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 .
Das PDF wurde erstellt am: 21.06.2024, 18:58 Uhr.

Michael Schuster

I. Wie ist das Compensations-Recht geltend zu machen? II. Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstückes den Hypothekar-Gläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verpflichtet? : Zwei Abhandlungen

Wien: Bey J. G. Ritter v. Mösle's sel. Witwe, 1830

https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820

Druck Freier Zugang PUBLIC DOMAIN

K. K — 3 (205.)

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0002

I.

Wie ist das Compensations-Recht geltend zu machen?

II.

Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstückes den Hypothekar-Gläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verpflichtet?

Zwey Abhandlungen,

von

Michael Schuster,

der Weltweisheit und sämmtlicher Rechte Doctor, k. k. Rathe, k. k. öffentlichem und ordentlichem Professor des österreichischen bürgerlichen Rechtes, Senior der juridischen Herren Professoren, Landesadvocaten, 1813 und 1817 gewesenen Decan, 1821 Rector-Magnificus, 1822 Prorector der Universität, Ausschußmitgliede der Privatgesellschaft patriotischer Kunstfreunde, wirkendem Mitgliede der Gesellschaft des böhmischen vaterländischen Museums ꝛc.

Wien 1830.

Bey J. G. Ritter v. Mösle's sel. Witwe.

Universitäts Bibliothek Rostock

https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0005

I.

Wie ist das Compensations-Recht geltend zu machen?

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0007

Uebersicht.

I.

Durch Herrn Professors Wagner Abhandlung über das Compensations-Recht gelangte dieses, aus Gelegenheit des Hof-Decrets vom 15. Januar 1787 außer Wirksamkeit gekommene Recht, in mehreren österreichischen Provinzen wieder zur Wirksamkeit.

II.

In Böhmen trat jedoch dieser Fall nicht ein.

III.

Ich theile nicht mit Herrn Professor Wagner die Ansicht, daß das Gesetzbuch die Vorschrift des Hof-Decrets vom 15. Januar 1787, welches Compensations-Rechte auf Anbringung einer Widerklage anweist, aufgehoben habe.

IV.

Dadurch kann der Gediegenheit der Professor Wagner'schen Abhandlung nichts entgehen.

V.

Vor Erscheinung der Gerichtsordnung fand das Compensations-Recht im Sinne des römischen Rechtes Statt.

VI.

Das bürgerliche Gesetzbuch sieht, in Bezug auf das innere Wesen der Compensation, mit dem römischen Rechte in Uebereinstimmung.

VII.

Der §. 62 der Gerichtsordnung und das Hof-Decret vom 1. Julius 1782 konnten bereits den Zweifel rege machen, ob nicht das Compensations-Recht außer Wirksamkeit gesetzt sey. Doch bey Erscheinung des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 wurde dieses Recht einstimmig als aufgehoben betrachtet.

VIII.

Durch die Professor Wagner'sche Abhandlung über die Compensation wurde der Beweis geliefert, daß vermöge des Gesetzbuches das Compensations-Recht als eine Einwendung in der Einrede entgegengesetzt werden dürfe, woraus die Folgerung gezogen wurde, daß dasselbe nicht mehr durch eine Widerklage angebracht werden müsse.

IX.

Die böhmischen Gerichtsbehörden haben diesen Grundsatz nie als richtig anerkannt.

X.

Das Gesetzbuch derogirt der Gerichtsordnung allerdings, wenn bey Anwendung der letztern, die Vorschriften des erstern nicht beobachtet werden könnten.

XI.

Keine von den bis jetzt bestehenden zwey Ansichten, wie das Compensations-Recht geltend gemacht werden soll, ist richtig.

XII.

Es war eine irrige Ansicht, daß durch die von dem Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 über das Compensations-Recht angeordnete Anbringung der Widerklage, dieses Recht außer Wirksamkeit gesetzt worden sey.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0010

XIII.

Die Rechtsgelehrten jener Zeit hätten auf das Mittel sinnen sollen, wie das Compensations-Recht, ungeachtet der über die Gegenforderung einzubringenden Widerklage, aufrecht erhalten werden könne.

XIV.

Das vorzüglichste Mittel both sich in der Betrachtung dar, daß jenes Hof-Decret das Compensations-Recht nicht nur nicht aufhebe, sondern vielmehr bestätige, und nur fordere, damit die Richtigkeit der Gegenforderung, wodurch die Abrechnung geschehen soll, nicht in der Einrede, sondern in einer Widerklage dargethan werde.

XV.

Die einzubringende Widerklage muß daher mit Hinweisung auf die eingebrachte Vorklage abgefaßt, und die Schlußbitte vorsichtsweise auf Compensation gestellt werden.

XVI.

Nach eingebrachter Widerklage ist die Einstellung des Verfahrens über den Vorklags-Prozeß, bis zur Erwirkung eines rechtskräftigen Urtheils über den Widerklags-Prozeß, anzusuchen.

XVII.

Diesem Gesuche steht die Hof-Resolution vom 31. October 1785 nicht entgegen.

XVIII.

Der §. 83 der Gerichtsordnung schreibt deutlich das von mir nahmhaft gemachte Verfahren im Falle eines Concurses vor.

XIX.

Dieses Verfahren muß daher auch im gewöhnlichen Civil-Prozesse Platz greifen.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0011

XX.

Das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 spricht eben dasselbe aus, was der §. 83 der Gerichtsordnung anordnet.

XXI.

In dem §. 62 der Gerichtsordnung und dem Hof-Decrete vom 1. Julius 1782 lag bereits der Sinn, daß das Compensations-Recht durch eine Widerklage geltend zu machen sey.

XXII.

Durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 ist daher keine Aenderung in Bezug auf das Compensations-Recht herbeygeführt worden.

XXIII.

In der von der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Form liegt die höchste Weisheit, weil sich sonst dem Richter bey Fällung des Urtheiles unüberwindliche Hindernisse entgegenstellen würden.

XXIV.

Ferner, weil bey Beobachtung dieser Form dem Kläger, welcher zum Beklagten wird, das vollständige Vertheidigungsrecht nicht entzogen wird.

XXV.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, der Kläger könne verlangen, zur Schlußschrift zugelassen zu werden.

XXVI.

Der Beklagte wird zur Entgegensetzung der Einwendung der Compensation in der Einrede erst dann berechtigt, wenn er über die eingebrachte Widerklage das Urtheil erwirkt hat.

XXVII.

Die Einwendung der Compensation unterscheidet sich

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0012

von der Einwendung der Bezahlung; und aus der Betrachtung, daß letztere Einwendung nicht durch eine Widerklage geltend zu machen sey, sondern in der Einrede entgegengesetzt werden darf, folgt daher nicht, daß dieser Grundsatz auch von ersterer Einwendung zu gelten habe.

XXVIII.

Mit der Einwendung der Compensation ist die Wirkung der Einwendung der Zahlung nur aus eben derselben Betrachtung, wie mit einer jeden andern Aufhebungsart der Rechte verbunden.

XXIX.

Im Falle der Compensation wirft der Beklagte sich zum Kläger auf, im Falle der Bezahlung aber behält er die Eigenschaft eines Beklagten.

XXX.

Meiner Ansicht steht weder der §. 62 der Gerichtsordnung, noch

XXXI.

das Hof-Decret vom 1. Julius 1782, und

XXXII.

eben so wenig das Hof-Decret vom 27. September 1792 im Wege.

XXXIII.

Wenn der Beklagte zur Zeit der ihm zugestellten Klage bereits ein Urtheil über seine Gegenforderung besitzt, so ist er zur Entgegensetzung der Compensation in der Einrede ohne weiters berechtigt.

XXXIV.

Die von mir aufgeklärte Form, wie das Compensations-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0013

Recht geltend zu machen sey, steht mit der Gesetzgebung im vollkommenen Einklange.

XXXV.

Ein zweytes Rechtsmittel, die von der Gerichtsordnung vorgeschriebene Form mit dem Compensations-Rechte zu vereinigen, würde dieses seyn, wenn nach eingebrachter Widerklage die Einrede sogleich erstattet, in derselben aber die Schlußbitte gestellt werden möchte, damit die Verurtheilung bedingt geschehe, falls der Beklagte in dem, über die Widerklage zu fällenden Urtheile nicht ganz oder zum Theile von der Bezahlung wird losgesprochen werden.

XXXVI.

Durch das Gesetzbuch ist die Anordnung des Hof-Decrets vom 15. Januar 1787 nicht aufgehoben worden.

XXXVII.

Keiner Gesetzgebung ist bis jetzt, eben so wie der österreichischen, eine gleich musterhafte Anordnung gelungen.

XXXVIII.

Andere Gesetzgebungen sind bemüht, den Uebelständen, welche sich durch die Anbringung der Einwendung der Compensation in der Einrede darbiethen, durch den Grundsatz zu begegnen, daß nur richtige Forderungen mit richtigen compensirt werden können.

XXXIX.

Durch eine richtige Forderung wird nur jene verstanden, welche durch ein Urtheil, oder einen gerichtlich geschlossenen Vertrag, bewiesen ist.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0014

XXXX.

Bey Bestand dieses Grundsatzes würde die Compensation ihre Wirksamkeit fast ganz verlieren, indem der Beklagte durch das Ansuchen der gerichtlichen Einantwortung dessen, was er schuldet, seinen Zweck in der Hauptsache gleichfalls erreichen würde.

XXXXI.

Es können jedoch mit der Einwendung der Compensation Vortheile errungen werden, welche bey Ansuchung der Einantwortung verloren gehen.

XXXXII.

Um die Compensation bey voller Kraft zu erhalten, gibt es kein zweckmäßigeres Aushülfsmittel, als jenes, welches durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 vorgeschrieben ist.

XXXXIII.

Wenn man das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 als behoben betrachten wollte, so würde das Compensations-Recht nur in dem einzigen Falle Platz greifen können, wenn der Beklagte bereits zur Zeit, als er die Einrede erstattet, seine Gegenforderung auf ein Urtheil, oder einen gerichtlichen Vertrag, zu stützen vermögen sollte.

XXXXIV.

Der §. 1439 des Gesetzbuches beweist, daß es vermöge der Gerichtsordnung eine gesetzliche Compensation gebe, folglich, daß dieselbe durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 nicht aufgehoben worden sey.

XXXXV.

Diese Ansicht kann nicht dadurch entkräftet werden, daß

der Gesetzgeber im §. 1439 auf die Concursordnung hinweise.

XXXXVI.

Wie ist im Falle eines Concurses ein Compensations-Recht geltend zu machen, wenn der Gläubiger, ehe er seine Anmeldungsklage eingebracht hat, von dem Vermögensverwalter auf Zahlung belangt wird? —

XXXXVII.

Wie dann, wenn der Gläubiger belangt wird, nachdem er die Anmeldungsklage angebracht hat?

XXXXVIII.

Derjenige, dem ein Compensations-Recht gebührt, kann, obschon er nicht beklagt ist, dennoch eine Klage auf Compensation einbringen.

XXXXIX.

Es läßt sich aus wichtigen Gründen behaupten, daß derjenige, dem ein Compensations-Recht gebührt, in seiner Klage die Schlußbitte auf Compensation, und nicht auf Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung, oder im Falle eines Concurses, nicht auf Zuweisung einer bestimmten Classe, zu stellen habe, weil er sonst des Compensations-Rechtes verlustig gehen würde.

L.

Eine Einwendung dagegen wird beantwortet.

LI.

Es gibt jedoch sehr wichtige Gründe dafür, daß die Einwendung der Compensation auch dann gültig entgegengesetzt werden könne, wenn das Urtheil über die Gegenforderung auf Verurtheilung zur Zahlung, oder auf Zuerkennung einer bestimmten Classe, im Falle eines Concurses lautet.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0016

LII.

Die Ursache, daß in Böhmen kein gesetzliches Compensations-Recht Statt gefunden habe, liegt in der von Rechtsfreunden nicht beobachteten gesetzlichen Form.

LIII.

Bey jeder bis jetzt bestehenden Ansicht wird eine gesetzliche Anordnung so betrachtet, als wenn sie nicht vorhanden wäre.

LIV.

Unterschied zwischen meiner Ansicht und jener des Herrn Professors Wagner.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0017

I.

Unter den Abhandlungen, welche die Grundlehren des Gesetzbuches theoretisch und practisch entwickeln, steht jene des Herrn Doctors V. A. Wagner, k. k. ordentlichen Professors an der Wiener Universität, über die Compensation im österreichischen Civil-Prozesse, Wien 1817, oben an. Sie zeichnet sich eben sowohl durch Gründlichkeit und Vollständigkeit, als durch systematisches Fortschreiten und Faßlichkeit aus. Bey solchen Vorzügen konnte der Herr Verfasser seinen Zweck, in der Prax eine wohlthätige Umwälzung zu bewirken, nicht verfehlen. Es war nähmlich seit Erscheinung des Hof-Decrets vom 15. Januar 1787, in welchem es heißt: daß auch Compensations-Rechte in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden müssen, das Compensations-Recht durch die Prax als aufgehoben betrachtet, durch die Gründlichkeit jener Abhandlung aber gelangte es wieder zur Wirksamkeit; denn in derselben wird der untrüglichste Beweis geführt, daß nach Vorschrift unseres Gesetzbuches das Compensations-Recht im Sinne des römischen Rechtes wirklich bestehe, daher auch von dem Beklagten in der Einrede als Einwendung der Zahlung entgegengesetzt werden dürfe. Diese Ansicht wurde nun von den meisten Justizbehörden der österreichischen Provinzen als ein Axiom aufgestellt, und dafür auch von allen österreichischen Schriftstellern anerkannt. Ich habe diese vortreffliche Abhandlung zur Grund-

lage meines Vortrages angenommen, und meine Collegen thaten dieß wohl auch ohne Zweifel.

II.

Doch in Böhmen blieb das Compensations-Recht von den Gerichtshöfen noch immer ausgeschlossen; die Bemühungen der Advocaten, dieses Recht in der Einrede geltend zu machen, blieben fruchtlos. Der Abweisungsgrund lautete noch immer, wie vormahls, daß das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 Compensations-Rechte auf Anbringung einer Widerklage verweise.

III.

Dieser Umstand bestimmte mich bereits vor mehreren Jahren, diesen Rechtsgegenstand auf das Umständlichste zu prüfen, und wo möglich durch eine Abhandlung, in Böhmen eine Gleichförmigkeit in der Prax mit andern Provinzen zu bewirken. Doch, nachdem ich alle Gründe für und dagegen geprüft hatte, ergab sich mir die Ueberzeugung, daß unser Gesetzbuch keineswegs die Wirksamkeit des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 behoben habe. Daraus geht nun zwar allerdings hervor, daß ich eine von den vielen, vom Herrn Professor Wagner in seiner Abhandlung aufgestellten Ansichten, nicht als die richtige betrachten wolle. Doch meine Ansicht beruht vielleicht auf einem Irrthume, und wenn dieß nicht der Fall seyn sollte, so entgeht dadurch dennoch der Gediegenheit jener Abhandlung eben so wenig etwas, als wenn man in was immer für einem noch so classisch anerkannten juridischen Werke selbst mehrere Irrthümer entdecken sollte. Ich habe längst gewünscht, über diesen Gegenstand meine Ansicht öffentlich auszusprechen, und ergreife dazu gegenwärtige Gelegenheit.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0019

IV.

Es ist nur zu gewiß, daß es niemahls einem österreichischen Rechtsgelehrten, und wenn er ein Fixstern der ersten Classe am juridischen Horizonte seyn sollte, gelingen werde, als erster Bearbeiter was immer für einer Grundlehre unseres Gesetzbuches ein Werk zu liefern, gegen welches, wenn auch nicht die Zeitgenossen, doch gewiß die Nachwelt manches Gründliche zu bemerken finden werden.

Diese Behauptung darf um so weniger befremden, als selbst unter den Civilisten vom ersten Range sich noch kein solcher Schriftsteller befindet, welcher ein tadelfreyes Werk geliefert hätte. Selbst Kujaz, das große juridische Genie, macht keine Ausnahme, denn seine Ansichten haben eine Anzahl von Berichtigungen erlitten. Abhandlungen, welche theoretische Erforschungen zum Gegenstande haben, verlieren daher, — wenn sie anders nur wirklich im Gebiethe theoretischer, für die Prax fruchtbringender Entwicklungen, Beyträge enthalten, folglich das Fortschreiten des Studiums befördern, — nichts an ihrem classischen Werthe dadurch, weil in denselben Einiges zu berichtigen ist. Savigny's Abhandlung über das Recht des Besitzes, ein Gegenstand, worüber vor seiner wenigstens fünfzig der vorzüglichsten Juristen Klarheit zu verbreiten bemüht waren, erlangte den Ruhm eines classischen Werkes, und wird noch immer einstimmig dafür geachtet, obschon in derselben selbst Hauptansichten mit Grund getadelt werden. Doch, nimmt man vollends Rücksicht auf Hugo's Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechtes, ein classisches Werk vom ersten Range, welches seit dem Jahre 1790 zehn Auflagen erlebte [1]), und

[1]) Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechtes bis auf Justinian, vom geheimen Justizrathe Ritter Hugo in Göttingen.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0020

von der Nachwelt gewiß noch mehrere erleben wird, so ist eben von Doctor F. A. Schilling, Professor zu Leipzig, eine Kritik dieses Werkes erschienen [1]), in welcher derselbe zweyhundert zwey und vierzig entgegengesetzte Ansichten aufstellt, welche eben so viele Mängel in jenem Lehrbuche nachweisen. Hört deßwegen Hugo's Werk auf, classisch zu seyn? Ich will Schilling selbst sprechen lassen. Nachdem er seine Kritik dem hochgefeyerten Hugo ehrerbiethigst widmet, sagt derselbe Seite 1: »Unläugbar hat der Verfasser des zu beurtheilenden Buches auf die rechtswissenschaftliche Bildung unseres Zeitalters entscheidend eingewirkt, und insbesondere dem geschichtlichen Studium des römischen Rechtes einen neuen Schwung und ein kräftigeres Leben gegeben, durch sorgfältigere Benützung mancher vorher wenig beachteten Quellen, durch kritische Beleuchtung der Arbeiten seiner Vorgänger und der hergebrachten Meinungen, durch scharfsinniges Eindringen in den Geist des römischen Rechtes und die Gründe seiner Entwicklung, und durch lebendige Darstellung dieses Entwicklungsganges. Viele sonst herrschend gewesene Irrthümer und Vorurtheile sind unter dem Einflusse der tiefforschenden Kritik des Verfassers gewichen; viele neue Ansichten und wichtige Entdeckungen verdanken ihm ihr Daseyn, oder ihre Verbreitung, und

---

Zehnte, auch mit Hülfe von Mai's Palimpsesten sehr veränderte Auflage. Berlin 1826.

[1]) Bemerkungen über die römische Rechtsgeschichte, eine Kritik über Hugo's Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechtes. Leipzig 1829.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0021

es wird daher sein Nahme in den Jahrbüchern der civilistischen Literatur stets im ehrenvollen Andenken bleiben.« Nachdem ferner der Verfasser Seite 2 bemerkt, daß es bey den bekannten Verdiensten jenes Lehrbuches überflüssig seyn würde, im Einzelnen auszuführen, was es Treffliches enthalte, gibt er den Grund an, weßhalb Hugo sich durch die Kritik und die an ihn gerichtete Widmung beehrt achten muß, er sagt: »Und gerade je bedeutender und einflußreicher ein Werk ist, je höher der Verfasser unter den nahmhaften Civilisten unserer Zeit steht, desto mehr fordert auch dieses sein Werk zu einer sorgfältigen und strengen Prüfung auf. Es scheint ein treffendes, auf den Gelehrten eben sowohl, als auf den Künstler anwendbares Wort zu seyn, was meines Wissens Lessing irgend wo sagt: »»Man schätzt einen Jeden nach seinen Kräften. Einen elenden Dichter tadelt man gar nicht, mit einem mittelmäßigen verfährt man gelinde, gegen einen großen ist man unerbittlich.«« Warum ist wohl nun Hugo's Werk, ungeachtet so vieler Mängel, noch immer classisch? weil durch dasselbe das Studium des römischen Rechtes einen Riesenschritt gemacht hat, weil Hugo der Schöpfer ganz neuer richtiger Ansichten ist, weil, was Schilling dagegen bemerkt, und andere Schriftsteller noch bemerken werden, nur zur Vervollkommnung Hugo's Werkes dienen kann, weil, wenn dasselbe nicht vorhanden wäre, Schilling und andere Rechtsgelehrte auf ihre Ansichten nicht verfallen wären, denn das Erfundene läßt sich leicht durch Beyträge vervollkommnen.

Kein Schriftsteller, er mag nun noch so hoch stehen, darf sich daher durch eine Kritik seines, selbst als classisch an-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0022

erkannten Werkes, wenn anders nur das darin enthaltene Verdienstliche anerkannt wird, gekränkt achten. Er müßte kein Denker seyn, wenn er nicht selbst seine Ansichten berichtigen oder vervollkommnen sollte, und er darf es daher auch der Mitwelt nicht verargen, wenn diese auch denkt, und zur Berichtigung seines Werkes Beyträge liefert. Jeder, er mag von der Gottheit mit noch so ausgezeichneten Geisteskräften begabt worden seyn, und durch rastlosen Fleiß sich alle Vorkenntnisse in einem noch so hohen Grade gesammelt haben, muß bedenken, es sey eine weise göttliche Einrichtung, daß es nie einem Menschen gelingen könne, im Gebiethe des Wissens ein vollendetes Meisterwerk zu liefern, weil sonst den Zeitgenossen und den kommenden Geschlechtern nichts, sich auszuzeichnen, erübrigen würde. Daß Kritiker literärischer, und insbesondere juridischer Werke, weil diese auf den Rechtszustand wesentlichen Einfluß nehmen, wünschenswerth sind, ist ein unbezweifelter und längst anerkannter Satz. Derselbe gilt jedoch nur von classischen, und nicht schlechten Werken. Letztere werden ohnehin dafür von den mittelmäßigsten Köpfen anerkannt; aber eine ganz andere Beschaffenheit hat es mit den erstern. Diese fördern eine Wissenschaft; und da ist es, besonders bey uns, wo für die Rechtswissenschaft noch so wenig Gründliches geleistet ist, wünschenswerth, damit solche Werke der strengsten Kritik unterzogen, in derselben vor allem andern das verdienstliche Fortschreiten ehrenvoll aufgestellt werde, und dann, damit der Kritiker, wenn er es anders vermag, auf Irrthümer aufmerksam mache, und diese zu berichtigen trachte. Dieses Beyspiel lieferten die Civilisten zu allen Zeiten; denn es ist nie von den besten Köpfen ein classisches Werk erschienen, daß nicht jederzeit die gelehrtesten Zeitgenossen ihre Ansichten darüber ausgesprochen hätten. Nur auf diesem Wege können allmählig

einzelne Rechtsgegenstände einstweilen als abgethan betrachtet werden, und nur so können wir allmählig zu einer österreichischen Rechtswissenschaft gelangen. Doch ich bin von dem Gegenstande der Abhandlung abgewichen, da ich doch eigentlich nur sagen wollte, daß die Abhandlung des Herrn Professors Wagner an ihrer Vortrefflichkeit selbst dann nichts verlieren kann, wenn ich in derselben einen Irrthum entdeckt hätte, zumahl da, wenn ja dieß nach meiner Ansicht wirklich der Fall seyn sollte, es sich um einen Irrthum handeln würde, in welchem, wie ich zeigen werde, wohl sämmtliche österreichische Rechtsgelehrte seit der Erscheinung des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 bis heute sich befunden haben.

V.

Um die Rechtsfrage aufstellen zu können, wie das Compensations-Recht eigentlich geltend zu machen sey, muß vorher der historische Theil dieses Rechtes erforscht werden, nähmlich ob und wie es bey uns vor Erscheinung des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 bestand, und durch welche Betrachtung es wieder verloren gegangen sey?

Vor Erscheinung unserer Gerichtsordnung bestand das Compensations-Recht wohl unbezweifelt in den meisten österreichischen Provinzen nach Vorschrift des römischen Rechtes; denn es ist nicht wahrscheinlich, daß die damahls in den einzelnen Provinzen bestandenen einheimischen Gesetze darüber eigene Vorschriften enthalten sollten, weil dieser Fall gewöhnlich dann eintrat, wenn es sich um ein solches Rechts-Institut handelte, welches, wie das Compensations-Recht, ein reiner Ausfluß der Rechts-Philosophie ist, wobey daher die in frühern Zeiten in privatrechtlichen Anordnungen ohnehin karg gewesene Gesetzgebung

keine Veranlassung, etwas zu ändern, finden konnte, und eben deßwegen in solchen Fällen das zur Aushülfe angenommene römische Recht seine volle Wirksamkeit äußerte. Dieser Fall trat in dem Erzherzogthume Oesterreich wirklich ein, denn dessen Gesetzsammlung [1]) enthält kein Gesetz, welches über das Compensations-Recht verfügt; daher fand dasselbe ganz nach dem römischen Rechte Statt, wie es auch Herr Professor Wagner im §. 4 seiner Abhandlung bezeugt [2]).

VI.

Es frägt sich daher, worin das innere Wesen der Compensation nach dem römischen Rechte, oder was das Nähmliche ist, nach der Rechts-Philosophie, bestehe? Da ich im Verfolge der Abhandlung den Beweis würde führen müssen, daß, in Bezug auf diesen Gegenstand, die Anordnung unseres Gesetzbuches im Wesentlichen mit jener des römischen Rechtes in Uebereinstimmung stehe; so will ich diesen Beweis bereits jetzt liefern, und in dieser Absicht die auf vorliegende Frage einschlagenden §§. des Gesetzbuches wörtlich stellen, und zur Auffassung einer schnellen Uebersicht die römischen Texte beyfügen; woraus die volle Ueberzeugung hervorgehen wird, daß unser Gesetzbuch einen kurz gefaßten Auszug aus dem Justinianischen Rechte enthalte.

§. 1438. Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, die richtig, gleichartig und so beschaffen sind, daß eine Sache, die dem

---

[1]) Siehe Codex austriacus. Wien 1704 — 1777 in 6 Bänden.

[2]) Böhmen machte jedoch von dieser Regel eine Ausnahme, wie ich zeigen werde.

einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem andern entrichtet werden kann; so entsteht, in so weit die Forderungen sich gegen einander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt.

§. 1442. Wenn eine Forderung allmählig auf Mehrere übertragen wird, so kann der Schuldner zwar die Forderung, welche er zur Zeit der Abtretung an den ersten Inhaber derselben hatte, so wie auch jene, die ihm gegen den letzten Inhaber zusteht, in Abrechnung bringen, nicht aber auch diejenige, welche ihm an einen der Zwischeninhaber zustand.

§. 1443. Gegen eine den öffentlichen Büchern einverleibte Forderung kann die Einwendung der Compensation einem Cessionar nur dann entgegengesetzt werden, wenn die Gegenforderung ebenfalls, und zwar bey der Forderung selbst eingetragen, oder dem Cessionar bey Uebernehmung der letztern bekannt gemacht worden ist.

§. 1109. Nach geendigtem Bestandvertrage muß der Bestandnehmer die Sache zurückstellen. Weder die Einwendung des Compensations-Rechtes, noch selbst des frühern Eigenthumsrechtes kann ihn vor der Zurückstellung schützen.

1. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. L. 1. D. de compens.

2. Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. L. 2. D. eod. tit.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0026

3. Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere. L 3. D. eod. tit.

4. Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto. L. 10. §. 1. D. eod. tit.

5. Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. L. 14. D. eod. tit.

6. Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet. L. 18. D. eod. tit.

7. Si constat, pecuniam invicem deberi: ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. L. 4. C. eod. tit.

8. Sed et in stricti juris judiciis, ex praescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure apperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, — — excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus. §. 30. J. de act.

9. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit. L. ult. C. §. 1. eod. tit. [1]).

---

[1]) Ich finde es überflüssig den Beweis zu führen, daß auch die übrigen §§. des Gesetzbuches, die von den Erfordernissen der Compensation handeln, fast durchgehends mit dem römischen Rechte in Uebereinstimmung stehen, weil es bey gegenwärtiger Abhandlung nur darauf ankömmt, ob beyde Gesetzgebungen mit der Compensation die nähmlichen rechtlichen Wirkungen verbinden.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0027

Aus der Vergleichung der bezogenen §§. unseres Gesetzbuches mit dem römischen Rechte, geht nun der untrügliche Beweis hervor, daß nach beyden Gesetzgebungen das innere Wesen der Compensation ganz das nähmliche sey; denn nach beyden bewirkt sie eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeit, weil sie die Wirkung einer gegenseitigen Zahlung hat, daher auch als Einwendung mit der nähmlichen Wirkung, wie die Einwendung der Zahlung, von dem Beklagten in der Einrede entgegengesetzt werden kann. Ja das römische Recht geht noch weiter als unser Gesetzbuch, indem derjenige, dem ein Compensations-Recht zusteht, wenn er dennoch belangt wird, sogar die exceptionem doli entgegenzusetzen, und wenn er aus Irrthum Zahlung geleistet hatte, das Bezahlte mittelst der condictio indebiti zurück zu verlangen berechtigt wird.

VII.

Darin ist nun auch der Charakter der Compensation in Oesterreich zur Zeit bestanden, als die Gerichtsordnung am ersten May 1781 erschien. Wenn man nun den §. 62 erwägt, in welchem es heißt: Wenn der Beklagte berechtigt zu seyn glaubt, wider den Kläger zu klagen, steht ihm frey, diese seine Widerklage bey eben dem Richter, bey welchem er geklagt wird, einzureichen, und zwar so lange, bis über die Klage selbst ein Endurtheil ergangen ist. Doch soll er seine Widerklage besonders einreichen, und nicht befugt seyn, sie mit seiner Einrede zu vermengen; — wenn ferner auf das Hof-Decret vom 1. Julius 1782 Rücksicht genommen wird, welches lautet: Der Fall, daß dem Kläger eine Schlußschrift gestattet werden

könne, ohne dem Beklagten die Gegenschlußschrift zuzulassen, seye nicht möglich. Denn, bringt der Beklagte in der Einrede Neuerungen an, um sich gegen die Klage zu vertheidigen, und also das Klagrecht von sich abzuleiten, so habe es bey dem §. 55 der Gerichtsordnung sein Verbleiben; wollte aber Beklagter Neuerungen beybringen, um seinerseits sowohl eine Forderung zu stellen, so sey ihm solches gemäß §. 62 nicht gestattet, sondern derselbe anzuweisen, die Widerklage insbesondere anzubringen, wo sodann der Rechtszug in seiner Ordnung ohnehin fortlaufe; so hätte allerdings bereits der Zweifel rege gemacht werden können, ob, da Gegenforderungen, ohne daß das Gesetz jene ausnimmt, die ein Compensations-Recht begründen, auf Einbringung einer Widerklage verwiesen worden sind, dadurch das Compensations-Recht nicht außer Wirksamkeit gesetzt worden sey? Doch dieß geschah damahls vielleicht nur aus dem Grunde noch nicht, weil es im §. 83 der Gerichtsordnung heißt: Daß im Falle eines Concurses jene, welche bis an den in dem Edicte bestimmten Tag ihre Forderungen nicht angemeldet haben, nicht mehr anzuhören sind, wenn ihnen auch ein Compensations-Recht gebührte; denn aus dieser Gesetzstelle veroffenbart sich, der Gesetzgeber habe das Compensations-Recht durch die Gerichtsordnung nicht beheben wollen. Doch, als das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 erschien, in welchem es heißt: daß auch das Compensations-Recht in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden müsse, — und da ferner in der Hof-Resolution vom 31. October 1785 angeordnet wurde, daß wegen angebrachter Widerklage der

Rechtszug und die Schöpfung des Urtheils in der Hauptsache keineswegs zu hemmen sey; so wurde das Compensations-Recht aus folgender Betrachtung als behoben betrachtet. Dieses Recht äußert sich seiner wesentlichen Eigenschaft nach dadurch, daß es der Beklagte in der Einrede als Einwendung entgegensetzen darf, indem er die Behauptung aufstellt, dem Kläger gebühre keine Forderung, weil sie in dem Momente, wo die Gegenforderung des Beklagten entstand, ohne weiters, ganz wie im Falle der geleisteten Zahlung, wieder erloschen ist. Das Compensations-Recht muß daher, wenn es anders bestehen soll, als Einwendung in der Einrede angebracht werden können, indem dasselbe keineswegs ein selbstständig bestehendes Recht etwas zu fordern, sondern nur das, aus der getilgten Verbindlichkeit hervorgehende Recht ist, von jedem fernern Anspruche frey zu seyn [1]). Da nun der Beklagte durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 angewiesen war, seine Gegenforderung durch eine Widerklage geltend zu machen, so schloß man daraus, daß ihm das Recht benommen worden sey, die Einwendung der Compensation in der Einrede entgegenzusetzen; denn man konnte sich nicht mehr den Fall als möglich denken, daß von nun an noch der Beklagte die Einwendung der Compensation in der Einrede entgegensetzen, und der Richter in seinem Urtheile das Forderungsrecht des Klägers wegen der Gegenforderung des Beklagten als behoben erklären könnte, es sey denn, daß, wie es im Hof-Decrete vom 27. September 1792 heißt, der Kläger in der Replik freywillig Rede und Antwort gegeben hätte. Es bestand daher nur noch eine freywillige, nicht aber auch eine nothwendige oder gesetzliche Compensation. Die hieraus in der

[1]) Siehe Professor Wagner's Abhandlung über die Compensation, §. 7.

Prax entstehende Folge war, daß dem Beklagten, welcher gegen die Klage keine andere Einwendung, als jene der Compensation, hatte, nichts anderes erübrigte, als zu zahlen, und seine Forderung durch die Widerklage geltend zu machen, aber oft ohne erwünschten Erfolg, weil sein Schuldner das Empfangene inzwischen vergeudet hatte [1]). Dieselbe Wirkung äußerte sich kraft einer rechtsanalogischen Folgerung auch im Falle eines Concurses; denn der Concurs-Gläubiger konnte seit Erscheinung jenes Hof-Decretes, wodurch das Compensations-Recht als behoben betrachtet wurde, in seiner Anmeldungsklage nur den Zuspruch seiner Forderung nebst der gesetzmässigen Classe verlangen, in welcher er aber oft nichts oder wenig empfing; dagegen belangte ihn der Vermögens-Verwalter auf jenes, was er in die Masse schuldig war, und das von ihm Bezahlte fiel den in eine bessere Classe versetzten Gläubigern zu [2]).

VIII.

Seit Erscheinung des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 gab es daher bey uns kein gesetzliches Compensations-Recht mehr. Dieß galt als ein Axiom, und als ich im Jahre 1790 die Advocatie in Prag antrat, hätte es keinem Richter und keinem Advocaten nur träumen können, daß dasselbe in der Einrede als Einwendung gegen den Willen des Klägers geltend gemacht werden könnte. Doch mit 1. Januar 1812 trat die Wirksamkeit unseres Gesetzbuches ein, und da dasselbe das Compensations-Recht im vollen Sinne des römischen Rechtes, wie ich bereits gezeigt habe, wie-

---

[1]) Siehe Wagner's Abhandlung über die Compensation, §§. 5, 6 und 7.

[2]) Siehe Wagner's Abhandlung über die Compensation, §. 30.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0031

der einführte, weil demselben in dem §. 1438 die Eigenschaft einer Zahlung und ausdrücklich die Wirksamkeit der Aufhebung der gegenseitigen Forderungen beygelegt, und dasselbe im §. 1109 und 1443 als eine Einwendung erklärt wird; so konnte auch aus den vom Herrn Professor Wagner in seiner Abhandlung §§. 13—18 angegebenen Gründen kein Zweifel mehr über die Richtigkeit der Ansicht erhoben werden, daß der Beklagte die Einwendung der Compensation in der Einrede entgegenzusetzen, und auf gänzliche oder theilweise Abweisung des Klägers, ganz, wie im Falle einer geleisteten vollen oder theilweisen Bezahlung, zu dringen berechtiget seyn müsse. Aus dieser Betrachtung wurde gefolgert, daß der Beklagte nicht mehr nach dem Wortlaute des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 verhalten werden könne, das Compensations-Recht durch eine Widerklage, wodurch es wieder verloren gehen müßte, geltend zu machen [1].

IX.

Doch ungeachtet dieser Gründe, welche die Advocaten in Böhmen in den Satzschriften nach Inhalt der Abhandlung des Herrn Professors Wagner gehörig unterstützten, beharrten die Justiz-Behörden Böhmens bey dem vor eingetretener Wirksamkeit des Gesetzbuches bestandenen Grundsatze, daß das Compensations-Recht, nach Vorschrift des bezogenen Hof-Decretes, noch immer mittelst einer Widerklage geltend gemacht werden müsse, und dieß aus dem Grunde, weil das Gesetzbuch nur über das Materielle, nähmlich was Rechtens seyn soll, dagegen die Gerichtsordnung über das Formelle, nähmlich über die Art und

[1] Siehe §. 14 der Professor Wagner'schen Abhandlung.

Weise, wie die durch das Gesetzbuch begründeten Gerechtsame geltend zu machen sind, die Verfügung treffe; da aber das Gesetzbuch der Gerichtsordnung nicht derogiren kann — welches auch unser Gesetzgeber dadurch deutlich ausgesprochen hat, weil es im vierten Absatze des Kundmachungs-Patentes unseres Gesetzbuches heißt: daß durch dasselbe nur jene Gesetze aufgehoben werden, welche sich auf die Gegenstände des Gesetzbuches beziehen, von welcher Eigenschaft doch die Gerichtsordnung und andere auf das Formelle Bezug nehmende Gesetze nicht sind — so müsse auch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787, in welchem es heißt: daß Compensations-Rechte in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden müssen, fernerhin beobachtet werden.

X.

Gegen diese Ansicht läßt sich im Allgemeinen erwiedern, daß zwar das Gesetzbuch der Gerichtsordnung dann nicht derogire, wenn bey Beobachtung der letztern die Vorschriften des erstern ihre volle Wirksamkeit beybehalten können. So wie aber der verkehrte Fall eintritt, folglich, wenn bey Beobachtung der Gerichtsordnung, oder eines auf dieselbe sich beziehenden Gesetzes, die Wirksamkeit einer im Gesetzbuche aufgestellten Vorschrift verloren gehen müßte — welcher Fall doch in Bezug auf die im Gesetzbuche gegründete Einwendung der Compensation eintreten würde, wenn sie durch eine Widerklage geltend gemacht werden müßte, — so derogire das Gesetzbuch allerdings der Gerichtsordnung, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil, wenn zwey sich widersprechende Gesetze so zusammenstoßen, daß bey Beobachtung des einen Gesetzes das andere nicht mitbeobachtet werden kann, jederzeit dem später erlassenen der

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0033

Vorzug eingeräumt werden müsse (§. 9. G. B.). Nun aber ist das Gesetzbuch später als das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 erflossen, ersteres muß daher in Bezug auf die Compensation streng beobachtet, und das erwähnte Hof-Decret, weil es das Compensations-Recht verhindert, als behoben betrachtet werden. Doch, behebt denn dieses Hof-Decret das Compensations-Recht wirklich? Dieß ist die wichtige Frage, welche einer gründlichen Untersuchung unterworfen werden muß.

XI.

Es bestehen nun zwey Hauptansichten über das Compensations-Recht; welche ist wohl die richtige? — Meiner Meinung nach keine von beyden, so wie sie dermahl von den Advokaten in der Prax gehandhabt werden, sondern ich stelle eine Mittelmeinung auf. Der Beklagte, dem ein Compensations-Recht zusteht, muß dem Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 Genüge leisten, folglich dasselbe mittelst einer Widerklage geltend machen, das heißt, er muß das Recht seiner Gegenforderung in einem besondern Prozesse darthun, und hat er darüber ein günstiges Urtheil erwirkt, so gelangt er erst dadurch zu der Berechtigung, die Einwendung der Compensation in der Einrede entgegenzusetzen, und ich liefere über die Richtigkeit dieser Ansicht den Beweis.

XII.

Als das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 erschien, und die damahligen Rechtsgelehrten die Idee auffaßten, daß durch dasselbe das Compensations-Recht aufgehoben worden sey; so war dieß, meiner Ansicht nach, ein offenbarer Irrthum, welcher sich, wie eine Erbsünde, bis auf

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0034

die jetzige Zeit fortgepflanzt hat. Daß dieß ein Irrthum war, beweiset das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 selbst; denn dasselbe lautet: daß auch Compensations-Rechte in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden müssen. Wo erscheint wohl nun in diesem Gesetze ein Wort, woraus sich noch so dunkel entnehmen ließe, der Gesetzgeber habe die Absicht gefaßt, das Compensations-Recht aufheben zu wollen. Aus diesem Hof-Decrete ist vielmehr offenbar zu entnehmen, daß der Gesetzgeber dieses Recht noch forthin in seiner Wirksamkeit habe erhalten wollen; denn es heißt ja in demselben, daß Compensations-Rechte in Gestalt einer Widerklage angebracht werden sollen. Nimmt man zugleich Rücksicht auf den von mir bereits bewiesenen Sinn, welcher zur Zeit dieses erlassenen Gesetzes mit dem Compensations-Rechte verbunden war, nähmlich, daß durch dasselbe im vollen Sinne des römischen Rechtes, daher auch in Uebereinstimmung mit unserem Gesetzbuche (§§. 1438 — 1443) eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten, in so weit die Forderungen sich gegen einander ausgleichen, folglich eine Einwendung, die in der Einrede entgegengesetzt werden darf, verstanden worden sey; — so besteht ja der Sinn des vorliegenden Hof-Decretes mit andern Worten darin, daß die Compensation, die ihrer Wirkung nach eine Einwendung der Zahlung, und eine Aufhebungsart der Verbindlichkeit ist, durch eine Widerklage geltend zu machen sey. Durch dieses Hof-Decret wurde daher die Compensation als eine Einwendung nicht behoben, sondern vielmehr in dieser Eigenschaft offenbar bestätigt. Hätte der Gesetzgeber diese Eigenschaft beheben wollen, so hätte er ausdrücklich sagen müssen, er hebe die Compensation als Einwendung auf, er hätte aber nicht sagen können, daß das Compensations-Recht in Gestalt einer ordentlichen Wi-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0035

derklage angebracht werden müsse, weil dadurch nicht auf eine Behebung, wohl aber nur auf die Form, wie sie geltend zu machen sey, hingedeutet wird. Ja er hätte dieselbe um so mehr ausdrücklich beheben müssen, als er sie in voller Bedeutung, welche in ihr liegt, durch den §. 83 der Gerichtsordnung, welcher wörtlich in dem §. 29 der Concurs-Ordnung aufgenommen erscheint, bestätigt hatte, denn in beyden heißt es gleichstimmig: Jene, welche bis an den in dem Edicte bestimmten Tag ihre Forderungen nicht angemeldet haben, sind nicht mehr anzuhören, wenn ihnen auch ein Compensations-Recht gebührte. Folglich, wenn sie in die Masse schuldig wären, müßten sie, ungeachtet des Compensations-Rechtes, so ihnen sonst zu Statten gekommen wäre, ihre Schuld abtragen. Nimmt man nun auf dieses so klar abgefaßte Gesetz Rücksicht, so muß doch Jedermann zulassen, daß durch jenes Hof-Decret das Compensations-Recht nicht aufgehoben worden sey [1]).

XIII.

Man wird mir dagegen erwiedern, daß die Aufhebung durch jenes Hof-Decret zwar nicht geradezu, wohl aber stillschweigend dadurch geschehen sey, weil, wenn die Ge-

---

[1]) Der Herr Appellations-Vice-Präsident Ritter von Pratobevera sagt im 7ten Bande seiner Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege: Die Josephinische Prozeßordnung hat das civilrechtliche Compensations-Recht nicht aufgehoben, denn der §. 29 der C. O., und das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 setzen das Compensations-Recht ausdrücklich als bestehend voraus.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0036

genforderung in Gestalt einer Widerklage anzubringen ist, eben dadurch verbothen worden sey, sie als Einwendung in der Einrede anzubringen, und daß, wenn dieß der Fall ist, die Compensation, ihres Charakters beraubt, sich von selbst behebe. — Doch darin besteht eben der Irrthum; denn da das Compensations-Recht in jener Zeit wirklich gesetzlich bestand, und in jenem Hof-Decrete nicht behoben, sondern vielmehr wirklich bestätigt worden ist, jedoch die Form, in welcher es geltend gemacht werden sollte, dasselbe zu zerstören schien, so hätten die Rechtsgelehrten jener Zeit aus folgenden Gesichtspuncten ausgehen sollen. Das Compensations-Recht hat bey uns nach den Grundsätzen des zur Aushülfe angenommenen römischen Rechtes bestanden. Unser Gesetzgeber hat auch dasselbe durch den §. 83 der Gerichtsordnung und §. 29 der Concurs-Ordnung ausdrücklich wiederhohlt zum Gesetze erhoben, und in dem Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 hat er es nicht nur nicht behoben, sondern durch dasselbe wirklich abermahl bestätigt, weil es darin heißt, daß es in Gestalt einer ordentlichen Widerklage anzubringen sey. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß es als Einwendung noch immer bestehe. Doch da die zur Pflicht gemachte Einbringung einer Widerklage dasselbe aus dem Reiche der Einwendungen auszuschließen bedroht, so hätten die Rechtsgelehrten jener Zeit auf das Mittel bedacht seyn sollen, damit die Form nicht das Materielle verschlinge, welches ein juridischer Unsinn seyn würde; denn jedes Gesetz muß so interpretirt werden, damit jeder Widerspruch behoben werde, weil angenommen werden müß, der Gesetzgeber könne sich nicht widersprechen, um so minder, daß er, was doch im gegenwärtigen Falle angenommen werden müßte, eine in die Augen springende Unrichtigkeit ausgesprochen habe, nähmlich, daß er in dem Momente, wo er einem Rechts-Institute die Sanction ertheilt,

demselben eine solche Form habe vorschreiben wollen, die es wieder zerstören würde.

XIV.

Den Rechtsgelehrten jener Zeit sind ungeachtet der nach Vorschrift des Gesetzes einzubringenden Widerklage, zwey Mittel zu Gebothe gestanden, und biethen sich auch heute noch dar, dem Compensations-Rechte die Eigenschaft einer in der Einrede anzubringenden Einwendung zu erhalten. Das erste und zwar vorzüglichste Mittel kann, wie es nicht anders vorauszusetzen ist, nur aus dem klaren Sinne des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 selbst hervorgehen. Dessen Sinn ist nähmlich offenbar nur dieser: daß das Recht des Beklagten, die Forderung des Klägers durch seine Gegenforderung aufzuheben, durch eine Widerklage geltend gemacht werden müsse; dieß heißt, der Beklagte muß in einer einzubringenden Klage seine Gegenforderung beweisen, und dieß vermöge der bekannten Rechtsregel: Liquidum cum illiquido non potest compensari. Ist nun dieß der Sinn des Hof-Decretes, so leuchtet es auch ein, daß, in wie lange über die Widerklage kein Urtheil erfolgt ist, der Beklagte zur Bezahlung des gegen ihn eingeklagten Betrages nicht verurtheilt werden könne, sondern daß das Verfahren über die Vorklage inzwischen eingestellt bleiben müsse. Doch die Wichtigkeit dieses Gegenstandes fordert eine ausführliche Erörterung, und ich will daher das Benehmen, welches der Beklagte vor Erscheinung unseres Gesetzbuches beobachten sollte, practisch angeben.

XV.

Nach zugestellter Klage hat der Beklagte die Widerklage

einzubringen, und in derselben ungefähr Folgendes zu sprechen: Vermöge der Klage A bin ich von Johann aus einem von mir ausgestellten Schuldscheine auf einen Betrag von 1000 fl. geklagt, welche ich zwar rechtmäßig schuldig geworden bin, aber durch die fällige Gegenforderung von 1000 fl., die mir der Kläger, vermöge des von ihm an mich ausgestellten Schuldscheines B als einen Kaufschilling für ihm verkauftes Getreide schuldet, getilgt habe. Da mich aber das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 anweist, die dem Compensations-Rechte zum Grunde liegende Gegenforderung mittelst einer Widerklage geltend zu machen; so komme ich dieser Pflicht durch gegenwärtige Widerklage nach. Die Richtigkeit meiner Gegenforderung beweist der von dem Beklagten durchaus eigenhändig geschriebene und unterschriebene Schuldschein B. Eben so ist auch aus demselben die Fälligkeit bewiesen, weil der Kläger mir die Zahlung bereits vor einem Monathe leisten sollte, und ich bitte daher zu erkennen, daß mir Johann 1000 fl. rechtmäßig schuldig, und dadurch die von ihm gegen mich eingeklagte Forderung von 1000 fl. als aufgehoben zu betrachten sey, derselbe daher verurtheilt werde, den von mir ausgestellten, in seinen Händen noch immer befindlichen, der Klage unter A beyliegenden Schuldschein, wogegen ich ihm seinen Schuldschein B einzuhändigen erbiethig bin, binnen 14 Tagen zurückzustellen [1]). — In der Widerklage ist die Schlußbitte vorsichtsweise keineswegs nur auf den Zuspruch

[1]) Da ich bey gegenwärtiger Abhandlung nur die Form, wie das Compensations-Recht geltend zu machen ist, festzusetzen beabsichte, so steht es außer dem Umfange derselben, in dem aufgestellten Beyspiele auf Nebenumstände, als, auf Zinsen, oder selbst auf den gewöhnlichen Fall Rücksicht zu nehmen, wenn sich die gegenseitigen Forderungen nicht ausgleichen.

des eingeklagten Betrages und Verurtheilung des Beklagten zur 14tägigen Zahlung, sondern auf Erkenntniß des Compensations-Rechtes zu stellen, weil das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 anordnet, daß das Compensations-Recht, folglich keineswegs nur die Gegenforderung, in Gestalt einer Widerklage angebracht werden solle. In dem Widerklags-Prozesse ist daher auch der geeignete Ort, an welchem die Frage, ob das Compensations-Recht Platz greife oder nicht, z. B. weil die Gegenforderung noch nicht fällig, oder nicht gleichartig ist u. s. w., zu verhandeln ist.

XVI.

Nach eingebrachter Widerklage sollte der Beklagte ein Gesuch um Suspendirung des Verfahrens über den Vorklags-Prozeß auf so lange, bis über den Widerklags-Prozeß ein rechtskräftiges Urtheil vorliegen wird, überreichen. In diesem Gesuche sollte ungefähr folgende Sprache geführt werden: Johann hat mich vermöge der Klage A wegen eines Betrages von 1000 fl. geklagt, die ich ihm zwar rechtmäßig schuldig geworden bin, aber durch die Gegenforderung von 1000 fl., die er mir laut Schuldschein B schuldet, getilgt habe. Da das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 Compensations-Rechte nicht aufhebt, sondern vielmehr bestätigt, und nur die Form bestimmt, wie sie — nähmlich durch eine Widerklage anzubringen sind; so bin ich dieser Vorschrift dadurch nachgekommen, daß ich durch die Widerklage C die Richtigkeit meiner Gegenforderung und des daraus entspringenden Compensations-Rechtes dargethan habe. Ich bitte nun zu erkennen, daß das Verfahren über die gegen mich eingebrachte Klage in so lange eingestellt zu bleiben habe, als über den Widerklags-Prozeß nicht ein rechtskräftiges Urtheil erwirkt seyn wird. — Diese Bitte ist durch folgende Gründe zu unterstützen.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0040

XVII.

Es ist zwar wahr, daß dieser Bitte der todte Buchstabe der Hof-Resolution vom 31. October 1785, in welcher es heißt: daß wegen eingebrachter Widerklage der Rechtszug und die Schöpfung des Urtheils in der Hauptsache keineswegs zu hemmen sey, im Wege stehe; aber der deutlich hervorleuchtende Geist des Gesetzes unterstützt dieselbe; denn der Gesetzgeber hat das Compensations-Recht im Allgemeinen, folglich im vollen Sinne des römischen Rechtes, nähmlich als eine Einwendung mit der Wirkung einer geschehenen Zahlung, so wie es aus dem §. 83 der Gerichtsordnung zu ersehen ist, ausdrücklich zum Gesetze erhoben, und das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 hat, seinem klaren Inhalte nach, das Compensations-Recht, folglich auch dessen Eigenschaft als Einwendung bestätigt. Da nun kein Gesetz erflossen ist, welches das Compensations-Recht oder dessen Eigenschaft aufgehoben hätte; so ist dasselbe auch jederzeit als eine Einwendung, welche ihrer Natur nach in der Einrede entgegen zu setzen ist, in voller Wirksamkeit verblieben. Der Sinn des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787, welches Compensations-Rechte auf Anbringung einer Widerklage anweiset, kann daher kein anderer, als nur dieser seyn, daß, wenn dem Beklagten die Einwendung der Compensation gebührt, er den Beweis über seine Gegenforderung durch eine besondere Klage herstellen müsse; so wie er aber dieß durch ein erwirktes Urtheil erfüllt hat, daß er dann erst die Einwendung: seine Verbindlichkeit sey aufgehoben — in der Einrede entgegen zu setzen berechtigt werde. Nur diese und keine andere Interpretation des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 kann als die richtige angenommen werden, weil ohne dieselbe die Form das Materielle vernichten, folglich ein Widerspruch im Gesetze entstehen würde.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0041

Wenn nun durch die anzubringende Widerklage der Beweis über die Einwendung der Gegenforderung verschafft werden muß, so veroffenbaret sich dadurch, daß auf gegenwärtigen Fall, wo um Einstellung des Verfahrens eingeschritten wird, nicht die Hof-Resolution vom 31. October 1785, in welcher es heißt: daß wegen angebrachter Widerklage der Rechtszug in der Hauptsache nicht zu hemmen sey, sondern die §§. 37 und 38 der Gerichtsordnung angewendet werden müssen, in welchen es heißt: daß, wenn der Beklagte seine Einrede binnen der bestimmten Frist nicht erstatten könnte, er eine Frist ansuchen, und die Ursachen, die ihn dazu nöthigen, wie auch die Zeit, die zur Beyschaffung seiner Behelfe erforderlich ist, anzeigen und standhaft darthun solle. Nun aber ist im Falle eines zustehenden Compensations-Rechtes der Beklagte vom Gesetze angewiesen, das Behelf über seine Gegenforderung sich durch ein Urtheil zu verschaffen, welches über die von ihm anzubringende Widerkluge erfließen wird, und er wird eben dadurch nicht nur berechtigt, bis zur Fällung dieses Urtheils von Zeit zu Zeit Erstreckungen, sondern zugleich bis dahin die Suspendirung des Verfahrens zu erlangen, weil er offenbar darthut, daß er sich früher das Behelf zu verschaffen nicht im Stande sey. — Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß nach der Gerichtsordnung auf Suspendirung des Verfahrens nicht gedrungen werden könne, weil es im §. 38 heißt, daß der Richter keine Frist, welche die gesetzliche überschreitet, bewilligen soll; denn das Hofkanzley-Decret vom 26. März 1821 enthält eine rechtsanalogische Entscheidung. In demselben heißt es nähmlich: »Wenn im Laufe des Prozesses eine bestimmte Person eines Verbrechens oder einer schweren Polizey-Uebertretung auf solche Art angeklagt wird, daß die Beschuldigung für eine zur Einleitung

der Untersuchung hinreichende rechtliche Anzeige zu halten ist, so muß, in so fern der Erfolg dieser Untersuchung auf die Entscheidung der Streitsache wesentlichen Einfluß haben könnte, bey dem Civil-Gerichte das rechtliche Verfahren eingestellt, und das Erkenntniß des Strafgerichtes abgewartet werden. »Wenn nun der §. 7 des Gesetzbuches nicht wirkungslos werden soll, so muß auch im Falle einer eingebrachten, das Compensations-Recht begründenden, Widerklage, weil der darüber entstehende Rechtsstreit auf die Entscheidung des Vorklags-Prozesses wesentlichen Einfluß nimmt, das Verfahren des letzteren eingestellt, und das Erkenntniß über den Widerklags-Prozeß abgewartet werden. — Doch es bedarf weder einer Berufung auf dieses rechtsanalogische Gesetz, weil die Hof-Resolutionen vom 14. Junius und 11. September 1784 dem Richter gestatten, nach Einvernehmung des Gegentheiles eine, die gesetzmäßige Frist übersteigende, Fristerweiterung zu bewilligen, und zwar nach Vorschrift der §§. 37 und 38 auf eine so lange Zeit, als der Gesuchswerber zur Beyschaffung seiner Behelfe nothwendig zu haben, standhaft dargethan hat. Nun aber liegt es klar vor, daß ein rechtskräftiges Urtheil nicht früher verschafft werden kann, als bis es gefällt, und in Rechtskraft erwachsen seyn wird; folglich muß auch bis dahin die Frist zur Erstattung der Einrede bewilligt werden, welches ich aber nicht Ansuchung einer Frist, sondern der Einstellung des Verfahrens nenne; denn durch erstere ist doch wohl nur ein solches Gesuch zu verstehen, wodurch eine bestimmte, nicht aber auch eine unbestimmte, von der Eintretung eines Ereignisses abhängige, Zeit zur Erstattung einer Satzschrift verlangt wird.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0043

XVIII.

Die Hof-Resolution vom 31. October 1785 kann daher nur auf jene Widerklagen Anwendung finden, von welchen im §. 62 im Allgemeinen gesprochen wird, denen aber kein Compensations-Recht zum Grunde liegt. Daß dieß der gesetzliche Sinn sey, beweiset der §. 83 der Gerichtsordnung, welcher das Compensations-Recht sanctionirt, und zugleich das von mir eben vorgeschlagene Verfahren, nähmlich, daß nach erwirktem Urtheile über die Widerklage, in der Einrede die Einwendung der Compensation entgegengesetzt werden könne, auf die einleuchtendste Art vorschreibt. In demselben heißt es nähmlich: »Jene, welche bis an den in dem Edicte bestimmten Tag ihre Forderung nicht angemeldet haben, sind nicht mehr anzuhören, wenn ihnen auch ein Compensations-Recht gebührte. Folglich, wenn sie in die Masse schuldig wären, müßten sie ungeachtet des Compensations-Rechtes ihre Schuld abtragen.« Aus diesem klaren Wortlaute stellen sich nun folgende klare Ergebnisse dar:

a. Das Compensations-Recht soll in Concurs-Fällen Statt finden;

b. der dazu Berechtigte muß jedoch seine Forderung anmelden, das heißt, er muß durch eine förmliche Klage seine Forderung rechtfertigen (§. 79 G. O.), damit ihre Liquidität hergestellt werde.

c. Wenn er seine Klage einbringt, und, wie es sich von selbst versteht, darüber ein günstiges Urtheil erwirkt, so ist er sodann mit seinem Compensations-Rechte anzuhören, und kann nicht verhalten werden, das, was er in die Masse schuldig ist, in dieselbe abzutragen.

d. Wenn derselbe an die Concurs-Masse keine Forderung

stellen, folglich keine Klage einbringen, sondern abwarten wollte, bis er von dem Vermögensverwalter geklagt wird, um sodann von jenem Betrage, welchen er in die Masse schuldig ist, seine Gegenforderung in Abrechnung zu bringen, folglich um die Einwendung der Compensation entgegenzusetzen; so vermag er dieß nach Verstreichung der Edictal-Frist nicht mehr, weil er bereits von der Rechtfertigung seiner Forderung mittelst Einbringung einer Klage, ausgeschlossen ist.

e. Das Verfahren, welches einzutreten hat, besteht nun offenbar darin, daß der Concurs-Gläubiger über sein Forderungsrecht die Liquidations-Klage einzubringen hat, und daß, wofern er sodann von dem Vermögensverwalter auf Zahlung dessen, was er schuldig ist, belangt wird, er in der Einrede die Einwendung der Compensation entgegenzusetzen berechtigt seyn werde.

f. Die Einwendung der Compensation kann daher in der Einrede nicht entgegengesetzt werden, wenn die Gegenforderung nicht durch eine eigene Klage gerechtfertigt worden ist.

g. Zur Zeit, als diese Einwendung entgegengesetzt wird, muß zugleich die Gegenforderung bereits durch Urtheil als richtig dargestellt seyn, und dasselbe der Einrede beygelegt werden; denn, da es eine wesentliche Bedingung des Gesetzes ist, die Gegenforderung müsse durch eine eigene Klage gerechtfertigt werden; so kann in der Einrede, in welcher die Einwendung der Compensation entgegengesetzt wird, der Beweis über die Richtigkeit der Forderung nicht angetragen werden, und sollte es dennoch versucht werden, so würde die Zurückweisung des Compensations-Rechtes eine unvermeidliche Folge seyn.

h. Da nun das Gesetz dem Concurs-Gläubiger, welcher seine Forderung eingeklagt hat, das ihm gebührende

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0045

Compensations-Recht vorbehält, so folgt daraus, daß, wenn derselbe von dem Vermögensverwalter auf Einzahlung dessen, was er in die Masse schuldig ist, geklagt wird, aber über seine Liquidations-Klage noch kein Urtheil erwirkt hat, er die Einstellung des Verfahrens auf so lange anzusuchen berechtigt seyn müsse, bis er das Urtheil über seine Forderung erwirkt hat, welches nach klarer Vorschrift des Gesetzes, die einzige zulässige Stütze seines Compensations-Rechtes ist [1]).

XIX.

Daraus geht nun die wichtige Folgerung hervor, daß, da im Falle eines Concurses gegen eine von dem Vermögensverwalter gestellte Klage die Einwendung der Compensation nur dann in der Einrede entgegengesetzt werden kann, falls die derselben zum Grunde liegende Gegenforderung durch ein Urtheil gerechtfertigt erscheint, dieses Verfahren nicht nur bey dem Concurs- sondern zugleich auch bey dem gewöhnlichen Civil-Prozesse Platz greifen müsse, denn:

a. der §. 83, welcher diesen Grundsatz für den Concurs ausspricht, ist ja in der Gerichtsordnung selbst enthalten, und da in derselben in keiner andern Stelle von dem Compensations-Rechte, und der Form, in welcher es geltend zu machen ist, eine ausdrückliche Erwähnung vorkommt; so muß auch diese Form jederzeit beobachtet werden. Ja dieselbe läßt sich um so minder nur auf den Fall des Con-

---

[1]) Der Herr Appellations-Vice-Präsident, Ritter von Pratobevera, stellt im 7. B. seiner Materialien für Gesetzkunde, S. 372—376, das Verfahren in Concurs-Fällen auf eben diese Weise auf.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0046

curses beschränken, als dieser §. wörtlich aus dem §. 26 der Concurs-Ordnung entnommen ist, daher zugleich in der Gerichtsordnung wohl auch deßwegen erscheint, weil derselbe einen allgemein geltenden Grundsatz enthält.

b. Daß der Rechtsforscher so schließen müsse, konnte der Weisheit des Gesetzgebers nicht entgehen, weil dieser Schluß eine Geburt der von ihm angeordneten Rechts-Analogie und des Satzes ist: Der Gesetzgeber widerspreche sich nicht in seinen Anordnungen. Er würde sich aber widersprechen, wenn jener Grundsatz nicht auch in dem gewöhnlichen Civil-Prozesse, da doch ganz die nähmlichen Gründe eintreten, Anwendung finden sollte.

c. Ja es würde überdieß noch folgender höchst auffallender Widerspruch entstehen. Ich habe bewiesen, daß im Falle eines Concurses das Compensations-Recht Platz greife, welches aber nur dann in der Einrede geltend gemacht werden kann, wenn die Gegenforderung vorher mittelst einer besondern Klage gerechtfertigt worden ist. Wofern nun vermöge der Gerichtsordnung, und zwar aus Veranlassung des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 kein Compensations-Recht Statt finden möchte, so würde die Folge davon diese seyn, daß im Falle eines Concurses die Gläubiger das Compensations-Recht, folglich ein Erlöschungsrecht ihrer Verbindlichkeit erst erwerben würden, welches sie sonst im gewöhnlichen Civil-Prozesse nicht hätten genießen können. — Würde dieß nicht die höchste Inconsequenz seyn?

XX.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß, da durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 das Compensations-Recht im gewöhnlichen Civil-Prozesse aufgehoben seyn soll,

diese Aufhebung auch auf den Concurs-Prozeß Einfluß nehmen müsse. Ich könnte dagegen erwiedern, daß, wenn man die Anordnung des §. 83 aus dem Grunde, weil in demselben vom Concurse die Rede ist, auf den Concurs-Prozeß beschränken, und nicht auf den Civil-Prozeß ausdehnen will, auch verkehrt jenes Hof-Decret, weil es den gewöhnlichen Civil-Prozeß voraussetzt, auf denselben zu beschränken sey, und nicht auf den Concurs-Prozeß ausgedehnt werden dürfe. Doch meine Ansicht benöthigt dieser Stütze nicht, sondern ich finde sie in dem Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 selbst. In demselben heißt es: Auch Compensations-Rechte müssen in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden. Wahrlich um einzusehen, daß diese Vorschrift die Aufhebung des, vermöge der Concurs-Ordnung Platz greifenden, Compensations-Rechtes nicht bewirken könne, bedarf es gar keiner mühsamen Erörterung, sondern nur der Aufmerksamkeit auf den klaren Wortlaut. In diesem Hof-Decrete heißt es nur, daß über das Compensations-Recht eine Klage eingebracht werden müsse; eben dasselbe ordnet aber ja der §. 83 gleichfalls an, ohne daß dadurch, wie ich gezeigt habe, die Wirksamkeit des Compensations-Rechtes gehindert wird.

XXI.

Durch diese Betrachtung bin ich dahin gelangt, meine Ansicht über den wahren Sinn des §. 62 der Gerichtsordnung und des Hof-Decretes vom 1. Julius 1782 auszusprechen. In beyden Gesetzstellen heißt es, daß, wenn der Beklagte eine Forderung zu stellen hat, derselbe eine Widerklage einzubringen habe. Es unterliegt keinem Zweifel, daß bereits diese Verordnungen auf alle Arten von Forde-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0048

rungen, folglich auch auf jene ausgedehnt werden müssen, die ein Compensations-Recht begründen sollen; denn diese Gesetzstellen unterscheiden zwischen den Arten der Forderungen nicht, folglich darf man auch nicht unterscheiden, und dieß um so minder, als, da der Gesetzgeber im §. 83 der Gerichtsordnung angeordnet hat, daß im Falle eines Concurses der zur Compensation berechtigte Gläubiger, um diese Einwendung entgegensetzen zu können, sein Forderungsrecht in einer eigenen Klage geltend machen müsse, sich daraus die nothwendige Schlußfolge ergibt, daß im §. 62 und dem Hof-Decrete vom 1. Julius 1782 eben derselbe Sinn liege; denn Folgerichtigkeit im System ist ein unverkennbarer Vorzug der österreichischen Gesetzgebung. Daraus veroffenbaret sich nun auch, daß, da in dem spätern Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 es heißt: Auch Compensations-Rechte müssen in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden, der Gesetzgeber dadurch nichts Neues angeordnet, in der Gerichtsordnung daher keine Aenderung vorgenommen, sondern nur das ausgesprochen habe, was bereits durch den §. 83 deutlich angeordnet war, aber von den damahligen Rechtsgelehrten nicht verstanden werden wollte.

XXII.

Bewiesen ist es nun, daß durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 das Compensations-Recht nicht behoben worden sey, und auch nicht behoben werden konnte; denn, da vermöge des §. 83 die für dieses Recht vorgeschriebene Form eben darin besteht, daß man, um die Einwendung der Compensation in der Einrede anbringen zu dürfen, die Gegenforderung vorher durch eine besondere Klage gerechtfertigt haben muß; so kann ja dieses Hof-Decret, welches

doch nur einen, im §. 83, folglich in der Gerichtsordnung, bereits aufgestellten Grundsatz nochmahls ausspricht, das Compensations-Recht unmöglich aufgehoben haben. Unbegreiflich ist es nun auch, wienach bey Erscheinung dieses Hof-Decretes die Idee, daß durch dasselbe das Compensations-Recht aufgehoben worden sey, Wurzel fassen, und bis auf unsere Zeit sich fortpflanzen konnte!

XXIII.

In der Anordnung der Form, daß die Gegenforderung durch eine Widerklage geltend gemacht werden muß, liegt die höchste Weisheit, und es gibt noch keine Gesetzgebung, die diesen Rechtsgegenstand, nach den Grundsätzen der Rechts-Philosophie, bereits so richtig durchdrungen, und ein so zweckmäßiges Mittel aufgefunden hätte, den Schwierigkeiten zu begegnen, die sich in der Prax der Geltendmachung des Compensations-Rechtes entgegen stellen. — Diese Schwierigkeiten sind folgende: Denke man sich den Fall, daß dem Beklagten was immer für eine Einwendung, z. B. jene des wesentlichen Irrthumes, oder der Furcht, gegen die eingeklagte Forderung gebühre, und derselbe zugleich ein Gläubiger des Klägers sey. In einem solchen Falle wird er nun die Richtigkeit des Klaggegenstandes in Abrede stellen, welchen der Kläger vielleicht durch einen Zeugenbeweis darzuthun sich anbiethet. Der Beklagte aber wird in Folge der Voraussetzung zugleich einwenden, daß, wenn er ja auch ein Schuldner des Klägers wäre, er dennoch zur Zahlung nicht verhalten werden könne, weil er eine Gegenforderung hat, welche er vielleicht gleichfalls durch einen Zeugenbeweis darzuthun bemüht ist. Denke man sich nun noch den Fall hinzu, daß der Kläger gegen den Zeugenbeweis des Beklagten in der Replik einen erheblichen

Gegenbeweis durch Zeugen, vielleicht gar zugleich den Beweis über den Umstand anbiethen möchte, daß die vorgebliche Gegenforderung des Beklagten durch eine ganz andere Forderung des Klägers, worüber er vielleicht abermahls den Beweis durch Zeugen oder Kunstverständige anträgt, durch Compensation erloschen sey [1]), wogegen aber der Beklagte in der Duplik vielleicht wieder den Beweis der Zahlung durch Zeugen anträgt; so würde der Rechtsfall, zumahl, wenn man sich noch hinzudenken will, daß das eine oder andere Compensations-Recht aus einer weitschichtigen Rechnung entspringe, so verwickelt werden, daß der Richter keine Norm finden würde, nach welcher er das Urtheil zu fällen hat; denn vermöge des §. 169 kann zwar der Richter einem Theile den Beweis durch Zeugen auftragen, und dem Gegentheile einen Gegenbeweis durch Zeugen vorbehalten, aber es besteht kein §., welcher den Richter berechtigen möchte, gegen den, dem einen Theile vorbehaltenen Gegenbeweis zugleich einen Beweis, und dem andern abermahl einen Gegenbeweis, und gegen diesen wieder einen andern Gegenbeweis vorzubehalten, daher in dem nähmlichen Urtheile auf einen vierfachen, nach einander folgenden, Beweis durch Zeugen zu erkennen. Die innere Einrichtung unserer Gerichtsordnung ist daher von einer solchen Beschaffenheit, daß sich der Compensations-

[1]) Wie man den Grundsatz faßt, daß die Einwendung der Compensation, ohne eine Widerklage einbringen zu müssen, in der Einrede entgegengesetzt werden könne, so muß man auch zulassen, daß der Kläger ebenfalls in der Replik, und eben so auch der Beklagte wieder in der Duplik zur Rechtfertigung der Gegenforderungen, wovon die eine die andere aufhebt, zugelassen werden müßten, weil Niemanden das Recht benommen werden kann, die Einwendung der Zahlung entgegen zu setzen.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0051

Prozeß in dem Vorklagsprozesse gar nicht durchführen läßt. Die Verwirrung muß vollends die höchste Stufe erreichen, wenn der Beklagte sein Compensations-Recht auf mehrere, vielleicht aus verschiedenen Titeln entspringende Gegenforderungen stützt, welche doch vermöge des §. 4 der Gerichtsordnung nicht in der nähmlichen Klage, folglich auch nicht in der nähmlichen Einrede, weil sich der Beklagte als Kläger aufwirft, angebracht werden dürfen. Denke man sich endlich noch den Fall hinzu, daß jede dieser Gegenforderungen durch eine andere Beweisart unterstützt werde, und der Kläger gegen jede einen Gegenbeweis, und nebst dem noch den Beweis über andere Gegenforderungen antrage, durch welche jene als aufgehoben zu betrachten sind, — läßt es sich wohl nur vermuthen, daß eine so weise Gesetzgebung, wie die österreichische, zu einem solchen Chaos Schutz anbiethen wolle?

XXIV.

Doch der Geltendmachung der Compensation, ohne durch eine Widerklage über die Richtigkeit der Gegenforderung ein Urtheil erwirkt zu haben, stellt sich noch ein wichtiger Uebelstand entgegen; denn, wenn der Beklagte in der Einrede die Einwendung der Compensation entgegen stellen will, so wirft er sich dadurch offenbar als Kläger auf, indem er behauptet, daß der Kläger sein Schuldner sey. Er muß daher auch als Kläger auftreten, folglich seine Gegenforderung durch eine besondere Klage, und nicht in der Einrede geltend machen. Der Kläger würde sonst gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit sich verkürzt achten müssen, indem derselbe gegen die in der Einrede gestellte Forderung sich nur in der Replik vertheidigen könnte, da doch das Gesetz, das heißt, die Gerechtigkeit,

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0052

jedem Beklagten zwey Satzschriften, und letzterem mit der Eigenschaft einräumt, daß er der Letztsprechende seyn soll, weil er sich gegen die Anmaßung des Klägers vertheidigt. Ja es würde sogar der verkehrte Fall eintreten, weil der Beklagte, welcher in der Einrede als Kläger auftritt, noch die Duplik, daher zur Begründung seines Klagrechtes für sich zwey Satzschriften, der Kläger aber als Beklagter zu seiner Vertheidigung nur eine, nähmlich die Replik, für sich haben würde, und dabey sich gefallen lassen müßte, daß sein Kläger der letzte sprechen dürfe, welches doch von den wichtigsten Folgen ist.

XXV.

Dagegen wird zwar erwiedert, daß es ja dem Kläger freystehe, zu verlangen, damit er zur Schlußschrift (Triplik) zugelassen werde; doch nach welchem Gesetze? Vermöge des §. 55 kann ja der Kläger nur dann zu einer Schlußschrift zugelassen werden, wenn der Beklagte in der Duplik Neuerungen angebracht hat. Da ich aber voraussetze, daß der Beklagte in seiner Einrede die gesammten Beweise über seine Gegenforderung, und in seiner Duplik keine Neuerungen angebracht habe, so würde ja dem Kläger jeder Anhaltspunct mangeln, sein Ansuchen, zur Schlußschrift zugelassen zu werden, unterstützen zu können. Doch angenommen sogar, daß der Kläger zur Schlußschrift zugelassen werden könnte, so wird ja der Beklagte als Kläger zur Gegenschlußschrift zugelassen werden müssen; denn in dem Hof-Decrete vom 1. Julius 1782 heißt es: Der Fall, daß dem Kläger eine Schlußschrift gestattet werden kann, ohne den Beklagten zur Gegenschlußschrift zuzulassen, seye nicht möglich. — In einem solchen Falle ergibt sich daher abermahl ein offenbarer Uebelstand, nähmlich, daß

der Beklagte, welcher in der Einrede als Kläger auftritt, drey Satzschriften zur Rechtfertigung seines Klagrechtes, der Kläger aber als Beklagter zu seiner Vertheidigung nur zwey Satzschriften für sich haben würde.

XXVI.

Diesem doppelten Uebelstande läßt sich nun, wenn anders das Compensations-Recht aufrecht erhalten werden soll, durch kein Mittel zweckmäßiger, als durch die Form begegnen, welche durch den §. 83 und das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 der Geltendmachung des Compensations-Rechtes vorgeschrieben ist, nähmlich, daß dasselbe durch eine Widerklage geltend zu machen sey, und nachdem es durch ein Urtheil dargethan ist, in der Einrede als Einwendung entgegengesetzt werden könne; denn dann kann der Richter, indem er über die Richtigkeit einer doppelten Forderung, in zwey verschiedenen Verfahren, zu erkennen hat, in keine Verlegenheit verwickelt werden, und der Kläger, welcher durch die Einwendung der Compensation Beklagter wird, gelangt zu der doppelten Vertheidigungsschrift, welche, ohne ungerecht zu werden, dem Beklagten nie benommen werden kann. Noch mehr, bey diesem Verfahren wird auch jeder von beyden Theilen nur so viel Satzschriften für sich haben, als das in der Gerichtsordnung aufgestellte System ausspricht, von welchem eine Ausnahme aufzustellen, sich gar kein Grund denken läßt. Man könnte vielleicht den Vorschlag machen, daß zur Aufrechthaltung dieses Grundsatzes der Gerechtigkeit die Gesetzgebung anordnen konnte, daß, wenn in der Einrede die Einwendung der Compensation entgegengesetzt wird, fünf Satzschriften, folglich dem Kläger eine Schlußschrift, dem Beklagten aber keine Gegenschlußschrift gestattet werden

könne. Doch dabey würde noch immer ersterer Uebelstand fortdauern, und dieser ist für sich ganz allein betrachtet so wichtig, daß er dem Gesetzgeber bereits hinreichenden Grund anbiethet, die Absonderung der Klaggegenstände anordnen zu müssen, weil es sich wirklich um zwey von einander verschiedene, mit einander im Wesentlichen in keinem Zusammenhange stehende Rechtsstreite handelt. Dem Richter, wenn er einen lichtvollen Vortrag erstatten will, erübrigt auch nichts anderes, als denselben ganz in der Art zu verfassen, als wenn er über zwey verschiedene Prozesse vorzutragen hätte, und die Entscheidungsgründe müssen ebenfalls in eben dieser Art abgefaßt werden, denn der Richter hat in denselben den Beweis zu führen, daß sowohl die Forderung des Klägers, als auch des Beklagten dargethan worden sey, oder durch die angetragenen Beweismittel noch dargethan werden müssen. Da nun ein Rechtsverhältniß, welches seiner natürlichen Beschaffenheit nach mit einem andern nichts gemein hat, und mit demselben auch in keinem Zusammenhange steht, nach dem Lichte der Vernunft abgesondert beurtheilt werden muß; so läßt sich auch kein Grund ersinnen, warum Forderung und Gegenforderung in einem und demselben Rechtsstreite verhandelt werden sollten, zumahl da, wenn ja der Kläger aus dem Grunde, weil der Beklagte in der Duplik zur Begründung seiner Gegenforderung neue Behelfe beygebracht hat, zur Schlußschrift zugelassen werden möchte, in welchem Falle dem Beklagten die Gegenschlußschrift nicht verweigert werden könnte (Hof-Decret vom 1. Julius 1782), den Streitenden es unbenommen bleiben würde, in beyden letzten Schriften ohne allen Grund noch immer über die Forderung des Klägers zu verhandeln, da doch diese Verhandlung (§. 55) durch vier Satzschriften geschlossen seyn soll.

XXVII.

Gegen die aufgestellte Ansicht befürchte ich eine Einwendung. Das dem Beklagten gebührende Compensations-Recht stehe mit der gegen ihn gerichteten Klage im nächsten und nothwendigen Zusammenhange, weil das Compensations-Recht seiner Natur nach nichts anderes, als die Einwendung der Zahlung ist; da es nun gegen die Rechtsphilosophie seyn würde, die Einwendung der Zahlung auf eine Widerklage zu verweisen, so müsse auch das Nähmliche von der Einwendung der Compensation gelten. —

Doch es ist eine unrichtige Ansicht, wenn man die Einwendung der Compensation als eine wirkliche Einwendung der Zahlung betrachten wollte, da sich doch beyde so wesentlich von einander unterscheiden, denn:

a. durch Zahlung versteht man, wenn der Schuldner seinem Gläubiger das leistet, was er ihm zu leisten schuldig ist §. 1412. Im Falle einer Compensation leistet aber in der Regel der Schuldner seinem Gläubiger nichts in der Absicht, dadurch seine Verbindlichkeit zu tilgen. Dieser Fall liegt nicht nur dann offenbar vor, wenn der Schuldner eine Forderung gegen seinen Gläubiger mittelst Cession an sich bringt, sondern gewöhnlich auch dann, wenn er durch einen spätern Vertrag den Gläubiger sich verpflichtet, z. B. wenn er ihm eine Sache auf Borg verkauft §. 1063; denn es muß ja in einem solchen Falle vorausgesetzt werden, daß der Schuldner die Sache dem Gläubiger nicht an Zahlungsstatt gegeben habe §. 1414, weil, wenn dieß der Fall ist, dem Beklagten nicht die Einwendung der Compensation oder Abrechnung, wohl aber jene der Zahlung gebühren würde. Doch wenn ja auch der Schuldner, welcher seinem Gläubiger etwas auf Borg verkauft, die Absicht gefaßt hätte, einst die Einwendung der Compensation

entgegenzusetzen, so hatte vielleicht sein Gläubiger bey Uebernahme der Sache auf Borg berechtigt eine andere Absicht, z. B. wenn seine Forderung in drey Monathen fällig wird, dagegen aber seine Verbindlichkeit aus dem Borggeschäfte vielleicht erst in einem Jahre eintritt, sein beklagter Schuldner aber die Erstattung der Einrede unter verschiedenen Vorwänden zu verzögern sucht, bis auch sein Forderungsrecht fällig wird, um dann die Einwendung der Compensation entgegensetzen zu können.

b. Im Falle einer Bezahlung liegt nur ein Recht und eine Verbindlichkeit, im Falle der Compensation aber ein doppeltes Recht und eine doppelte Verbindlichkeit zum Grunde.

c. Im ersten Falle kann daher auch nur ein einziger Rechtstitel, im zweyten Falle aber muß ein doppelter, vielleicht ganz verschiedener Rechtstitel vorausgesetzt werden.

d. Im ersten Falle läßt sich in der Regel nur die dem Beklagten gebührende Einwendung der Zahlung, im zweyten Falle aber läßt es sich sehr wohl denken, daß jedem Theile verschiedene und mehrere Einwendungen nebst jener der Compensation gebühren können.

e. Wer im Falle eines Concurses seine Forderung nicht anmeldet, verliert, wenn er sodann geklagt wird, die Einwendung der Compensation, nicht aber die Einwendung der Zahlung.

f. Im Falle der Zahlung kommen beyde Theile ausdrücklich mit einander überein, daß die Verbindlichkeit aufgehoben werden soll; im Falle einer Compensation aber wird die Verbindlichkeit nur vermög einer von dem Gesetze fingirten Einwilligung aufgehoben; denn die Einwendung der Zahlung hat ihren Grund im strengen Naturrechte, welche daher auch durch kein bürgerliches Gesetz benommen werden kann, weil man zur Zahlung dessen, was man bereits bezahlt hat, nicht mehr verhalten werden kann.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0057

Dagegen läßt es sich nicht behaupten, daß das Compensations-Recht im strengen Naturrechte selbst den Grund habe; denn dasselbe sagt uns nicht, daß eine Verbindlichkeit eine andere vermöge ihrer Wesenheit, folglich von selbst aufhebe, wohl aber, daß jede für sich erfüllt werden müsse, damit die Aufhebung derselben eintrete. Eben deßwegen fand auch das Compensations-Recht ehemahls weder in Frankreich und Sachsen [1]), noch in mehreren andern Provinzen, z. B. in Böhmen Statt [2]). Die Einführung des Compensations-Rechtes blieb daher dem vernünftigen Ermessen der Gesetzgebungen anheim gestellt, welchen sich hinreichende Staatsgründe angebothen haben, es zum Gesetze zu erheben; denn es ist jedem Privaten vortheilhafter, lieber nicht zu zahlen, als das Bezahlte wieder zurückfordern zu müssen [3]); das dem Einzelnen Vortheilhafte muß

---

[1]) Una obligatio alteram non tollit per se et naturaliter, sed cuilibet seorsim debet satisfieri, ut liberatio sequatur. Schilteri praxis juris romani exercit. ad D. 28. §. 15. Im Sachsenrechte, B. 3, Art. 12, heißt es: Welcher Mann auf den andern klagt, und jener wieder auf ihn, der vorerst klagt, der hat dem andern nicht zu antworten, er sey dann erst ledig von ihm.

[2]) Vermöge Landesordnung F. 24 findet gegen eine gültige Schuld keine andere Einwendung, als jene der Zahlung Statt, und vermöge F. 27 mußte die Gegenforderung durch eine besondere Klage bey dem Gerichte des Klägers geltend gemacht werden. Vermög den Stadtrechten J. 10 wurde der Richter wegen einer Gegenforderung des Beklagten nur angewiesen, zwischen den Streitenden einen Vergleich herzustellen; gelang ihm dieser nicht, so mußte über jeden Rechtsgegenstand abgesondert verhandelt werden.

[3]) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere. L. 3. D. de compensationibus.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0058

aber der Gesetzgeber auch als einen Staatsvortheil betrachten. Da nun die Einwendung des Compensations-Rechtes streng genommen nicht eben so, wie die Einwendung der Zahlung, auf Rechts-, sondern Billigkeits- und Staatsgründen beruht; so geht auch aus dieser Betrachtung hervor, daß dieselbe eben so, wie andere Rechts-Institute des permissiven Rechtes Beschränkungen unterliegen könne, welchen sie auch, wie ich weiter zeigen werde, in allen Staaten, denen der Ruhm einer rechtsphilosophischen Legislation gebührt, wirklich unterworfen worden ist.

XXVIII.

Die Einwendung der Compensation kann daher keineswegs als eine wirkliche Einwendung der Zahlung betrachtet werden, wohl aber läßt sich von derselben nur behaupten, daß in den von dem Gesetze bestimmten Fällen, in welchen sie Platz greift, die Wirkung einer Zahlung nur in dem Sinne eintrete, weil sie eben so wie diese, oder was immer für eine andere Erlöschungsart, z. B. jene der Entsagung, die Aufhebung der Verbindlichkeit bewirket. Nur dieser und kein anderer Sinn liegt auch offenbar in den Worten des §. 1438, wo es heißt: In so weit die Forderungen sich gegen einander ausgleichen, entsteht eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten, welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirket.

XXIX.

Wahr ist es, das es mit der Rechtsphilosophie im Widerspruche stehen würde, wenn der Beklagte verhalten werden möchte, die Einwendung der Zahlung durch eine Widerklage geltend zu machen, aber warum? Weil es

einem jeden Beklagten gestattet seyn muß, sich in der Einrede mittelst jeder, ihm zu Gebothe stehenden, Einwendung zu vertheidigen, folglich auch dieselbe in der Einrede anzubringen (§. 7. G. O.). Das Compensations-Recht begründet zwar nun auch eine Einwendung, und dieselbe muß daher ebenfalls in der Einrede angebracht werden können, aber nicht eher, als bis über die Gegenforderung durch eine besondere Klage der Beweis hergestellt ist. Die Ursache des Unterschiedes ist doch einleuchtend; denn im erstern Falle behauptet der Beklagte, daß seine Verbindlichkeit durch die Leistung dessen, was er schuldig war, von dem klagenden Gläubiger selbst behoben worden sey, im letztern Falle aber behauptet er, daß, da er gleichfalls Gläubiger des Klägers ist, dieser sich die Abrechnung gefallen lassen muß. Die Behauptung, man sey ein Gläubiger eines Andern, muß aber jederzeit durch eine Klage dargethan werden (§. 62. G. O.), und wird dieser Beweis durch ein Urtheil hergestellt, so wird man auch dann erst, und nicht früher, zur Einwendung der Compensation berechtigt.

XXX.

Doch ich befürchte noch mehrere Einwendungen, gestützt auf einige Gesetze, aus welchen gefolgert werden will, daß vor eingetretener Wirksamkeit unseres Gesetzbuches das Compensations-Recht wirklich gesetzlich aufgehoben worden sey. Diese Gesetze sind folgende:

I. Der §. 62 der Gerichtsordnung, welcher lautet: Wenn der Beklagte berechtigt zu seyn glaubt, wider den Kläger zu klagen, steht ihm frey, diese seine Widerklage bey eben dem Richter, bey welchem er geklagt wird, einzureichen,

und zwar so lange, bis über die Klage selbst ein Endurtheil ergangen ist. Doch soll er seine Widerklage besonders einreichen, und nicht befugt seyn, sie mit seiner Einrede zu vermengen. — Allein was will man wohl aus diesem §. folgern? Derselbe ist entweder auch auf solche Forderungen auszudehnen, die ein Compensations-Recht zum Grunde haben, oder nicht. Im letztern Falle kann er meiner Ansicht nicht entgegen stehen, im erstern aber, welches, wie ich im XXI. Absatze bewiesen habe, die richtige Ansicht ist, dient er mir zu einem wichtigen Stützpuncte; denn da es im §. 83 im Einklange mit dem §. 29 der Concurs-Ordnung heißt: Jene, welche bis an den in dem Edicte bestimmten Tag ihre Forderungen nicht angemeldet haben, sind nicht mehr anzuhören, wenn ihnen auch ein Compensations-Recht gebührt; folglich müßten sie ungeachtet des Compensations-Rechtes ihre Schuld abtragen; so ist es ja einleuchtend, daß der Gesetzgeber gewollt habe, damit das Compensations-Recht fortbestehen solle, und der §. 62 muß daher auf eine solche Art interpretirt werden, damit durch dessen Beobachtung jenes Recht nicht verloren gehe, nähmlich, daß der Beklagte zwar eben so, wie es im Falle eines Concurses geschehen muß, seine Gegenforderung durch eine Klage geltend zu machen habe, so wie er aber darüber ein Urtheil erwirkt hat, er die Einwendung der Compensation in der Einrede entgegen zu setzen berechtigt werde.

XXXI.

II. Das Hof-Decret vom 1. Julius 1782, in welchem es heißt: Wollte aber Beklagter Neuerungen

beybringen, um seiner Seits sowohl eine Forderung zu stellen, so sey ihm solches gemäß §. 62 nicht gestattet, sondern derselbe anzuweisen, die Widerklage insbesondere anzubringen, wo sodann der Rechtszug in seiner Ordnung ohnehin fortlaufe. Da dieses Hof-Decret nur eine Hinweisung auf die Anordnung des §. 62, folglich nichts Abweichendes von diesem §. enthält, so gilt eben dasselbe, was ich im vorhergehenden Absatze bemerkt habe.

XXXII.

III. Das Hof-Decret vom 27. September 1792, welches lautet: Wenn der Kläger auf eine, mit der Einrede vermengte, Widerklage in seiner Replik freywillig Rede und Antwort gegeben hat, kann der Richter darüber sein Amt unbedenklich handeln, und was Rechtens ist, erkennen. Aus diesem Hof-Decrete dürfte gefolgert werden, daß, da der Richter auf die in der Einrede angebrachte Gegenforderung nur dann Rücksicht nehmen dürfe, wenn der Kläger darauf in der Replik freywillig Antwort gibt, eben dadurch das gesetzliche Compensations-Recht aufgehoben worden sey. — Nach meiner Ansicht ist diese Behauptung unrichtig, weil in diesem Hof-Decrete eben so, wie in allen bereits berufenen Gesetzstellen, nur von dem durch eine Widerklage herzustellenden Beweise der Richtigkeit der Gegenforderung die Rede ist, welcher einzig und allein nicht in der Einrede, sondern in einer besonderen Klage angebracht werden muß. In wiefern es sich aber um die Einwendung der Compensation handelt, welche sich auf eine bereits durch Urtheil oder durch einen gerichtlich geschlossenen Vertrag bewiesene Gegenforderung gründet, so

ist aus dem erwähnten Hof-Decrete eben so wenig, wie aus was immer für einer andern Gesetzesstelle abzunehmen, daß dieselbe gegen den Willen des Klägers in der Einrede nicht als Einwendung entgegengesetzt werden dürfe. Das Hof-Decret vom 27. September 1792 ist daher auf den einzigen Fall zu beschränken, wenn der Beklagte in der Einrede ein Compensations-Recht geltend machen wollte, dessen Richtigkeit durch kein Urtheil dargethan ist.

XXXIII.

Wer der gegentheiligen Meinung beypflichten will, verwickelt sich in die offenbarste Folgenwidrigkeit, weil derselbe zu der unrichtigen Folgerung genöthigt seyn würde, behaupten zu müssen, daß, wenn der Beklagte zur Zeit der ihm zugestellten Klage vor eingetretener Wirksamkeit unseres Gesetzbuches über die Richtigkeit seiner Gegenforderung bereits ein Urtheil, oder einen gerichtlichen Vertrag in Händen hatte, derselbe dennoch in der Einrede die Einwendung der Compensation entgegen zu setzen nicht berechtigt gewesen sey. Offenbar unrichtig würde diese Folgerung seyn, weil ein solcher Beklagter zur Einbringung der Widerklage nicht verhalten werden konnte, indem Forderungen, die bereits durch Urtheil entschieden, oder durch einen gerichtlichen Vertrag abgethan sind, nicht zu einer nochmahligen Rechtsverhandlung verwiesen werden können, wohl aber ihrer Natur nach geeignet seyn müssen, sie in der Einrede als Einwendung entgegen zu setzen, und dieß um so mehr, als ein solcher Beklagter sogar berechtigt ist, aus dem Grunde seiner Gegenforderung, die gegen ihn eingeklagte Forderung, in wiefern es zur Ausgleichung nothwendig ist, sich gerichtlich einantworten zu lassen, und diese Einantwortung in der Einrede entgegen zu setzen, und

nicht zu etwas angehalten zu werden, wozu er nicht mehr verpflichtet ist.

XXXIV.

Durchaus zeigt es sich überhaupt, daß bey Beurtheilung des gegenwärtigen Rechtsgegenstandes es einzig und allein auf die Frage ankomme, ob vor eingetretener verbindenden Kraft des Gesetzbuches der Beklagte, dem ein Compensations-Recht gebührte, und welcher nach Vorschrift des Hof-Decrets vom 15. Januar 1787 die Widerklage eingebracht hatte, berechtigt war, ungeachtet der Hof-Resolution vom 31. October 1785 die Hemmung des Hauptverfahrens bis zur Austragung des Widerklags-Prozesses anzusuchen, welches doch, wie ich bewiesen habe, keinem Zweifel unterliegen kann; denn da ich die Ueberzeugung geliefert habe, daß das Compensations-Recht eben so wenig durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787, als durch ein anderes Gesetz aufgehoben, sondern vielmehr bestätigt worden sey; so war es Pflicht, ein Mittel aufzufinden, wodurch der, durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 vorgeschriebenen Form, Genüge geleistet, dabey aber das Compensations-Recht als Einwendung in voller Wirksamkeit erhalten werden konnte. Nun aber läßt sich doch gewiß kein zweckmäßigeres, mit der hervorleuchtenden Absicht des Gesetzgebers und der Rechtsphilosophie so innig verbundenes, und mit so klaren Gesetzen unterstütztes, ja im §. 83 der G. O. sogar deutlich ausgesprochenes Mittel, als das von mir aufgestellte, angeben.

XXXV.

Sollte jedoch, was wohl, zumahl in Böhmen, nicht zu

befürchten ist, dieses Mittel von den Gerichtsbehörden keinen Beyfall erhalten, so gibt es nur noch folgenden Ausweg. Der Beklagte müßte nach eingebrachter Widerklage die Einrede auf die Vorklage einbringen, und in derselben ungefähr folgende Sprache führen:

Mir gebührt gegen die eingeklagte Forderung von 1000 fl., die ich rechtmäßig schuldig geworden bin, eine Gegenforderung vom gleichen Betrage, deren Richtigkeit ich in beyliegender Widerklage darthue. Kein Gesetz hat das Compensations-Recht, folglich auch dessen Charakter, daß es eine Einwendung sey, welche Kraft dieser Eigenschaft in der Einrede entgegengesetzt werden kann, aufgehoben, sondern die Gerichtsordnung und die darüber erschienenen nachträglichen Gesetze, haben nur die Form bestimmt, wie sie geltend zu machen sey, nähmlich, daß der Beweis über die Richtigkeit der Gegenforderung nicht in der Einrede, sondern durch eine Widerklage, geltend gemacht werden müsse. Hat nun der Beklagte diese Form beobachtet, so muß er auch berechtigt seyn, die Einwendung der Compensation in der Einrede entgegenzusetzen, und die Bitte dahin zu stellen, damit er zur Zahlung des eingeklagten Betrages nur bedingt verurtheilt werde, falls er durch den Widerklags-Prozeß die Richtigkeit seiner Gegenforderung nicht darthun wird. Ein solches bedingtes Urtheil steht mit dem Geiste der Gerichtsordnung in vollkommener Uebereinstimmung, denn vermög derselben muß der Beklagte ebenfalls oft nur bedingt verurtheilt werden, falls er nämlich einen ihm aufgetragenen Beweis nicht herstellen wird. Der gegenwärtige Fall aber ist ganz identisch, weil der Sinn des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 offenbar kein anderer seyn kann, als, daß der Beklagte nur den Beweis über seine Gegenforderung durch ein, über die von ihm eingebrachte Widerklage erwirktes, Urtheil herzustellen habe,

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0065

übrigens aber die Einwendung der Compensation in der Einrede entgegen zu setzen berechtigt seyn müsse, weil dieselbe in jenem Hof-Decrete nicht behoben, sondern vielmehr bestätigt wird, und weil sonst das Hof-Decret eine Unwahrheit ausgesprochen haben würde, indem, wofern in der Einrede die Einwendung der Compensation nicht entgegengesetzt werden dürfte, der Beklagte ohne alle Abrechnung zur Zahlung verurtheilt werden müßte, es daher nicht wahr würde, daß durch die Widerklage das Compensations-Recht angebracht werden darf. Die Schlußbitte meiner Einrede stellte ich daher dahin, damit der Richter erkenne, ich sey die eingeklagte Forderung von 1000 fl. ganz, oder zum Theile binnen 14 Tagen, von dem Tage gerechnet, wo über den Widerklags-Prozeß ein rechtskräftiges Urtheil vorliegen wird, nur gegen dem zu bezahlen verbunden, falls in diesem Urtheile nicht die ganze Forderung oder ein Theil derselben durch meine Gegenforderung als ausgeglichen würde erkannt werden.

XXXVI.

Doch ich will den Fall annehmen, daß auch diese Ansicht in der Prax keinen Beyfall finden sollte, so würde daraus nur dieß gefolgert werden können, daß es bis zur eingetreteten Wirksamkeit des Gesetzbuches kein Irrthum der Rechtsgelehrten war, das gesetzliche Compensations-Recht sey durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 ganz aufgehoben worden. Daraus würde aber noch keineswegs gefolgert werden können, daß, nachdem unser Gesetzbuch das Compensations-Recht mit allen demselben zukommenden Eigenthümlichkeiten wieder hergestellt hat, dasselbe ohne Einbringung einer Widerklage ohne weiters in der Einrede als Einwendung angebracht werden dürfe; denn

die Gerichtsordnung ist es, welche die Form bestimmt, wie dieses Recht geltend zu machen sey, und dieselbe muß daher auch beobachtet werden, weil sich das Materielle des Rechtes jederzeit der vorgeschriebenen Form fügen muß.

Ungegründet würde die Einwendung seyn, daß die Anordnung des Gesetzbuches als eines spätern Gesetzes, die Vorschrift der Gerichtsordnung als des frühern Gesetzes, aufhebe; denn dieß ließe sich doch nur dann behaupten, wenn bey Beobachtung der Gerichtsordnung die Anordnung des Gesetzbuches sich nicht befolgen ließe; nun aber habe ich die Ueberzeugung verschafft, daß bey Beobachtung der Gerichtsordnung das Compensations-Recht in seiner vollen Kraft aufrecht erhalten werde, und es läßt sich daher kein Grund ersinnen, die Vorschrift der Gerichtsordnung als behoben betrachten zu wollen, da doch der §. 9 des Gesetzbuches bestimmt anordnet, daß Gesetze ihre Kraft behalten, bis sie von dem Gesetzgeber abgeändert, oder ausdrücklich aufgehoben werden. Wo besteht wohl nun ein Gesetz, welches die Vorschrift des §. 83 der G. O. und des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 aufgehoben oder abgeändert hätte? — Die §§. 1438 — 1443, welche das Compensations-Recht im Sinne des römischen Rechtes begründet haben, können doch wahrlich als keine Abänderungen betrachtet werden, indem keiner dieser §§. von der Form, wie dieses Recht anzubringen sey, eine Erwähnung macht, und auch keine machen konnte, weil eine Verfügung darüber nirgends, als nur in der Gerichtsordnung, am gehörigen Orte stehen kann. Es unterliegt somit auch keinem Zweifel, daß, wenn dermahl ein Beklagter eine zur Compensation geeignete Forderung besitzt, er dieselbe in einer Widerklage geltend machen, und dann zu einem der von mir nahmhaft gemachten, von dem Gesetze angebothenen zwey Rechtsmittel, von welchen jedoch unstreitig dem erstern der Vorzug gebührt, greifen müsse.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0067

XXXVII.

Daß die Beachtung dieser Form ein Ergebniß der höchsten gesetzlichen Weisheit sey, habe ich bereits dargethan; nur will ich noch den Beweis liefern, daß es bis jetzt keiner andern Gesetzgebung gelungen sey, eine gleich musterhafte Anordnung zu treffen. Es bedarf keiner besondern Einsicht um wahrzunehmen, daß die Gesetzgebungen nicht viel Erfahrung zu machen brauchten, sich die Ueberzeugung zu verschaffen, daß, um dem Compensations-Rechte Statt geben zu können, es nicht hinreiche, wenn die Gegenforderung des Beklagten nur gleichartig und fällig, und nicht zugleich richtig (liquid) ist. Diese Ueberzeugung faßten bereits die Römer, denn obschon es den Anschein hat, daß nach dem alten römischen Rechte auch eine noch nicht liquide Forderung in Abrechnung gebracht werden konnte [1]), so hat doch bereits Justinian angeordnet, daß die Compensation nur dann Platz greifen soll, wenn die Gegenforderung liquid, das heißt, richtig ist. Jedoch vermeinen die Civilisten, daß vermöge der Rechts-Analogie der L. 46. §. 4. D. de jure Fisci zur Herstellung der Liquidität ein Zeitraum von höchstens zwey Monathen gestattet werden dürfe, und dieß um allen den Uebelständen zu begegnen, die, wie ich gezeigt habe, aus einer unbedingt gestatteten Compensation herbeygeführt werden könnten [2]). Daraus haben die

---

[1]) L. 22. D. de Compensat. — et L. 3. D. de tut. et rat. distrah.

[2]) Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. — Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas, compensationes existant: nec

Civilisten vom ersten Range die Rechtsregel ausgebildet: liquidi cum illiquido nulla est compensatio. Diese Regel wurde zwar von mehreren Civilisten bestritten [1]), aber die Prax hat sie fast in ganz Deutschland aufgenommen, und eine Gegenforderung, deren Liquidität nicht sogleich (in continenti) oder binnen zwey Monathen dargethan werden konnte, wurde zurück, daher auf eine Widerklage verwiesen [2]); denn nur die Practiker sind es, welche die nachtheiligen Einwirkungen mancher von den Theoretikern unbedingt aufgestellten Grundsätze vollständig kennen lernen, und um nicht andere Grundfesten umstürzen zu lassen, nach jedem zu Gebothe stehenden zweckmäßigen Mittel greifen, Harmonie herzustellen. Auf diesem Wege ist der rechtsphi-

---

molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem allii judicio reservent. — L. 14. §. 1. C. de compens.

[1]) T. J. Reinharthi selectae observationes decis. V. 1. Observ. 69.

[2]) J. Schilteri praxis juris romani Exerc. ad D. 28. §. 27. A. Leyser in seinen Meditationes ad pandectas, Band 5, Medit 8, führt ein Urtheil von den Wittenbergischen Rechtsgelehrten an, nach dessen Inhalt, da der Beklagte einen Theil der Schuld durch Auftragung des Haupteides, und den andern Theil durch andere Beweismittel, vermuthlich durch Zeugen, zu beweisen sich angetragen hatte, zwar auf den Haupteid gesprochen, mit der andern Forderung aber der Beklagte ab- und auf eine Widerklage angewiesen worden ist. Auf den Haupteid wurde erkannt, weil der Beweis durch denselben als ein Beweis in continenti betrachtet wurde. Uebrigens ist nach dem neuern sächsischen Rechte, in Uebereinstimmung mit der L. 46. §. 4. D. de jure Fisci, zur Herstellung der Liquidität einer Gegenforderung ein Zeitraum von 6 Wochen bestimmt worden. Carpzhov. p. 1. c. 8. d. 13.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0069

losophische Theil des römischen Rechtes auf der Prätur ausgebildet worden. Mit dieser practischen Ansicht stehen nun auch die neuesten Gesetzgebungen in Uebereinstimmung, und zwar das französische Gesetzbuch im §. 1291, wo es heißt: Die Compensation hat nur in Ansehung jener Forderungen Statt, welche liquid sind, — und das preußische Landrecht I. Thl. 16 T. §. 359. 362: sie findet nur dann Statt, wenn die Gegenforderung sogleich richtig oder liquid gemacht werden kann.

XXXVIII.

Aus diesen Maßregeln leuchtet nun auch ein, daß die vorzüglichsten Gesetzgebungen wirklich beflissen waren, den doppelten, von mir erwähnten, Uebelstand, daß, wenn der Beklagte in der Einrede was immer für eine noch nicht bewiesene Gegenforderung in Abrechnung bringen dürfte, die größten Verwirrungen entstehen müßten, und dem Kläger, als Beklagten, die vollständige Vertheidigung entzogen werden möchte, dadurch zu beheben, daß eine noch nicht liquide Gegenforderung in der Einrede nicht als Einwendung entgegengesetzt werden dürfe. Doch jede Berufung auf fremde Gesetze ist für einen österreichischen Rechtsgelehrten überflüssig, weil es im §. 1439 unseres Gesetzbuches ebenfalls heißt: Zwischen einer richtigen und nicht richtigen Forderung findet die Compensation nicht Statt [1]).

---

[1]) Ein Compensations-Recht in seinem vollen Umfange, wie es Herr Professor Wagner als bestehend voraussetzt, hat wohl jederzeit nur in solchen Staaten bestanden, in welchen die Gesetzgebung sich, durch Erfahrung noch nicht belehrt, zur Beschränkung dieses Rechtes nicht veranlaßt gefunden hat. Ganz unbeschränkt bestand es daher auch nur bey den älte-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0070

XXXIX.

Es stellt sich nun die Frage dar, was durch eine richtige Forderung zu verstehen sey? Die Antwort kann doch nicht anders ausfallen, als, daß nur jene darunter verstanden werde, welche der Richter als eine solche anerkennen muß, ohne erst, um sich von ihrer Richtigkeit zu überzeugen, auf einen Beweis sprechen zu müssen; denn würde dieser noch erforderlich seyn, so würde ja ihre Richtigkeit noch von dem ungewissen Ausgange der Beweisführung abhängig, folglich die Forderung selbst noch nicht richtig seyn. Jeder Zweifel über die Richtigkeit dieser Ansicht verschwindet, wenn der §. 1439 erwogen wird, in welchem es heißt: »daß zwischen einer richtigen und nicht richtigen Forderung kein Compensations-Recht Statt finde«; denn, wenn durch eine unrichtige Forderung nicht jene, die in der Einrede noch als unbewiesen, obschon mit Beweismitteln unterstützt, erscheint, sondern jene zu verstehen seyn würde, deren Unrichtigkeit erst aus dem Urtheile hervorgehen wird, so würde ja dieß gar keine Forderung seyn, folglich auch in solch' einem Falle wegen Abgang des Objectes jede Möglichkeit eines Compensations-Rechtes verschwinden. Es läßt sich daher auch kein Zweifel darüber erheben, daß nach dem geistigen Sinne des §. 1438 und 1439 in der Einrede die Einwendung der Compensation nur dann entgegengesetzt werden könne, wenn die Richtigkeit der Gegenforderung bereits dort hergestellt ist, und nicht erst von einem künftigen richterlichen Spruche abhängt.

---

sten Deutschen unter Kaiser Carl dem Großen, wie es aus dessen Capitularien, und zwar aus dem siebenten Buche, Cap. 224 zu ersehen ist, wo es heißt: Wenn Jemand 10 einklagt, wo er doch entgegen 5 schuldig ist, soll er seine Forderung verlieren, weil er nicht compensiren wollte.

Wird dieser Gesichtspunct festgehalten, so läßt sich auch die daraus entspringende Folgerung nicht verkennen, daß der Beklagte nicht zugelassen werden kann, in der Einrede die Richtigkeit der Gegenforderung durch angetragene Beweise erst darthun zu wollen [1]; und ist dieß der Fall, so würde das Compensations-Recht nur auf den Fall zu beschränken seyn, wenn über die Gegenforderung bereits ein Urtheil, oder — was der Wirkung nach das Nähmliche ist — ein gerichtlich geschlossener Vertrag vorliegt, oder in der Replik das Eingeständniß des Klägers erfolgt (§§. 276, 284, 298 der G. O. und Hof-Decret vom 27. September 1792) [2], weil in allen andern Fällen der Gläubiger, wenn er anders vor den Gerichtsschranken gegen seinen Schuldner, welcher ihm Einwendungen entgegengesetzt, Glauben finden will, auf Erwirkung eines Urtheils angewiesen ist.

XXXX.

Bey diesem Stande der Dinge würde nun nach dem österreichischen Gesetzbuche allerdings nicht zu befürchten seyn, daß durch die in der Einrede entgegengesetzte

---

[1]) Siehe §. 9 und Nota a) zu §. 21 der Abhandlung des Herrn Professors Wagner über Compensation.

[2]) Requiritur ut debitum compensandum sit liquidum, ita, ut apperto jure nitatur, et de illo quid, quale et quantum sit, constet, vel ex adversarii confessione vel ex re judicata. Lauterbachius Disp. 149. §. 11. Carpzhov. part. 1. const. 8. def. 10. In eben diesem Sinne wird auch von sämmtlichen römischen Classikern der Ausdruck liquidum debitum genommen. Die Uebersetzung davon lautet richtige Schuld, und diesem technischen Ausdrucke darf daher auch kein anderer Sinn unterlegt werden.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0072

Einwendung der Compensation in den Prozeß-Acten eine Verwirrung entstehen, oder, daß der Kläger Ursache finden könnte, sich zu beklagen, daß ihm gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit zu seiner Vertheidigung eine Schrift benommen werde; denn der Richter wird ja auf die Compensation nur in dem Falle, wenn die in der Einrede gestellte Gegenforderung sich aus dieser Satzschrift als liquid darstellt, sprechen dürfen [1]).

Dieser Vortheil ist allerdings beträchtlich, aber er wird auf Kosten des Compensations-Rechtes errungen, weil dasselbe, wenn es nur im Falle einer bereits richtig gestellten, oder von dem Kläger als richtig anerkannten Gegenforderung Statt finden soll, fast nie Platz greifen wird, und dieß wohl meistens aus dem alleinigen Grunde, weil der Kläger unverschämt seine Gegenverbindlichkeit in Abrede stellt. Bey dieser Folgerung geräth aber jede, und insbesondere unsere Gesetzgebung, wenn anders die durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 vorgeschriebene Form als behoben betrachtet wird, in einen doppelten Widerspruch, und zwar erstens: weil, ungeachtet im §. 1438 der aus reiner Rechtsphilosophie abgeleitete Grundsatz aufgestellt wird, daß gegenseitige, richtige und gleichartige Forderungen, so weit sie sich gegen einander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten bewirken,

[1]) Eben so wenig wird in Preußen, Sachsen und andern Staaten, wo der Richter eine kurze Frist zur Herstellung der Richtigkeit der Gegenforderung einzuräumen hat, der Kläger eine Ursache zu einer Beschwerde finden, weil, wenn der Beklagte in dieser Frist die Richtigkeit herzustellen vermag, der Streit nicht als verwickelt gedacht werden kann. Da das französische Gesetzbuch mit dem unsrigen in Uebereinstimmung steht, so würde nach demselben das Nähmliche Rechtens seyn, was sich aus dem Inhalte des §. 1439 ergibt.

die aufgehobenen Verbindlichkeiten dennoch bloß deßwegen, weil der Eine unverschämt seine Verbindlichkeit in Abrede stellt, folglich ohne allen rechtlichen Grund wieder wirksam werden sollen, wodurch doch ein Grundpfeiler der Gerechtigkeit erschüttert wird. Zweytens, weil dadurch im Wesentlichen jede gesetzliche, folglich nothwendige Compensation, das heißt, eine solche, welche gegen den Willen des Andern Platz zu greifen hat, behoben wird; denn soll sie nur dann Statt finden, wenn die Gegenforderung bereits zur Zeit der zugestellten Klage durch Urtheil oder gerichtlichen Vertrag richtig gestellt ist, ohne daß man berechtigt seyn soll, die Richtigkeit derselben durch eine Widerklage herzustellen, und inzwischen die Einstellung des Verfahrens zu verlangen; so biethet sich dem Beklagten statt der Einwendung der Compensation im Allgemeinen ein kürzeres Mittel dar, seine Verbindlichkeit aufzuheben, nähmlich, wenn er im Executionswege (§. 314) sich die gegen ihn eingeklagte Forderung einantworten läßt.

Herr Dr. Carl Joseph Ritter von Pratobevera, Vice-Präsident des k. k. Ni. Oest. Appellationsgerichts und Mitglied der Hof-Commission in Justizgesetzsachen, hat im 7ten Bande seiner Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, in einer, obwohl dem Umfange nach kleinen, aber eben so wie in allen seinen Aufsätzen, an rechtsphilosophischen Ansichten und tiefem Eindringen in das Innerste der Rechtsinstitute reichhaltigen Abhandlung, unter dem Titel: Zur Erläuterung der Einwendung des Compensations-Rechtes in dem ordentlichen und Concurs-Prozesse — eine Ansicht geäußert, welche mit meiner in Uebereinstimmung steht. Derselbe erkennt nähmlich Seite 582 und 583 gleichfalls an, daß, da das Gesetzbuch zur Compensation gegenseitige, richtige Forderungen erheischt, keineswegs eine jede Gegenforderung,

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0074

die der Beklagte vielleicht erst durch weitläufige, angebothene Zeugenbeweise, Rechnungen und dergleichen, zu rechtfertigen bemüht ist, zur Einwendung in der Einrede geeignet seyn kann. Derselbe spricht sich ferner dahin aus: »Es scheint hier kein anderes Aushilfsmittel zur Verhüthung der Chicane und doch auch zur Sicherstellung und Geltendmachung einer wahren Compensation zu geben, als daß der Richter nach seinem Ermessen, wozu er nach dem §. 62 der Gerichtsordnung und dem Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 auch jetzt noch berechtigt ist, die Compensations-Fähigkeit in der Beziehung der Liquidität beurtheile, die schlechthin widersprochene Gegenforderung nicht darum allein ad separatum verweise, wodurch jede Einwendung der Compensation durch bloßes Abläugnen vereitelt werden könnte; sondern dem sich darauf berufenden Theile die Beweisführung eben so wenig, als bey der Einwendung der wirklichen Zahlung, verschränke, besonders wenn sie in continenti, z. B. bey widersprochenen Urkunden über die Gegenforderung, durch Auftragung des Diffessions-Eides möglich, oder auch des Klägers Forderung bestritten und von einer längern Beweisführung abhängig ist.« Daß diese Ansicht, welche jedoch der Herr Appellations-Vice-Präsident, wie es die von ihm gewählten Worte: »es scheint« bezeichnen, nicht als ausgemacht richtig erklären wollte, sich mit der Rechtsphilosophie ganz vereinigen lasse, bewähren die bis jetzt bestehenden, musterhaftesten Gesetzgebungen; denn sowohl das römische Recht, als auch das preußische Landrecht gehen, wie ich im §. XXXVII gezeigt habe, aus

dem nähmlichen Grundsatze aus, in Folge dessen, vermöge des in der Note c des §. XXXVII bezogenen Wittenbergischen Urtheiles, ebenfalls auf den Diffessions-Eid, nicht aber auf den Zeugenbeweis gesprochen worden ist. — Doch um diese Meinung nach dem österreichischen Rechte als die wirklich richtige aufzustellen, mangelt es uns an einem einheimischen Gesetze, und in wie lange daher ein solches nicht erfließt, erübrigt wohl auch nichts anderes, als meiner Ansicht beyzupflichten, welche alle auf diesen Gegenstand Bezug nehmenden Gesetze in Einklang bringt, und dabey dem Compensations-Rechte die volle Wirksamkeit in keiner Hinsicht beschränkt, weßhalb die Nothwendigkeit entfällt, um ein anderes Aushülfsmittel besorgt seyn zu müssen.

Die Ansicht des Herrn Hofraths Edlen von Zeiller steht mit meiner in voller Uebereinstimmung; denn derselbe sagt im 2. Absatze zu §. 1439: »Auch eine zur Zeit noch unerwiesene, bestrittene Forderung kann man, weil der Schuldner ihre Zahlung zu verweigern berechtigt ist, von der Befriedigung einer außer Zweifel gesetzten, nicht in Abrechnung bringen.« Daß aber das Compensations-Recht in der von der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Form geltend zu machen sey, hat er in dem 5. Absatze ausgesprochen, wo es heißt: »ob eine Gegenforderung nur mittelst einer besonderen Klage, oder auch in Form einer Einrede angebracht werden könne, lehrt die Gerichtsordnung.« Nach seiner Ueberzeugung ist nun, so dünkt es mir wenigstens, die Wirksamkeit des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 durch das Gesetzbuch nicht aufgehoben worden.

XXXXI.

Ich habe mich des Ausdruckes bedient, daß im We-

sentlichen jede gesetzliche Compensation aufgehoben seyn würde, — denn es können allerdings zufällige Umstände eintreten, welche im Falle, daß bereits ein Urtheil oder ein gerichtlicher Vertrag vorliegt, mit der Einwendung der Compensation solche Vortheile verbinden können, die bey der angesuchten, gerichtlichen Einantwortung vermißt werden; denn

a. wird in der Einrede die Einwendung der Compensation rechtmäßig entgegengesetzt, so wird der Kläger sachfällig, und der Unkostenersatz kann ihm daher nicht zugesprochen werden. Wird aber diese Einwendung nicht entgegengesetzt, sondern die Einantwortung angesucht, so erscheint der Beklagte als sachfällig, und er wird zum Ersatz der Kosten verurtheilt werden müssen.

b. Wird die Einwendung der Compensation entgegengesetzt, so wird die gegenseitige Verbindlichkeit von der Zeit der entstandenen Gegenforderung als aufgehoben betrachtet (§. 1438), daher auch von diesem Zeitpuncte der fernere Lauf der gegenseitigen Zinsen, deren Betrag verschieden seyn kann, die Leistung der Conventional-Strafe, dann dessen, was dem andern daran gelegen seyn könnte, daß die Verbindlichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllt worden ist, verhindert wird. Wird dagegen die Einwendung der Compensation nicht entgegengesetzt, sondern die Einantwortung des schuldigen Betrags zur Tilgung der Gegenforderung angesucht, — so werden beyden Theilen bis zur Zeit der erfolgten Einantwortung diese Nebengebühren (§. 912) zukommen.

XXXXII.

Der Gesetzgeber, welcher in Uebereinstimmung mit der Rechtsphilosophie die Compensation als eine Erlöschungs-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0077

art der gegenseitigen Forderungen, folglich als eine Einwendung festsetzen will, hat nun ein Doppeltes zu erwägen, nähmlich, daß, wenn er gestattet, damit der Beklagte diese Einwendung selbst in dem Falle, wenn seine Forderung noch nicht richtig gestellt ist, in der Einrede entgegensetzen dürfe, in der Rechtsverhandlung die größte Verwirrung entstehen müsse, und dem Schuldner zu seiner Vertheidigung eine Satzschrift entzogen werde; dagegen, daß, wenn er zur Verhüthung dieses Uebelstandes die Compensation nur auf Forderungen, welche durch Urtheile, oder durch gerichtlich geschlossene Verträge richtig gestellt sind, beschränkt, dieselbe gegen die Grundsätze der Billigkeit nur in äußerst seltenen Fällen Platz greifen werde. Als Aushülfsmittel, die Compensation in voller Kraft zu erhalten, und dabey jeden Uebelstand zu beseitigen, läßt sich nun keine zweckmäßigere Maxime aussinnen, als eben jene, welche durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 in Uebereinstimmung mit dem §. 83 der G. O. ausgesprochen ist, nähmlich, daß jede Gegenforderung, die noch nicht liquid ist, nicht in der Einrede, sondern durch eine besondere Klage bewiesen werden müsse, und ist dieß geschehen, daß dann erst die liquid gewordene Gegenforderung in der Einrede als Einwendung entgegengesetzt werden könne. — Dagegen läßt sich wohl gar nichts, außer nur dieses bemerken, daß es ungerecht sey, wenn der Kläger in der Eintreibung seiner Forderung, welche der Beklagte als richtig anerkennt, wegen einer gegen ihn vielleicht unrichtig gestellten Gegenforderung gehemmt werden sollte; aber dieser Uebelstand tritt ja auch dann ein, wenn nach der Ansicht meiner Gegner in der Einrede jede, noch nicht richtig gestellte, Gegenforderung als Einwendung entgegengesetzt werden kann, oder überhaupt, wenn was immer für eine andere Einwendung, vielleicht selbst jene der geleisteten Zahlung, entgegengesetzt wird.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0078

XXXXIII.

Doch ich habe absichtlich noch zwey Hauptbeweise für meine Behauptung, daß durch unser Gesetzbuch die Vorschrift des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 nicht behoben worden sey, zurückbehalten.

Den ersten Hauptbeweis liefert der §. 1438 und 1439; denn aus den von mir bereits gelieferten Beweisen geht die Ueberzeugung hervor, daß, wenn man nur auf diese §§. Rücksicht nehmen, und das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 als behoben betrachten wollte, die Einwendung der Compensation nur dann Platz greifen könnte, wenn die Gegenforderung bereits durch ein Urtheil, oder durch einen gerichtlichen Vertrag richtig gestellt ist; in allen übrigen Fällen aber, gegen den klaren Ausspruch des §. 1438 und gegen alle Rechtstheorie, eine bereits erloschene Verbindlichkeit, und zwar aus dem alleinigen Grunde, weil der Kläger seine Gegenverbindlichkeit unverschämt in Abrede stellt, als wieder auflebend gedacht werden müßte. — Diese Ungereimtheit verschwindet aber offenbar, und zwar nur durch die im Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 vorgeschriebene Form, nähmlich, daß der Beweis über die Richtigkeit der Gegenforderung nicht in der Einrede, sondern durch eine einzubringende Klage herzustellen sey, und der Gesetzgeber hat daher auch in den §§. 1438 und 1439 offenbar auf dieses Hof-Decret hingewiesen.

XXXXIV.

Der zweyte Hauptbeweis ist folgender:

Werfe man nur einen Blick auf den §. 1439, in welchem es heißt: In wie fern gegen eine Concursmasse die Compensation Statt finde, wird

in der Gerichtsordnung bestimmt. Nach der herrschenden Meinung besteht aber aus Veranlassung des Hof-Decrets vom 15. Januar 1787 vermög der Gerichtsordnung kein Compensations-Recht. Geht man nun von diesem Gesichtspuncte aus, so tritt aus dem §. 1439 eine Reihe von Folgewidrigkeiten hervor, weil:

a. der Gesetzgeber hätte wissen sollen, daß nach der Gerichtsordnung kein Compensations-Recht Platz greife, daher auch derselbe durch die gewählten Worte »in wie fern« dem Gedanken nicht hätte Raum geben sollen, als wenn nach der Gerichtsordnung unter gewissen Voraussetzungen das Compensations-Recht Statt finden könne.

b. Weil es mit der Rechtsphilosophie im offenbarsten Widerspruche stehen würde, daß ungeachtet das Compensations-Recht im Gesetzbuche angeordnet ist, dasselbe nur im Falle eines Concurses nicht Platz greifen sollte, was doch nach der bis jetzt herrschenden Meinung, daß nach der Gerichtsordnung, auf welche sich der §. 1439 beruft, kein Compensations-Recht Statt finde, angenommen werden müßte.

c. Da, wenn einmahl das Compensations-Recht besteht, die Folge desselben, weil es der Wirkung nach eine Einwendung der Zahlung ist, nothwendiger Weise diese seyn muß, daß in eben demselben Augenblicke, wo die Gegenforderung entsteht, die gegenseitigen Forderungen nach dem Verhältnisse, in welchem sie gegen einander stehen, sich entweder ganz oder zum Theile ausgleichen (§. 1438) [1]), das heißt, sich gegen einander ganz oder zum Theile aufheben. Ist aber eine Forderung, gleichviel aus welchem Grunde, sey es wegen eingetretener Compensation, oder ge-

[1]) Placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari. L. 21. D. de compens.

leisteter Zahlung, aufgehoben, so kann sie aus dem Grunde, daß einer der beyden Schuldner in Concurs verfällt, nicht mehr wieder aufleben.

Da nun eine Interpretation, welche von der Voraussetzung ausgeht, dem Gesetzgeber habe es an der Kenntniß seiner Gesetze gemangelt, oder er habe etwas Unrichtiges, oder gar etwas Widersprechendes aussprechen wollen, verworfen werden muß, so gilt dieß auch von der eben aufgestellten Auslegung, und es muß daher das Hauptbestreben dahin gerichtet werden, den §. 1439 mit der Gerichtsordnung in eine solche Uebereinstimmung zu bringen, damit jeder Widerspruch behoben, und vollkommener Einklang mit der Rechtsphilosophie hergestellt werde. Dieses Mittel liegt ganz nahe, und dringt sich ohne alle mühsame Nachforschung auf, so wie der von mir aufgestellte Gesichtspunct aufgefaßt wird, daß durch die Gerichtsordnung das Compensations-Recht nie aufgehoben worden sey. Dieß ist auch offenbar die Ansicht unseres Gesetzgebers, welches er dadurch deutlich zu erkennen gibt, weil er sonst im §. 1439 unmöglich hätte sagen können, daß, in wie fern gegen eine Concursmasse die Compensation Statt finde, in der Gerichtsordnung bestimmt werde. Nur bey dieser Interpretation verschwindet auch die Bedeutungslosigkeit der Worte: »in wie fern«, weil nach der Gerichtsordnung, nähmlich §. 83 und Hof-Decret vom 15. Januar 1787, dem Compensations-Rechte nicht unbedingt, sondern nur unter der Voraussetzung Statt gegeben wird, wenn dasselbe durch eine besondere Klage geltend gemacht wird. Bey dem Bestreben in den Anordnungen des Gesetzgebers jederzeit, folglich auch im gegenwärtigen Falle, die höchste Weisheit aufzufinden, wird auch jeder der erwähnten Widersprüche behoben; denn es ist nicht wahr, der Gesetzgeber wolle, damit im Falle eines Concurses keine Compensation Platz greife, folglich damit

erloschene Rechte und Verbindlichkeiten durch den Concurs wieder zur Rechtskraft gelangen.

XXXXV.

Dagegen dürfte eingewendet werden, daß aus dem §. 1439 keineswegs geschlossen werden könne, der Gesetzgeber setze in demselben voraus, daß vermöge der Gerichtsordnung das Compensations-Recht Platz greife; denn da dieser §. sich auf die Gerichtsordnung nur in so fern beruft, als vermög derselben gegen eine Concursmasse die Compensation Platz greift, und in derselben nur der §. 83 zu finden ist, welcher von diesem Falle handelt, so müsse auch die Berufung des Gesetzbuches auf die Gerichtsordnung nur auf diesen §. beschränkt werden. Wird aber derselbe eingesehen, so zeige es sich aus dessen Inhalte, daß, in wie lange das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 nicht erflossen war, in Concursfällen das Compensations-Recht wirklich in so fern Statt gefunden habe, als der Concursgläubiger seine Forderung in der bestimmten Edictalfrist angemeldet hatte. Daraus ergebe sich nun, daß der Gesetzgeber im §. 1439 nur dieses, keineswegs aber zugleich ausgesprochen habe, daß vermög der Gerichtsordnung auch im gewöhnlichen Civil-Prozesse ein Compensations-Recht Statt finde. — Doch diesen Einwurf zu entkräften, reicht, abgesehen von mehreren Gründen, die ich anführen könnte, die alleinige Betrachtung hin, daß der §. 83 der Gerichtsordnung in dem 9. Hauptstücke vom Concurs-Prozesse, und überdieß zugleich eben so wie sämmtliche in diesem Hauptstücke enthaltenen Verordnungen, wörtlich in der Concurs-Ordnung, und zwar der §. 83 im §. 26 enthalten sey. Hätte daher der Gesetzgeber auf den §. 26 der Concurs-Ordnung deuten wollen, so hätte er im §. 1439 nicht sagen können,

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0082

daß diese Frage in der Gerichtsordnung, sondern er hätte sagen müssen, daß sie in der Concurs-Ordnung ihre Bestimmung erhalte, weil sie wirklich nur eine Bestimmung der letzteren ist. Ja er hätte dieß um so mehr sagen müssen, als es seiner Weisheit nicht entgehen konnte, daß, wenn sich eines seiner Gesetze nur auf die Concurs-Ordnung beruft, der Unterthan die Berufung auch nur auf dieselbe beschränken, dagegen daß, wenn sich in einem Gesetze auf die Gerichtsordnung berufen wird, jeder Gesetzforscher die Berufung, wenn sowohl in der Concurs-Ordnung, als auch Gerichtsordnung Beziehungen erscheinen, nicht auf erstere beschränken, sondern auf letztere ausdehnen müsse, weil der Gesetzgeber sonst, der Folgerichtigkeit wegen, nur von ersterer Erwähnung gemacht haben würde. Doch, wenn der Gesetzgeber nur den §. 83 der Gerichtsordnung, oder eigentlich den §. 26 der Concurs-Ordnung vor Augen gehabt hätte, so würde er sich auch gewiß nur auf einen dieser §§., und zur Vermeidung jeder Mißdeutung, nur auf letztern, oder überhaupt auf die Concurs-Ordnung berufen haben.

Da sich nun der Gesetzgeber im §. 1439 auf die Gerichtsordnung im Allgemeinen beruft, und der Gesetzgeber durch dieselbe nicht nur den am 1. May 1781 kundgemachten Text derselben, sondern zugleich sämmtliche über dieselbe nachträglich erschienenen Verordnungen versteht [1]), so kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß die im §. 1439 vorkommende Berufung auf die Gerichtsordnung, keineswegs auf den §. 83 zu beschränken, sondern über-

[1]) Zum Beweise dient der §. 1428, in welchem es heißt: daß in der Gerichtsordnung von der Tödtung eines in Verlust gerathenen Schuldscheines gehandelt werde, wo doch darüber im Texte der Gerichtsordnung durchaus keine Vorschrift erscheint.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0083

haupt auf sämmtliche Gesetzstellen dieses Gesetzbuches, folglich auch auf das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 auszudehnen sey. Doch angenommen, daß der §. 1439 sich wirklich nur auf den §. 83 der Gerichtsordnung berufe, und daß daher der Sinn dieser Berufung nur dieser wäre, daß das Compensations-Recht im Falle eines Concurses in der Art geltend zu machen sey, wie dieselbe im §. 83 vorgeschrieben ist [1]), so tritt daraus doch für meine Ansicht: die Einwendung der Compensation könne in der Einrede nicht anders, als nur nach eingebrachter Widerklage, entgegengesetzt werden, ein so klarer Beweis hervor, daß ich gar keines andern benöthige; denn aus dem §. 83 leuchtet klar hervor, daß im Falle des Concurses der Concurs-Gläubiger, welcher seine Forderung durch die Anmeldungsklage gerechtfertigt hat, des Compensations-Rechtes genieße; folglich daß er in seiner Klage die Schlußbitte auf Compensation zu stellen, und falls er von dem Vermögensverwalter auf Zahlung belangt wird, die Einwendung der Compensation entgegen zu stellen berechtigt sey. Ist nun dieß der Fall, so leuchtet es auch ein:

a. daß durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 das Compensations-Recht im Falle, wenn einer von den Schuldnern in Concurs verfällt, nicht aufgehoben worden seyn kann, weil dieses Hof-Decret einerseits von dem Falle eines Concurses keine Erwähnung macht, und andererseits dasselbe nichts anderes ausspricht, als was bereits durch den Buchstaben des §. 83 ausgesprochen ist, nähmlich, daß ohne eingebrachte Klage dem Compensations-Rechte nicht Platz zu geben sey.

---

[1]) Professor Wagner's Abhandlung über die Compensation, §§. 29 — 35.

b. Daß, da das Compensations-Recht im Falle eines Concurses Statt gefunden hat, dasselbe kraft einer Rechtsnothwendigkeit auch außer dem Falle eines Concurses Platz greifen müßte; denn es würde eine in die Augen springende Folgenunrichtigkeit seyn, wenn durch den Concurs eine Verbindlichkeit aufgehoben werden könnte, welche ansonst hätte fortbestehen müssen

c. Daß durch jenes Hof-Decret auch im gemeinen Civil-Prozesse das Compensations-Recht nicht aufgehoben worden seyn kann, weil es nur eben dasselbe ausspricht, was der §. 83 ausgesprochen hat.

Bey der Voraussetzung, daß der §. 1439 nur auf den §. 83 der G. O. zu beschränken sey, habe ich noch die Aufklärung zu ertheilen, wie im §. 1439 die Worte: »in wie fern« auszudeuten sind. Sie sind dahin zu verstehen. Bey dem Civil-Prozesse kann derjenige, welcher zur Abrechnung berechtigt ist, die Klage seines Gegners abwarten, und will er die Einwendung der Compensation entgegensetzen, so mag er dann erst seine Klage auf Rechtsetzung seiner Gegenforderung einbringen. Ganz anders muß er sich aber im Falle eines gegen seinen Schuldner ausgebrochenen Concurses verhalten. Obschon er gegen die Masse gar keine Zahlung ansprechen, sondern nur von seiner Verbindlichkeit befreyt bleiben will, so kann er doch nicht warten, bis er von dem Vermögensverwalter geklagt wird; — sondern er wird verpflichtet, binnen der Edictalfrist seine Klage auf Liquiderklärung seiner Forderung einzubringen.

Das sich daraus darstellende Ergebniß ist nun, daß, da vermöge der Gerichtsordnung die Form der einzubringenden Compensation nur darin bestanden hat, daß dieselbe durch eine Widerklage angebracht werden mußte, diese Form auch dermahl noch beobachtet werden müsse, weil sie durch kein Gesetz aufgehoben worden ist.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0085

XXXXVI.

Es frägt sich nun, in welcher Form findet denn das Compensations-Recht gegen eine Concursmasse nach der Gerichtsordnung Statt? Aus dem bereits Erörterten ergibt sich die Beantwortung von selbst. Es muß nähmlich zwischen zwey Hauptfällen unterschieden werden. Der erste Fall ist: der Concurs-Gläubiger wird, ehe er gegen die Masse seine Liquidationsklage eingebracht hat, von dem Vermögensverwalter auf Einzahlung des schuldigen Betrages belangt, und dann tritt im Wesentlichen der nähmliche Fall, wie bey dem gemeinen Prozesse ein, nähmlich der belangte Gläubiger wird, vorausgesetzt, daß die Edictalfrist noch nicht verstrichen seyn darf, seine Liquidationsklage einzubringen haben, und wird bis zur Fällung des Urtheils um die Einstellung des Verfahrens über den Vorklags-Prozeß einschreiten. Es leuchtet übrigens von selbst ein, daß er, wie es aus dem, was ich bey dem gemeinen Prozesse (§. XV.) bemerkt habe, zu entnehmen ist, in der einzubringenden Klage die Schlußbitte keineswegs eben so, wie in einer andern Liquidationsklage, vielleicht nur auf den Zuspruch der Forderung, und auf eine bestimmte Classe, wohl aber vorsichtsweise dahin zu stellen haben werde, damit die eingeklagte Gegenforderung als liquid erklärt, und zugleich erkannt werde, daß, in wie fern die gegenseitigen Forderungen sich gegen einander ausgleichen, die gegenseitigen Verbindlichkeiten als aufgehoben zu betrachten seyn.

Daß, wenn sich für den Concurs-Gläubiger eine Guthabung ergeben sollte, er in Bezug auf dieselbe die gesetzliche Classe anzusprechen habe, versteht sich von selbst. Eben so leuchtet es auch ein, daß, da die Compensation eine gegenseitige Zahlung bewirkt, §. 1438, die ganze oder theilweise Ausgleichung von dem Tage, wo die Gegenforderung ent-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0086

standen ist, mit allen ihren Wirkungen eintrete, z. B. der Cridar ist dem A am ersten Januar, ein Jahr vor kundgemachtem Concurse 1000 fl. nebst laufenden Zinsen 4 von 100 schuldig geworden; der Cridar hat aber 6 Monathe vor eröffnetem Concurse, daher am ersten Julius gegen A eine Forderung von 500 fl., nebst seit zwey Jahren verfessenen Zinsen 6 von 100 mittelst Cession an sich gebracht; so wird sich folgende Gegenberechnung darstellen. Der Cridar hat eine Forderung von 500 fl. und an Zinsen für zwey Jahre bis zum ersten Julius 60 fl., im Gesammtbetrage daher 560 fl. anzusprechen. Die Forderung des A besteht aber in 1000 fl., und mit Hinzurechnung der bis zum ersten Julius rückständigen halbjährigen Zinsen von 20 fl. in 1020 fl. Wenn von diesem Betrage seine Schuld von 560 fl. abgerechnet wird, so stellt sich für ihn noch eine Guthabung von 460 fl. nebst vom ersten Julius für sechs Monathe vor eröffnetem Concurse laufenden Zinsen 4 von 100 dar. Die Schlußbitte in seiner Liquidationsklage würde daher dahin zu stellen seyn: damit die von ihm liquidirte Forderung von 1000 fl. nebst bis ersten Julius verfessenen halbjährigen Zinsen von 20 fl. als richtig gehalten, und erkannt werden möchte, daß die von ihm in die Concursmasse schuldigen 500 fl., nebst den bis ersten Julius verfessenen Zinsen von 60 fl., folglich der schuldige Gesammtbetrag von 560 fl. durch Abrechnung von seiner Forderung von 1020 fl. als bezahlt zu betrachten sey; was aber die für ihn sich ergebende Guthabung von 460 fl. nebst seit erstem Julius verfessenen und weiter laufenden Zinsen zu 4 von 100 betrifft, ihm dieselbe gegen die Concursmasse als liquid zugesprochen werden möchte, und er mit derselben in die vierte Classe versetzt werde. Da das Urtheil in Uebereinstimmung mit dieser Schlußbitte gefällt werden muß, so wird der Concurs-Gläubiger nach erwirktem Urtheile, in der von ihm gegen die

von dem Vermögensverwalter eingebrachte Klage zu erstattenden Einrede, mit dem erwirkten Urtheile die Einwendung der Compensation entgegenzusetzen, und die Abweisung des Vermögensverwalters zu verlangen berechtigt seyn.

XXXXVII.

Der zweyte Hauptfall ist, wenn der Concurs-Gläubiger, ohne von dem Vermögensverwalter vor Ausgang der Anmeldungsfrist geklagt zu seyn, seine Anmeldungsklage einzubringen sich bemüssigt sieht, weil er sonst nach Vorschrift des §. 83 der Gerichtsordnung und §. 29 der Concurs-Ordnung des Compensations-Rechtes verlustig werden möchte. In welcher Form muß wohl diese Klage eingebracht werden? Ganz in der nähmlichen, wie im ersten Falle, wo er von dem Vermögensverwalter bereits geklagt worden ist; denn wer ein Compensations-Recht geltend machen will, muß dasselbe, vermöge des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787, durch eine eigene Klage anbringen. Die Schlußbitte müßte daher auch ganz von dem nähmlichen Inhalte seyn, wie im vorigen Absatze gezeigt worden.

XXXXVIII.

Ich fürchte dagegen nicht die Einwendung, daß das eben erwähnte Hof-Decret voraussetze, derjenige, welcher das Compensations-Recht geltend machen will, müsse geklagt worden seyn, weil eine Widerklage ohne Vorklage nicht gedacht werden kann; im vorausgesetzten Falle aber sey der Concurs-Gläubiger nicht geklagt worden, und es könne daher von einer Klage, in welcher er das Compensations-Recht anbringen könnte, keine Rede seyn; denn es

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0088

hat allerdings seine Richtigkeit, daß der todte Buchstabe des Hof-Decretes den Fall voraussetze, daß der zur Compensation berechtigte Gläubiger auf Bezahlung einer Forderung geklagt seye, welche er durch Abrechnung getilgt zu haben behauptet, und dann erübrigt ihm, wenn er anders die Einwendung der Compensation mit Erfolg entgegensetzen will, nichts anderes, als sein Compensations-Recht mittelst einer besonderen Klage geltend zu machen; doch durch dieses Hof-Decret wird demjenigen, dem ein Compensations-Recht zusteht, keineswegs die Verbindlichkeit aufgelegt, eine Klage seines Gegners abwarten zu müssen, um sein Compensations-Recht geltend zu machen, wohl aber bleibt es ihm jederzeit freygestellt, selbst als Kläger aufzutreten, und in der Klage das Compensations-Recht geltend zu machen, folglich in derselben die Schlußbitte ganz auf die nähmliche Art, wie ich bereits gezeigt habe, zu stellen, nähmlich damit dasjenige, was er schuldet, durch die ihm gebührende Gegenforderung mittelst Abrechnung, ganz oder zum Theile, als aufgehoben erklärt werde; denn die Tendenz des Hof-Decrets kann keine andere, als nur diese seyn, damit der Beweis über die Richtigkeit der Gegenforderung nicht in der Einrede, sondern in einer besondern Klage geführt werde; will nun der zur Compensation Berechtigte keine Klage abwarten, so bleibt es ihm anheimgestellt, das ihm zustehende Recht einzuklagen; denn das Gesetz verbindet ja mit der Compensation die Wirkungen der Zahlung. Nun aber ist der Schuldner, welcher Zahlung geleistet hat, ohne von seinem Gläubiger eine Quittung erhalten zu haben, nicht verpflichtet eine Klage seines Gegners abzuwarten, um ihm dann die Einwendung der Zahlung entgegenzusetzen, sondern er ist in allen Fällen, in welchen ihm daran gelegen ist, sich einen vollen Beweis über die aufgehobene Verbindlichkeit zu ver-

schaffen, berechtigt eine Klage einzubringen, damit erkannt werde, seine Verbindlichkeit sey erloschen. Dieser Fall tritt besonders dann ein, wenn der Gläubiger den Schuldschein nicht zurückgestellt, oder keine solche Quittung ausgestellt (§§. 1426, 1428) hat, mit welcher der Schuldner die Löschung der Hypothek bewirken kann (§§. 469, 1369). Dieses nähmliche Recht muß nun auch demjenigen gebühren, dem ein Compensations-Recht zusteht.

XXXXIX.

Wichtig ist die Frage, ob, wenn der Concurs-Gläubiger, und überhaupt was immer für ein Gläubiger nur eine gewöhnliche Klage auf Zuspruch seiner Forderung, und im Falle eines Concurses zugleich auf Zuweisung der gesetzlichen Classe eingebracht, und von seiner Schuld keine Erwähnung gemacht, folglich die Schlußbitte auf kein Compensations-Recht gerichtet hatte, sodann aber von dem Vermögensverwalter, oder überhaupt von seinem Gläubiger geklagt wird, derselbe mit dem erwirkten Urtheile in der Einrede die Einwendung der Compensation entgegenzusetzen berechtigt seyn werde? Es fehlt nicht an Gründen, diese Frage zu verneinen; denn, nimmt man auf das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 Rücksicht, so gewinnt es allerdings den Anschein, daß die Schlußbitte in der Klage zugleich auf Compensation gestellt werden müsse, weil es in diesem Hof-Decrete heißt: Compensations-Rechte müssen in Gestalt einer Widerklage angebracht werden; wenn aber der Kläger in seiner Klage von seiner bereits bestehenden Gegenschuld keine Erwähnung macht, folglich die eine von der andern nicht in Abrechnung bringt, so kann man nicht behaupten, daß er ein Compensations-Recht in der Klage angebracht habe, sondern es läßt sich vielmehr

behaupten er habe diesem Rechte entsagt, weil, wenn er sich desselben bedienen wollte, er in seiner Klage die Schlußbitte durchaus nicht auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung dessen, was er schuldet, wohl aber auf gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten hätte stellen sollen; denn verlangt er Ersteres, so behauptet er, daß der Beklagte noch immer sein Schuldner sey, und er dagegen auch dessen Schuldner seyn wolle. Wenn daher sodann der Beklagte aus dem nähmlichen Gesichtspuncte ausgeht, folglich dem Kläger die Einwendung der Compensation nicht entgegenstellt, sondern ihn gleichfalls auf Zahlung belangt, so kann dieser die Einwendung der Compensation nicht mehr, und zwar um so minder entgegensetzen, als er sich dadurch in einen offenbaren Widerspruch verwickeln würde; denn in seiner Klage ist er von der Behauptung ausgegangen, der Beklagte sey noch sein Schuldner, wollte er aber jetzt die Einwendung der Compensation entgegensetzen, so würde er dadurch diese Behauptung zurücknehmen, weil er seiner Zahlungsverbindlichkeit aus dem Grunde entgehen will, daß zur Zeit seiner eingebrachten Klage der Beklagte sein Schuldner nicht mehr war. Wer daher seine Forderung einklagt, und sich in keine Abrechnung dessen, was er schuldet, einläßt, erklärt dadurch, daß er die eigene Schuld bezahlen wolle, dagegen aber auch die Zahlung der eigenen Forderung anspreche. Diese Verzichtleistung erlangt im Falle eines Concurses zugleich noch dadurch eine Bestärkung, weil, wenn der Gläubiger in seiner Liquidationsklage für seine ganze Forderung, ohne Abrechnung dessen, was er in die Masse schuldig ist, eine bestimmte Classe, z. B. die vierte, verlangt, er eben dadurch erklärt, er wolle sich mit jenem Betrage zufrieden stellen, welchen der von ihm selbst in der vierten, oder einer andern Classe verlangte Zahlungsfond ihm darbiethen wird.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0091

Hierzu gesellt sich die Betrachtung, daß aus einem gefällten Urtheile nicht nur der obsiegende Kläger, sondern auch der Beklagte, und zwar letzterer in so fern ein Recht erwerbe, als er zu nichts andern verhalten werden kann, als wozu ihn das Urtheil verpflichtet. Fällt nun das Urtheil in Uebereinstimmung mit der Schlußbitte des Klägers, und der von dem Vertreter der Masse eingebrachten Submission auf eine Classe aus, in welcher der Kläger nichts oder wenig zu erwarten hat, so kann er auch sodann nicht mehr gegen den Inhalt des Urtheils sein Begehren ändern, welches doch geschehen würde, wenn er sodann von dem Vermögensverwalter belangt, die Einwendung der Compensation entgegensetzen wollte, indem er dadurch eine in jener Classe verlorene Forderung wieder einbringlich machen würde.

Die nachtheilige Folge, welche dadurch für den Gläubiger erwachsen müßte, würde aber folgende seyn. Im Falle eines Concurses müßte der Gläubiger das, was er selbst schuldig ist, ohne Abrechnung in die Masse einzahlen, in Rücksicht seiner Forderung aber sich mit jenem Betrage begnügen, welcher auf ihn in der ihm gebührenden Classe ausfällt; außer dem Falle eines Concurses aber würde er, falls er über seine Klage früher, als der Beklagte über seine Klage, ein Urtheil erwirken sollte, sich zwar noch immer gegen die Zahlung des schuldigen Betrages dadurch schützen können, wenn er mit seinem rechtskräftigen Urtheile sich jenen Betrag, welchen er schuldet, einantworten ließe, welches aber nur in dem einzigen Falle Statt finden würde, wenn sein Schuldner noch Eigenthümer seiner Forderung ist, und ein Dritter auf dieselbe nicht bereits ein dingliches Recht erworben hätte, weil man sich nur solche Forderungen einantworten lassen kann, von welchen der Schuldner noch wirklich Eigenthümer ist. Daß

diese Einantwortung nicht jederzeit mit den wohlthätigen Folgen der Compensation verbunden seyn werde, habe ich im Absatze XXXXI bewiesen.

L.

Man dürfte vielleicht bemerken, daß ich den vorliegenden Fall von einem unrichtigen Standpuncte betrachte, weil, wenn ein Kläger, welcher ein Gegenschuldner des Beklagten ist, in seiner Klage von seiner Schuld nichts erwähnt, daher die Schlußbitte auf Abrechnung nicht stellt, es der Beklagte seyn werde, welcher die Widerklage einbringen, und sodann in der Einrede die Einwendung der Compensation entgegensetzen wird. Dieser Fall kann allerdings, aber er kann vielleicht auch nicht eintreten. Denken wir uns vor allem andern den Fall des Concurses, und dann muß man unterscheiden, von welcher Beschaffenheit die gegenseitige Forderung in Bezug auf die Einbringlichkeit sey. Wenn die Forderung des Concurs-Gläubigers in der ihm gebührenden Classe unbezweifelt zur Zahlung gelangt, so wird es, zumahl, wenn der Gläubiger unvermögend ist, allerdings dem Vertreter der Masse (Curator ad lites) obliegen, die Einwendung der Compensation entgegen zu setzen. Nehme man aber an, daß der Gläubiger in der angesprochenen Classe keine, oder zum wenigsten keine vollständige Zahlung zu erwarten habe, übrigens aber in Rücksicht des in die Masse schuldigen Betrages zahlungsfähig wäre, so würde der Curator pflichtwidrig handeln, wenn er der von dem Gläubiger eingebrachten Klage die Einwendung der Compensation entgegensetzen würde, indem er eben dadurch den Gläubiger zwingen würde, zu der von ihm verschmähten Zahlung zu gelangen.

Denken wir uns aber den Fall, daß kein Concurs er-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0093

öffnet worden sey, so läßt es sich ebenfalls annehmen, daß der Beklagte keine Widerklage erstatten, daher in der Einrede nicht die Einwendung der Compensation entgegensetzen, sondern nur eine einfache Klage auf Zahlung dessen, was er zu fordern hat, einbringen werde, und dieß vielleicht in der Absicht, um dadurch, da er vermögenslos ist, und früher als sein Gegner das Urtheil zu erwirken hofft, zu Geld zu gelangen.

Die Wichtigkeit der angeführten Gründe ist einleuchtend, und die Vorsicht erheischt es daher, damit derjenige, dem ein Compensations-Recht gebührt, in seiner Klage die Schlußbitte auf Compensation stelle.

LI.

Inzwischen mangelt es nicht an Gründen, die aber, obschon ich sie überwiegender, als die im vorigen Absatze angeführten betrachte, dem Richter vielleicht nicht einleuchten dürften, die Behauptung aufzustellen, daß, wenn auch der Kläger in seiner Klage von seiner Schuld gar keine Erwähnung gemacht hätte, er dennoch, wenn er sodann von dem Beklagten belangt wird, noch immer mit dem erwirkten Urtheile in der Einrede die Einwendung der Compensation entgegenzusetzen berechtigt seyn werde. Diese Gründe dürften folgende seyn:

Obgleich es im Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 heißt: Compensations-Rechte müssen in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden; — so kann der Sinn desselben doch nur dieser seyn, daß der Beklagte seine Gegenforderung nicht in der Einrede, sondern aus den im Absatze XXIII. und XXIV. angeführten Gründen nur in einer besondern Klage anzubringen berechtigt seyn soll. Dieß geht wohl klar aus dem Hof-Decrete vom 27.

September 1792 hervor, in welchem es heißt, daß der Kläger mit der Einrede die Widerklage nicht vermengen könne, und, wenn er sie doch vermengt hätte, der Richter darüber nur dann sein Amt handeln könne, wenn der Kläger in seiner Replik freywillig Rede und Antwort gegeben hat. Daß diese Klage nicht geradezu unter der Benennung einer Widerklage eingebracht seyn müsse, versteht sich wohl auch von selbst, weil der §. 62 der Gerichtsordnung durch die Widerklage eine jede Klage versteht, die der Beklagte, wegen einer Gegenforderung, gegen den Kläger einbringt, daher es nicht auf den Nahmen der Klage, sondern nur auf die wesentliche Tendenz des Gesetzes ankommen kann, nähmlich darauf, daß das Forderungsrecht, welches dem zur Compensation Berechtigten gebührt, in einer eigenen Klage geltend gemacht werde. Es wird daher auch Niemand bezweifeln, daß, wenn einer der beyden Gläubiger, ehe er von dem andern belangt ist, eine Klage eingebracht hätte, in welcher er auf Erkenntniß der eingetretenen Compensation klagt, und nach dieser Einbringung von dem Beklagten auf Zahlung belangt wird, derselbe, um die Einwendung des Compensations-Rechtes entgegensetzen zu können, und um dem todten Buchstaben des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 Genüge zu leisten, keineswegs verbunden seyn werde, von der eingebrachten Klage abzulassen, und eine mit dem Nahmen einer Widerklage versehene Klage einzubringen; denn durch die bereits eingebrachte ist das gesetzliche Erforderniß vollständig eingetreten. Doch dasselbe ist wohl auch schon dann vorhanden, wenn die früher eingereichte Klage von einer Compensation gar nichts erwähnt, sondern auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des ganzen schuldigen Betrages gerichtet ist, weil ebenfalls die Absicht des erwähnten Hof-Decretes, damit die Gegenforderung

nicht in der Einrede, sondern in einer eigenen Klage gerechtfertigt werde, bereits vollständig erfüllt ist, und kein Grund gedacht werden kann, warum jener Gläubiger, welcher sein Forderungsrecht einklagt, in der Klage sich zur Abrechnung anbiethen müsse, und nicht berechtigt seyn sollte, die Klage des Beklagten abzuwarten, und dann erst die Einwendung der Compensation entgegen zu stellen, weil:

I. Das Gesetz die Compensation als ein Recht erklärt, welches erst aus einer richtigen, folglich durch Urtheil zugesprochenen Forderung entspringt. Die Einbringung der Klage ist daher das nothwendige Vorbereitungsmittel, um durch das zu erwirkende Urtheil zur Einwendung der Compensation zu gelangen.

II. Weil vermöge des §. 1438 und 1439 zur gültigen Entgegenstellung der Compensation nichts anderes gefordert wird, als, damit die Gegenforderung richtig sey, nicht aber auch, damit durch ein Urtheil bereits das Compensations-Recht zugesprochen sey; denn, wenn man, um zur Einwendung der Compensation berechtigt zu werden, vorher ein Urtheil erwirken müßte, in welchem es heißt, daß durch die Compensation die gegenseitigen Forderungen ganz oder zum Theile behoben seyen, — so würde es nicht wahr seyn, daß es eine eigentliche exceptio compensationis gebe, indem das vorausgesetzte Urtheil bereits die exceptio rei judicatae bewirkt. Die buchstäbliche Auslegung des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 kann daher bey der klaren Vorschrift des Gesetzbuches nicht Platz greifen.

III. Weil aus jener Behauptung mehrere Ungereimtheiten hervorgehen würden, und zwar:

a) daß, wenn der Beklagte über seine Gegenforderung bereits ein Urtheil in Händen hätte, dasselbe ihm dennoch zur Entgegensetzung der Einwendung der Compensation

nichts nützen würde, sondern derselbe vorerst noch eine Klage auf Erkenntniß, daß das Compensations-Recht Platz greife, einbringen müßte, wodurch der Begriff der Compensation als einer Einwendung zerstört werden möchte.

b. Daß, wenn der Kläger, welcher in seiner Klage von der dem Beklagten gebührenden Gegenforderung keine Erwähnung macht, folglich die Schlußbitte nicht auf Compensation stellt, sodann von dem Beklagten belangt, die Einwendung der Compensation aus dem Grunde einer vermutheten Entsagung nicht mehr entgegensetzen dürfte, er derselben oft, ohne allen rechtlichen Grund verlustig gehen würde, z. B. wenn die Gegenforderung gar nicht zu seiner Kenntniß gelangt war, weil der Beklagte dieselbe vielleicht durch Cession, durch den Bevollmächtigten, oder sonst durch Personen, für deren widerrechtliche Handlungen man zu haften hat (§§. 1310, 1313—1315), an sich gebracht hat, oder auch weil der Kläger die Ueberzeugung hegte, dem Beklagten nichts schuldig zu seyn, z. B. wenn er in Händen des Beklagten einen bezahlten Schuldschein belassen hätte, welcher aber von dessen Erben gegen ihn eingeklagt wird, und es ihm, da er dem Verstorbenen keinen Haupteid auftragen kann, an andern Behelfen der geleisteten Zahlung gebricht.

IV. Weil aus dem Gesetzbuche und der Concurs-Ordnung offenbar hervorgeht, daß man die Einwendung der Compensation nur dann verliert, wenn man sie nicht in der Einrede entgegensetzt. Aus dem Gesetzbuche geht dieß hervor, weil die Compensation im §. 1109 und 1443 als eine Einwendung, und im §. 1438 sogar als eine Gattung der Einwendung der Bezahlung erklärt wird; einer Einwendung kann man aber nur dann verlustig werden, wenn man sie in der Einrede nicht entgegensetzt. Aus der Concurs-Ordnung, weil es im §. 26 derselben, und gleichstimmig im

§. 83 der Gerichtsordnung heißt: Jene, welche bis an den in dem Edicte bestimmten Tag ihre Forderungen nicht angemeldet haben, sind nicht mehr anzuhören, wenn ihnen auch ein Compensations-Recht gebührte. Folglich, wenn sie in die Masse schuldig wären, müßten sie ungeachtet des Compensations-Rechtes, welches ihnen sonst zu Statten gekommen wäre, ihre Schuld abtragen.

Dieses klare Gesetz legt nun seinem Wortlaute nach demjenigen, welchem ein Compensations-Recht gebührt, keine andere Verbindlichkeit, als nur die der Anmeldung seiner Forderung, auf, keineswegs aber auch jene, in der Anmeldungsklage das, was er schuldig ist, in Abrechnung zu bringen, folglich seine Schlußbitte auf Erkenntniß der Compensation zu stellen, und dieß gewiß aus dem einleuchtenden Grunde, weil:

a. Niemand unter Verlust eines Rechtes verpflichtet werden kann, in seiner Klage auf Einwendungen, die dem Gegner gebühren, Rücksicht zu nehmen.

b. Weil der Kläger sich oft zu der Vermuthung berechtigt sieht, der Geklagte werde von manchen Gegenforderungen keinen Gebrauch machen wollen.

c. Weil vermöge des §. 105 der Gerichtsordnung Vermuthungen, welchen insbesondere durch das Gesetz keine Kraft beygelegt wird, für keinen Beweis anzusehen sind; nun aber gibt es kein Gesetz, welches die Vermuthung aufstellt, daß, wenn der Kläger die volle Summe einklagt, und der Beklagte ihn sodann wegen einer Gegenforderung belangt, er dem Rechte, die Einwendung der Compensation entgegenzusetzen, entsagt habe. Entsagungen müssen ja ausdrücklich (§. 1444), oder zwar auch stillschweigend, jedoch durch solche Handlungen

erklärt werden, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, an der Entsagung zu zweifeln, übrig lassen (§. 863); nun aber läßt sich daraus, daß der Kläger in seiner Klage von einer Abrechnung keine Erwähnung macht, keineswegs schließen, daß er für den Fall, wenn ihn der Beklagte aus einer Gegenforderung belangen sollte, der Abrechnung entsagen wolle, indem sich aus dem Inhalte der Klage vielmehr gerade das Gegentheil veroffenbart, weil aus derselben hervorgeht, er wolle von dem Beklagten die volle Summe erhalten, und ihm nichts leisten, keineswegs daher vielleicht selbst zahlen, und für seine Forderung, wie ich bereits gezeigt habe, nichts erhalten.

Doch ungeachtet dieser gehaltvollen Gründe fordert es dennoch die Vorsicht, damit der Kläger, welchem seine Gegenschuld, die er durch keine Einwendung zu entkräften vermag, zur Zeit der eingebrachten Klage bekannt ist, in derselben die Schlußbitte auf Compensation stelle, weil die Einsicht der Gerichtsbehörden verschieden ist, und es leicht geschehen dürfte, daß der Richter, zumahl in Concursfällen, die Ansicht, Kläger habe dem Compensations-Rechte entsagt, als überwiegend erachten könnte [1]).

LII.

Ich habe nun gezeigt, daß bey Beachtung des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 das Compensations-Recht kei-

---

[1]) Herr C. J. Ritter von Pratobevera, k. k. n. ö. Appellations-Vice-Präsident, im 7ten B. seiner Materialien, S. 373—376 erwähnt eines Rechtsfalles, in welchem ein Gläubiger gegen eine Concurs-Masse eine Wechselforderung liquidirte, und die vierte Classe ansprach, ohne von seiner Schuld eine Erwähnung zu machen. Als dieser sodann, von dem Ver-

neswegs verloren gehe, wohl aber der Geltendmachung desselben eine mit der Gerechtigkeit in Uebereinstimmung stehende Richtung gegeben werde. Die wohlthätige Folge, welche ich durch diese Abhandlung herbeyzuführen vermeine, wird wohl nun auch eintreffen, nähmlich, daß das Compensations-Recht in jenen österreichischen Provinzen, in welchen es, wie in Böhmen, wegen des aufgenommenen Grundsatzes: Die Richtigkeit der Gegenforderung müsse durch eine besondere Klage hergestellt werden, von den Gerichtsschranken ausgeschlossen war, zur gesetzlichen Wirksamkeit gelangen werde, denn ich habe die vom Gesetze angebothenen Rechtsmittel nahmhaft gemacht, wodurch die Form mit dem materiellen Rechte in Einklang zu bringen ist. Wer trägt wohl nun die Schuld, daß in Böhmen bis jetzt kein Compensations-Recht über Gegenforderungen, die durch kein Urtheil oder keinen gerichtlichen Vertrag richtig gestellt waren, Statt gefunden hat? Nur die Rechtsfreunde, welche ungeachtet der in den gefällten Urtheilen enthaltenen Hinweisung nicht beflissen waren, das Rechtsmittel zu entdecken, welches die Gerichtsordnung mit dem Gesetzbuche in Uebereinstimmung bringt.

Bemerken muß ich noch, daß denjenigen Rechtsgelehr-

---

mögensverwalter auf Zahlung geklagt, die Einwendung der Compensation entgegensetzte, wurde er in der ersten Instanz sachfällig; doch die höhern Gerichte haben einstimmig auf das Compensations-Recht erkannt. Doch was kann wohl volle Beruhigung gewähren, daß in einem ähnlichen Falle das Urtheil gleichförmig ausfallen werde? Dieser ausgezeichnete Rechtsgelehrte findet es ebenfalls (S. 389), obschon aus andern Gründen, räthlich, die Forderung, mit welcher man factisch seine Schuld an die Masse compensiren will, innerhalb des Edictal-Termins anzuzeigen oder anzumelden.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0100

ten, welche die Ansicht fassen, die Anordnung des Hof-Decretes vom 15. Januar 1787 sey aufgehoben, folglich, daß die Gegenforderung nicht durch eine eigene Klage zu rechtfertigen sey, sich durch die §§. 1438 und 1439 eine nicht zu bekämpfende Schwierigkeit in Weg stelle, denn beyde §§. fordern als Bedingung der Compensation, daß die Gegenforderung richtig seyn müsse, — und ist dieß der Fall, so müßte die Compensation nur auf den äußerst seltenen Fall, beschränkt werden, wenn entweder ein gerichtliches Urtheil oder ein gerichtlich geschlossener Vertrag vorliegt; denn es wird nie die Beweisführung gelingen, daß durch eine richtige Forderung auch eine solche zu verstehen sey, von deren Richtigkeit sich der Richter erst durch einen angetragenen Beweis, auf den er noch sprechen soll, zu überzeugen hat. Eine solche Ausdehnung hat auch, wie ich bewiesen habe, noch keine Gesetzgebung dem Compensations-Rechte gewährt, und wird sie auch nie gewähren können.

LIII.

Bey Verfassung dieser Abhandlung hat mich keineswegs die Sucht, mit einer bis jetzt noch nicht ausgesprochenen Ansicht aufzutreten, wohl aber nur das Bestreben geleitet, die mehreren Gesetzstellen, welche auf das Compensations-Recht Einfluß nehmen, in Einklang zu bringen; denn was jeder denkende Jurist zugeben wird, er mag sich über das Compensations-Recht was immer für ein System ausgebildet haben, ist, daß er bekennen muß, er habe gefühlt, daß sich seiner Ansicht einige Zweifel entgegenstellen, die er sich nicht vollkommen aufzuklären vermag. Dahin gehört z. B. daß durch das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 das Compensations-Recht aufgehoben worden seyn soll, da doch dieses Hof-Decret seinem klaren Wortlaute nach dieses Recht

sanctionirt; daß der Ansicht: es könne in der Einrede jede compensationsfähige Gegenforderung, obschon ihre Liquidität noch nicht hergestellt ist, als Einwendung entgegengesetzt werden, die Anordnung des §. 1438 und 1439 entgegenstehe, welche den Grundsatz aufstellt, daß nur eine richtige Forderung gegen eine richtige in Abrechnung gebracht werden könne, und daß dagegen, wenn man das Compensations-Recht nur auf eine bereits richtig gestellte Gegenforderung beschränken wollte, erl[illegible]hene, folglich nicht mehr bestehende Verbindlichkeiten erfüllt werden müßten, folglich, daß das von der Billigkeit geheiligte Compensations-Recht fast nie Anwendung finden würde. Bey jeder bis jetzt bestehenden Ansicht wird daher eine der gesetzlichen Anordnungen so betrachtet, als wenn sie nicht vorhanden wäre. Meine Interpretation ist dagegen von einer solchen Beschaffenheit, daß jedem auf das Compensations-Recht Einfluß nehmenden Gesetze die volle Wirksamkeit, welche aus dessen klarem Wortlaute hervorgeht, verschafft wird, ohne daß ich dabey das Mindeste aufnehme, und wenn es gleich mit der Rechtsphilosophie in Uebereinstimmung stünde, was nicht der gehaltvolle Inhalt eines Gesetzes wirklich ausspricht; denn der Rechtsgelehrte darf die Gränzen der Auslegung nicht überschreiten, sich daher nicht zum Verbesserer der Gesetze aufwerfen.

LIV.

Worin unterscheidet sich wohl nun meine Ansicht von jener meines ehrenwerthen Herrn Collega, des Herrn Professors Wagner? Wir stimmen mit einander in dem Bestreben überein, dem Compensations-Rechte volle Wirksamkeit zu verschaffen, folglich den Grundsatz durchzuführen, damit, so oft compensationsfähige Gegenforderungen zusam-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0102

men treffen, die Einwendung der Compensation, weil sie der Wirkung nach eine Einwendung der Zahlung ist, in der Einrede entgegengesetzt werden könne; nur daß mein ehrenwerther Herr Collega in Uebereinstimmung mit der seit zwey und vierzig Jahren bestehenden unangefochtenen einstimmigen Meinung der Republik der österreichischen Rechtsgelehrten, das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 als aufgehoben betrachtet, ich aber dasselbe noch immer als verbindlich ansehe, ohne mich aber bis jetzt auch nur auf eine meiner Ansicht günstige Stimme berufen zu können. — Da die Absicht meiner Abhandlung nur dahin gerichtet ist, in Böhmen dem Compensations-Rechte die nähmliche Ausdehnung zu verschaffen, wie sie aus der Abhandlung des Herrn Professors Wagner hervorgeht, was aber aus dem von ihm aufgestellten Gesichtspuncte in Böhmen unausführbar blieb, so kann die Tendenz meiner Abhandlung auch keine andere seyn, als durch einen andern Gesichtspunct dem vom Herrn Professor Wagner festgesetzten wohlthätigen Ziele freundschaftliche Hand anzubiethen, wobey es endlich nicht wesentlich darauf ankommen kann, durch welches Mittel der gemeinschaftliche Zweck erreicht wird.

II.

Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstückes den Hypothekar-Gläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verpflichtet?

Uebersicht.

I.

Den Hypothekar-Gläubigern gebührt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegen den Uebernehmer des Grundpfandes nur ein dingliches Klagerecht.

II.

Es gebührt ihnen aber kein persönliches Klagerecht, weil der Rechtstitel dazu mangelt, und

III.

klare Gesetze dieses Klagerecht versagen.

IV.

Es wird vermöge der Prax als ein Axiom betrachtet, daß der Hypothekar-Gläubiger den Uebernehmer des Grundstückes nicht persönlich auf Zahlung belangen könne.

V.

Es hängt jedoch von einer klugen Einleitung des Rechtsfreundes ab, sich eine persönliche Klage zu verschaffen.

VI.

Wenn im Falle eines entgeltlich geschlossenen Vertrages der Uebernehmer des Grundstückes die Hypothekar-Schulden ausdrücklich zur Zahlung übernimmt, so ist derselbe dem Uebergeber des Grundstückes persönlich verpflichtet.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0107

VII.

Letzterer braucht daher nur seine persönlichen Rechte an die Hypothekar-Gläubiger abzutreten.

VIII.

In dieser Absicht ist keine förmliche Cession erforderlich, sondern es reicht eine Anweisung hin.

IX.

Diese Anweisung muß schriftlich geschehen.

X.

Die in die öffentlichen Bücher eingetragene Erklärung des Uebernehmers des Grundstückes, er wolle die Hypothekar-Gläubiger befriedigen, gewährt denselben noch keine persönliche Klage.

XI.

Die Anweisung kann auch in Form eines Briefes geschehen.

XII.

Diese Anweisung wird gegen den Uebernehmer des Grundstückes eine persönliche Klage bewirken, obschon dieselbe ohne sein Wissen ausgestellt worden ist.

XIII.

Im vorausgesetzten Falle wird jedoch der Uebernehmer des Grundstückes den Hypothekar-Gläubigern alle Einwendungen entgegen setzen können, die ihm gegen den Ueberlasser des Grundstückes zustehen.

XIV.

Die Anordnung des §. 466 steht meiner Ansicht nicht im Wege.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0108

XV.

Ueber die Frage, ob die Hypothekar-Gläubiger zu einer persönlichen Klage gegen den Uebernehmer eines Grundstückes gelangen können, konnte der Gesetzgeber in dem §. 466 keine Anordnung treffen.

XVI.

Jeder Zweifel wird durch den §. 1019 behoben, dagegen dient der §. 1282 zu keiner Stütze.

XVII.

Die Schuld, daß bis jetzt die Uebernehmer der Grundstücke zur persönlichen Zahlung an die Hypothekar-Gläubiger nicht verurtheilt worden sind, liegt an den Rechtsfreunden.

XVIII.

Es gewinnt das Ansehen, daß, wenn im Falle eines entgeltlich geschlossenen Vertrages der Uebernehmer des Grundstückes die Hypothekar-Lasten nicht ausdrücklich zur Zahlung übernimmt, gegen denselben die Hypothekar-Gläubiger nur aus einem mit ihm geschlossenen Vertrage eine persönliche Klage erwerben können.

XIX.

Die Schließung eines solchen Vertrages ist jedoch in der Regel nicht nothwendig, sondern es reicht eine Zahlungsanweisung des Ueberlassers des Grundstückes zu.

XX.

Wenn der Assignat ein Schuldner des Assignanten ist, so wird derselbe aus der Assignation verbunden, ohne daß der Assignant oder Assignatar mit ihm einen Vertrag zu schließen brauchen.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0109

XXI.

Jeder Zweifel, welcher über diese Ansicht erhoben werden könnte, wird durch die §§. 1408 und 1409 B. G. B. behoben.

XXII.

Wenn der Assignat in die Anweisung nicht einwilligt, so geht nur eine Umänderung des Rechtes, nicht aber auch einer Verbindlichkeit vor sich.

XXIII.

Wenn der unentgeltliche Uebernehmer des Grundstückes die darauf haftenden Schulden ausdrücklich zur Zahlung übernimmt, so ist das Nähmliche, wie im Falle einer entgeltlichen Ueberlassung, Rechtens.

XXIV.

Eben dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der Geschenknehmer die Hypothekar-Lasten nicht ausdrücklich zur Bezahlung übernommen hatte.

XXV.

Ein Vermächtnißnehmer eines Grundstückes haftet den Hypothekar-Gläubigern mit seinem Vermögen.

XXVI.

Die Anweisung, welche der Veräußerer des Grundstückes an die Grundpfandgläubiger ausstellt, braucht nicht in Form einer einverleibungsfähigen Urkunde ausgestellt zu werden.

XXVII.

Wenn der Uebernehmer des Grundstückes dasselbe an einen Zweyten, und dieser wieder an einen Dritten veräußert, so wird den Hypothekar-Gläubigern des ersten

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0110

Veräußerers dennoch ein Mittel zu Gebothe stehen, gegen den letzten Besitzer zu einer persönlichen Klage zu gelangen.

XXVIII.

Selbst wenn der Veräußerer des Grundstückes sich nicht bequemen will, an seine Hypothekar-Gläubiger eine Anweisung an den Uebernehmer des Grundstückes auszustellen, steht den Gläubigern ein Mittel offen, zu einer persönlichen Klage gegen den Besitzer zu gelangen.

XXIX.

Ausnahmen von diesem Grundsatze.

XXX.

Was im Falle der Uebernahme eines Grundstückes aus dem Rechtstitel eines Vertrages gilt, das ist auch Rechtens, wenn der Uebernahme ein letzter Wille zu Grunde liegt.

XXXI.

Eben dieses gilt auch, wenn der Rechtstitel die gesetzliche Erbfolge ist.

XXXII.

Im Fall der Ersitzung muß unterschieden werden, ob der Ersitzende das Grundstück von dem Eigenthümer selbst, oder von einem Nichteigenthümer erhalten habe. Auch Ersteres ist ein Ersitzungsfall.

XXXIII.

Ein solcher Fall unterscheidet sich in Beziehung auf die Hypothekar-Gläubiger, welche gegen den Ersitzenden eine persönliche Klage zu erwerben bemüht sind, nicht von jenem Falle, wenn der Uebernehmer des Grundstückes das-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0111

selbe gleich ursprünglich von dem Eigenthümer rechtlich erworben hat.

XXXIV.

Auch dann wird das Nähmliche Rechtens seyn, wenn der Ersitzer das Grundstück von einem Nichteigenthümer an sich gebracht hatte.

XXXV.

Den Hypothekar-Gläubigern gebührt das persönliche Klagerecht gegen den Besitzer, damit er aus seinem Vermögen Zahlung leiste, von der Zeit an, wo sie dieses Recht an sich gebracht haben.

XXXVI.

Bis jetzt werden in Concursfällen die Hypothekar-Gläubiger, ohne daß sie ein erworbenes persönliches Recht dargethan haben, widerrechtlich als persönliche Gläubiger des Cridars behandelt.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0112

I.

Diese Frage einer Untersuchung zu unterziehen, dürfte wohl den meisten Lesern überflüssig scheinen, indem dieselbe nach ihrer Ansicht nicht anders, als nur dahin beantwortet werden kann, daß der Uebernehmer eines Grundstückes außer dem Falle einer besondern, gegen die Grundpfandgläubiger eingegangenen Verpflichtung, nicht weiter zu haften habe, als der Werth der verpfändeten Sache ausreicht, und zwar aus dem einfachsten theoretischen Grundsatze, weil den Hypothekar-Gläubigern gegen den Uebernehmer, z. B. Käufer des verpfändeten Grundstückes, mit welchem sie keine Verabredung getroffen haben, nur eine dingliche, nähmlich die hypothekarische, nicht aber auch eine persönliche Klage gebührt. Eine Realklage steht ihnen allerdings zu, weil das bestellte Hypothekar-Recht auf dem Grundstücke selbst haftet, daher auch derjenige, welcher das Grundstück übernimmt, sämmtliche auf demselben vorgemerkten Lasten, selbst gegen seinen Willen ohne weiters (ipso facto) übernimmt §. 443, — versteht sich jedoch nur in so fern, als es der Begriff einer Realklage mit sich bringt, das heißt im gegenwärtigen Falle, in wie fern der Uebernehmer die zur Hypothek dienende Sache besitzt, folglich auch nur in so weit, als der Werth derselben hinreicht, welcher sich aus der von dem Pfandgläubiger anzusuchenden gerichtlichen Feilbiethung darstellt. §§. 447, 461.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0113

II.

Den Hypothekar-Gläubigern steht aber gegen den Uebernehmer, z. B. Käufer des Grundstückes, keine persönliche Klage zu, nähmlich, damit er den Schuldbetrag überhaupt, oder zum wenigsten dann, wenn derselbe aus dem verkauften Grundpfande nicht gelöst wird, aus seinem Vermögen tilge §. 464; denn die Quelle oder der Rechtstitel einer solchen Klage könnte vermöge des §. 859 nur eine erlittene Beschädigung, ein Vertrag, oder ein Gesetz seyn, welchen Rechtstiteln jedoch noch ein letzter Wille und ein Urtheil beyzuzählen sind, die aber insgesammt im gegenwärtigen Falle mangeln [1]). Von einer erlittenen Beschädigung kann im ge-

---

[1]) Es muß wirklich befremden, wienach der §. 859 zu den Quellen der persönlichen Sachenrechte nicht zugleich eine Verfügung auf den Todesfall und den richterlichen Ausspruch rechnet, da doch der §. 424 diese beyden Rechts-Institute als Titeln der mittelbaren Erwerbung erklärt, welche daher eben so wie das Gesetz oder ein Vertrag nur ein persönliches Klagerecht begründen können. — Daß das Erbrecht, nähmlich das Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben ansprechen zu können, von dem Zeitpuncte der eingebrachten Erbserklärung ohne alle Besitzergreifung ein dingliches Recht begründe, folglich, daß dasselbe keineswegs bloß ein Titel, sondern zugleich ausnahmsweise §. 425 eine Erwerbungsart, und zwar eine bürgerliche sey, kann allerdings bey den vorliegenden klaren Gesetzen §§. 532, 547, 810 B. G. B. nicht in Abrede gestellt werden, daher denn auch der Erbe bereits vor erfolgter Verlassenschaftseinantwortung gesammte, dem Erblasser gebührenden persönlichen und dinglichen Klagen ohne weiters anzustrengen berechtigt ist. Es ist daher auch richtig gestellt, daß der letzte Wille, in wie fern er das Erbrecht selbst be-

genwärtigen Falle ohnehin keine Rede seyn, weil dieselbe nicht vorausgesetzt wird, und überhaupt als kein Rechts-

---

gründet, zu den Quellen des dinglichen, und nicht des persönlichen Sachenrechtes zu rechnen sey. Dagegen aber muß derselbe, wenn er die Quelle anderer Vortheile ist §§. 535, 553, 653, nur als ein Rechtstitel, welcher daher nur ein persönliches Sachenrecht hervorbringen kann, betrachtet werden; denn, wenn der Erblasser eine, wenn gleich ihm eigenthümlich zugehörige bestimmte Sache vermacht, so wird der Vermächtnißnehmer dennoch gegen den Erben nur ein persönliches Klagerecht, nicht aber, wenn er die Sache einem Dritten veräußert hätte, die Eigenthumsklage anstrengen können §§. 684, 638, 437, 425, 367, 824 B. G. B.

Nach dem römischen Rechte gebührte dem Legatar die Vindication einer vermachten bestimmten Sache L. 80. D. de leg. 2. L. 64. D. de furt. Ein solches Vermächtniß begründete daher keineswegs, so wie bey uns, nur einen Rechtstitel, sondern war zugleich eine Erwerbungsart modus acquirendi dominii civilis. Ich kann mich hier einer Bemerkung nicht enthalten, obgleich sie nicht hierher gehört. Die Verfasser unseres Gesetzbuches können von dem römischen Grundsatze wohl aus keiner andern Betrachtung abgegangen seyn, als weil dem Erben die vermachten Sachen anvertraut sind, daher, wenn er sie veräußert, dieselben von dem Legatar aus dem im §. 367 aufgestellten, aus der Rechtsphilosophie geschöpften Grundsatze, nicht vindicirt werden können. Doch in wie lange die vermachten Gegenstände in der Erbschaftsmasse vorfindig sind, sollte den Legataren wohl dennoch das Eigenthum auf die ihnen vermachten Gegenstände angewiesen seyn, und zwar nicht nur, weil keine Ursache abgesehen werden kann, warum der Legatar nicht eben so, wie der Erbe ohne alle Besitzergreifung ein dingliches Recht auf die ihm zugedachte bestimmte Verlassenschaftssache erwerben soll, sondern hauptsächlichst, weil, wenn der Erbe in Concurs verfallen sollte, der Legatar, wenn ihm keine Vindications-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0115

titel zur Erlangung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache gedacht werden kann.

Der Rechtstitel eines Vertrags muß aber deßwegen ausgeschlossen werden, weil vorausgesetzt wird, daß die Hypothekar-Gläubiger mit dem Uebernehmer des Grundpfandes keinen Vertrag geschlossen haben. Was den Rechtstitel des Gesetzes betrifft, so ist nach der herrschenden Meinung im Gesetzbuche keine Anordnung zu finden, welche den Uebernehmer eines Grundstückes verpflichtet, den Hypothekar-Gläubigern mit seinem Vermögen zu haften. Eben so wenig läßt sich nach der herrschenden Meinung diese Verbindlichkeit aus den, im §. 859 übergangenen zwey Rechtstiteln, — des Ur-

---

Klage gebührte, mit seinem Anspruche auf die vorhandene Sache in keine andere, als in die Classe der Gemeingläubiger zu versetzen seyn würde, welches wohl doch die gesetzliche Absicht nicht seyn dürfte.

Was das richterliche Urtheil betrifft, so muß dasselbe zu den Quellen des persönlichen Sachenrechts deßwegen gerechnet werden, weil es in dem Gesetze nur als ein Rechtstitel erklärt wird §§. 317, 321, 424, 431. Daher selbst ein Urtheil, in welchem eine Sache zum Eigenthume zugesprochen wird, für sich allein noch kein Eigenthum gewährt, sondern dasselbe nur durch die Uebernahme, wenn die Sache beweglich ist, §§. 426, 430, 451, 481, und wenn sie unbeweglich ist, erst durch die Einverleibung in die betreffenden öffentlichen Bücher erworben werden kann §§. 436, 1498.

Der §. 859 B. G. B. sollte daher in Uebereinstimmung mit dem §. 307 lauten: Die persönlichen Sachenrechte, vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist, gründen sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz, auf ein Urtheil, auf ein Vermächtniß, oder auf eine verbindliche Handlung, welche entweder ein Vertrag oder eine erlittene Beschädigung seyn kann.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0116

theils und des letzten Willens — entwickeln; denn das Urtheil kann überhaupt, und so auch im gegenwärtigen Falle als kein reiner Rechtstitel gedacht werden, indem dasselbe im Falle eines Rechtsstreites, wenn keine besondere Uebereinkunft zwischen den Hypothekar-Gläubigern und dem Uebernehmer des Grundpfandes bewiesen werden kann, nicht anders als für den letztern ausfallen kann [1]). — Was aber den Titel des letzten Willens betrifft, wodurch ein verpfändetes Grundstück auf den Todesfall überlassen wird, — so scheint es nach der herrschenden Ansicht, daß das Nähmliche Rechtens seyn müsse, was Rechtens ist, wenn durch einen andern Rechtstitel, z. B. durch einen Verkauf oder Tausch, das Grundpfand an einen Andern überlassen wird, weil die österreichischen Rechtsgelehrten bey Untersuchung der gegenwärtigen Rechtsfrage zwischen den verschiedenen Rechtstiteln, welche der Uebernahme eines verpfändeten Grundstückes zum Grunde liegen, nicht unterscheiden, und überhaupt keiner andern Ausnahme, als nur jener Raum lassen, wenn der Uebernehmer des Grundstückes sich gegen die Hypothekar-Gläubiger ausdrücklich zur Zahlung ihrer Forderungen verpflichtet hatte [2]).

III.

Diese Ansicht, welche auf den einfachsten theoretischen Grundsätzen beruht, erlangt auch durch bestimmte gesetzliche Anordnungen entscheidende Stützpuncte, und zwar durch den §. 464, in welchem es heißt: daß, wenn der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöst wird, das Fehlende der Schuldner zu ersetzen habe. Nun

[1]) Siehe mein Baurecht §. 159.

[2]) Siehe Zeiller's Commentar §. 466. A. 1. 2.

aber ist der Schuldner nur der Veräußerer, welcher die Schuld gemacht hat, und nicht jener, welcher von ihm das Grundstück übernommen hat. Ja jeder Zweifel, welcher noch erhoben werden könnte, wird durch den §. 466 B. G. B., dessen Wortlaut den gegenwärtigen Rechtsfall deutlich entscheidet, vollends behoben. Derselbe lautet: »Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Andern übertragen, so steht dem Gläubiger frey, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen.« [1]).

---

[1]) Nach dem römischen Rechte galt das Nähmliche; denn da das Pfandrecht auf der Sache haftet, so konnte es auch der Schuldner durch Veräußerung der Sache nicht entziehen L. 16. §. 3 D. de pign. et hypoth. Wurde sie veräußert, so hatte der Pfandgläubiger in der Regel nicht die Wahl, sich früher an den Uebernehmer des Grundpfandes zu halten, sondern er mußte früher den Schuldner belangen Nov. 4. c. 2. — Das preußische Landrecht steht mit unserm §. 466 ganz in Uebereinstimmung, wie es folgende §§. des 1. Th. 20. T. beweisen:

§. 48. Hat der Schuldner zwischen der Zeit der Verpfändung und des Verfalltages, das Eigenthum der verpfändeten Sache an einen Andern übertragen, so kann der Gläubiger, mit Vorbehalt seines Pfandrechts gegen den Dritten, zuerst auf Vollstreckung der Execution gegen den Schuldner antragen.

§. 53. Die Pflicht, dem Gläubiger zu gestatten, daß er seine Befriedigung sofort aus der verpfändeten Sache nehme, geht zwar der Regel nach auf jeden Eigenthümer derselben über;

§. 54. Weiter aber, als die verpfändete Sache reicht, ist ein solcher dritter Eigenthümer dem Gläubiger, welchem er

In diesem §. heißt es nun, daß, wenn der Schuldner die verpfändete Sache auf einen Andern überträgt, es dem Hy-

---

sich nicht etwa noch außerdem persönlich verpflichtet hat, zu haften nicht schuldig.

§. 492. Der Hypotheken-Gläubiger kann sein Recht auf die verpfändete Sache auch gegen einen dritten Besitzer derselben ausüben.

§. 494. Auch hat der Gläubiger, wenn gleich die Sache sich in den Händen eines dritten Besitzers befindet, dennoch die freye Wahl, ob er sogleich an diese, oder zuerst an die Person seines Schuldners sich halten wolle.

§. 495. Auch, wenn er letzteres wählt, bleibt ihm dennoch sein Recht auf die Sache, so lange er von dem Schuldner noch nicht vollständig befriedigt worden, vorbehalten. — Daß der philosophische Forscher in jedem dieser sechs hier angeführten §§. fast das Nähmliche ausgesprochen finden muß, ist eben so einleuchtend, als, daß der oben bezogene §. 466 unseres Gesetzbuches alles, was in den sechs §§. des preußischen Landrechts gesagt wird, erschöpfe. Ich mache darauf deßwegen aufmerksam, weil daraus einer der Hauptvorzüge des österreichischen Gesetzbuches, nähmlich Vollständigkeit bey einer bewunderungswürdigen Kürze, hervorleuchtet. Es tritt nicht selten der Fall ein, daß ein §. des österreichischen Gesetzbuches wohl 15 bis 20 §§. des preußischen entbehrlich macht. Diese Beherrschung der Rechtsstoffe und Gesetz-Materialien erhebt das österreichische Gesetzbuch zu einer classischen Arbeit. — Doch das preußische Gesetzbuch wurde nicht in eben derselben Absicht wie das österreichische verfaßt, damit es im preußischen Staate für das Privatrecht zur Grundregel, wohl aber nur in Ermanglung eigenthümlicher Gesetze in den einzelnen Provinzen, ohne daß daher dieselben aufgehoben worden sind, statt des römischen Rechts zur Aushülfe diene. Bey dieser Tendenz handelte es sich nun hauptsächlichst um eine vollständige Sammlung solcher Materialien, welche die Berufung auf das römische Recht entbehrlich machen kann, und diesen

pothekar-Gläubiger frey stehe, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner geltend zu machen, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen. Den Gläubigern steht daher ein persönliches Recht nur gegen ihren ursprünglichen Schuldner, nicht aber auch gegen den Uebernehmer des Grundstückes, dagegen gegen den letztern nur eine dingliche Klage zu, nähmlich, damit er die Schuld nur aus dem Werthe des Grundpfandes, folglich nur in so fern tilge, als der Werth desselben hinreicht.

IV.

Diese, durch die Theorie und durch bestimmte Gesetze unterstützte Ansicht wird auch in der Prax als ein solches unbedingtes Axiom betrachtet, daß im Falle, wenn der Hypothekar-Gläubiger durch den bey der öffentlichen Feilbiethung des Grundpfandes gelösten Kaufschilling zu keiner

---

Zweck erfüllt das preußische Landrecht, welches die römischen Gesetze sorgfältig geprüft und von Spitzfindigkeiten geläutert hat, vollkommen. Dasselbe diente daher auch den Verfassern des österreichischen Gesetzbuches unverkennbar als eine reichhaltige Quelle. Das Classische unseres Gesetzbuches besteht aber darin, daß in demselben die fast unerschöpflichen Gesetz-Materialien durch einen in das Innerste der Stoffe blickenden philosophischen Geist aufgefaßt, geprüft, und zu einem systematischen, leicht übersehbaren Ganzen, mit Ausschluß der Casuistik, folglich als ein rechtsphilosophisches Ergebniß, ausgebildet erscheinen. Dermahl befaßt sich die preußische Gesetzgebung mit der Revision des Landrechts, um demselben eine solche Gestalt zu geben, damit es mit Behebung der Provinzialgesetze zur allgemeinen Vorschrift dienen könne. In dieser Absicht kann nur das österreichische Gesetzbuch zum Muster dienen.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0120

Zahlung gelangt, und gegen den ursprünglichen Schuldner sich keine Erhohlung nehmen läßt, Rechtsfreunde die Ansicht hegen, daß dem leer ausgegangenen Gläubiger kein Mittel zu Gebothe stehe, den Hypothekar-Besitzer auf Zahlung aus eigenem Vermögen zu belangen.

V.

Der Zweck der gegenwärtigen Abhandlung soll nun die Untersuchung seyn, ob es nicht von einer geschickten Einleitung der Rechtsfreunde als Rathgeber ihrer Parteyen abhänge, den Hypotheks-Besitzer persönlich belangen zu können, das heißt, damit er die Forderung aus seinem Vermögen ganz in der nähmlichen Art zu tilgen verpflichtet werde, als wenn er selbst der ursprüngliche Schuldner wäre. Meiner Ueberzeugung nach wird dieß in hundert Fällen wohl sicher neun und neunzigmahl eintreten, wenn anders das zum Grunde liegende Rechtsverhältniß jederzeit gehörig aufgefaßt, und in Uebereinstimmung mit demselben der Rechtsfreund die Klage gehörig zu begründen beflissen seyn wird [1]).

Um die vorliegende Rechtsfrage von dem gehörigen Standpuncte klar und vollständig aufzufassen, muß eben so, wie es im Eingange gegenwärtiger Abhandlung geschah, zwischen den verschiedenen Rechtstiteln unterschieden werden, welche der Uebertragung des verpfändeten Grundstückes an einen dritten Besitzer zum Grunde liegen können. Es läßt sich dabey, mit Rücksichtnehmung auf die Eigenthümlichkeit des gegenwärtigen Falles, wie ich bereits bemerkt habe, nur ein dreyfacher Rechtstitel denken, nähm-

[1]) Ich trage diese Ansicht in meinen Vorlesungen bereits über zwölf Jahre vor.

lich, entweder ein Vertrag, ein letzter Wille, oder ein Gesetz, je nachdem der Besitzer des Grundpfandes das Eigenthum desselben entweder durch einen Vertrag, durch einen letzten Willen, oder durch Ersitzung, welcher die Vorschrift des Gesetzes zum Grunde liegt, an sich bringt.

VI.

Im Falle eines geschlossenen Vertrages muß zwischen zweyseitig und einseitig verbindlichen Verträgen unterschieden werden. Im ersten Falle ist der Inhalt des Vertrages zu erwägen, ob nähmlich dem Uebernehmer des Grundstückes die Uebernahme der Hypothekar-Schulden, z. B. zur Tilgung des Kaufschillings, ausdrücklich zur Last gelegt worden sey, oder nicht. Im ersten Falle, nähmlich, wenn in einem geschlossenen entgeltlichen Vertrage, z. B. einem Verkaufe, der Verkäufer mit dem Käufer die ausdrückliche Verabredung trifft, daß letzterer die auf dem erkauften Grundstücke haftenden Schulden auf Abschlag des schuldigen Kaufschillings zur Zahlung zu übernehmen habe, — wird in der Regel den Pfandgläubigern jederzeit das Mittel offen stehen, sich gegen den Käufer, nebst der hypothekarischen, zugleich eine persönliche Klage in der Absicht zu verschaffen, damit derselbe die übernommenen Verbindlichkeiten nicht nur aus dem Grundpfande selbst, sondern überhaupt aus seinem gesammten eigenen Vermögen, ganz auf die nähmliche Art erfülle, als wenn er selbst der ursprüngliche Schuldner wäre. Dieses Mittel von der Rechtsphilosophie dargebothen, daher auch von unserm Gesetzgeber nicht benommen, ist Folgendes: Der Käufer hat sich, gegen den Verkäufer zur Uebernahme der Pfandschulden, um dadurch den schuldigen Kaufschilling zu tilgen, folglich ihn von seiner persönlichen Verbindlichkeit zu befreyen, verbunden;

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0122

derselbe ist also gegen den Verkäufer aus dem Vertrage mit seiner Person verpflichtet, die übernommenen Pfandschulden keineswegs bloß aus der erkauften Sache, sondern zugleich aus seinem Vermögen zu tilgen. Es kann daher auch keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn ja der Pfandgläubiger sich an den Verkäufer, als seinen ursprünglichen Schuldner halten sollte, dieser berechtigt seyn müsse, den Käufer ohne weiters mittelst der Verkaufsklage (actio venditi) auf die Befriedigung der ihm zur Zahlungsübernahme zugewiesenen Gläubiger, oder, wenn der Verkäufer dieselben zur Vermeidung eines Rechtsstreites selbst befriedigt, den Käufer sogleich, oder, selbst im Falle, wenn nach abgehaltener Feilbiethung des Grundpfandes der gelöste Kaufschilling zur Tilgung der übernommenen Schulden aus was immer für einer, selbst zufälligen, Ursache nicht hinreichen sollte §§. 467, 1048, auf den Rückersatz der geleisteten Zahlung aus seinem Vermögen zu belangen; denn der Verkäufer klagt ja solchen Falls nur den von dem Käufer schuldig gebliebenen Kaufschilling ein, welchen er zu dem verabredeten Zwecke nicht verwendet hat, und welchen im Falle, wenn der Verkäufer seine Gläubiger selbst zu befriedigen bemüssigt wird, der Käufer ohne allen rechtlichen Grund hinter sich behalten würde §. 1435, daher zugleich der Fall der condictio sine causa, oder causa data, causa non secuta eintritt §. 1435.

VII.

Daraus geht nun das Mittel hervor, wie die Hypothekar-Gläubiger zu einer persönlichen Klage gelangen können; denn, da alle Forderungen, das heißt, alle persönlichen Sachenrechte, wenn sie anders nicht ausnahmsweise unveräußerlich sind, abgetreten werden dürfen §§. 918,

1392, 1393, 1458, und die Verkaufsklage, welche dem Verkäufer gegen den Käufer auf Erfüllung der Vertragspflichten, und im vorausgesetzten Falle in der Absicht gebührt, damit er die zur Zahlung übernommenen Schulden tilge, wirklich eine solche persönliche und veräußerliche Klage ist, — so wird auch wohl Niemand zweifeln, daß, wenn der Verkäufer dieses Klagrecht auf die Pfandgläubiger überträgt, diese den Käufer persönlich zu belangen berechtigt seyn werden, damit er sie, so wie seine eigenen Gläubiger, aus seinem Vermögen befriedige; denn der Verkäufer ist sein persönlicher Gläubiger, dieser hat aber sein Recht an die Pfandgläubiger abgetreten, und die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung, nach klarer Vorschrift des §. 1394 eben dieselben. Es kommt nun nur darauf an, damit der Verkäufer sich zu dieser Abtretung an seine Gläubiger bequeme. Doch daran ist wohl fast nie zu zweifeln; denn, da der Verkäufer, wie ich voraussetze, den zur Befriedigung seiner Gläubiger erforderlichen Betrag hinter dem Käufer belassen hat, so wird er sich doch wahrlich nicht geneigt finden, eine Zahlung leisten zu wollen, von welcher ihn der Käufer zu befreyen verpflichtet ist.

VIII.

Doch es bedarf weder einer eigentlichen Cession, sondern nur eines Briefes des Verkäufers an seinen Gläubiger gerichtet, worin er ihn ersucht, sich der Zahlung halber an den Käufer zu halten. Die Richtigkeit dieser Ansicht ist aus folgenden Gründen einleuchtend.

Es läßt sich nicht verkennen, daß, wenn der Verkäufer mit dem Käufer die Verabredung trifft, damit dieser die auf dem verkauften Gegenstande haftenden Schulden auf Abschlag des

Kaufschillings zur Zahlung übernehme, eine unvollständige Assignation vor sich gehe, weil der Verkäufer als Schuldner mit dem Käufer die Verabredung getroffen hat, damit dieser sich an seine Stelle den Grundpfandgläubigern als Zahler stelle §. 1400. Ich sage, eine unvollständige Assignation, denn soll sie vollständig seyn, so muß die Einwilligung von drey Personen, folglich ein dreyfacher Vertrag zu Stande kommen §. 1401, nähmlich 1. zwischen dem Assignanten, welches im gegenwärtigen Falle der Verkäufer ist, und dem Assignaten, welches im gegenwärtigen Falle der Käufer ist, muß das Einverständniß zu Stande kommen, daß Letzterer die ihm von dem Erstern an die Pfandgläubiger aufgetragene Zahlung leisten wolle §. 1403; 2. zwischen dem Assignanten und dem Assignatar, welches der Grundpfandgläubiger ist, nähmlich Letzterer muß die von dem Erstern erhaltene Anweisung annehmen §§. 1405, 1408; 3. zwischen dem Assignatar und Assignaten, nähmlich Letzterer muß dem Erstern die Zahlung versprechen und dieser das Versprechen annehmen §§. 1406, 1409. So lange diese dreyfache Einwilligung nicht zu Stande kommt, bleibt die Assignation unvollständig, nähmlich sie ist, wie es der Wortlaut des §. 1402 ausspricht, nur für diejenigen Theile wirksam, die mit einander einverstanden sind. Da im gegenwärtigen Falle vorausgesetzt wird, daß der Schließung des Verkaufsvertrages die Hypothekar-Gläubiger nicht mit beygezogen worden sind, folglich, daß nur ersterer Vertrag zwischen dem Assignanten und Assignaten, nicht aber auch der zweyte zwischen dem Assignanten und Assignatar, dann der dritte zwischen dem Assignatar und Assignaten zu Stande gekommen sey, so unterliegt es allerdings keinem Zweifel, daß aus jenem Vertrage nur der Käufer dem Verkäufer verpflichtet worden sey, dagegen, daß die Pfandgläubiger aus jenem Vertrage weder gegen den Verkäufer,

noch Käufer ein Recht erworben haben, daher auch letzterer dem erstern nicht verpflichtet worden seyn könne; denn aus einem Vertrage kann nur derjenige ein Recht erwerben, welcher als Theilnehmer an demselben durch die von ihm erfolgte Annahme des gegen ihn gerichteten Versprechens wirklich erscheint §§. 861, 862, widrigens ihm die im §. 881 gegründete Rechtsregel, alteri per alterum nulla acquiritur obligatio vel actio, und der im §. 12 aufgestellte Grundsatz: res inter alios acta tertio non prodest« entgegensteht.

Da ich nun selbst zulasse, daß die Pfandgläubiger aus dem zwischen ihrem Schuldner und dem Käufer geschlossenen Kauf-Contracte, gegen Letztern kein persönliches Klagerecht erwerben können, und ferner auch voraussetze, daß zwischen dem Käufer und den Pfandgläubigern kein Vertrag zu Stande gekommen sey, welchen das Gesetz zu einer vollständigen Assignation fordert, — so erübrigt nun nur noch die Untersuchung, ob sich zwischen dem Verkäufer und seinen Pfandgläubigern nicht ein Einverständniß von einer solchen Beschaffenheit herstellen lasse, welches den Gläubigern, ohne daß sie von ihrem Schuldner eine Cessions-Urkunde erhalten haben, ein persönliches Klagerecht gegen den Käufer gewähren könnte? In dieser Absicht muß das innere Wesen der Assignation, und insbesondere jener Vertrag genau erforscht werden, welchen das Gesetz zwischen dem Assignanten und Assignatar als bestehend voraussetzt, damit die Assignation in Bezug auf dieselben wirksam werde §. 1402. Wenn die §§. 1401, 1405 und 1408 erwogen werden, so besteht dieser Vertrag nur darin, daß der Assignant, folglich im gegenwärtigen Falle der Verkäufer, den Assignatar, welcher im gegenwärtigen Falle der Hypothekar-Gläubiger ist, anzuweisen habe, daß er sich der Zahlung halber an den Käufer, welcher den Zahlungs-

auftrag erhalten und angenommen hat, zu verwenden habe.

IX.

Ehe ich weiter schreite, will ich, weil es einleuchtender zum Ziele führt, vorher die Frage beantworten, in welcher Form eine Anweisung verfaßt seyn müsse? — Da dieselbe vermög des §. 1408 in Rücksicht auf den Pfandgläubiger als Assignatar die Eigenschaft einer Cession hat, weil der Verkäufer jenen Kaufschillingsbetrag, welchen er hinter dem Käufer zur Tilgung seiner Schuld beläßt, durch die Anweisung an den Gläubiger abtritt, so muß dieselbe in der Regel, obgleich vermög des §. 883 Verträge schriftlich oder mündlich abgefaßt werden können, ohne daß die Verschiedenheit dieser Form in Ansehung der Verbindlichkeit einen Unterschied bewirkt, dennoch schriftlich abgefaßt seyn; weil der Assignat nur einer vorgezeigten schriftlichen Anweisung Glauben beyzumessen verpflichtet werden kann.

X.

Dagegen dürfte vielleicht bemerkt werden, daß von dieser Regel im gegenwärtigen Falle eine Ausnahme Platz zu greifen habe, weil durch den in den öffentlichen Büchern einverleibten schriftlichen Vertrag nicht nur die Richtigkeit der von Seite des Assignanten ausgestellten schriftlichen Assignation, sondern noch überdieß auch die von Seite des Käufers als Assignaten gegen den Assignanten erfolgte schriftliche Annahme vollständig dargethan ist, der Käufer daher gar keine gültige Entschuldigung anzuführen vermag, warum die Pfandgläubiger zu seiner Ueberzeugung oder Sicherheit eben so wie in andern Assignations-Fällen sich mit

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0127

einer schriftlichen Anweisung ausweisen müßten. Doch die öffentlichen Bücher liefern ja nur den Beweis, daß ein Vertrag zwischen dem Assignanten und Assignaten zu Stande gekommen sey. Die Assignation ist daher nur für sie Beyde, nicht aber auch bereits für den Assignatar wirksam §. 1402, — und wollen daher erstere Beyde jene Wirksamkeit wieder beheben, so hängt es nur von ihrem Einverständnisse ab; denn der von dem Verkäufer erlassene und von dem Käufer angenommene Auftrag, die Zahlung an die Pfandgläubiger zu leisten, hat der Natur dieses Geschäfts gemäß §. 1002, folglich auch in Absicht auf eine Assignation, nach klarer Vorschrift des §. 1403, die Eigenschaft eines Vollmachtsvertrages, welcher doch nach allgemeinen Rechtsprincipien §. 1020, und eben deßwegen auch selbst dann, wenn es sich um eine Assignation handelt, vermöge des §. 1404 von dem Assignanten als Gewaltgeber in so lange widerrufen werden kann, als die Assignation von dem Assignatar nicht angenommen worden ist. Dieser ist aber aus dem alleinigen Grunde, weil das zwischen dem Assignanten und Assignaten getroffene Einverständniß in den Büchern eingetragen ist, zu dessen Annahme noch nicht berechtigt, denn in demselben wird gegen ihn keine Erklärung und kein Versprechen gerichtet, und es tritt daher die Anordnung des §. 861 ein, daß, so lange kein Versprechen gemacht ist, auch keine Annahme erfolgen kann. Dieser Grundsatz muß um so mehr auf vorliegenden Fall volle Anwendung finden, als die Gesetze (§§. 1401, 1402, 1405, 1406, 1408, 1409) das zwischen dem Assignanten und Assignatar hinzukommende Einverständniß als ein Cessions-Geschäft erklären, welches doch nur durch einen darüber geschlossenen besondern Vertrag zu Stande kommen kann §. 1392. Doch die im §. 1408 vorkommende Stelle: Die Assignation gilt dem Assignatar als eine Abtretungsurkunde, behebt je-

den Zweifel, welcher über die Behauptung rege gemacht werden könnte, daß die Hypothekar-Gläubiger sich mit einer erhaltenen schriftlichen Anweisung bey dem Käufer ausweisen müssen. Wäre dieselbe nicht erfolgt, so tritt, weil die Pfandgläubiger aus der unvollständigen Assignation noch kein Recht erworben haben, der besondere Umstand ein, daß, wenn aus dem gelösten Kaufschillinge des gerichtlich verkauften Grundstückes nicht alle zur Zahlung übernommenen Gläubiger befriedigt werden könnten, der Verkäufer von dem Käufer den zur Befriedigung der Gläubiger hinter ihm belassenen Betrag entweder eintreiben, oder ihn auch in der Regel davon ganz loszählen kann. Dazu würde er aber nicht mehr berechtigt seyn, wenn die Pfandgläubiger von dem Verkäufer bereits eine Anweisung erhalten, und von derselben den Käufer in Kenntniß gesetzt hätten; denn im §. 1396 heißt es, daß der Schuldner die Zahlung nicht mehr an den Cedenten leisten kann, wenn er zur Kenntniß der geschehenen Cession gelangt ist.

XI.

Die Pfandgläubiger müssen sich nun gegen den Käufer mit einer schriftlichen Anweisung ausweisen. Diese sich zu verschaffen, wird gewiß keiner Schwierigkeit unterliegen; denn in hundert Fällen wird kaum einer eintreten, daß der Verkäufer als ursprünglicher Schuldner, um dasjenige nicht bezahlen zu müssen, was sein Käufer für ihn zu zahlen sich verpflichtet hat, sich nicht bereitwillig finden sollte, an seine Gläubiger eine Urkunde auszustellen, in welcher er sie der Zahlung wegen an den Käufer anweisen sollte. Ja es läßt sich mit vollem Grunde erwarten, daß, wenn der Pfandgläubiger den Verkäufer um die Zahlung schriftlich angeht, dieser ihn in seiner schriftlichen Antwort wohl jederzeit selbst

ersuchen werde, sich an den Käufer als Zahlungsübernehmer zu halten. Eine solche briefliche Anweisung oder Verständigung wird nun auch dem Pfandgläubiger jederzeit hinreichen, um gegen den Käufer, mit dem er keinen Vertrag geschlossen hat, ein persönliches Klagerecht zu erwerben; denn der wesentliche Inhalt der Anweisung, nähmlich, daß der Verkäufer an seine Stelle den Käufer als Schuldner stelle, und dieser sich zur Zahlung verpflichtet habe, ist bereits in den öffentlichen Büchern eingetragen, und der Gläubiger hat daher nur noch zu beweisen, daß der Verkäufer ihn an den Käufer angewiesen habe §. 1400, welches doch durch oben gedachte schriftliche Verständigung, die auch in Gestalt eines Briefes abgefaßt werden kann, vollkommen erfüllt wird.

Daß dieser Beweis zur Erwerbung eines persönlichen Klagerechts hinreiche, ergibt sich aus dem §. 1408, welcher das Wesentliche des zwischen dem Assignanten und dem Assignatar geschlossenen Vertrags dahin bestimmt, damit der Assignant seinen Gläubiger an seinen Schuldner zum Empfange der Zahlung anweise, welches doch vollkommen erfüllt wird, wenn der Hypothekar-Gläubiger sich mit einer von dem Verkäufer, als seinem Schuldner, ausgestellten Urkunde ausweist, in welcher derselbe ihn anweiset oder ersucht, damit er von dem Käufer als dessen Schuldner, welcher überdieß im gegenwärtigen Falle bereits den Zahlungsauftrag angenommen hat, die Zahlung erhebe.

XII.

Wahr ist es, daß diese Anweisung noch immer unvollständig sey, weil noch der dritte Vertrag zwischen dem Käufer und dem Gläubiger, folglich zwischen dem Assignaten und Assignatar, mangelt, kraft dessen Ersterer dem Letzteren die Zahlung verspricht, und dieser das Versprechen an-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0130

nimmt, daher diese Assignation vermöge des §. 1402 nur zwischen dem Käufer und Verkäufer, dann zwischen dem Verkäufer und Gläubiger, welche mit einander ein Einverständniß gepflogen haben, nicht aber auch zwischen dem Gläubiger und Käufer wirksam seyn kann. Doch daraus fließt nur, daß zwischen den Letztern kein unmittelbares Rechtsverhältniß aus der Assignation selbst entstanden sey, aber dennoch besteht bereits ein solches, welches den Gläubiger berechtigt, den Käufer persönlich belangen zu können; weil das zwischen dem Verkäufer als Assignanten und dem Gläubiger als Assignatar zu Stande gebrachte Einverständniß dem Letztern als eine Abtretungsurkunde gilt §§. 1408, 1406, 1409, welche doch dem Cessionar hinreicht, um den Cessus persönlich belangen zu können; denn zur Wirksamkeit einer Cession ist die Einwilligung des Letztern nicht erforderlich §. 1395, und derselbe ist, was er schuldet, nicht nur seinem Gläubiger selbst, sondern zugleich dessen zum Empfange geeigneten Machthaber, von welcher Eigenschaft doch der Cessionar ist, zu zahlen verpflichtet §. 1403, 1409.

XIII.

Die Folge, wenn der Assignat oder der Cessus, im gegenwärtigen Falle der Käufer, in die Assignation oder Cession nicht eingewilligt hat, wird nur darin bestehen, daß er dem klagenden Gläubiger als Cessionar oder Assignatar alle Einwendungen entgegensetzen könne, welche er dem Verkäufer als seinem ursprünglichen Gläubiger entgegenzusetzen berechtigt seyn würde §§. 1394, 1442, 1443. Z. B. wenn er die Gültigkeit des Vertrags wegen unterlaufener Argliſt, wesentlichen Irrthums, Verletzung über die Hälfte, oder aus einem andern rechtlichen Grunde zu bestreiten berechtigt ist; weil Niemand auf einen Andern mehr Rechte übertragen

kann, als er selbst hat §§. 442, 1138, wogegen er dieser Einwendungen verlustig wird, wenn er dem Gläubiger als Cessionar die Zahlungsleistung zugesichert hätte, indem er dadurch die Schuld für richtig anerkannt hat §. 1396. Doch der §. 1408 im Zusammenhange mit dem §. 1409, in welchem von einer unvollständigen, und zwar von einer von dem Assignaten nicht angenommenen Assignation gehandelt wird, beweiset ja deutlich, daß dessen ungeachtet dem Assignatar gegen den Assignaten, dem, wie es auch gegenwärtig der Fall ist, die Zahlung nur in eben dem Maße, als er sie zu leisten schuldig ist, aufgetragen wurde, eine persönliche Klage gebühre. Der Vertrag zwischen dem Assignatar und Assignaten ist ja keineswegs in der Absicht, damit ersterer gegen letztern eine Klage erwerbe, — sondern nur in dem einzigen Falle erforderlich, wenn durch die Assignation zugleich eine Umänderung der Verbindlichkeit durch Hinzukunft eines neuen Schuldners zu Stande kommen soll, §. 1400 [1]).

XIV.

Gegen diese aufgestellte Ansicht kann der §. 466 nicht eingewendet werden, in welchem, nach dessen klarem Wortlaute, nur von einem den Grundpfandgläubigern gegen den Verkäufer, nicht aber auch von einem ihnen gegen den Käufer zustehenden persönlichen Rechte Erwähnung geschieht; denn dieser Ausspruch hat allerdings seine volle Rechtsgül-

---

[1]) Ich habe eine Abhandlung über Assignationen fast vollendet. Ich hoffe sie im Laufe des Jahres dem Drucke zu übergeben. In derselben erscheint Manches ausführlich behandelt, was in gegenwärtiger Abhandlung nur kurz berührt ist.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0132

tigkeit, wenn man sich den im §. entschiedenen Fall in seiner Einfachheit denkt, abgesehen daher von der hinzu gekommenen Nebenverabredung, daß der Käufer den von dem Verkäufer erhaltenen Auftrag, die Pfandschulden auf Abschlag des Kaufschillings zu berichtigen, angenommen, und die Pfandgläubiger davon durch den Verkäufer die Verständigung erhalten haben; denn mangelt diese Voraussetzung, so kann den Pfandgläubigern allerdings aus den im Eingange gegenwärtiger Abhandlung angeführten Gründen gegen den Käufer keine persönliche, wohl aber nur die dingliche Pfandrechtsklage gebühren. Im entgegengesetzten Falle aber, nähmlich, so wie das einfache Rechtsverhältniß in das von mir vorausgesetzte, zusammengesetzte übergehet, hat die Vorschrift des §. 1159 einzutreten, nähmlich, daß die dem beygesetzten Nebenvertrage angemessenen gesetzlichen Vorschriften beobachtet werden müssen; folglich, daß den Hypothekar-Gläubigern, welche das Gesetz als Cessionare erklärt §. 1408, gegen den Käufer ein persönliches Klagerecht zustehen müsse.

XV.

Doch über die Frage, ob die Grundpfandgläubiger zu einer persönlichen Klage zu gelangen vermögen, konnte der §. 466 in keinem Falle verfügen, denn derselbe befindet sich im Hauptstücke von dem Pfandrechte, und dieses in der ersten Abtheilung der dinglichen Sachenrechte, — daher auch in diesem §. nur von der dem Pfandgläubiger gegen jeden Besitzer zustehenden dinglichen Pfandrechtsklage Erwähnung geschehen konnte. In wie fern aber dieselben auch zu einer persönlichen Klage gegen den Uebernehmer des Grundpfandes gelangen können, — dieses kann bey der von unserm Gesetzgeber streng beobachteten systematischen Ordnung, wel-

che nie vorgreift, nur aus der zweyten Abtheilung von dem persönlichen Sachenrechte, als dem einzig dazu geeigneten Orte, und zwar, im gegenwärtigen Falle nur aus der Lehre von Assignationen und Cessionen ersichtlich werden.

XVI.

Jeden Zweifel, welcher darüber noch erhoben werden könnte, behebt der §. 1019. Der Ausspruch desselben ist: »Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat, so erlangt der Dritte, so bald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtigt worden ist, das Recht, gegen den einen oder den andern Klage zu führen.« Nun aber heißt es im §. 1403, daß, wenn der Assignat die Assignation annimmt, zwischen ihm und dem Assignanten ein Bevollmächtigungsvertrag zu Stande komme. Der Assignat ist daher als ein Gewalthaber zu betrachten, und da er im gegenwärtigen Falle, wie es der Inhalt der Grundbücher ausweist, den Auftrag, die Pfandgläubiger zu befriedigen, erhalten und angenommen hat, so muß auch der Pfandgläubiger, so wie er, was ich voraussetze, davon von dem Verkäufer benachrichtigt wird, nach dem Wortlaute des Gesetzes gegen den Käufer persönliche Klage zu führen berechtigt seyn [1]).

---

[1]) Diese Ansicht scheint auch in dem §. 1282 nicht nur eine wichtige Stütze zu finden, sondern es scheint sogar aus diesem §. der Beweis hervorzugehen, daß die Pfandgläubiger durch den Verkäufer von dem Zahlungsauftrage gar nicht verständigt zu seyn brauchen, denn in demselben heißt es: daß, im Falle die Erbschaft verkauft wird, die Erb-

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0134

XVII.

Diese Gründe dürften wohl volle Ueberzeugung gewähren, daß, wenn Rechtsfreunde in Vertretung der Pfand-

---

schaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer sich ihrer Befriedigung wegen sowohl an den Käufer der Erbschaft als an den Verkäufer halten können. Da nun dieser §. von einer, von dem einen oder andern Theile an die Vermächtnißnehmer und Verlassenschaftsgläubiger erfolgten Anzeige des geschehenen Zahlungsauftrags keine Erwähnung macht, weil die Zahlungsverbindlichkeit aus der Natur des Geschäftes entspringt, so gewinnt es das Ansehen, daß kraft der Rechtsanalogie daraus zu folgern sey, der Pfandgläubiger könne, ohne daß eine Verständigung des angenommenen Zahlungsauftrags erfolgt zu seyn braucht, den Käufer des Grundpfandes persönlich auf Zahlung belangen. Doch ich vermisse in diesem Falle eine Rechtsanalogie; denn eine Erbschaft als ein gesammtes Vermögen (universitas bonorum) besteht in den Activen und Passiven des Erblassers, daher auch letztere, weil sie sich von dem Begriffe einer Nachlassenschaft nicht trennen lassen, von dem Erben oder dessen Cessionar berichtigt werden müssen §. 548, 1278, weßwegen sie auch mit dem Erblasser für eine Person angesehen werden §. 547. Eine ausdrückliche Uebernahme der Passiven von Seite des Erbschaftskäufers ist daher überflüssig; eben so auch eine an die Gläubiger zu erlassende Verständigung, daß der Erbschaftskäufer die Befriedigung der Gläubiger übernommen habe, indem der Erbe durch die Erbserklärung sich bereits zu dieser Uebernahme verbindet, wodurch die Legatare und Erbschaftsgläubiger, ohne daß mit ihnen ein Vertrag geschlossen zu werden braucht, nach Vorschrift des Gesetzes §§. 801, 820, 821, gegen den Erben ein persönliches Klagerecht ganz von der nähmlichen Beschaffenheit erwerben, als wenn mit ihnen

gläubiger in der Klage gegen den Käufer den Beweis führen, der Verkäufer des Grundpfandes habe den Pfandgläu-

---

wirklich ein Vertrag wäre geschlossen worden. Die Römer sagten daher, daß der Erbe durch die eingebrachte Erbserklärung mit den Legataren und Erbschaftsgläubigern einen Scheinvertrag (quasi contractus) schließe. Die gesetzliche Ursache davon ist, weil, da die Gesetzgebung sich aus politischen Ursachen veranlaßt findet, das freye Verfügungsrecht des Eigenthümers nicht nur durch Handlungen unter den Lebenden, sondern auch auf den Todesfall, in Schutz zu nehmen, — und da im letzten Falle der Verstorbene über die Erfüllung seines Willens nicht zu wachen vermag, der Staat sich verpflichtet findet, darüber zu wachen, derselbe daher die Erklärung des Erben im Nahmen des Erblassers zu Gunsten der Legatare und Erbschaftsgläubiger annimmt. Es läßt sich dagegen nicht einwenden, daß diese Ansicht nur in Ansehung des Erben, welcher die Erbserklärung einbringt, nicht aber auch in Hinsicht des Erbschaftskäufers gelten könne, weil er die Erbserklärung nicht eingebracht hat; doch die Rechte eines Uebernehmers sind mit den Rechten und den damit verbundenen Verbindlichkeiten des Uebergebers immer die nähmlichen (§. 1394), und Niemand kann einem Andern mehr Rechte abtreten als er selbst hat (§. 442) — daher auch vermög des §. 1282 die Erbserklärung entweder von dem Verkäufer oder Käufer der Erbschaft eingebracht werden kann, und ist sie von dem Einen oder Andern eingebracht, so hat sie auch für den Andern zu gelten, daher auch Beyder Verbindlichkeiten von gleichem Umfange sind. Ganz verschieden von diesem Falle ist der gegenwärtige, welchen ich voraussetze; denn in demselben wird die Veräußerung eines völlig bestimmten Grundstückes vorausgesetzt, welches zwar allerdings mit allen darauf haftenden Lasten, ohne daß in dieser Absicht eine ausdrücklich erklärte Uebernahme nothwendig ist, an den Käufer übergeht §. 443, aber dieser wird für die Zahlung den Pfandgläubigern nicht mit seinem Vermögen, son-

biger von der, von dem Käufer geschehenen Zahlungsübernahme verständigt, der richterliche Spruch gegen den Käufer nicht anders als verurtheilend, er sey persönlich zur Zahlung verpflichtet, ausfallen könne. Vermag man daher bis jetzt solche Urtheile nicht vorzuweisen, so liegt die Schuld nicht an der Gerichtsbehörde, sondern an den Rechtsfreunden, die es an der Führung des Beweises, der Käufer sey persönlich verpflichtet, ermangeln ließen.

XVIII.

Was den zweyten Fall betrifft, wenn nähmlich in einem zweyseitig verbindlichen Vertrage die Uebernahme der auf dem Grundstücke haftenden Pfandschulden dem Uebernehmer, z. B. dem Käufer, nicht ausdrücklich wäre zur Pflicht gemacht worden, so gehört derselbe gewiß unter die seltensten Fälle, weil eine genaue Berechnung der Hypothekar-Lasten für den Uebernehmer eine nothwendige Vorsichtsmaßregel ist, um nicht über den bedungenen Kaufschilling verpflichtet zu werden. Indessen tritt auch dieser ungewöhnliche Fall wohl aber nur dann ein, wenn entweder der Ueberlasser des Grundstückes sich selbst zur Behebung der Hypo-

---

dern nur mit dem Werthe des Grundpfandes zu haften haben, weil diese Schulden nicht eben so wie mit dem Begriffe einer Nachlassenschaft wesentlich, sondern mit dem Grundstücke nur zufällig, und zwar in so weit verbunden sind, als dasselbe einen ergiebigen Zahlungsfond darstellt, und weil die Pfandgläubiger sich nicht auf den Titel eines Gesetzes eben so, wie z. B. Legatare und Erbschaftsgläubiger zu berufen vermögen, welches ihnen, wenn gleich keine Cession oder Assignation zum Grunde liegt, ein persönliches Klagerecht gegen den Käufer der Nachlassenschaft einräumt.

thekar-Lasten verbindet, oder die Hypothekar-Lasten arglistig verheimlicht, oder wenn aus dem Inhalte der unrichtig geführten öffentlichen Bücher die Schuld gar nicht zu entnehmen ist. In einem solchen Falle handelt es sich nun gleichfalls um die Frage, ob, wenn der Uebergeber die Pfandgläubiger schriftlich anweisen möchte, damit sie sich mit ihrer Forderung an den Uebernehmer des Grundstückes erhohlen, dieselben wohl gleichfalls eine persönliche Klage gegen den Uebernehmer erlangen werden? Man sollte denken, daß diese Frage unbedingt verneint werden müsse, weil in diesem Falle die Einwilligung des Assignaten, folglich der Vertrag mangelt, welcher zwischen ihm und dem Assignanten zu schließen ist §§. 1400, 1401, daher auch, wie es scheint, die Wirksamkeit des §. 1409 nicht Platz greifen kann; denn derselbe verlangt zur Verpflichtung des Assignaten, damit er von dem Assignanten einen Auftrag zur Zahlung erhalten, und denselben angenommen habe, widrigens von seiner Seite keine Verbindlichkeit zu Stande kommt §. 1402.

XIX.

Ungeachtet dieser Gründe wird unter gewissen Beschränkungen dennoch die alleinige, von dem Uebergeber an seinen Pfandgläubiger geschehene Verständigung, welche ihn an den Uebernehmer des Grundstückes zum Empfange seiner Forderung anweist, ein persönliches Klagerecht gegen Letztern begründen. Es kommt nähmlich dabey nur auf die Beantwortung der Vorfrage an, ob in dem vorausgesetzten Falle dem Uebergeber des Grundstückes gegen den Uebernehmer desselben eine persönliche Klage auf Uebernahme, folglich auf Befriedigung der Pfandschulden zustehe, und von welchem Umfange diese Klage sey? Es unterliegt keinem Zweifel, daß dem Verkäufer gegen den Käufer die Ver-

kaufsklage gebühre, damit er den Kaufschilling bezahle, und da Ersterer Letztern durch eine von ihm selbst ausgestellte Quittung nicht in den Stand setzen kann, die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypotheken-Büchern zu bewirken §. 1369, so gebührt dem Verkäufer gegen den Käufer das Klagerecht, damit er die Zahlung an die Hypothekar-Gläubiger, in wie fern ihre Forderungen den Kaufschilling nicht überschreiten, aus seinem Vermögen leiste, weil Jedermann, dem ein Forderungsrecht zusteht, auch das Recht gebührt, seinen Schuldner zu zwingen, damit er die Schuld an seinen Bevollmächtigten §. 1424, oder an jenen abtrage, welchen er an ihn zum Empfange anweiset §§. 1395, 1396, 1403, 1409. Daß, wenn der Schuldenstand den bedungenen Kaufschilling übersteigt, dem Pfandgläubiger eine von dem Verkäufer erhaltene Cession oder Anweisung, welche demselben nach Vorschrift des §. 1408 gleichfalls als eine Cession gilt, kein persönliches Klagerecht gegen den Uebernehmer des Grundstückes verschaffen könne, ergibt sich ohnehin daraus, weil derjenige, dem kein Klagerecht zusteht, auch keines abtreten kann §§. 1394, 442.

XX.

Ich befürchte hier eine wichtige Einwendung. Ich habe eben die Behauptung aufgestellt, daß der Käufer als Assignat aus der von dem Verkäufer ausgestellten Assignation zur Zahlung verpflichtet werde, obschon er, wie ich doch voraussetze, weder mit dem Verkäufer als Assignanten, noch mit den Pfandgläubigern als Assignataren, die vermöge des §. 1403 und 1406 zur Vollständigkeit der Assignation erforderlichen zwey Verträge geschlossen hat; daraus dürfte nun gefolgert werden, daß eben deßwegen, nach klarer Vor-

schrift des §. 1402, diese Anweisung gegen den Assignaten keine Wirkung hervorbringen könne. Daß der Uebernehmer des Grundstückes in diesem Falle im juridischen Sinne nicht als Assignat verpflichtet werden könne, hat seine Richtigkeit, dagegen aber läßt es sich nicht bezweifeln, daß er als Cessus Zahlung zu leisten verbunden seyn werde. Im Falle einer Assignation müssen nähmlich die im §. 1401 erwähnten drey Verträge von einander scharf geschieden werden, denn jeder derselben bringt, wenn gleich die beyden andern nicht zu Stande kommen, bereits eigene Wirkungen hervor, — und kommen sie insgesammt zu Stande, so tritt noch eine ganz eigene Wirkung hinzu, nähmlich, daß dann durch Hinzukunft eines neuen Schuldners eine Umänderung der Verbindlichkeit entsteht §. 1400. Die eigentliche Tendenz unseres Gesetzgebers in den §§. 1400—1410, in welchen die Lehre von der Assignation erörtert wird, ist daher auch nur dahin gerichtet, die Erfordernisse festzusetzen, welche eintreffen müssen, damit die erwähnte Umänderung zu Stande komme, — wie es daraus zu ersehen ist, weil diese Lehre in dem Hauptstücke von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten aufgenommen ist. Was aber die Erörterung der Wirkungen betrifft, die mit jedem einzelnen jener drey Verträge immer, abgesehen von den beyden andern, verbunden sind, so ist dieselbe auch kein eigentlicher Gegenstand der §§. 1400—1410, denn von diesen einzelnen Verträgen wird dort, wo es die systematische Ordnung mit sich bringt, eigens gehandelt. Der Vertrag zwischen dem Assignanten und Assignaten ist kein anderer als der Bevollmächtigungsvertrag §. 1403, und von diesem wird im 2ten Theile, 22sten Hauptstück gehandelt. Jener zwischen dem Assignaten und Assignatar kommt durch das Versprechen des erstern zu Stande, er wolle dem letztern Zahlung leisten, und davon wird in den §§. 1343—1345 gehandelt, und der Vertrag

zwischen dem Assignanten und Assignatar ist nichts anderes als ein Cessions-Geschäft, denn in den §§. 1406, 1408 und 1409 heißt es, daß die Assignation dem Assignatar als eine Abtretungsurkunde gelte; von Cessionen wird aber in den §§. 1392—1399 gehandelt. Da nun in dem, von mir vorausgesetzten Falle das Assignationsgeschäft nur auf dem Einverständnisse des Assignanten mit dem Assignatar beruht, so tritt eben dadurch die eigentliche Frage hervor, welche gestellt werden muß, nähmlich, ob denn im vorausgesetzten Falle der Pfandgläubiger aus dem alleinigen Grunde der von seinem Schuldner erhaltenen Anweisung, den Käufer des Grundstückes persönlich zu belangen berechtigt werden könne? und ich finde gar keinen Grund, sie nicht zu bejahen; denn ich habe bewiesen, daß im vorausgesetzten Falle der Käufer dem Verkäufer persönlich verpflichtet sey, die auf dem gekauften Grundstücke haftenden Pfandschulden, in wie fern sie den Kaufpreis nicht übersteigen, zu bezahlen. Der Verkäufer hat aber dieses persönliche Recht durch die Assignation an seine Pfandgläubiger abgetreten, und diese müssen nun auch als Cessionare berechtigt seyn, den Käufer persönlich auf Zahlung zu belangen.

XXI.

Doch jeder Zweifel, welcher über diese Ansicht rege gemacht werden könnte, verschwindet, wenn der §. 1408 erwogen wird; denn derselbe setzt offenbar den Fall voraus, daß der Assignat weder mit dem Assignanten, noch dem Assignatar einen Vertrag geschlossen habe, sondern, daß der Assignant nur durch die dem Assignatar gegebene Anweisung, seinem Schuldner die Zahlung in eben dem Maße aufgetragen habe, als er sie zu leisten schuldig ist, und für

diesen Fall ordnet der §. an, daß dem Assignatar die Assignation als eine Abtretungsurkunde gelte, und zwischen ihm und dem Assignaten eben das Verhältniß eintrete, welches zwischen dem Uebernehmer einer Forderung und dem übernommenen Schuldner Statt findet. Nun aber ist der Schuldner dem Cessionar Zahlung zu leisten verpflichtet, obschon er sie ihm nicht zugesichert hat §§. 1396, 1424, daher hat auch ein Schuldner, welcher den Auftrag, die Zahlung an einen Dritten zu leisten, ohne Grund verweigert, für die Folgen zu haften §. 1409.

Es hängt daher von der Willkühr des Schuldners nicht ab, eben so wie in der Regel bey einer andern Bevollmächtigung, den an ihn erlassenen Auftrag abzulehnen §. 1403. Daraus läßt sich nun auch abnehmen, daß, um sich den Assignaten aus der Assignation zur Zahlung verpflichtet zu denken, keineswegs vorausgesetzt werden müsse, daß derselbe mit dem Assignanten oder Assignatar zwey Verträge geschlossen haben müsse; denn, ist er ein Schuldner des Assignanten, so ist er auch verpflichtet, auf die schriftliche Anweisung Zahlung zu leisten §§. 1403, 1408, 1409 [1]).

XXII.

Daß, wenn beyde letztern Verträge nicht hinzukommen, eine solche unvollständige Anweisung sich von einer vollständigen in ihren Folgen wesentlich unterscheide, zeigt sich daraus, weil sie dem Assignatar nur als eine Abtretungsurkunde gilt. Der Uebernehmer des Grundstückes wird daher,

---

[1]) Daß jenes, was im Falle eines Verkaufes Rechtens ist, — auch im Falle eines andern geschlossenen zweyseitig verbindlichen Vertrags Rechtens seyn müsse, bedarf keines Beweises.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0142

wie ich bereits bemerkt habe, dem Gläubiger, welcher ihn um die Zahlung angeht, eben so wie einem Cessionar alle Einwendungen entgegensetzen können, welche er dem Uebergeber entgegenzusetzen berechtigt ist §. 1396. In einem solchen Falle geht daher auch nur eine Umänderung des Rechts mit Hinzukunft eines neuen Gläubigers (§. 1392), aber noch nicht eine Umänderung der Verbindlichkeit durch die Hinzukunft eines neuen Schuldners vor sich §. 1400. Letzteres kann nur im Falle einer vollständigen Anweisung geschehen, nähmlich, wenn zugleich der Assignat sowohl mit dem Assignanten als auch mit dem Assignatar den doppelten, im §. 1401 erwähnten Vertrag schließt, denn dann hängt es in der Regel von der Willkühr des Assignatars nicht mehr ab, sich noch an den Assignanten zu halten §§. 1401, 1406.

XXIII.

Ich habe nun den Beweis geliefert, daß im Falle, wenn der Schuldner das verpfändete Grundstück durch einen zweyseitig verbindlichen Vertrag veräußert, die Hypothekar-Gläubiger zu einer persönlichen Klage gegen den Uebernehmer des Grundstückes dadurch gelangen können, wenn sie von ihrem Schuldner, als Uebergeber des Grundstückes, entweder eine Abtretung oder Anweisuug über das ihm zustehende Forderungsrecht erhalten. Es entsteht nun die Frage, ob die Hypothekar-Gläubiger auf eben diese Weise zu einer persönlichen Klage gegen den Uebernehmer des Grundstückes dann gelangen können, wenn ihr Schuldner das Grundstück unentgeltlich veräußert hätte. Nehme man als Beyspiel an, daß der Schuldner das verpfändete Haus Jemanden geschenkt hätte, welches einen Werth von 10,000 fl. hat, nur mit 4000 fl. eingeschuldet ist, aber in einer Feuers-

brunst eingeäschert, als Brandstelle bey einer öffentlichen Feilbiethung um 2000 fl. verkauft wird, daher der Pfandgläubiger, welcher mit 2000 fl. unbefriedigt bleibt, und an seinem vermögenslosen Schuldner keine Erhohlung findet, solche gegen den Geschenknehmer zu erlangen wünscht. Es ist ebenfalls, wie im Falle einer entgeltlichen Veräußerung, zu unterscheiden, ob der Geschenkgeber eben so wie im Falle einer entgeltlichen Veräußerung die Verabredung getroffen habe, daß der Geschenknehmer die Hypothekar-Schulden zur Zahlung zu übernehmen hat, oder nicht. Im ersten Falle muß unbezweifelt das Nähmliche gelten, was, wie ich bewiesen habe, dann Rechtens sey, wenn der Schuldner das Grundstück durch einen zweyseitig verbindlichen Vertrag veräußert hätte, nähmlich dem Pfandgläubiger wird eine von seinem Schuldner erhaltene, an den Geschenknehmer gerichtete Anweisung hinreichen, um ihn persönlich belangen zu können, weil sich diese beyden Fälle von einander nicht unterscheiden.

XXIV.

Eben dasselbe wird auch dann gelten, wenn der Geschenknehmer nicht ausdrücklich die auf der geschenkten Sache haftenden Schulden zur Bezahlung übernommen hätte; denn, wer eine belastete Sache als Geschenk annimmt, übernimmt eben dadurch auch aus der Natur des Geschäftes die darauf haftenden Schulden §. 443, und erklärt, daß er den Geschenkgeber davon befreyen wolle; zum Beweise dient: weil der Ueberlasser einer Sache nur im Falle eines geschlossenen entgeltlichen Vertrags zur Gewährleistung verbunden §. 922, dagegen aus einem unentgeltlichen Vertrage von derselben losgezählt ist §. 945; daher auch die im §. 928

enthaltene Anordnung: »Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets vertreten werden«, auf Schenkungen keine Anwendung finden kann. Hat nun der Geschenkgeber die Hypothekar-Schulden nicht zu vertreten, so muß ihm auch im Falle, wenn er von den Gläubigern zu deren Bezahlung belangt wird, gegen den Geschenknehmer eine persönliche Klage zustehen, damit er ihn von den Schulden befreye. Ist aber dieß der Fall, so ist er eben deßwegen auch berechtigt, dieses persönliche Recht entweder durch eine Cession oder Assignation an diese Gläubiger zu überlassen. Als Ausnahme kann nur gelten, wenn der Geschenknehmer den Schenkungsvertrag rechtsgültig zu bestreiten berechtigt wäre, z. B. aus dem Grunde einer von Seite des Geschenkgebers unterlaufenen Argliſt §. 874, ja selbst dann, wenn der Geschenkgeber ohne Verschulden den Geschenknehmer durch solche falsche Angaben zur Uebernahme irre geführt hätte §. 872, daß dieser ohne den Irrthum das Geschenk gar nicht angenommen haben würde §. 873, denn widerrechtliche Handlungen können keine Quelle eines Rechtes werden §. 95.

XXV.

Einen entscheidenden Beweis biethet die Rechtsanalogie an. Wenn Jemanden ein Grundstück vermacht wird, worauf Pfandschulden haften, und der Legatar das Vermächtniß annimmt, so wird er die darauf haftenden Schulden, obgleich von denselben keine Erwähnung geschah, dennoch mit der Folge zu tilgen haben, daß er den Erben gegen die auf dem Vermächtnisse haftenden Gläubiger klagelos zu stellen verpflichtet seyn wird, daher, wenn dieselben sich dennoch an den Erben halten sollten, wozu sie allerdings berechtigt

bleiben, der Legatar dem Erben zur Gewährleistung verpflichtet seyn wird.

Folgende Gesetzstellen beheben jedes Bedenken, welches darüber erhoben werden dürfte:

a. Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten §. 662, und zwar da der §. nicht unterscheidet, selbst dann, wenn die Lasten den Werth der vermachten Sache übersteigen. Diese Ansicht wird

b. durch den Wortlaut des §. 650 außer Zweifel gesetzt, welcher lautet: Ein Legatar kann sich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm zugedachten Legats übersteigt, nicht entschlagen.

c. Im §. 686 heißt es: Der Legatar trägt alle auf dem Legate haftenden Lasten, selbst den Verlust, wenn es ohne Verschulden eines Andern vermindert wird, oder gänzlich zu Grunde gehet.

Ein Legatar hat daher für die auf der vermachten Sache haftenden Schulden wirklich mit seinem Vermögen zu haften, und ist daher dem Erben persönlich verpflichtet, ihn gegen jeden Anspruch klagelos zu stellen, welcher gegen ihn von den auf dem vermachten Grundstücke haftenden Gläubigern gestellt wird. Daß nun das Nähmliche in Rücksicht eines Geschenknehmers gelten müsse, ist doch einleuchtend, weil eine wirkliche Rechtsanalogie eintritt; denn Beyde übernehmen das Grundstück unentgeltlich mit dem einzigen Unterschiede, der Eine durch eine Handlung unter Lebenden, der Andere aber durch eine Handlung auf den Todesfall, — welcher Unterschied für sich ganz allein auf die vorliegende

Rechtsfrage, in wie fern Beyde für die auf der überlassenen Sache haftenden Pfandschulden zu haften haben, keinen Einfluß nehmen kann, zumahl, da der §. 901 sogar ausdrücklich anordnet, daß, wenn es sich bey unentgeltlichen Verträgen um die Erforschung des Beweggrundes oder des Entzweckes der Einwilligung handelt, die bey den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften angewendet werden sollen. Warum? weil sie sich im Materiellen von einander gar nicht unterscheiden, daher auch eine Schenkung auf den Todesfall zwar in der Regel als ein Vermächtniß erklärt wird, jedoch durch den alleinigen Umstand, wenn der Geschenkgeber sich des Befugnisses, die durch die Uebergabe einer schriftlichen Urkunde bestätigte Schenkung zu widerrufen, begibt, in einen Vertrag übergehet §. 956.

Der Geschenknehmer ist nun eben so wie der Legatar zur Tilgung der auf dem Grundstücke haftenden Schulden über dessen Werth verbunden, derselbe mag schon aus was immer für einem hinzugekommenen zufälligen Ereignisse zur Deckung nicht hinreichen. Die Ursache davon ist, weil sie sich aus der Natur des Geschäftes zu dieser Uebernahme verpflichtet haben; der Zufall daher, welcher die Sache trifft, auch sie treffen muß §§. 1311, 686. Es kann nun eben deßwegen auch gar kein Zweifel darüber rege gemacht werden, daß sowohl dem Erben, als auch dem Geschenkgeber gegen den Legatar und Geschenknehmer ein persönliches Klagerecht zustehen müsse; damit sie ihrer Verbindlichkeit Genüge leisten.

Ich habe nun den untrüglichen Beweis geliefert, daß dem Ueberlasser einer unbeweglichen Sache, gegen den Uebernehmer, obschon sich dieser zur Uebernahme der Hypothekar-Lasten nicht ausdrücklich verpflichtet hat, dennoch eine persönliche Klage zustehe, damit er die Hypothekar-Lasten im Falle eines entgeltlichen Vertrages nach Verhältniß des be-

dungenen Preises [1]), im Falle eines unentgeltlich geschlossenen Vertrages aber unbedingt zur Zahlung übernehme. Eben so wenig läßt es sich verkennen, daß, wenn in diesem vorausgesetzten Falle der Ueberlasser des Grundstückes die ihm zustehende persönliche Klage an seinen Hypothekar-Gläubiger überträgt, dieser den Uebernehmer des Grundstückes persönlich zu belangen berechtigt seyn werde.

XXVI.

Wichtig ist die Frage: ob, wenn in dem grundbücherlich eingetragenen Vertrage dem Uebernehmer des Grundstückes die Tilgung der Pfandschulden nicht ausdrücklich wäre aufgetragen worden, die schriftliche Anweisung in die betreffenden öffentlichen Bücher eingetragen, folglich

---

[1]) Es läßt sich sehr wohl der Fall denken, daß ein Vertrag entgeltlich geschlossen seyn kann, und dennoch aus der Natur des Geschäftes, wie z. B. im Falle eines Tauschvertrages, kein Preis bestimmt worden sey. Um gegenwärtiger Abhandlung keine zu große Ausdehnung zu geben, und die Uebersicht nicht zu viel zu stören, habe ich von diesem Falle und andern ähnlichen Fällen keine ausdrückliche Erwähnung gemacht; denn dieselben erhalten für Jedermann einleuchtend ihre Entscheidung, wenn eben so, wie im Falle eines Verkaufes, untersucht wird, ob der Uebernehmer des verpfändeten Grundstückes die Hypothekar-Lasten ausdrücklich oder stillschweigend zur Bezahlung übernommen habe, — oder was das Nähmliche ist, ob dem Uebergeber gegen den Uebernehmer eine persönliche Klage gebühre oder nicht? Da Ersteres in der Regel Platz greift, so wird auch den Hypothekar-Gläubigern das erwähnte Rechtsmittel zu Gebothe stehen, gegen den Uebernehmer des Grundpfandes zu einer persönlichen Klage zu gelangen.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0148

in Gestalt einer intabulationsfähigen Urkunde ausgestellt werden müsse? Es scheint, daß ja, weil es sich um ein in den Büchern eingetragenes Recht handelt, welches auf einen Andern nicht andres, als durch eine Urkunde, die in den Büchern eingetragen wird, übergehen kann §§. 431, 445. Diese Meinung erscheint jedoch als irrig, so wie man den gehörigen Standpunct auffaßt, aus welchem gegenwärtiger Fall zu beurtheilen ist. Die Pfandgläubiger benöthigen nähmlich einer Anweisung von ihrem Schuldner nicht vielleicht in der Absicht, um das Recht zu erwerben, sich mit ihrer Pfandforderung aus dem Grundpfande bezahlt zu machen, denn dieses Recht ist ihnen, weil sie Grundpfandgläubiger sind, bereits wirklich eigen §§. 457, 461, sondern sie benöthigen derselben nur für den Fall, wenn das Grundpfand zur Deckung ihrer Forderungen nicht hinreicht, um dann das Recht zu erwerben, sich an das anderweitige Vermögen des Uebernehmers des Grundpfandes halten zu dürfen. Es handelt sich daher im gegenwärtigen Falle von Seite des Assignanten, welcher sein persönliches Sachenrecht auf die Pfandgläubiger übertragen will, nicht um ein in den Büchern auf dem überlassenen Grundstücke haftendes, wohl aber nur um ein unverbüchertes Recht, und bey einer solchen Anweisung ist daher auch keine andere Form, als nur jene zu beobachten, welche angewendet werden muß, wenn der Gläubiger seinem Schuldner die Bezahlung einer unverbücherten Forderung aufträgt. Es wird daher auch eine gewöhnliche schriftliche Anweisung genügen [1]).

---

[1]) Ueber mehrere Rechtsfragen, welche hier aufgeworfen werden könnten, werde ich in einer besondern Abhandlung über Assignationen umständlich handeln.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0149

XXVII.

Doch, was wird wohl dann Rechtens seyn, wenn der Uebernehmer des Grundstückes dasselbe an einen Zweyten, dieser an einen Dritten u. s. w. überläßt, sodann erst das Grundstück öffentlich veräußert wird, und der gelöste Preis zur Befriedigung der Pfandgläubiger des ersten Veräußerers nicht hinreicht; werden wohl dieselben aus dem Grunde einer von ihrem Schuldner erhaltenen Anweisung ohne weiters alle nachfolgenden Besitzer persönlich auf Zahlung belangen können? Der von mir aufgestellte Grundsatz, daß den Hypothekar-Gläubigern gegen den Uebernehmer des Grundpfandes eine persönliche Klage nur dann gebühre, falls dieselbe ihrem Schuldner gegen den Uebernehmer des Grundstückes gebührt, und er die Pfandgläubiger zugleich an den Uebernehmer zum Empfange der Zahlung angewiesen hat — entscheidet gegenwärtige Frage vollkommen; nähmlich die Pfandgläubiger werden im vorausgesetzten Falle den ersten Uebernehmer, ungeachtet er das Grundstück veräußert hat, noch immer persönlich belangen können, weil er sich durch die Ueberlassung des Grundstückes an einen Andern, seiner persönlichen Verbindlichkeit gegen den Ueberlasser, z. B. Verkäufer oder Geschenkgeber, nicht entziehen kann §§. 466, 847. Doch gegen den zweyten oder dritten Uebernehmer wird den Pfandgläubigern aus dem alleinigen Grunde, weil sie eine Anweisung von dem ersten Ueberlasser als ihrem Schuldner erhalten haben, kein persönliches Klagerecht zustehen; denn ihrem Schuldner gebührt ja gegen den zweyten oder dritten Nachfolger, mit dem er in kein persönliches Rechtsverhältniß getreten ist, kein solches Klagerecht, und da Niemand mehr Recht auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat §. 442, so konnte

er auch durch die ausgestellte Anweisung auf die Pfandgläubiger kein persönliches Recht gegen die nachfolgenden Besitzer übertragen. Nichts desto weniger wird es auch in diesem Falle den Pfandgläubigern an einem ergiebigen Mittel nicht fehlen, gegen die nachfolgenden Besitzer zu einer persönlichen Klage zu gelangen; denn, wenn sie mit der von ihrem Schuldner als ersten Veräußerer erhaltenen Anweisung die Zahlung von dem ersten Uebernehmer ansprechen werden, so wird dieser, welchem doch gleichfalls ein eigenes persönliches Recht gegen seinen Uebernehmer auf Tilgung der von ihm ausdrücklich oder stillschweigend übernommenen Pfandschulden gebührt, die Pfandgläubiger an seinen Nachfolger zum Empfange ihrer Forderungen anweisen können. Auf diesem Wege kann nun der Pfandgläubiger von den einander nachgefolgten Besitzern stufenweise die Zahlung oder Anweisung auf ihre Nachfolger verlangen. Letztere wird wohl keiner verweigern, um nicht das zahlen zu müssen, was sein Nachfolger für ihn zu zahlen verpflichtet ist.

XXVIII.

Wie aber, wenn der Schuldner sich weder will eine Cession, noch eine Assignation an seine Pfandgläubiger auszustellen bequemen, sie dann wirklich eines jeden Mittels entblößt seyn, zu einer persönlichen Klage gegen den Uebernehmer des Grundstückes zu gelangen? Nach meiner practischen Erfahrung müßte ich allerdings diese Frage verneinen, denn ich glaube nicht, daß die Prax bis jetzt ein solches Mittel entdeckt habe, — und doch biethet ein solches Mittel der §. 314 der a. G. O. an, indem der Gläubiger berechtigt ist, die seinem Schuldner gebührende Forderung sich an Zahlungsstatt einantworten zu lassen. Der

Pfandgläubiger wird nähmlich, um gegen den Uebernehmer des Grundstückes eine persönliche Klage zu erwerben, seinen Schuldner auf Zahlung belangen müssen, und erhält er sie nach erwirktem Urtheile nicht, so wird er berechtigt seyn, im Executionswege sich das seinem Schuldner gegen den Uebernehmer des Grundstückes gebührende persönliche Recht einantworten zu lassen, wodurch er, ohne eine Cession oder Anweisung erhalten zu haben, seine Absicht vollkommen erreichen wird. Mit diesen Klagen um Einantwortungen wird er, wie es ohnehin einleuchtet, von einem Nachfolger gegen den andern schreiten können.

XXIX.

Als Ausnahme würde nur gelten, wenn dem einen oder dem andern Uebergeber des Grundstückes gegen seinen Nachfolger, aus der Natur des Rechtsgeschäftes, kein persönliches Recht auf Tilgung der Grundpfandschulden gebühren möchte, z. B. weil die Pfandschulden den bedungenen Kaufpreis übersteigen, oder weil das Erwerbungsgeschäft für den Uebernehmer wegen wesentlichen Irrthumes, oder aus einem andern Grunde nicht verbindlich ist, und er daher die ihm gebührende Aufhebungsklage anstrengt; denn, da solchen Falls dem Schuldner kein persönliches Klagerecht gegen seinen Nachfolger gebührt, so kann auch sein Gläubiger durch Cession oder Assignation, die auch die Eigenschaft einer Cession hat, oder durch Einantwortung, die nichts anderes als eine durch den Richter bewirkte Cession ist, kein persönliches Recht gegen den Besitzer des Grundstückes erwerben. Hätte aber einer der einander nachfolgenden Besitzer, welcher den Pfandgläubigern persönlich verbunden war, seinem Nachmanne die ihm aus der Natur

des Geschäftes obliegende Zahlungsverbindlichkeit wieder nachgesehen, so muß man unterscheiden, ob dieß unentgeltlich, oder entgeltlich geschah. Im ersten Falle gilt das Nähmliche, was in Ansehung einer Schenkung Rechtens ist, nähmlich, daß, da der Verpflichtete ein erworbenes Recht unentgeltlich aufgegeben hat, die Pfandgläubiger, welche dadurch verkürzt werden, von dem Geschenknehmer die Zahlung aus dem ihm nachgesehenen Betrage mittelst der paulianischen Klage anzusprechen berechtigt seyn werden §. 953. Im zweyten Falle aber, z. B. wenn für das öffentlich veräußerte Grundpfand kein zur Deckung sämmtlicher, von dem Executen ausdrücklich oder stillschweigend zur Zahlung übernommenen Pfandgläubiger hinreichender Kaufpreis erzielt wird, und der Uebergeber des Grundstückes sich mit dem exequirten Uebernehmer über den hinter ihm zur Befriedigung der Gläubiger belassenen Kaufschillingsbetrag ausgleicht, wird auch den Pfandgläubigern gegen den Uebernehmer kein persönliches Klagerecht gebühren, denn ich setze voraus, daß sie weder durch Cession, noch Anweisung oder Einantwortung das ihrem Schuldner gebührende persönliche Recht an sich gebracht haben, sondern, daß ihnen nur die hypothekarische Klage zustehe, welche doch nur auf dem bey der Feilbiethung gelösten Kaufschilling haftet. Dem Uebergeber des Grundstückes bleibt es daher auch freygestellt, sich mit dem Uebernehmer desselben über den hinter ihm zur Befriedigung der Pfandgläubiger belassenen Kaufschilling in so lange auszugleichen, als dieselben nicht auf eine jener drey Arten das persönliche Recht des Schuldners an sich gebracht haben. Doch, wenn sie es auch an sich gebracht haben sollten, der Uebernehmer des Grundstückes aber davon noch nicht verständigt, sich mit dem Uebergeber darüber ausgeglichen hätte; — so wird

den Pfandgläubigern das, obgleich vor erfolgter Ausgleichung an sich gebrachte, dem Schuldner gegen den Uebernehmer gebührende persönliche Recht wirkungslos seyn. Zum Beweise dessen dient der §. 1408, in Zusammenhaltung mit den §§. 1395 und 1396, denn im erstern heißt es: die Assignation, folglich auch die gerichtliche Einantwortung, gilt dem Assignatar als eine Abtretungsurkunde, und in letztern beyden §§. heißt es: daß, wenn der Gläubiger seine Forderung an einen Dritten abtritt, der Schuldner die Zahlung an den Ersten so lange zu leisten berechtigt sey, als er von der Abtretung nicht in Kenntniß gesetzt wird.

XXX.

Ich gehe auf den zweyten Rechtstitel über, welcher der Ueberlassung verpfändeter unbeweglicher Sachen an einen Dritten zum Grunde liegen kann, nähmlich auf jenen eines letzten Willens. Tritt dieser ein, so erwirbt ein Dritter das Grundpfand entweder als Legatar oder als Erbe. Ist ersteres der Fall, so habe ich bereits bewiesen, daß der Legatar den Pfandgläubigern nicht nur mit dem Werthe der vermachten Sachen, sondern zugleich mit seinem Vermögen zu haften habe. Jedoch muß ich bemerken, daß dieser Fall sich von allen bisher bemerkten Fällen dadurch wesentlich unterscheidet, weil in demselben, meiner Ansicht nach, die Hypothekar-Gläubiger keiner Cession oder Assignation des Erben, noch auch einer Einantwortung benöthigen werden, um den Legatar persönlich belangen zu können; denn die im Absatze XXV. von mir angeführten §§. 662, 650, 686 beweisen klar, daß der Gesetzgeber den Legatar persönlich zur Tilgung der auf der vermachten Sache haftenden Lasten verpflichte. Der Rechtstitel dieser persönlichen Klage

ist daher das Gesetz. Im zweyten Falle aber, nähmlich, wenn der Erwerbung des Eigenthumes eines Grundstückes das Erbrecht zum Grunde liegt, hat der Erbe für alle dem Erblasser obgelegenen Verbindlichkeiten §. 548, folglich auch den Pfandgläubigern, wenn er die Nachlassenschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, nur mit dem Verlassenschaftsvermögen, außer diesem Falle aber mit seinem gesammten Vermögen zu haften §§. 820, 821.

XXXI.

Der dritte Rechtstitel, welcher der Erwerbung eines verpfändeten Grundstückes zum Grunde liegen kann, ist das Gesetz, und zwar nur in einem doppelt gedenkbaren Falle, nähmlich, wenn Jemand entweder durch Intestaterbfolge oder durch Ersitzung das Eigenthum des verpfändeten Grundstückes erwirbt. Im ersten Falle wird der Intestaterbe den Pfandgläubigern eines Verlassenschaftsgrundstückes, ganz unter den nähmlichen Bedingungen entweder nur mit dem Verlassenschaftsvermögen, oder zugleich mit seinem Vermögen zu haften haben, als, wie im vorigen Absatze gezeigt worden, ein letztwilliger Erbe zu haften hat, weil die Verschiedenheit des Rechtstitels, welcher dem Erben den Nachlaß gewährt, in dem Umfange der ihm gegen die Verlassenschaftsgläubiger obliegenden Haftung keinen Unterschied bewirken kann §§. 820, 821.

XXXII.

Was den zweyten Fall, nähmlich die Ersitzung betrifft, so handelt es sich dabey um folgende Rechtsfrage: A hat z. B. gegen B durch einen dreyjährigen bücherlichen Besitz

ein Haus ersessen §. 1467, welches einen Werth von 10,000 fl. ausweiset, unter dessen Hypothek aber C an B 4000 fl. zu fordern hat. Das Haus geht in einer Feuersbrunst zu Grunde, und wird als Brandstelle bey einer öffentlichen Feilbiethung um 2000 fl. verkauft. Dem Gläubiger C gebührt nun in der Regel aus den im Eingange gegenwärtiger Abhandlung aufgestellten Gründen gegen den Ersitzer A nur die hypothekarische Klage, in Folge welcher derselbe nur mit dem Werthe des Hauses, folglich für die durch die Feilbiethung zur Zahlung nicht gelangten 2000 fl. nicht zu haften hat. Der Schuldner B ist zahlungsunfähig, A dagegen vermögend.

Das Bestreben des Gläubigers ist nun dahin gerichtet, wo möglich gegen A eine persönliche Klage zu erwerben, und es frägt sich nun, ob er dazu durch eine Cession oder Assignation des B, oder durch eine gegen ihn erwirkte gerichtliche Einantwortung gelangen kann? Es kommt abermahl einzig und allein darauf an, ob dem B gegen A eine persönliche Klage gebühre, damit er ihn von den auf dem Hause haftenden Hypothekar-Lasten befreye oder nicht? Im ersten Falle ist die Frage zu bejahen, im zweyten Falle aber zu verneinen. Um aber zu erkennen, welcher von beyden Fällen eintrete, muß zwischen den zwey Hauptfällen der Ersitzung unterschieden werden, nähmlich, ob man das Grundstück von dem Eigenthümer unmittelbar, oder von einer dritten Person, welche man als den wahren Eigenthümer betrachtete, an sich gebracht habe. Ersterer Fall tritt dann ein, wenn der Eigenthümer, von dem man das Grundstück durch einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrag an sich gebracht hat, auf die Aufhebung des Vertrages, aus was immer für einem rechtlichen Grunde, z. B. wegen wesentlichen Irrthums, Verletzung über die Hälfte, oder aus dem Grunde

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0156

was immer für eines ungültigen Titels zu dringen berechtigt ist. Daß dieß auch ein Ersitzungsfall sey, — obschon derselbe in den vaterländischen juridischen Aufsätzen meistens mit Stillschweigen übergangen wird, — zeigt sich daraus, weil in einem solchen Falle der Besitzer, z. B. der Käufer, die Haupterfordernisse der Ersitzung, nähmlich den Rechtstitel und den guten Glauben nicht für sich hat; denn ein ungültiger Titel ist eben so viel, wie kein Titel §. 1462, und da ihm dieser Mangel bekannt ist, so kann er auch nur als ein unredlicher Besitzer betrachtet werden. Er kann daher das Eigenthum des Grundstückes nicht anders als durch den Besitz durch die von dem Gesetze bestimmte Zeit erlangen. Diesen Fall nur zur Verjährung, nicht aber zur Ersitzung rechnen, läßt sich nicht annehmen, weil es sich um die Erwerbung eines nicht zustehenden Rechtes handelt. Daß der Gesetzgeber diesen Fall als eine Ersitzung betrachte, zeigt sich aus den §§. 1451, 1452, 1460, nach welchen jedes Recht durch Ersitzung erworben wird, welches nicht durch das Erwerbungsgeschäft selbst, sondern erst durch Verlauf einer bestimmten Zeit, in das Eigenthum unwiderruflich übergeht. Jeder Zweifel darüber verschwindet, wenn der §. 1467 genau erwogen wird; denn, nachdem es im §. 1466 heißt, daß das Eigenthum einer beweglichen Sache durch einen dreyjährigen rechtlichen Besitz ersessen werde, so erwartet man, daß der nachfolgende §. 1467, in welchem von der Ersitzung einer unbeweglichen Sache gehandelt wird, mit dem vorhergehenden §. in Uebereinstimmung, ungefähr dahin lauten werde, daß das Eigenthumsrecht einer unbeweglichen Sache von Demjenigen, auf dessen Nahmen sie den öffentlichen Büchern einverleibt ist, ebenfalls durch Verlauf von drey Jahren ersessen werde. So aber lautet dieser §: Von unbeweglichen Sachen

ersitzt Derjenige, auf dessen Nahmen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch ebenfalls durch Verlauf von drey Jahren.

Daraus veroffenbart es sich nun, daß in dem oben gesetzten Falle es sich wirklich um eine Ersitzung handelt; denn Derjenige, welcher eine Sache gekauft, aber den Verkäufer durch falsche Angaben, welche die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betreffen, irre geführt §. 871, oder über die Hälfte des Werthes verletzt hat §. 934, befürchtet, wie es überdieß auch aus dem §. 1487 zu entnehmen ist, den Widerspruch gegen den in den Büchern einverleibten Kaufvertrag durch drey Jahre, — und erwiesen ist es daher, daß er das Grundstück gegen den erwähnten Widerspruch erst nach Verlauf von drey Jahren ersitzen werde.

XXXIII.

In diesem vorausgesetzten Falle gebührt nun unbezweifelt Demjenigen, gegen den die Ersitzung bewirkt wird, weil er in der gesetzlichen Frist von drey Jahren zu dem ihm angebothenen Rechtsmittel des Widerspruches nicht Zuflucht nahm, in der Regel eine persönliche Klage gegen den Ersitzer, damit er ihn von den Hypothekar-Lasten befreye, denn der Ersitzer hat ja das Grundstück von dem verschuldeten Eigenthümer selbst, entweder durch einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrag erworben, in welchem er sich daher, wie ich voraussetze, zur Uebernahme der Pfandschulden entweder ausdrücklich oder stillschweigend verbunden hat. Dieser Fall unterscheidet sich daher von dem in gegenwärtiger Abhandlung bereits früher erörterten, — wenn nähm-

lich der Schuldner das verpfändete Grundstück auf eine für ihn verbindliche Art veräußert, — nur dadurch, daß er in diesem Falle nicht, wohl aber in dem andern Falle das Veräußerungsgeschäft zu bestreiten berechtigt ist. Entsagt er daher diesem Rechte, indem er binnen drey Jahren keinen Widerspruch einbringt, so erscheinen beyde Fälle einander gleichgestellt, in beyden Fällen wird nähmlich das Veräußerungsgeschäft als gültig betrachtet. Die Pfandgläubiger können daher auch durch Cession, Assignation oder Einantwortung das ihrem Schuldner zustehende persönliche Klagerecht an sich bringen.

XXXIV.

Wenn aber der Ersitzer das Grundstück nicht von dem Eigenthümer selbst, sondern von einem Dritten, welchen er als den wahren Eigenthümer betrachtete, an sich gebracht hätte, wo daher derselbe mit dem Eigenthümer keinen Vertrag geschlossen hat; so gewinnt es den Anschein, daß dem Eigenthümer kein persönliches Klagerecht gegen den Ersitzer, ihn von den Hypothekar-Schulden zu befreyen, gebühren kann, weil der Rechtstitel dazu, nähmlich der Vertrag, mangelt. Doch gibt es denn nebst dem Vertrage nicht noch andere Titeln der mittelbaren Erwerbung, — und zwar insbesondere das Gesetz §. 424, auf welchem doch die Ersitzung beruht? — und ist dieß der Fall, so muß die Wirkung, in Absicht auf die Verbindlichkeit des Ersitzers, die Hypothekar-Lasten nöthigen Falls aus dem eigenen Vermögen zu tilgen, ganz auf die nähmliche Art eintreten, als, wenn der Besitzer das Grundstück von dem Eigenthümer selbst durch Vertrag erworben hätte, weil alle Rechtstitel von gleicher Wirkung sind. Würde es nicht ungereimt seyn,

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0159

wenn der Käufer, Geschenknehmer oder Legatar, nicht aber auch der Ersitzer, dem vorigen Eigenthümer für die Tilgung der Pfandschulden haften müßte? Der §. 1498 behebt jeden Zweifel, denn der Ersitzer erlangt ja durch den alleinigen Verlauf der Zeit nicht jederzeit bereits das Eigenthum der ersessenen Sache, sondern um es zu erlangen, muß er noch gegen den in den Büchern eingetragenen Eigenthümer die Zuerkennung des Eigenthums einklagen §§. 1468, 1498, wodurch er doch offenbar erklärt und sich verbindet, daß er dagegen die auf dem Grundstücke haftenden Lasten zur Selbstbezahlung übernehmen, folglich den vorigen Eigenthümer davon befreyen wolle. Daraus veroffenbart sich nun, daß, da auch in diesem Falle dem Schuldner, gegen den das Grundpfand ersessen worden ist, eine persönliche Klage gegen den Ersitzer gebührt, damit er ihn von den auf dem ersessenen Grundstücke haftenden Schulden befreye, auch die Hypothekar-Gläubiger auf eine der erwähnten drey Arten zu einer persönlichen Klage gegen den Ersitzer gelangen können.

Ich habe mich in Bezug auf die Ersitzung weit kürzer gefaßt, als es mein Wunsch ist; doch eine erschöpfende Erörterung dieses Gegenstandes ist, der vielen schwierigen Rechtsfragen wegen, die dabey beantwortet werden müssen, nur zu einer eigenen, weit umfassendern Abhandlung geeignet, welche ich bald zu liefern hoffe.

XXXV.

Noch ist die Frage zu beantworten, von welcher Zeit den Hypothekar-Gläubigern gegen den Uebernehmer des Grundstückes die persönliche Klage gebühren wird? Von eben derselben, in welcher sie das ihrem Schuldner zuste-

hende persönliche Recht durch Abtretung, Anweisung oder Einantwortung an sich gebracht haben. Ist dieß geschehen, so brauchen sie keineswegs vielleicht die Feilbiethung des Grundstückes, welche keinen hinreichenden Zahlungsfond anbiethet, abzuwarten, sondern, da sie wahre Gläubiger des Schuldners geworden sind, so werden sie auch zu Allem berechtiget werden, wozu das Gesetz den Gläubiger gegen seinen Schuldner berechtigt. Wie sie nun gegen den Besitzer des Grundpfandes ein Urtheil auf persönliche Zahlung erwirkt haben werden, so wird ihnen auch das Recht erwachsen, ohne Rücksicht auf das ihnen gebührende hypothekarische Recht, auf das dem Besitzer zugehörige anderweitige Vermögen Execution zu führen.

XXXVI.

Zum Schlusse dieser Abhandlung will ich noch auf einen Mißgriff in der Prax aufmerksam machen. Ich habe nie bemerkt, daß, wenn der Uebernehmer des Grundstückes von den Hypothekar-Gläubigern, die sich doch mit der Erwerbung eines persönlichen Klagerechtes durch Cession, Anweisung oder Einantwortung nicht ausweisen, auf Zahlung der Grundpfandschulden belangt wird, derselbe die Einwendung entgegensetzte, damit auf Verurtheilung nur in so fern erkannt werde, als der Werth des Grundpfandes hinreichen wird. Die Ursache dieser Außerachtlassung, außer dem Falle eines Concurses, mag wohl in den meisten Fällen diese seyn, weil der Beklagte sich fühlte, gegen seinen Vormann persönlich verpflichtet zu seyn, daher es für gleichgültig betrachtete, an wen er die Zahlung leistet. — Doch ganz anders gestaltet sich der Fall, wenn der Uebernehmer des Grundstückes in Concurs verfällt; denn der Hypothekar-

Gläubiger, welcher kein erworbenes persönliches Klagerecht darthut, kann nur die Versetzung seiner Forderung in die zweyte Classe, in wie fern der Werth des Grundstückes hinreichen wird, nicht aber auch für den in dieser Classe leer ausgehenden Betrag die vierte Classe ansprechen. Letztere würde nur dem Vormanne gebühren, wenn er das ihm zustehende persönliche Recht zum Concurse gerechtfertigt hätte. — Man untersuche dagegen die verhandelten Concurs-Acten, und es stellt sich daraus gewiß in den meisten Fällen das Ergebniß dar, daß gegen den von mir entwickelten, klar einleuchtenden Rechtsgrundsatz, die Hypothekar-Gläubiger, welche doch kein persönliches Klagerecht dargethan haben, mit ihren in der zweyten Classe zur Zahlung nicht gelangten Forderungen, in der vierten versetzt erscheinen, wodurch doch die eigenen Gläubiger des Cridars verkürzt worden sind.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0162

Druckfehler.

Seite 14,	Zeile 13		statt Anzahl, l. Unzahl.
— 31	— 23		statt aus dem Reiche, l. aus der Reihe.
— 49	— 16		statt müssen, l. müsse.
— 50	— 1		statt eine, l. folgende.
— 57	— 1		v. u. statt und, l. um.
— 58	— 3		statt Durchaus, l. Daraus.
— 79	— 4		statt müßte, l. mußte.
— 145	— 1		§. XXVIII. ist das Wort will wegzulassen.
— 145	— 3		ist nach dem Worte bequemen, beyzusetzen: will, werden.
— 146	— 3		statt um, l. und.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0163

Neue Verlagswerke

der

J. G. Ritter von Mösle's sel. Witwe Buchhandlung,

in Wien am Graben Nr. 1144.

Die Preise sind in Conventions-Münze.

Barth-Barthenheim (Graf von), System der österreichischen administrativen Polizey, mit vorzüglicher Rücksicht auf das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns, 1ster Band. Einleitung. I. Theil, Polizeyrecht, erstes Hauptstück: Staatssicherheits-Polizey, zweytes Hauptstück, Landessicherheits-Polizey. gr. 8. 1829. 5 fl. 36 kr.

— — 2ter Band, Fortsetzung des I. Theils, drittes Hauptstück: Orts-Polizey. 5 fl. 36 kr.

— — 3ter Band. Schluß des I. Theils, viertes Hauptstück: Haus-Polizey; fünftes Hauptstück: Privatsicherheits-Polizey. gr. 8. 1829. 4 fl.

— — 4ter Band, enthält den II. Theil dieses Systems: von den als Organe der Polizeygewalt zur Handhabung des Polizeyrechtes berufenen Behörden, und von den ihnen zu diesem Ende zu Gebothe stehenden Hülfsmitteln, also: Vom Verfahren in Polizeysachen, sammt Register — ist unter der Presse.

— — Oesterreichische Gewerbs- und Handelsgesetzkunde, mit vorzüglicher Rücksicht auf das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns, 10ter oder II. Ergänzungsband, welcher die Verordnungen von 1824—1829 enthält — ist unter der Presse.

Bergmayr (J. F., k. k. Stabs-Auditor), das bürgerliche Recht der k. k. österreichischen Armee, und der Militär-Gränz-Provinzen, 1ster Theil: Von dem Personenrechte. gr. 8. 1827. 2 fl. 30 kr.

— — 2ter Theil 1ster Band: Von dem Sachenrechte. gr. 8. 1829. 1 fl. 40 kr.

Füger (J.), das gerichtliche Verfahren in Streitsachen nach der österreichischen allgemeinen Gerichts- und Concurs-Ordnung vom 1. May 1781; zweyte, mit Bewilligung des Herrn Verfassers, und unter der Leitung des Herrn Professors Wagner durch die neueren Gesetze vermehrte Auflage, von Dr. Jos. Wessely. 3 Theile. gr. 8. 1828. 4 fl.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0165

Kremer (Dr. J. H. Edlen von), die Veränderungsgebühren (Freygeld) in Oesterreich ob der Enns. gr. 8. 2 fl. 24 kr.

Kropatschek (J.), Sammlung der sämmtlichen politischen und Justizgesetze, welche unter der Regierung Sr. Majestät Kaiser Franz I. in den sämmtlichen k. k. Erbstaaten erlassen worden sind. In chronologischer Ordnung 50—53ster Band; die Gesetze vom Jahre 1825 bis 1827 enthaltend. gr. 8. 1827 bis 1829. 10 fl. 48 kr. — wird fortgesetzt.

Kürsinger (J. N. Fr. v. Hempel), Alphabetisch-chronologische Uebersicht der k. k. Gesetze und Verordnungen vom Jahre 1740 bis zum Jahre 1824, als Haupt-Repertorium über die theils mit höchster Genehmigung, theils unter Aufsicht der Hofstellen in 79 Bänden erschienenen politischen Gesetzsammlungen bearbeitet, und unter Aufsicht der k. k. Hofkanzley herausgegeben. 1ster bis 10ter, und 11ter oder 1ster Fortsetzungsband (A—Z). gr. 8. 1827 bis 1829. 54 fl.

Megerle von Mühlfeld (J. G.), Handbuch für alle k. k. ständischen und städtischen Beamten, deren Witwen und Waisen, oder Darstellung aller ihnen durch die neuesten Allerhöchsten Gesetze vom Jahre 1822—1828 zustehenden Rechte und obliegenden Verbindlichkeiten. 3ter Theil, oder des ganzen Werkes 8ter Band — ist unter der Presse.

Neupauer (D. F.), neue Beyträge zur Kenntniß des österreichischen Wechselrechtes. gr. 8. 1829. 1 fl.

Schwerdling (J.), practische Anwendung aller, vom Antritte der Regierung Sr. k. k. Apostol. Majestät Franz des Ersten, Kaisers von Oesterreich, für den österreichischen Kaiserstaat in geistlichen Sachen (publico ecclesiasticis) ergangenen Verordnungen, 8ter Theil, welcher die Verordnungen vom 1. Januar 1822 bis 1. Januar 1826 in systematischer Ordnung enthält. 8. 1829. 2 fl. 40 kr.

Winiwarter (Dr. J.), Handbuch der Justiz- und politischen Gesetze und Verordnungen, welche sich auf das in den deutschen Provinzen der österreichischen Monarchie geltende allgemeine bürgerliche Gesetzbuch beziehen. 3 Theile. gr. 8. 1829. 5 fl. 36 kr.

— — Systematische Darstellung der in den alt-österreichischen deutschen Provinzen bestehenden, die öffentlichen Beamten, als solche, betreffenden Gesetze und Verordnungen. gr. 8. 1829. 3 fl. 40 kr.

Zach (F. v.), Elemente der Manövrirkunst. 3ter Theil, mit Planen. gr. 8. — ist unter der Presse.

Universitäts Bibliothek Rostock
https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1816409820/phys_0166

das zu ändern, finden konnte, und
en Fällen das zur Aushülfe ange-
t seine volle Wirksamkeit äußerte.
Erzherzogthume Oesterreich wirklich
gsammlung [1]) enthält kein Gesetz,
nsations-Recht verfügt; daher fand
römischen Rechte Statt, wie es
agner im §. 4 seiner Abhandlung

VI.

worin das innere Wesen der Com-
schen Rechte, oder was das Nähm-
its-Philosophie, bestehe? Da ich
idlung den Beweis würde führen
auf diesen Gegenstand, die An-
uches im Wesentlichen mit jener
n Uebereinstimmung stehe; so will
z jetzt liefern, und in dieser Absicht
ge einschlagenden §§. des Gesetzbu-
id zur Auffassung einer schnellen
Texte beyfügen; woraus die volle
n wird, daß unser Gesetzbuch ei-
g aus dem Justinianischen Rechte

rderungen gegenseitig zu-
e richtig, gleichartig und
daß eine Sache, die dem

cus. Wien 1704 — 1777 in 6 Bänden.
von dieser Regel eine Ausnahme, wie