clienten frey heraussagen, und die Sache schlechterdings von sich weisen [y]; beruhet hingegen die Rechtmäßigkeit eines Processes auf bestrittenen Rechtsgründen, oder auf zweifelhaften Handlungen, so kann der Advokat diejenigen Gründe vertheidigen, welche er für wahr hält. Prahlerische Versprechungen von dem glücklichen Ausgange eines Processes können blos unverständige Clienten, auf kurze Zeit zu angenehmen Hoffnungen verleiten, die Folge davon ist aber mehrentheils Verachtung und Armuth des Advokaten. Wer entweder selbst in Processe verwickelt gewesen, oder Gelegenheit gehabt hat, den Ausgang der langwierigsten Rechtshändel zu beobachten, weiß es, daß nichts so ungewiß ist, als die glückliche Beendigung eines Processes. Von dieser Seite muß ein Advokat seinem Clienten die Sache vorstellen, und er wird gewiß mehr Liebe und Zutrauen erlangen, als jene unwissende Rabulisten.

Unerlaubt und strafbar ist es, wenn ein Advocat seinem Clienten den Rath giebt, sich selbst zu helfen, z. B. dem Gegentheile die Sache mit List oder mit Gewalt wegzunehmen; denn dieses würde ein Spolium seyn, wodurch der Thäter verbindlich gemacht wird, die Sache nicht nur zurück zu geben, sondern auch alle Nutzungen und Kosten zu vergüten. Es darf ferner kein Advokat zu Bestechungen des Richters, der Gerichtsbeysitzer oder solcher Personen, die zum Gericht gehören, rathen, oder gar selbst dazu behülflich seyn, und thut ers, so wird er mit der Remotion und überdieses wohl gar mit der Infamie bestraft [z]. Muthet ihm der Client diese schändliche That

y) Auth. hodie iurant. Cod. de iudic. Petr. Heigius Lib. II. quaeft. 9. nr. 9.

z) Reichshofrathsord. Tit. 7. §. 11. 12. 14. Memor. der Visit. v. J. 1713. §. 12.

That zu, so muß er es dem Gericht anzeigen. Ein Kläger, welcher blos in die Bestechung des Richters einwilligt, und solche nicht dem Gericht anzeigt, wird mit dem Verlust seines Klagerechts bestraft; hat der Beklagte diese böse That begangen, so wird er nach des Klägers Verlangen verurtheilt a). Ein Advokat darf weder die Geheimnisse seines Clienten bekannt machen, noch ihn um die in Händen habenden Urkunden bringen. Die Römer hatten bey Personen von vornehmen Stande, die Strafe der Confiskation des halben Vermögens darauf gesetzt; war aber der Advokat von keinem bedeutenden Stande, so wurde er zur Arbeit in die Bergwerke verurtheilt, und bey uns haben verschiedene Strafen statt b). Der Advokat muß die übernommene Sache in der möglichsten Geschwindigkeit zu beendigen suchen, und nicht in die Länge zu ziehen trachten, oder er wird mit der Suspension, oder wenn es oft geschehen seyn sollte, mit der Remotion von der Praxis bestraft c). Weil es leicht geschehen kann, daß ein Advokat, der viel zu thun hat, eine oder die andere Sache deswegen liegen läßt, weil er nicht daran gedacht hat, oder er versäumt wohl gar ein Fatale darüber, so muß er sich ein genaues Verzeichniß von seinen Processen halten, die Termine in seinem Calender anschreiben, und bemerken, wie weit jede Sache gekommen ist.

§. 366.

a) L. 11. C. de poen. iud. qui male iudic. Nov. 124. c. 2.

b) L. 38. §. 8. et 9. D. de poen. Hr. Syndikus Dorn im Comment. über das peinl. Recht, Leipzig 1790. Thl. 1. S. 508.

c) L. 6. §. 3. 4. C. de postul. L. 13. §. 9. C. de iudic. L. 7. §. 1. L. 9. C. de aduoc. diuers. iudic.

§. 366. 367.

Bey der Ausarbeitung einer jeden im Proceß vorkommenden Schrift hat der Advokat hauptsächlich auf folgende zwey Stücke Rücksicht zu nehmen, nämlich 1) auf die Beobachtung der nöthigen **Förmlichkeit**, und 2) auf die Art und Weise, wie der Vortrag der Sache beschaffen seyn muß [d]). In Rücksicht auf die **Förmlichkeit** einer im Proceß vorkommenden Schrift ist nöthig, daß kein schriftlicher Aufsatz auf anderes, als auf das vorgeschriebene Stempelpapier ins Reine geschrieben übergeben werde, weil der Advokat sonst in die so genannte Stempelstrafe fällt. Es müssen ferner alle Schriften, die im Gericht übergeben werden, auf gutes Papier, leserlich, nicht zu enge und nicht zu weitläuftig geschrieben werden, so wie auch kein zu breiter Rand gelassen werden darf. Ist dieses nicht beobachtet worden, so fällt der Advokat in Strafe, und bey unleserlich geschriebenen Aufsätzen wird erkannt: daß vor allen Dingen eine deutlichere Abschrift übergeben werden solle [e]). In sehr vielen Proceßordnungen hat man vorgeschrieben, wie viel Zeilen auf jeder Seite stehen sollen; z. B. beym Reichshofrathe auf der Seite 21 Zeilen, und auf der Zeile 6 bis 7 Worte. Beym Reichskammergericht wird der Prokurator um einen Goldgulden gestraft, wenn er nicht zu weit gegangen ist, sonst beruht die Strafe auf dem Ermessen des Richters [f]).

Blos

d) Hr. GJR. **Pütter** in der Anleit. zur juriſt. Praxis, S. 69. Hr. GR. **Nettelbladt** in der Anleit. zur practiſch. Rechtsgelehrſ. S. 89. Hr. HR. **Claproth** im Proceß, Thl. 1. §. 75. 76. S. 304. flg.

e) C. G. Canzl. Ord. v. J. 1656. §. 19. Viſit. Abſch. v. J. 1713. §. 48. u. 102. und das Memor. dem Canzleyverw. zuzuſtellen, §. 10. 11. 12. 15. ferner das Memor. den Advok. u. Prokurat. zuzuſt. §. 17. nr. 14. Reichshofr. Ord. III, 6.

f) Reichshofr. gem. Beſcheid v. J. 1660. 1763. 1767. C. C. G. O. I, 40. 13. 66. 1.

Blos in der Hauptschrift, und nicht in der Copie, wird dem Gerichtsgebrauche gemäß, mit dem vollständig ausgeschriebenen Titel des Richters angefangen, und in der Schrift selbst führt man ihn mit schicklichen Ausdrücken an. Beym Reichskammergericht ist der alte teutsche Gebrauch beybehalten worden, daß blos der Titel des Cammerrichters angeführt wird; hingegen beym Reichshofrath bedient man sich des kaiserlichen Titels. Nach dem Tode des Kaisers wird die Gerichtsbarkeit des Reichshofraths, durch die beyden Reichsvikariatsgerichte fortgesetzt, und nunmehr muß man in der daselbst einzureichenden Schrift den Titel desjenigen Herrn Reichsverwesers brauchen, in dessen Gerichtsbezirk die Sache gehört. Wenig zu empfehlen sind diejenigen Titulaturen, woraus man den Namen des Gerichts nicht abnehmen kann, an welches die Schrift gerichtet worden ist; z. B. wenn es blos heißt, Wohlgebohrne Herren, Insonders Hochzuverehrende Herren. Eben so tadelnswürdig sind die zu langen Titulaturen; indes darf weder der Unterrichter noch ein Advokat willkührliche Abänderungen in den hergebrachten Titulaturen machen, sondern dieses gehört vor den Regenten, oder das Gericht selbst. Sollte der Advokat für sich eine unrichtige Titulatur gebraucht haben, so kann ihn der Richter zur bessern Beobachtung des Gerichtsstyls in Rücksicht auf die Titulatur anweisen, und könnte für das Gericht sogar ein Nachtheil daraus entstehen, daß in einer übergebenen Schrift nicht der zeither gewöhnliche Titel des Richters gebraucht worden, so wird eine solche Schrift zu dem Ende zurück gegeben, daß sie dem Herkommen gemäß eingerichtet werden soll. Hätte es der Advokat blos deswegen gethan, um den Richter zu erniedrigen, so wird er in eine Geldstrafe verurtheilt.

Nach dem Titel des Gerichts, muß sogleich mit dem Gegenstande der Schrift angefangen werden; und hierbey sind unnütze Vorreden, Rechtsverwahrungen oder Vorbehalte zu vermeiden. Ist ein richterliches Dekret

vorhanden, wodurch die übergebene Schrift anbefohlen worden, so erwähnt man solches, und geht nun zur Sache selbst fort [g]). Bisweilen schreiben die Gesetze den Advokaten vor, die Schriften nach Paragraphen auszuarbeiten, und dieses hat alsdenn seinen Nutzen, wenn eine richtige Eintheilung des Ganzen zum Grunde gelegt worden ist. In Gerichten, wo man die Akten in Folio schreibt und heftet, müssen die Blätter der Akten mit Zahlen bezeichnet, das heißt, foliirt werden [h]). Es ist hergebracht, daß angeführte Gesetzstellen, Actenstücke, Schriftsteller, wichtige Worte einer Urkunde, eines Vertrags, Erklärungen, und die Bitten der Partheyen, eingerückt geschrieben, die Zeichen der Urkunden aber am Rande angezeigt werden, damit die Stellen desto eher in die Augen fallen, und auch das Lesen erleichtern sollen [i]). In solchen Gerichten, wo der Sächsische Proceß gilt, schließt man die Klageschreiben und Präsentationsschreiben, wie einen Brief; nach dem gemeinen teutschen Proceß aber führt man entweder blos die heilsame Clausel an, oder verbindet sie mit der Titulatur des Richters. Damit man weiß, wer als Verfasser der übergebenen Schrift verantwortlich sey, wollen die Gesetze, daß der Advokat oder der Prokurator, bisweilen der Client selbst, die übergebene Schrift unterschreiben sollen [k]). In einigen Ländern ist befohlen, daß der Advokat seine Arbeit gleich nach der Unterschrift liquidiren soll, und im ersten Bescheide wird sodann der Ansatz entweder ganz gebilligt, oder gemäßigt, oder als ungültig verworfen, und dadurch

g) Reichshofraths-Ordnung III, 7.

h) Visit. Absch. v. J. 1713. Mem. den Advokat. und Prokurat. zuzustellen. §. 17.

i) L. 3. C. de precib. Imp. offer. C. C. G. O. I, 34 8. III, 49. 8.

k) Reichshofr. Ord. Tit. 1. §. 1. Tit. 7. §. 7. C. C. G. O. I, 34. 6. Gem. Besch. v. 13. Dcbr. 1659.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0340
DFG

durch sind die Clienten für unbilligen Erpressungen gesichert [l]). In vielen Gerichten wird in den übergebenen Schriften Jahr und Tag der Abfassung angegeben, welche Einrichtung selbst durch das Concept der Cammergerichtsordnung bestätigt worden [m]); da aber das so genannte Präsentatum schon anzeigt, wenn eine Schrift im Gericht eingekommen, so ist die Anführung des Tages überflüßig.

Sehr viele gerichtliche Schriften haben eine äußere Rubrik oder Aufschrift, und hierbey muß von dem Advokaten die in Gesetzen vorgeschriebene oder hergebrachte Art und Weise, wie diese Aufschriften einzurichten sind, befolgt werden. Nach dem gemeinen teutschen Gerichtsgebrauche, werden die Schriften, welche die Partheyen im Gericht übergeben, in Quart gebrochen zusammen gelegt, und so bekommen sie eine Aufschrift. Diese Aufschrift kommt entweder auf die erste Seite der in Quart gebrochenen Schrift, oder auf die letzte Seite [n]). Diese Stellen der Rubrik rühren von der ehemaligen Art, die Akten zusammen zu legen, her. Wer alte Gerichtsarchive zu sehen Gelegenheit gehabt hat, weiß es, daß die alten Actenbunde aus kleinen Octavbändchen bestehen. In diesen Zeiten schrieb man auch die Rubrik der Schrift auf die erste Seite des in Octav gebrochenen Bogens. Die nach der Zeit eingeführte weitläuftigere Verhandlung der Processe hat es nöthig gemacht, die Acten in Quart zusammen zu legen, und da auch hierbey viel Unbequemlichkeit vorkommt, so ist es in vielen Gerichten eingeführt worden, alle Actenstücke nach der Bogenlänge zu legen und zu heften. Die schicklichste Aufschrift ist es, wenn

l) C. C. G. O. I, 6. 2. 3. Vis. Absch. v. J. 1713. Mem. den Advok. und Prokurat. §. 17. 19.

m) C. C. G. O. I, 3. 4. 5.

n) Reichshofr. Ord. Tit. 3. §. 3. Tafinger Instit. iurispr. camer. §. 326.

man daraus sieht, was für eine processualische Schrift der Aufsatz ist; denn hierdurch entdeckt man sogleich den Gang des Processes o). Nach der Benennung der Schrift folgen die Namen der Partheyen, und hier wird allemal der Name desjenigen zuerst angeführt, von dem die Schrift eingereicht worden ist, es mag der Kläger oder der Beklagte seyn. Ist eine Schrift die erste in einer Sache, welche dem Gericht überreicht wird, so müssen alle zum Proceß gehörende Personen, von Seiten des Klägers und des Beklagten, es mögen so viel Streitgenossen seyn, als es wollen, mit ihren Vor- und Geschlechtsnamen, desgleichen dem Charakter und dem Orte des Aufenthalts aufs deutlichste genennt werden p). Zeigt sich hierbey ein Fehler, so wird die Schrift zurück gegeben, und anbefohlen, die Partheyen deutlich zu bekennen, in Churfachsen der Advokat überdieses um 5 Rthlr. gestraft. Bey adelichen Partheyen müssen die Häuser, wie sie sich schreiben, in der ersten Schrift genau angeführt werden q). Beywörter, welche in den richterlichen Bescheiden nicht gebraucht worden, darf man bey der Anführung der Parthey ebenfalls nicht brauchen, und daher ist es fehlerhaft, Implorant zu sagen, wo es Kläger heißen soll. In den folgenden Schriften wird, der Kürze wegen, nur der Name derjenigen Parthey genannt, die zuerst in der Klage angeführt worden, und die übrigen führt man durch den Ausdruck an: Consorten in den Acten benannt r). Diese Einrichtung ist hinreichend, um die Sache deutlich zu charakterisiren, weil die Acten nach

o) Reichshofr. Ord. Tit. 3. §. 3. C. C. G. O. III, 49. 12. Deput. Absch. v. J. 1600. §. 81.

p) Erl. Churf. Proc. Ord. Tit. 7. §. 1. C. C. G. O. I, 34. 9. 10. 36. III, 12. 2.

q) Churf. Ap. Ger. Ord. v. J. 1734. Tit. v. Advok. Griebner in Princ. Proc. p. 123.

r) C. C. G. O. III, 12. 11.

nach der Benennung des zuerst angeführten Klägers oder Beklagten, in die nach dem Alphabet abgetheilten Fächer der Gerichtsregistratur gelegt werden [s]). Setzen in der Folge andere Personen, entweder als Erben, oder als Cessionarien die Sache fort, so behält man nichts desto weniger immer die ersten Namen, und es wird blos der Zusatz gebraucht: nunmehr dessen Erbe, Sempronius; denn nach dieser Einrichtung lassen sich die Acten immer leicht wieder finden [t]). Das Absterben der Partheyen muß in der durch die Proceßordnung vorgeschriebenen Zeit, dem Gericht gemeldet werden, womit die Anzeige zu verbinden ist, wer die Erben sind [u]). Der Deutlichkeit wegen verbindet man die Beywörter, Kläger, Beklagter, Producent, Product, Appellant, Appellat, Leuterant, Leuterat, u. s. f., mit dem Namen der Partheyen. Ist eine dritte Person in einer bereits gangbaren Sache mit einer Schrift eingekommen, so muß allemal in der Rubrik die Hauptsache mit angeführt werden, damit man sogleich sieht, zu welchen Acten die Sache gehört [x]). Es heißt z. B. gemüßigte Protestation an Seiten C. N. Protestanten, und weiter unten zur rechten Hand wird gesetzt: zu den Acten N. Klägers, wider N. Beklagten, wegen der Huthungsgerechtigkeit auf der dürren Wiese. Weil durch die angeführte Einrichtung mit der Angabe der Partheyen allein die Ordnung aufrecht erhalten werden kann, so darf der Gerichtsactuar nicht die geringste Veränderung in den Namen der Partheyen gestatten, und geschieht es aus Vorsatz oder Nachläßigkeit der Advokaten, so wird ihnen dieses verwiesen, und sie

s) C. C. G. O. I, 20. 4. Canzley-Ord. des C. G. v. J. 1556. §. 7. u. v. J. 1662. §. 21.

t) Visit. Absch. v. J. 1587. Memor. dem Prokurat. Deput. Absch. v. J. 1600. §. 80.

u) Vis. Absch. v. J. 1654. §. 99.

x) C. C. G. O. II, 12. 12.

können auch bestraft werden y). Ganz unten an der rechten Seite der Rubrik wird der Gegenstand des Processes so kurz und deutlich wie möglich angeführt: indem es z. B. heißt: eine Erbschaft betreffend; welches deswegen geschehen muß, damit alsdenn die Acten, wenn von den nämlichen streitenden Theilen mehrere in eben dem Gericht vorkommen, unterschieden werden können, und die eingereichten Schriften nicht zu einem unrechten Actenbunde gelegt werden z).

Da es die Ordnung, wie ein Proceß regelmäßig geführt werden muß, erfordert, daß Incidentpuncte, welche nicht sogleich entschieden werden können, sondern worüber ein besonderes summarisches Verfahren zugelassen werden muß, von der Hauptsache getrennt und durch ein Zwischenurthel entschieden werden, so bringt es die Natur der Sache mit sich, daß auf jeder dazu gehörenden Schrift, nicht nur der Hauptgegenstand des Processes, sondern auch der streitige Incidentpunct deutlich angeführt wird, indem man z. B. sagt: die Huthungsgerechtigkeit auf der dürren Wiese, und die dabey vorgefallenen Thätlichkeiten betreffend. Nach dem herzoglichsächsischen Gerichtsgebrauche, werden über Incidentpuncte dieser Art sogar besondere Actenbunde gehalten, weil selbst die verschiedenen Verfahren eines Processes in besondere Actenbunde geheftet werden.

An der linken Seite der Rubrik, ganz unten, führt man die Beylagen an, welche die übergebene Schrift hat, und unterscheidet sie durch Zahlen, Buchstaben, oder die Zeichen der Planeten a). In vielen Gerichten ist der Gebrauch anderer Zeichen verboten worden, weil schlechtdenken-

y) Deput. Absch. v. J. 1600. §. 80. Visit. Absch. v. J. 1713. §. 47.

z) Reichshofr. Ord. Tit. 3. §. 3. TAPINGER instit. iurispr. camer. §. 326.

a) Reichshofr. Ord. Tit. 3. §. 3.

denkende Advokaten beleidigende Zeichen brauchten, z. B. Ochsenköpfe, Eselsköpfe. Damit der Referent beym Lesen der Acten nicht ohne Noth aufgehalten werden möge, weil er sich die gebrauchten Zeichen mit besonderer Mühe zu merken hat, so ist es hier und da vorgeschrieben worden, daß jeder Theil andere Zeichen brauchen soll. Wählte also der Kläger in seiner zuerst mit Beylagen übergebenen Schrift, Buchstaben, so muß der Beklagte Zahlen brauchen. Bisweilen führt man die Beylagen gleich unter der Benennung der processualischen Schrift an [b]). Es muß auch zugleich bemerkt werden, ob die Beylagen Originale sind, oder bloße Copien. Sollten die Beylagen dem Gegner bereits hinlänglich bekannt seyn, so legt man gar keine Abschrift bey, sondern es heißt: hat Anlagen 1 — 5., wovon 2 und 4 dem Gegentheile bekannt sind [c]). Sollte der Gegentheil diesen Umstand leugnen, so müssen ihm die Anlagen mitgetheilt werden. Eine bloße Beziehung auf andere Acten, wo die angeführte Beylage eingeheftet ist, darf nicht gebraucht, sondern es muß in diesem Falle eine beglaubte Abschrift beygebracht werden [d]). Damit der Richter sogleich sieht, zu welcher Stelle in den Acten eine Urkunde gehört, so muß an dem Orte, wo die Urkunde das erstemal angeführt wird, das zu ihrer Bezeichnung gewählte Kennzeichen, am Rande besonders heraus gesetzt werden [e]). Ist eine Urkunde, deren man sich in einer Schrift bedient, in einer fremden Sprache abgefaßt worden, so muß eine teutsche Uebersetzung übergeben, von solchen Urkunden aber, die man nicht gut lesen kann, muß eine leserliche Abschrift beygelegt werden [f]). Hat Jemand das Origi-

b) C. C. G. O. III, 49. 10.
c) Arg. L. 6. §. 9. D. de edendo.
d) C. C. G. O. III, 14. 4. Tit. 22. §. 4.
e) C. C. G. O. I, 34. 8.
f) Resol. dub. camer. v. J. 1583. §. 8. Reichshofr. Ord. Tit. 3. §. 5.

nal einer Urkunde als eine Beylage zu den Acten übergeben, so kann er von der Gerichtsperson, welche das Original in Empfang genommen, einen Empfangschein verlangen, welcher aber wieder zurückgegeben werden muß, nachdem die Originalurkunde übergeben worden ist. Ist Gefahr bey dem Verzuge vorhanden, so giebt man dieses auf der Rubrik zu verstehen, und bedient sich der Worte, periculum in mora, oder lieber teutsch, Gefahr bey dem Verzuge; welche Worte zu dem Gegenstande des Processes geschrieben werden. Sollte die Hülfe sogleich nöthig seyn, so muß die eingereichte Schrift, nach darauf gesetztem Präsentatum, dem Richter augenblicklich vom Gerichtsschreiber übergeben werden, damit dieser, wenn die Sache eine so geschwinde Resolution erfordert, daß nicht bis zur ordentlichen oder außerordentlichen Gerichtssession gewartet werden kann, die Stimmen der Gerichtsbeysitzer durch einen Umlauf sammlen lassen kann; ist aber die Gefahr nicht so dringend, so wird der Bittende gestraft [g]). In vielen Gerichten muß immer der letzte Bescheid beygelegt und sich darauf bezogen werden, welches aber ohne Nutzen ist, sobald die Gerichtsacten vollständig sind, und ordentlich gehalten werden. Nach den Grundsätzen des gemeinen teutschen Processes werden in den mehresten Fällen, die von den Partheyen übergebenen Schriften zweymal abgeschrieben übergeben, damit das Haupteremplar, welches auf Stempelpapier geschrieben werden muß, zu den Gerichtsacten gelegt, das andere Exemplar aber, oder die so genannte Copie, dem Gegentheile zugestellt werden möge [h]); in den Sächsischen Gerichten wird das Abschreiben als ein Theil der Besoldung der Gerichtscopisten betrachtet, und daher

g) C. C. G. O. III, 7. 10. TAFINGER instit. iurispr. eam. §. 308.

h) Reichshofr. Ordn. Tit. 3. §. 2. Tit. 6. §. 10. C. C. G. O. I, 34. §. Deput. Absch. v. J. 1600. §. 22. Siebers Proceß, §. 95.

daher übergiebt man hier die Schriften nur einmal abgeschrieben. Sind mehrere Streitgenossen vorhanden, so müssen von allen übergebenen Schriften, so viel Abschriften ins Gericht geliefert werden, als Personen da sind, welche zum Proceß gehören i). Damit diese Beschwerde verhütet wird, muß ein gemeinschaftlicher Anwald bestellt werden.

Die bisher vorgetragenen Grundsätze beziehen sich alle auf die so genannte **Förmlichkeit** der im Proceß vorkommenden Schriften; es giebt aber auch Rechtswahrheiten von der Art und Weise, wie dergleichen Schriften abgefaßt werden sollen, und hiervon findet man in den Schriften berühmter Rechtslehrer folgende Grundsätze aufgestellt k). Vor allen Dingen hat man bey dem Vortrage der Sache auf die **Schreibart** zu sehen, wie man die vor sich habende Schrift ausfertigen soll. Alle processualischen Schriften müssen in reinen teutschen, deutlichen, nicht schwülstigen, keinen niedrigen, noch beleidigenden Ausdrücken abgefaßt werden, und einen den juristischen Geschäften angemessenen Ton haben. Seit ohngefähr 30 Jahren hat man angefangen, die Beymischung fremder Wörter auch in juristischen Schriften, wo es, ohne der Deutlichkeit zu schaden, angeht, zu vermeiden. Männer von Einsichten enthalten sich daher heutzutage in ihren gerichtlichen Aufsätzen der lateinischen Brocken, wo es geschehen kann, ohne daß man zu weitläuftig oder ganz unverständlich wird. Ein gutes Mittel, dem Mißverstande vorzubeugen, besteht darin, daß man, bey etwas unbekannten Ausdrücken, die lateinische Benennung in Klammern eingeschlossen, dazu setzt l). Auch wenn fremde Wörter schlechterdings der Deutlichkeit wegen gebraucht werden müssen, kann man bisweilen dadurch einen Uebelstand vermeiden, daß man

i) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 34.

k) Hr. HR. **Claproth** im Proceß, Thl. 1. §. 76. S. 317. Hr. GJR. **Pelze** in der Anleit. zur gerichtl. Praxis, S. 10—16. S. 22—30.

l) Hr. GJR. **Pütter** in der Anleit. zur jurist. Praxis, §. 27. S. 26.

man Worte, die gleichsam das teutsche Bürgerrecht erhalten, und teusche Endigungen bekommen haben, nicht lateinisch, sondern teutsch schreibt, und also nicht die Capitulation, der Recurs, sondern die Capitulation, der Recurs; größer wird aber der Uebelstand, wenn Wörter, die eine nicht teutsche Endigung haben, dennoch mit teutschen Buchstaben geschrieben werden, z. B. man schreibt anstatt recursum, Recursum, anstatt capitulationem, Capitulationem. Eine andere Pflicht ist es, sich an den rechten Orten derjenigen Formeln, Redensarten und Ausdrücke zu bedienen, welche der juristischen Schreibart eigen sind, und die durch einen vernünftigen Gebrauch bestätigt worden, daher sich mehrere berühmte Rechtsgelehrte mit Sammlung solcher Ausdrücke beschäftigt haben [m]). So sehr übrigens jeder gute juristische Schriftsteller die Estorschen Ausdrücke vermeiden wird, so wenig wird er auch von der Estorschen und Klopstockischen Orthographie Gebrauch machen. Es ist nicht nur Pflicht, sich der Reinigkeit der Sprache auf alle mögliche Weise zu befleißigen, sondern man muß sich auch aller rednerischen, geblümten, überästhetischen Wandsbeckerbothen-Ausdrücke, aller Ausrufungen und Fragen, der Gedankenstriche und eines bloßen Wortgepränges enthalten [n]). Pöbelhafte Ausdrücke beleidigen die dem Richter schuldige Hochachtung; dagegen müssen aber auch die Höflichkeitsbezeugungen dem ernsthaften gerichtlichen Vortrage angemessen seyn, und niemals in wahren Schmeicheleyen bestehen. Kürze, Deutlichkeit und Ordnung empfehlen zwar jede im Proceß vorkommende Schrift; aber gleichwohl gestattet es die genaue Verbindung der Ideen nicht, sich gar zu kurzer Sätze zu bedienen, welche allerdings in witzigen

gen

m) Pütters jurist. Praxis, §. 28. Hommels Flavius, in der Einleitung. Glafeys weltübl. Schreibart, S. 27.

n) CICERO de orat. II, 51. III, 10. 37. 150. I, 3. I, 12. n. 51. II, 82. QVINCTIL. instit. orat. VIII, 2. 36. 61.

gen Aufsätzen und Freundschaftsbriefen zu empfehlen sind; jedoch hat sich ein Rechtsgelehrter sehr vor den zu langen Sätzen, und den sogenannten zusammengesetzten Perioden in Acht zu nehmen o).

Der Richter darf zu den eingereichten unordentlichen Aufsätzen nicht schweigen, sondern muß dem Advokaten deswegen einen Verweis ertheilen. Verschiedene Klagepuncte oder Einreden, unterscheidet man durch Buchstaben oder Zahlen, und nun muß der Gegentheil diese Ordnung beybehalten, und seine Antwort nach den nämlichen Buchstaben oder Ziffern einrichten. Ist dieses nicht geschehen, so kann der Richter eine Schrift, worin alles unter einander geworfen ist, mit Verweis zu dem Ende zurückgeben, daß die Beantwortung nach den Buchstaben und Ziffern des gegenseitigen Aufsatzes eingerichtet werden soll p). Was man bey jedem Klagepuncte oder Einrede besonders zu sagen hat, wird nochmals durch kleinere Buchstaben oder Zahlen von einander unterschieden. Zur Erleichterung der Arbeit trägt es sehr viel bey, wenn man sich bey weitläuftigen Schriften erst einen Entwurf aufsetzt, und diesen so lange verbessert, als man noch etwas zu ändern nöthig findet q). Bey Defensionen und Deductionen bedient man sich der Eintheilung in Paragraphen; in diesem Falle muß aber die ganze Abhandlung schicklich abgetheilt, und der Zusammenhang der Gedanken vom Anfange bis zum Schlusse, durch passende Uebergänge von einem Satze zum andern mit einander verbunden werden r). Weitläuftige Ausführungen bekommen

o) Lib. rhetor. IV, 12. QVINCTIL. inst. orat. VIII, 2. 14.

p) C. C. G. O. III, 16. Tit. 49. §. 3. Vis. Absch. v. J. 1713. §. 54.

q) CICERO de orat. I, 31. 142. Libri rhetor. III, 10.

r) CICERO de orat. 143. Libri ad Herenn. II, 18. IV, 26. QVINCTIL. IV, 13. n. 4. 16. 34. IV, 2, 74. VII, 10. 13. 16.

men am Rande jedes Absatzes Marginalien. Bringen es die Umstände mit sich, daß man Kunstwörter, oder Lokalausdrücke beybehalten muß, oder ein Wort hat verschiedene Bedeutungen, oder es ist ein alter Ausdruck, so muß alles deutlich bestimmt und erklärt werden. Eben so nöthig ist es, sich vor solchen Pronominibus zu hüten, wodurch eine unrichtige Beziehung oder eine Zweydeutigkeit und Dunkelheit im Verstande veranlaßt werden könnte, und daher nennt man lieber die Person oder die Sache, von der die Rede ist.

Die im Proceß vorkommenden Schriften bestehen theils aus Geschichtserzählungen, theils aus rechtlichen Ausführungen, theils aus Widerlegungen. Jede Art solcher Vorträge hat ihre eigenen Regeln, wornach sie bearbeitet werden muß. In der **Geschichtserzählung** werden nur diejenigen Umstände vorgetragen, welche die Absicht der überreichten Schrift erfordert [s]). Man trägt die Geschichte nach der Zeitordnung vor, das heißt, es wird mit Anführung der ältesten Handlung der Anfang gemacht; und nun werden die übrigen Handlungen erzählt, wie sie hinter einander erfolgt sind. Müssen ganz verschiedene Handlungen erzählt werden, z. B. in einer Klage, oder bey der Vorschützung einer Einrede, so erzählt man jede Handlung für sich allein, nach der Zeitfolge. Die Geschichtserzählung darf nicht durch Urtheile und Folgerungen unterbrochen werden, sondern blos die Beweggründe einzuschalten geht alsdenn an, wenn man einen Vortheil davon erwarten kann. Bey Sachen, wo es auf den Augenschein ankommt, müssen Risse oder Modelle, und bey Verwandtschaften die Stammbäume beygelegt werden. Alles, was in der Geschichtserzählung angeführt wird, darf nicht als zweifelhaft erzählt, sondern als gewiß behauptet werden, und im Läugnungsfalle

s) Hr. GJR. Gelze im Proceß, S. 11. Hr. von Bostell in der juristi. Praxis, §. 23.

falle ist es zu erweisen, sonst lasse man den Umstand lieber ganz weg. Da der Richter in Geschichtsumständen blos nach den Acten zu entscheiden schuldig ist, so darf nichts als dem Richter bekannt vorausgesetzt werden, wovon in den Acten, die unter den gegenwärtigen Partheyen über den nämlichen Gegenstand geführt worden sind, nichts steht.

Unter **rechtlichen Ausführungen** versteht man solche Erörterungen, wodurch man streitige Rechte und Verbindlichkeiten des einen Theils durch Anwendung der Gesetze und der Rechtsprincipien als gewiß darzustellen sucht. Wenn die eigentliche Absicht derselben erreicht werden soll, so ist 1) nöthig, daß man vor allen Dingen die Umstände, woraus das streitige Recht entsteht, genau erzählt, wenn die Handlung nicht schon bekannt genug ist; daß man 2) jeden Umstand, worauf man seine Behauptung gründen will, zweifelhaft erzählt; 3) die Hauptfrage des Rechtsstreits, das heißt, denjenigen streitigen Satz, worauf die Entscheidung der Sache beruht, genau bestimmt, und nun hauptsächlich darauf bedacht ist, zu zeigen, der Streitsatz sey wirklich so beschaffen, wie es die Absicht erfordert, die man dadurch erreichen will. Besteht die Streitfrage aus mehrern Puncten, so müssen sie 4) von einander abgesondert, diejenigen, welche von gleicher Art sind, zusammengestellt, die besondern getrennt, und nun jeder Punct gehörig abgehandelt werden. Hierbey kommt es auf eine gute Beurtheilungskraft, auf reifes Nachdenken, und auf vollkommene Einsicht der Sache an, daß man den rechten Punct trifft, und wo es auf mehrere Puncte ankommt, solche richtig abzutheilen, und richtig zu ordnen wisse [1]). Auch die mehrern Gründe, welche zu einem Streitpunct gehören, müssen 5) durch Buchstaben oder Zahlen abgesondert, und in der natür-

1) Hr. GJR. Pütter in der juristischen Praxis, §. 107. S. 88.

natürlichen Ordnung vorgetragen werden. 6) Solche Rechtssätze, die von keinem großen Rechtsgelehrten bestritten werden, und die allgemein bekannt sind, braucht man nicht erst umständlich zu beweisen, weil die Schrift dadurch ohne Noth weitläuftig wird [u]). 7) Da der menschliche Verstand nicht sicherer zur Ueberzeugung von der Wahrheit einer Behauptung gebracht werden kann, als durch den Beweis, daß mehrere einsichtsvolle und unpartheyische Männer eben die Meynung für richtig halten, so muß man sie bey streitigen Wahrheiten zu Rathe ziehen, und die wichtigsten davon anführen. 8) Muß man sich hüten, nichts gegen das unbezweifelte Recht, ius in thesi, ius constitutionis, zu behaupten, sich nicht auf abgeschaffte, fremde oder nicht recipirte, nicht gehörig bekannt gemachte Gesetze berufen, auch nicht auf solche Gesetze, welche nach der Reichs- oder Landesverfassung nicht genehmigt worden sind. Die Römischen Gesetzgeber hielten es für eine Verfälschung, wenn sich Jemand auf abgeschaffte Gesetze berief [x]); bey uns werden in allen obigen Fällen scharfe Verweise, und auch wohl Geldstrafen erkannt. Gründet man sein Recht auf eine Gewohnheit, so ist es nicht genug, sich nur überhaupt darauf zu berufen, wenn sie nicht notorisch und unbezweifelt ist, sondern man muß vielmehr alle zu Einführung einer Gewohnheit nöthigen Umstände und Handlungen einzeln erzählen, weil es eine Thatsache ist, ob eine gesetzmäßige Gewohnheit vorhanden sey, die von demjenigen, der sie anführt, bewiesen werden muß. 9) So wie die Geschichtserzählung, ohne Beymischung der Rechtsgründe vorgetragen werden muß, so erlaubt es auch die gute Ordnung nicht, zwischen den Vortrag der Rechtsausführung Geschichtsumstände einzuschalten. Die Rechtsausführung macht zwar, wenn man einen juristischen Satz nach Art eines

u) C. C. G. O. Thl. 3. Tit. 49. §. 7.

x) L. 2. §. 19. L. 3. §. 9. C. de veter. iure enucl.

eines Schlusses der ersten Figur vortragen will, den Vordersatz, maior, aus; man geht jedoch in den processualischen Schriften nicht eher zu den Rechtsausführungen über, als bis die erforderliche Geschichtserzählung ganz geendigt ist.

Die **Bitten**, welche in den processualischen Schriften vorkommen, bestehen einzig und allein in den aus den Vordersätzen gezogenen Schlußforderungen, und es dürfen darin weder Geschichtsumstände noch Rechtssätze vorkommen, weil sonst ein Zwischensatz in den Schluß eingeschoben werden würde, welches fehlerhaft ist. Jede Bitte ist so abzufassen, wie der Richter zu erkennen verpflichtet ist, wenn alle Thatumstände bewiesen werden; es darf aber nichts in der Bitte verlangt werden, wovon nicht die Gründe in der bewiesenen Geschichtserzählung, und den darauf anwendbaren Gesetzen enthalten sind y).

Von den **Rechtsausführungen** unterscheiden sich die **rechtlichen Widerlegungen** in verschiedenen Stükken z). Ein widerlegender Vortrag ist derjenige, wodurch eine Parthey die Behauptung ihres Gegners als unrichtig darzustellen sich bemühet. Wenn diese Art der juristischen Vorträge richtig bearbeitet werden soll, so muß man 1), wenn die Handlung, worauf sich eine rechtliche Ausführung gründet, unverständlich oder mangelhaft erzählt worden, diesen Fehler durch eine richtige Geschichtserzählung verbessern, indem man die dunkeln und unverständlichen Umstände erläutert, und die weggelassenen Handlungen nachträgt. Sodann widerspricht man 2) der unrichtigen, zum Vortheil des Gegentheils vorgetragenen Geschichtserzählung. 3) Prüft man, ob der Gegner die Streitfragen richtig vorgetragen hat. Sind sie unrichtig bestimmt worden, so zeigt man dieses, trägt die Sache

y) Visit. Absch. v. J. 1713. Memor. den Advok. und Prokurat. zuzust. §. 48.

z) Hr. v. Bostell in der juristi. Praxis, §. 59. flg.

Sache richtiger vor, und bemüht sich sodann zu beweisen, daß keine Streitfrage nach dem Wunsche des Gegentheils beantwortet werden könne [a]). 4) Hat der Gegentheil die Hauptfragen richtig vorgetragen und geordnet, so bleibt man bey seiner Ordnung, sogar in Rücksicht auf die Zahlen und Buchstaben, wodurch er die Theile seines Vortrags unterschieden hat; wo nicht, so verläßt man die fehlerhafte Ordnung desselben, und widerlegt jede Hauptfrage in der natürlichsten Ordnung. 5) Bey jeder angeführten Schlußfolge des Gegners bemüht man sich zu zeigen, daß die Folgerung, oder der Rechtssatz, oder wenigstens die dabey zum Grunde gelegte Handlung falsch, oder nicht bewiesen sey. Ist es der Sache gemäß, so sucht man auch wohl das Gegentheil davon zu beweisen, was der Gegner als eine richtige Schlußfolge darthun wollen, oder daß sie gar nichts zu seinem Vortheil enthalten, wenn sie auch als richtig angenommen würde. 6) Bisweilen kann man sogar aus des Gegentheils Eingeständnissen oder Behauptungen, Etwas als Materialien seiner Widerlegung brauchen. Daß übrigens auch bey rechtlichen Widerlegungen, keine bekannten Rechtswahrheiten bewiesen werden dürfen, und man sich mehr auf richtige Gründe, als auf das Ansehen der Rechtsgelehrten berufen müsse, versteht sich von selbst. Die Aussprüche der höchsten Gerichtshöfe sind nicht anders, als wenn sie gute Gründe enthalten, in ähnlichen Fällen als Gründe der Entscheidung anzuführen [b]). Man beschäftige sich niemals mit vorläufigen Widerlegungen der Gegengründe, wenn man in der Folge schon noch Gelegenheit bekommen wird, ihren Ungrund zu zeigen; denn dadurch bringt man den Gegentheil auf Dinge, von denen er vielleicht gar keinen Gebrauch gemacht haben würde. Man muß sich auch vor der Annahme eines Geständnisses hüten, wo in der That keines

a) Der Hr. GJR. Oelze im Proceß, S. 14.

b) L. 13. C. de sent. et interl. L. f. C. de legib.

nes vorhanden ist, desgleichen vor einer versäumten Nothfrist, die wirklich noch nicht verflossen ist. Die Anerbietungen zum Beweise sind überflüssig, weil es sich von selbst versteht, daß ein Jeder das beweisen muß, was er anführt, wenn es Beweises bedarf, und bisweilen ist es gefährlich, nämlich alsdenn, wenn man sonst von der Führung des Beweises frey geblieben wäre, oder wenn der angebotene Beweis unerheblich ist, auf welchen Umstand aber weder der Richter noch der Gegentheil Rücksicht genommen haben. Endlich muß man sich auch in allen juristischen Widerlegungen der unnützen oder der Sache selbst entgegen laufenden Verwahrungen enthalten c).

Eine andere Art juristischer Ausführungen besteht in den so genannten Nachsuchungsschreiben, Bittschreiben, Suppliken, Präsentationsschreiben d). Gerichtliche Bittschreiben sind solche schriftliche Aufsätze, worin der Richter um Etwas gebeten wird. Vermöge des eingeführten Gerichtsgebrauchs, faßt man sie in Rücksicht auf den Anfang, den Beschluß und die Unterschrift, wie einen Brief ab, wenn sie ohne Präsentationsschreiben übergeben werden. Nach dem Titel des Richters erzählt man sogleich den Umstand, der das Bittschreiben veranlaßt hat, und trägt sodann die Gründe vor, wodurch der Richter bewegt werden soll, das Gesuch zu genehmigen. Dieses wird, damit es in die Augen fallen soll, etwas eingerückt. Diese Schreiben bekommen auch eine schickliche Rubrik, wenn man auf den gemeinen teutschen Gerichtsstyl sieht, hingegen in den Sächsischen Gerichten werden sie wie ein Brief zusammen gelegt, und bekommen eine Aufschrift, welche den richterlichen Titel enthält e). Bittschriften haben zwar alle

c) Dep. Absch. v. J. 1600. §. 97.

d) Hr. HJR. Oelze im Proceß, S. 26.

e) Pütters juriſt. Praxis, §. 85. S. 79. Hr. v. Justi in der Anweisung zu einer guten teutschen Schreibart, S. 206.

beynahe einerley Einrichtung und Schreibart, schreibt der Hr. GJR. Pütter a. a. O., so fern in allen die Hauptsache, um das, was man sucht, zu erhalten, zum Grunde liegt; doch ist, außer dem so vielfältigen Unterschied der Sachen selbst, auch darnach die Schreibart sehr verschiedentlich abzumessen, nachdem sich die Personen gegen einander verhalten, in deren Namen, und an die suppliciret wird. Es ergiebt sich von selbsten, daß es nicht einerley Schreibart seyn kann, wenn Personen, fürstlichen, gräflichen, adelichen, bürgerlichen oder Bauern-Standes, männlichen oder weiblichen Geschlechts, geistlichen oder weltlichen, Civil- oder Militär-Standes, einzelne Personen oder ganze Landschaften, Ritterschaften, Städte, Zünfte, Gemeinden oder andere Corpora und Collegia suppliciren, noch hinwiederum, wenn an den Kaiser, oder an einen Reichsstand, oder an einen von Adel, oder wenn an Reichs- oder andere Gerichte, oder Obrigkeiten und Beamten u. s. w. supplicirt wird.

Mit den Bittschreiben kommen die **Präsentationsschreiben**, Oblationsschreiben, schriftlichen Recesse, in verschiedenen Stücken überein. Sie sind eine Art an den Richter gerichteter Briefe, womit zugleich eine andere Schrift überreicht, und der Richter ersucht wird, dasjenige zu veranstalten, was geschehen muß, wenn die Absicht der übergebenen Schrift erreicht werden soll [f]). Diese Präsentationsschreiben sind wie ein an den Richter gerichteter Brief, in Ansehung der Anrede, des Schlusses, der Unterschrift und der Aufschrift eingerichtet; hingegen die damit zugleich übergebene Hauptschrift wird nicht wie ein Brief abgefaßt, wenn auch gleich Etwas darin gebeten worden, weil dieses unschicklich seyn und eben so aussehen würde, als wenn man dem Richter die nämliche Ehrerbietung zweymal bezeugte. In einem solchen Präsentationsschreiben bezieht man sich auf die Hauptschrift, wie auf eine

f) Der Hr. HJR. Oelze im Proceß, S. 27.

eine Anlage, und deswegen bekommt sie ein willkührliches Zeichen, z. B. einen Buchstaben, eine Ziffer u. dgl. Das Gesuch in dem Präsentationsschreiben wird darauf gerichtet, was der Richter thun soll, wenn die Hauptabsicht der Hauptschrift erreicht werden soll, und sie ist nach Beschaffenheit der **Hauptschrift** verschieden. Ist die Hauptschrift ein **Klageschreiben**, so wird um Vorladung des Beklagten zur Einlassung auf dasselbe gebeten. Man überreicht gewöhnlich die Beweisartikel und Gegenbeweisartikel, die Fragestücke, die Rechtfertigungs- und Widerlegungsschriften, mit einem Oblations- oder Präsentationsschreiben. Uebrigens pflegt es auch nicht selten zu geschehen, daß die Hauptschrift ohne Präsentationsschreiben eingereicht, und darin zugleich um Verfügung dessen gebeten wird, was der Gang des Processes erfordert. Bey den mehresten Gerichten außer Sachsen werden dergleichen Gesuche dem Richter mündlich vorgetragen, und dieser Vortrag heißt ein **mündlicher Receß** [g]).

Zum Beschluß dieses Paragraphens will ich noch Etwas von der Bestrafung der Advokaten erwähnen, wenn sie entweder den **Richter** oder die Gegenparthey auf diese Art beleidigt haben [h]). Schmähungen können am besten vermieden werden, schreibt Hr. HR. **Claproth**, wenn man sich blos auf den Vortrag der Gründe und die Widerlegung der gegenseitigen Einreden einschränkt, und nie den Gegentheil oder dessen Schriftsteller anredet. Bringt es die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Sache mit sich, unangenehme Wahrheiten vorzutragen, so muß es allezeit in möglichst gemäßigten Ausdrücken geschehen. Handelt ein Advokat wider diese Regel, so muß der Rich-

g) de CRAMER in Syst. Proc. Imp. §. 1950.

h) L. 5. 6. §. 1. D. h. t. L. 9. D. de poen. C. C. G. O. I, 35. 6 und 17. Visit. Absch. v. J. 1713. Memor. den Prokurat zuzust. §. 4. Dep. Absch. v. J. 1600. §. 75. R. A. v. J. 1654. §. 98. Reichshofr. Ord. Tit. 7. §. 6.

ter die beleidigenden Worte oder Handlungen, deren sich der Advokat im Termin schuldig gemacht i), sollten es auch nur trotzige Aeußerungen gegen das Gericht, oder ein unerlaubtes Entfernen aus dem Gericht seyn, von dem Gerichtsschreiber in das Protokoll einrücken lassen, und sogleich durch ein Interlocut eine gehörige Strafe zuerkennen, wenn gleich der Kläger der Gerichtsbarkeit dieses Richters nicht unterworfen ist k); nur pflegt die Vollstreckung der zuerkannten Strafe von dem ordentlichen Richter gesucht zu werden l). Die Beleidigungen, die dem Unterrichter vor dem Oberrichter zugefügt worden, muß dieser, nicht jener rächen, und dieses gilt auch von andern außerordentlichen Beleidigungen des Richters m). Ist in Schriften die gebührende Mäßigung nicht beobachtet worden, so ist hin und wieder den Anwälden der Obergerichte aufgelegt, die von den Fürsprechern übersandten Schriften, von den schmähsüchtigen oder zweydeutigen Ausdrücken, bey Gewärtigung eigener Bestrafung, vor der Uebergabe zu reinigen, welche Einrichtung das Uebel aus der Wurzel hebt n). Hat man diese Einrichtung nicht, so ist ein Unterschied zu machen, ob die Anzüglichkeiten gegen den Richter oder den Gegentheil, oder dessen Advokaten ausgestoßen sind. Im erstern Falle bleibt die Schrift zwar vors erste bis zur geendigten Untersuchung bey den Acten, nach der Würde des Richters oder der Größe der Beleidigungen aber wird deren Verbrennung oder Zerreißung durch den Büttel, entweder vor

i) C. C. G. O. I, 17. 6. Tit. 35. §. 5. 6. Cell. Oberap. Ger. Ord. I, 5. 11.

k) L. vn. pr. D. si quis ius dicenti non obtemp. c. 1. de poen. in 6to. L. 14. C. de testib.

l) L. 6. C. de iurisd.

m) Leyser Spec. 547. Med. 16.

n) C. C. G. O. I, 35. §. 16. 17. Cell. Oberap. Ger. Ord. I, 6. 6. Calenb. Canzleyord. Tit. 4. §. 11.

vor der Gerichtsstube, oder an einem öffentlichen Orte o), oder nur durch den Pedell im Gerichte, in Gegenwart des Sachwalters, oder die Entsetzung von der Praxis, Gefängnißstrafe, Suspension, Geldstrafe erkannt. In Sachen Prälaten und Conventualen des Closters W--e, wider die Gemeine E--m, ist vom Cammergericht den 20sten Jun. 1758 erkannt worden: „dann hätten zwar die zwey ärgerliche Respect vergessene, und mit allerhand Calumnien angefüllte Schriften pro restitutione in integrum, in publica audientia zerrissen zu werden verdient, dennoch will man es bey einem scharfen Verweis gegen den B--nn qua Aduocatum bewenden lassen, jedoch sollen viere des Gerichts und viere der Gemeinde dem Prälaten und dessen Conventualen wegen solcher ehrenrühriger Schriften, eine demüthige Abbitte, mit Vorbehalt ihrer Ehren thun, gegen D. R.= aber, weil er die schändlichen Schriften übergeben, ist die Strafe zweyer Mark Silbers Zeit acht Tagen in den Armseckel sub poena dupli et realis executionis zu erlegen, hiermit vorbehalten". Beym Reichshofrath werden beleidigende Schriften (die solches nämlich in Rücksicht der Parthey, nicht des höchsten Richters selbst sind), mit Unwillen zurückgegeben, und der Kläger in drey Mark Silbers verurtheilt p). Die Suspension oder Remotion von der Praxis kann vom Unterrichter nur innerhalb der Grenzen seiner Gerichtsbarkeit erkannt werden q). Allemal tritt eine gelindere Strafe ein, wenn der Richter in seinen Bescheiden oder Urtheilen, unerlaubte Anzüglichkeiten gebraucht, und also Anlaß zu einer solchen Begegnung gegeben hat, mithin wird alsdenn nur die Uebermaaße der beleidigenden Ausdrücke geahndet. Blos einen Verweis

o) Leyser Spec. 547. Med. 7.

p) Reichshofr. Ordn. Tit. 7. §. 6. Reichshofr. gem. Besch. v. 15ten Oct. 1676 und 1748.

q) Arg. L. 1. §. 10. L. 9. D. h. t.

bekommen diejenigen, welche die Bescheide oder Aussprüche des Richters, ohne ein die Rechtskraft aufhaltendes Rechtsmittel einzuwenden, jedoch ohne Anzüglichkeiten, anfechten, welches syndiciren heißt; jedoch wird es härter bestraft, wenn diese Beleidigung sogar in dem Advokateneyde verboten ist, oder der Richter müßte zugleich unwürdig behandelt worden seyn [r]).

Ist der Gegentheil beleidigend behandelt worden, so treten mit Rücksicht auf die Person des Beleidigers und Beleidigten, welcher Fall bey Kindern gegen ihre Eltern eintreten würde, und nach Beschaffenheit der Beleidigung, die eben angeführten Strafen, nach dem Ermessen eines verständigen Richters ein; auch muß die Strafe nicht zu gelinde seyn, wenn der gegenseitige Sachwalter auf eine sehr grobe Art beleidigt worden ist [s]). Geringer wird es geahndet, wenn der eine Theil durch des andern Anzüglichkeiten gereitzt, und nunmehr das Verhältniß bey der Beantwortung überschritten worden ist. Der Auftrag des Clienten gereicht übrigens dem Advokaten zu keiner Entschuldigung. Sind die Anzüglichkeiten nur einigermaßen erheblich, so muß außer der Bestrafung, die Schrift durch einen Bescheid zurück gegeben werden, um selbige von den Anzüglichkeiten zu reinigen [t]).

Wegen der vom Fürsprecher oder Sachwalter ausgestoßenen Beschimpfungen wird der Client nicht anders bestraft, als wenn sie unter seiner vorhergehenden oder nach-

r) C. C. G. O. I, 37. 1. Reichshofr. Ord. Tit. 7. §. 4. Reichsabsch. v. 1654. §. 165. Cellische Oberap. Ger. Ord. P. I. Tit. XI.

s) L. 1. §. 10. D. de offic. Praef. vrbi. Vis. Absch. v. J. 1713. §. 101.

t) Stryck in Diss. de reiect. ab actis. Schoepfer D. de aduocato iniuriante, Rost. 1710. Brockes Diss. de aduocato iniuriante, Vit. 1731.

nachher erfolgten Bewilligung zugefügt worden, wenn nur der unterschriebene Client das, was vom Fürsprecher aufgesetzt worden, hinreichend verstanden hat, wiewohl einige Rechtslehrer das Gegentheil zu behaupten gesucht haben [u]). Den Cammergerichtsprokuratoren ist es bey ihren geleisteten Eyden untersagt, von den Partheyen keine Erstattung der ihnen aufgelegten Geldstrafen zu fordern, oder die freywillig angebotene Erstattung anzunehmen, und es ist sogar die Strafe der Wiedererstattung und der Entsezzung darauf gesetzt worden [x]). Es schützt auch keine Unterschrift des Fürsprechers oder Sachwalters mit beygefügter Protestation, wider die Strafe dieser anzüglichen Ausdrücke.

§. 368.

Hat der Advokat bey Führung eines Processes einen **Irrthum** begangen, so muß vor allen Dingen unterschieden werden, ob er sich in Rücksicht auf den Inhalt der Gesetze, oder in Ansehung der Beschaffenheit gewisser **Umstände** geirrt hat. Im ersten Falle ist zwar der Richter schuldig, einen solchen Fehler von Amtswegen zu verbessern, weil der Richter nach den **gemeinen** Rechten sprechen soll, und nur auf **besondere** Rechte oder **Privilegien** braucht er nicht von richterlichen Amtswegen Rücksicht zu nehmen [y]); hat er diese Verbesserung unterlassen, und aus gleicher Unwissenheit des Rechts ein widriges Urthel gesprochen, so kan der Irrthum nicht anders verbessert wer-

u) L. 11. §. 3. D. de iniur. Leyser Spec. 547. Med. 7.

x) C. C. G. O. I, 66. §. fin. R. A. v. J. 1654. §. 98.

y) L. vn. C. vt quae def. I. H. Boehmer in Iure Protest. Lib. I. tit. 32. §. 48. Schulting ad Prota, h. t. §. 14. Donellus in comment. iur. ciuil. Lib. XVIII. c. 4. p. 1022.

den, als durch die Einwendung eines Rechtsmittels wider das beschwerende Urtheil. Irrte sich der Advokat bey Umständen, welche Handlungen voraussetzen, so ist dieses entweder in Gegenwart des Clienten selbst beym mündlichen Vortrage der Sache geschehen, oder es geschahe in einer vom Clienten unterschriebenen Schrift, oder der Irrthum wurde vom Advokaten in Abwesenheit des Clienten begangen. Im letztern Falle kann der Irrthum zu allen Zeiten, auch selbst noch wenn schon zum Urthel beschlossen worden, widerrufen werden [z]), nur muß der Irrthum bewiesen werden. In der L. 7. C. de iuris et facti ignor. heißt es: *error facti* necdum finito negotio, nemini nocet: nam cauſſa deciſa velamento tali non inſtauratur. Damit stimmt die L. 2. C. de error. aduoc. überein, wo bemerkt wird: *errores* eorum, qui deſideria i. e. preces ſcribunt, veritati praeiudicium afferre non poſſe, manifeſtum eſt. Et ideo, ſi condemnationem, cuius mentionem libello inſertam eſſe proponis, *manifeſte probare probes*, non interceſſiſſe: allegationes tuas laedi non oportere, is, qui ſuper negotio diſceptaturus eſt, non ignorabit. Im erstern und andern Falle muß der Irrthum sogleich, oder längstens binnen drey Tagen vom Clienten widerrufen werden, weil dasjenige, was der Advokat in Gegenwart des Clienten vorträgt, eben so betrachtet wird, als wäre es von dem Clienten selbst vorgetragen worden, wie die L. 1. C. de error. aduoc. verordnet, wo es heißt: ea, quae aduocati praeſentibus his, quorum cauſſae aguntur, allegant, perinde habenda ſunt, ac ſi ab ipſis litium dominis proferantur. Die Verordnung von der Verbindlichkeit eines solchen Irrthums findet man in der L. 3. C. eod. wo bemerkt wird: ſenten-

z) Leyser Spec. 48. Med. 5. 6. 7. Aeminga D. de reuoc. error. ab aduoc. commiſſi, Gryphisw. 1766. Mantzel in Diſſ. de aduoc. fatalia neglig. Roſt. 1755. Strubens Bedenk. Thl. 1. Bedenk. 136.

sententiis finita negotia rescriptis reuocari non oportet. Nec enim, quae constituta sunt, *vt aduocatorum error litigatoribus non noceat*, tibi etiam opitulari potest; cum *te praesente*, neque causae palam *ex continenti*, id est, *triduo proximo* contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio, si tibi haec displicebant, vsum esse proponas. Mehrere Rechtslehrer [a]) haben die Worte: id est triduo proximo, für einen unächten Zusatz erklärt, weil man sie auch in der Basilika nicht finde. Dagegen läßt sich anführen, daß man die Worte beym Thaleläus in seinen Scholien über dieses Gesetz findet [b]). In den Gerichten spricht man nach dieser Stelle, und zwar wird das triduum von dem Moment an gerechnet, wo der Irrthum bezogen worden ist [c]). Verschiedene Rechtslehrer sind der Meynung, wenn der begangene Irrthum innerhalb der angeführten drey Tage widerrufen worden sey, so brauche der Irrthum gar nicht bewiesen zu werden [d]). Diese Behauptung ist aber der L. 2. C. eod entgegen [e]). Die griechischen Juristen verstanden die Worte, ex continenti, von der ganzen Zeit, da noch kein Urtheil in der Sache gesprochen worden, und Thaleläus hält dieses nicht für ungegründet indem er schreibt: neque absurdi quid dici potes, si verba *ex continenti* ad totum litigationis tempus extendatur. Etenim in prima Digestorum parte *de pactis* didicimus, in eo qui sub tutela est, per verba *ex continenti* omne tutelae tempus intelligi. Quare et hic

a) Gothofredvs in comment. ad L. vn. C. Theod. de error. aduoc. T. I. p. 165. Schvlting D. de recusat. iudicis, c. 12. §. 1. Basilica Lib. VIII. tit. 1. nr. 48.

b) Rvncken. in Meerm. Thes. T. III. p. 43.

c) Wernher in Obs. T. II. P. VIII. obs. 363. nr. 4. Leyser Spec. 48. Med. 7. Mettelblads praktische Rechtsgel. §. III.

d) Brvnnemann ad L. 3. C. de error. aduocat. nr. 1.

e) ab Aeminga in Diss. cit. §. 20.

hic verba: *ex continenti*, specialiter in Constitutione adiecta, capias *pro toto vsque ad sententiam tempore.* Ist die Widerrufung innerhalb dieser drey Tage nicht geschehen, und es wird ein widriges Urthel gesprochen, so muß man appelliren, und auf diese Art den Irrthum verbessern; denn durch die Appellation wird die Sache wieder in den Stand zurück gesetzt, worin sie zur Zeit der Einlassung auf die Klage war [f]).

§. 369. 370. 371. 372.

Die Vortheile der Sachwalter bey den Römern im Zeitalter der Republik waren Ehre, Beyfall, und das Bewußtseyn, seine ausgebildeten Talente zur Vertheidigung der Armen, Unwissenden und Unterdrückten angewandt zu haben. Der bloße Ruhm schien aber doch keine genugsame Vergütung der Mühe und Arbeit zu seyn, täglich im Gericht zu reden, und die Sachwalter ließen sich daher ihre Geschäffte bezahlen. Sie mögen vielleicht bald gefühlt haben, wie unentbehrlich sie wären, und der arme unwissende gemeine Mann, der ihre Dienste nöthig hatte, mußte in ihre Forderungen willigen. Mißbräuche hierbey veranlaßte wahrscheinlich das bekannte Cincische Gesetz. Die Lex Cincia de donis et muneribus vom J. 550. n. E. d. St. oder 203 J. v. Ch. G., welches Gesetz der Volkstribun Marcus Cincius Alimentus in Vorschlag brachte, verordnete, kein Sachwalter solle Etwas dafür nehmen, daß er Jemanden im Gericht vertheidigt hatte, ne quis ob causſam orandam donum munusne caperet, und bey andern Schenkungen sollte die Mancipation gebraucht werden, folglich waren heimliche Geschenke

f) Müller ad Struv. Exerc. VII. thes. 12. not. β. Hr. HR. Claproth im Proceß, Thl. 1. §. 77. S. 332. Hr. P. R. Danz im ordentl. Proceß, §. 44. S. 139.

Geschenke ungültig [g]). So sehr dieses Gesetz Habsüchtige von den Gerichtshöfen zu entfernen, die Absicht hatte, so wenig konnte es dennoch seinen Endzweck erreichen. Einige Redner ließen sich ihre Mühe gut bezahlen; andere weniger freche nahmen Geschenke anstatt der Bezahlung. Der Kaiser Augustus ließ daher im J. 737. n. E. d. St. oder 16 J. v. Ch. G. durch einen Rathsschluß alle Belohnungen bey vierfacher Strafe des Erhaltenen verbieten [h]). Unter dem Kaiser Claudius ereignete sich ein Beyspiel von so grober Treulosigkeit eines Advokaten, daß der Senat die Erneuerung des Cincischen Gesetzes verlangte [i]). Die Treulosigkeit des Advokaten bestand darin, daß er sich von einem römischen Ritter ohngefehr 20000 Rthlr. schenken lassen, und ihn gleichwohl hintergieng, worüber sich der Cavalier das Leben nahm. Diejenigen im Senat, welche die Erneuerung des Gesetzes wünschten, für welche der designirte Consul Silius das Wort führte, beriefen sich hauptsächlich auf die uneigennützigen Redner der alten Zeiten, und stellten vor, daß die vorzüglichste der freyen Künste beschimpft, und Haß und Feindschaft durch die Gewinnsucht der Advokaten genährt würde. Von der andern Seite, für welche Sulius, Cossutianus und mehrere sprachen, suchte man das zeitherige Geldnehmen damit zu vertheidigen, daß der Sachwalter seine häuslichen Geschäffte

g) Livivs XXXIV, 4. Tacit. Ann. XI, 5. Cicero de orat. II, 71. Idem ad Attic. I, 20. Idem in Cat. maior. c. 4. Festvs voc. mun. Vlpian. in Fragm. I, 2. Fr. Brvmmer comment. ad Leg. Cinciam, Lutet. Paris. 1668. 4. et in *Eius* Opusc. Lipf. 1712. 8. p. I. Schvlting. in iurispr. Anteiust. p. 561.

h) Dio Cassivs Lib. 54. p. 533. Brvmmer l. c. c. 3.

i) Dio Cass. LIV, 18. Tacit. Ann. Lib. XI. c. 5. 6. 7. ibique Lips. Brvmmer ad Leg. Cinc. c. 4. p. 41.

schäffte versäume, wenn er fremde besorge, daß bloße Ehre ohne Nutzen denen wenig hülfe, welche auf Ruhm bey der Nachwelt keine Ansprüche machten, und daß diese Wissenschaft, wenn sie unbelohnt bliebe, sehr vernachläßigt werden würde. Der Kaiser Claudius konnte seine Absicht nicht ganz erreichen, sondern es wurde im J. 800 n. E. d. St. oder 47 J. n. Ch. G. durch einen Rathsschluß verordnet, kein Advokat solle bey Strafe der Legis Iuliae repetundarum, mehr als 10000 Sestertien, höchstens 300 Rthlr. für die Führung eines Processes nehmen. Tacitus schreibt a. a. O. haec ita haud frustra dicta Princeps ratus, capiendis pecuniis posuit modum vsque ad *dena* sestertia, quae egressi, *repetundarum* tenerentur [k]). Ein Rathsschluß unter dem Nero vom J. 808. n. E. d. St. oder 55 J. n. Ch. G. hob zwar das unter dem Kaiser Claudius über die Bezahlung der Sachwalter gegebene Gesetz wieder auf [l]), es war aber dennoch die wiederhergestellte Gültigkeit des Cincischen Gesetzes von keiner langen Dauer. Wenn Sueronius die Sache richtig erzählt, so hob Nero selbst schon das eben angeführte Senatusconsultum wieder auf; denn er schreibt: Nero habe befohlen, vt litigatores pro patrocinio certam iustamque mercedem darent. Der Kaiser Trajan bestätigte das Edict des Claudius aufs neue, verordnete aber zugleich, daß den Advokaten das verdiente Honorarium nicht eher, als nach geendigtem Proceß bezahlt werden sollte [m]). Der jüngere Plinius, der gerade einen Proceß zu führen hatte, erschien im Gericht, fand aber den Gerichtstag vom Prätor

k) Io. Christ. Franckii comment. ad iurisprudent. Tiberii Claudii Imperat. Viteb. 1770. c. 8.

l) Sveton. in vita Neronis c. 17. ib. Ernesti et in excurs. 24. Tacit. in Ann. XIII, 5.

m) Plinivs in Epist. Lib. 5. ep. 14. et 21. Bach in Traiano, Lipsi. 1747. 8. p. 89. sqq.

tor Nepos aufgeschoben. Er hatte durch ein Edict bekannt gemacht, daß alle Partheyen schwören sollten, daß sie weder ihren Sachwaltern Geld voraus bezahlt, noch versprochen oder versichert hätten, und hatte seinem Edict jenen Rathsschluß unter dem Claudius beygefügt, in welchem der Kauf oder Verkauf des gerichtlichen Beystandes verboten wurde; nach geendigtem Proceß sollten die Advokaten den ihnen im Gesetz ausgeworfenen Lohn nehmen dürfen. Plinius schreibt a. a. O. im 21. Briefe: hoc (sc. senatusconsulto ad Orationem Traiani condito) omnes, qui quid negotii haberent, iurare prius, quam agerent, iubebantur, nihil se ob aduocationem cuiquam dedisse, promisisse, cauisse. — Peractis tamen negotiis, permittebantur pecuniam duntaxat *decem millium* dare. Selbst diese Einschränkung mag nicht lange gedauert haben, weil man aus mehrern Gesetzen der Pandekten n) sieht, daß die Vorausbezahlung der Advokaten weder ungewöhnlich noch verboten gewesen. Bey diesem Verhandeln ihrer Beredtsamkeit waren die Sachwalter dennoch zu stolz, als daß sie ihre Bezahlung unter der Benennung eines Lohns gefordert hätten; sie nennten solche vielmehr honorarium, ein Geschenk, welches sie mit Ehren annehmen, aber nach den Gesetzen nicht fordern durften. Es war also nach dem neuern römischen Rechte den Advokaten erlaubt, sich ihre Arbeit bezahlen zu lassen, und in der L. 1. §. 10. D. de extraord. cognit. bemerkt Ulpian, der Richter solle bey Zuerkennung der Summe auf den Werth der streitigen Sache, auf die Geschicklichkeit des Sachwalters, und die in den Gerichtshöfen eingeführte Gewohnheit Rücksicht nehmen. Es heißt im Gesetz: in *honorariis* aduocatorum ita versari iudex debet, vt pro modo litis, proque aduocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus,

n) L. 38. §. 1. D. locati. L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. L. f. C. de cond. ob causs. dator.

acturus, aestimationem adhibeat: *dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur.* Ita enim rescripto Imperatoris nostri et Patris eius continetur: si Iulius Maternus, quem patronum caussae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus est: eam duntaxat pecuniam, *quae modum legitimum egressa est*, repetere debet. Im §. 12. dieses Gesetzes bestimmt Ulpian die Worte *legitimum* modum honorarii deutlicher, und schreibt: licita autem *quantitas* intelligitur pro singulis caussis *vsque ad centum aureos.* Diese 100 Dukaten betrugen eben so viel, als 10000 Sestertien, wie Brummer o) bewiesen hat. Ein Advokat kann also nach den neuesten römischen Gesetzen für die Führung eines Processes die verdiente Bezahlung fordern, und es wird auch nicht darauf gesehen, ob er den Proceß verloren oder gewonnen hat, wenn er nur nicht Schuld daran war, daß der Proceß verloren worden p).

Eine bestrittene Frage ist es: ob der Advokat in seiner eigenen Sache die Proceßkosten von dem Gegentheile wieder fordern könne, wenn er den Proceß gewonnen hat. Sehr viele Rechtslehrer q) behaupten es, weil die Erstattung der Proceßkosten eine Strafe der muthwilligen Streitsucht sey, und dieser Grund finde auch hier seine Anwendung, daher sey der Advokat, welcher seinen eigenen

o) Brvmmer l. c. c. 6. nr. 11. sqq. p. 74.

p) L. 3. C. h. t. L. 1. §. 10. et 12. D. de extraord. cognit. Arg. L. 10. D. §. 1. de negot. gestis. Brvmmer l. c. c. 11. nr. 4. p. 168. Io. God. Krause D. de eo quod iustum est circa salaria et honoraria aduocator. Viteb. 1727. §. 34. Nettelbladts Rechtsgelehrs. §. 113.

q) Voet h. t. §. 7. Io. Sebast. Oheim D. de salario aduocati in propr. caussa vincentis, Erf. 1711. Walch introd. in controu. Sect. IV. c. 2. §. 27. p. 772. Bachov ad Trevtler. Vol. I. Disp. 8. thes. 2. lit. C. Strubens rechtl. Bedenk. Thl. 2. Bedenk. 31. S. 127. Hr. von Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedner Rechtsmaterien, Nr. 6.

nen Proceß geführt und gewonnen hat, allerdings befugt, außer den gehabten baaren Auslagen, auch noch eine Vergütung seiner gehabten Mühe, Arbeit, Versäumniß, so hoch solche durch das richterliche Erkenntniß bestimmt worden, zu verlangen. Es würde wenigstens sehr unbillig seyn, wenn der Gegner blos wegen des zufälligen Umstandes, daß sich der Advokat selbst gedient hat, jener wohl verdienten Strafe entgehen könnte, und dem Advokaten die ihm durch den ungerechten Proceß verursachte Arbeit und Versäumniß nicht vergüten dürfte. Es ist daher auch die Cautel einiger Rechtsgelehrten r) ungegründet, daß ein Advokat in seiner eigenen Sache, entweder einen andern Advokaten brauchen, oder wenigstens die Proceßschriften von einem andern Advokaten unterschreiben lassen solle, so wenig es auch eines Beweises bedarf, daß er durch die gerichtliche Betreibung seiner eigenen Rechtssache, Versäumniß und Schaden gehabt habe s).

Was die Summe anbetrifft, die der Advokat für einen geführten Proceß fordern kann, so kommt es darauf an, ob die Parthey solche vorher durch einen besondern Vertrag versprochen hat, oder ob dieses nicht geschehen ist. Im letztern Falle muß der Advokat seine Kosten liquidiren, und der Richter ermäßigt sie nach der vorhandenen Sporteln- und Taxordnung, oder dem Gerichtsgebrauche gemäß. Sollte der Advokat erst viel Mühe gehabt haben, sich von der Sache zu unterrichten, so kann er für diese Arbeit Etwas ansetzen, und so ist ihm auch für die Einsicht und Durchlesung weitläuftiger Acten allerdings Etwas zu vergüten t). Wenn der Client dem Advo-

r) Wernher in Obs. T. II. P. 6. obs. 279. nr. 4. Berger in Oecon. iur. Lib. IV. tit. VIII. th. 3. not. 6.

s) Hr. v. Quistorp a. a. O. Nr. 6. S. 71.

t) Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. §. 78. S. 333.

Advokaten im Voraus für die Führung des Processes Etwas versprochen hat, so muß er dieß Versprechen halten, es müßte denn der Vertrag in Gesetzen verboten seyn. Wie bekannt, gehört unter diese verbotenen Verträge besonders das pactum de quota litis, oder der Vertrag, wodurch sich der Advokat einen Theil davon, was durch den Proceß gewonnen worden, anstatt seiner Gebühren versprechen läßt u). Ein Advokat, der diesen Vertrag geschlossen hat, soll von der Praxis gänzlich entfernt werden. **Wunderlich** wollte behaupten, ein Advokat, der mit seinem Clienten Verdienstes wegen, den Vertrag gemacht, dasjenige, was durch den Proceß gewonnen worden, zu theilen, sey nach dem Scto. *Volusiano* auch in die Strafe der Legis Iuliae de vi priuata gefallen, wie die L. 6. D. ad Leg. Iul. de vi priuata beweise. Diese Behauptung hat aber wenig für sich; denn die Worte des Gesetzes: qui improbe coeunt in alienam litem, können sehr gut von solchen Personen verstanden werden, welche eine Art von Gesellschaft errichtet haben, andere Leute durch Processe zu schikaniren, und den Gewinnst zu theilen x).

Es ist ferner der **Vertrag** unerlaubt, worin dem Advokaten, vor geendigtem Processe, auf den Fall, wenn solcher gewonnen würde, außer den Advokatengebühren, eine Summe Geld, oder eine andere Sache zugesichert wird.

u) L. 53. D. de pactis. L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. L. 5. C. h. t. Corn. van **Eck** Diss. de quota litis, Vltrai. 1698. Ant. **Schulting** ad Prota h. t. §. 15. Herm. **Cannegieter** in Obs. iur. Rom. Lib. II. c. 9. p. 117. sqq. **Lyncker** Vol. I. Resp. 67. n. 6. 7. 8. **Strubens** Bedenk. Thl. 1. Bedenk. 104. v. **Cramers** Nebenst. Thl. 7. Abh. 4. Thl. 8. Abhandl. 7.

x) Io. **Wunderlich** in comment. de L. Volusio Maeciano Icto, itemque de Scto Volusiano, Hamb. 1749. 4. Sect. III. §. 10. **Bachs** Critik, 1ster Band, S. 99. flg.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0370
DFG

wird y). Verschiedene Rechtslehrer haben zwar einen Unterschied zwischen dem pacto de quota litis und einem Palmarium zu vertheidigen gesucht, und behauptet, es könne dem Advokaten ein Palmarium versprochen werden, wenn nur solches nicht in einem Antheile des streitigen Objects bestehe z); diese Meynung widerspricht aber den angeführten deutlichen Gesetzen, indem es in der L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. ausdrücklich heißt, daß den Advokaten durchaus nicht mehr als das verdiente Honorarium soll versprochen werden können, folglich wird ein solches Versprechen nicht einmal durch den Eyd verbindlich gemacht a), sondern es widerlegt sich dieselbe auch schon dadurch von selbst, weil es im Grunde für einerley gehalten werden muß, ob ich mir auf den Fall, da der Proceß gewonnen wird, einen Theil des Erstrittenen, oder sonst ein Geschenk versprechen lasse. Es würde daher das gesetzliche Verbot, de quota litis zu pacisciren, durch das Versprechen eines Palmariums nach Gefallen unkräftig gemacht werden können; nicht zu

y) L. 6. §. 2. C. h. t. L. 7. D. mand. L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. Voet h. t. §. 18. Frid. Alex. Kvnhold D. cum Resp. Adrian. Steger D. de palmario aduocatis promisso, Lipſ. 1725. §. 9. Lavterbach Diſſ. de palmario aduocatorum, Tub. 1671. §. 25. ſqq. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 8. Kravse in Diſſ. cit. §. 32. Neller in cit. Diſſ. de poſtulando, Sect. 5. §. 3. not. **** de Vlmenstein in Opuſc. iurid. Hanov. 1781. 8. Nr. V. p. 155. ſqq. Strubens Bedenk. Thl. 1. Bed. 104. Nettelbladts Rechtsgelehrſ. §. 113. Hr. Prof. Weber von Verbindlichkeiten, S. 262.

z) Gail. Obſ. Lib. I. obſ. 44. nr. 2. Berlich in Concluſ. P. I. Concl. IX. nr. 76. 77. Chr. Fr. Im. Schorch D. de *palmario* aduocatorum iure licito, eiusque a pacto de quota litis iure illicito differentiis, Erf. 1763. et in *Eius* Opuſc. varii argum. Erf. 1792. 8. Nr. III. p. 91.

a) Lavterbach in Diſſ. cit. theſ. 36. Kravse Diſſ. de eo quod iuſt. eſt circa ſalar. et honor. aduocat. §. 33.

gedenken, daß es einem gewissenlosen Advokaten sehr leicht fallen würde, seinen Clienten durch falsche Vorspiegelung von der mißlichen Lage des Processes zu einem solchen Versprechen zu bewegen. Es muß daher auch immer vermuthet werden, daß Versprechen dieser Art nicht aus freyem Willen, sondern aus Furcht eingegangen worden sind [b]). Eine andere Bewandniß hat es mit diesem Versprechen alsdenn, wenn der Proceß bereits gewonnen worden, und nun verspricht der Client dem Advokaten Etwas außer seinen Gebühren. Diese Zusage muß erfüllt werden, wie man aus der L. 1. §. 12. D. de extraord. cogn. sieht, wo es heißt: si vero *post cauſſam actam* cauta est honoraria ſumma, peti poterit vsque ad probabilem qaantitatem, etsi nomine *palmarii* cautum sit [c]).

Ist dem Advokaten eine gewisse Summe, als die Bezahlung für die Besorgung des ganzen Processes, versprochen worden; so kann diese erst nach der Beendigung desselben gefordert werden, wenn sie der Client nicht etwa durch sein eigenes Versehen verzögert [d]). Man kann es nicht bezweifeln, daß der Advokat auch alsdenn ein Recht habe, das versprochene Honorarium zu fordern, wenn der Proceß durch einen Vergleich beygelegt worden ist [e]). Starb der Advokat vor Beendigung des Processes, so brauchen seine Erben nichts wieder herauszugeben, wenn ihrem Erblasser das versprochene Honorarium voraus bezahlt worden ist, wie man aus der L. 1. §. 13. D. de

b) Io. Ge. CRAMER D. de concuſſionibus aduocatorum, Lipſ. 1729. §. 11.

c) LAVTERBACH in cit. Diſſ. th. 25. KRAVSE in cit. Diſſ. §. 30. ROSSEL in Diſſ. de aduocatis, ſub Praeſ. HOFACK. hab. Tub. 1788. §. 8. p. 28.

d) CARPZOV. Iurispr. forenſ. P. I. Conſt. I. def. 34.

e) LAVTERBACH in cit. Diſſ. th. 47. ROSSEL in Diſſ. cit. §. 8. p. 26.

de extr. cognit. sieht, wo es heißt: diuus *Seuerus* ab heredibus aduocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus caussam ageret; war aber das versprochene Honorar noch nicht bezahlt worden, so dürfen die Erben nur eine mit den geleisteten Diensten in Verhältniß stehende Belohnung fordern [f]), wiewohl der verstorbene Hr. Appellationsrath **Krause** anderer Meynung war.

Ist eine jährliche Besoldung statt der Besoldung ausgesetzt worden, schreibt Hr. RR. **Danz** a. a. O., so kann diese gefordert werden, wenn gleich die in dem Jahre geleisteten Dienste mit der Besoldung in keinem Verhältniß stehen [g]), und die Erben des fiskalischen Advokatens können solche verlangen, wenn auch gleich ihr Erblasser vor dem Ende des Jahres gestorben ist [h]). Viele Rechtslehrer zweifeln daran, ob von diesem Vorrechte noch heut zu Tage Gebrauch gemacht werden dürfe, weil es mit den römischen Fiskalen eine ganz andere Bewandniß gehabt habe, als mit den unsrigen; daher sey es in dergleichen Fällen eben so zu halten, wie bey der Besoldung der übrigen Dienerschaft [i]). Ob die jährliche Besoldung von den Erben eines andern Fürsprechers ganz gefordert werden könne, wenn ihr Erblasser vor Ablauf des Jahres gestorben ist, darüber streiten die Rechtsleh-

f) a COSTA in praelect. ad illustr. quosdam titulos locaque select. iur. ciuil. p. 4. KRAVSE cit. Diss. §. 17—19. Hr. RR. **Danz** im ord. Proc. §. 44. not. i. S. 132. der 2ten Ausg.

g) L. 38. §. 1. D. loc. cond. CARPZOV in Resp. Lib. III. tit. 1. Resp. 2. BARDILI D. de salariis, c. 5. th. 19.

h) L. 15. §. 1. C. de aduocat. diuers. iudicior.

i) VOET h. t. §. 8. Iust. Henn. BOEHMER in Diss. de anno deseruito, c. 2. §. 37. Hr. RR. **Danz** a. a. O. S. 133.

rer; denn Einige behaupten es [k]), Andere leugnen es, und geben den Erben blos das Recht, die Besoldung nach Verhältniß der Zeit fordern zu können [l]). Man könne das Privilegium der römischen Fiskale nicht so weit ausdehnen, sagen die Rechtslehrer; denn nur sie hatten das Vorrecht, den ganzen Gehalt des Sterbejahrs auf ihre Erben zu transmittiren [m]), und Privilegien dürften überhaupt nicht extendirt werden. Die aduocati fisci hatten deswegen große Vorrechte, um sie dadurch aufzumuntern, das Beste des kaiserlichen Fiskus auf alle Weise wahrzunehmen [n]). Man kann auch nicht füglich von dem Falle, da die versprochene Belohnung dem Advokaten voraus bezahlt worden, auf den gegenwärtigen schließen, wo von einem ausgesetzten jährlichen Gehalt die Rede ist; denn bey der Vorausbezahlung des Honorars liegt gleichsam eine conuentio spei zum Grunde. Der Advokat läßt sich damit abfinden, die Führung des Processes mag ihm viel oder wenig Mühe kosten, welches nicht immer voraus zu sehen ist; der Client hingegen, der dem Advokaten die versprochene Belohnung vorausbezahlt, giebt dadurch zu erkennen, daß er die Gefahr übernehmen wolle, sein Geld zu verlieren, wenn der Advokat durch den Tod verhindert werden sollte, dasselbe zu verlieren. Ein solcher außerordentlicher Vertrag ist nicht zu vermuthen, wenn man den Advokaten ein jährliches Salarium verspro-

k) Voet h. t. §. 8. Bardili l. c. c. IX. §. 44. Gail in Obs. Lib. I. c. 44. nr. 12. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 9. Westenberg h. t. §. 47.

l) Boehmer l. c. c. 2. §. 17. sqq. Schaumb. h. t. §. 11. Emmingh. ad Coccei. p. 228. Strubens Bedenk. Thl. 2. Bedenk. 122. Hr. HR. Claproth, Thl. 1. S. 333. Danz a. a. O. S. 133.

m) Wissenbach in comment. ad Cod. Lib. II. tit. VII. §. fin. §. 90.

n) Leyser Spec. 49. Med. 13.

versprochen hat; denn hier versteht sichs immer unter der Bedingung, wenn der Advokat die dafür versprochenen Dienste geleistet haben wird; stirbt er nun vor Ausgang des Jahres, so kann er auch von der Besoldung des letzten Jahres auf seine Erben nicht mehr übertragen, als was er pro rata anni verdient hat, und hier findet die L. 10. pr. D. de ann. legat. ihre Anwendung, wo es heißt: cum tam labor, quam pecunia, diuisionem recipiat. Es läßt sich auch wohl aus der L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. kein bündiges Argument für die entgegen gesetzte Meynung hernehmen, da es ein bekannter Grundsatz ist: quod facilius concedatur rei datae et acceptae retentio, quam non datae petitio o). Bey schweren und wichtigen Sachen darf der Advokat Etwas als Vorschuß, pro arrha, fordern, welches nicht unbillig ist, wenn die Sache erst eine weitläuftige Prüfung erfordert, ehe man sie gehörig bearbeiten kann p).

Zur Sicherheit der **Advokatengebühren**, kann der Advokat an den ihm von dem Clienten übergebenen eigenen Urkunden, wie auch an den Manualacten ein Zurückbehaltungsrecht ausüben q). Verschiedene Rechtsgelehrte haben zwar zu behaupten gesucht, das Zurückbehaltungsrecht könne blos bey den Manualacten ausgeübt werden, weil solche dem Clienten **eigenthümlich** gehörten, die übergebenen Documente aber könne der Advokat nie für ein depositum betrachten, und bey diesen dürfe, nach Vorschrift der Gesetze r), kein **Retentionsrecht** ausgeübt werden. Dagegen kann man einwenden, weder

o) L. 2. C. de fideic. L. 4. C. de vsur. **Boehmer** in Diss. cit. c. 2. §. 26.

p) C. C. G. O. III, 59. 8. Vis. Absch. v. J. 1713. Memor. den Advok. u. Prokurat. zuzust. §. 17.

q) L. 25. D. in fine. L. 26. de procurat.

r) L. 11. C. depos. **Voet** h. t. §. 6. **Neller** in cit. Diss. Sect. 5. in suppl. quaest. ad §. 6.

in der L. 25. D. in fine de procurat. noch in der L. 26. eod. wird dieser Unterschied gemacht, überdieses kann selbst beym Depositum alsdenn ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden, wenn der Anspruch des Depositars durch das Depositum selbst entstanden ist. Die berühmtesten Rechtsgelehrten sind daher der Meynung, blos in causis publicis, und wo das gemeine Beste die Herausgabe der Acten und Documente erfordere, dürfe der Advokat zur Sicherheit seiner Gebühren, kein Retentionsrecht ausüben s).

Kann der Advokat durch die Retention der Manualacten nicht zu seiner Bezahlung kommen, so übergiebt er bey dem Richter, wo er dem Clienten gedient hat, eine Imploration, und bittet, den Clienten zur Bezahlung der verdienten Gebühren anzuhalten t). Dieses Gesuch wird als ein Incidentpunct betrachtet, wenn der Proceß noch nicht beendigt ist; hingegen als eine eigene mit dem Proceß zusammenhängende Sache wird es angesehen, wenn der Rechtshandel beendigt worden ist. In beyden Fällen verhilft der Richter dem Advokaten zu seiner Bezahlung durch einen an den Clienten erlassenen Zahlungsbefehl u), wegen der jährlichen Besoldung aber wird eine bloße Ladung erkannt x). Wenn gleich ein Advokat in größerm Ansehen steht, als andere Sachwalter, so darf er deswegen doch nicht mehr Gebühren liquidiren, als

s) Wernher Obs. Tom II. P. VIII. obs. 98. Krause Diss. de eo quod iustum est circa salar. et honor. aduocat. §. 45. Bardili D. de salariis c. 8. §. 38. p. 43. Io. Frid. Troppanneger D. de retentione actorum aduocato ob salarium non solutum competente, Lips. 1740.

t) L. 13. §. 9. C. de iudic. c. 2. de reser. in 6to. Mevius in Decis. P. I. Dec. 234. Krause in Diss. cit. §. 46.

u) Bardili l. c. c. VIII. §. 41. Brummer ad Leg. Cinc. c. 10. nr. 11. sqq. p. 147.

x) C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 46. §. 10. Herr HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. §. 78. Note f. S. 335.

als in Gesetzen erlaubt worden ist y). Daß alles, was ein der väterlichen Gewalt unterworfener Sohn als Advokat verdient hat, dem im Kriege erworbenen Vermögen gleich gehalten wird, ist eine bekannte Sache z). Entsteht über das Vermögen des Clienten ein Concurs, so sind die Rechtsgelehrten darüber nicht einig, in welche Classe die Advokatengebühren gesetzt werden müssen, weil Forderungen dieser Art in den Gesetzen weder eine Hypothek noch ein Vorzugsrecht zugestanden worden ist a). Einige setzten die Advokatengebühren in die vierte Klasse, Andere geben ihnen ein gleiches Recht mit dem Liedlohne; Andere legen ihnen die Rechte des Fiskus oder des Brautschatzes bey; Andere geben dem Advokaten wegen seiner Deseroiten ein stillschweigendes Unterpfand an der erstrittenen Sache, und noch Andere setzen sie gar nur in die letzte Classe b).

y) L. 6. §. 6. C. h. t. Visit. Absch. v. J. 1713. Memorial den Advokat. zuzust. §. 20.

z) L. 4. L. 8. C. de aduoc. diuers. iudic.

a) Lauterbach in Coll. Pand. h. t. §. 30. Voet h. t. §. 6. de Pufendorf in Obs. T. III, obs. 71. Stryck in Diss. de priuil. aduocat. c. 3. §. 6. in fine Bardili in cit. Diss. c. 8. §. 40. p. 45. Gmelins Ordnung der Gläubiger, Cap. 2. §. 1. S. 79.

b) Chr. Phil. Richter in tract. de iure et priuil. creditor. c. 5. nr. 36. Brunnemann in Proc. conc. credit. c. 5. §. 64. Mevius ad Ius Lub. P. III. tit. 1. art. 11. nr. 69. Leyser Spec. 487. Med. 7. Franc. Iust. Kortholt D. de iure salarii aduocatorum in concursu creditor. Giessae 1764. Ludovici Concursproceß, Cap. 10. §. 61. Estors bürg. Rechtsgelehrs. Thl. 2. S. 810. Herr HR. Claproth im summar. Proceß, §. 417. Herr RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 44. note p. S. 132. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 5. S. 128.

§. 373.

Eine wichtige Pflicht der Advokaten besteht darin, daß sie armen Clienten umsonst dienen müssen. Ein armer Client ist derjenige, der nicht so viel im Vermögen hat, daß er nach Abzug seines unentbehrlichsten Unterhalts, die Kosten des Processes bezahlen könnte [c]). Weil dieser Beweis mit vielen Schwierigkeiten verknüpft ist, so hat man in einigen Proceßordnungen eine Summe festgesetzt, wornach die Armuth in diesem Falle bestimmt werden soll; in den mehresten Gerichten kommt es bey Bestimmung dieses Umstandes auf das Ermessen des Richters an [d]). Bey Bestimmung der Frage: ob Jemand das Armenrecht verlangen könne, wird zugleich auf Stand und Würde gesehen [e]). Damit dieses Vorrecht nicht gemißbraucht wird, muß derjenige, welcher um das Armenrecht ansucht, 1) bescheinigen, daß er wirklich im Rechtsverstande arm sey. Ist dieser Umstand nicht allgemein bekannt, so beweißt man die Armuth durch Zeugnisse der Obrigkeit, der Prediger, Handwerksvorsteher, der Dorfrichter und anderer glaubwürdiger Personen. Es muß 2) bescheinigt werden, daß der Proceß aus gerechter Ursache geführt werde, und auf diesen Umstand wird das iuramentum malitiae gerichtet [f]). Endlich muß 3) der Armen-

c) C. C. G. O. I, 31. 10. 55. Visit. Absch. v. J. 1713. §. 110.

d) Herr RR. Danz im ordentl. Proceß, S. 120. Petr. Müller D. de probat. paupertatis, len. 1677.

e) Boehmer in Resp. Tom. II. P. I. Conf. 588. nr. 7. Mevius Part. IX. Dec. 408. nr. 7. Estors bürg. Rechtsgelehrs. Thl. I. §. 105.

f) C. C. G. O. I, 55. pr. §. 3. Dep. Absch. v. J. 1600. §. 9. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 105. Vis. Absch. v. J. 1713. §. 11. Gail Lib. I. Obs. 142. Estors bürg. Rechtsgelehrs. Thl. I. S. 891.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0378
DFG

Armeneyd geschworen werden, welcher zugleich das iuramentum calumniae generale in sich faßt, und ohngefähr in folgenden Worten besteht g): ihr sollet schwören einen Eyd zu Gott und auf sein heiliges Evangelium, daß ihr so arm seyd, auch an fahrenden, liegenden Haab und Gütern oder Schulden nicht vermöget, die Gerichts-Advokaten- und Prokuratorengebühren zu bezahlen; daß ihr auch um Leistung des Eydes willen, von eurem Vermögen nichts veräußert oder Andern übergeben habt, und wenn ihr in Rechten obsieget, oder sonst wieder zu Vermögen kommet, alsdenn alle schuldig gewordene Proceßkosten an Richter-Advokaten- und Prokuratorengebühren sofort berichtigen wollet; daß ihr auch glaubt, eine gerechte Sache zu haben, und zu diesem Proceß befugt und genöthigt seyd, und daß ihr unter dem Vorwande der Armuth, eurem Gegentheile unnöthige Weitläuftigkeit und Kosten zu verursachen nicht gemeynet; so wahr euch Gott helfe u. s. f. Sind die angeführten drey Puncte berichtigt, so wird der Arme zum Armenrechte gelassen, ohne auf des Gegentheils Widerspruch zu achten. Die Vormünder leisten diesen Eyd für ihre Pflegbefohlnen h).

Die Vortheile des Armenrechts bestehen darin, daß der Richter die Sache für jetzt umsonst betreiben muß; es wird kein Stempelpapier genommen, und der Advokat muß ebenfalls so lange umsonst dienen, bis der Proceß gewonnen ist. Es sind bey großen Gerichten so genannte Armenadvokaten, und diese müssen dergleichen Processe führen. Giebt es beym Gericht keinen Armenadvokaten, so wird diese Verbindlichkeit der Reihe nach übernommen. Ist durch die Landesgesetze nichts ausdrücklich vorgeschrieben,

g) Sam. Stryck D. de iuram. paupert. in Diss. iurid. etc. Vol. 4. n. 6. Fredersdorfs Anweis. für Justizb. Thl. 1. S. 313.

h) Hayn de stilo curiae, Lib. 10. tit. 6. §. 3. 7—12. p. 1415.

ben, oder hergebracht, so kann der Arme die Verschikkung der Acten an ein Spruchkollegium nicht verlangen, weil das Gericht hier so gar baar Geld vorschießen müßte. Der Herr von Leyser behauptet zwar das Gegentheil; er gründet aber seine Meynung auf den unrichtigen Schluß, daß die Obrigkeit schuldig sey, der armen Parthey die Verschickungskosten vorzuschießen. Wenn es gleich nach der Churſächsischen Proceßordnung geschehen muß, so gilt diese Verordnung doch außer Sachsen nicht, und auf die Verfügung der peinlichen Gerichtsordnung kann man sich auch nicht berufen, weil von peinlichen Sachen auf bürgerliche kein Schluß gemacht werden darf [i]). Bringt es der Gang des Processes mit sich, daß die Acten an den Oberrichter geschickt werden müssen, so wird das Postgeld entweder aus der Gerichtsstrafkasse bezahlt, oder die Acten werden von der Post umsonst besorgt. Sollte die Armuth des Clienten an der Versäumniß einer Nothfrist Schuld seyn, so ist dieses eine gegründete Ursache, weswegen der Richter, auf geschehenes Bitten, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilen darf [k]). Kommt eine arme Parthey während des Processes durch Erbschaft, oder auf andere Weise zu Vermögen, so genießt sie dennoch so lange das Armenrecht, als solches nicht ausdrücklich, oder auf eine ganz deutliche Weise stillschweigend aufgehoben worden ist; z. B. der Richter hat ihr Kosten angesetzt, und sie hat solche bezahlt. Für eine stillschweigende Entsagung ist es ferner zu halten, wenn der Arme einen andern Advokaten annimmt, und solchen bezahlt, oder er bedient sich des Stempelpapiers. Der Arme kann sich zwar in den höhern Instanzen, wo die gegenwärtige Sache hinkommt, auf sein erhaltenes Armen-

i) Art. 47. d. H. G. O. Herr HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. S. 250. Leyser Spec. 85. Med. 6.

k) Wernher Obs. P. III. obs. 9. Der Herr GJR. Pütter in der epit. Proc. Imp. p. 380. edit. quart.

menrecht berufen, aber bey andern Gerichten wird es nicht anerkannt, so wie es auch nicht auf die Erben geht l). Gewinnt die arme Parthey den Proceß, oder sie kommt auf andere Weise zu Vermögen, so müssen alle Gerichts- und Advokatengebühren nachbezahlt werden. Zeigt sichs am Ende, daß der Arme einen ganz ungerechten Proceß veranlaßt hat, so kann freylich der Ersatz der Unkosten nicht beygetrieben werden; es wird aber nach Beschaffenheit der Umstände auf eine Leibesstrafe erkannt m). — Bisweilen hat eine arme Parthey das Recht, daß der Gegentheil den Vorschuß der Prozeßkosten thun muß. Dieser Fall tritt ein, 1) wenn das Recht derselben fast unzweifelhaft gewiß ist; oder 2) der Gegentheil ist schlechterdings schuldig, Etwas an sie zu bezahlen, oder 3) er ist verpflichtet, ihr den nothdürftigen Unterhalt zu leisten, welcher Fall z. B. eintritt, wenn die Frau wider den Mann zu klagen Ursache hat n).

l) Blum in proc. camer. tit. 64. nr. 37. 38. Hofmanns teutsche Reichspraxis, Thl. 1. S. 114.

m) c. 5. X. de dolo et cont. C. C. G. O. I, 55. §. 2. I, 70. Dep. Absch. v. J. 1600. §. 10. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 126.

n) Arg. L. 27. §. 3. D. de inoffic. testam. L. 7. C. de ord. cognit. c. 11. X. de accusat. Mevius Dec. P. IV. Dec. 194. P. V. Dec. 341. n. 6. Dec. 376. Boehmer in Dec. et Consult. T. II. P. I. Conf. 114. n. 5. Conf. 103. n. 14. Wernher in Obs. P. V. obs. 83. Leyser Spec. 84. Med. 8. et 13.

Lib. III. Tit. II.

de his, qui notantur infamia.

§. 374. 375.

Als die Ursache, warum der gegenwärtige Titel auf den vorigen folgt, wird von den Rechtslehrern der Umstand angegeben, daß im vorigen Titel der Satz vorkommt: Ehrlose dürfen für andere Personen nicht als Fürsprecher auftreten. Dieses hat die Verfasser der Pandekten wahrscheinlich veranlaßt, sagt man, des Zusammenhanges wegen, damit man wisse, wer aus Mangel der bürgerlichen Ehre nicht Advokat seyn könne, die Materie von den Folgen der Ehrlosigkeit hier einzuschalten. Eigentlich gehört freylich diese Lehre zu dem Personenrechte; denn daß ein Mensch die Rechte der bürgerlichen Ehre im Staate genießt, oder derselben verlustig erklärt worden ist, betrifft seinen bürgerlichen Zustand. In den Schriften der römischen Rechtsgelehrten heißt status ciuilis fast immer nur dasjenige Verhältniß, woraus eine Verschiedenheit des gemeinen Rechts entsteht, und daher reden sie nur von drey Civilständen, weil nur diese drey eine Verschiedenheit des gemeinen Rechts bewirkten. Der Freye hat andere gemeine Rechte als der Sclave, welcher gar keine bürgerlichen Rechte hatte; der Bürger hat andere gemeine Rechte als der Fremde; der filius familias andere als der pater familias. Es giebt aber noch viele Verhältnisse, welche eine Verschiedenheit in Rücksicht auf die besondern Rechte wirken, die man gar wohl auch status ciuiles oder minus principales nennen kann, und die von den römischen Rechtsgelehrten selbst so genennt worden sind, wie die L. 5. §. 2. D. de extr. cognit. beweißt. Ein solcher status minus principalis ist der status aestimationis, die bürgerliche Ehre. Soll der Begriff der Ehrlosigkeit, in-

infamia [a]), genau entwickelt werden, so muß vor allen Dingen bestimmt werden, was Ehre genannt wird. Das Urtheil der mehresten Menschen über die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit unserer Handlungen macht nach allgemeinen Begriffen unter den Menschen, Ehre oder Schande, und begründet den Ruf, Kredit, famam, eines jeden Einzelnen. Jenes Urtheil gründet sich aber entweder auf sittliche Vollkommenheiten oder auf sittliche Unvollkommenheiten eines Menschen. Das gleichstimmige günstige Urtheil des Publikums über unsere moralischen Vollkommenheiten, wird der gute Ruf, der gute Name, fama bona, aestimatio integra, genennt; hingegen das übereinstimmende ungünstige Urtheil der mehresten Menschen über unsere moralischen Unvollkommenheiten heißt der üble Ruf, ein schlechter Name, fama mala. Von dem guten Rufe und ehrlichen Namen eines Menschen hängt der Genuß gewisser bürgerlicher Rechte im Staate ab, und der Inbegriff derselben wird die bürgerliche Ehre, fama seu aestimatio ciuilis genennt [b]). Mit dieser bürgerlichen Ehre

a) Marqu. Freher de existimatione aequirenda, conseruanda et amittenda, Basil. 1591. 8. Henr. Bodini D. de iure circa infamiam, Hal. 1710. Christ. Thomasii D. de existimatione, fama et infamia extra rempublicam, Hal. 1734. Abr. Kaestner D. de fama, huius amissione et restitutione, Lipſ. 1730. Io. Petr. Bucher Diss. duae de notione et effectu infamiae, Steinfurth. 1766. de Selchow Diss. selecta capita doctrinae de infamia, in Elect. nr. 8. Henr. Val. Becker Diss. de dignitate, honore et existimatione, Roſt. 1789. Phil. Lud. Huth D. Specimen iur. Germ. de his, qui notantur infamia, Altdorf. 1723. Joh. Fried. Eisenhardt von der Ehre und Schande; in den kleinen Schriften, 2ter Band, S. 91 — 106. Hector Wilh. von Günderode gen. von Kellner über die bürgerliche Ehre bey den Teutschen, in seinen von Posselt herausgegebenen Werken, 2ter Band, S. 187. Hr. Dr. Danz im Handbuche des heutigen teutschen Privatrechts, 3ter Band S. 59 — 99.

b) God. Lud. Mencken D. de fama forensi, Viteb. 1732.

Ehre darf die gemeine Ehre eines Menschen nicht verwechselt werden. Die gemeine Ehre des Menschen begreift nämlich theils die absolute Achtung in sich, die jeder Mensch als Mensch fordern kann, theils die besondere Achtung, die sich auf die einem Menschen eigenen Fähigkeiten und Fertigkeiten bezieht [c]). Der Unterschied besteht darin, daß die absolute Achtung unverletzlich ist, so weit nicht Jemand durch seine eigene verbotene Handlung den Andern nöthigt, seinem Rechte, ohne Schonung der Ehre des Andern, gemäß zu handeln. Diese kann daher auch selbst dem Ehrlosen nicht entzogen werden, sondern der Staat muß auch solche Personen beym Genuß der absoluten Achtung gegen Beleidigungen Anderer schützen. Selbst der Ehrlose, er müßte denn für völlig rechtlos erklärt worden seyn, hat das Recht Sicherheit seiner Person zu fordern, und Niemand darf ihn daher thätlich angreifen, ja nicht einmal durch Schelt- und Schimpfworte beleidigen [d]). Eine andere Beschaffenheit hat es mit der besondern Achtung eines Menschen. Sie hängt lediglich von der Meynung und dem Urtheil Anderer über uns und unsere Vollkommenheiten ab, und kann, weil es jedem Menschen frey steht, sein Urtheil zu ändern, nicht als Etwas, das dem Beurtheilten eigenthümlich gehört, betrachtet werden; denn Niemand hat das Recht, seine Nebenmenschen zu zwingen, daß sie seine wirklichen oder vermeyntlichen Fähigkeiten oder Vollkommenheiten anerkennen, und daher so und nicht anders über ihn urtheilen sollen. Eben so wenig haben diejenigen, welche ihr Urtheil schon gefällt haben, ein Recht zu verlangen, daß Andere ihrem Urtheil beytreten

c) Der Hr. GJR. Klein in den Grundsätzen des peinl. Rechts, §. 208. und 224.

d) Voet ad Dig. Lib. XLVII. tit. 10. §. 4. Hr. Prof. Weber über Injurien und Schmähschriften, S. 28.

treten sollen e). Auch das größte Verdienst um das gemeine Wohl, und die vollkommenste bürgerliche Tugend dürfte an sich wohl selbst im Staate noch kein wirksames Recht auf eine vorzüglichere Achtung oder äußere Verehrung hervorbringen, wie Pufendorf f) nicht undeutlich zu verstehen giebt, indem er schreibt: omnia existimationis intensiuae fundamenta in se non producunt nisi *ius imperfectum* ad habendum ab aliis honorem et venerationem. Adeoque si eundem aliis *etiam bene meritis* quis denegauerit, non potest dici, iniuriam fecisse, sed duntaxat inhumanitatis, aut, si ita loqui licet, inciuilitatis notam sibi contraxisse. Nur der bürgerliche Gesetzgeber hat das Recht, den Rang der verschiedenen Stände und Mitglieder des Staats sammt den äussern Merkmahlen und Wirkungen desselben festzusetzen, und jedem diejenige Achtung zuzusichern, die ein gewisser Stand erfordert g). Diese Achtung, wornach der Mensch im Staate den Werth hat, und dasjenige gilt, wofür er von der obersten Gewalt selbst anerkannt und geschätzt wird, ist die eigentliche bürgerliche Ehre, von der hier die Rede ist. Sie besteht also in dem vollkommenen Genusse derjenigen Rechte und Vorzüge, die ihren Grund in der Achtung haben, welche die bürgerliche Gesellschaft ihren Mitgliedern, und zwar jedem nach seinem Stande, zugesichert hat. Hugo Donell h) schreibt: dignitatem seu existimationem ciuilem accipere debemus eam conditionem, qua fit, ne quis habeatur indignus iis rebus, aut plerisque, quae ciuibus singulis, in suo cuique ordine tribui solent: cuius generis

e) Hr. GJR. Klein in den Annalen der Gesetzgebung, 2ter Band, S. 41 flg.

f) Pvfendorf de iure nat. et gent. Lib. 8. c. 4. §. 14.

g) Hr. Prof. Weber über Injurien, S. 15.

h) Hugo Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 6. p. 1023.

neris haec sunt: in ciuitate esse licere; rebus communibus vti, vt communibus; fungi in ea ciuilibus et virilibus officiis tum priuatim, tum publice; nihil turpe aut indignum honesto viro pati; honores ordini suo conuenientes capessere. Diese bürgerliche Ehre ist so wie die absolute Achtung unverletzlich, insofern nicht Jemand durch den Staat selbst der bürgerlichen Ehre verlustig erklärt worden ist, wie in der L. 5. §. 1. D. de extraord. cognit. bemerkt wird, wo es heißt: *existimatio* est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. Der Mangel dieser bürgerlichen Ehre und der Verlust der davon abhängenden bürgerlichen Rechte, heißt die Ehrlosigkeit im weitläuftigen Verstande, und sie wird in die eigentliche Infamie, und in die Anrüchtigkeit, oder leuis notae macula eingetheilt i). Rührt der Mangel der bürgerlichen Ehre aus überwiesenen, oder doch gemein bekannten schändlichen Handlungen her, so nennt man es die eigentliche Infamie; ist aber blos uneheliche Geburt, oder schmutzige und verwerfliche Handthierung, oder gegründeter starker Verdacht eines begangenen groben Verbrechens, wodurch Jemand zur Specialinquisition gravirt worden ist, die Ursache einer von den Gesetzen selbst im Allgemeinen gebilligten, öffentlichen Verachtung, um welcher willen die damit behafteten Personen gleichfalls des völligen Genusses der allgemeinen Vorrechte ehelicher Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft so lange entbehren müssen, bis dieser Flecken wegfällt, so wird dieser Zustand die Anrüchtigkeit, leuis notae macula, genennt.

Damit man in dieser Materie nicht irre geführt wird, muß man das ältere und mittlere teutsche Recht, von dem römischen und neuern teutschen Rechte genau unter

i) Woltaer in Obseruat. Fasc. I. obs. 23. §. 1.

terscheiden. Vier Tugenden waren es hauptsächlich, deren sich die Teutschen befleißigten; Tapferkeit, Treue, Keuschheit, Frömmigkeit. Wer sich dagegen gröblich vergieng, der fiel in die eigentliche Ehrlosigkeit, die von Vielen infamia maior genennt wird k).

Feigheit und Gleichgültigkeit gegen die Vertheidigung des Vaterlandes wurde bey den Germanen für das größte Laster gehalten. Wer daher die Waffen zurückließ, oder dem Feinde den Rücken kehrte, oder entlief, oder sich eines Verraths schuldig machte, verfiel in die Ehrlosigkeit l).

Sein gegebenes Wort nicht halten, war in den Augen unserer Vorfahren äußerst schändlich, und daher wurden Meineidige, Lügner, Betrüger für ehrlos gehalten m). Man nannte sie Ehr- und Treu-vergessene Leute, Schelmen. Dieser letzte Ausdruck kommt her von dem Worte schälen, welches soviel heißt, als das Aas schinden. Das Wort, Schelm, soll daher einen Menschen bezeichnen, der gleich einem faulen Aase, unter seinen Mitbürgern stinkend geworden ist. Man glaubte auch damals, ein Jeder könne seine Ehre verpfänden, und verpflichtete sich deshalb häufig bey Eingehung der Verträge unter der Strafe des Schelmscheltens. Aus dem nämlichen Grunde hielt man auch denjenigen für ehrlos, der das Einlager treulos verließ.

k) TACITVS in Annal. Lib. XIII. c. 55. IDEM de moribus Germanorum, c. 9. 18. 19. CAESAR de bello Gallico, Lib. I. c. 36. 39. HVTH l. c. §. 17.

l) TACITVS de morib. Germ. c. 6. 12. Lex Salic. tit. 33. §. 5. Lex Wisigothor. Lib. II. tit. 2. §. 9. Capitul. Car. Magni Lib. III. c. 70. Sachsenspiegel Buch 1. Art. 11. Schwabenspiegel Kap. 86.

m) TACITVS de morib. Germ. c. 14. Lex Alem. c. 42. §. 1. Sachsensp. Buch 1. Art. 40.

Keuschheit wurde bey den Germanen sehr hoch gehalten n). Nicht nur die Ehebrecherinnen, sondern auch Huren hielt man für ehrlos. Darauf deutet selbst das Wort, Hure, welches von heuren, vermiethen, herkommt, und also eine Weibsperson bezeichnet, die um schändlichen Gewinnes willen, ihren Leib vermiethet. Solchen unzüchtigen Weibspersonen schnitt man ehemals, zur Strafe, die Haare ab, und gab sie der öffentlichen Verachtung Preis, welche Strafe noch im vorigen Jahrhunderte in Lübeck vollzogen wurde o). Man gieng sogar so weit, daß man vermöge des Sprüchworts: wer eine Hure zur Ehe nimmt, der ist ein Schelm, oder will zum Schelm werden, denjenigen für ehrlos hielt, der wissentlich eine geschwächte Weibsperson heyrathete p).

Die Priester wurden von unsern Vorfahren außerordentlich verehrt, und sie unterwarfen sich ihren Befehlen mit blindem Gehorsam q). Wer sich daher gegen sie vergieng, ihnen ungehorsam war, u. s. w. der wurde als infam angesehen.

Die Infamie wird von einigen Rechtslehrern in die natürliche und bürgerliche eingetheilt. Erstere ist diejenige, die aus solchen Handlungen herrührt, die schon das Vernunftrecht für schändlich erklärt, und letztere entsteht aus unerlaubten Handlungen, worauf blos die bürgerlichen Gesetze die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt haben. Man will diese Eintheilung aus der L. 42. D. de verb. signif. herleiten, wo es heißt: probrum et opprobrium

n) TACITVS de morib. Germ. c. 19. Lex Burgund. Tit. 44.

o) Dreyers Einleit. in die Lübeckisch. Gesetze, S. 403. Möser in den Phantas. Th. 2. S. 291.

p) Eisenhart von Sprüchwörtern, S. 85. flg.

q) CAESAR de bello Gallico, Lib. 6. c. 13. TACITVS de morib. Germ. c. 7. 11.

probrium id est. Probra quaedam *natura turpia* sunt, quaedam *ciuiliter* et quasi *more ciuitatis:* vt puta furtum, adulterium, *natura* turpe est; enimuero tutelae damnari, non natura probrum est, sed more ciuitatis. Nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem cadere. Diese Stelle ist aus **Ulpians** L. 75. ad Edictum genommen, wo er das Edict des Prätors von Injurien erläutert, das in der L. 15. §. 2. D. de iniur. angeführt wird [r]). Weil dieses Edict bloß von wörtlichen Injurien und besonders denjenigen handelte, die in beleidigenden Vorwürfen schändlicher Handlungen bestehen, wie die L. 7, 9. 11. 13. 15. 17. D. de iniur. beweisen, die alle aus dem 57 Buche des **Ulpians** über das Edict genommen sind, so setzte Ulpian vor allen Dingen die Bedeutung des Wortes probrum fest, da es auf verschiedene Weise gebraucht wird [s]). Die Worte probrum et opprobrium *id est* heissen so viel, als *idem* est [t]). Eigentlich heißt zwar probrum so viel als eine unerlaubte Handlung, eine Schandthat; opprobrium hingegen heißt die aus einem Verbrechen entspringende Schande. Weil es nun aber doch gleich viel ist, ob ich dem Andern ein Verbrechen vorwerfe, oder ihn für einen schändlichen Menschen erkläre, so konnte Ulpian, in Beziehung auf das Edict des Prätors von Injurien, die Worte probrum et opprobrium allerdings für gleichbedeutend nehmen [u]). **Ulpian** macht einen Unterschied zwischen solchen unerlaubten Handlungen, die schon durch das **Naturrecht**

r) CVIACIVS ad Tit. de verb. signif. h. l. GOEDDAEVS ad h. t. et l. nr. 2.

s) DVCKER de latin. veter. Ictor. p. 116. WALCH ad ECKH. herm. iur. p. 257.

t) CVIAC. Obs. Lib. IX. c. 15. FORNER. rer. quotid. Lib. III. c. 36.

u) BEYMA ad tit. de verb. signif. Leovard. 1649. 8. ad l. 42. D. de verb. signif. p. 71.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0389
DFG

für schändlich erklärt worden sind, und solchen, die blos nach dem bürgerlichen Rechte als ehrlosmachend betrachtet werden müssen. Eine Handlung der ersten Art ist der Diebstahl, der Ehebruch, da sich diese Verbrechen ohne einen dolus gar nicht denken lassen x); hat sich aber ein Vormund so verdächtig gemacht, daß er seine Vormundschaft verliert, so ist dieses kein solches Verbrechen, worauf selbst das Naturrecht die Infamie gesetzt hat, sondern diese Strafe rührt blos aus dem bürgerlichen Rechte her. Der Kritiker Noodt hielt die Worte: more ciuitatis für eine Glosse, welche Meynung aber deswegen nicht anzunehmen ist, weil der Zusammenhang des Gesetzes ihre Nothwendigkeit beweißt, daher sie auch in der Basilika stehen y). Nach dem Rechte der Pandekten war es nicht nothwendig, daß der Vormund den Pupillen vorsätzlich betrogen hatte, sondern schon eine grobe Nachläßigkeit hielt man für hinreichend und für eben so strafbar z). Es läßt sich aber doch aus dem §. 2. Inst. de poen. tem. litig. nicht undeutlich schließen, daß in iudicio tutelae die culpa lata nur alsdenn dem dolus gleich gehalten worden, wenn der Vormund, anstatt dem Pupillen den verursachten Schaden in Güte zu ersetzen, einen Proceß mit ihm anfieng; denn Justinian rechnet die Infamie mit unter die Strafen des verwegenen Leugnens. Nach dem neuern römischen Rechte machte nur ein erwiesener dolus den

x) L. 51. D. pro socio. L. 43. D. ad Leg. Iul. de adult.

y) Libr. Basil. Lib. II. Tit. 2. Tom. I. p. 46. edit. Fabret. Noodt in Prob. I, 13. Schulting h. t. §. 8. Waechtler in Opusc. p. 221. sqq. Wieling in lect. iur. ciuil. Lib. I. c. 10. Eckhardt in herm. iur. §. 286. p. 525.

z) L. 1. D. h. t. L. 7. §. 1. D. de susp. tut. L. fin. D. vbi pupill. educari. Vollenhove D. de susp. tutor. c. 8. §. 6. sqq. in Oelrichs Thes. nou. Diss. Belgic. Vol. I. T. 1. p. 247. Voet h. t. §. 2. Oroz de apic. iur. ciuil. Lugd. 1661. fol. Lib. 5. c. 5. nr. 4. p. 362.

den Vormund ehrlos, und nicht auch eine grobe Nachläßigkeit, welche nach dem Rechte der Pandekten den Vormund wenigstens insofern ehrlos machte, daß er nicht wieder Vormund werden konnte [a]). Ein großer Streit ist übrigens darüber, was die Worte more civitatis heissen sollen. Sehr viele Rechtsgelehrte [b]) verstehen nicht sowohl das Civilrecht selbst darunter, als vielmehr das Urtheil der Bürger, welche insgemein das Schlimmste zu denken gewohnt sind, und daher denjenigen, dem die Vormundschaft genommen worden ist, gleich für unehrlich zu halten pflegen, nicht anders, als wenn er unerhörte Betrügereyen begangen hätte. Diese Erklärung ist aber wohl nicht zu billigen. Unmöglich konnte Ulpian, der in dieser Stelle angeben wollte, welche probra naturaliter und welche ciuiliter dafür zu halten wären, einem unbilligen Volksvorurtheile das Wort reden. Es ist hinlänglich bekannt, daß die Ausdrücke ciuiliter und more ciuitatis dasjenige bezeichnen, was durch das Civilrecht eingeführt worden ist, und sonst demselben gemäß ist [c]).

Es ist übrigens nicht schwer einzusehen, warum Ulpian den Unterschied zwischen probris naturalibus et ciuilibus angenommen hat, da seine Absicht diese war, das Edict des Prätors von Verbalinjurien zu erläutern. Ei-

a) IENSEN in strict. p. 518.

b) DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. VIII. c. 8. p. 1027. WIELING in var. lect. p. 57. FINESTRES in Hermog. ad L. 5. D. de iust. et iure Exerc. XII. §. 33. p. 207.

c) L. 1. §. 1. D. si mens. falf. mod. L. 14. D. de oblig. et act. L. fin. D. rem pup. falu. fore. L. 8. D. acquir. vel omitt. hered. L. 34. §. 1. D. de contr. emt. L. 7. D. de supel. leg. L. fin. §. 27. D. de muner. et honor. BRISSON de verb. signif. voc. mos et ciuiliter.

nige Rechtslehrer [d]) glauben, Ulpian habe die angeführten beyden Arten von probris dadurch für unterschieden gehalten, daß der Vorwurf einer schon natürlich schändlichen Handlung allemal eine Injurie sey; dieses sey aber nicht der Fall, wenn man Jemanden einer Handlung beschuldige, welche nur ciuiliter und more ciuitatis infamire. Nach der Behauptung des Ulpians giebt es also eine natürliche Ehrlosigkeit, das heißt, eine solche, die aus Handlungen herrührt, welche schon nach dem Naturrechte schändlich sind. Es hat aber dennoch diese Art der Ehrlosigkeit nicht eher auf die bürgerlichen Rechte einen Einfluß, als wenn sie durch das Civilgesetz bestätigt worden ist. Die vorzüglichsten Wirkungen, die mit der bürgerlichen Ehre verbunden sind, rühren von der positiven Gesetzgebung im Staate her. Nur der Staat darf die Bedingungen vorschreiben, unter denen er seinen Bürgern die Vorrechte eines guten Namens zukommen lassen will; er kann also auch diese Vortheile denjenigen versagen oder entziehen, die sich derselben durch Handlungen unwürdig gemacht haben, die wider das Wohl des Staats sind. Nach dieser Voraussetzung kann man mit Recht behaupten, daß es außer dem Staate keine eigentliche Infamie gebe [e]). Geleugnet kann es zwar nicht werden, daß ein Mensch, der Eingriffe in die Rechte seiner Mitbürger gethan hat; auch außer dem Staate keinen Anspruch auf guten Namen und Ehre machen darf. Ein Mensch, der keine Treue und Glauben hält; der sich eine Freude daraus macht, Andern Tort und Schaden zu thun; der Ungerechtigkeiten ausübt; der dem Andern ohne Recht das Seinige nimmt; ein Mensch, der sich der Wollust, der

d) Goeddaevs ad L. 42. D. de verb. signif. m. 12. p. 510. Pothier in Pand. Iust. T. III. ad tit. de V. S. nr. CLXXVIII. not. e p. 682.

e) Hr. HR. Kleinschrod im peinl. Rechte, Thl. 3. S. 123. flg.

der Schwelgerey, dem Trunk ergiebt, würde auch im Naturzustande seinen Credit verlieren, und in den Augen aller ehrliebenden und rechtschaffnen Menschen verabscheuungswürdig seyn. So wahr dieses ist, so wenig läßt es sich bestreiten, daß man deswegen noch nicht gleich jedem Menschen auch im Staate die bürgerlichen Rechte entziehen darf, weil er sich durch natürlich schändliche Handlungen ehrlos gemacht hat; denn der gute Name hat außer dem Staate lange die Folgen nicht, welche ihm der Staat und die positive Gesetzgebung beylegt. Wer wird es wohl leugnen, daß der Mißtrauische, der Neidische, der Geitzige, der Unverschwiegene, der Lügner auch außer dem Staate die gerechte Verachtung eines jeden Rechtschaffnen verdient, und gleichwohl erklären die bürgerlichen Gesetze dergleichen Menschen nicht allemal für ehrlos.

§. 376. 377.

Es ist ein ausgemachter Grundsatz, daß die natürliche Ehrlosigkeit nur in so fern auch in bürgerlichen Gesellschaften von Wirkung seyn könne, als sie von dem bürgerlichen Gesetzgeber ebenfalls dafür anerkannt, und ihr rechtliche Wirkungen beygelegt worden. Verknüpfen die bürgerlichen Gesetze wirklich mit einer schon natürlich schändlichen Handlung deswegen, weil sie auch mit dem Wohl des Staats streitet, den Verlust der bürgerlichen Ehre, als eine Strafe, so kann dieses auf mehr als eine Art geschehen, und daher die bürgerliche Ehrlosigkeit mancherley Stufen haben. Es lassen sich vorzüglich zweyerley Fälle denken. Entweder bestimmt das Civilgesetz ausdrücklich eine gewisse Handlung, und verordnet, daß derjenige ehrlos seyn und dafür erklärt werden solle, der die Handlung begangen hat; z. B. wer einen Diebstahl oder Ehebruch begangen, solle für infam erklärt werden; oder die positiven Gesetze haben eine gewisse Handlung nicht ausdrücklich mit der Infamie belegt, son-

dern nur im Allgemeinen bestimmt, daß derjenige, welcher die Pflichten eines redlichen Bürgers nicht erfüllt, vielmehr Handlungen begeht, die nicht nur eine natürliche Schändlichkeit mit sich führen, sondern auch der gemeinen Wohlfahrt der bürgerlichen Gesellschaft nachtheilig sind, auf die Rechte der bürgerlichen Achtung keinen Anspruch machen soll. So streitet es z. B. wider die Pflichten eines rechtschaffnen Bürgers, ein Trunkenbold zu seyn; denn was kann ein Mensch, der selten nüchtern ist, zum Wohl seiner Mitmenschen beytragen? Wie kann man ihm ein öffentliches Amt anvertrauen? Wie kann man ihm, wenn es auf die Ablegung eines glaubwürdigen Zeugnisses ankommt, vollkommne Glaubwürdigkeit beylegen? Wenn auch die bürgerlichen Gesetze die Trunkenheit nicht namentlich mit der Infamie belegen, so billigen sie doch die Verachtung, welche solche Menschen erfahren, die einen anstößigen und mit dem Wohle des Staats unverträglichen Lebenswandel führen, und sie wollen nicht, daß sie die Vorzüge eines unbescholtenen Charakters genießen sollen, deren sie nur ehrbare und tugendhafte Bürger würdig halten. Hieraus entsteht eine doppelte Art der Ehrlosigkeit, welche die Gesetze anerkennen, und welche beyde in ihren rechtlichen Wirkungen sehr verschieden sind. Die Ehrlosigkeit der ersten Art wird nämlich infamia iuris, und die der andern Art infamia facti genennt. Es haben zwar sehr viele ältere und neuere Rechtslehrer f) diese Abtheilung für ungegrün-

f) Niellivs in disput. feudal. L. 2. thes. 6. tit. D. Pacivs in Isagoge Digestorum, h. t. Wissenbach in Exerc. ad Dig. Disp. XI. §. 13. Donellvs comment. iur. ciuil. Lib. XVIII. c. 6. p. 1023. sqq. Petr. Belloivs varior. iur. ciuil. Lib. I. c. 6. Tom. VI. Thes. Meerm. p. 677. de Greve in Exerc. ad Pand. exerc. IV. §. 10. p. 97. Strecker in D. de non ente ciuili infamia facti, Erf. 1736. de Selchow sel. cap. doctr. de inf. Sect. I. §. 3. Chr. Gottl. Einert Exerc. iur. qua praeter vnam immediatam iuris infamiam nullam existere infamiae speciem ostend. Lips. 1777. Hr.

gegründet erklärt, weil jede Ehrlosigkeit eine Strafe sey, die der Richter nicht eher auflegen dürfe, als bis es die Gesetze ausdrücklich erlauben; noch viel weniger aber könnten Ehre und Schande in der bürgerlichen Gesellschaft, mit den davon abhängenden rechtlichen Verhältnissen, der willkührlichen Entscheidung des Publikums unterworfen seyn. Auf diese Einwürfe antworten andere berühmte Rechtslehrer g), wenn gleich die Benennung selbst im römischen Rechte nicht vorkommt, so ist doch die Sache selbst ganz deutlich darin enthalten. In der L. 2. D. de obsequiis parent. et patr. praest. heißt es von solchen Personen, gegen welche die actio doli oder iniuriarum angestellt worden: licet verbis Edicti non habeantur *infames* ita condemnati, *re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.* Es würde ferner die L. 2. C. de dignit. eine höchst auffallende Tautologie enthalten, wo es heißt: neque famosis neque notatis, et *quos scelus*, *aut vitae turpitudo inquinat*, et quos infamia ab honestorum coetu segregat, dignitatis portae patebunt, wenn man sie blos von solchen Personen erklären wollte, welche mit einer infamia iuris behaftet sind. In der L. 27. C. de inoff. test. wird infamia und turpitudo unterschieden, und gleichwohl der letztern eben die Wirkung beygelegt, daß, wenn eine solche schändliche Person im Testament dem Bruder des Erblassers

Hr. HR. Runde im Privatrechte, §. 302. S. 227. Hr. RR. Danz im Handbuche des teutsch. Privatr. Thl. 3. S. 60. Hr. HR. Kleinschrod im peinl. Rechte, 3ter Thl. §. 85.

g) Amaya ad Cod. T. I. Lib. X. tit. 57. nr. 7—15. p. 566. Lugd. 1639. fol. van de Poll de exhaered. Vltrai. 1712. 4. c. 62. §. 17. p. 452. Schulting h. t. §. 2. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 9. ibique Emmingh. not. n. Hofacker in Princ. iur. ciuil. T. I. §. 527. p. 254. Carl Adolph Braun von der infamia facti, in den Erlanger gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. n. 33. 38. 50. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 5. S. 144.

lassers vorgezogen worden, der Uebergangene die querela inofficiosi testamenti gegen dieses Testament anstellen könne. Auf gleiche Weise machen die Gesetze h) einen Unterschied zwischen solchen Handlungen, die im eigentlichen Verstande infamiren, und solchen, quibus pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogare, oder wie sie sich auch ausdrücken: quae pudorem tantum fugillant. Daß endlich die Gesetze in solchen Fällen, wo sie auch keine Infamie namentlich angeordnet haben, dennoch die Verachtung nicht misbilligen, welche diejenigen nach dem Urtheile rechtschaffner und verständiger Personen verdienen, die sich durch solche natürlich schändliche Handlungen der bürgerlichen Achtung, und der damit verknüpften Vortheile unwürdig gemacht haben, beweisen viele Gesetze. In der L. 25. C. ad Leg. Iul. de adult. heißt es: etsi libidine intemperatae cupiditatis ex actorum lectione exarsisse te cognitum est; tamen cum ancillas compressisse, non liberas stuprasse, detectum sit, ex huiusmodi sententia *grauatam potius opinionem tuam*, quam *infamia adflictam* esse, manifestum est. In der L. 13. C. ex quib. causs. inf. irrog. wird bemerkt: ea, quae pater, testamento suo filios increpans, scripsit, *infames* quidem filios iure non faciunt, *sed apud bonos et graues opinionem eius, qui patri displicuit, onerant.* In der L. 3. pr. D. de testib. schreibt Callistratus, bey der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen solle vorzüglich darauf gesehen werden, an *honestae* et *inculpatae vitae*, an vero *notatus* quis, et *reprehensibilis* sit. Kann man nun von solchen Menschen, quos vitae turpitudo inquinat, et quorum opinio apud bonos honestosque grauata est viros, und welche die Gesetze dennoch von solchen, qui *infames* iure habentur, unterscheiden, nicht wohl sagen, daß sie homines integrae existimationis sind, wofür man

h) L. 20. D. h. t. L. 10. §. 12. D. de in ius vocando.

man sie doch halten müßte, wenn man die infamiam *iuris* nur für die einzige Art der Ehrlosigkeit halten wollte; genießen ferner solche Menschen auch wirklich nicht mehr die vollkommnen Rechte und Vorzüge eines guten Namens, da sie nach Vorschrift, der angeführten Gesezze, von Ehrenstellen ausgeschlossen und Geschwistern in Testamenten nicht vorgezogen werden sollen, sie auch kein vollgültiges Zeugniß ablegen können, so muß es doch wohl, außer der infamia iuris, noch eine andere Art der Ehrlosigkeit geben, die von den Rechtslehrern infamia *facti* genennt wird. Man pflegt zwar der Behauptung, daß solche Personen von Ehrenstellen auszuschließen sind, die L. 17. D. de decur. entgegen zu setzen, wo gesagt wird, daß auch so gar diejenigen, welche eines Policeyvergehens wegen von den Aedilen gegeißelt worden sind, dennoch weder vom Decurionate, noch von andern Municipalämtern ausgeschlossen werden sollen. Allein es heißt erstlich in diesem Gesetz ausdrücklich: *inhoneſtum* tamen eſſe, huiusmodi perſonas, flagellorum ictibus ſubiectas, in ordinem recipi, et maxime in iis ciuitatibus, quae copiam virorum honeſtorum habent; sodann war es auch nothwendig, in Ansehung des Decurionats und der übrigen öffentlichen Aemter in den Municipien eine Ausnahme zu machen, weil diese Aemter mit großen Beschwerden verknüpft waren, so daß sich Niemand darum bewarb, der nicht entweder ein solches Amt übernehmen mußte, oder doch gewisse Vortheile dadurch zu erlangen suchte. Eben deswegen nahm man auch Plebejer, Juden und Ungelehrte dazu. Eben deswegen schloß man auch solche Personen nicht aus, die nicht förmlich für infam erklärt worden waren, sondern sich nur durch eine erlittene Geißelung eine öffentliche Beschimpfung zugezogen hatten, wenn man nämlich kein besseres Subject zur Besetzung eines solchen Amtes hatte, wie selbst die angeführte L. 12. deutlich zu erkennen giebt, worin es heißt: nam *paucitas* eorum, qui muneribus publicis (ſcil. in municipiis) fungi debeant, neceſſario

etiam

etiam hos (scil. flagellis caesos) ad dignitatem municipalem, si facultates habeant, inuitet i). Bestünde freylich die infamia facti blos in schwankenden Meynungen des Publicums, und wäre sie wirklich von keinen weitern rechtlichen Folgen, wie diejenigen behaupten wollen, die solche verwerfen, so konnte man die Sache nicht in Schutz nehmen. Allein darin liegt eben der Fehler, daß man sich von der infamia facti eine ganz andere Vorstellung gemacht hat, als nach den Gesetzen geschehen sollen. Keinesweges haben die Gesetze die Beurtheilung jener turpitudo, welche die Rechtslehrer infamiam facti nennen, der blos willkührlichen Entscheidung des Publikums unterworfen. Bey den Römern gehörte es zum Amte des Censors, die Untugenden des römischen Bürgers mit der nota censoria zu rügen. Ein Senator verlor Sitz und Stimme im Senat, ein Ritter sein Pferd, welches er vom Staate bekommen hatte. Der Notirte mußte bey öffentlichen Spielen unter den Plebejern sitzen, wenn er auch vorher einen noch so vornehmen Stand gehabt hatte. Niemand vertraute ihm die Vormundschaft seiner Kinder an. Bisweilen wurde der Notirte blos für einen aerarius erklärt, das heißt, man schätzte sein Vermögen größer, als es wirklich war, daher er nun auch mehr Tribut bezahlen mußte; bisweilen wurde er aus seiner Tribus in eine niedrigere versetzt, oder gar in die tabulas Caeritum geschrieben k). Wenn gleich das Amt der Censoren endlich gar aufhörte, so fiel doch damit zugleich nicht auch die Beurtheilung der Handlungen

i) SCHILTER Praxis iur. Rom. Exerc. X. §. 31. Io. WYNDERLICH de legit. per oblat. curiae, Ien. 1759. 4. §. 4. Andr. Guil. CRAMER dispunct. iur. ciuil. c. 1. p. 5.

k) GVNDLINGIANA Part. 16. nr. 1. Braun von dem römischen Zuchtmeisteramte und der daraus fließenden Anrüchtigkeit, in den Erlanger Zeit. v. J. 1749. nr. 38. Alex. Adam's Handbuch der röm. Alterthümer; aus dem Englisch. übers. vom Hrn. M. Meyer, Erlangen 1794. 8. S. 238.

gen weg, welche dem guten Rufe der Menschen nachtheilig sind, noch weniger wurde sie blos der willkührlichen Beurtheilung des Publikums überlassen. Es wurden vielmehr in Gesetzen selbst solche facta turpia erfordert, quae apud bonos et graues viros existimationem onerant l). Der Richter hat also die Entscheidung zu übernehmen, ob sich Jemand wirklich so schimpflich aufgeführt habe, daß er derjenigen Vortheile des guten Namens für unwürdig gehalten werden muß, von denen gerade die Frage ist. Auf diese Weise läßt sich also die infamia *facti* als eine von der infamia *iuris* unterschiedene Art der Ehrlosigkeit, nach der Meynung der berühmtesten Rechtsgelehrten m), von denen viele bereits angeführt worden sind, allerdings rechtfertigen. Sie unterscheidet sich übrigens von der infamia iuris besonders darin, daß hier nicht ein factum in specie mit der Ehrlosigkeit belegt wird, sondern nur solche Handlungen überhaupt, die schon ihrer Natur nach schändlich sind, und zugleich mit der Wohlfahrt der bürgerlichen Gesellschaft streiten, und die bürgerliche Achtung mindern. Sie hat daher jederzeit eine von den bürgerlichen Gesetzen im Allgemeinen bestätigte infamiam naturalem zum Grunde, dahingegen eine infamia iuris auch solche Handlungen betreffen kann, die von Natur nicht schändlich sind, welches z. B. der Fall bey einer Wittwe ist, die während ihres Trauerjahres, ohne Dispensation erhalten zu haben, geheyrathet hat. Endlich ist auch die infamia facti lange nicht so nachtheilig als die infamia iuris.

§. 378.

l) L. 13. C. ex quib. cauff. infam. irrog.

m) SCHILTER Exerc. X. §. 25. STRAVCH ad ius Iuſtin. Diff. 29. §. 29. STRVV Exerc. VII. th. 17. ibique MÜLLER not a. BACHOV ad TREVTLER. T. I. Diſp. VIII. th. 4. lit. A. VOET h. t. §. 3. BOEHMER in comp. Dig. h. t. §. 8. WESTENBERG h. t. §. 3. et 47. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. 5. §. 35. Höpfners Commentar, §. 62. Note 13. S. 38.

§. 378.

Eine hierher gehörende Frage ist es: ob die Strafe, oder die Veranlassung derselben, nämlich das begangene Verbrechen, die Ehrlosigkeit verursache? In der L. 27. D. h. t. heißt es: *ictus fustium* infamiam non importat, sed *causſa*, propter quam id pati meruit, si ea fuit, quae infamiam damnato irrogat. In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est. Eben dieses wird in der L. 14. C. ex quib. cauſſ. inf. irrog. bemerkt. Von jenem Gesetz ist vor allen Dingen zu bemerken, daß es in der Inscription heißt, die Stelle sey aus dem Marcellus Lib. II. Publicorum (sc. iudiciorum) genommen worden; da aber dieſe libri Publicorum des Marcellus sonst nicht weiter angeführt werden, wie man aus dem indice Pandectarum Florentino sieht, so ist jene Ueberschrift, aller Wahrscheinlichkeit nach, unrichtig. Es hat daher Meinard Tydemann behauptet, dieses Gesetz sey aus des Juristen Aemilius Macer Libris Publicorum genommen, wovon im angeführten Index Publικῶν *βιβλία δύο* angeführt werden [n]). Dieses ist besonders deswegen sehr wahrscheinlich, weil aus dem zweyten Buche der Publicorum des Aemilius Macer mehrere Bruchstücke in den Pandekten vorkommen, die von der Ehrlosigkeit handeln [o]), wie die L. 63. D. de furt. L. 40. D. de iniur. L. 4. D de praevaric. L. 7. D. de public. iud. L. 8. D. de accuſ. L. 10. D. de poenis beweisen [p]). Es ist auch sonst gar nichts ungewöhnliches, daß Macer und Marcellus verwechselt worden ist. So wird z. B. in der Haloandriniſchen Ausgabe

n) Mein. Tydemann D. de Lucii Vlpii *Marcelli* Icti vita et scriptis, Trai. ad Rhen. 1762. Sect. II. c. 2. §. 2. in Oelrichs Theſ. Vol. I. T. I. p. 73.

o) Abr. Wieling in iurispr. reſtit. pag. 97.

p) van Nipsen in Diſſ. de ſepulcro violato c. 26. §. 5. nr. 13. Tydemann l. c. Sect. I. c. 8. §. 5.

Ausgabe die L. 8. D de sepulchro viol. ganz irrig dem Marcellus zugeschrieben, da sie doch in des Aem. Macers Libr. 1. Publ. gestanden hat. Eben so unrichtig ist es, wenn die Inscription der L. 10. D. de poen. heißt: *Marcellus* lib. 2. de publicis iudiciis, wie man in der Ausgabe des Peter Baudoza findet. Am häufigsten kommt die Verwechselung dieser beyden Namen in den Basilicis vor q). Man findet sogar unter den Fragmenten aus dem 2ten Buch der Publicorum des Macers eine Stelle, nämlich die L. 10. D. de poenis, welche mit der L. 22. D. h. t. einen unmittelbaren Zusammenhang zu haben scheint, und wo man glauben kann, beyde Stellen haben anfangs zusammen gehört. Im §. 2. der L. 10. D. de poenis heißt es nämlich: in personis tam Plebeiorum quam Decurionum illud constitutum est, vt qui maiori poena adficitur, quam legibus statuta est, *infamis* non fiat: ergo et si opere temporario quis multatus sit, vel tantum fustibus caesus, licet in actione famosa, veluti furti; dicendum erit, infamem non esse, quia et solus fustium ictus grauior est, quam pecuniaria damnatio. Hält man diese Stelle mit der L. 22. zusammen, so kommt folgender Gedanke heraus. Es ist, bemerkt Macer, bey den Decurionen sowohl als den Plebejern in den Municipien besondern Rechtens, daß, wenn sie einer infamirenden Handlung wegen härter bestraft worden sind, als es nach den Gesetzen seyn sollte, ihnen die sonst verdiente Ehrlosigkeit erlassen wird. Man nehme also an, ein Municipalbürger wäre eines begangenen Diebstahls wegen auf Befehl des Präses fustigirt worden, da er doch den Rechten nach mit Gelde bestraft werden sollen, so wird er nun nicht infam. Warum? Erstlich, weil das Verbrechen, worauf die Ehrlosigkeit folgt, nun nicht mehr vorhanden ist, wenn der Verbrecher deswegen härter bestraft worden, als er es

q) Corasius in Miscell. Lib. 1. c. 16. §. 5.

es verdiente, mithin er nun schon so viel ausgestanden hat, als die Folgen der Ehrlosigkeit betragen; zweytens, weil die Strafe an sich, und auch selbst die Fustigation, nicht infamirt, sondern die Veranlassung derselben, nämlich das Verbrechen, weswegen Jemand bestraft werden muß. Wird nun also Jemand härter bestraft, als er es verdient hat, so fehlt es an dem Grunde der Infamie, folglich kann sie durch die Strafe allein nicht bewirkt werden. Erklärt man die L. 27. D. h. t. auf diese Art in Verbindung mit der L. 10. §. 2. D. de poen. so zeigt sichs, daß sie **Corasius** r) unrecht verstanden hat, welcher behauptet, daß nach der L. 22. die Fustigation alsdenn infamire, wenn Jemand eines infamirenden Verbrechens wegen auf diese Art bestraft worden sey; z. B. eines **Diebstahls** wegen. Diese Erklärung streitet offenbar mit der L. 10. D. de poen. Es kommt hier vorzüglich auf die Worte an: causſa, propter quam id pati *meruit*, welche **Corasius** unrichtig erklärt hat, und welche sagen, das Verbrechen müsse ein solches seyn, cui fustium poena per leges est statuta; diese Beschaffenheit hatte es aber mit dem **Diebstahle** nicht.

Wenn gleich zwischen beyden Stellen auf die angeführte Art der genaueste Zusammenhang herausgebracht werden kann, so läßt sich hieraus dennoch keinesweges der Grundsatz herleiten, quod scilicet poena corporalis iusto

r) Ferd. Chr. HARPPRECHT D. de infamiae dispensatione quae fit per poenae aggrauationem, in *Eius* Diss. acad. Vol. I. Disp. XI. p. 402. sqq. DONAVER D. de transactione legis cum delictorum reis de existimatione, quae fit per aggrauationem poenae, Alt. 1697. Ant. MATTHAEI de criminib. Lib. XLVIII. tit. 18. c. 3. nr. 12. VOET h. t. §. 5. LECTIVS ad Aemil. *Macrum* de publ. iudic. in OTTONIS Thes. T. I. p. 95. KOCH Inst. iur. crim. §. 176. PÜTTMANN Elem. iur. crim. §. 76. HOFACKER l. c. T. I. §. 324. Quistorps peinl. Recht, Thl. 1. §. 100. Westphals Criminalrecht, Anmerk. 28. §. 4. Danz Handbuch, Thl. 3. §. 303. S. 67.

iusto grauior famam alicui conseruet, quasi hac ratione de fama esset transactum. Es ist nämlich die gemeine Meynung der Rechtslehrer s), der Richter könne von dem Verbrecher die Ehrlosigkeit dadurch abwenden, wenn er auf eine härtere Strafe erkannt habe, als auf das Verbrechen gesetzt worden ist. Die Vertheidiger dieser Meynung führen außer der L. 10. §. 2. D. de poenis, welche bereits erklärt worden, mehrere Gesetze an, worin bemerkt wird, daß die Zuerkennung und Erduldung einer härtern Strafe gleichsam als ein Vergleich zu betrachten sey, der zur Schonung der bürgerlichen Ehre, zwischen dem Richter und dem Verbrecher geschlossen worden sey. In der L. 13. D. h. t. heißt es: poena *grauior* vltra legem imposita, existimationem conseruat, vt et constitutum est et responsum: vtputa reum, qui parte bonorum multari debuit, *Praeses* relegauerit, dicendum erit, *duriori sententia cum eo transactum de existimatione eius: idcirtoque non esse infamem.* In der L. 15. pr. D. ad municip. wird gesagt: ordine decurionum ad tempus motus, et in ordinem regressus, ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in vtroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam eiusmodi meruerunt: *durioribus enim poenis affectos, ignominia, velut transacto negotio, postea liberari.* In der L. 5. D. de decur. heißt es: ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat, in perpetuum moueri placuit: ad tempus autem exulare iussos ex crimine leuiore, velut transacto negotio non esse inter infames habendos. Gleiche

s) ACCVRSIVS et CVIACIVS ad L. 1. C. de his, qui in exil. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. XVII. c. 8. BACHOV ad Prota p. 764. Nic. ANTONIVS de exilio Lib. 2. c. 2. §. 5. in MEERMANNI Thes. Tom. III. WISSENBACH ad Pand. Disp. XI. §. 27. SCHVLTING h. t. §. 9. TYDEMANN cit. Diss. Sect. II. c. 2. §. 2. not. 5.

Gedanken kommen in der L. 4. C. ex quib. cauſſ. infam. irrogat. vor, wie geſagt wird: ſi Poſidonium in tempus anni relegatum, ſententiam non exceſſiſſe *Proconſulis* probaueris, quinque annis exilio temporali damnandum, inter infames haberi non oportet: quoniam ſententiae ſeueritas cum caeteris damnis tranſigere videtur. Einige Rechtsausleger [t]) ſind der Meynung, anſtatt relegatum müſſe relegandum geleſen werden, und anſtatt damnandum ſey damnatum zu leſen. Dieſe Verbeſſerung läßt ſich aber nicht mit richtigen Gründen unterſtützen, wie aus einem Falle erhellet, den **Thaleläus** in den Scholien über die L. 4. C. ex quib. cauſſ. inf. irrogat. aus den Commentaren des **Heros Patricius** angeführt hat. Ein Decurio, Namens **Poſidonius**, war eines infamirenden Verbrechens wegen, vielleicht einer **Injurie** halber, ſtatt einer ſonſt nur verwirkten Geldſtrafe, auf ein Jahr relegirt worden. Er weigerte ſich, dem Ausſpruch des Proconſuls Folge zu leiſten, und gieng nicht aus der Provinz, wie ihm doch war aufgelegt worden. Der Proconſul berichtete daher die Sache an den Kaiſer, wie bey dergleichen Fällen geſchahe [u]), und fragte zugleich an, wie es wegen der verwirkten Ehrloſigkeit zu halten ſey. Die Kaiſer **Severus** und **Antoninus** reſcribirten hierauf, daß **Poſidonius** zwar wegen ſeiner Widerſpenſtigkeit nunmehr, ſtatt eines Jahres, auf fünf Jahre zu relegiren ſey; da er aber hierdurch härter beſtraft werde, als es ſonſt gewöhnlich ſey, indem die Strafe nur in einer Geldbuße beſtehen ſollte, ſo ſolle ihm deswegen die **Ehrloſigkeit**, die er ſonſt verdient haben würde, erlaſſen ſeyn.

Jene Meynung der größten Rechtsgelehrten hat viel wider ſich, daher man wohl annehmen kann, ſie laſſe ſich mit der **Theorie** nicht vereinbaren. Es iſt 1) in allen

t) CRAMER in Diſpunct. c. 1. p. 8. ſqq.

u) L. 27. §. 1. D. de poen.

allen angeführten Gesetzen ganz und gar nicht die Rede von einem Rechte des Richters, Kraft dessen er auf eine härtere Strafe, anstatt der in Gesetzen angenommenen, sprechen, und dadurch dem Delinquenten die verdiente Ehrlosigkeit erlassen könne; sondern sie bestimmen nur, was in dem Falle Rechtens seyn sollte, wenn der Richter einen Verbrecher härter bestraft habe, als nach den Gesetzen geschehen sollen. In dergleichen Fällen wollen sie, daß man, um den Fehler des Richters wieder gut zu machen, die Sache gleichsam als einen Vergleich betrachte, und weil der Verbrecher schon härter bestraft worden, als er verdient habe, so sey er dadurch zu entschädigen, daß ihm die **Ehrlosigkeit**, welche wegen des Verbrechens eintreten sollte, geschenkt wird x). Es enthalten 2) jene Gesetze auch gar keine allgemeine Regel, sondern sie reden einzig und allein von dem Präses oder Proconsul in der Provinz, wenn derselbe einen Decurio, oder einen Municipalbürger härter bestraft habe, als es geschehen sollen. Hier trat ein besonderer Grund ein, warum solchen Personen durch die erlittene härtere Strafe, die sonst verdiente Ehrlosigkeit erlassen wurde, und dieser bestand in der eigenen Beschaffenheit dieser Aemter. Weil solche Stellen, wegen der damit verbundenen ganz außerordentlichen Beschwerden äußerst schwer besetzt werden konnten, so mußte man freylich die **Decurionen**, wenn sie eine Handlung unternommen hatten, die ihre Ehre schmälerte, auf alle Weise zu schonen suchen; und diese Gelindigkeit war auch bey den Municipalbürgern nöthig, weil aus ihnen die Decurionen ebenfalls genommen wurden. Diese Umstände fanden sich nun weder bey andern römischen Unterthanen, die keine Municipalen waren, noch bey solchen römischen Magistratspersonen, die keine Statthalter in den Provinzen waren y); und man kann daher jene Ge-

x) Hr. HR. Kleinschrod im peinl. Rechte, Thl. 2. §. 129.

y) CRAMER in Disputat. c. 1.

wohnheit auf unsere heutigen Richter um so weniger anwenden, da nicht einmal ein römischer Präses, außer dem angeführten Falle, berechtigt war, die aus dem begangenen Verbrechen entstehende Ehrlosigkeit zu erlassen, wie man aus der L. 63. D. de furtis sieht, wo es heißt: non poterit *Praeses* efficere, vt furti damnatum non sequatur *infamia*, welche Stelle aus des MACRI Lib. II. publicorum iudiciorum genommen ist, und deswegen mit der L. 10. D. de poenis verbunden werden kann [z]). Macer bemerkt, nicht die Strafe an sich, sondern die Veranlassung derselben, nämlich das Verbrechen, mache ehrlos; und dieses sey nicht blos bey der Fustigation Rechtens, sondern auch bey allen übrigen Arten der Strafen, wiewohl Anton Faber die Worte der L. 22. D. h. t. in caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est, für einen Zusatz des Tribonians hält, welche Meynung aber keinen Grund hat [a]). Dieser Bemerkung scheint nun Callistratus zu widersprechen, welcher in der L. 5. §. 2. D. de extr. cognit. mehrere Strafen anführt, und davon behauptet, daß sie ehrlos machen. Dieser Widerspruch ist leicht zu heben; es folgt nämlich noch nicht, daß die vom Callistratus angeführten Strafen schon an sich ehrlos gemacht haben, sondern der Jurist wollte sagen, daß unter andern die Ehrlosigkeit aus solchen Verbrechen entstehe, die mit den von ihm angeführten Strafen geahndet würden [b]).

So viel Gewicht die angeführten Gründe haben, so nimmt man doch in der Praxis, auf die Glosse gestützt, jene

z) NOODT ad Pand. h. t. Iac. LECTIVS ad Aem. *Macrum* de publ. iudic. h. l. in OTTONIS Thes. Tom. I. p. 94. POTHIER in Pand. Iustin. h. l. nr. XIII. p. 99.

a) Ant. FABER in Rational. ad L. 22. D. h. t. BACHOV ad Prota. p. 764.

b) Iul. PACIVS in Leg. concil. cent. II. qu. 29. Hr. HR. Aleinschrod im peinl. Rechte, Thl. 3. §. 83. S. 145.

jene irrige Meynung an, weil man es 1) für billig hält, den Menschen so viel möglich ihre bürgerliche Ehre zu erhalten, und 2) weil doch der Grund jener Gesetze, quod scilicet duriori sententia quasi transactum sit de existimatione, ganz allgemein sey c). Es wird nun zwar in den Gesetzen ausdrücklich erfordert, daß die aufgelegte härtere Strafe keine Geldstrafe seyn dürfe; da aber jene Gesetze bloß von einer Privatgeldstrafe reden, die bey den Römern der Kläger erhielt, wodurch also freylich dem Staate keine Vergütung und Satisfaction zu Theil wurde d), so richtet man sich in der Praxis nach jenen Gesetzen nicht, da wir über dieses von dergleichen Strafen wenig oder gar keinen Gebrauch machen. Unter die Gesetze, worin ausdrücklich gesagt wird, daß die aufgelegte härtere Strafe, keine Geldstrafe seyn dürfe, gehört z. B. die L. 13. §. 7. in fine D. h. t. worin es heißt: sed si in caussa *furti nec manifesti* in *quadruplum* iudex condemnauit: oneratum quidem reum poena aucta, (nam ex furto non manifesto in *duplum* conueniri debuit); verum hanc rem existimationem ei non conseruasse; *quamuis, si poena non pecuniaria eum oneraſſet, transactum cum eo videtur.*

Ganz andere Grundsätze findet man im teutschen Rechte; denn nach diesem kann die Ehrlosigkeit auch eine Folge der ausgestandenen Strafe seyn. Nach heutigen Rechten in Teutschland infamiren alle Criminalstrafen, welche durch des Schinders Hand an der Person des Verbrechers, oder an seinem Namen und Bildnisse voll-

c) Berger in Oecon. iur. Lib. I. tit. 2. th. 14. Stryck in vsu mod. h. t. §. 12. Wernher Obs. T. I. P. 5. obs. 151. nr. 3. Coccei in Resp. T. III. Resp. 50. nr. 5. *Consil.* Tvbingens. Vol. IV. Cons. 224. nr. 12. sqq. Strubens rechtl. Bedenk. Thl. 3. Bedenk. 22. S. 107. flg.

d) Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 8. Amaya in comment. ad Cod. T. I. Lib. X. tit. 57. n. 25.

zogen worden ist [e]). Als eine solche Strafe wird auch heutiges Tages der Staupbesen betrachtet, da er durch des Scharfrichters Knecht vollzogen wird [f]). Die Ursache hiervon liegt darin, daß die alten Teutschen viel zu ungebildet und sinnlich waren, als daß sie die Ehrlosigkeit und Schande aus dem Verbrechen selbst hätten ableiten sollen. Sie nahmen daher die Kränkungen der Ehre nur dann an, wenn sie durch die öffentliche Bestrafung auf eine sinnliche Art überzeugt wurden, daß sich der Missethäter wirklich seiner Ehre verlustig gemacht habe [g]). Hierauf hat man in den Gerichten den Rechtssatz gegründet: wenn Jemand wegen eines solchen Verbrechens, das sonst den Rechten nach ehrlos macht, nicht zugleich auch mit einer schimpflichen Leibesstrafe bestraft worden, sondern man ihm bloß Gefängniß oder gar nur Geldstrafe zuerkannt habe, er in diesen Fällen schlechterdings nicht für ehrlos gehalten werden könne [h]), wiewohl andere Rechtslehrer [i]) verschiedenes dagegen erinnert haben.

§. 379.

e) I. S. Boehmer de poenarum capitalium honestate. A. L. Seip Abh. von dem Unterschiede der ehrenrührigen Strafen nach römischen und teutschen Rechten, Gött. 1750. Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, 1. Thl. §. 78—80.

f) Herr v. Quistorp a. a. O. §. 77. Note f. Herr GJR. Klein in den Grundsf. des peinl. Rechts, §. 87. Note a. Stelzers Lehrbuch des teutschen Criminalrechts, §. 191.

g) Hr. HR. Kleinschrod a. a. O. Thl. 3. §. 58.

h) Christ. Thomasius in Diss. an poenae viuentium, eos infamantium, sint absurdae et abrogandae, §. 37. 45. 46. 47. de Boehmer ad Art. CX. const. crim. Carol. §. 3. Reinhardt ad Christ. Vol. I. Obs. 8. p. 13. G. L. Boehmer D. de querela inofficiosae donationis fratrum, Götting. 1751. §. 8. Hr. v. Quistorp a. a. O. Thl. 1. §. 77. Note i.

i) Stryck in vsu mod. h. t. §. 13. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 4. ibique Emmingh. not. k.

§. 379. 380.

Bey den Römern war die infamia iuris von zweyerley Beschaffenheit; denn man unterschied die unmittelbare und die mittelbare Ehrlosigkeit. Verband das Gesetz die Ehrlosigkeit mit einer gewissen Handlung dergestalt unmittelbar, daß die Wirkungen derselben eintreten sollten, so bald Jemand ein Verbrechen begangen hatte, ohne daß sie erst durch Ausspruch des Richters zuerkannt werden durfte, oder wenn auch ein richterlicher Ausspruch erfolgt war, gleichwohl die Wirkungen derselben gleich mit der Zeit des begangenen Verbrechens eintraten, so nennte man die Ehrlosigkeit eine unmittelbare, infamia iuris *immediata*; zeigte aber die Ehrlosigkeit, welche die Gesetze auf eine gewisse Handlung gelegt hatten, nach dem Willen derselben ihre Wirkung, wenn der Verbrecher deshalb entweder durch ein competentes richterliches Urtheil zur verdienten Strafe condemnirt worden ist, oder es war erwiesen, daß er sich der Handlung wegen verglichen, und zu Abwendung der Anklage Geld oder Geldeswerth gegeben habe, so hieß die Ehrlosigkeit eine mittelbare, infamia iuris *mediata*. Wenn gleich diese Eintheilung von den berühmtesten Rechtsgelehrten [k]) für in Gesetzen gegründet gehalten wird, so giebt es doch auch einige neuere Rechtslehrer [l]), welche die Sa-

k) DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 7. §. AMAYA ad Cod. Lib. X. tit. de infam. nr. 26. sqq. Ant. MATTHAEI de criminibus, Lib. 48. tit. 18. c. 3. n. 6. FRANZKIVS h. t. n. 6. 7. 8. VOET h. t. §. 1. SCHVLTING h. t. §. 3. sqq. WESTENBERG h. t. §. 25. G. L. BOEHMER in Diss. de querela inoff. donat. fratrum, §. 7. 8. HOFACKER in Princ. iur. Rom. T. I. §. 320. p. 249.

l) Chr. Gottl. EINERT Exerc. qua praeter unam *mediatam* infam. iuris nullam existere infamiae speciem ostenditur, Lips. et Zittau. 1777. §. 7. Hr. HR. Kleinschrod im peinl. Rechte, 3 Thl. §. 84. Hr. RR. Danz im Handb. des heutigen teutsch. Privatrechts, 3ter Band, §. 301. S. 60.

che für falsch erklären, und der Meynung sind, es gebe gar keine unmittelbare Ehrlosigkeit, sondern es werde allemal erst der Ausspruch des Gerichts vorausgesetzt, ehe Jemand für infam gehalten werden könne. Ihre Gründe haben wohl nicht die Stärke, den Ungrund dieser Eintheilung für richtig halten zu müssen. Man findet 1) mehrere Gesetze, woraus deutlich erhellet, daß bey den Römern nicht allemal ein richterliches Erkenntniß vorhergegangen seyn durfte, wenn die Wirkung der Infamie eintreten sollte. In der L. 15. C. ex quib. causs. infam. irrog. heißt es: non *damnatos* quidem duntaxat *iniuriae*, sed et *pactos* quoque perpetuum Edictum infamat [m]). Verum *pactos* eos demum, qui vllos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numerassent, in hac caussa placuit intelligi [n]). Caeterum simplex eius rei gratia integram pacti existimationem illibatamque conseruat. Simplex gratia heißt hier eine unentgeltliche Verzeihung. Ulpian bemerkt in der L. 6. §. 3. D. h. t. si quis precibus impetrauit, ne secum ageretur, so werde er nicht ehrlos, quia alioquin nulla erit veniae ratio; quod est inhumanum. Die Worte integram *pacti* heißen so viel, als eius, qui pactus est [o]). Vermöge dieses Gesetzes sollen nicht bloß diejenigen für ehrlos gehalten werden, die einer ehrlos machenden Handlung wegen verurtheilt worden sind, sondern auch diejenigen, welche sich außergerichtlich verglichen und Geld dafür gegeben haben, daß man sie nicht verklagen solle. Es wurde in diesem Falle angenommen, sie hätten den Vergleich deswegen geschlossen, weil sie kein gutes Gewissen hätten, und aus diesem Grunde erkärte man sie geradezu für geständig und überwie-

m) L. 4. §. 5. D. h. t.

n) L. 6. §. 3. D. h. t.

o) POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XI. not. n. pag. 98.

wiesen p). Ein richterliches Urtheil hielt man in dergleichen Fällen um desto weniger für nöthig, weil demjenigen, der Etwas eingesteht, schon sein eigenes Gewissen verurtheilt, wie es in der L. 1. D. de conf. heißt. Es kann 2) wohl nicht gleich viel seyn, daß die Gesetze in einigen Fällen so ganz bestimmt sagen, die That sey allein zur Bewirkung der Ehrlosigkeit nicht hinreichend, wenn der Schuldige nicht auch zugleich deswegen condemnirt worden sey: in andern Fällen aber die Ehrlosigkeit ganz allein mit der vorgenommenen Handlung verbinden, ohne an das richterliche Erkenntniß zu denken, ja sie bemerken wohl gar ausdrücklich, die That und nicht das Urthel des Richters mache ehrlos. In der L. 1. D. h. t. wird derjenige ausdrücklich für ehrlos erklärt, qui in iudicio publico calumniae praeuaricationisue cauſſa quid feciſſe *iudicatus erit*, womit die Bemerkung des Ulpians in der L. 4. §. 4. D. h. t. zu verbinden ist, wo es heißt, daß ein peinlicher Ankläger, der sich einer Prävarikation oder Calumnie schuldig gemacht, erst alsdenn für ehrlos zu halten sey, ſi fuerit calumniae cauſſa *damnatus*; neque enim ſufficit calumniatum. Dahingegen wird in der angeführten L. 1. D. h. t. schlechthin gesagt, wer Hurenwirthschaft treibe, sey infam, qui lenocinium fecerit, und Ulpian, welcher in dem Falle einer begangenen Prävarikation so genau bestimmte, wenn der Calumniant ehrlos sey, gedenkt bey diesem Falle des richterlichen Urthels gar nicht, sondern erklärte blos die Worte, lenocinium facere. In der L. 43. §. 12. D. de ritu nuptiar. unterscheidet er ausdrücklich ein Frauenzimmer, qua eſt *adulterii damnata*, von einer solchen, quae in *adulterio deprehenſa* quidem, damnata autem non ſit, und sagt von jener, sie sey ehrlos, quia iudicio publico *damnata eſt*, aber auch die letztere, quae in adulterio *deprehenſa*, erklärt er für ehrlos, welche eben so wenig

p) L. 5. D. h. t.

nig als jene nach der Lex Iulia et Papia, weder ein Senator noch ein anderer frey gebohrner Römer heyrathen dürfe q). Als den Grund hiervon führt Ulpian an, quia factum *lex*, non sententiam notauerit; ein offenbarer Beweis, daß Weibspersonen, die man im Ehebruch angetroffen, ipso iure ehrlos werden, ohne daß ein richterliches Urthel erst vorher gehen dürfe. Man kann aber auch 3) einen sehr guten Grund anführen, warum verschiedene Handlungen ipso iure ehrlos machen, andere aber nicht eher, als bis der Richter den Ausspruch darüber gethan hat. Diejenigen Handlungen, worauf die Ehrlosigkeit **unmittelbar** erfolgt, sind so beschaffen, daß sie **entweder** wegen ihrer Gewißheit und Kundbarkeit gar keine Untersuchung erfordern, weil sie z. B. vor den Augen des Publikums vorgenommen worden, welcher Fall bey den römischen Gladiatoren, Schauspielern und allen denen eintratt, die unter öffentlicher Genehmigung Hurenhäuser hielten r); oder die Gesetze erklärten die unerlaubte Handlung selbst schon für einen hinlänglichen Beweis einer solchen Untreue, welche die damit verknüpfte Ehrlosigkeit verdiene, welches z. B. bey einem Vormunde geschahe, der vor abgelegter Vormundschaftsrechnung seine Pupillin geheyrathet hat; oder es sind solche Handlungen, weswegen weder eine peinliche Anklage, noch eine actio famosa gebraucht werden darf, wie z. B. bey dem unerlaubten Zinnswucher der Fall eintritt, worauf in der L. 20. C. ex quib. causs. inf. irrogat. die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt worden, obgleich der Schuldner deswegen nur eine **Condiction** brauchen kann, diese aber an sich nicht ehrlos machet s). 4) Was die Einwendung betrifft, daß keine **Strafe unmittelbar** aus der That folge,

q) Heineccius ad cit. Leg. Lib. II. c. 1. §. 13. p. 134.

r) Heineccius in flor. spars. ad Edict. aedilit. c. 1. §. 13.

s) L. 36. D. de oblig. et act. Donellus in comment. iur. ciuil. Lib. XVIII. c. 7.

folge, sondern in jedem einzelnen Falle erst vom Richter durch Urthel und Recht bestimmt werden müsse, was für eine Strafe verwirkt sey, so ist es eine bekannte Sache, daß im römischen Rechte solche Fälle vorkommen, wo die Strafe auf die That unmittelbar folgt. Man darf nur die Fälle in Erwägung ziehen, wo die Confiscation unmittelbar statt findet, und deswegen selbst gegen die Erben des Delinquenten vollstreckt werden darf, wenn gleich die Verurtheilung beym Leben desselben noch nicht erfolgt war t). In der L. 14. D. de public. et vectigal. heißt es: commissa vectigalium nomine etiam *ad heredem* transmittuntur. Nam, quod commissum est, statim desinit eius esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiritur. Endlich kann man auch die L. 19. C. ex quib. causs. inf. irrog. nicht anführen, wo es heißt: daß nicht einmal ein Interlocut des Richters infamiren solle. Hier ist offenbar von einem solchen Falle die Rede, wo nach ausdrücklicher Verordnung der Gesetze die Wirkung der Infamie von einem richterlichen Endurtheil abhängt. Das Gesetz sagt: *interlocutio* Praesidis, quae indicta est, infamem eum, de quo quaeris, fecisse non videtur: cum non *specialiter* ob iniuriam vel admissam vim condemnatus sit, sed ita Praesidis verbis grauatus et admonitus, vt ad meliorem vitae frugem se reformet. Dieß geht nun wohl unstreitig auf die Worte des Prätorischen Edicts: infamia notatur, qui furti, vi bonorum raptorum', *iniuriarum*, etc. suo nomine *damnatus* erit, welche in der L. 1. D. h. t. vorkommen. Die Inscription dieser Lex 1. heißt *Iulianus* libro primo ad Edictum. Da aber nichts davon bekannt ist, daß Julianus über das Edict geschrieben habe, so ist die Ueberschrift

t) L. 22. D. de Scto Silan. tot. tit. Pand. de his, quae vt indign. auser. tot. tit. si quis aliquem testari prohib. L. 9. D. de iure fisci.

schrift allem Scheine nach für unrichtig zu halten, und wahrscheinlich ist nicht nur diese Lex, sondern auch die folgenden aus des Ulpians libro VI. ad Edictum genommen worden u).

Der Hr. RR. Danz hat zur Widerlegung der Eintheilung der Ehrlosigkeit in die unmittelbare und mittelbare folgende Argumente vorgebracht, indem es S. 59. im 3ten Bande des mehrmals angeführten Handbuchs heißt: das Urtheil der Menschen über die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit unserer Handlungen macht nach allgemeinen Begriffen unter den Menschen Ehre und Schande, und begründet den Ruf, Credit eines jeden Einzelnen. Jenes Urtheil aber hat entweder auf unsere bürgerlichen Rechte und Verhältnisse Einfluß oder nicht. In dem erstern Falle nennt man das bürgerliche Ehre, famam s. existimationem ciuilem; in dem zweyten Ehre in dem philosophischen oder moralischen Sinne. Derjenige Zustand aber, wo Jemand seine bürgerliche Ehre verloren hat, trägt den Namen der Ehrlosigkeit, infamia. Es giebt nämlich viele Handlungen, die nach der Sittenlehre und dem Urtheile der ehrliebenden Welt, zwar äußerst schändlich und schwarz sind, aber doch keinen Einfluß auf die bürgerlichen Rechte und Verhältnisse haben, und das blos deswegen, weil die Gesetze in Ansehung ihrer keine weitere besondere Bestimmungen enthalten. Schon hieraus ergiebt sich, daß Ehrlosigkeit in der bürgerlichen Gesellschaft eine öffentliche Strafe ausmacht, welche auf gewisse strafbare Handlungen, nach Vorschrift der Gesetze durch das Urthel des Richters erkannt wird. Wem diese Strafe noch nicht zuerkannt ist, der

u) Labittvs in vsu indic. c. 6. §. 6. et Wieling in Praeterm. in Iurispr. restit. P. II. p. 230. Ant. Schvlting h. t. §. 3. Petr. Bondam in Spec. animaduerf. critic. c. 13. in Oelrichs Thef. Vol. II. T. II. p. 224. Io. Bern. Koehler in Interpr. Lib. I. c. 8. p. 43.

der ist bürgerlich ehrlich; das heißt, er genießt in der bürgerlichen Gesellschaft die Vorrechte ehrlicher Mitglieder. Ohne Gesetz und richterliches Erkenntniß giebt es demnach keine Ehrlosigkeit im Staate, und die von Mehrern angenommenen Abtheilungen inter infamiam iuris et facti, inter infamiam immediatam et mediatam, haben eben so wenig in der Natur der Sache, als in unsern positiven Rechten einen befriedigenden Grund. In der Gewalt eines Richters kann es, schon den Begriffen nach, nicht stehen, ohne in der Mitte liegende gesetzliche Vorschriften, die Strafe der Ehrlosigkeit über einen Staatsbürger zu verhängen, und noch viel weniger können Ehre und Schande in der bürgerlichen Gesellschaft, mit den davon abhängenden rechtlichen Verhältnissen, der willkührlichen Entscheidung des Publikums unterworfen werden.

Da wir wissen, was die unmittelbare Ehrlosigkeit genennt wird, so sollen nunmehr diejenigen Personen angeführt werden, die nach dem römischen Rechte auf diese Art bestraft wurden, und hierher gehören 1) die so genannten Gladiatoren und die Schauspieler. Ein Gladiator wurde nämlich alsdenn für ehrlos gehalten, wenn er sich dafür bezahlen lassen, daß er im Amphitheater aufgetreten war. So beliebt die Fechterspiele bey den Römern waren, so sehr verachtete man die Gladiatoren und besonders diejenigen, welche mit Thieren gefochten hatten, bestiarii, weil man in den ersten Zeiten blos Verbrecher oder Sclaven dazu brauchte. Die Verbrecher mußten das Thiergefechte erst erlernen, und man sagte von ihnen, sie wären ad ludum venatorium verurtheilt worden x). Kein Wunder, daß man diese Beschäftigung für so niederträchtig hielt, daß auch schon derje-

x) L. 1. §. 1. in f. D. de aedilit. edicto. L. 31. D. de poen. L. 8. L. 11. D. eod. BRANCHV in Obseru. Dec. 1. c. 5.

derjenige ehrlos wurde, der sich nur zu einem solchen Thiergefechte hatte dingen lassen, wenn er auch wirklich nachher nicht gefochten hatte [y]). In der L. 11. §. 6. D. de postul. heißt es: qui locauit, solus notatur, siue depugnauerit, siue non. Wie schrecklich es bey diesen Fechterspielen zugegangen, findet man bey mehrern Schriftstellern erzählt [z]). Wer ungedungen das Amphitheater betrat, um dem Volke einen Beweis seiner Geschicklichkeit und Erfahrung im Fechten zu geben, ward nicht ehrlos, er müßte denn in der Folge doch noch den gewöhnlichen Fechterlohn, auctoramentum, genommen, und sich nicht mit der Palme belohnt gehalten haben. Aus diesem Umstande läßt sich die L. 1. §. 6. D. de postul. erklären, wo Ulpian bemerkt: eos, qui virtutis ostendendae caussa hoc faciunt, *sine mercede*, non teneri aiunt veteres; *nisi in arena passi sunt se honorari:* eos enim puto, notam non euadere [a]). Die römischen Fechterspiele wurden ihrer Grausamkeit wegen von Constantin im Orient, und vom Honorius in Rom und im Occident überhaupt verboten [b]). Bey den Teutschen gab es im Mittelalter, um Lohn gedungene Kämpfer, die sich gegen Bezahlung, für solche Personen schlugen, die nach den damaligen Gewohnheiten zum gerichtli-

y) L. 3. §. 5. D. de testib. Petr. Faber in Semest. Lib. II. c. 12. p. 183.

z) Seneca in Epist. 7. Lipsius de amphitheatro. Adams Handbuch der römisch. Alterth. Thl. 2. S. 610. u. 622. der Ausg. des Hrn. Mag. Mayer's.

a) Trotz in Memor. prop. Lib. 1. c. 6. Fr. Car. Conradi Progr. honoris in arena se honorari passos infamantis veram rationem exquir. Helmst. 1744. Phocii Nomocan. tit. 13. c. 21.

b) L. vn. C. de gladiat. pen. toll. ibique de Castro in praelect. solenn. in Meerm. Thes. T. II. p. 369. Iac. Gothofr. ad L. 1. Cod. *Theod.* de gladiat. T. 5. p. 451. Theodoretvs Lib. 5. c. 26.

richtlichen Zweykampf heraus gefordert worden. Sie hießen campiones c). In der Glosse zum Sachsenspiegel im 1sten Buch, Art. 39. heißt es: Kämpfer sind solche Leut, die Geldes halben streiten; dadurch sie denn schaltbar und anrüchtig werden. In der Glosse des sächs. Weichbildes Cap. 35. Nr. 5. wird bemerkt: das sind aber die Kämpfer, die für die Leute kämpfen um Geld. Die aber kämpfen für ihr selbst Ehre, solcher Kampf mag wohl gesehen mit Recht. Verschieden davon waren die Katzenritter, welche sich öffentlich für Geld, mit Hunden, Katzen und andern Thieren in ein Gefechte einließen d), und also mit den römischen arenariis viel Aehnliches hatten. Diese Leute waren so wie jene anrüchtig.

In keiner größern Achtung, als die Gladiatoren, standen bey den Römern die histriones, oder solche Personen, welche artis ludicrae caussa auf dem Theater erschienen, durch Pantomimen oder als Mimi die Zuschauer zu belustigen. Pantomimen waren Vorstellungen, die blos in Tänzen und andern körperlichen Bewegungen bestanden, ohne ein Wort dabey zu reden, und die Personen, die diesen Possen machten, hießen ebenfalls Pantomimi; die Mimi hingegen suchten durch die Stimme und Worte allerhand Charaktere auf eine lächerliche und mehrentheils sehr unsittliche Weise vorzustellen e). Die Stücke, welche sie aufführten, waren oft so obscen und so voll von Zoten, daß sogar unter der ganz sittenlosen Regierung des Tiberius ein Verbot ergieng, kein Senator sollte die Häuser der Pantomimenspieler besuchen, und kein Ritter mit ihnen über die Straße gehen f). Uebrigens

c) du Fresne in Glossario voc. campio. Sachsensp. 1. B. Art. 37. 48. Schwabensp. Cap. 174. 410.

d) Hvth in Spec. iur. germ. de his qui not. infam. Alt. 1723. §. 9.

e) Lactantivs de vero cultu, Lib. 6. c. 20.

f) Tacitvs Annal. Lib. 1. c. 27.

gens wurde derjenige, der sich blos zu einem Narrenspiel engagiret hatte, ohne jedoch nachher selbst die Bühne zu betreten, nicht für ehrlos gehalten, wie Gallus in der L. 3. D. h. t. auf folgende Weise bemerkt, indem er schreibt: haec enim res non est adeo turpis, vt etiam consilium puniri debeat. Endlich bemerke ich, daß die ludi scenici keine römische Erfindung waren, sondern man brachte sie im J. 340. n. C. d. St. von den Hetruskern nach Rom g). Ein solcher Possenreißer heißt in der Sprache dieser Nation hister, und daher kam das Wort histrio.

Diesen römischen histrionibus können zwar die bey uns herumziehenden Marionettenspieler, Seiltänzer, Affen- und Bärenführer, Landfahrer, Schalksnarren, Singer, Reimensprecher und dergleichen Gauckler, die im Sachsenspiegel Spielleute genennt werden, gewissermaßen an die Seite gesetzt werden; allein die Verachtung, in der solche Vagabonden stehen, ist doch mehr für Anrüchtigkeit, als für wirkliche Infamie zu halten h). Unverständig würde man urtheilen, wenn man die ganze Gesetzgebung über diese Materie auf unsere ordentlichen privilegirten Schauspielergesellschaften anwenden wollte i).

Eine unmittelbare Infamie traf nach dem römischen Rechte k) öffentliche Huren, das heißt, solche Weibsbilder, welche sich ohne Unterschied, entweder aus Gewinnsucht, oder auch ohne Lohn, blos aus thierischer Geilheit, dem Liebesgenusse eines Jeden überließen; wie auch alle diejenigen, welche Hurenwirthschaft trieben, das

g) Val. Maxim. Lib. VII. c. 7. §. 6.

h) Sachsensp. 1stes Buch, Art. 37. Hr. RR. Danz im Handb. des teutsch. Privatr. 3ter Band, S. 63. Hvth in Spec. cit. §. 10.

i) Stryck in vsu mod. h. t. §. 7. 8. Hofacker l. c. T. I. §. 371. p. 250.

k) L. 43. pr. et §. 1. 2. 3. D. de ritu nupt.

das heißt, alle die, welche feile Weibspersonen für schlechte Mannspersonen parat hielten [l]). Ein solcher Hurenwirth hieß leno, wiewohl dieses Wort auch andere Bedeutungen hatte [m]). Man strafte diese niederträchtigen Menschen, wenn sie ihre Bosheiten mit Bewilligung der Aedilen ausübten, da die Römer, unter gewissen Einschränkungen, Bordelle duldeten, um noch größere Uebel, wie sie glaubten, zu vermeiden, nur dadurch, daß sie für ehrlos gehalten wurden [n]). Hieraus läßt sichs erklären, warum Ulpian in der L. 4. §. 3. D. de cond. ob turp. cauſſ. die Bemerkung macht: illam turpiter quidem facere, quod ſit meretrix, ſe non turpiter accipere mercedem, cum ſit meretrix [o]). Tacitus [p]) schreibt: Viſtiliam, praetoria familia genitam, licentiam ſtupri apud Aediles vulgaſſe, more inter veteres recepto, qui ſatis poenarum aduerſus impudicas *in ipſa profeſſione flagitii* credebant. Um deſto mehr Abscheu zu erregen, mußten sich die öffentlichen Huren, durch eine eigene Kleidung, welche in der L. 15. §. 15. D. h. t. veſtis meretricia genennt wird, von ehrbaren Frauenzimmern unterscheiden, und Sueton im Leben des Tiberius Cap. 32. sagt von ihnen: sie wären iure et dignitate matronali exſolutae. Die Hurenwirthe waren bey den Römern so verachtet, daß man von dem-

l) L. 4. §. 2. D. h. t. L. 43. §. 7. 8. 9. D. de ritu nupt.

m) Hr. GJR. Klein in den Grundsätzen des peinl. Rechts, §. 418.

n) L. 1. D. h. t. L. 3. §. 5. D. de teſtib. L. 4. D. de accuſat. L. 4. §. 4. et 6. D. de ritu nupt.

o) L. 27. §. 1. D. de hered. petit. Merillivs in Obſ. Lib. II. c. 12. Heineccivs ad Leg. Iul. et Pap. Pop. Lib. II. c. 1. §. 11. Rivinvs in D. de muliere, quaeſtuaria, Viteb. 1733.

p) Tacitvs Annal. Lib. II. c. 85.

jenigen, der blos mit ihnen umgieng, sagte: eum rem fidemque perdere q). Wie sehr die alten Teutschen über die Keuschheit gehalten, habe ich bereits bemerkt, und daher darf man sich nicht wundern, daß öffentliche Huren sowohl, als Kuppler und Kupplerinnen in den Gesetzen für ehrlos erklärt worden sind r).

Nach dem römischen Rechte wurden diejenigen **Vormünder** oder **Curatoren** für ehrlos gehalten, welche ihre Pupillin vor abgelegter Vormundschaftsrechnung, oder vor Ablauf der zur Nachsuchung um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand festgesetzten Zeit, ohne dazu erhaltene Erlaubniß, entweder selbst heyratheten, oder sie ihre Söhne heyrathen ließen. In der L. 66. pr. D. de ritu nupt. heißt es daher: non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum, non desponsam a patre, nec testamento destinatam, ducat vxorem, vel eam filio suo iungat: *quo facto vterque infamatur*, et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur. Nec interest, filius sui iuris an in patris potestate sit. Diese Verordnung gründet sich auf ein Senatusconsultum ad orationem D. Marci et Antonini, wie die L. 59. und die Ueberschrift der L. 60. D. de ritu nupt. beweisen s). Daß in dem angeführten Gesetz gesagt wird: intra vicesimum et sextum annum, ist daraus zu erklären, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nach dem ältern römischen Rechte, innerhalb eines nützlichen Jahres gesucht werden mußte, diese Frist aber erst mit dem angefangenen sechs und zwanzigsten Jahre zu laufen anfieng.

q) PLAVTVS in curcul. act. 4. scen. II. v. 16. HEINECCIVS l. c. §. 12.

r) Reichspolizeyordn. vom J. 1577. Tit. 10. P. G. O. Art. 122.

s) PÜTTMANN Progr. ad Orationem D. Marci de pupilla a tutore eiusue filio haud ducenda, Lipsiae 1783.

anfieng [t]). Nachdem Justinian das nützliche Jahr in eine Zeit von vier Jahren umgeändert hatte, so durfte ein Vormund seine Pupillin vor ihrem überlebten 29. Jahre nicht heyrathen, wenn er gleich Rechnung abgelegt hatte [u]). Die Stelle des Gesetzes: quo facto vterque infamatur, giebt nicht zu erkennen, daß beyde, der Vormund und sein Sohn ehrlos werden sollen, sondern sowohl der Vormund, als auch der Curator, von denen vorher die Rede war. Den Sohn, der aus Gehorsam gegen seinen Vater eine verbotene Ehe eingegangen, entschuldigt Ulpian, in einem ähnlichen Falle, in der L. 11. §. fin. D. h. t. aus dem Grunde: nam et qui obtemperauit, venia dignus est, et qui passus est ducere, notari debet ignominia. Auch in der L. 7. C. de interd. matrim. inter pupill. et tutor. seu curat. wird blos der Vormund für ehrlos erklärt, aus einem Grunde, der auf seinen Sohn gar nicht anwendbar ist [v]). Solche Vormünder hielt man deswegen für ehrlos, weil man glaubte, daß sie die Ehe mit ihrer Pupillin nur in der bösen Absicht geschlossen, damit sie keine Rechnung ablegen dürften, und folglich ihre treulose Verwaltung der Tutel unbestraft bleiben würde [x]). Es wurde gar kein Beweis der begangenen Untreue erfordert, sondern die bloße Eingehung dieser Ehe war hinreichend, den Vormund als dieser That überwiesen anzusehen. In der L. 7. C. de interd. matr. int. pup. et tut. heißt es: si tutor, vel curator pupillam, vel adultam quondam suam sibi, vel filio suo, nullo diuino impetrato

t) L. 6. C. de interdicto matr. int. pup. et tutor.

u) Westenberg in Diuo Marco, Diss. XLI. §. 24. in *Eius* Spec. T. III. p. 392.

v) Ant. Faber in Iurispr. Papin. Tit. IX. Princ. I. illat. II. Lugd. 1607. p. 348.

x) L. 67. §. 3. D. de ritu nupt. Westenberg l. c. §. 17. Püttmann l. c.

beneficio, in matrimonio collocauerit: *manet infamia* contra eum, *veluti confessum de tutela:* quia huiusmodi coniunctione fraudem administrationis tegere laborauit y). Weil die Beschaffenheit mit Ablegung der Vormundschaftsrechnung nach unserer teutschen Verfassung ganz anders ist, als es bey den Römern gehalten wurde, so nimmt man auch auf die im römischen Rechte wegen dieses Falles angedrohte Infamie keine Rücksicht. Bey uns sind die Vormünder einer viel strengern obrigkeitlichen Aufsicht unterworfen, als bey den Römern, indem sie alle Jahre Rechnung ablegen müssen, folglich fällt auch der Grund jenes Verdachts bey uns weg, der bey den Römern gegen die Ehe des Vormundes mit der Pupillin vor abgelegter Rechnung vorhanden war. Hierzu kommt, daß ein Vormund nach heutigen Rechten nicht allemal bey einem Proceß über die abgelegte Rechnung durch richterliches Urtheil ehrlos wird, wenn er nicht ausdrücklich wegen eines überführten Betrugs verurtheilt worden ist; um desto weniger kann man ihn also wegen eines in den Gesetzen nur fingirten Geständnisses für ehrlos halten z).

Nach dem Edict des Prätors, wie die L. 1. D. h. t. beweißt, sollten solche Personen unmittelbar für ehrlos gehalten werden, die mit mehrern zugleich eine Ehe geschlossen, ja sogar nur Verlöbnisse eingegangen hatten. Merkwürdig ist der Gedanke des Ulpians in der L. 13. §. 4.

y) G. L. Boehmer in Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum, §. 9.

z) Carpzov Iurispr. for. Part. IV. Const. 20. Def. fin. Lavterbach in Coll. Pand. h. t. §. 14. Stryck ad tit. de ritu nupt. §. 10. de Pvfendorf in Obs. T. II. obs. 94. §. 8. Hommel Rhapf. Obs. Vol. I. obs. 210. Reg. 7. n. 322. obs. 211. voc. tutor, p. 370. G. L. Boehmer in Diss. cit. §. 9. Hofacker in Princ. iur. Rom. T. I. §. 321. p. 250. Höpfners Comment. §. 126. S. 144. Danz Handb. 3ter Band, S. 75.

§. 4. D. h. t., wo es heißt: cum *factum* notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam vxorem ducere vel non potest, vel fas non est, *erit notatus*. Diese Ehrlosigkeit wird in Teutschland nicht so strenge angewendet, sondern bey der zwiefachen Ehe kommt es darauf an, ob die deswegen zuerkannte Strafe zugleich ehrlos macht [a]), und die Ehrlosigkeit wegen doppelter Verlobung hat das kanonische Recht abgeschafft [b]); daher bey uns dieser letzten Vergehung wegen nur eine willkührliche Strafe eintritt, die gewöhnliche in einer mäßigen Geldbuße oder in Gefängnißstrafe besteht [c]).

Außer den angeführten Personen erklärt das römische Recht nicht nur Wittwen, die innerhalb des Trauerjahres, ohne Dispensation erhalten zu haben, aufs neue in die Ehe getreten sind, sondern auch ihren zweyten Ehegatten für ehrlos, wenn er wissentlich und freywillig diese Ehe mit dieser Wittwe geschlossen hatte. In der L. 1. D. h. t., wo die Worte des Edicts stehen, wird zwar eigentlich nur der Vater genannt, der seine verwittwete Tochter, die noch seiner väterlichen Gewalt unterworfen war, vor Ablauf der gesetzlichen Trauerzeit, aufs neue verheyrathet hatte; ferner wird hier auch desjenigen gedacht, der mit einer Wittwe innerhalb ihres Trauerjahres wissentlich in eine neue Ehe getreten war; hingegen von der Wittwe selbst wird gar nicht gesagt, daß sie ehrlos werde. Dieser Umstand rührt wahrscheinlich daher, daß die Verfasser der Pandekten, die hierher gehörenden Worte des Edicts deswegen weggelassen haben, weil sie glaubten, diese Verordnung sey ohnehin bekannt,

a) Hommel Rhapf. Obf. Vol. I. obf. 211. voc. bigamus. Idem in epitome facri iuris, c. 53. §. 44. Hr. HR. Schott im Eherechte, S. 315.

b) c. 1 et. 31. X. de ſponſal.

c) Hr. v. Quiſtorp im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 472. Seite 714.

da sie in andern Stellen des Edicts oft enthalten sey [d]). Der bekannte Rücker [e]) suchte zu behaupten, in der L. 1. D. h. t. dürfe nach den Worten: cum eum mortuum esse sciret, kein Comma stehen, so wie auch die folgenden Worte: intra id tempus, quo elugere virum moris est, ohne Unterscheidungszeichen mit jenen verbunden werden müßten, weil sonst nicht nur die nachfolgenden Worte: antequam virum elugeret, eine unnütze Tavtologie enthielten, sondern auch die offenbare Ungereimtheit daraus entstehen würde, als ob der Vater alsdann straflos sey, wenn er seine Tochter, ohne zu wissen, daß ihr Mann gestorben sey, aufs neue verheyrathet hätte. Dagegen haben andere elegante Rechtsausleger erinnert, daß dergleichen Tavtologien in den Pandekten mehrmals vorkommen, jene vorgegebene Ungereimtheit aber falle weg, wenn man in Erwägung ziehe, der Vater könne aus wahrscheinlichen Gründen geglaubt haben, sein Schwiegersohn sey todt, zumal da nach den damaligen Rechten die Ehe selbst morte ciuili, das heißt, durch die Deportation, oder die feindliche Gefangenschaft des Mannes aufgehoben wurde [f]). Ein solcher verzeihlicher Irrthum, in dem sich der Vater, in Absicht auf den Tod seines Schwiegersohnes, befinden konnte, schloß alle jene Strafe der Ehrlosigkeit billig aus; und mit Recht verordnete der Prätor in dieser Rücksicht, der Vater werde nur sodann ehrlos, wenn er es gewiß gewußt habe, sein Schwiegersohn sey todt, und gleichwohl habe er seine verwittwete Tochter, innerhalb des Trauerjahres, aufs neue verheyrathet. Bey diesen Umständen hat man nicht nöthig,

d) L. 11. §. 3. D. h. t. L. 15. C. ex quib. cauſſ. inf. irrogat. L. 1. et 2. C. de ſec. nupt. Nov. XXII. c. 22.

e) Rücker in Obſeruat. c. 1. Koehler in interpr. Lib. II. c. 8. p. 44.

f) L. 1. D. de diuort. L. 56. D. ſol. matr. Püttmann in interpr. c. 33. §. 2. Scip. Gentilis de ſecund. nupt. c. 18. p. 138.

nöthig, in der L. 8. D. h. t., wo es heißt: genero mortuo, merito adiecit Praetor, cum eum mortuum esse sciret, ne ignorantia puniatur, nach den Worten: cum eum mortuum esse sciret, die Worte hinzuzusetzen: intra id tempus, quo elugere virum moris est, wie Rücker a. a. O. für nöthig hielt; man braucht auch diese Unwissenheit, die dem Vater in diesem Falle zur Entschuldigung dienen soll, wie Amaya [g]) behauptete, blos von einer Unwissenheit in Ansehung der Zeit des Todes seines Schwiegersohnes zu verstehen, als ob nämlich der Vater nur dann Entschuldigung verdiene, wenn er aus einem verzeihlichen Irrthum geglaubt habe, daß die Trauerzeit bereits abgelaufen gewesen, da sich seine Tochter wieder verheyrathete. Die Ursache dieser harten Strafe besteht darin, daß man annehmen kann, die Wittwe befinde sich vielleicht noch von ihrem verstorbenen Manne schwanger, mithin könne durch die zu früh geschlossene zweyte Ehe, eine turbatio sanguinis, nach der L. 11. §. 1. D. h. t., oder wie es in der L. 53. §. fin. C. de episc. et cleric. heißt: generationis aut seminis incertitudo entstehen [h]); man wisse nun nicht gewiß, ob das von ihr gebohrene Kind dem ersten oder dem zweyten Manne zugeschrieben werden solle. Es streiten für die Wahrheit dieser Meynung verschiedene Gründe, und zwar 1) der Umstand, daß die Wittwe anfangs ihren Mann nur zehen Monate zu betrauern brauchte, weil man schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln den Satz aufstellte, ein Kind sey nach 10 Monaten vollkommen ausgewachsen, daher es beym Gellius [i]) heißt:

g) Amaya in Obs. iur. ciuil. Lib. 1. c. 2.

h) Merillii Obs. Lib. 5. c. 30. Bynckersh. in Obs. iur. Rom. Lib. 5. c. 12. Maiansius in Diss. de viduar. luctu, §. 18. in *Eius* Disp. Tom. II. Disp. XLVII. p. 178. Koehler in interpr. Lib. II. c. 8. Emmingh. ad Coccei. ius contr. h. t. qu. 3. not. h. T. I. p. 291.

i) Gellii Noct. Attic. Lib. III. c. 16.

quoniam decemuiri in decem mensibus gigni hominem scripsissent. Hierzu kommt 2), daß eine Wittwe die gesetzlich bestimmte Trauerzeit beobachten mußte, wenn ihr Mann ein solcher war, von dem es seines begangenen Verbrechens wegen hieß, more maiorum lugeri non oportet [k]); und 3) daß es ihr nur dann erlaubt war, noch vor Ablauf des Trauerjahres sich anderweit zu verheyrathen, wenn sie nicht lange nach des Mannes Tode niedergekommen, und deswegen weiter keine confusio sanguinis zu erwarten war [l]). In der Folge kam 4) noch der Grund dazu, daß man eine solche frühzeitige Ehe zugleich als eine Verletzung des öffentlichen Wohlstandes und der Ehrerbietung ansahe, welche die Wittwe ihrem verstorbenen Manne schuldig sey [m]). Deswegen verwandelte Kaiser Theodosius der Große die zeitherige zehenmonatliche Trauerzeit der Wittwe in eine zwölfmonatliche [n]), wiewohl einige Rechtslehrer [o]) der Meynung sind, der Kaiser Justinian habe diese Aenderung vorgenommen. Theodosius macht ausdrücklich die Bemerkung [p]), daß eine Wittwe, welche ihr Trauerjahr nicht ausgehalten, schon deswegen allein die Ehrlosigkeit verdient, sie möge schwanger von ihm seyn oder nicht, quod religionem priori viro nuptiarum festinatione haud praestiterit;

k) L. 11. §. 1. et 3. D. h. t.

l) L. 11. §. 2. D. h. t.

m) Cuiacius in Obseruat. Lib. 6. c. 32. Amaya Obs. Lib. 1. c. 2. n. 13. Gentilis de secund. nupt. c. 18. p. 125. Noodt h. t. Kirchmann de funerib. Lib. IV. c. 10. Rücker in Obs. c. 1. Maians. in Disp. T. II. Disp. XLVII. §. 18. in fine. Püttmann. interp. c. 33. p. 166,

n) L. 2. C. de sec. nupt. Iac. Raevardvs in var. Lib. 1. c. 20.

o) Scip. Gentilis de sec. nupt. c. 18. Höpfners Comment. §. 111. Note 3.

p) L. 1. C. de sec. nupt. L. 4. C. ad Sctm. Tertull.

stiterit; und damit stimmte auch Justinian überein, weil er von einer Wittwe, die vor Ausgang des Trauerjahrs wieder heyrathete, in der Nov. XXII. c. 10. sagt, eam negligere mariti memoriam, und sie verdiene schon propter solam honestatem bestraft zu werden. Etwas anders war es, wenn sich eine Wittwe während des Trauerjahres blos verlobt hatte; denn das konnte sie, wie man aus der L. 10. D. h. t. §. 1. sieht, wo es heißt: quae virum *eluget*, intra id tempus *sponsam* fuisse, non nocet q). Es ertheilten die Kaiser sogar Dispensation zur Eingehung der Ehe innerhalb des Trauerjahres, wenn sie nicht schwanger war r), und selbst in diesem Falle geschahe es manchmal s). Dann und wann pflegte zwar auch der Senat den Wittwen aus besondern Ursachen zu erlauben, die Trauerkleider abzulegen, damit erhielt sie aber das Recht nicht, schon jetzt wieder heyrathen zu können t). Weil alle angeführten Ursachen, warum es die Römer für unschicklich hielten, daß eine Wittwe im Trauerjahr schon wieder heyrathe, nicht auf die Männer anwendbar waren, so gestattete man ihnen, gleich nach dem Tode der Frau wieder heyrathen zu können u), und daher schreibt Seneca: annum feminis ad lugendum constituere maiores: viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum.

Ganz andere Grundsätze hat das kanonische Recht aufgestellt; denn durch solches ist das Trauerjahr und die Strafe

q) Püttmann in aduers. Lib. I. c. 10.

r) L. 11. pr. D. h. t.

s) Scip. Gentilis de sec. nupt. c. 18. p. 141.

t) L. 15. C. ex quib. causs. inf. irrogat. Maiansius in cit. Diss. §. 19. 20. in *Eius* Diss. T. II. p. 123. Pothier in Pandect. Iust. T. I. h. t. Nr. XIX. not. 1.

u) L. 9. D. h. t. Nov. XXII, c. 22. Seneca Epist. 63.

Strafe der Ehrlosigkeit aufgehoben worden. Im Canon. 7. Cauſſ. II. quaeſt. 3. heißt es: non fiunt infames lege canonum omnes, quos leges ſeculi infames pronunciant — — quod etiam de ea fateri cogimur, *quae intra annum luctus nubit:* cum matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori: et *iure poli, mortuo viro ſoluta eſt* a *lege viri*, vbi nubat, cui vult. Damit ſtimmt das c. 4. X. de ſec. nupt. überein, wo bemerkt wird: ſuper illa quaeſtione, qua quaeſitum eſt, an mulier poſſit *ſine infamia* nubere intra annum luctus, reſpondemus, quod cum *Apoſtolus* dicat: mulier, viro ſuo mortuo, ſoluta eſt a lege viri ſui, et *in Domino nubat*, cui voluerit; per licentiam et auctoritatem Apoſtoli *eius infamia aboletur*. Eben auf die Art wird die Sache im c. 5. X. eod. beſtimmt: cum ſecundum Apoſtolum mulier, mortuo viro ſuo, ab eius ſit lege ſoluta, et nubendi, cui vult, *tantum in Domino*, liberam habeat facultatem, *non debet legalis infamiae ſuſtinere iacturam*, quae licet poſt viri obitum intra tempus luctus, ſcilicet vnius anni ſpatium, nubat, conceſſa ſibi tamen ab Apoſtolo vtitur poteſtate, cum in his praeſertim ſeculares leges non dedignentur ſacros canones imitari. Obgleich es nicht zu leugnen iſt, daß dieſe päpſtliche Verordnung auf keine überzeugende Gründe gebaut worden, weil der Apoſtel Paulus 1 Corinther 7. v. 9. und Römer 7. v. 3. auf den ſich der Papſt beruft, wohl nicht die Abſicht gehabt hat, jene Einrichtung geradezu zu misbilligen; denn er widerlegt blos die Unrichtigkeit der damaligen Meynung, die zweyte Ehe ſey ſchlechterdings verboten x), ſo kommt es doch nunmehr, weil wir das kanoniſche Recht in Eheſachen angenommen haben, nicht mehr darauf an, ob die heilige Schrift von den Päpſten recht verſtanden worden ſey, und ob folglich ihre Verordnung auf richtigen Gründen

x) Scip. Gentilis de ſec. nupt. c. 18. p. 142. Koehler in interpr. Lib. II. c. 8. p. 57.

den beruhe y), sondern es fragt sich blos, was haben die Päpste verordnen wollen? Hier ist es nun wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß sie den Wittwen die Freyheit gegeben, sich nach des Mannes Tode innerhalb des Trauerjahres wieder verheyrathen zu dürfen, folglich das römische Recht dadurch abgeschafft haben. Einige Rechtslehrer z) sind zwar der Meynung, das kanonische Recht habe zwar die Ehrlosigkeit aufgehoben, aber dafür die Kirchenbuße eingeführt, folglich das Verbot der Heyrath nicht aufgehoben; diese Behauptung ist aber wider die angeführten Gesetze, wo von einer Kirchenbuße nicht das Mindeste bemerkt wird. Es würde auch ein offenbarer Widerspruch gewesen seyn, eine solche Strafe zu verordnen, und dabey doch zu sagen, daß die Wittwe nach dem Tode ihres Mannes a lege viri sui völlig frey sey, und daher so gar nach der heiligen Schrift die Erlaubniß habe, sich während des Trauerjahrs aufs neue zu verheyrathen a). Es ist also in Teutschland die Verordnung, daß die Wittwe nicht ehrlos wird, wenn sie innerhalb eines Jahres nach des Mannes Tode wieder geheyrathet hat, ja es wird an sehr vielen Orten gar kein Trauerjahr gehalten, sondern die Wittwen können entweder gleich nach des Mannes Tode wieder heyrathen, oder müssen, wenn sie schwanger sind, neun Monate warten b). Im Falle der Schwangerschaft kann keine Dispensation ertheilt werden,

y) Strubens rechtl. Bedenken, Thl. 3. Bedenk. 16. S. 92.

z) Hr. HR. Schott im Eherechte, §. 106. Hr. Prof. Dabelow im allgemeinen Eherechte, §. 292.

a) van Espen in iure eccles. Part. II. Sect. I. tit. 15. c. 3. §. 10. 11. 12. a Riegger in instit. jurispr. eccles. Tom. IV. §. 236. Püttmann in Probab. Lib. I. c. 17.

b) Voet ad Dig. tit. de ritu nupt. §. 98. de Selchow in capit. doctr. de infamia, Sect. II. §. 7.

den, von der das kanonische Recht redet [c]). In Rücksicht einer zu vermuthenden **Schwangerschaft** haben die mehresten teutschen Partikular-Landesgesetze den Wittwen eine gewisse Zeit, welche bald in mehrern bald in weniger Monaten, nicht leicht aber in einem ganzen Jahre besteht, vorgeschrieben, die sie beobachten müssen, ehe sie wieder heyrathen dürfen, oder sie werden mit einer willkührlichen Strafe, die bald in einer Geldstrafe, bald gar in Gefängnißstrafe besteht, belegt [d]). Weil also die **Wittwe** nach unsern Gesetzen nicht **ehrlos** wird, wenn sie nach des Mannes Tode heyrathet, eher als ein Jahr vergangen ist, so kann noch denjenigen die Strafe der Ehrlosigkeit treffen, der eine Wittwe innerhalb Jahresfrist vom Tode des Mannes an gerechnet, geheyrathet hat, wenn gleich im kanonischen Rechte von diesem Falle nichts erwähnt worden ist.

Ehrlos sind ferner, nach dem römischen Rechte, Personen, die über der Begehung eines Ehebruchs angetroffen worden sind; wie die Lib. 43. §. pen. D. de ritu nupt. sagt, welches Gesetz zwar nur einer femina in adulterio deprehensa gedenkt, daß es aber auch vom adulter gelte, ist nicht zu zweifeln [e]). Bey uns werden sie nur alsdenn ehrlos, wenn sie zu einer ehrlos machenden Strafe verurtheilt worden sind [f]).

Ehrlos wurden bey den Römern Personen, die eines unerlaubten Zinßwuchers überwiesen worden waren;

c) Car. Sebast. BERRARDVS in comment. in ius eccles. Venet. 1778. 4. T. III. Diss. IV. c. 7. p. 141. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 3. KOEHLER l. c. Lib. II. c. 8. p. 54.

d) LAVTERBACH ad Dig. h. t. §. 12. **Höpfner** im Comment. §. III. S. 120.

e) LAVTERBACH h. t. §. 14.

f) G. L. BOEHMER Diss. de querela inoffic. donat. fratrum, §. 8.

ren g); welche Strafe aber heutzutage selten angewendet wird h).

Daß diejenigen bey den Römern ehrlos wurden, die einen beschwornen Vergleich vorsätzlich gebrochen hatten i), ist bereits im Titel de transact. bemerkt worden.

Ein Richter, der sich bestechen lassen, oder der aus vorsätzlicher Partheylichkeit offenbar ungerecht verfahren, wurde bey den Römern ehrlos k).

Nach dem Reichsabschiede vom J. 1551. §. 80. sollen Richter und Notarien infam seyn, wenn sie eine von einem Juden an einen Christen geschehene Schuldcession aufgesetzt oder bestätigt haben. Im Gesetz heißt es nämlich: Zudem wollen und gebieten wir, daß keine Obrigkeit oder Notarien, diese Contracte, da ein Jude eines Christen Schuld, einem andern Christen verkauft, stellen und rechtfertigen soll. Wo aber einige Obrigkeit oder Notarii solches übertreten, dieselben sollen ihrer Ehre und Aemter entsetzt seyn. Diese Strenge wird heutzutage nicht gebraucht l).

§. 380. 381.

Die mittelbare Ehrlosigkeit tritt nicht eher ein, als bis Jemand durch ein rechtskräftiges Urtheil für infam

g) L. 20. C. ex quib. causs. inf. irrogat. Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 7. Wissenbach ad Cod. Lib. II. Tit. 12. §. fin. Frommann in Diss. de anatocismo, th. 38. 39.

h) de Boehmer ad Carpz. qu. 92. obs. 4. Hr. v. Quistorp in den Beytr. im 2ten Stck. nr. 18. der 2ten Ausg.

i) L. 41. C. de transact.

k) L. 2. C. de poena iud. male iudic. Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 424.

l) Hr. RR. Danz im Handbuche des teutschen Privatrechts, Thl. 3. §. 307. Nr. 6. S. 76.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn170168506X/phys_0431 DFG

sam erklärt worden ist, und bey den Römern traf diese Strafe Personen, welche wegen eines öffentlichen mit Vorsatz begangenen Verbrechens zu der verdienten Strafe waren verurtheilt worden [m]). Damit man hierbey keinen Fehler begeht, ist wohl zu merken, daß nicht alle Verbrechen ehrlos machten, worauf eine öffentliche Strafe gesetzt war, sondern bloß die sogenannten delicta publica im eigentlichen Verstande, die man auch delicta publica *ordinaria* nannte, und das waren solche Verbrechen, worüber eine so genannte Lex comitialis abgefaßt worden war, wohin z. B. die Lex *Cornelia* de sicariis, die Lex *Pompeia* de parricidiis, die Lex *Iulia* maiestatis, die Lex *Iulia* de adulteriis, u. s. f. gehörte [n]). In der L. 1. D. de publ. iud. bemerkt der Rechtsgelehrte **Macer**: non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, *publica* sunt, sed ea tantum *quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt.* Ein solches öffentliches Verbrechen war nun ohne Zweifel auch das stuprum, da die Bestrafung desselben durch die Lex *Iulia* de adulteriis angeordnet worden war [o]). Sehr bestritten wird es von den Rechtsgelehrten, ob die Strafe der Ehrlosigkeit auch noch heutiges Tages wegen eines begangenen stupri eintrete; denn Viele [p]) behaupten es, weil das römische Recht im Allgemeinen angenommen worden sey; diese Behauptung hat aber den Gerichtsgebrauch wider sich.

m) L. 7. D. de public. iudic.

n) G. L. Boehmer in comment. de abigeatu, c. 1. §. 3. sqq.

o) L. 25. C. ad Leg. Iul. de adult. §. 4. Inst. de publ. iud. Io. Guil. Hoffmann ad h. l. c. 4. §. 11. Lauterbach h. t. §. 15. nr. 1.

p) Carpzov in Resp. Lib. VI. Resp. 100. n. 9. sqq. Lauterbach h. t. §. 15. Leyser Spec. 52. Med. 2. Spec. 632. Med. 5. 6. Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. 1. §. 322. not. a. p. 252.

sich [q]). Da diese Vergehung in unsern Gerichten nur mit einer Geldstrafe oder einem leiblichen Gefängniß bestraft wird, so folgt hieraus von selbst, daß wenigstens der Regel nach, die Vorschriften des römischen Rechts, von delictis publicis, und der damit verbundenen Ehrlosigkeit, bey einem stupro wegfalle [r]). Es sind deswegen sehr große Rechtslehrer [s]) der Meynung, ein Stuprum ziehe der Regel nach heutzutage keine Ehrlosigkeit nach sich, es sey denn, daß entweder wegen der eintretenden gravirenden Umstände eine eigentliche peinliche Strafe [t]), die schon an sich mit der Ehrlosigkeit verknüpft ist, zuerkannt werden muß, oder daß von einer eigentlichen Hurerey, die Jemand öffentlich fortsetzt, die Rede ist, welche wenigstens die Zeit über, als diese schändliche Lebensart geführt wird, die infamiam facti nach sich zieht [u]).

Von den angeführten delictis publicis *ordinariis* unterschieden die Römer die crimina *extraordinaria*, oder solche Verbrechen, darauf zwar eine öffentliche Strafe gesetzt war, die aber doch kein Comitialgesetz angeordnet hatte, sondern entweder ein Senatusconsultum oder eine kaiserliche Verordnung [x]). Verbrechen dieser Art

q) de Pufendorf in Obs. T. II. obs. 18. Hommel Vol. I. obs. 211. voc. meretrix Vol. II. obs. 359. Reinhardt ad Christin. Vol. I. Obs. 8. de Cramer in Obseruat. Tom. IV. obs. 1137. Hr. v. Quistorp in den Beytr. Nr. 18. S. 296.

r) Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 478. Müller ad Leyser. Tom. I. Fasc. II. Obs. 173.

s) Kress in comment. ad const. crim. ad Art. 110. §. 1. not. 3. de Boehmer ad Carpz. quaest. 79. Obs. 1. et ad Art. 120. §. 22. Berger in Oecon. iur. Lib. I. Tit. 11. th. 13. not. 4. Meister in iur. crim. §. 266. Hr. GJR. Klein im peinl. Rechte, §. 371. Note a.

t) Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, §. 477.

u) Kress l. c. Hr. v. Quistorp in den Beytr. a. a. O.

x) G. L. Boehmer in cit. comment. §. 4. sqq.

Art machten nur alsdenn ehrlos, wenn die Strafe der Ehrlosigkeit ausdrücklich mit genannt worden war [y]). Dieser Fall trat ein beym crimine praeuaricationis, nach der L. 3. §. 2. und der L. 4. D. de praeuaric., ferner beym crimine expilatae hereditatis [z]), und sepulchri violati [a]) Zweifelhaft ist es, ob das crimen stellionatus ebenfalls auf diese Weise bestraft worden sey, das heißt, ob diejenige Verfälschung ebenfalls mit der Ehrlosigkeit bestraft worden sey, davon in der Lex *Cornelia* de falsis nichts vorkommt, oder die in einer Betrügerey bey Verträgen bestand [b]). In der L. 13. §. fin. D. h. t. heißt es: stellionatus infamiam irrogat damnato, quamuis publicum non est iudicium. Das Gegentheil wird in der L. 2. D. de stell. angeführt, obgleich beyde Gesetze vom Ulpian sind; denn hier heißt es: stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercitionem extraordinariam habet. Diesen scheinbaren Widerspruch zu heben, haben einige Ausleger [c]) vorgeschlagen, das Wörtchen non sey in dem letzten Gesetz ein falscher Zusatz, und müsse herausgestrichen werden. Andere Ausleger [d]) haben zu beweisen gesucht, diese Partikel hiesse hier so viel als non solum, und das darauf folgende sed müsse so verstanden werden, als ob die Worte sed etiam gebraucht worden. Wieder andere Ausleger [e]) verstehen

y) Schulting h. t. §. 7.

z) L. 12. C. ex quib. causs. inf.

a) L. 1. D. de sepulchro viol.

b) Seger in Diss. de crimine stellionatus, Lipsi. 1770. Leyser Spec. 557. Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 405.

c) Ant. Faber in Rat. ad Pand. ad L. 13. §. fin. D. h. t. Idem in coniect. Lib. IV. c. 2.

d) Lyclama in Mbr. Lib. 1. ecloga 10. §. 3.

e) Wissenbach in exerc. ad Pand. Disp. 11. §. 23.

stehen diese Stelle, per ἐπιχώρησιν, als wolle Ulpian sagen, gesetzt der Stellionat mache auch nicht ehrlos, so ziehe er doch immer eine außerordentliche Strafe nach sich. Die mehresten Rechtsgelehrten [f]) haben beyde Stellen auf die Art vereinigen wollen, daß sie sagen, der Stellionat mache zwar an sich nicht ehrlos, er könne aber doch mit der Infamie bestraft werden, wenn derselbe mit einem ehrlosmachenden Verbrechen, oder mit einer Klage dieser Art concurrire. Noodt a. a. O. versteht deswegen die Worte „infamiam irrogat" in der L. 13. §. fin. D. h. t. so, als wenn es heiße: infamiam irrogare potest [g]). Hat also Jemand sich z. B. eines solchen Stellionats schuldig gemacht, weswegen die actio doli angestellt werden kann, so darf auf die Ehrlosigkeit gesprochen werden, weil diese Klage die Ehrlosigkeit wirkt; hätte hingegen der Schuldner seinem Gläubiger eine fremde Sache wissentlich zum Pfande gegeben, so macht dieser Betrug nicht ehrlos, weil der Gläubiger die Gegenklage aus dem Pfandcontract anstellen muß.

Man wurde bey den Römern **mittelbar ehrlos**, in einigen Privatverbrechen, nämlich dem Diebstahle, dem Raube, und der Injurie [h]). Die Rechtslehrer stritten darüber, ob man bey uns wegen eines jeden begangenen Diebstahls ehrlos werde; denn verschiedene [i]) sind der Meynung, um eines kleinen Diebstahls willen könne

f) Cuiacius in Obseruat. Lib. 10. c. 26. Donellus in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 8. Duarenus in Disp. annin. Lib. 1. c. 42. Noodt h. t. Idem de forma emend. doli mali, c. 17. Schulting h. t. §. 7. Westenberg h. t. §. 45. Pothier in Pand. Iust. h. t. Nr. XII. not. g.

g) Pacius in Leg. concil. Cent. II. qu. 27.

h) L. 1. L. 4. §. 5. D. h. t. L. 63. D. de furt. L. 7. D. de publ. iud. L. 8. C. ex quib. causs. infam. irrogat.

i) Kress in comm. ad Art. 162. §. 1. not. 4. Byn-ckershoeck in Obseru. Lib. 1. c. 3.

man wenigstens die Ehrlosigkeit nicht eintreten lassen. Die mehresten Rechtsgelehrten [k]) behaupten aber doch, der Regel nach, sey auch heutzutage jeder begangene Diebstahl mit der Ehrlosigkeit zu bestrafen; nur pflegt man lieber die Strafe eines kleinen Diebstahls zu schärfen, und dabey dem Angeschuldigten seine Ehre vorzuenthalten [l]). — Was die **Injurien** betrift, so werden heutzutage nur sehr grobe, weshalb der Injuriant **peinlich** bestraft wird, mit der Ehrlosigkeit geahndet [m]). Es wird deswegen mit Grund behauptet, nicht einmal der **Widerruf** mache an sich ehrlos, er müßte denn mit gewissen entehrenden Umständen geschärft werden [n]). Als etwas Ueberflüßiges ist es zu betrachten, daß dem Injurianten in den richterlichen Aussprüchen gewöhnlich seine Ehre vorbehalten wird [o]).

Endlich soll nach dem römischen Rechte die **Treulosigkeit** in gewissen Contracten mit der **mittelbaren** Ehrlosigkeit bestraft werden. Unter diese Contracte gehört der Gesellschaftscontract, der Verwahrungscontract und der Bevollmächtigungscontract, und die Pflichtvergessenheit des Vormundes bey der geführten Vormundschaft.

k) Leyser Spec. 52. Med. 4. Spec. 537. Med. 7. Strubens Bedenk. Thl. 3. Bed. 22.

l) Hofacker Princ. Iur. Rom. T. I. §. 324. in fine p. 253. Harpprecht D. de expressa honoris in sententia iudicis reseruatione. Gail Obs. I, 65. nr. 6. sqq. Mevius in Decis. V, 367. Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, Thl. I. §. 360. Hr. RR. Danz im Handb. Thl. 3. §. 303. Seite 68.

m) Hr. GJR. Westphal im Criminalrechte, Anmerk. 85. §. 3. Voet h. t. §. hn.

n) Hr. Prof. Weber von Injurien, S. 40.

o) Hofacker l. c. Mevius in Dec. P. III. Dec. 32. Hr. v. Quistorp a. a. O. Thl. I. §. 326.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0436
DFG

schaft [p]). Verschiedene Rechtsgelehrte [q]) haben zeigen wollen, auch schon die bloße Nachläßigkeit mache in diesen Contracten ehrlos; diese Behauptung ist aber zu hart, und daher in den Gerichten nicht angenommen worden, da sie nicht einmal nach der Theorie vertheidigt werden kann [r]). Nach der Praxis muß im Endurtheil die erwiesene Treulosigkeit ausdrücklich mit angeführt worden seyn, wenn die damit verbundene Ehrlosigkeit Statt finden soll; außerdem ist das Urtheil mit Vorbehalt seiner Ehre zu verstehen [s]). Verschiedene Rechtslehrer haben die Meynung zu vertheidigen gesucht, heutzutage werde nie auf die Strafe der Ehrlosigkeit erkannt, es mag der Freundschaftscontract heissen wie er wolle [t]); diese Behauptung kann aber nicht bewiesen werden [u]).

Nach dem römischen Rechte soll derjenige ehrlos werden, der sich über ein ihm Schuld gegebenes Verbrechen außergerichtlich verglichen, das heißt, dem Andern Geld oder Geldeswerth gegeben hat, um ihn dadurch von der Anklage abzuhalten [x]). Ein solcher Vergleich war für die Ehre des Verdächtigen eben so nachtheilig, als wenn er der That überwiesen und von dem Richter deswegen verurtheilt worden wäre [y]). Man glaubte, dieser Vergleich

p) L. 1. L. 6. §. 5. 6. 7. D. h. t.

q) Voet h. t. §. 2. Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 8. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 2. et 5.

r) Cocceii l. c. et Emmingh. h. t. not. g. Hofacker l. c. §. 322. Schvlting h. t. §. 8. Noodt h. t. verb. sed apparet.

s) L. 4. §. 1. et 2. D. de suspect. tut. G. L. Boehmer D. de querela inoffic. donat. fratr. §. 8.

t) Schilter in Praxi iur. Rom. Exerc. 10. §. 35. 36. Voet ad Dig. h. t. §. 9.

u) Emminghavs ad Cocceii ius contr. h. t.

x) L. 4. §. fin. L. 6. §. 3. D. h. t.

y) L. 18. C. ex quib. causs. inf. irrogat.

sey durch die innere Ueberzeugung des bösen Gewissens verursacht worden, und erklärte daher einen solchen Transigenten geradezu für geständig [z]). Nur bey dem Vergleiche über eine beschuldigte Untreue in einem Contracte, die mit der Ehrlosigkeit bestraft wurde, machte man eine Ausnahme [a]). Hier hielt man den Vergleich nicht für so schändlich als in jenem Falle, weil hier die Verbindlichkeit doch nicht bloß durch ein Verbrechen, sondern eigentlich durch einen Contract begründet wurde [b]). Es ließ sich daher auch hier kein solches stillschweigendes Bekenntniß annehmen, als in jenem Falle, wenn über ein Verbrechen transigirt worden [c]). Wenn nun gleich verschiedene Rechtslehrer [d]) die heutige Anwendung dieser Grundsätze deswegen vertheidigen, weil nirgends eine Abänderung derselben gezeigt werden könne; so hat man demnach diese Meynung in den Gerichten nicht angenommen, wo nicht dafür gehalten wird, daß ein wegen eines angeschuldigten Verbrechens eingegangener Vergleich, eben so viel beweise, als wenn das Verbrechen wirklich eingestanden worden sey, und man hält daher heutzutage solche Personen nicht gleich für ehrlos, so bald es nur weiter keinem Zweifel unterworfen ist, daß Jemand diesen Vergleich geschlossen habe [e]). Aus diesen Umständen folgt zugleich, daß eine mittelbare Ehrlosigkeit nach dem heutigen

z) L. 5. D. de his qui not. infam.

a) §. 2. Inst. de poena temere litigant. L. 7. D. h. t.

b) Faber in Rat. ad Pand. ad L. 7. D. h. t.

c) Noodt ad Dig. h. t. verb. porro ait Praetor etc.

d) Cocceii in iure contr. h. t. qu. 8. Lavterbach ad Dig. h. t. §. 17. 18. 19. Hofacker in Princ. Iur. Rom. Tom. I. §. 323. p. 252.

e) Hommel Rapf. Obs. Vol. I. obs. 211. voc. transig. Vol. VI. obs. 794. Schaumburg in Comp. Digest. Lib. II. Tit. 15. §. 7. in fine. Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, Thl. I. §. 103.

tigen Gerichtsgebrauche anders nicht als durch den Ausspruch des Richters entstehen kann. Soll selbst gegen diesen richterlichen Ausspruch nichts eingewendet werden, so muß solcher 1) von dem competenten Gericht abgefaßt worden seyn, und von keinem bloßen Schiedsrichter [f]; 2) gegen denjenigen selbst gerichtet seyn, der die ehrlos machende Handlung begangen hat, und nicht gegen seinen Erben oder Prokurator [g]; solches 3) auch schon rechtskräftig geworden sey. Wurde gegen den richterlichen Ausspruch ein Rechtsmittel eingewendet, so tritt die Würkung der Ehrlosigkeit erst von der Zeit an ein, wo der Oberrichter das Urtheil der untern Instanz bestätigt hat [h]. Weil übrigens der Richter blos auf die Gesetze gewiesen ist, so darf er über die Ehre und Schande seiner Gerichtsverwandten nicht anders den Ausspruch thun, als wenn ihm die Gesetze dieses Recht geben. Er hat daher kein Recht, dem Beklagten die Ehre in seinem Urtheile vorzubehalten, wenn die Gesetze auf den Fall, worüber das Urtheil abgefaßt wird, die Strafe der Ehrlosigkeit ausdrücklich verordnet haben [i], oder sie ist eine nothwendige Folge der zuerkannten Strafe [k]. Hiergegen kann nicht eingewendet werden, daß der Richter vermöge einer allgemeinen Praxis das Recht habe, eine härtere Strafe zuzuerkennen, damit der Verurtheilte nur nicht ehrlos werden möge; denn diese vorgegebene Praxis ist wider die Vorschrift der Gesetze. Ist es wirklich die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen, Jemanden mit der Ehrlosigkeit zu bestrafen, so hat auch die vom Rich-

f) L. 13. §. 5. D. h. t.

g) L. 6. §. 2. D. h. t.

h) L. 6. §. 1. D. h. t. VOET h. t. §. 6.

i) L. 1. §. 6. D. ad Sctm. Turpill. STRYCK h. t. §. 14.

k) L. 63. D. de furt. MATTHAEI de crimin. Lib. XLVIII. tit. 18. c. 3. nr. 15.

ter zuerkannte Strafe diese Wirkung nicht; und ist es gleichwohl zu befürchten, daß die Menschen den Verurtheilten für ehrlos halten werden, so muß er es im Urtheil ausdrücklich mit anführen, daß hier keine Ehrlosigkeit eintrete l).

§. 382. 383. 384.

Eine der wichtigsten hierher gehörenden Fragen besteht darin: was für ein Unterschied zwischen der infamia iuris et facti anzunehmen sey, damit man beyde Arten desto sicherer unterscheiden könne? Es ist dieser Unterschied auf mehr als eine Art bemerkbar; und zwar 1) durch die Frage: wenn und wodurch die Ehrlosigkeit aufhört? Hier wollen die Gesetze a), daß die infamia iuris nicht anders wieder aufhören soll, als wenn der Ehrlose seine verlorne Ehre von dem Regenten wieder bekommen hat, der dieses vermöge des ihm zustehenden **Begnadigungsrechts** zu thun das Recht hat m). Was dieses Recht anbetrifft, so kann freylich in Ansehung der **Reichsunmittelbaren** nur der Kaiser durch den Reichshofrath, mit Ausschließung des Kammergerichts die Ehrlosigkeit aufheben n), und den Hofpfalzgrafen ist dieses Vorrecht nicht verliehen worden. In Hinsicht auf die **mittelbaren** Reichsunterthanen sind die Meynungen der Rechtslehrer sehr getheilt. Einige sprechen die Befugniß, in diesem Falle famam zu restituiren, dem Kaiser ausschließlich zu; andere verstatten jedem Landesherrn dieses Recht innerhalb seinem Lande. Noch andere unterscheiden, ob die Ehrlosigkeit in gemeinen oder in besondern Stadt- und Land-

l) Hr. Prof. Kleinschrod im peinlichen Rechte, Thl. 3. §. 90. S. 159.

m) Hr. HR. Danz im Handb. des Privatrechts, Thl. 3. §. 314. S. 69.

n) Hr. HR. Danz im Reichsgerichts-Processe, §. 61.

Landrechten ihren Grund habe. In dem letztern Falle soll nur jeder Landesherr in seinem Territorium die Befugniß haben, famae restitutionem zu ertheilen; in dem erstern hingegen soll zwar auch jeder Landesherr in seinem Lande abolitionem infamiae ertheilen können, aber die Wirkungen derselben sollen sich doch nicht über die Gränzen seines Territoriums erstrecken. Wer daher, sagen diese Schriftsteller, will, daß er im ganzen Reiche für befreyt von der Infamie erkannt werde, der muß zu der Quelle aller Ehren und Würden im Reiche, zu dem Kaiser, seine Zuflucht nehmen o). Allein, wenn man alles genau überlegt, und besonders die Grundsätze von der wahren Natur und Beschaffenheit der Personalstatuten anwendet, so wird man wohl schwerlich Bedenken tragen, zu behaupten, daß ein jeder Landesherr in seinem Lande die Ehrlosigkeit mit voller Wirksamkeit wieder aufheben könne, es mag sich diese auf das gemeine oder auf das besondere Recht gründen; jedoch befindet sich der Kaiser auch jetzt noch in dem unwidersprechlichen Besitze, famae restitutionem alsdenn zu ertheilen, wenn die Ehrlosigkeit ihren Grund im gemeinen Rechte hat. Der Regent restituirt nur die Ehre nicht immer ausdrücklich vermittelst eines dießfalls ertheilten Rescripts, sondern er kann dieses auch stillschweigend dadurch thun, daß er den Ehrlosen wieder in sein Amt einsetzt, oder ihm doch eine andere Würde ertheilt p). Bisweilen kann auch die verlor-

o) Mich. Henr. GRIEBNER de iure principum imperii restituendi famam, in Opusc. T. I. p. 76. Io. Steph. WAGA D. de poenis militum ignominiosis et de restitutione famae militum per vexillum, Lipſ. 1744. Hr. HR. Schnaubert in der Abhandl. in wie fern das Recht einen Mittelbaren wieder ehrlich zu machen, ein kaiserliches Reservatrecht oder eine Landeshoheitsgerechtsame sey, in seinen Beyträgen zu dem Staats- und Kirchenrechte, Thl. 1. S. 90.

p) VOET h. t. §. 7. LEYSER Spec. 52. cor. 1. HOFACKER Princ. Iur. Rom. T. I. §. 326. KRESS de iure offic. c. 2. §. 19.

ne Ehre durch Ablauf einer Zeit wieder erlangt werden, wenn nämlich die Strafe der Ehrlosigkeit im richterlichen Urtheil ausdrücklich nur auf eine gewisse Zeit erstreckt worden ist q). Sollte dieses nicht ausdrücklich geschehen seyn, so fallen eigentlich die Wirkungen der Ehrlosigkeit deswegen noch nicht weg, weil die Strafe aufgehört hat, von der sie eine Folge war, sondern es wird eine besondere restitutio famae erfordert. Es ist dieses nicht bloß dem römischen Rechte gemäß, nach der L. 6. D. h. t. nach welchem die Ehrlosigkeit nicht von der Strafe herrührt, sondern vom Verbrechen, dessen Existenz freylich nie vertilgt werden kann, sondern man muß das Nämliche auch nach dem teutschen Rechte behaupten r); denn nach solchem wird derjenige für ehrlos gehalten, der unter Schinders Händen gewesen; dieses kann aber ebenfalls nicht ungeschehen gemacht werden, folglich dauert der Grund und die Veranlassung der Ehrlosigkeit fort, bis sie der Regent aufgehoben hat s). Häufig ist die Wiederherstellung der verlornen Ehre mit Feyerlichkeiten verknüpft. Bey den Soldaten geschieht sie gewöhnlich dadurch, daß die Fahne über der begnadigten Person dreymal geschwungen wird. Von der zeither erläuterten restitutione famae ist diejenige unterschieden, welche restitutio famae ex capite iustitiae genennt wird, da jene restitutio ex capite gratiae heißt. Erstere steht in der Gewalt eines jeden Oberrichters, wenn gegen den unterrichterlichen Ausspruch an sich zulässige Rechtsmittel ordnungsmäßig eingewendet, und das von dem Unterrichter zugefügte Unrecht genüglich dargethan worden ist. Es fehlt nicht an Beyspielen, daß selbst von den Reichsgerichten dergleichen

q) L. 3. §. 1. D. de decur. L. 8. D. de postul. L. 3. C. ex quib. caus. infam. irrogat. LAUTERBACH h. t. §. 23.

r) COCCEII in iure contr. h. t. qu. 7.

s) Io. Tob. RICHTER in sel. iur. Princ. Disp. 6. §. 14. Hr. HR. Reinschrod im peinl. Rechte, Thl. 3. §. 90. S. 158.

chen unterrichterliche Urtheile reformirt, und die Verurtheilten von der zuerkannten Infamie wieder befreyt worden sind [t]).

Was b) die infamia *facti* betrifft, so kann solche von selbst dadurch erlöschen, daß eine wirkliche Lebensbesserung erfolgt ist, wozu einige Rechtslehrer wenigstens drey Jahre Zeit erfordert haben, und hier bedarf es keiner landesherrlichen Restitution [v]). Sollte die infamia facti zugleich durch ein richterliches Urtheil bewirkt worden seyn, so muß auch hier die Wiederherstellung der verlornen Ehre beym Regenten gesucht werden, wenn die Folgen der Ehrlosigkeit ganz aufhören sollen [u]).

Sieht man auf den Unterschied der infamiae iuris und facti in Rücksicht ihrer rechtlichen Wirkungen, so bestehen die rechtlichen Wirkungen der infamiae iuris darin, daß 1) ein Ehrloser dieser Art alle Würden und Aemter verliert, die er zeither verwaltet hat, und er darf auch zu keinen neuen Aemtern gewählt werden [x]). 2) Der Handwerksmann wird aus der Innung gestoßen, und der Kaufmann, der wegen eines muthwilligen Bankerotts ehrlos geworden, darf nicht mehr auf die Börse kommen [y]). Der Ehrlose ist 3) nach dem römischen Rechte kein völlgülti-

t) Hr. RR. Danz a. a. O. Thl. 3. §. 304. S. 69.

u) Schilter Exerc. X. §. 26. in fine. Hofacker Princ. Iur. T. I. §. 329. Harpprecht Conf. 24. nr. 144. fqq. Consil. Tvb. VIII. 3. n. 36. Berger Oecon. iur. Lib. I. Tit. II. th. 14. in fine.

v) Lib. 2. D. de obsequ. parent. L. 1. §. 43. D. de vi et vi arm. Schlitte ad Ludovici vsum pract. dist. iur. h. t. not. A. p. 94. Hofacker l. c.

x) L. 2. et 12. C. de dignit. L. 8. C. de decur.

y) Carpzov Dec. I. nr. 17. Harpprecht Conf. 24. nr. 79. fqq. Hr. HR. Kleinschrod, Thl. 3. §. 90.

gültiger Zeuge z), sondern es ist dem Ermessen des Richters überlassen, ob er seinem Zeugniß Glauben beymessen will; aber nach dem kanonischen Rechte verdient er gar keinen Glauben, und diese Verordnung ist in vielen Statuten ausdrücklich bestätigt worden a). Diesen Wirkungen setzen verschiedene Rechtslehrer b) den Verlust eines ehrlichen Begräbnisses, und des Rechts, ein Testament zu machen, bey. Nach dem kanonischen Rechte, wie das c. 3. X. de vsur. und das c. 2. de vsur. in 6to beweißt, sollen eigentlich nur diejenigen auf diese Art bestraft werden, die einen offenbaren Zinswucher getrieben haben; folglich kann man keine allgemeine Anwendung auf alle Ehrlose davon machen, da die Strafe der Ehrlosigkeit heutzutage nicht einmal beym Zinswucher überall mehr gebraucht wird c).

Die Wirkungen der infamiae *facti* sind nicht so empfindlich; denn ein Ehrloser dieser Art verliert seine Aemter und Würden deswegen nicht schlechterdings, sondern nur alsdenn, wenn er sich des gegebenen öffentlichen Aergernisses wegen, oder weil er sein Amt, aller Ermahnungen ungeachtet, völlig vernachläßigt hat, der fernern Ver-

z) L. 3. pr. et §. 5. L. 13 D. de testib. Dvarenvs in disp. anniu. Lib. II. c. 23. Bachov ad Treutler. Vol. II. Disp. 5. th. 8. lit. B. Hofacker l. c. §. 325.

a) c. 54. X. de testib. Boehmer in Iure eccles. T. I. Lib. II. tit. 20. §. 10. Stryck in vsu mod. Lib. XXII. tit. 5. de Boehmer ad Carpz. Qu. 114. obs. 4. de Pvfendorf in Obs. T. II. obs. 18. Lavterbach h. t. §. 22. nr. 4.

b) Hr. HR. Runde im teutschen Privatrechte, §. 306. Hr. RR. Danz a. a. O.

c) Hr. von Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 449. Hr. HR. Kleinschrod a. a. O. §. 90. Note i. Madihn in Princ. iur. Rom. de succes. §. 104.

Verwaltung ganz unfähig gemacht hat [d]), wiewohl viele Rechtslehrer der Meynung sind, diese Art der Ehrlosigkeit ziehe ebenfalls den Verlust seines zeither verwalteten Amtes nach sich [e]). Auf neue Aemter kann er schlechterdings unter diesen Verhältnissen keine Ansprüche machen. So vermindert auch diese Art der Ehrlosigkeit die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses; denn das Zeugniß eines solchen Menschen wird für verdächtig gehalten [f]).

Endlich ist noch zu bemerken, daß beyde Arten der Ehrlosigkeit darin übereinkommen, daß ehrlose Personen unter die schändlichen Personen gezählt werden, wider welche die Geschwister die querelam inofficiosi testamenti oder inofficiosae donationis anstellen können, wenn ihnen solche Personen in einem Testamente vorgezogen worden, oder der Verstorbene hat sein ganzes Vermögen an sie verschenkt [g]); nur muß nicht etwa schon beym Leben des Erblassers eine restitutio famae geschehen seyn, oder der übergangene Bruder selbst unter die ehrlosen Personen gehören; denn in diesen beyden Fällen kann

d) Schavmbvrg in Comp. Digest. h. t. §. 9. Boehmer in Comp. Dig. h. t. §. 9. Lvdovici in vsu pract. dist. h. t. dist. 1. p. 96.

e) Lavterbach h. t. §. 30. Voet h. t. §. 4. Carpzov in Resp. Lib. II. Resp. 100. Richter Dec. II, 80. Hofacker l. c. §. 328. p. 255.

f) L. 3. pr. D. de testib. Carpzov Part. I. Const. 16. Def. 71. nr. 7. I. H. Boehmer l. c. Lavterbach h. t. §. 30. Berger Oecon. Iur. Lib. IV. tit. 24. thes. 3. not. 2. Hofacker l. c.

g) L. 27. C. de inoff. test. L. f. C. de inoffic. donat. Hofacker l. c. T. 1. §. 325. et 328. Lavterbach h. t. §. 22. et 29. G. L. Boehmer in D. de querela inofficiosae donationis fratrum. Chr. Rav Diss. de querela inoff. donat. Lipsiae 1775. §. 5. Hr. GR. Kleinschrod a. a. O. §. 90.

kann die Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments nicht angestellt werden [h]).

Nach den eigentlichen teutschen Gesetzen, besonders den ältern hatte die wirkliche Ehrlosigkeit schreckliche Folgen. Die so genannten ächt- und rechtlose Leute wurden für unfähig erklärt, durch einen Reinigungseyd sich von dem Verdachte losmachen zu können, wenn sie eines begangenen Verbrechens wegen angeklagt worden [i]). Die richterliche Hülfe wurde ihnen versagt, wenn sie einer ihnen angethanen Beleidigung wegen sich zu beschweren Ursache hatten [k]). Sie konnten keine Ehrenstellen erlangen, keine tüchtigen Zeugen abgeben, und hatten sich weder des Anfalls eines Lehnes, noch eines ehrbaren und öffentlichen Begräbnisses zu erfreuen; daher die Sprüchwörter: Ehre verloren, alles verloren: man soll lieber zehen ehrlich machen, als einen zum Schelm [l]).

§. 385.

Außer der bisher beschriebenen wahren Ehrlosigkeit, giebt es noch in Teutschland eine macula leuis notae, die Anrüchtigkeit, welche in einer durch die Gesetze nur im Allgemeinen gebilligten Verachtung besteht, um welcher willen die damit behafteten Personen gleichfalls nicht zum völligen Genusse aller Vorrechte ehrlicher Mitglieder der

h) G. L. Boehmer in Diss. cit. Berger in Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. §. 17. not. 8. Cocceii in iure contr. Lib. 5. tit. 2. qu. 12. Hofacker l. c. T. II. §. 1693. not. l.

i) Sachsenspiegel, B. 1. Art. 39. Weichbild Art. 9. Schwabenspiegel Cap. 172. Cap. 208.

k) Sachsenspiegel, Buch III. Art. 17. Schwabenspiegel, Cap. 325. §. 3.

l) Hr. HR. Eisenhardt von Sprüchwörtern, S. 81. flg.

der bürgerlichen Gesellschaft gelangen können [m]). Die Zahl solcher anrüchtigen und verächtlichen Personen war nach und nach durch Mißbrauch und Pöbels Vorurtheil sehr vermehrt worden, wie man schon aus den bekannten Sprüchwörtern, der Müller ist fromm, der Haare auf den Zähnen (auf der Zung und in der Hand) hat; — Schäfer und Schinder sind Geschwister-Kinder [n]), und andern dergleichen genugsam ersiehet; allein schon zeitig haben die Reichsgesetze diesem Uebel entgegen gearbeitet. So heißt es in der Reichspolizeyordnung vom J. 1548. Tit. 37. „Als auch an etlichen Orten der Gebrauch ist, daß die Leinweber, Barbierer, Müller und dergleichen Handwerker in den Zünften, zu andern, dann ihrer Eltern Handwerken nicht aufgenommen noch gezogen werden, und aber je unbillig, daß diejenigen, so eines ehrlichen Herkommens, Handels und Wesens ausgeschlossen werden sollen, so wollen wir solche beschwerliche Gebräuch und Gewohnheiten hiemit aufgehebt und vernichtiget haben: setzen, ordnen und wollen demnach, daß die Leinweber, Barbierer, Schäfer, Müller, Zöllner, Pfeiffer, Trummeter, Bader, und die, deren Eltern, davon sie gebohren sind, und ihre Kinder, so sich ehrlich und wohl gehalten haben, hinführo in Zünften, Gaffeln, Ampten und Gilden, keinesweges ausgeschlossen, sondern wie andere redliche Handwerker aufgenommen, und dazu erzogen werden sollen."

Das Nämliche wird in der Reichspolizeyordnung vom J. 1577. Tit. 38. wiederholt, und sodann in dem Reichsschlusse vom J. 1731. die Abstellung der Handwerkmißbräuche betreffnd, Art. 4. weiter geordnet, wo es

m) Frommann D. de leuis notae macula, Tub. 1672. Berger D. de ead. mat. Heineccius de ead. mat. in Sylloge Opusc. Ex. 7. Plitt D. de leuis notae macula secundum Ius Germ. Marb. 1784.

n) Eisenhart a. a. O. S. 90. und 92.

es heißt: Demnach auch bereits in der Polizeyordnung v. J. 1548. Tit. 37. und 1577. Tit. 38. wegen gewisser Personen versehen, daß deren Kinder von den Gasseln, Aemtern, Gülten, Innungen, Zünften und Handwerkern nicht ausgeschlossen werden sollen; als hat es dabey sein festes Bewenden, und sollen berührte constitutiones künftig durchgängig genau befolgt, nicht weniger auch die Kinder der Land- Gerichts- und Stadtknechte, wie auch derer Gerichts- Frohn- Thurm- Holz- und Feldhüter, Todtengräber, Nachtwächter, Bettelvögte, Gassenkehrer, Bachfeger, Schäfer und dergleichen, in summa keine Profession und Handthierung, denn blos die Schinder allein, bis auf deren zweyte Generation, in so fern allenfalls die erstere eine andere ehrliche Lebensart erwählet, und darinne mit den ihren wenigstens 30 Jahr lang continuiret hätten, ausgenommen, verstanden, und bey den Handwerkern ohne Weigerung zugelassen werden.

Endlich hat dennoch der neuere Reichsschluß vom J. 1772, die Abschaffung der Handwerksmißbräuche betreffend, Art. 5. folgende nähere Bestimmung gemacht: — die in dem wegen der Handwerksmißbräuche im J. 1731. ergangenen Reichsschluß enthaltene Verordnung wegen Ausschließung verschiedener Personen von Zünften und Handwerkern allerdings dahin zu erstrecken und zu erklären, billig und nützlich sey, daß, nebst den Art. 4. daselbst benannten und andern Personen, deren Kinder und Abkömmlinge vormals von den Zünften und Handwerkern ausgeschlossen, nachher aber als hierzu tüchtig angesehen und deren Zulassung geboten worden, nunmehr ein gleiches für die Kinder der so genannten Wasenmeister und Abdecker (denn von den vorhin von den Handwerkern, Gilden und Zünften nicht ausgeschlossenen Scharfrichterskindern hier die Frage nicht wäre) zu gestatten, und dergestalt zu verordnen sey, daß die Kinder und Abkömmlinge solcher Leute, welche diese verwerfliche Arbeit noch nicht getrieben haben, noch treiben wollen, von den

Handwer-

Handwerkern und andern ehrlichen Gesellschaften und Gemeinheiten, nicht auszuschließen, mithin die Söhne von den Handwerksmeistern, ohne daß es einer dießfalsigen Legitimation bedürfe, gleich andern redlicher Leute Kindern unbedenklich in die Lehre zu nehmen, und für Handwerks- auch der Meisterschaft fähig anzusehen seyen; die Töchter aber, ohne zu besorgen habenden mindesten Vorwurf, sich an Handwerksleute und andere ehrliche Personen verheurathen können; wonebst auch jene, welche die verabscheute Arbeit ihrer Eltern und Vorfahren wirklich getrieben haben, solcher aber sich entziehen wollen, von den Handwerksinnungen auch nicht auszuschließen, und nach deren von kaiserlicher Majestät oder aus kaiserlicher Gewalt, auch der Landes- oder Ortsobrigkeit beschehener Ehrenhaftmachung, sothaner Landes- oder Ortsobrigkeit vorbehalten bleibe, wegen ihrer darauf folgenden Auf- und Annahme und derer Bedingnisse das dienliche zu verfügen."

Nunmehr haben wir also eine bestimmte Gesetzgebung darüber, schreibt Hr. RR. Danz o): wer seines Gewerbes, seiner Handthierung, seiner Lebensart wegen, für anrüchtig gehalten werden soll. Aber es giebt noch eine andere Quelle der maculae legis notae, nämlich die uneheliche Geburt. Was nun die ältern Zeiten anlangt; so ist es richtig, daß weder die alten Teutschen, noch die Römer, noch auch der Papst in dem kanonischen Rechte, im Gegensatze gegen das päpstliche, welches blos die Dekretalen betrifft, die Geburt der Bastarden mit einer Makel bezeichnet haben, sondern dieß ist durch das Vorurtheil der mittlern Jahrhunderte geschehen, das ungeschickte Glossatoren bestätigten. Dieses Vorurtheil bestärkten nachher noch die teutschen Könige, durch das unschicklich darauf gezogene Legitimationsgeschäfte, wodurch

o) Hr. RR. Danz im Handb. des Privatrechts, Thl. 3. S. 81.

durch es denn allmählig gleichsam Gesetzeskraft erhielt. Bey der ersten Ansicht des Gegenstandes scheint zwar das Gegentheil angenommen werden zu müssen, da die vorhin angezogenen Reichsgesetze die Schinder allein von Zünften ausschließen, und man also glauben könnte, die vorgebliche Makel der unehelich Gebohrnen sey eine bloße, von allen rechtlichen Wirkungen entblößte Erdichtung der Rechtsgelehrten p); allein bey näherer Prüfung wird man doch bald überzeugt, daß der Rechtssatz, die Bastarde laboriren an einer Makel, unerschütterlich feststeht.

1) Der Zweck der angeführten Reichsgesetze war es nicht, die Lehre von der macula leuis notae zu erschöpfen, sondern sie wollten blos bestimmen, welche Personen ihrer Handthierung und ihres Gewerbes wegen von Innungen und Zünften ausgeschlossen seyn sollten. Offenbar geschieht daher jener Gesetzgebung Gewalt, wenn man solche auch auf diejenige Art der Anrüchtigkeit, die aus einer ganz andern Quelle, nämlich aus der unehelichen Geburt, entspringt, ausdehnen will.

2) Die Rechtsmonumente des Mittelalters stimmen durchaus darin überein, daß die unehelich Gebohrnen an einer Makel laboriren q), und dieser Grundsatz ist nachher durch einen ununterbrochenen Gerichtsgebrauch beständig in Teutschland aufrecht erhalten worden. Noch mehr Stärke und Festigkeit erhielt derselbe in der Folge dadurch, daß in Gemäßheit des päpstlichen Rechts r), alle unehelich Gebohrne von geistlichen Orden schlechterdings ausgeschlossen seyn sollen.

3) Selbst

p) de SELCHOW elem. iur. germ. §. 89. GRISLER in Sciagraph. iuris germanici priuati, §. 101.

q) HVTH Diss. cit. Spec. iur. germ. de his qui not. infam. §. 11. p. 22. sq.

r) c. 13. R. qui filii sint legit. c. 14. X. de filiis presbyter.

3) Selbst unsere Reichsgesetze s) bestätigen diese Lehre nicht undeutlich. Sie wollen blos, daß zwischen ehelich und unehelich erzeugten, aber legitimirten Kindern kein Unterschied in Absicht auf die Zulassung zu Handwerkern gemacht werden soll t).

Diese Makel klebt jedoch keinesweges an: 1) den von unehelich Gebohrnen ehelich Gezeugten u); 2) den in der Ehe zu früh Gebohrnen; 3) den von ehelich Versprochenen Gezeugten; 4) den ausgesetzten Kindern x).

Die Wirkungen dieser der unehelichen Geburt anklebenden Makel bestehen darin: daß

1) die unehelich Erzeugten, selbst noch nach der Legitimation, von manchen Ehrenstellen, namentlich von der eines Cammergerichtsbeysitzers und Reichshofraths y) ausgeschlossen sind, und eben dieses gilt in mehrern Territorien vom Richteramte, ja wohl gar von dem Bürgerrechte in den Städten z).

2) Ohne vorhergegangene Ehelichmachung erhalten außerehelich Gebohrne keine Aufnahme in Zünfte und geistliche Orden a).

s) Reichsschluß v. J. 1731. §. 11.

t) Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze, Thl. 10. S. 2030. und 2067. de SELCHOW in Diss. cit. selecta cap. §. 13.

u) CARPZOV Lib. II. Dec. III. III.

x) HOFACKER in Princ. iur. germ. T. I. §. 331.

y) C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 3. §. 1. Reichshofr. Ordn. Tit. 1. §. 1. Wahlkapitulat. Art. 24. §. 1. 2. Hr. MR. Danz in den Grundsätzen des Reichsgerichtsprozesses, §. 109. und 151. TAFINGER Institut. iurispr. cam. T. I. §. 159.

z) Bayerische Gerichtsordnung, Tit. 1. Bayersches Landrecht, S. 95.

a) Reichsschluß v. J. 1731. §. 11. c. 13. X. qui filii sint legit. c. 14. X. de filiis presbyt.

3) Außerehelich Gezeugte sind, selbst auch nach erfolgter Legitimation, von der Erbfolge in Lehen ausgeschlossen [b]).

4) Gegen unehelich Gebohrne, die in einer letzten Willensverordnung zu Erben eingesetzt worden sind, können die Geschwister des Testirers die Klage des pflichtwidrigen Testaments anstellen [c]).

5) Ehemals wurden alle unehelich Gebohrne für eigene Leute gehalten, die nicht ebenbürtig, sondern wanbürtig waren, und eigentlich dem Staate gar nicht gehörten. Man achtete sie den Fremden gleich, und deswegen waren sie, wie die Juden, Leibeigene des Königs, und trugen daher den Namen der Königskinder [d]). Wie sich die Landeshoheit mehr auszubilden anfieng, so traten die Landesherren, in Ansehung der in ihren Territorien gebohrnen Unehelichen, in die Rechte des Kaisers, und selbst die von illustern Personen abstammenden natürlichen Kinder entgiengen, besonders wenn sie mit einer Leibeigenen, oder ministeriellen Frau gezeugt waren, dem Loose der Leibeigenschaft nicht. Daher giebt uns die Geschichte mehrere Beyspiele, daß fürstliche Personen ihre unehelich gezeugten Kinder feyerlich manumittirt haben, blos in der Absicht, um ihnen den Makel der Knechtschaft abzuwaschen [e]). Heut zu Tage findet nun das zwar als Regel nicht mehr statt; die unehelich Gebohrnen gehören jetzt nicht mehr in die Klasse der Leibeigenen; allein viele Landesgesetze haben doch jene ältern germanischen Rechtsbegriffe ausdrücklich bestätigt, und müssen daher auch noch jetzt in diesen Territorien befolgt werden. Dahin gehört z. B. Hessen, Baden, Bremen, Salzburg, Kostanz, Osnabrück, Oestreich, Pfalz, u. s. w. Eben daraus aber,

b) II. Feud. 26. §. 11.
c) L. 27. C. de inoff. test.
d) POTTGIESSER de statu et condit. seruor. Lib. I. c. 1. §. 17.
e) de SELCHOW 2. §. 12.

aber, daß die unehelich Gebohrnen ehemals Leibeigene waren, folgte weiter, daß, wenn sie ohne Kinder, und ohne eine letzte Willensverordnung verstarben, ihnen der Fiskus iure bastardisae, oder iure bastardagii succedirte [f]; welches Recht noch jetzt in den vorhin genannten, und einigen andern Reichsländern besteht, und nur in der Ausübung sehr verschieden ist. Bald begreift es die ganze Erbschaft; bald nur einen Theil; bald schließen blos Descendenten den Fiskus aus, bald auch Ascendenten und Collateralen; bald steht den unehelich Gebohrnen das Recht zu, ein Testament zu errichten; bald nicht [g].

Wenn von solchen Personen die Rede ist, die ihres Gewerbes, ihrer Handthierung, ihrer Lebensart wegen für **anrüchtig** gehalten werden sollen; so muß man vor allen Dingen zwischen Nachrichter, Scharfrichter und Schinder, Kaviller, Abdecker, Henker, excoriator, unterscheiden. Der **Erstere** ist derjenige, der nur die Strafen des Köpfens und Räderns selbst vollzieht; bey der Tortur, dem Hängen und andern Leibes- und Lebensstrafen aber blos die Aufsicht hat, und überhaupt an Missethäter nie selbst Hand anlegt. Unter dem **Letztern** versteht man denjenigen, der bey Vollziehung aller peinlichen Leibes- und Lebensstrafen selbst Hand an den Missethäter legt, und außerdem zu mancherley schmutzigen Verrichtungen, deren selbst der gemeine Pöbel sich schämt, sich brauchen läßt. Zu der letztern gehört die Reinigung

f) de Selchow in iure germ. §. 89. von Ludewig Gelehrte Anzeigen, Thl. 1. S. 145.

g) F. J. Bodmann Abh. von der Makel der Bastarden, und dem Rechte des Fiskus, falls sie unbeerbt verstorben, derselben Verlassenschaft nach teutschen Rechten an sich zu ziehen, in Siebenkees Beytr. Thl. 6. S. 10—86. Hr. von Günderode in den sämmtl. Werken, Band 2., Nr. 11. über das Recht einiger teutschen Stände, die in ihren Ländern sterbenden unehelichen Kinder zu beerben.

der Kloaken und heimlichen Gemächer; die Abdeckung des verreckten Viehes; die Einscharrung desselben, wenn es an einer Seuche krepirt ist; das Todtschlagen der mit keinem Zeichen versehenen Hunde; die Lieferung des Luders auf den Schindanger, und an die Jägerey zu den Wolfs- und Fuchshütten; die Wegbringung des geschlachteten untüchtigen Viehes; die Besorgung des Schindangers, u. s. w.

Was den Scharfrichter betrifft, so war die Vollziehung der Todesstrafen bey den Römern ein ehrbares Geschäfte; nur die Hinrichtung und Peinigung der Sclaven hielten freye Bürger für eine schimpfliche Verrichtung. Eben so war bey den Germanen die Execution der Leibes- und Lebensstrafen keinesweges entehrend, sondern man hielt dieselbe vielmehr für eine heilige und religiöse Handlung. In den Städten verrichtete solche gewöhnlich der jüngste Rathsherr, oder der jüngste Ehemann aus der Bürgerschaft; in den Klöstern, welche die peinliche Gerichtsbarkeit ausüben durften, der jüngste Bruder; sonst auch nicht selten der nächste Anverwandte; und selbst illustre Personen schämten sich nicht, ihre Arme zu diesem Geschäfte herzuleihen. Es war also damals die Vollziehung der peinlichen Strafen an kein ordentliches Amt gebunden, sondern wenn der Landrichter, den ersten den besten Unterthanen, für Geld, oder für gute Worte dazu genommen, so hatte dieser um so weniger Bedenken, den Missethäter zu expediren, als er die angesehensten Männer, die Grafen, die Baronen, die Hofcavaliers, die Ministerialen u. s. w. vor Augen hatte, welche, wenn die Blutur theile von dem Landesherrn selbst gefällt worden waren, die Strafen des Hängens, des Köpfens u. s. w. ihren Ehren unverfänglich, ohne alles Bedenken vollzogen — ja, es wurde der Nachrichter so gar mit einem eigenen, vorzüglich Ehrenvollen Namen, demjenigen des Frohnbothen belegt, wie man dazu in der Glosse zum Sachsenspiegel Buch 3. Art. 55. einen merkwürdigen Beleg findet. Hier schreibt der Glossator:

„Ein

„Ein Frohnboth heißt so viel als ein heiliger Bothe oder Knecht Gottes, und er mag die Leut ohne Sünd wohl peinigen und tödten. Siehe nun wohl zu, du Frohnboth, oder Scharfrichter, daß du den Namen mit der That habest, und sey gerecht, da du wirst heilig genannt h)."

Das alles hat sich nun freylich in neuern Zeiten merklich geändert. Die Scharfrichterey macht jetzt ein eigenes Amt aus, und die Scharfrichtereygerechtigkeit gehört zu den Regalien, weil sie mit dem Kriminalwesen unzertrennlich verbunden ist. Wenn daher Jemandem gleich die peinliche Gerichtsbarkeit zusteht, so ist doch deswegen die Scharfrichtereygerechtigkeit keinesweges für mit verliehen zu achten i). Es entsteht daher nothwendig die Frage: ob man vielleicht in neuern Zeiten von den ehemaligen Grundsätzen abgegangen sey, und die Scharfrichter mit einer Makel belegt habe? Die gemeinere Meynung bejahet es k), und die Gründe für diese Behauptung hat der verstorbene Hr. HR. Meister l) vollständig also vorgetragen. Mit der Einführung der fremden Rechte, besonders des römischen, hat man in Teutschland auch die darin enthaltenen Begriffe von der Verächtlichkeit des carnificis angenommen, und auf unsere Scharfrichter angewendet. I. Bey den Römern durfte der carnifex kein Bürger seyn: in Teutschland pflegt man zwar

h) Io. Sam. Fr. Boehmer D. de executionis poenarum capitalium honestate, Hal. 1733. Dreyers Nebenstunden, S. 177. flg.

i) Dan. Nettelbladts Abh. von der Scharfrichtereygerechtigkeit, wie auch von der davon unterschiedenen Abdeckereygerechtigkeit, in der Samml. jurist. Abhandl. Nr. 11. S. 269. flg.

k) de Selchow in sel. cap. Sect. III. §. 11.

l) Meisters vollständige Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamk. in Teutschl. Thl. 1. Abschn. 1. Hauptst. 6. §. 11.

dem Scharfrichter das Bürgerrecht, weil es nicht von der Wichtigkeit des römischen ist, nicht zu versagen; indessen wird er doch nicht in die Zünfte aufgenommen. Die Gewohnheit, alle verschmähte Personen von den Zünften auszuschließen, ist in Teutschland auch in Ansehung des Scharfrichters dergestalt sorgfältig beybehalten worden, daß demselben die Aufnahme nur alsdenn verstattet wird, wenn er sein Amt niedergelegt hat, und durch einen Gnadenbrief von seiner Schmach befreyt worden ist. Das Daseyn dieser Gewohnheit leidet um so weniger einen Zweifel, als sie in den meisten Artikels- und Gildebriefen durch eine besondere Klausel bestätigt zu werden pflegt. Hingegen erstreckt sie sich nicht auf die Weiber und Kinder der Scharfrichter; denn da in dem Reichsschlusse vom Jahr 1731. §. 4. nur die Schinderskinder, bis zum zweyten Gliede, von den Zünften und Handwerken ausgeschlossen sind, und es der natürlichen Billigkeit gemäß ist, daß die Kinder an der Schmach und Schande ihrer Eltern keinen Antheil nehmen, so hat man sich sowohl von Seiten des Landesherrn, als der Richter, dem ausschweifenden Beginnen der Zünfte, die Ausschließung auch auf diese zu erstrecken, beständig widersetzt. Daher zweifelt auch Niemand, daß die Söhne eines Scharfrichters Künste und Wissenschaften treiben, zu akademischen Würden gelangen, die Töchter sich an ehrliche Handwerksleute, ohne deren Nachtheil, verheyrathen, die Kinder aber überhaupt Geburtsbriefe erhalten können; obgleich viele Rechtsgelehrte nicht ohne Grund behaupten, daß in diesen, mit Auslassung der Worte: von ehrlichen Eltern, nur bezeugt werden müsse, daß sie aus richtig vollzogener Ehe gebohren wären; Andere aber, jedoch ohne hinlängliche Ursache, dergleichen Geburtsbriefe nicht zulassen wollen. II. Die Römer duldeten die carnifices nicht in concionibus; und die Teutschen schließen den Scharfrichter von den Versammlungen und Zusammenkünften ehrbarer Leute aus; doch sind die Gewohnheiten nicht überall einerley. An manchen Orten

pflegt

pflegt dem Scharfrichter in der Kirche ein eigener Stand angewiesen zu werden, damit er sich nicht unter die andern Leute mische, und ihnen beschwerlich falle; und er findet sich weder in den Wirthshäusern, noch bey Hochzeiten und andern dergleichen Versammlungen ein, und diejenigen, welche ihn in ihrer Gesellschaft leiden, nehmen an seiner Verächtlichkeit Theil; besonders wenn ihm zugleich die Abdeckerey verliehen ist, oder er selbst bey den Henker- und Abdecker-Arbeiten Hand anlegt; dahingegen in vielen Städten, die Bürger ohne Verletzung ihrer Ehre, mit dem Scharfrichter, der nicht zugleich den Henker und Kaviller vorstellt, häufig Umgang pflegen. III. Nach der Reformation guter Polizey vom Jahr 1530. Tit. 21. von Nachrichtern, soll eine jede Obrigkeit fleißiges Einsehen thun, daß sich die Züchtiger, Nachrichter und Feldmeister, oder Abdecker, mit ihrer Kleidung tragen, damit sie von Andern erkannt werden, welche Verordnung aber in den wenigsten Provinzen im Gebrauche ist. In dem Churbrandenburgischen mußten die Scharfrichter und Schinder ehemals dunkelgraue Kleider mit solchen Knöpfen, und rothe spitzige Hüthe tragen, wobey ihnen zugleich der Gebrauch des Seitengewehrs untersagt war. Anderwärts müssen sie sich grün oder roth kleiden. Im Eisenachischen darf sich der Nachrichter keines Degens, sondern nur eines kurzen Schwerdts bedienen. IV. Die römische Verfügung, daß keine ehrlose, oder verächtliche Personen eines öffentlichen Ehrenamtes fähig seyn sollen, gilt auch in Ansehung des Scharfrichters bey den heutigen Teutschen. V. Nach der Meynung der mehresten Rechtsgelehrten kann auch ein brüderliches Testament wegen der Erbeseinsetzung eines Scharfrichters als inofficiosum angefochten werden. VI. Gemeiniglich muß der Scharfrichter wegen der ihm zugleich verliehenen Schinderey außer der Stadt wohnen. Wenn man nun alle diese der Ehre des Scharfrichters höchst nachtheilige Verfügungen betrachtet, und dabey in Erwägung zieht, daß einige davon sich auf

die ausdrücklichen Gesetze gründen, andere in offenbaren Gewohnheiten, nicht aber in einer unvernünftigen Einbildung des gemeinen Volks bestehen, und mit dem römischen Rechte zugleich auch die römischen Begriffe von dem Amte und Stande des Scharfrichters eingeführt worden sind; so ist wohl der Schandfleck, welchen man leuis notae maculam nennt, der dem Scharfrichter sowohl, als dem Henker und Abdecker, obgleich in einem viel geringern Grade, und an einem Orte mehr, als am andern, anklebet, außer Zweifel gesetzt. Dagegen die Zweifelsgründe einiger Rechtsgelehrten um so weniger eintreten können, als sie theils auf die Infamie abzielen, welche doch in Teutschland dem Scharfrichter niemals hat aufgebürdet werden wollen, theils hauptsächlich von der Unbilligkeit dieses Schandflecks reden; dessen Tilgung zwar dem Scharfrichter wohl zu gönnen wäre, aber nicht von dem Richter, sondern von dem Gesetzgeber abhänget.

Bey näherer Prüfung hält diese ganze Darstellung die Probe nicht aus. I. Der Reichsschluß von 1731. verordnet einmal ganz bestimmt und unumwunden, es soll keine Profession und Handthierung, denn blos diejenige der Schinder allein, von Innungen und Zünften ausgeschlossen seyn. Wenn daher noch hin und wieder einzelne Handwerksartikel, oder das Herkommen einige Gaffeln, auch Scharfrichter ausgeschlossen wissen wollen; so gehört das offenbar zu denjenigen Handwerksmißbräuchen, deren Abstellung den Reichsgesetzgebern so sehr am Herzen lag. II. Daß hin und wieder die Scharfrichter von den Versammlungen ehrbarer Leute ausgeschlossen werden, ist blos eine Folge von veraltetem Vorurtheile des Pöbels, und hat in den Gesetzen durchaus keinen Grund. III. Daß die Reichsgesetze verordnen, es sollen die Scharfrichter eine besondere Kleidung tragen, beweißt nicht, daß denselben eine Makel anklebt; denn einmal ergieng jene Verordnung, wie sich die Gesetze selbst ausdrücken, deswegen, damit die Nachrichter von Andern erkannt werden mögen, und dann ist daſ-

selbe

selbe auch in Ansehung anderer Klassen von Personen, namentlich in Ansehung der Juden [m]), welchen doch Niemand deswegen eine Makel andichtet, angeordnet. IV. Daß endlich nach den Statuten, oder dem besondern Herkommen einzelner Städte die Scharfrichter zuweilen von manchen Ehrenstellen ausgeschlossen sind, wie auch, daß sie häufig an einem entlegenen Orte, abgesondert von der Stadt wohnen, beweißt eine denselben anklebende maculam leuis notae keinesweges. Das Erstere tritt nicht selten auch bey andern Klassen von Einwohnern, namentlich bey den so genannten Beysassen, die doch entschieden mit keiner Makel behaftet sind, ein, und das Letztere hat seinen Grund lediglich darin, daß die Scharfrichter gemeiniglich zugleich die Abdeckerey besitzen, die freylich, nach den Regeln einer zweckmäßigen Polizey, stets an einem entlegenen Orte sich befinden muß — — Kurz, man sieht bald, daß die Vertheidiger jener Lehre durch ihre allzugroße Anhänglichkeit an das fremde Recht, und durch ihre Achtung für ältere Vorurtheile und für die Meynung einiger Rechtsgelehrten, sich haben irre führen lassen [n]). — Wie dem aber auch immer sey; so ist doch wenigstens so viel gewiß, daß die Kinder der Scharfrichter in keinem Falle den anrüchtigen Personen beygezählt werden können. Unsere Gesetze nehmen das für so entschieden an, daß in dem Reichsschlusse vom J. 1772. ausdrücklich gesagt wird: „von den vorhin von den Handwerkern, Gilden und Zünften nicht ausgeschlossenen Scharfrichters Kindern sey gar die Frage nicht. Als deshalb unlängst das Collegium der Physiker und Aerzte zu Frankfurt am Mayn dem Johann Michael Hoffmann, eines Scharfrichters Sohne, seiner Geburt wegen, die Aufnahme versagte, ergiengen nicht nur von Seiten des Magi-

m) Reichspoliz. Ordnung. v. 1539. Tit. 22. v. 1577. Tit. 10.

n) PLITT Diss. cit. de leuis notae macula, §. 10—12.

Magistrats zu Frankfurt, sondern auch von Seiten des Reichshofraths, deswegen sehr nachdrückliche und geschärfte Verfügungen o).

Nach dem Reichsschlusse vom J. 1731. sollen die Schinder bis auf deren zweyte Generation, in so ferne allenfalls die erste eine ehrliche Lebensart erwählet, und darin mit den Ihrigen, wenigstens 30 Jahre lang continuirt hätte, für anrüchtig gehalten werden. Dieß hat nun das jüngere Reichsgesetz vom J. 1772. dahin abgeändert, daß auch die Kinder und Abkömmlinge der Schinder, die die verwerfliche Arbeit ihrer Eltern noch nicht getrieben haben, noch treiben wollen, von aller Makel, von jedem Vorwurfe, ihrer Geburt wegen, befreyt geachtet werden sollen p). Uebrigens gehört die Abdeckereygerechtigkeit, als ein Zweig des Polizeywesens, unstreitig zu den Hoheitsrechten. Es darf daher Niemand, ohne landesherrliche Concession, sich derselben anmaßen, und es ist solche eben so wenig unter der Scharfrichtereygerechtigkeit begriffen, als wenig sie für einen Ausfluß der peinlichen Gerichtsbarkeit gehalten werden kann. Indessen lehrt doch die Erfahrung, daß die Kavillerey gewöhnlich mit der Scharfrichterey verbunden zu seyn pflegt, und das darum, weil wegen der seltenen und geringen Executionsgebühren Niemand die letztere übernehmen würde, wenn er nicht die Abdeckerey zugleich mit hätte. Diese Verbindung ist aber der Ehre des Scharfrichters ganz unnachtheilig, vorausgesetzt, daß derselbe die zu der Abdeckerey gehörigen Verrichtungen nicht selbst vornimmt, sondern dieselben durch seine Knechte, die Schinder,

o) H. P. Schlosser vorläufige Beantwortung, Ergänzung und Widerlegung der von den Physikern und Aerzten zu Frankfurt entgegen des dasigen Scharfrichters Sohn, Joh. Mich. Hoffmann, der Arzneywissenschaft Doctoren, und dem dasigen ganzen hochansehnlichen Rath, in den Druck gegebenen Beschwerungsschrift, Frankfurt 1768.

p) Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. I. §. 331.

Schinder, oder Kaviller besorgen läßt. Daran wird man um so weniger zweifeln, wenn man erwägt, daß die Scharfrichtereygerechtigkeit sowohl als die Abdeckereygerechtigkeit, wie andere Regalien auch nicht selten Edelleuten, und andern einzelnen Gliedern des Staates, durch Belehnung oder mittelst anderer Titel zu Theil geworden sind.

Bey der Frage: ob durch die Abdeckereygerechtigkeit die natürliche Freyheit der Unterthanen dermaßen eingeschränkt werde, daß sie die darunter begriffenen schmuzzigen Verrichtungen, weder selbst unternehmen, noch durch andere, als die zur Abdeckerey gehörigen Personen, vornehmen lassen dürfen? muß man zwischen denjenigen Geschäften, die ohne Nachtheil des gemeinen Wesens eben so gut von Andern besorgt werden können, und denjenigen, bey welchen dieß der Fall nicht ist, unterscheiden. In Absicht auf die Erstern, wohin die Reinigung der Kloake und heimlichen Gemächer gehört, geht wohl allerdings die Anstalt im Staate, welche die Kavillerey heißt, nur darauf, daß es an Leuten nicht fehle, die solche Verrichtungen vornehmen, wenn sich keine Andere finden, die dieselben gutwillig übernehmen wollen; mithin hat in Absicht auf die Handlungen dieser Art kein Zwangsrecht statt. Was hingegen die Handlungen der zweyten Art betrifft, wohin die Abdeckung des verreckten Viehes, und die Einscharrung desselben, wenn es an der Seuche krepirt ist, gehören; so ist es für das Wohl des gemeinen Wesens nicht gleich viel, ob, und wie dieselben verrichtet werden. Wenn also dieser wegen die Kavillereyanstalt im Staate eingeführt ist; so muß allerdings ein Jeder im Staate gehalten seyn, sich zu diesen Verrichtungen der zu der Kavillerey gehörigen Personen zu bedienen, in so ferne nicht, bey außerordentlichen Umständen, solches einem Jeden selbst, oder durch Andere zu besorgen, erlaubt wird. Indessen kann doch dieses der Kavillereygerechtigkeit anklebende Zwangsrecht nicht so weit ausgedehnt werden, daß

1) dem

1) dem Eigenthümer nicht erlaubt wäre, sein noch nicht verrecktes, sondern nur krankes, und beschädigtes Vieh selbst, oder von Andern todt stechen zu lassen; oder daß 2) dem Abdecker gestattet wäre, in dem Falle, wo sein Zwangsrecht gekränkt worden, den Schindkarren vor die Thüre zu schieben, und so lange allda stehen zu lassen, bis er des Eingriffs wegen befriedigt worden, weil diese Handlung in einer unerlaubten Selbsthülfe bestehen würde; oder daß 3) die Häute des verreckten Viehes, in so ferne sie nicht mit verscharret, sondern abgezogen werden, dem Eigenthümer entzogen werden. In Ansehung dieses letztern Punkts hängt vielmehr alles davon ab, wie die Kavillereyconcession abgefaßt worden. Ist solche nicht ausdrücklich mit auf die Häute gerichtet, so bleiben diese dem Eigenthümer, und dem Kaviller kommt für seine Verrichtung weiter nichts zu, als das gebührende Lohn, da der Tod des Viehes den Eigenthümer nicht um dasjenige bringen kann, was auch noch nach dem Tode einen Werth hat q).

Außer den bisher genannten Personen werden in den Schriften der Rechtsgelehrten noch viele andere für **anrüchtig** erklärt, und gewöhnlich macht man als Quellen dieser Anrüchtigkeit namhaft — vagum incertumque vitae genus und reprobatam religionem.

Aus dem **ersten** Grunde sollen **Vagabunden** oder **Landstreicher**, und alle die, welche bey ihrer an sich verächtlichen Lebensart keinen fixirten Wohnort haben, als, herumziehende Zigeuner, Bärenführer, Marktschreyer, Gaukler, Seiltänzer, Schatten- und Marionettenspieler, hierher gehören. Leute von der letztern Art, glaubt man, seyen ungefähr den römischen histrionibus gleich zu achten, und folgert daraus, es müßten die von diesen geltenden Gesetze auch auf jene angewendet werden; jedoch

q) Hr. GR. Nettelblad a. a. O.

doch läugnet man nicht, daß es offenbare Mißdeutung sey, wenn dieser Ausdruck auch auf ordentliche Schauspieler ausgedehnt werden wolle. Allein der ganzen Behauptung fehlt es, bey näherer Prüfung an einem hinreichenden Grunde. Unsere Reichsgesetze enthalten zwar mancherley Verordnungen in Ansehung der Bettler und Müßiggänger, der Landfahrer, Singer und Reimensprecher, der reisigen, herrenlosen, gardenden Knechte, der Schalksnarren, der Zigeuner, Pfeiffer, Trompeter, Spielleute, von denen die darüber vorhandenen Reichsgesetze Hr. GR. Gerstenlacher[r]) zusammengetragen hat; auch sind in den einzelnen Kreisen die Kreisedicte gegen diese Klassen von Menschen zum Theil sehr hart, und mit Blut geschrieben; aber daß solche Leute an einer macula leuis notae laboriren sollen, das ist doch nirgends verordnet; vielmehr geht der Zweck der Reichsgesetzgebung deutlich dahin, daß diese Menschen zu Handwerken, oder sonst zu Diensten und andern zweckmäßigen Beschäftigungen angewiesen werden sollen. Ohne vorliegendes klares Gesetz steht es nicht in der Macht der Rechtsgelehrten, da sie nur Diener der Gesetze sind, irgend Jemand für anrüchtig auszugeben. Freylich scheint das römische Recht hier zu entscheiden; allein wer möchte in einer Lehre, wo alles auf den besondern Sitten, Gebräuchen, und dem Herkommen eines jeden einzelnen Volkes beruht, das fremde Recht, das unter ganz andern Voraussetzungen errichtet worden ist, gerade zu bey uns anwenden wollen [s])?

Der Religion wegen zählen Viele besonders die Juden den anrüchtigen Personen bey, und leiten daraus eine beträchtliche Menge von Folgen in Ansehung der rechtlichen Verhältnisse her; allein so wie die ganze Voraussetzung

r) Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze, Thl. 10. S. 2087. flg.

s) Plitt in Diss. cit. §. 22.

setzung in den Rechten keinen Grund hat, so fallen auch die darauf gebauten Folgerungen von selbst über den Haufen [t]). In den ältern Geburtsbriefen und sonstigen Rechtsmonumenten endlich wird überdem auch noch mancher andern Personen nicht in allen Ehren gedacht, welche aber nach veränderten Begriffen und Sitten um so weniger in diese Klasse gezählt werden können, da einige derselben sogar eine ausdrückliche Ehrenrettung durch Reichsgesetze und kaiserliche Privilegien erhalten haben: als Schweinschneider, Schäfer, Müller, u. s. w.

Eine noch nicht berührte Quelle der Anrüchtigkeit besteht in dem artikulirten Verhör oder in der ausgestandenen Specialinquisition; denn diese ist bekanntermaßen mit der Folge verknüpft, daß der Inquisit während der Untersuchung von öffentlichen Aemtern suspendirt, und von den Zusammenkünften der Zünfte, wie auch von andern ehrbaren Gesellschaften ausgeschlossen, auch nicht eher zu neuen Ehrenstellen gelassen wird, bis er seine Unschuld hinlänglich ausgeführt, oder die Untersuchung der Sache durch die Abolition des Verbrechens beendigt worden ist [u]). Vor dieser Zeit wird der Inquisit für keinen glaubwürdigen Zeugen gehalten, und es wird ihm keine Belehnung gereicht [x]).

Wir haben bisher gesehen, welche Personen besonders nach ältern und neuern teutschen Gesetzen als solche angesehen werden, die eine leuis notae maculam haben; es gehört aber zur Vollständigkeit in dieser Materie, auch die Grundsätze des römischen Rechts über diesen

t) Hr. HR. Runde, §. 638. Plitt l. c. §. 23.

u) L. un. C. de rei postul. Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 2. §. 674.

x) c. 56. X. de testib. c. 10. X. de purgat. canon. Leyser Spec. 660. Med. 18. Vet. auct. de benef. c. 1. §. 4. Sächs. Lehnrecht, Cap. 4. Schwäbisch. Lehnrecht, Cap. 1. §. 4.

sen Gegenstand genauer zu kennen; daher will ich diese Lehre kürzlich vortragen. Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß der Ausdruck: leuis notae macula, welcher in der L. 27. C. de inoff. test. vorkommt, wo es heißt: consanguinei autem — contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso querelam mouere possunt, si scripti heredis infamiae vel turpitudinis vel *leuis notae macula* adspergatur, und wodurch eine neue Art der Verächtlichkeit, die von der infamia und turpitudine unterschieden sey, angezeigt werden sollte, ohne Zweifel für einen Zusatz der Verfasser des Codex gehalten werden muß, wenn man diese Stelle mit der L. 1. et 3. Cod. *Theodos.* de inoff. testam. vergleicht, woraus sie genommen ist. Hieraus folgt aber gar nicht, daß die Sache selbst eine Erdichtung der Rechtsgelehrten sey, wovon in Gesetzen nichts stehe; denn Constantin der Große unterscheidet doch selbst in der angeführten L. 3. Cod. Theod. de inoffic. test. *turpitudinem* und *leuem notam* von einander, weil er sagt: vnde claret, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, quum *infamiae* adspergitur vitiis is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae *per turpitudinem* aut *aliquam leuem notam* capere non potest institutus. Heineccius y) behauptet daher, es sey in dieser Stelle hauptsächlich auf die Legem Papiam Poppaeam Rücksicht genommen worden, und Constantin habe unter denjenigen, welche propter leuem notam die Erbschaft nicht behalten könnten, wovon der Erblasser seine Geschwister ausgeschlossen hatte, solche Personen verstanden, von denen das Papische Gesetz festgesetzt, daß weder ein Senator noch seine Kinder sie heyrathen solle, welche Personen man in der L. 44. D. de ritu nupt. angeführt findet. Man unterschied von dergleichen Personen wieder

y) Heineccius in Diss. de leuis notae macula, §. 16. et 20. Idem in Praefat. opusc. varior. syllogi praemissa, Hal. 1735. p. 14.

wieder andere, quae per *turpitudinem* capere non poterant hereditatem, mit denen nicht einmal ein freygebohrner Plebejer in einer **rechtmäßigen Ehe** leben konnte, wie man aus der L. 43. D. de ritu nupt. sieht [z]).

Vermöge eines Schandflecks der **Geburt** rechnete man bey den Römern unter die Personen, welche mit einer leuis notae macula befleckt angesehen wurden, die **Kinder solcher Eltern**, die für ehrlos gehalten wurden, z. B. die Kinder der **Histrionen** und **Pantomimen** [a]). Mit diesen durfte kein Senator noch Jemand, der aus einer senatorischen Familie herstammte, in die Ehe treten [b]). Es war ferner verboten, dergleichen Personen seinen Geschwistern im Testament vorzuziehen [c]).

Einen gleichen Flecken, der von der Geburt herrührte, hatten bey den Römern die Freygelassenen; jedoch wurde dieser Flecken durch eine restitutio natalium getilgt [d]).

Ob die uneheliche Geburt bey den Römern für eine Ursache gehalten worden, Jemanden mit einer leuis notae macula befleckt zu halten, darüber streiten die Rechtsgelehrten. Sehr viele Rechtsgelehrte [e]) haben es behaup-

z) de SELCHOW in sel. capit. doctr. de inf. §. 5.

a) L. 44. pr. D. de ritu nupt. HEINECCIVS in cit. Diss. §. 24.

b) VLPIAN. in fragm. tit. XIII. §. 1. 2. HEINECCIVS in comment. ad Leg. Iul. Lib. II. c. 1. §. 2. sqq.

c) L. 27. C. de testam. inoffic.

d) L. 5. D. de natal. restit. HEINECCIVS in cit. Dissert. §. 25.

e) Iac. GOTHOFR. in comment. ad L. 3. Cod. Theod. de inoffic. testam. Tom. I. p. 203. sqq. SCHVLTING h. t. §. 14. WISTENBERG D. de port. legit. c. IV. §. 5. Aeg. GRAEFLAND in Diss. ad Leg. 27. C. de inoff. test. Lugd. Bat. 1751. c. 2. §. 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0466
DFG

behauptet; andere Rechtsgelehrte [f]) haben aber diese Meynung gründlich widerlegt, und nur bey Bewerbung um Ehrenstellen mußten Spurii nachstehen, wenn ein Anderer sich um das nämliche Amt beworben hatte, der mit gleichen Fähigkeiten zugleich in der Ehe erzeugt worden war [g]).

Wegen der **verwerflichen** Beschäftigung wurde bey den Römern auch der carnifex unter die Personen gerechnet, an denen eine leuis notae macula haftete [h]); weil er zur Hinrichtung der Sclaven und zur Peinigung oder **Tortur** [i]) gebraucht wurde, da die Todesurtheile freyer Personen durch die **Lictoren** und **Soldaten** vollstreckt wurden [k]). Er wurde daher nicht unter die Bürger aufgenommen; konnte auf keinen Volksversammlungen erscheinen, wohnte außerhalb der Stadt, und unterschied sich durch Tragung eines Glöckchens von ehrlichen Leuten [l]).

Da wir diejenigen Personen kennen, welche für **anrüchtig** gehalten werden dürfen, so muß zum Beschluß dieses Titels über die **Wirkungen** dieser öffentlichen Verachtung Etwas bemerkt werden. Vor allen Dingen ist zu bemerken, wenn von den Wirkungen der maculae levis notae die Rede ist, so darf man nicht etwa annehmen, daß solche, eben so wie die **Ehrlosigkeit**, den ganzen Inbegriff derjenigen Rechte, welche von der bürgerlichen Ehre abhängen, entzieht, sondern nur diejenigen nachtheiligen Folgen verursacht, für welche ausdrückliche

f) L. 3. §. 2. L. 6. D. de decur. can. 4. 5. Dist. LVI. Püttmann in Diss. de querela inoffic. testam. fratribus atque sororibus contra spurios haud comp. Lipsi. 1772. Voet ad Tit. de inoffic. test. §. 10. Ge. Steph. Wiesand in Opusc. p. 266.

g) L. 3. §. 2. D. de decur.

h) Cicero in Orat. pro Rabirio, c. 5.

i) Sigonivs de iure ciuit. Rom. Lib. I. c. 15.

k) Pet. Faber in semestr. Lib. II. c. 9.

l) Heineccivs in Diss. cit. §. 33. de Boehmer in Diss. cit. de executionis poenar. honestate, §. 16.

und bestimmte Gesetze vorhanden sind [m]). Diese Gesetze wollen, 1) daß anrüchtige Personen von allen Collegien, Zünften, geistlichen Orden und öffentlichen Bedienungen ausgeschlossen werden; 2) werden sie in keine ehrbare Zusammenkünfte und Gesellschaften gelassen. 3) Wenn sie in einer letzten Willensverordnung zu Erben eingesetzt worden sind, so können die Geschwister des Erblassers die Klage des pflichtwidrigen Testaments anstellen [n]). Ob die Anrüchigkeit des Schinders die Glaubwürdigkeit ihres Zeugnisses vermindere, darüber wird gestritten. Der Hr. von Leyser hielt sie für keine völlig glaubwürdigen Zeugen; andere Rechtslehrer [o]) widersprechen dieser Behauptung deswegen, weil nach den Gesetzen kein Amt an sich, sondern blos die schlechte Aufführung verdächtig mache. Zu leugnen ist es wenigstens nicht, daß das Zeugniß des Schinders in Sachen, welche in sein Amt einschlagen, z. B. wenn es auf Besichtigung eines kranken oder gefallenen Stück Viehes ankommt, völlig glaubwürdig sey [p]).

Die Anrüchtigkeit hört auf, sie mag aus einer unehrlichen Geburt, oder aus einer verwerflichen Handthierung und Lebensart herrühren, wenn eine legitimatio ad honores geschehen ist.

m) Plitt Diss. cit. de leuis notae macula, §. 24.

n) Plitt l. c. Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. I. §. 330. Cocceii in iure contr. Lib. 5. tit. 2. qu. 12. Lavterbach h. t. §. 34.

o) Leyser Spec. 52. Med. 8. Müller ad Leyser. T. I. Fasc. II. Obs. 175. Plitt in Diss. cit. Emmingh. ad Cocceii ius contr. h. t. qu. 10. not. o. Boehmer in comp. Dig. h. t. §. 11. Danz im Handb. Thl. 3. §. 311. S. 99.

p) Frommann in Diss. cit. de leuis notae macula, §. 55.

Lib. III. Tit. III.

de procuratoribus et defensoribus.

§. 386. 387.

Sachwalter, Anwälde, Agenten, Gevollmächtigte, Gewalthaber, Prokuratoren, sind diejenigen, welche gerichtliche Geschäffte, dem Auftrage des Eigenthümers gemäß, verwalten [a]). In der L. 1. pr. D. h. t. wird gesagt: procurator est, qui aliena negotia mandatu Domini administrat. Vom Sachwalter ist der ungebetene Geschäftsführer, negotiorum gestor, und der freywillige Vertheidiger, defensor, unterschieden. Jener besorgt ohne Auftrag außergerichtliche, dieser gerichtliche Sachen [b]), und zwar letzterer nicht anders, als gegen geleistete Sicherheit, daß der Eigenthümer alles genehmigen werde, von welcher Sicherheitsbestellung weder Würde noch Reichthum befreyet [c]). Sie werden der Bil-

a) Hub. GIPHANIVS in Lecturis Altorf. Frf. 1605. 4. p. 1. sqq. Chr. God. HOFFMANN D. de origine et conditione procuratorum iure Romano et Canonico, nec non eorum progressu in forum germanicum, Frf. 1716. Fr. Vlr. PESTEL. D. illustrans varias controuersias circa materiam de procuratoribus, Rintel. 1743. Rud. Christ. HENNE Diss. sist. selecta quaedam de procuratoribus capita, Erford. 1768. Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß, von Lud. Ferd. Dapp, Herzogl. Wirtemb. Canzleyadvokaten zu Tübingen, Frkf. am Mayn, 1789. 8. Hr. HR. Claproth im Proceß, Thl. 1. S. 338 flg. Hr. MR. Danz im ordentl. Proceß, S. 130. Vollständige Erläut. des ordentl. Processes, Thl. 1. S. 222. flg.

b) L. 51. §. 1. L. 76. D. h. t. L. vn. in fin. C. de satisd. GIPHAN. ad h. t. p. 9. WESTENB. h. t. §. 42.

c) L. 46. §. 2. L. 51. §. 2. L. 52. D. h. t.

ligkeit wegen auch ohne Vollmacht zugelassen, quia publice vtile est, absentes a quibuscunque defendi, wie es in der L. 33. §. 2. D. h. t. heißt. Eine besondere Sicherheitsbestellung ist übrigens nur alsdenn nöthig, wenn die Klage eine actio in rem ist [d]); denn gesetzt, der Defensor hätte auch die Sache, dem Urthel gemäß, an den Kläger abgeliefert, so könnte ja der Principal, den das rechtskräftige Erkenntniß nicht verbindet, die Sache aufs neue vindiciren und der vorige Kläger hätte ohne Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung keinen Regreß. Bey Personalklagen braucht die besondere Genehmigung des abwesenden Beklagten, einige Fälle ausgenommen [e]), deswegen nicht zu geschehen, weil sich der Kläger hier schlechterdings an die ihm bestellte Sicherheitsbestellung hält, und vermöge derselben kann er entweder den freywilligen Vertheidiger oder seinen Bürgen belangen; es findet auch hier keine Zurückforderung statt [f]).

Es giebt verschiedene Arten der **Prokuratoren.** Wird ein **Prokurator** von dem Eigenthümer bestellt, so heißt er ein Prokurator im eigentlichen Verstande; geschieht es nicht von dem Eigenthümer, aber doch von einem solchen, dem vermöge eines öffentlichen Amtes das Recht zusteht, die in das Amt einschlagenden gerichtlichen Geschäffte von einem Andern verwalten zu lassen, so nennt man sie **Aktoren**, und wenn sie von einer **Gemeine** bestellt worden sind, heissen sie Syndici.

In Rücksicht auf die **Geschäffte**, welche die Prokuratoren besorgen, theilt man sie in **gerichtliche** und **auſſer-**

d) L. 40. §. 2. D. h. t. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 17.

e) L. 39. §. fin. D. h. t. L. 6. D. rem rat. dom. habit. FINESTRES in Hermog. p. 340. sqq.

f) L. 45. §. vlt. D. h. t. GIPHANIVS l. c. p. 44. NOODT h. t. verb. vult igitur Praetor. SCHVLTING h. t. §. 17. LAVTERBACH h. t. §. 71.

außergerichtliche, je nachdem sie entweder zur Betreibung gerichtlicher oder außergerichtlicher Geschäffte bevollmächtigt worden sind: Erstere heissen Sachwalter, Anwälde, Prokuratoren in der strengsten Bedeutung.

Sieht man auf die Person desjenigen, zu dessen Nutzen der Prokurator das ihm aufgetragene Geschäffte besorgt, so nennt man ihn entweder procurator in rem suam, oder procurator in rem alienam, je nachdem er das übernommene Geschäffte entweder zu seinem eigenen Vortheile, oder zum Nutzen des Eigenthümers, der ihm solches aufgetragen hat, besorgt.

Nach dem Umfange der Gewalt betrachtet, giebt es Bevollmächtigte, welche Generalbevollmächtigte genennt werden, und andere, die Specialbevollmächtigte heissen. Die Vollmacht der erstern giebt ihnen das Recht, alle Geschäffte und Rechtsangelegenheiten ihres Gewaltgebers zu besorgen; letztere aber haben blos das Recht, ein einzelnes fremdes Geschäffte zu besorgen g).

Wenn man auf die Art, wie die Vollmacht zur Besorgung des fremden Geschäffts ertheilt worden ist, Rücksicht nimmt, so giebt es wahre Sachwalter, und andere, welche vermuthete heissen. Erstere handeln nach einer wirklich erhaltenen Vollmacht; die letztern aber vermöge eines vermutheten Auftrags. Die wahren Sachwalter bestellt man durch den Bevollmächtigungscontract, das heißt, denjenigen Consensualcontract, wodurch sich Jemand verpflichtet, ein erlaubtes Geschäffte des Andern, in seinem Namen, der ihm gegebenen Vorschrift gemäß, umsonst zu besorgen. Es kann dieser Contract nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend

g) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 12. D. de pact. L. 17. §. fin. D. de iureiur. L. 12. D. de solut. L. 3. §. 2. D. iud. solui. Noodt de pact. c. 27.

geschlossen werden, wie man aus mehrern Gesetzen h) sieht; denn wenn gleich in diesen Gesetzen nur von dem Falle die Rede ist, wenn ich es wissentlich geschehen lasse, daß Jemand für mich Bürgte geworden, und mein Stillschweigen so ausgelegt werden soll, als wenn ich ihm zur Uebernahme der Bürgschaft Auftrag gegeben hätte; so wendet man doch diese Vorschrift mit Recht auch auf andere Geschäffte an, die Jemand mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Principals übernommen hat i). Es fragt sich nun: giebt es auch eine stillschweigende Eingehung des Bevollmächtigungscontracts in gerichtlichen Sachen? Man muß hierbey zwey Fragen von einander unterscheiden; nämlich 1 ob eine streitende Parthey den Auftrag in gerichtlichen Sachen stillschweigend ertheilen könne? Mehrere k) Rechtslehrer wollen es deswegen nicht zugeben, weil ein Sachwalter nach dem allgemeinen Gerichtsgebrauche, in gerichtlichen Geschäfften, eine schriftliche Vollmacht zu den Acten übergeben müsse. Diese Einschränkung verwerfen andere berühmte Rechtsgelehrte l), weil die schriftliche Vollmacht bey dem Bevollmächtigungscontracte, welcher zu seiner Vollkommenheit nichts als die beyderseitige Einwilligung des Gewaltgebers und Sachwalters erfordert, nicht wesentlich ist, sondern nur als Beweismittel in Ermangelung anderer gebraucht wird, und

h) L. 6. §. 2. L. 18. D. mandati. L. 6. C. eod. L. 60. D. de reg. iur.

i) Westenberg h. t. §. 11. Hofacker in Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 2011. Höpfners Comment. §. 920.

k) Brvnnemann ad Dig. h. t. ad L. 8. nr. 5. Stryck in vsu mod. h. t. §. 28. Wernher in lect. comment. ad Lib. XVII. tit. 1. §. 2. Mollenbec h. t. n. 4.

l) Leyser Spec. 53. Med. 11. Schaumb. in Princ. prax. cap. gen. II. §. 22. Emminghaus in Progr. de mandato tacito, eiusque praesertim tacita susceptione, Erlangae, 1796. §. 4. Hr. RR. Danz im Proceß, §. 130. S. 243. Hr. Canzleyadv. Dapp, S. 169.

und daher, wenn der Bevollmächtigungscontract auf eine andere Art, z. B. durch die Wissenschaft und das Stillschweigen der streitenden Parthey, oder durch Zeugen erwiesen werden kann, nicht erforderlich ist. Wenn gleich nach der besondern Gerichtsordnung mehrerer Länder ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß ein gerichtlicher Sachwalter sich mittelst einer schriftlichen Vollmacht zum Proceß legitimiren solle, so gehört doch dieses offenbar mehr zur Form, als zum Wesen der Bevollmächtigung, und es kann zwar allerdings deren gehörige Beobachtung sowohl der Parthey als ihrem Sachwalter vom Richter aufgelegt werden, aber doch nicht gleich aus der unterlassenen Beobachtung derselben eine Nichtigkeit des Geschäffs entstehen, welches von dem Prokurator vermöge des stillschweigenden Auftrags vor Gericht besorgt worden ist, wenn es zumal der Principal vollkommen genehmigt m).

Eine Bevollmächtigung geschieht stillschweigend 1), wenn eine Parthey selbst im Gericht erschienen ist, und sie läßt es geschehen, daß Jemand als ihr Sachwalter für sie handelt, ohne dieser Handlung zu widersprechen n); man kann aber eine solche Vollmacht nie auf den ganzen Proceß ausdehnen, sondern sie kann sich ihrer Natur nach nur auf Handlungen erstrecken, wo die Parthey selbst gegenwärtig gewesen ist o). Es darf daher ein solcher Prokurator im Laufe des Processes weiter nichts vornehmen, als was für eine unmittelbare und unzertrennliche Folge derjenigen Handlung gehalten werden muß, wozu ihn des Gewaltgebers Stillschweigen hinlänglich be-

m) MANTICA de tacit. et ambig. conuent Lib. VII. tit. 3. nr. 25.

n) §. 1. Inst. de iis, per quos agere possum. L. 6. §. 2. D. L. 6. C. mandati. L. 60. D. de reg. iur. VOET h. t. §. 9. LEYSER Spec. 53. Med. 11. 12. Dapp a. a. O. S. 169.

o) c. 64. X. de procur.

rechtigt p). Die stillschweigende Bevollmächtigung geschieht 2), wenn die Parthey die zu der Sache gehörenden Urkunden in der, in einem jeden einzelnen Falle jedesmal zu erweisenden Absicht, einem Andern übergiebt, um jene Sache gerichtlich zu verhandeln q).

Eine andere hierher gehörende Frage ist es: ob auch von Seiten des Sachwalters die Uebernahme eines Auftrags zu Besorgung gerichtlicher Angelegenheiten stillschweigend geschehen könne? Sicher ist es, daß derjenige, welcher sich auf die schriftlich oder mündlich ihm geschehene Ertheilung eines Auftrags blos nicht erklärt hat, dadurch noch keinesweges hinreichend zu verstehen gegeben hat, daß er diesen Auftrag wirklich angenommen habe. Sein Stillschweigen ist in diesen Fällen um so mehr für eine ganz indifferente Sache zu halten, je weniger der Auftrag gemeiniglich unser eigenes Interesse betrifft; wenn man zumal erwägt, daß die Besorgung fremder, besonders gerichtlicher Geschäffte wegen der damit verknüpften Verantwortlichkeit für die geringste Nachlässigkeit, als etwas Lästiges anzusehen ist, dem man lieber zu entgehen sucht, als daß man solches gern übernehmen sollte. Eben deswegen wird in der L. 8. §. 1. D. h. t. das Stillschweigen desjenigen, der sich auf einen ihm gegebenen Auftrag gar nicht erklärt hat, ausführlich für ein Merkmahl verweigerter Einwilligung gehalten. Inuitus procurator non solet dari; *inuitum* autem accipere debemus, non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, *qui consensisse non probatur*. Hieraus folgt aber immer nicht, daß zur Uebernahme eines Auftrags in gerichtlichen Sachen, die ausdrückliche Einwilligung des Pro-

p) Leyser Spec. 53. Med. 12. Schaumb. Princ. Pras. cap. II. gen. §. 22.

q) Arg. L. 11. C. de pact. conu. Wesenbecc. h. t. nr. 6.

Prokurators schlechterdings erfordert werde [r]), sondern es kann auch das Stillschweigen des Prokurators von Wirkung seyn, nämlich alsdenn, wenn zur Ertheilung des Auftrags noch ein besonderer Umstand hinzutritt, der nach der Theorie des Rechts nicht mit Stillschweigen übergangen werden darf, im Fall man den Auftrag nicht annehmen wollte [s]). Ein solcher Fall würde vorhanden seyn, wenn Jemand wissentlich, und ohne Widerrede eine auf ihn gestellte, gehörig ausgefertigte Vollmacht angenommen hat, es auch über dieses geschehen lassen, daß der Principal die gewöhnliche Caution für ihn bestellte [t]). Erfüllt er hier seine Pflichten nicht, so hat die Klage auf das Interesse wider ihn statt.

§. 388.

Es ist Regel, daß derjenige, welcher eines Andern Geschäffte vor Gericht besorgen will, von ihm den Auftrag dazu erhalten haben muß, dergestalt, daß der Richter auch ohne vorhergehendes Bitten des Gegentheils von Amtswegen einen Sachwalter, welcher sich mit keinem Auftrage legitimiren kann, wenn er sich gleich zur Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung erböte, von der processualischen Verhandlung wegweisen kann, und soll [u]), weil sonst die ganze Verhandlung null und nichtig ist [x]). Diese Regel hat ebenfalls ihre Ausnahmen, weil es Personen giebt, welche, ohne daß sie einen Auftrag von der streitenden Parthey erhalten haben, gleichwohl

r) GIPHANIVS in Lect. Altorf. p. 18. WESTENBERG h. t. §. 12.

s) EMMINGHAVS in cit. Progr. §. 6.

t) Clem. 1. de procurat. L. 15. D. h. t. BOEHMER in Iure eccles. Lib. I. Tit. 38. §. 17. STRYCK l. c.

u) CARPZOV in Iurispr. for. Part. I. Const. 1. Def. 26. BERLICH P. I. Concl. 14. nr. 16. Cramers Wezlar. Beyträge, 1. Thl. Nr. 4. §. 5.

x) L. 24. C. de proc. Cramer a. a. O.

wohl zur processualischen Verhandlung einer Sache zugelassen werden, indem die Gesetze wegen des Verhältnisses, in dem sie mit der Parthey stehen, einen Auftrag vermuthen. Ein solcher Auftrag heißt im Gegensatz gegen einen wirklichen ein **vermutheter**, mandatum praesumtum, quasi-mandatum, so wie die Personen, welche sich mit einem solchen vermutheten Auftrage zum Proceß legitimiren, vermuthete Sachwalter, procuratores praesumti, quasi-procuratores genennt werden [y]). Es heißt zwar in der L. 3. §. 3. D. iudic. solui von Bevollmächtigten dieser Art: quod eis agere permittitur edicto Praetoris, *non facit eos Procuratores;* diese Worte geben aber blos zu verstehen, daß sie keine **wahren** Sachwalter sind. Sie können sich daher von dem Gegner ihrer Parthey nicht mit Wirkung die Caution de iudicato soluendo leisten lassen, und müssen selbst de rato caviren, wovon wahre Sachwalter frey sind [z]). Ausser dem Fall eines vermutheten Auftrags kann auch nach **gemeinen** Rechten ein jeder ehrlicher Mann, wenn er gleich keine von den Personen ist, die vermöge vermutheter Vollmacht im Gericht für Andere auftreten dürfen, wenn er nur die ordentliche Sicherheit wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils leistet, im Namen eines Beklagten handeln, und ihn gegen die Anforderung des Klägers vertheidigen [a]).

Unter

y) Io. Bern. FRIESE D. de postulationibus pro aliis sine mandato, Ien. 1699. Wolf. Adam. LAVTERBACH Disqu. de cautione rati a coniunctis praestari solita, Tub. 1663. Io. Iac. BERGER Diss. de mandato iudiciali praesumto, Alt. 1705. Chr. Henr. BREVNING D. de mandato praesumto, Lips. 1764. Rud. Christ. HENNE Diss. de personis ex mandato praesumto in iudiciis agentibus, Erf. 1768. Dapp von der Legitimat. S. 272. §. 386 — 466.

z) Ant. FABER in Rat. ad Dig. ad L. 35. D. h. t.

a) LAVTERBACH Diss. de cautione rati a coniunctis personis praestari solita, §. 26.

Unter die Personen, welche, vermöge einer Ausnahme von der Regel, vermöge eines vermutheten Auftrags zu processualischen Verhandlungen zugelassen werden, gehören I. die Verwandten derjenigen Parthey, deren Sache im Gericht verhandelt wird, sowohl in gerader Linie, als von der Seitenlinie, wie die L. 35. pr. D. h. t. beweißt, wo es heißt: sed et hae personae procuratorum debebunt defendere, quibus sine mandatu agere licet: vtputa *liberi*, licet sint in potestate; item *parentes* et fratres. Es müssen aber diese Personen natürliche Verwandte seyn, und rechtmäßige Verwandte. In der ersten Rücksicht werden keine Personen als vermuthete Sachwalter angenommen, welche blos durch die Adoption in die Familie gekommen sind, wie die Vergleichung der L. 51. mit der L. 56. §. 1. D. de verb. signif. beweißt [b]), worin die Ausdrücke parentes und liberi auf eine solche Art erklärt werde, daß Adoptiveltern und Adoptivkinder nicht mit dazu gerechnet werden können. Es ist auch sonst kein Gesetz vorhanden, worin der Adoption die Wirkung eines präsumtiven Auftrags beygelegt worden [c]).

Eben so wenig können auch die durch die Einkindschaft in eine Familie gekommenen Kinder, vermöge eines vermutheten Auftrags handeln, weil die Einkindschaft ihre Wirkungen nur in Absicht auf die Erbfolge der aus verschiedenen Ehen erzeugten Kinder äußert [d]), auf andere rechtliche Verhältnisse hingegen sich nicht erstreckt. Als Schwäger hingegen können dergleichen Personen immer

b) Cviacivs in comment. ad L. 50. 51. 52. D. de verb. signif. Pothier in Pandect. Iust. h. t. nr. XXX. not. b.

c) Lavterbach in Diss. cit. §. 8. nr. 4. Friese cit. Diss. th. 12. Dapp a. a. O. §. 399. S. 280.

d) Bardili in Diss. de vnione prolium, §. 33. Dapp a. a. O. S. 281.

mer die Rechtssachen ihrer Schwäger, vermöge eines vermutheten Auftrags, besorgen [e]).

Die Verwandten, welche vermöge eines **vermutheten** Auftrags für einander im Gericht erscheinen können, müssen nicht nur **natürliche**, sondern auch **rechtmäßige** Verwandte seyn. Ist die Verwandtschaft aus einem **unehelichen** Beyschlafe entstanden, so können nur **natürliche** Verwandte von mütterlicher Seite, vermöge eines vermutheten Auftrags für einander im Gericht erscheinen, weil die bürgerlichen Rechte der Verwandtschaft bey dergleichen blos natürlichen Verwandten von mütterlicher Seite eben so gut, wie bey den rechtmäßigen Descendenten der väterlichen Linie statt finden, nur muß die natürliche Verwandtschaft nicht etwa durch einen coitum damnatum, das heißt, durch eine Bigamie, eine Blutschande nach den göttlichen Gesetzen, oder durch einen Ehebruch entstanden seyn [f]).

So viel insonderheit die Verwandten in **gerader Linie** betrifft, so nehmen die Gesetze bey diesen weder auf den Unterschied des Grades Rücksicht, noch wird bey Kindern darauf gesehen, ob sie noch der väterlichen Gewalt unterworfen sind, oder nicht [g]). In der L. 35. pr. D. h. t. wird der **Eltern** und **Kinder** überhaupt gedacht; nun werden aber unter dem Worte parentes alle Verwandte in **aufsteigender Linie** [h]), und unter dem Ausdruck liberi alle Verwandte in der **absteigenden Linie** verstanden [i]). Ist blos von **gerichtlichen** Geschäfften

e) CARPZOV in Iurispr. eccles. Lib. II. Def. 74. BOEHMER in iure eccles. Lib. IV. tit. 11. §. 12.

f) L. 2. et §. D. vnde cognati. LAVTERBACH in cit. Disquis. §. 10. KOCH de succ. ab int. Class. I. §. 31. 32. 34. Class. II. §. 56. 57. 59. Dapp. a. a. O. S. 278.

g) L. 35. D. h. t. L. 56. §. 1. D. de verb. signif.

h) L. 51. D. de verb. signif.

i) L. 220. D. de verb. signif. L. 10. §. 9. D. de in ius voc.

schäfften die Rede, so läßt man der Regel nach nur Ascendenten und Descendenten **männlichen** Geschlechts als **vermuthete** Sachwalter auftreten, und es giebt nur wenig Ausnahmen, wo die **Tochter** für die **Eltern**, und die **Mutter** für die **Kinder** im Gericht auftreten darf [k]). Wie ferner in der aufsteigenden Linie kein Unterschied statt hat, ob die Verwandten gleich vom Anfange natürliche und rechtmäßige Verwandten zugleich gewesen, oder ob sie vom Anfange allein natürliche Verwandte gewesen, und erst nachher durch die Legitimation auch zugleich rechtmäßige Verwandten geworden sind, so wird auch in der **absteigenden Linie** in Ansehung der Zulässigkeit der Verwandten kein Unterschied beobachtet, sondern diese Verwandten werden ebenfalls ohne Unterschied, ob sie gleich anfangs natürliche und rechtmäßige Verwandten gewesen, oder es erst durch die nachfolgende Legitimation geworden, als **vermuthete** Sachwalter zugelassen [l]), wie solches nicht nur bey der Legitimation durch die nachfolgende eheliche Verbindung und per oblationem curiae, seine vollkommne Richtigkeit hat, sondern auch in Ansehung der dritten Gattung der Legitimation, welche durch ein Rescript des Regenten geschieht, wenn sie in der Absicht geschehen ist, um dem Kinde alle Rechte der ehelich gebohrnen Kinder zu verschaffen.

Was endlich die Verwandten in der **Seitenlinie** betrifft, so werden nach dem Justinianischen Rechte [m]) die **Brüder** ohne Unterschied, ob sie vollbürtig, germani, bilaterales, oder halbbürtig von dem Vater, vnilaterales, und letztere von dem Vater her, consanguinei, oder von der Mutter her, vterini, sind, als vermuthete Sachwal-

k) L. 41. D. h. t. L. 1. §. fin. D. de appellat. recip. Wernher in Obs. Tom. II. P. IX. obs. 81. Henne in Diss. cit. §. 3. 5. Brevning in Diss. cit. §. 4.

l) Arg. Nov. 74. Praef. Nov. 89. c. 8. 9. §. 1.

m) L. 35. pr. D. h. t.

Sachwalter zugelassen. In den Gesetzen werden sowohl die vollbürtigen als die halbbürtigen Brüder, nach der eigentlichen Bedeutung des Worts, Brüder genennt n). Da die L. 35. pr. D. h. t. keinen Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Brüdern macht, sondern allgemein von Brüdern redet, so können beyde als vermuthete Sachwalter auftreten o). Es wird auch darauf keine Rücksicht genommen, ob sie gleich vom Anfange natürliche und rechtmäßige Brüder gewesen, oder ob sie erst in der Folge durch die Legitimation rechtmäßige Brüder geworden sind. Kommen mehrere Brüder von einer Gattung zusammen, so ist der Tüchtigste nach dem Ermessen des Richters vorzuziehen, und wenn sie von verschiedener Gattung sind, nämlich vollbürtig und halbbürtig, so hat der **vollbürtige** Bruder wegen des gedoppelten Bandes, worin er mit der streitenden Parthey steht, vor dem halbbürtigen Bruder den Vorzug; unter den halbbürtigen Brüdern aber scheint der vom Vater her, dem von der Mutter her, vorzuziehen zu seyn p). Wenn in der **aufsteigenden** Linie mehrere Verwandten von **verschiedenen** Graden für eine streitende Parthey vor Gericht erscheinen, und aus dem Grunde eines vermutheten Auftrags ihre rechtlichen Angelegenheiten daselbst besorgen wollen, so ist derjenige den übrigen vorzuziehen, welcher mit dem streitenden Theile am nächsten verwandt ist q); sind aber die solchergestalt zusammen kommenden Verwandten von der aufsteigenden Linie in **gleichem** Grade mit der streitenden Parthey verwandt, so hat derjenige

n) L. 10. §. 13. D. de grad.

o) LAVTERBACH in Diss. de caut. rati, a coniunctis personis praestari solita, §. 14. nr. 2.

p) L. 27. C. de inoffic. test. LAVTERBACH l. c. Nr. 3. 4. Hr. RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 140. Note c. S. 256. Hr. Adv. Dapp. a. a. O. §. 411. S. 288.

q) BERLICH P. I. Concl. 14. nr. 45.

jenige den Vorzug, der die größte Tüchtigkeit zu Besorgung der Sache besitzt, deren Bestimmung dem Ermessen des Richters überlassen ist [r]).

Die Geschwisterkinder ohne Unterschied, ob sie Söhne zweyer Brüder, patrueles, oder Söhne zweyer Schwestern sind, consobrini, wenn sie gleich in Gesetzen ebenfalls Brüder genennt werden [s]), können so wenig, als alle übrigen Seitenverwandten als vermuthete Sachwalter auftreten [t]); denn wenn schon einige Rechtsgelehrte den vermutheten Auftrag in dieser Linie auch auf die Verwandten im dritten [u]), und vierten Grade [x]), ja selbst bis auf die Verwandten im zehnten Grade, weil sich die gesetzliche Erbfolge bis auf die Verwandten in diesem Grade erstrecke [y]), ausdehnen, so ist doch diese Ausdehnung nicht gegründet, sondern es sind nach den gemeinen Rechten alle andere Personen in der Nebenlinie, welche nicht im zweyten Grade nach der Justinianeischen Computation mit der streitenden Parthey verwandt sind, auszuschließen, weil in der L. 35. pr. D. h. t blos den Brüdern das Recht zugestanden wird, aus dem Grunde eines vermutheten Auftrags für ihre Brüder im Gericht zu erscheinen, dieses Recht aber ein besonderes ist, welche Rechte keine ausdehnende Erklärung gestatten [z]).

Eben

r) Arg. L. 1. §. 2. D. de iure delib. LAVTERBACH in cit. Diss. §. 9. nr. 2.

s) §. 4. Inst. de grad. L. 1. §. 6. L. fin. §. 15. D. eod. L. 4. C. qui test. fac. poss.

t) LAVTERBACH in cit. Diss. §. 13. nr. 4. HENNE in cit. Diss. §. 4. BREVNING in cit. Diss. §. 5. VMMIVS ad Proces. Disp. III. nr. 32. Dapp, S. 289.

u) CARPZOV in Iurispr. for. P. I Const. 2. def. 9.

x) WESENBECC. ad tit. C. de satisd. nr. 8.

y) SICHARD ad L. 12. C. de proc. nr. 6. BERLICH P. I. Concl. 14. nr. 38.

z) LAVTERBACH cit. Diss. §. 13. HENNE cit. Diss. §. 4. BREVNING cit. Diss. §. 5. Dapp §. 412. S. 289.

Eben diese Ausschließung hat nicht nur bey den **Stiefbrüdern**, compriuigni, unter denen weder eine Blutsfreundschaft noch eine Schwägerschaft vorhanden ist [a]), sondern auch bey den erdichteten sowohl geistlichen als bürgerlichen Brüdern statt [b]).

Unter die vermutheten Sachwalter gehören ferner die **Schwäger**, wie man aus der L. 35. pr. D. h. t. sieht; die Rechtslehrer streiten aber darüber, wie weit sich hier der vermuthete Auftrag erstrecke. Einige Rechtslehrer [c]) wollen weiter keine verschwiegerte Personen hierzu berechtigt halten, als die, welche einander an Eltern und Kinder Statt sind. Richtiger scheint die Meynung derjenigen Rechtslehrer [d]) zu seyn, welche behaupten, daß verschwiegerte Personen in eben dem Grade, wie die Verwandten, als vermuthete Sachwalter für einander gerichtliche Sachen betreiben könnten, folglich die in **gerader Linie ohne Unterschied des Grades**, die in der Seitenlinie aber bis auf den **zweyten Grad**, nach der Berechnung des römischen Rechts, für einander auftreten dürften. Wenn die Schwägerschaft diese Wirkung haben soll, wird erfordert 1), daß sie durch eine rechtmäßige Ehe entstanden sey; denn eine unrechtmäßige Schwägerschaft hat diese Wirkung nicht [e]). Sie muß 2) eine Schwägerschaft der **ersten** Gattung seyn, affinitas primi

a) Arg. §. 8. Inst. de nupt. c. 5. X. de consangu. et affin.

b) LAVTERBACH in Diss. cit. §. 12. nr. 2.

c) STRYCK in vsu mod. h. t. §. 46. BERLICH P. I. Concl. XIV. nr. 49. sqq.

d) LAVTERBACH in cit. Diss. §. 16. BERGER in oecon. iur. Lib. IV. tit. 9. th. 2. not. 7. FRIESE in cit. Diss. th. 45. HENNE in cit. Diss. §. 7. Hr. RR. DANZ im ordentl. Proceß, §. 140. S. 256. DAPP S. 219.

e) Arg. L. 4. §. 8. D. de grad. et affin. Arg. L. 5. D. de testib. LAVTERBACH, §. 19.

mi generis f). Auf eine Schwägerschaft von der zweyten und dritten Gattung wird nicht gesehen, affinitas secundi et tertii generis, sondern wenn in einem Gesetz von der Schwägerschaft die Rede ist, so wird nicht die von der zweyten und dritten Gattung, sondern nur die von der ersten Gattung, nämlich diejenige Schwägerschaft, welche zwischen dem Ehemanne und den Blutsfreunden seiner Ehefrau, und zwischen der Ehefrau und den Blutsfreunden ihres Ehemannes vorhanden ist, darunter verstanden g). Wenn A. welcher mit mir durch eine Schwägerschaft von der ersten Gattung, nach dem Tode der B., durch deren Verheyrathung mit A die Schwägerschaft zwischen mir und A. entstanden, C. heyrathet, so entsteht zwischen mir und C. eine Schwägerschaft von der zweyten Gattung, und wenn C. nach dem Tode des A. den D. heyrathet, so entsteht zwischen mir und D. eine Schwägerschaft von der dritten Gattung h). Es wird 3) erfordert, daß die Schwägerschaft nicht blos durch die Verlobung, sondern durch die wirklich vollzogene Ehe entstanden ist i). Wenn gleich in Gesetzen der Vater des Bräutigams, öfters auch der Schwiegervater, und der Bräutigam, der Tochtermann genennt wird k), so sind sie doch im eigentlichen Verstande keine Schwäger, und die eigentliche und wahre Schwägerschaft entsteht nicht durch die Verlobung, auch nicht einmal durch die sponsalia de praesenti l), sondern erst durch die hinzugekommene ehe-

f) LAUTERBACH l. c. §. 18. nr. 1 et 2.

g) TREUTLER Vol. II. Diss. 6. th. 3. lit. a. in fine.

h) BOEHMER in Princ. iur. can. §. 395.

i) LAUTERBACH in Diss. cit. §. 19. nr. 1.

k) L. 6. §. 1. D. de grad. et affin. L. 8. D. eod. L. 4. D. ad Leg. Pomp. de parric. L. 5. D. de testib.

l) §. 9. Inst. de nupt. L. 4. §. 8. D. de grad. et affin.

liche Verbindung. Endlich wird 4) erfordert, daß die Schwägerschaft noch fortdaure, und nicht durch den Tod der Frau, oder durch eine auf andere Art erfolgte Trennung der Ehe wieder aufgehoben worden ist [m]). Wenn die Ursache nicht mehr vorhanden ist, so hört die Wirkung auf. Die Ursache des vermutheten Auftrages ist die Schwägerschaft; diese hört auf, wenn die Person, durch welche sie entstand, gestorben, oder die Ehe auf eine andere Art getrennt worden ist [n]), folglich hört auch der vermuthete Auftrag auf, so wie auch in andern Fällen die rechtlichen Wirkungen der Schwägerschaft, wenn die Ehe durch den Tod, oder auf eine andere Art getrennt worden, nicht mehr eintreten. Wenn z. B. in einem Gesetz die Verordnung gemacht worden, daß diejenigen Richter, welche mit einer der streitenden Partheyen in diesem oder jenem Grade der Schwägerschaft verwandt sind, nicht zur Direction und Entscheidung des Processes gezogen werden dürfen, so ist dieses, wenn die Ehe, welche der Grund der Schwägerschaft war, getrennt worden, nicht nöthig, sondern solche ehemalige Schwäger können nun bey der Untersuchung der Sache im Gericht gegenwärtig seyn [o]). Kann nach den Gesetzen eines Landes wider denjenigen Zeugen, welcher mit demjenigen, der ihn zum Zeugen brauchen will, in einem bestimmten Grade der Schwägerschaft verwandt ist, eine Einrede vorgebracht werden, so hat diese Einrede, wenn die Person, durch welche er mit dem Producenten verschwägert worden, nicht mehr statt, sondern ein solcher ehemaliger Schwa-

m) Berlich P. I. Concl. 14. nr. 49. Stryck in vsu mod. h. t. §. 47. Bachov ad Trevtler. Vol. I. Disp. 8. lit. D. Lavterbach Diss. cit. §. 17. Wernher Obs. P. II. obs. 381. P. VII. obs. 31. Henne Diss. cit. §. 8.

n) L. 3. §. 1. D. de postul. L. 3. C. in fine de donat. L. 43. D. h. t.

o) Lavterbach in Disq. cit. §. 17. nr. 4.

Schwager ist, wenn nicht andere Umstände vorhanden sind, welche seiner Glaubwürdigkeit im Wege stehen, ein tüchtiger Zeuge [p]).

Auch der **Ehemann** kann in gewissen rechtlichen Angelegenheiten seiner Ehefrau als **vermutheter Sachwalter** auftreten. Nach dem Justinianeischen Rechte ist das Vermögen der Eheweiber von zweyerley Art, nämlich entweder **Heyrathsgut**, oder **Paraphernalvermögen**. War von dem **erstern** die Rede, so hatte der Mann nicht nöthig, seine Zuflucht zu einem vermutheten Auftrage zu nehmen, sondern er handelte hier, weil er ein bürgerliches Eigenthumsrecht auf das Heyrathsgut seiner Frau erlangt hatte [q]), in eigenem Namen [r]), und die Frau durfte nicht einmal handeln, weil sie nur ein natürliches Eigenthumsrecht hatte, von dem sie während der Ehe keinen Gebrauch machen durfte [s]). Betraf die Sache die Nebengüter der Frau, so durfte der Mann in einem solchen Falle nicht anders, als vermöge eines vermutheten Auftrags handeln, und mußte daher cautionem rati bestellen [t]); außer wenn das Nebenvermögen der Ehefrau, welches sie ihrem Manne in dem Ehevertrage zur Verwaltung überlassen hatte, in einer Schuldforderung bestand, in welchem Falle der Mann in eigenem Namen handeln durfte [u]). Die **dritte** Gattung des weiblichen Vermögens besteht in den bonis receptitiis, oder den

p) FARINACIVS de testib. qu. 54. nr. 32.

q) L. 13. §. 2. D. de fundo dotali. L. 7. §. 3. D. de iure dot. L. 11. et 23. C. eod.

r) L. 9. C. de rei vind.

s) L. 30. C. de iure dot. LEYSER Spec. 302. Med. 3.

t) L. 21. C. h. t.

u) L. 8. C. de pact. conu. L. fin. C. eod. HENNE in cit. Diss. §. 10. GIPHANIVS ad L. 21. C. de proc. nr. 8. in Lect. Altorf. p. 93.

Spillgeldern, worunter man dasjenige Vermögen der Frau versteht, wovon sich die Frau nicht nur das Eigenthum vorbehalten hat, sondern auch den Nießbrauch und die Verwaltung desselben. Diese Art von Vermögen kannten die Römer nicht, wiewohl mehrere Rechtsgelehrte x) nach dem Justinianeischen Rechte ebenfalls dreyerley weibliches Vermögen angenommen und behauptet haben, bey Streitigkeiten über bona receptitia habe der Mann als vermutheter Sachwalter auftreten dürfen, bey bonis dotalibus aber als bürgerlicher Eigenthümer und bey bonis paraphernalibus als gesetzlicher Verwalter. Es ist aber eine ausgemachte Sache, daß der Mann nach dem Justinianeischen Rechte kein gesetzlicher Verwalter des Paraphernalvermögens seiner Frau war, weil er die Verwaltung allein von der Frau erhalten mußte, und diese ausdrücklich verbieten konnte, daß er dieses Vermögen nicht verwalten solle y). Er blieb auch nicht länger Verwalter dieses Vermögens, als die Frau wollte, und die Frau konnte dieses Vermögens wegen selbst klagen, und Schulden einfordern, wenn sie gleich ihrem Manne die Verwaltung dieses Vermögens überlassen hatte z). Der Mann mußte seiner Frau Rechnung davon ablegen, und ihr das Einkommen davon zustellen a). In unsern Gerichten sieht man darauf, ob dem Ehemanne nach den besondern Gesetzen eines Landes nicht nur die Verwaltung des Paraphernalvermögens zusteht, sondern er auch die Nutznießung davon behält, welches in Sachsen der Fall ist. In diesen

x) Lauterbach in Diss. cit. §. et in Coll. Pand. h. t. §. 23. Stryck in vsu mod. h. t. §. 44. Carpzov in Dec. 205. nr. 15. Ludovici in doctr. Pand. h. t. §. 13. Schilter Exerc. 36. §. 66.

y) L. 8. C. de pact. conuent.

z) Henne in Diss. de personis ex mandato praesumto in iudiciis agentibus, §. 16. in fine.

a) L. 95. pr. D. ad Leg. Falcid. L. fin. C. de pact. conu.

diesen Ländern kann der Mann als gesetzlicher Verwalter für seine Frau im Gericht erscheinen, ohne sich auf einen vermutheten Auftrag stützen zu dürfen [b]). Giebt es keine solche besondere Landesgesetze, so hat entweder die Frau dem Manne die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens überlassen, oder dieses ist nicht geschehen, sondern sie hat sich selbst die freye Verwaltung vorbehalten. In jenem Falle kann der Mann als bestellter Verwalter gerichtliche Sachen betreiben, in diesem aber als vermutheter Sachwalter [c]). Uebrigens giebt es Rechtslehrer, die diesen Unterschied verwerfen, und behaupten, daß der Mann in Ansehung der Paraphernalgüter und der Spillgelder der Frau wirklich bevollmächtigt seyn müsse [d]).

Bey den Römern durfte der Freygelassene im Namen seines ehemaligen Herrn nach einer vermutheten Vollmacht im Gericht für ihn auftreten [e]); welche Verordnung man auch auf den Herrn ausdehnt, und behauptet, daß dieser ebenfalls für seinen Freygelassenen ex praesumto mandato auftreten könne. Für eine Gemeine, welche ebenfalls ihre Freygelassene hatte, durfte dieser nicht nach dieser Vermuthung auftreten [f]), weil hierzu Niemand ein Recht hat, als solche Personen, denen die Gesetze diese Freyheit ausdrücklich verstattet haben. Es muß Jeder vermöge eines von der Gemeine besonders erhaltenen Auftrages für sie auftreten [g]). Wenn gleich

b) Henne in Diss. cit. §. 11.

c) Lavterbach in Coll. Pand. h. t. §. 23. Leyser Spec. 302. Med. 1. 2. Estors Proceß, §. 45. a. Not. II. §. 2153. m. Danz im Proceß, §. 140.

d) de Pvfendorf in Obs. Tom. I. obs. 12. Hr. HR. Claproth im Proceß, Thl. 1. §. 84. Not. c.

e) L. 35. pr. D. de procurat. Noodt h. t.

f) L. vn. D. de libert. vniuers.

g) L. 3. D. quod cuiusque vniuers. nom.

der Regel nach von den Sachwaltern einer Privatperson, auf die Anwälde einer Gemeine (syndicus) geschlossen werden kann, so ist doch die Schlußfolge in solchen Fällen nicht richtig, wo ein anderer Grund oder eine andere Verordnung der Gesetze vorhanden ist [h]). Daß von dieser ganzen Sache bey uns keine Anwendung gemacht werden könne, da wir keine Freygelassenen haben, versteht sich von selbst [i]).

Zu den vermutheten Sachwaltern gehören auch die Theilnehmer an einem Rechtsstreite [k]), worunter diejenigen verstanden werden, schreibt Hr. Canzleyadvokat Dapp, a. a. O. S. 301., welche in einem und ebendemselben Rechtshandel, vor einem und ebendemselben Richter, aus einem und ebendemselben Rechtsgrunde klagen, oder verklagt werden, und welche daher der Gegenstand des Rechtsstreites gemeinschaftlich angeht, quorum communis est res in iudicium deducta [l]), wie dieses der Fall bey Gesellschaftern, mehrern Erben und Bürgen ist [m]). Es ist also, fährt Hr. Dapp fort, zur Theilnahme an einem Rechtsstreite, consortium litis, im juristischen Verstande nicht genug, daß ein Theil von dem Ausgang der Sache Vortheil zu hoffen, oder Nachtheil zu befürchten habe, sondern es wird ein gemeinschaftlicher Rechtsstreit erfordert, indem das Wort negotium, welches in der angeführten L. 2. C. de consort. eiusd. lit. gebraucht wird, hier einen Rechtsstreit bedeutet, wie dieses Wort auch in andern Gesetzen [n]) gebraucht

h) Lauterbach cit. Disqu. §. 22. nr. 3.

i) Henne in Diss. cit. §. 9.

k) L. 2. C. de consort. eiusd. litis.

l) Cuiacius in Paratitl. ad tit. C. de conf. eiusd. lit.

m) L. 5. §. 1. D. iudic. solui.

n) L. 2. C. de in litem dando tutor. L. 3. C. de fruct. et lit. expens.

braucht worden ist. Aus diesem Grunde können die Intervenienten sich nicht, vermöge eines vermutheten Auftrags, in einen fremden Proceß mischen; denn was die hauptsächliche Intervention betrifft, so ergiebt sich von selbst, daß ein solcher Intervenient für einen Theilnehmer an dem Rechtsstreite nicht gehalten werden könne, da diese Art der Intervention diejenige gerichtliche Handlung ist, wodurch ein Dritter, welcher bisher in dem anhängigen Proceß nicht mit verwickelt war, sich in der Absicht gemeldet hat, um sein eigenes Recht geltend zu machen, und entweder beyde streitende Theile, oder nur einen davon von dem Processe auszuschließen, mithin kann hier von einem gemeinschaftlichen Rechtsstreite gar keine Frage seyn o). In Rücksicht auf die vertretende Intervention, das heißt, diejenige, welche die Vertheidigung des einen oder des andern Theils zur Absicht hat, ist, wenn gleich ein solcher Intervenient von dem Ausgange der Sache Vortheil zu erwarten, oder Nachtheil zu befürchten hat, doch zwischen ihm und der Hauptparthey keine Gemeinschaft in Ansehung des Gegenstandes des Rechtsstreits, und folglich kann er ebenfalls für keinen Theilnehmer am Rechtsstreite gehalten werden, wiewohl Wernher p) anderer Meynung ist. Noch viel weniger kann der Kriegsvogt einer Frau, die mit andern Personen eine gemeinschaftliche Rechtssache hat, wenn einige derselben in der Folge nicht erscheinen, in ihrem Namen vermöge eines vermutheten Auftrags zugelassen werden, indem er nur Kriegsvogt, und nicht Theilnehmer an dem Rechtsstreite ist q). Sehr gestritten haben die Rechtslehrer, ob bey einer im Proceß befangenen Gemeinheit, die einzelnen

o) Henne in Diss. cit. §. 14. Canz D. de vno ex pluribus litis consortibus suo, non simul alieno nomine agente, Tub. 1766.

p) Wernher Obs. Part. VI. obs. 261.

q) Wernher Obs. Part. VII. obs. 21.

Mitglieder derselben, als Theilnehmer am Rechtsstreite vermöge eines vermutheten Auftrags, für die Gemeinheit im Gericht erscheinen dürfen. Verschiedene Rechtsgelehrte [r]) haben es für erlaubt erklärt, halten aber diese Befugniß für ungegründet [s]). Eine dritte Classe der Rechtsgelehrten unterscheidet, ob das Recht der Gemeinheit, worüber gestritten wird, ein solches ist, wovon jedem einzelnen Mitgliede derselben ein gemeinschaftlicher Genuß zusteht, oder ob es blos die Gemeinheit überhaupt und im Ganzen angeht. Im ersten Falle, z. B. wenn über das gemeinschaftliche Huth- und Weiderecht gestritten wird, müssen die einzelnen Mitglieder allerdings als Streitgenossen zur Betreibung des Processes admittirt werden; im letztern aber nicht anders, als wenn sie Vollmacht dazu haben, z. B. wenn der Proceß über die der Gemeine zustehende Gerechtigkeit oder das Patronatrecht geführt wird [t]).

Eben so bestritten ist die Frage: ob die Theilnehmer an einem Rechtsstreite schon vor oder erst nach der Einlassung auf die Klage, als vermuthete Sachwalter aufzutreten befugt sind? Die ganze Sache kommt auf die Erklärung der Worte an: post litem legitime ordinatam, die in der L. 2. C. de consort. eiusd. lit. vorkommen. Cujacius, Perez, Berlich, Beyer, Wernher, Henne,

r) Carpzov in Dec. 205. Idem in Proc. tit. 5. art. 6. nr. 62. Brunnemann in comment. ad rubr. tit. quod cuiusque vniuers. nom.

s) Klock in Consil. Vol. III. Cons. 153. nr. 89. Berger in resolut. Lauterb. p. 90. nr. 3. Schilter Exerc. 10. §. 56. Mencken in iur. contr. Dec. I. controu. 2.

t) L. 7. §. 1. D. quod cuiusque vniuers. nomine. Stryck in vsu mod. Lib. III. tit. 4. §. 7. Leyser Spec. 10. Med. 1. Rivinus in spec. except. forens. c. 7. nr. 30. Idem in enunc. iuris, Tit. VII. enunc. 13. Berger in Oecon. iur. Lib. IV. tit. 9. th. 2. not. 7. Henne in cit. Diss. §. 14.

ne [w]), verstehen diese Worte nicht von der Einlassung auf die Klage, sondern von der Berichtigung der Person des Richters und der streitenden Theile, und sie lassen nach dieser Berichtigung auch vor der Litiskontestation einen Theilnehmer an einem Rechtsstreite, vermöge eines vermutheten Auftrags zu, weil die Worte: ordinare litem nicht eben das bedeuten, was durch die Worte litem contestari ausgedrückt wird, sondern die Person des Richters und der streitenden Theile berichtigen, und die von den vermutheten Sachwaltern zu leistende Sicherheit wegen der Genehmigung, auch vor der Antwort auf die Klage bestellt werden müsse. **Vultejus, Lauterbach, Ludovici, Claproth** [x]), behaupten, daß die angeführten Worte von der Litiskontestation verstanden werden müssen, und es sey daher der Theilnehmer an einem Rechtsstreite nicht vor der Antwort auf die Klage, sondern erst nach derselben, als vermutheter Sachwalter, zu admittiren. Sie sagen [y]), vor den Zeiten des **Constantins** konnte ein Kläger nach seinem Belieben unter mehrern Theilnehmern an dem Rechtsstreite einen belangen, und die übrigen übergehen, so wie er auch, wenn das Klagerecht, worauf sich seine Klage gründete, Mehrern zustand, ohne Einwilligung der Uebrigen die Klage, jedoch nur für seinen

w) **Cuiacius** in Paratitl. ad tit. C. de consort. eiusd. lit. **Perez** ad tit. cit. §. 2. **Berlich** Concl. P. I. concl. 14. nr. 54. **Beyer** ad Pand. h. t. posit. 99. et 100. **Wernher** Obs. P. I. obs. 305. nr. 82. 83. **Henne** l. c. §. 15.

x) **Vulteius** de indic. Lib. II. c. 7. nr. 437. sqq. **Lauterbach** in cit. Diss. §. 29. 30. 31. **Ludovici** in doctr. Pand. h. t. §. 14. Hr. HR. **Claproth** im Proceß, Thl. I. §. 84. Nr. 3.

y) Hr. Advok. **Dapp** a. a. O. S. 305. **Danz** im ordentl. Proceß §. 141. **Estors** Proceß, Thl. I. §. 45. a. Note 1. Nr. 4. Frat. **Beckmanni** in Conf. P. II. Dec. 78. nr. 6. **Voet** h. t. §. 11. **Berger** in Oecon. Iur. Lib. IV. tit. 9. th. 2. not. 7.

seinen Antheil anstellen konnte, in jenem aber nur auf so viel, als der Beklagte schuldig war [z]). Dieses Recht hat **Constantin** aufgehoben und verordnet, daß, wenn ein Kläger eine Klage, welche Mehrern zustehe, obgleich nur auf seinen Antheil anstelle, ihm die Einrede, daß Mehrere an der Klage Theil hätten, entgegen gesetzt werden, oder wenn er unter mehrern Theilnehmern an einem Rechtsstreite nur Einen belange, dieser sich mit der Einrede, daß die Verbindlichkeit auf Mehreren hafte, schützen könne, welche Einrede in beyden Fällen die Einrede der mehrern Theilnehmer an dem Rechtsstreite, exceptio plurium litis consortium, genennt wurde. Als diese Einrede zur Verlängerung der Rechtshändel Anlaß gab, so wurde die Constantinische Verordnung in Absicht auf den Antheil, welchen eine Parthey an der Klage, oder der Verbindlichkeit hatte, vom **Julian** abgeändert, und die Verordnung gemacht, daß eine jede Parthey auf ihren Antheil klagen und antworten könne, ohne Unterschied, ob diese Theilnehmer an dem Rechtsstreite unter einem und ebendemselben Richter, oder unter verschiedenen Richtern stünden [a]), ob sie zugleich mit einander auf die Klage sich eingelassen, oder ob nur einer davon in Rücksicht auf den ihm zustehenden Antheil dieses gethan hätte [b]). Was **Julian** in Absicht auf den Antheil, den ein Theil an der Klage oder Verbindlichkeit hatte, verordnete, das haben **Valentinian** und **Valens**, drey Jahre nachher in Absicht auf das **Ganze** gethan, und mit Aufhebung der Constantinischen Verordnung das Gesetz gegeben, daß unter mehrern Theilnehmern an einer Rechtssache, ein Theil sich auf das Ganze einlassen, und deswegen klagen könne [c]). Dieses Gesetz wurde vom **Justinian**

z) L. vn. Cod. *Theod.* de domin. rei, quae posc.

a) L. 1. Ci de conf. eiusd. lit.

b) CVIACIVS in Paratitl. ad tit. C. de conf. eiusd. lit.

c) L. 2. Cod. *Theod.* de cognit. et procur.

nian in seinem Coder in die L. 2. C. de consort. eiusd. lit. aufgenommen, und damit man nicht aus der unbestimmten Verordnung der Kaiser Valentinian und Valens den Schluß ziehen möchte, daß unter mehrern Theilnehmern an einer Rechtssache ein Theil zu allen Zeiten auf das Ganze handeln oder antworten könne, so wurde vom Tribonian der Zusatz gemacht: post litem legitime ordinatam [d]); also daß nach den Justinianeischen Rechten, vor der Litiskontestation kein Theilhaber an einer Rechtssache auf das Ganze handeln und antworten kann, sondern die Einrede der mehrern Theilnehmer an dem Rechtsstreite statt hat, nach der Antwort auf die Klage aber als vermutheter Sachwalter admittirt werden muß, und ihm die angeführte Einrede nicht weiter entgegen gesetzt werden kann [e]). Daß nun aber die angeführten Worte: post litem legitime ordinatam, nicht von der Berichtigung der Person des Klägers, Beklagtens und Richters, sondern von der Antwort auf die Klage zu verstehen sey, sieht man daraus, α) weil, wenn von der Litiskontestation eben das, was nach derselben, hätte Rechtens seyn, und ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite sowohl vor, als nach der Litiskontestation, vermöge eines vermutheten Auftrags admittirt werden sollen, nicht nöthig gewesen wäre, in das Gesetz die Worte einzurücken: post litem *legitime* ordinatam; β) in den Justinianeischen Gesetzen von einer Rechtssache vor der Litiskontestation nicht das Wort: lis, sondern das Wort: controuersia gebraucht wird; und γ) eine Rechtssache durch die Berichtigung der Person des Richters und der beyden Partheyen, als welche nur einen Theil der ordinationis litis ausmacht, nicht vollkommen, sondern erst durch die Litiskontestation nach allen ihren Theilen ordinirt, eine solche Ordination aber hier erfordert wird,

d) Lauterbach in cit. Diss. §. 30. nr. 4.

e) Vultejus de iud. Lib. II. c. 7. nr. 441. et 452.

wird, weil es in den Gesetzen ausdrücklich heißt: post litem *legitime* ordinatam, welches von einer Rechtssache nicht eher gesagt werden kann, als bis sie nach allen ihren Theilen ordinirt ist, und dieses wird erst durch die Litiskontestation bewirkt[f]. Was den Schluß betrifft, welchen die Rechtslehrer von der gegenseitigen Meynung machen, daß, weil die Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung, wozu die vermutheten Sachwalter verbunden sind, vor der Litiskontestation geleistet werden müsse, ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite auch vor der Antwort auf die Klage in der Uebrigen Namen vermöge eines vermutheten Auftrags handeln könne, so ist solcher falsch, weil sonst auch gefolgert werden könnte, daß, wenn eine streitende Parthey ihre rechtlichen Angelegenheiten bis zur Einlassung auf die Klage selbst besorgt, nachher kein vermutheter Sachwalter mehr zugelassen werde, welches doch offenbar falsch ist[g]. Eben so ist auch der Schluß beschaffen, welcher aus dem Satze, daß die Worte: ordinare litem hier oder dort, die Person sowohl des Richters als der streitenden Parthey berichtigen, heissen, gefolgert wird, daß nämlich deswegen diese Worte in der L. 2. C. de consort. eiusd. lit. auch in dieser Bedeutung genommen werden müßten, und nicht so viel als litem contestari bedeuten[h]. Eine Schlußfolgerung von dieser Art würde eben so ungereimt seyn, als wenn man z. B. behaupten wollte: ius bedeutet hier oder dort in Gesetzen die Sammlung der über einen gewissen rechtlichen Gegenstand gegebenen Gesetze, folglich bedeutet es nirgends den Ort, wo der Prätor pro tribunali sitzt.

So wenig sich aber die gegenseitige Meynung aus den angeführten Sätzen folgern läßt, so widersprechend ist sie auch. Nach der Meynung des Tujacius und seiner Anhänger

f) Vulteius l. c. nr. 444 — 447.
g) L. 20. C. h. t.
h) Vulteius l. c. nr. 446.

ger ist eine Rechtssache ordinirt, wenn sowohl die Person des Richters, als der beyden streitenden Theile berichtigt ist; nun aber ist die Person desjenigen, welcher vermöge eines vermutheten Auftrags handeln will, ehe er die erforderliche Sicherheit wegen der Genehmigung geleistet hat, nicht berichtigt, weil erst durch die geschehene Sicherheitsbestellung seine vorher unzulässig gewesene Person zulässig wird, folglich ist auch die Rechtssache noch nicht ordiniret, und doch sagen sie, die Sache sey ordinirt, indem sie behaupten, daß ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite nach der Ordination der Sache, und vor der Litiskontestation in der Uebrigen Namen als vermutheter Sachwalter handeln könne, wenn er seinen Gegner wegen der Genehmigung seiner Verhandlung sicher stelle [1]). Da nach der richtigen Erklärung der L. 2. C. de conf. eiusd. lit. und der in derselben vorkommenden Worte: post litem legitime ordinatam ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite erst nach der Litiskontestation in der Uebrigen Namen als vermutheter Sachwalter zugelassen wird, und unter der Litiskontestation nach dem teutschen Gerichtsgebrauche die Einlassung auf die Klage verstanden wird, so fragt sichs in Ansehung der Appellationsinstanz: ob die in dem ersten Rechtsgange geschehene Einlassung hinlänglich sey, oder ob der Appellat auch in der Appellationsinstanz sich auf die Klage eingelassen haben müsse, wenn ein Theilnehmer an dem Rechtsstreite in der Uebrigen Namen vermöge eines vermutheten Auftrags handeln will? — Weil durch die Appellation eine Rechtssache nicht in den Zustand, in welchem sie vor der Einlassung auf die Klage war, sondern in den Zustand, in dem sie zur Zeit der geschehenen Einlassung auf die Klage gewesen, kommt, und die L. 2. C. de consort. eiusd. lit. nur überhaupt litem contestatam erfordert, so ist das erstere zu bejahen, und ein Theilnehmer an dem Rechtsstreite kann in der Appellationsinstanz gleich im Anfange der Verhandlung und vor der Einlassung

1) Vulteius l. c. nr. 445.

sung auf die Klage in der Uebrigen Namen als vermutheter Sachwalter auftreten, und ihre rechtlichen Angelegenheiten besorgen [k]).

Hr. GR. Glück hat diese Frage folgendergestalt erläutert, und es heißt S. 235. — da nun also den Theilnehmern an einem Rechtsstreite verstattet ist, vermöge eines vermutheten Auftrags, in der Uebrigen Namen vor Gericht zu handeln, so entsteht weiter die Frage: ob consortes litis auch schon vor der Litiskontestation, oder erst nach derselben zuzulassen seyn? Auch diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Die meisten behaupten das letztere, und erklären die Worte: post litem legitime ordinatam, welche in der L. 2. C. de consort. eiusd. lit. vorkommen, von der Litiskontestation [l]). Es kommt also hier auf die Erklärung dieser Worte um so mehr an, da sie in der Originalverordnung der Kayser Valentinian und Valens nicht stehen, sondern vom Tribonian absichtlich beygefügt worden sind [m]). Die Originalverordnung ist die L. 2. Cod. Theod. de cognit. et procurat. und daselbst heißt es: commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes *rem ratam dominum habi-*

k) Arg. L. 13. C. h. t. ibique Sichard nr. 13. et Brunnemann nr. 8. sqq. Struck in D. de communione appellationis c. 1. nr. 18. Mevius P. IV. Dec. 5. nr. 13. Besold de appell. c. 12. §. vlt. Schorpff de Proc. dicast. c. 4. §. 9.

l) Vultеius de iudic. Lib. II. c. 7. nr. 437. sqq. Lauterbach Diss. de cautione rati etc. §. 29 — 37. Voet h. t. §. 11. Berger Oec. iur. Lib. IV. tit. 9. th. 2. nor. 7. Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses, 1. Thl. §. 45. a. Not. 1. nr. 4. Fratr. Beckmanni in Consil. et Decis. P. II. Dec. 78. nr. 6. p. 328. Dapp von der Legitim. zum Proceß §. 433 — 443. Claproth im Proceß, Thl. 1. §. 84. nr. 3. Danz im ord. Proceß, §. 141. u. a. m.

m) Jac. Gothofredus in Comment. ad L. 2. Cod. Theod. de cognit. et procurat. T. I. p. 168.

habiturum, cauere parati sunt: vel, si quod ab his petitur, *iudicatum solui* satisdatione firmauerint. Nun ist zwar nicht zu leugnen, daß in den Gesetzen lis ordinata von der lite contestata unterschieden wird n), daher Festus ausdrücklich sagt, daß die litis contestatio erst ordinato iudicio erfolgt sey, und die ordinatio, oder wie sie auch genennt wird, praeparatio litis o) eigentlich darin befand, wenn dasjenige geschehen war, was sowohl zur Berichtigung der Person der streitenden Theile, als zu deren und des Gerichts Sicherstellung gehörte, und was überhaupt geschehen mußte, ehe lis contestirt werden konnte p). Daher behaupten auch mehrere Rechtsgelehrte q), daß eben diese Bedeutung bey der Erklärung der angeführten L. 2. C. de conf. eiusd. lit. zum Grund zu legen sey, und wollen demnach die Theilnehmer an einem Rechtsstreite schon vor der Litiskontestation, als vermuthete Sachwalter, für einander um so mehr zulassen, weil die von vermutheten Sachwaltern wegen der Genehmigung zu leistende Sicherheit auch vor der Litiskontestation bestellt werden müsse r). Allein erwägt man, daß die satisdatio ratiha-

n) L. 8. pr. et §. 1. D. de inoffic. testam. L. 7. §. 5. L. 24. et 25. D. de lib. caussa. L. 1. C. qui dari tut. L. 4. C. ne de statu def. L. 14. C. de liber. caussa. Festvs de verb. signif. voc. contestari.

o) L. 7. in fine Dig. de lib. caussa.

p) Cviacivs in Obs. Lib. XVIII. c. 23. C. G. Winckler Diss. de discrime inter lit. cont. iure vet. ac. hod. Lips. 1751. Sect. I. §. 5.

q) Cviacivs in Paratitlis Cod. de conf. eiusd. lit. Perez in Praelect. ad Cod. eod. tit. §. 2. Gothofredvs ad L. 2. C. Theod. de cognit. et procurat. Wissenbach in comment. Lib. VII. Lib. III. tit. 40. p. 206. Berlich in Concl. P. I. Concl. XIV. nr. 54. Wernher Obs. P. I. obs. 305. nr. 82. 85. Henne in Diss. cit. §. 15. Brevning in Diss. cit. §. 9.

r) L. 40. §. 3. D. h. t.

ratihabitionis und de iudicato soluendo zur ordinatio iudicii in der angeführten Bedeutung gehörte, und daß dessen ungeachtet in unserm Gesetz gesagt wird, daß litis consortes erst post litem legitime ordinatam gegen jene Caution zugelassen werden sollen; bedenkt man ferner, daß, wenn vor der Litiskontestation eben das, was nach derselben, hätte Rechtens seyn, und ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite sowohl vor als nach der Litiskontestation, vermöge eines vermutheten Auftrags, zugelassen werden sollen, nicht nöthig gewesen wäre, dem Gesetz die Worte: post litem legitime ordinatam, die in der Originalverordnung, wie schon bemerkt worden, nicht standen, bey dessen Aufnahme in den Justinianeischen Codex absichtlich beyzufügen; so verdient wohl die erstere Meynung um so mehr den Vorzug vor der letztern, weil von einer Rechtssache eigentlich erst dann gesagt werden kann, daß sie nach allen ihren Theilen legitime ordinirt sey, wenn die Litiskontestation geschehen ist [s]).

Außer den zeither angeführten Personen, denen im römischen Recht das Recht vermöge eines vermutheten Auftrags im Gericht zu erscheinen, ausdrücklich eingeräumt worden, lassen einige Rechtslehrer auch noch andere Personen als vermuthete Sachwalter die Sache führen, und zwar 1) solche Personen, welche Urkunden, so zur Sache gehören, vorweisen können [t]); 2) diejenigen, welche eine auf sie gerichtete Anweisung in Händen haben [u]); 3) die Verwandten

s) Vultеius de iud. Lib. II. c. 7. nr. 444. sqq.

t) Brunnemann ad L. 1. C. h. t. Gail Lib. I. Obs. 133. nr. 4. Mevius P. III. Dec. 23. Lauterbach h. t. §. 25. Leyser Spec. 53. Med. 3. Boehmer in comp. Dig. h. t. §. 9. Henne in Diss. cit. §. 16. Breuning in eir. Diss. §. 10. Estors Proceß, §. 45. a. Not. I. Nr. 5. und §. 215. ff. Claproths Proceß, Thl. I. §. 84. Nr. 4.

u) Claproth a. a. O. Nr. 5.

wandten in der Seitenlinie bis auf den zehnten Grad x); 4) die Gemüthsfreunde, welche einige Rechtslehrer, die Roßbach y) anführt, ohne Unterschied, andere aber nur alsdenn als vermuthete Sachwalter zulassen, wenn sie mit der streitenden Parthey in einer besondern engen Freundschaft stehen z).

Was diejenigen Personen betrifft, deren Befugniß, als vermuthete Sachwalter auftreten zu können, sich auch darauf gründen soll, daß sie Urkunden vorweisen können, welche zur Sache gehören, so berufen sich die Vertheidiger dieser Meynung auf die Cammergerichtsordnung Thl. 1. Tit. 21. §. 2. Es ist aber in dieser Stelle ausdrücklich verordnet, daß derjenige, welcher Urkunden, so zur Entscheidung der Sache gehören, in Händen hat, nur zu den vorbereitenden Theilen des Processes und unter der Bedingung zugelassen werden solle, daß er zu den Verhandlungen, welche die Hauptsache angehen, eine wahre Vollmacht, worin zugleich dasjenige, was er bisher verhandelt, genehmigt werde, beybringe, ein vermutheter Sachwalter nach dem Römischen Rechte nicht nur im Anfang, so lange der Rechtsstreit vorbereitet wird, sondern auch, wenn von der Hauptsache selbst die Rede ist, zugelassen wird, und in der Folge nicht erst noch eine wahre Vollmacht beybringen darf a).

Derjenige, welcher eine auf ihn gerichtete Anweisung in Händen hat, braucht seine Zuflucht nicht zu einer vermutheten Vollmacht zu nehmen, wenn es mit der Anweisung seine Richtigkeit hat, sondern er kann aus dieser

x) Sichard ad L. 17. C. h. t. nr. 6. Berlich in Concl. P. I. concl. 14. nr. 38.

y) Rosbach de processu c. 14. nr. 14. sqq.

z) Sichard l. c. nr. 7. Janson ad L. 12. C. h. t. nr. 4. sqq.

a) L. 35. pr. L. 40. §. 4. D. h. t. L. 12. C. eod.

ser Anweisung selbst klagen, da hier wegen des Willens desjenigen, den die Sache eigentlich angeht, kein gegründeter Zweifel eintritt. Uebrigens kann derjenige, dem eine Schuld assignirt worden, gar nicht für ein Sachwalter im rechtlichen Verstande gehalten werden, man mag ihn einen Sachwalter zum Nutzen eines Dritten nennen, oder einen Sachwalter zu seinem eigenen Besten.

Daß die Verwandten in der Nebenlinie bis auf den zehnten Grad, nicht als vermuthete Sachwalter auftreten dürfen, ist bereits bewiesen worden. Eben so ungegründet ist endlich auch die Meynung, daß die Gemüthsfreunde als vermuthete Sachwalter auftreten dürfen, weil im römischen Rechte kein Wort davon steht, und die Verordnung der Gesetze von andern Personen auf diese nicht ausgedehnt werden darf.

Es ist aber nicht genug, daß derjenige, welcher vermöge eines vermutheten Auftrags für einen Dritten im Gericht erscheinen will, unter die Personen gehört, die nach den Gesetzen dieses Recht haben, sondern es müssen auch die durch die Gesetze vorgeschriebenen Erfordernisse vorhanden seyn, wenn gegen seine Legitimation nichts einzuwenden seyn soll. Diese Erfordernisse beziehen sich theils auf denjenigen, für welchen der vermuthete Sachwalter erscheint, theils auf den vermutheten Sachwalter, theils auf die Sache, welche dieser letzte besorgen will [b]).

Was denjenigen betrifft, in dessen Namen der vermuthete Sachwalter handeln will, so wird erfordert, daß er die Fähigkeit habe, einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen [c]), mithin wird für diejenigen Personen, welche diese

b) Dapp a. a. O. S. 323. Hr. RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 141. 142. 143.

c) L. 16. §. 1. in fine. D. de pignor. Bardili in Diss. de ratihabitione, §. 13. Struck h. t. §. 45. et ad tit. rem rat. hab. §. 4. Lauterbach h. t. §. 26. Hert. in Dec. 518. Rivini Enunc. Tit. VII. Enunc. 14. Hr. GJR. Klein in den Rechtssprüchen, Berlin 1796. 8. S. 332.

diese Fähigkeit nicht haben, z. B. für einen Rasenden, Wahnwitzigen, Verschwender im rechtlichen Verstande, Minderjährigen u. s. f. kein vermutheter Sachwalter zugelassen. Es bringt dieses schon die Natur der Sache selbst mit sich, da man die Ertheilung eines Auftrags bey demjenigen nicht vermuthen kann, der unfähig ist, einen Prokurator zu bestellen; es läßt sich auch von diesen Personen keine Genehmigung erwarten, wofür gleichwohl der vermuthete Sachwalter Sicherheit zu bestellen schuldig ist. Diese Behauptung wird von vielen Rechtslehrern d) für unrichtig erklärt, und daher schreibt der Hr. RR. Danz: viele Rechtsgelehrte behaupten, daß derjenige streitende Theil, für den der vermuthete Sachwalter handeln will, fähig seyn müsse, einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen; allein da eines Theils solche an sich unfähige Personen doch nebst, oder mittelst ihrer Vormünder, Pfleger u. s. w. Klägers und Beklagtens Stelle vertreten, also auf diese Weise auch die in ihrem Namen von einem vermutheten Sachwalter vorgenommenen Handlungen genehmigt werden können; andern Theils aber hier weder von einer ausdrücklichen noch stillschweigenden, sondern von einer in den Gesetzen gegründeten muthmaßlichen Vollmacht die Rede ist, deren Grund auch bey solchen unfähigen Personen eintritt, so ist die gegenseitige Meynung allerdings vorzuziehen. Für eine Frauensperson, welche nach dem römischen Rechte die Fähigkeit hat, einen gerichtlichen Auftrag zu ertheilen, kann ein Anderer vermöge eines vermutheten Auftrags vor Gericht erscheinen e).

Ferner wird erfordert, daß derjenige, dessen gerichtliche Geschäffte der vermuthete Sachwalter besorgen will,

d) Hr. RR. Danz im ord. Proceß, §. 142. S. 259. Knorrs Proceß, Buch 1. Hauptst. 4. §. 7. Berger in elect. discept. forens. Tit. VII. obs. 1. nr. 5. Schavmburg in Princ. Prax. Lib. I. c. 2. §. 7. Wernher in Obs. Tom. II. P. VI. obs. 353. Henne in Diss. cit. §. 20.

e) L. 21. C. h. t. L. 43. §. 1. D. h. t.

nicht einen entgegengesetzten Willen erklärt habe, welches auch stillschweigend dadurch geschehen kann, wenn er einen andern Sachwalter bevollmächtigt hat [f]). Aus diesem Grunde wird, wenn eine Parthey bereits einen Sachwalter bevollmächtigt hat, ein vermutheter Sachwalter nicht zugelassen, da Niemand des Andern Geschäffte wider seinen Willen besorgen darf, und wenn gleich ein vermutheter Sachwalter den Willen desjenigen, für den er erscheint, nicht zu beweisen braucht, so wird doch wenigstens voraus gesetzt, daß er nicht wider seinen Willen erscheine [g]). Aus diesem Grunde wird ferner auch in dem Falle, wenn eine streitende Parthey demjenigen, welcher auch als vermutheter Sachwalter handeln könnte, einen Auftrag in einer bestimmten Rechtssache ertheilt hat, derselbe in andern rechtlichen Angelegenheiten dieser Parthey als vermutheter Sachwalter nicht zugelassen, indem aus der geschehenen Auftragsertheilung in einer bestimmten Rechtssache vermuthet wird, daß die Parthey ihn dadurch von der Besorgung anderer Rechtssachen habe ausschließen wollen [h]).

Derjenige, der als vermutheter Sachwalter auftreten will, muß 1) fähig seyn, das Amt eines gerichtlichen Sachwalters zu übernehmen [i]); diejenigen, welche unter gewissen Umständen als wahre Sachwalter zugelassen, oder unter gewissen Umständen als wahre Sachwalter nicht zugelassen werden sind unter solchen Umständen ebenfalls als vermuthete Sachwalter zuzulassen, oder nicht zuzulassen. So kann z. B. nach dem Justinianeischen Rechte eine Frauensperson für ihre Eltern in allen rechtlichem Angelegenheiten und für ihre Eltern, Kinder, Geschwister und übrige Anverwandten alsdann, wenn die Sache ihre

f) L. 40. §. vlt. D. h. t.

g) L. 36. D. de reg. iur. L. 40. §. fin. D. h. t. L. 21. et 24. C. eod.

h) L. 21. C. in fine h. t.

i) LAUTERBACH in Diss. cit. §. 83. in fine.

ihre Freyheit betrifft, in liberali causſa, so wie auch ein noch in Dienſten ſtehender Soldat im Namen ſeiner Anverwandten, in der eben genannten Rechtsſache vermöge eines vermutheten Auftrags handeln, derjenige aber, welcher die Gegenparthey an Ansehen und Macht weit übertrifft, für ſeinen Verwandten oder Schwager in auf- oder abſteigender Linie, oder in der Nebenlinie innerhalb des in den Geſetzen beſtimmten Grades, als vermutheter Sachwalter vor Gericht nicht erſcheinen. Ein vermutheter Sachwalter muß 2) die erforderliche Sicherheit beſtellen, und ſolche beſteht alsdenn, wenn der vermuthete Sachwalter für die klagende Parthey handelt, in der cautione rati, oder derjenigen Sicherheit, daß der Kläger, in deſſen Namen er erſcheint, ſeine Verhandlung genehmigen werde [k]). Der Ausdruck cautio rati wird im römiſchen Rechte nicht gebraucht, ſondern es heißt entweder cautio de rato [l]), oder ſtipulatio de rato [m]), oder cautio ratihabitionis [n]), oder ratam rem haberi ſc. ſtipulatio ſeu cautio [o]), bald ſtipulatio ratam rem dominum habiturum [p]), bald ſtipulatio de rato habendo [q]); bald ſatisdatio ratihabitionis [r]). Dieſe Sicherheitsbeſtellung iſt ſo nothwendig, daß ſie der Regel nach von allen denen, die als vermuthete Sachwalter im Namen einer klagenden Parthey auftreten wollen, geleiſtet werden muß, und wenn gleich ein

k) L. 40. §. 3. D. h. t. L. 21. C. eod.

l) L. 6. §. 3. D. quod cuiusque etc. L. 39. §. fin. L. 40. §. 1. D. h. t. L. 8. D. de negot. geſt.

m) §. vlt. Inſt. de diu. ſtipulat.

n) L. 1. C. h. t.

o) Rubr. tit. Dig. ratam rem haberi.

p) L. 12. §. fin. L. 13. L. 18. et 19. D. h. t.

q) L. 2. D. ratam rem haberi.

r) L. 40. §. 3. D. h. t. VVLTEIVS de iudic. Lib. II. c. 5. nr. 314.

Hausvater keine Sicherheit wegen der Genehmigung bestellen darf, wenn die Sache dasjenige Vermögen seines Hausſohnes betrifft, von dem er die Verwaltung und den Nießbrauch hat, und der Sohn abwesend, oder noch nicht 14 Jahr alt ist s), so ist doch dieser Fall keine Ausnahme von obiger Regel, indem a) ein Hausvater in Ansehung desjenigen Vermögens seines Hausſohnes, das er in seiner Verwaltung und Benutzung hat, nicht als vermutheter Sachwalter, sondern als gesetzlicher Verwalter handelt, aus welchem Grunde auch derselbe zu denjenigen Handlungen berechtigt ist, welche sonst bey einem wahren Sachwalter einen besondern Auftrag erfordern, und daher von einem vermutheten Sachwalter nicht vorgenommen werden können; b) ein Hausvater selbst auch unter den eben angeführten Umständen in dem Falle, wenn der Hausſohn gegenwärtig und über 14 Jahr alt ist, auch der Hausvater die in solchem Fall beyzubringende Einwilligung seines Hausſohns nicht erweisen kann t), wegen der Genehmigung Sicherheit leisten muß, und c) derselbe in allen übrigen rechtlichen Angelegenheiten seiner Kinder zu dieser Sicherheitsbestellung verbunden ist.

Von dieser Sicherheitsbestellung ist der vermuthete Sachwalter alsdenn frey, wenn er unbewegliche Güter besitzt; denn wenn gleich die L. 15. D. qui satisd. cog. nur von derjenigen Sicherheit redet, daß man sich auf die bestimmte Zeit vor dem Richter stellen wolle, so wird doch dieses Gesetz, so wie die übrigen heutzutage noch anwendbaren Grundsätze dieses Titels der Pandekten auf alle Arten der gerichtlichen Sicherheitsbestellung angewendet u) und

s) L. 8. §. 3. C. de bonis quae lib. L. 1. C. de bon. mat. LAVTERBACH in diss. cit. §. 7.

t) L. 8. §. 3. C. de bonis quae lib. LAVTERBACH l. c. §. 7. in fine.

u) LAVTERBACH in Diss. ad Leg. sciendum est D. qui satisd. cog. §. 1. et 11. VVLTEIVS de iudic. lib. II. c. 5. nr. 88. 89. 90.

und es ist mithin kein Grund vorhanden, warum nicht einem vermutheten Sachwalter, wenn er unbewegliche Güter besitzt, sie mögen verschuldet oder verpfändet seyn, oder nicht [x]), jene Befreyung ebenfalls zu Statten kommen sollte. Sollte der vermuthete Sachwalter Vermögen besitzen, welches dem unbeweglichen gleich gehalten wird, und diese Sachen unter dem Gerichtszwange des Richters befindlich seyn, vor welchem der Rechtshandel anhängig ist, so hat er seine Verbindlichkeit hinlänglich erfüllt [y]). Der vermuthete Sachwalter des Beklagten muß, wenn er keine unbewegliche oder diesen gleich geachtete, unter der Gerichtsbarkeit des Richters, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist, gelegene Güter besitzt, auch der Kläger vor der Einlassung auf die Klage darauf dringet, und von einer dinglichen Klage die Rede ist, neben der Sicherheit wegen der Genehmigung, auch noch Caution wegen der Erfüllung des Urthels bestellen; bey blos persönlichen Klagen hingegen ist die Sicherheitsbestellung wegen Erfüllung des Urthels hinreichend [z]). Da die Wirkung einer solchen Sicherheitsbestellung am Ende doch nur darauf hinausläuft, daß der Sachwalter, wenn die Genehmigung des Principals nicht erfolgt, das Interesse leisten muß, so ist es räthlich, und in einigen Proceßordnungen ausdrücklich vorgeschrieben worden, daß der Richter gleich anfangs eine gewisse Summe statt des Interesse fest setze, damit am Ende nicht darüber ein neuer Rechtsstreit veranlaßt werde [a]).

x) Consil. Tvbing. Vol. 5. cons. 2. nr. 17. sqq.

y) L. 15. D. qui satisd. cog. Vvlteivs de iud. Lib. II. c. 5. nr. 88. 89. 90. Schavmbvrg in Princ. Prax. Lib. I. c. 2. §. 4. 5.

z) L. 40. §. 2. L. 45. §. 2. L. 46. L. 53. D. h. t. L. vn. C. de satisd. L. 2. C. de consort. eiusd. lit. Lavterbach h. t. §. 71. Idem de caut. rati etc. §. 26. Voet h. t. §. 25.

a) L. 2. 13. D. ratam rem haberi. Schavmbvrg in Princip. Prax. Lib. I. Mbr. II. c. 2. §. 4. 5. Wernher P. I. Obs. 147.

Außer den zeither erklärten Eigenschaften einer vermutheten Vollmacht wird endlich auch noch in Rücksicht auf die Sache, welche der vermuthete Sachwalter besorgen will, 1) erfordert, daß die Sache überhaupt einen Sachwalter zulasse, von welchen Sachen in der Folge das Nöthige vorkommen wird; 2) daß die Handlung, welche der vermuthete Sachwalter vornehmen will, so beschaffen sey, daß sie bey einem wahren Sachwalter keinen besondern Auftrag erfordert, sondern von diesem vermöge der ihm ertheilten und auf die ganze Rechtssache gerichteten Vollmacht vorgenommen werden kann [b]). Da ein Hausvater in Sachen, welche dasjenige Vermögen seines Hausſohnes betreffen, von dem er die Verwaltung und Nutznießung hat, nicht vermöge eines vermutheten Auftrags, sondern als gesetzlicher Verwalter handelt, und deswegen ordentlicher Weise weder zur Bestellung einer Sicherheit wegen der Genehmigung, noch zur Leistung einer Sicherheit wegen der Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils verbunden ist, so darf er auch in dergleichen Sachen keine besondere Vollmacht vorzeigen, sondern er kann vermöge des ihm zustehenden gesetzlichen Verwaltungsrechts auch diejenigen Handlungen gültig vornehmen, zu denen sonst ein besonderer Auftrag erfordert wird. Eben dieses gilt auch von der Mutter in denjenigen teutschen Reichsländern, wo sie nach den Gesetzen von dem ihren Kindern nach dem Tode des Vaters erblich angefallenen Vermögen die Verwaltung und Benutzung hat [c]).

§. 389. 390. 391.

Wir haben bereits im §. 386. gesehen, daß es gerichtliche und außergerichtliche Prokuratoren giebt, und

b) Franzk. h. t. nr. 29. Schaumb. in Princ. Prax. Lib. I. c. 2. §. 7. Knorrs Proceß, 1stes Buch, 4tes Hptstck. §. 7. Dapp a. a. O. §. 514. S. 354.

c) Ferd. Chr. Harpprecht D. de vsufruct. statutarii materni effectibus onerosis, §. 17.

und daß dieser Unterschied von den Sachen hergenommen ist, welche diese Prokuratoren zu besorgen haben. Bey den Römern bestand der wichtigste Unterschied darin, daß gerichtliche Sachwalter nach einer rechtlichen Fiction für Eigenthümer des Rechtsstreits gehalten wurden; dieses aber bey außergerichtlichen Sachwaltern nicht der Fall war, wiewohl einige Rechtslehrer [d]) ihnen ebenfalls ein erdichtetes Eigenthumsrechts beylegen, und solches daher leiten, weil, sobald ein außergerichtlicher Sachwalter angefangen in der Sache zu handeln, selbige sich nicht mehr in ihrem vorigen Stande befinde, wie aus mehrern Gesetzen [e]) erhelle. Darauf antworten die Gegner, es sey keine Nothwendigkeit vorhanden, aus diesen Umständen ein erdichtetes Eigenthumsrecht zu folgern, indem das erdichtete Eigenthumsrecht, welches nach dem römischen Rechte den gerichtlichen Sachwaltern zustand, deswegen eingeführt worden, weil man nach dem ältern römischen Rechte und vermöge der üblichen Klageformeln, seine gerichtlichen Angelegenheiten durch einen Andern nicht besorgen lassen durfte, und man mithin, um diese Gesetze und Klageformeln bey Kräften zu erhalten, seine Zuflucht zu einer Fiction nehmen, und dem gerichtlichen Sachwalter ein erdichtetes Eigenthumsrecht beylegen mußte, damit es das Ansehen hätte, als ob er seine eigene Angelegenheit besorgte. Bey außergerichtlichen Angelegenheiten, in welchen man der Regel nach einen Sachwalter ernennen durfte, war es gar nicht nöthig, ein solches Eigenthumsrecht zu fingiren; es gieng auch gar nicht einmal an, weil der Grund des bey gerichtlichen Angelegenheiten nöthigen Eigenthumsrechts des Sachwalters, bey außergerichtlichen Sachen nicht vorhanden war; aus dem Umstande aber, daß, weil der außergerichtliche Prokurator

d) WESENBECCIVS h. t. nr. 8. et HAHN ad h. l.

e) L. 38. §. 2. D. de verb. oblig. L. 1. D. de stipulat. eruor. L. 5. §. vlt. D. de constit. pec.

kurator bereits angefangen, in der Sache zu handeln, sie sich nicht mehr in ihrem vorigen Zustande befinde, kann weiter nichts gefolgert werden, als daß der Sachwalter sich des ihm ertheilten Auftrags nunmehr nicht mehr nach Belieben entledigen, noch der Gewaltgeber ihm die Besorgung der Sache ohne rechtmäßige Ursache wieder abnehmen darf [f]. Die angeführten Gesetze beweisen die Behauptung der Gegner gar nicht, da die beyden letztern von einem Sclaven handeln, der seinem Herrn zwar alle Verbindlichkeiten und Klagen erwirbt, aber nicht vermöge eines Eigenthums, sondern vermöge der nach den römischen Gesetzen zwischen dem Herrn und dem Sklaven vorhandenen Einheit der Personen, nach welcher alles, was der Sklave rechtmäßiger Weise erworben hatte, seinem Herrn gehörte [g]. Das erste Gesetz beweist noch weniger [h].

Wie bereits bemerkt worden, waren die **gerichtlichen** Prokuratoren anfangs in Rom unbekannt. Nach dem **ältern** römischen Rechte konnte der Regel nach in keiner **bürgerlichen** Rechtssache ein Sachwalter gebraucht werden, sondern eine jede streitende Parthey, sowohl der Kläger, als der Beklagte, mußte in **Person** vor Gericht erscheinen, und seine rechtlichen Angelegenheiten selbst besorgen. Dieses beweisen mehrere Stellen aus der Gesetzsammlung der zwölf Tafeln, wo es z. B. hieß: Si in ius vocatus, *atque eat.* Ni *it*, antestamino. Igitur *em* capito. Si caluitur, pedemue struit manum *endo* iacito. Si *morbus aeuitasue vitium* escit, qui in ius vocabit, *iumentum dato.* Si nolet, arcerram ne sternito. Si en siet, qui *in ius vocatum vindicit*, *mittito.* In einer

f) §. 9. et 11. Inst. de mand.

g) Pr. et §. 1. Inst. de stipulat. seruor. §. 3. Inst. per quas person.

h) Schilter Exerc. X. th. 51. Bergek de dominio litis, Viteb. 1696. §. 19. Boehmer D. de dom. lit. Hal. 1709. c. 1. §. 28. Dapp a. a. O. S. 43.

ner andern Verordnung hieß es: Ni ita paccunt, in comitio aut in foro ab ortu ante meridiem causſam coniicito, cum *perorant ambo praesentes.* Post meridiem *praesentem ſi litem addicito.* Damit ſind die im Album des Prätors angeführten Klageformeln zu verbinden. Bey Perſonalklagen redete der Kläger den Beklagten folgendergeſtalt an: Aio *te mihi* dare oportere, aio *te mihi* debere C. ex ſtipulatu. Bey dinglichen Klagen ſagte der Kläger: aio *mihi* ius eſſe in fundo *tuo*, worauf der Beklagte erwiederte: imo *meum* eſſe aio. Dieſe Formeln würden unſchicklich geweſen ſeyn, wenn nicht beyde Theile in Perſon erſchienen wären; wir haben auch verſchiedene Geſetze i), worin es ausdrücklich geſagt wird. Nur einige wenige Fälle waren ausgenommen, wo es nicht möglich war, daß die Parthey in Perſon erſcheinen konnte. So mußte für das ganze Volk ein Prokurator auftreten, weil es nicht angieng, daß die ganze Nation als Kläger auftrat k). Wurde ein Römer widerrechtlich als Sclave gehalten und er ſollte ſeine Freyheit ausführen, ſo mußte, weil Sclaven nicht vor Gericht erſcheinen durften, ein Sachwalter auftreten, der in ſeinem Namen auf die Freyheit klagte l). Die Formel, deren er ſich bey dieſer Klage bediente, war daher auch von den angeführten Formeln verſchieden, indem er ſagte: hunc hominem liberum eſſe aio. Ein ſolcher Sachwalter wurde übrigens auch nicht Procurator genennt, ſondern aſſertor; da man das Wort aſſerere brauchte, wenn Jemand ſeine Freyheit bekommen ſollte, dem ſie widerrechtlicher Weiſe vor-

i) L. 2. §. 6. D. de orig. iur. L. 123. D. de reg. iur. Pr. Inſt. de iis, per quos agere poſſum.

k) Pr. Inſt. de iis, per quos agere poſſ.

l) Pr. Inſt. de iis, per quos agere poſſ. Livius lib. III. c. 45.

vorenthalten wurde [m]). Ferner konnte die Vormundschaftsklage wider die Vormünder durch einen Sachwalter angestellt werden [n]), ohne Zweifel auch aus der Ursache, weil ein Unmündiger nicht selbst klagen konnte. Endlich durfte derjenige, der sich in der Gefangenschaft befand, oder der in Staatsgeschäften abwesend war, oder der noch unter der Vormundschaft stand, wenn er bestohlen worden war, durch einen Sachwalter in seinem Namen klagen lassen [o]).

Weil es aber auf der einen Seite für die Partheyen eine nicht geringe Beschwerlichkeit war, daß sie sich keines Sachwalters bedienen durften, sondern in Person klagen, als auch auf die Klage antworten mußten, auf der andern Seite aber die Gesetze und Klageformeln, nach denen jede Parthey in Person klagen und auf die Klage antworten mußte, nicht vernachläßigt werden sollten, so suchten die Rechtsgelehrten der Sache durch eine Fiction abzuhelfen, und man nahm an, der Prokurator sey selbst Eigenthümer des Rechtsstreit, und handele nicht in fremden Namen sondern in eigenem. Anfangs scheint dieses nicht allgemeine Regel gewesen zu seyn, sondern man bediente sich der Sachwalter wahrscheinlich nur in dem Falle, wenn eine Parthey wegen Krankheit, Alter, oder Abwesenheit wirklich nicht im Stande war, selbst im Gerichte die Sache zu betreiben [p]); allein in der Folge wurde die Zulassung der Sachwalter in bürgerlichen Rechtssachen so allgemein, daß es zur Ausnahme von der Regel gehörte, wenn eine Sache durch keinen Sachwalter betrieben werden

m) PLAVTVS in curculione Act. 5. Scen. II. v. 68. Scen. III. v. 31.

n) Pr. Inst. de iis, per quos agere poss.

o) Pr. Inst. l. c.

p) Pr. Inst. de iis per quos agere poss.

den durfte q). Weil zur Erwerbung des Eigenthums an einer Sache, ein rechtmäßiger Erwerbungsgrund desselben, iustus titulus, und eine dazu geeigenschaftete Erwerbungsart (modus adquirendi) erfordert wird, so vertrat bey der Erwerbung des dominii litis der dem Sachwalter von der Parthey ertheilte Auftrag die Stelle eines Rechtstitels, die Litiskontestation hingegen sahe man für die Erwerbungsart, oder die Quasitradition an r); bey einem defensor hingegen vertrat die Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung oder die satisdatio de iudicato soluendo den Mangel des Auftrags, daher solche vor der Litiskontestation bestellt werden mußte s).

In Rücksicht auf die Wirkungen des dominii litis bey den Römern, ist zu bemerken, daß solche sich auf verschiedene Weise geäußert haben; der Prokurator hatte nämlich 1) deswegen das Recht, einem andern Bevollmächtigten an seine Stelle zu wählen t). Es erlosch 2) durch den Tod des Principals die Vollmacht nicht, sondern der Prokurator konnte den Proceß auch nach dem Tode des Principals fortsetzen u). Es durfte 3) der Principal nach der Einlassung auf die Klage ohne Einwilligung des Prokurators nichts für sich allein in der Sache vornehmen x). 4) Konnte der Principal die Vollmacht nicht anders, als aus wichtigen Ursachen, und nach vorausgegangener Untersuchung des Richters wiederrufen y). 5) Wurde das Urtheil

q) L. 2. L. 26. C. h. t. L. 1. D. an per alium cauff. appell. Raevard. ad L. 123. D. de reg. iur. I. H. Boehmer D. cit. c. 1. §. 20. sqq.

r) L. 22. C. h. t. Boehmer l. c. c. 1. § 26.

s) L. 40. §. 3. D. h. t. Boehmer in cit. Diff. c. 1. §. 26.

t) L. 23. C. de procur.

u) L. 23. C. h. t.

x) L. 22. C. h. t.

y) L. 17. D. de procur.

theil auf den Namen des Prokurators gerichtet [z]). Eben deswegen hatte 6) bey actionibus famosis die Wirkung der Ehrlosigkeit nicht statt [a]), und 7) konnte die actio iudicati sowohl von dem Prokurator, als wider ihn selbst angestellt werden [b]); klagte jedoch der Prokurator actione iudicati, so konnte ihm die exceptio doli entgegen gesetzt werden, wenn er kein Sachwalter zu eigenem Vortheil, procurator in rem suam war [c]).

Die Rechtslehrer haben darüber gestritten, ob man auf diese römische Einrichtung in unsern Gerichten Rücksicht nehme. Viele berühmte Rechtsgelehrte [d]) behaupten es deswegen, weil nicht nur das kanonische Recht, sondern selbst teutsche Reichsgesetze die davon handelnden Grundsätze gebilligt haben [e]); dagegen führen aber andere Rechtslehrer an, der Gerichtsgebrauch sey dagegen; denn in unsern heutigen Gerichten werde auf die Wirkungen des römischen dominii litis gar keine Rücksicht genommen [f]). Hr. HR. Claproth schreibt am angeführten Orte:

z) L. vn. C. de satisd. L. 1. C. de sent. et interloc.

a) L. vn. C. de satisd. L. 1. C. de sent. et interl.

b) L. 6. §. 2. D. de his, qui not. inf.

c) L. 28. D. h. t. ibique GIPHANIVS.

d) STRYCK in vsu mod. h. t. §. 38. CARPZOV P. I. Const. I. Def. 22. nr. 2. BERGER in Diss. de dominio litis, §. 31. 35. WERNHER Obs. T. I. P. I. obs. 230. GAIL Obs. Lib. I. obs. 74. nr. 10. BERLICH P. I. Concl. 27. n. 13. PESTEL D. de proc. §. 4.

e) c. 1. de proc. in 6to. R. Absch. v. J. 1507. Tit. 35. §. 6. Dep. Absch. v. J. 1600. Tit. 73. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 32. §. 9. 10.

f) I. H. BOEHMER Diss. cit. c. 3. §. 3. sqq. HOFFMANN in Diss. de orig. et condit. procurat. c. 4. §. 11 — 13. REINHARTH ad CHRISTIN. Vol. I. Obs. 58. de WINCKLER in Diss. cit. de discrim. lit. cont. vet. et hod. Sect. III. §. 6. Höpfners Comment. §. 1178. S. 959. Hr. MR. Danz im

Orte: die Römer hatten eben so hohe Begriffe von der Freyheit eines Menschen, als weggeworfen in ihren Augen die Sclaven waren. Durch solche konnte nur dem Herrn Etwas erworben werden. Was war nach dieser Denkart natürlicher, als daß sie auf den Gedanken geriethen, ein freyer Mensch könne durch den andern freyen Menschen nichts erwerben? Dieses würde aber geschehen seyn, wenn der Prokurator für seinen Gewaltgeber einen Rechtsstreit geführt hätte. Ueberdieses war die Anbringung der Klage und die Litiskontestation eine förmliche Handlung, welche die persönliche Gegenwart erforderte. Daher wurden in ältern Zeiten der Regel nach gar keine Prokuratoren zugelassen, außer in Sachen, die das ganze Volk, die Freyheit eines Menschen, und die Vormundschaftsführung betrafen, und in der Folge brauchte man nur Sklaven dazu g). Mit der Zeit fand man, daß es in gewissen Fällen so nöthig als nützlich sey, seine Sache durch erfahrne Personen betreiben zu lassen, und ließ daher die Prokuratoren solche betreiben, wollte jedoch die vorigen Grundsätze nicht geradezu über den Haufen werfen, und deswegen that man, was in mehrern Fällen geschahe, man behalf sich mit einer Erdichtung, und legte einem Prokurator, der sich durch Vollmacht legitimirt hatte, sobald die Litiskontestation geschehen war, vermöge eines gleichsam darin liegenden Contracts h), das Eigenthum des Rechtsstreits bey. Dieses Eigenthum des Rechtsstreits ist im päpstlichen Rechte, in den Reichsgesetzen, und in mehrern besondern Landes-Proceßordnungen ausdrücklich beybehalten worden. Es fehlt auch nicht an Rechtsgelehrten, welche die Wirkungen

im ordentl. Proceß, §. 43. S. 127. Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. §. 86. S. 362.

g) §. 5. Inst. qui et ex quib. causs. L. 13. D. de manum. vind. L. 34. C. de decur.

h) L. 3. §. 11. D. de pecul.

gen dieses Eigenthums annoch vertheidigen; allein wer den Gerichtsgebrauch kennt, kann diese Meynung nicht annehmen [i]). Die Wirkungen des Eigenthums des Rechtsstreits will ich, fährt Hr. HR. Claproth fort, aus dem Heineccius und Böhmer [k]) der Kürze wegen, ohne weitere Beweisstellen hierher setzen und zugleich anführen, wie weit hiervon noch heutzutage ein Gebrauch übrig sey: I) Daß das Urtheil auf den Sachwalter allein gerichtet werde. Dieß geschieht heutzutage nirgends. In einigen Gerichten werden die Anwälde nur mit genannt, z. B. in Sachen Anwalds des Herrn von u. s. f. Dieß ist aber ganz Etwas anders, als wenn blos der Anwald genennt würde. Und dann wäre es doch nur ein Unterschied im Ausdrucke. II) Daß nach der Einlassung auf die Klage der Gewaltgeber nicht nöthig habe zu erscheinen, auch ohne Bewilligung des Prokurators nichts allein vornehmen dürfe. Allein heutzutage muß der Gewaltgeber, wenn er in Person gefordert wird, erscheinen, und kann auch ohne den Prokurator das Nöthige in der Sache vornehmen, wenn es nur mit der Erklärung geschieht, daß dadurch die Vollmacht nicht wiederrufen seyn solle. III) Daß bey einer die Ehrlosigkeit nach sich ziehenden Klage weder der Prokurator, (dieß ist wohl augenscheinlich) noch der Gewaltgeber ehrlos werde. Allein dadurch kann sich heutzutage Niemand von der verdienten Strafe los machen. IV) Daß der Gewaltgeber vor den Sachwalter Sicherheit wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils bestellen, und dann verlangen könne, daß er die Sache fortsetze. Da aber heutzutage das Urtheil wider den Gewaltgeber vollstreckt wird, so ist von dieser Sicherheitsbestellung kein Gebrauch zu machen. V) Daß die Nachläßigkeit und

i) Heineccius in Comp. Dig. §. 435. Boehmer in iure eccl. Protest. tit. de procur. §. 41.

k) Heineccius in antiqu. lib. IV. tit. 10. §. 5. Boehmer l. c.

und Ungehorsam des Sachwalters dem Gewaltgeber schade. Dieß ist der Eigenschaft eines jeden Auftrags gemäß. Nur wird nach Beschaffenheit der Umstände leicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestattet. VI) Daß der Sachwalter sowohl die Klage aus der Stipulation, als aus dem rechtskräftigen Urtheile sich eigen machte, selbige aber auch wider ihn angestellt wurde. Von dieser widersinnigen Strenge sind selbst die Römer in neuern Zeiten abgegangen. VII) Daß der Prokurator nach der Einlassung auf die Klage einen andern Bevollmächtigten an seine Stelle ernennen konnte. Hiervon weichen alle heutigen Proceßordnungen und vorgeschriebenen Vollmachten ab, welche entweder auf die Befugniß einen Afteranwald zu ernennen gerichtet sind, aber schon einen Afteranwald ernannt wissen wollen. VIII) Daß nicht anders, als nach untersuchter Sache eine Veränderung mit dem Sachwalter vorgenommen werden könne. Dies tritt zwar noch heutzutage ein. Nur scheint es mehr deswegen beybehalten zu seyn, weil die anderweitige Bevollmächtigung mit Schwierigkeit, Kosten und Aufenthalt der Sache verknüpft ist. IX) Daß der Sachwalter des Klägers denselben auch in der Wiederklage zu vertheidigen schuldig sey. Wer aber zu der ganzen Sache bevollmächtigt ist, muß auch die davon nicht zu trennende Wiederklage ausführen. X) Daß er den Rechtsstreit auf die Erben übertrug, wovon aber selbst die Römer in neuern Zeiten abgegangen sind. XI) Daß der Sachwalter die Appellation einwenden und fortsetzen müsse. Die Einwendung muß er freylich auch noch jetzt besorgen, die Fortsetzung aber kann nicht anders, als durch einen bey dem Obergerichte angenommenen Sachwalter geschehen. XII) Daß der Sachwalter auch nach dem Tode des Gewaltgebers die Sache fortsetzen konnte. Wäre dieses angenommen, so hätte man sich vor dem jüngern Reichsabschiede vergeblich mit der Wiederannahme des Rechtsstreits geplagt, und ohne Noth so sorgfältig, um dieser überhoben zu seyn, verordnet, daß die Vollmach

mit auf die Erben oder Nachfolger im Amte gestellt werden solle. XIII) Daß, wenn mehrere Bevollmächtigte und zwar einer vor alle bestellt worden, derjenige, welcher zuerst auf die Klage geantwortet hat, die übrigen ausschließe. Allein bey uns wird nur ein Sachwalter ernannt, folglich kommt dieser Fall nicht vor; und dann fliesset dieses mehr aus der Bestellung eines vor alle, als aus dem Eigenthume des Rechtsstreits. Wer mehrere Gründe und die Beweisstellen von der Unstatthaftigkeit dieser Wirkungen des Eigenthums des Rechtsstreits zu lesen Zeit und Lust hat, muß Böhmern am angeführten Orte nachlesen.

Der Vollständigkeit wegen ist Etwas über den Unterschied zwischen den Prokuratoren und Advokaten, zwischen Prokuratoren und Actoren zu bemerken. Ein Prokurator und Advokat sind dadurch unterschieden [l]), daß dieser den Clienten nicht vorstellt, wie es der Prokurator in Ansehung seines Principals thut; daher dieser Letzte eine Vollmacht braucht. Der Advokat unterrichtet seinen Clienten blos mündlich oder schriftlich in Rechtssachen, oder faßt ihm die Schrift ab, die er im Gericht übergeben will. Eben deswegen muß er die Rechte studirt haben, welches bey den Gerichtsprokuratoren gar oft nicht der Fall ist [m]); denn ein Ungelehrter kann ja wohl dem Richter eine Schrift Namens seines Principals übergeben, oder die Publikation eines Urthels anhören. Der Advokat wurde bey den Römern nicht Eigenthümer des Rechtsstreits [n]), so wie er auch keine Sicherheit wegen der Genehmigung zu bestellen brauchte [o]), anderer

l) Giphanivs in Lectur. Altorf. p. 3. sqq.

m) L. 11. C. de aduocat. diu. iud.

n) L. 1. C. de error. aduocat.

o) tit. Inst. de satisdat.

anderer minder wichtigen Abweichungen nicht zu gedenken p).

Ein gerichtlicher **Prokurator** muß ferner von einem so genannten **Actor** unterschieden werden. Wie bekannt, kann der **Prokurator** nur von dem **Eigenthümer** des streitigen Gegenstandes bevollmächtigt werden; ist nun Jemand von demjenigen, der das Vermögen eines Andern zu verwalten berechtigt ist, zu Besorgung der hierzu gehörenden **gerichtlichen** Geschäffte bevollmächtigt worden, so heißt er ein **Actor**, und seine erhaltene Vollmacht wird ein **Actorium** genennt. Diese Art der Bevollmächtigung kommt z. B. bey Vormündern und Pflegern vor. **Vormünder** können in gerichtlichen Angelegenheiten ihrer Mündel keine eigentlichen **Prokuratoren** bestellen, sondern bloß einen **Actor**, und bey den Römern mußte ein decretum Praetoris hinzukommen q). Man sahe zwar bey den Römern auch noch darauf, ob ein Vormund die Rechtssache seines Pupillen anfangs selbst vor Gericht betrieben, und litem contestirt hatte, wie die L. 11. C. h. t. beweißt. Da ein solcher Vormund hierdurch das Eigenthum des Rechtsstreits bekommen hatte, und mit diesem zugleich ein gesetzliches Substitutionsrecht, so konnte ihm das Befugniß, einen Prokurator zu bestellen, nicht abgesprochen werden r). Es fragt sich nun, ob bey uns dieses noch angeht? Mehrere Rechtslehrer s) leugnen es, weil die Wirkungen des dominii litis bey uns überhaupt nicht mehr eintreten, folglich könne man sie auch bey Vormündern nicht mehr gelten lassen. Dagegen wendet Hr.

p) DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 3. pag. 1016.

q) L. 11. C. de procur. L. 24. pr. D. de administr. et peric. tutor.

r) L. 11. pr. D. de doli mali et met. excepr. L. 4. §. fin. D. de appellat. et relat. L. 23. C. h. t. GIPHANIVS ad L. 11. C. h. t. in Lectur. Altorf. p. 89.

s) BOEHMER D. de dominio litis, c. 3. §. 10.

Dapp, S. 55. ein, da nach dem heutigen Gerichtsgebrauche unter der Litiskontestation die Einlassung auf die Klage verstanden wird und diese eben die rechtlichen Wirkungen hervorbringt, als die Litiskontestation, so kann ein Vormund oder Pfleger, wenn die Einlassung auf die Klage von ihm selbst oder wider ihn geschehen ist, zu den übrigen Verhandlungen nach gemeinen Rechten, auch einen Sachwalter bestellen. Es muß übrigens der von einem Vormunde ernannte Actor, zu seiner Legitimation nicht nur das ihm ausgestellte Actorium, das heißt, die ihm ausgefertigte Vollmacht beybringen, sondern auch ein Zeugniß, daß derjenige, von welchem er den Auftrag erhalten hat, wirklich rechtmäßiger Vormund sey t). Es ist kein Unterschied zu machen, ob der ihn bevollmächtigende Vormund ein gesetzlicher oder ein vom Gericht bestellter Vormund ist, oder ein im Testament ernannter u); es wäre denn, daß der Vormund von eben demjenigen Gericht bestellt worden ist, wo der Proceß geführt wird, in welchem Falle die Beybringung eines solchen Zeugnisses nicht erfordert wird, sondern der von dem Vormunde bestellte Sachwalter ist durch das ihm ertheilte Actorium hinlänglich legitimirt v), da einem solchen Gericht die Eigenschaften des Gewaltgebers, nämlich des Vormundes, am besten bekannt sind, und folglich nicht erst bewiesen werden dürfen. Wenn der Vormund, der einen Sachwalter bestellt hat, durch ein Testament zum Vormund bestellt worden ist, so wird zur Legitimation dieses Anwaldes nicht immer auch ein förmliches Zeugniß erfordert,

t) Hanzely Fortsetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis im Allgemeinen, Cap. 28. §. 203. in den Anmerk. Hofmanns teutsche Reichspraxis, I Thl. 1. §. 207. Blum de proc. camer. tit. 67. nr. 40.

u) Gail in Obs. Lib. II. obs. 107. nr. 4.

v) Gail l. c. nr. 5. Harpprecht Vol. nou. Consil. cons. 69. nr. 14. 15.

dert, daß er rechtmäßiger Vormund sey, sondern es ist genug, wenn der Sachwalter nebst seiner Vollmacht eine beglaubte Abschrift von demjenigen Testament, worin sein Gewaltgeber zum Vormund ernannt worden ist, so viel nämlich darin hiervon vorkommt, quoad passus concernentes, beybringt w).

Was von der Nothwendigkeit der Beybringung der geschehenen Vormundschaftsbestätigung gesagt worden ist, der einen **Actor** bestellen will, gilt auch von denjenigen Actoren, die ein **Curator** ernannt hat, als welche zu ihrer Legitimation nebst dem ihnen ausgestellten Actorium, ebenfalls ein Zeugniß von der richtig geschehenen Bestellung zum **Curator** beybringen müssen x), wovon aber aus dem schon angeführten Gründen wieder diejenigen Actoren frey sind, deren Gewaltgeber von demjenigen Gericht zum **Curator** bestellt worden ist, bey dem die Rechtssache anhängig ist, in der sie als Actor handeln sollen.

Es geschieht nicht selten, daß die von einem **Pfleger** oder **Vormunde** aufgestellten Sachwalter, zur Berichtigung der Legitimation entweder neben der ihnen ertheilten Vollmacht, einen von dem Stadt- oder Amtsschreiber beglaubigten Auszug aus dem Gerichtsprotokolle, das über die Bestellung zum Vormunde oder Curator gehalten worden, übergeben, oder sie lassen die geschehene Ernennung zum Vormunde oder Pfleger durch den Stadt- oder Amtsschreiber am Ende ihrer Vollmacht attestiren; es fragt sich daher: ob ein solches Attestat des Stadt- oder Amtsschreibers hinlänglich sey, den Legitimationspunct für berichtigt halten zu können? — Daß Stadt- und Amtsschreiber keine **Vormünder** und **Curatoren** ernennen, und also auch die zu ihrer Legitimation erforderlichen tutoria und cu-

w) Blum de Proc. cam. tit. 67. nr. 41. Dapp a. a. O. S. 56.

x) Blum l. c. nr. 40.

ratoria, in ihrem Namen nicht ausstellen können, läßt sich nicht bestreiten; da sie aber doch öffentliche Personen sind, die in ihren Amtsverrichtungen öffentliche Glaubwürdigkeit haben y), so pflegen solche ausgestellte Zeugnisse bey vielen Gerichten angenommen zu werden. Eben so wird der Legitimationspunct durch dergleichen beglaubigte Protokollauszüge bey vielen Gerichten auch in dem Falle für berichtigt angenommen, wenn der Vormund oder Curator im Namen der ihm anvertrauten Pupillen oder Minderjährigen selbst im Gericht erschienen ist und handelt. Sollte Jemand durch ein solches Attestat, weil es nicht der Wahrheit gemäß befunden worden, Schaden gelitten haben, so kann er von dem Stadt- oder Amtsschreiber die Vergütung desselben actione in factum fordern z).

Ob ein Vater in Sachen, die das Vermögen seiner noch in väterlicher Gewalt stehenden Kinder betreffen, einen eigentlichen Prokurator oder nur einen Actor bevollmächtigen darf? hängt von der Beschaffenheit des Vermögens ab, worüber der Proceß geführt wird.

Das Vermögen, welches der Sohn im Kriege erworben hat, und sein peculium militare genennt wird, gehört ihm mit allen und jeden Eigenthumsrechten a). Er wird in Angelegenheiten dieses Vermögens als Hausvater betrachtet; verwaltet es nach seinem Belieben, erhebt alle Nutzungen desselben, und kann deswegen sowohl klagen, sogar wider Willen seines Vaters, den er selbst in

y) LAVTERBACH ad tit. de fide instrum. §. 7.

z) CONSIL. TVBING. Vol. IX. Cons. 28. nr. 69. sqq. SCHOEPF in Dec. 254. Röslin von weiblichen Rechten, 1sten Bandes 2tes Buch, 4ter Abschn. 3tes Hptstck. §. 4 — 9.

a) L. 3. C. de castr. pec. L. 6. C. de bonis quae lib. Pr. Inst. quibus non est permiss. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 9. c. 5. IVVENALIS Satyr. 16.

in dieser Rücksicht zu belangen berechtigt ist, als auch deswegen belangt werden; sein Vater hingegen kann keine Ansprüche an dieses Vermögen machen [b]). Eben dieses ist in Rechtssachen über dasjenige Vermögen, welches peculium quasi-castrense genennt wird, Rechtens [c]).

Rührt das Vermögen des Sohnes **unmittelbar** oder **mittelbar** vom Vater her, welches daher peculium profectitium genennt wird, so ist dasselbe für ein volles Eigenthum des Vaters zu halten, und deswegen kann er auch zu Besorgung der Rechtshändel über dasselbe einen Sachwalter bestellen [d]).

Bey Rechtsangelegenheiten über das so genannte peculium aduentitium ist ein Unterschied zu machen, ob diese Art Sachen zum peculio aduentitio regulari seu *ordinario* gehöret, oder nicht, sondern für peculium adventitium irregulare seu extraordinarium gehalten werden muß. Im **ersten** Falle hat der Vater nicht nur das Benutzungsrecht, sondern auch ein gesetzliches Verwaltungsrecht [e]), und er kann daher nicht nur die Processe seiner Kinder über dieses Vermögen selbst führen [f]), sondern auch vor der Einlassung auf die Klage und nach derselben, einen **Prokurator** bestellen, und nicht blos einen **Actor** [g]); denn die gesetzliche Administration, die er

b) L. 2. D. de Scto. Maced. L. 8. pr. D. h. t. L. 4. §. 1. L. 10. D. de castr. pec. L. 3. in f. C. eod. tit. L. 39. D. de oblig. et act. L. 57. D. de iudic.

c) L. 6. C. de bon. quae lib. L. fin. §. 1. 6. de inoffic. test. L. 8. C. de aduoc. diuers. iudic.

d) §. 1. Inst. per quas pers. cuique acquir.

e) L. 1. C. de bonis mat. L. 6. §. 2. C. de bonis quae liber.

f) L. 8. §. 3. C. de bonis quae liber.

g) L. 1. C. de bon. mat. Leyser Spec. 164. Med. 2. Hombergk zu Vach D. de diuerso iure patris in peculio aduentitio pro diuersa liberorum aetate, Marb. 1753. §. 3.

vermöge der väterlichen Gewalt über dieses Vermögen hat, ist keine gemeine Verwaltung, wie der Vormund oder ein anderer Administrator hat, sondern sie besteht vielmehr in einem exercitio dominii vicario [h]). Ist der Sohn schon vierzehn Jahr alt, und er ist gegenwärtig, so muß er seine Einwilligung zur Bevollmächtigung zugleich mit ertheilen, außerdem braucht der Vater gar nicht zu sagen, daß er im Namen seiner Kinder vor Gericht erscheine [i]). Darf sich der Vater des Nießbrauchs von dem Vermögen seines Sohnes nicht anmaßen, so kann zwar derselbe, wenn er die Verwaltung dieses Vermögens übernommen hat, wozu er, wenn die Kinder noch minderjährig sind, und ihnen kein besonderer Curator bestellt worden ist, allerdings ein Recht hat [k]), wiewohl einige Rechtslehrer dieses nicht zugeben wollen [l]), zu Betreibung eines darüber entstandenen Processes einen gerichtlichen Anwald ernennen. Bey den Römern hielt man ihn mehr für einen Actor als Prokurator, weil man annahm, der Vater habe die Verwaltung des außerordentlichen adventicischen Peculiums blos als gesetzlicher Vormund; da aber bey uns die Gewalt eines Prokurators und Actors fast gar nicht mehr unterschieden ist, so kommt es nicht viel darauf an, wie man einen solchen Anwald nennt [m]). Die Gründe, weswegen dem Vater die gesetzliche Vormundschaft über dieses Vermögen beygelegt wird,

h) Schavmburg in Comp. Dig. Lib. XV. Tit. I. §. 11. 12.

i) L. fin. §. 3. C. de bon. quae lib. Leyser l. c. Hombergk l. c. §. 14.

k) Carpzov Part. II. Const. 10. Def. 10. Castillo in tract. de vsufr. c. 3. nr. 59. sqq. Lavterbach in Coll. Pand. tit. de pec. §. 27.

l) Perez ad tit. Cod. de bonis quae lib. nr. 10. Rittershvs. ad Nov. 108.

m) Hombergk in cit. Diss. §. 3.

wird, sind folgende: weil in der L. fin. §. 1. C. de bonis quae liber. verordnet wird, wenn der Vater das Vermögen seines Sohnes nicht verwalten wolle, so könne der Sohn um einen Vormund oder Curator bitten. Hieraus folgt, sagt man, wenn der Vater die Verwaltung übernehmen will, so gehört ihm solche, und der Sohn kann nun weder um einen Vormund noch Curator bitten. Es hat ferner der Vater die rechtliche Vermuthung für sich, daß er am besten für das Wohl des Kindes sorgen werde n), da die Liebe und Zuneigung der mehresten Väter zu ihren Kindern größer ist, als gegen sich selbst o). Endlich wird nicht vermuthet, daß dem Vater die Benuzzung wegen eines wider ihn gehegten bösen Verdachts genommen worden sey, sondern damit das Kind desto mehr Vortheil von dieser Sache ziehen möge p). Hat derjenige, von dem dieses Peculium herrührt, selbst einen Verwalter Namens des Sohnes bestellt, so darf sich freylich der Vater die Verwaltung nicht anmaßen, und in diesem Falle bestellt auch jener einen Prokurator oder Actor, je nachdem die Kriegesbefestigung bereits geschehen ist, oder nicht q).

§. 392. 393.

Wir haben S. 258. gesehen, daß es **öffentliche** Advokaten giebt, und solche, die nicht dafür gehalten werden können. Eben dieser Unterschied findet sich bey den **Prokuratoren**; denn wenn gleich das Amt eines Prokurators, an sich betrachtet, kein öffentliches Amt ist, so

n) L. 7. C. de curat. furios.

o) L. 8. §. fin. D. quod met. causs. §. vlt. Inst. de noxal. act.

p) Carpzov P. I. Const. 10. Def. 11. Castillo in alleg. tract. c. 3. nr. 59.

q) Dapp a. a. O. §. 92. S. 66.

so sind doch in Rücksicht der zu Besorgung gerichtlicher, besonders processualischer Geschäffte, erforderlichen Geschicklichkeit, sowohl bey den höchsten Reichsgerichten, als in den meisten teutschen Staaten gewisse dazu tüchtige Personen öffentlich angestellt und darauf verpflichtet worden, die Rechtsangelegenheiten der Partheyen im Gericht als Stellvertreter zu besorgen. Sie heissen öffentliche Anwälde, procuratores publici [r]), und werden beym Reichshofrathe, Reichshofrathsagenten genennt, deren Anzahl nicht über dreyßig gehen soll; beym Reichskammergericht aber heissen sie Kammergerichtsprokuratoren, deren Anzahl ebenfalls in neuern Zeiten auf dreyßig festgesetzt worden ist. Sie werden aus den Advokaten beym Reichskammergericht genommen, und sie haben zugleich die Pflichten eines Advokaten zu beobachten. Die Reichshofrathsagenten, unter welchen dermalen sieben der evangelischen, die übrigen zwanzig aber der katholischen Religion zugethan sind, werden, nachdem sie vorher von einer aus zwey Reichshofräthen bestehenden Deputation, die der Präsident ernennt, in der Reichshofraths- und gemeinen Praxis, wie auch in allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit geprüft [s]), und nach geschehener Prüfung von den zween Deputirten in voller Versammluug des Reichshofraths über ihre Tüchtigkeit der Vortrag gemacht worden [t]), von dem Reichshofrathspräsidenten mit Vorwissen des Reichsvicekanzlers ernannt, und in der darauf folgenden Rathssitzung in dem ordentlichen Reichshofrathszimmer bey versammeltem Rath auf den in der Reichshofrathsordnung Tit. 7. §. 19. vorgeschriebenen, und von dem Secretarius vorgelesenen Eyd beeydigt, worauf sie über ihre Aufnahme und Aufschwörung

r) Huber de procurat. publicis, in Prael. ad Dig. h. t. Hoffmann in Diss. cit. c. 4. §. 7.

s) Reichshofrathsordnung tit. 7. §. 1.

t) Reichsh. Ord. tit. 7. §. 2.

rung statt eines Dekrets einen Reichshofräthlichen Protokollauszug, oder ein so genanntes Conclusum erhalten, aus welchem zu ersehen, an welchem Tage sie beeydigt worden, und ihr Vor- und Zuname, wie auch der Geburtsort sowohl in dem Reichshofrath, als in der Canzley in ein besonderes Buch geschrieben werden [u]). Die Ursache, warum bey der Annahme der Reichshofrathsagenten auch das Vorwissen des Reichsvicekanzlers erfordert wird, ist diese, weil die Reichshofrathsagenten öfters in der Reichshofrathskanzley Geschäffte zu besorgen haben, und der Reichsvicekanzler Chef der Reichshofrathskanzley ist [x]). Nach dem kaiserlichen Dekret vom 15ten October 1613. Nr. 1. hatten nicht nur Churfürsten, Fürsten und die Stände des Reichs, nebst der unmittelbaren Reichsritterschaft sondern auch andere des heil. röm. Reichs angehörige Unterthanen die freye Wahl, ob sie in ihren vor dem kaiserlichen Reichshofrath angehörigen Rechtssachen einen Reichshofrathsagenten, oder aber einen auswärtigen, vor diesem höchsten Reichsgericht nicht angenommenen und beeydigten Sachwalter gebrauchen wollten. In den neuen Gesetzen aber ist das Recht der Partheyen, auswärtige Sachwalter, welche in der Reichshofräthlichen Sprache besondere Bestellte genennt werden, zu gebrauchen, aufgehoben, und verordnet worden, daß der Regel nach alle Partheyen, welche an den kaiserlichen Reichshofrath eine Rechtssache zu verhandeln haben, sich eines von diesem höchsten Reichsgericht angenommenen und beeydigten Agenten bedienen sollen. Churfürsten, Fürsten und Stände des Reichs haben vermöge einer Ausnahme das Recht, in ihren vor dem kaiserlichen Reichshofrath anhängigen Rechtssachen eigene Sachwalter zu gebrauchen,

u) Reichshofr. Ord. tit. 7. §. 2. 3. Kaiserl. Decret vom 15ten October 1613.

x) Hanzely in der Anleit. zur neuesten Reichshofrathspraxis, 1. Buch, 1. Abth. 9. Hauptst. §. 135. in der Anmerk.

chen y), welches aber nach dem Gerichtsgebrauche dieses höchsten Reichsgerichts so eingeschränkt erklärt wird, daß weder apanagirte Fürsten, oder Grafen, noch mittelbare oder unmittelbare Corpora, noch einzelne Reichsunmittelbare ritterschaftliche oder adeliche Personen, solches Recht haben, sondern alle diese Personen in ihren Reichshofräthlichen Processen einen wirklichen Reichshofrathsagenten annehmen und bevollmächtigen müssen z). Wenn aber eine Parthey, welche das Recht nicht hat, einen auswärtigen Sachwalter zu gebrauchen, an dem Aufenthalte des Reichshofraths gegenwärtig ist, so steht ihr frey, ihre Sache selbst zu besorgen, wenn sie nämlich im Stande ist, die in demselben zu verfertigenden Schriften schicklich und dem Styl gemäß, wenigstens erträglich einzurichten, widrigenfalls sie sonst angewiesen wird, sich eines ordentlichen Reichshofrathsagenten zu bedienen a). Die ihre Sache selbst besorgenden Partheyen nennt man in der gerichtlichen Sprache: in Curia praesentes; sie sind aber, wenn sie keine Reichsstände sind, verbunden, einen ordentlichen Reichshofrathsagenten, wenn sie, ehe ihre Sache entschieden ist, von Wien abreisen, zu bestellen. Die Unterschrift pflegt alsdenn in teutschen Schriften also zu heissen: Allerunterthänigster allergehorsamster in Curia gegenwärtiger Implorant N. N. und in lateinischen Schriften: humillimus et obsequiosissimus in Curia praesens N. N. Eben so ist es auch solchen Partheyen unbenommen, eigene Personen, die man gewöhnlicher Weise Deputirte nennt, an den Reichshofrath abzuordnen, wobey sie aber immer auch zugleich einen wirklichen Reichshofrathsagenten halten, und durch denselben alles, was

y) Reichshofr. Ordn. tit. 7. §. 9.

z) Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis, 1stes Buch, 1ste Abtheil. 10tes Hptstck. §. 153.

a) Hanzely a. a. O. 11tes Hptstck. §. 163.

was in ihrem Namen bey dem Reichshofrath überreicht wird, unterschreiben lassen müssen [b]).

Die Kammergerichtsprokuratoren, bey deren Annahme auf Religionsgleichheit gesehen wird [c]), werden von dem ganzen Kammergericht bey versammeltem Rathe, jedoch außer den gewöhnlichen Rathsstunden, aus der Mitte der zwölf Kammergerichtsadvokaten, nach ihrer Geschicklichkeit, praktischen Wissenschaften und sonstigem Betragen, ohne daß auf ihr Dienstalter allein Rücksicht genommen wird, und ohne vorhergehende Prüfung, weil sie schon bey der Aufnahme unter die Advokaten geprüft werden müssen, durch die Einigkeit oder Mehrheit der Stimmen angenommen, wobey aber die Kinder der Kameralpersonen bey der nöthigen Tüchtigkeit den Vorzug haben, und darauf in der Audienz innerhalb der Schranken auf die in der Kammergerichtsordnung enthaltene Eydesformel beeydigt [d]). Die das Kammergericht ausmachenden Personen werden bey versammeltem Rathe, die Kanzleypersonen von dem Kammerrichter oder einem Präsidenten mit Zuziehung des Kanzleyverwalters, der Prokurator und Aduocatus fisci aber, so wie auch die übrigen Kammergerichtsadvokaten und Prokuratoren in der Audienz beeydigt [e]). Der Regel nach muß jede Parthey in ihren Rechtshändeln beym Reichskammergericht, einen von diesen Prokuratoren brauchen. Diese Regel hat ebenfalls ihre Ausnahmen, indem allerdings einige Personen das Recht haben, andere Sachwalter zu gebrauchen. Auswär-

b) Hanzely a. a. O. §. 154.

c) C. G. O. 1. Thl. tit. 18. §. 1. C. C. G. O. 1. Thl. tit. 30. §. 2. tit. 3. §. 3.

d) C. C. G. O. Thl. 1. tit. 30. §. 3. Visit. Schluß v. J. 1768. Sess. 208. C. G. O. Thl. 1. tit. 63. C. C. G. O. Thl. 1. tit. 77.

e) Tafinger instit. iurispr. camer. Sect. I. tit. 6. §. 108. not. n. in fine.

wärtige Sachwalter werden alle diejenigen genennt, welche von dem Kammergericht weder angenommen, noch beeydigt worden sind [f]), wenn sie sich auch in Wezlar beständig aufhalten sollten; welches bey den daselbst lebenden immatrikulirten Notarien der Fall ist, welche bey der Einwendung des Rechtsmittels der Revision gebraucht werden. Die Personen, welche vermöge einer Ausnahme das Recht haben, in ihren Processen beym Reichskammergericht auswärtige Sachwalter zu brauchen, sind die Churfürsten, Fürsten und Stände des Reichs, wie auch die unmittelbare Reichsritterschaft, deren Sachwalter aber alsdenn den Eyd vor Gefährde schwören müssen [g]). Die Fälle, wo auswärtige Sachwalter beym Reichskammergericht gebraucht werden, betreffen 1) die Abschwörung des Armuthseydes, oder desjenigen Eydes, wodurch eine um die Rechte der Armen nachsuchende Parthey nicht nur behauptet, daß sie nicht so viel Vermögen an Liegenschaft oder Fahrniß, oder einnehmenden Schulden besitze, um die zu Führung ihrer Rechtssache erforderlichen Kosten davon zu bestreiten, sondern auch verspricht, daß, wenn das Urtheil für sie ausgesprochen oder sie sonst in bessere Vermögensumstände kommen würde, sie den mit ihrer Sache bemüht gewesenen Advokaten und Prokurator, wie auch die Kanzley bezahlen wolle [h]). Es muß 2) bey Einwendung der Revision wider ein Urthel des Kammergerichts ein auswärtiger Sachwalter gebraucht werden [i]); denn es sind so gar die Prokuratoren deswegen gestraft worden, weil sie in einem mündlichen Vortrage diesem höchsten Reichsgericht die Anzeige gethan, daß ihr Principal das Rechtsmittel der Revision ergreifen werde [k]). Der Grund, warum den Proku-

f) Blum de proc. cam. tit. 10. §. 87.

g) C. G. O. Thl. 1. Tit. 25. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 38.

h) Tafinger inst. iurispr. cam. Sect. IV. tit. 1. §. 702.

i) Blum l. c. tit. 10. §. 88.

k) Tafinger l. c. Sect. IV. tit. 6. §. 1037.

Prokuratoren diese Handlung verboten worden ist, beruht nicht auf einem geschriebenen Reichsgesetze, sondern auf einem Herkommen des Kammergerichts l), und besteht darin, daß, weil durch die Revision dieses höchste Reichsgericht einer Unwissenheit oder Nachläßigkeit beschuldigt wird, solches mit derjenigen besondern Hochachtung, welche die Kammergerichtsadvokaten und Prokuratoren diesem höchstpeislichen Reichsgericht zu erweisen schuldig sind, nicht bestehen zu können erachtet wird m). Es muß 3) bey der Syndikatsklage ein auswärtiger Sachwalter gebraucht werden. Es muß 4) der Eyd, welcher einem Juden, in einer vor dem Kammergericht anhängigen Rechtssache auferlegt wird, von demselben entweder in Person, oder durch einen besondern hierauf bevollmächtigten jüdischen Sachwalter abgeschworen werden n); daher denn auch in den von einem Juden ausgestellten Vollmachten die Worte vorkommen: auch einen jeden andern ziemlichen in Rechten zugelassenen Eyd, etiamsi litis decisorium fuerit, so durch Urtheil auferlegt würde, ich und meine Erben alsdann selber in Person, oder durch einen andern hierzu specialiter Bevollmächtigen schwören, oder thun lassen wolle o). Die Juden haben daher in Wezlar einen ordentlichen Sachwalter, der die ihnen deferirten Eyde in ihrem Namen schwört p).

Da

l) Decker in vindiciis ad Blumii Proc. cam. tit. 9. nr. 19.

m) C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 37. §. 1. Blum l. c. tit. 9. nr. 19. tit. 10. nr. 88.

n) C. G. O. v. J. 1555. Thl. 1. Tit. 86. §. So einem Juden. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 98. Tafinger l. c. Sect. I. tit. 14. §. 206. Blum l. c. tit. 67. §. 83.

o) Blum l. c. Tafinger l. c. Sect. IV. tit. 1. §. 711.

p) Tafinger l. c. Sect. I. tit. 14. §. 206.

Da wir wissen, welche Sachwalter als öffentliche Personen betrachtet werden können, so ist die Frage zu beantworten: wer das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen kann, und wer davon ausgeschlossen wird? Es wird zwar in Gesetzen q) die Regel aufgestellt, ein Jeder könne das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, der überhaupt fähig ist, vor Gericht zu handeln; diese Regel hat aber viele Ausnahmen. Es sind nämlich ausgeschlossen 1) Rasende, 2) Wahnwitzige, 3) gerichtlich erklärte Verschwender r), 4) Taube und Stumme s); 5) in die Acht Erklärte; 6) diejenigen, welche in den Kirchenbann gethan worden t).

Auch Frauenspersonen sind 7) der Regel nach nicht fähig, als Prokurator im Gericht zu erscheinen, ausgenommen a), wenn sie für ihre Eltern im Gericht erscheinen, wiewohl sie auch hier nur alsdenn zugelassen werden, wenn die Eltern nicht selbst im Stande sind, ihre gerichtlichen Angelegenheiten zu besorgen, woran das Alter oder Krankheit Schuld seyn kann; es nimmt sich auch Niemand anders der Eltern an; welche beyde Puncte nach geschehener richterlicher Untersuchung richtig befunden worden seyn müssen u). Eine Mutter kann für ihr unmündiges Kind nicht selbst im Gericht erscheinen, sondern sie muß ihm einen Vormund setzen lassen x). Ein Frauenzimmer kann b) für die Freyheit ihrer Kinder, Eltern, Brüder, oder auch ihres Mannes vor Gericht erscheinen, wenn sonst Niemand sich findet, der dieses Geschäffte besorgen will.

q) Princ. Inst. per quos agere poss. c. 1. de proc. in 6to.

r) L. 40. D. de reg. iur. LAUTERBACH ad tit. mand. §. 5.

s) L. 43. pr. D. h. t.

t) c. 7. X. de iudic. c. 12. X. de except.

u) L. 41. D. h. t.

x) L. 18. C. h. t.

will [y]). In der Praxis dehnt man es auf den Fall aus, wenn Jemand von diesen Personen im Gefängniß sitzt, und es kommt auf dessen Befreyung an [z]). Es ist c) einer Mutter erlaubt, für ihren Sohn, gegen ein demselben nachtheiliges Urthel, zu appelliren [a]). Auch kann 4) eine Frauensperson zu ihrem eigenen Vortheil im Gericht erscheinen [b]). Außer diesen Fällen dürfen Frauenzimmer auch noch heutiges Tages nicht als gerichtliche Sachwalter auftreten, weil ein Nichtgebrauch des römischen Rechts in dieser Materie unerweislich ist, wiewohl der verst. GR. Carrach das Gegentheil behaupten wollte [c]).

8) Was minderjährige Personen betrifft, so scheint es, daß man sie bey den Römern von der Prokuratur nicht ausgeschlossen habe, wenn sie nur wenigstens 17 Jahr alt waren [d]). Die Gesetze wollen nur nicht, daß sie ohne Auftrag als Defensoren zugelassen werden sollen, weil der Minderjährige sich gegen die geleistete Sicherheit de iudicato soluendo in den vorigen Stand setzen lassen kann, und diese Restitution auch dem Bürgen desselben nicht versagt werden darf, wodurch also das ganze processualische Verfahren vereitelt werden würde [e]). Etwas solches kann man aber nicht leicht befürchten, wenn der

y) L. 3. §. 2. D. de liber. cauſſa.

z) Lavterbach h. t. §. 39.

a) L. 1. §. 1. D. de appellat. recip. vel non.

b) L. 4. C. de procur.

c) Wernher Obſ. T. II. P. IX. obſ. 81. Io. Tob. Carrach in Diſſ. de femina procurat. ad litem, Hal. 1751. §. 20. ſqq. Dapp a. a. O. §. 151. S. 108.

d) §. 5. Inſt. quib. ex cauſſ. manumitt. non licet. L. 13. D. de manum. vind. Giphanivs ad L. 51. D. h. t. in Lect. Altorf. p. 63. Voet h. t. §. 6. Hvber h. t. §. 2. Boehmer in iure eccleſ. T. I. Lib. I. tit. 38. §. 13. Lavterbach h. t. §. 40. Io. Dan. Grvber de minore procuratore, Hal. 1723.

e) L. 51. pr. D. h. t. Giphanivs ad h. l. nr. 2. ſqq.

Minderjährige als Prokurator vermöge eines erhaltenen Auftrags vor Gericht erscheint, weil hier die actio iudicati wider den Principal, der ihn bevollmächtigt hat, angestellt wird [f]). Hr. Advokat Dapp schreibt S. 94. des angeführten Buchs: ob die Ausschließung der Minderjährigen von dem Amte eines Sachwalters im römischen Rechte gegründet sey, darüber streiten die Rechtslehrer. Einige haben behauptet, sie hätten mit dem Antritt des 18ten Jahres ohne Unterschied das Amt eines Prokurators übernehmen dürfen, weil sie in diesem Alter die facultatem postulandi hatten. Andere Rechtslehrer machen einen Unterschied zwischen solchen Handlungen, die ein Sachwalter in eigenem Namen verrichtet; z. B. wenn er Sicherheit für sich zu bestellen hat, und zwischen denjenigen, bey welchen ein Sachwalter in fremdem Namen handelt. In diesem Falle könne auch ein Minderjähriger als Sachwalter gebraucht werden, in jenem aber nicht, weil er, wenn er dabey in Schaden gekommen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen könne [g]). Allein, fährt Hr. Dapp fort, da auf der einen Seite a facultate postulandi auf das Recht, einen Auftrag in einer gerichtlichen Sache anzunehmen, kein Schluß gemacht werden kann, und auf der andern Seite ein Minderjähriger ohne Unterschied, ob er in eigenem oder in fremdem Namen handelt, wenn sein Gewaltgeber durch ihn in Schaden gekommen, von diesem mit der aus dem Bevollmächtigungscontract selbst und unmittelbar entspringenden Klage auf die Schadloshaltung belangt werden [h]), der Minderjährige aber sich alsdenn gegen den Bevollmächtigungscontract wieder in den vorigen Stand einsetzen lassen kann,

f) L. 4. D. de re iudic.

g) HARPPRECHT in Diss. de procurat. §. 7. Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. §. 82. nr. 6.

h) L. 9. C. mandati.

kann, wodurch hernach das bisherige processualische Verfahren vereitelt wird, so scheinen die Minderjährigen auch nach dem römischen Rechte von dem Amte eines Sachwalters ausgeschlossen zu seyn. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so werden **Minderjährige** wenigstens durch das **kanonische Recht** i), welches bey der Bestimmung des processualischen Verfahrens den Verordnungen des römischen Rechts vorgeht k), für unfähig erklärt, das Amt eines gerichtlichen Sachwalters zu übernehmen, und dieses wird auch in den Gerichten als richtig angenommen l).

8) Sind **Ehrlose** nicht nur nach dem **römischen**, sondern auch nach dem **kanonischen Rechte** m) unfähig, das Amt eines Prokurators zu übernehmen; denn wenn es auch im §. vlt. Inst. de except. heißt, daß einem ehrlosen Sachwalter die Einrede der Ehrlosigkeit nicht mehr entgegen gesetzt werden soll, damit der Proceß nicht dadurch aufgehalten werde, so gehört es doch zu dem Amte eines jeden Richters, einen ehrlosen Sachwalter von Amtswegen abzuweisen, und wenn die Ehrlosigkeit bekannt ist, oder gleich erwiesen werden kann, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß nicht auch die Parthey dem Sachwalter die Einrede der Ehrlosigkeit entgegen setzen könne, weil **Justinian** zur Ursache seiner Verordnung angiebt, damit nicht, während über das Factische der Einrede gestritten wird, die Hauptsache selbst dadurch aufgehalten werde; dieses geschieht aber in einem solchen Falle nicht n).

i) c. 5. in fine de proc. in 6to.

k) I. H. Boehmer in iure eccles. Lib. I. Tit. 38. §. 13. nr. 12. Carpzov in Dec. P. III. Dec. 203. Rittershvs. de different. iur. ciuil. et canon. Lib. 5. c. 12.

l) Berger in elect. disc. for. Tit. III. Obs. 2. Hoffmann D. de orig. et condit. proc. c. 4. §. 7. p. 43. Wiesand in opusc. Spec. 9. obs. 1. p. 113.

m) c. 1. et 2. Caus. III. qu. 7. Voet h. t. §. 4. Cocceii h. t. qu. 8. ibique Emmingh. not. b.

n) Stryck in vsu mod. h. t. §. 19. Dapp a. a. O. §. 131.

9) Dürfen die Soldaten nicht als gerichtliche Sachwalter erscheinen, damit sie nicht durch Besorgung fremder gerichtlicher Angelegenheiten von ihren Uebungen in den Waffen, zum Schaden des Staats abgehalten werden [o]). Wenn auch gleich die Gegenparthey einwilligt, so darf ein Soldat doch nicht zur Verhandlung einer fremden gerichtlichen Sache zugelassen werden [p]), es wäre denn, daß er zur Zeit der Litiskontestation aus Unachtsamkeit vom Richter und der Gegenparthey als Sachwalter admittirt worden, in welchem Falle der Proceß nicht als ungültig angefochten werden darf [q]). Vermöge einer Ausnahme kann ein Soldat gerichtliche Sachen betreiben, a) wenn die Sache sein Regiment oder seine Compagnie betrifft, b) oder es ist von der Freyheit seiner Anverwandten die Rede; c) oder der Proceß gereicht zu seinem Vortheile [r]). Außer diesen Fällen dürfen Soldaten nicht als Sachwalter angenommen werden, wenn sie auch gleich nur für ihre Eltern oder ihre Weiber erscheinen wollten [s]). Da der Grund, warum die in Diensten stehenden Soldaten von dem Amte eines gerichtlichen Sachwalters ausgeschlossen sind, bey abgedankten Soldaten nicht anwendbar ist, so durften sie auch bey den Römern als gerichtliche Sachwalter erscheinen, und dieses würde bey uns auch noch verstattet werden müssen, wo man ungelehrte Prokuratoren admittirt, welches z. B. im Hildesheimischen der Fall ist [t]).

Es

o) L. 7. C. de procurat. L. 8. §. 2. D. eod. §. 11. Inst. de except.

p) L. 8. §. 2. D. h. t.

q) L. 8. §. 2. D. h. t. GIPHANIVS in Lect. Altorf. nr. 18. p. 18.

r) L. 8. §. 2. D. h. t. L. 9. C. eod. L. 3. §. 1. D. de lib. causſa.

s) §. 11. Inst. de except. L. 7. C. de proc.

t) L. 8. §. 2. D. h. t. Petr. de GREVE in exerc. ad Pand. IV. §. 13. p. 100.

Es sollen 10) diejenigen nicht als Prokuratoren auftreten, welche die Gegenparthey an Macht, Reichthum und Ansehen übertreffen [u]). Heutzutage läßt man sie alsdenn die Sache betreiben, wenn es die Gegenparthey zufrieden ist.

Auch Geistliche sollen 11) in weltlichen Rechtshändeln nicht als Prokuratoren auftreten, weil dadurch die ihnen obliegende Seelsorge leiden würde [x]); aber in Sachen ihrer Kirche, so wie auch für nahe Anverwandte und mitleidswürdige Personen dürfen sie die Beschäfftigung eines Prokurators übernehmen, weil es ihnen in dergleichen Fällen sogar erlaubt worden ist, zu postuliren, wie wir §. 363. gesehen haben.

Bey den Römern durfte 12) weder der Fiskus, noch 13) die Respublica als Prokurator auftreten [y]); auch 14) kein Decurio [z]) und 15) kein Sklave [a]). Endlich soll 15) derjenige, der sich von einer der streitenden Partheyen einen gewissen Antheil des streitigen Gegenstandes zur Belohnung ausbedungen hat, in dieser Sache nicht als Prokurator auftreten [b]).

§. 394. 395.

Zur Ernennung eines Sachwalters sind alle diejenigen berechtigt, welche Eigenthümer der Sache sind,

u) Tot. Tit. C. ne liceat potent. Wernher T. I. Obs. 283. Mevius P. II. Dec. 175.

x) Nov. 123. c. 6. c. 2. et 4. X. ne cleric. vel monachi sec. negot.

y) Tot. Tit. C. ne fisc. vel respubl.

z) L. 34. C. de decur.

a) L. 32. D. de reg. iur. L. 6. C. de iud.

b) L. 15. C. de proc. L. 53. D. de pact. L. 6. §. fin. L. 7. D. mand. L. 20. C. eod. L. 5. C. de postul.

worüber der Proceß geführt werden soll c), und die zugleich das Recht haben, ihr Vermögen selbst zu verwalten, folglich der streitigen Sache wegen, nicht nur selbst klagen dürfen, sondern auch deswegen belangt werden können. Wer also die Fähigkeit vor Gericht zu handeln entweder gar nicht hat, oder doch wenigstens nicht allein im Gericht auftreten darf, der kann auch entweder gar keinen Sachwalter ernennen, oder wenigstens nicht für sich allein d).

Diejenigen Personen, welche die freye Verwaltung ihres Vermögens nicht haben, können keinen gerichtlichen Sachwalter gültiger Weise bestellen. Sie sind der Vormundschaft unterworfen, und einige derselben können gar keine rechtlichen Handlungen vornehmen, andere aber müssen es mit Bewilligung ihres Vormundes thun e).

Ganz unfähig zur Ernennung eines gerichtlichen Sachwalters sind **rasende** und **wahnwitzige** Personen, sie müßten denn bisweilen den vollen Gebrauch ihres Verstandes, oder so genannte dilucida interualla haben; denn diese Zeit über können sie Jemandem Vollmacht zu Führung eines Processes ertheilen. **Kinder**, welche noch nicht sieben Jahr alt sind, dürfen ebenfalls keinen Procurator bestellen, sondern für diese thut es der Vormund, und bestellt einen Actor, oder er erscheint selbst für sie im Gericht. **Taube und stumme** Personen dürfen es alsdenn nicht, wenn sie gar keinen hinlänglichen Gebrauch ihres Verstandes zeigen; können sie aber ihren Willen hinlänglich zu erkennen geben, so darf ihnen diese Befugniß nicht verweigert werden; wie man aus der L. 43. pr. D. h. t. sieht, wo es heißt: *mutus* et *surdus* per eum modum qui procedere potest, procuratorem dare non prohi-

c) L. 1. pr. D. h. t.

d) L. 8. pr. D. h. t. L. 17. §. 20. D. de iniur.

e) L. 5. et 40. D. de reg. iur. Arg. §. 1. Inst. quibus non est perm. facere test.

prohibetur f). Da sie unter der angeführten Voraussetzung, Consensualcontracte zu schließen befugt sind, so haben sie auch das Recht, in gerichtlichen Geschäfften einen Auftrag zu geben g).

Mit Einwilligung ihres **Vormundes** oder **Curators** müssen einen gerichtlichen Anwald ernennen, **unmündige** und **minderjährige** Personen, da sie kein Recht haben, ihre Sachen allein im Gericht zu führen, sondern es mit Beystand ihres Vormundes thun müssen h). Wenn jedoch ein Minderjähriger einen Sachwalter allein, ohne seinen Pfleger bestellt hätte, und in der Folge wird das Urtheil für ihn gesprochen, so ist das Urtheil gültig i), und kann von dem Gegentheile aus dem Grunde, daß der Sachwalter, als von dem Minderjährigen allein ernannt, auf die rechtserforderliche Art nicht bevollmächtigt gewesen, und mithin die ganze Verhandlung null und nichtig sey, nicht angefochten werden, indem andern Theils die Minderjährigen ihre Jugend nur gegen Schaden schützen, nicht aber von Vortheilen ausschließen soll k); welche Verordnung auch sogar auf **Unmündige** ausgedehnt wird, wenn sie ohne ihren Vormund einen Anwald bevollmächtigt haben l). Gerichtlich als Verschwender erklärte Personen dürfen ebenfalls für sich allein keinen Prokurator ernen-

f) Ant. Faber in Rat. ad L. 43. D. h. t. Pothier in Pand. Iust. T. I. h. t. nr. 19. not. f.

g) L. 4. §. 1. D. de pact. L. 48. D. de oblig. et act. L. 124. pr. D. de reg. iur. Vvlteivs de iudic. lib. 1. c. 7. nr. 62. Dapp a. a. O. §. 104. S. 79.

h) Tot. Tit. Cod. qui legit. pers. standi in iudicio hab. §. 2. Inst. de curat. L. 6. C. quomodo et quando L. 11. C. h. t.

i) L. 14. C. de procur.

k) L. 14. C. h. t.

l) Lavterbach h. t. §. 35. Dapp a. a. O. §. 106. S. 81.

nen m). Nach dem römischen Rechte können zwar Frauenspersonen nicht nur klagen, sondern sich auch verklagen lassen, folglich haben sie auch das Recht, für sich, allein einen gerichtlichen Anwald zu bestellen n); in Teutschland dürfen sie es aber an solchen Orten, wo die Geschlechtskuratel eingeführt ist, nicht thun, sondern müssen ihren Curator dazu nehmen o).

Endlich ist noch die Frage zu beantworten, was bey der Bestellung eines gerichtlichen Anwaldes Rechtens ist, wenn der Proceß Personen betrift, welche unter der väterlichen Gewalt stehen? Söhne, die noch der väterlichen Gewalt unterworfen sind, können in Rechtshändeln über ihr peculium profectitium oder aduentitium ordinarium, der Regel nach keinen Sachwalter bevollmächtigen, ihr Vater müßte denn rasend oder abwesend seyn, in welchen Fällen sie das Recht haben, selbst zu klagen p). Wurde ein Sohn in Sachen, diese beyden peculia betreffend, verklagt, so stand es ihm nach dem römischen Rechte frey, sich nach Gefallen eines Prokurators zu bedienen; denn in der L. 8. pr. D. h. t. heißt es: ad defendendum quoque poterit filius familias procuratorem dare. Wird der Proceß über das peculium castrense oder quasi castrense, oder aduentitium irregulare geführt, so kann der Sohn nicht nur verklagt werden, sondern auch klagen, folglich hat er hier auch das Recht, nicht nur als Beklagter, sondern auch als Kläger einen

m) L. 1. D. de curat. furios. L. 1. C. eod.

n) L. 1. §. 5. D. de postul. L. 4. C. h. t. Stryck h. t. §. 17.

o) Lauterbach h. t. §. 36. Röslin von weibl. Rechten, 1ster Band, 2tes Buch, 2ter Abschn. 2tes Hptstck. §. 5. Dapp a. a. O. §. 108 flg.

p) L. 8. pr. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de iudic. Vulteius de iudic. Lib. 1. c. 5. Dapp a. a. O. S. 14. und 89.

einen Sachwalter zu bevollmächtigen q), vorausgesetzt, daß er das zur Verwaltung eines solchen Vermögens erforderliche Alter hat; denn wenn dieses nicht wäre, so müßte nach Verschiedenheit des Alters entweder der Vormund allein einen Actor oder Sachwalter bestellen, oder die Ernennung des Sachwalters würde von dem Haussohne mit Einwilligung seines Pflegers geschehen r).

Der Principal hat das Recht, zu Führung seines Processes nicht blos einen Prokurator zu ernennen, sondern er kann auch zwey oder noch mehreren dazu den Auftrag ertheilen. Im letztern Falle ist es eine Hauptfrage, ob diese mehrern Sachwalter alle als Hauptanwalde bestellt worden sind, oder ob blos einer als Hauptsachwalter anzusehen ist, und die übrigen für seine Substituten? Wäre dieses, so darf der Substitut nicht eher die Sache betreiben, als wenn die Vollmacht des Hauptanwaldes ganz aufgehört hat, z. B. weil er gestorben ist, oder er ist wenigstens nicht im Stande vor Gericht zu erscheinen s).

Sind die mehrern Sachwalter alle als Hauptstellvertreter bestellt worden, so ist dieses entweder von mehrern Theilnehmern an dem nämlichen Rechtsstreite geschehen, die ein getheiltes Interesse haben; oder die Ernennung der mehrern Hauptsachwalter ist von einem geschehen, den der ganze Rechtsstreit allein angeht. In dem ersten Falle ist es jedem dieser Theilnehmer erlaubt, in Rücksicht auf den ihm an dem streitigen Gegenstande zustehenden Antheil, seinen eigenen Sachwalter zu bestellen, wo diese mehrern Sachwalter auch zugleich im Gericht auftreten dürfen t). Bey Fällen der letztern Art muß

q) L. 8. pr. D. h. t.

r) Hr. Dapp a. a. O. S. 91.

s) R. A. v. 1654. §. 100.

t) L. 31. §. 1. D. h. t. Vnius litis plurium personarum plures dari procuratores, non est prohibitum. GIPHANIVS ad h. l. in Lect. Altorf. nr. 5. p. 27.

muß unterschieden werden, ob die Bevollmächtigung zu gleicher Zeit, oder zu verschiedenen Zeiten geschehen ist. In dem letzten Falle hebt die spätere Bevollmächtigung der Regel nach die erstere auf, weil durch die Bevollmächtigung eines andern Sachwalters, und dessen Uebernahme der Sache, die dem erstern ertheilte Vollmacht für stillschweigend widerrufen anzusehen ist [u]). Hat ein einziger Eigenthümer des Rechtsstreit zu gleicher Zeit mehrere Hauptsachwalter zu Betreibung der ganzen Sache bestellt, so hatte dieses bey den Römern nicht die Wirkung, daß sie alle zugleich und mit einander im Gericht hätten auftreten dürfen, sondern nur der eine davon durfte erscheinen, und derjenige schloß die übrigen aus, der in der Sache zuerst aufgetreten war, er mochte die Klage angestellt, oder die Vertheidigung des Gewaltgebers übernommen haben [x]). In der L. 32. D. h. t. heißt es: pluribus procuratoribus in solidum datis, occupantis melior conditio erit: vt posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator. Der Grund hiervon war, weil eines Theils die Rechtssache von einem Einzigen besser besorgt werden kann, dahingegen alle zugleich einander nur hindern, hierdurch aber dem Principal leicht geschadet werden kann; andern Theils aber schien es unbillig zu seyn, die Lage des Gegners durch Bestellung mehrerer Hauptsachwalter, mit denen er es zugleich aufnehmen sollte, zu erschweren [y]). Eben diese Gründe befolgt man auch heutzutage noch bey den höchsten Reichsgerichten in Teutschland, und es darf hier nur ein Hauptsachwalter bevollmächtigt

u) L. 31. §. 2. D. h. t. c. 14. X. h. t. THOMASIVS D. de reuocat. tacita mandati iudic. §. 26.

x) L. 32. D. h. t. L. 24. §. 1. D. de admin. et peric. tut.

y) DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 15. BRVNNEMANN et FABER ad L. 32. D. h. t. WERNHER in lect. comment. h. t. §. 7. STRYCK h. t. §. 25. COCCEII h. t. qu. 6.

tigt werden z). Im päpstlichen Rechte werden ganz andere Grundsätze aufgestellt, wie man aus dem c. 6. de procur. in 6to sieht. Nach diesem Rechte dürfen nicht nur mehrere Hauptsachwalter ernannt werden, sondern sie haben auch das Recht gemeinschaftlich im Gericht aufzutreten; jedoch kann einer den andern ausschließen, wenn die Ernennung auf die erforderliche Art geschehen ist. Es kommt nämlich darauf an, ob sie bestimmt oder unbestimmt bestellt worden sind. Im letzten Falle soll dafür gehalten werden, daß sie zur gemeinschaftlichen Besorgung der ihnen aufgetragenen Rechtssache bestellt worden sind; es darf daher keiner ohne den andern Etwas unternehmen, wenn gleich der Gegentheil damit zufrieden ist, weil dem Principal ein Schaden dadurch verursacht werden könnte, jedoch ist es alsdenn erlaubt, wenn es ihnen bey unvermeidlichen Hindernissen verstattet worden ist a). Sind die mehreren Hauptsachwalter auf eine bestimmte Art ernannt worden, so ist dieses entweder mit der Clausel, sammt oder sonders, in solidum, oder durch den Ausdruck, sammt und sonders, si non omnes, geschehen. In dem ersten Falle können alle mit einander eben so gut, wie einer für alle den Auftrag besorgen, und es findet hierbey eine Prävention statt. Ist nämlich einer dem andern zuvorgekommen, und hat sich der Sache allein unterzogen, so schließt er nunmehr die übrigen so lange aus, als er die Sache betreiben kann, und wirklich betreibt; und nur wenn dieser nicht mehr handeln kann, oder will, kann der andere Bevollmächtigte die Sache fortsetzen b).

In

z) STRYCK in vsu mod. h. t. §. 27. Hanzely in der Reichshofrathspraxis, Kap. 26. §. 173. S. 115. Dapp, §. 290. S. 209.

a) G. L. BOEHMER in Princ. iur. can. §. 714. Dapp, §. 255. Not. z. S. 180. Claproths Proceß, Thl. 1. §. 82.

b) BERGER in Oecon. iur. Lib. 4. tit. 9. th. 3. Claproth a. a. O. Danz im ordentl. Proceß, §. 43.

In dem letzten Falle aber findet keine Prävention statt, sondern der eine Bevollmächtigte kann nur alsdenn allein, und ohne die andern handeln, wenn dieser entweder verhindert wird, oder sich gar nicht mehr mit der Sache abgeben mag c). Diese Verordnung des kanonischen Rechts wird auch in unsern Gerichten befolgt d). Der Reichshofrath von Wernher e) behauptet zwar, daß heutiges Tages auch alsdenn, wenn mehrere Hauptsachwalter in solidum mit der Clausel sammt oder sondern ernannt werden, die Prävention nicht statt haben könne, folglich derjenige Anwald, der sich zuerst der Sache unterzogen, den andern deswegen nicht auszuschließen befugt sey, weil die Vorschrift des römischen und kanonischen Rechts auf das dominium litis gegründet worden, dieses aber bey uns nicht mehr anerkannt werde. Dagegen haben andere Rechtslehrer f) erinnert, die Wirkung der Prävention entstehe daher, weil einer für alle bestellt worden, und sie könne aus diesem Grunde eintreten, ohne daß man nöthig habe, ein dominium litis anzunehmen.

§. 396. 397.

Bisweilen geschieht der Auftrag zur Führung eines Processes zum eigenen Vortheil des Bevollmächtigten, und in dergleichen Fällen wird der Bevollmächtigte, procurator in rem suam genennt. Es ist also derjenige Sachwalter, der zwar im Namen eines Andern, aber doch zu

c) Schilter Exerc. X. 55.

d) Boehmer in iure eccles. Tom. I. Lib. I. Tit. 38. §. 14. Lauterbach in Coll. Pand. h. t. §. 48. Stryck in vsu mod. h. t. §. 27.

e) Wernher Obs. Tom. II. Part. IX. obs. 38.

f) Boehmer D. de dominio litis, c. 3. §. 7. Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. §. 82. Not. s. S. 343.

zu seinem eignen Vortheil, einen Proceß betreibt, oder im Gericht erscheint. Dieser Fall kommt vor, wenn ich dem Andern eine Forderung cedire, die er zwar in meinem Namen einklagen, wovon er aber alles behalten soll, was ihm mein Schuldner bezahlt hat. Nach der Theorie des römischen Rechts gieng es nicht an, persönliche Ansprüche von der Person des ersten Gläubigers gänzlich zu trennen, und man konnte sie Niemanden dergestalt abtreten, daß er nunmehr das Recht erlangte, in seinem eigenen Namen wider den Schuldner die directe Klage anstellen zu können. Hatte ich also dem Andern eine Forderung verkauft, oder auf eine andere Art überlassen, so konnte er zwar in seinem eigenen Namen actione vtili klagen, wie in der L. 55. D. h. t. bemerkt wird, aber zur Anstellung der directen Klage mußte ich ihm Vollmacht geben, und darin erklären, daß er die Forderung als mein Anwald in meinem Namen einklagen solle [g]). Ein solcher Cessionarius wurde auf diese Weise procurator in rem suam; denn wenn gleich ein solcher Sachwalter in Rücksicht auf die Wirkung des Auftrags, als Eigenthümer betrachtet werden muß, daher er auch sogar befugt war, mit dem debitore cesso einen Vergleich zu schließen [h]), so ist er doch in Ansehung des Gegenstandes und des Rechts, woraus er klagt, ein wahrer Sachwalter, weil er in dieser doppelten Hinsicht in fremdem Namen handelt [i]).

Ein anderer Fall, wo der procurator in rem suam als Kläger auftritt, ist der, wenn ein Minderjähriger

g) FINESTRES in Hermog. ad L. 13. §. 1. D. de hered. vel act. vend. p. 460. Höpfners Comment. §. 992.

h) L. 13. §. 1. D. de pact. L. 25. D. h. t. L. 9. C. eod.

i) LAUTERBACH in Diss. de procur. in rem suam, §. 7. de CRAMER in Obs. Tom. IV. obs. 767. GUNDLING in *Gundling*. D. VI. nr. 2. larua procuratori in rem suam data etc.

riger das Geschäffte eines Großjährigen übernommen, und ihm durch die schlechte Besorgung desselben Schaden verursacht hat. In einem solchen Falle muß der Minderjährige entweder selbst gegen seine Handlungen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, oder sein Recht dem Volljährigen dergestalt cediren, daß dieser als procurator in rem suam, im Namen und ex mandato minoris die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann [k]).

Es giebt auch Fälle, wo der procurator in rem suam als Beklagter betrachtet werden muß. Dieses geschieht, wenn die Führung des Processes demjenigen ist aufgetragen worden, welcher verbunden ist, den Principal rechtlich zu vertreten, und der ihn zu entschädigen verbunden ist, wenn der Proceß verlohren worden ist. Hierher gehört der Fall, wenn der Käufer den Verkäufer, oder der Bürge den Hauptschuldner zur Vertretung aufgefordert, und den letztern zum Prokurator bestellt hat [l]).

Um sich zum Proceß zu legitimiren, ist nicht genug, daß in Ansehung der Person kein Fehler vorhanden sey, und sowohl der Gewaltgeber das Recht habe, einen Sachwalter zu ernennen, als auch der Gewaltgeber einen Auftrag in gerichtlichen Sachen annehmen könne, sondern es wird auch erfordert, daß die Sache, in welcher der Sachwalter bestellt worden, von der Art und Beschaffenheit sey, daß sie durch einen Andern im Gericht besorgt werden kann. Nach dem ältern römischen Rechte konnte der Regel nach in keiner bürgerlichen Rechtssache ein Sachwalter bestellt werden, sondern jede streitende Parthey, so-

k) L. 24. pr. D. de minorib. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 5. S. 266.

l) L. 42. D. de procurat.

sowohl der Kläger als der Beklagte mußte in Person erscheinen, und seine rechtlichen Angelegenheiten im Gericht selbst besorgen. Es gab aber doch schon damals Ausnahmen, wo ein Sachwalter zugelassen wurde, nämlich wenn die Sache das ganze Volk betraf, oder wenn ein freyer Mensch widerrechtlicher Weise als Sklave behandelt wurde, und seine Freyheit beweisen wollte, oder wenn die Vormundschaftsklage angestellt werden sollte. In der Folge führte man das dominium litis ein, und es wurde eine allgemeine Gewohnheit daraus, in allen bürgerlichen Rechtssachen durch einen Sachwalter aufzutreten, so daß es nunmehr für eine Ausnahme gehalten wurde, wenn eine Sache durch einen Sachwalter nicht besorgt werden konnte [m]). In der L. 26. C. h. t. heißt es: in *pecuniariis* controuersiis, etsi specialiter hoc praecepti vel sententiae minime designat auctoritas, passim vnicuique, si tamen ita maluerit, per Procuratorem respondendi tribuimus facultatem; nisi forte quosdam (iustiores nonnunquam ob causas) vehementior maximi iudicis vocabit auctoritas.

Die Fälle, in denen bey dem processualischen Verfahren, vermöge einer Ausnahme kein Sachwalter zugelassen wird, sind folgende:

1) Konnte in Volksklagen zwar von Seiten des Beklagten, nicht aber auch von Seiten des Klägers ein Sachwalter bestellt werden [n]); denn da diese Art von Klagen so beschaffen war, daß ein Jeder von dem Volke ein Recht hatte, und der Bevollmächtigte sie eben so gut, als der Gewaltgeber anstellen konnte, so hielten es die Rö-

m) L. 1. D. an per alium cauff. appell. tedd. L. 2. L. 26. C. h. t. GIPHANIVS ad L. 26. C. h. t. in Lect. Altorf. p. 95. POTHIER in Pand. Iust. T. I. h. t. nr. 15. not. m. pag. 103.

n) L. 42. pr. L. 43. §. 2. D. h. t. L. 5. D. de popul. action.

Römer für unschicklich, denjenigen in fremdem Namen handeln zu lassen, welcher doch nach den Gesetzen in eigenem Namen klagen konnte o), und hierzu kam auch noch der weitere Grund, daß dergleichen Klagen nicht zum Vermögen des Klägers gehörten p), und mithin auch das Eigenthum derselben auf den Sachwalter nicht übertragen werden konnte, welches doch nach den Grundsätzen des römischen Rechts geschehen mußte, wenn ein Sachwalter in einer Sache zulässig seyn sollte. So richtig es ist, daß der Regel nach bey Volksklagen von Seiten des Klägers kein Sachwalter angenommen wurde, so hatte doch alsdann eine Ausnahme statt, wenn mit dem öffentlichen Wohl auch der besondere Nutzen des Klägers verbunden war, in welchem Falle auch der Kläger bey Volksklagen, jedoch nicht anders, als nach vorhergegangener Untersuchung der Sache, sich eines Bevollmächtigten bedienen durfte q).

2) Wird bey dem Interdict, wodurch ein Vater seine Kinder zurück fordert, von Seiten des Klägers kein Sachwalter angenommen, es wäre denn, daß über die Zulässigkeit eines Sachwalters vorher eine Untersuchung angestellt worden, der Sachwalter einen besondern Auftrag beweisen könnte, und der Vater durch Krankheit oder eine andere rechtmäßige Ursache verhindert würde r).

3) Durfte ein römischer Sklave, wenn er auf die Freyheit klagen wollte, nach dem neuern Rechte keinen Sachwalter haben, sondern er mußte wider seinen zeitherigen Herrn in Person auftreten s).

4) Muß

o) Voet h. t. §. 16. Dapp a. a. O. S. 134.

p) L. 7. §. 1. D. de popul. act. L. 12. D. de verb. signif.

q) L. penult. D. ne quid in loco publ. L. 3. in fine. L. 6. D. de sepulchro viol. L. 42. pr. L. 45. §. 1. D. h. t.

r) L. 40. pr. D. h. t. Wesenbecc. in paratitl. h. t. nr. 5.

s) L. 1. C. de assert. toll.

4) Muß der Regel nach ein jeder Eyd von derjenigen Parthey in Person geschworen werden, der er zugeschoben oder aufgelegt worden ist, und es wird kein Sachwalter zugelassen, wenn er gleich zur Eydesleistung besonders bevollmächtigt worden wäre, sondern wenn die Parthey, welche schwören soll, abwesend ist, so muß dieselbe entweder vorgefordert werden, oder, welches dem Gutdünken des Richters überlassen ist, den Eyd an dem Orte ihres Aufenthalts entweder vor Gericht, oder vor einer gerichtlichen Deputation und in Gegenwart der andern Parthey oder ihres Sachwalters ablegen [t]). Es hat diese Regel ebenfalls Ausnahmen, und es kann ein Eyd durch den Sachwalter geschworen werden, α) wenn die Gegenparthey darein willigt [u]); oder β) wenn der Eyd auch nicht leicht mittelst erlassener Ersuchungsschreiben geschworen werden kann [x]), oder γ) wenn der Eyd gleich anfangs dem Sachwalter zugeschoben worden ist [y]); oder δ) wenn der Eyd nicht die Hauptsache, sondern nur einen Nebenpunkt betrifft, und dahin gehört auch der Eyd für Gefährte [z]); oder ε) wenn die Gesetze oder der Gerichtsgebrauch eines Landes die Eydesleistung durch einen Bevollmächtigten verstattet; oder ζ) wenn der Eyd einem Churfürsten oder Fürsten zugeschoben worden, als welche, wie solches auch dem alten teutschen Recht gemäß ist [a]),

t) L. 12. §. 4. et 5. C. de reb. cred. L. 9. §. 6. D. de iureiur. L. 16. C. de test. Nov. 124. c. 1. Consil. Tubing. Vol. I. Cons. 106. nr. 15. Malblanc de iureiur. Lib. 3. c. 10. §. 94. Lauterbach in tr. de iuram. §. 5. nr. 88. Püttmann in Progr. Elect. c. 4. de iureiur. vicar. Dapp, §. 182. 183. S. 136.

u) Consil. Tubing. Vol. I. cons. 106. nr. 17.

x) Hr. HR. Claproth im Proceß, Thl. 2. §. 332.

y) Consil. Tubing. l. c.

z) c. 6. et 7. X. de iuram. calumn. c. 3. eod. in 6to. c. 2. de testib. in 6to. R. A. v. J. 1654. §. 43.

a) Ius prov. Sax. Lib. II. Art. 42.

von der persönlichen Leistung des ihnen zugeschobenen Eydes befreyt sind, und denselben durch einen Bevollmächtigten, der aber wenigstens ein Edelmann seyn muß, ablegen können [b]), und zwar ohne Unterschied, ob es eine bürgerliche oder peinliche Rechtssache ist. In allen diesen ausgenommenen Fällen muß der Sachwalter mit einer besondern Vollmacht zur Eydesleistung versehen seyn [c]), und ein Jude muß einen andern Juden zum Bevollmächtigten ernennen [d]). Die von den Teutschen eingeführte Gewohnheit, den Eyd durch einen Andern in seine, des Principals, Seele schwören zu lassen, welches vicariis manibus iurare hieß [e]), leitet Heineccius von den Geistlichen her, weil sie sich ein Gewissen daraus gemacht, einen Eyd zu schwören, und deswegen einen Andern in ihrem Namen und in ihre Seele schwören lassen, welchem Beyspiel sodann auch weltliche Personen nachgefolgt; hingegen Hr. Prof. Malblanc [f]) erklärt diese Gewohnheit aus der Analogie der übrigen Gottesurtheile und vorzüglich der Duelle. Gleichwie bey den zur Entscheidung einer Rechtssache ehemals gebrauchten Zweykämpfen öfters eine Parthey wegen ihres Standes oder wegen ihrer körperlichen Beschaffenheit einen Andern aufstellen können, welche in ihrem Namen gefochten, also hätten die Teutschen diese Grundsätze auch auf die Eyde, als ihrer Meynung nach ebenfalls unmittelbare Gottesurtheile übergetragen, und einigen Personen die Eydesleistung durch einen

b) R. A. v. J. 1521. tit. 7. §. 10. C. C. G. O. Thl. 2. tit. 11. §. 8. Consil. Tvbing. Vol. 6. Cons. 61. nr. 13.

c) C. C. G. O. Thl. 1. tit. 87. Thl. 3. tit. 38. Boehmer in tract. de cauſſis arduis et maiorib. c. 2. §. 24.

e) C. C. G. O. Thl. 1. tit. 98. §. 1.

e) du Fresne in Gloſſar. voc. iuramen. vicar. manib.

f) Heineccivs in iure germ. Lib. 3. §. 219. Malblanc de iureiur. Lib. 3. c. 10. §. 94. ſqq.

einen Andern gestattet, wie denn dieses Recht die Fürsten, die Geistlichen, die Unmündigen, und öfters auch Frauenspersonen gehabt, wiewohl diesen in neuern Gesezzen die persönliche Eydesleistung wieder aufgelegt worden sey; über dieses habe auch die Errichtung der höchsten Reichsgerichte, von denen die Partheyen gemeiniglich weit entfernt sind, und bey denen die Eydschwüre in eines Andern Seele erlaubt waren, jene Gewohnheit, den Eyd durch einen Bevollmächtigten abzuschwören allgemeiner gemacht.

Auch der Richter hat das Recht, die streitenden Partheyen ohne Unterschied der Sache, so oft es die Nothdurft erfordert, anzuweisen, daß sie persönlich im Gericht erscheinen sollen [g]). Dazu hat er ein Recht, wenn die summarische Beschaffenheit des Processes entweder ein mündliches Verfahren zur Regel macht, oder es ist doch wenigstens die persönliche Gegenwart der Parthey dabey schlechterdings nöthig. Ein Fall der lezten Art kommt im Consistorialproceß vor, wenn z. B. zwischen Ehegatten die Eintracht durch Vorstellungen wieder hergestellt werden soll, oder die Consistorialverordnung des Landes schreibt schlechterdings in einem Falle das persönliche Erscheinen vor [h]).

Ein persönliches Erscheinen ist schlechterdings nothwendig im Wechselproceß, wo zwar der Wechselgläubiger sich eines Bevollmächtigten bedienen darf, der Wechselschuldner hingegen in Person erscheinen muß, um den Wechsel selbst zu recognosciren oder abzuschwören.

g) L. 6. C. h. t. C. 1. de iudic. in 6to. G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 711. Meisters Bemerk. 2ter Band. S. 273.

h) Leyser Spec. 53. Med. 5. Boehmer l. c. nota b. Meister a. a. O. im 2ten Bande, 26ste Bem. nr. 10.

ren i). So werden auch bey den Kriegsgerichten nicht leicht Anwälde zugelassen, es müßte denn die Wichtigkeit der Sache dieses mit sich bringen; und das nämliche geschieht bey ganz geringfügigen Rechtshändeln, oder sogenannten Bagatellsachen k).

Endlich ist das persönliche Erscheinen in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten schlechterdings nothwendig, wenn eine Parthey auf die persönliche Gegenwart des Gegentheils zu dringen ein gegründetes Recht hat, und bey dem Gebrauche desselben beharren will, schreibt der Hr. Canzleyadvokat Dapp, S. 140 der angeführten Abhandlung. Dieses ist der Fall, wenn die gerichtliche Ehrenerklärung, die Abbitte und der Wiederruf ausgestoßener Schimpfworte geschehen muß, wo zwar von Seiten des Klägers ein Sachwalter angenommen wird, wenn er sich mit einer besondern Vollmacht legitimiren kann, indem eine auf die ganze Rechtssache ausgestellte Vollmacht nicht hinlänglich ist l), der Beklagte selbst aber in Person erscheinen, und diese Handlungen verrichten muß, wie der Herr von Leyser anderer Meynung ist m). Die Ursache der Unzulässigkeit eines Sachwalters von Seiten des Beklagten besteht nicht, wie Wernher glaubte, darin: vt is, qui iniuriam passus est, de mutato alterius animo, melioreque de se opinione hic certior reddatur, atque adeo facilius rancorem dimittere, ac animum suum tranquillare possit, indem jener Endzweck durch die gerichtliche Ehrenerklärung, Abbitte und den Wiederruf der ausgesprochenen Schmähworte so wenig erreicht wird, daß vielmehr das Gemüth des Beklagten

i) Dapp a. a. O. S. 140.

k) Leyser Spec. 53. Med. 2.

l) Arg. L. 86. D. de solut.

m) Meisters peinl. Proceß, 1ster Band, 3ter Thl. 9tes Hauptst. §. 15. Wernher P. I. Obs. 30. nr. 1. Leyser Spec. 543. Med. 2.

ten gemeiniglich dadurch noch mehr gegen den Kläger erbittert wird, sondern weil diese Handlungen, hauptsächlich der Wiederruf, zur großen Beschämung und Erniedrigung des Beleidigers abzielen und seiner Ehre zu einem ganz besondern Nachtheil gereichen n), dieser zum Besten des Beleidigten abzielende Zweck aber in seinem ganzen Umfange nicht erreicht wird, wenn nicht der Beleidiger die Ehrenerklärung, Abbitte, oder den Wiederruf in Person verrichtet o). Daß übrigens diese Handlungen mit Einwilligung des Beleidigten von einem Sachwalter vorgenommen werden können, ist keinem Zweifel unterworfen, da die Ausschließung eines Sachwalters von Seiten des Beklagten, zum Vortheil des Klägers abzielt, und ein Jeder seinen Vorrechten entsagen kann.

Was die Zulässigkeit eines Sachwalters in peinlichen Sachen betrifft, so ist ein Unterschied zu machen zwischen dem römischen und teutschen Rechte. Nach ersterem durfte der Regel nach von Seiten des peinlichen Anklägers kein Sachwalter auftreten p), so daß selbst ein Vormund oder Curator, wenn er wegen seines Amtes wider Jemanden eine peinliche Anklage anstellen mußte, keinen Sachwalter brauchen, oder nur Namens seines Mündels klagen durfte q), sondern er mußte es entweder in Person thun, wiewohl es auch dem Unmündigen oder Minderjährigen mit Consens und Auctorität seines Vormundes oder Pflegers zu thun erlaubt war r), nur hatte dieser das Recht, wenn er dadurch Schaden gelitten, sich durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu helfen, es mußte denn aus den Umständen erhellen, daß

n) Berger in Elect. iurispr. crim. p. 8. sqq.

o) Meister a. a. O.

p) L. 13. §. 1. D. de publ. iud. L. 1. pr. D. an per alium causſae appellat. L. 11. in fine C. de iniur.

q) L. 2. C. de his qui accuſ. non poſſ.

r) Pavlvs in rec. ſent. Lib. 5. tit. 22. §. 4.

der Vormund oder Pfleger den Unmündigen oder Minderjährigen boshafter Weise zu einer peinlichen Anklage verleitet habe, in welchem Falle der Richter den Vormund oder Pfleger anhalten konnte, selbst die Anklage zu betreiben [s]). Hauptsächlich hinderte bey dem Ankläger die dem Anklageproceß eigene inscriptio in crimen die Zulassung eines Anwaldes, weil sich der Ankläger zur poena talionis verpflichten mußte [t]).

Auf Seiten des Angeklagten durfte deswegen kein Sachwalter auftreten [u]), weil er dominus litis wurde, folglich würde der Prokurator zur Strafe verurtheilt worden seyn, woraus eine offenbare Ungereimtheit entstanden wäre. Die Ausschließung des Sachwalters bey dem Beklagten war so allgemein, daß weder die Eigenschaft des Verbrechens, welches angeklagt wurde, noch die Versicherung, welche der peinliche Richter in Ansehung der Person des Thäters hatte, noch das Verhältniß, in welchem derjenige, so das Amt eines Sachwalters übernehmen wollte, mit dem peinlich Angeklagten stand, einen Einfluß in die Zulässigkeit eines Sachwalters in peinlichen Sachen hatte, sondern derselbe in dergleichen Sachen ohne Unterschied, ob auf das Verbrechen die Todesstrafe gesetzt war, oder nicht, ob der Thäter gegenwärtig oder abwesend, in Ketten und Banden war oder nicht, ob derjenige, der sich als Sachwalter brauchen lassen wollte, mit dem peinlich Angeklagten verwandt war oder nicht, schlechterdings nicht admittirt wurde [x]). Dieser

s) Iac. GOTHOFREDVS ad L. 2. Cod. *Theod.* de calumniat.

t) L. 7. D. L. fin. C. de accusat.

u) L. 13. §. 1. D. de publ. iud. L. 11. in fine. C. de iniur. L. 11. §. 2. D. ad Leg. Iul. de adult. PAVLLI rec. sent. Lib. 5. tit. 9. §. 9. tit. 16. §. 11. Dapp a. a. O. §. 186. S. 142.

x) Iust. Henn. BOEHMER in Diss. de potestate procuratoris in causis crimin. §. 8. 9.

ser Einrichtung ungeachtet, war es dennoch einem Jeden erlaubt, die Vertheidigung des Angeklagten zu übernehmen, wenn er auch in keinem besondern Verhältniß mit ihm stand, weil ein solcher Defensor nicht sowohl als Sachwalter des Angeklagten auftrat, sondern vielmehr als ein solcher betrachtet wurde, der die Rechte der Menschheit vertheidigte [y]). In der L. 6. D. de appell. heißt es: credo enim *humanitatis ratione* omnem prouocationem audiri debere, es ist Sache der ganzen Menschheit, daß kein Unschuldiger verurtheilt werde. In der L. 33. D. h. t. wird die Bemerkung gemacht: *publice vtile est*, absentes a quibusdam defendi: nam et in capitalibus iudiciis defensio datur.

In unsern Gerichten wird nun zwar dem Ankläger der Regel nach der Gebrauch eines Sachwalters gestattet, da wir von der inscriptio in crimen nichts wissen [z]); es sind aber doch auch überhaupt diejenigen Fälle billig auszunehmen, wo nach der besondern Beschaffenheit der Sache selbst die Gegenwart der Person unumgänglich erfordert wird [a]). Was den Inculpaten betrifft, so wird auch bey uns zu Haupthandlungen des peinlichen Processes, welche ohne die persönliche Gegenwart des Angeschuldigten nicht vorgenommen werden können, ohne Unterschied, es sey vom Untersuchungs- oder Anklageproceß die Rede, kein Sachwalter zugelassen, und daher z. B. bey der Antwort auf die Inquisitionalartikel, bey der Abschwörung des Reinigungseydes, bey der Tortur, Territion, Confrontation, u. s. f. schlechterdings erfordert, daß der Inculpat selbst im Gericht erscheint [b]). Ist von bloßen

y) L. 33. §. 2. D. h. t. L. 3. C. de accusat. Boehmer Diss. cit. §. 11. 12. 13.

z) C. C. C. Art. 12. et 14. Boehmer in cit. Diss. 34.

a) Hr. von Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 2. §. 551.

b) Westphals Criminalrecht, Anmerk. 118. Dapp, §. 229. S. 164.

Nebenhandlungen die Rede, welche der Gerechtigkeit unbeschadet ebenfalls durch einen Sachwalter vorgenommen werden können, und wo es auf kein Verhör ankommt, welches bey der Entschuldigung der Abwesenheit, der Auswirkung eines sichern Geleits, der Vereydung der Zeugen, Inrotulation der Acten u. d. der Fall ist, so kann ein Sachwalter für den Inculpaten erscheinen c).

§. 398.

Die Gesetze haben in mehrern Fällen die Regel aufgestellt, daß eine Parthey ihre Rechtsangelegenheit durch einen Prokurator betreiben lassen soll, wenn sie gleich im Stande wäre, sie selbst zu betreiben. Eine solche Verbindlichkeit hatten nach neuerm römischen Rechte die personae illustres d), in welche Classe der erste Staatsdiener, der Praefectus urbi gehörte, die Praefecti praetorio, die Consules, die Magistri militum. Eine niedere Classe waren die viri *clarissimi*, dazu man die Comites consistoriani, die Rectores prouinciarum, die Praesides und Consulares rechnete. Noch geringer waren die viri *spectabiles*, als der Praefectus augustalis, die Proconsules, der Comes Orientis, die Vicarii cuiuslibet tractus e). Alle diese durften in den frühern Zeiten, wie man aus der L. 25. C. h. t. sieht, ihre Rechtssachen nicht selbst im Gericht betreiben, sondern mußten einen Prokurator brauchen. Man glaubte eines Theils, daß dadurch ihre hohe Würde herabgesetzt und verkleinert wür-

c) Koch in instit. iur. §. 704. Hr. v. Quistorp a. a. O. Dapp a. a. O. §. 230. S. 165.

d) L. 25. C. h. t. Nov. 71. c. 1.

e) Iac. Gothofredvs ad Cod. *Theod.* Tom. I. Lib. III. Tit. 11. p. 335. Iac. Gvtherivs de offic. domus augustae Lib. I. c. 4.

würde, wenn sie selbst im Gericht erschienen; andern Theils besorgte man auch, daß die Richter die Gerechtigkeit nicht unpartheyisch verwalten möchten, aus Furcht vor diesen vornehmen Staatsbeamten f). Justinian schränkte diese Verordnung blos auf die Illustres ein, weil unter den clarissimis und comitibus manche seyn würden, denen es am Vermögen fehle, einen Prokurator bezahlen zu können. Diese römische Einrichtuug war partikulär, und kann auf unsere Staatsbeamte nicht angewendet werden g), weil nicht alle Rechtslehrer dieser Meynung sind.

Keinem Zweifel ist es unterworfen, daß mehrere Streitgenossen angewiesen werden können, einen gemeinschaftlichen Anwald zu bestellen, wenn sie an verschiedenen Orten wohnen, und es daher zu viel Umstände macht, allemal jedem besonders die richterlichen Bescheide und Auflagen zuzustellen.

Haben ganze Corpora oder so genannte vniuersitates personarum einen Proceß, oder eine gerichtliche Angelegenheit zu betreiben, so können sie nicht alle im Gericht erscheinen, sondern sie müssen einen gemeinschaftlichen Prokurator stellen.

Wohnt Jemand nicht an dem Orte, wo der Proceß geführt wird, so wird er ebenfalls angewiesen, einen Prokurator zu bestellen.

Es giebt auch Gerichte, bey denen ein Proceß schlechterdings durch einen Prokurator geführt werden muß h).

So

f) Nov. LXXI. c. 1. Giphanivs ad L. 28. C. h. t. in Lectur. Altorf. p. 95.

g) Rittershvs, ad Nouell. P. IX. c. 9. nr. 15. Stryck in vsu mod. h. t. §. 13. Wernher in lect. comment. h. t. §. 8. Pestel D. de procur. §. 5.

h) Nettelblatts prakt. Rechtsgelehrs. §. 121. Hr. Prof. Walblank in der Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs-

So wie die Partheyen in den angeführten Fällen schuldig sind, durch einen **Prokurator** zu erscheinen, so giebt es auch Fälle, wo ein **Prokurator** sich schlechterdings nicht weigern darf, die Sache einer Parthey im Gerichte zu betreiben. Es ist die erste Pflicht der ordentlichen Gerichtsprokuratoren, keinen erhaltenen Auftrag zu Betreibung einer gerichtlichen Angelegenheit, ohne gegründete Ursache von sich zu weisen [i]).

Ferner ist jeder Prokurator, der die Rechte des **Klägers** im Gericht zu besorgen hat, schuldig, ihn gegen die angestellte **Widerklage** zu vertheidigen, wozu selbst muthmaßliche Prokuratoren verpflichtet sind [k]). Es darf auch nicht einmal der Procurator in rem suam die Vertheidigung des **Cedenten** unterlassen, es müßte denn die Cession ex necessitaet herrühren, wie es in der L. 33. §. vlt. D. h. t. heißt. Darunter verstehen viele Rechtslehrer [l]), caussam oneroſam, z. B. einen Kauf; andere [m]) sagen aber, es heiße so viel, wenn sich der Procurator in rem suam eine **Cession** an **Zahlungsstatt** habe gefallen lassen müssen, um nur seine Befriedigung zu bekommen, z. B. wenn der Gläubiger von seinem Schuldner eine Forderung an Zahlungsstatt hat annehmen müssen; oder wenn bey einer Erb-

Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Canzley-Verfassung, Thl. 3. §. 65.

i) C. G. O. Thl. 1. tit. 19. §. 5. Hvber ad Dig. h. t. §. 10.

k) L. 33. §. 3. 4. L. 35. D. h. t. Boehmer de dominio litis, c. 3. §. 16. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 11.

l) Cviacivs ad L. 33. cit. Giphanivs in Lect. Alt. p. 32. Bachov ad Trevtler. Disp. IX. thes. I. lit. A. Pothier in Pand. Iust. h. t. Nr. XXXIII. not. a. Iul. Pacivs in Leg. concil. Cent. II. qu. 48. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 12.

m) Noodt h. t. Faber in Rat. ad L. 33. §. 5. D. h. t. Voet Lib. 5. tit. 1. §. 84.

Erbschaftsvertheilung die Auseinandersetzung der Miterben nicht anders möglich war, als daß dem Einen zu seinem Erbantheil ein Capital überlassen werden mußte n). Eben dieses sey der Fall, sagt man, wenn die Cession sonst zur Deckung eines Regresses schlechterdings geschehen mußte; z. B. wenn sich einer von den mehrern Bürgen, der auf die Bezahlung der ganzen Schuld verklagt worden, die Rechte des Gläubigers hat cediren lassen, damit er wider die übrigen Mitbürger seinen Regreß nehmen kann. Unter solchen Umständen kann es dem Prokurator, ohne Unbilligkeit nicht zugemuthet werden, sich auf die nur seinen Principal angehende Widerklage einzulassen, und ihn gegen solche zu vertheidigen. Diese Verbindlichkeit fällt ferner alsdenn weg, wenn der procurator in rem suam nicht im Namen seines Gewaltgebers geklagt hat, sondern wie er zu thun berechtigt war, actione vtili in seinem eignen Namen den Proceß anfing o). Auf diesen Fall gieng das Edict des Prätors nicht, welches, wie die L. 33. §. 3. D. h. t. beweißt, schlechterdings voraussetzt, daß der procurator in rem suam die ihm cedirte Klage im Namen seines Gewaltgebers angestellt habe. Es muß nur aber freylich die Cession ohne Gefährde geschehen seyn, und nicht blos in der verwerflichen Absicht, die Gegenforderung des Beklagten, der sie durch die Widerklage durchsetzen wollte, zu vereiteln. Von diesem Falle wird allem Anscheine nach in der L. 34. D. h. t. geredt, wo es heißt: si quis in rem suam procuratorio nomine agat, velut emtor hereditatis, an debeat inuicem venditorem defendere? et placet, si *bona fide*, et non in fraudem eorum, qui inuicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum inuicem defendere, wie Faber bewiesen hat, der auch anstatt procuratorio nomine richtiger las, procurator

n) L. 3. D. famil. ercisc.

o) L. 16. D. de pact. L. 55. D. de procurat.

curator proprio nomine p). Andere Rechtslehrer erklären dieses Gesetz von einem solchen procuratore in rem suam, welcher die directe Klage ex cessione titulo onoroso facta angestellt hat q).

§. 399. 400.

Wer einen Proceß als Prokurator führen will, muß sich gehörig dazu legitimiren. Unter der Legitimation überhaupt versteht man diejenige rechtliche Handlung, wodurch eine in eigenem oder fremdem Namen vor Gericht erscheinende Parthey, dem Richter sowohl als ihrem Gegner, ihre Zulässigkeit in einer streitigen Rechtssache auf die erforderliche Art darthut. Sie wird in die Legitimation zur Sache eingetheilt und in die Legitimation zum Proceß. Erstere besteht in dem Beweise, daß der Kläger ein von einem Andern ursprünglich erworbenes, aber doch eine gewisse Eigenschaft voraussetzendes Recht, in eigenem Namen gerichtlich zu verfolgen, befugt sey. Was Legitimation zum Proceß betrifft, so ist es zwar Jedem erlaubt, seine gerichtlichen Angelegenheiten durch einen Andern besorgen zu lassen, die Wichtigkeit dieser Sache erfordert es aber, daß Jeder, der einen Proceß durch Andere führen lassen will, deutlich erklärt, es sey dieses wirklich sein Wille, und daher verlangen die Gesetze, daß derjenige, welcher für einen Andern im Gericht erscheint, um seinen Proceß zu führen, das Recht dazu dem Richter sowohl als der Gegenparthey gehörig beweise. Dieser Beweis heißt die Legitimation zum Proceß, und sie ist verschieden, je

p) Ant. Faber in coniect. Lib. XII. c. 10. Noodt h. t. Schulting h. t. §. 14. Reinold in var. iur. ciuil. c. 18. in *Eius* opusc. p. 140.

q) Hugo Donellus in comment. iur. ciuil. Lib. 18. c. 13. p. 1049. Voet cit. loco. Pothier h. t. nr. 33. Fratr. Beckmanni in Consil. et Decis. Part. I. Dec. 14. nr. 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0558
DFG

je nachdem Jemand entweder wegen seines öffentlichen Amtes, welches er verwaltet, über Dinge, die dazu gehören; oder als Advokat, oder als Vormund und Curator, oder als Syndikus einen Proceß führen will. Diese Legitimation ist, so wie die Legitimation zur Sache, ein wesentliches Stück des Processes, aus dessen Mangel eine unheilbare Nichtigkeit des ganzen Processes entsteht [r]). Sie darf 1) weder bey dem ordentlichen, noch dem summarischen Proceß fehlen, ohne darauf zu sehen, ob die Partheyen angewiesen sind, mit Uebergehung aller Einreden den Proceß zu führen [s]). Die deswegen statt habende Einrede kann 2) während des ganzen Processes, nicht blos vor der Einlassung auf die Klage, sondern auch nachher und selbst bey der Appellation oder Execution vorgebracht werden [t]). Gegen denjenigen, welcher sich fälschlich und boshafter Weise, für einen Sachwalterr ausgegeben, kann der Gegentheil, wenn er dieses wußte, auf den Schadensersatz klagen [u]). Der Richter muß 3) sogar von Amtswegen auf die fehlende Vollmacht, oder die Mängel derselben Rücksicht nehmen [x]).

Wer

r) L. 1. C. quib. res iud. non nocet. L. 24. C. de procur. c. 4. X. eod. R. A. v. 1654. §. 122. 123. HARPPRECHT Conf. 72. nr. 7. BARDILI in Diss. de falso procur. c. 7. §. 73. BOEHMER in Consil. T. II. conf. 428. nr. 13. CONSIL. TVBING. Vol. III. Conf. 226. nr. 7. CONSIL. 295. nr. 49. MEVIVS P. II. Dec. 112. nr. 1. Dec. 126.

s) ZANGER de except. Part. I. c. 8. Frhr. v. Cramer in den Wezlar. Beyträgen, Thl. 1. Nr. 4. §. 5.

t) BOEHMER in iure Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 17. BERLICH in Conclus. P. I. concl. 14. nr. 12. GAIL in Obs. Lib. II. obs. 107. nr. 4. LYNCKER Cent. 4. Dec. 376.

u) L. 1. §. 6. L. 7. pr. D. quod falso tut.

x) c. 12. X. de except. WERNHER in Obs. Tom. II. P. VII. obs. 374. Fratr. BECKMANNI in Conf. P. I. Dec. 16. nr. 9. Dapp, a. a. O. §. 6.

Wer sich auf keine Weise zum Proceß zu legitimiren im Stande ist, sondern sich fälschlich für einen Sachwalter ausgiebt, ohnerachtet er weder einen wahren noch muthmaßlichen Auftrag für sich hat, wird ein falscher Prokurator genennt. Die Gesetze machen einen Unterschied zwischen einem falso procuratori und einem procuratori non vero, und verstehen unter erstern denjenigen, welcher weiß, daß er keine Vollmacht hat, und gleichwohl vorgiebt, er habe solche. Der procurator non verus ist derjenige, welcher bona fide glaubt, er habe einen Auftrag, ob er sich gleich irrt; doch findet man auch, daß ein procurator non verus bisweilen falsus genennt wird [y]). Auch derjenige ist für einen falschen Prokurator zu halten, der nach wirklich beendigter Vollmacht gleichwohl die Sache wissentlich vor Gericht fortsetzt, gleichsam als wenn gar kein Wiederruf der Vollmacht geschehen sey [z]).

Ein falscher Prokurator muß nicht nur für allen Schaden und Interesse stehen [a]), sondern seine Handlungen sind auch ipso iure null und nichtig [b]), daher die exceptio falsi procuratoris solchen in jedem Theile des Processes entgegen gesetzt werden kann, es müßte denn die Parthey die Handlungen dieses falschen Prokurators genehmigt haben [c]). Eine solche Ratihabition findet nun zwar so lange noch immer statt, als noch kein richterliches Erkennt-

y) L. 12. D. de solut. L. 8. C. de condict. ind. de Retes in Opusc. Lib. II. Sect. II. c. 4. Walch ad Eckhard. Lib. I. c. 5. §. 178. p. 346.

z) c. 4. X. h. t. Bardili in Diss. cit. c. 3. §. 23. G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 717.

a) Hr. RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 127. Not. d. S. 242.

b) L. 27. pr. D. L. 24. C. h. t. L. 1. C. quib. res iudic. non nocet.

c) c. 4. X. h. t. Bardili l. c. c. 7. §. 74. G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 717. in fine. Hier. Frid. Schorch D. de ratihabitione gestorum a falso procuratore, Erf. 1732.

kenntniß in der Sache erfolgt ist; weil diese Zeit über noch lis pendens ist, und daher wegen des ungewissen Ausganges des Processes noch kein Theil ein ius quaesitum hat, welches ihm durch die Ratihabition des andern Theils entzogen wird [d]). Erfolgte die Ratihabition erst nach dem Urthel, so soll man nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer unterscheiden, ob das Urtheil zum Vortheil derjenigen Parthey ausgefallen ist, deren Rechte der falsche Prokurator vertheidigt hat, oder ob es wider die Parthey gesprochen worden ist. In dem letzten Falle kann der Principal die Ratihabition auch noch nach Publikation des ihm nachtheiligen Urthels ertheilen, weil er sich nur selbst schadet [e]); im ersten Falle aber verschafft die Ratihabition dem Urthel keine Gültigkeit, weil der Gegentheil von dem Augenblicke an, wo das Urtheil zum Vortheil des falschen Prokurators gesprochen worden, ein gegründetes Recht erlangt habe, das Urthel als nichtig anzufechten, welches Recht ihm der Principal des falschen Prokurators durch seine erfolgte Ratihabition nicht nehmen könne [f]). Man nimmt indessen doch den Fall aus, wenn die Gegenparthey des falschen Prokurators es gar wohl wußte, daß sich solcher schlechterdings nicht legitimiren könne, und ließ ihn doch als Sachwalter die Sache betreiben. Hier schade das Stillschweigen [g]), wiewohl Peter Müller anderer Mey-

d) L. 56. D. de iudiciis. Voet h. t. §. 10. Lavterbach h. t. §. 28. Westenberg h. t. §. 14. de Cocceii in iure contr. h. t. qu. 5. in resp. ad obiect. 2.

e) L. 3. §. fin. D. rem rat. hab. L. 1. C. quib. res iudic. L. 3. C. quom. et quando iud. Franzkius ad Dig. h. t. nr. 28.

f) Lavterbach h. t. §. 28. Hvber h. t. §. 8. Perez in C. h. t. nr. 14. Struv Exerc. VII. th. 27. Zoesius ad Pand. h. t. nr. 17. Wernher Obs. T. 1. P. I. obs. 257.

g) Cocceii l. c. resp. 1. ad inst. 3. et Emmingh. h. l. not. w. Müller ad Struv. Exerc. h. t. §. 27. not. n.

Meynung war. Gegen diese gemeine Meynung läßt sich einwenden, daß es in der L. 56. D. de iud. überhaupt heißt, ohne diesen Unterschied zu machen: si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta. Ferner erklären die Gesetze die Handlungen des falschen Prokurators blos zum Vortheil desjenigen für nichtig, dessen Geschäffte solcher besorgt hat, und geben ihm das Recht alles zu misbilligen. Es würde also eine Einrede de iure tertii seyn, wenn der Gegentheil auf die Nichtigkeit des gerichtlichen Verfahrens in dem Falle dringen wollte, wo der Principal doch die Handlung genehmigen will; da wir die Regel haben: was zu Gunsten einer Parthey verordnet worden ist, darf man nicht zu ihrem Nachtheil erklären [h]). Eine Genehmigung des Principals kann übrigens nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen. Dieses letzte ist geschehen, wenn der Eigenthümer der Sache eine Handlung vornimmt, die mit dem, was der falsche Prokurator gethan hat, in Verbindung steht, oder er appellirt zwar wider das ihm nachtheilige Urthel, führt aber nicht an, daß er alles für nichtig halte, was der falsche Prokurator für ihn gethan habe [i]).

Bey der Frage: ob sich ein Prokurator gehörig zu Führung des Processes legitimirt habe, kommt es auf die Bestellungsart desselben an, ob er vermöge eines wirklich erhaltenen, oder nur vermöge eines vermutheten Auftrags im Gericht erscheint. Der vermuthete Sachwalter ist für hinlänglich legitimirt zu halten, wenn er mit dem Eigen-

h) Mevius T. I. P. V. Dec. 98. T. II. P. VI. Dec. 139. Schorch in cit. Diss. §. 14. sqq. Io. Gottl. Weidler in exerc. iurid. de negotiis a falso procuratore gestis eorumque ratihabitione, Vit. 1737. c. 4. §. 28.

i) L. 3. §. 1. D. rem ratam haberi. Voet h. t. §. 10. Schorch Diss. cit. §. 19.

Eigenthümer der Sache, für welchen er erscheint, in einem solchen Verhältniß steht, daß er vermöge eines vermutheten Auftrags erscheinen darf, und überdieses die nöthige Sicherheit bestellt hat.

Der wahre Sachwalter wird durch die ihm ertheilte Vollmacht legitimirt, und diese kann ihm entweder mündlich oder schriftlich ertheilt werden. Ersteres kann theils vor dem Richter geschehen, theils vor einem Notarius und Zeugen. Zur Bevollmächtigung, die vor dem Richter ertheilt worden ist, wird erfordert, daß der Gewaltgeber im Gericht erklärt, und protocolliren läßt, daß er dem Cajus in seiner vor diesem Gericht anhängigen, oder wenn der Rechtsstreit nicht vor dem Gericht, wo der Sachwalter bestellt wird, geführt wird, vor dem Gericht zu N. anhängigen Rechtssache wider den Sempronius wegen eines Kaufcontracts allgemeine, oder besondere Vollmacht, diese oder jene processualische Handlung in seinem Namen vorzunehmen, hiermit ertheile, der Sachwalter aber seine Einwilligung in den ihm ertheilten Auftrag ebenfalls zum Protokoll erklärt [k]). Daß beyde Theile sich zugleich zur Erfüllung der aus dem Vollmachtscontract fließenden Verbindlichkeiten mittelst Angeloben an den Gerichtsstab verbindlich machen, gereicht zwar zu größerer Sicherheit für die contrahirenden Theile, ist aber, nach dem römischen Rechte, nicht nöthig, so wie auch darin nichts vorgeschrieben ist, daß der Gewaltgeber die Genehmigung dessen, was sein Sachwalter in seinem Namen vornehmen wird, besonders versprechen und ihm seine Schadloshaltung zusichern soll. Wird die Bevollmächtigung vor einem Notarius vorgenommen, so geschieht dieses dadurch, daß der Gewaltgeber vor dem Notarius und zwey erbetenen Zeugen erklärt, daß er dem Mevius in seiner vor dem Gericht zu N. anhängigen Rechtssache wider den Titius wegen einer Schuldforderung allgemeine

k) Herr Canzleyadv. Dapp a. a. O. §. 242. S. 171.

oder besondere Vollmacht, diese oder jene processualische Handlung in seinem Namen vorzunehmen, ertheile, der Sachwalter aber das ihm übertragene Geschäffte annimmt, worauf der Notarius den Vortrag der Partheyen stehenden Fußes in sein Protokoll einträgt, selbiges nach geschehener Verlesung unterschreibt, und aus diesem Protokoll eine Urkunde nach der in der Notariatsordnung §. 3. enthaltenen Vorschrift ausfertigt, solche unterschreibt, und mit dem Notariatssiegel besiegelt l). Bey den Römern pflegte auch eine Parthey der andern die geschehene Bevollmächtigung ihres Sachwalters durch ein an sie erlassenes Schreiben zu melden, welches die Folge hatte, daß weiter keine Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung nöthig war m).

Die Bevollmächtigung ist schriftlich geschehen, wenn dem Prokurator eine so genannte extendirte Vollmacht zugestellt worden ist, oder auch nur ein bloßes Blanquet, welches aber der Prokurator extendiren, oder Sicherheit bestellen muß, daß er eine ordentliche Vollmacht beybringen wolle n). Das Blanquet muß der Gewaltgeber selbst schreiben, oder doch unterschreiben, und so einrichten, daß die Absicht des Auftrags hinreichend daraus ersichtlich ist. Es heißt z. B. Blanquet zur gewöhnlichen Vollmacht in Sachen meiner wider N. N. wegen eines Darlehns (oder in allen meinen processualischen Ange-

l) Dapp a. a. O.

m) L. 65. D. de procurat.

n) Stryck in introd. ad prax. c. 10. §. 10. de Lyncker de formis procurat. c. 5. §. 1. Carpzov P. I. Const. I. Def. 28. Schaumb. in Princ. Prax. c. 2. gen. not. ***. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 2. Hofmanns teutsche Reichspraxis, Thl. 1. §. 202. Estors Proceß, Thl. 2. §. 25. Claproths Proceß, Thl. 1. §. 85. Seyfarts teutsche Reichspraxis, Cap. 3. §. 5. Herr MR. Danz im ordentl. Proceß, §. 133. Note *** S. 248. der neuesten Ausgabe 1795.

Angelegenheiten) bey dem hochlöblichen Hofgerichte zu N. N. auf den Sachwalter Herrn N.

Bey den Römern wurden die gerichtlichen Sachwalter nicht, wie es bey uns geschieht, mit einer Vollmacht versehen, noch auch immer die Vorsicht gebraucht, sie unter öffentlichem Ansehen zu bestellen, so daß der Fall nicht selten eintrat, daß ein Sachwalter den ihm ertheilten Auftrag zu erweisen nicht im Stande war. Damit nun das processualische Verfahren dadurch nicht aufgehalten wurde, so wurde beliebt, einen solchen Sachwalter zu den Handlungen vor der Litiskontestation, wenn er nehmlich hinlängliche Sicherheit, daß sein Gewaltgeber seine Verhandlungen genehmigen werde, bestellte, zuzulassen o), wodurch der Gegentheil genugsam gesichert war, indem, wenn der Herr der Rechtssache in der Folge dasjenige, was ein solcher Sachwalter gethan hatte, nicht genehmigte, der Sachwalter dem Gegentheile vermöge der geleisteten Sicherheit allen Schaden ersetzen mußte. War der Herr der Rechtssache gegenwärtig, und für gegenwärtig wurde nicht allein derjenige gehalten, welcher an dem Orte der Gerichtsversammlung erschien, sondern auch derjenige, welcher sich in der Stadt, oder auf den nächsten Landgütern aufhielt p), so durfte der Sachwalter wegen der Genehmigung keine Sicherheit bestellen, weil in einem solchen Fall die streitende Parthey von dem Richter leicht befragt werden konnte, ob sie diesen oder jenen zu ihrem Sachwalter bevollmächtigt habe q), und deswegen giebt Modestinus in dem angeführten Gesetz den Rath, daß, wenn eine Parthey ihren Sachwalter von dieser Sicherheitsbestellung befreyen wolle, sie ihr Schreiben an den Gegentheil richten, und ihm darin erklären solle, wenn, wider wen, und in welcher Sache sie ihn zu ihrem Sachwalter bestellt habe,

o) L. 1. C. de procur.
p) L. 5. 6. 7. D. h. t.
q) L. 65. D. h. t.

indem alsdenn dafür gehalten werde, als wenn der Bevollmächtigte die Geschäffte eines Gegenwärtigen besorgte.

Ist der Bevollmächtigungscontract zwischen dem Principal und dem Sachwalter nicht unter öffentlichem Ansehen geschlossen worden; so muß der Sachwalter, damit er seine Zulässigkeit dem Richter und seinem Gegner sogleich darthun kann, mit einer behörig eingerichteten Vollmacht versehen werden.

Eine Vollmacht muß, wenn sie die gehörigen Erfordernisse haben, und die Legitimation eines Sachwalters auch von dieser Seite berichtigt seyn soll, nach gemeinen Rechten 1) den Vor- und Zunamen, auch Stand, Amt oder Gewerbe, ingleichen den Aufenthaltsort desjenigen enthalten, welcher den Sachwalter bestellt. Sind es mehrere Theilnehmer des Rechtsstreits, welche den Auftrag ertheilt haben, so müssen selbige ebenfalls mit ihren Vor- und Zunamen, auch Stand, Amt oder Gewerbe, wie auch ihrem Aufenthaltsorte angeführt werden, daher eine in seinem und der übrigen Streitgenossen Namen ausgestellte Vollmacht nicht gültig ist r). Hat ein Vormund oder Pfleger einen Actor oder Sachwalter bevollmächtigt, so muß auch der Vor- und Zuname desjenigen, oder derjenigen, so unter seiner Vormundschaft oder Curatel stehen, beygesetzt werden. Es heißt: ich N. N. Bürger und — zu N. als weiland N. N. Bürgers und — zu N. hinterlassenen minderjährigen Sohns, N. N. gerichtlich verordneter Pfleger. Wenn ein Minderjähriger einen Sachwalter bestellt hat, so muß nach seinem Namen gesetzt werden: und ich N. N. Bürger und — zu N. als desselben gerichtlich verordneter Vormund und Pfleger. Darf in einem Lande eine Frauensperson einen Sachwalter nicht allein ernennen, sondern muß sie solches mit Beystand ihres Mannes, oder eines gerichtlichen Kriegsvogts

r) de Cramer in Obs. Tom. I. obs. 206.

vogts thun, wie solches in Sachsen, Wirtenberg und überhaupt in mehrern andern Ländern der Fall ist, so muß nach ihrem Namen gesetzt werden: und ich N. N. deren Ehemann und gesetzlicher Kriegsvogt, oder: und ich N. N. als derselben gerichtlich bestellter Kriegsvogt.

2) Muß in einer richtig ausgefertigten Vollmacht der Gegenstand des Rechtsstreits angeführt werden. Wer einem Sachwalter zu allen seinen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfften, oder auch zu allen seinen Processen Auftrag ertheilt, der hat nicht nöthig, die Geschäffte oder Processe näher zu bestimmen s).

3) Folgt das Gericht, wo der Proceß geführt werden soll. Daß dieses in dem eben angeführten Falle der Generalvollmacht nicht angeht, versteht sich von selbst, und dafür wird gesetzt: vor allen und jeden Gerichten, wohin die Sache gedeihen mag.

4) Wird der Vor- und Zuname des Gegentheils nebst seinem Stande, Amt oder Gewerbe und Aufenthaltsorte angeführt, wenn der Proceß wider Mehrere geführt wird, so muß Jeder davon mit seinem Vor- und Zunamen auch Stand, Amt, Gewerbe und Aufenthaltsorte angeführt werden.

5) Muß die Vollmacht den Vor- und Zunamen, Stand oder Gewerbe, auch den Aufenthaltsort des bestellten Sachwalters enthalten, und wenn der gerichtliche Auftrag Mehrern zugleich ertheilt worden, welches nicht nur nach dem römischen, sondern auch päpstlichen Rechte t) geschehen darf, die Sache mag hernach nur Einen oder Mehrere angehen u), dergestalt, daß die mehrern Sach-

s) Achat. Ludw. Carl Schmid's Anweisung wie die Regeln des Processes anzuwenden sind, §. 10. Oelrzen Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 30.

t) L. 31. §. 1. 2. L. 32. D. h. t. c. 6. de proc. in 6to.

u) L. 31. §. 1. 2. L. 32. D. h. t.

walter hernach entweder bestimmt, oder unbestimmt, zwar nicht nach dem römischen Rechte, nach welchem nur Einer handeln darf, weil die Rechtssache von einem einzigen Sachwalter besser besorgt werden könne [y]), aber doch nach dem päpstlichen Rechte [z]) bestellt werden können, so müssen die angeführten Puncte bey einem jeden derselben bemerkt werden. Herr Canzleyadvokat Dapp schreibt S. 180 der mehrmals angeführten Schrift: wenn mehrere Sachwalter zugleich bestimmt bestellt werden, so geschieht solches entweder mit der Clausel: sammt oder sonders, in solidum, oder mit der Klausel: sammt und sonders, si non omnes. Im ersten Falle können entweder Alle oder nur Einer den Auftrag besorgen; ist aber Einer einmal dem Andern zuvor gekommen, und hat in der Sache gehandelt, so sind die Andern dadurch ausgeschlossen, und wenn derjenige, welcher den andern Sachwaltern zuvorgekommen, nicht mehr handeln will, oder kann, so können die übrigen die Sache fortsetzen. Im zweyten Falle wird die Clausel: sammt und sonders: entweder bestimmt ausgedrückt, oder unbestimmt. Ist letzteres, und dieses geschieht gewöhnlich, so ist sowohl der Fall des Nichtwollens, als der des Nichtkönnens darunter begriffen, und können daher, wenn der eine oder der andere Sachwalter nicht handeln kann oder will, die übrigen den Auftrag besorgen. Ist das Erstere, so ist gemeiniglich nur der Fall des Nichtkönnens ausgedrückt, und alsdenn kann ein Sachwalter, wenn ein rechtmäßiges und erweisliches Hinderniß von der Seite des einen oder des andern Sachwalters vorhanden ist, wohl ohne ihn handeln; wenn hingegen mehrere Sachwalter unbestimmt ernannt, und weder die Clausel: sammt oder sonders, noch die: sammt und sonders ausgedrückt worden,

y) L. 32. D. h. t. Arg. L. 24. §. 1. D. de administr. et peric. tut.

z) c. 6. de proc. in 6to.

den, so wird dafür gehalten, als wenn sie zur gemeinschaftlichen Besorgung der ihnen übertragenen Rechtssache bestellt worden, also, daß keiner ohne den andern Etwas in der Sache unternehmen kann, wenn gleich der Gegentheil einwilligte, weil solches zum Nachtheile des Gewaltgebers gereichen würde [a]).

Es muß 6) die Vollmacht die Genehmigung des bisher Verhandelten enthalten, vorausgesetzt, daß der Sachwalter entweder nicht gleich bey der ersten Handlung eine Vollmacht übergeben, oder zwar eine übergeben hat, der aber gegründete Einreden entgegen gesetzt worden sind [b]).

7) Wird die Bestimmung der dem Sachwalter ertheilten Gewalt ausgedrückt; 8) Tag, Monat und Jahr angeführt, wiewohl die Bemerkung der Zeit für kein wesentlich nothwendiges Stück gehalten werden darf [c]) und 9) mit der Unterschrift des Gewaltgebers geschlossen. Wenn eine Person einen Sachwalter nicht allein ernennen kann, sondern bey Ernennung eines Sachwalters an die Einwilligung eines Andern gebunden ist, welches der Fall bey einem Minderjährigen ist, so ist es zur Rechtsbeständigkeit einer von einer solchen Person ausgestellten Vollmacht nicht genug, wenn die Vollmacht nur allein von derselben unterschrieben ist, sondern es muß auch noch die Unterschrift desjenigen, von dessen Einwilligung der Gewaltgeber bey der Bestellung eines Sachwalters abhängt, hinzukommen; z. B. des Vormundes des Minderjährigen. Eben dieses wird auch bey Frauenspersonen in solchen Ländern erfordert, wo die Geschlechtskuratel eingeführt

a) Boehmer in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. 29. §. 23. sqq.

b) Vvlteivs de iudiciis, Lib. 2. c. 7. nr. 380. Claproths Proceß, Thl. 1. §. 85. Nr. 4. Dapp a. a. O. §. 256. S. 181.

c) Schavmbvrg in Princ. Prax. c. 2. gen. §. 25.

geführt ist. Hier müssen die von Frauenspersonen ausgestellten Vollmachten neben ihrer Unterschrift auch mit der Unterschrift ihres Geschlechtsvormundes versehen seyn [d]). Kann der Gewaltgeber nicht schreiben, so kann er die Unterschrift entweder durch einen Andern besorgen lassen, oder er macht statt der Namensunterschrift in Gegenwart einer Gerichtsperson, oder eines Notarius, oder einer oder zweyer Zeugen, drey Kreuze, † † †; worauf der Notarius, oder die Gerichtsperson, oder die Zeugen diese Art der Unterschrift, entweder in der Vollmacht selbst, oder in einer besondern Urkunde mit ihrem Zeugniß bekräftigen [e]). Die Unterschrift des Prokurators wird nach gemeinen Rechten in der Vollmacht nicht erfordert, weil die Vollmacht nicht in der Absicht ausgefertigt wird, damit die contrahirenden Theile den geschlossenen Vollmachtscontract wider einander beweisen können, sondern nur um den Sachwalter dadurch in den Stand zu setzen, den ihm ertheilten Auftrag auch wider den Beklagten darzuthun [f]). Daß der Gewaltgeber außer der Unterschrift die Vollmacht auch zugleich untersiegle, wird nach dem gemeinen Rechte nicht verlangt, wiewohl Vultejus das Gegentheil zu beweisen gesucht hat [g]). Das bloße Siegel des Gewaltgebers, ohne seine Unterschrift ist nicht hinreichend; es wäre denn, daß die Sache eine mit einem öffentlichen Siegel versehene Gemeinheit beträfe, oder ein so genanntes Collegium [h]).

§. 401.

d) Dapp a. a. O. S. 181.

e) Ludovici Civilproceß, Cap. 41. §. 5. Hanzely in der Fortsetzung der Reichshofrathspraxis, Cap. 27. §. 189. de Cramer in Obs. T. I. Obs. 206.

f) Dapp a. a. O. §. 258.

g) Ludovici im Civilproceß, Cap. 41. §. 3. Mevius Part. VIII. Dec. 80. Vulteius de iudiciis, Lib. II. c. 7. nr. 380.

h) Leyser Spec. 53. Med. 9. 10. Brunnemann in Proc. ciuili, c. 1. nr. 76. Ludovici a. a. O. §. 6.

§. 401.

Soll die Frage beantwortet werden, was der Sachwalter vermöge der ihm ertheilten Vollmacht zu thun berechtigt sey, so ist vor allen Dingen ein Unterschied zu machen, ob er eine Generalvollmacht erhalten hat, oder eine so genannte Specialvollmacht [i]). Eine Generalvollmacht heißt diejenige Vollmacht, worin dem Sachwalter das Recht ertheilt wird, alle und jede sowohl gegenwärtige als zukünftige Rechtshändel des Gewaltgebers zu führen. Bey diesem Begriff wird auf den Gegenstand der Vollmacht Rücksicht genommen. Von einem solchen mandato generali exercendarum litium ist in der L. 60. D. h. t. die Rede [k]). Ferner wird eine allgemeine Vollmacht auch diejenige genennt, welche zwar nur zu Führung einer einzelnen Rechtssache ertheilt worden ist, vermöge welcher aber der Bevollmächtigte das Recht hat, die ganze Sache zu besorgen, und nicht blos diese oder jene einzelne Handlung. Es giebt endlich eine Generalvollmacht, die auf alle und jede sowohl gerichtliche als außergerichtliche Geschäffte geht. Ein solcher procurator vniuersalis kann für seinen Principal Gelder in Empfang nehmen, Zahlung leisten, vertauschen, Vergleiche schließen, dem Gegner desselben den Eyd deferiren, Novation eingehen, und andere dergleichen Handlungen vornehmen, wozu sonst eine besondere Vollmacht erfordert wird, nämlich wenn solches der Nutzen des Eigenthümers, oder die Natur des ertheilten Auftrags mit sich bringt [l]); diese Macht hat hingegen kein pro-

i) Rud. Christ. Henne Diss. sist. selecta quaedam de procuratoribus capita, §. 3—8. Nettelbladts praktische Rechtsgelehrs. §. 119.

k) Noodt de pactis et transact. c. 27.

l) L. 58. 59. D. h. t. L. 12. D. de pactis. L. 17. §. fin. D. de iureiur. L. 20. §. 1. D. de nouat. L. 87. D. de solut.

Noodt

procurator generalis in der oben angeführten Bedeutung [m]).

Die Specialvollmacht ist diejenige Vollmacht, welche nur auf einen einzelnen Rechtsstreit geht. Nach dieser Bedeutung wird im neuesten Reichsabschiede §. 101. verordnet, daß die an den höchsten Reichsgerichten zu übergebenden Vollmachten allgemein und auf alle und jede Rechtssachen des Gewaltgebers gestellt seyn, und keine procuratoria specialia angenommen werden sollen. Eine besondere Vollmacht heißt ferner diejenige, welche bloß zu einzelnen Handlungen in einer streitigen Rechtssache gegeben worden ist. In den Gesetzen wird ein solcher Procurator ad vnam speciem constitutus genennt [n]). Nach dem Justinianeischen und kanonischen Rechte [o]) hänge es von dem freyen Willen der Partheyen ab, ob sie zu einer einzigen ganzen Rechtssache, oder blos zu einzelnen processualischen Handlungen in derselben, oder zu allen ihren Rechtssachen, und zwar entweder allein zu den gegenwärtigen, oder allein zu den künftigen, oder zu den gegenwärtigen und zukünftigen zugleich einen Sachwalter bestellen wollen; denn da ein Eigenthümer mit seinem Vermögen nach seinem Belieben vornehmen kann, was er will [p]), und das Eigenthumsrecht in Ansehung des einem Dritten zu ertheilenden gerichtlichen Auftrags im römischen Rechte nirgends eingeschränkt worden ist, so kann jene Befugniß der Partheyen nicht bestritten werden [q]); die

Noodt l. c. Io. Vandvs in var. quaest. iur. ciuil. Lib. I. qu. 47. Vinnivs in select. iur. quaest. Lib. I. c. 9.

m) L. 60. D. h. t.

n) L. 10. C. h. t. L. 8. C. qui pet. tutor.

o) L. 1. §. 1. L. 3. L. 40. pr. L. 63. D. h. t. L. 17. §. vlt. D. de iureiur. L. 12. D. de pact. c. pen. X. de procur.

p) L. 21. C. mandati.

q) Arg. L. 3 et 60. D. h. t. Grass in collat. iur. ciuil. rom. cum Recess. P. II. Sect. 5. §. 3. p. 24.

die Kammergerichtsordnung hat dieses Recht der Partheyen zuerst eingeschränkt und verordnet, daß die Sachwalter nicht mehr nur zu einzelnen processualischen Handlungen, sondern zu einer ganzen Rechtssache bevollmächtigt werden sollen [r]). Da aber die nur zu einer einzigen Rechtssache bestellten Sachwalter sich auf andere Rechtssachen nicht einlassen wollten, und durch die bey einer jeden Rechtssache besonders vorgenommene Bevollmächtigung der Proceßlauf gehindert wurde, so verordnete der neueste Reichsabschied, daß die Vollmachten nicht mehr zu einer einzigen Rechtssache gegeben, sondern allgemein abgefaßt, und auf alle und jede, sowohl gegenwärtige als zukünftige an den höchsten Reichsgerichten anhängige Rechtssachen des Gewaltgebers sowohl für als wider ihn, eingerichtet werden sollten [s]). Es kommen zwar in der Kammergerichtsordnung Thl. 1. Tit. 21. §. 4. ebenfalls mandata procuratoria generalia vor, und daher könnte es scheinen, als ob die im jüngsten Reichsabschiede §. 102. vorgeschriebenen allgemeinen Vollmachten nicht zuerst darin angeordnet worden. Es ist aber zu bemerken, daß dieser Ausdruck blos in Vergleichung mit denjenigen Vollmachten, welche zu einzelnen processualischen Handlungen in einer Rechtssache gegeben werden, gebraucht worden [t]). Uebrigens sind auch bey den höchsten Reichsgerichten Specialvollmachten noch alsdenn nöthig, wenn von einer solchen Handlung die Rede ist, welche ihrer Natur nach einen besondern Auftrag erfordern.

Welche Handlungen so beschaffen sind, daß sie einen besondern Auftrag erfordern, ist in den Gesetzen nicht deut-

r) C. G. O. Thl. 3. Tit. 12. §. 9. Visit. Memor. v. J. 1557. §. 55. item daß sie sich u. s. f.

s) Henne cit. Diss. §. 8. Estors Proceß, Thl. 1. §. 48. nr. 1.

t) Grass l. c. §. 3. p. 26.

deutlich bestimmt worden, sondern es werden bloß einzelne Fälle genannt und dabey bemerkt, daß in solchen eine auf die ganze Rechtssache ausgestellte Vollmacht nicht hinreichend sey, sondern hierzu eine besondere Vollmacht erfordert werde [u]). Weil nun diese Fälle so beschaffen sind, daß sie dem Gewaltgeber sehr nachtheilig werden können, so haben die Rechtslehrer den Satz aufgestellt, daß bey allen Handlungen, welche von Wichtigkeit sind, oder dem Gewaltgeber großen Nachtheil verursachen können, eine allgemeine Vollmacht nicht hinreichend sey, sondern der Sachwalter, wenn er solche vornehmen wollte, sich mit einer besondern Vollmacht legitimiren müsse [x]). Da es Handlungen im Proceß giebt, welche für den Principal von nachtheiligen Folgen seyn können, die aber doch keinen besondern Auftrag erfordern, wohin z. B. die Litiskontestation, die Antwort auf die Positionen, u. s. f. gehören, so ist jene Regel genauer dahin zu bestimmen, daß Handlungen, welche von großem Präjudiz sind, nur alsdenn einen besondern Auftrag erfordern, wenn es sich nach der Natur des ertheilten Auftrags nicht schon von selbst versteht, daß die Vollmacht auf solche einzelne Handlungen gehe [y]). Es haben zwar mehrere Rechtsgelehrte zu behaupten gesucht, zur Einlassung auf die Klage werde ebenfalls eine besondere Vollmacht erfordert, weil hierauf im Proceß soviel ankomme; denn wenn sie bejahend geschehen

u) L. 60 et 63. D. h. t. L. 25. §. 1. L. 26. D. de minor. L. 10. L. 13. L. 17. §. 3. D. de iureiur. L. 65. §. 7. D. pro socio c. 9. X. de arbitr.

x) Mich. Henr. Gribner D. de mandato speciali et actibus, qui sine eo a procuratore in iudicio peragi nequeunt, Vit. 1712. in Opusc. T. 5. p. 162. Iust. Henn. Boehmer in tract. iurid. de caussis arduis et maioribus, c. 2. §. 24. Idem in iure eccles. T. I. Lib. I. tit. 38. §. 10. Carpzov in Resp. Lib. III. Resp. 11. nr. 8. Wernher in Obs. T. I. Part. 5. obs. 105. Dapp a. a. O. §. 516.

y) Henne in cit. Diss. §. 10. Nettelbladts Rechtsgel. §. 119.

hen sey, folge sogleich ein verdammendes Urtheil darauf z); diese Behauptung stimmt aber wenigstens nicht mit dem Gerichtsgebrauche überein a). Zu den gerichtlichen Handlungen, welche einen besondern Auftrag erfordern, gehören nun z. B. die Eingehung eines Vergleichs, die Benennung eines Schiedsrichters, die Entsagung eines schon anhängig gemachten Rechtsstreits, die Eydeszuschiebung, die Annahme oder Zurückschiebung eines Eydes, die Erhebung der eingeklagten Gelder und die Quittung darüber, das Gesuch um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Verwerfung des Richters, die Einwendung der Appellation, die Reassumtion eines Processes u. s. f. b).

Sieht man auf die Gewalt, die dem Sachwalter durch die Vollmacht ertheilt worden ist, so ist solche ebenfalls entweder eine allgemeine oder eine besondere Vollmacht. Erstere ist diejenige, welche auf die Betreibung einer streitigen Rechtssache überhaupt gerichtet ist, ohne daß gewisse einzelne bey deren Verhandlung vorkommende Geschäffte darin angeführt worden sind; letztere aber besteht darin, wenn die Handlungen, welche bey dem aufgetragenen Geschäffte vorkommen können, einzeln angeführt und zu deren Verrichtung die Erlaubniß ertheilt worden c). Erstere enthält entweder die Clausel: ich gebe meinem Sachwalter hiermit freye Macht und Gewalt, alles dasjenige bey dieser Sache zu verrichten, was ich selbst, wenn ich

z) Gribner l. c. §. 8. 9. 10. Dapp a. a. O. §. 519. S. 357.

a) Carpzov in Proc. tit. 5. art. 2. nr. 50. Idem in Decis. 30. nr. 13. Mynsinger Cent. IV. Obs. 99. Schulz de mand. spec. c. 3. §. 20. Lyncker de formis procurat. c. 5. §. 28. Wernher Obs. T. II. P. X. obs. 483. Estors Proceß, Thl. 1. §. 50. Nr. II.

b) Boehmer l. c. §. 10. Berger in Oecon. iur. Lib. IV. tit. 9. th. 2. not. 13. Lyncker in cit. tr. c. 5. §. 20. sqq. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 10. Dapp a. a. O. §. 517—538.

c) Herr GR. Nettelblad a. a. O.

ich zugegen wäre, verrichten könnte, oder sollte, oder diese Clausel kommt in der Vollmacht nicht vor [d]). In jenem Falle heißt die Vollmacht mandatum generale cum libera, in diesem aber mandatum generale simpliciter tale [e]). Es kann übrigens ein mandatum speciale eben sowohl cum als sine libera seyn, je nachdem dem Sachwalter zu einem solchen Geschäffte, das an sich selbst eine besondere Vollmacht erfordert, z. B. zur Schließung eines Vergleichs, eine unumschränkte Macht und Gewalt ertheilt worden, das aufgetragene Geschäffte nach seinem eigenen Gutbefinden zu Stande zu bringen, oder nicht [f]). Was die Clausel: cum libera, betrifft, so ist solche in dem Justinianeischen Rechte nicht gegründet; denn wenn schon in der L. 58. D. h. t. und in der L. 9. §. 4. D. de acquir. rer. dom. eines Sachwalters gedacht wird, welcher liberam omnium negotiorum administrationem hat, so ist doch derselbe von dem allgemeinen Sachwalter, dem die Verwaltung des ganzen Vermögens aufgetragen worden ist, und welcher in Gesetzen [g]) procurator vniuersalis vel omnium bonorum genennt wird, nicht verschieden, und derjenige, welcher schlechterdings zum allgemeinen Sachwalter bestellt, und dem nicht ausdrücklich libera administrandi potestas überlassen worden, hat nach dem römischen Rechte eben so viel Rechte, als derjenige, dem libera omnium bonorum administratio ertheilt worden ist [h]). Bey der Sachwalter Gewalt wird theils durch den Nutzen des Eigenthümers, theils durch die Natur des ihnen ertheilten Auftrags bestimmt, mithin wenn die in Frage stehende Handlung so beschaffen ist, daß sie dem Eigenthümer keinen Nutzen bringt, oder es nicht wahrscheinlich ist

d) Herr Advok. Dapp a. a. O. §. 263. S. 186.

e) Henne Diss. cit. §. 3. 5.

f) Henne cit. l. §. 7.

g) L. 63. D. h. t. L. 12. D. de pact. L. 25. §. 3. D. de aedil. edicto. L. 25. §. fin. D. de minor.

h) Vinnius in sel. quaest. Lib. I. c. 9. Boehmer in iure Prot. Lib. I. tit. 38. §. 67.

ist, daß, wenn der Eigenthümer gegenwärtig wäre, er sie unternehmen würde, so hört die Gewalt sowohl des einen, als des andern Sachwalters auf. Durch die Partikel: libera, wird das Recht eines Sachwalters nach dem römischen Rechte weder ausgedehnt, noch, wenn sie nicht in der Vollmacht steht, dasselbe dadurch eingeschränkt, sondern es wird diese Partikel nur zur Erklärung beygesetzt i), wiewohl diesem ohnerachtet auch nach dem römischen Rechte ein Gewaltgeber öfters seinem Bevollmächtigten durch besondere Clauseln mehr Rechte einräumen kann, als einem allgemeinen Sachwalter ordentlicher Weise zukommen. So kann z. B. ein Gewaltgeber seinem Bevollmächtigten das Recht zu schenken, welches Recht sonst auch derjenige, welcher cum libera bestellt worden, nicht hat, vermöge einer besondern Erlaubniß ertheilen k).

Die Wirkung der Clausel: cum libera, besteht nach dem päpstlichen Rechte l) darin, daß ein Sachwalter auch diejenigen Handlungen vornehmen darf, wozu sonst ein besonderer Auftrag erfordert wird, welche Befugniß derjenige Sachwalter nicht hat, der ohne die Clausel cum libera bestellt worden ist. Sind in der Vollmacht einige von denjenigen processualischen Handlungen angeführt worden, wozu ein besonderer Auftrag nöthig ist, und hierauf folgt die Clausel: und dergleichen, so soll ein allgemeiner Sachwalter, wenn er gleich nicht cum libera bestellt worden, die übrigen Handlungen verrichten können, wie im c. 4. de procur. in 6to gesagt wird; es ist dieses jedoch nur von denjenigen Handlungen zu verstehen, die den ausdrücklich genannten gleich oder weniger wichtig sind m). Eben diese Wirkung

i) Noodt h. t. et in tr. de pactis et transact. c. 27. Lauterbach h. t. §. 9. et 10. Boehmer l. c. §. 7.

k) L. 60. §. 4. D. mandati.

l) c. 4. et 5. h. t. in 6to.

m) Clem. 2. de procur. Boehmer l. c. T. I. Lib. I. Tit. 38. §. 3.

Wirkung hat die Clausel: cum libera, bey einem Auftrage, der nur zu einer einzigen ganzen Rechtssache ertheilt worden ist, und der auf diese Art bestellte Sachwalter bekommt hierdurch das Recht, auch diejenigen Handlungen vorzunehmen, die sonst einen besondern Auftrag erfordern, und die der Eigenthümer, wenn er gegenwärtig wäre, selbst wahrscheinlich vorgenommen haben würde n). Diese Verordnung befolgt man in den Gerichten nicht, und durch den Gerichtsgebrauch ist die Regel festgesetzt worden: daß die Clausel cum libera so wenig bey gerichtlichen als außergerichtlichen Bevollmächtigungen den Mangel eines besondern Auftrags in den Fällen ersetzen könne, wo solcher an sich und nach der Beschaffenheit des Geschäffts nöthig war o).

§. 402. 403.

Die Verbindlichkeiten eines Prokurators bestehen in folgenden Stücken: er ist nämlich schuldig für seinen Principal im Gericht zu erscheinen, die von dessen Advokaten oder ihm selbst ausgearbeiteten Schriften, nachdem er solche unterschrieben hat, im Gericht zu übergeben; wenn Vorträge gethan werden müssen, muß er solche nach der erhaltenen Instruction anbringen, und die richterlichen Aussprüche anhören p). Er soll weder zu viel Sachen annehmen,

n) c. 4. in fine de procur. in 6to. Boehmer l. c. T. I. Lib. I. Tit. 38. §. 9.

o) Berger in elect. discept. for. p. 253. Henne in cit. Diss. §. 8. Stryck de caut. contr. Sect. II. c. 11. §. 4. Wernher in Obs. T. I. P. I. obs. 216. Ludovici in vsu pract. dist. iurid. h. t. dist. 5. de Lyncker de formis procurat. c. 5. §. 41. Estors Proceß, Thl. 1. §. 49. nr. 1. Danz im ordentl. Proceß, S. 252. Herr von Quistorp in der Abhandl. ob ein sogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati specialis habe? in seinen Beytr. 1ster Band 2tes Stück, Nr. 27.

p) C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 31. §. 4. Tit. 36. Pr. §. 1. Tit. 46. §. 7.

nehmen, noch solche ohne Unterschied bey andern Gerichten besorgen, sich nicht mit andern Aufträgen beschäfftigen, und ohne erhaltene Erlaubniß nicht über sechs Wochen verreisen q); jedoch ist dieses eigentlich nur von Kammergerichtsprokuratoren zu verstehen. Eine andere Pflicht der Prokuratoren ist es, daß sie über die ihnen anvertrauten Sachen, ein richtiges Protokoll führen, worin der Tag der eingereichten Schrift, und der darauf erhaltene oder zugestellte Bescheid angemerkt werden muß; ferner was vom Gegentheile zu beobachten ist. Hierzu bedient man sich eines durch Linien abgetheilten Verzeichnisses. Bey solchen Gerichten, wo sie die Rechte verstehen müssen, ist es ihre Pflicht, die einzureichenden Schriften vor der Uebergabe durchzulesen und zu prüfen, ob sie mit Schmähungen angefüllt, oder wider den Gerichtsgebrauch eingerichtet sind. Ungelehrte Prokuratoren müssen sich zu rechter Zeit von einem Advokaten, oder dem Clienten selbst genau unterrichten lassen, was sie in Gerichten zu thun haben, wenn ihre Rechtssache vorgenommen wird. Daß sie an den Gerichtstagen erscheinen, aber weder ungefordert oder unangemeldet in die Gerichtsstube treten, noch die den Gerichtspersonen schuldige Hochachtung aus den Augen setzen dürfen, versteht sich von selbst. Es ist ihnen eben sowohl als den Advokaten zur Pflicht gemacht, daß sie wissentlich keine ungerechte Sache unterstützen, oder die Gerichtspersonen zur Untreue verleiten sollen, bey Strafe der Absetzung und noch härteren Ahndungen r). Ueberhaupt fließen die wechselseitigen Pflichten der Parthey gegen den Anwald, ihn für seine Arbeit zu bezahlen, und wegen der Auslagen schadlos zu halten, und des Anwalds gegen seine Clienten bey der Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäffts, den

q) C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 31. §. 7. 8. 11. 12. Tit. 32. §. 6. 7. Vis. Absch. v. J. 1713. §. 9. 20.

r) Vis. Absch. v. J. 1713. Memor. den Advok. und Prokur. zuzustell. §. 12.

nöthigen Fleiß anzuwenden, auch allen durch sein Verschulden zugefügten Schaden zu ersetzen, aus der Natur des geschlossenen Bevollmächtigungscontracts, daher auch die Klagen aus dem Vollmachtscontracte angestellt werden müssen [s]). Eine Parthey, welche durch die Nachläßigkeit oder Treulosigkeit ihres Sachwalters, ohne ihr eigenes Verschulden Schaden gelitten hat, kann nicht nur auf die Schadensvergütung wider ihn klagen, sondern viele Rechtslehrer behaupten auch, sie habe das Recht, ohne zu unterscheiden, ob der Anwald im Stande sey, den Schaden zu ersetzen oder nicht, und ohne ihn erst auszuklagen, um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen; denn auf das römische Recht könne man bey uns, wegen der veränderten Gerichtsverfassung, nicht Rücksicht nehmen [t]). Nach anderer Rechtsgelehrten Meynung findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dann statt, wenn der Sachwalter nicht im Stande ist, den zugefügten Schaden zu ersetzen [u]). Im Jahre 1786 ist bey dem Kammergericht diese Frage in dem vollen Rathe vorgekommen, und durch die Mehrheit der Stimmen auf die obige Art provisorisch entschieden, jedoch ein dubium camerale darüber gemacht, und solches durch den Bericht vom

s) L. 46. D. h. t.

t) L. 10. D. h. t. L. 39. D. ex quib. cauff L. 3. §. 11. L. 22. D. de minor. de Lvdolf in Obs. P. III. obs. 124. et 254. et in Suppl. obs. 355. de Cramer in Obs. T. I. obs. 343. T. II. obs. 593. Mevivs in Dec. 29. P. III. Dec. 218. P. I. Dec. 206. P. V. Herr RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 43. S. 128.

u) Leyser Spec. 64. Med. 3. Berlich P. I. Concl. 38. nr. 62. Concl. 49. nr. 20. 21. 22. Gail Lib. I. Obs. 45. Roding Pand. cam. Lib. III. Tit. 60. §. 26. Tafinger instit. iurispr. cam. §. 932. not. x. Wernher P. I. Obs. 3. P. VIII. Obs. 363. Vol. VII. Suppl. ad P. II. Obs. 391. p. 316. Strubens Bed. Thl. 1. Bed. 52. S. 131. Sammlung merkw. Rechtsf. am Reichskammerger. Thl. 1. Abhandl. 1. S. 65.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0580
DFG

vom 22ten May 1786 Kayser und Reich zu endlicher Entscheidung vorgelegt worden [x]). Die Beytreibung der verdienten Prokuraturgebühren wird eben so gesucht, wie man die Bezahlung der Advokatengebühren verlangt.

Die Rechte und Verbindlichkeiten des Prokurators werden aufgehoben 1) durch die wechselseitige Einwilligung des Clienten und des Prokurators; jedoch muß, wenn dieses nach der Einlassung auf die Klage geschieht, dem Richter und dem Gegentheile davon Nachricht gegeben werden [y]). Es hört dieses Amt 2) auf, durch den Widerruf des Clienten, oder die Aufkündigung des Prokurators. Beydes ist vor der Einlassung auf die Klage ohne Unterschied erlaubt, nach derselben aber nicht anders, als wenn eine rechtmäßige Ursache eintritt, und muß mit Vorwissen des Richters geschehen [z]). Einige Rechtslehrer erfordern, wenn der Widerruf oder die Lossagung nach der Kriegsbefestigung geschieht, erhebliche und rechtmäßige Ursachen [a]). Die Vollmacht hört 3) auf durch den Tod der Principals oder des Sachwalters [b]). Stillschweigend nimmt 4) das Amt des Prokurators ein Ende, wenn der Gewaltgeber solche Handlungen vornimmt, woraus seine Absicht, die Bevollmächtigung zu widerrufen, offenbar ersichtlich ist; besonders gehört dahin, wenn derselbe in der Folge einen andern Sachwalter bestellt hat [c]), oder selbst die Besorgung des Geschäffts übernimmt, und zwar hauptsächlich, nicht blos

x) Herr RR. Reuß in den Beyträgen zur neuesten Geschichte der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis, 3ter Band, S. 194 und 206.

y) Herr RR. Danz im Proceß, §. 43. S. 128.

z) c. 13. X. de procur. c. 33. X. de reser. c. 2. de proc. in 6to. Boehmer de dominio litis, §. 51. sqq. Knorrs Proceß, 1stes Buch, 4tes Hptstck. §. 8. S. 75. Strubens Bedenk. Thl. 1. Bed. 172. Thl. 5. Bed. 25.

a) Lavterbach h. t. §. 63.

b) Boehmer l. c. §. 55. 56. Lavterbach h. t. §. 66. 67.

c) c. 13. X. de procur.

in der Absicht, dem Anwalde beyzustehen [d]). Durch die That wird 6) das Amt des Anwaldes geendigt, wenn über das Vermögen des Principals ein Concurs entstanden ist; denn jetzt besorgt der Güterpfleger alles [e]). Die in Gesetzen gebilligten Ursachen, um welcher willen sowohl der Gewaltgeber als der Anwald ihre zeitherigen Verhältnisse aufgeben können, sind folgende, als 1) entstandene große Freundschaft; 2) erhaltene Würden; 3) Abwesenheit in öffentlichen Angelegenheiten; 4) veränderte Gesundheitsumstände und weite Reisen; 5) hinzugekommene wichtige eigene Geschäffte; 6) hohes Alter; 7) Religionsangelegenheiten, 8) wenn sich der Prokurator verdächtig gemacht hat, 9) wenn er sich in Feindes Gewalt, oder 10) im Gefängnisse befindet; 11) wenn er in die Inquisition gerathen ist; 12) die Flucht ergriffen hat; 13) mit der Verweisung bestraft worden ist; 14) wenn er während des Processes mit dem Gegentheile verschwiegert, oder 15) sein Erbe geworden ist. Endlich hebt 16) jede andere gegründete Ursache, welche dem richterlichen Ermessen überlassen ist, die Vollmacht auf.

In den Formularen von gerichtlichen Vollmachten, die in den vorigen Zeiten gebraucht worden sind, kommen eine große Menge so genannter Clauseln vor, welche theils unnütze, theils überflüßig, theils nützlich sind [f]).

Hr. RR. Gmelin schreibt: wir wollen einige der gewöhnlichen Clauseln der Vollmacht besonders betrachten. Wenn bey ausgehandeltem Processe der Gewaltgeber noch bey Leben ist, so kann es nicht die mindeste rechtliche Wirkung haben, daß der Gewaltgeber auch für seine Erben den Auftrag giebt; nur die Beschwerlichkeit, daß, wenn währen-

d) c. 13. X. h. t. c. 8. de proc. in 6to. L. 10. 11. 12. 13. 27. 64. 69. D. h. t.

e) L. 14. D. de reb. auct. iud. possid.

f) Herr RR. Gmelin in der Vorrede zu Dapps Abh. von der Legitimat. zum Proceß. Danz im Proceß, §. 134. S. 248.

währenden Processes derselbe gestorben war, der Auftrag für aufgehoben angenommen wurde, wenn nicht die Erben in der Vollmacht genannt waren, und also von ihnen eine neue Vollmacht, oder eine Erklärung, den Proceß in dem Zustande, in welchem er sich nach dem Absterben des Erblassers befindet, annehmen, und durch den vorigen oder einen andern Sachwalter fortführen zu lassen, beygebracht werden mußte, gab den Anlaß, daß jene Clausel der Erben als nothwendig in den Reichsgesetzen und der Praxis eingeführt wurde g).

Die Clausel, durch welche der Gewaltgeber seinem Sachwalter die Gewalt ertheilte, einen andern für sich zu substituiren, ist, wenn man sie gesetzlich erfordert, eine wahre Unrichtigkeit; warum sollte man einem Gewaltgeber wider seinen Willen zumuthen, jene Gewalt seinem Bevollmächtigten zu geben, da ihm doch immer viel daran gelegen seyn muß, seine Sachen keinem Andern zu überlassen, als auf welchen er selbst genug Zutrauen hat, und ohne diese Clausel ist der Hauptzweck der Vollmacht vollkommen erreicht, und der Mandatsvertrag unter den Contrahenten und in Hinsicht auf den Dritten verbindlich; sie ist aber in vielen Gesetzen vorgeschrieben, damit im Fall der Verhinderung der Sachwalter die Sache einem Andern übertragen könne, und also der Proceß nicht aufgehalten werde.

Die Eydesclausel: so wahr mir Gott helfe, und alle ähnliche, z. B. bey wahren Worten und Glauben, sind nach der Regel immer überflüßig, und wenn sonst der Auftrag richtig und erweislich ist, ohne alle rechtliche Wirkung, weil der Mandatscontract schon durch die bloße Einwilligung verbindlich wird; und ohnehin sollte man dem Eyde

g) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 99. Claproths Proceß, Thl. 1. §. 85. Dapp a. a. O. §. 269. flg Brvnnemann in proc. ciuili, c. 1. §. 74. Lyncker de form. proc. c. 2. §. 7.

niemals die Wirkung zuschreiben, daß durch ihn ein nach den Gesetzen ungültiges Geschäffte gültig würde [h]), welches doch die einzige Absicht seyn kann, wenn die Gesetze in den Vollmachten diese Eydesclausel vorschreiben.

So hat die Vorschrift der Reichsgesetze, daß in der Vollmacht auf den Fall, wenn der Bevollmächtigte mit Tode abgehen oder durch Veränderung des Standes verhindert würde, ein anderer Anwald ernannt werden soll [i]), zwar bey den höchsten Reichsgerichten ihre guten Gründe; allein zum Hauptzweck dienet sie nicht, und nur bey langwierigen Processen kann sie von Nutzen seyn.

Die Anführung der unzählig vielerley Handlungen, welche im Proceß vorkommen, ist großentheils unnöthig; meistens sind es entweder solche, welche der Gang des Processes ohnedieß mit sich bringt; diese sind schon im allgemeinen Auftrag begriffen, oder die allgemeine Benennung dieser Handlungen ist doch nicht hinreichend, sondern ein besonders auf dieselben gerichteter Auftrag nothwendig, indem z. B. Keiner dem Andern auftragen kann, Eyde für ihn zu schwören, Urkunden zu recognosciren, sich zu vergleichen, und dergl. ohne zu wissen, was für ein Eyd abzuschwören und welche Urkunden zu recognosciren, oder wohin der Vergleich zu schließen sey, und also wenigstens zu seiner Sicherheit der Gewalthaber immer noch bey seinem Gewaltgeber anfragen muß, um nicht dem Vorwurf einer Ueberschreitung der Gränzen des Auftrags sich auszusetzen.

Eben so überflüßig ist die so genannte Clausel, cum libera, da sie an sich schon in dem allgemeinen Auftrag begriffen ist.

Die Clausel rati und grati, daß nämlich der Gewaltgeber alles, was sein Gewalthaber thut, genehm halten wolle,

h) Malblanc doctr. de iureiurando, §. 84.

i) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 100. Seyfart in seinem teutschen Reichsproceß, Cap. 5. §. 13.

wolle, wird in der Praxis als nothwendig erfordert [k]; allein sie ist, so wie sie auch nach dem gemeinen römischen Rechte nicht erfordert wird [l], höchst überflüßig, da es schon in der Natur des gegebenen Auftrags liegt, daß der Gewaltgeber alles, was dem Auftrage gemäß in seinem Namen gehandelt worden, als von ihm gehandelt anerkennen muß [m], und hingegen, was ohne oder wider seinen Auftrag geschehen ist, ihn niemals, auch wenn jene Clausel in der Vollmacht steht, verbindet.

Die Clausel: indemnitatis et hypothecae, womit der Gewaltgeber verspricht, seinen Sachwalter unter Verpfändung alles seines Vermögens schadlos zu halten, ist wiederum in der Vollmacht ganz unnöthig [n]. Theils bringt es die Natur des Mandatcontracts von selbst mit sich, daß der Gewaltgeber seinen Bevollmächtigten wegen aller durch den Auftrag gehabter Kosten entschädige; theils wenn auch dieses nicht wäre, wenn auch der Gewaltgeber deswegen kein Unterpfand einsetzte, würde doch in Beziehung auf die Legitimation zum Proceß die Erklärung des gegebenen Auftrags ohne jenes Versprechen hinlänglich seyn, den Zweck der Vollmacht zu erreichen.

Die Clauseln: alles getreulich und ohne Gefährde, und ähnliche, sind nicht von der mindesten Bedeutung und rechtlichen Wirkung [o]. Eben so ist die Beysetzung des Siegels, welche doch in vielen Gesetzen als nothwendig

k) Lyncker de form. procur. c. 5. §. 7. Boeer. class. 6. Disp. 6. th. 55.

l) Arg. L. 6. pr. D. de cond. indeb. L. 87. D. de solut. Lyncker Diss. cit. c. 5. §. 7.

m) Seyfart in s. teutschen Reichsproceß, Cap. 5. §. 4. Schavmbvrg in princ. prax. cap. 2. gen. §. 24.

n) Lyncker cit. Diss. c. 5. §. 14. Schavmbvrg l. c. §. 24. not. ****.

o) Schavmb. in princ. prax. c. 2. gen. §. 24. not. c.

erfordert wird, ganz überflüßig p), und nur ein öffentliches Siegel kann zuweilen als Bestärkung eines öffentlichen Zeugnisses wichtig seyn.

Herr RR. Danz hat diese Materie q) ebenfalls ausführlich vorgetragen. Er schreibt: zu den überflüßigen Clauseln der Vollmachten gehört 1) die Eydesclausel: so wahr mir Gott helfe, und alle ähnliche, z. B. bey wahren Worten und Glauben. Der Bevollmächtigungscontract wird durch die bloße Einwilligung verbindlich, und geht ihm eine Erforderniß ab, die die Gesetze als wesentlich heischen; so kann er durch einen angehängten Eyd nicht verbindlich werden. 2) Die Clausel, daß der Gewaltgeber alle Handlungen des Gewalthabers genehmigen und diesen schadlos halten wolle (clausula rati, grati et indemnitatis). Beobachtet der Sachwalter die ihm vorgeschriebenen Grenzen, so liegt schon alles, was diese Clausel ausdrückt, in der Natur des Bevollmächtigungscontracts; überschreitet er jene, so ist die Clausel ohne rechtliche Wirkung r). 3) Die Clausel: alles getreulich und ohne Gefährde s). 4) Die Clausel: sollte auch meinem Anwald eine mehrere Gewalt, als hierin ausdrücklich enthalten, vonnöthen seyn, will ich ihm auch solche in den Fällen, welche ein speciale mandatum erfordern, gleich als ob er hierdurch dazu in specie bevollmächtigt wäre, gegeben und mitgetheilt haben. Dieser Clausel ohngeachtet muß der Sachwalter doch, wenn er Handlungen, die einen besondern Auftrag erfor-

p) Seyfart in s. teutschen Reichsproceß, Cap. 5. §. 4.

q) Hr. RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 134. S. 248.

r) Schavmburg Princ. prax. c. II. gen. §. 24. de Lyncker Diss. de formis procuratoriis, von ordentlicher und rechtlicher Einrichtung der Vollmacht, edit. sec. Hal. 1740 c. 5. §. 7.

s) Schavmburg l. c. not. c.

erfordern, vornehmen will, sich besonders bevollmächtigen lassen t).

Unter die möglichen Clauseln der Vollmachten sind zu rechnen: 1) diejenige, womit der Gewaltgeber verspricht, seinem Sachwalter unter Verpfändung alles seines Vermögens, schadlos halten zu wollen, clausula hypothecae omnium bonorum. 2) Die Clausel, durch welche dem Sachwalter das Recht eingeräumt wird, einen Afteranwald zu bestellen, clausula substituendi. Ohne diese stehet jenem dieses Recht weder vor noch nach der Kriegsbefestigung zu, und nach dem gemeinen Rechte u) ist sie nicht blos zu den nützlichen, sondern zu den nothwendigen Clauseln der Vollmachten zu rechnen x), wiewohl manche Rechtsgelehrte der Meynung sind, diese Verordnung gehe auf die Reichsgerichte y). Heutzutage wird auf das Eigenthum des Rechtsstreits, welches nach den römischen und kanonischen Rechten durch die Kriegsbefestigung auf den Sachwalter übergeht, keine Rücksicht mehr genommen, es fällt also auch das gesetzliche Substitutionsrecht, als eine Wirkung desselben, ganz weg. Andere Rechtsgelehrte behaupten, nach der Kriegsbefestigung finde, auch noch jetzt, das gesetzliche Substitutionsrecht statt, und jene Clausel wirke nur auf die Zeit vor der Kriegsbefestigung z). Zu den nützlichen Clauseln gehört 4) die Clausel: ich gebe meinem Sachwalter hiermit freye Macht und Gewalt, alles dasjenige bey dieser Sache zu verrichten, was ich selbst, wenn ich

t) Dapp a. a. O. §. 261. Boehmer in iure eccles. Lib. I. Tit. 38. §. 3. in fine.

u) R. A. v. J. 1654. §. 99.

x) Schavmburg l. c. c. II. gen. §. 24.

y) Dapp a. a. O. §. 69.

z) Dapp a. a. O. §. 55—75. §. 263.

ich zugegen wäre, verrichten würde, könnte, oder sollte, clausula cum libera, sc. administrandi potestate. Nach den Justinianeischen Gesetzen ist diese Clausel zwar ohne alle Wirkung [a]); allein nach dem kanonischen Rechte kann der allgemeine sowohl, als der besondere Sachwalter, diejenigen Handlungen, zu welchen sonst ein besonderer Auftrag erfordert wird, und welche der Gewaltgeber, wenn er anwesend wäre, wahrscheinlich unternehmen würde, nur dann gültig vornehmen, wenn seine Vollmacht jene Clausel in sich faßt [b]). Da aber doch eines Theils die Rechtsgelehrten über den Sinn und die Wirkungen dieser Clausel noch streiten, andern Theils aber auch der Sachwalter dieselbe leicht mißbrauchen kann, so ist es immer vorsichtiger gehandelt, diejenigen Handlungen, die einen besondern Auftrag erfordern, und zu welchen man den Sachwalter bevollmächtigen will, man mag nun jene Clausel beysetzen oder nicht, ausdrücklich namhaft zu machen [c]). Wenn in der Vollmacht einige derjenigen Handlungen, die einen besondern Auftrag erfordern, angeführt sind, und die Clausel: dergleichen oder etc. beygesetzt ist; so kann nach dem kanonischen Rechte der allgemeine Sachwalter, wenn er gleich nicht cum libera bestellt ist, auch die nicht ausgedrückten Handlungen, wenn sie den ausdrücklich benannten gleich, oder weniger wichtig sind, gültig vornehmen [d]); allein diese Ver-

a) Boehmer in iure Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 4—8. Lavterbach in Coll. Pand. Lib. III. tit. 3. Dapp a. a. O. §. 264.

b) c. 4. 5. X. h. t. in 6to. Boehmer l. c. §. 8. 9. Wernher P. I. Obs. 216. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 1. Dapp a. a. O. §. 266. 267. Seyfarts Reichsproceß, Cap. 5. §. 6.

c) Boehmer l. c. §. 9. Berger in Oecon. iuris, Lib. IV. Tit. 9. not. 11.

d) c. 4. de proc. in 6to Clem. 2. eod.

Verordnung befolgt der Gerichtsgebrauch nicht, es wäre denn, daß die nicht angeführten Handlungen mit den genannten nothwendig verbunden wären e).

Die ältern Rechtslehrer behaupteten, folgende Handlungen erforderten eine besondere Vollmacht, nämlich die Eydesdelation, die Relation oder Annahme desselben, das Anerbieten zur Ablegung des Eydes, die Reassumtion des Rechtsstreits, die Recognition der Urkunden, das Recht solche für edirt zu halten, die Ausstellung zum schiedsrichterlichen Ausspruche, das Recht Citationen anzunehmen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, die Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung des Principals, das Recht einen Afteranwald zu bestellen, und diesem das Recht zur anderweitigen Substitution zu ertheilen, die Substitution zu widerrufen, das Recht dem Rechtsstreite zu entsagen, das Recht die Abschriften der Urkunden für das Original zu halten, die Leistung des Eydes in die Seele des Principals, die Anstellung einer ehrenrührigen Klage, die Bitte um Anlegung des Arrests oder die Aufhebung desselben, die Erlassung des Eydes, wenn die Unterthanen oder Bediente in Sachen ihres Herrn ein Zeugniß ablegen sollen, die Hülfsvollstreckung des Urtheils, die Einsetzung in den Besitz der Güter, die Absonderung des Vermögens, die Annahme der Bezahlung, das Recht einen Vergleich zu stiften, die Erlassung des Pfandrechts, das Recht den Namen des Principals zu unterschreiben, die Anzeige einer Verhinderung, warum der Principal nicht erscheinen könne, die Antretung der Erbschaft, das Recht Etwas zu verschenken oder zu veräusern, die Angelobung das Urthel zu befolgen, die Verzicht auf die Ferien, die Begebung der Leuterung oder Appellation, das Recht den Vormund als verdächtig anzuklagen,

e) Boehmer l. c. §. 2. 3.

gen, das Interdict wegen Freygebung der Kinder anzustellen, die Acceptilation u. d. gl.

§. 404.

Eine richtig abgefaßte schriftliche Privatvollmacht besteht aus folgenden Stücken. Den Anfang macht man 1) mit der Formel: ich Endesunterschriebener bekenne hiermit; sodann wird 2) die Clausel der Erben, oder Nachkommen angeführt, wenn die Vollmacht von einer Gemeinheit ausgestellt worden ist. 3) Führt man die Sache an, worüber der Proceß geführt werden soll; 4) wird der Anwald genennt; 5) führt man die Handlungen des Processes an, die zu verrichten sind, wobey der Unterschied in Obacht zu nehmen, ob der Kläger oder der Beklagte die Vollmacht ausstellt. 6) Werden die Erweiterungsclauseln hinzugesetzt, und dazu gehört auch die Clausel, daß Falls der Principal selbst, schriftlich oder mündlich in der Sache Etwas vornehmen sollte, er dadurch diese Vollmacht nicht widerrufen haben wollte. Auf diese Clauseln folgt 7) die Ertheilung des Rechts, einen Substituten zu ernennen. 8) Wird die Genehmigung dessen, was der Anwald verrichten werde, und die Entschädigung versprochen; 9) wird mit der Formel geschlossen: urkundlich habe ich diese Vollmacht eigenhändig unterschrieben und besiegelt.' Sodann wird 10) der Ort und die Zeit der Ausstellung angeführt, und 11) die Namensunterschrift beygesetzt. Wo die Untersiegelung nöthig ist, wird es bisweilen erlaubt, den Mangel des Siegels anzuführen. Hier und da wird die Beglaubigung der geschehenen Vorlesung, Erklärung, Genehmigung und Unterschrift von einem Richter oder Notarius nothwendig erfordert [f].

Hat

f) C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 51. §. 1. Cell. Oberappell. Gerichts gem. Besch. Nr. 17.

Hat eine übergebene Vollmacht in wesentlichen Theilen derselben Fehler, so muß der Richter dieselbe nicht nur von Amtswegen verwerfen, sondern auch die von dem Gegner deshalb vorgeschützten Einreden zu jeder Zeit, selbst noch nach der Kriegsbefestigung zulassen. Die Vernachlässigung solcher wesentlichen Erfordernisse macht das ganze Verfahren unheilbar nichtig, und begründet die Nichtigkeitsklage.

Hat eine Vollmacht einen solchen Mangel, welcher nicht in das Wesentliche derselben eingreift, so wird sie nicht immer sogleich verworfen, es wird nicht immer eine neue Vollmacht erfordert, sondern der Bevollmächtigte wird oft angewiesen, dem Mangel durch Leistung einer Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung abzuhelfen, welches nicht nur bey Vollmachten der Privatpersonen, sondern auch bey Vollmachten einer Gemeine geschieht g); z. B. wenn er einen Brief h) oder eine so genannte charta bianca, welche das Wesentliche einer Vollmacht enthält, beybringt i). Hat eine Vollmacht in nicht wesentlichen Stücken Fehler, so muß zwar sowohl der Richter von Amtswegen, als auch der Gegner, so lange noch der Fall eintreten kann, daß die fehlenden Eigenschaften nützlich sind, Rücksicht darauf nehmen; allein die dem Letztern wegen solcher außerwesentlichen Fehler zustehenden Einreden, werden doch nur vor der Kriegsbefestigung, wie dieses bey allen verzögerlichen Ein-

g) LAVTERBACH D. de cautione rat. §. 25. LYNCKER de form. proc. c. 5. §. 9. SCHAVMBVRG in Princ. prax. Lib. I. Sect. 1. Mbr. 2. c. 2. §. 4. STRYCK in vsu mod. tit. quod cuiusque vniu. §. 7.

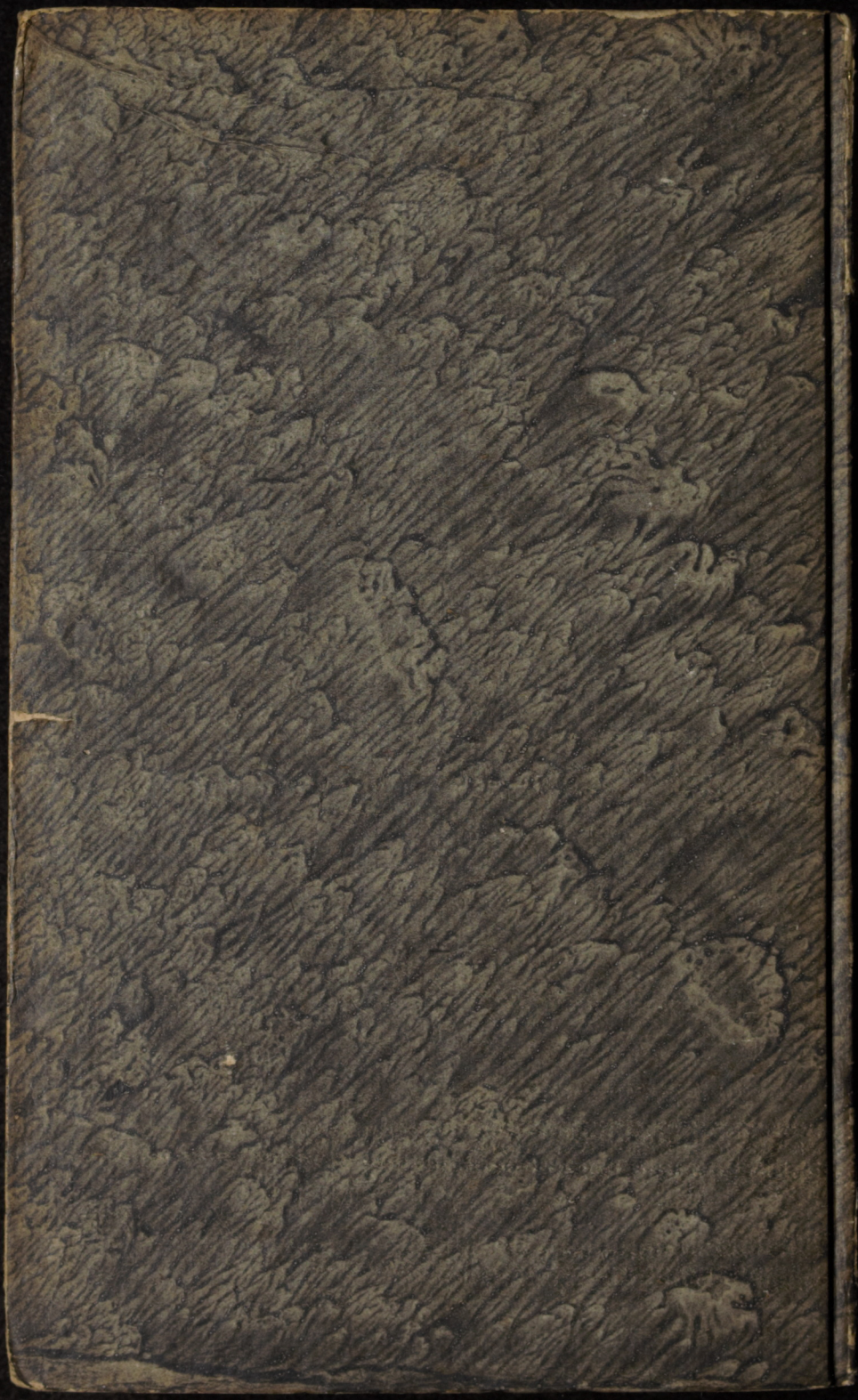
h) CONSIL. FAC. TVBING. Vol. III. Cons. 293. n. 8. Seyfarts Reichspraxis, Cap. 5. §. 5.

i) SCHOEPF in Proc. appellat. c. 4. §. 6. SCHAVMBVRG in Princ. prax. c. 2. gen. §. 22. not. ***.

Einreden der Fall ist, zugelassen, und dann begründet die Vernachlässigung dieser außerwesentlichen Erfordernisse wohl das Rechtsmittel der Berufung, niemals aber die unheilbare Nichtigkeitsklage. In einigen Ländern ist verordnet worden, daß ein Sachwalter, welcher eine unzulängliche Vollmacht übergiebt, die dadurch veranlaßten Kosten ersetzen, und über dieses willkührlich bestraft werden soll [k]). Wie die Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung geschehen muß, ist oben bemerkt worden.

k) Arg. L. 4. D. de re iud. Calenb. Hofger. Ord. Tit. 8. C. C. G. O. Thl. 3. Tit. 14. §. 1.

Ende des sechsten Theils.



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn170168506X/phys_0596
DFG

t der Gerichtsgebrauch nicht, es wäre
t angeführten Handlungen mit den ge-
ig verbunden wären e).

echtslehrer behaupteten, folgende Hand-
eine besondere Vollmacht, nämlich die
Relation oder Annahme desselben, das
legung des Eydes, die Reassumtion
die Recognition der Urkunden, das
edirt zu halten, die Ausstellung zum
Ausspruche, das Recht Citationen an-
iedereinsetzung in den vorigen Stand zu
heitsbestellung wegen der Genehmigung
as Recht einen Afteranwald zu bestellen,
echt zur anderweitigen Substitution zu
stitution zu widerrufen, das Recht dem
itsagen, das Recht die Abschriften der
Original zu halten, die Leistung des Ey-
es Principals, die Anstellung einer eh-
e, die Bitte um Anlegung des Arrests
g desselben, die Erlassung des Eydes,
anen oder Bediente in Sachen ihres
ß ablegen sollen, die Hülfsvollstreckung
Einsetzung in den Besitz der Güter, die
Vermögens, die Annahme der Bezah-
inen Vergleich zu stiften, die Erlassung
das Recht den Namen des Principals
die Anzeige einer Verhinderung, warum
t erscheinen könne, die Antretung der
echt Etwas zu verschenken oder zu veräu-
ung das Urthel zu befolgen, die Verzicht
ie Begebung der Leuterung oder Appel-
t den Vormund als verdächtig anzukla-
gen,

e) l. c. §. 2. 3.