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

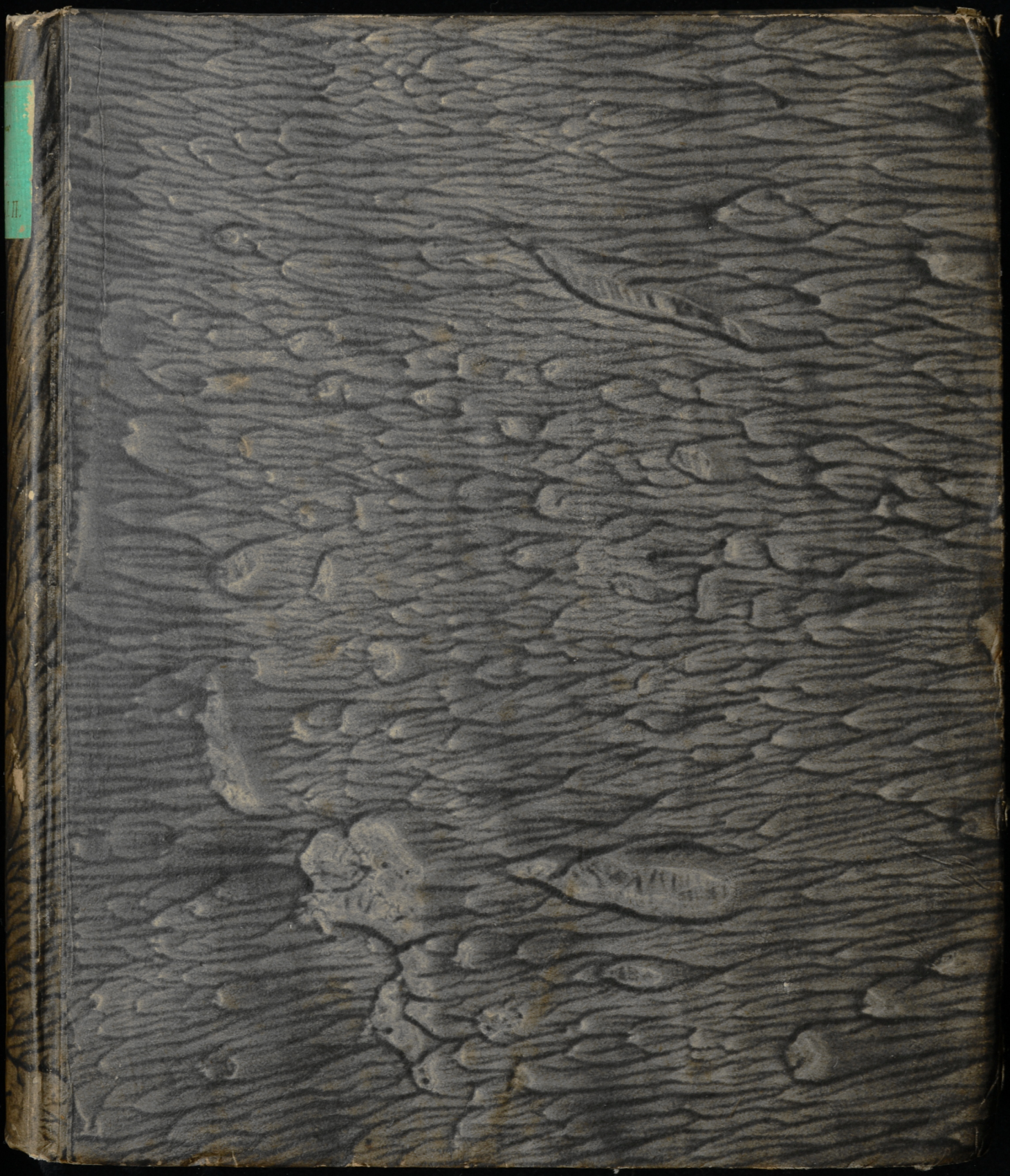
Theoretisch-practischer Commentar über die Pandecten nach Anleitung des Hellfeldschen Lehrbuchs

1. Th., 2. Abth.

Leipzig: Barth, 1799

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851

Band (Druck) Freier Zugang PUBLIC DOMAIN



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0001
DFG

K. f — 186 (1)

K. f. — 186. (1.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0002
DFG

Theoretisch - practischer

Commentar

über die

Pandecten

nach

Anleitung des Hellfeldschen Lehrbuchs

von

Christian Heinrich Gottlieb Köchy,
der Weltweisheit und der Rechte Doctor.

Ersten Theils zweyte Abtheilung.

Leipzig,
bey Johann Ambrosius Barth,
1799.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0005
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0006
DFG

LIB. II. TIT. I.

DE IVRISDICTIONE.

§. 184.

Die römischen Rechtsgelehrten bezeichnen mit dem Worte iurisdictio im eigentlichen Sinne die einer obrigkeitlichen Person vermöge ihres Amts zuständige Befugniß, streitige Civilsachen zu untersuchen und zu entscheiden, auch, wie fern es auf Erörterung der Wahrheit einzelner Thatumstände ankommt, den Partheyen einen Richter zu bestellen n). Aus diesem Begriffe ergiebt sich von selbst, daß die römische Jurisdiction

α) bloß den römischen obrigkeitlichen Personen o), und zwar diesen nicht eigen-

n) Unter den vielen Schriftstellern über die Lehre von der römischen Jurisdiction zeichnen sich *Noodt de iurisdict. et imper. Libb. II.* (*in Opp. Tom. I. p. 77. sqq. ed. Colon. Agripp.*) *Goueanus Comm. aduersus Eguinarium Baronem de imperio et iurisdictione*, (Tolos. 1551.) *Menochius de imperio et iurisdictione Libb. II.* (Lugd. 1695.) *Gentilis de iurisdictione Libb. III.* (Francof. 1613.) *Valascus de iurisdictione omnium iudicum* (Lugd. 1553.) *Charondas de iurisdictione et imperio*, (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 839. sqq.*) *Vinnius de iurisdictione et imperio* (Vltraiect. 1722.) *Quintanaduegnas Tr. de iurisdictione et imperio*, (*in Meermanni Thes. iur. rom. et canon. Tom. II. p. 207. sqq.*) *Gebauer Comment. acad. de iurisdictione secundum doctrinam Romanorum eiusdemque doctrinae in Germania vsu*, (*in Eiusdem exercitt. acadd. Vol. I. p. 431. sqq.*) vortheilhaft aus.

o) Nicht den iudicibus pedaneis, den Beysitzern des Prätors; auch nicht dem arbitro, das heißt, dem Schiedsrichter, der bloß von den Partheyen zur Entscheidung eines Streits erwählt worden ist und keine öffentliche Auctorität hat.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0007
DFG

eigenthümlich, sondern nur verwaltungsweise, iure magistratus zukamp);

β) lediglich auf das Recht, streitige Civilsachen q) zu untersuchen und zu entscheiden, sich einschränkte r), und daher insonderheit

γ) keinesweges die Befugniß, rechtliche Handlungen außer dem Prozesse, z. B. Manumissionen, Emancipationen, Adoptionen u. s. w. zu bestätigen, involvirte s).

§. 185.

p) *L. 1. pr. D. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict.* Eine Gerichtsbarkeit, die jemandem ohne Rücksicht auf ein öffentliches Amt erb- und eigenthümlich zustehen kann, war den Römern ganz fremd.

q) Daß schon zu den Zeiten des Freystaats die Jurisdiction lediglich auf streitige Civilsachen sich erstreckt habe, belegt *Ernesti Clau. Ciceron. s. v.* Iurisdictio, mit vielen Stellen des Cicero. *cf. Graeuius Animaduerss. ad Sigon. de iudic. Tom. II. p.* 754. Die Untersuchungen peinlicher Fälle nannten die Römer quaestiones, cognitiones criminales, iudicia publica. *Saxe Disp. de ordine iudiciorum publicorum apud Romanos.* (Trai. ad Rhen. 1784) *cap. I. Madihn Vicissitudd. cognitt. criminal. apud Romanos vsque ad Caesarum tempora,* (Halae 1772.) §. 11. *sqq.* Mit der Einführung der quaestionum publicarum im Jahre 605. der Erbauung Roms wurden für diese eigene Magistratspersonen bestellt, welche praetores quaestionum hießen. *cf. Corasius Miscellann. iur. ciu. Lib. III. cap. XVII. Merillius Variantt. ex Cuiacio, Lib. I. cap. II.*

r) Die Gränzen der eigentlichen Jurisdiction erstreckten sich nur bis zur Entscheidung des Richters; diese war, wie Ulpian in der *L. vn. §. 1 D. Si quis ius dic. non obtemp.* sagt, gleichsam das extremum in iurisdictione, oder die letzte Handlung, mit welcher das gerichtliche Verfahren, in so weit solches zur eigentlichen Jurisdiction gehörte, seine Endschaft erreichte. *Aueranius Interpretr. iur. Lib. I. cap. IIII.* Der Gerichtszwang, oder die Befugniß, rechtskräftige Urtheile vermittelst rechtlicher Zwangsmittel geltend zu machen und zu vollstrecken, gehörte zu dem inperio mixto der höhern Magistratspersonen, wovon unten §. 187. das nöthige erinnert werden wird. Geringere Magistratspersonen und Municipalobrigkeiten, denen kein inperium zustand, übten den Gerichtszwang, wie fern derselbe nicht dem inperio vorbehalten war, vermöge einer besondern Verleihung aus. *Merillius l. l. cap. III.* und *Obseruatt. Lib. III. cap. XXXVII. Otto Lib. sing. de aedilibus coloniar. et municipp. cap. XIII. §. 2. p.* 444. *Schulting Enarrat. part. prim. Dig. tit. de Iurisdict. §.* 35. (*in Eiusdem* Commentatt. *acadd. Vol. IIII. p.* 133.)

s) *I. 6. §. 2. D. de Tutel.* In dieser Stelle sagt Ulpian ausdrücklich: Tutoris datio neque inperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps. Umständlicher werden wir hievon nach Anleitung des Verfassers §. 186. handeln.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0008
DFG

§ 185.

Nach unserer heutigen Verfassung in Deutschland ist die Gerichtsbarkeit eine öffentlich verliehene Gewalt, streitige Rechtssachen nach den Gesetzen zu untersuchen, zu entscheiden, und den Spruch vermittelst äusserlichen Zwanges zu vollstrecken, oder auch eine nicht streitige Handlung unter den einwilligenden Theilen durch öffentlichen Glauben zu befestigen, oder nach erforderlicher Untersuchung durch einen Bescheid zu genehmigen t). Aus diesem Begriffe erhellet, daß die deutsche Gerichtsbarkeit

α) sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, dem sie zuständig ist, als ein öffentliches Amt seyn kann v);

β) nicht bloß auf die Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtssachen sich einschränkt, sondern auch den Gerichtszwang, oder die Anwendung der erforderlichen Zwangsmittel zur Vollstreckung rechtskräftiger Erkenntnisse umfaßt x);

t) Die vorzüglichsten Schriftsteller über die deutsche Gerichtsbarkeit sind *Thomasius Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores germanor.* (Halae 1703. rec. 1714.) Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civilgerichten in den Fürstl. Hessen-Casselischen Landen, Th. I. II. (Cassel 1769 1771.) *a Pufendorf Lib. de iurisdictione germanica*, (Lemgou. 1786.) Häuschild Gerichtsverfassung der Deutschen (Leipzig 1741.) Lobethan Entwickelung der ganzen Lehre von der Gerichtsbarkeit der weltlichen sowohl als der kirchlichen, (Halle 1775.)

v) Diese Bemerkung ist in Ansehung einer richtigen heutigen Anwendung der die Gerichtsbarkeit betreffenden römischen Gesetze von der größten Wichtigkeit. Ueberhaupt darf man den Unterschied zwischen der römischen und deutschen Gerichtsbarkeit wegen der großen Verschiedenheit der römischen und deutschen Staatsverfassung nie aus den Augen verlieren, wenn in dieser Lehre die Anwendung der Vorschriften des römischen Gesetzbuchs zweckmäßig erfolgen soll. Ausführlich wird hievon in der Schrift: Einige Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze, (Leipzig 1791.) gehandelt. *Titius Iur. priu. Lib. VIII. cap. X.* § 14. behauptet sogar, das römische Recht habe in der Lehre von der Gerichtsbarkeit heutiges Tages gar keinen Gebrauch mehr; allein die tägliche Erfahrung lehret das Gegentheil. *cf. Emminghaus Nott ad de Cocceii Ius ciu. controu Tom. I. Lib. II tit. I. quaest. 29. not. v. p. 188. sq.* Schnaubert Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, Th. II. Nr. II. §. 6. S. 112. ff

x) *a Pufendorf l. l. Part. I. cap. I. §. 2. II. cap. III. §. 2.* Daher zeigt hin und wieder der Gerichtszwang die Gerichtsbarkeit selbst an. Schröter vermischte juristische Abhandlungen, Band II. (Halle 1786.) S. 45. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0009
DFG

γ) allerdings die Befugniß, rechtliche Handlungen außer dem Processe, oder nicht streitige Handlungen, welche bey den Römern einer Magistratsperson vermittelst einer besondern gesetzlichen Verordnung aufgetragen werden mußten, und folglich außer der Sphäre der eigentlichen Jurisdiction lagen, involvirt γ).

§. 186.

Die römische Jurisdiction im eigentlichen Sinne des Worts umfaßte, wie wir wissen, keinesweges das Recht, nicht streitige Handlungen zu bestätigen und ihnen eine Gültigkeit zu verschaffen z); die Befugniß zu dergleichen Handlungen war den Magistratspersonen nicht vermöge ihres Amts zuständig, sondern mußte ihnen vielmehr durch eine besondere gesetzliche Verordnung verliehen werden, und hieß alsdann legis actio a). Nur streitige Civilsachen waren

γ) *de Cocceii Ius ciu. controu. Lib. II. tit. I. quaest. 4. p. 159. ed. nouiss. Thomasius Scholl. ad Huberi praelect. iur. ciu. tit. de Iurisdict. §. 4.*

z) laud. *L. 6. §. 2. D. de Tutel.*

a) *Schroeter Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure rom.* (Erlangae 1747.) §. 5. *Breuning Dubb. circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes*, (Lipsiae 1775.) §. 11. *Pestel Pr. de natura legis actionum*, (Rintel. 1748.) §. 2. *p. 5. sqq.* Wenn es in der *L. 4. D. de Adopt. L. 1. D. de Offic. iurid.* und *L. 1. C. de Adopt.* heißt: magistratus, apud quem est legis actio, oder *Paulus Sentent. receptt. Lib. II. Tit. XXV. §. 4. (in Schultingii Iurisprud anteiust. p. 317.)* sagt: magistratus qui habet legis actionem, so ist unter dem Ausdrucke: LEGIS ACTIO eben dasjenige zu verstehen, was nachher *iurisdictio voluntaria* genannt wurde. Um sich hievon zu überzeugen, darf man nur die *L. 2.* und *L. 3. D. de Offic. procons. et leg.* mit einander vergleichen, worin die römischen Rechtsgelehrten Marcian und Ulpian sich so verlauten lassen: Omnes proconsules statim, quam vrbem egressi fuerint, habent iurisdictionem: sed non contentiosam, sed voluntariam: vt ecce, manumitti apud eos possunt tam liberi quam serui; et adoptiones fieri. Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem. Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum legis actio. Hieraus erhellet genugsam wie unrichtig es sey, wenn *Ritter Obss. ad Heineccii Histor. iur. Lib. I. cap. III. §. 46. p. 94.* behauptet, die Redensart: magistratus legis actionem habet, wolle nichts anders sagen, als iurisdictionem habet. Sehr streitig ist es indessen: ob bey den Römern die so genannten *actus legitimi* und *legis actiones* von einander verschieden waren, oder nicht? wann bey ihnen ein solennes Geschäft *actus legitimus*, und wann es *legis actio* genannt wurde? *Faber Semestrr. Lib. II. cap. XXII. XXIII. XXIIII. p. 375. sqq. Cuiacius Obss. Lib. XV. cap. XVI. p. 515. ed. Heinecc.* und *Papinian.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0010
DFG

ren ein Gegenstand der Jurisdiction, indem vermöge derselben lediglich diese untersucht und entschieden werden konnten. Gemeiniglich pflegten indessen die römischen Magistratspersonen nur dasjenige, was zur Einleitung des Processes gehörte, zu verfügen, sodann aber, wenn die Entscheidung der Sache von der Erörterung der Wahrheit einzelner Thatumstände abhieng, den Partheyen einen Richter zu bestellen b), daher denn die Jurisdiction im eigentlichen Sinne des Pandectenrechts besonders in decernendo et iudicis datione sich äusserte c). Hierauf bezieht sich auch der Unterschied zwischen notio und iurisdictio, indem jede gerichtliche Erörterung einer streitigen Civilsache notio genannt d), und nicht nur von den Magistratspersonen selbst, welchen die Jurisdiction zuständig ware), sondern auch von solchen Richtern, die keine eigentliche Gerichtsbarkeit hatten, und nur vom Prätor den Partheyen bestellt waren, ausgeübt wurde f). Nach dem Rechte des Codex wurden in der Folge die

nian. quaest. Lib. XXVIII. ad L. 77. D. de Reg. iur. (in Opp. posthum. Tom. I. p. 746. ed. Colomb.) Maranus ad L. 77. D. de Reg. iur. (in Opp. p. 620 sqq. van der Muelen ad Pompon. de orig. iur. p 375. sqq. Hotomannus Quaest. inlustr. Num. XXXIIII. p. 267. sqq. und *Amicabb. responss. Lib. I. cap. XXX. p. 189. sqq. Huber Digress. Iustinn. Lib. II. cap. XII. p. 122. Schubart de fatt. iurisprud. rom. Exerc. II. §. 67. p. 334. sqq. Grauina Origg. iur. ciu. p. 30. 267. Hoffmann Diss. de indole iurisdictionis voluntariae, §. 10.* und *Histor. iur. Vol. I. p. 215. Iung de legis actionum actuumque legitimorum differentia,* (Trai. ad Rhen. 1754.) *Bach Histor. iurisprud. rom. Lib. II. cap. II §. 3. p. 219. sq. ed nouiss* Göpfner Abh. von den *legis actionibus* und *actibus legitimis,* (in dessen Commentar über die Heinecc. Institution. S. 1003 ff.)

b) Am Ende der *L. 3. D. de Iurisdict.* sagt Ulpian ausdrücklich: Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. Verschiedene Ausleger halten diese Stelle für corrupt, und schlagen mehrere Lesarten vor, die *Gothofredus* bemerket. Man sehe auch *Hotomannus Obss. Lib. VII. cap. XVI. Polletus Histor. for. rom. Lib. III. cap. I. p. 202. Marckart Interpret. receptar. iur. ciu. lect. Lib. II. cap. VII. p. 221. sq.*

c) *Sigonius de iudicc. Lib. I. cap. VII.*

d) *Huber Praelectt. iur. rom. Part. II. tit. de Iurisdict. §. 2. p. 75. sqq. Westenberg Diu. Marc. Diss. XXXVIII. §. 6. p. 317.*

e) *§. 1. I. de Eo, cui libertat. causs. bon. addic. L. 3. §. 3. D. de Lib. exhib. L. 5. §. 16. D. Vi in possess. legator. L. 10. D. de Offic. praes. L. vlt. §. 1. D. de Obligat. et act. L. 8. §. 1. D. de Transact.*

f) In der *L. 90. pr. D. de Verbor. significat.* sagt Ulpian ausdrücklich: *Notionem* adcipere possumus et *cognitionem* et *iurisdictionem;* und in der *L. 5. pr. D. de Re iu-*

die obrigkeitlichen Personen angewiesen, selbst Recht zu sprechen g), und die alte Sitte, iudices zu bestellen, hörte auf h); man darf sich daher nicht wundern,

iudic. sagt er nicht minder: *Notionis* nomen etiam ad eos pertinet, *qui iurisdictionem non habent*, sed habent de quauis alia cauſſa notionem.

g) *L. 2. C. de Pedan. iudic.* Die Kayser Diocletian und Maximian verordnen in dieser Stelle folgendes: Placet nobis, praesides de his cauſſis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere: ita tamen, vt, si vel propter occupationes publicas, vel propter cauſſarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem. Quod non ita adcipi conuenit, vt in his etiam cauſſis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudices licentia eis permissa credatur. Quod vsque adeo in praesidum cognitione retinendum est, vt eorum iudicia non deminuta videantur: dum tamen, et de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, et de libertinitate praesides ipsi diiudicent.

h) In der angezogenen *L. 2. C. de Pedan. iudic.* wollen zwar die Gesetzgeber den iudicem pedaneum zum wenigsten sodann noch zugelaſſen wiſſen, wenn die obrigkeitlichen Personen entweder wegen öffentlicher Geschäfte, oder wegen der zu großen Menge von Sachen nicht selbst cognosciren könnten; auch erlaubt sogar nachher Julian in der *L. 5. C. eod.* den Gebrauch des iudicis pedanei in allen geringfügigen Sachen sehr deutlich, wenn er sagt: Quaedam sunt negotia, in quibus superfluum est, moderatorem exspectare prouinciae: ideoque pedaneos iudices, hoc est, qui negotia humiliora disceptant, constituendi damus praesidibus potestatem; allein daß endlich zu Justinians Zeiten die alte Sitte, den Partheyen iudices zu bestellen, ganz aufgehört habe, beweiset die §. *vlt. I. de Interdict.* worin der Kayser beyläufig sagt, omnia iudicia hodie esse extraordinaria. In einer eigenen Constitution *de Ordine Iudiciorum*, die zwar verloren gegangen ist, aber in der *Nou.* 82. angeführt wird, verfüget der Kayser Zeno, daß bey den einzelnen Gerichten gewiſſe iudices pedanei angestellt werden sollten, denen die obrigkeitlichen Personen vorkommende Sachen delegiren könnten. Justinian hebt in der Novelle die erwähnte Constitution des Kaysers Zeno auf, verordnet indessen einige iudices pedaneos, non in singulis foris certos, sed omnium communes, denen cauſſae trecentis solidis non maiores committirt werden sollen. Ohne allen Zweifel waren aber diese iudices pedanei, wie *Schulting Enarrat. part. prim. Dig. tit. de Iurisdict.* § 26. (*in Eiusdem commentatt. acadd. Vol IIII. p.* 126. *sq.* und *Hop Diss. de iudicibus a praetore et prouinciarum rectoribus ad cauſſas priuatas diiudicandas dari solitis, cap vlt.* (*in Oelrichs Thes. nou. Dissertt. iuridd. selectiss in Acadd. Belgg habitar. Vol. I. Tom. II. p.* 559 *sq.*) mit Grunde bemerken, von jenen alten sehr verschieden; sie waren mehr nur als mandatarii iurisdictionis anzusehen, indem ihnen ohne Unterschied alle und jede Sachen, es mogte dabey de facto, oder de iure gestritten werden, committirt werden konnten.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0012
DFG

dern, wenn die Gesetze oft zur Jurisdiction etwas referiren, was sie in der engern Bedeutung derselben sorgfältig davon unterscheiden i).

§. 187. 188.

Gleichwie die Gränzen der eigentlichen römischen Jurisdiction sich nur bis zur Entscheidung des Richters erstreckten, so betrachteten die Römer den Gerichtszwang nicht als einen Theil der Gerichtsbarkeit, unterschieden ihn vielmehr genau von ihr k), und referirten ihn zu dem inperio der Magistratsperso-

nen

i) Daher sagt Ulpian in der *L.* 1. *D. de Iurisdict.* merklich: Ius dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare; und in der *L.* 7. §. 2. *D. de Offic. proconf.* sagt er eben deswegen: Quum plenissimam iurisdictionem proconsul habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Aus dem Grunde eigenen die Gesetze häufig die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium, bald der Jurisdiction zu. So werden z. B. Einsetzungen in den Besitz und vorigen Stand in der *L.* 26. *D. Ad. municipal.* zum Imperium gerechnet; hingegen in der *L.* 4. §. 3. *D. de Damn. inf.* *L.* 1. §. 10. *D. de Postul.* und *L. vlt. C. Vbi et apud quem restit. in integr.* zur Jurisdiction. *cf. Merillius Variant. ex Cuiacio. Lib. I. cap. IIII.* Eben so wird in der weitläuftigen Bedeutung des Worts Iurisdictio dasjenige, was eigentlich zur legis actione gehörte, der iurisdictioni voluntariae, *L.* 2. und *L.* 3. *D. de Offic. proconf.* was aber zum inperio mero gehörte, der iurisdictioni criminali, *L.* 2. *C. de Veteran.* *L.* 2. *C. de Priuileg. scholar.* zugeeignet. Die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente sowohl, *L.* 8. *pr.* und §. 18. *D. de Transact.* als die Ernennung der Vormünder, *L.* 3. *D. de Postul.* *L.* 3. §. 5. *D. Iudicat. solu.* und *L.* 3. *C. de Confirm. tut.* wird für eine Sache der Jurisdiction erklärt. Die vielen heterogenen Definitionen der Jurisdiction, welche man in den Schriften der Rechtslehrer antrifft, sind aus Mangel an der gehörigen Unterscheidung des ältern und neuern Rechts entstanden. *cf. Pauermeister Tr. de iurisdict. et inper. rom. Lib. I. cap. VIII. a Pufendorf Lib. de iurisdictione germanica, Part. I. cap. I. §. 6. p. 5. sq.*

k) Der römische Jurist Ulpian unterscheidet in der *L.* 4. *D. de Iurisdict.* die Jurisdiction und das Imperium sehr deutlich von einander mit folgenden Worten: Iubere cauere praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, inperii magis est, quam iurisdictionis. Auch sagt der römische Rechtsgelehrte Paulus in der *L.* 26. *D. Ad municipal.* merklich: Ea, quae magis inperii sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus igitur municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei seruandae causa iubere possidere, aut dotis seruandae causa aut legatorum seruandorum. *cf. Merillius Variant. ex Cuiacio, Lib. I. cap. III.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 187. S. 322. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0013
DFG

nen l). Das Wort inperium bedeutete bey den Römern überhaupt die Gewalt einer Magistratsperson, vermöge welcher dieselbe mit Zwangsmitteln gegen Ungehorsame verfahren, und Verbrecher strafen konnte m). Von diesem inperio giebt es zwey verschiedene Gattungen, welche Ulpian in der *L.* 3. *D. de Jurisdict.* mit folgenden Worten characterisirt: Inperium aut *merum* aut *mixtum* est. Merum est inperium, *habere gladii potestatem ad animaduertendum facinorosos homines*, quod etiam *potestas* adpellatur. Mixtum est inperium, *cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit.* Die Ausleger wissen sich in diese Stelle gar nicht zu finden, und welchen daher in ihren Meinungen über die eigentliche Beschaffenheit und den wahren distinctiven Character beyder Gattungen des inperii sehr von einander ab n). Noodt

l) *Noodt de iurisdict. et inper. Lib. I. cap. II. (in Opp. Tom. I. p. 80. sq.)* behauptet mit einigen andern Rechtslehrern, iurisdictio und inperium sey nur dem Namen nach verschieden, in Wahrheit aber einerley gewesen; allein die Gesetzstellen, *L.* 7. §. 14. *D. de Pact. L.* 1. §. 9. *D. de Noui oper. nunciat.* und *L.* 3. *D. de Iurisdict.* auf welche er sich beruft, rechtfertigen seine Behauptung im mindesten nicht. Die römischen Juristen scheinen freylich hin und wieder die Jurisdiction und das Imperium für einerley zu halten; dies kann aber unmöglich befremden, wenn man nur bedenkt, daß das Imperium der Jurisdiction cohäriren konnte. So heißt es z. B. in der *L.* 1. §. 1. *D de Offic. eius, cui mand. est iurisdict.* ausdrücklich: Inperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est, womit auch dasjenige, was Javolenus in der *L.* 2. *D. de Iurisdict.* sagt: Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest, vollkommen übereinstimmt.

m) *L.* 5. §. 1. *D. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict. L.* 4. *D. de Recept. arbitr. L.* 14. und *L.* 53. *D. de Re iudic. L.* 214. und 215. *D. de Verbor. signif. L.* 199. *D. de Reg. iur. L.* 1. und *L.* 2. *C. Si in causs. iudic. pign. capt. sit.* Nur die höhern Staatsbedienten hatten übrigens ein eigentliches Imperium, und es zeichnete sich solches vorzüglich durch das Recht aus, zur Vollstreckung obrigkeitlicher Befehle Lictoren zu gebrauchen, und Ungehorsame in das Gefängniß führen zu lassen. Ulpian bestärkt dies deutlich, wenn er in der *L.* 2. *D. de In ius voc* sagt: In ius vocari non oportet neque consulem, neque praefectum, neque praetorem, neque proconsulem, neque ceteros magistratus, qui inperium habent, qui coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci. Geringere Magistratspersonen, die sine inperio waren, konnten zuweilen prehensionem haben, wie es *Gellius Noctt. Atticc. Lib. XIII. cap. XII.* nennt, aber niemals vocationem, weil sie keine Lictoren, sondern nur viatores, und oft auch nicht einmal diese hatten. *cf. Heineccius Synt. antiquitt. romm. iurisprud. inlustrantt. sec. ordin. Instit. Iustin. digest. Lib. IIII. tit. VI.* §. 5.

n) Den Emendationen, durch welche verschiedene Interpreten die Schwierigkeiten zu heben suchen, stehen außer dem Ansehen der Florentinischen Pandecten die Basiliken

Lib.

Noodt o), Hahn p), Martresius q), Westenberg r), Osius Aurelius s), Gebauer t) und mehrere andere Rechtslehrer behaupten, *merum* inperium sey dasjenige, was wir heutiges Tages die peinliche Gerichtsbarkeit nennen; *mixtum* inperium hingegen bezeichne das Recht einer Magistratsperson, rechtskräftige Urtheile in Civilsachen vermittelst rechtlicher Zwangsmit-

Lib. VII. tit. III. v. 3. Tom. I. p. 267. ed. Fabrott. in den Worten: Τὸ κράτος ἢ ἄκρατον, ἤτοι καθαρόν ἐστιν, ὡς τὸ ἔχειν ξίφος ἐξουσίαν, ὅπερ καὶ ἐξουσία λέγεται, ἢ μικτόν, ὧ τινι ἥνωται ἡ δικαιοδοσία, ὡς τὸ δεῖναι δικαστήν. Δικαιοδοσία δὲ ἐστι καὶ τὸ ἔχειν ἄδειαν δεῖναι δικαστήν, offenbar entgegen. Haloander lieset: ad animaduertendum in facinorosos homines, und dieser Leseart giebt *Best Rat. emend. legg. cap. XV. p. 230. ed. nouiss.* seinen Beyfall. Die Florentinische Leseart aber vertheidiget *Marckart Interprett. receptt. iur. ciu. lectt. Lib. II. cap. VII. p. 215.* sowohl als *van Bynkershoek Obss. iur. rom. Lib. VIII. cap. XXV. n. 5. p. 372. sq.* und, wie ich glaube, mit Recht. Gewöhnlich hat zwar das Verbum animaduertere die Partikel *in* zur Begleiterin, wenn es strafen oder ahnden anzeigen soll; allein es finden sich bey den alten Scribenten auch Stellen, wo der nämlichen Bedeutung nach für: animaduertere *in* aliquem, schlechtweg: *animaduertere aliquem*, angetroffen wird. *Cicero Orat. pro Roscio Amer. cap. CXVI.* sagt: peccata esse animaduertenda, statt *animaduertendum in peccata*, und beym *Seneca Suasor. cap. VIII.* steht: animaduertere eloquentiam, für: *animaduertere in eloquentiam.* Oft findet man sogar *animaduertendus, a, um*, strafbar, was bestraft zu werden verdient; z. B. res animaduertenda, *Cicero Orat. pro Caecin. cap. XII.* so auch multa animaduersa, *Suetonius Vit. Neron. cap. XVI.*

o) *Noodt l. l. cap. IIII. p. 83.*

p) *Hahn Opinn. iuridd. class. I. opin.* 10.

q) *Martresius Nott. in aliquot Iurisconsultor. responss. cap. III.* (*in Meermanni Thes. iur. ciu. et canon. Tom. VI. p. 724.*)

r) *Westenberg Principp. iuris sec. ordin. Dig. tit. de Iurisdict. §. 11. sqq.* (*in Eiusdem Opp. iuridd. Tom. II. p. 57.*)

s) *Osius Aurelius Dispunctt. de variant. Cuiacii interprett. in Libb. Dig. Disp. II. sq.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 698. sqq.*)

t) *Gebauer Comment. acad. de iurisdictione secundum doctrinam Romanorum eiusdemque doctrinae in Germania vsu, cap. I. §. 4. 5.* (*in Eiusdem exercitt. acadd. Vol. I. p. 439. sqq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0015
DFG

mittel zu vollstrecken. Mencken v), Höpfner x), Emminghaus y) und Eichmann z) verwerfen diese Meinung, und nehmen an, das Recht, Verbrechen zu strafen, sey nur ein Stück, eine Wirkung des meri imperii gewesen, nicht das ganze inperium merum habe darin bestanden, so wie denn auch das Recht, Erkenntnisse in Civilsachen zu vollstrecken, nicht minder nur ein Stück, eine Wirkung des mixti imperii gewesen sey, und nicht das ganze inperium mixtum darin bestanden habe a). Duarenus b), Averanius c), Huber d), Heineccius e), Faber f), Cujacius g) und Glück h) behaupten, *merum* inperium sey die einer obrigkeitlichen Person iure magistratus nicht zuständige, sondern derselben durch ein ausdrückliches Ge-

v) *Mencken Pr. merum inperium iurisdictionem criminalem non esse*, (*in Eiusdem opusc. num. XIIII.*)

x) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 1235. S. 988. f.

y) *Emminghaus Nott. ad. de Cocceii Jus ciu. controu. tit. de Jurisdict. quaest. XVII. not. z. p. 174. sq.*

z) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 187. S. 326. ff.

a) *Albrecht Disp. de mero inperio*, (Lipsiae 1751.) §. 8. *sqq.* nimt ein dreyfaches inperium an, nämlich *summum*, *merum* und *mixtum*. *Summum* inperium, sagt er, sey summa in inperio potestas cum iure gladii, und dieses habe der praefectus praetorio und der praefectus vrbi gehabt; *merum* inperium hingegen sey summa in prouincia potestas cum iure gladii coniuncta, welches die proconsules und praesides gehabt. Das *mixtum* inperium endlich hält er für die Jurisdiction selbst, und behauptet, es sey diese Benennung von den römischen Rechtsgelehrten erfunden worden, um die Jurisdiction der höhern Magistratspersonen von der Notion der Municipalobrigkeiten zu unterscheiden, welche mit keinem eigentlichen inperio verbunden war, sondern von besondern Aufträgen des Präses in der Provinz abhieng.

b) *Duarenus Disputt. anniuerss. Lib. I. cap. LIII.*

c) *Auerpnius Interprett. iur. Lib. I. cap. I. p. 1. sqq.*

d) *Huber Praelect. iur. rom. Part. II. tit. de Jurisdict. p. 585. sqq.*

e) *Heineccius Elemm. iur. ciu. sec. ordin. Pandect. Part. I. §. 255. sqq.*

f) *Faber Rationall. in Pandect. Tom. I. ad L. 3. D. de Jurisdict.*

g) *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XXI. cap. XXX. p. 758. sqq.*

h) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 186 — 188. S. 27. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0016
DFG

Gesetz zu verleihende Gewalt, vermöge welcher sie nicht nur Verbrechen strafen, sondern auch Todesstrafen erkennen konnte, dahingegen *mixtum* imperium diejenige obrigkeitliche Gewalt bezeichne, welche mit der Jurisdiction verbunden war und der obrigkeitlichen Person zur Ausübung der Gerichtsbarkeit iure magistratus zustand. Diese letztere Meinung scheint mir vor den übrigen den Vorzug zu verdienen, weil sie augenscheinlich den Worten des römischen Rechtsgelehrten Ulpian in der angezogenen *L. 3. D. de Iurisdict.* am angemessensten ist. Wenn Ulpian sagt: merum imperium sey, *habere* GLADII POTESTATEM *ad animadvertendum facinorosos homines*, so ist leicht einzusehen, daß dieses Imperium alle peinliche Strafen, vorzüglich aber Lebensstrafen gegen Verbrecher zu verhängen berechtigen soll i). Es war dieses Imperium von der Jurisdiction ganz getrennt, hieng von einer besondern Verleihung ab, und durfte daher von der obrigkeitlichen Person, der es ertheilet worden war, keinem andern aufgetragen werden k). Daß nach Ulpians Idee in der angeführten Gesetzstelle das merum imperium eine besondere Concession voraussetze, lässet sich, wie Albrecht bemerket, mit ziemlicher Gewißheit daher schließen, weil der Jurist nicht sagt: *merum imperium est gladii potestas*, sondern: est HABERE gladii potestatem, indem hier das Wort habere von einer solchen Gewalt verstanden werden muß, die durch eine besondere

i) *cf. L. 6. §. 8. D. de Offic. praesid. L. 6. §. 2. D. de Poen.*

k) *L. 6. pr. D. de Offic. proconf.* Die römischen Kayser pflegten ein solches Imperium durch das Symbol eines Schwerdts zu verleihen, *Otto de aedilibus coloniar. et municipior. cap. XIII. p. 458. Gothofredus Com. ad L. un Cod. Theod. Ne sine iussu principis cert. iudic. lic. confisc Pancirollus Variar. lect. iur. vtriusq. Lib. I. cap. XI.* und es ist daher der Ausdruck: gladii potestas, dessen sich Ulpian bedient, der Sache ganz angemessen. Daß auch nur diejenigen obrigkeitlichen Personen einen Degen tragen durften, welchen das Recht über Leben und Tod zuständig war, bezeuget *Dio Cassius Histor. rom. Lib. LIII.* vom Augustus mit folgenden Worten: Τήντε στρατωτικὴν στολὴν φορεῦντας, καὶ ξίφος, οἷς γε καὶ στρατιώτας δικαιῶσαι ἔξεστιν, ἔχοντας. Ἄλλῳ γὰρ οὐ δεινί, οὔτε ἀνθυπάτῳ, οὔτε ἀντιστρατήγῳ, οὔτε ἐπιτρόπῳ, ξίφη φορεῖν δέδοται, ᾧ μὴ καὶ στρατιώτῃ τινὰ ἀποκτεῖναι ἐξεῖναι νενόμισται. Οὐ γὰρ ὅτι τοῖς βουλευτοῖς, ἀλλὰ καὶ τοῖς ἱππεῦσιν, οἷς τοῦδ' ὑπῆρχε, καὶ ἐκεῖνο συγκεχώρηται, das heißt: Tribuit illis, vt veste militari vterentur, gladiumque gestarent, quibus in milites animadvertere ius esset. Nulli enim alii, neque proconsuli, neque propraetori, neque procuratori caesaris conceditur, vt gladium gestet, cui non etiam necandi militis ius detur. Omnibus enim non solum senatoribus, sed etiam equitibus, quibus illud conceditur, hoc etiam datur. Befahlen die Kayser solchen obrigkeitlichen Personen, den Degen abzulegen, so war dies ein Zeichen ihrer Cassation. So sagt Plutarch vom Galba: Τιγελλίνῳ τῷ συνάρχοντι προσταξεν ἀποθέσθαι τὸ ξίφος, das heißt, Tigellino collegae imperauit, vt gladium deponeret.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0017
DFG

Verleihung ertheilet worden ist. Um sich hievon zu überzeugen, hat man nur nöthig, die *L.* 3. *D. de Jurisdict.* mit der *L.* 6. *pr. D. de Offic. proconf* und *L.* 70. *D. de Reg. iur.* zu vergleichen, wo Ulpian die gladii potestatem des Proconsuls eine POTESTATEM DATAM nennt. Die Behauptung verschiedener Ausleger l), daß hier das Wort MERVM so viel als acre oder vehemens, hingegen das Wort MIXTVM so viel als lene, temperatum oder mite bedeute, ist meinem Bedünken nach höchst ungereimt: denn zu geschweigen, daß die vorliegenden Wörter in diesem Sinne bey den Classikern so viel mir wissend gar nicht vorkommen m), so stellen sie ja nach ihrer gewöhnlichen Bedeutung den distinctiven Character beyder Gattungen des inperii eben so natürlich und ungezwungen, als evident dar. Ohnstreitig ist hier merum in der ganz gewöhnlichen ursprünglichen Bedeutung so viel als *solum* oder *non mixtum*, unvermischt, indem dadurch angezeigt werden soll, daß diese Gattung des inperii von der Jurisdiction völlig abgesondert sey und von einer besondern Verleihung abhänge, wie es der Natur des erwähnten inperii gemäß ist. Alles dieses scheint mir um so weniger einigen Bedenklichkeiten unterworfen zu seyn, weil,

l) So sagt unter andern *Noodt l. l.* ausdrücklich: Quum hoc inperium vocatur merum, idemque mixto obponitur, non hanc causſam habet, quod id solum ac nudum inperium est; quamquam et merum hac significatione sumi non ignorem aut negem: sed quia ad *vltionem laesae disciplinae* respicit, et *seueritatem iudicis ac vim* requirit, et ob id *vehementius* et *insignius* habetur: vt solent, quae nulla admixtione aut corrupta, aut adtemperata sunt. Eo sensu merum latine scientibus vsurpari, etiam Obertus Gifanius observat *Indice ad Lucretium*; et apud Sidonium Apollinarem adcipitur *Lib. IIII. Epist. I.* istis verbis: *Purius, fortius, meracius amare.* Iustinianus quoque *L.* 12. *C. de Legit. hered.* hoc sensu, *omne*, inquit, *ius, quod ex quacumque lege liberis praestitum est hoc merum atque immutilatum huiusmodi filiis vel filiabus seruari.* Contra id inperium, quod mixtum est, non idcirco sic adpellatur, quia *cognitioni miscetur*: minime: sed quia *lenius* est, aut non tam *vehemens*, quam merum inperium: neque ad *vindicandam rei publicae maiestatem*, sed ad *regendam priuatorum vtilitatem* refertur.

m) Um zu beweisen, daß hin und wieder merum so viel als *acre* oder *vehemens* bedeute, führt zwar *Noodt l. l.* einige Auctoritäten für sich an; allein diese rechtfertigen seine Interpretation in der That sehr wenig. Gesetzt auch, die Wörter: merum und acre oder vehemens würden zuweilen von den Alten wirklich als gleichbedeutend gebraucht, so ist es doch schwer zu begreifen, wie man diesen Begriff auf den gegenwärtigen Fall sollte anwenden können, wo Ulpian *merum* und *mixtum* einander entgegen setzt. Denn daß mixtum so viel als lene, temperatum oder mite sey, davon findet sich in den von Noodt citirten Stellen keine Spur, und schwerlich dürfte auch wohl irgend eine Stelle bey den Alten vorkommen, wo dieses Wort dasjenige anzeigte, was es gleichwohl nach Noodts Behauptung anzeigen soll.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0018
DFG

weil, wie wir wissen, dem *mero* inperio das *mixtum* inperium entgegen gesetzt wird; mixtum ist hier ebenfalls in der ganz gewöhnlichen ursprünglichen Bedeutung so viel als *non solum*, vermischt, indem dadurch angedeutet werden soll, daß diese Gattung des inperii von der Jurisdiction nicht abgesondert sey und nicht von einer besondern Concession abhänge, sondern vielmehr der Gerichtsbarkeit cohärire, wie es der Natur dieses inperii gemäß ist. Sehr richtig bemerket Goveanus n), das inperium heiße *mixtum*, quia non discedit a iurisdictione. Wenn Ulpian in der mehr gedachten *L.* 3. *D. de Jurisdict.* sagt: mixtum est inperium, cui *etiam* iurisdictio inest, so nimt er hier das Wort *inesse* für *cohaerere*, und will damit keinesweges zu erkennen geben, daß inperium und iurisdictio einerley sey, indem er sonst in der nachfolgenden *L.* 4. *D. cod.* unmöglich sagen könnte: Iubere cauri praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *inperii* magis est, quam *iurisdictionis*. Aus den Worten des römischen Rechtsgelehrten: *ad animaduertendum facinorosos homines*, leiten einige Ausleger den Grundsatz her, daß die obrigkeitliche Person, welche das inperium merum hatte, zwar Präsident des peinlichen Gerichts war, über den Criminalproceß die Direction führte, und sodann die zur Vollstreckung der dem Verbrecher zuerkannten peinlichen Strafe nöthigen Befehle ertheilte, nicht aber selbst cognoscirte, sondern die Untersuchung andern Richtern überlassen mußte o). Durch den in der Definition vorkommenden Ausdruck: GLADII POTESTAS, sollte man fast auf den Gedanken gerathen, daß das inperium merum bloß Lebensstrafen zum Gegenstande gehabt habe; allein es bezieht sich dieser Ausdruck auf die symbolische Verleihung dieses inperii, wovon bereits oben das nöthige erinnert worden ist p), und nach der gegründeten Bemerkung, welche Averanius q) macht, geben auch die nachfolgenden so eben erwähnten Worte: AD ANIMADVERTENDVM FACINOROSOS HOMINES, nicht undeutlich zu erkennen, daß alle peinliche Strafen dem inperio mero vorbehalten waren. Bisweilen wird das Wort animaduertere insbesondere von Todesstrafen gebraucht r), in der eigent-

n) *Goueanus Lib. II. de iurisdict. p. 79.*

o) *cf. Madihn Vicissitudd. cognitt. criminall. apud roman. vsque ad caesarum tempora*, §. 15. 16.

p) Man sehe die vorhergehende Note k).

q) *Aueranius l. l. p. 4.*

r) *L.* 11. §. *vlt. D. de Poen.* Capitis poena est, bestiis obiici, vel alias similes poenas pati vel animaduerti. *L.* 11. *D. de Offic. proconf. et leg.* Si quid erit, quod

eigentlichen Bedeutung aber bezeichnet es nicht nur alle schwere Leibesstrafen s), sondern auch geringe Strafen und Geldbußen t), so daß es überhaupt dem deutschen Worte strafen oder ahnden völlig correspondirt. In Beziehung auf dieses grammatische Princip, welches außer allem Zweifel beruhet, sagt jener berühmte Rechtsgelehrte sehr richtig: In nostra definitione verba illa: *potestatem gladii*, restringunt verba sequentia: *ad animaduertendum*; et, quia leuis animaduersio non pertinet ad potestatem gladii, nec conuenit facinorosis hominibus. Contra verba sequentia quodammodo dilatant antecedentia: quum enim generalia sint, demonstrant, quid nomine gladii voluerit significare Vlpianus, et in qua significatione sit adcipiendum. Daß das mixtum imperium nur auf Civilsachen sich erstrecken konnte, leidet um deswillen kein Bedenken, weil es der Jurisdiction cohärirte, und folglich durch diese modificirt wurde. Vor dasselbe gehörten Einsetzungen in den Besitz und den vorigen Stand v), Cautionsleistungen x), Vollstreckungen aller Rechtssprüche, die aus obrigkeitlicher Gewalt geschahen, und den rechtskräftigen Entscheidungen anderer Richter y), Verfügungen leichter Strafen gegen Ungehorsame, so wie sie der Gerichtszwang erheischte, Geldbu-

quod maiorem animaduersionem exigat: reiicere legatus apud proconsulem debet: neque enim animaduertendi, coercendi, vel atrociter verberandi ius habet.

s) *L.* 6. §. *vlt. D. de Senatusconsl. Sil. et Claud. quor. testam. ne aper.* Si adpetitus sit nec occisus dominus, nihil senatusconsulto cauetur, ipse enim in familiam suam potest animaduertere. *L.* 5. *D. de Extraord. crim.* In eum, cuius instinctu ad infamandum dominum seruus ad statuam confugisse compertus erit, praeter corrupti serui actionem, quae ex edicto perpetuo competit, seuere animaduertitur.

t) *L.* 131. §. 1. *D. de Verbor. signif.* Inter mulctam autem et poenam multum interest, quum poena generale sit nomen, omnium delictorum coercitio, muleta, specialis peccati, cuius animaduersio hodie pecuniaria est. *L.* 15. §. 25. *D. de Iniur. et famos. libell.* Ait praetor: ne quid infamandi causa fiat: si quis aduersus ea fecerit, prout quaeque res erit, animaduertam. *L.* 1. *pr. D. de Aleator.* In eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, vti quaeque res erit, animaduertam.

v) *L.* 4. *D. de Iurisdict. L.* 4. §. 1. *D. de Offic. eius, cui mand. est. iurisdict. L.* 26. *D. Ad municipal.*

x) *L.* 4. *D. de Damn. inf. L.* 4. §. 1. *D. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict.*

y) *L.* 15. *D. de Re iudic.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0020
DFG

bußen z) und Gefängnißstrafen a), außer der Ordnung auch Bestrafungen geringer Vergehungen, wie fern die Cognition derselben vor den Civilrichter gezogen werden konnte b). Die Schlußworte der Gesetzstelle: QVOD IN DANDA BONORVM POSSESSIONE CONSISTIT, setzen die Ausleger vorzüglich in Verlegenheit. Unter den Emendationen, wodurch einige die Schwierigkeit zu heben suchen, dürfte wohl diejenige den Vorzug verdienen, welche Faber c) vorschlägt, indem er für quod lesen will quae, um die gedachten Worte: *in danda bonorum possessione consistit*, auf das vorhergehende Wort iurisdictio beziehen zu können. Es bedarf hier aber gar keiner Emendation, da sich die Stelle, wie Huber d) gründlich zeigt, mit Beybehaltung der gemeinen Lesart sehr gut erklären läßt.

§. 189.

Die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit ist die höchste Gewalt im Staate. Ein jeder daher, welcher Ansprache auf dieselbe macht, muß solche aus jener Quelle herleiten, und von der höchsten Gewalt hängt es ab, wem sie entweder die Gerichtsbarkeit nach ihrem ganzen Umfange, oder nur einzelne Zweige derselben, und sowohl in dem ersten als zweyten Falle, unter welchen Einschränkungen und Bestimmungen ertheilen will e). Die Gerichtsbarkeit mag übrigens

z) *L. vn. D. Si quis ius dic. non obtemperau. L.* 131. §. 1. *D. de Verbor. signif.*

a) *L. 2. pr. D. de In ius voc.*

b) *L. 4. pr. D. de Offic. eius, cui. mand. est. iurisdict. L.* 1. §. 4. *D. de Aleator.*

c) *Faber Coniecturr. Lib. IIII. num.* 4.

d) *Huber l. l.* §. 3. *p.* 583. Inperium mixtum et iurisdictio, sagt er, pari, vt audiuimus, passu ambulant, semper iisdem insunt personis, arctissimo nexu res sunt coniunctae. Hinc aliquando fit, vt altera sub alterius adpellatione contineatur; eo sensu exsequutio, quae est mixti inperii, dicitur esse extrema in iurisdictione, *L. vn. D. Si quis ius dic. non obtemperau.* Vlpianus hic sub inperio ius dicentis officium complecti voluit; hoc aut esse merum, id est non mixtum iurisdictioni, aut mixtum, cui iurisdictio inest, quod et iurisdictionem comprehendit: sub quo tum ita late sumto, dare bonorum possessionem comprehendi, mirum non est: forte modo laudati auctores ab hac explicatione non fuerint alieni.

e) Klüber Versuch über die Geschichte der Gerichtsleben, (Erlangen 1785.) *Biener Diss. de iurisdictione ordinaria et extraord.* (Lipsiae 1777.) *cap. I.* §. 4 — 9. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 25. S. 64.

Man

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198851/phys_0021 DFG

gens jemandem auf die eine oder die andere Weise verliehen worden seyn, so ist doch beständig die ertheilte Concession derselben so zu verstehen, daß sie der Oberaufsicht des Regenten subordinirt bleibt f), selbst auch alsdann, wenn er sich keine Concurrenz zur Ausübung derselben vorbehalten hat g). Hieraus folgt, daß die Ausübungsbefugniß der verliehenen Gerichtsbarkeit an die vom Regenten in Beziehung auf das Wohl des Staats gemachten gesetzlichen Verordnungen gefesselt sey, auch wegen eines dem Staate gefährlichen Mißbrauchs der Jurisdiction ein gänzlicher Verlust derselben erfolgen könne h). Ist gleich der Regent vermöge der ihm zuständigen Oberaufsicht keinesweges befugt, den rechtmäßigen Lauf des Processes durch Befehle zu hemmen, oder sonst der gehörigen Ausübung der einmal verliehenen Gerichtsbarkeit willkührliche Hindernisse in den Weg zu legen, so berechtiget sie ihn dennoch, Befehle zur Beförderung der Justiz an alle subordinirte Gerichte ergehen zu lassen, und Bericht zu fordern, wie die Justiz in diesem oder jenem Falle administrirt sey. Es finden daher Querelen sowohl über nichtiges und gesetzwidriges Verfahren des Richters, als über Verzögerung der Justiz statt, und überhaupt sind Provocationen an die obere Instanz zulässig, so oft ein Theil durch den Richter gravirt zu seyn erachtet i).

In

Man sehe indessen auch Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civilgerichten in den Fürstl. Hessen-Casselischen Landen, Th. I. St. III. Abth VI. §. 275. S. 439. ff. Gedanken von dem ächten Begriffe und Grunde der Unmittelbarkeit und Territorialgerechtigkeit in vermischten Reichslanden, (Frankf. u. Leipz. 1786.) §. 9. S. 80. ff. von Senkenberg Abh. von der kayserlichen Gerichtsbarkeit in Deutschland, §. 1. 2. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 702. S. 594.

f) Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, §. 64. S. 130. ff.

g) *de Ludolf Obseruu. forr. Part. I. Obs. CVIII.* Die Reservation einer Concurrenz zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ist eine res facti, und kann daher im Zweifel nicht vermuthet werden, sondern bedarf eines Beweises. *Moeller Vs. pract. distinctt. feudall. cap. VIIII. dist. 3.* Burt Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, Fortsetz. III. S. 672. ff. *de Cocceii Ius. ciu. controu. tit. de Iurisdict. quaest. 20. p. 177. sq. ed. nouiss. Hommel Rhapsod. quaestt. in for. quotid. obvenientt. Vol. V. Obs. DCXXV.* Das Gegentheil behaupten indessen *Menius Deciss. Part. I. Decis. XXXXIIII. p. 39. Part. II. Decis. CCCXIII. p. 429. ed. nouiss. Leipold Diss. de concurrentia iurisdictionis in Inper. rom. germ. quaest. VIIII. sqq.* (*in Leuchtii Tractatt. acadd. de iurisdict. p. 508. sqq.*)

h) *Mylius Diss. de priuatione iurisdictionis ob eius abusum*, (Lipsiae 1755.)

i) Schnaubert a. a. O. Würde auch etwa derjenige, welchem die Gerichtsbarkeit zustehet, das besondere Vorrecht erlangt haben, daß keine Appellation an den Fürsten statt

In der Regel kann die Gerichtsbarkeit nicht außer dem Territorium des Regenten, welcher dieselbe verliehen hat, und selbst in diesem Territorium nicht außer den ihr besonders vorgezeichneten Gränzen ausgeübt werden k). Der römische Jurist Paulus bestärkt dies in der *L. vlt. D. de Iurisdict.* deutlich, wenn er sagt: Extra territorium ius dicenti inpune non paretur, und eben daher ist auch das alte deutsche Sprichwort: **So weit die Flur gehet, so weit gehet auch das Gericht**, entstanden l). Außer seinem Gerichtsbezirke ist der Richter nicht als eine öffentliche, sondern lediglich als eine Privatperson anzusehen. Praeses prouinciae, sagt der Rechtsgelehrte Paulus in der *L.* 3. *D. de Offic. praes.* ausdrücklich, in suae prouinciae homines tantum inperium habet, et hoc, dum in prouincia est: nam si excesserit, priuatus est. Derjenige, welcher die Gränzen seiner Gerichtsbarkeit auf irgend eine Weise überschreitet, berechtiget denjenigen, dem er dadurch Eingriffe in seine Gerichtsbarkeit macht, sich auf der Stelle selbst Recht zu verschaffen, oder durch die Spolien- oder Negatorienklage Genugthuung und künftige Sicherheit zu verfolgen m).

Bey dem Grundsatze, welchen der Verfasser aufstellt: Concessio iurisdictionis non extensiue interpretanda est: sed indefinite facta, inferior saltem concessa praesumitur iurisdictio, haben wir zu bemerken. Wenn der Regent jemandem die Gerichtsbarkeit verleihet, so kann dies entweder **bestimmt** (*definite*) oder **unbestimmt** (*indefinite*) geschehen, je nachdem die Gattung der Gerichtsbarkeit entweder genau ausgedrückt und benannt wird, oder nicht. Im ersten Falle können über den Umfang der Ausübungsbefugniß nicht leicht Streitigkeiten entstehen, indem hier die Concessionsurkunde, welche vernünftiger Weise keiner Ausdehnung fähig ist, zur Entscheidungsnorm dienet; wohl aber können im zweyten Falle desto leichter Streitigkeiten über den Umfang der Ausübungsbefugniß sich ereignen da hier durch die Concessionsurkunde nichts auszumitteln stehet, auch unter den Rechtslehrern nicht wenig darüber

statt finden solle, so ist doch einem jeden unbenommen, von ihm auf andere Art, z. B. durch Supplication, dahin zu provociren, und sich über das Verfahren zu beschweren. Ulich Abh. von Appellationen und Leuterungen, (Wittenb. und Leipz.) §. 3. S. 9.

k) Schnaubert Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, Th. II. *num.* II. §. 6. S. 114. f.

l) Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, Abth. VI. Nr. III. S. 508. f.

m) Danz a. a. O.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0023
DFG

über gestritten wird, ob in solchem Falle die peinliche Gerichtsbarkeit unter der Belehnung mit verstanden werden müsse. So oft die Gränzen einer unbestimmt überlassenen Gerichtsbarkeit streitig sind, vergleiche man zuvörderst die ältern Lehnbriefe mit dem neuern Lehnbriefe, worin die Gerichtsbarkeit auf eine unbestimmte Art verliehen worden ist. Ertheilen die ältern Concessionsurkunden die peinliche Gerichtsbarkeit in bestimmtern Ausdrücken, und es sind keine besondere Gründe der Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß der Verleiher von dem Sinne der ältern Urkunden habe abgehen wollen, so ist auf das Recht zur Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit mit Sicherheit zu schließen, weil in zweifelhaften Fällen die neuern Lehnbriefe aus den ältern interpretirt werden müssen. Wenn aber keine ältere Lehnbriefe existiren, von welchen auf das Recht zur Ausübung der Criminalgerichtsbarkeit geschlossen werden kann, so ist nach der richtigern Meinung die unbestimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit im Zweifel nur von der niedern zu verstehen n). Das vorzüglichste Argument derjenigen Rechtslehrer, welche die gegenseitige Meinung vertheidigen o), bestehet darin, daß sie behaupten, die Jurisdiction sey ein Ganzes (genus), und begreife die obere und niedere Gerichtsbarkeit als Theile (species) in sich; gleichwie nun überhaupt demjenigen, dem ein Ganzes verliehen worden, natürlich auch alle darin begriffenen Theile verliehen seyen, so müsse nothwendig auch die unbestimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit als eines Ganzen die Civil- und Criminaljurisdiction als Theile derselben in sich begreifen. Dem ersten Ansehen nach ist zwar dieses Argument sehr wichtig; wenn man es aber genau prüfet, und mit ihm die Gründe der diesseitigen Meinung zusammen hält, so wird man die täuschende Schwäche desselben bald gewahr. Schon nach dem ge-

n) *Kreß Diss. de iurisdictione omnimoda sub formula* Richt und Ungericht *in feudum concessa*, §. 16 — 26. (*in Ienichen Thes. iur. feud. Tom. II. p. 869. sqq.*) Meister Abh. des peinlichen Processes in Deutschland, Abschn. I. Hauptst. XI. §. 23. 24. Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, §. 66. S. 134. *Schweder Diss. de iurisdictione per inuestituram feudalem concessa*, §. 14. (*in Eiusdem Dissertatt. Tom. I. p.* 1089.) *Wernher Lectissimm. commentatt. in Pandect. Part. I. tit. de Iurisdict.* §. 33. *p.* 87. *sq.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 189. S 337. ff. *Linck de iurisdictione centenae, cap. II.* §. 8. (*in Leuchtii Tractt. acadd. de iurisdict. p.* 379. *Biener Diss. de iurisdictione ordinaria et exemta. cap. II.* §. 21. Klüber Versuch über die Geschichte der Gerichtslehen, S. 137. f. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 189. S. 44. ff.

o) *de Boehmer Meditt. ad Constit. crimin. Carol. Art. I.* § 11. *p.* 23. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. II. § 559. S. 48. f. *Mevius Decis. Tom. II. Part. VII. Dec. XXXIIII. p.* 311. *ed nouiss.* von Selchow Rechtsfälle, Band I. Num. XII. S. 159. *Struben Obseruatt. iur. et histor. Obs. VIIII.* §. 7. *p.* 274. Derselbe rechtl. Bedenken, Th. IIII. Bed. CXXII. S. 316.

gemeinen Sprachgebrauche der ältern p) sowohl als der neuern q) Zeiten, der doch beständig bey Verleihungen ganz vorzüglich in Betracht zu ziehen ist, kann von einer unbestimmten Concession der Gerichtsbarkeit oder der Gerichte nicht füglich auf das Recht zur Ausübung sowohl der obern als niedern Gerichtsbarkeit geschlossen werden, indem man, wie Haltaus r) und Meister s) bemerken, mit jenen Ausdrücken von jeher nur die Niedergerichte zu bezeichnen pflegte. Zudem macht überhaupt die Natur der Privilegien, insonderheit aber, wenn dadurch, wie es hier der Fall ist, Hoheitsrechte ertheilet werden, eine solche einschränkende Erklärung nothwendig. Im Zweifel ist zu vermuthen, daß der Regent bey der Verleihung höherer Regalien sich so wenig als möglich vergeben, und die Ausübung derselben, wie fern es nur immer den Worten der Concession unbeschadet geschehen kann, sich selbst vorbehalten habe. Da auch derjenige, dem solche Hoheitsrechte verliehen werden, ohne vorgängige Concession der höchsten Gewalt offenbar keine Ansprüche darauf hat, so ist nichts natürlicher, als daß derselbe, wenn er mehrere Gattungen eines wesentlichen Regals, oder eine freyere Ausübung derselben, oder auch wohl gar noch das eine oder das andere Regal, welches mit dem verliehenen in einer Verbindung stehet, und eine Beziehung darauf oder eine Aehnlichkeit damit hat, gewünscht haben würde, hätte deutlicher reden, und sich ausdrücklich mehr stipuliren sollen. Wenn er dies nicht gethan hat, so muß er billig leiden, daß im Zweifel nicht für, sondern wider ihn die Vermuthung gefasset wird. Selbst der unbestimmte Ausdruck des Regenten macht es sehr wahrscheinlich, daß er sich bey der Verleihung des Regals so wenig als möglich habe vergeben wollen, indem nicht nur die Sache selbst, sondern auch der gewöhnliche Canzleystyl bestimmtere und deutlichere Ausdrücke erheischt haben würde. Wendet man diese allgemeinen staatsrechtlichen Principien auf die vorliegende Streitfra-

p) Unter dem Worte Gericht verstand man in den ältern Zeiten nicht leicht die Criminaljurisdiction, vielmehr pflegte man diese durch eigene Benennungen, wohin z. B. die Wörter Blutbann, Halsgericht, Ungericht, Frayß, Malefizgericht und hohe Obrigkeit gehören, sorgfältig zu unterscheiden von der niedern Gerichtsbarkeit.

q) *Lamm Obs. an iurisdictione simpliciter concessa tam altam quam bassam vasallus consequatur? (in Zepernickii Analecti. iur. feudal. Tom. II. Obs. XVII. p. 70. sq.).*

r) *Haltaus Glossar. germ. med. aev. s. v.* Gerichte.

s) Meister a. a. O. S. 469. Auch bey den Römern war, wie wir oben §. 187. 188. gesehen haben, das merum imperium unter der Jurisdiction nicht begriffen, sondern hieng vielmehr von einer ausdrücklichen kayserlichen Verleihung ab, worin allerdings ein nicht verwerfliches Argument für die Wahrheit unserer Auslegung unbestimmt redender Investiturbriefe liegt.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0025
DFG

ge an, so liegt es mehr als zu deutlich am Tage, daß sie verneinet werden müsse, wenn nicht etwa in den Investiturbriefen der Ausdruck: **mit allen und jeden Gerichten**, gebraucht seyn sollte. Nur unter dieser Einschränkung will auch das **allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten** t) unter einer unbestimmten Verleihung der Gerichtsbarkeit die Criminaljurisdiction verstanden wissen v).

Hinc

t) Allgem. Landr. für die Preuß. Staat. Th. II. Tit. XVII. §. 30. 31. S. 1006. Wer nur mit der Gerichtsbarkeit überhaupt beliehen ist, der hat in der Regel nur die Civilgerichtsbarkeit. Wer aber mit den Ober- und Nieder- oder mit allen Gerichten beliehen worden, der hat auch die Criminalgerichtsbarkeit, und die damit verbundenen Rechte.

v) Eine eben so streitige Rechtsfrage, die Hellfeld unberührt gelassen hat, ist die: ob unter einer unbestimmten Verleihung der Jurisdiction auch die geistliche Gerichtsbarkeit verstanden werden müsse? Einige Rechtslehrer, wohin unter andern *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. II. Spec. LXXVI. med. 2. p. 115. sqq. Boehmer Jur. eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. XXVIII. §. 28. p. 618. ed. nouiss. a Wernher Obss. forr. Tom. II. Part. VIIII. Obs. LXXXV. p. 503.* von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. II. §. 559. Not. b. S. 48. f. *Wernher Lectiss. commentt. in Pandect. tit. de Iurisdict. §. 29. p. 83. ed. nouiss.* gehören, verneinen diese Frage, und andere, als *Berger Oecon. iur. Lib. IIII. tit. III. §. 2. not. 1. Horn Responss. Class. I. resp. 2.* und *Jur. feud. cap. VII. §. 12.* behaupten sogar, daß selbst alsdann, wenn jemand mit den weltlichen und geistlichen Gerichten ausdrücklich beliehen seyn sollte, dennoch die geistliche Gerichtsbarkeit unter der Verleihung nicht zu verstehen sey, indem der Ausdruck: geistliche Gerichte, nur das Patronatrecht, wie fern solches vorzüglich in der Befugniß, jemanden zu einer Kirche oder einer geistlichen Pfründe zu präsentiren, bestehet, bezeichne. Die letztere Meinung ist so auffallend unrichtig, daß sie gar keiner Widerlegung bedarf; denn wer den Unterschied zwischen Patronatrecht und geistlicher Gerichtsbarkeit nicht begreifen, und sogar jenes unter dieser verstehen kann, wenn diese den weltlichen Gerichten entgegen gesetzt wird, der dürfte wohl schwerlich eine Widerlegung verdienen. Aber auch die erstere Meinung verdienet keinen Beyfall. Meinem wenigen Bedünken nach kommt auch hier wieder alles darauf an, ob jemand schlechtweg mit den Gerichten, oder mit allen und jeden Gerichten beliehen worden ist. Im ersten Falle ist der Beliehene eben so wenig die geistliche Gerichtsbarkeit anzusprechen berechtiget, als er auf die peinliche Gerichtsbarkeit Anspruch machen kann; im zweyten Falle hingegen stehet ihm das Recht zur Ausübung der geistlichen Gerichtsbarkeit nicht zu bestreiten, vorausgesetzt, daß der Verleiher die geistliche oder bischöfliche Gewalt in seinem Lande hat, und vermöge derselben die geistliche Gerichtsbarkeit zu ertheilen vermag, auch das Subject, welches alle Gerichte erhält, zur geistlichen Gerichtsbarkeit eben so, wie zur weltlichen fähig ist. Denn die geistliche Gerichtsbarkeit ist eine Gattung (species) der Jurisdiction, und wenn der Regent jemandem alle und jede Gerichte verleihet, so giebt er hinlänglich zu erkennen, daß unter der Concession diese allerdings mit begriffen seyn solle. *cf.* Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, §. 66. S. 134. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0026
DFG

Hinc, qui iurisdictionem sibi competere adserit, fügt der Verfasser noch hinzu, si de superioris concessione non constat, *titulum docere debet*, nec *sola* illi prodest *possessio*, nisi forsan sit *immemorialis*. Wenn jemandem die Gerichtsbarkeit, welche er bisher ausgeübt hat, streitig gemacht wird, so geschieht solches entweder von dem Regenten selbst, oder von einem andern. Im letztern Falle ist ganz ohnstreitig der in Anspruch genommene Theil den Rechtstitel, wodurch er die Gerichtsbarkeit erworben, anzugeben keinesweges verbunden; es kommt ihm vielmehr die im Zweifel für jeden Besitzer streitende rechtliche Vermuthung des redlichen Besitzes dahin zu statten, daß er vermöge des in den Gesetzen x) gegründeten Princips: in pari caussa possessor potior haberi debet, so lange bey seinem Besitzstande geschützt werden muß, bis derjenige, welcher ihn von der fernern Ausübung der Jurisdiction ausschließen will, seine Ansprüche im Wege Rechtens gehörig ausgeführet hat. Ganz anders verhält sich hingegen die Sache im erstern Falle; hier kann die rechtliche Vermuthung des redlichen Besitzes kein Absehen verdienen, weil sie mit der für den Regenten vermöge der Landeshoheit streitenden rechtlichen Vermuthung collidirt, und bey solcher Collision als die schwächere nothwendig dieser als der stärkern unterliegen muß y). Es wollen zwar verschiedene Rechtslehrer das Gegentheil behaupten z); allein ihre Meinung ist irrig. Denn so oft Unterthanen ein wesentliches Hoheitsrecht sich anmaßen, ist der Landesherr von ihnen die Rechtfertigung ihres vorgeschützten Besitzstandes zu fordern wohl befugt, und es kann folglich hier der bloße Besitz von der Edition des Rechtstitels unmöglich befreyen, vielmehr muß der Besitzer in solchem Falle beweisen, daß das angemaßte Regal vermittelst eines Privilegiums, eines Contracts oder einer

x) *L.* 128. *pr. D. de Reg., iur.*

y) *Mencken Diss. de qualitate possessionis in processu possessorio summariissimo*, (Lipsiae 1744.) §. 6. *litt. b.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 189. S. 330. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe, Abschn. II. Hauptst. II. Tit. I. §. 32. S. 71. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 189. S. 55. f. *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Jurisdict.* §. 27. *sqq.* und *Comment. de necessitate edendi titulum possessionis, cap. III.* Braun Abh. in wie fern man den Titel anzugeben hat, wenn man sich entgegen den Landesherrn auf den Besitz gründet, §. 7. ff. (in den Erlang. gelehrt. Anzeig. auf das Jahr 1750. Num. X. S. 78. ff.

z) Lobethan Entwickelung der ganzen Lehre von der Gerichtsbarkeit, der weltlichen sowohl als der kirchlichen, Th. I. Abschn. II. §. 24. S. 45. Schnaubert Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, §. 120. Not. * S. 83. *Reinharth Selectt. obseruu. ad Christinaei decis. Vol. I. Obs. XXXVIII.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0027
DFG

ner Belehnung rechtmäßiger Weise erworben worden sey. Gleichwie indessen ein unvordenklicher Besitz die Stelle einer ausdrücklichen Verleihung vertrit, so leidet es keinen Zweifel, daß zum wenigsten dieser von der Angabe des Rechtstitels befreyen müsse.

§. 190.

In dem gegenwärtigen Paragraphen trägt Hellfeld noch einige antiquarische Grundsätze vor, welche über die ganze Lehre der römischen Jurisdiction ein helles Licht verbreiten, und zur richtigen Erkenntniß der dieselbe betreffenden Fragmente des römischen Gesetzbuches dienen. Die Römer sonderten in den ältern Zeiten die Benennungen magistratus und iudex sehr sorgfältig von einander ab. Magistratus war ihnen die obrigkeitliche Person, welcher die Jurisdiction, das heißt, die Gerichtsbarkeit in Civilsachen, zustand. Gleichwie aber die Magistratspersonen alle vor sie gebrachte Processe selbst nicht entscheiden konnten, und in vielen Fällen andere Personen mit zuziehen mußten, so hatten sie viele Beysitzer, welche um deswillen iudices pedanei genannt wurden, *quia ad pedes praetoris sedebant in subsellis.* Jede Sache nehmlich wurde zuvörderst vor der Magistratsperson angebracht, und summarisch, mündlich verhandelt; nun entschied sie der Prätor entweder selbst, wenn sie ganz klar war (extra ordinem iudicabat), oder er bestellte einen oder einige seiner Beysitzer zur Untersuchung und Entscheidung (iudicem dabat). Diesen Beysitzern gab er zugleich eine Instruction, nach welcher sie die Sache entscheiden sollten. Bey den negotiis stricti iuris hieß diese Instruction so: Si paret, (d. h. adparet), Titium centum ex stipulatu debere, tu illum in centum condemna; hingegen bey den negotiis bonae fidei lautete sie so: Si paret, Titium Mevio ex emto debere, tum quantum Titium Meuio ob eam rem dare oportet ex fide bona, tanti damnetur. Hier konnte also der iudex Verzugszinsen, Früchte und alles, was die Billigkeit erheischte, zuerkennen, welches bey den negotiis stricti iuris nicht angieng a). Der iudex wurde in diesem letztern Falle *arbiter*, das ganze Verfahren aber *arbitrium* genannt b). Eine

a) *Hop Diss. de iudicibus a praetore et prouinciarum rectoribus ad causas priuatas diiudicandas dari solitis, cap. III. (in Oelrichs Thes. nou. dissertt. in Acadd. Belgg. habitar. Vol. I. Tom. II. p. 543. sqq.)*

b) *L. 24. D. Depos. vel contra. L. 52. §. 2. D. Famil. erciscc. cf. Cicero Orat. pro Roscio Com. cap. VIII. pro Roscio Amerin. cap. XXVIIII.* Den Unterschied dieser arbitrorum iuris von den arbitris compromissariis characterisirt Procu-lus in der *L. 76. D. Pro soc.* mit folgenden Worten: Arbitrorum genera sunt duo,

ne eigentliche Jurisdiction hatten die iudices pedanei nicht, es war ihnen vielmehr weiter nichts, als eine bloße Motion zuständig, und sie konnten daher zwar streitige Civilsachen untersuchen und entscheiden, aber nur unter der Direction der Magistratsperson, welche sie zuvörderst bestellen, sodann aber auch ihre Sentenzen vollstrecken mußte c). Inde, sagt der Verfasser, quae apud

duo, vnum eiusmodi, vt siue aequum sit, siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur, quum ex compromisso ad arbitrum itum est: alterum eiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat. Sehr zweifelhaft ist es, in wie fern die so genannten RECVPERATORES, deren in vielen Stellen gedacht wird, von den *arbitris iuris* verschieden waren. *cf.* Hop. *l. l. p.* 545. *Heraldus Obseruu. ad ius attic. et rom. Lib. V. cap. XIIII. num.* 15. *sqq. Zepernick Nott. ad Siccamae lib. de iudicio centumuirali*, (Halae 1776.) *Lib. I. cap. XII. not. c. p.* 87. *Bach Histor. iurisprud. rom. Lib. II. cap. I. §.* 28. *p.* 105. *ed. nouiss. Erneſti Clau. Ciceron. s. v.* recuperator. Nicht weniger wird darüber gestritten, was es eigentlich für eine Bewandniß mit den DECEMVIRIS LITIBVS IVDICANDIS gehabt habe, deren Pomponius in der *L.* 2. §. 29. *D. de Orig. iur.* gedenkt, wenn er sagt: Deinde quum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset: *decemuiri litibus iudicandis* sunt constituti. *Gebauer Diss. de iurisdict. sec. doctr. romanor. eiusdemque doctrinae in german. vsu, cap. I. §.* 10. (*in Eiusdem exercitt. acadd. Vol. I. p.* 455. (*Bach l. l. Noodt de iurisdict. et imper. Lib. I. cap. XII.*) (*in Eiusdem Opp. Tom. I. p.* 50. *sqq. Zepernick l. l. p.* 73.

c) *L.* 15. *pr.* und *L.* 55. *D. de Re iudic.* Da in Gemäßheit der *L.* 10. *D. de Iurisdict.* eine Magistratsperson so wenig in ihrer eigenen Sache, als über ihre Familie Recht sprechen konnte, so sollte man freylich wohl erwarten, daß das nämliche auch beym iudex der Fall gewesen seyn müsse, allein dem ist wirklich nicht so; denn daß der Vater dem Sohne, und umgekehrt der Sohn dem Vater zum iudex bestellt werden konnte, lehret Africanus in der *L.* 77. *D. de Judic. et vbi quisque agere vel. conuen. deb.* indem er sagt: In priuatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere potest. Der von Paulus in der nächstfolgenden *L.* 78. *D. eod.* angeführte Grund: Quippe iudicare munus publicum est, ist unbefriedigend, weil daraus weiter nichts folgt, als daß in Sachen, die das Richteramt des Sohnes betreffen, die Rechte der väterlichen Gewalt in keinen Betracht kommen, noch Vater und Sohn wie sonst in Angelegenheiten, die sich auf Privatverhältnisse und Familienrechte beziehen, für eine Person gehalten werden können. *cf. Pancirollus Thes. variar. lectt. Lib. II. cap. XXI.* (*in Heineccii Jurisprud. rom. et attic. Tom. II. p.* 1142). *Caldera Variar. lectt. Lib. II. cap. VIIII.* (*in Meermanni Thes. iur. ciu. et canon. Tom. III. p.* 618.) Zwar will *Marcucius Variar. explanatr. iur. Lib. III. cap. LXXII.* um die Schwierigkeiten zu heben, die Stelle bloß auf gewisse feyerliche Privathandlungen, oder nur auf solche Privatgeschäfte, wo es lediglich auf den Gerichtszwang ankommt, eingeschränkt wissen, allein die Worte des Gesetzes rechtfertigen ihrer Allgemeinheit wegen diese Einschränkung nicht. Es lässet sich, wie *Auera-*

apud MAGISTRATVM agebantur, in *iure*, quae vero apud IVDICEM PEDANEVM, in *iudicio* fieri dicebantur. Die Römer unterschieden in dieser Rücksicht ius und iudicium genau von einander *d*); iudicium nannten sie denjenigen Ort, wo die iudices pedanei welche nicht auf hohen Stühlen, sondern auf niedrigen Bänken zu den Füßen der obrigkeitlichen Personen saßen das streitige Factum untersuchten *e*); unter ius hingegen verstanden sie das Tribunal des Prätors f). Man hatte daher bey den Römern actus in *iure* und actus in *iudicio*; jene geschahen vor dem Prätor oder einer andern Magistratsperson; diese aber wurden vor dem iudex pedaneus verrichtet.

§. 191.

Gleichwie die höchste Gewalt im Staate die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit ist, so hängt es auch lediglich von ihr ab, wem sie entweder die Gerichtsbarkeit nach ihrem ganzen Umfange, oder nur einzelne Zweige derselben, und sowohl in dem ersten als zweyten Falle unter welchen Einschränkungen und Be-

ranius Interprett. iur. Tom I. Lib. I. cap. V. p. 19. *sqq.* erinnert, der Ausspruch des Africanus in der *L. 77. D. de Iudic. et vbi quisque agere vel conuen. deb.* mit dem des Ulpian in der *L.* 10. *D. de Iurisdict.* sehr gut vereinigen. Nach dem Zeugnisse des *Cicero pro Cluent. cap. XXXXIII.* kam es bey der Bestellung eines Richters mit auf die Einwilligung der streitenden Theile an; die obrigkeitliche Person wählte zwar den Richter, allein den streitenden Theilen stand es frey, denselben aus gegründeten Ursachen zu recusiren. *Schulting Diss. de recusatione iudicis, cap. VIIII.* §. 6. *(in Eiusdem comment. acadd. Vol. I. p.* 129. *sqq.)* Begreiflich konnte demnach der Prätor den Vater dem Sohne, und umgekehrt den Sohn dem Vater zum iudex füglich bestellen, weil es von dem Gegner abhieng, ob er sich dies gefallen lassen wollte, oder nicht.

d) *Cicero de orat. Lib. I. cap.* XI. *Plautus act. IIII. Sc. II. v.* 18.

e) *Vicat Vocabular. iur. vtriusque, Tom. II. p.* 228.

f) In der L. 4. §. 1. *D. de Interrogat. in iur. fac. et interrogator. act.* sagt Ulpian ausdrücklich: Quod ait praetor, *qui in iure interrogatus responderit*, sic adciendum est, apud magistratus populi romani, vel praesides prouinciarum, vel alios iudices. *Ius* enim *eum solum locum esse, vbi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat*, vel si domi vel itinere hoc agat. Sehr richtig bemerket indessen Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Band I. Abh. V. S. 83. f. daß das Wort ius in der bekannten Formel: *i mecum in ius*, keinesweges das Tribunal des Prätors bedeute, wie man gemeiniglich behauptet, indem durch die Worte dieser Formel umschrieben weiter nichts gesagt werde, als: *i mecum illinc, vbi ius*, i. e. lex, *nobis pronunciatur.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0030
DFG

Bestimmungen ertheilen will. In Beziehung auf die besondern Einschränkungen und Bestimmungen, unter welchen jemand die Jurisdiction erhält, pflegt man sie in die **persönliche** (*iurisdictio personalis s. administratoria*) und **dingliche** (*realis s. propria*) einzutheilen, je nachdem sie nehmlich entweder vermöge eines vom Regenten verliehenen öffentlichen Amtes ausgeübt wird, oder als ein eigenthümliches Recht zuständig ist. Was die persönliche Gerichtsbarkeit anbetrifft, so kann diese entweder von mehrern, die ein Collegium ausmachen, oder von einzelnen Justizbeamten ausgeübt werden, und im letzteren Falle pflegt man sie insonderheit die **Amtsgerichtsbarkeit** (*iurisdictio officialis*) zu nennen. Die dingliche Gerichtsbarkeit hingegen zerfällt wieder in die **Gutsgerichtsbarkeit** oder **Patrimonialgerichtsbarkeit** (*iurisdictio praediatoria s. patrimonialis*) und in die **eigene Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung** (*iurisdictio realis in specie*), je nachdem sie entweder dergestalt auf einem Guthe haftet, daß sie mit diesem auf jeden Besitzer übergeht, oder ohne Rücksicht auf den Besitz eines gewissen Grundstücks als ein eigenthümliches Recht einer moralischen sowohl, als einzelnen Person verliehen worden ist.

Daß die Patrimonialgerichtsbarkeit ein den Römern gänzlich unbekanntes, und nur auf der besondern Verfassung der Deutschen ruhendes Institut sey, ist keinem erheblichen Zweifel unterworfen g); hingegen wird über den eigentlichen Entstehungsgrund derselben unter den Rechtslehrern ausnehmend gestritten. Riccius h), Potgiesseri), Heineccius k), Kopp l), Gundling,

g) Zwar behauptet *Molinaeus Consuetudd. Paris. §. 2. gl. 4. num. 9.* die Patrimonialgerichtsbarkeit sey allerdings im römischen Rechte gegründet; allein die *Nou. 80. cap. 2.* worauf er sich beruft, beweiset seine Meinung im mindesten nicht. *cf. Heraldus Rer. quotidd. quaestt. Lib. I. cap. VII. num. 2.*

h) Riccius vom landsässigen Adel, Th. *II.* Cap. *XVIIII.* §. 37.

i) *Potgiesser de statu seruorum, Lib. II. cap. I. §. 33. sqq. Lib. V. cap. II. §. 16.*

k) *Heineccius Diss. de origine atque indole iurisdictionis patrimonialis,* (Halae 1716.) §. 18. *sq.* (*in Syll. var. opusc. p. 239. sqq.*)

l) Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civilgerichten in den Fürstl. Hessen-Casselischen Landen, Th. *I.* St. *III.* Abth. *VI.* §. 275. ff. S. 349. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0031
DFG

ling m), von Dalwigk n), Thomasius o), von Balthasar p), und Estor q) behaupten, der eigentliche Entstehungsgrund der Patrimonialgerichtsbarkeit liege in der ehemaligen Leibeigenschaft, die in den Zeiten, wo eigenthätige Gewalt in Deutschland erlaubt und unentbehrlich war, die Befugniß, Person und Güter zu schützen, zu pflegen, sie in Ordnung zu halten, sich auch zu demjenigen, was man von beyden zu fordern hatte, selbst zu verhelfen, gegeben habe, in den spätern Zeiten aber mit der Verbesserung des deutschen Justizwesens zu einer förmlichen Gerichtsbarkeit erhoben worden sey. Kreß r), Jargow s), von Leyser t), Eisenhart v), von Pufendorf x), von Selchow y), Püttmann z), Eichmann a), von Ludewig b), Schnaubert c) von Ludolf d), von Quistorp

m) *Gundling Prott. Dig. tit. de Iurisdict. §. 26. p. 149.*

n) *a Dalwigk Med. iurid. de iurisdictione patrimoniali*, (Ienae 1754.) *p. 3.*

o) *Thomasius Diss. de hominibus propriis*, §. 86.

p) von Balthasar Abh. von den Landesgerichten und derselben Ordnungen in dem Herzogthume Pommern, S. 30.

q) Estor bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, Th. II. Hauptst. I. §. 4950. S. 825.

r) *Kreß Diss. de variis iurisdictionis criminalis generibus, cap. II. num. 5. §. 6.*

s) Jargow Einleit. zu der Lehre von den Regalien, S. 234.

t) *a Leyser Medit. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXVIIII. med. 4. p. 296. sqq.*

v) *Eisenhart Institutt. iur. germ. priu. Lib. IIII. tit. I. §. 6.*

x) *a Pufendorf Lib. de iurisdictione germanica, Part. II. Sect. III. cap. I. §. 225. p. 436. ed. nouiss.*

y) *a Selchow Elemm. iur. germ. priu. hod. §. 290.*

z) *Püttmann Elemm. iur. crim. Lib. II. cap. IIII. §. 728.*

a) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 191. S. 364. ff.

b) *a Ludewig Diss. de praediatoria iurisdictione nobilium, num. 5.*

c) Schnaubert Staatsrecht der gesammten Reichslande, §. 322.

d) *a Ludolf Obseruatt. forr. Obs. CVIII. p. 295.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0032
DFG

storpe), von Engelbrecht f), von Buri g), Lobethan h), Meisterî), von Böhmer k), Glück l), und Hofacker m) verwerfen aber diese Meinung als irrig, und wie mir scheint mit Recht, weil sie dem unbestrittenen Grundsatze des allgemeinen Staatsrechts, vermöge dessen alle Gerichtsbarkeit als ein Ausfluß der höchsten Gewalt anzusehen ist, offenbar widerspricht, und mit ihm auf keine Weise zu vereinigen stehet. Zudem finden sich in mehreren Landen, wo niemals Leibeigenschaft herrschte, eben so frühzeitige Spuren einer Patrimonialgerichtsbarkeit, als in denjenigen Provinzen, wo man Leibeigene hatte, auch werden sogar noch heutiges Tages in vielen Landen, wo noch Leibeigenschaft herrscht, adeliche Gutsbesitzer angetroffen, denen keine Patrimonialgerichtsbarkeit zuständig ist. Hieraus erhellet genugsam, wie irrig es sey, wenn Runde n) sagt, die Hauptquelle dieser Gerichtsbarkeit sey **das Eigenthum an der Person**, und **Obereigenthum an dem ihr verliehenen Gute**. Ueberhaupt benimt sich Runde bey dieser Controverse auf eine sehr sonderbare Weise. Nebenher möge bisweilen, sagt er, die Patrimonialgerichtsbarkeit auch wohl von oben gekommen seyn, und auf ein **ausdrückliches Privilegium** sich gründen, dahingegen die **stillschweigende Concession** des Regenten eine ganz untaugliche und gar nichts aufklärende Hypothese sey. Aus dieser historischen Voraussetzung, setzt er nun hinzu, folge, daß der wahre Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit heutiges Tages zwar theils

e) von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. II. §. 563. S. 54. f.

f) *ab Engelbrecht Obseruatt. selecti. forr. Specim. I. Obs. XXXXIII. p.* 192.

g) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, Forts. *IIII.* S. 35. ff.

h) Lobethan Entwickelung der ganzen Lehre von der Gerichtsbarkeit, Th. I. Abschn. II. Hauptst. I. §. 6. S. 49. f.

i) Meister Abh. des peinlichen Processes, S. 459. ff.

k) *de Boehmer Elemm. iur. crim. Sect. I. §. 58.* und *Meditatt. ad Const. crim. Carol. Art. II. § 2.*

l) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. *III.* §. 191. S. 70. ff.

m) *Hofacker Principp. iur. ciu. rom. germ. Tom. III. §. 4205. p.* 634.

n) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 702. 703. S. 594. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0033
DFG

in der ausdrücklichen, theils in der stillschweigenden Concession des Regenten gesetzt werden könne, daß aber letztere ihren wahren Ursprung mehr in der ältern deutschen Verfassung, als in dem Willen des Kayfers und der Landesherren habe. Die historische Voraussetzung, von welcher Runde schließet, ist in Gemäßheit der vorhin angegebenen Grundsätze durchaus falsch; lächerlich aber ist die Schlußfolge, welche er aus ihr herleiten will. Wenn jemand so verkehrt schliessen kann, so dürfte es ein höchst undankbares Unternehmen seyn, ihn widerlegen zu wollen; jede Widerlegung würde ohne Zweifel sehr übel bey ihm angebracht seyn. Die stillschweigende Concession des Regenten erklärt Runde zuvörderst für eine ganz untaugliche und gar nichts aufklärende Hypothese; und doch schließet er gleich nachher aus dieser Hypothese, daß der bestrittene Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit wohl in der stillschweigenden Concession des Regenten gesetzt werden könne. Ein größerer Unsinn als dieser lässet sich kaum denken. Ueberdem ist es schwer zu begreifen, wie hier Runde überhaupt die stillschweigende Concession geradezu für ein Unding ausgeben kann, da er doch einräumet, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit nebenher? bisweilen? o) auch wohl von oben gekommen seyn, und auf ein ausdrückliches Privilegium sich gründen möge. Waren ihm etwa die allgemeinen Principien unbekannt, welche von der Verleihung der Privilegien gelten? oder wußte er es nicht, daß nach der Meinung der angesehensten Rechtslehrer, die durch den Gerichtsgebrauch unterstützt wird, selbst in Beziehung auf die Erwerbung der Regalien dem Landesherrn die unvordenkliche Verjährung entgegen gesetzt werden kann? Diesen Verdacht der Unwissenheit lehnt zwar eigentlich Runde einigermaßen dadurch von sich ab, daß er am Ende noch hinzu setzt: man pflege sich der stillschweigenden Concession des Regenten als einer Stütze der Verjährung zu bedienen; eben deswegen aber sind ihm um so viel weniger die gerügten groben Fehler zu verzeihen, die nothwendig jeder sehen muß, der seine Augen nicht muthwillig zuhalten will.

Die Patrimonialgerichtsbarkeit an sich selbst ist ein zum Patrimonium des Gutsbesitzers gehöriges veräusserliches Recht, welches auch zu Gelde angeschlagen werden kann p), daher es denn ganz natürlich dem Gutsherrn frey stehen muß,

o) Nebenher und bisweilen sind hier, so viel ich sehe, zwey völlig gleichbedeutende Wörter, die zu den beynahe auf allen Seiten des Rundeischen Compendiums vorkommenden äusserst widrig klingenden Pleonasmen einen artigen Beytrag abgeben.

p) Ueber die richtige Berechnung des Ertrages der Jurisdictionsnutzungen und die ganze Einrichtung des Anschlages verdient *Grassus Tr. de modo et iure taxandi iurisdictionem*, (Tubingae 1724.) vorzüglich nachgesehen zu werden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0034
DFG

muß, dieselbe zu verpfänden, oder an jemanden wiederkäuflich zu überlassen, oder zu verpachten und einem Pachter in Anschlag zu bringen q). Bey der Erwerbung des Eigenthums der Patrimonialgerichtsbarkeit wird nicht auf die zur Uebernehmung des richterlichen Amtes erforderlichen Fähigkeiten gesehen, sondern es kommt hierunter vielmehr lediglich auf die Befugniß an, solche Güter, welchen diese Gattung der Gerichtsbarkeit inhärirt, zu besitzen. Daher kann allerdings, wie Hellfeld richtig bemerket, auch Frauenzimmern, Minderjährigen, und überhaupt Personen, denen es an der nöthigen Rechtskenntniß mangelt, die Patrimonialgerichtsbarkeit zuständig seyn r); nur müssen dergleichen Personen schlechterdings zur Ausübung derselben einen Justitiarius bestellen, welches bey Gerichtsherrschaften, die der Rechte kundig sind, und alle übrigen zur Uebernehmung des richterlichen Amtes erforderlichen Eigenschaften haben, nicht der Fall ist s). Diese können zwar, auch ohne Vorwissen ihrer Oberrichter, einen Gerichtshalter sowohl überhaupt, als auf gewisse Fälle ernennen, wenn sie nur bey der Wahl desselben die gehörige Vorsicht beobachten, allein sie sind dazu nicht schlechterdings verbunden, indem es ihnen frey stehet, die Gerichtsbarkeit selbst auszuüben t). Wird übrigens zur Verwaltung der Patrimonialgerichtsbarkeit ein Justitiarius ernannt, so muß sich derselbe einer öffentlichen Prüfung seiner Rechtskenntnisse unterwerfen; er wird auch nach Befinden auf die Justizpflege beeydiget, auf solche Weise aber als ein öffentlicher Bedienter bestätiget v).

§. 192.

In der Regel erstreckt sich die Patrimonialgerichtsbarkeit über alle in dem Gutsdistricte wohnende oder sich aufhaltende Leute, über Bauern und Leibeigene so-

q) Fischer Cameral- und Polizeyrecht, Band II. §. 207. 208. und die von ihm angezogenen Rechtslehrer.

r) *cf. Grams Ex. de femina iurisdictionem patrimonialem habente*, (Alt. 1706.)

s) von Quistorp a. a. O. §. 564. S. 57.

t) *Barth Diss. de iurisdictione, quam illustres et nobiles per officiales exercere solent*, (Lipsiae 1698.)

v) *Specht de praefectis nobilium iudiciis*, (Viteb. 1737.) Hiermit stimmt das Allgem. Landr. für die Preuß. Staat. Th. II. Tit. XVII. §. 76. S. 1012. vollkommen überein, indem es ausdrücklich verordnet, daß derjenige, welcher seine Gerichtsbarkeit nicht selbst verwalten kann, oder will, einen vom Staate zu dergleichen richterlichem Amte geprüften und tüchtig befundenen Gerichtshalter bestellen müsse.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0035
DFG

sowohl, als über freye und fremde Personen, wie fern ihr nicht etwa der privilegirte Gerichtsstand der einen oder der andern Person im Wege stehen sollte x). Gleichwie indessen der Umfang der Patrimonialgerichtsbarkeit, nächst den landesherrlichen Privilegien, aus dem hergebrachten Besitzstande beurtheilet werden muß, so wollen daher die Rechtslehrer nicht ohne Grund, daß in zweifelhaften Fällen jene auf die niedere Gerichtsbarkeit einzuschränken sey, bis ein mehreres erweislich gemacht werden kann y). Die Ehefrau des Gerichtsherrn, dessen Eltern und Kinder sind der Patrimonialgerichtsbarkeit nicht unterworfen z). Ist die Patrimonialgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange begründet, so hat der Gerichtsherr ein Recht zu allen denjenigen Mitteln, ohne welche die Gerichtsbarkeit selbst nicht ausgeübet werden kann; immer bleibt sie aber in der Ausübung der oberstrichterlichen Gewalt und höchsten Oberaufsicht in allem Betracht subordinirt. Das Verfahren muß den Gesetzen des Landes, und insonderheit den Untergerichtsordnungen angemessen seyn; grobe Mißbräuche der richterlichen Gewalt können mit der Privation geahndet werden a).

Ueber die Frage: **ob auch in eigenen Ansprüchen des Gerichtsherrn an die Gerichtsunterthanen die Patrimonialgerichtsbarkeit zuständig sey?** wird unter den Rechtslehrern gestritten, indem dieselbe einige be-

x) *de Boehmer Medit. in Constit. crim. Carol. Art. II. §. 2.*

y) von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. II. §. 564. S. 56.

z) *Richter Diss. de filio iurisdictioni paternae patrimoniali non subiecto*, (Lipsiae 1745.) *a Leyser Medit. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXVIIII. med. 6. p. 300. sq. de Berger Elect. discept. forr. Lib. IIII. tit. III. p. 919. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III. §. 4205. p. 635.* Es dissentiren indessen viele, besonders ältere Rechtslehrer. Die diesseitige Meinung bestätiget das Allgem. Landr. für die Preuß. Staat. Th. II. Tit. XVII. §. 46. S. 1008. wenn daselbst geordnet wird, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit sich keinesweges auf die Kinder, Ehegatten und andere zur Familie des Gerichtsherrn gehörend Personen erstrecken solle.

a) *Mylius Diss. de priuatione iurisdictionis, ob eius abusum*, (Lipsiae 1755)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0036
DFG

bejahen b) andere hingegen verneinen c). In Ermangelung entgegen stehender besonderer Landesgesetze und Gewohnheiten scheinet mir nach ächten theoretischen Gründen die Meinung der letzteren den Vorzug zu verdienen. Die Kayser Valens, Gratian und Valentinian verordnen in der *L. vn. C. Ne quis in sua causs. iud vel ius sibi dic.* mit den Worten: Generali lege decernimus, neminem sibi esse iudicem, vel ius sibi dicere debere; in re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae, ganz ausdrücklich, daß es niemandem erlaubt seyn soll, in seiner eigenen Sache Richter zu seyn. Durch diese Gesetzstelle, man mag auch dagegen einwenden, was man immer will, wird meinem wenigen Bedünken nach die diesseitige Meinung auf das vollständigste gerechtfertiget, indem offenbar der Gerichtsherr als Richter in seiner eigenen Sache erscheinet, wenn er vermöge der ihm zuständigen Patrimonialgerichtsbarkeit wider seine Gerichtsunterthanen eigene Ansprüche selbst geltend machen kann. Zwar scheinet die Befugniß des Gerichtsherrn, seine Gerichtsunterthanen in eigenen Ansprüchen bey seinem Gerichte zu belangen, zum wenigsten sodann unbedenklich zu seyn, wenn er einen Gerichtshalter bestellet, und diesen auf eine unpartheyische Gerichtspflege in Eid und Pflicht genommen hat; allein es scheinet auch wirklich nur so. Unmöglich kann dieser Umstand die Sache verändern, weil der Gerichtshalter ein Bevollmächtigter des Gerichtsherrn ist, als solcher aber die Person desselben repräsentirt, und mit ihm für eine Person zu halten ist. Daß es mit den von der Heiligkeit des Eides entlehnten Gründen, welche die wider den Justitiarius streitende Vermuthung der Partheylichkeit zernichten sollen, wohl nicht ganz seine Richtigkeit haben müsse, geben die Gegner selbst nicht undeutlich zu erkennen, wenn sie sämmtlich die Cautel empfehlen, daß der Gerichtshalter in solchem Falle die Urthel nicht abfassen, sondern vielmehr die Acten an ein Spruchcollegium zur Abfassung eines Erkenntnisses versenden möge. Diese

b) Sieber Abh. von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherren, selbst Recht zu sprechen, §. 264 ff. S. 340. ff. *Mencken Diss. de iure conveniendi subditos in proprio iudicio*, (Viteb. 1717.) *Heineccius Diss de dominis subditos suos in iudicio suo conuenientibus*, (Halae 1738.) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 705 S. 595. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 192. S. 79. ff. *Hartmann Diss. de iurisdictione in sua et suorum caussa*, (Ienae 1719.) §. 3.

c) *Hofacker l. l. a Leyser l. l. Vol. II. Spec. LXVIII. med. 1. p. 17. sqq.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 192. S. 312. ff. *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. III. Obs. LXXXVIII. p. 227. ed. nouiss.*

se Cautel entspricht dem von den römischen Gesetzgebern Valens, Gratian und Valentian in der vorhin angezogenen *L. vn. C. Ne quis in sua cauſſ. iud. vel ius ſibi dic.* gegebenen Entscheidungsgrunde: In re enim propria iniquum admodum eſt, alicui licentiam tribuere ſententiae, sehr treffend, und dennoch, was allerdings höchst sonderbar ist, wird die Anwendung dieser Gesetzstelle auf die vorliegende Streitfrage von den Gegnern bestritten. Verschiedene Provincialgesetze, woran es z. B. in Churſachſen d) und den Preußischen Landen e) nicht fehlet, räumen freylich dem Gerichtsherrn die Befugniß ein, seine Gerichtsunterthanen in eigenen Ansprüchen bey seinem Gerichte zu belangen; allein auf die Uebereinstimmung mehrerer einzelner Landesgesetze lässet sich kein gemeines Recht begründen, und der angebliche Gerichtsgebrauch, auf welchen Brunnemann f), Schilter g) und Berlichius h) provociren, ist ganz unerweislich, da ihm die angesehensten practischen Rechtslehrer widersprechen i). Glück k) behauptet, die wider den Gerichtshalter vernünftiger Weise streitende Vermuthung der Partheylichkeit könne gar kein Absehen verdienen; denn gesetzt auch, der Justitiarius wollte seinen Gerichtsherrn favorisiren, und diesem eine unbillige For-

d) In der Churſächſ. Proceßordn. *cap. II.* §. 3. heißt es: So kann der Gerichtsherr ſelbſt vor ſolchen ſeinen Gerichten — ſeine Unterthanen *in perſonalibus et realibus* auch *feudalibus cauſſis* rechtlich belangen. Die vorhin gedachte Cautel, welche die Gegner empfehlen, daß nehmlich der Gerichtshalter in dergleichen Fällen die Abfassung der Urthel anderen überlassen möge, wird hier in den Worten: Jedoch daß in dergleichen Fällen die Gerichtshalter, sonderlich in wichtigen und zweifelhaften Puncten für ſich keinen Beſcheid geben, ſondern die Acten zu einem *deciſo* oder Beyſpruch in ein *Dicaſterium* unſerer Lande verſenden, gesetzlich bestätiget.

e) Das Allgem. Landr. für die Preuß. Staat. Th. II. Tit. XVII. §. 4. S. 1007. verordnet: Der Gerichtsherr kann ſeine Gerichtsgeſeſſenen in ſeinen eigenen Gerichten belangen; er muß ſich aber alsdann alles Einfluſſes auf die Direction und Entſcheidung des Proceſſes enthalten.

f) *Brunnemann Conſill. ſ. Reſponſ. acadd. num. CXXXXVI. vol. 2.*

g) *Schilter Prax. iur. rom. in for. germ. Ex. VI. §. 16.*

h) *Berlichius Deciſſ. aur. dec. CVIIII. num. 9.*

i) *a Leyſer l. l.*

k) Glück a. a. O. S. 81.

Forderung zuerkennen, so könnte doch dies jenem nichts helfen, weil der verlierende Unterthan dagegen ein Rechtsmittel einwenden, und der Oberrichter das partheyische Erkenntniß sofort abändern würde. Wenn der Gerichtshalter die oben erwähnte, von Glück l) und Consorten in Beziehung auf die Abfassung eines Erkenntnisses empfohlene Cautel freywillig befolgt, oder wohl gar, wie es in Churſachſen der Fall ist m), vermöge gesetzlicher Verordnung auch wider seinen Willen dazu bestimmet wird, und folglich die Acten zum Spruche Rechtens nothwendig versenden muß, so fällt das aufgestellte Princip durch sich selbst zusammen; nehmen wir hingegen an, daß bey dem Mangel gesetzlicher Verordnungen der Justitiarius das Erkenntniß selbst abfaßt, so dürfte doch immer noch die schleunige Abänderung desselben durch den Oberrichter manchen Bedenklichkeiten unterworfen seyn, weil ein gewissenloser Unterrichter, der ein partheyisches Erkenntniß abzufassen weiß, auch sicher wohl diejenigen Wege wissen wird, auf welchen der Oberrichter leicht irre geführt werden kann. Ohnehin verräth das ganze Raisonnement sehr unzweydeutig eine gänzliche Unbekanntschaft mit den unendlich vielen Gelegenheiten, wodurch ein Richter im ganzen Laufe des Processes, bey den Citationen, den Zeugenverhören, den Fristverlängerungen u. s. w. die eine Parthey ungerecht begünstigen, und die andere muthwillig chikaniren kann. Alle diese Vorwürfe treffen indessen eigentlich nicht den eben n) angeführten Glück, sondern den oben o) angezogenen Sieber, welchen Glück in dieser Materie durchgehends wörtlich ausgeschrieben hat.

§. 193.

Die Gerichtsbarkeit wird in die **streitige** (iurisdictio *contentiosa*) und **willkührliche** (*voluntaria*) eingetheilet, je nachdem sie sich damit beschäftiget, entweder streitige Rechtssachen zu untersuchen, zu entscheiden, und den Spruch zu vollstrecken, oder nicht streitige Handlungen sowohl durch öffentlichen Glauben zu befestigen, als nach erforderlicher Untersuchung durch einen Bescheid zu ge-

l) Glück a. a. O. S. 82.

m) Churſächſ. Proceßordn. *cap. II.* §. 3.

n) *not. k.* und *l.*

o) *not. b.*

genehmigen p). So wie man nun aber die Gerichtsbarkeit überhaupt in diejenige, welche sich mit streitigen, und diejenige, welche sich mit nicht streitigen Sachen beschäftiget, eintheilet q), so sind auch die rechtlichen Handlungen in Beziehung auf den Gegenstand, welcher den Inhalt derselben ausmacht, bald Handlungen der **streitigen**, bald der **willkührlichen** Gerichtsbarkeit (actus iurisdictionis *contentiosae* et *voluntariae*). Jene beschäftigen sich mit der Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtssachen; diese hingegen sind solche Geschäfte, welche vor oder durch den Richter betrieben werden, obgleich kein Rechtsstreit darüber obwaltet r). Die Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit theilen sich in Handlungen der **gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit** (actus *iurisdictionis voluntariae mixtae*) und in Handlungen der **bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit** (*meae*). Jene sind von der Art, daß sie die Mitwirkung des Richters nach dessen vorgängiger Untersuchung der Beschaffenheit der Sache erfordern; diese hingegen sind solche, bey welchen entweder die Zuziehung des Richters ganz unnöthig ist, oder zum wenigsten nicht in der Absicht einer anzustellenden Untersuchung, sondern bloß darum geschiehet, daß die in den Gesetzen vorgeschriebene Feyerlichkeit dadurch beobachtet, oder der Beweis der Handlung in Zukunft erleichtert werde s). Welche Geschäfte aber zu der einen oder der andern Art gehören, läßt sich schwer nach einer allgemeinen Regel bestimmen, und es ist auch im Grunde eine solche allgemeine Regel eben nicht nothwendig, da bey jedem einzelnen Geschäfte sehr füglich angegeben werden kann, ob und in wie fern, auch auf welche Weise der Richter dabey mitwirken müsse. So viel hat indessen seine unbestrittene Richtigkeit, daß im Zweifel allemal eine rechtliche Handlung für eine solche gehalten werde, welche zu der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit gehöret t).

§. 194.

p) *Schroeter Diss. de diuisione iurisdictionis in voluntariam et contentiosam*, (Erlangae 1747.)

q) Nettelbladt Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 14. S. 14.

r) von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, Th. I. Hauptabth. I. Hauptst. I. § 2. ff. S. 5. ff.

s) Claproth theoretisch-practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen, (Göttingen 1789.) *Schele Diss. de auctoritate iudicis in variis actibus priuatis adhibenda*, (Vltrai. 1727.)

t) von Trützschler a. a. O. §. 7. S. 8. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0040
DFG

§. 194.

Da die Handlungen der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit die Mitwirkung des Richters nach dessen vorgängiger Untersuchung der Beschaffenheit der Sache erfordern, bey den Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit hingegen solches der Fall nicht ist, so äussert sich in Beziehung auf die richterliche Concurrenz zwischen beyden mehr als eine Verschiedenheit, worauf der Verfasser an dem gegenwärtigen Orte uns aufmerksam macht. Wir haben in dieser Rücksicht folgendes zu bemerken:

1) bey den Handlungen der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit wird beständig erfordert, daß der Richter competent, oder zur Anstellung einer Untersuchung des vorliegenden Geschäfts berechtiget sey v). Die Competenz des Richters ist hier, wie Oeltze x) ganz richtig sagt, um deswillen erforderlich, weil ohne Gerichtszwang eine cauſſae cognitio nicht vorgenommen werden kann. Gleichwie aber dieser Grund bey den Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit hinweg fällt, so können diese vernünftiger Weise in der Regel vor einem jeden, auch incompetenten Richter vollzogen werden. Ausnahmen von dieser Regel finden indessen statt, so oft dergleichen Handlungen, wenn sie rechtsgültig seyn sollen, nach Vorschrift der Gesetze nothwendig vor Gericht unternommen werden müssen, und an einen bestimmten Richter entweder ausdrücklich, oder stillschweigend gewiesen sind y).

2) Die Unternehmung einer Handlung der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit ist zwar keinesweges gerade an die ordentliche Gerichtsstelle gefesselt, allein sie erfordert nicht nur ein gehörig besetztes Gericht, sondern muß auch innerhalb der Gerichtsgränzen des Richters, welcher sich damit beschäftiget, geschehen z). Nur in so fern ist die

v) *Arg. L.* 105. *D. de Reg. iur. L.* 5. §. 12. *D. de Reb. eor. qui ſub. tut. ſunt. L.* 16. *C. de Praed. et al. reb. minor.*

x) *Oeltze not. m.* zum gegenwärtigen §. des Verfassers.

y) Mettelbladt Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 35 S. 23. *Strecker de validitate actorum coram iudice inlegitimo, inhabili, putatiuo,* (Erf. 1725.) Claproth theoretisch-practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen, §. 13. S. 14.

z) *Beyer de expeditione actuum iudicialium extraiudiciali, et in loco priuato,* (Viteb. 1711.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0041
DFG

bekannte Regel: vbi iudex, ibi quoque iudicium, oder der Grundsatz, daß überall, wo der Richter und die zur Formirung des Gerichts erforderlichen Personen vorhanden sind, auch das Gericht sey, für richtig zu achten a). Wären auch alle zur gehörigen Besetzung des Gerichts erforderlichen Personen an einem ausser der Gerichtsbarkeit belegenen Orte beysammen, so ist dennoch eine daselbst unternommene Handlung der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit ungültig b), und giebt dem Richter, dessen Jurisdiction dadurch beeinträchtiget worden, zu Beschwerden gegründete Gelegenheit c). Wie wenig nun aber auch einerseits in Ansehung der Handlungen der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit alles dieses einigem Zweifel unterworfen ist, so sehr wird dennoch andererseits in Beziehung auf die Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit unter den Rechtslehrern darüber gestritten. Vinnius d), von Leyser e), von Pufendorf f), Lauterbach g), von Berger

a) Wettelbladt a. a. O.

b) *Gebauer Diss. de iurisdict. sec. doctr. romanor. eiusdemque doctrinae in German. vsu, cap. II. §. 4. (in Eiusdem exercitt. acadd. Vol. I. p. 473. sqq.)*

c) Bey Patrimonialgerichtshaltern pflegt man es indessen in der Praxi nicht so genau zu nehmen, indem bisweilen Handlungen der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit in den außerhalb der Gerichtsgränze gelegenen Privatbehausungen des Gerichtshalters vorgenommen werden. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, Th. I. Hauptabth. I. Hauptst. I. §. 6. S. 8. Man sehe übrigens außerdem noch *Glafey Diss. de iurisdictione extra territorium non exercenda*, (Lipsiae 1719.) *Reinbarth Diss. de iudice iurisdictionem voluntariam extra territorium perperam exercente*, (Erf. 1734.)

d) *Vinnius Tr. de iurisdict. cap. VI. num 7.*

e) *a Leyser Medit. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXVIIII. med. 2. p. 294. sq.*

f) *a Pufendorf Lib. de iurisdict. germ. Part. I. cap. IIII. §. 70. sqq. p. 95. sqq.* und *Obseruatt. iur. vn. Tom. I. Obs. CCXXXII. p. 564.*

g) *Lauterbach Diss. de voluntaria iurisdict. §. 51.* und *Colleg. Pandect. theor. pract. Tom. I. Lib. II. tit. I. §. 10. p. 136. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0042
DFG

ger h), Stryk i) von Trützschler k) und mehrere andere behaupten mit unserm Verfasser, der Richter könne dergleichen Handlungen an jedem Orte, wo er deshalb angegangen wird, folglich auch ausser seinem Jurisdictionsdistricte, rechtsgültig vornehmen; Richter l) Nettelbladt m), Schröter n), Schnaubert o), Claproth p), Reinharth q), Eichmann r), Emminghaus s), Gebauer t), Glück v) Schmidt x) und viele andere nehmen hingegen an, daß allerdings auch diese Gattung von Geschäften der willkührlichen Gerichtsbarkeit an den Gerichtsbezirk des Richters gefesselt sey. In Churſachsen hat zwar die erstere Meinung, daß ein Richter Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit, wohin die Annahme der Testamente und anderer letztwilliger Verordnungen gehöret, auch ausser sei-

h) *de Berger Oecon. iur. Lib. IIII. tit. III. §. 1. not. 2.* und *Electt. diſcept. forr. Part. II. p. 28.*

i) *Stryk de cautell. teſtamm. cap. VII. §. 36.*

k) von Trützschler a. a. O. §. 5. S. 6. f.

l) *Richter Diſſ. de teſtamento a iudice incompetente in territorio alieno condito inualido,* (Lipsiae 1752.) §. 4. *ſqq.*

m) Nettelbladt a. a. O. §. 36. S. 23. f.

n) *Schroeter Diſſ. de proprietatt. voluntar. iuriſdict.* (Erlangae 1748.) *circ.* 3.

o) Schnaubert Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, Th. II. Num. II. §. 6. S. 114. f.

p) Claproth a. a. O. S. 15.

q) *Reinharth l. l.* und *Obſeruatt. ſelectt. ad Chriſtinaei deciſſ. Vol. IIII. Obſ. XV.*

r) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 193. S. 406. f.

s) *Emminghaus Nott. ad de Cocceii ius ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. I. quaeſt. 2. not. i. p. 156. ſq.*

t) *Gebauer l. l.*

v) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 194. S. 93. ff.

x) Schmidt Rechtssprüche, Abschn. I. Gutacht. II.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0043
DFG

seinem Gerichtsdistricte rechtsgültig ausüben könne, gesetzliche Bestätigung erhalten y), und es ist auch in den Preußischen Staaten, wie der berühmte Klein z), welcher um die neuere Preußische Gesetzgebung sich ein unsterbliches Verdienst erworben hat, bezeuget, nach ihr gesprochen worden; allein demohngeachtet kann sie an solchen Orten, wo nur das gemeine Recht gilt, unmöglich Beyfall verdienen. Die aus einigen Fragmenten des römischen Gesetzbuches entlehnten Gründe, welche man zur Vertheidigung dieser Meinung anführt, releviren im mindesten nicht. Freylich sagt Paulus in der *L.* 36. §. 1. *D. de Adopt.* und *L.* 17. *pr. D. de Manumiss. vind.* mit dürren Worten, daß ein Proconsul auch ausserhalb der ihm angewiesenen Provinz Adoptionen und Manumissionen bestätigen könne, und Ulpian bestätiget solches in der *L.* 2. *D. de Offic. procons. et leg.* ausdrücklich; allein wie bedenklich die heutige Anwendbarkeit dieser Stellen des römischen Rechts sey, erinnert Hofacker a) sehr richtig, wenn er erklärt: Qui iurisdictionem voluntariam merum extra territorium exerceri promittunt, sententiam suam male tuentur exemplo proconsulis romani, qui extra prouinciam iurisdictionem voluntariam administrabat. Das Ansehen unserer heutigen Richter läßt sich mit der Gewalt eines römischen Proconsuls, dem überall die legis actio zuständig war, wenn er sich auch ausser der ihm angewiesenen Provinz aufhielt, gar nicht vergleichen. Ohnehin aber gehörte bey den Römern die so genannte iurisdictio voluntaria nicht zur eigentlichen Jurisdiction; sie bestand in einer den Magistratspersonen durch ein besonderes Gesetz über-

y) *Decis. elect. nouiss. d. a.* 1746. (*in Cod. Augusst. Suppl. Tom. I. p.* 351.) Es wird daselbst verordnet: daß zwar der requirirte fremde Richter an den Ort, wohin er ersucht worden, mit seinen Beysitzern sich sofort einfinde, und des *testatoris* letzten Willen auf- und annehme, jedoch aber dabey längstens binnen acht Tagen von Zeit des errichteten oder aufgenommenen Testaments dem ordentlichen Richter von dem beschehenen *actu* mit der Erklärung, daß es ihm an seinen Gerichten unschädlich seyn solle, Notification ertheile, und die ihm wegen des Testaments entzogenen Sporteln — der Taxordnung gemäß mit überschicke. *cf. Müller Obss. practt. ad Leyseri medit. ad Pandect. Tom. I. fasc. II. Obs.* CXXVI. *p.* 32. *sqq.*

z) Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, Band II. S. 265. ff.

a) *Hofacker Princip. iur. ciu. rom. germ. Tom. III.* §. 4206. *not. c. p.* 638.

übertragenen Gewalt, und konnte daher nicht nach den von der Jurisdiction geltenden Principien beurtheilet werden. Nach unserer deutschen Gerichtsverfassung hingegen werden Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit allerdings zur eigentlichen Jurisdiction gerechnet, die jeder ordentliche Civilrichter als solcher zu unternehmen befugt ist; offenbar würde es sonach ein unerlaubter Eingrif in eine fremde Gerichtsbarkeit seyn, wenn ein Richter ausser seinem Gerichtsbezirke dergleichen Handlungen ausüben wollte. Aus allem diesen ergiebt sich hinlänglich, daß die angezogenen Gesetzstellen unmöglich als richtige Entscheidungsquellen der vorliegenden Streitfrage angesehen werden können, und daß überhaupt die darauf gestützte Behauptung ganz irrig sey.

3) Handlungen der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit können zwar wohl an weltlichen Feyertägen, nicht aber an kirchlichen Festtägen geschehen, wofern nicht etwa ein außerordentlicher Nothfall dieselben nothwendig macht und eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist b). Das nämliche aber gilt auch von den Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit c). Hellfeld behauptet zwar mit einigen andern Rechtslehrern das Gegentheil; allein die *L.* 8. *C. de Feriis*, worauf er seine Meinung begründen will, enthält lediglich zwey Ausnahmen, welche in den nicht ausgenommenen Fällen die entgegen gesetzte Regel bestärken. Die Kayser Valentinian, Theodosius und Arcadius verordnen in dieser Gesetzstelle zuvörderst: Actus omnes, seu publici sunt, seu priuati, diebus quindecim paschalibus conquiescant. In diesen Worten liegt die Regel, wovon sodann in den gleich nachfolgenden: In his tamen et *emancipandi* et *manumittendi* cuncti licentiam habeant: et super his acta non prohibeantur, zwey Ausnahmen in Ansehung der Emancipationen und Manu-

b) *L.* 1. §. 1. und *L.* 6. *D. de Fer. L.* 7. *L.* 10. und *L.* 11. *C. eod.* von Trützschler a. a. O. §. 5. *not. a.* S. 7.

c) *Müller Diss. de inualiditate actuum voluntariae iurisdictionis in feriis diuinis celebratorum.* (Giessae 1741.) *de Cramer Tr. de actibus voluntariae iurisdictionis in feriis diuinis non permissis, (in Eiusdem opusc. Tom. II. num. XIII.* Nettelblad a. a. O. §. 27. S. 20. *de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. XII. quaest.* 6. *p.* 204. *ed nouiss.* Claproth a. a. O. §. 15. Eichmann a. a. O. §. 194. S. 429. f.

numissionen gemacht werden d). Der G und dieser Ausnahmen liegt, wie aus der *L. 1. Cod. Theod. de Feriis* unwiderleglich erhellet, in der besondern Pietät, welche die Römer den Emancipationen und Manumissionen zueigneten; dieser Grund aber passet nicht auf alle andere Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit, und es ist daher irrig, wenn man hieraus ein allgemeines Princip abstrahiren will.

4) Soll ein Richter Handlungen der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit vorzunehmen befugt seyn, so ist erforderlich, daß sie denselben nicht selbst angehen, weil niemand eine legale Untersuchung, von welcher die Gültigkeit einer rechtlichen Handlung abhängt, in seiner eigenen Sache gültiger Weise anstellen kann e). Gleichwie aber dieser Grund bey Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit vermöge ihres Begrifs hinweg fällt, so leidet es auch keinen Zweifel, daß selbige der Regel nach sogar in eigenen Angelegenheiten expedirt werden können f). Eine Ausnahme findet nach den Bemerkungen der neuern Rechtslehrer bey solchen Geschäften statt, bey welchen ein Dritter eine Verbindlichkeit gegen den Richter als Theilnehmer an einer solchen Handlung übernehmen soll g).

§. 195.

Bisher handelten wir von der **willkührlichen** Gerichtsbarkeit; jetzt führet uns der Verfasser auf die **streitige** Gerichtsbarkeit zurück, und veranlasset uns,

d) Die vorhergehende *L. 2. C. de Fer.* erlaubt sogar Emancipationen und Manumissionen am Sonntage. Viele Rechtslehrer bezweifeln indessen die Aechtheit dieser Gesetzstelle, weil sie in den ältesten Handschriften des Codex nicht angetroffen wird. *de Berger Resolut. legg. obstant. Lib. II. tit. XII. quaest. 3. p. 57. sq. ed. nouiss.*

e) *de Berger Diss. de potestate personae publicae in se ipsum*, §. 16. 17.

f) *Ludouici Vs. pract. distinct. iuridd. Lib. II. tit. I. dist. I.* von Trützschler a. a. O. §. 5. S. 7. *de Berger l. l. Meuius Com. ad ius Lubec. Part. II. tit. I. art. 2. num. 108. Lauterbach Diss. de iurisdict. voluntar. §. 44. sqq. Hofacker l. l. p. 637.*

g) von Trützschler a. a. O. *not. aa.* S. 7. Mettelblatt a. a. O. §. 35. S. 23. Eichmann. a. a. O. S. 422. ff. Glück a. a. O. S. 98. f. *Emminghaus Nott. ad de Cocceii ius ciu controu. Lib. II. tit. I. quaest. VIII. exc. 1. not. o. p. 164.* Claproth a. a. O. §. 13. *not. c.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0046
DFG

uns, die verschiedenen Gattungen derselben näher zu betrachten. Die Gerichtsbarkeit zerfällt in Beziehung auf ihren Gegenstand in die **Civilgerichtsbarkeit** und **Criminalgerichtsbarkeit**. Erstere, welche auch **Untergerichtsbarkeit**, **Niedergerichtsbarkeit**, ingleichen **Voigtey** genannt wird, ist diejenige, die mit bürgerlichen sowohl als geringe Verbrechen betreffenden Sachen sich beschäftiget; letztere hingegen, welche auch unter dem Namen der **Obergerichtsbarkeit**, **peinlichen** und **hohen Gerichtsbarkeit** vorkommt, ist diejenige, die eigentliche peinliche Fälle zum Gegenstande hat.

Will man nun aber nach diesen Begriffen die Gränzen der Civilgerichtsbarkeit und Criminalgerichtsbarkeit mit Evidenz verzeichnen, so kommt hierunter begreiflich alles auf eine genaue und deutliche Bestimmung der Begriffe an, die mit **geringen Verbrechen** und **eigentlichen peinlichen Fällen**, wie fern jene zur Civiljurisdiction und diese zur Criminaljurisdiction gerechnet zu werden pflegen, verbunden werden müssen. Den alten Deutschen waren **geringe Frevel** solche Verbrechen, die mit Strafen **an Haut und Haar** belegt wurden; **peinliche Fälle** hingegen nannten sie diejenigen Verbrechen, deren Bestrafung an **Hals und Hand** gieng h). Gleichwie aber diese Bestimmung nicht füglich heutiges Tages weiter zur Norm angenommen werden kann i), so hat man, wenn über die Gränzen der bürgerlichen und peinlichen Ge-

h) *Grupen Obseruu. rer. et antiquitt. germm. et romm. Obs. VII. p. 123. sqq.*

i) *a Pufendorf Lib. de iurisdict. germ. Part. II. Sect. II. cap. I. §. 39. 40. p. 171. sq.* Bey den Römern waren causae *criminales* solche Sachen, welche nicht bloß eine Privatsatisfaction des Klägers, sondern eine öffentliche Bestrafung des Verbrechers zum Gegenstande hatten, sie mogten nun übrigens zu den so genannten iudiciis publicis gehören, oder nur außer der Ordnung zu einer öffentlichen Ahndung geeigenschaftet seyn; causas *ciuiles* im Gegentheil nannten sie diejenigen Sachen, die lediglich eine Privatgenugthuung beabsichtigten, es mogte nun übrigens die Klage auf eine bloße Entschädigung, oder auf eine dem Kläger anheim fallende Privatstrafe gerichtet werden. In der *L. 3. D. de Priuat. delict.* sagt Ulpian merklich: Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit, nec cogendus erit in crimen subscribere. Enimuero si extraordinem eius rei poenam exercere velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit. Klagte z. B. jemand gegen den Dieb auf eine öffentliche Bestrafung, so war dies eine Criminalsache; stellte er hingegen condictionem furtiuam auf die Restitution, oder actionem furti auf die Bezahlung des doppelten oder vierfachen Werthes der gestohlnen Sache gegen denselben an, so war es eine Civilsache. Wegen der ganz veränderten deutschen Gerichtsverfassung können heutiges Tages diese Bestimmungen unmöglich zur Norm dienen.

Gerichtsbarkeit gestritten wird, zuvörderst auf die individuelle Verfassung der einzelnen Länder sein Augenmerk zu richten, und folglich dahin zu sehen, ob es besondere Provinzialgesetze und Landesgewohnheiten bestimmen, welche Sachen zu den geringen Vergehungen und welche hingegen zu den peinlichen Fällen gehören sollen, oder nicht. Wenn jenes ist, so kann natürlich die Entscheidung des Streites keinen sonderlichen Schwierigkeiten unterworfen seyn, indem sie alsdann dem Inhalte der vorhandenen Gesetze und Gewohnheiten gemäß erfolgen muß k); ist hingegen dieses, so hat man weiter darauf zu attendiren, ob durch rechtskräftige Erkenntnisse l) und errichtete Recesse zwischen den interessirten niedern und hohen Gerichten eine bestimmte Gränzlinie gezogen worden ist, oder nicht. Im erstern Falle kann die Entscheidung ebenfalls nicht sonderlich in Verlegenheit setzen, indem alsdann bey den vorhandenen Erkenntnissen und Recessen alles das Bewenden behält. Hingegen im letztern Falle streitet entweder für die eine Parthey der verjährte Besitz, oder nicht. Ist jenes, so muß es bey der durch den Besitzstand begründeten Bestimmung verbleiben, und weil hier nicht von der Erwerbung der Gerichtsbarkeit selbst, als eines Hoheitsrechts, gegen den Regenten, vielmehr lediglich von der Festsetzung genauer Gränzen der schon zuständigen Gerichtsbarkeit, zwischen den Gerichten unter einander, die Frage ist, so bedarf es keinesweges einer unvordenklichen Verjährung, sondern es ist schon die dreyßigjährige Zeit hinreichend m). Wenn aber dieses ist, und insonderheit Gesetze oder Gewohnheiten nicht bestimmen, welche Fälle eigentlich zu den peinlichen Fällen gehören sollen, so ist zwar die Bestimmung des Begrifs derselben um so viel mehr vielen Schwierigkeiten unterworfen, je weniger von einem Lande auf das andere, von einer Stadt auf die andere, und von einem Orte auf den andern, mit Sicherheit geschlossen werden kann n); inzwischen scheinet es doch zum we-

k) Verschiedene solche Landesordnungen führen an *Grupen l. l. Obs. XXVI. p.* 409. *sqq.* und *Engelbrecht Diss. de iurisdict. super. et infer. sec. mores germanor.* (Helmst. 1709. rec. Halae 1738.) *Sect. II. membr.* 1. §. 4. *p.* 28.

l) S. *de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. I. quaest.* 6. *p.* 162. *ed. nouiss.* Hymmen Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preußischen Staaten, Samml. IIII. Abschn. I. Num. VI. S. 60. ff.

m) Meister practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte, Band I. Bemerk. XXIII. S. 190. ff.

n) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen und preußischen peinlichen Rechts, §. 43. S. 36. ff. Stübel System des allgemeinen peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Churſachsen geltenden Gesetze, Band I. Abth. II. §. 16. ff. S. 17. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0048
DFG

wenigsten nach dem Zeugnisse der bewährtesten Rechtslehrer o) der peinlichen Gerichtsordnung p) gemäß zu seyn, daß man sodann unter peinlichen Fällen diejenigen Verbrechen verstehen müsse, weshalb entweder eine Lebensstrafe, oder eine Leibesstrafe, oder eine solche, die einer Leibesstrafe gleich geachtet wird, in thesi statt findet q).

o) *Püttmann Elemm. iur. crim. Lib. II. cap. II. §. 698. sq.* von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. II. §. 535. S. 12. ff. Dorn Commentar über das peinliche Recht, Band II. Tit. II. §. 285. *de Boehmer Obseruu. selecct. ad Carpzou. Part. III. quaest. CVIIII. Obs. 2. 4. sqq.*

p) P. G. O. Art. 1. 104. 110. 111. 113. 164. 169.

q) Immer bleibt indessen der Begriff peinlicher Fälle in Ermangelung besonderer Bestimmungsgründe ungewiß und schwankend, da einestheils die angezogenen Stellen der peinlichen Gerichtsordnung nicht ganz deutlich sind, und anderntheils auch viele Rechtslehrer den angegebenen Begrif verwerfen. So behaupten einige, man müsse in der Regel unter peinlichen Fällen nur diejenigen Verbrechen verstehen, die am Leben, oder mit einer eigentlichen Pein am Leibe bestrafet werden, und einige hegen hierunter noch andere Meinungen. *cf. Beck de Iurisdict. Lib. I. cap. I. Obs. XXII. Harprecht Decis. CII. num. 60. Robert Diss. de diuerso poenarum genere ex mente C. C. C. indeque oriente discrimine inter delicta ciuilia et criminalia nequaquam negligendo*, (Marb. 1779.) welche letztere Schrift Koch in drey mit ihr zusammen gedruckten, unter dem Titel: Ueber Civil- und Criminalstrafen und Verbrechen, (Gießen 1785.) erschienenen Briefen zu widerlegen gesucht hat. Will man aber auch den im §. angegebenen Begrif, welcher, wie von Quistorp a. a. O. bezeuget, durch den Gerichtsgebrauch bestätiget wird, unbedingt als richtig annehmen, so ist doch dadurch die ganze Sache noch keinesweges im reinen; denn so bald man die Anwendung jenes Begrifs auf einzelne Fälle versucht, zeigen sich in Ansehung der äußerst bestrittenen Rechtsfrage: welche Strafen können den Leibesstrafen gleich geachtet werden? neue Schwierigkeiten, die um so viel größer sind, je weniger es sich wohl nach einer allgemeinen Regel bestimmen lassen dürfte, wie weit Geldstrafen und Gefängnißstrafen zur Criminalgerichtsbarkeit, und wie weit sie zur Civilgerichtsbarkeit gehören. *de Boehmer l. l.* Eine weitere Untersuchung dieser Frage gehöret nicht hieher, und ich bemerke daher nur, wie man gewöhnlich ein Gefängniß von mehreren Jahren oder Wochen, und eine die Summe von zehn Thalern übersteigende Geldstrafe zu den peinlichen Fällen zu rechnen pflegt, woraus denn der Begrif geringer vor den Civilrichter gehöriger Verbrechen von selbst folgt. *cf. Koch Institt. iur. crim. Lib. III. cap. I. §. 645.* Die scharfsinnigen Ideen, welche neuerlich der berühmte Herr Hofgerichtsassessor Danz in seinen vortrefflichen Grundsätzen der summarischen Processe, Hauptst. XI. §. 154. S. 239. ff. über diesen Gegenstand vorgetragen hat, verdienen vorzügliche Aufmerksamkeit.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0049
DFG

Diejenige Art der Criminalgerichtsbarkeit, welche so wenig in Absicht der Beschaffenheit der Verbrechen, als der Personen, Oerter und der Art und Weise, wie sie ausgeübt wird, eingeschränkt ist, wird die allgemeine Cent (*iurisdictio omnimoda*) genannt r). Insonderheit pflegt man auch die peinliche Gerichtsbarkeit sodann, wenn sie mit dem Rechte, peinliche Urtheile zu vollstrecken, verbunden ist, den Blutbann zu nennen, im entgegen gesetzten Falle aber mit dem Namen des Halsgerichts oder der hohen Gerichtsbarkeit schlechtweg zu bezeichnen s).

§. 196.

In Ansehung des Gegenstandes wird die Gerichtsbarkeit ferner in die geistliche und weltliche eingetheilet, je nachdem sie nehmlich entweder mit kirchlichen oder mit bürgerlichen Rechtssachen sich beschäftiget t). Wenn man demnach die Gränzlinie zwischen der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit ziehen will, so kommt hierunter natürlich alles auf eine genaue Bestimmung des Begrifs an, der mit kirchlichen Rechtssachen zu verbinden ist. Eine ausführliche Untersuchung dieses wichtigen, zum Kirchenrechte gehörigen Gegenstandes haben Baudis v) und Schnaubert x) geliefert. Ich bemerke hier nur, wie unter kirchlichen Rechtssachen überhaupt solche Sachen zu verstehen sind, welche die Rechte und Verbindlichkeiten sowohl der Kirche selbst, als auch der geistlichen Personen betreffen. Es können aber dergleichen Sachen entweder aus den eigentlichen kirchlichen Verhältnissen, oder aus son-

r) *Grupen l. l. Obs. XXVII. p. 427. sqq.* Gerstlacher von den mancherley Arten der peinlichen Gerichtsbarkeit, (vor der Samml. einiger Würtemberg. Gesetze, Th. II. (Stuttgardt 1760.)

s) *a Pufendorf l. l. Part. II. Sect. II. cap. II. §. 11. p. 187. sq.* Häberlin Repertorium des deutschen Staats- und Lehnrechts, Th. I. u. d. W. Blutbann, S. 384. ff.

t) Ueber den Begrif der geistlichen Gerichtsbarkeit im ausgedehnten Sinne der römisch-catholischen Hierarchie sehe man Eybel Einleit. in das cathol. Kirchenrecht, Th. IIII. Band III §. 471. S. 20. und *a Riegger Institut. iurisprud. eccles. Part. II. §. 254. 255.*

v) *Baudis Diss. de indole causarum ecclesiasticarum et de fundamentis earumdem,* (Lipsiae 1735.)

x) Schnaubert kurze Entwickelung des Begrifs von geistlichen Sachen überhaupt (in dessen Beyträgen zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, Th. I. Num. II. S. 22. ff.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0050
DFG

sonstigen weltlichen Verhältnissen der Kirche selbst und der geistlichen Personen herrühren. Im erstern Falle sind sie ihrer Natur nach kirchliche Rechtssachen; im letztern Falle hingegen sind sie zwar an und für sich weltliche Rechtssachen, allein sie werden doch den kirchlichen Rechtssachen gleich geachtet, wie fern sie durch besondere landesherrliche Privilegien von der weltlichen Gerichtsbarkeit eximirt sind y). Kirchliche Rechtssachen, welche einzig und allein aus den Kirchengesetzen entschieden werden müssen, gehören ohne Unterschied, ob die Interessenten geistliche oder weltliche Personen sind, vor das geistliche Forum z); sind aber solche Sachen aus den Staatsgesetzen zu entscheiden, so gehören sie vor die weltliche Gerichtsbarkeit a).

Die geistliche Gerichtsbarkeit hängt in den römisch-catholischen Gebieten von dem Pabste und den Bischöfen ab b), wenn man gleich übrigens in den neuern Zeiten diesen Grundsatz in Deutschland sehr eingeschränkt hat c); von den evangelischen Landen aber lässet sich dies gar nicht behaupten, weil durch den Westphälischen Frieden die päbstliche und bischöfliche Gewalt in Ansehung der Protestanten aufgehoben worden ist d). In den protestantischen Gebieten hat die geistliche Gerichtsbarkeit eben so wohl als die weltliche ihren Grund in der höchsten Gewalt des Staats, welche als die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit anzusehen ist e). Zur Ausübung der geistlichen Gerichtsbarkeit sind be-

y) *Schrader Tr. de cauſſis fori eccleſiaſtici ex iure communi ciuili et canonico, nec non conſtitutionibus ac obſeruantia eccleſiarum, in primis vero euangelicarum, deductus*, (Guelpherb. 1710.)

z) *Cap. 2. X. de Iudic. Cap. 8. X. de Arbitr. Cap. 3. X. de Ord. cognit.*

a) *Boehmer Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. tit. VI. §. 240. p. 173. ſq. ed. nouiſſ.*

b) *a Riegger l. l. §. 503.*

c) *Boehmer l. l. §. 239. p. 172. ſq. Schmidt Inſtitutt. iuris eccleſ. Tom. I. Cap. II. Sect. I. Art. III. §. 242.*

d) Die Geschichte der geistlichen Gerichtsbarkeit haben *Stryk Diſſ. de origine et vſu iuriſdictionis eccleſiaſticae*, (Halae 1710.) und *Hebenſtreit Diſſertt. III. de hiſtoria iuriſdictionis eccleſiaſticae ex legibus vtriuſque codicis inluſtrata*, (Lipſiae 1773. 1777. 1778.) eben so ausführlich als gründlich bearbeitet.

e) *Hedderich Elemm. iur. canon. Part I. §. 11. p. 15.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0051
DFG

bekanntlich in den einzelnen evangelischen Landen eigene landesherrliche Gerichtshöfe bestellt, die mit dem Namen der **Consistorien** bezeichnet werden f).

§. 197.

Die administratorische Gerichtsbarkeit wird jemandem von der höchsten Gewalt im Staate entweder **überhaupt** verliehen, so daß sie der Regel nach theils über alle Personen und Sachen in einem gewissen Districte, theils aber auch nur über eine gewisse Classe von Personen und über eine gewisse Gattung von Sachen ordentlicher Weise ausgeübet werden soll, oder sie wird jemandem nur **insbesondere** dergestalt ertheilet, daß sie theils über eine einzelne Person und Sache, theils auch wohl über mehrere bestimmte Personen und Sachen ausser der Ordnung exercirt werden soll. Im erstern Falle wird sie die **ordentliche** (*ordinaria*), im letztern Falle hingegen die **ausserordentliche** (*extraordinaria* iurisdictio) Gerichtsbarkeit genannt. Diejenigen Personen, welche eine ausserordentliche Gerichtsbarkeit haben, heißen **Commissarien** oder **commissarische Richter** g), und der Auftrag, vermöge dessen ihnen diese Art der Gerichtsbarkeit zuständig ist, wird mit dem Namen einer **Commission** bezeichnet h). Die Commissarien sind entweder **zeitige** (*temporarii*) oder **beständige** (*perpetui*), je nachdem ihre Gerichtsbarkeit entweder auf einem speciellen Auftrage der höchsten Gewalt beruhet, oder ohne einen solchen speciellen Auftrag durch ein allgemeines Gesetz ein für allemal begründet wird; auch können sie entweder **zur ganzen Sache**, das ist, zu allen zu der Justizsache, welche ihnen aufgetragen worden, gehörigen Geschäften, oder **zu diesem und jenem dabey vorkommenden einzelnen Geschäfte** bestellet seyn i).

§. 198.

f) *Boehmer Iur. eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. XXVIII. §. 18. sqq. p. 611. sqq. ed. nouiss.*

g) In den römischen Gesetzen kommen sie unter dem Namen: delegati principis, imgleichen: sacri cognitores vor. *L. vn. C. Qui pro sua iurisdict. iudices dare dariue poss. L. 5. C. de Fruct. et lit. expens. L. 32. §. 4. C. de Adpellat. L. 3. C. Vbi senator. vel clariss. ciuilit. vel crim. conuen.* Das canonische Recht nennt sie iudices delegatos. *Vid. tit. Decretal. de Offic. et potest. iud. deleg.*

h) *Rulant Tr. de commissariis et commissionibus camerae imperialis*, (Francof. 1724) *Musaeus Diss. de iure commissionum, quae in concursu illustrium solent constitui*, (Goetting. 1774.) *Engelhardt Diss. de commissionibus*, (Bamberg. 1774)

i) Nettelbladt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, Th. I. Tit. II. §. 70. S. 40.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0052
DFG

§. 198.

Gleichwie die höchste Gewalt im Staate die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit ist, so hängt es auch lediglich von ihr ab, zur Untersuchung und Entscheidung einzelner Rechtssachen Commissionen anzuordnen. Es fehlet zwar nicht an Rechtsgelehrten, welche dennoch den höchsten Reichsgerichten sowohl, als hohen Landesjustizcollegien das Recht, Commissionen anzuordnen, ohne Unterschied zugestanden wissen wollen; allein ohnstreitig lässet sich ihre Meinung nur in so fern mit Grunde vertheidigen, als etwa lediglich von solchen Commissionen, die einzelne processualische Handlungen betreffen, die Rede seyn sollte k). Da übrigens nach der deutschen Staatsverfassung unmittelbare Personen dem Kayser, mittelbare Personen hingegen ihrem Landesherrn unterworfen sind, so giebt es theils **kayserliche**, theils **landesherrliche** Commissionen. Kayserliche Commissionen können nur sodann erkannt werden, wenn die Sache vor die höchsten Reichsgerichte gehört, und daselbst processu ordinario ventilirt werden kann l). Landesherrliche Commissionen werden entweder **aus eigener Bewegung** (*proprio motu*), oder **auf geschehenes Ansuchen der Partheyen** (*ad instantiam partium*) angeordnet. Aus eigener Bewegung dürfen, wie **Hellfeld** ganz richtig bemerket, Commissionen der Regel nach nicht angeordnet werden, weil sie den Lauf der Rechtspflege hemmen, die Kosten erschweren, und die den Partheyen zuständigen Vortheile der ersten Instanz zernichten. Beständig setzt daher die Anordnung einer Justizcommission aus eigener Bewegung eine rechtmäßige Ursache zum voraus, und sie ist nur alsdann für zulässig zu achten, wenn entweder das öffentliche Staatsinteresse dieselbe erheischet, oder die Sache überhaupt so geeigenschaftet ist, daß sie nicht füglich von dem ordentlichen Richter erörtert und ent-

k) **Claproth** Einleit. in den ordentl bürgerl. Proceß, Th. I. §. 56. S. 209. ff. Daß auch den Consistorien und sonstigen geistlichen Gerichten die Befugniß, Commissionen anzuordnen, in der Regel nicht zuständig sey, bemerket *Boehmer Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. tit. VII. §. 246. p. 179. ed. nouiss.*

l) Die gewöhnlichsten kayserlichen Commissionen sind 1) die Executionscommissionen; 2) die Commissionen zum Versuche eines gütlichen Auskommens (commissiones ad tentandam amicabilem compositionem); 3) die Debit- und Administrationscommissionen; 4) die sogenannten Untersuchungscommissionen (commissiones ad totam causam) wie auch die Inquisitionscommissionen; 5) die Austrägalcommissionen (commissiones ad austraegas); dann 6) einige andere minder gewöhnliche Gattungen von Commissionen. *cf.* **Hanzely** Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis, Band II. Abth. V. Hauptst. XXII. §. 1327. ff. S. 664. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0053
DFG

entschieden werden kann m). Häufiger als aus eigener Bewegung werden daher auch Commissionen auf Ansuchen der streitenden Theile erkannt. Wenn beyde Partheyen um eine Commission nachsuchen, so ist die Anordnung derselben unbedenklich; soll sie hingegen auf das bloß einseitige Verlangen der einen Parthey wider den Willen der andern erkannt werden, so muß ebenfalls eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden seyn, weil in der Regel niemand wider seine Neigung mit Vernachlässigung des gehörigen Gerichtsstandes vor ein ausserordentliches Forum gezogen werden kann n). Würde auch etwa in der Sache, welche dem commissarischen Richter zur Untersuchung und Entscheidung aufgetragen werden soll, bereits eine Rechtshängigkeit vorhanden seyn, oder der ordentliche Richter die Gerichtsbarkeit als ein eigenthümliches Recht besitzen, so kann selbst mit beyderseitiger Einwilligung der streitenden Theile eine Commission gerechter Weise nicht erkannt werden, wenn nicht die Anordnung derselben mit irgend einem ausserordentlichen und rechtmässigen Grunde sich rechtfertigen lässet o). Ist auf das bloß einseitige Ansuchen der einen Parthey eine Commission wirklich erkannt worden, so stehet es der andern Parthey frey, nicht nur die ganze Commission durch gehörige Einreden abzulehnen, sondern auch die ernannten Commissarien zu recusiren, oder um Concommissarien zu bitten p). Ein verdächtiger commissarischer Richter kann aus den nämlichen Ursachen verworfen werden, die in Beziehung auf die Recusation des ordentlichen Richters statt finden, und die gesetzmäßigen Ursachen des Verdachtes müssen auch bey jenem eben so wie bey diesem angeführet werden q).

Im

m) Außer dem vom Herausgeber not. b. citirten Böhmer sehe man *a Pufendorf Introd. ad proceſſ. Part. I. cap. XIII.* §. 4. und *Meuius Deciſſ. Tom. I. Part. III. Dec. CCXVII. p.* 644. *ſq. ed. nouiſſ.*

n) L. 2. C. *de Iuriſdict. omn. iudic.* L. *vlt.* C. *Vbi in rem actio. Cap.* 4. und 8. *X. de For. compet. cf.* Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 25. S. 66.

o) *Carpzouius Reſponſſ. iur. Lib. II. Reſp.* LI. *num.* 16. *ſqq.*

p) *Cap.* 17. und *Cap.* 39. *X. de Offic. et poteſt. iud. deleg.* Hofmann deutsche Reichspraxis, Th. II. §. 1199.

q) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III.* §. 4200. *p.* 628. *ſq.* Daß inzwischen der anzuführende Grund der Verbittung keinesweges an den Grund der Recusation eines ordentlichen Richters zu reichen brauche, vielmehr nur nicht ganz unerheblich seyn müsse, behauptet Claproth a. a. O. §. 59. S. 222. f. um deswillen, weil es leichter sey, einen andern Commissarius, als einen andern Richter zu ernennen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0054
DFG

Im Fall zur Sache mehrere Commissarien unter der Clausel: si non omnes, ernannt sind, so daß nach der Absicht des Committenten einer auch ohne den andern gültig verfahren darf, und einer von ihnen wird recusirt, so ist der andere die Commission allein auszuführen wohl befugt r), auch kann er die angeführte Ursache des Verdachtes untersuchen und darüber erkennen s). Was den Kostenpunct anbetrifft, so kommt es hierunter vorzüglich darauf an, ob die Commission aus eigener Bewegung des Committenten angeordnet war, oder nicht. Wenn jenes ist, so müssen die streitenden Theile die Kosten gemeinschaftlich tragen; ist hingegen dieses, so war die Commission entweder auf das Ansuchen beyder Partheyen erkannt, oder nur auf das einseitige Verlangen der einen Parthey. Im erstern Falle sind die streitenden Theile die Bezahlung der Kosten ebenfalls gemeinschaftlich zu übernehmen verbunden; hingegen im letztern Falle trägt sie vorerst der Impetrant, wenn er gleich nachher am Ende der Sache die Wiedererstattung derselben vom sachfälligen Impetraten zu erwarten hat t).

§. 199.

Da dem commissarischen Richter die Gerichtsbarkeit nicht ordentlicher Weise, sondern vielmehr lediglich außer der Ordnung in einer einzelnen Sache oder mehreren bestimmten Sachen vermöge eines ertheilten Auftrags zuständig ist, so versteht es sich von selbst, daß er durch das **Auftragsschreiben** (*commissorium*), welches nicht nur den ihm geschehenen Auftrag beglaubiget, sondern auch den Umfang und die Gränzen seiner Gewalt bestimmet, sich gehörig legitimiren müsse. Er muß daher diese Urkunde den streitenden Theilen gleich bey der Citation in Abschrift mittheilen, demnächst aber in dem anberaumten Termine dieselbe im Original produciren, und mit Ablesung derselben die Commission eröffnen v). Ist das Auftragsschreiben undeutlich und unbestimmt abge-

r) *Cap.* 13. X. *de Rescript.*

s) *Cap.* 4. *de Offic. et potest. iud. deleg. in* 6to.

t) *Boehmer Ius eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. XXVIIII. §.* 17. *p.* 662. *sq. ed. nouiss.*

v) *Cap.* 31. X. *de Offic. et potest. iud. deleg. de Cramer Obseruu. iur. vn. Tom. II. Obs. DCCXVI. p.* 322. *sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198851/phys_0055 DFG

gefaßt, so finden zwar die gemeinen Regeln der Auslegungskunst bey ihm statt, allein beständig muß es in zweifelhaften Fällen nach den von der Bevollmächtigung überhaupt geltenden Principien eher einschränkend als ausdehnend erkläret werden x). Der Commissarius darf die Gränzen seines commissarischen Auftrags nicht überschreiten y), weil alle und jede ausser denselben unternommenen Handlungen nichtig sind z). Alles dasjenige indessen, was die Natur und Eigenschaft der aufgetragenen Sache mit sich bringt, oder was sonst mit der Commission in einer natürlichen Verbindung stehet, und gleichsam als Mittel zum Zweck betrachtet werden muß, ist der commissarische Richter zu unternehmen allerdings befugt, wenn es gleich in dem Auftragsschreiben nicht ausdrücklich namhaft gemacht seyn sollte a). Im *Cap. 5. X. de Offic. et potest. iud. deleg.* heißt es: Praeterea super hoc, quod nos consulere voluisti, *vtrum liceat iudici delegato non ordinario cogere contumacem, vt veniat, aut damnare, si non venerit?* hoc tibi auctoritate praesentium innotescat, quod, postquam ei caussa, LICET SIMPLICITER, delegatur, satis potest nostra auctoritate partes compellere, et etiam contumaces severitate ecclesiastica coercere; ETIAMSI LITTERAE COMMISSIONIS ID NON CONTINEANT, aut partes mandatum nostrum non habeant, vt adcedant: quia *ex eo, quod caussa sibi committitur*, super *his omnibus*, QVAE AD CAVSSAM IPSAM SPECTARE NOSCVNTVR, plenariam recipit potestatem. Alexander der Dritte bestätiget in diesem Texte des päbstlichen Rechts das eben vorgetragene Princip mit einer Evidenz, die nicht den mindesten Zweifel übrig lässet. Der commissarische Richter ist nicht nur befugt, die Partheyen vorzuladen, sondern er kann auch den Ungehorsam derselben bestrafen; und wenn ihm die ganze Sache zur Untersuchung und Entscheidung aufgetragen worden ist, so stehet es auch in seiner Gewalt, die rechtskräftige Urthel zu vollstrecken. Innocentius der Dritte unterstützt solches im *Cap. 28. pr. X. eod.* mit dem sehr vernünftigen Grunde: Iurisdictio

x) *L. 5. pr. D. Mandat. L. 12. C. eod.*

y) *Cap. 13. X. de Offic. et potest iud. deleg.*

z) *Cap. 22. Cap. 32. Cap. 37.* und *Cap. 40. X. eod. Cap. 22. X. de Rescript. cf. Müller Observat. pract. ad Leyseri medit. ad Pandect. Tom. I. Fasc. II. Obs. CXXIII. p. 27 sqq.*

a) Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß, Th. I. §. 58. S. 218. f. *Rulant Tr. de commissarr. et commiss. cam. imper. Part. I. Lib. III. cap. III.* von Cramer Wetzlarische Nebenstunden, Th. LXXXVIII S. 138. ff. *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III. § 4201. p. 630. sq.*

dictio delegata nullius videretur momenti, si coercitionem aliquam non haberet delegatus. Wozu würde die ausserordentliche Gerichtsbarkeit nützen, wenn nicht dem commissarischen Richter die Befugniß zuständig seyn sollte, die Strafe des Ungehorsams zu verfügen, und das Erkenntniß vermittelst äusserlichen Zwanges zu vollziehen?

Daß es den streitenden Theilen in der Regel frey stehen müsse, wider den Ausspruch des commissarischen Richters das Rechtsmittel der Berufung zu ergreifen, ist keinem Zweifel unterworfen, da der commissarische Richter eben so leicht irren, und eben so leicht aus Unwissenheit, oder gar wider besseres Wissen und Gewissen das Recht beugen kann, als der ordentliche Richter. Es fragt sich aber: **an wen müssen die Partheyen appelliren? müssen sie die Appellation an den unmittelbar nächsten Oberrichter des gravirenden commissarischen Richters, oder mit Ueberhüpfung desselben sofort an den Committenten richten?** Hellfeld sagt: A commissario grauatus ad COMMITTENTEM potest prouocare; aus der Bemerkung aber, welche Oeltze b) hinzu füget, ergiebt sich, daß dieser Grundsatz nicht ganz ausser Streit liegt c). Nach Vorschrift des canonischen Rechts muß die Appellation beym Committenten interponirt werden, indem sie in mehreren Stellen desselben ausdrücklich an den apostolischen Stuhl gewiesen wird d); heutiges Tages pflegt sie indessen von den Aussprüchen kayserlicher Commissarien an die höchsten Reichsgerichte, von den Erkenntnissen landesherrlicher Commissarien hingegen an die höchsten Landesgerichte zu geschehen e).

§. 200.

Die commissarische Untersuchung und Entscheidung einer Rechtssache kann von der höchsten Gewalt nicht nur einer Person, sondern auch mehreren Personen zugleich aufgetragen werden. Wenn mehrere Commissarien ernannt

b) *Oeltze not. i.*

c) *cf. Hofacker l. l.* §. 4203. *p.* 633. *Boehmer Principp. iur. canon. Lib. II. Sect. III. tit. VII.* §. 251. *p.* 182. *ed. nouiss.* Claproth a. a. O. §. 63. S. 231.

d) *Cap.* 11. *de Offic. et potest. iud. deleg. in* 6to. *Cap.* 18. und *Cap.* 27. §. 2. *X. eod.*

e) Mehlen über die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntnisse, (Berlin und Stralsund 1791.) §. 49. S. 79.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0057
DFG

worden sind, so hat man bey der Frage: **ob einer ohne den andern in der Sache rechtsgültig verfahren könne?** zuvörderst darauf zu sehen, ob ihnen der Auftrag auf eine bestimmte, oder auf eine unbestimmte Art geschehen ist. Im letztern Falle, wo mehrere Commissarien zur gemeinschaftlichen Betreibung einer Sache schlechtweg und ohne allen weitern Zusatz angeordnet sind, müssen die Concommissarien alles gemeinschaftlich ausführen, und einer kann ohne den andern nichts rechtsgültig vornehmen f), ja es höret alsdann sogar durch den Tod des einen auch die Gewalt der übrigen auf g). Soll daher die Commission, wenn einer von den Commissarien behindert wird, dennoch zur Ausführung kommen, so kann solches vernünftiger Weise nur durch eine Subdelegation bewerkstelliget werden h). Im erstern Falle hingegen, wo mehrere Commissarien zur gemeinschaftlichen Betreibung einer Sache auf eine bestimmte Art ernannt sind, ist solches entweder unter der alternativen Clausel: **sammt oder sonders** (*vt omnes, aut duo, aut vnus eorum, mandatum exsequantur* i)), oder unter der bedingten Clausel: **sammt und sonders** (*si non omnes interesse velint aut possint, reliqui in negotio procedant* k)) geschehen l. Sind in dem Auftragsschreiben die Concommissarien unter der alternativen Clausel angeordnet, so kann der eine so gut, als der andere der Ausführung sich allein unterziehen, und wenn einer der Ausführung sich allein zu unterziehen wirklich angefangen hat, so geht er den übrigen so lange vor, als er die Sache betreiben will und kann. In dem angezogenen *Cap.* 8. *de Offic. et potest. iud. deleg. in 6to.* sagt **Bonifacius** der **Achte** ganz deutlich: Quum plures sub illa forma: vt omnes, aut duo, vel vnus eorum mandatum apostolicum exsequantur, aut alia

f) *Cap.* 16. und *Cap.* 22. *X. de Offic. et potest. iud. deleg.* *L.* 37. und *L.* 39. *D. de Re iud.*

g) *Cap.* 42. *X. de Offic. et potest. iud. deleg.*

h) *Cap.* 6. *X. eod.* In solchem Falle kann zwar der andere allein, nicht anders aber, als im eigenen und des behinderten Concommissarius Namen verfahren. Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß, Th. I. § 57. S. 215. Die Lehre von der Subdelegation trägt der Verfasser unten §. 208. vor.

i) *Cap.* 8. *de Offic. et potest. iud. deleg. in 6to.*

k) *Cap.* 21. *Cap.* 23. und *Cap.* 30. *X. eod.*

l) Da diese Clauseln: sammt und sonders und sammt oder sonders nicht ganz deutlich, und dem Wortverstande nach im Grunde gleichbedeutend sind, so ist es räthlich, daß der Committent im Auftragsschreiben sich ihrer nicht bediene, sondern bestimmtere Ausdrücke wähle. Claproth a. a. O. S. 216.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0058
DFG

alia consimili, iudices vel exsequutores a sede apostolica deputari contingit: ipsorum quilibet iniunctum potest libere adimplere mandatum. Porro, vno eorum negotium inchoante commissum, alii nequibunt se vlterius intromittere de eodem: nisi vel infirmitate, vel alia iusta causa illum contingeret inpediri, aut si nollet, vel malitiose in eo procedere recusaret. Iurisdictione vero perpetuata, mandatore viuente, per vnum, eo casu, quo potest, ex iudicibus delegatis perpetuata intelligitur quoad omnes. Ein anders ist inzwischen sodann zu behaupten, wenn in dem Auftragsschreiben ausdrücklich versehen ist, daß keine Prävention statt finden solle, welches der Pabst im *Cap. 6 de Procurator. in 6to.* durch die Clausel: Quod non fieret melior conditio occupantis, andeutet. Wenn nun aber im Gegentheil mehrere Commissarien unter der bedingten Clausel ernannt sind, so können zwar, wenn sich der Fall ereignet, daß einer die Sache nicht betreiben will oder kann, die übrigen die Commission allein ausführen, allein immer muß ihnen zuvor die Entschuldigung oder Verhinderung gehörig notificirt werden, weil sie widrigenfalls auch nicht das mindeste rechtsgültig unternehmen können. Cölestin der Dritte verordnet dies in dem angeführten *Cap. 21. pr. X. de Offic. et potest. iud. deleg.* sehr deutlich mit folgenden Worten: In hoc casu (wo nehmlich einer die Sache nicht betreiben will oder kann) taliter respondemus, quod, quum aliquis delegatorum iudicum per certum nuncium, vel excusatorem litteratorie destinatum, non ostenderit, se interesse non posse, vel alias de eodem canonice constare non poterit, residui procedere ad causae cognitionem non debent. Quodsi processerint, nihil reputabuntur egisse. Die Schlußworte dieser päbstlichen Verordnung: NIHIL REPVTABVNTVR EGISSE, geben insonderheit hinlänglich zu erkennen, daß das ganze Verfahren, welches von dem einen ohne Zuziehung des andern, der nicht zuvor seine Entschuldigung oder Verhinderung angezeigt hatte, unternommen worden ist, durchaus nichtig seyn soll m).

§. 205.

Die Gerichtsbarkeit wird in Beziehung auf ihre Gränzen in die allgemeine und besondere eigetheilet, je nachdem sie entweder im Zweifel auf alle Personen und Sachen innerhalb einem gewissen Districte sich erstreckt, oder lediglich auf eine von der allgemeinen Jurisdiction ausgenommene gewisse Classe von

m) *cf. Boehmer Iur. eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. XXVIIII. §. 29. sqq. p. 670. sqq. ed. nouiss.*

von Personen und Gattung von Sachen sich einschränkt n). Eine allgemeine Gerichtsbarkeit haben z. B. die fürstlichen Justizbeamten in den ihnen angewiesenen Amtsdistricten, die Städte in ihren Stadtgebieten, imgleichen nicht selten die hohen Justizcollegien in ganzen Provinzen. Was die besondere Gerichtsbarkeit anbetrifft, so fasset diese sehr viele Gattungen in sich, wovon Hellfeld beyspielsweise einige anführet, die von Pufendorf o) eben so gründlich als weitläuftig erörtert hat. Außer den von Hellfeld angeführten Lehnsgerichten, Forstgerichten, Berg- und Thalgerichten und Zinsgerichten verdienen hier noch die Handlungsgerichte, Zunftgerichte, Vormundschaftsgerichte, Universitätsgerichte, Kriegsgerichte, Fabrikgerichte und Gastgerichte als Gattungen der besondern Jurisdiction genannt zu werden. Insonderheit gehören auch dahin die Zaun- und Pfahlgerichte, imgleichen die Straßengerichte. Ganz richtig führet zwar auch Hellfeld am Ende des Paragraphen die Zaun- und Pfahlgerichte als Gattungen der besondern Gerichtsbarkeit an; er irret aber sehr, wenn er beyde für einerley hält, denn beyde sind von einander ganz verschieden. Die Zaungerichtsbarkeit (*iurisdictio circumsepta*), welche nicht selten auch unter dem Namen der Binnengerichte, imgleichen der Gerichte binnen Zauns vorkommt, ist diejenige besondere Jurisdiction, die sich lediglich auf gewisse Höfe, Häuser und Wohnungen einschränkt, und über deren Bezirk und Zaun nicht hinaus gehet p). Der Regel nach umfasset die Zaungerichtsbarkeit die völlige niedere Jurisdiction in dem ihr angewiesenen Districte q), daher sie denn allerdings auch in Ansehung fremder Personen, wie fern diese in dem Bezirke derselben delinquiren oder contrahiren, einen Gerichtsstand begründen kann. Un-

n) Von einigen Rechtsgelehrten wird die besondere Gerichtsbarkeit iurisdictio *exempta*, die allgemeine Gerichtsbarkeit hingegen iurisdictio *ordinaria* genannt, weil diese die Regel ausmacht und jene nur als eine Ausnahme von der Regel anzusehen ist. *cf. Biener Diss de iurisdictione ordinaria et exempta*, (Lipsiae 1777.) Diese verschiedenen Benennungen muß man sich merken, um nicht confus zu werden, wenn sie vorkommen.

o) *a Pufendorf Lib. de iurisdict. germ. Part. II. Sect. V. p. 596. sqq. ed. nouiss.*

p) *Stryk Disp. de iurisdictione circumsepta*, (Halae 1670.) Der Bezirk, welcher die Zaungerichtsbarkeit über sich erkennt, wird binnenrichtig genannt.

q) Daß die Zaungerichtsbarkeit im Zweifel auch auf die Criminaljurisdiction auszudehnen sey, wie *Stryk l. l. cap. III. num. 5. sqq.* behauptet, ist ungegründet, wenn gleich übrigens so viel seine Richtigkeit hat, daß sie die peinliche Gerichtsbarkeit sodann begreifen könne, wenn sie mit dieser Ausdehnung rechtmäßig erworben worden ist. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 201. S. 157. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0060
DFG

Unter der **Pfahlgerichtsbarkeit** (*iurisdictio palaris*) hingegen verstehet man diejenige Gerichtsbarkeit, welche sich auf einen Hof und die dazu gehörigen Gutsleute nebst deren Kindern und Gesinde einschränkt, auf Fremde aber nicht erstreckt, wie fern diese nicht etwa als Miethsleute auf dem Hofe sich befinden sollten r). Sonach ist die Pfahlgerichtsbarkeit mehr nur eine iurisdictio *personarum* als *loci*, und sie differirt also merklich von der Zaungerichtsbarkeit, welche nicht gerade auf die Person der Gutsleute eingeschränkt, sondern vielmehr eine iurisdictio *ratione loci exemta* ist. Die **Straßengerichtsbarkeit** muß in so fern für eine Gattung der besondern Jurisdiction gehalten werden, als solche über die eigentlichen Heerstraßen ausgeübet wird s). Ehedem wurden die öffentlichen Heerstraßen den Hoheitsrechten der Kayser beygezählt, daher Königsstraßen genannt, und eben deswegen stand auch die Gerichtsbarkeit über sie nur allein dem Kayser zu, der sie nicht selten, so wie das Regale der Landstraßen überhaupt, einzelnen Ständen, unter dem Namen der Straßengerichte besonders verlieh, und noch bis auf den heutigen Tag mehrere damit besonders belehnt t). Gleichwie aber nun, nach begründeter Landeshoheit, jenes ehemalige kayserliche Hoheitsrecht, als in dieser begriffen, durch sich selbst, auch ohne besondere Verleihung, im Ganzen auf die deutschen Territorialherren übergegangen ist, so ist das dann auch insbesondere mit der darunter begriffenen Straßengerichtsbarkeit der Fall gewesen. Befindet sich daher noch jetzt ein Privatmann in dem Besitze der Gerichtsbarkeit über einen gewissen District, es sey aus welchem Titel es immer wolle, so kann er doch in der Regel diese seine Gerechtsame auf die in seinem Gerichtsbezirke befindlichen Heerstraßen keinesweges ausdehnen, selbst dann nicht, wenn gleich die Formel, unter welcher ihm die Gerichtsbarkeit verliehen worden ist, sehr allgemein gefasset seyn sollte v). So weit indessen die Landstraße durch das Dorf gehet, wird sie in Beziehung auf die

r) a *Pufendorf l. l. Part. III. Sect. I. cap. III. p. 685. sqq.*

s) Privat- und Gemeindewege sowohl, als Landstraßen im engeren Sinne sind ohne allen Zweifel der ordentlichen Gerichtsbarkeit in einer jeden Gegend, es mag nun diese eine landesherrliche, oder eine Patrimonialgerichtsbarkeit seyn, unterworfen.

t) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band I. §. 129. S. 454.

v) a *Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. VII. Spec. DI. coroll. 1. p. 657.* Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, § 66. Anmerk. 3. S. 139. *Biener de natura et indole dominii in territor. germ p. 107. sqq Miller Diss. de eo, quod iustum est circa vias publicas*, (Giessae 1776.) §. 25.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0061
DFG

die Gerichtsbarkeit als ein Theil des Dorfes betrachtet x). Auch leidet es keinen Zweifel, daß von jener Regel sodann eine Ausnahme statt finden müsse, wenn entweder vermöge besonderer Privilegien, eigener Landesverträge und individueller Landesverfassungen die Straßengerichte unter der Gerichtsbarkeit überhaupt begriffen sind, oder die Straßengerichte theils ausdrücklich und namentlich, theils dadurch stillschweigend besonders verliehen worden sind, daß jemand unter so allgemeinen, umfassenden Ausdrücken mit der Gerichtsbarkeit überhaupt begabt worden, daß man, wenn man nicht den Worten der Verleihung Gewalt anthun will, auch die Straßengerichte darunter begriffen achten muß y).

§. 202.

Bevor die Verhandelung eines Rechtsstreites von einem Richter angefangen werden kann, ist vor allen Dingen, wenn anders nicht alles durch sich selbst als nichtig zerfallen soll z), genau zu untersuchen, ob 1) der Richter die Gattung, oder den Zweig der Gerichtsbarkeit habe, in welche der zu entscheidende Rechtshandel einschläget, und 2) der Gerichtszwang des Richters in der Sache, von welcher die Frage ist, sich über die Personen der streitenden Theile, oder doch den Gegenstand des Rechtsstreites erstrecke. Derjenige Richter nun, welchem in einem einzelnen gegebenen Falle, unter den bestimmten streitenden Theilen, in der Instanz, wovon die Rede ist, die Ausübung der Gerichtsbarkeit zustehet, wird der **gehörige** oder **competente Richter**, und seine Jurisdiction selbst die **gehörige** oder **competente Gerichtsbarkeit** genannt. Fehlet es dem Richter an einer der eben beschriebenen Eigenschaften, so ist die Gerichtsbarkeit desselben **nicht gehörig** oder **incompetent**, wie fern sie nicht etwa durch eine Prorogation sich begründen lässet a).

Die

x) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 129. S. 102.

y) Danz a. a. O. S. 455.

z) L. 1. §. 2. D. *Quod quisq. iur. in alter. statuer. vt ipse eod. iur. vtat.* L. 53. §. 3. D. *de Re iud. tot. tit. C. Si a non compet. iud. iudicat. esse dicat.* Cap. 4. X. *de Iud.*

a) Eine unklugere Distinction als die, welche Hellfeld im gegenwärtigen §. macht, indem er die Jurisdiction in competentem und prorogatam eintheilet, lässet sich kaum denken. In die competente und incompetente kann man die Gerichtsbarkeit eintei-

Die **Prorogation** oder **Erstreckung** der Gerichtsbarkeit bestehet in der Ausdehnung derselben über ihre Gränzen, vermöge welcher der Richter, der zuvor nicht zuständig war, in einem gewissen Falle zuständig wird; die Gerichtsbarkeit selbst aber, welche auf solche Weise über Personen, die sonst eigentlich nicht darunter stehen, ausgeübt wird, heißt die **prorogirte** oder **erstreckte** Gerichtsbarkeit b).

§. 203.

Die Prorogation der Gerichtsbarkeit wird entweder durch eine conventionelle Uebereinkunft der streitenden Theile begründet, oder sie ereignet sich wider den Willen der Parthey, welche die Jurisdiction eines eigentlich incompetenten Richters über sich anerkennen soll. Im erstern Falle wird sie die **freywillige**, im letztern Falle hingegen die **nothwendige** Prorogation genannt c). Was die

theilen, nur nicht in die competente und prorogirte, weil dem Richter, dessen Gerichtsbarkeit prorogirt ist, in Ansehung einer gewissen Streitsache die Jurisdiction zustehet, folglich die prorogirte Gerichtsbarkeit auch competent ist.

b) *Bach Ex. de prorogatione iurisdictionis, (in Eiusdem opuscc. ad histor. et iurisprud. spectante. num. XI. p. 406. sqq.) Kemmerich Diss. de prorogatione iurisdictionis*, (Viteb. 1727.) *de Cramer Diss. de iurisdictione prorogata, (in Eiusdem opuscc. Tom. II. num. XXVIIII.) Stockmann Disp. de iurisdictione prorogata*, (Lipsiae 1777.) Die römischen Rechtsgelehrten bedienten sich des Wortes prorogatio in diesem Sinne nicht. Gemeiniglich will man zwar das Gegentheil aus der *L. 2. §. 2 D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel. conuen. deb.* beweisen, worin Ulpian sagt: Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant, nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita: possunt tempora, intra quae inssus est litem dirimere, prorogari; allein mit dieser Stelle lässet sich die Benennung eben so wenig rechtfertigen, als mit irgend einer andern, da hier, eben wie in andern Stellen, das Wort prorogare evident lediglich von der Dauer der Zeit, und nicht von der Ausdehnung der Gerichtsbarkeit über die ihr angewiesenen Gränzen gebraucht wird. *cf. Bach l. l. §. 2. p. 409. sq.* In dem päbstlichen Rechte aber wird häufig die Extension der Gerichtsbarkeit über ihre Gränzen mit dem Worte prorogatio bezeichnet, *Cap. 32.* und *Cap. 40. X. de Offic. et potest. iud. deleg.* und nach dem gemeinen Sprachgebrauche ist dasselbe in diesem Sinne als ein technischer Ausdruck anzusehen. *cf. Huber Praelectt. iur. rom. et hod. Part. II. tit. de Iurisdict. §. 9. p. 577. ed. nouiss.*

c) Daß diese Eintheilung irrig, und nur die freywillige Prorogation ächt sey, behaupten *Bach l. l. §. 3. p. 410. sqq. Noodt de iurisdict. et imper. Lib. II. cap XII.* (in

die freywillige Prorogation anbetrifft, so ruhet diese entweder auf einem ausdrücklichen Vertrage der streitenden Theile, oder sie gründet sich auf die stillschweigende Einwilligung des Beklagten. Im ersten Falle ist eine ausdrückliche, im zweyten Falle aber eine stillschweigende Prorogation vorhanden.

Zur ausdrücklichen Prorogation der Gerichtsbarkeit ist keinesweges der bloße Vertrag der Partheyen hinreichend, sondern es muß vielmehr außerdem noch die wirkliche Angehung des incompetenten Richters hinzu kommen d). Der römische Rechtsgelehrte Africanus lehret dies in der *L.* 18. *D. Iurisdict.* ausdrücklich, wenn er sagt: Si conuenerit, vt alius praetor, quam cuius iurisdictio esset, ius diceret, et, priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit: procul dubio *nemo compelletur, eiusmodi conuentioni stare.* Sind die Partheyen dahin mit einander überein gekommen, daß ein incompetenter Richter ihren Rechtsstreit untersuchen und entscheiden soll, sie besinnen sich aber nachher wieder anders, bevor noch der incompetente Richter von ihnen wirklich angegangen worden ist, so können sie nicht angehalten werden, bey dem abgeschlossenen Vertrage zu verbleiben. Offenbar ist demnach vermöge dieser Gesetzstelle die wirkliche Angehung des incompetenten Richters als ein unumgänglich nothwendiges Erforderniß der Prorogation anzusehen.

Zwar

(*in Eiusdem opp. Tom. I. p.* 109. und *Stockmann l. l.* §. 2. in Beziehung auf die *L.* 2. §. 1. *D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel. conuen. deb.* vermöge welcher die lex Iulia iudiciorum in den Worten: QVOMINVS INTER PRIVATOS CONVENIAT, nur von einer solchen Prorogation der Gerichtsbarkeit redete, die durch den Vertrag der streitenden Theile begründet wird. Dem aus dieser Stelle entlehnten Argumente stehet aber die *L.* 22. *D. eod.* worin Paulus sagt: Qui *non cogitur* in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, *cogitur excipere actiones, et ad eumdem iudicem mitti*, um so mehr entgegen, je weniger sich in der That ein befriedigender Grund angeben lässet, weswegen man dieses Gesetz, wie einige wollen, nur von dem römischen priuilegio reuocandi domum erklären, und nicht vielmehr von der nothwendigen Erstreckung der Gerichtsbarkeit verstehen sollte. Wir können uns hier indessen nicht füglich auf die weitere Untersuchung dieses Streites einlassen, und bemerken nur noch, wie die gedachte Eintheilung in der gemeinen Theorie gegründet ist, und selbst in den neueren Lehrbüchern des Civilrechts angetroffen wird. S. *Hofacker Princip. iur. rom. germ. Tom. III.* §. 4212. *p.* 643.

d) *Bach l. l.* §. 5. *p.* 416. *sqq. Huber Praelect. iur. rom. et hod. Part. II. tit. de Iurisdict.* §. 9. *p.* 577. *ed. nouiss. Stockmann l. l.* §. 3. *a Costa Summar. Decretall. de for. compet. p.* 360. *Vulteius Com. ad Cod. tit. de Iurisdict. p.* 84. *Hofacker l. l.* §. 4213. *p.* 645.

Zwar fehlet es nicht an Rechtsgelehrten, welche dennoch behaupten, daß schon der bloße Vertrag der Partheyen zur Prorogation genügen müsse e); allein ihre Meinung ruhet in der That auf sehr schwachen Gründen. Insonderheit sind die Erinnerungen, welche Schulting f) und Noodt g) wider die angezogene *L.* 18. *D. Iurisdici.* machen, äusserst unbedeutend. Schulting behauptet, ohne sich inzwischen deshalb auf eine Demonstration einzulassen, der Ausspruch des Africanus sey nur von dem Falle zu verstehen, wo die Aufhebung des abgeschlossenen Vertrages mit beyderseitiger Einwilligung der Partheyen erfolgte. *Vtraque pars*, sind seine Worte, *si voluntatem mutauerit, magistratus eas non poterit cogere, vt pacto stent*; tali de specie commodissime adcipi potest Africanus. Dagegen lässet sich nun aber Noodt auf einen Beweis dieser Erklärung ein. Einen hinlänglichen Grund zu derselben glaubt er nehmlich in den Worten des Gesetzes: SI CONVENIT (*id est, si* inter duos *conuenit*), ferner: MVTATA VOLVNTAS FVERIT (*id est,* vtriusque voluntas *mutata fuerit* contrario pacto), vorzüglich aber: PROCVL DVBIO NEMO COMPELLETVR, anzutreffen, welche letzteren nicht einen von den streitenden Theilen, sondern vielmehr beyde Partheyen anzeigten, und folglich bloß den Sinn hätten: *Proculdubio* neuter eorum *compelletur*. Allein wollte man diese Erklärung als richtig gelten lassen, so ist es schwer zu begreifen, wodurch Africanus überhaupt bewogen seyn sollte, den gedachten Ausspruch zu thun; denn daß ein Vertrag mit beyderseitiger Einwilligung der Paciscenten wieder aufgehoben werden könne, ist ein unbestrittener Grundsatz, der in Beziehung auf die Prorogation der Gerichtsbarkeit unmöglich irgend einigen Bedenklichkeiten unterworfen seyn konnte. Zudem beweisen die aus dem Zusammenhange des Gesetzes gerissenen Worte dasjenige im mindesten nicht, was gleichwohl Noodt damit zu beweisen suchet. Der Ausdruck: mutata voluntas, wird in den Gesetzen nur von denjenigen gebraucht, welchen etwas gereuet ist h), daher man ihn denn auch hier wohl unmöglich mit Noodt von einer *conuentione*, *qua prius pactum sublatum est*, verstehen

e) *Boehmer Introd. in ius Dig. tit. de Iurisdict. §. 21. p. 72. ed. nouiss. Corasius Miscellaneor. iur. Lib. IIII. cap. V. Kemmerich Diss. de prorogatione iurisdictionis. §. 9.*

f) *Schulting Enarrat. part. prim. Dig. tit. de Iurisdict. §. 14. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p. 119. sq.)*

g) *Noodt l. l.*

h) *cf. Brissonius de verbor. significat. s. v.* mutare.

kann. Aus den Worten: procul dubio nemo compelletur, endlich folgt gar nichts, womit jene Interpretation sich rechtfertigen ließe. Daß NEMO hier so viel als NEVTER bedeute, ist freylich nicht in Abrede zu stellen, und ohne Zweifel würde auch Africanus sogar *neuter* für *nemo* gesetzt haben, wenn er den Anfangsworten: si conuenerit: den Zusatz: inter vtrumque litigantem, oder einen andern ähnlichen, hinzugefüget hätte, den er aber um deswillen hinweg ließ, weil sich derselbe schon von selbst verstand. Sollte aber wohl hiedurch Noodts Interpretation einiges Gewicht erhalten? Keinesweges. Der römische Jurist will durch die eben gedachten Worte zu erkennen geben, daß es vor der wirklichen Angehung des incompetenten Richters beyden Theilen, dem Kläger sowohl als dem Beklagten, frey stehen müsse, von dem abgeschlossenen Vertrage einseitig wieder abzugehen, und daß folglich auch sogar alsdann, wenn den Kläger selbst der Vertrag gereuen sollte, und dieser seine Klage bey dem ordentlichen Richter anhängig machen würde, der Beklagte mit der Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes sich zu schützen, und solchergestalt die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters abzulehnen nicht befugt seyn könne. Voet i) behauptet, der römische Jurist gestatte in den Worten: procul dubio nemo compelletur, eiusmodi conuentioni stare, lediglich dem Kläger die Freyheit, von dem Vertrage wieder abzugehen, so lange derselbe bey dem incompetenten Richter seine Klage noch nicht angebracht hat; allein einestheils geben hierzu die gedachten Worte ihrer Allgemeinheit wegen keine Anleitung, wenn gleich übrigens der Prorogationsvertrag gemeiniglich zum Vortheile des Klägers eingegangen zu werden pflegt, anderntheils bedarf es dieser Interpretation gar nicht, um das Gesetz mit der *L.* 29. *C. de Pact.* zu vereinigen, worin Justinian nicht von der Prorogation der Gerichtsbarkeit, sondern nur von der in einer Urkunde schriftlich geschehenen Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes redet, und letztere wider die Zweifel der älteren römischen Rechtsgelehrten für gültig erkläret k).

Die stillschweigende Prorogation der Gerichtsbarkeit erfordert, daß der Beklagte vor dem incompetenten Richter den Krieg Rechtens befestige, ohne die

i) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. tit. de Iurisdict. §. 27. p. 236. ed. Halens.*

k) *cf. Bach l. l. p. 419. sqq. Strauch Ex. ad quinquag. deciss. Iustin. Inp. Diss I. cap. II — V. Stryk Disquisit. for. de efficacia renunciationis fori hodierna, ad L. 29. C. de Pact.* (Francof. ad Viadr. 1688.)

die Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes vorzuschützen l). Verschiedene Rechtslehrer behaupten zwar, es sey schon hinreichend, wenn der Beklagte, ohne sich der Ausflucht des nicht gehörigen Gerichtsstandes zu bedienen, auf die erlassene Citation vor dem unzuständigen Richter erscheinet m); allein unmöglich lässet sich hierauf eine stillschweigende Prorogation begründen, und zwar ohne Unterschied, ob dem Beklagten bereits die Klage ediret worden ist, oder nicht. Denn erst durch die Litiscontestation erklären die Partheyen ihre wechselseitige Absicht, den Rechtsstreit, so wie er angefangen worden, fortsetzen und beendigen zu wollen, und nur alsdann, wenn sie voraus gegangen ist, wird der Streit im engeren Sinne rechtshängig genannt, und es treten nunmehro alle Wirkungen der eigentlichen Litispendenz ein n); die Edition der Klage aber hat ja bloß zur Absicht, daß die Art des künftigen Rechtsstreites bestimmet, und zugleich der Beklagte in den Stand gesetzt werde, zu überlegen, ob er mit dem Kläger streiten, oder nachgeben wolle o). Aus diesem Grunde sagt der römische Jurist Modestinus in der *L.* 33. *D. de Iudic.* merklich: Non videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eumdem iudicem desiderat actionis. Zur stillschweigenden Entsagung des befreyeten Gerichtsstandes ist die Litiscontestation nicht schlechterdings nothwendig, vielmehr genüget es schon, wenn der Beklagte, ohne sich auf seinen privilegirten Gerichtsstand zu berufen, vor dem gemeinen Richter erschienen ist; allein mit der stillschweigenden Prorogation der Gerichtsbarkeit hat es der angeführten Gründe wegen eine ganz andere Bewandniß.

§. 204.

l) *Menochius de praesumtt. Lib. II. Praes. XVIIII. num.* 5. 6. 11. *Bach l. l.* §. 4. *p.* 414. *sqq. Noodt l. l. cap. XIII. p.* 110. *Hofacker l. l. Voet l. l.* §. 20. *p. m.* 229. *Gailius Obseruu. camerall. Lib. I. Obs. XXXIII. num.* 11.

m) *Ludouici Compend. Pandect. tit. de Iurisdict.* §. 9. *Zanger de exceptionn. Part. II. cap. III.*

n) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 183. S. 308.

o) *L.* 33. *D. de Iudic. L. vn. C. de Lit. contest.* Daß es nach geschehener Vorladung und Edition der Klage zum wenigsten dem Kläger nicht mehr frey stehen müsse, das zuerst angegangene Gericht wieder zu verlassen, und den Beklagten gegen seinen Willen vor einen andern Richter zu ziehen, behauptet *Voet l. l.* §. 22. *p.* 231. Man sehe dagegen *Sande Decis. Frisic. Lib. I. tit. VII. Definit.* 1. *p.* 13. *sq. van Leeuwen Censur. for. Part. II. Lib. I. cap. XXVI. num.* 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0067
DFG

§. 204.

Die **nothwendige** Prorogation der Gerichtsbarkeit geschieht durch die Anstellung einer **Wiederklage** oder **Gegenklage**, worunter man eine von dem Beklagten als solchem wider den Kläger als solchen vor dem nämlichen Richter angebrachte Klage verstehet p). Nach dem ältern römischen Rechte konnte zwar die Wiederklage nur bey dem zuständigen Richter des Klägers angebracht werden q); der Kayser Zeno aber erlaubte zuerst, die Gegenklage vor dem nämlichen Richter, vor welchem die Vorklage hänget, anzubringen, er mag nun in Ansehung des Klägers zuständig seyn, oder nicht r). Diesem ist

p) *Teller Diss. de reconuentione veteri et hodierna*, (Lipsiae 1759.) *Cleemann Disp. de mutuis petitionibus*, (ibid. 1770.) *Robert Disquisit. de non vsu practico distinctionis inter mutuam petitionem atque reconuentionem in camera imperiali*, (Wetzlar. 1782.) Außer der Wiederklage finden sich in den Gesetzen noch andere Fälle einer nothwendigen Prorogation der Gerichtsbarkeit, welche Hellfeld mit Stillschweigen übergehet. So begründet die Anlegung eines rechtmäßigen Arrestes in Beziehung auf die Forderung, in Ansehung welcher derselbe angelegt worden, die Gerichtsbarkeit desjenigen Richters, der ihn verhängt, dergestalt, daß derjenige, wider welchen derselbe erkannt worden ist, er mag nun gegenwärtig oder abwesend seyn, bey diesem Richter schlechterdings Recht zu geben schuldig ist, wenn gleich der Arrestat unter dieser Obrigkeit sonst nicht stehet. Dans Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 32. S. 82. f. Ferner zieht auch die Litisdenunciation den Aufgeforderten, der seine Schuldigkeit zur rechtlichen Vertretung anerkennet, schlechterdings vor dasjenige Forum, in welchem der Hauptproceß anhängig ist, wenn er gleich sonst unter demselben nicht stehet, und es kann keine persönliche Befreyung in Ansehung des Gerichtsstandes den Denunciaten wider diese nothwendige Prorogation der Gerichtsbarkeit schützen. Venditor ab emtore denunciatus, sagt Paulus in der *L. 49. pr. D. de Iudic. et vbi quisq. ag. vel conuen. deb.* merklich, vt eum euictionis nomine defenderet, dicit se priuilegium habere sui iudicis. Quaeritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem et emtorem coepta est, ad suum iudicem reuocare? Paulus respondit, venditorem emtoris iudicem sequi solere. Der Grund der Prorogation liegt hier in dem Zusammenhange der Sachen. *cf. Kruckenberg Diss. de litis denunciatione*, (Goetting. 1784.) *Part. II. cap. I. §. 1.*

q) *L. 1. §. vlt. D. Quae sentent. sine adpellat. rescind. L. 1. C. Rer. amotar. L. 35. §. 23. D. de Procurat.* Teller *l. l.* §. 3 — 10.

r) *L. 5. pr. C. de Fruct. et lit. expens.* Constitutio praecipit, vt quiuis iudex in sententia sua iubeat victum factos in iudicio sumtus praestare. Habet et potestatem iudex transcendendi sumtum ad decimam vsque partem eorum, quae inpensa sunt, si eum ad hoc partis eius, quae sumtum profudit, inpudentia permouerit: ita vt ea, quae inpensas excedunt, ad fiscales rationes pertineant,

ist nachher der Kayser Justinian gefolget s), und es kann heutiges Tages eine jede Wiederklage folgende zwey Wirkungen erzeugen: 1) daß durch sie der Richter, der sonst in Ansehung des Klägers nicht zuständig ist, zuständig wird (effectus prorogationis); 2) daß die Gegenklage zugleich mit der Vorklage verhandelt wird (effectus simultanei processus). Trit keine von diesen beyden Wirkungen ein, so wird die von dem Beklagten gegen den Kläger angestellte Klage nicht Gegenklage, sondern besondere Ausführung eines Rechtsstreites genannt t).

Die Gesetze halten es für billig, daß eine Parthey demjenigen Richter, den sie als Kläger gewählet hat, auch als Beklagter sich unterwerfe, und legen deswegen der Gegenklage die Wirkung bey, daß der Richter, vor dem die Vorklage anhängig ist, auch in Ansehung der Nachklage zuständig wird, wenn er nur den Zweig der Gerichtsbarkeit hat, in welchen diese einschläget v). Anfänglich war die Wiederklage immer nur sodann zulässig, wenn sie mit der Vorklage connex war x) und sie konnte daher, so lange der Richter die Vorklage

neant, nisi forte iudex detrimentum partis victricis sarcire volens partem aliquam horum ei adsignet. Neque tantum actor atque reus in expensas condemnantur, quum iudex vtrique competens est, verum etiam quum non est iudex actoris competens: QVI TAMEN EX RECONVENTIONE VICTVS SIT, NEC EVM IVDICEM RECVSARE POSSIT; siue adeo praesides, siue dati a principe arbitri, iudices fuerint. Nam et hi suos exsequutores atque compulsores habent. Quod si iudex hoc non fecerit, ipse parti victrici damnum illud compensare cogitur.

s) *L.* 14. *C. de Sentent. et interloquut. omn. iudic.* Quum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum iudicem de absolutione rei iudicatae, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inuentus, condemnare: huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, vt liceat iudici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum, vel facturum pronunciare: nulla ei obponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscatur. CVIVS ENIM IN AGENDO OBSERVAT ARBITRIVM, EVM HABERE ET CONTRA SE IVDICEM IN EODEM NEGOTIO NON DEDIGNETVR

t) Danz a. a. O. §. 467. S. 658. f.

v) *Boehmer Principp. iur. canon.* §. 695. *p.* 500. *ed. nouiss. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. II. cap. IIII.* §. 2. *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III.* §. 4213. *p.* 645.

x) *laud. L.* 14. *C. de Sentent. et interloquut. omn. iudic.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0069
DFG

klage noch nicht gänzlich entschieden hatte, allezeit noch vorgebracht werden y); selbst noch beym iudex pedaneus wurde die Gegenklage für zulässig geachtet, und dieser konnte auch darüber erkennen, wenn gleich die Formel seiner Instruction nicht ausdrücklich darauf gerichtet war z). Späterhin änderte Justinian verschiedenes in Ansehung des älteren Rechts ab, indem er in der *Nou.* 96. *cap.* 2. folgendes verfügte: Illud quoque promereri competentem correctionem decet. Adiit nos quidam docens, quia in conuentionem fecit obligatum sibi apud quemdam glorioſiſſimorum noſtrorum iudicum: deinde qui factus eſt in conuentione tamquam et ipſe actorem obligatum habens, eum apud alium traxit iudicem; et aliquid inopinabile fiebat: quia enim vterque, ſeorſum actoris obtinet officium, miſerandum quidem et riſibile inde veniebat: mox enim quum voluiſſet aliquis propriam mouere litem, repente is, qui ex diuerſo conuenerat, apud alium iudicem trahebat eum, apud quem ipſe ſortitus fuerat iudicem: et alterutros protrahentes, inmortaliter permanſerunt litigantes. §. 1. Sancimus igitur, ſi quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra ſe conuentionem expoſuit, non apud alium iudicem, ſed apud eum mox a principio conuenire: et eumdem eſſe iudicem in vtroque negotio. Si vero forſan diſplicuerit apud quem litem ſortitus eſt iudex, licet ei etiam hoc emendare, viginti enim dierum inducias dantibus nobis poſt libelli tranſmiſſionem, poſtquam oportet litem conteſtari: licet intra praedictam ſuſpenſionem refutare quidem illum: alium vero mereri, apud quem iterum ſimiliter vtramque exerceri competit litem: et eiuſmodi artes in nullo fieri, ſed vnumquemque proprio iure vti. Si itaque tacuerit, deinde poſtea voluerit cauſſam apud alium iudicem mouere: neceſſitatem eum habere ſuſtinere terminum eius litis inlatae ſibi ab eo qui eum in iudicium traxit: et dum finem lis adceperit, tunc eum ſuam cauſſam apud alium iudicem proponere: vt ita tales eorum auferamus artes, et in alterutros calumnias. Durch die zuvörderst vorgetragene Geschichtserzählung will Justinian den Nutzen seiner Verordnung bemerklich machen, und zu erkennen geben, wie sehr er dabey das gemeine Beste beabsichtige. Weil Reconventionen zur Verminderung der Processe und zur Beförderung des Laufs der Rechtspflege dienen, so verfüget er, daß die Wiederklage zulässig seyn solle, ohne weiter darauf zu sehen, ob sie mit der Vorklage connex ist, oder nicht. Vermöge der angezo-

ge-

y) *Voet Com. ad Pandect. Tom. II. Lib. V. tit. I. §. 80. p. m. 87. ſqq.*

z) *ib. Faber Coniecturr. iur. ciuil. Lib. XX. cap. V. p. 760. ſqq.*

genen L. 14. C. *de Sentent. et interloquut. omn. iudic.* hatte die Reconvention statt, wenn sie mit der Convention ex EODEM negotio herrührte; in Gemäßheit der vorliegenden Novelle hingegen ist sie auch alsdann zulässig, wenn sie mit letzterer ex DIVERSO negotio entspringt. Justinian sagt dies zwar in der Novelle nicht mit ausdrücklichen Worten, er giebt es aber deutlich zu vernehmen, indem er mit Vernachlässigung des in dem eben gedachten Texte des Codex enthaltenen Temperaments schlechtweg und ganz im Allgemeinen verordnet, daß zur Vermeidung aller Chicanen der Beklagte den Kläger, wenn er an diesem Anspruche zu haben vermeinet, bey keinem andern Richter, als bey demjenigen, vor welchem er belangt worden ist, wieder belangen solle, und daß dieser Richter in Beziehung auf beyde Streitsachen das Richteramt verwalten müsse a). Es ist auch aus der voran geschickten Geschichtserzählung, wodurch Justinian zu seiner Verordnung veranlasset wurde, nicht ersichtlich, daß die Streitsache des Klägers, welcher sich an den Kayser gewendet hatte, mit der des Beklagten connex gewesen sey; bloß deswegen vielmehr, weil beyde Partheyen vor zwey verschiedenen Richtern als Kläger und Beklagte auftraten, dadurch aber einander chicanirten, und ihren gegenseitigen Rechtsstreit in unabsehliche Schwierigkeiten verwickelten, erachtete es Justinian für diensam, ohne alle Rücksicht auf einen etwannigen Zusammenhang der Sachen zu verordnen, daß in Zukunft der Beklagte den Kläger nicht coram ALIO iudice, wie es Hombergk zu Vach deutlicher als die vorgelegte Vulgate giebt, sed coram EODEM iudice belangen, und daß dieser Richter in VTRAQVE CAVSSA iudex seyn solle. Will aber der Beklagte wider den Kläger eine Reconvention anstellen, so soll solches nach den ausdrücklichen Worten der kayserlichen Verordnung gleich zu Anfange (*mox a principio*) geschehen, damit vor dem nämlichen Richter die Gegenklage mit der Vorklage zugleich verhandelt werde; die Vorklage muß in der ersten Instanz noch anhängig seyn, weil dem Kläger das Recht der ersten Instanz nicht abgeschnitten werden darf. Würde dem Beklagten der Richter, bey welchem er in Anspruch genommen worden ist, nicht gelegen seyn, so ist es ihm unbenommen, innerhalb der von dem

a) *cf. L. 22. D. de. Iudic. et vbi quisq. ag. vel. conuen. deb.* Bey dem Cammergerichte wird, wie *Tafinger Institut. iurisprud. cameral.* §. 498. 836. bezeuget, die Gegenklage nur sodann zugelassen, wenn die Conventions- und Reconventionssache connex sind; allein die gemeinere Praxis in den reichsständischen Gerichten außerhalb Sachsen lässet auch in nicht connexen Sachen die Wiederklage zu. Danz a. a. O. §. 468. *not. e.* S. 660. und die daselbst angezogenen Rechtslehrer.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0071
DFG

dem Anbringen der Klage an zu rechnenden zwanzigtägigen Frist, nach deren Verlaufe der Krieg befestiget werden muß, denselben zu recusiren, und sich noch einem andern Richter zu unterwerfen, vor welchem nunmehro der gegenseitige Rechtsstreit zugleich ventilirt werden muß. Thut dies der Beklagte nicht, so soll er mit der Wiederklage so lange, bis die Vorklage beendiget ist, zu warten, sodann aber jene bey dem ordentlichen Richter des Klägers anzustellen berechtiget seyn. Hierauf gründet sich der oben gedachte effectus simultanei processus, welcher darin bestehet, daß die Wiederklage zugleich mit der Vorklage, wie fern nehmlich jene gleich anfänglich mit der Einlassung auf diese angebracht wird, verhandelt werden kann b), und darauf muß auch die bekannte Eintheilung der Reconvention in die im eigentlichen Sinne und die im uneigentlichen Sinne bezogen werden. Wenn nehmlich die Nachklage zugleich mit und neben der Vorklage verhandelt wird, so ist dieses eine **Wiederklage im eigentlichen Sinne** (*reconuentio propria*); wird aber die Gegenklage erst nach geendigter Vorklage vor dem nämlichen Richter verhandelt, so ist dieses eine **Wiederklage im uneigentlichen Sinne** (*reconuentio impropria*) c).

§. 205.

Die Wiederklage im eigentlichen Sinne kann nur alsdann statt finden, wenn 1) die Reconvention entweder vor der Kriegsbefestigung, oder doch zugleich mit derselben angebracht wird d); 2) wenn die Entscheidung der Gegenklage von derjenigen der Vorklage nicht abhänget e); 3) wenn die Vorklage und Nachklage entweder gar nicht, oder wenn beyde privilegiret sind, so daß sie

b) Nach der gemeinen Praxis erzeuget inzwischen die Reconvention immer doch die Wirkung der Prorogation des Gerichtsstandes, wenn sie auch nicht gleich zu Anfange des Processes, sondern nur noch vor dem Beschlusse der Conventionssache, angebracht wird. Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, Th. II. §. 196. S. 82.

c) Danz a. a. O. §. 469. S. 661.

d) *Clem. 2. de Verbor. signif. Nou. 96. cap. 2.*

e) *L. 10. C. de Iniur. L. 31. C. de Liberal. causs. cf. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. II. cap. IIII. §. 3. Menius Deciss. Tom. I. Part. V. Dec. CLXXXXII. p. 1247. ed. nouiss.* Knorre Anleit. zum gerichtl. Proceß, Buch II. Hauptst. V. §. 4. S. 417.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0072
DFG

sie die nämliche Proceßart zulassen f). Die Wiederklage im uneigentlichen Sinne kann 1) so lange, als die Vorklage noch nicht gänzlich abgethan ist, allezeit noch vorgebracht werden g), und findet 2) in denjenigen Fällen statt, wo die Wiederklage im eigentlichen Sinne nicht eintrit h). In dieser Hinsicht bemerket Hellfeld ganz richtig, sie sey sodann zulässig, si demum ex conuentione finita constare potest, an reconuentioni locus sit, et si vtraque cauſſa diuersum requirit processum. Ueber die Frage: **ob eine Gegenklage gegen eine Gegenklage zulässig sey?** wird unter den Rechtslehrern gestritten. Die Zulässigkeit derselben behauptet **von Leyser** i), wenn er mit dürren Worten sagt: Etiam reconuentio reconuentionis datur, hoc est, reconuentus actor habet iterum ius reconueniendi reconuenientem; Voet k) aber will sie nicht passiren lassen; und seine Meinung scheinet mir aus dem angeführten Grunde: Ne alioquin in infinitum prope tentatis ac reciprocatis reconuentionum vicibus, lites inmortales redderentur, aut saltem varia illa litium multiplicatio inter eosdem eodem in iudicio confusionem pareret, summamque litium finiendarum difficultatem, in der Regel den Vorzug zu verdienen. Bey Einführung der Reconventionen hatten die Gesetzgeber den wohlthätigen Zweck, die Processe zu vermindern und den Lauf der Rechtspflege zu befördern; dieser Zweck aber würde vereitelt werden, wenn der Kläger, gegen welchen die Wiederklage angestellt ist, beständig das Recht haben sollte, gegen den Wiederkläger eine Reconvention zu gebrauchen. Daher verwirft auch neuerlich Hofacker l) die Meinung des angeführten **von Leyser** geradezu als irrig, und nicht ohne vielen Grund bemerket Danz m), daß eine Gegen-

f) *Cap.* 2. und *Cap.* 4. *X. de Ordin. cognit. cf. Voet Com. ad Pandect. Tom. II. Lib. V. tit. I. §.* 86 — 89. *p. m.* 94. *sqq. Boehmer Princip. iur. canon. §.* 698. *p.* 501. *sq. ed. nouiss.*

g) *Cap.* 3. *de Rescript. in* 6to. *L.* 22. *D. de Iudic. L.* 14. *C. de Sentent. et interlquut. omn. iudic.*

h) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 469. S. 662.

i) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. II. Spec. CXXIII. med.* 7. *coroll.* 3. *p.* 590.

k) *Voet l. l. §.* 89. *p.* 97.

l) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III. §.* 4215. *p.* 648.

m) Danz a. a. O.

klage gegen eine Gegenklage als seltene Ausnahme von der Regel nur in wahren connexen Sachen zulässig sey.

§. 206.

Die freywillige Erstreckung der Gerichtsbarkeit war bey den Römern der Regel nach einem jeden erlaubt. Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, sagt Ulpian in der *L.* 1. *D. de Iudic. et vbi quisq. ag. vel conuen. deb.* ausdrücklich, et consentiant: inter consentientes cuiusuis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio. Wenn die Partheyen einer fremden Gerichtsbarkeit sich freywillig unterwerfen, so ist solche in ihrer Streitsache als zuständig anzusehen. Die mehresten Ausleger behaupten, der römische Jurist wolle durch diesen Ausspruch zu erkennen geben, daß die freywillige Prorogation der Gerichtsbarkeit durch den bloßen Vertrag nicht bewirket werden könne, sondern ein solches Factum erfordere, wodurch die Partheyen sich der Jurisdiction des incompetenten Richters unterwerfen. Ganz anders wird die Stelle von den Glossatoren verstanden. Diese glauben, die Worte: *si se subiiciant et consentiant*, zeigten an: *si se subiiciendo consentiant*, und folglich sey Ulpians Meinung die, daß zur Erstreckung der Gerichtsbarkeit die stillschweigende Einwilligung der Partheyen genügen solle. Pardulphus Prateius n) verwirft diese Interpretation, und nimt an, der Sinn des Gesetzes gehe dahin, daß die Prorogation der Gerichtsbarkeit eine ausdrückliche Willenserklärung erfordere, und die streitenden Theile über einen gewissen bestimmten Richter sich namentlich mit einander zu vereinigen verbunden seyen. Dies sollen die Worte: ET CONSENTIANT, beweisen, weil in Gemäßheit des päbstlichen Rechts o) und nach der übereinstimmenden Meinung der Rechtslehrer eine stillschweigende Einwilligung für hinreichend nicht zu achten sey, so oft die Gesetze den consensum schlechtweg erheischten. Wahrscheinlich aber dachte Ulpian bey Abfassung des Gesetzes an alles dieses nicht, und wollte vielmehr lediglich zu verstehen geben, wie die freywillige Prorogation der Gerichtsbarkeit jedem willkührlich verstattet sey. Der übrige Inhalt des Gesetzes lässet zum wenigsten mit ziemlicher Gewißheit vermuthen, daß Ulpian nur diese Intention gehabt habe. Um recht bemerklich zu machen, daß es ganz auf die Partheyen ankomme, ob und wie sie einer

n) *Pardulphus Prateius Sententt. Lib. IIII. cap. IIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 576.)*

o) *Cap. 11. §. 3. de Rescript. in 6to.*

einer fremden Gerichtsbarkeit sich freywillig unterwerfen wollen, füget er noch hinzu, es werde nicht erfordert, daß derjenige Richter, dessen Gerichtsbarkeit zu prorogiren die Partheyen sich vereinigen, eine höhere Magistratsperson sey, sondern es genüge schon, wenn ihm nur überhaupt die Jurisdiction zustehe, welche bekanntlich zu Rom auch einigen geringern Magistratspersonen verliehen war.

Consensisse autem videntur, fährt Ulpian in der *L. 2. pr. D. eod.* fort, qui sciant, se non esse subiectos iurisdictioni eius, et in eum consentiant: ceterum, si putent eius iurisdictionem esse, non erit eius iurisdictio: error enim litigatorum (vt Iulianus quoque Lib. I. Digestorum scribit) non habet consensum: aut si putauerunt alium esse praetorem pro alio, aeque error non dedit iurisdictionem: aut si, quum restitisset quiuis ex litigatoribus, viribus praeturae compulsus est, nulla iurisdictio est. Gleichwie die freywillige Erstreckung der Gerichtsbarkeit von der Einwilligung der streitenden Theile abhängt, so verstehet es sich von selbst, daß nur diejenigen die Jurisdiction prorogiren können, welche die Fähigkeit haben, Verträge einzugehen und streitige Rechtssachen vor Gericht zu betreiben. Alles daher, was die freye Einwilligung hindert, stehet auch der Gültigkeit der freywilligen Prorogation entgegen. In dieser Rücksicht bemerket Ulpian, daß auf Seiten der Partheyen kein Irrthum zum Grunde liegen dürfe, daß ihnen folglich die Incompetenz des Richters bekannt seyn müsse, und daß die Prorogation ohne alle Wirkung sey, wenn sie aus Mangel an richtiger Kenntniß den Richter für zuständig halten p). Dage-

p) Das nämliche lehret Ulpian in der *L.* 15. *D. de Iurisdict.* mit folgenden Worten: Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est: nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in praesidem: quum, vt Iulianus scribit, non consentiant, qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui inperitiam detegit? *cf. Quintanaduegnas de iurisdict. et inper. Lib. II. tit. VI. num.* 12. (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon Tom. II. p.* 295.) *Balduinus Nott. ad Lib. I et II. Dig.* (*in Heineccii Iurisprud. rom. et attic. Tom. I. p* 825.) *Caldera de errore pragmaticor. Lib. I. cap. I.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom III. p.* 553.) Die gemeine Lesart: nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in praesidem, ist verdächtig. Perabsurdum mihi videtur, sagt *Cuiacius Obseruatt. et emendatt. Lib. I. cap. XXXII. p.* 22. quod initio quum aditum ab litigatoribus *praetorem* fuisse dicat, statim in *praesidem* subiungat eos non videri consensisse. Er will daher für: *in* PRAESIDEM, lesen: *in* PRAESENTEM, so daß der Sinn dieser sey, in eum praetorem, quem per errorem

gegen aber schadet auf Seiten des incompetenten Richters der Irrthum nichts. Conuenire autem vtrum inter priuatos sufficit, sagt Ulpian weiter im §. 1. der angezogenen Stelle, an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? lex Iulia iudiciorum ait: *quo minus inter priuatos conueniat;* sufficit ergo priuatorum consensus. Proinde si priuati consentiant, praetor autem ignoret consentire, et putat suam iurisdictionem; an legi satisfactum sit, videndum est? et puto posse defendi, eius esse iurisdictionem. Der Jurist wirft hier zuvörderst die Frage auf: ob der Consens der Partheyen hinreichend, oder ausserdem auch die Einwilligung desjenigen Richters, dessen Gerichtsbarkeit erstrecket wird, erforderlich sey? Die Einwilligung der streitenden Theile ist hinlänglich, weil die lex Iulia iudiciorum weiter nichts als diese erheischet q). Eine andere Frage, welche Ulpian hiernächst aufwirft, ist die: ob in dem Falle, wo die Einwilligung der streitenden Theile vorhanden ist, der Richter aber hiervon nichts weiß,

rem adierunt. *Catharinus Obseruatt. et coniecturr. cap. XXXV. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 494.)* glaubt, man müsse, weil Ulpian kurz zuvor des Prätors gedenket, entweder *in* PRAETOREM, oder *in* IVDICEM lesen. Für die letztere Leseart streitet allerdings das Ansehen der Basiliken. Der von Cujacius vorgeschlagenen Leseart pflichtet *Faber Rationall. ad Pandect. ad. L. 15. D. de Iurisdict.* bey; die gemeine hingegen nimt wider den Cujacius in Schutz *Constantinaeus Subtill. enodd. Lib. II. cap. XVIIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p. 590. sq.)* Vielleicht fanden sich in den Handschriften die Initialbuchstaben P. R. um das Wort praetor anzuzeigen; die Abschreiber verstanden diese Abbreviatur nicht, und machten aus dem Prätor einen Präses. Charondas bezeuget die erwähnte Abkürzung in einem geschriebenen Codex, dessen er sich vorzüglich bedienet haben will, wirklich gefunden zu haben.

q) Die lex Iulia de iudiciis, auf welche sich Ulpian hier beziehet, und deren Callistratus, Papinian, Paulus, Macer und Modestin in ihren Schriften hin und wieder erwähnen, enthält die ersten Spuren von der Prorogation der Gerichtsbarkeit. Verfasser und Zeitalter dieses Gesetzes sind ungewiß; einige eigenen es dem Dictator Julius Cäsar, andere dem Kayser August zu. S. *Gronouius Nott. ad Gellii noctt. attice. Lib. XIIII. cap. II. Grauina Lib. sing. de legibus et senatusconsultis nec non de rom. inper. §. 99. (in Eiusdem opp. seu origg. iur. ciuil. Lib. III. p. 445. sqq.) Cuiacius l. l. Lib. XXI. cap. XXXII. p. 741. sq. Bach Histor. iurisprud. rom. Lib. III. cap. I. Sect. II. §. 13. p. 333. ed. nouiss. van Bynkershoek Obseruatt. iur. rom. Lib. VI. cap. XVII. p. 144. sqq.* Die Gründe für beyde Meinungen untersuchet ausführlich *Temminck Diss. ad fragmm. quaedd. legis Iuliae de iudiciis, cap. I. (in Oelrichs Thes. nou. dissertt. iuridd. selectiss. in Acadd. Belgg. habitt. Tom. II. Vol. II. p. 71. sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0076
DFG

weiß, und sich für competent hält, die Prorogation der Gerichtsbarkeit als gültig angesehen werden könne? Die Gerichtsbarkeit ist durch die geschehene Erstreckung für begründet zu achten. Aus der Manier, in welcher Ulpian diese Entscheidung der aufgeworfenen Frage vorträgt, gehet nicht undeutlich hervor, daß unter den römischen Rechtsgelehrten die Sache streitig gewesen sey; denn die kurz gefaßten Worte: *et puto posse defendi, eius esse iurisdictionem*, würden vollständiger so lauten: et puto, posse defendi SENTENTIAM EORVM IVRISCONSVLTORVM, QVI eius esse iurisdictionem, CONTENDVNT. Das Wort: puto, dessen sich der Jurist bedienet, verräth ganz unzweydeutig, daß er nur schüchtern und ungewiß diesen Ausspruch als eine bloße Privatmeinung zur genauern Untersuchung habe vorlegen wollen, und nicht einmal selbst mit völliger Gewißheit von der Wahrheit desselben überzeugt gewesen sey. Uebrigens findet sich von dem Streite, der unter den römischen Rechtsgelehrten hierüber geherrschet haben mag, in den auf unsere Zeiten gekommenen Fragmenten ihrer Schriften weiter keine Spur r), und Justinian hat der Meinung des Ulpian dadurch, daß er sie in das römische Gesetzbuch aufnahm, legales Ansehen verschaffet s). Ist nun gleich zur Prorogation wenigstens keine ausdrückliche Einwilligung desjenigen Richters erforderlich, dessen Jurisdiction erstrecket wird, so würde man dennoch sehr irren, wenn man glaubte, ein fremder Richter könne auch wider seinen Willen bestimmet werden, die Gerichtsbarkeit über solche Personen auszuüben, die eigentlich nicht unter ihm stehen t). Die freywillige Erstreckung der Gerichtsbarkeit ruhet auf der conventionellen Einwilligung der streitenden Theile; gleichwie nun aber Verträge in der Regel einen Dritten gar nicht verbinden v), so kann auch der Richter durch die Prorogation nicht vollkom-

r) *Noodt de iurisdict. et inper. Lib. II. cap. XIIII. (in Eiusdem opp. Tom. I. p. 110. sq.)* glaubt, Africanus spiele in der oben gedachten *L. 18. D. de Iurisdict.* auf diesen Streit der alten Juristen an. Ein äusserst lächerlicher Einfall, der zu den vielen Absurditäten gehöret, die in den Schriften dieses Rechtslehrers angetroffen werden. Der Fall, welchen Africanus in dem angezogenen Gesetze vorträgt, stehet mit dem vorliegenden auch nicht in der entferntesten Verbindung. Zudem sind in beyden Stellen die Ausdrücke sehr verschieden. Africanus kleidet seine Entscheidung nicht in ein puto ein, sondern hebt vielmehr mit einem procul dubio an.

s) *cf. a Groenewegen Tr. de legg. abrogg. et inusit. ad L. 2. §. 1. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb. p. 113.*

t) *Bach Ex. de prorogatione iurisdictionis, §. 3. (in Eiusdem opuscc. ad histor. et iurisprud. spectantt. p. 411.)*

v) *L. 74. D. de Reg. iur.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0077
DFG

kommen verbunden werden. Streitig ist es inzwischen: ob von den streitenden Theilen die vermittelst einer Prorogation einmal begründete Gerichtsbarkeit auch wider den Willen des angegangenen fremden Richters willkührlich wieder aufgehoben werden könne? Einige wollen den Partheyen diese Befugniß ohne Unterschied zugestanden wissen x), andere hingegen sprechen ihnen dieselbe schlechterdings ab y). Die Meinung der letzteren verdienet, meinem wenigen Bedünken nach ohnstreitig den Vorzug, und zwar vermöge der allgemein als richtig anerkannten Regel, nach welcher ein jeder Rechtsstreit bey demjenigen Gerichte, bey welchem er einmal angefangen ist, seine Endschaft erreichen muß z).

Ueber die Frage: ob die Erstreckung der Gerichtsbarkeit auch noch heutiges Tages bey uns, wie ehedem bey den Römern, statt finden könne? sind die Rechtslehrer in ihren Meinungen sehr getheilet. Berlichius a), von Leyser b), Stryk c), Struben d) und von Berger e) behaupten, die Prorogation müsse heutiges Tages durchaus in allen denjenigen Fällen zugelassen werden, in welchen sie nach dem römischen Rechte zulässig ist. Gebauer f), Brunnemann g) und von Selchow

x) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. tit. de Iurisdict.* §. 26. *p. m.* 234. *sqq.*

y) *Kemmerich Diss. de prorogatione iurisdictionis*, §. 14.

z) Dieser Meinung pflichten auch *Frommann Comment. de iure variandi.* (Tubingae 1681.) *cap. III. membr. 7. num.* 326. *p.* 104. und *Menius Deciss. Tom. I. Part. III. Decis. CXXXVIIII. CXXXX. p.* 587. *sq. ed. nouiss.* bey, wiewohl unter der Einschränkung, daß die Einwilligung des prorogirten Richters alsdann nicht nöthig sey, wenn die Partheyen mit Entsagung des angefangenen Processes die beym prorogirten Richter begründete Gerichtsinstanz gänzlich verändern, und den Proceß bey einem andern Richter von neuem anfangen wollen.

a) *Berlichius Conclus. practicabb. Part. I. Concl. V. num.* 31.

b) *a Leyser Medit. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXVIIII. med.* 5. *p.* 298. *sqq.*

c) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Iurisdict.* §. 22. *sqq. p. m.* 193. *sqq.*

d) Struben Nebenstunden, Th. V. S. 30. f.

e) *de Berger Oecon. iur. Lib. IIII. tit. III. thes.* 1. *not.* 17.

f) *Gebauer Diss. de iurisdict. sec. doctrin. romanor. eiusdemque doctrinae in german. vsu, cap. II.* §. 7. (*in Eiusdem exercitt. acadd. Vol. I. p.* 483. *sqq.*)

g) *Brunnemann Com. ad L. 1. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel. conuen. deb. num.* 7.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0078
DFG

chow h) wollen dieses Princip zwar in Beziehung auf die nothwendige, nicht aber in Absicht auf die freywillige Erstreckung gelten lassen; letztere ist ihrer Meinung nach in Deutschland ganz unzulässig, weil sie mit der heutigen Gerichtsverfassung nicht zu vereinigen stehe. Vinnius i), Schilter k) und Eisenhart l) unterscheiden zwischen der Patrimonialgerichtsbarkeit und Amtsgerichtsbarkeit, und nehmen an, daß zwar in Ansehung der letztern, nicht aber in Ansehung der erstern eine Prorogation zulässig sey. Griebner m), von Cramer n) und Hertius o) distinguiren mit Hellfeld, ob beyde Richter, der ordentliche sowohl, als derjenige, auf welchen die Gerichtsbarkeit erstrecket wird, einem gemeinschaftlichen Territorialherrn unterworfen sind, oder nicht. Im erstern Falle, glauben sie, sey die heutige Anwendung des römischen Rechts unbedenklich; hingegen im letztern Falle stehe ihr die jetzige Verfassung wegen des den Reichsständen eigenen iuris de non euocando im Wege p). Kemmerich q), Schnaubert r), Em-

h) *de Selchow Elemm. iur. germ. priu. hod.* §. 669.

i) *Vinnius Tr. de iurisdict. cap. X.* §. 3.

k) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. VI.* §. 23.

l) *Eisenhart Institutt. iur. germ. priu. Lib. IIII. tit. I.* §. 14.

m) *Griebner de praeiudic. principum inper. et abusu iuris Iustinianei, cap. III.* §. 7. (*in Eiusdem opuscc. Tom. I. Sect. V. p.* 179.)

n) *de Cramer Diss. de iurisdict. prorog.* §. 62. *sqq.*

o) *Hertius de superiorit. territorial.* §. 27. (*in Eiusdem opuscc. Vol. I. Tom. II. p.* 258.)

p) *a Pufendorf Lib. de iurisdict. germ. Part. I. cap. IIII.* §. 101. *p.* 113. behauptet, es müsse die Prorogation der Gerichtsbarkeit auf einen Richter außerhalb Landes zugelassen werden, wenn derselbe nur mit dem competenten Richter im Lande einen gemeinschaftlichen Oberrichter habe, wie solches in Deutschland der Fall sey, wo von den landesherrlichen Gerichten an die höchsten Reichsgerichte appellirt werden kann, in so fern nicht etwa ein priuilegium de non adpellando eine Ausnahme machen sollte.

q) *Kemmerich l. l.* §. 20.

r) Schnaubert Abh. in wie fern die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Deutschland zulässig sey, oder nicht? (in dessen Beyträgen zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, Th. II Num. III. S. 149. ff.)

Emminghaus s), Glück t), und Stockmann v) endlich sind der Meinung, daß die Erstreckung der Gerichtsbarkeit heutiges Tages überhaupt nur in so weit zulässig seyn könne, als sie dem den Reichsständen zustehenden iuri de non euocando nicht zuwider, auch dem Rechte des Gerichtsherrn, oder des ordentlichen Richters unschädlich ist. Auf eine ausführliche Untersuchung dieser eben so schweren als wichtigen Materie kann ich mich hier nicht einlassen; ich begnüge mich vielmehr, die verschiedenen nach und nach zum Vorscheine gekommenen Hypothesen der Rechtslehrer zur weitern Prüfung meinen Lesern vorgelegt zu haben. Inzwischen kann ich doch so viel nicht unbemerket lassen, daß wohl ohne Zweifel die zuletzt angeführte Meinung als die richtigere allen übrigen vorgezogen werden muß, am wenigsten aber diejenige auf einigen Beyfall gegründeten Anspruch machen kann, nach welcher in Deutschland die freywillige Prorogation der Gerichtsbarkeit ganz unzulässig seyn soll. Vor der Einführung des römischen Rechts waren freylich bey den Deutschen die Prorogationen der Gerichtsbarkeit nicht üblich; mit der Reception desselben aber kamen sie auf, und es konnte nunmehro nicht nur durch Reconvention ein sonst incompetenter Gerichtsstand begründet werden x) sondern auch die freywilligen Erstreckungen kamen sehr in Gebrauch y). Weswegen sollte denn nun heutiges Tages den freywilligen Prorogationen aller Gebrauch abgesprochen werden können? und weswegen sollten nicht überhaupt die von ihnen geltenden Grundsätze des römischen Rechts bey uns anwendlich seyn, wiefern solche unserer Staatsverfassung nicht zuwider laufen?

§. 207.

Ein wesentlich nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit der Prorogation bestehet darin, daß derjenigen Person, auf welche die Jurisdiction erstrecket werden soll, überhaupt eine Gerichtsbarkeit zuständig sey. In der *L.* 3. *C. de Iu-*

s) *Emminghaus Nott. ad de Cocceii ius ciu. controu. tit. de Iurisdict. quaest.* 16. *not. y. p.* 173.

t) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 206. S. 202. ff.

v) *Stockmann Disp. de iurisdict. prorog.* §. 11. *p.* 39.

x) Es wurde ein allgemeines Princip: wo der Mann Recht fordert, da soll er wieder Recht nehmen. Sachsenspiegel Buch I. Art. 61. Buch III. Art. 79. Schwabenspiegel Capit. LXXXVII. CXXVII.

y) *cf. Heineccius Elemm. iur. germ. Tom. II. Lib. III. tit. II.* §. 87. *p.* 444.

Iurisdict. omn. iudic. et de for. compet. reſcribiren die Kayſer Diocletian und Maximian folgendes: Priuatorum conſenſus iudicem non facit eum, qui nulli praeeſt iudicio: nec, quod is ſtatuit, rei iudicatae continet auctoritatem. In Gemäßheit dieſes kayſerlichen Reſcripts kann der bloße Vertrag der ſtreitenden Theile niemandem eine Jurisdiction verſchaffen, der nicht ſolche bereits von der höchſten Gewalt im Staate, als der einzigen Quelle aller Gerichtsbarkeit, erhalten hat. Zwar können die Partheyen zur Unterſuchung und Entſcheidung ihres Rechtsſtreites eine Privatperſon als Schiedsrichter beſtellen; allein dieſer erhält dadurch eben ſo wenig eine Gerichtsbarkeit, als deſſen Ausſpruch die Rechtskraft beſchreitet. — Nicht genug aber, daß die Perſon, auf welche die Gerichtsbarkeit prorogirt werden ſoll, überhaupt eine Jurisdiction habe: ſie muß auch außerdem inſonderheit die Gattung, oder den Zweig der Gerichtsbarkeit haben, in welche der zu ſchlichtende Rechtshandel einſchläget, weil im entgegen geſetzten Falle der Gerichtszwang derſelben in der Sache, von welcher die Frage iſt, vernünftiger Weiſe nicht begründet werden kann z). Dem ſcheinet zwar die *L.* 74. §. 1. *D. de*

z) *Bach Ex. de prorogatione iurisdictionis.* §. 6. *(in Eiusdem opusc. ad. histor. et iurisprud. spectantt. p.* 421.) *Hofacker Princip. iur. ciu. rom. germ. Tom. III.* §. 4213 *p.* 645 Es gilt auch ſolches nicht nur von der freywilligen, ſondern auch von der nothwendigen Erſtreckung der Gerichtsbarkeit. *Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. II. cap. IIII.* §. 2. Gemeiniglich will man das in der Natur der Sache ganz ſicher gegründete Princip, daß der Richter diejenige Art der Gerichtsbarkeit, vor welche die zu entſcheidende Rechtsſache, in der die Jurisdiction prorogirt werden ſoll, gehöret, haben müſſe, aus der *L.* 61. § 1. *D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb.* herleiten, worin doch augenſcheinlich von einer Erſtreckung der Gerichtsbarkeit gar nicht die Rede iſt. *cf. Quintanaduegnas de iurisdict. et inper. Lib. II. tit. VI num.* 28. *(in Meermanni Thes. iur. ciu. et canon. Tom. II p.* 299.) Ulpian ſagt daſelbſt: Latrunculator de re pecuniaria iudicare non poteſt. Ein latrunculator, den Juſtinian in der *Nou.* 8. *cap.* 13. λῃστοδιώκτην nennt, iſt derjenige, welcher die Unterſuchung wider die Räuber hat, oder, wie *Vicat Vocabular iur. Tom. II. p* 275. ſagt qui ad conquirendos perſequendoſque latrones a principe mittitur. *cf. Cuiacius Obſeruatt. iur. rom. Lib. XVIIII. cap. XI. p.* 644. *ſq.* Eben deswegen nun weil der latrunculator lediglich auf die Entdeckung, Verfolgung und Beſtrafung der Räuber verpflichtet war, und die ihm unter öffentlichem Anſehen verliehene Gewalt ſich bloß hierauf beſchränkte, konnte er ſich unmöglich in Beziehung auf Privatgeldſachen eine Gerichtsbarkeit anmaßen. Dieſen vernünftigen Grundſatz beſtätiget Ulpian in der angezogenen Stelle, ohne auch nur auf die entfernteſte Weiſe einer Prorogation der Gerichtsbarkeit zu gedenken. Unverzeyhlich iſt es daher, wenn dennoch Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 207. S. 213. f. in Ulpians Ausſpruche eine Erſtreckung der Jurisdiction wittert. Nicht ſo unbedachtſam als Glück gehet *Bach l. l.*

Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb. in den Worten: Iudex, qui vsque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conueniat, zu widersprechen; allein es scheinet auch wirklich nur so. Die Römer pflegten vermöge der ihnen eigenthümlichen Gerichtsverfassung alle Rechtssachen auf zwey Hauptgattungen, nehmlich auf Civilsachen und Criminalsachen, zu reduciren, und es kam folglich insonderheit bey der Erstreckung der Gerichtsbarkeit in Civilsachen beständig nur darauf an, daß dem Richter, auf welchen die Jurisdiction prorogirt werden sollte, überhaupt eine Civiljurisdiction zuständig war a). Kein Wunder daher,

zu Werke, wenn gleich der von ihm gemachte an und für sich ganz richtige Schluß: latrunculator de re pecuniaria iudicare non poterat; igitur in eum transferri iurisdictionem de re pecuniaria haud licebat, denjenigen Grundsatz noch gar nicht beweiset, den er gleichwohl damit beweisen will. Wußte Glück dasjenige, was Bach sonst über diese Materie gesagt hat, ganz treu zu copiren: weswegen übersetzte er ihn denen nicht auch hier? Zum wenigsten hätte er doch aus der Art, wie sich Bach um die *L.* 61. § 1. *D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb.* hinweg schleichet, errathen sollen, daß es mit dem aus dieser Stelle wider die Zulässigkeit der Prorogation der Gerichtsbarkeit auf einen latrunculator entlehnten Argumente wohl nicht ganz seine Richtigkeit haben müsse.

a) In der *L.* 1. *C. de Iurisdict. omn. iudic. et de for. compet.* heißt es: Non quidem fuit competens iudex procurator noster in lite priuatorum: sed, quum ipsi eum iudicem elegeritis, et is consentientibus aduersariis sententiam tulerit, intelligitis, vos adquiescere debere rei ex consensu vestro iudicatae: quum et procurator iudicandi potestatem inter certas habeat personas: et vos incongruum eum esse vobis iudicem scientes, tamen audientiam eius elegistis. Quod et in aliis similibus iudicibus, tam in actionem proponentis, quam in exceptionem obponentis, persona locum habebit. Privatpersonen hatten auf einen procurator fisci die Gerichtsbarkeit freywillig prorogiret; nachdem nun auch dieser ihren Rechtsstreit entschieden hatte, so entstand die Frage: ob das von ihm gegebene Erkenntniß zu Recht beständig sey? welche um deswillen verneinet werden zu müssen schien, weil dem Procurator nur in fiscalischen Rechtssachen die Ausübung der Gerichtsbarkeit zuständig war. *cf. Mascouius Ex. de procuratore caesaris*, §. 18. *a.* (*in Eiusdem opuscc a Pütmanno edd. p* 23.) Antoninus beantwortet sie gleichwohl bejahend, indem er mit dürren Worten sagt, daß es bey der gesprochenen rechtskräftigen Urthel das Bewenden behalten müsse, und keine von den Partheyen dagegen querduliren könne. Die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage sucht Antoninus mit zwey Gründen zu rechtfertigen, von welchen der eine in der geschehenen Erstreckung der Gerichtsbarkeit, der andere aber in der dem fiscalischen Procurator zuständigen Befugniß zur Ausübung des Richteramtes liegen soll. Dieser letztere Grund nun interessirt uns hier vorzüglich, indem aus ihm das aufgestellte Princip, daß bey der Prorogation der Gerichtsbarkeit in Civilsachen die Römer nur darauf, ob der Richter, auf welchen die Ju-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0082
DFG

her, wenn bey ihnen die Gerichtsbarkeit einer Magistratsperson, welche nur über geringere Geldsachen zu sprechen befugt war, auch auf größere rechtsgültig erstrecket werden konnte. Gleichwie dies die angezogene *L.* 74. §. 1. *D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb.* überhaupt bestätiget, so lehret solches auch ausserdem insonderheit von den Municipalobrigkeiten die *L.* 28. *D. Ad municipal.* worin Paulus sagt: Inter conuenientes, et de re maibri, apud magistratus municipales agetur. Die römischen Magistratspersonen in den Municipien hatten eine Gerichtsbakeit, die auf eine gewisse Summe eingeschränket war; lief der Gegenstand der Rechtssache über die bestimmte Summe hinaus, so lag auch die Rechtssache selbst ausser den Gränzen ihrer Jurisdiction. Und dennoch konnten sie, wie Paulus ausdrücklich sagt, in einer jeden die bestimmte Geldsumme übersteigenden Sache sodann sprechen, wenn die Interessenten ihre Einwilligung dazu ertheileten, oder, was einerley ist, die Gerichtsbarkeit freywillig auf sie prorogirten. Weswegen aber konnten sie das? weil ihnen überhaupt die Civiljurisdiction zuständig war, vor welche die vorliegende Sache gehörte.

Sind nun gewisse Sachen vermöge einer besondern Befreyung an einen bestimmten Richter dergestalt ausschließlich gewiesen, daß über selbige zu erkennen ein anderer Richter nicht befugt ist, wohin z. B. geistliche Sachen, Lehenssachen, Postsachen, Bergwerksachen u. s. w. gehören, so verstehet es sich auch von selbst, daß in Ansehung ihrer überall keine Prorogation statt finden könne, weil der Richter, auf welchen die Jurisdiction erstrecket werden soll, die Gattung oder den Zweig der Gerichtsbarkeit haben muß, vor welche die zu entscheidende Rechtssache gehöret. Die Ausnahmen hievon, welche Hellfeld anführet: Si talis cauſſa cum alia principali concurrat, vel lis super ſolo poſſeſſionis facto mota ſit, verdienen keine Aufmerksamkeit. Die erste ist völlig ungegründet, indem hier ein Zusammenhang der Sachen nicht füglich anzunehmen stehet b); die zweyte aber lässet sich zum wenigsten nicht als eine eigentliche Ausnahme betrachten. Wenn über den bloßen Besitzstand gestritten wird, so kann freylich in einer sonst privilegirten Sa-

Jurisdiction erstrecket werden sollte, überhaupt eine Civiljurisdiction hatte, sahen, als Resultat sich ergiebt. *cf. Brunnemann Com. in Cod. Iuſtin.* (Lipſiae 1717.) *ad L.* 1. *de Iurisdict. omn. iudic. et de for. compet. p.* 247.

b) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 33. S. 84. ff.

Sache auch der gemeine Richter erkennen c); allein gleichwie beym possessorischen Processe immer nur von dem Besitze, niemals von dem Rechte selbst die Frage ist d), und solcher nur auf Verhütung die öffentliche Ruhe stöhrender Gewaltthätigkeiten abzweckt e), so ist leicht zu erachten, was von der erwähnten Ausnahme zu halten sey. Nicht so, wie mit den durch eine besondere Befreyung an einen bestimmten Richter ausschließlich gewiesenen Sachen, verhält es sich indessen mit den Personen, welche einen befreyeten Gerichtsstand haben. Wenn die Frage entstehet: ob über Personen, welche einen befreyeten Gerichtsstand haben, ein Richter, unter dem sie vermöge ihres befreyeten Gerichtsstandes eigentlich nicht stehen, die Gerichtsbarkeit ausüben könne? so hat man vor allen Dingen dahin zu sehen, ob die Gerichtsbarkeit des incompetenten Richters durch eine **nothwendige**, oder **freywillige** Erstreckung begründet werden soll. Im erstern Falle ist die Zulässigkeit der Prorogation unbedenklich, weil gegen die nothwendige Erstreckung der Gerichtsbarkeit keine persönliche Befreyung in Ansehung des Gerichtsstandes schützet f), daher denn auch geistliche Personen, wenn sie vor einem weltlichen Richter als Kläger auftreten, die Gerichtsbarkeit eben dieses Richters auch in der Reconvention, wie fern solche lediglich eine Civilsache zum Gegenstande hat, anzuerkennen verbunden sind g). Was hiernächst den letztern Fall anbetrifft, so ist auch hier die Pro-

ro-

c) *Boehmer Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. tit. VI. §. 241. p. 174. ed. nouiss.*

d) *L. 1. §. 3. D. Vti possidet. §. 4. I. de Interdict. cf. a Leyser Medit. ad Pandect. Vol. VII.. Spec. CCCCLXXXXVIIII. med. 4. 5. p. 624. sqq.*

e) Danz Grundsätze der summarischen Processe, Hauptst. II. §. 16. S. 20. ff.

f) *Cleemann Disp. de mutuis petitionibus, §. 8.*

g) *a Riegger Institutt. iurisprud. ecclesiast. Part. II. §. 645 — 650. p. 325. sq.* Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 35. S. 100. *Boehmer Iur. eccles. protest. Tom. I. Lib. II. tit. II. §. 57. p. 202.* Das Gegentheil behaupten *Faber Coniecturr. iur. ciuil. Lib. XX. cap. VII. p. 764.* Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, Th. I. §. 2293.; unbedeutend sind aber die Gründe, welche sie für ihre Meinung anführen. Das nämliche übrigens, was in diesem Stück von geistlichen Personen gilt, ist auch in Ansehung academischer Personen zu behaupten. *a Leyser Medit. ad Pandect. Vol. II. Spec. CXXIII. med 7. p. 586. sqq. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. IIII. cap. II §. 3. p. 751. sq. ed. nouiss.* Es dissentiren indessen

Boeh-

rogation der Gerichtsbarkeit für zulässig zu achten, und zwar in Gemäßheit der von der freywilligen Begebung zuständiger Privilegien geltenden allgemeinen Grundsätze, die in dem vorliegenden Falle nur sodann eine Ausnahme leiden dürften, wenn entweder der befreyete Gerichtsstand zugleich als eine besondere Gerechtsame des Richters betrachtet werden muß, oder die Entsagung desselben den Gerichtsunterthanen ausdrücklich untersagt worden ist h). Bey dem allen wird über die Frage: ob geistlichen Personen die Befugniß zuständig sey, die Gerichtsbarkeit eines weltlichen Richters in einer Civilsache freywillig zu erstrecken? unter den Rechtsgelehrten ausnehmend gestritten, indem sie von einigen verneinet i), von andern hingegen bejahet wird k). Das päbstliche Recht verbietet den Geistlichen schlechterdings, sich der Gerichtsbarkeit eines weltlichen Richters eigenmächtig zu unterwerfen l), und erkläret sogar den in dieser Hinsicht geleisteten Eyd für unverbindlich m); hingegen das römische Recht verstattet einem je-

Bechmann Diss. de priuilegg. studiosor. cap. X. num. 19. *Richter Comment. ad Auth. habita Cod. Ne filius pro patre, Part. III. membr.* 3.

h) Schnaubert Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, Th. II. Num. IIII. §. 1. S. 163.

i) *Thomasius Diss. de foro clericorum protestantium, consistorio, non prorogabili,* (Lipsiae 1731.) *Finestres et de Monsaluo Comm. in Hermogeniani iur. epitomar. Libb. VI. Tom. I. p.* 339. *Alteserra Vindicc. iurisdict. ecclesiast. Lib. III. cap. IIII. p.* 112. *sqq. Boehmer Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. tit. VI.* §. 243 *not. b. p.* 176. *sq. ed. nouiss.*

k) *Bach l. l.* §. 8. *p.* 426. *sqq. Schilter Institutt. iur. canon. Lib. I. tit. XVIII.* §. 9. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Num. LIII. S. 821. ff. *Boehmer Iur. eccles. protest. Tom. I. Lib. II. tit. II.* §. 40. 41. *p.* 1011. *sq. a Pufendorf Lib. de iurisdict. germ. Part. I. cap. IIII.* §. 105. *p.* 115. *ed. nouiss.*

l) *Cap.* 18. *X. de For. compet.* Significasti nobis, quod P. clericus ad petitionem C mercatoris se tuae iurisdictioni subiecit, si in termino nunc elapso de pecunia mutuata non satisfeciſſet eidem. Inquisitioni tuae taliter respondemus quod licet priuatorum consensus eum, qui iurisdictioni praeesse dignoscitur, suum possit iudicem constituere, CLERICI TAMEN IN IVDICEM NON SVVM (nisi forte sit persona ecclesiastica, et episcopi dioecesani voluntas accedat) CONSENTIRE NON POSSVNT.

m) *Cap.* 12. *X. eod.* Adseruisti, te vsque ad haec tempora tenuisse, quod licitum sit clerico, renunciare saltem in temporalibus causis iuri suo, et sibi lai-

jeden, der Forst ein privilegirtes Forum hat, und insonderheit auch den Geistlichen, die freywillige Unterwerfung unter einen nicht zuständigen Richter, und erkläret sogar schon die bloße Absicht, davon einseitig wieder abgehen zu wollen, für unerlaubt n). Bey diesem offenbaren Widerspruche, der zwischen den angezogenen Verordnungen des canonischen und römischen Rechts angetroffen wird, kann es begreiflich in Ansehung der aufgeworfenen Frage nur darauf ankommen, welchem Rechte heutiges Tages der Vorzug eingeräumet werden müsse. Nicht ohne vielen Grund bemerket Schnaubert o), daß hier ein Unterschied zwischen der catholischen und protestantischen Kirche anzunehmen sey. In Beziehung auf die erstere ist die Meinung derjenigen Rechtslehrer für gegründet zu achten, welche dem päbstlichen Rechte vor dem römischen den Vorzug zugestanden wissen wollen, weil in Ansehung ihrer, selbst auch noch heutiges Tages, die nämlichen Gründe eintreten, weswegen die freywillige Unterwerfung unter einen weltlichen Richter den Geistlichen untersagt wor-

laicum iudicem constituere, praesertim vbi aduersarii voluntas adcedit: ac temere iuramentum super hoc interpositum] respondisti: inmemor constitutionis, qua cauetur, pacto priuatorum iuri publico minime derogari. Quum ergo hoc ius in Mileuitano et Carthaginensi Conciliis sit specialiter promulgatum, ne clerici clericos relicto suo pontifice ad iudicia publica pertrahant, alioquin cauſſam perdant, et a communione habeantur extranei: et tam episcopi quam diaconi, seu quilibet clerici in criminali, seu in ciuili negotio, si derelicto ecclesiastico iudicio, publicis iudiciis se purgare voluerint, etiamsi pro eis lata sit sententia, locum suum amittant, et hoc in criminali actione: in ciuili vero perdant, quod euicerint, si locum suum maluerint obtinere: MANIFESTE PATET, QVOD NON SOLVM INVITI, SED ETIAM VOLVNTARII PACISCI NON POSSVNT, VT SECVLARIA IVDICIA SVBEANT, QVVM NON SIT BENEFICIVM HOC PERSONALE, CVI RENVNCIARI VALEAT, SED POTIVS TOTI COLLEGIO ECCLESIASTICO SIT PVBLICE INDVLTVM: CVI PRIVATORVM PACTIO DEROGARE NON POTEST. NEC IVRAMENTVM LICITE SERVARI POTVIT, QVOD CONTRA CANONICA STATVTA INLICITIS PACTIONIBVS INFORMATVR.

n) *L.* 51. *C. de Episcop. et cleric.* Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit NON VSVRVM FORI PRAESCRIPTIONE PROPTER SACERDOTII PRAEROGATIVAM: sancimus NON LICERE EI ADVERSVS SVA PACTA VENIRE, ET CONTRAHENTES DECIPERE: quum regula sit iuris antiqui: OMNES LICENTIAM HABERE, QVAE PRO SE INDVLTA SVNT, RENVNCIARE. Quam generalem legem in omnibus casibus obtinere sancimus, qui necdum per iudicialem sententiam vel amicabilem conuentionem sopiti sunt.

o) Schnaubert a. a. O.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0086
DFG

worden ist p). Was hingegen die letztere anbetrifft, so verdienet die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten allen Beyfall, welche dem römischen Rechte vor dem päbstlichen den Vorzug gestatten, weil in Ansehung ihrer heutiges Tages die Gründe, weswegen die Päbste Gregorius und Innocentius die freywillige Unterwerfung unter einen weltlichen Richter den Geistlichen untersagten, so wenig eintreten, daß vielmehr die Regel des alten Rechts: OMNES LICENTIAM HABERE, QVAE PRO SE INDVLTA SVNT, RENVNCIARE, auf welche der Kayser Justinian in seiner Verordnung provocirt, zur Anwendung gebracht werden muß q). Es bezeuget auch von Quistorp

p) Die Gründe, welche von den Päbsten Gregorius *VIIII.* und Innocentius *III.* in den citirten Verordnungen angeführet werden, bestehen in folgenden. Das den Geistlichen ertheilte privilegirte Forum, oder die ihnen eingeräumte Befugniß, den Gerichtszwang eines weltlichen Richters nicht anerkennen zu dürfen, sey keinesweges eine bloß persönliche Rechtswohlthat, die eine willkührliche Begebung zulasse, sondern vielmehr eine Præeminenz, die dem ganzen geistlichen Orden verliehen worden sey, und auf die öffentliche Kirchenverfassung sich gründe, folglich auch durch keine, wenn gleich mit einem Eyde bestärkte, Verträge einzelner Mitglieder geändert oder aufgehoben werden könne. Sonach sey die freywillige Unterwerfung der Geistlichen unter einen weltlichen Richter nicht einmal sodann für rechtsgültig zu achten, wenn sie gleich in einer bloß bürgerlichen Sache mit Einwilligung des Bischofs geschehen seyn sollte. *cf.* Gonzalez Tellez *Com. ad. Cap.* 12. *X. de For. compet.* Thomassinus *Vet. et nou. eccles. discipl. Part. II. Lib. III. cap. CX — CXIIII.*

q) Zu den Zeiten des Kaysers Justinian hatte es mit dem befreyeten Gerichtsstande der Geistlichen eine ganz andere Bewandniß, als in den späteren Zeiten, wo durch die Verleihung der weltlichen Regenten sowohl, als durch das canonische Recht die geistliche Gerichtsbarkeit ein eigenthümliches Recht der Bischöfe wurde. Als Justinian die angezogene *L.* 51. *C. de Episcop. et cleric.* publicirte, bestand der privilegirte Gerichtsstand der Geistlichen bloß darin, daß die in der kayserlichen Residenzstadt angesessenen nur bey dem praefectus praetorio, die in den Provinzen wohnenden aber nur bey dem Präses oder Rector der Provinz belangt werden konnten. *cf. L.* 33. *C. eod.* Der Gerichtsstand der Geistlichen in Civilsachen war folglich damals noch kein kirchlicher, sondern ein bloß weltlicher, der sich auf die Begünstigung und Achtung des geistlichen Standes gründete, und was hätte also wohl bey ihm der Anwendung der Regel des alten Rechts: omnes licentiam habere, quae pro se indulta sunt, renunciare, im Wege stehen können. Ganz anders aber verhielt sich die Sache, als Gregorius *VIIII.* seine Decretalen bekannt machte; jetzt wurde die geistliche Gerichtsbarkeit insbesondere in den persönlichen Sachen der Geistlichen von den Bischöfen, als ein ihnen eigenthümlich zuständiges Recht, ausgeübet, und solchergestalt der Gerichtsstand der Geistlichkeit in einen kirchlichen ganz eximirten Gerichtsstand umgeschaffen. Auf dieser öffentlichen Kirchenverfassung ruhet die Verordnung des

storp r), daß hier insonderheit nach dem Gerichtsgebrauche bey den Protestanten die Anwendung des römischen Rechts keinem Zweifel unterworfen sey.

§. 208.

Die Gerichtsbarkeit wird entweder von demjenigen, welchem sie die höchste Gewalt im Staate verliehen hat, selbst ausgeübet, oder es übet sie in dessen Namen vermöge einer von ihm erhaltenen Vollmacht ein anderer aus. Im ersten Falle heißt sie iurisdictio *propria*; im zweyten Falle hingegen wird sie iurisdictio *mandata* genannt s). Es fragt sich nun aber: in wie fern und wann kann der Richter seine Jurisdiction einem andern auftragen? Das römische Recht verstattet nur demjenigen, die Jurisdiction zu mandiren, welchem sie vermöge eines von der höchsten Gewalt im Staate ertheilten obrigkeitlichen Amtes zuständig ist. More maiorum ita comparatum est, sagt Julian in der *L.* 5. *D. de Iurisdict.* merklich, vt is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam *suo iure*, *non alieno beneficio*, haberet. Die Ausdrücke: SVO IVRE, und: ALIENO BENEFICIO, werden einander entgegen gesetzt, um recht deutlich anzuzeigen, daß die Gerichtsbarkeit, welche einem andern zur Ausübung überlassen werden soll, von dem Regenten selbst ertheilet, und solchergestalt iure magistratus zuständig seyn müsse t). In Gemäßheit dieses Grundsatzes erkläret nun auch Paulus in der *L.* 5. *D. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict.* mit den Worten: Mandatam sibi iurisdictionem mandare alteri non posse, manifestum est, ausdrücklich, daß die Gerichtsbarkeit, welche jemandem zur Ausübung übertragen worden ist, von ihm einem andern weiter nicht übertragen werden könne. Es ist solches

des angezogenen *Cap.* 12. *X. de For. compet.* ganz eigentlich. *cf. van. Espen Iur. eccles. vniu. Part. III. tit. I. cap. IIII. §. 20. sqq.*

r) von Quistorp a. a. O. S. 827.

s) *cf. Campiani de offic. et potest. magistratt. romm. p. 452. sqq.* Die Begriffe, welche Hellfeld giebt, sind unrichtig. Er sagt: iurisdictio *propria* sey diejenige Gerichtsbarkeit, welche jemand unmittelbar vom Regenten habe; allein kann man sie denn nicht auch mittelbar vom Regenten haben? er sagt ferner: iurisdictio *mandata* sey diejenige, die jemand ex mandato magistratus *ordinarii* habe; allein können denn nicht auch Commissarien, die doch nur magistratus *extraordinarii* sind, in gewissen Fällen die Gerichtsbarkeit mandiren?

t) *Quintanaduegnas de iurisdict. et inper. Lib. I. tit. XI. num. 1. sqq. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p. 259. sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0088
DFG

ches, wie Paulus sagt offenbar (*manifestum*); und weswegen? weil nach Julians Ausspruche nur die iurisdictio propria einer Uebertragung fähig ist v). Uebrigens kann die Jurisdiction nicht nur ganz, sondern auch zum Theile mandirt werden. Dies lehret Ulpian in der *L.* 16. *D. de Iurisdict.* wenn er sich so verlauten lässet: Solet praetor iurisdictionem mandare: et aut OMNEM mandat, aut SPECIEM VNAM: et is, cui mandata iurisdictio est, fungetur vice eius, qui mandauit, non sua. Auch stehet es den römischen Magistratspersonen frey, ihre Gerichtsbarkeit nach Gefallen zu mandiren. Sicut autem mandare iurisdictionem vel non mandare, sagt Ulpian in der *L.* 6. §. 1. *D. de Offic. proconf. et leg.* est in arbitrio proconsulis: ita adimere mandatam iurisdictionem licet quidem proconsuli; non autem debet inconsulto principe hoc facere. Der Auftrag soll zwar eben so willkührlich widerrufen als ertheilet werden können, allein dennoch soll wegen des Widerrufs zuvor Anfrage beym Regenten geschehen x). Die Gränzen des Rechts der römischen Magistratspersonen, ihre Gerichtsbarkeit an andere zur Ausübung zu überlassen, bestimmet mit Genauigkeit Papinian in der *L.* 1. *D. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict.* folgendergestalt: Quaecumque specialiter lege vel senatusconsulto, vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo vi entur errare magistratus, qui quum publici iudicii habeant exercitionem lege vel senatusconsulto delegatam, (veluti legis Iuliae de adulteriis, et si quae sunt aliae similes) iurisdictionem suam mandant. Huius rei fortissimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cauetur, vt is, cui obtigerit exercitio, possit eam si proficiscatur mandare. Non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit: quum alias iurisdictio etiam a praesente mandetur. Et, si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem praetor quam ex senatusconsulto habet, mandare non poterit. §. 1. Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet: sed et eius, qui mandauit, iurisdictione vtitur. Verius est enim, more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire. Quare nemo dicit, animaduersionem legatum proconsulis habere man-

v) *a Groenewegen Tr. de legg. abrogg. et inusitt. ad L. vlt. D. de Offic. eius cui mand. est iurisdict. p.* 86. *ed. nouiss.*

x) *cf. Perrenonius Animaduerss. et variar. lects. Lib. I. cap. XXVI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 626.)

data iurisdictione. Paulus notat: et inperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est. In der Regel konnten die römischen Magistratspersonen nur die Ausübung desjenigen, was *more maiorum* zu ihrem obrigkeitlichen Amte gehörte, an andere überlassen, und alles dasjenige daher, was ihnen besonders durch ein Gesetz, durch ein Senatusconsult, oder durch eine kayserliche Verordnung beygeleget war, wurde auf den Stellvertreter vermittelst des ihm geschehenen Auftrags nicht transferiret y). In den Worten: et ideo videntur errare magistratus *etc.* sucht Papinian dieses Princip zu versinnlichen. *Errant autem*, bemerket Muretus z) hiebey, *vt ego quidem opinor*, dupliciter: primum QVIA MALE VTVNTVR IVRISDICTIONIS NOMINE: deinde QVIA ID MANDANT, QVOD MANDARI NON POTEST. Cujacius a) weiß sich in die Worte: publici iudicii exercitionem, nicht zu finden. Er glaubt, der Sinn der ganzen Periode sey dieser, daß der Proconsul seinem Legat zwar COGNITIONEM, *seu* EXERCITIONEM PVBLICI IVDICII, nicht aber EXSEQVVTIONEM *seu* MERVM INPERIVM delegiren könne; sonach sind ihm aber evident exercitio publici iudicii und merum inperium zwey ganz verschiedene Dinge. *Exercitio publici iudicii*, sagt er, sey QVAESTIO PVBLICI IVDICII, COGNITIO CVSTODIARVM; die dem Legat vermöge eines vom Proconsul ertheilten mandati extraordinarii zustehe; das *merum inperium* habe der Legat nicht, weil bey ihm die Anklage so wenig angefangen als beendiget werden könne. Daher werde von Ulpian in der *L. 6. pr. D. de Offic. proconf. et leg.* verordnet: Solet etiam CVSTODIARVM COGNITIONEM mandare legatis, scilicet VT PRAEAVDITAS CVSTODIAS AD SE REMITTANT, VT INNOCENTEM IPSE LIBERET: sed hoc genus mandati EXTRAORDINARIVM est: nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre; nec liberandi igitur reos ius, QVVM ADCVSARI APVD EVM NON POSSINT. Der Legat habe nicht das extremum, welches dem mero inperio vorbehalten sey, er habe nur eine COGNITIONEM INTERMEDIAM. So bald der Legat cognoscirt habe, müsse er nach Ulpians Ausspruche den Beklagten an den Proconsul zurück weisen,

y) *cf. Balduinus Nott. ad L. 1. D. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict. (in Heineccii Iurisprud. rom. et attic. Tom. I. p. 816. sqq.)*

z) *Muretus Com. ad Tit. Dig. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p. 213.)*

a) *Cuiacius Lib. I. quaest. Papinn. ad L. 1. D. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0090
DFG

weisen, und unter dem *mandato* EXTRAORDINARIO, dessen der Jurist gedenkt, könne man sich nur ein *mandatum* INLEGITIMVM denken. Denn dem Proconsul sey ja die cognitio publici iudicii vermöge eines Senatusconsults oder einer kayserlichen Constitution beygelegt worden, und er irre daher allerdings und ertheile ein mandatum *inlegitimum*, wenn er jene Cognition mandirte. Der große Civilist Vincentius Cabotius b) hält diese Interpretation des Cujacius c) für irrig, und, wie mir scheinet, mit Recht. Papinian sagt: eine Magistratsperson, welche *publici iudicii exercitionem*, das heißt, wie es Ernstius d) ganz richtig verstehet, PLENAM ET INTEGRAM EXPEDITIONEM IN NEGOTIIS, VBI DE VITA HOMINIS VEL DE ALIA CORPORALI POENA TRACTARI SOLET, durch ein Senatusconsult oder eine kayserliche Verordnung erhalten habe, irre, wenn sie ihre Jurisdiction an andere zur Ausübung überließe. Weswegen sie aber irre, giebt Papinian durch die Verbindung der zweyten Periode mit der ersten in den Worten: ET IDEO, hinlänglich zu erkennen; so wie denn auch diese Verbindung unwiderleglich beweiset, daß der Jurist mit dem Ausdrucke: PVBLICI IVDICII EXERCITIONEM, das merum inperium habe bezeichnen wollen, weil dieses einer obrigkeitlichen Person iure magistratus nicht zustand, sondern derselben besonders verliehen werden mußte, und eben dadurch von dem *inperio* MIXTO differirte, welches mit der Jurisdiction verknüpft war, und einer obrigkeitlichen Person iure magistratus allerdings zustand e). Daher sagt auch Papinian am Ende, letzteres cohärire der Jurisdiction, und nach der Bemerkung des Paulus gehe dasselbe in dem Falle, wo eine Magistratsperson ihre Jurisdiction an einen andern zur Ausübung überlässet, auf den Stellvertreter über. So wenig nun aber der Mandatar durch den Auftrag das inperium merum erhielt, eben so wenig konnte er begreiflich dasjenige dadurch erhalten, was zur legis actione gehörte; denn alles, was man dahin rechnete, lag ausser der Sphäre der eigentlichen Jurisdiction, stand folglich einer Magistratsperson vermöge ihres obrigkeitlichen Amtes nicht zu, sondern mußte ihr vielmehr vermittelst einer besondern gesetzlichen Verordnung, oder, wie Papinian sagt,

b) *Cabotius Variar. iur. publ. et priu. disputt. Lib. II. cap. VII.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. pag.* 625.)

c) *Cuiacius l. l.*

d) *Ernstius Breuior. adnott. ad Lib. prim. Dig. tit. de Offic. eius, cui mand. est iurisdict.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VI. p.* 856.)

e) *cf. Aueranius Interpretr. iur. Tom. I. Lib. I. cap. I. p.* 1. *sqq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0091
DFG

sagt, specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione principum, verliehen werden f). Auch hier irret also nach Papinians Ausspruche eine Magistratsperson, wenn sie ihre Jurisdiction an andere zur Ausübung überlässet. Ausser der Ordnung konnte indessen eine Magistratsperson in Gemäßheit der legis Iuliae de vi das inperium merum mandiren, wenn sie eine Reise unternahm g); hierauf begründet Papinian die Ausnahme, daß der Auftrag auf den Fall einer Abwesenheit der Magistratsperson rechtsgültig geschehen könne h). Quum alias iurisdictio, setzt Papinian hinzu, etiam a praesente mandetur. Dasjenige, was zur eigentlichen Gerichtsbarkeit gehörte, konnte die Magistratsperson auch bey ihrer Anwesenheit einem andern zur Ausübung überlassen; hingegen dasjenige, was ihr vermöge eines Senatusconsults oder einer kayserlichen Constitution zuständig war, mithin die so genannte iurisdictionem voluntariam sowohl als das merum inperium, konnte sie nur bey ihrer Abwesenheit mandiren. Uebrigens war, wie der Jurist

f) *cf. Wieling Lectt. iur. ciuil. Lib. I. cap. V. p. 19. sq. ed. nouiss.*

g) Aus der angezogenen *L. 6. pr. D. de Offic. procons. et leg.* erhellet genugsam, daß man den legatis außer der Ordnung Untersuchungen in peinlichen Fällen zu übertragen pflegte, welches auch Constantin in der *L. vn. C. eod.* mit den Worten: Legati non solum *ciuiles*, sed etiam *criminales causas* audiant, ita vt si sententiam in reos ferendam prouiderint, ad proconsulem eos transmittere non morentur, deutlich bestätiget. Beyde Stellen beweisen indessen nur, daß allenfalls die Verhörung der Missethäter von den legatis habe verrichtet werden können, und geben nicht undeutlich zu erkennen, daß die Urthel selbst und deren Vollziehung der Magistratsperson selbst vorbehalten gewesen sey. *cf. Oost-erdyk Disp. ad fragmm. quae ex Venulei Saturnini libb. de offic. procons. Juperf. cap. III §. 1. (in Oelrichs Thes. nou. dissertt. iuridd. in Acadd. Belgg. habitar. Vol. I. Tom. II. num. 7. p. 489.) Schulting Enarrat. part. prim. Dig. tit. de Iurisdict. §. 9. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p. 114. sqq.)*

h) Man darf sich daher nicht wundern, wenn man in den römischen Gesetzen findet, daß der Stellvertreter hin und wieder auch solche Handlungen habe unternehmen können, die nicht zum ordentlichen Amte der obrigkeitlichen Person gehörten, sondern ihr vielmehr specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione principum verliehen werden mußten. *L. 1. §. 1.* und *L. 3. D. de Tutor. vel curator. dat. L. 15. D. de Offic. procons. et leg. §. 4. I. de Attil. tutor. cf. Ernstius l. l. p. 853.* Auf solche Weise verschwindet auch der vermeintliche Widerspruch zwischen der *L. 2.* und *L. 3. D. de Offic. procons. et leg.* und der *L. 17. §. 1. D. de Manumiss. vind.* welchen *Noodt de iurisdict. et inper. Lib. II. cap. VII. (in Eiusdem opp. Tom. I. p. 105. sq.) Schulting l. l.* und *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. I. cap. I. p. 1. sq.* durch verschiedene Emendationen der letztern Stelle zu heben suchen, von selbst. *cf. Hotomannus Responss. amicabb. Lib. II. cap. 1. Robertus Receptt. lectt. Lib. I. cap. XXVIII.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0092
DFG

rist ausdrücklich sagt, die Jurisdiction des Stellvertreters mit derjenigen der Magistratsperson, die ihn bevollmächtiget hatte, eine und eben dieselbe. Aus diesem Grunde pflegte der bevollmächtigte Richter des Tribunals seines Gewaltgebers sich zu bedienen i), und von den Rechtssprüchen des erstern fand nicht an den letztern selbst, sondern nur an dessen Oberrichter das Rechtsmittel der Berufung statt k).

Bey der Frage: ob und in wie fern heutiges Tages bey uns eine Gerichtsobrigkeit die ihr zuständige Jurisdiction einem andern zur Ausübung auftragen könne? hat man zwischen der Patrimonialgerichtsbarkeit und Amtsgerichtsbarkeit zu unterscheiden. Gleichwie die Patrimonialgerichtsbarkeit vermöge ihrer Natur ohne alle Rücksicht auf die zur Uebernehmung des richterlichen Amtes er-

i) *L. vlt. C. Vbi et apud quem cognit. in integr. restitut. agit. sit.*

k) *L.* 1. §. 1. *D. Quis et a quo appellet.* Ab eo, cui quis mandauit iurisdictionem, non ipse prouocabitur: nam generaliter is erit prouocandus ab eo, cui mandata est iurisdictio, qui prouocaretur ab eo, qui mandauit iurisdictionem. Eine Ausnahme findet in Gemäßheit der *L.* 2. *D. eod.* bey den legatis proconsulis statt; denn es heißt daselbst: Adpellari a legatis proconsul potest, et si multam dixerit, potest de iniquitate eius proconsul cognoscere, et, quod optimum putauerit, statuere. Die Gründe zu dieser Ausnahme untersuchen *Oosterdyk l. l.* §. 4. *p.* 503. *sqq. van Bynkershoek Obseruatt. iur. rom. Lib. VI. cap. XXIII. p.* 167. *sqq.* und *Campiani l. l. p.* 298. Wahrscheinlich ist sie nicht allgemein, sondern beziehet sich nur auf den besondern Fall, wo der Legat nicht als bloßer Mandatar, sondern zugleich vermöge eines ihm zuständigen eigenen Rechts handelte. Denn wirklich ruhete die Gewalt eines Legats nicht einzig und allein auf der von Seiten des Proconsuls geschehenen Bevollmächtigung; er konnte vielmehr auch manches, was nicht zur Jurisdiction im eigentlichen Verstande, sondern zur legis actione gehörte, vermöge eigenen Rechts thun, wenn gleich die Ausübung dieses Rechts von der Bevollmächtigung abhieng. Hieraus muß dasjenige, was Pomponius in der *L.* 13. *D. de Offic. proconf. et leg.* sagt: Legati proconsulis nihil proprium habent, nisi a proconsule eis mandata fuerit iurisdictio, bezogen werden. Ohne Zweifel gehet, wie *Perrenonius Animaduerss. et variae. lectt. iur. ciuil. lib. I. cap. XXVI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 626. *sq.*) bemerket, der Sinn dieser Stelle dahin daß der Legat dasjenige, was ihm, ausser der aufgetragenen Jurisdiction, suo iure und in eigenem Namen zu thun erlaubt war, anders nicht habe ausüben können, als wenn ihm der Proconsul die Jurisdiction übertragen hatte. Man sehe indessen *van Bynkershock l. l. Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. VII. cap. XXII. p.* 209. *Foppius ab Aezema Dissertionn. ex iur. ciu. Lib. II. cap. II. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VI. p.* 821. *sq.*)

erforderlichen Fähigkeiten als eine eigene Gerechtsame zuständig ist, so leidet es nicht den mindesten Zweifel, daß die Ausübung derselben beständig einem andern nicht nur aufgetragen werden könne, sondern auch sogar aufgetragen werden müsse, wenn die Gerichtsherrschaft dieselbe entweder nicht selbst ausüben will, oder auch wohl in Ermangelung der zum Richteramte nöthigen Eigenschaften nicht selbst ausüben kann. Gewöhnlich ist nun bey den Gerichtsherrschaften beydes der Fall, und sie pflegen daher zur Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit überhaupt gewisse Personen zu bestellen, welche Gerichtshalter oder Justitiarien genannt werden l). Was hingegen die Amtsgerichtsbarkeit anbetrifft, welche vermöge eines von der höchsten Gewalt im Staate verliehenen öffentlichen Amtes ausgeübt wird, so kann diese vermittelst einer Vollmacht in der Regel gar nicht, höchstens aber nur in Ansehung einzelner Geschäfte an solche Personen, die zu dem nämlichen Gerichte gehören, zur Verwaltung überlassen werden m). Diejenigen Personen, welchen der Richter in Beziehung auf ein einzelnes Geschäft die Ausübung seiner Amtsgerichtsbarkeit aufträgt, werden Gerichtsdeputirte genannt n). Eben so wenig als die administratorische Jurisdiction kann aber auch der Regel nach die delegirte Gerichtsbarkeit einem andern zur Ausübung überlassen werden o), weil alle Eigenschaften, auf die bey einem Richter überhaupt Rücksicht zu nehmen ist, auch ein commissarischer Richter an sich tragen muß p). Aus-

l) *Barth Diss. de iurisdictione, quam illustres et nobiles per officiales exercere solent.* (Lipsiae 1698.)

m) Lobethan Entwickelung der ganzen Lehre von der Gerichtsbarkeit, der weltlichen sowohl als der kirchlichen, Th. I. Abschn. II. §. 7. S. 25. Der Grund liegt darin, weil von der höchsten Gewalt im Staate die Amtsgerichtsbarkeit nur solchen Personen verliehen wird, welche die zur Verwaltung des Richteramtes erforderlichen Fähigkeiten und Eigenschaften besitzen; ein Grund, welcher bey der Patrimonialgerichtsbarkeit gänzlich hinweg fällt.

n) Nettelbladt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, Th. I. Abschn. II., Tit. II. §. 71. S. 40.

o) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 490. S. 690.

p) *Boehmer Jur. eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. XXVIIII. §. 18—23. p. 663. sqq. ed. noviss.* Zwar will a Leyser *Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXVIII. med. 1. p. 283. sqq.* einem commissarischen Richter das Recht der Subdelegation in Gemäßheit der *L. 5. C. de Iudic. L. vn. C. Qui pro sua iurisdict. iudic. dare dariue poss.* sowohl

Ausnahmen von der Regel finden indessen statt, wenn 1) beyde Partheyen in die Subdelegation einwilligen q), oder 2) der Landesherr dem commissarischen Richter das Recht dazu entweder ausdrücklich oder stillschweigend ertheilet. Eine stillschweigende landesherrliche Ertheilung dieses Rechts ist anzunehmen, wenn α) den angeordneten commissarischen Richter sein Stand zur Subdelegation berechtiget r), oder β) eine Commission, die nicht füglich anders als von einer einzelnen Person ausgerichtet werden kann, einem ganzen Collegium aufgetragen ist s), oder γ) ein Gerichtsherr, der die ihm eigenthümlich zuständige Gerichtsbarkeit nicht selbst administrirt, zum commissarischen Richter ernannt ist t).

Die delegirte Gerichtsbarkeit erlöschet 1) durch die Wiederrufung des ertheilten Auftrags, welche dem Committenten beständig, dem subdelegirenden commissarischen Richter aber nur sodann frey stehet, wenn er sich die Revocation vorbehalten hat, oder diese erfolget, ehe noch der subdelegirte Commissar die

wohl als das *Cap. 27. pr. X. de Offic. et potest. iud. deleg.* ohne Einschränkung zugestanden wissen; allein die angezogenen Verordnungen des römischen Rechts können wegen der veränderten heutigen Gerichtsverfassung auf unsere Commissarien eben so wenig angewendet werden, als der angeführte Text des päbstlichen Rechts, welcher sich lediglich auf die delegatos papales beziehet, denen ihrer geistlichen Würde wegen die Subdelegation gestattet wurde. *cf. Müller Observatt. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. II. Obs. CXXII. p. 29. sqq. Emminghaus Nott. ad de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. I. quaest. 13. not. t. p. 169. sq. Gebauer Diss. de iurisdict. sec. doctrin. romanor. eiusdemque doctrinae in german. vsu, cap. II. §. 6. (in Eiusdem exercitt. acadd. Tom. I. p. 480. sqq.) Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. Lib. II. tit. I §. 16. p. 74. sqq. ed. nouiss. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III. §. 4201. p. 630.*

q) *Cap. vlt. X. de Offic. et potest. iud. deleg.*

r) *Cap. 3. X. eod. Cap. 11. de Rescript. in 6to.* Dies ist z. B. der Fall wenn einem Reichsstande vom Kayser in einer Justizsache eine Commission aufgetragen ist.

s) *Hofacker l. l.*

t) Viele practische Rechtslehrer behaupten, dem commissarischen Richter stehe die Subdelegation überhaupt frey, wenn er die Commission selbst auszuführen verhindert wird, vorausgesetzt, daß er nicht zur ganzen Sache, sondern nur zu einem dabey vorkommenden einzelnen Geschäfte bestellet sey, und dieses eben keine besondere Geschicklichkeit und Rechtskenntniß erfordere. *cf. Müller l. l. p. 26.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0095 DFG

die ihm aufgetragene Gewalt auszuüben angefangen hat v); 2) durch die von Seiten des commissarischen Richters geschehene freywillige x) oder nothwendige y) Niederlegung der Commission; 3) durch die Beendigung des aufgetragenen Geschäftes sowohl, als durch den Ablauf der präfigirten Zeit z); 4) durch den Tod des Commissars, wenn nicht mehrere unter den Clauseln: sammt und sonders und sammt oder sonders, bestellet worden sind a), oder eine gültige Subdelegation vorgegangen, oder eigentlich einem Amte, ohne besondere Rücksicht auf die Person, der Auftrag ertheilet worden ist b); 5) durch den Tod desjenigen, der den Auftrag ertheilet hat, wie fern derselbe sich ereignet, ehe noch der commissarische Richter die ihm aufgetragene Gewalt auszuüben angefangen hat c).

Eine andere Bewandniß hat es mit der iurisdictione mandata, die, wie wir oben gesehen haben, zwar bey den Römern eben so, wie eine jede andere Bevollmächtigung erlosch, heutiges Tages aber zum wenigsten in Beziehung auf die Gerichtshalter oder Justitiarien der Patrimonialgerichtsherrschaften nach andern Grundsätzen beurtheilet werden muß. Nach den Bemerkungen der bewähr-

v) *Cap.* 6. und *Cap.* 7. *de Offic. et potest. iud. deleg. in 6to.* Bisweilen kann die Widerrufung auch dadurch stillschweigend geschehen, daß der Committent die nämliche Commission einem andern aufträgt. *Cap.* 28 §. 2. *X. eod.*

x) Die freywillige Niederlegung der Commission setzt erhebliche Ursachen zum voraus.

y) Die nothwendige Niederlegung der Commission ereignet sich sodann, wenn der commissarische Richter als verdächtig recusirt worden ist.

z) *Cap.* 4. *X. de Offic. et potest. iud. deleg. cf.* Danz a. a. O. S. 691.

a) Sind mehrere Commissarien ganz im allgemeinen und unbestimmt angeordnet worden, so daß keiner ohne den andern rechtsgültig verfahren kann, so endiget sich allerdings mit dem Tode des einen auch die Gewalt der übrigen, wenn nicht eine gültige Subdelegation vorgegangen ist. *Cap.* 6. *Cap.* 15. *Cap.* 16. *Cap.* 22. und *Cap.* 30. *X. de Offic. et potest. iud. deleg. cf. Boehmer Iur eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. XXVIIII. §. 23. 24. p. 666. Jq.*

b) *Cap.* 3. *Cap.* 14 und *Cap.* 42. *X. eod.*

c) *Cap.* 20. *X. eod. cf.* Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, §. 134. Danz a. a. O. §. 118. S. 231. f. *de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. IIII. quaest.* 8. *p.* 198. *ed. nouiss. Hofacker l. l.* §. 4204. *p.* 633.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0096
DFG

währtesten Rechtslehrer erreichet die Vollmacht des Gerichtshalters durch den Tod seines Gerichtsherrn noch nicht ihre Endschaft, vielmehr continuirt der Justitiarius die Ausübung der Patrimonialgerichtsbarkeit, weil diese durch den Tod des letzten Gutsbesitzers nicht zernichtet wird, und als ein dingliches Recht auf den neuen Erwerber des praedii, dem sie als eine Zubehörung anklebt, übergehet d). Auch lässet es sich mit hinlänglichem Grunde nicht behaupten, daß der Gerichtsherr die einmal verfügte Bevollmächtigung seines Gerichtshalters, ohne rechtmäßige Ursache, willkührlich zu wiederrufen befugt sey, wenn er nicht etwa in dem Bestallungscontracte die Befugniß dazu sich vorbehalten haben sollte e). Zwar hängt in der Regel die Revocation eines jeden Auftrags lediglich von dem Gutdünken des Gewaltgebers ab f); allein die Verhältnisse, welche zwischen dem Gerichtsherrn und dem Gerichtshalter eintreten, sind nicht sowohl bloß nach den von der Bevollmächtigung geltenden Principien, als vielmehr nach den in Ansehung öffentlicher Staatsbedienungen anzunehmenden Grundsätzen zu beurtheilen g). Zudem geräth das Beste des Staats mit der Befugniß des Gerichtsherrn, den Gerichtshalter seiner Dienste ohne Ursache willkührlich zu entsetzen oder zu entlassen, so sehr in Collision, daß ihm dieselbe unmöglich zugestanden werden kann h).

d) *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. I. Obs. LXI.*

e) *Kind Quaestt. forenss. Tom. II. cap. XXXVI. p. 209. sqq.* Das Gegentheil behauptet *Beyer Spec. iur. germ. cap. IIII. §. 29.* und mit ihm *a Leyser Medit. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXVII. coroll. 3. p. 282.* Wie man indessen mit dieser Behauptung dasjenige, was letzterer *l. l. Spec. LXII. med. 9. p. 678. sqq.* und *Vol. II. Spec. LXXI. coroll. 3. p. 66.* vorträgt, reimen solle, ist in der That schwer zu begreifen.

f) §. 9. *I. de Mand. L. 12. §. 16.* und *L. 15. D. Mandat. L. 3. C. eod.*

g) *Engler Diss. de muneribus publicis iustitiae sacerdotibus absque iusta caussa non auferendis*, (Lipsiae 1794.) Rebmann Versuch über die Frage: ob ein Herr seinen verpflichteten Beamten ohne Ursache seiner Dienste entsetzen oder entlassen könne? (Regensburg 1791.)

h) Wie äusserst gefährlich es für den Staat werden könne, wenn der Wiederruf schlechthin der Willkühr des Gerichtsherrn überlassen seyn sollte, zeiget eben so ausführlich als gründlich *Kind l. l.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0097
DFG

§. 209.

Zur Aufrechthaltung des richterlichen Ansehens und der richterlichen Gewalt hatte man bey den Römern drey Edicte:

1) DE ALBO CORRVPTO;

2) QVOD QVISQVE IVRIS IN ALTERVM STATVERIT, VT IPSE EODEM IVRE VTATVR, und

3) SI QVIS IVS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT,

die aus dem beständigen Edicte in die Pandecten mit eingeflossen sind. Von dem erstern handelt der Verfasser hier; die zwey letzteren hingegen sind der Gegenstand der beyden nächstfolgenden Titel.

Die römischen Magistratspersonen hatten die Gewalt, durch ihre Edicte neue Rechtssätze einzuführen, wie fern eine vernünftige Anwendung der Gesetze solche erheischte i). Diese Edicte pflegten sie durch einen öffentlichen Anschlag auf hölzernen Tafeln, oder, wie es die Gesetze nennen, in albo k) bekannt

i) *cf. Borellus Tr. de magistratuum edictis*, (Francof. 1621.) *Heineccius Histor. edictor. (in Eiusdem opuscc. posthum. p. 1. sqq.) Bouchaud Recherches historiques sur les edits ou ordonnances des magistrats romains, (dans les Memoires de litterature, Tom. XXXVIIII. p. 279 sqq.* Aus den Edicten der Magistratspersonen bildete sich das so genannte IVS HONORARIVM. Woher diese Benennung entstanden sey, darüber sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilet. Einige behaupten, es heiße dieses Recht um deswillen ius honorarium, weil es größtentheils den Edicten des praetoris *vrbani*, welcher HONORATVS genannt wurde, seine Existenz verdankte; andere nehmen an, der Name sey daher entstanden, weil es den Edicten derjenigen, qui HONORES gerebant, seine Entstehung schuldig sey. *cf. Fabrottus ad Theoph. §. 7. I. de Iur. nat. gent. et ciu. Heineccius l. l. Lib. I. cap. I. p. 13. Cuiacius Nott. ad §. 7. I. de Iur. nat. gent. et ciu.* Diese Meinungen verwirft *Bach Histor. iurisprud. rom. Lib. II. cap. II. sect. III. §. 1. p. 202. sq. ed. nouiss.* als irrig, und behauptet, es werde aus dem Grunde, quod edictorum capita pro iure valebant in HONOREM eorum, a quibus proposita erant, so genannt. In der L. 2. §. 10. *D. de Iurisdict.* sagt Pomponius ausdrücklich: HONORARIVM dicitur, quod ab HONORE praetoris venerat. *cf. Wieling Lect. iur. ciuil. Lib. II. cap. XXVIII. p. 229.*

k) ALBVM war, wie der berühmte Ritter in der Vorrede zum vierten Bande seiner vortrefflichen Ausgabe des Theodosianischen Codex bemerket, tabula lignea natini coloris, in qua atris litteris scriberetur edictum; nicht aber wie *Heineccius l. l. cap. II. §. 6. p. 19.* und andere wollen, paries dealbatus. *cf. Bach l. l.* §. 5.

kannt zu machen l); beschädigte nun jemand einen solchen öffentlichen Anschlag geflissentlich, indem er ihn z. B. mit Kothe besudelte, oder auf andere Weise unleserlich machte und zernichtete, so fand gegen ihn die actio de albo corrupto statt. In der *L. 7. pr. D. de Iurisdict.* sagt Ulpian: Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae caussa, non quod, prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est. Der römische Rechtsgelehrte legt hier zuvörderst die Worte des Edicts vor, und erläutert solche sodann in den nachfolgenden Paragraphen der angezogenen Gesetzstelle, die wir unten näher betrachten wollen. Aus den Worten des Edicts selbst ergiebt sich evident, daß 1) die Corruption des öffentlichen Anschlags, wenn deshalb überhaupt die actio de albo corrupto gegen den Thäter sollte erhoben werden können, böslicher Weise geschehen seyn mußte; 2) die Strafe, welche vermittelst dieser Klage verfolget wurde, eine Geldsumme von fünfhundert aureis betrug, und 3) die genannte Klage eine Popularklage war, als solche aber von einem jeden aus dem Volke angestellet werden konnte.

Es konnte die corruptio albi verübet werden entweder an obrigkeitlichen Verfügungen, die so lange, als die Magistratsperson regierte, gelten sollten, oder

§. 5. p. 206. Die Meinung des Heineccius begünstiget indessen nicht nur die Glosse, worin das album κονίωμα genannt wird, sondern auch *Suidas in* λεύκωμα *Tom. II. p.* 433. *ed. Kust.* welcher es: Τεῖχος γύψῳ ἀλειλημμένον πρὸς γραφὴν πολιτικῶν πραγμάτων, parietem gypso inlitum ad res ciuiles inscribendas, nennt. Merkwürdig ist es, daß *Theophilus Paraphras. Institt. ad* §. 12. *de Iur. nat. gent. et ciu.* das Edict selbst ἄλβον, und zwar διὰ τὸ λευκοῖς γεγράφθαι γράμμασι, quod albis litteris esset scriptum nennt. Damit stimmet auch die alte Glosse vollkommen überein, nur setzt sie am Ende noch hinzu: Ἐπὶ γὰρ κονίαματα διατάγματα καὶ τὰς προσγραφὰς ἐξετίθεσαν, nam in opere tectorio, seu calce obducto edicta proponebantur. *cf. Corasius Miscellann. iur. ciuil. Lib. IIII. cap. VI.* Uebrigens nehmen *Cuiacius Obseruatt. et emendd. Lib. V. cap. XVII. p.* 143. *sqq.* und *Heineccius l. l. cap. VI.* §. 16. *p.* 94. *sqq.* ein doppeltes album an, und behaupten, daß der Prätor auf dem einen das Edict selbst, auf dem andern aber die Klageformel vorgeleget habe. *Bachl.* will inzwischen diese Behauptung nicht passiren lassen, und ich glaube selbst, daß die Stellen der Alten, auf welche jene Rechtslehrer provociren, ihre Meinung nicht rechtfertigen. *cf. d' Arnaud Variar. coniectur. Lib. II. cap. VIIII. p.* 282.

l) *L. 2.* §. 10. *D. de Iurisdict.* Eodem tempore et magistratus iura reddebant, et *vt scirent ciues, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemuniret,*

EDIC-

oder an richterlichen Verordnungen, die nur einzelne Rechtsfälle zum Vorwurfe hatten. Auf diesen Unterschied müssen die Worte des Edicts: *Si quis id, quod* IVRISDICTIONIS PERPETVAE CAVSSA, *non quod*, PROVT RES INCIDIT, *propositum corruperit*, bezogen werden. Wenn z. B. eine römische Magistratsperson in einem öffentlichen Anschlage bekannt machte, daß sie diese oder jene Klage zulassen wolle, so war dies iurisdictionis perpetuae caussa propositum; machte sie hingegen mittelst eines öffentlichen Anschlags eine Citation bekannt, so war dies prout res incidit propositum. Cujacius m) und Noodt n) halten die in einigen Ausgaben mit Häkchen eingeschlossenen Worte: NON QVOD, PROVT RES INCIDIT, für ein Glossem; allein das Ansehen des florentinischen Codex lässet ihre Aechtheit nicht weiter bezweifeln. Cujacius führet gar keine Gründe an, weswegen er die angezogenen Worte für einen unächten Zusatz hält; diejenigen Gründe aber, welche Noodt anführet, vermögen mich nicht, seine Conjectur als richtig anzuerkennen, wenn sie übrigens gleich auch Heineccius o) für sehr wahrscheinlich hält p). Eben so sollen auch nach der Meinung jener Rechtslehrer die nachfolgenden Worte: IN CHARTA, VEL IN ALIA MATERIA, ein

EDICTA PROPONEBANT, quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt.

m) *Cuiacius l. l. Lib. XXI. cap. XXIIII. p. 734. sq.*

n) *Noodt Com. in Pandect. tit. de Iurisdict. (in Eiusdem opp. Tom. II. p. m. 38.)*

o) *Heineccius l. l. not. g. p. 323.*

p) Erant et alia edicta, sagt *Noodt l. l.* quae praetor iubebat proponi, non in omnes res, neque in omnes personas, in perpetuum, sed pro re nata, in res et in personas singulas, horum exempla occurrunt in *L. 53. §. 1. D. de Re iudic. L. vlt. D. Vbi pupillus educ. deb.* et alibi. Haec vero quum aliam haberent caussam, quam edicta perpetua: ad praesens edictum non pertinent: eoque interpres his verbis *d. L. 7. Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae caussa in albo propositum erit*, in margine pro explicatione haec adiecit verba: *Non quod prout res incidit*: quamquam librarius ea deinde miscuit Vlpiani verbis, significabat autem ille interpres id, quod res est, eum, qui violet edictum, iussu praetoris adfixum, non perpetuae iurisdictionis caussa, sed pro re nata, non puniri hac actione: quia tale edictum magis ad priuatam alicuius, quam ad communem omnium, vtilitatem spectat.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0100
DFG

ein Gloſſem ſeyn; Schulting q), Heineccius r) und von Coſta s) behaupten aber mit Recht das Gegentheil, weil ſich gar kein Grund abſehen läſſet, weswegen dieſe Worte in dem Edicte nicht geſtanden haben ſollten t). Für: QVINGENTORVM AVREORVM, will Accurſius leſen: QINQVAGINTA AVREORVM, und ihm pflichten auch Vinnius v) Duarenus x) und Balduinus y) bey, weil ſonſt die Größe der Geldſtrafe mit der Größe des Verbrechens in keinem Verhältniſſe ſtehe; allein daß dieſer Grund nicht hinreichend ſey, die gemeine Leſeart zu ändern, bemerken Leunclavius z), Cujacius a) und Fornerius b) ſehr richtig. Die Strafe wurde ſo hoch angeſetzt, um das Anſehen der römiſchen Magiſtratsperſonen hinlänglich zu ſichern, und in dieſer Rückſicht war ſie bey dem Wohlſtande, der bekanntlich unter den Römern herrſchte, immer noch nicht zu hoch. Ohnehin wird die gemeine Leſeart: QVINGENTORVM AVREORVM, durch den Florentiniſchen Codex und die Baſiliken beſtärket.

In den nachfolgenden Paragraphen der angeführten Geſetzſtelle füget Ulpian verſchiedenes zur Erläuterung des Edicts hinzu. Serui quoque, ſind im §. 1. ſeine Worte, et filii familias verbis edicti continentur. Sed et vtrumque ſexum praetor complexus eſt. Dies iſt den Wor-

q) *Schulting Nott. ad. Pauli ſententt. receptt. Lib. I. tit. XIII. §. 3. not. 7. (in Eiuſdem iuriſprud. anteiuſt. p. 247. ed. nouiſſ.)*

r) *Heineccius l. l.*

s) *a Coſta Com. ad Inſtitutt. §. 12. de Action. p. 534.*

t) *Noordkerk Obſeruatt. dec. cap. VIII. p. 157. ſqq.*

v) *Vinnius Com. in Inſtitutt. Tom. II. ad §. 12. de Action. not. 12. p. 891. ed. nouiſſ.*

x) *Duarenus Diſputt. anniuerſſ. Lib. I. cap. XXXXVIII.*

y) *Balduinus Nott. ad L. 7. D. de Iuriſdict. (in Heineccii Iuriſprud. rom. et attic. Tom. I. p. 823. ſq.)*

z) *Leunclauius Notator. Lib. II. (in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. III. p. 1506.)*

a) *Cuiacius l. l. Lib. X. cap. X. p. 307. ſq.*

b) *Fornerius Rer. quotidd. Lib. III. cap. II. (in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. II. p. 196.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0101
DFG

Worten: SI QVIS, womit das Edict anhebt, vollkommen angemessen, indem sie ihrer Allgemeinheit wegen auf einen jeden, er mag Sclave oder Freyer, er mag Hausſohn oder Hausvater seyn, bezogen werden müssen. Daß auch das Edict eben so gut auf Frauenzimmer als auf Mannspersonen gehen solle, beruhet ebenfalls vermöge dieser Anfangsworte außer Zweifel, weil in Gemäßheit der *L.* 195. *pr. D. de Verbor. signif.* die pronunciatio sermonis in sexu masculino der Regel nach beyde Geschlechter, das weibliche sowohl als das männliche, umfasset. Quod si dum proponitur, fährt Ulpian im §. 2. fort, vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt; Pomponius autem ait, sententiam edicti porrigendam esse ad haec. Buchstäblich lässet sich zwar das Edict nicht anwenden auf den Fall, da jemand den Anschlag zu einer Zeit, wo derselbe entweder eben erst bekannt gemacht wird, oder gar noch nicht publicirt war, verdirbt, weil es im Edicte; PROPOSITVM ERIT, heißt; allein dennoch will Pomponius auch auf diesen Fall das Edict angewendet wissen. Weswegen Pomponius dies wolle, ist leicht einzusehen. Die Absicht des Edicts gehet dahin, das Ansehen der Magistratspersonen aufrecht zu erhalten, und ihren Anordnungen Unverbrüchlichkeit und Unverletzlichkeit zu verschaffen; begreiflich muß demnach das Edict beständig zur Anwendung kommen, die Corruption mag auch zu einer Zeit geschehen seyn, zu welcher sie immer will. In seruos autem, heißt es im §. 3. weiter, si non defenduntur a dominis, et eos, qui inopia laborant, corpus torquendum est. Sclaven und Arme, welche die im Edicte festgesetzte Geldbuße zu entrichten nicht vermögen, werden nach dem bekannten Grundsatze: *qui non habet in aere, luat in corpore*, körperlich gezüchtiget, es wäre denn, daß für erstere das Geld von den Eigenthümern erleget würde. Da Ulpian lediglich: si non DEFENDVNTVR a dominis, sagt, und nicht: aut NOXAE DANTVR, hinzu füget, so ist leicht zu erachten, daß der Herr des Sclaven nicht noxaliter belangt, oder gegen ihn auf die Ersetzung des Schadens und die Abtretung des Sclaven alternativ geklagt werden sollte; es war der Willkühr des Eigenthümers überlassen, ob er den Sclaven der körperlichen Züchtigung unterwerfen, oder die Geldstrafe für ihn bezahlen wollte. Doli mali autem, bemerket der römische Jurist im §. 4. noch, ideo in verbis edicti sit mentio, quod si per inperitiam vel rusticitatem, vel ab ipso praetore iussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur. Hat jemand aus Unerfahrenheit, Dummheit, Ungeschicklichkeit und Plumpheit, oder auf Befehl des Prätors, oder zufälliger Weise unvorsätzlich den Anschlag corrumpirt, so ist er nicht straffällig, weil das Edict ausdrücklich voraussetzt, daß die Corruption böslicher Weise (*dolo*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0102
DFG

lo malo) geschehen sey. Im §. 5. sagt Ulpian endlich: Hoc vero edicto tenetur et qui tollit, quamuis non corruperit: item qui suis manibus facit, et qui alii mandat: sed si alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandauit, qui mandauit, tenebitur: si vterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam et si plures fecerint, vel corruperint, vel mandauerint, omnes tenebuntur. Auch derjenige, welcher den Anschlag zwar nicht verdirbt, aber denselben abreisset oder von seinem Orte hinweg nimt, ist in die Strafe verfallen, welche das Edict sanctionirt c). Es kommt ferner nichts darauf an, ob jemand die Beschädigung, imgleichen die Wegnahme des Anschlags eigenhändig verrichtet hat, oder ob er sie durch einen andern hat verrichten lassen; auch im letztern Falle trifft ihn nach der Regel: *quod quis per alium fecit, ipse fecisse putatur*, die Strafe des Edicts. Hat inzwischen jemand vermöge eines erhaltenen Auftrags die Beschädigung, imgleichen die Wegnahme verrichtet, so wußte dieser entweder, daß der Auftrag böslicher Weise geschah, oder er wußte solches nicht. Im letztern Falle ist nicht er, sondern bloß derjenige, welcher den Auftrag ertheilet hatte, straffällig; hingegen im erstern Falle sind beyde der Strafe unterworfen. Sollten auch wohl gar noch mehrere die Frevelthat entweder selbst verübet haben, oder solche haben verüben lassen, so sind sie sämmtlich in die Strafe verfallen, und zwar, wie Cajus in der nächstfolgenden *L.* 3. *D. eod.* sagt, dergestalt, vt non sufficiat, vnum eorum poenam luere. Die actio de albo corrupto hat gegen die mehreren Theilnehmer *in solidum* statt. Denn gleichwie ein jeder von ihnen delinquirt, so wird auch ein jeder von ihnen aus seiner unerlaubten Handlung für sich in eigenem Namen verantwortlich, in der Maße, daß wenn der eine seine Strafe erleget, der andere dadurch von seiner Verbindlichkeit, die nämliche Strafe zu erlegen, noch nicht befreyet wird. Es gehöret hieher die Entscheidung, welche Paulus in der *L.* 9. *D. eod.* mit folgenden Worten giebt: Si familia alicuius album corruperit: non similiter hic edicitur, vt in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, quum defendere voluit, vnius nomine praestiterit, quantum liber praestaret; fortasse, quia hic et contemta maiestas praetoris vindicatur, et plura facta intelliguntur: quemadmodum quum plures

c) *cf.* Paulus *Sententt. receptt. Lib. I. tit. XIII. §. 3. (in Schultingii iurisprud. anteiust. p. 247. ed. nouiss.)* Is, [qui album RASERIT, CORRVPERIT, SVSTVLERIT, MVTAVERIT, quidue aliud propositum edicendi causa TVRBAVERIT, extra ordinem punietur,

plures serui iniuriam fecerunt, vel damnum dederunt, quia plura facta sunt, non, vt in furto vnum. Octauenus hic quoque domino subcurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curauerint, vt ab alio album corrumperetur, quia tunc vnum consilium sit, non plura facta, idem Pomponius libro decimo notat. Eine Familie, (das heißt, mehrere oder alle Sclaven eines und eben desselben Herrn) hatte den öffentlichen Anschlag einer Magistratsperson corrumpirt; als nun der Herr die im Edicte sanctionirte Geldbuße für sie erlegen wollte, so entstand die Frage: ob er mit Erlegung der einfachen Strafe abkommen könne, oder so viele einzelne Geldstrafen, als einzelne Theilnehmer der Frevelthat vorhanden waren, erlegen müsse? Die vorliegende Frage nach den von Ulpian und Cajus vorgetragenen Grundsätzen zu entscheiden, konnte allerdings bedenklich scheinen wegen des Edicts, worin der Prätor verordnet, daß in dem Falle, wo eine Familie einen Diebstahl verübet haben würde, die persequutio poenae nicht wider einen jeden einzelnen Theilnehmer statt finden, sondern die ganze Sache nicht höher angeschlagen werden solle, als wenn ein einziger freyer Mensch den Diebstahl begangen hätte. So, sagt indessen Paulus, habe zwar der Prätor auf den Fall edicirt, wo eine Familie einen Diebstahl gemeinschaftlich begangen hätte; allein anders verhalte sich die Sache in dem Falle, wo von ihr der öffentliche Anschlag einer Magistratsperson gemeinschaftlich corrumpirt sey, und zwar aus einem doppelten Grunde: 1) QVIA PRAETORIS MAIESTAS VINDICATVR, das heißt, weil es heilsam ist, daß das Ansehen des Prätors durch die Strenge der Strafe wider alle Verachtung gesichert werde; 2) QVOD PLVRA FACTA INTELLIGVNTVR, das heißt, weil die gemeinschaftlich begangene Frevelthat anzusehen ist als mehrere Frevelthaten, und deshalb auch mit mehreren Strafen geahndet werden muß. Den letztern Grund sucht Paulus mit einem Beyspiele zu unterstützen, indem er sagt: QVEMADMODVM QVVM PLVRES SERVI INIVRIAM FECERVNT, VEL DAMNVM DEDERVNT. Die Ausleger finden hier viele Schwierigkeiten, die sich aber in der That leicht heben lassen, wenn man nur alles genau überleget. Noodt d) verstehet die angezogenen Worte des Gesetzes nicht von der Injurienklage und der Klage des aquilischen Gesetzes zugleich, sondern von der Injurienklage allein, die wegen einer wörtlichen oder thätlichen Injurie, wodurch dem Injuriirten zugleich ein Schade zugefüget worden sey, angestellet würde. Dies lässet sich aber meinem wenigen Bedünken nach nicht annehmen, ohne den Worten des Gesetzes Gewalt

d) *Noodt l. l. p. 39.*

walt anzuthun; denn hätte Paulus dies sagen wollen, so hätte er dem VEL ein ET substituiren müssen. Alsdann wären freylich alle Schwierigkeiten sogleich gehoben. Der Ausspruch des Paulus scheinet nehmlich räthselhaft zu seyn, wie fern er mit demjenigen, was Cajus in der *L.* 32 *pr. D. Ad leg. Aquil.* lehret: Illud quaesitum est, an quod proconsul IN FVRTO observat, quod a familia factum sit, id est, vt non in singulos detur poenae persequutio; sed sufficeret id praestari, quod praestandum foret, si id furtum vnus liber fecisset, debeat et IN ACTIONE DAMNI INIVRIAE obseruari. *Sed magis visum est*, IDEM ESSE OBSERVANDVM: et merito, *quum enim circa furti actionem haec ratio sit, ne ex vno delicto tota familia dominus careat, eaque ratio similiter et in actionem damni iniuriae interueniat, sequitur*, VT IDEM DEBEAT AESTIMARI: praesertim quum interdum leuior sit haec caussa delicti: veluti si culpa, et non dolo, damnum daretur, sehr auffallend contrastirt e). Die berühmtesten Civilisten, von welchen ich hier nur einen Cujacius f), Altamiranus g), Merillius h), d'Arnaud i), Balduinus k), Suarez l) und Charondas m) nennen will, suchen den Knoten aufzulösen, der eine mit mehr,

e) Mit demjenigen, was Paulus in Ansehung einer von mehreren Sclaven zugefügten Injurie erinnert, stimmet Cajus in der *L.* 34. *D. de Iniur. et famos. libell.* vollkommen überein, wenn er sagt: Si plures serui simul aliquem ceciderint, aut conuicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium, et tanto maior iniuria, quanto a pluribus admissa est; imo etiam tot iniuriae sunt, quot et personae iniuriam facientium. In dieser Rücksicht ist demnach der Ausspruch des Paulus nicht dem mindesten Zweifel unterworfen.

f) *Cuiacius l. l. Lib. VIII. cap. XX. p.* 240. *sq.*

g) *Altamiranus Com. ad. L. vlt. D. Si famil. furt. fec. dic.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p.* 432. *sqq.*)

h) *Merillius Obseruatt. Lib. VI. cap. XXVI.*

i) *d'Arnaud Variar. coniectur. Lib. II. cap. XXI. p.* 351. *sqq.*

k) *Balduinus Natt. ad. L.* 9. *D. de Iurisdict.* (*in Heineccii Iurisprud. rom. et att. Tom. I. p.* 824.)

l) *Suarez de Mendoza Comm. ad leg. Aquil. Lib. I. cap. III. sect. II.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p.* 40.)

m) *Charondas Veriſimill. Lib. I. cap. III.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 989. *sq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0105
DFG

der andere mit weniger glücklichem Erfolge; mir scheinet sich die Sache auf folgende Weise ganz natürlich aufs reine bringen zu lassen. Wenn mehrere Sclaven gemeinschaftlich jemanden bestehlen, oder jemandem eine Injurie zufügen, oder jemandem einen Schaden anrichten, so sind beständig, in dem einen sowohl als in dem andern Falle, mehrere unerlaubte Handlungen vorhanden, wie fern man die genannten gemeinschaftlich begangenen Delicte auf einen jeden der mehreren Theilnehmer beziehet. Gleichwie aber der Prätor gestattet, daß in dem Falle, wo eine Familie im technischen Sinne des Wortes einen Diebstahl verübet haben würde, der Eigenthümer derselben mehr nicht erlegen solle, als was in dem Falle, wo ein freyer Mensch den Diebstahl begangen hatte, erleget werden mußte, so ist nur eine einzige unerlaubte Handlung vorhanden, wie fern man das genannte gemeinschaftlich begangene Verbrechen nicht auf einen jeden der mehreren Theilnehmer beziehet, sondern lediglich nach der den Eigenthümer treffenden Strafe beurtheilet. Nach dem prätorischen Edicte sind in dieser Rücksicht die mehreren unerlaubten Handlungen der Sclaven nur als eine unerlaubte Handlung anzusehen. Vernünftiger Weise aber lässet sich solches nicht annehmen, wenn mehrere Sclaven gemeinschaftlich den öffentlichen Anschlag einer Magistratsperson corrumpiren oder wegnehmen. Hier verordnet ja der Prätor nicht, wie im vorigen Falle, daß der Eigenthümer bloß die einfache Strafe erlegen solle; vielmehr muß letzterer nach dem ausdrücklichen Ausspruche des Paulus so viele einzelne Geldstrafen erlegen, als einzelne Theilnehmer der Frevelthat vorhanden sind. Eine gleiche Bewandniß muß es auch mit der jemandem von einer Familie gemeinschaftlich zugefügten Injurie haben, weil in Gemäßheit der angezogenen *L.* 34. *D. de Iniur. et famos. libell.* der Eigenthümer so viele einzelne Geldbußen bezahlen muß, als Injurianten vorhanden sind, mithin alle einzelne unerlaubte Handlungen der mehreren Theilnehmer in Anschlag gebracht, und nicht zusammen genommen als eine einzige unerlaubte Handlung bestrafet werden. Beym damno iniuria dato verhält sich die Sache an und für sich nach dem aquilischen Gesetze eben so. Der Prätor verordnet hier nicht, wie beym begangenen Diebstahle, daß die unerlaubten Handlungen der mehreren Theilnehmer als eine einzige unerlaubte Handlung angesehen werden sollen, daher denn auch Paulus hier mehrere Handlungen anerkennt, die in Beziehung auf die verwirkte Strafe allerdings nach den nämlichen Principien, welche in Ansehung einer von mehreren Sclaven gemeinschaftlich verübten Injurie gelten, zu beurtheilen seyn würden, wenn sie nicht vermöge einer auf Gründen der Billigkeit ruhenden Interpretation der Rechtsgelehrten als eine einzige Handlung anzusehen wären. Die Worte: SED MAGIS VI-

SVM

SVM EST, IDEM ESSE OBSERVANDVM, deren sich Cajus bedienet, geben hinlänglich zu erkennen, daß es unter den römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen sey, ob ein von mehreren Sclaven gemeinschaftlich zugefügter Schade als mehrere unerlaubte Handlungen angesehen werden müsse, daß aber zuletzt die Meinung derjenigen, welche dasjenige, was der Prätor in Ansehung eines begangenen Diebstahls verordnete, auf das damnum iniuria datum angewendet wissen wollten, das Uebergewicht behalten habe. Octavenus wollte nun zwar, wie Paulus sagt, diese billige Auslegung des auf einen von mehreren Sclaven verübten Diebstahl sich beziehenden prätorischen Edicts auch bey der actione de albo corrupto gelten lassen, allein der Grund jenes Edicts passet gar nicht auf diese Klage. Der Prätor gab das Edict um deswillen, weil es ihm der Billigkeit gemäß zu seyn schien, daß der Herr einer Familie, wenn diese gemeinschaftlich einen Diebstahl begangen hatte, nicht völlig ruinirt oder um sein ganzes Vermögen gebracht werden möge, wenn er gezwungen würde, entweder alle seine Sclaven an Zahlungsstatt hinzugeben, oder für einen jeden von ihnen den Werth zu bezahlen n). Dieser Grund der Billigkeit fällt aber gänzlich hinweg, wenn eine Familie den öffentlichen Anschlag einer Magistratsperson beschädiget oder weg genommen hat; denn hier hängt es ja nach Ulpians Ausspruche von dem Gutbefinden des Herrn ab, ob er für jeden einzelnen Theilnehmer die im Edicte fest gesetzte Geldbuße erlegen, oder die sämmtlichen Sclaven zur Züchtigung ausliefern will, und wenn er das letztere wählt, so erhält er die Sclaven zurück, so bald sie die Strafe ausgestanden haben, und leidet solchergestalt an seinem Vermögen auch nicht den geringsten Schaden. Inzwischen lässet Paulus die Meinung des Octavenus sodann gelten, wenn auf den ertheilten Anschlag mehrerer nur einer den öffentlichen Anschlag einer Magistratsperson verdirbt oder weg nimt, weil in solchem Falle nur eine unerlaubte Handlung vorhanden sey, und eigentlich nur einer die Freveltat verübe. SED HOC POTEST DICI, sagt er, SI DOLO MALO CVRAVERINT, VT AB ALIO ALBVM CORRVMPERETVR. Charondas o) will in

n) *L.* 1. *pr. D. Si famil. furt. fec. dic.* Vtilissimum id edictum praetor proposuit, quo dominis prospiceret aduersus maleficia seruorum: videlicet ne quum plures furtum admittunt, euertant domini patrimonium, si omnes dedere, aut pro singulis aestimationem litis obfere cogatur. Datur igitur arbitrium hoc edicto, vt si quidem velit dicere noxios seruos, possit omnes dedere, qui participauerunt furtum: enimuero si maluerit aestimationem obferre, tantum obferat, quantum si vnus liber furtum fecisset, et retineat familiam suam.

o) *Charondas l. l. p.* 690.

in mehreren alten Handschriften: *Sed hoc potest dici*, NISI *dolo malo* CVRAVERIT, *vt ab alio album corrumperetur*, gefunden haben und behauptet, diese Lesart verdiene den Vorzug; allein, daß die Florentinische Lesart beybehalten werden müsse, beweiset d'Arnaud p) mit unumstößlichen Gründen.

Daß von diesem römischen Edicte heutiges Tages kein Gebrauch zu machen stehe, ist leicht zu erachten, da theils diejenigen Geldstrafen, welche das römische Recht zu einer gewissen bestimmten Summe dictirt, bey uns überhaupt nicht füglich angewendet werden können, theils aber auch insonderheit das Ansehen unserer obrigkeitlichen Personen mit dem der römischen Magistratspersonen nicht wohl verglichen werden kann q). Eine äusserst lächerliche Hypothese einiger Germanisten r) ist die, daß in Deutschland wenigstens noch eine actio de albo corrupto *vtilis* auf eine willkührliche Strafe statt finden müsse; denn wenn jemand heutiges Tages obrigkeitliche Anschläge freventlich verletzt, so wird er zwar an Gelde oder mit Gefängniß willkührlich bestrafet, wie fern nicht etwa durch besondere Gesetze schon zum voraus eine gewisse Strafe fest gesetzt seyn sollte, allein bekanntlich wird deshalb wider den Thäter keine besondere Klage erhoben, sondern er wird nur bey der Obrigkeit angezeigt, und von letzterer zur gebührenden Strafe gezogen s).

p) *d'Arnaud l. l. p.* 354.

q) *a Groenewegen Tr. de legg. abrogg. et inusitt. Lib. II. tit. I. p.* 87. *ed. nouiss.*

r) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Iurisdict. §. vlt. Schilter Prax. iur. rom. Ex. VI. thes.* 24.

s) *cf Emminghaus Not. ad de Cocceii ius ciu. controu. Tom. I. Lib II. tit. I. quaest.* 28. *not. t. p.* 187.

LIB.

LIB. II. TIT. II.

QVOD QVISQVE IVRIS IN ALTERVM STATVERIT, VT IPSE EODEM IVRE VTATVR.

§. 210.

Da sich nicht selten der Fall ereignete, daß die römischen Magistratspersonen ihre Gewalt, durch Edicte neue Rechtssätze einzuführen, theils aus eigener Bewegung, theils auch auf Nachsuchen einzelner Partheyen mißbrauchten, auf solche Weise aber den Lauf der Justizpflege hemmten und das Recht beugten, so wurde, um diesem Unwesen zu steuern, und alle Besorgniß einer ungleichen Gerechtigkeitsverwaltung möglichst zu entfernen, das vorliegende Edict: QVOD QVISQVE IVRIS IN ALTERVM STATVERIT, VT IPSE EODEM IVRE VTATVR, gegeben, welches wörtlich so lautet: Qui magistratum potestatemue habebit, si quid in aliquem noui iuris statuerit, ipse, quandoque aduersario postulante eodem iure vti debet. Si quis apud eum, qui magistratum potestatemue habebit, aliquid noui iuris obtinuerit, quandoque postea aduersario eius postulante, eodem iure aduersus eum decernetur: scilicet, vt quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur t). Praeterquam si quis eorum contra eum fecerit qui ipse eorum quid fecisset v). Sehr richtig bemerket Ulpian x) daß dieses

t) *L.* 1. §. 1. *D. Quod quisque iur. in alter. statuer. vt. ipse eod. iur. vtat.*

v) *L.* 4. *D. eod.*

x) *L.* 1. *pr. D. eod.* Hoc edictum summam habet aequitatem; et sine cuiusquam indignatione iusta. Quis enim adspernabitur, idem ius sibi dici, quod ipse aliis

ses Edict auf unumstößlichen Gründen der Billigkeit ruhe, indem es vernünftiger Weise ein jeder sich gefallen lassen müsse, denjenigen Rechtssatz, den er wider andere zur Anwendung entweder selbst gebracht hat oder hat bringen lassen, auch wider sich selbst anzuerkennen y); kein Wunder daher, wenn man der höchst schändlichen partheyischen Justizverwaltung vieler eigennütziger Prätoren, über welche unter andern Dio Cassius z) in laute Klagen ausbricht, vermittelst desselben schon zur Zeit des Freystaats vorzubeugen suchte a).

Eigentlich bestehet das vorliegende Edict aus drey Capiteln, die wir nun jetzt noch näher betrachten wollen.

Das erste Capitel hebt mit den Worten: QVI MAGISTRATVM, an, und schließet mit den Worten: VTI DEBET. Ulpian erläutert dasselbe im §. 2. der angezogenen Gesetzstelle mit folgenden Worten: Haec autem verba, *quod statuerit*, *qui iurisdictioni praeest*, cum effectu adcipimus, non verbotenus: et ideo, si, quum vellet statuere prohibitus sit, nec effectum decretum habuit, cessat edictum. Nam *statuit* verbum rem perfectam significat, et consummatam iniuriam, non coeptam. Et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur, nec est vlla sententia, cessare edictum putamus. Quid enim obfuit conatus, quum iniuria nullum

aliis dixit, vel dici effecit? *cf. Ferandus Adduensis Explicatt. Lib. I. cap. XII.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 517. sq.*) *Suarez de Mendoza Comm. ad leg. Aquil. cap. II.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p. 10.*

y) *Schacher Epist. ad Bornium de aequitate edicti, quod quisque iuris in alter. statuer. vt ipse eod. iur. vtat.* (Lipsiae 1739.) Dagegen sehe man indessen auch *Hoheisel Diss. de edicti praetorii, quod quisquo iuris in alter. statuer. vt ipse eod iur. vtat iniquitate.* (Halae 1724.)

z) *Dio Cassius Histor. Lib. XXXVI. p. 19.* sagt: οὐχ οἱ στρατηγοὶ πάντα τὰ δικαιώματα, ἃ περὶ τα συμβόλαια διετέτακτο, ἠπόιουν, οὔτε ἐσάπαξ τοῦτ' ἐπόιουν, οὔτε τὰ γραφέντα ἐτήρουν. αλλὰ πολλακις αὐτα μετέγραφον, και συχνὰ ἐν τουτω πρὸς χάριν, ἢ και κατ' ἔχθραν τινῶν ὥσπερ εἰκὸς ἐγίνετο. Nec praetores illud ius, quod ad contractus dirigendos constitutum erat, seruabant, neque stricto iuri stabant, sed saepenumero ea variabant, crebroque per gratiam odiumque certorum hominum permulta gerebantur.

a) *Knorre Pr. de edicti praetorii, quod quisque iur. in. alter. statuer. vt ipse eod. iur. vtat. origine atque vsu apud veteres*, (Halae 1736.) Man sehe indessen auch *Bach Histor. iurisprud. rom. Lib. II. cap. II. sect. III. §. 7. p. 208. ed. nouiss.*

lum habuerit effectum? Es ist in diesem Capitel, wie man leicht aus der Vergleichung desselben mit dem folgenden gewahr wird, die Rede von der Strafe, welcher eine Magistratsperson, die einen unbilligen Rechtsspruch gegeben hat, ihrer vorsätzlichen Partheylichkeit wegen, unterworfen seyn soll. Daß NOVVM ius hier so viel als INIQVVM ius sey, ist evident, und es stimmen auch hierin Schulting b), Heineccius c), Noodt d) und Fornerius e) mit einander überein f. Soll die Strafe des Edicts eintreten, so ist 1) erforderlich, daß der unbillige Rechtsspruch wirklich zur Ausübung gebracht sey. Ulpian leitet diesen Grundsatz aus dem im Edicte gebrauchten Worte: STATVERIT, her, und bestärket denselben mit einem Beyspiele, indem er sagt, das Edict könne seiner Meinung nach nicht angewendet werden, wenn eine Magistratsperson in der Streitsache solcher Partheyen, die nicht unter ihrer Gerichtsbarkeit stauden, Recht gesprochen habe g). Hiernächst wird 2) in Gemäßheit der Worte des Edicts: QVANDOQVE ADVERSARIO POSTVLANTE, erfordert, daß der Gegner auf der Anwendung des unbilligen Rechtsspruches wider die Magistratsperson, welche denselben gegeben hat, bestehe und selbige ausdrücklich verlange h). Die im §. 2. befindlichen Wor-

b) *Schulting Enarrat. part. prim. Dig. Lib. II. tit. II. §. 1. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p. 136.)*

c) *Heineccius Ed. perpet. ord. atque integrit. suae restitut. Part. I. tit. VIII. not. b. (in Eiusdem opusc. posthum. p. 326.)*

d) *Noodt Com. in Pandect. Lib. II. tit. II. (in Eiusdem opp. Tom. II. p. m. 40.)*

e) *Fornerius Rer. quotidd. Lib. III. cap. XXIIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 219. sq.)*

f) In dem nämlichen Sinne nennt *Tacitus Annall. Lib. II. cap. XXX.* den Kayser Tiberius noui iuris repertorem, und eben so bedienet sich auch *Cicero Orat. pro Quinct. cap. VIII.* und *Orat. in Verrem Lib. I. cap. LI.* des Ausdrucks: novum ius. Daß nouum ius insonderheit hier so viel als iniquum ius sey, beweiset nicht nur *L. 3. pr. D. Quod quisque iur. in alter. statuer. vt ipse eod. iur. vtat.* sondern auch außerdem das Ansehen der Griechen, welche es durch ἄδικον übersetzen.

g) *cf. Cuiacius Obseruatt. et emendatt. Lib. XV. cap. XXV. p. 528.*

h) Dem Erben der Magistratsperson konnte der unbillige Rechtsspruch nicht präjudicirlich seyn, wie solches die Worte des Edicts: IPSE eodem iure vti debebit, zu erken-

Worte: QVI IVRISDICTIONI PRAEEST, hat Haloander ausgestrichen, und sie fehlen auch in den Ausgaben von Hugo a Porta und Vinti mill; Baudoza bemerket sogar, sie würden selbst in dem florentinischen Codex nicht angetroffen, welches indessen nach Brenkmanns Zeugnisse ungegründet ist. Wahrscheinlich glaubte sie Haloander streichen zu müssen, weil sich das Edict selbst nicht so, sondern mit den Worten: QVI MAGISTRATVM POTESTATEMVE HABET, anfängt; er bedachte aber hiebey nicht, daß die alten Juristen, wenn sie Gesetze oder Edicte erklären wollten, oft nicht die Worte selbst, sondern nur den Sinn derselben vorzutragen pflegten.

Das zweyte Capitel nimt mit den Worten: SI QVIS, seinen Anfang, und endiget sich mit den Worten: VALERE PATIATVR. Zur Erläuterung desselben dienet dasjenige, was Ulpian in der *L.* 3. *pr. D. Quod quisque iur. in alter. statuer. vt ipse eod. iur. vtat.* sagt: Si quis iniquum ad edictum ius aduersus aliquem inpetrauit: eo iure vtatur ita demum, si per postulationem eius hoc venerit: caeterum si ipso non postulante, non coercetur: sed et si inpetrauit, siue vsus est iure aliquo, siue inpetrauit, vt vteretur, licet vsus non sit, hoc edicto punitur. Offenbar ist in diesem Capitel die Rede von der Strafe, welche diejenige Parthey, die einen unbilligen Rechtsspruch ausgewirket hat, treffen soll. Das Edict setzet voraus, daß jemand 1) einen unbilligen Rechtsspruch gesuchet und 2) denselben auch wirklich erhalten habe, er mag sich nun übrigens desselben bedient haben, oder nicht i). Außerdem wird aber auch hier in Gemäßheit der Worte des Edicts: QVANDOQVE POSTEA ADVERSARIO EIVS POSTVLANTE, 3) erfordert, daß der Gegner auf der Anwendung des unbilligen Rechtsspruches wider die Parthey, welche

kennen geben, auch ohnehin aus der Natur und Eigenschaft der Pönalklagen von selbst folgt. Zum Ueberflusse bestätiget es Ulpian in der *L.* 3. §. 5. *D. Quod quisque iur. in alter. statuer. vt ipse eod. iur. vtat.* ausdrücklich, wenn er sagt: Quod autem ait praetor, *vt is eodem iure vtatur*, an etiam ad heredem haec poena transmittatur? Et scribit Iulianus, non solum ipsi denegari actionem, sed etiam heredi eius.

i) Was in Ansehung des Vormundes oder Curators Rechtens sey, wenn diese einen unbilligen Rechtsspruch suchen, lehret Ulpian in der *L.* 3. §. 1. *D. Quod quisque iur. in alter. statuer. vt ipse eod. iur vtat.* mit folgenden Worten: Si procurator meus postulauit, quaeritur, quis eodem iure vtatur: et putat Pomponius, me solum: vtique, si hoc ei specialiter mandaui, vel ratum habui. Si tamen tutor, vel curator furiosi postulauerit, vel adolescentis, ipse hoc edicto coercetur. Item aduersus procuratorem id obseruandum est, si in rem suam fuerit datus.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0112
DFG

che denselben ausgewirket hat, bestehe und selbige ausdrücklich verlange k). Die Worte: SCILICET, VT QVOD IPSE IN ALTERIVS PERSONA AEQVVM ESSE CREDIDISSET, ID IN IPSIVS QVOQVE PERSONA VALERE PATIATVR, werden zwar in den meisten Ausgaben so angegeben, als wenn sie zum Edicte gehörten; allein wahrscheinlich schreiben sie sich vom Ulpian her, der nur die Billigkeit oder den Grund des Edicts damit anzeigen wollte l). In der angeführten L. 3. *pr.* lässet Haloander die Worte: AD EDICTVM, fehlen, und Russardus bemerket, daß er sie in allen Handschriften, die ihm zu Gesicht gekommen, nicht angetroffen habe; ohne Zweifel haben sie sich aus der Inscription des Gesetzes in den Text mit eingeschlichen m).

Das dritte Capitel, welches sich mit den Worten: PRAETERQVAM SI, anfängt, und mit den Worten: QVID FECISSET, endiget, enthält eine Ausnahme. Cajus sagt, der Prätor habe diese Ausnahme mit Recht gemacht, ne scilicet vel magistratus, dum studet hoc edictum defendere, vel litigator, dum vult beneficio huius edicti vti, ipse in poenam ipsius edicti committat.

§. 211.

Ueber die Frage: ob dieses prätorische Edict noch heutiges Tages bey uns anwendbar sey? wird unter den Rechtsgelehrten gestritten, indem sie von einigen bejahet n), von andern hingegen verneinet wird o). Die Meinung der letztern scheinet mir den Vorzug zu verdienen, weil unsern Magistratspersonen das Recht, durch Edicte neue Rechtssätze ein-

k) *cf. L. 3. §. 2. D. eod.* Haec poena aduersus omnem statuitur, qui in edictum incidit: non solum eo postulante, qui ab eo laesus est, sed omni, qui quandoque experitur. Hiernach kann sogar ein jeder, der die Parthey nachher in einer ähnlichen Sache belangt, den unbilligen Rechtsspruch wider selbige geltend machen. *Noodt l. l.*

l) *Hotomannus Obseruat. Lib. VIII. cap. XV.*

m) *Fornerius l. l. Iib. II. cap. III. p. 163.*

n) *Stryk Vs. mod. Pandect. Lib. II. tit. II. §. 1. 2. a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXX. med. 3.*

o) *Wernher Lectissimm. commentatt. in Pandect. Part. I. Lib. II. tit. II. §. 4. p. 92. sq. ed. nouiss. Emminghaus Nott. ad de Cocceii iur. ciuil. controu. Tom. I. tit. II. quaest. 2. not. w. p. 190.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0113
DFG

zuführen, nicht zuständig ist, mithin die ganze Verordnung heutiges Tages von selbst hinweg fällt p). Wenn heutiges Tages ein Richter ungerecht verfährt, so kann gegen das Erkenntniß desselben die gravirte Parthey ein Suspensivmittel ergreifen, oder wider ihn die Syndicatsklage anstellen, wovon wir an einem andern Orte handeln werden.

§. 212.

Der Verfasser kommt nun hier noch auf die Lehre von der Retorsion oder dem Wiedervergeltungsrechte, weil er mit einigen andern älteren Rechtslehrern q) in dem vorliegenden prätorischen Edicte den Grund dieses Instituts zu finden wähnt, welches doch nach den richtigen Bemerkungen der neueren Rechtsgelehrten r) bloß auf die Erhaltung der rechtlichen Gleichheit zwischen den Unterthanen verschiedener Staaten abzweckt, und auf das Natur- und Völkerrecht

p) *Bachouius Nott. et animaduerss. ad disput. Treutler. Disp. IIII. thes.* 9. *lit. F.* behauptet, daß aus dem erwähnten Edicte heutiges Tages zum wenigsten eine actio vtilis gegen einen Rechtsgelehrten, der vorsätzlich einen bösen Rath ertheilet hat, statt finden müsse, und zwar in Gemäßheit der *L.* 2. *D. Quod quisque iur. in alter. statuer. vt ipse eod. iur. vtat.* worin Paulus sagt: Hoc edicto dolus debet ins dicentis puniri: nam si adsessoris inprudentia ius aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori. Offenbar wird aber durch das angezogene Gesetz diese Meinung im mindesten nicht unterstützt, da dasselbe weiter nichts enthält, als daß eine Magistratsperson zwar sodann, wenn sie den unbilligen Rechtsspruch dolose gegeben hat, straibar seyn, hingegen gar nicht zur Verantwortung gezogen werden soll, wenn bloß die Unwissenheit des Beysitzers daran Schuld ist, daß sie übel gesprochen hat. Es soll dies nicht ihr, sondern lediglich dem Beysitzer nachtheilig seyn. *Faber Rationall. in Pandect. ad L.* 2. *D. cit.* hält die Worte: sed ipsi adsessori, für ein Glossem, allein, wie gegen ihn *Heraldus de rer. iudicatar. auctorit. Lib. I. cap. VIII. num.* 11. (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p.* 1121.) erinnert, ohne hinlänglichen Grund.

q) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. Lib. II. tit. II.* §. 4. *p.* 259. *sq.* Huius tituli fundamento, sind seine Worte, nititur vulgatissimum ius talionis et retorsionis, quo magistratus, siue rogatus, siue sponte ex officio, factum, quo persona aut res laesa est, simili facto pensat, ad iuris sui publici, aut priuati iuris subditorum tutelam. Man sehe dagegen *Boehmer Introd. in ius Dig. Tom. I. Lib. II. tit. II.* §. 4. *p.* 79. *ed. nouiss.*

r) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band III. §. 317. S. 118 f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0114
DFG

recht gebauet ist s). Wenn in einem auswärtigen, oder besondern deutschen Staate etwas angeordnet ist, das Fremden nachtheilig ist, oder nachtheilig werden könnte, dessen Abstellung aber weder durch eine gesetzgebende Macht bewirkt, noch auch im Wege Rechtens gefordert werden kann; so darf, zu Wiederherstellung und Erhaltung der rechtlichen Gleichheit der Unterthanen verschiedener Staaten, die Retorsion oder das Wiedervergeltungsrecht t) gebraucht werden, worunter man diejenige Handlung verstehet, wo das besondere Recht (ius diuersum) eines Landes, oder Ortes, gegen die Einwohner dieses Landes, oder Ortes, in einem andern Lande, oder Orte, unter Auctorität der höchsten Staatsgewalt, in bürgerlichen Sachen, in Anwendung gebracht wird v). Mit der Retorsion darf man die Repressalien nicht verwechseln, worunter alle diejenigen Arten der Selbsthülfe verstanden werden, vermöge welcher ein Staat sich weigert etwas zu thun, oder zu leiden, was er nach Zwangspflichten thun, oder leiden müßte, oder vermöge welcher er sich auch gewisse Handlungen erlaubt, zu deren Unterlassung er vollkommen verpflichtet

s) *cf. Elsaesser Diss. de iurium, statutariorum variantium retorsione etiam tunc fundata, si actus secundum illa exercitus non praecesserit,* (Erlangae 1775.) §. 3. *Emminghaus Nott. ad de Cocceii ius ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. II. quaest. 2. not. x. p.* 190. *sq. Bauer de vero fundamento, quo inter ciuitates nititur retorsio iuris, (in Eiusdem opusce. Tom. I. num. VIIII. p.* 157. *sqq.*)

t) Gleichbedeutend mit den Worten: Retorsion und Wiedervergeltungsrecht, sind folgende Ausdrücke: *Retorcutio, Talio, Retortio, Reproperatio, Retorquitio,* Wiederscheltung, Zurückschiebung des Unrechts, Gegenrecht. Am häufigsten kommt jedoch das Wort: Retorsion, vor.

v) Außer den vom Verfasser angeführten Schriftstellern verdienen noch bemerket zu werden *Oldenburg Diss. de retorsione iurium praesertim in caussis cambialibus,* (Goettingae 1780.) Häberlin Repertorium des deutschen Staats- und Lehnrechts, Band IIII. Art. Retorsion. *Schmidmer Specim. sist. obser. vatt. miscell. de retorsione iuris,* (Alt. 1787.) Weidner Ausführl. Abhandl. vom Erwiederungs- oder Wiedervergeltungsrechte sowohl überhaupt, als in so fern es besonders bey dem Abzugsgelde vorkommt, (Göttingen 1794.) Einige glauben, es sey zur Retorsion erforderlich, daß das auswärtige ius diuersum an sich unbillig, oder ein ius aduersus peregrinos inique constitutum sey; dies ist aber in der That ganz und gar nicht nothwendig, vielmehr genüget schon die Verschiedenheit der Rechte allein, so bald sie den Fremden mittelbar oder unmittelbar beschwerlich fällt. Wer sollte auch, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, über die Aequität, oder Iniquität erkennen? Derjenige, der retorquiren will, würde dann auf Iniquität sich berufen, wenn derjenige, gegen den Wiedervergeltung geübt werden soll, Aequität zu seinem Vorstande anführen würde. Danz a. a. O. §. 319. S. 127.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0115
DFG

tet wäre, um auf diese Weise einen andern zur Wiedergutmachung eines von ihm erlittenen Unrechts zu vermögen x). Es können also Repressalien auf verschiedene Art geschehen, und man übt solche gegen Mitglieder des beleidigenden Staates aus; es mögen diese für ihre Personen nun schuldig, oder unschuldig seyn. Jedoch kann zu denselben nur dann rechtlich geschritten werden, wenn von dem Beleidiger in dem Wege der Güte Genugthuung begehret, solche aber versagt worden ist, und also nunmehro kein anderes Mittel, sein Recht zu verfolgen, mehr übrig bleibt, als Gewalt y). Die wesentlichen Verschiedenheiten zwischen Retorsionen und Repressalien bestehen darin, daß 1) letztere eine ganz unbefugte Handlung, oder die Verletzung eines Zwangsrechts, derentwegen man klagen, oder Krieg führen könnte, zum voraus setzen, erstere hingegen durch solche Acte, die an sich zwar erlaubt sind, die aber den Unterthanen anderer Staaten entweder wirklich schaden, oder doch leicht Nachtheil bringen können, begründet werden. 2) Bey Repressalien ist man nicht verbunden, sich auf dieselbe Art von Ungerechtigkeit, oder Gewaltthätigkeit zu beschränken, die wider uns begangen worden ist; vielmehr kann man zu jeder Ungerechtigkeit und Selbsthülfe seine Zuflucht nehmen, wodurch man für die Beleidigung Genugthuung zu erhalten hoffen darf. Bey Retorsionen hingegen muß man genau nur dasjenige besondere Recht in Anwendung bringen, das zum Nachtheile unserer Unterthanen in einem andern Staate fest gesetzt ist. Geht man weiter, so wird die rechtliche Gleichheit, die ja doch der einzige Zweck der Wiedervergeltung ist, sogleich wieder aufgehoben z).

§. 213.

Gleichwie die Retorsion immer eine Art von Selbsthülfe ausmacht, deren man sich in solchen Fällen bedienet, wo weder gesetzgebende, noch richterliche Gewalt die Abstellung eines aus einer fremden Gesetzgebung unseren Bürgern zufließenden Nachtheils zu bewirken vermag, so kann sie vernünftiger Weise auch

x) Häberlin a. a. O. Art. Repressalien.

y) *Kahle Diss. de iustis repressaliarum limitibus tum a gentibus, tum a statibus Imper. Rom. Germ. obseruand.* (Goettingae 1747.)

z) Danz a. a. O. §. 318. S. 119. ff. Man sehe auch noch *Dürr Diss. de eo, quod iustum est circa repressalias in caussis religionis in Imper. Rom. Germ.* (*in Schmidt Thes. iur. eccles. Tom. IIII. num XVII. p. 652. sqq.*)

auch nur unter Auctorität der höchsten Gewalt im Staate geübt werden a). Ein jeder Richter ist verbunden, bey seinen Aussprüchen denjenigen Gesetzen, die von seinem Oberherrn, nicht aber solchen, die von einem fremden Gesetzgeber herrühren, zu folgen. Bey dem Wiedervergeltungsrechte aber kommen auswärtige Gesetze in Anwendung; folglich kann kein Richter, ohne Genehmigung seines Oberherrn, die Ausübung desselben sich anmaßen b). Eben deswegen ist in den mehresten Ländern ausdrücklich geordnet, daß alle Unterobrigkeiten, sobald Verhältnisse mit Auswärtigen zur Sprache kommen, vorzüglich wenn leicht Verdrießlichkeiten daraus erwachsen können, welches bey Retorsionen ganz besonders der Fall ist, Verhaltungsbefehle bey der Landesregierung jedesmal einholen sollen c).

§. 214.

Die Retorsion setzt ein ius diuersum *commune* zum voraus, und sie ist daher bey Privilegien, welche, ihrem Begriffe nach, allezeit auf besondere Verhältnisse und Umstände sich gründen, sowohl überhaupt, als bey Moratorien insbesondere, durchaus und in allen Fällen unzulässig d). Eben so wenig

a) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. Quod quisque iur. in alter. statuer. vt ipse eod. iur. vrat.* §. 5. behauptet, es sey einem jeden Richter das Recht, zu retorquiren, auch ohne Erlaubniß der gesetzgebenden Gewalt, zuständig. Diese Behauptung läßet sich bloß mit der irrigen Hypothese, daß das Wiedervergeltungsrecht in dem vorliegenden prätorischen Edicte seinen Grund habe, entschuldigen.

b) Danz a. a. O. §. 319. S. 123.

c) *Bauer l. l.* §. 18. *p.* 170. *a Pufendorf Animaduerss. iur. Tom. I. Anim. CX.* §. 2. *Elsaesser l. l.* §. 5. Nicht immer ist indessen zur rechtmäßigen Ausübung des Wiedervergeltungsrechts in jedem einzelnen Falle die landesherrliche Genehmigung erforderlich, indem auch schon eine vom Regenten deshalb an die Unterobrigkeiten erlassene allgemeine Verordnung genüget.

d) *Sleuoigt Diss. de retorsione in moratorio non competente,* (Ienae 1717.) Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band I. Num. VI. S. 31. ff. *Fricke Meditatt. iur. tam. publ. quam priu. de moratorio,* (Kil. 1770.) §. 14. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 319. S. 239. Das Gegentheil behaupten *Berlichius Practt. concluss. Part. III. Concl. LI. num.* 10. *Meuius Decis. Tom. I. Part. II. Decis. LVIIII. p.* 249. *ed. nouiss. Boehmer Diss. de litteris respirationis earumque validit. et inualidit. cap. II.* §. 12. (*in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. III. p.* 181.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0117
DFG

nig kann aber auch die Retorsion in der Regel zwischen Unterthanen eines und eben desselben Territoriums, oder verschiedener Territorien, die einem und eben demselben Landesherrn unterworfen sind, statt finden e). Zwar fehlet es nicht an einzelnen Provinzen, wo man dennoch zwischen dergleichen Unterthanen die Retorsion gestattet f), wie solches z. B. in Churſachſen beym Abzugsgelde der Fall ist g); allein solche Anomalien heben die Regel nicht auf, deren Richtigkeit aus dem Begriffe und dem Zwecke des Wiedervergeltungsrechts mit unwiderstehlicher Evidenz erkannt wird h).

§. 215.

Nur in bürgerlichen, nicht in peinlichen Sachen lassen sich Retorsionen anwenden i), weil alle Verbrechen nach den Rechten desjenigen Ortes beurtheilet werden, wo sie begangen worden sind, folglich der Natur der Sache nach eine Wiedervergeltung sich hier nicht denken lässet k). Was inzwischen die Verabfolgung der Delinquenten an den Ort des begangenen Verbrechens anbetrifft, so pflegt man dabey gemeiniglich die Grundsätze der Retorsion zu befolgen l).

§. 216.

Zur Begründung der Retorsion ist die Existenz eines besondern Rechts (iuris diuersi), das unseren Bürgern nachtheilig ist, oder doch nachtheilig werden könnte, schon hinreichend, und es ist nicht nothwendig, daß diesem Rechte bey einzelnen vorgekommenen Fällen bereits wirklich nachgegangen wor-

e) *Bauer l. l. §. 6. p. 161.*

f) Riccius Entwurf von Stadtgesetzen, B. II. Hauptst. XVIIII. §. 3. 9.

g) *Schott Institut. iur. Saxon. elector. priu. Lib. I. Sect. II. cap. I. §. 5. p. 56. sq. ed. nouiss.*

h) *Schmidmer l. l. §. 8.*

i) *Elsaesser l. l. §. 2.* Das Gegentheil behauptet Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 215. S. 277. ff.

k) Danz a. a. O. S. 124.

l) Danz. a. a. O.

worden sey m). Die Wahrheit dieses Princips ergiebt sich von selbst aus folgenden Betrachtungen:

1) die verbindliche Kraft eines einmal bestehenden Gesetzes dauert so lange fort, als dessen Urheber es nicht wieder aufhebt oder abändert, und für die Befolgung und Beobachtung desselben streitet daher so lange die Vermuthung, bis das Gegentheil erwiesen ist. Eben deswegen muß aber auch vermuthet werden, daß ein solches allgemeines Statut gegen einen jeden, wer er auch sey, in vorkommenden Fällen, werde in Anwendung gebracht werden.

2) Mit dem Augenblicke der erfolgten Bekanntmachung eines Gesetzes treten auch Grund und Zweck der Retorsion ein, Verschiedenheit der Rechte nehmlich, und Erhaltung der rechtlichen Gleichheit.

3) Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde Gelegenheit zu Ausübung der Retorsion sich wohl selten, oder nie darbieten, auf solche Weise aber der Zweck der Retorsion, Aufhebung jeder nachtheiligen Ungleichheit zwischen den Bürgern verschiedener Staaten nehmlich, vereitelt werden.

4) Daher, daß z. B. eine Stadt ihr Statut gegen unsere Bürger noch nicht in Anwendung gebracht hat, lässet sich nicht schließen, daß sie diese besser, als andere, halten wolle. Alles kommt vielmehr darauf an, ob schon Gelegenheit zur Anwendung vorhanden gewesen ist, oder nicht. In dem letztern Falle trit die rechtliche Vermuthung ein, es werde bey der nächsten Veranlassung an der Ausübung nicht fehlen; hingegen in dem erstern Falle fällt, wenn die Anwendung unterblieben seyn sollte, der Grund der Retorsion, die Verschiedenheit der Rechte nehmlich, und also auch die Wiedervergeltung selbst, für sich weg n).

Die-

m) Schnaubert Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, §. 381. Danz a. a. O. S. 124 ff. *Elsaesser l. l. §. 6. sqq.* Das Gegentheil behaupten Riccius a. a. O. §. 4 5. 6. und *Eisenbart Diss. de retorsione iuris albinagii in successione mariti cessante, (in Eiusdem opusc. p. 151. sqq.)*

n) Danz a. a. O.

Die unmittelbare Folge von dem allen ist, daß derjenige, der Retorsion üben will, bloß die Existenz eines iuris diuersi zu erweisen hat; daß hingegen derjenige, der der Wiedervergeltung nicht Platz geben will, darthun muß, daß jenes ius diuersum entweder überhaupt aufgehoben, oder geändert, oder doch gegen die Unterthanen des Retorquirenden, bey vorgekommenen Fällen, nie in Anwendung gebracht worden sey o).

LIB. II. TIT. III.

SI QVIS IVS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

§. 217.

Das prätorische Edict, wovon hier die Rede ist, ertheilet den römischen Magistratspersonen die Befugniß, durch Verstattung einer Pönalklage wider diejenigen, welche der rechtskräftigen Urthel keine Parition leisten, es bis zur Execution kommen lassen, und auch wohl gar der letztern sich widersetzen, das Ansehen ihrer obrigkeitlichen Gewalt zu sichern p). Indem Ulpian in der be-

o) Danz a. a. O. S. 126.

p) *cf. Trendelenburg Big. obseruat. ad tit. D. Si quis ius dic. non obtemperau.* (Buetzouii 1765.)

berühmten *L. vn. D. Si quis ius dic. non obtemperau.* erklären will, wer gegen die Magistratspersonen einen Ungehorsam begehe, findet er für gut, zuvörderst bemerklich zu machen, welchen Magistratspersonen das Recht, zur Aufrechthaltung ihrer Gerichtsbarkeit wider Ungehorsame eine Pönalklage zu verstatten, zuständig sey. Zu dem Ende nehmlich sagt er: Omnibus magistratibus, non tamen duumuiris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. Wenn hier Ulpian den Magistratspersonen eine *defensionem iurisdictionis suae* zueignet, so giebt er zu erkennen, daß es ihnen erlaubt sey, ihre richterlichen Verfügungen und Erkenntnisse zu vertheidigen, damit der obsiegenden Parthey von der überwundenen die gehörige Genugthuung prästiret werde. Diese Vertheidigung können die obrigkeitlichen Personen *poenali iudicio*, das heißt, vermittelst einer dem Gegner zu verstattenden Pönalklage, exerciren q), und zwar ist dies allen obrigkeitlichen Personen erlaubt, nur nicht den duumuiris. Die Ausnahme, welche Ulpian in Ansehung der letztern macht, befremdet die Ausleger so sehr, daß sie den Text für corrupt halten und zur Emendation ihre Zuflucht nehmen. Einige wollen, wie schon Accursius und Gothofredus bezeugen, für: omnibus magistratibus, non TAMEN duumuiris, substituiren: *omnibus magistratibus, non* TANTVM *duumuiris*, und diese Lesart billiget auch Perrenonius r), indem er sagt, man müsse entweder: non tantum CONSVLIBVS, oder, was noch wahrscheinlicher sey: tantum DVVMVIRIS, lesen s). Kool t), Voorda v), Augusti-

q) Der Ausdruck *iudicium* poenale kommt in den Gesetzen oft vor, um eine *actionem* poenalem oder Pönalklage zu bezeichnen, so wie auch überhaupt häufig das Wort iudicium gebraucht wird, um eine actionem oder Klage anzuzeigen. *cf. L. 11. D. de In ius voc. L. 108.* und *L. 164. D. de Reg. iur. L. 5. §. 1. D. Ne quis eum, qui in ius voc. est vi exim. L. 3. §. 1. D. Naut. caup. stab. L. 1. pr. D. de His qui effud. vel deiec. L. 4. §. 8. D. de Damn. inf.*

r) *Perrenonius Animaduerss. et variar. lectt. Lib. I. cap. XX. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 617.)*

s) *cf. Robertus Receptt. lectt. Lib. II. cap. VIII. Lib. IIII. cap. XXI. XXII. Duarenus Disputt. anniuerss. Lib. I. cap. L.*

t) *Kool Diss. ad leg. Ater. Tarpei. de mult. cap. IIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p. 1536.)*

v) *Voorda Disp. ad L. vn. D. Si quis ius dic. non obtemperau. cap. I. §. 4. (in Oelrichs Thes. dissertatt. in Acadd. Belgg. habitar. Vol. I. Tom. II. p. 61. sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0121
DFG

nus x), Jauch y), Balduinus z) und Suarez a) verwerfen aber diese Leseart aus Gründen, welche die Aechtheit der Florentinischen Lection nicht weiter bezweifeln lassen. Schon die Worte: SECVNDVM IVS POTESTATIS SVAE, zeugen von der Unrichtigkeit jener Leseart, weil sich diese Worte nicht füglich auf die duumuiros anwenden lassen. Bekanntlich waren die so genannten duumuiri diejenigen obrigkeitlichen Personen, welche in den römischen Municipien die Stelle der Consuls vertraten, und gewöhnlich aus den Decurionen gewählet zu werden pflegten b); mit dem Worte potestas aber wird in den Gesetzen dasjenige, was zum imperio gehörte, bezeichnet c). Gleichwie nun nach dem Zeugnisse des Paulus in der *L. 26. D. Ad municipal. et de incol.* die Municipalobrigkeiten ea, quae magis *imperii* sunt, quam *iurisdictionis*, nicht thun konnten, so passen auch die angezogenen Worte des Gesetzes auf die duumuiros nicht d). Wollte man jene Emendation als richtig gelten lassen, so würde der Sinn des Gesetzes dieser seyn, daß zwar vorzüglich und ganz ohnstreitig den duumuiris das Recht, ihre Jurisdiction durch Verstattung einer Pönalklage zu behaupten, zuständig sey, daß aber die nämliche Befugniß doch auch den übrigen Magistratspersonen zugestanden werde. Weswegen das erste der Fall seyn sollte, ist in der That schwer zu begreifen. Behält man hingegen die Florentinische Leseart bey, so hängt alles ganz natürlich zusammen. Die duumuiri konnten zwar eine Streitsache untersuchen und entscheiden, auch den Spruch Rechtens vollstrecken, inzwischen konnten sie nicht wider Ungehorsame das Ansehen ihrer richter-

x) *Augustinus Emendatt. et opinn. Lib. III. cap. VI.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p.* 1515.)

y) *Iauch Meditatt. critt. de negatt. cap. IIII. p.* 49. *ed. nouiss.*

z) *Balduinus Nott. ad tit. Dig. Si quis ius dic. non obtemperau.* (*in Heineccii Iurisprud. rom. et. att. Tom. I. p.* 825.)

a) *Suarez Com. ad. leg. Aquil. Lib. I. cap. II. sect. V.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p.* 27.)

b) *L.* 1. *D. de Alb. scrib. L.* 35. §. 1. *D. de Oblig. et act. L.* 7. §. 2. *D. de Decurion. cf. Brissonius de verbor. significat. s. v.* duumuiri.

c) *L.* 13. *D. de Iurisdict. L.* 3. *pr. D. Ne vis fiat ei, qui in possess. miss. est. L.* 1. §. 1. *D. Ad. leg. Iul. maiestat. L.* 215. *D. de Verbor. significat. cf. Brissonius l. l. s. v.* potestas.

d) *cf. Huber Eunom. rvm. ad L.* 26. *D. Ad municipal. et de incol.*

ferlichen Gewalt durch Verstattung einer Pönalklage geltend machen, sondern mußten deshalb das officium praesidis imploriren, weil ein solcher Zwang mehr zum Imperium als zur Jurisdiction zu gehören schien, folglich in Gemäßheit der angeführten Stelle des Paulus ihnen nicht zuständig war.

Nachdem Ulpian gezeigt hat, welchen Magistratspersonen das Recht, ihre Gerichtsbarkeit durch Verstattung einer Pönalklage zu vertheidigen, zustehe, so schreitet er im §. 1. zur Erklärung des nicht minder wichtigen Puncts, was eigentlich darunter, daß jemand den obrigkeitlichen Verfügungen keine Folge geleistet habe, verstanden werden müsse. In dieser Hinsicht nehmlich sagt er: Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum in iurisdictione est, non fecit: veluti, si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam, vel ferri passus est. Ceterum, si et sequentia recusauit, tunc non obtemperasse videtur. Derjenige ist nach Ulpians Ausspruche den Magistratspersonen ungehorsam, welcher dasjenige, QVOD EXTREMVM IN IVRISDICTIONE EST, nicht thut. Was der römische Rechtsgelehrte mit diesen Worten sagen wolle, darüber wußten schon die alten Glossatoren sich nicht zu vereinigen, und es wird auch darüber unter den neuern Auslegern, von welchen ich hier nur einen Ranchinus e), Noodt f), Lycklama a Nieholdt g), Cujacius h), Voorda i), Cannegieter k), Balduinus l), Fornerius m), Hoffmann n), Per-

e) *Ranchinus Variar. lectt. Lib. III. cap. XV. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p. 970. sq.)*

f) *Noodt Com. in Pandect. tit. Si quis ius dic. non obtemperau. (in Eiusdem opp. Tom. II. p. m. 41.)*

g) *Lyklama a Nieholdt Membrann. Lib. V. ecclog. X.*

h) *Cuiacius Recitatt. ad tit. Dig. Si quis ius dic. non obtemperau.* und *Obseruatt. et emendatt. Lib. XXIIII. cap. XXV. XXXI.*

i) *Voorda l. l. cap. II. §. 6. p. 67. sq.*

k) *Cannegieter Obseruatt. iur. rom. Lib. III. cap. I. p. 226. sqq.*

l) *Balduinus l. l. p. 826.*

m) *Fornerius Selectionn. Lib. I. cap. XVIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 27.)*

n) *Hoffmann Obseruatt. var. ad Lib. II. Pandect. Dig. hebdom. III. §. 2.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0123
DFG

Perrenonius o), Alciatus p), Faber q) und Grangianus r) nennen will, nicht wenig gestritten. Den meisten Beyfall dürfte meinem wenigen Bedünken nach wohl die Meinung derjenigen verdienen, welche die Worte: QVOD EXTREMVM IN IVRISDICTIONE EST, mehr von der Sentenz selbst, als von der Vollstreckung derselben erklären, weil letztere zum Imperium gehörte, erstere hingegen gleichsam die letzte Handlung war, mit welcher das gerichtliche Verfahren, so weit es zur Jurisdiction im eigentlichen Sinne gehörte, sich endigte. In den nachfolgenden Worten: VELVTI, SI QVIS REM MOBILEM VINDICARI A SE PASSVS NON EST, SED DVCI EAM, VEL FERRI PASSVS EST, wird das vorhergehende Princip mit einem Beyspiele erläutert. Derjenige scheinet ungehorsam zu seyn, der dem richterlichen Erkenntnisse nicht gutwillig nachkam, und z. B. die bewegliche Sache, die er in Gemäßheit des richterlichen Erkenntnisses heraus zu geben schuldig war, dem Kläger auf sein Verlangen nicht verabfolgen, sondern es so weit kommen ließ, daß ihm dieselbe mit Gewalt abgenommen werden mußte. Das Wort vindicare, welches Ulpian gebraucht, bedeutet hier, wie in vielen andern Gesetzstellen s), so viel, als eine Sache, die der Inhaber zu extradiren verbunden ist, in Besitz nehmen; zwischen den Worten duci und ferri liegt der Unterschied darin, daß jenes auf lebendige, dieses hingegen auf leblose Sachen bezogen werden muß. Aus dem, was Ulpian gleich nachher sagt: CETERVM, SI ET SEQVENTIA RECVSAVIT, TVNC NON OBTEMPERASSE VIDETVR, ergiebt sich die Richtigkeit der obigen Interpretation von dem, was er zuvor das *extremum in iurisdictione* nennt, ganz unwiderleglich, indem unter dem Ausdrucke sequentia hier vernünftiger Weise nichts anders, als ea, quae sententiam sequuntur, oder was einerley ist, die Execution

ver-

o) *Perrenonius l. l. p.* 615.

p) *Alciatus Paradox. Lib. II. cap. XV.*

q) *Faber Rationall. ad. Pandect. L. vn. Si quis ius dic. non obtemperau.*

r) *Grangianus Paradox. cap. XXXXVII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p.* 637. *sq.)*

s) *cf. L.* 5. §. 5. *D. de Iur. dot. L.* 2. *D. de Manumiss. quat seru, ad vniu. pertin. inpon. L.* 2. §. 2. D. *Qui pet. tutor. L.* 47. §. *vlt. D. de Fideicommiss. libertat. cf. a Costa Com. ad tit. Decretal. de libell. oblat.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0124
DFG

verstanden werden kann t). Die Execution wird auf solche Weise der Sentenz entgegen gesetzt, und der Sinn der ganzen Stelle ist folgender. Derjenige, welcher dem Erkenntnisse nicht gutwillig Parition geleistet hat, indem er z. B. die bewegliche Sache, auf deren Herausgabe wider ihn erkannt war, nicht extradiren wollte, sondern es so weit kommen ließ, daß mit der Hülfsvollstreckung gegen ihn verfahren werden mußte, scheinet ungehorsam zu seyn, und es findet daher die im Edicte bestimmte Pönalklage wider ihn statt. Nicht minder ungehorsam scheinet aber auch derjenige zu seyn, welcher sogar der Hülfsvollstreckung thätliche Hindernisse in den Weg gelegt und sich derselben widersetzt hat; es findet folglich auch hier eine Pönalklage wider ihn statt. Dem ersten Ansehen nach befremdet freylich Ulpians Ausspruch nach dieser buchstäblichen Interpretation, und hierin liegt auch der Grund, weswegen die mehresten Ausleger zur Emendation ihre Zuflucht nehmen wollen; allein der Knoten lässet sich, meinem Bedünken nach, leicht auflösen. Leistet nehmlich jemand 1) der Sentenz keine Folge, so ist deshalb eine Pönalklage gegen ihn zulässig; widersetzt er sich aber auch sogar noch 2) der Execution, so findet deshalb ebenfalls eine Pönalklage wider ihn statt; denn in beyden Fällen lässet er sich einen Ungehorsam zu Schulden kommen, der gleich strafbar ist, und folglich auch auf gleiche Weise vermittelst einer Pönalklage geahndet zu werden verdient. Daß dies der wahre Sinn des Gesetzes sey, lehret nicht nur der ganze Periodenbau der Gesetzstelle, welcher offenbar auf zwey verschiedene Fälle hindeutet, sondern es beweiset solches insonderheit auch außerdem die Uebergangspartikel: CETERVM, wodurch der Jurist die separirten Sätze mit einander verbindet, und zugleich hinlänglich zu erkennen giebt, wie es sich gleichsam von selbst verstehe, daß der Ungehorsam, den der Ver-

t) *Cannegieter l. l. p.* 229. hält den Ausdruck sequentia für ungewöhnlich, will ihn nicht passiren lassen, und glaubt emendiren zu müssen. Non video, sagt er, quo iure haec *sequentia* adpellentur: est insolita loquutio, nec temere admittenda. Iterum ad criticam descendendum, facilem tamen, et retentis fere omnibus litteris, sed gemina tis duabus, substituo *ceterum si et sententia stare recusauit, tunc non obtemperasse videtur*, Ex fine vocis *sententia* et principio TE RE*cusauit* facile *stare* arcessas. Ohne Zweifel eine sehr unzeitige Critik, wenn sie gleich übrigens bescheiden ist. Ueberhaupt macht Cannegieter bey dieser Gesetzstelle noch mehrere Emendationen, die wohl schwerlich auf einigen Beyfall gegründeten Anspruch machen dürften. So will er für: sed duci, lesen: NEC *duci*, wodurch der Sinn eben so sehr entstellet wird, als durch die von einigen angenommene Ellipse, welche den Worten: vel ferri passus est noch: IVS DICENTI OBTEMPERASSE VIDETVR, hinzu fügen wollen. *cf. Schulting Enarrat. part. prim. Dig. tit. Si quis ius dic. non obtemperau. §. 1. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. III. p.* 140. *sq.*) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. tit. eod. §. 1. p. m.* 263.

Verurtheilte durch widerrechtliche Sträubung gegen die verhängte Execution begehet, noch eine besondere Pönalklage begründen müsse. Diese Idee des römischen Rechtsgelehrten ist nun auch wirklich so ganz natürlich, daß sie sich in der That allerdings von selbst verstehet; denn findet schon des durch bloße Nichtbefolgung der richterlichen Sentenz begangenen Ungehorsams wegen eine Pönalklage statt, um wie viel mehr muß dies nicht in Ansehung des zweyten Ungehorsams, welcher durch widerrechtliche Sträubung gegen die durch den ersten Ungehorsam veranlassete richterliche Hülfsvollstreckung begangen wird, Rechtens seyn. Glück v) behauptet, Ulpians Absicht sey folgende. Derjenige scheine zwar ungehorsam zu seyn, der dem richterlichen Erkenntnisse nicht gutwillig Folge geleistet hat; allein zur Begründung einer Pönalklage scheine dennoch dieser Ungehorsam noch nicht hinreichend zu seyn, sondern dazu werde erfordert, daß der Ungehorsame sich auch sogar der Execution widersetzt haben müsse. Die Schlußworte: TVNC NON OBTEMPERASSE VIDETVR, sagt er, schienen den eigentlichen Fall auszudrücken, in welchem die Pönalklage statt finde. Ich gestehe gern, daß es mir an der schöpferischen Divinationsgabe fehlet, welche dazu gehören mag, um der Gesetzstelle diesen Sinn zu extorquiren.

Im §. 2. urtheilet Ulpian über den Fall, wo der Procurator, der Vormund oder Curator einer Person gegen richterliche Verfügungen und Erkenntnisse ungehorsam ist, also: Si procurator tuus, vel tutor, vel curator ius dicenti non obtemperauit: ipse punitur, non dominus, vel pupillus. Wider den Principal, den Pupillen und Curanden soll in solchem Falle die Pönalklage nicht statt finden, sondern nur wider den Procurator, den Vormund und Curator selbst. Ohnstreitig ruhet diese Entscheidung auf sehr vernünftigen Gründen. Der Ungehorsam ist als ein persönliches Delict anzusehen, und nach der natürlichen Billigkeit sowohl als nach ausdrücklichen Gesetzen kann es niemandem zugemuthet werden, für fremde Vergehungen zu büßen x).

Nach der Meinung des Labeo kann die Pönalklage nicht nur wider den Beklagten, welcher ungehorsam gewesen ist, sondern auch wider den Kläger selbst

v) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 217. S. 286.

x) L. 20. und L. 26. D. de Poen. L. 22. C. eod. Mit Ulpians Entscheidung stimmen auch überein L. 64. §. 5. D. de Procurat. et defens. und L. 198. D. de Reg. iur.

selbst angestellet werden. Non solum autem reum, heißt es im §. 3. ausdrücklich, qui non obtemperauit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petitorem. Diese Meinung des Labeo scheinet allerdings paradox zu seyn. *Quo enim pacto*, sagt Voorda y), *ius dicenti non obtemperare, hoc est exsequutioni sese obponere potest petitor, vt incidat in hoc edictum.* Der Fall lässet sich indessen wohl denken, wenn der Kläger dem Beklagten etwas zu vergüten, oder demselben sonst etwas zu prästiren verurtheilet worden ist, und sich, weil er den Besitz der Sache bereits erhalten, gegen die Sentenz widerspenstig bezeiget hat z).

Die Natur der Pönalklage characterisirt Ulpian endlich im §. 4. mit folgenden Worten: Hoc iudicium, non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur: et quum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur. Da die Redensart: QVANTI EA RES EST, zweydeutig ist, wie fern sie die Gesetze hin und wieder in verschiedenen Bedeutungen nehmen a), so wird unter den Auslegern über die Frage: worin eigentlich die Strafe, welche vermittelst der vorliegenden Pönalklage verfolget wird, bestehen solle? nicht wenig gestritten. Duarenus b), Trendelenburg c), Westenberg d), Heineccius e) und Bachovius f) behaupten, Ulpian wolle darunter hier den Werth des herauszugebenden Gegenstandes verstanden wissen; hingegen

Fi-

y) *Voorda l. l. cap. IIII. §. 1. p. 74. sq.*

z) *Cuiacius l. l. Schulting l. l. §. 2. p. 141. sq.*

a) *cf. Gothofredus Animaduerss. iur. ciuil. cap. I. (in Eiusdem opp. iuridd. minor. a Trotzio edd. p. 266. sqq.)*

b) *Duarenus Disputt. anniuerss. Lib. I. cap. L.*

c) *Trendelenburg l. l. Obs. I.*

d) *Westenberg Princip. iur. sec. ord. Dig. tit. Si quis ius dic. non obtemperau. §. 7.*

e) *Heineccius Histor. edictor. p. 301. nott. f.*

f) *Bachouius Part. prim. Dig. tit. Si quis ius dic. non obtemperau. § vlt.*

Finestres g), Cujacius h), Maranus i), Voorda k), Schulting l), Otto m), Noodt n) und Huber o) nehmen an, er wolle damit eine willkührliche Geldstrafe bezeichnen, deren Bestimmung nach der Größe des Ungehorsams dem richterlichen Ermessen zu überlassen sey. Diese Meinung scheinet allerdings der Natur der Sache angemessener zu seyn, als jene. Daß die Klage um deswillen, weil sie eine prätorische Pönalklage ist, nur ein Jahr dauern, und nicht auf die Erben gehen solle, sagt zwar Ulpian ganz deutlich; allein, wem sie eigentlich zuständig seyn solle, darüber erkläret er sich gar nicht, und man darf sich daher nicht wundern, wenn die Rechtslehrer auch über diesen Punct dissentiren. Cujacius p), Bachovius q), Donellus r), Osius Aurelius s) und mehrere andere halten sie für eine Popularklage, weil einestheils die actio albi corrupti sowohl als die Klage aus dem Edicte: Quod quisque iuris in alterum statuerit, vt ipse eodem iure vtatur, Volksklagen sind, anderntheils das vorliegende Edict mt jenen Edicten auf gleichen Gründen ruhet, indem es ebenfalls die Erhaltung des Ansehens richterlicher Verfügungen und Erkenntnisse beabsich-

g) *Finestres Hermogen. Tom. I. p. 326.*

h) *Cuiacius Obseruatt. et emendatt. Lib. XXIIII. cap. XXV. p. 829. sq.*

i) *Maranus Paratitl. ad. tit. Dig. Si quis ius dic. non obtemperau.*

k) *Voorda l. l. cap. V. §. 6. p. 79.*

l) *Schulting l. l. §. 3. p. 142.*

m) *Otto Praef. ad. Tom. V. Thes. iur. rom. p. 35.*

n) *Noodt l. l.*

o) *Huber Praelectt. iur. rom. Part. II. ad eit. Dig. Si quis ius dic. non obtemperau. §. 1. p. 539. ed. nouiss.*

p) *Cuiacius l. l.*

q) *Bachouius Nott. et animaduerss. ad disputt. Treutl. Vol. I. Diss. IIII. thes. 9. lit. D. und E.*

r) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XV. cap. XXIIII.*

s) *Osius Aurelius Tr. de variantt. Cuiacii interprett. Disp. VI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 708.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0128
DFG

sichtiget; Merillius t), Voorda v), Trendelenburg x), Duarenus y), van Eck z), Schulting a), Huber b), Voet c) und viele andere hingegen verwerfen diese Meinung aus überwiegenden Gründen, und behaupten ganz richtig, daß die Klage nur dem Gegner zuständig sey d). Popularklagen lassen sich nur sodann annehmen, wenn sie in den Gesetzen ausdrücklich gegründet sind, und dies ist bey der Pönalklage des gegenwärtigen Titels nicht der Fall, indem ihr die Gesetze nirgends die besondere Eigenschaft, daß sie ein jeder aus dem Volke anzustellen befugt seyn solle, beylegen.

t) *Merillius Variantt. ex Cuiacio, Lib. I. cap. VI.*

v) *Voorda l. l.* §. 1. *sqq.* p. 77. *sq.*

x) *Trendelenburg l. l.*

y) *Duarenus l. l.*

z) *van Eck Princip. iur. ciuil. tit. Si quis ius dic. non obtemperau.* §. 2.

a) *Schulting l. l.*

b) *Huber l. l.* §. 3. *p.* 589.

c) *Voet l. l.* §. 2. *p.* 263. *sq.*

d) *Scipio Gentilis de iurisdict. Lib. I. cap. VIII.* glaubt, die Klage sey zwar keine Popularklage; allein sie stehe den Magistratspersonen oder vielmehr dem Fiscus auf eine zu entrichtende Geldstrafe zu. In den Gesetzen wird diese Hypothese nirgends bestätiget, und sie ist folglich unerweislich. Den Ungrund derselben zeiget *Voorda l. l.* §. 3. *p.* 78.

LIB. II. TIT. IIII.

DE IN IVS VOCANDO.

§. 218.

Wollte jemand bey den Römern eine Klage anstellen, so mußte er seinen Gegner zuvörderst vor Gericht fordern, daher denn auch die in ius vocatio in den Gesetzen e) sehr schicklich das PRINCIPIVM ACTIONVM INSTITVENDARVM genannt wird f). In Civilsachen bediente man sich der Privatvocation, vermittelst welcher man seinen Gegner ohne alle Umstände an jedem Orte, wo man ihn antraf, vor dem Tribunale des Prätors sofort zu erscheinen nöthigte, und denselben im Weigerungsfalle, wofern er nicht dahin, daß er erscheinen werde, Bürgen stellen konnte, mit Gewalt fortschleppte, wobey jedoch jemand zum Zeugen angerufen werden mußte, wenn man sich nicht einer Injurienklage aussetzen wollte g).

Wir

e) §. 3. I. *de Poen. tem. litigant.*

f) *cf. van Hees Diss. de iis, quae antiquitus apud romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant, (in Fellenbergii Iurisprud. antiq. Tom. I. p. 491. sqq.)*

g) *Vinnius Com. in Institut. Tom. II. ad. §. 12. de Action. num. 4. p. 892. sq. ed. nouiss. van Idsinga Varior. iur. ciuil. cop. VI. p. 47. Robertus Sententt. receptt. Lib. III. cap. I. Huber Praelectt. iur. ciuil. Tom. I. ad tit. Instit. de Poena temere litigant. p. 462. sqq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0130
DFG

Wir haben in Ansehung dieser Privatvocation folgendes zu bemerken:

1) sie konnte an jedem Orte, wo man den Gegner ansichtig wurde, geschehen, nur nicht in dem eigenen Hause desselben. Plerique putaverunt, sagt Cajus in der *L.* 18. *D. de In ius voc.* ausdrücklich, nullum de domo sua in ius vocari licere: quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferri videri. Der Grund ist, wie man leicht siehet, damit ein jeder in seinen vier Pfählen sicher seyn, und der Hausfriede nicht gestöhret werden möge h).

2) Die Privatvocation durfte nicht zur Unzeit unternommen werden. In der *L.* 2. *D. de In ius voc.* heißt es daher: In ius vocari non oportet, nec pontificem, dum sacra facit, nec eos, qui propter loci religionem inde se mouere non possunt. Sed nec eum, qui equo publico in caussa publica transuehatur. Praeterea in ius vocari non debet, qui vxorem ducat, aut eam, quae nubat, nec iudicem, dum de re cognoscat, nec eum, dum quis apud praetorem caussam agit, neque funus ducentem familiare, iustaue mortuo facientem. Dem fügen Callistratus und Ulpian in der *L.* 3. und *L.* 4. *D. eod.* noch hinzu: Vel qui cadaver prosequuntur: quod etiam videtur ex rescripto Diuorum fratrum comprobatum esse. Quiqe litigandi caussa necesse habet in iure vel certo loco sisti, nec furiosos, vel infantes. Aus diesen Verordnungen ergiebt sich hinlänglich, daß die Privatvocation der Regel nach sodann für unzulässig geachtet wurde, wenn jemand entweder insonderheit mit feyerlichen Handlungen, oder überhaupt mit solchen, die sich nicht füglich unterbrechen ließen, beschäftiget war. Die Worte: NEC EOS, QVI PROPTER LOCI RELIGIONEM INDE SE MOVERE NON POSSVNT, sind dunkel, und die Ausleger streiten über den wahren Sinn derselben. Rävardus i) und van Hees k) wollen für: SE MOVERE, lesen: SEMOVERI, und er-

h) *cf.* Catharinus *Obseruatt. et coniecturr. Lib. IIII. cap. XXIIII. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VI. p. 794. sq.)*

i) *Raeuardus Varior. Lib. I. cap. VI. (in Eiusdem opp. Tom. I. p. m. 494. sqq.)*

k) *van Hees l. l. cap. II. §. 19.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0131
DFG

erklären die Worte von denjenigen, welche zu den Freyſtätten der Tempel und Altäre ihre Zuflucht genommen haben, aus welchen ſie wider ihren Willen nicht geſtoßen werden können. Es ſtehet aber jener Emendation die übereinſtimmende Leſeart aller Ausgaben entgegen, und ſie dürfte wohl um ſo weniger einigen Beyfall verdienen, da ſich die Stelle auch ohne Abänderung des Textes eben ſo füglich erklären läſſet. Wahrſcheinlich ſind die angezogenen Worte entweder, wie Voet l) will, von denjenigen, welche dem Gottesdienſte aus beſonderm Berufe beywohnten m), oder wie Freherus n) will, von denjenigen, welche denſelben aus Andacht frequentirten, zu verſtehen; vor beendigtem Gottesdienſte ſollten dergleichen Perſonen nicht vor Gericht gezogen werden, damit der Gottesdienſt nicht geſtöhret würde. Mit völliger Gewißheit läſſet ſich freylich in Ermangelung einer deutlichern Beſtimmung ſo wenig das eine als das andere behaupten; inzwiſchen ſcheinet mir doch für dieſe Meinungen ein weit höherer Grad von Wahrſcheinlichkeit zu ſtreiten, als für die von Nerius o), Trotz p) und Püttmann q) aufgeſtellte Hypotheſe, daß Ulpian von den Hütern der Grabmäler rede, oder die zuerſt von den Gloſſatoren, und nachher auch von Duarenus r) vertheidigte Meinung, daß Ulpian Mönche und Nonnen im Sinne habe, oder die von Leoninus s) und Schulting t) vorgetragene Behauptung, daß Ulpian von ſolchen Perſo-

l) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. tit. de In ius voc. §. 3. p. 269. ſq.*

m) Dahin gehörten z. B. die ſacrorum miniſtri, aeditui, popae und victimarii.

n) *Freherus Παρεργῶν ſ. Veriſimill. Lib. II. cap. XVIII.* (*in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. I. p. 950.*)

o) *Nerius Analecti. Lib. II. cap. IIII.* (*in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. II. p. 394. ſqq.*)

p) *Trotz Tr. de memor. propag. Lib. I. cap. VI. §. 5. p. 394.*

q) *Püttmann Interpretatt. et obſeruatt. cap. XIII. p. 60. ſqq.*

r) *Duarenus Com. ad tit. Dig. de In ius voc. cap. III.*

s) *Leoninus Emendatt. Lib. I. cap. XX.*

t) *Schulting Enarrat. part. prim. Dig. tit. de in Ius voc. §. 6.* (*in Eiuſdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p. 146. ſq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0132
DFG

sonen, die ein Priesterthum, das ihnen, ohne Verletzung der Religion, nicht verstattete, sich von einem gewissen Orte zu entfernen, bekleideten v), verstanden werden müsse. Auch über den Sinn der nachfolgenden Worte: SED NEC EVM, QVI EQVO PVBLICO IN CAVSSA PVBLICA TRANSVEHATVR, wird unter den Auslegern gestritten. Rävardus x) und Cujacius y) behaupten, Ulpian ziele mit diesen Worten auf den feyerlichen Einzug, den alljährlich die römischen Ritter in das Capitolium zu halten pflegten, und man müsse daher nicht: in causſa publica, sondern: *in capitolium*, lesen z). Perrenonius a) und Hottomannus b) glauben, Ulpian sey von dem Census oder der Musterung der römischen Ritter, die ebenfalls transuectio genannt, und anfänglich von den Censoren, nachher von den Kayſern gehalten wurde, zu verstehen, und man müsse daher nicht: in causſa publica, sondern: *ex censu publico*, lesen. Westenberg c), van Hees d), Kapp e), Arnt-

ze-

v) Dahin gehörten z. B. die Vestalinnen.

x) *Raeuardus l. l. Lib. II. cap. XV. p. 570. sqq.*

y) *Cuiacius l. l. Lib. XIII. cap. XXVIIII. p. 450.*

z) Sehr sinnreich vertheidiget *Raeuardus l. l.* diese Emendation auf folgende Weise: Non *in causſa publica*, sed *in capitolium* existimo Vlpianum scripsisse, et in notarum interpretatione labsum esse Tribonianum. Quum enim notis sic scriptum esset apud Vlpianum: *Qui eq. p. in cap. transuehitur*, ita legisse visus est Tribonianus: *Qui eq. p. in cap. p. trausuehitur*, et inde scripsisse: *Qui equo publico in causſa publica transuehitur*, quum scribere debuisset: *Qui equo publico in capitolium transuehitur*. Vt enim his notis *C. A. P.* causſa publica, sic illis *C. A. P.* capitolium significabatur, quemadmodum partim ex Valerio Probo, partim ex nummis et antiquis inscriptionibus frequenter obseruaui.

a) *Perrenonius Animaduerss. et var. lectt. Lib. I. cap. XVII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 614.)*

b) *Hottomannus Obseruatt. Lib. III. cap. XXI.*

c) *Westenberg Princip. iur. sec. ordin. Dig. tit. de In ius voc. §. 22.*

d) *van Hees l. l. cap. II. §. 22.*

e) *Kapp Diss. de annua equitum romanorum transuectione et de eorumden recognitione seu censura*, (Lipsiae 1734.) *cap. II. §. 30.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0133
DFG

zenius f), Corasius g) und Schulting h) nehmen an, Ulpian meine überhaupt diejenigen, welche in öffentlichen Angelegenheiten sich solcher Pferde bedienten, die auf Kosten des Staats unterhalten wurden. Diese letztere Erklärung scheinet die natürlichste zu seyn, und sie wird auch durch die Basiliken i) in den Worten: Τὸν διὰ δημοσίαν χρείαν ὁδεύοντα τῷ δημοσίῳ δρόμῳ, evident bestätiget. — Diese beyden Stellen ausgenommen sind die angezogenen Gesetze so deutlich, daß sie keiner weitern Erklärung bedürfen.

3) Da die Privatvocation gewissermaßen schimpflich war, wie fern sie öffentlich geschah, und mit Gewalt geltend gemacht werden konnte, so fand sie bei einigen Personen gar nicht statt. In ius vocari non oportet, sagt Ulpian in der angezogenen *L. 2. D. de In ius voc.* merklich, neque consulem, neque praefectum, neque praetorem, neque proconsulem, neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci. Höhere Magistratspersonen, welche das Recht hatten, nicht nur mit Nachdruck etwas zu gebieten oder zu verbieten, sondern auch zur Vollstreckung ihrer obrigkeitlichen Befehle Lictoren zu gebrauchen, und Ungehorsame ins Gefängniß führen zu lassen, wohin z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor und der Proconsul gehörten, konnten demnach gar nicht auf diese Weise vocirt werden. Ueberhaupt aber fand die Privatvocation aus dem erwähnten Grunde ohne vorgängige obrigkeitliche Erlaubniß bey solchen Personen nicht statt, denen eine besondere Ehrerbietung gebührte. In der *L. 4. §. 1. D. eod.* heißt es: Praetor ait: parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronae in ius, sine permissu meo ne quis vocet. Weder Eltern noch Patrone konnten nach dem prätorischen Edicte vermittelst der

f) *Arntzenius Diss. ad L. 2. D. de In ius voc. cap. VII.* (*in Eiusdem Miscellann. p. 317.*)

g) *Corasius Miscellann. Lib. I. cap. XI. p. 29.*

h) *Schulting l. l. §. 6. p. 146. sq.*

i) *Basilic. Lib. VII. tit. VIII.*

der Privatvocation vor Gericht gezogen werden k), weil sie Personen sind, denen man eine besondere Ehrfurcht zu erweisen schuldig ist, solche Personen aber in Gemäßheit dessen, was Modestin in der *L.* 13. *D. eod.* sagt: Generaliter eas personas, quibus reuerentia praestanda est, sine iussu praetoris in ius vocare non possumus, von dem artigen Complimente: AMBVLA MECVM IN IVS, keine Notiz zu nehmen brauchten, wenn es ihnen nicht auf Befehl des Prätors bestellet wurde l).

§. 219.

In allen Fällen, wo bey den Römern die Privatvocation nicht anwendlich war, fand eine gerichtliche Ladung statt, welche durch den Gerichtsdiener oder durch einen öffentlichen Anschlag bewirket wurde m). Dies sucht Hellfeld mit den Worten: In subsidium *quoque apud romanos* publica citatio *adhibebatur*, bemerklich zu machen. Es scheinet sogar späterhin die Privatvocation ihrer Unzweckmäßigkeit wegen n), wenn auch gleich

k) Unter dem Ausdrucke: PARENTES, sind hier der nicht ungewöhnlichen Bedeutung nach alle Ascendenten zu verstehen, wie solches Ulpian im §. 2. der nämlichen Gesetzstelle mit den Worten: *Parentem* hic vtriusque sexus accipe. Sed an in infinitum, quaeritur? Quidam parentem vsque adritanum adpellari aiunt; superiores, *maiores* dici. Hoc veteres existimasse Pomponius refert, sed Caius Cassius omnes in infinitum parentes dicit: quod et honestius est, et merito obtinuit, ausdrücklich lehret. Auf eine Erklärung des Ausdrucks: LIBERI, lässet sich zwar Ulpian hier nicht ein, allein begreiflich sind in Gemäßheit der nähern Bestimmung, welche er von jenem Ausdrucke giebt, alle Descendenten darunter zu verstehen.

l) *cf.* L. 1. *C. de In ius voc.* L. 7. §. 4. *D. de Obsequ. parent. et patron. praest.* Bediente sich jemand der Privatvocation bey dergleichen Personen, ohne zuvor um Erlaubniß beym Prätor deshalb nachgesuchet zu haben, so wurde er um 50. aureos, oder am Leibe gestrafet. In der *L. vlt. D. de In ius voc.* sagt Modestin: Si sine venia edicti inpetrata libertus patronum in ius vocauerit: ex querela patroni, vel supra dictam poenam, id est, quinquaginta aureos dat, vel a praefecto vrbi quasi inofficiosus castigatur, si inopia dignoscitur laborare. *cf.* L. 23. und *L.* 24. *D. eod.*

m) *L.* 75. D. *de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb.*

n) Die nachtheiligen Folgen, welche die in ius vocatio priuata mit sich führte, sind zu einleuchtend, als daß nicht das ganze Institut einen auffallenden Beweis von der äuß-

erst

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0135
DFG

gleich nicht ganz außer Gebrauch gekommen o), doch nach und nach immer seltener geworden, und an ihre Stelle, besonders unter Personen von Distinction, die gerichtliche Ladung gesetzt zu seyn p). Uebrigens nahm bey den Römern, wie

ferst unvollkommenen römischen Gerichtsverfassung in den früheren Zeiten abgeben sollte. In einer jeden ordentlich eingerichteten bürgerlichen Societät muß alle eigenthätige Gewalt der Regel nach verboten seyn, mithin hätte billig auch die bey den Römern ohne Vorwissen der Magistratspersonen zulässige Privatvocation niemals geduldet werden sollen, weil sie in Wahrheit eine Art von Selbsthülfe ausmachte. Daß es dabey nicht selten sehr tragische sowohl als comische Auftritte gesetzt haben möge, lässet sich leicht erwarten. Einen Auftritt der letztern Art characterisirt Horaz *Satyrr. Lib. I. num. VIIII. in fin.* Der Dichter beklagt sich hier über die ungezogene Zudringlichkeit eines Menschen, der ihm zu einer Zeit, wo er sich einsamen Betrachtungen überlassen wollte, auf dem Wege begegnete, und den er nicht los werden konnte, donec (sind seine Worte)

casu venit obuius illi
Aduersarius, et quo tu turpissime? magna
Exclamat voce, et licet antestari? Ego vero
Obpono auriculam; rapit in ius, clamor vtrimque,
Vndique concursus; sic me seruauit Apollo.

Aus der feinen Anrede: du Schandbube! wo soll die Reise hingehen? deren sich der Gegner wider den Begleiter des Dichters bedienet, kann man leicht abnehmen, auf was für eine unanständige und ungeschliffene Art der niedrige Pöbel bey der Privatvocation sich betrug. Da sich die Privatvocation mit der sonst so weisen und wohlthätigen römischen Legislation nicht gut reimen lässet, so behauptet *Vinnius Com. in Institutt. Tom. II. ad §. 12. de Action. num. 4. p. 892. sq. ed. nouiss.* mit einigen andern Rechtslehrern, nur gegen schlechte Leute sey dabey Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen; allein es finden sich in den Schriften der alten Scribenten, und selbst in den römischen Gesetzen, von der Allgemeinheit dieser Sitte so ganz unverkennbare Spuren, daß man unmöglich jener Behauptung beypflichten kann. *cf. Huber Praelectt. iur. ciuil. Tom. I. ad tit. Institt. de Poena temere litigant. p. 462. sqq. ed. nouiss.*

o) Daß die Privatvocation in den spätern Zeiten ganz aufgehoben worden sey, ist, wie *van Hees Diss. de iis, quae antiquitus apud romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant, cap. II. §. 35.* richtig bemerket, eine unerweisliche Hypothese einiger Rechtslehrer; ohne allen Zweifel war sie sogar noch zu Justinians Zeiten erlaubt. Würden wohl die Compilatoren der Pandecten so umständlich von ihr handeln, wenn sie damals eine bloße Antiquität gewesen wäre?

p) §. 24. §. 25. *et* §. 26. *J. de Action. L. 2. §. 1. D. Si quis in ius voc. non ier. siue quis eum vocau. quem ex ed. non debuer. L. 5. et L. 82. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb. L. 25. C. de Episcop. et cleric. L. 3. et L. 7. C. de Prae-*

wie der Verfasser bemerket, der Proceß mit der in ius vocatione seinen Anfang; heutiges Tages aber fängt sich derselbe in der Regel mit dem Anbringen der Klage an, und zwar ohne Unterschied, ob dieses mündlich oder schriftlich geschieht q) indem beständig erst auf das Anbringen des Klägers die Citation des Beklagten erfolget r).

§. 220.

Die Vorladung vor Gericht geschieht heutiges Tages unter öffentlichem Ansehen des Richters nach vorgängigem Anbringen der Klage, indem bey diesem das Gesuch mit dahin gehet, daß der Richter dasjenige verfüge, was die Ordnung des Processes erfordert, mithin nicht nur die Klage annehme und solche dem Beklagten mittheile, sondern auch ihn auf einen gewissen Termin vorladen lasse, um sich auf die Klage einzulassen und zu antworten. Sonach findet bey uns die römische in ius vocatio priuata nicht mehr statt, und von den römischen Verordnungen, welche sich auf dieselbe beziehen, lässet sich heutiges Tages kein Gebrauch machen s). Will man heutiges Tages Personen,

Praescript. 30. *vel* 40. *annor. L.* 3. *C. de Annal. except. L.* 5. *C. de Ingen. manumiss.*

q) Wenn es im *Cap.* 1. *X. de Libelli oblat.* heißt: Iudex non debet admittere actorem ad litigandum, nisi prius LIBELLVM IN SCRIPTIS OBFERAT, so ist dies vernünftiger Weise, da im summarischen Processe das Anbringen der Klage auch mündlich geschehen kann, nur von dem ordentlichen bürgerlichen Processe zu verstehen, in welchem die Klage schriftlich angebracht werden muß.

r) *cf. Klügel Diss. de litis iudicialis initio*, (Vitemb. 1778.)

s) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. § 220. S. 298. f. behauptet in Beziehung auf einige ältere Rechtslehrer, die römische in ius vocatio priuata finde auch heutiges Tages noch statt, wenn der Kläger wegen der vom Schuldner intendirten Flucht seine Forderung zu verlieren in Gefahr sey, weil man es in solchem Falle nicht als eine strafwürdige Selbsthülfe ansehen könne, wenn der Gläubiger den Schuldner obtorto collo vors Gericht schleppte. Mir kommt diese Behauptung äusserst lächerlich vor. Wenn höchste Gefahr auf dem Verzuge stehet, und die richterliche Hülfe so geschwind nicht erlanget werden kann, darf freylich der Gläubiger die Person seines Schuldners anhalten; welcher Vernünftige wird sich aber wohl einfallen lassen, dieses Verfahren mit der römischen Privatvocation zu vergleichen, geschweige denn, dasselbe mit ihr für einerley zu halten. So wäre denn ja wohl auch, der Rechtmäßigkeit der Forderung ohngeachtet, um einer Injurienklage von Seiten des Schuldners vorzubeugen, eine Antestation nöthig. Ist nicht der Zweck einer solchen persönli-

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198851/phys_0137 DFG

denen man eine besondere Ehrerbietung schuldig ist, vor Gericht belangen, so bedarf es hiezu keiner vorgängigen Erlaubniß des Richters; selbst Unterthanen brauchen nicht um Erlaubniß nachzusuchen, wenn sie wider ihren Landesherrn bey den höchsten Reichsgerichten gerichtliche Klage erheben wollen. Auch können bey uns obrigkeitliche Personen, wenn man gegen sie bey dem Richter, vor welchem sie zu erscheinen und Recht zu geben schuldig sind, gerichtliche Klage anbringen will, füglich während ihres Amtes vor Gericht gefordert werden t).

§. 221.

Unter einer **Ladung** oder **Citation** verstehet man heutiges Tages die gesetzmäßige ausdrückliche Verordnung des competenten Richters, daß jemand in Person, oder durch einen genugsam legitimirten Bevollmächtigten, vor Gericht in einem gewissen Termine erscheinen, und eine gerichtliche Handlung vornehmen soll v). Eine jede Citation daher muß

1) einen gewissen Termin (terminum in quo oder intra quem) zu dem Erscheinen vor Gericht, und der Vornahme einer gerichtlichen Handlung enthalten x);

2)

lichen Verkümmerung von dem der römischen Privatvocation ganz und gar verschieden? Unverzeihlich ist es, wenn Glück a. a. O. aus jener schiefen Anwendung der römischen Privatvocation auf unsern heutigen Arrestproceß, der gewissermaßen mit der Vollstreckung beginnet, die irrige Schlußfolge herleitet, daß zuweilen auch noch heutiges Tages der Proceß mit der in ius vocatione seinen Anfang nehme. Die Handlung des Gläubigers, wo er unter den erwähnten Umständen vermittelst eigenthätiger Gewalt der Person seines Schuldners sich bemächtiget, ist bloß vorbereitend, indem sie lediglich dahin abzwecket, daß ihm sein angesprochenes Recht weder vereitelt, noch auch die Verfolgung desselben erschweret werde.

t) *cf. a Groenewegen Tr. de legg. abrogg. et inusit. ad L. 2. et L. 6. D. de In ius voc. p. 89. sq. ed. nouiss.*

v) *cf. Berger Diss. de citatione*, (Argentor. 1779.) *Reinhardt Potiss. cap. et cautelae ex doctrina de citatione*, (Erf. 1731.)

x) Eben dadurch unterscheidet sich die Citation von den übrigen richterlichen Decreten, welche die Besorgung einer gerichtlichen Handlung binnen einer gewissen Frist, ohne die Verbindlichkeit zu erscheinen, auflegen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0138
DFG

2) auf Befehl des zuständigen oder gehörigen Richters geschehen, und

3) auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art und Weise erlassen werden.

Die folgenden Paragraphen veranlassen uns zur näheren Bestimmung dieser Grundsätze, und bringen uns auf die verschiedenen Gattungen der Citation.

§. 222.

Die Citation zerfällt in Beziehung auf die Art und Weise, wie sie geschiehet, in die **ordentliche** und **außerordentliche**. Unter der ersteren verstehet man diejenige, welche vermittelst einer bloßen Insinuation demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, besonders, und zwar entweder mündlich oder schriftlich, mitgetheilet wird; unter der letzteren hingegen diejenige, welche außer der Ordnung durch Verhaftnehmung des Vorzuladenden bewirket, oder öffentlich bekannt gemacht wird. Die außerordentliche Citation ist subsidiarisch, und findet beständig nur als Ausnahme von der Regel statt, fasset aber vermöge ihres Begriffes zwey verschiedene Gattungen in sich, nehmlich die **Realcitation** und **Verbalcitation** y), Von jener handelt der Verfasser noch im gegenwärtigen, von dieser aber erst im nächstfolgenden Paragraphen.

Die Realladung ist diejenige, welche mit der Verhaftnehmung des Vorzuladenden verbunden ist z). In bürgerlichen Sachen ist dieselbe der Regel nach unzulässig a), und findet nur in folgenden Fällen statt:

1) wenn der Beklagte mit keinem Vermögen angesessen, und doch aus wahrscheinlichen Gründen der Flucht wegen verdächtig ist, der Kläger aber seine Forderung einigermaßen bescheiniget;

2)

y) *Sleuogt Diss. de citatione extraordinaria*, (Ienae 1704.)

z) *Posner Deciss. de citatione reali*, (Lipsiae 1704.)

a) Wenn in peinlichen Sachen eine Realladung statt finden soll, so muß es 1) allen Umständen nach wahrscheinlich seyn, daß des gegenwärtigen Verbrechens wegen eine Lebens-, Leibes- oder dieser gleich geachtete Strafe statt finden werde. Außerdem wird 2) erfordert, daß das corpus delicti behörig in Richtigkeit gestellet sey. *cf.* von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. II. §. 645. 646. S. 176. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0139
DFG

2) wenn der Vorzuladende ausdrücklich oder stillschweigend der Verhaftnehmung sich unterworfen hat, wie solches z. B. bey Wechselsachen der Fall ist;

3) wenn der Vorzuladende, besonders wenn es eine Person geringeren Standes ist, beharrlich ungehorsam gegen den Richter sich bezeiget b).

§. 223.

Die außerordentliche Verbalcitation ist diejenige, welche öffentlich bekannt gemacht wird, und man pflegt sie daher auch eine **öffentliche Ladung** zu nennen. Es kann dieselbe entweder **mündlich**, z. B. in der Kirche von der Kanzel, durch einen Herold, nach vorgängigem Trommelschlag, oder Läutung der Glocken, auf öffentlichen Plätzen, oder **schriftlich** durch einen öffentlichen Anschlag geschehen. Im letzteren Falle wird sie insonderheit eine **Edictalladung** genannt c). Diese wird entweder in den Zeitungen, oder in andern öffentlichen Blättern abgedruckt, und ein Exemplar eines solchen öffentlichen Blattes zu den Acten genommen; oder sie wird patentweise auf einen aus einander gelegten ganzen Bogen geschrieben, und dieser sodann nicht nur in dem Gerichtsbezirke des vorladenden Richters, sondern auch noch in zwey verschiedener Herren Landen, wo man vermuthen kann, daß der Vorgeladene am ersten Nachricht davon erhalten werde, an einem öffentlichen Orte angeschlagen d). Da übrigens eine solche Ladung zu den Gattungen der außerordentlichen Citation gehöret, zudem ihrer ganz allgemeinen Publicität wegen gewissermaßen als schimpflich angesehen werden kann, so ist sie subsidiarisch, und findet als Ausnahme von der Regel nur dann, wenn die Privatladung unanwendbar ist, mithin in folgenden Fällen statt:

1)

b) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 96. S. 211.

c) *Schulz Diss. de citatione edictali*, Francof. 1698.)

d) Die Zeit und der Ort, wann und wo eine solche Ladung angeschlagen, und wann sie wieder abgenommen worden, wird von dem Gerichtsschreiber unter dieselbe bemerket, und das Original derselben sodann zu den Acten geleget. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 94. S. 209.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0140
DFG

1) wenn man denjenigen, welcher vorzuladen ist, nicht kennet, wie solches z. B. bey Concursgläubigern e), imgleichen bey Intestaterben f) der Fall ist;

2) wenn man den Ort seines Aufenthaltes nicht weiß, welches z. B. bey Vagabunden g), imgleichen bey Verschollenen h) der Fall ist;

3) wenn die Insinuation der Privatladung aus irgend einem Grunde entweder gar nicht, oder doch nicht füglich geschehen kann. Hieher gehöret z. B. der Fall, wo ein auswärtiger Richter, auf vorgängige Requisition des ordentlichen Richters, die erlassene Citation dem Vorzuladenden insinuiren zu lassen ohne hinlänglichen Grund verweigert i), oder der Vorzuladende selbst die Einhändigung der Privatladung zu hindern, und auf solche Weise die geschehene Erlassung derselben zu eludiren suchet k).

§. 224.

e) *Frick Diss. de edictali creditorum citatione, vulgo proclamate*, (Kilon. 1729.) Sind einige Gläubiger bekannt, andere hingegen unbekannt, so ist in Ansehung der ersteren eine Edictalladung nicht erforderlich; vielmehr wird in Ansehung ihrer die Privatcitation nicht ausgeschlossen, und es muß daher jederzeit diese noch außer der Edictalladung erlassen werden. *Hofacker Princip. iur. ciu. rom. germ. Tom. III.* §. 4342. *p.* 774.

f) *L. vlt. C. de Bon. vacant.*

g) *Thomasius Tr. de vagabundo seu eo, qui est sine domicilio. cap. II.* §. 127. *sqq.*

h) *Schott Diss. de citatione edictali in hereditat. absent. ob mortem praesumt. petit.* (Lipsiae 1791.) Meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. XXIII. S. 299. ff.

i) *a Wernher Obseruatt. forenss. Tom. III. Obs. CLXXXXII.* Struben rechtl. Bedenken, Th. IIII. Bed. CLXXXVIIII. S. 494. *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXII. med.* 5.

k) *Cap.* 10. *X. de Dol. et contum. Clem.* 1. *de Iudic. Clem. vn. de For. compet. cf. a Pufendorf Obseruatt. iur. vn. Tom. III. Obs. LXXXVI. p.* 223. *sqq. ed. nouiss. Boehmer Iur. eccles. protestant. Tom. I. Lib. II. tit. III.* §. 11 — 14. *p.* 1041. *sqq. ed. nouiss.* Wird eine öffentliche Ladung in Fällen, wo solche nicht statt findet, verfüget, so ist sie ungültig und nichtig, und die dadurch zugefügte Beschwerde begründet das Rechtsmittel der Berufung. *Meuius Decis. Tom. I. Part. I. Decis. CCLIII. num.* 1. *p.* 202. *ed. nouiss.* Dagegen hat eine behörig erkannte, ausgefertigte

§. 224.

Die ordentliche Ladung wird demjenigen, an den sie gerichtet ist, ohne Verhaftnehmung, besonders bekannt gemacht. Gleichwie dies aber theils mündlich, theils schriftlich geschehen kann, so ist sie auch entweder eine mündliche, oder eine schriftliche. Die erstere ist nur in dem summarischen Processe bey Personen von geringem Stande zulässig l), wenn gleich übrigens zu ihrer Gültigkeit im wesentlichen alles dasjenige erfordert wird, was zu einer schriftlichen Ladung auch gehöret. Den Abgang des schriftlichen Aufsatzes ersetzet bey ihr eine kurze Registratur zu den Acten, welche enthält, wer vorgeladen worden, wann, und zu welchem Zwecke die Ladung geschehen ist m). Die letztere hingegen ist nach gemeinen Rechten in dem ordentlichen Processe herkömmlich, und mehrere besondere Proceßordnungen schreiben sie noch ausdrücklich vor n).

§. 225.

Da überhaupt niemand nach der natürlichen Billigkeit sowohl, als vermöge ausdrücklicher Vorschriften des römischen o) und canonischen p) Rechts verurtheilet werden darf, bevor nicht zu seiner Vertheidigung ihm rechtliches Gehör verstattet worden ist, so verstehet es sich von selbst, daß in einer jeden Proceßart die Citation nicht unterlassen werden dürfe. Es gehöret die Ladung zu den wesentlichen Bestandtheilen des Processes, und kann daher, ohne unheilbare Nichtigkeiten zu veranlassen, der Regel nach, niemals, selbst dann nicht, wenn

tigte und bekannt gemachte öffentliche Ladung die nämlichen Wirkungen, die eine Privatladung auch erzeuget, und nur durch den Beweis der Unwissenheit und Abwesenheit kann man jene von sich abwenden. Danz a. a. O. *not.* **) S. 210.

l) Angesehene Personen werden ohne Rücksicht auf die besondere Eigenschaft der Sachen beständig schriftlich vor Gericht gefordert. Nettelbladt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 559. S. 283.

m) Diese Registratur setzet entweder der Gerichtsdiener, oder die seine Stelle vertretende öffentliche Person selbst auf, oder der Gerichtsschreiber entwirft sie, und läßet solche von demjenigen, der die Einhändigung besorget hat, unterschreiben.

n) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 97. S. 211. f.

o) *L. 7. C. Quomod. et quand. iud. sentens. prof. deb.*

p) *Cap. 8. X. de Maior. et obedient.*

wenn der Vorzuladende schon in dem Gerichte anwesend wäre, unterlassen werden q). Ausnahmen vor dieser Regel treten ein r):

1) wenn jemand freywillig, ohne vorgängige Ladung, erscheinet und antwortet, so schadet dies der Gültigkeit des gerichtlichen Verfahrens nicht;

2) wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, oder öffentlicher Aufruhr zu befürchten ist, so kann die Ladung unterlassen werden s).

§. 226.

Wenn eine Ladung gültig seyn, und den Beklagten zu dem Erscheinen vor Gericht vollkommen verbinden soll, so ist erforderlich, daß sie von dem competenten Richter erlassen werde t). Gehet man von diesem Gesichtspuncte aus, so ergiebt sich, daß die Citation den Namen des ladenden Richters enthalten muß, damit der Citirte in den Stand gesetzet werde, zu beurtheilen:

1) ob der ladende Richter der zuständige sey. Gehet diesem alle, oder doch derjenige Zweig der Gerichtsbarkeit, in welchen das zu verhandelnde Geschäft einschläget, offenbar ab, so braucht der Geladene gar nicht zu erscheinen; ist hingegen jenes Zuständigkeit nur zweifelhaft, so muß dieser zwar erscheinen, kann aber die ihm zustehende Einrede entgegen setzen v).

2)

q) *Stryk Introd. ad. prax. forenſ. cap. IIII.* §. 7. 10.

r) *Wilduogel Diſſ. de citatione ad proceſſum non neceſſaria*, (Ienae 1713.)

s) Hellfeld glaubt, man könne die Ladung nicht zu den wesentlichen Bestandtheilen des Processes rechnen, weil es Fälle giebt, wo sie, der Gültigkeit des gerichtlichen Verfahrens unbeschadet, unterlassen werden kann. Auf solche Weise verwechselt er Regel und Ausnahme, die sich einander nicht aufheben, sondern vielmehr wechselseitig bestärken.

t) *Sleuogt Diſſ. de citationis requiſitis et efficacia*, (Ienae 1708. *rec.* Halae 1740.)

v) *Cap. 7. X. de Adpellat. L. 20. D. de Iuriſdict. L. 2. pr. et* §. 7. *D. Si quis in ius voc. non ier.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0143
DFG

2) Ob die Ladung auf Befehl des Richters erlassen worden sey*); und

3) ob der Ladende der ordentliche Richter, oder ein Commissarius sey. Dieser muß seinen Namen ausdrücken, und eine Abschrift seines Auftragsschreibens der Ladung beyfügen x); jener hingegen bedienet sich gewöhnlich des Namens des Gerichts y).

§. 227.

Der Zweck einer jeden Ladung bestehet nicht blos darin, daß der Geladene erscheine, sondern daß er sich auch zu dem vorzunehmenden Geschäfte vorbereiten könne. Daher muß die Citation diejenige Handlung, welche der Geladene in dem Gerichte vornehmen soll, enthalten. Nur auf diese erstrecket sich die Wirkung der Ladung, und kann auf andere, nicht besonders genannte Handlungen nicht ausgedehnet werden z). Hat sonach der Citirte nach der Verordnung des gemeinen oder eines besonderen Rechts, außer der Handlung, wegen welcher die Ladung eigentlich erlassen worden ist, in, oder vor dem Termine noch etwas zu verrichten, so ist ihm auch dieses besonders aufzugeben a). Aus dem erwähnten Grunde muß ferner der anberaumte Termin nicht

*) Ohne ausdrüklichen Befehl des Richters darf niemand vor Gericht geladen werden, und so lange ein solcher Befehl nicht außer allem Zweifel beruhet, ist der Geladene zu erscheinen nicht verbunden. Zwar ist es bey mehreren niederen Gerichten herkömmlich, daß der Gerichtsdiener, bloß auf das Ansuchen des Klägers, ohne einen besondern Befehl des Richters abzuwarten, die Gerichtspflichtigen vorfordert; allein wenn nicht besondere Landesgesetze, oder Proceßordnungen hierüber etwas bestimmen, so kann gegen denjenigen, der eine solche Ladung nicht achtet, niemals rechtlich verfahren werden, und es sind daher solche Gebräuche, die nur Unordnung in dem gerichtlichen Verfahren erzeugen, verwerflich. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 113. S. 225.

x) *Cap. 2. X. de Dilation.*

y) Carrach Anweis. zum Proceß, Abschn. I. Cap. II. §. 5. *Gailius Obseruatt. Lib. I. Obs. XXXVIII. num. 6. sq.*

z) *Meuius Deciss. Tom. I. Part. IIII. Dec. CCLXXXII. not. 5. p. 1023. ed. nouiss.*

a) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 112. S. 224.

nicht zu kurz hinaus gesetzt seyn, damit nehmlich der Geladene Zeit genug gewinne, zu dem vorzunehmenden Geschäfte gehörig vorbereitet erscheinen zu können; ist die anberaumte Frist gar zu enge, so ist die Ladung unverbindlich b).

§. 228.

Was insonderheit die schriftliche Ladung anbetrifft, so ist zur Gültigkeit derselben erforderlich, daß sie nicht nur auf die gehörige Weise ausgefertiget, sondern auch gebührend eingehändiget oder insinuiret werde. Die gehörige Ausfertigung setzet voraus, daß die Ladung außer dem Namen des ladenden Richters c) enthalte:

1) den Namen desjenigen, auf dessen Gesuch die Citation erkannt worden ist. Es muß der Vor- und Zuname, der Stand und der Aufenthaltsort des Klägers deutlich ausgedrückt seyn. Dem Beklagten können in Ansehung der persönlichen Verhältnisse des Klägers mancherley Einreden zustehen; außerdem muß jener wissen, ob der Richter von Amtswegen, oder auf Ansuchen eines anderen, die Ladung erkannt hat, und überdies kann er, wegen seines künftigen Benehmens nur dann einen bestimmten Entschluß fassen, wenn er seinen Gegner genau kennet d). Haben mehrere die Ladung bey dem Richter nachgesuchet und erhalten, so sind alle zu benennen, wenn sie nicht, wie solches z. B. bey Gemeinheiten

b) *Meuius l. l. Part. III. Dec. CCCXXXXI. not. 7. p. 744. Gailius Obseruatt. Lib. I. Obs. LIII. not. 19.* Zwar setzet die *L. 69. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb.* deshalb eine zehntägige, und die *Nou. 53. cap. 3. §. 1.* eine zwanzigtägige Frist fest; allein es wird heutiges Tages auf diese Bestimmungen keine Rücksicht genommen, vielmehr der Termin willkührlich nach Beschaffenheit der Umstände bestimmet. Ludovici Einleitung zum Civilproceß, Capit. X. §. 9. Bestimmen besondere Gesetze hierüber etwas ganz genau, so kann der Richter zwar eine solche gesetzliche Frist aus hinreichenden Ursachen verlängern, nicht leicht aber, und nur in summarischen Sachen abkürzen. Oelze Anleit zur gerichtl. Praxis, §. 88. S. 212. *a Wernher Obseruatt. forens. Part. I. Obs. CCCXXXVI. Sobaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. II. §. 8.*

c) Man sehe den §. 226.

d) *Gailius Obseruatt. Lib. I. Obs. L.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198851/phys_0145 DFG

der Fall ist, einen gemeinschaftlichen Namen (nomen collectiuum) führen e).

2) Den Namen desjenigen, wider welchen die Citation erkannt worden ist. Es muß der Vor- und Zuname und der Stand des Beklagten deutlich ausgedrückt seyn. Fehlen diese in der Ladung, so begründet sie keine Verbindlichkeit zum Erscheinen, wenn sie gleich eingehändiget worden seyn sollte f). Sind mehrere Streitgenossen zu laden, so müssen sie alle benannt werden, wenn sie nicht zusammen eine moralische Person ausmachen, bey welcher auch hier schon die Angabe des gemeinschaftlichen Namens genüget. Sonst ist ein allgemeiner Name, z. B. Streitgenossen, Erben, u. s. w. nicht hinreichend, und nur die genannten Theilnehmer verbindet die Ladung g). Inzwischen kann der Richter in einem solchen Falle die Bestellung eines Bevollmächtigten, der die Ladungen in der Folge anzunehmen befugt ist, befehlen h).

3) Die Ursache, weswegen jemand geladen wird. Wenn diese nicht ausgedrückt ist, so wirket die Ladung keine Verbindlichkeit zum Erscheinen, wenn sie gleich insinuiret seyn sollte i). Bey dem Reichshofrathe wird der wesentliche Inhalt des Klageschreibens der Ladung inserirt, hingegen bey dem Cammergerichte der Libell mit seinen Anlagen zugleich mit der Ladung dem Citirten copeylich eingehändiget k). Ist dies nun gleich nach den gemeinen Rechten nicht nöthig,

e) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 107. S. 220.

f) *Meuius Deciss. Tom. I. Part. I. Dec. CCLVI. p. 204. ed. nouiss.*

g) Danz a. a. O. §. 108. S. 221.

h) *Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. II. §. 5.*

i) *Meuius l. l. Part. IIII. Dec. CCLXXXI. p. 1023. Tom. II. Part. VI. Dec. XXI. p. 15. sq.* In peinlichen Sachen fällt dies gänzlich weg, und selbst in solchen Civilsachen, wo zu befürchten ist, daß der Geladene, wenn er die Ursache der Citation erfährt, sich auf die Flucht begeben mögte. Danz a. a. O. §. 109. S. 221.

k) J. R. A. §. 34. P. A. von 1713. §. 48.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0146
DFG

thig l), so ist es doch räthlich, und der Beförderung des Processes wegen zu empfehlen m).

4) Den Ort, wo der Geladene erscheinen soll. Ist dieser ungewiß, so ist die Ladung unverbindlich n). Bey dem ordentlichen Richter fällt dies weg, es wäre denn, daß die Sache nicht an gewöhnlicher Gerichtsstelle vorgenommen werden sollte, und er kann sich daher der Regel nach des allgemeinen Ausdrucks: vor Uns, vor dem Amte allhier zu erscheinen, bedienen o); ein commissarischer Richter hingegen ist den Ort genau zu bestimmen verbunden, weil bey ihm der Ort willkührlich ist, und der Beklagte auch gegen den angezeigten Ort, wenn er nicht sicher, oder nicht ehrbar ist, Einwendungen vorbringen kann p).

5) Die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll. Diese kann entweder eine Frist (terminus *intra quem*), oder, welches gewöhnlicher ist, ein bestimmter Tag (terminus *in quo*) seyn. In beyden Fällen muß dieselbe, wenn die Citation verbindlich seyn soll, auf einen Gerichtstag, und nicht in Ferien fallen q). Sollten zufälliger Weise nach erlassener Ladung Ferien einfallen, so muß der Geladene, wenn in der Citation ausdrücklich stehet, daß er bey allenfallsigen Ferien den nächsten Gerichtstag darnach sich stellen solle, erscheinen; in dem entgegengesetzten Falle hingegen ist eine neue Ladung zu erlassen r). Die Stunde des Erscheinens auszudrücken ist überflüssig, und

l) *Gailius l. l. Obs. LI. n. 2. Carpzouius Iurisprud. forens. Part. I. Const. II. Def. XXI.*

m) Danz. a. a. O.

n) *L. 5. C. Quomod. et quand. iud. sentent. prof. deb.*

o) *L. 59. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb.*

p) *Zanger Tr. de excepti. Part. II. cap. V. Meuius l. l. Tom. I. Part. I. Dec. III. not. 9. p. 4.*

q) *L. 1. et L. 9. D. de Feriis. L. 2. C. eod. cf. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. tit. de In ius voc. §. 39. p. 169. sq.*

r) *Cap. 6. X. de Dol. et contum.* Danz a. a. O. §. 111. S. 222. f.

und wenn es auch geschehen ist, so kann doch der Geladene noch so lange sich stellen, als die Gerichtssitzung währet s).

§. 229.

Die Einhändigung der Ladung muß auf Befehl des competenten Richters geschehen. Ist der Vorzuladende der Gerichtsbarkeit des Richters, vor welchem er erscheinen soll, in der in Frage stehenden Sache gar nicht unterworfen t), oder erkennet derselbe in der Sache, von welcher die Rede ist, zwar die Gerichtsbarkeit, nicht aber den Gerichtszwang des ladenden Richters über sich v), so müssen, in dem einen sowohl als in dem andern Falle, Requisitions- oder Nachsuchungsschreiben erlassen werden x), in welchen der andere Richter gebeten wird, entweder die Ladung selbst, oder doch die Einhändigung derselben zu besorgen y); ist hingegen der Vorzuladende in der Sache

s) *Gailius l. l. Obs. LIII. n. 4. a Wernher Observatt. forenss. Part. I. Obs. CLXXXXV.* Die hie und da noch übliche Formel: zu rechter früher Tageszeit, bezeichnet lediglich die Zeit der Gerichtssitzung. *cf. Wilduogel Diss. de formula citationi inseri solita: iusto tempore matutino*, (Ienae 1715.)

t) Dies ist z. B. der Fall, wenn ein fremder Gerichtspflichtiger als Zeuge aufgeführet wird, und die verschiedenen Richter ihre Untergebenen wechselseitig einander stellen. *cf. Boehmer Princip. iur. canon. §. 731. p. 520. ed. nouiss.*

v) Dahin gehöret z. B. der Fall, wo jemand vor dem Richter der gelegenen Sache belanget wird, und an einem andern Orte wohnet, oder einen befreyeten Gerichtsstand hat. *cf. Boehmer l. l. §. 735. p. 522. sq.*

x) Es kommen dergleichen Nachsuchungsschreiben auch noch in vielen andern Fällen vor, ihre Einrichtung aber ist im wesentlichen immer die nämliche. *cf. Lips Diss. de litteris mutui compassus propter testes exhiberi solitis*, (Lipsiae 1684.) *de Zwierlein Diss. prima de litteris requisitorialibus, ex vsu romanorum antiquiori et recentiori*, (Goettingae 1758.) *Eiusdem Diss. secunda de litteris requisitorialibus, ex vsu germanorum antiquiori et recentiori*, (ibid. eod.) *Rodschied Diss. de litteris mutui compassus*, (Argent. 1776.) Hartleben Erläuterung der nach reichskammergerichtlichen Grundsätzen noch unerörterten Rechtsmaterie von Requisitionen, (Wetzlar 1792.)

y) In Ansehung der oberen und inneren Titulatur, des Beschlusses, der Unterschrift, des Zusammenlegens, des Versiegelns, und der Aufschrift sind die Nachsuchungsschreiben in der Form eines Briefes abzufassen. Den Inhalt aber anlangend, so macht man mit der Veranlassung des Schreibens den Anfang, lässet sodann die den Umständen gemäße Bitte, mit der Formel: zur Hülfe Rechtens (*in subsidium iuris*), und dem

che, welche den Gegenstand des Rechtsstreites ausmacht, nicht allein der Gerichtsbarkeit, sondern auch dem Gerichtszwange des ladenden Richters unterworfen, so kann der letztere die von ihm erkannte und ausgefertigte Citation selbst unmittelbar insinuiren lassen. Auf den erwähnten Unterschied gründet sich die bekannte Eintheilung der Citation in die directe und subsidiarische, in die mittelbare und unmittelbare. Erkennt und entwirft nehmlich der Richter, vor welchem man erscheinen soll, vermöge der ihm zuständigen Gerichtsbarkeit, die Ladung selbst, so wird sie eine directe (citatio *directa*) genannt; wenn hingegen der Richter des Vorzuladenden, auf Ansuchen eines andern Richters, vor dem jener erscheinen soll, die Ladung erkennt, entwirft und einhändigen lässet, so heißt sie eine subsidiarische (citatio *subsidiaria*). Sendet hiernächst der Richter die von ihm erkannte und entworfene Ladung z) einem andern Richter mit dem angehängten Gesuche zu, solche dem Vorzuladenden einhändigen zu lassen, so wird sie eine mittelbare (citatio *mediata*) genannt; lässet er hingegen die von ihm erkannte und entworfene Ladung selbst unmittelbar einhändigen, so heißt sie eine unmittelbare (citatio *inmediata*) a). Eine unmittelbare Citation können außer den Unterrichtern, welchen in Ansehung der in Frage stehenden Sache die Gerichtsbarkeit sowohl als der Gerichtszwang zustehet, verfügen:

1) die höchsten Reichsgerichte in Sachen reichsständischer Unterthanen, wie fern ihre Gerichtsbarkeit in solchen Sachen für gegründet zu achten ist b);

2)

dem Anhange, von der beschehenen Ladung, oder Einhändigung derselben Nachricht zu den Acten zu ertheilen, folgen, und schließet mit der Versicherung, in ähnlichen Fällen ein gleiches erwiedern zu wollen.

z) Es muß eine solche Ladung unversiegelt eingeschickt werden, weil sie im entgegen gesetzten Falle der requirirte Richter entweder erbrechen, oder unerbrochen zurück schicken kann. Knorr Anleit. zum gerichtl. Proceß, Buch I. Hauptst. II. §. 5. S. 42.

a) *cf. Schulz Diss. de citatione subsidiaria*, (Francof. 1685.) *Müller Diss. de citatione subsidiaria*, (Ienae 1693.) *de Erath Tr. de requisitione iudiciali*, (Brunsvig. 1747.)

b) *Pfotenhauer Doctr. process. quum. germ. tum. praesert. saxon. elector.* §. 196. *p.* 128.

2) Die höchsten Landesjustizcollegien in Sachen, die in der ersten oder auch zweyten Instanz von ihnen ventilirt werden müssen c);

3) diejenigen Richter, welchen die Criminalgerichtsbarkeit zuständig ist, in peinlichen Sachen d), und

4) landesherrliche Commissarien innerhalb den Territorialgränzen ihres Committenten e).

§. 230.

Die Ladung muß demjenigen eingehändiget werden, an welchen sie gerichtet ist, und wenn mehrere Streitgenossen vorhanden sind, so ist sie einem jeden von ihnen besonders zu insinuiren f), wenn sie nicht einen gemeinschaftlichen Anwald haben g). Sollten jedoch mehrere Erben eine Erbschaft noch unzertheilet besitzen, so kann die Ladung in dem Sterbehause gültig bekannt gemacht werden, und es bedarf in solchem Falle nicht einer besondern Insinuation bey einem jeden der mehreren Erben h). Den Gemeinheiten werden die Ladungen entweder in ihren Versammlungen, oder einen, oder mehreren ihrer Vorsteher zugestellt. Sind ganzen Collegien Ladungen zu insinuiren, so geschiehet solches entweder dem versammleten Collegium, oder dem Präsidenten desselben i).

§. 231.

c) *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuientt. Vol. III. Obs. CCCCXXXV.*

d) *Carpzouius Pract. rer. criminall. Part. III. quaest. CVIIII. n. 80. sqq. Hommel l. l.*

e) *Mencken Diss. de citatione principis commissarii immediati*, (Vitemb. 1726.)

f) *a Wernher Obseruatt. forenss. Part. VIII. Obs. CCCII. Meuius Decis. Tom. I. Part. IIII. Dec. CCCXXXVII. p. 2063. sq. Tom. II. Part. VIII. Dec. CCCCVII. p. 848. a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXII. med. 1. de Berger Electt. disceptt. forenss. p. 73.*

g) Hofmann deutsche Reichspraxis, Th. I. §. 266.

h) *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuientt. Vol. IIII. Obs. DXVII.*

i) Mettelbladt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 565. S. 226. Reichsständen sind die Ladungen an dem Orte ihres gewöhnlichen Hofla-

§. 231.

Der Regel nach muß die Einhändigung der Citation dem Geladenen selbst in Person, und zwar in seiner gewöhnlichen Wohnung geschehen. Ist er aber nicht anzutreffen, so kann alsdann die Ladung auch seinen Hausgenossen zugestellet werden; oder, wenn auch dies nicht angehet, weil diese entweder abwesend sind, oder die Citation anzunehmen sich weigern, so wird sie an einen Ort hingelegt, wo sie dem, welcher citirt wird, oder doch seinen Angehörigen gleich in die Augen fallen muß, und daher wird sie bisweilen auch wohl, in Gegenwart einiger Nachbaren, an die Thür oder Fensterladen angeschlagen k). Es ist demnach die so genannte citatio ad domum in allen Fällen subsidiarisch l), und sie begründet keine vollkommene Verbindlichkeit zum Erscheinen, wenn sie der Richter verfüget hat, da er doch ohne Schwierigkeit dem Geladenen selbst in Person die Citation einhändigen lassen konnte m). Auch hat sie sodann keine Wirkung, wenn der Citirte beweiset, oder vermittelst Eydes erhält, daß sie nicht zu seiner Wissenschaft gekommen sey n).

§. 232.

Endlich muß auch die Insinuation der Ladung vollzogen werden nicht nur an dem gehörigen Orte, und innerhalb dem Gerichtsbezirk des ladenden Richters o), son-

lagers, entweder in Person, oder einem ihrer ersten Diener einzuhändigen. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 114. *not. a.* S. 226.

k) *L. 4. §. 5. 6. D. de Damno inf.* Wettelbladt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 565. S. 285.

a Wernher Obseruatt. forenss. Part. VI. Obs. CCLXXXV. CCCCXXXV.

m) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXII. med. 4. Meuius Decis. Tom. II. Part. VII. Dec. CCLXXV. p. 491. ed. nouiss.*

n) *Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. II. §. 10.*

o) *L. vlt. D. de Iurisdict. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. II. tit. IIII. §. 41. p. 170.* Ist jemand außer seinem Hause in öffentlichen Amtsgeschäften begriffen, oder sonst mit einer feyerlichen Handlung beschäftiget, so kann er sich die ihm inmittelst zugestellte Citation verbitten. *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXII. med. 3.* Sollte außer dem Gerichtsdistricte des citiren-

den

sondern auch zur gehörigen Zeit p). Was diesen letzteren Punct anbetrifft, so leidet es zwar keinen Zweifel, daß die Zufertigung einer Ladung wohl an weltlichen Feyertägen gültig geschehen könne q), hingegen sind die Meinungen der Rechtsgelehrten darüber getheilet, ob auch ein gleiches in Ansehung der kirchlichen Festtäge Rechtens sey. Nach einer richtigen Theorie muß man der Meinung derjenigen Rechtslehrer beypflichten, welche dies verneinen r). Denn es sind allerdings Gesetze vorhanden, welche diesen Grundsatz bestätigen, wenn sie ganz deutlich verordnen, daß die an einem Sonntage, oder an irgend einem andern kirchlichen und dem Gottesdienste gewidmeten Festtage geschehene Behändigung einer Privatladung ungültig seyn soll, wofern nicht etwa ein außerordentlicher Nothfall dieselbe nothwendig macht, und eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist s). Diejenigen Rechtsgelehrten, welche die entgegen gesetzte Meinung vertheidigen, berufen sich zwar auf den Gerichtsgebrauch, und behaupten, durch diesen sey das Gegentheil eingeführet, weil theils die Zufertigung einer Privatladung nicht zu den gerichtlichen Handlungen gehöre, theils aber auch öffentliche Ladungen sogar in der Kirche selbst, von der Kanzel, mündlich bekannt gemacht werden könnten. Ein solcher allgemeiner Gerichtsgebrauch aber kann hier gar nicht angenommen werden. Denn zuvörderst sind die Sätze, worauf man denselben begründen will, ganz irrig. Wenn auch die Insinuation einer Ladung nicht zu den gerichtlichen Handlungen im eigentlichen Sinne des Worts gerechnet werden darf, so wird sie doch auf Befehl des Richters vollzogen, und der Schluß, den man von der Bekanntmachung öffentlicher Ladungen auf die Behändigung der Privatcitationen macht, kann gar nicht gelten. Daß dergleichen öffentliche Ladungen hin und wieder an

den Richters die Einhändigung der Ladung auch gleich von einem Notar vollzogen worden seyn, so ist sie dennoch ungültig. *a Leyser l. l. med. 2.*

p) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 114. S. 227.

q) Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß, Th. II. §. 125. S. 89.

r) S. Meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. XXVIII. S. 364. ff.

s) *L. vlt. C. de Feriis.* Die Erinnerungen, welche *Boehmer Iur. eccles. protestant. Tom. I. Lib. II. tit. VIIII. §. 17. p. 1095. ed. nouiss.* wider diese Gesetzstelle macht, habe ich a. a. O. zu widerlegen gesuchet.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0152
DFG

an kirchlichen Festtägen von der Kanzel bekannt gemacht werden, ist etwas ganz besonders, welches wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit dieser Gattung von Citationen in manchen Fällen nothwendig ist, und folglich kann man auch hiervon auf den vorliegenden Fall nicht richtig schließen. Sodann ist auch der allgemeine Gerichtsgebrauch, auf den man sich zum Beweise dieser Meinung beruft, ganz unerweislich; denn viele practische Rechtslehrer widersprechen derselben geradezu, und der angebliche Gerichtsgebrauch ist im Grunde weiter nichts, als Meinungen einzelner Rechtsgelehrten, und etwa einige wenige Beyspiele von Rechtssprüchen, die man in dem gegenwärtigen Falle um so weniger als eine richtige Entscheidungsquelle ansehen kann, da die Gesetze das Gegentheil mit der größten Genauigkeit und Bestimmtheit verordnen.

§. 233.

Gleichwie die Wirkung der Ladung ganz eigentlich auf der richtigen Zustellung derselben beruhet, so ist es räthlich, letztere durch eine besonders dazu beeydigte Person t) verrichten zu lassen, weil die Aussage dieser in Ansehung der geschehenen Einhändigung so lange vollen Glauben verdienet, bis das Gegentheil erwiesen wird v). Ist die Insinuation durch einen andern geschehen, so muß in dem Falle des Widerspruches die behörig besorgte Zustellung auf eine andere Art erwiesen werden, und es ist daher räthlich, sich darüber von dem Geladenen, oder einer anderen, in einem öffentlichen Amte stehenden Person, einen Schein ausstellen zu lassen x). Damit auch der Beweis der behörig geschehenen Einhändigung der Ladung sogleich am Tage liege, und gegen den Ungehorsamen sodann ohne Verzug rechtlich verfahren werden könne, muß der Gerichtsschreiber über jene eine kurze Registratur zu den Acten verfertigen, oder, welches gewöhnlicher ist, dem Gerichtsdiener ein schriftliches Zeugniß darüber

t) Gewöhnlich wird hierzu der Gerichtsdiener gebrauchet. Bedienet man sich eines Notarius, so muß dieser ein förmliches Instrument darüber aufsetzen. Auf dem Lande gebrauchet man gewöhnlich die Schultheißen zu diesem Geschäfte. Bey den Consistorien werden die Zufertigungen der Ladungen häufig durch die Superintendenten, bey den Kriegsgerichten aber durch die Befehlshaber der Regimenter oder Besatzungen besorget, und die geschehene Einhändigung durch Berichte angezeiget. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 114. S. 227.

v) *Gailius Obseruatt. Lib. I. Obs. LIIII. n. 4. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. II. §. 10.*

x) Ludovici Einleit. zum Civilproceß. Capit. X. §. 19. 20.

ausstellen y). Die Kosten der Ausfertigung und Insinuation muß derjenige, welcher um die Citation nachgesuchet hat, vor der Hand übernehmen, deren Erstattung aber von dem überwundenen Gegner demnächst erwarten.

§. 234.

Daß auch dem Inpetranten die Citation insinuiret werden müsse, lässet sich mit Grunde nicht behaupten, wenn gleich übrigens so viel seine Richtigkeit hat, daß ihm nach dem gemeinen Gerichtsgebrauche der Richter von der geschehenen Insinuation Nachricht ertheilet, damit er in dem anberaumten Termine erscheinen, und seine Nothdurft wahren könne. Diese Handlung wird die **Bekanntmachung des Termins** (*notificatio termini*) genannt. Sie geschiehet entweder so, daß dem Inpetranten eine Abschrift von der ergangenen Ladung, worunter der Gerichtsbote die Einhändigung atteſtiret hat, und welcher auch die Specification der Kosten beygefüget ist, zugestellet wird, oder durch eine besonders dazu verfertigte Schrift. Die erstere Art der Terminsbekanntmachung ist außerhalb Sachsen, die letztere aber in Sachsen gewöhnlich, und man pflegte diesen Aufsatz ehedem mit den Worten: zu gedenken daß auf N. N. Nachsuchen ꝛc., anzufangen, wovon er den Namen des **Gedenkzeddels** erhalten hat. Heutiges Tages erhält diese Schrift in den mehresten Sächsischen Gerichten die Form einer Citation z). Ist die Bekanntmachung des Termins unterblieben, so erwächset zwar daher noch keine Nichtigkeit des Processes, allein den Inpetranten kann die Strafe des Ungehorsams nicht treffen, wenn er wegen der unterlassenen Notification etwas verabsäumet hat.

§. 235.

Durch eine gehörig ausgefertigte und insinuirte Ladung wird der Geladene verbunden, vor Gericht in einem gewissen Termine zu erscheinen, und eine gerichtliche Handlung vorzunehmen; erscheinet er nun in dem anberaumten Termine nicht, so trifft ihn die Strafe des Ungehorsams, welche nach dem verschiedenen Zwecke der ergangenen Citation selbst verschieden ist. Wird durch die Ladung dem Geladenen bloß bekannt gemacht, daß dieses oder jenes in einem

y) Danz a. a. O. §. 115. S. 228.

z) Oeltze Anleit. zur gerichtlichen Praxis, §. 91. S. 117.

nem anberaumten Termine in dem Gerichte vorgehen werde, wobey er, wenn er wolle, erscheinen könne; so wird sie eine monitorische genannt, und ist im Grunde als eine Erinnerung und ein Rath anzusehen, der lediglich die Wirkung hat, daß, wenn auch gleich der Geladene nicht erscheinet, die Handlung doch vorgenommen wird a). Wenn hingegen die Ladung dem Citirten die Ausübung einer gewissen Handlung in dem Gerichte auflegt, und mithin nothwendig die Verbindlichkeit zu erscheinen mit sich führet; so heißt sie eine arctatorische, und dieser muß der Regel nach durchaus Folge geleistet werden, wenn nicht der Geladene die Strafe des Ungehorsams sich zuziehen will b). Ist der Ungehorsam gegen eine arctatorische Ladung mit einer besondern Strafe belegt, daß z. B. der Beklagte der Klage geständig und überführet seyn, die Einlassung als verneinend geschehen angesehen, oder das Document für anerkannt gehalten werden soll; so heißt sie eine peremtorische; ist hingegen dies der Fall nicht, so wird sie eine dilatorische genannt. Die Vernachlässigung jener hat die besondere, nach der Lage des Processes verschiedene Strafe, zur Begleiterinn; die Vernachlässigung dieser hingegen, bloß die gemeine Strafe des Ungehorsams, nehmlich die Erstattung der Kosten des Termines, zur Folge c). Erst die dritte Ladung ist nach den gemeinen Rechten peremtorisch d). Nach Befinden der Umstände kann jedoch der Richter schon in der ersten Ladung eine dreyfache Frist anberaumen, und solche alsdann sogleich für peremtorisch erklären e).

§. 236.

a) *Cap. 2. X. de Test.*

b) *L. 2 §. 1. D. Si quis in ius voc. non ier. Cap. 7. X. de Appellat. Cap. 4. Cap. 5. et Cap. 24. X. de Offic. et potest. iud. deleg.*

c) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 100. 101. S. 213. f.

d) *L. 35. §. 1. D. de Re iudic.* Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel vno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, litterisue vocatus praesentiam sui facere contemnit. *cf. L. 8. et L. 9. C. Quomod. et quand. iud. sentent. prof. deb.* Das alte deutsche Sprüchwort: Zweymal darf man wohl ausbleiben, will so viel sagen, daß erst nach geschehenem dreymaligen Außenbleiben und begangenem Ungehorsam jemand sachfällig werde. Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, Abth. VI. Num. XIII. S. 525. f.

e) *L. 53. §. 1. D. de Re iudic. L. 8. C. Quomod. et quand. iud. sentent. prof. deb.* J. R. A. §. 36. *cf. a Pufendorf Obseruatt. iur. vn. Tom. I. Obs. CXXXI. §. 5.*

§. 236.

Außer den so eben bemerkten Wirkungen bringt eine gehörig ausgefertigte und insinuirte Ladung noch folgende hervor:

1) sie unterbricht die Verjährung f). Bey der Behauptung einiger Rechtslehrer g), daß nur die dreyßigjährige und vierzigjährige Verjährung allein durch die Citation, die zehnjährige und zwanzigjährige hingegen erst durch die Litiscontestation, und die dreyjährige erst durch die Endurthel, ciuiliter unterbrochen werde, liegt eine unschickliche Vermischung des ältern und neuern Rechts zum Grunde, und es ist ohnstreitig die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten h) vorzuziehen,

5. p. 337. *sq. ed. nouiss.* Knorr Anleit. zum gerichtlichen Proceß, Buch I. Hauptst. II. §. 6. S. 43. Oeltze Anleit. zur gerichtlichen Praxis, §. 87. S. 109. f. *Meuius Deciss. Tom. I. Part. I. Dec. CCLVIII. p. 205. ed nouiss. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III. §. 4343. p. 767.*

f) *L. 2. C. de Annal. except. L. 3. et L. 4. C. de Praescript. 30. vel. 40. annor. Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. I. Obs. CVIII. p.* 172. behauptet, in Gemäßheit der angezogenen *L. 2. C. de Annal. except.* genüge die wider den Präscribenten erhobene Klage, auch ohne erfolgte Ladung, schon allein zur Interruption der Verjährung; nur der Gerichtsgebrauch nehme hierauf keine Rücksicht, und lasse erst die Citation eine Unterbrechung der Präscription begründen. In jener Gesetzstelle aber ist die Rede von einem außerordentlichen Rechtsmittel der gerichtlichen Protestation, welches lediglich sodann, wenn wider den Verjährenden wegen Abwesenheit, Kindheit oder Wahnsinn, bey dem Mangel eines Vormundes, die gerichtliche Klage und Citation nicht statt finden kann, die Verjährung unterbrechen soll. Außer diesem Falle ist nach den Gesetzen die Anstellung der Klage allein, ohne erfolgte Ladung, in der Regel nicht hinlänglich, die Verjährung zu unterbrechen, wie solches aus der *L. 3.* und *L. 4. C. de Praescript. 30. vel 40. annor.* unwiderleglich erhellet. *cf. Schmidt Comment. de interpellatione extraiudiciali ab interrumpenda praescriptione haud excludenda*, (Ienae 1758.) §. 5. 6. Daß es Fälle geben könne, wo selbst nach dem Gerichtsgebrauche schon die Klage allein zur Unterbrechung der Verjährung genüget, beruhet freylich außer Zweifel; allein dergleichen Fälle sind bloß als Ausnahmen von der Regel zu betrachten. *cf. a Wernher Obseruatt forenss. Tom. II. Part. VIIII. Obs. CCXVIIII.*

g) *Berlichius Concluss. practt. Part. II. Concl. VIIII. n. 22. sqq. Gailius Obseruatt. Lib. I. Obs. LXXIIII. n. 22.*

h) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. V. cap. XXXI. p. 223. Voet Com. ad Pandect. Lib. XXXXI. tit. III. §. 20. Bachouius Nott. et animaduerss. ad disp. Treutl. Vol. II. Disp. XXII. thes. 7. litt. K. et L. Connanus Comm. iur. ciuil. Tom. I. Lib. III. cap. XV. p. 214. Winckler Disp. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno et vtriusque effectibus*, (Lipsiae 1751.) *Sect. III. §. 3.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0156
DFG

hen, welche eine jede Verjährung durch die Ladung unterbrochen wissen wollen.

2) Durch sie wird der Gegenstand des Rechtsstreites, und die Klage selbst, nach der gemeinen Meinung der Rechtslehrer i), streitig, und es treten also nach ihr die so genannten effectus litigiosi ein, wovon wir an einem andern Orte handeln werden k).

3) Sie begründet die Prävention l), welche nichts anders ist, als die, im Falle einer concurrirenden Gerichtsbarkeit mehrerer gleich befugter Richter, unter den nämlichen Partheyen, zuerst vorgenommene Untersuchung einer und derselben Sache, oder der mit dieser auf das genaueste verbundenen Puncte. Sind nehmlich mehrere Richter gleich befugt, eine Sache zu untersuchen und zu entscheiden, so muß nothwendig, damit nicht die nämliche Sache vor mehreren Gerichten zugleich verhandelt, oder die von einem Richter entschiedene Sache von einem andern auf das neue in Untersuchung gezogen werde, ein Mittel vorhanden seyn, durch welches der Gerichtszwang des einen Gerichts ausschließlich begründet wird. Dieses Mittel ist die Prävention, die, wie fern man sie in Hinsicht auf den Richter und den Kläger betrachtet, mit dem Augenblicke, wo ein richterliches Erkenntniß ergehet, es mag nun solches willfährig oder abschläglich seyn, eintrit m), wie fern man sie hingegen in Beziehung auf

i) *Winckler l. l. §. 5. de Cocceii Ius ciu. controu. Lib. XXXXIIII. tit. VI. quaest. 2. Lauterbach Colleg Pandect. theoret. pract. Tom. III. Lib. XXXXIIII. tit. VI. §. 4. p. 594. ed. nouiss. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. IIII. §. 4350. p. 784.*

k) *Lib. XXXXIIII. tit. VI.*

l) *Zanger Tr. de exceptt. Part. II. cap. III. n. 14. sqq. Richter selectt. iur. princip. ad ordin. Dig. exposs. Disp. IIII. §. 5. Gailius Obseruatt. Lib. I. Obs. XXVIIII. n. 5.* Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 39. S. 110. ff. *Stryk Diss. de delegato principis, cap. IIII. §. 25.* Man sehe indessen auch *Winckler l. l.* und Pütter auserlesene Rechtsfälle, Band I. Num. LXXXVIII. *Emminghaus Notr. ad. de Cocceii Ius ciu. controu. Lib. II. tit. IIII. quaest. 8. not. m. p. 197. sq.*

m) *Tafinger Institutt. iurisprud. cameral. §. 389. Deckherr Vindicc. ad Blum. tit. XXV. n. 46. p. 159. n. 54. p. 165.* von Cramer Wetzlarische Nebenstun-

auf den Beklagten betrachtet, erst alsdann, wenn diesem die ergangene Ladung, oder doch ein anderes dieser ähnliches richterliches Erkenntniß behörig eingehändiget worden ist, anzunehmen stehet n).

4) Sie wirket eine Litispendenz im uneigentlichen Sinne, welche darin bestehet, daß der Rechtsstreit bey demjenigen Gerichte, bey welchem er einmal angefangen worden ist, auch fortgesetzet und geendiget, nicht aber vor ein anderes Forum gezogen werden muß o). Die römischen Gesetze unterscheiden zwischen der Rechtshängigkeit im weitläuftigen und uneigentlichen Verstande, und derjenigen im engeren und eigentlichen Sinne. Jene wird sowohl in Ansehung mehrerer gleich befugter Richter, als auch in Ansehung der streitenden Theile lediglich durch die Einhändigung der Ladung begründet, und ihre hauptsächliche Wirkung ist Prävention p). Diese hingegen mit allen ihren Wirkungen, wohin z. B. die Perpetuirung der Klagen, imgleichen der Uebergang der aus einem Verbrechen entspringenden Klagen auf die Erben gehöret, entstehet nur durch die Litiscontestation; erst wenn diese vorausgegangen ist, wird der Streit im eigentlichen Sinne rechtshängig genannt q). Das päbstliche Recht und die Reichsgesetze haben den erwähnten Unterschied nicht aufgehoben, und es ist ganz irrig, wenn viele glauben, daß nach diesen, die von dem gehörigen Richter erlassene,

stunden, Th. LIIII. Abhandl. V. S. 118. Th. LXXXVIIII. Abhandl V. S. 101. Th. LXXXX. Abhandl. II. S. 17. *ab Vffenbach Tr. de consil. caesar. aul. Cap. XII. Sect. I. Subsect. III. n. 8 — 12. p. 140.* Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis, §. 306.

n) Man vergleiche noch *Pütter Diss. de praeuemione atque inde nata praescriptione fori*, (Marb. 1744.) und *Diss. de praeuentione in caussis adpellationis speciatim summorum Imper. tribunalium*, (Goett. 1766.) *(in Eiusdem opusce. num. XII.)*

o) *Winckler l. l.* §. 3. 4.

p) §. *vlt. I. de Poen. tem. litigant. L. 7. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb. L. vlt. C. de In ius voc.*

q) *L. 4. C. de Iurisdict. L. 15. D. Rat. rem. hab. L. 31. pr. D. de Reb. credit. L. 30. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb. cf. Braudis Diss. de praescriptione litis pendentiae tum generatim, tum in specie, quatenus in Supremis Imperii tribunalibus vsu seruari potest*, (Goett. 1784.) *cap. I. §. 3.*

sene, wirklich eingehändigte, oder für eingehändiget angesehene Ladung, wenn sie nur den Inhalt der angestellten Klage kürzlich enthält, Rechtshängigkeit im weitläuftigen sowohl, als engeren Sinne einzig und allein wirke r). Nur das lässet sich nicht läugnen, daß nach dem päbstlichen Rechte und den Reichsgesetzen die Einhändigung der Ladung mehrere und größere Wirkungen erzeuget, als sie nach den römischen Rechtsgrundsätzen hervor zu bringen vermogte s).

5) Durch sie wird die Gerichtsbarkeit perpetuirt, das heißt, der Geladene muß vor dem einmal angegangenen Richter die Sache fortsetzen, wenn auch gleich in dem Falle einer aufgetragenen Gerichtsbarkeit derjenige, der den Auftrag ertheilet hat, ehe die Sache geendiget ist, mit Tode abgehen, oder aus einem andern Grunde aufhören sollte, zuständig zu seyn t).

§. 237.

Die aufgezählten Wirkungen der Ladung fallen weg:

1) wenn beyde Theile in dem anberaumten Termine nicht erscheinen; hier wird der Termin pro circumducto geachtet, und die Ladung für nicht er-

r) *cf. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. II. tit. IIII. §. 43. p. 170. sq. ed. nouiss. a Riegger Institut. iurisprud. eccles. Part. II. §. 596.* Diejenigen Rechtslehrer, welche diese Meinung vertheidigen, berufen sich unter andern vorzüglich auf die *Clem. 2. Vt lit. pend. nihil innou.* welche doch gerade das Gegentheil lehret, indem sie mit den Worten: Quum, lite pendente, nihil debeat innouari, litem quoad hoc pendere censemus, postquam a iudice competente in ea citatio emanauit, et ad partem citatam peruenit, vel per eam factum fuit, quo minus ad eius notitiam perueniret: dum tamen in citatione praedicta talia sint expressa, per quae plene possit instrui, super quibus in iudicio conuenitur, hinlänglich zu erkennen giebt, daß die durch die bloße Citation bewirkte Litispendenz nur verhindern solle, keine Neuerungen vorzunehmen, und den Proceß, wie er anhängig gemacht worden ist, zu unterbrechen. *cf. Engel Colleg. iur. canon. Lib. II. tit. V. n. 6.*

s) Danz a. a. O. §. 38. S. 107. f.

t) *Cap. 20. X. de Offic. et potest. iud. deleg. cf. de Cocceii. Ius. ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. IIII. quaest. 8. p. 198. ed. nouiss.* Estor Anfangsgründe des ge-

erlassen gehalten v). Es kann daher auch in solchem Falle an und für sich weder von einer Privatstrafe des Ungehorsams, noch von einem verdammenden oder lossprechenden Urtheile die Rede seyn, sondern der Richter wartet, bis der eine oder der andere Theil um eine neue Verfügung ihn angehet x).

2) Wenn derjenige, auf dessen Gesuch die Ladung erlassen worden ist, sich nicht stellet y). In diesem Falle kann der Beklagte, wenn er die Sache nicht selbst fortzusetzen gesonnen ist, um Entbindung von der Instanz, und den Ersatz der Kosten bitten, und der Kläger muß, wenn er alsdann den Rechtsstreit wieder anhängig machen will, nicht nur vorerst die Kosten ersetzen, sondern auch, auf Verlangen des Beklagten, Sicherheit wegen Fortsetzung des Processes bestellen.

3) Wenn die Ladung in Beziehung auf ihre Ausfertigung oder Insinuation einen wesentlichen Mangel hat. Würde inzwischen der Geladene, des Mangels der Citation ohngeachtet, freywillig sich stellen, und die ihm in derselben auferlegte Handlung ohne Protestation vornehmen, so erhält dadurch die Ladung ihre volle Kraft, und es findet sodann wider dieselbe weiter keine Einrede statt a).

gemeinen und Reichsprocesses, §. 134. *Boehmer Iur. eccles. protestant. Tom. I. Lib. II. tit. III. §. 17. p. 1047. ed. nouiss.*

v) *Wilduogel Diss. de termino circumducto*, (Ienae 1709.)

x) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 119. S. 232. f.

y) *L. 73. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb.*

z) *Carpzouius Process. iur. Tit. VIII. Art. III. n. 9. 29.* Die Wirkung der Prävention wird dadurch nicht aufgehoben, vielmehr ist der Kläger bey Anstellung der neuen Klage an den vorigen Richter gebunden. Danz a. a. O. §. 39. *not. n.* S. 115.

a) *a Leyser Meditatt. ad. Pandect. Vol. I. Spec. XXXII. med. 6. a Wernher Obseruatt. forens. Tom. I. Part. I. Obs. CCCXXXXVI.*

LIB. II. TIT. V.

SI QVIS IN IVS VOCATVS NON IERIT, SIVE QVIS EVM VOCAVERIT, QVEM EX EDICTO NON DEBVERIT.

§. 238.

Die bey den Römern übliche in ius vocatio priuata legte einerseits dem Beklagten die alternative Verbindlichkeit auf, entweder dem Kläger sogleich zu folgen, oder Bürgen zu stellen, und berechtigte andererseits den Kläger, Gewalt zu gebrauchen, wenn der Beklagte so wenig zu dem einen als zu dem andern sich gutwillig verstehen wollte. Gleichwie es aber unmöglich einem jeden Kläger anstehen konnte, den widerspenstigen Beklagten obtorto collo vor Gericht zu schleppen, so verordnete der Prätor in dem vorliegenden Edicte, daß in der Regel ein jeder auf vorgängige Privatvocation zu erscheinen, widrigenfalls aber eine Geldstrafe zu erlegen gehalten seyn solle. In der *L.* 2. *D. Si quis in ius voc. non ier.* sagt Paulus ausdrücklich: Ex quacumque causſa ad praetorem, vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus venire debet, vt hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit. §. 1. Si quis in ius vocatus non ierit, ex causſa a competente iudice multa pro iurisdictione iudicis damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit. Item, si nihil interſit actoris, eo tempore in ius aduersarium veniſſe, remittit praetor poenam: puta, quia feriatus dies fuit. Wurde jemand vor den Prätor oder vor andere Magistratspersonen vocirt, so war er bey Vermeidung einer Geldstrafe zu erscheinen verbunden; auch selbst alsdann mußte er sich stellen, wenn es zweifelhaft war, ob er dem Gerichtszwan-

ge derjenigen Magistratsperson, vor welche er vocirt wurde, unterworfen sey, und zwar aus dem Grunde, VT HOC IPSVM SCIATVR, AN IVRISDICTIO EIVS SIT, oder, damit man ausmitteln konnte, ob er vor dieser Magistratsperson Recht zu nehmen schuldig sey, oder nicht. Zur Entschuldigung gereichte es indessen dem Beklagten, wenn er

1) nicht sowohl aus boshafter Widerspenstigkeit, als vielmehr aus gutmüthiger Dummheit und gänzlicher Unwissenheit der Rechte sich nicht gestellet hatte;

2) wenn dem Kläger aus dem Nichterscheinen des Beklagten kein Schade erwachsen war, und

3) wenn der Beklagte einer von denen war, die vermöge des prätorischen Edicts nicht priuatim vor Gericht gefordert werden konnten b).

§. 239.

Gleichwie die römische Privatvocation bey uns nicht mehr statt findet, und von den Verordnungen, welche sich auf dieselbe beziehen, heutiges Tages überall kein Gebrauch mehr zu machen stehet c), so fällt auch dieses prätorische Edict von selbst hinweg. Vernachlässiget jemand heutiges Tages den obrigkeitlichen Befehl, in einem gewissen Termine vor Gericht zu erscheinen, und eine gerichtliche Handlung vorzunehmen, so trifft ihn die Strafe des Ungehorsams, welche eben so verschieden ist, als der Zweck der ergangenen Citation selbst verschieden seyn kann d). Die von einem offenbar incompetenten Richter erlassene Citation ist nichtig, und der Geladene braucht auf selbige nicht zu erscheinen; würde inzwischen die Zuständigkeit des Richters nur zweifelhaft seyn, so muß zwar der Citirte erscheinen, kann aber die ihm zustehende Einrede entgegen setzen e). Die Frage: wer ist

b) Diese letztere Entschuldigungsursache übergehet zwar Paulus in der angezogenen Stelle mit Stillschweigen, und es findet sich auch davon nichts in den übrigen Gesetzen dieses Titels; allein nicht nur die Rubrik desselben, sondern außerdem die Inscription der L. 48. D. *de Verbor. significat.* setzet sie außer Zweifel. *cf. Cuiacius Observatt. et emendatt. Lib. VII. cap. XVI. p. 204. sqq.*

c) §. 220.

d) §. 235.

e) §. 226.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0162
DFG

ist über diese Einrede zu erkennen befugt? lässet sich nicht ohne Unterschied beantworten. Es wird entweder darüber gestritten, ob dem Richter, welcher die Ladung erlassen hat, überhaupt eine Gerichtsbarkeit zuständig sey, oder man streitet nur darüber, ob seine Gerichtsbarkeit in der vorliegenden Sache gegründet, und der Geladene seinem Gerichtszwange unterworfen sey. Im erstern Falle kann der ladende Richter, weil der Streit ihn selbst betrifft, über die Einrede der Incompetenz nicht erkennen, sondern die Untersuchung der Sache gehöret vor den Oberrichter f); im letztern Falle hingegen ist er darüber zu erkennen wohl befugt, weil er hier nicht in seiner eigenen Sache Recht spricht, und lediglich die Gränzen seines öffentlichen Amtes bestimmt g). Erkennet der Richter im letztern Falle, daß die Sache nicht vor ihn gehöre, und der Beklagte seinem Gerichtszwange nicht unterworfen sey, so kann er nach Befinden der Umstände den Kläger in die verursachten Kosten und Schäden verurtheilen h); erkläret er hingegen, daß seine Gerichtsbarkeit allerdings gegründet, mithin der Beklagte auf die erhobene Klage zu antworten und vor ihm Recht zu nehmen verbunden sey, so stehet es dem Beklagten frey, das Rechtsmittel der Berufung zu ergreifen, wenn er durch diesen Bescheid gravirt zu seyn erachtet i).

f) *Zanger Tr. de excepti. Part. II. cap. I. n.* 446.

g) *L. 2. §. 1. et L. 5. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. de. Cap. 7. de Priuileg. in 6to.*

h) *Gailius Obseruatt. Lib. I. Obs. XXXIIII. n.* 4.

i) *Arg. Cap. 34. X de Rescript. cf. Huber Praelect. iur. rom. et hod. Part. II. tit. Si quis in ius voc. non ier. §. 3. p.* 604. *ed. nouiss.*

LIB. II. TIT. VI.

IN IVS VOCATI VT EANT, AVT SATIS VEL CAVTVM DENT.

§. 240.

Vermöge dieses prätorischen Edicts hatte bey den Römern der Beklagte die Wahl, auf eine vorgängige Privatvocation entweder dem Kläger zu folgen, oder durch Bürgen Sicherheit zu leisten, daß er vor Gericht erscheinen werde k). In Ansehung der Bürgen verordnete nach dem Zeugnisse des Rechtsgelehrten Paulus l) das Edict: Vt fideiussor iudicio sistendi caussa datus, pro rei qualitate locuples detur: exceptis necessariis personis: ibi enim qualemcumque adcipi iubet: veluti, pro parente, patrono. Der Kläger brauchte in der Regel keinen Bürgen anzunehmen, der ihm nicht hinlängliche Sicherheit verschaffen konnte; nur unter nahen Anverwandten fand eine Ausnahme von dieser Regel statt, indem sich der Kläger hier einen jeden Bürgen, es mogte nun dieser tüchtig seyn, oder nicht, gefallen lassen mußte

k) Der Bürge wurde VINDEX genannt, und zwar, wie *Festus de verbor. significat.* unter diesem Worte richtig bemerket, um deswillen, quod vindicet, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur. *cf. Meister Pr. vindex et vas, cap. I. §. 9. (in Eiusdem opuscc. Tom. I. num. VI. p. 288. sqq.)*

l) *L. 1. D. In ius voc. vt eant, aut sat. vel caut. dent.*

mußte m). Da übrigens auch dieses Edict sich evident lediglich auf die römische Privatvocation beziehet, diese aber bey uns gar nicht mehr statt findet, so ist leicht zu erachten, daß von demselben heutiges Tages kein Gebrauch gemacht werden könne.

LIB. II. TIT. VII.

NE QVIS EVM, QVI IN IVS VOCABITVR, VI EXIMAT.

---

§. 241.

Das gegenwärtige Edict, welches den Fall betrifft, wo bey der römischen Privatvocation ein Dritter den Beklagten aus des Klägers Händen durch Gewalt oder List befreyet hatte, stellet Ranchin so vor: NE QVIS EVM, QVI IN IVS VOCABITVR, VI EXIMAT, NEVE FACIAT DOLO MALO, QVO MAGIS EXIMATVR, SI ADVERSVS EA FACTVM FVERIT, IN FACTVM, QVANTI EA RES EST, IVDICIVM DABO. Wenn ein Dritter der Privatvocation sich widersetzte, und den Beklagten mit Gewalt den Händen des Klägers ent-

m) *cf. L. 2. et L. 3. D. eod.* Hatte der Beklagte zwey Bürgen zu stellen versprochen, so war es, wie Ulpian in der *L. vlt. D. eod.* mit den Worten: Qui duos homines in iudicio sisti promisit, si alterum exhibet, alterum non: ex promissione non videtur eos stitisse, quum alter eorum non sit exhibitus, lehret, nicht hinlänglich, wenn er nachher dennoch nur einen wirklich stellete.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0165
DFG

entriß, so fand wider denselben eine Klage statt n). Ulpian o) sagt: Quod praetor praecepit, *vi eximat*: vi an et dolo malo: sufficit vi, quamuis dolus malus cesset. Auch alsdann war der Dritte straffällig, wenn er gleich nicht böslicher Weise, sondern bloß in der irrigen Meinung, als sey der Kläger den Beklagten mit Gewalt vor Gericht zu schleppen nicht befugt, die Privatvocation vereitelt hatte. Den Grundsatz, daß nach dem Willen des Prätors die Klage in dem Falle, wo der Dritte auf irgend eine Weise durch List es veranlasset hatte, daß der Beklagte nicht vor Gericht erschien, eben sowohl als in dem Falle einer gewaltthätigen Befreyung des letzteren zulässig seyn müsse, suchet Paulus p) in Beziehung auf den Ausspruch des Pomponius aus der Allgemeinheit des Wortes: eximere, herzuleiten, indem er sich so äußert: Sed *eximendi* verbum generale est, vt Pomponius ait: *eripere* enim est de manibus auferre per raptum: *eximere*, quoquo modo auferre: vt puta, si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quo minus in ius veniret, vt actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse, quamuis corpus non exemerit. Sed et si eo loci retinuerit, non abduxit, his verbis tenetur. Konnte übrigens auch gleich der Eximent beweisen, daß der Kläger an dem Beklagten nichts zu fordern hatte, und diesen lediglich aus Chicane vocirte, so traf ihn dennoch die Strafe des Edicts. Dies lehret Paulus q) ausdrücklich, wenn er sagt: Item, si quis eum, qui per calumniam vocabatur, exemerit: constat eum hoc edicto teneri. Die Natur der Klage characterisirt Ulpian r) sehr genau mit folgenden Worten: In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controuersia est: hoc enim additum est, vt adpareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi s). Offenbar konnte vermittelst der

n) *L.* 1. §. 1. *D. Ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim.*

o) *L.* 3. §. *vlt. D. eod.*

p) *L.* 4. *pr. D. eod.*

q) *L.* 4. §. 1. *D. eod.*

r) *L.* 5. §. 1. *D. eod.*

s) *cf. Theophilus Paraphras. Institutt. Lib. IIII. tit. VI. §.* 12. *Tom. II. p.* 802. *ed. Reitz.* Τὸν ἐμὸν, ὑπεύθυνον, ἀγόμενον ἐπί δικαστήριον, βίᾳ ἐξείλετό τις, ἢ κατὰ δόλον οὐ συνεχώρησεν ἐλθεῖν ἐπὶ τὸ δικαστήριον, καταδικασθήσεται τῇ in

der Klage der Eximent auf eine Geldstrafe angesprochen werden, deren Größe nicht nach der wahren Größe des streitigen Gegenstandes, sondern nach der vermeintlichen Größe desselben, zu welcher der Kläger ihn anschlug, bestimmet wurde t). Docere autem debet quis, sagt der römische Jurist ferner, per hanc exemtionem factum, quo minus in ius produceretur: ceterum, si nihilo minus productus est, cessat poena, quoniam verba cum effectu sunt adcipienda v). Zur Begründung der Klage wurde erfordert, daß der Beklagte erweislich durch die Exemtion entkommen war, und wegen derselben sich nicht vor Gericht gestellet hatte; denn war er der Exemtion ohngeachtet an Gerichtsstelle erschienen, so fiel die Strafe und mit ihr die Klage hinweg. Hoc iudicium in factum est: et si plures deliquerint, in singulos dabitur: et nihilo minus manet, qui exemtus est, obligatus x). Die Klage war eine *actio in factum*, mittelst welcher der Kläger eine Privatgeldstrafe verfolgte, und wenn mehrere an der Exemtion Theil genommen hatten, so konnte sie gegen einen jeden auf das Ganze gerichtet werden; der Beklagte, welcher eximirt war, wurde indessen durch sie von dem Anspruche des Klägers immer noch nicht befreyet. Heredibus autem ita dabitur, si eorum interfit. Neque autem in heredem, neque post annum dabitur y). Als eine Pönalklage fand diese *actio in factum* gegen die Erben nicht statt, und sie dauerte auch nur ein Jahr.

Da

in factum, το ζοῦτον, ἀπαι τύμενος, ὅσον, ἐγὼ τὸν καλούμενον ἐπὶ τὸ δικαστήριον ἀπήτεν; d. h. Eum, qui obligatus mihi erat, in ius vocatum, vi aliquis exemit, aut per dolum non permisit in iudicium venire, condemnabitur in factum, et tantum ab eo exigetur, quantum ego ab illo in ius vocato exigebam.

t) *cf. Gothofredus Animaduerss. iur. ciuil. cap. I.* und *Steck Vindicatt. legg. anticritt. cap. I. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 266. sqq. Tom. I. p. 510.) Noodt Com. in Pandect. Lib. II. tit. VII. (in Eiusdem Opp. Tom. II. p. m. 45.) Schulting Enarrat. part. prim. Dig. Lib. II. tit. VII. §. 4. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p. 151. ed. nouiss.)*

v) *L. 5. §. 2. D. Ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim.*

x) *L. 5. §. 3. D. eod.*

y) *L. 5. §. vlt. D. eod.*

Da die römische Privatvocation nach unserer jetzigen Gerichtsverfassung nicht mehr im Gebrauch ist, so fällt auch das auf jene sich lediglich beziehende vorliegende prätorische Edict von selbst hinweg. Würde heutiges Tages ein Dritter den vorgeladenen Beklagten böslicher Weise hindern, in dem bestimmten Termine vor Gericht sich zu stellen, so kann ihn der Richter mit einer willkührlichen Strafe belegen, und der Kläger auf das Interesse belangen z).

LIB. II. TIT. VIII.

QVI SATISDARE COGANTVR, VEL IVRATO PROMITTANT, VEL SVAE PROMISSIONI COMMITTANTVR.

---

§. 242.

Die Compilatoren der Pandecten handeln in dem vorliegenden Titel von den verschiedenen Gattungen der Sicherheitsleistung, wodurch bey den Römern der Beklagte die Verbindlichkeit, dem Kläger auf dessen vorgängige Privatvocation sogleich zu folgen, von sich abzulehnen vermogte. Die Sicherheit, welche der Beklagte dahin, daß er vor Gericht erscheinen werde, bestellen konnte, wurde cautio de iudicio sisti genannt, und mußte in der Regel satisdando, das heißt, durch Bürgen geleistet werden. Hierauf beziehen sich die Worte der Inscription des Titels: *Qui* SATISDARE COGANTVR. Ausnahmsweis

z) *Huber Praelectt. iur. rom. et. hod. Part. II, tit. Dig. Ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim. §. 4. p. 608. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0168
DFG

weise mußte sich bisweilen der Kläger begnügen, wenn der Beklagte eidlich versprach, daß er sich vor Gericht stellen wolle, wie solches z. B. alsdann der Fall war, wenn der Beklagte zu den Personen von hohem Range gehörte. Daher heißt es in der Ueberschrift des Titels: *Vel* IVRATO PROMITTANT. Hin und wieder mußte sogar der Kläger mit einem bloßen Versprechen zufrieden seyn, wie solches z. B. alsdann der Fall war, wenn der Beklagte das ius reuocandi domum hatte, und in Rom vor Gericht gefordert wurde. Hierauf beziehen sich die Schlußworte der Inscription des Titels: *Vel* SVAE PROMISSIONI COMMITTANTVR.

Gleichwie die bey den Römern übliche Privatvocation bey uns nicht mehr statt findet, so läßet sich freylich auch von den Arten der Cautionsleistung, wovon in diesem Titel die Rede ist, heutiges Tages kein Gebrauch machen; es kommen inzwischen bey uns mehrere andere Sicherheitsleistungen im processualischen Verfahren häufig vor, die wir nun hier nach Anleitung unsers Verfassers noch genauer zu betrachten haben.

§. 243.

Caution, Vorstand heißt eine Sicherheit, die ich dem andern über die Erfüllung meiner Verbindlichkeit leiste, weil er fürchtet, daß ich diese vernachlässigen dürfte. Es setzt demnach jede Caution zum voraus: α) daß ich zu etwas verbunden bin; β) daß man nicht versichert ist, ich werde dieser Verbindlichkeit nachkommen, und daß ich daher γ) eine Handlung unternehme, wodurch der andere von der wirklichen Erfüllung meiner Verbindlichkeit überzeuget wird, oder doch wenigstens Mittel erhält, sich wegen des im entgegen gesetzten Falle zu besorgenden Nachtheils zu erholen a).

a) In den römischen Gesetzen bedeutet das Wort CAVTIO nicht selten jedes Mittel, wodurch man den andern wegen eines besorglichen Nachtheils sicher stellet. *cf. Vicat Vocabular. iur. Tom. I. f. v.* cautio, *p.* 228. *fq.* Jeder schriftliche Aufsatz z. B. welcher zum Beweise, daß eine Verbindlichkeit constituirt oder destruirt sey, abgefasset worden ist, wird mit dieser Benennung bezeichnet. *L.* 47. §. 1. *D. de Pact.* So reden die Gesetze von einer cautione creditae pecuniae (*L.* 40. *D. de Minor.*), depositionis (*L. vlt.* §. 1. *D. Vt legat. et fideic. cauff. cau.*), dotali (*L. vlt.* §. 5 *D. de Legat.* 2.), foeneratitia (*L.* 11. *C. de Pact dot.*), hereditaria (*L.* 3. *D. Famil. erciſc.*) pollicitationis (*L.* 9. §. 3. *D. Quod met. cauſſ.*). Auch kommen in den Gesetzen die Redensarten: cautionem, d. h. *chirographum*, exponere (*L.* 25. §. *vlt. D. de Probat.*) und pignori dare (*L.* 20. *D. de Pignor.*) imgleichen reddere debitori (*L.* 2. *D. de Pact.*) vor.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0169
DFG

In Beziehung auf die Art und Weise, wie die Caution geschiehet, zerfällt sie in die persönliche (personalem) und dingliche (realem), je nachdem sie nehmlich entweder durch ein Versprechen ohne Dazwischenkunft von etwas anderem, oder durch die Dazwischenkunft desselben geleistet wird. Was die persönliche Caution anbetrifft, so wird diese entweder durch ein bloßes Versprechen bestellet, oder durch ein eidliches Versprechen. Im ersteren Falle heißt sie cautio *nude promissoria*; hingegen im letzteren Falle wird sie cautio *iuratoria* genannt. Die erstere wird entweder durch ein schriftliches Versprechen geleistet, oder durch ein mündliches Versprechen, welches theils gerichtlich theils außergerichtlich geschehen kann. Anlangend die dingliche Caution, so wird diese entweder durch Unterpfand und Bürgen geleistet, oder durch Arrest und Sequestration. Im ersten Falle wird sie cautio realis *ordinaria*, im zweyten Falle aber cautio realis *extraordinaria* genannt. Jene macht die Regel aus; diese hingegen findet nur aus besondern Gründen und in außerordentlichen Fällen da, wo andere Sicherheitsmittel unanwendlich sind, statt. Die eine Gattung der ordentlichen dinglichen Caution, welche durch Unterpfand geleistet wird, heißt cautio *pignoratitia*; die andere Gattung derselben aber, welche durch Bürgen geschiehet, wird cautio *fideiussoria*, imgleichen *satisdatio* genannt. Bisweilen nehmen indessen die Gesetze das Wort satisdatio in einer ausgedehntern Bedeutung, indem sie darunter eine jede Caution, welche durch Bürgen oder Unterpfand bestellet wird, verstehen b).

In Ansehung des Grundes, auf welchem die Verbindlichkeit zur Cautionsleistung ruhet, wird die Caution selbst in die nothwendige (necessariam) und freywillige (voluntariam) eingetheilet, wie fern sie nehmlich entweder ausdrücklich von den Gesetzen anerkannt wird, oder vermöge einer besondern conventionellen Uebereinkunft gefordert werden kann c). Die verschiedenen Gattungen der nothwendigen Sicherheitsleistungen nach der Verschiedenheit der Verbindlichkeit, zu welcher sie hinzu treten, und woher sie besondere Namen erhalten, müssen an den gehörigen Orten erkläret werden. Nach Anleitung

b) *L.* 1. §. 9. *D. de Conlat bonor. L.* 21. §. *vlt. D. de Constitut. pecun. L.* 49. *in fin. D. de Solution.* Merkwürdig ist es, wenn Paulus in der *L.* 61. *D. de Verbor. significat.* sagt: Satisdationis adpellatione interdum etiam repromissio continebitur, qua contentus fuit is, cui satisdatio debebatur. *cf. Vicat. l. l. Tom. III. s. v.* satisdatio, *p.* 344.

c) Die nothwendigen Cautionen theilten die Römer in stipulationes praetorias, iudiciales und communes ein, wie wir unten im Titel *de Stipulationibus praetoriis* sehen werden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0170
DFG

tung unsers Verfassers haben wir hier lediglich noch von den verschiedenen processualischen Cautionen zu handeln.

§. 244.

Nach dem ältern römischen Rechte leistete der Beklagte cautionem *de iudicio sisti*; eine Caution, welche dahin gieng, daß er auf Verlangen des Klägers vor Gericht sich stellen wolle, und welche mit dem Tode des Beklagten aufhörte d). Insonderheit war der Beklagte auch sodann, wenn er vermittelst einer Realklage angesprochen wurde, cautionem *iudicatum solui* zu bestellen verbunden; eine Caution, welche dahin gieng, daß er die streitige Sache extradiren wolle, im Fall er zur Herausgabe derselben verurtheilet werden würde, und welche nach dem Tode des Beklagten fortdauerte e). Der Kläger hingegen war zu gar keiner Sicherheitsleistung verbunden, vorausgesetzt, daß er nicht in fremdem, sondern in eigenem Namen klagte f).

Eine

d) *L.* 4. *D. Qui Iarisd. cog.* Si decesserit, qui fideiussorem dederit iudicio sistendi caussa: non debebit praetor iubere exhibere eum. Quod si ignorans iusserit exhiberi, vel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit: deneganda erit actio. Si autem post diem exhibitionis decesserit, aut amiserit ciuitatem, vtiliter agi potest.

e) *L.* 1. *C. de Fideiussor. et mandator.* Si Lysias ademta parte bonorum exsulare iussus est, non nisi pro parte, quam retinuit, creditoribus obligatus est. Verum qui pro eo fidem suam adstrinxerunt, iure pristino conueniri possunt. Eigentlich enthielt diese Caution drey verschiedene Clauseln in sich. Ulpian sagt in der *L.* 6. *D. Iudic. solu.* ausdrücklich: Iudicatum solui stipulatio tres clausulas in vnum conlatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo. Wegen der letztern Clausel verdienet bemerket zu werden die *L.* 45. *D. de Rei vindicat.*, worin Ulpian sagt: Si homo sit, qui post conuentionem restituitur, siquidem a bonae fidei possessore, puto cauendum esse *de dolo solo*, debere ceteros *etiam de culpa sua*. Inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam. Die cautio de dolo gieng vor der Litiscontestation bey einem jeden Besitzer auf dolum futurum und culpam futuram. In Ansehung des Vergangenen gieng sie bey einem *malae fidei* possessore auf dolum und culpam zugleich, bey einem *bonae fidei* possessore aber nur dahin, daß er auf den Fall, wo er etwa nach erhobener Klage vor der Caution die Sache vorsätzlich abhanden kommen lassen, haften wolle. Für eine Nachlässigkeit, die er nach erhobener Klage vor der Caution sich zu Schulden kommen ließ, wurde er nicht verpflichtet. S. Westphal System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, §. 973. S. 754.

f) *Vinnius Com. in Institut. Tom. II. ad Pr. de Satisdat. p.* 945. *ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0171
DFG

Eine ganz andere Bewandniß hat es mit den Cautionsleistungen der streitenden Theile nach dem neuern römischen Rechte. SED HODIE HAEC ALITER OBSERVANTVR, sagt Justinian im §. 2. *I. de Satisdat.* ausdrücklich, nachdem er zuvor die Geschichte der ältern Legislation ausführlich erzählet hat. Siue enim quis in rem actione conuenitur, siue personali suo nomine: nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in iudicio parmaneat vsque ad terminum litis, vel committitur suae promissioni cum iureiurando (quam iuratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur. Es mag jemand vermittelst einer dinglichen oder persönlichen Klage in seinem eigenen Namen belanget werden, so wird er nicht angehalten, für die eingeklagte Summe Sicherheit zu leisten, sondern man hält ihn nur an, für seine Person zu caviren, daß er nehmlich bis zur Beendigung des Rechtsstreites allemal gehörig vor Gericht erscheinen wolle. Hierunter verlässet man sich entweder auf sein eidliches Versprechen, welches ein eidlicher Vorstand genannt wird, oder man zwingt ihn nach Beschaffenheit der Person, daß er entweder ein bloßes Versprechen oder wirkliche Sicherheit von sich stelle g). Sin autem per procuratorem, sagt der Kayser im §. 3. *eod.* ferner, lis vel infertur, vel suscipitur: in actoris quidem persona si non mandatum actis insinuatum est, vel praesens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur: eodem obseruando, et si tutor, vel curator, vel aliae tales personae, quae alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt. Würde ein Anwald entweder klagen oder verklaget werden, so muß er als Kläger Sicherheit leisten, daß der Principal

g) Zur juratorischen Caution gelangen Arme, indem diesen nachgelassen wird, zu beschwören, daß sie dasjenige, weswegen eigentlich eine fidejussorische Caution zu bestellen ist, prästiren wollen, und daß sie tüchtige Bürgen zu schaffen außer Stande sind. *Auth.* Generaliter *C. de Episcop. et cleric.* Personen von hohem Stande machen ebenfalls keine bürgschaftliche, sondern nur eine eidliche Caution. *L.* 17. *C. de Dignitat.* Andere Personen müssen wirkliche Sicherheit von sich stellen, diejenigen ausgenommen, welche mit unbeweglichem Vermögen angesessen sind. *L.* 15. *D. Qui satisd. cog. Otto Nott. critt. et Com. ad Institutt.* §. 2. *de Satisdat. p.* 510. *ed nouiss.* behauptet, nur Geistliche könnten in Gemäßheit der *L.* 25. §. 1. und *L.* 33. §. 3. *C. de Episcop. et cleric. L. vlt. C. de Sport.* und *L. vlt. C. de Princ. agent. in reb.* in einigen Sachen mit bloßem Handgelöbnisse caviren, nicht aber Personen, welche mit Immobiliarvermögen angesessen sind; letztere müßten, wenn gleich keine wirkliche Sicherheit, doch aber ein eidliches Versprechen von sich stellen. Das Gegentheil behauptet *Vinnius l. l. ad* §. 2. *de Satisdat. p.* 946. und, wie mir scheinet, mit Recht.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0172
DFG

cipal den Rechtshandel genehmigen werde, dafern die Vollmacht nicht schriftlich beygebracht worden ist, oder der Principal die Person seines Anwaldes nicht selbst im Gerichte bestätiget hat. Das nämliche gilt auch alsdann, wenn ein Vormund, ein Curator, oder andere Personen, welche die Verwaltung fremder Geschäfte übernommen haben, jemanden durch einen andern belangen h). Si vero aliquis conuenitur, fährt Justinian im §. 4. *eod.* fort, si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in iudicium venire, et sui procuratoris personam per iudicatum solui (satisdationem sollemni stipulatione) firmare, vel extra iudicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fideiussor exsistat pro omnibus iudicatum solui satisdationis clausulis. Vbi de hypotheca suarum rerum conuenire compellitur: siue in iudicio promiserit, siue extra iudicium cauerit: vt tam ipse, quam heredes eius obligentur. Alia insuper cautela, vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiae recitandae in iudicium veniet: vel si non venerit, omnia dabit fideiussor, quae in condemnatione continentur, nisi fuerit prouocatum. Wenn jemand belanget wird, und gegenwärtig einen Anwald zu bestellen bereitwillig ist, so kann er entweder selbst im Gerichte erscheinen, und die Person seines Anwaldes durch Sicherheitsleistung für die Bezahlung des Zuerkannten feyerlich gelobend bestätigen, oder die Sicherheitsleistung außergerichtlich bewirken, so daß er dadurch selbst seines Anwaldes Bürge für die Erfüllung aller und jeder Bedingungen der Sicherheitsleistung, wegen Bezahlung des Zuerkannten, werden muß. Daher wird er denn auch in die Verpfändung seiner Habe und Güter zu willigen genöthiget, er mag es nun gerichtlich versprochen, oder außergerichtlich sich verbürget haben; daß also er sowohl als seine Erben verbindlich werden. Außerdem muß noch ein Vorstand oder eine Sicherheit seiner Person wegen geleistet werden, daß er nehmlich zur Zeit der zu eröfnenden Urthel vor Gericht erscheinen, oder

h) Verhandelt der Vormund oder Curator den Rechtsstreit seines Pupillen oder Curanden vor Gericht selbst, so leistet er in der Regel keine Caution. Tutor, heißt es in der *L.* 27. *D. de Administrat. et peric. tutor.* merklich, qui tutelam gerit, quantum ad prouidentiam pupillarem, domini loco haberi debet. Ausnahmen von dieser Regel führet Vlpian in der vorhergehenden *L.* 23. *D. eod.* an, wenn er daselbst sagt: Vulgo obseruatur, ne tutor caueat, ratam rem pupillum habiturum: quia rem in iudicium deducit. Quid tamen, si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? Aequum est, aduersarium non decipi. Idem et in curatore est, vt Iulianus scripsit. Die Ausnahmen gründen sich ganz in der natürlichen Billigkeit. *cf. Otto l. l.* §. 3. *p.* 510. *sq. Vinnius l. l.* §. 3. *p.* 947.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0173
DFG

oder im Falle des Außenbleibens der Bürge alles geben solle, was in der Urthel ihm auferleget worden ist, es wäre denn, daß man auf ein höheres Gericht sich berufen hätte l). Si vero reus, füget Justinian im §. 5. *cod.* noch hinzu, praesto ex quacumque causa non fuerit, et alius velit defensionem eius subire: nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen, vt satisdationem iudicatum solui pro litis aestimatione praestet. Nemo enim secundum veterem regulam, vt iam dictum est, alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur. Sollte der Beklagte irgend einer Ursache wegen nicht bey der Hand oder gegenwärtig seyn, und ein anderer die Vertheidigung desselben übernehmen wollen, so kann zwar dieser ohne Unterschied, ob von dinglichen oder persönlichen Klagen die Rede ist, solches thun, er muß aber Sicherheit wegen Bezahlung des Zuerkannten nach vorhergegangener Schätzung bestellen, weil nach einer alten Rechtsregel ohne Sicherheitsleistung niemand zur Vertheidigung einer fremden Sache für tüchtig gehalten wird. — Auch der Kläger muß nach dem neuern römischen Rechte Caution leisten, da Justinian deshalb ausdrückliche Verordnungen erlassen hat. Es gehöret dahin die *Nou.* 96. *cap.* 1. welche im griechischen Urtexte so lautet: INA μὴ τοίνυν ταῦτα μέχρι παντὸς πλημμελῆται, θεσπίζομεν, μὴ ἄλλως τὰς ἐνάγοντας πέμπειν βιβλίον, καὶ ζημίας ἀφορμὴν παρέχειν τοῖς ἐναγομένοις, πρὶν ἂν ἀσφάλειαν ἔκθοιντο εἴς τε τὸν φεύροντα καὶ τὸν τῆς ὑποθέσεως πληρωτήν, ὡς μηνῶν εἴσω δύο πᾶσι τρόποις προκατάρχονται παρὰ τῷ δικαστῇ· ἢ, εἰ μὴ τοῦτο πραξάιεν, πᾶσαν ζημίαν προσγενομένην τῷ αἰτιαθέντι ἀποδιδάσι διπλασίονα, ἀχ' ὑπερβαινούσης τῆς ἀσφαλείας ἕξ καὶ τριάκοντα χρυσοῦς, und von Hombergk zu Vach k) folgendergestalt übersetzt worden ist: NE igitur haec in perpetuum committantur, sancimus, vt actores non aliter libellos mittant, et reis caussam damni adferant, quam et reo, et caussae exsequutori cautionem praestiterint, se intra duos menses omni modo apud iudicem litem contestaturos: vel si hoc non fecerint, duplum omnis damni, quod inde eueniet, restituturos: cautione sex et triginta aureos non excedente l). Der Kläger soll Caution bestellen, daß

l) *cf. Otto l. l.* §. 4. *p.* 511.

k) Hombergk zu Vach *Nouell. constitutt. Iustin. ex graec. in latin. conuerss. et notis inlustratt.* (Marb. Cattor. 1717.) *p.* 663.

l) Die Uebersetzung von Haloander und die Vulgate stimmen mit der Hombergkschen Version im Wesentlichen vollkommen überein.

daß er innerhalb einem von Zeit der übergebenen Klageschrift zu berechnenden Zeitraume von zwey Monaten den Krieg Rechtens befestigen wolle; thut er dies nicht, so soll er für allen Schaden haften, und selbigen doppelt ersetzen. Eine andere hieher gehörige Verordnung ist die *Nov.* 112. *cap.* 2. welche in ihrer Originalsprache so lautet: ΠΡΟΣ δὲ τὸ ἀποκλεῖσαι τὰς τῶν κατὰ συκοφαντίαν κινόντων ἐναγωγὰς, καὶ τὰς τῶν ἐκβιβασῶν δόλους, καὶ ἄλλην ἐφεῦρεν ἡ ἡμετέρα πρόνοια θεραπείαν. Θεσπίζομεν γὰρ παντας τὰς δικασὰς, εἴποτε τινὰς συσχεθῆναι ἢ γὲν ὑπομνησθῆναι βεληθεῖεν, ταύτην τὴν αἵρεσιν ταῖς ἑαυτῶν διαλαλιαῖς προσιθέναι, ὥστε μὴ ἄλλως τὰ τῶν αἰτιάσεων βιβλία, τοῖς ἐναγομένοις ἐπιδίδοσθαι, ἢ σπόρτυλα τοῖς ἐκβιβασᾶις παρέχεσθαι, εἰ μὴ πρότερον καὶ ἐν τῶ βιβλίω ὁ ἐνάγων ἢ δι' ἑαυτῦ ἢ διὰ ταβελαρίε ὑπογράψοι καὶ πράξεως ὑπομνημάτων συνισαμένης, ἐγγυητὴν ἀξιόπιστον παρασχοι, κινδύνω τῆς ἀρμαδίας τάξεως, ὁμολογῆντα ὅτι περ καὶ μέχρι πέρατος τῆς δίκης προσεδρεύει, καὶ τὰς ἰδίας ἐναγωγὰς ἢ δι' ἑαυτῦ ἢ διὰ νομίμε ἐντολέως ἐγγυμνάζει, καὶ εἰ μετὰ ταῦτα δειχθείη ἀδίκως τὴν δίκην κινῆσας, ὀνόματι ἀναλωμάτων καὶ δαπανημάτων, δέκατον μέρος τῆς περιεχομένης τῶ βιβλίω ποσότητος ἀποκατασησει τῶ αἰτιαθέντι· εἰ δὲ ἔποιμι εὐπορεῖν, ἐγγυητὴν δῆναι τηνικαῦτα παρὰ τῶ δικασῆ παρ' ὥπερ ἡ ὑπόθεσις μέλλει ἐξετάζεσθαι, τῶν ἁγίων εὐαγγελίων προκειμένων δι' ὅρκε τῦτο αὐτὸ διαβεβαιώσασθαι καὶ ἔτως ἐνώμοτον αὐτὸν ἐκτίθεσθαι ὁμολογίαν, καὶ δι αυτῆς ἅπερ ἀνωτέρω εἰρηται ὁμολογῆσαι. und von Hombergk zu Bach m) folgendergestalt übersetzt worden ist: Ad actiones vero eorum, qui per calumniam illas mouent, et exsequutorum fraudes excludendas, aliud adhuc remedium prouidentia nostra inuenit. Sancimus enim, vt omnes iudices si aliquos prehendi, seu citari voluerint, hanc conditionem interloquutionibus suis addant, ne reis alii libelli conuentionis dentur, vel sportulae exsequutoribus praebeantur, nisi antea actor libello vel ipse, vel per tabularium subscripserit, et actis interuenientibus idoneum fideiussorem periculo cohortis suae dederit, qui promittat, quod vsque ad finem litis permansurus, et actiones suas vel per se, vel per legitimum procuratorem moturus, et si postea iniuste litem mouisse probetur, sumtuum et expensarum nomine decimam partem quantitatis, quae libello continetur, reo sit restituturus. Quod si dicat, se non posse eiusmodi fideiussorem dare: tum apud iudicem, apud quem causa examinanda est, sacris Euangeliis propositis, iureiurando confirmet, at-

m) *Hombergk* zu Bach *l. l. p.* 735. *sq.*

atque ita iuratam cautionem exponat, eaque, quae supra dicta sunt, promittat n). Der Kläger soll Caution leisten, daß er den Rechtsstreit nicht liegen lassen, sondern bis zum Ende desselben fortsetzen, auch auf den Fall, wo er den Proceß verlieren würde, den zehnten Theil der libellirten Summe als Kostenersatz entrichten wolle.

§. 245.

Die vorhin angegebenen Gattungen des Vorstandes, welche das neuere römische Recht den streitenden Theilen auflegt, sind heutiges Tages nicht durchgehends mehr anwendlich. Nach unserer deutschen Gerichtsverfassung bestellet bey der gerichtlichen Betreibung der Rechtsstreitigkeiten

A) der Kläger

1) Vorstand wegen des Ersatzes der Kosten des Processes (cautionem de expensis), wenn er in dieselben verdammet werden sollte o);

2) Vorstand wegen der Wiederklage (cautionem pro reconuentione), wenn der Beklagte einen scheinbaren Grund der Reconvention anzugeben vermag p), und die Wiederklage mit der Vorklage nicht zugleich verhandelt werden kann q), auch der Kläger für seine Person nicht der Gerichtsbarkeit desjenigen

n) Auch hier kommen die Uebersetzung von Haloander und die Vulgate mit der Hombergkschen Version im Wesentlichen völlig überein.

o) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 464. S. 653. Von dieser Sicherheitsleistung sind indessen diejenigen frey, welche nicht ganz freywillig klagen, indem sie entweder von Amtswegen gerichtliche Klage erheben, oder ex lege diffamari zum Klagen aufgefordert sind. *cf. Zizmann Diss. de nonnullis, qui a cautione pro expensis immunes sunt*, (Lipsiae 1764)

p) *Hertius Opuscc. Vol. I. Tom. III. num. 6. p.* 278. von Cramer Wetzlarische Nebenstund. Th. XXXIII. S. 10.

q) Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, §. 2156. v. 2157. bb. *Meuius Decis. Tom. I. Part. III. Decis. XXII p.* 502. *Part. I. Decis. CXXXVII. p.* 109. *Part. VI. Decis. CXXIIII.* Nettelblatt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 144. S. 76.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0176
DFG

gen Richters unterworfen ist, vor welchem er die Klage angebracht hat r).

3) Vorstand wegen Fortsetzung des Rechtsstreites (cautionem de lite prosequenda), mit welchem es folgende Bewandniß hat. Wenn der Kläger vor der Kriegsbefestigung ungehorsam ist, und auf die ergangene Ladung sich nicht stellet, so kann der Beklagte, wenn er die Sache nicht selbst fortzusetzen gesonnen ist, um Entbindung von der Instanz, und den Ersatz der Kosten bitten. Will alsdann der Kläger den Rechtsstreit wieder anhängig machen, so muß er vorerst die Kosten ersetzen und, auf Verlangen des Beklagten, die erwähnte Sicherheit wegen Fortsetzung des Processes bestellen s).

B) Der Beklagte leistet

1) Vorstand sich vor Gerichte stellen zu wollen (cautionem de iudicio sisti), wenn ein besonderer Verdacht ihn trifft, daß er vor demjenigen Gerichte vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist, sich nicht allezeit stellen werde;

2) Vorstand das Zuerkannte leisten zu wollen (cautionem iudicatum solui), wenn besondere Umstände eintreten, welche besorgen lassen, daß er dasjenige, was durch den richterlichen Ausspruch erkannt werden wird, nicht prästiren werde t). — Zu beyden Gattungen der Vorstandsleistung ist der Beklagte auch ohne Rücksicht auf die angegebenen Gründe sodann gehalten, wenn er sie durch Vertrag versprochen hat v). Nach Befinden der Umstände kann aber insonderheit in dem Falle, wenn der

r) Hofmann deutsche Reichspraxis, Th. I. §. 389. Ueber beyde genannte Sicherheitsleistungen verdient vorzüglich nachgesehen zu werden *Goeddaeus de satisdatione pro expensis et reconuentione*, (Marb. 1683.)

s) Danz a. a. O. §. 119. S. 232. f.

t) *cf. Lossius Diss. de cautione rei in processu ciuili*, (Vitemb. 1734.)

v) *Meuius l. l. Tom. I. Part. III. Decis. LXXV. p. 543. ed. nouiss.* Wettelblatt a. a. O. §. 142. 143. S. 754. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0177
DFG

Beklagte seinen bisherigen Aufenthaltsort verändern will, oder der Flucht verdächtig ist, oder sein Vermögen zu verschwenden beginnt, persönliche Verkümmerung und Sequestration verhänget werden x).

C) Der Anwald bestellet

1) Vorstand wegen der Genehmigung (cautionem rati), wenn es zweifelhaft ist, ob sein angeblicher Principal, für welchen er erscheinet, seine Handlungen genehmigen werde y). Ist nehmlich dem Sachwalter eine mit außerwesentlichen Mängeln behaftete Vollmacht ausgestellet worden, oder will er als vermutheter Sachwalter auftreten, so muß er, wenn der Gegentheil vor der Litiscontestation es verlanget z), Sicherheit wegen der Genehmigung durch Bürgen oder Pfänder a) bestellen; von welcher Verbindlichkeit er nur dann frey ist, wenn er unbewegliche, oder diesen gleich

x) Estor a. a. O. §. 2160.

y) In den Gesetzen wird diese Sicherheitsleistung cautio de rato (*L.* 39. §. *vlt.* und *L.* 40. §. 1. *D. de Procurat.* *L.* 8. *D. de Negot. gest.*) stipulatio de rato (§. *vlt. I. de Diuis. stipulat.*), cautio ratihabitionis (*L.* 1. *C. de Procurat.*) imgleichen cautio ratam rem haberi (*tit. Dig. Ratam rem hab.*) genannt. *cf. Lauterbach Disquisit. de cautione rati a coniunctis praestari solita*, (Tubing. 1663.)

z) *Zoesius Com. ad Pandect. Lib. III. tit. III. num.* 20 — 22. *p.* 122. Danz a. a. O. §. 143. S. 260. Daß diese Sicherheitsleistung sowohl vor, als nach der Einlassung auf die Klage, bey allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens verlanget werden könne, und daß auch der Richter von Amtswegen darauf Rücksicht nehmen müsse, weil aus ihrer Vernachlässigung eine Nichtigkeit in Absicht auf das ganze processualische Verfahren entstehen würde, behaupten *Henne Diss. de personis ex mandato praesumto in iudiciis agentibus*, (Erford. 1768.) §. 21. Dapp Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß, §. 478. und Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 245. S. 387. f. allein die diesseitige Meinung wird durch die *L.* 40. §. 3. *D. de Procurat. et defens.* auf das vollständigste gerechtfertiget, wenn Ulpian darin mit dürren Worten sagt: Ratihabitionis autem satisdatio ANTE LITIS CONTESTATIONEM a procuratore exigitur: ceterum semel lite contestata, NON compelletur ad cautionem. Es stehet auch das dominium litis, welches der Procurator nach dem römischen Rechte erlangte, vermöge dessen die Urthel auf seinen Namen gerichtet wurde, der heutigen Anwendung dieser Gesetzstelle nicht entgegen.

a) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. III. Lib. XXXXVI. tit. VIII. §. 3. p.* 779.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0178
DFG

gleich geachtete Güter besitzt, die unter dem Gerichtszwange des Richters gelegen sind, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist b). Uebrigens verbindet diese Caution den Principal eben so wenig in allen Fällen zur Genehmigung, als sie eine Sicherheit wegen Erfüllung der Urthel (cautionem iudicatum solui) in sich schließet. Die einzige Wirkung derselben bestehet darin, daß der Sachwalter, wenn die Genehmigung nicht erfolget, das Interesse leisten muß c).

2) Vorstand wegen der Erfüllung der Urthel (cautionem iudicatum solui) neben der Sicherheit wegen der Genehmigung sodann, wenn er für den Beklagten erscheinet, keine unbewegliche oder diesen gleich geachtete, unter dem Gerichtszwange des Richters, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist, gelegene Güter besitzet, auch der Kläger vor der Einlassung auf die Klage darauf dringet, und von einer dinglichen Klage die Rede ist d). Bey bloß persönlichen Klagen ist in der Regel die Sicherheitsbestellung wegen Erfüllung der Urthel schon allein hinreichend e).

In allen Fällen übrigens entscheidet der Richter nicht nur die Frage, ob Sicherheit zu bestellen sey, sondern er bestimmet auch die Summe derselben, wobey ihm das Interesse der Parthey, wenn ihr Gegner, oder ein Stellver-

b) *L.* 15. *D. Qui satisd. cog.* Dapp a. a. O. §. 477. *Vultetus Tr. de iudice. Lib. II. cap. V. num.* 88. 89. 90. *Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. II.* §. 4. 5.

c) Danz a. a. O. §. 137. S. 253. f.

d) *L.* 40. §. 2. *L.* 46. und *L.* 53. *D. de Procurat. et defens. L. vn. C. de Satisdat. L. vlt. C. de Consort. eiusd. lit.*

e) *L.* 45. §. *vlt. D. de Procurat. et defens.* Den Grund, weswegen bey dinglichen Klagen noch neben der Sicherheit wegen der Genehmigung ein Vorstand wegen der Erfüllung der Urthel geleistet werden muß, bey persönlichen Klagen hingegen nicht, untersuchet *de Cocceii Iur. ciu. controu. Tom. I. Lib. III. tit. III. quaest.* 17. *p.* 314. *ed. nouiss.* Die Fälle übrigens, wo auch bey persönlichen Klagen Caution wegen der Genehmigung zu bestellen ist, sind lediglich als Ausnahmen von der Regel anzusehen. *cf. Giphanius Com. ad L.* 35. *D. de Procurat et defens.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0179
DFG

vertreter derselben ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllen sollten, zur Norm dienet f).

§. 246. 247.

Gleichwie persönliche Cautionen oder solche, die durch ein Versprechen geleistet werden, keine hinreichende Sicherheit gewähren, so sind der Regel nach im Civilprocesse dingliche Cautionen zu bestellen. Es können dergleichen dingliche Cautionen geleistet werden

A) durch **Bürgen**. Diese müssen, wenn sie tüchtig seyn sollen,

1) sich gültig verbürgen können g);

2) an dem Orte, wo sie sich verbürgen, unbewegliche, oder diesen gleich geachtete Güter besitzen h);

3) leicht belanget werden können i), und

4) den Rechtswohlthaten der Theilung und des Ausklagens entsagen k).

B) Durch **Pfänder**. Diese müssen

1) demjenigen, der Caution zu bestellen hat, eigenthümlich zustehen l), auch

2)

f) Danz a. a. O. §. 464. S. 654. Vergl. unten §. 249.

g) *L.* 8. §. 1. 2. *D Qui satisd. cog.*

h) *L.* 1. *D. Si quis in ius voc. non ier.*

i) *L.* 2. und *L.* 7. *D. Qui satisd. cog.*

k) Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, §. 2131 — 2140. Bey dem Vorstande, sich vor Gerichte stellen zu wollen, imgleichen das Zuerkannte leisten zu wollen, kann indessen nach der Meinung angesehener Rechtslehrer die dem Bürgen sonst zuständige Rechtswohlthat der Excussion auch ohne vorgängige Entsagung derselben nicht vorgeschützet werden. S. *de Berger Oecon. iur. Lib. IIII. tit. XVIIII.* §. 2 *not.* 9.

l) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 465. S. 655.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0180
DFG

2) dem streitenden Theile hinlängliche Sicherheit verschaffen, und eben deswegen findet diese Art der Sicherheitsleistung nur dann statt, wenn die Sache entweder an und für sich selbst einen bestimmten Werth hat, oder der Richter ein gewisses Cautionsquantum festgesetzt hat m).

Außer der Ordnung finden inzwischen auch persönliche Cautionen im Civilprocesse statt. Dergleichen persönliche Cautionen können bestellet werden

A) durch bloßes Versprechen. Zu dieser Art der Sicherheitsbestellung wird nur der Fiscus und überhaupt das gemeine Wesen zugelassen n).

B) Durch eidliches Versprechen. Nur alsdann, wenn jemand entweder gar keine Bürgen und Pfänder, oder doch nicht hinreichende Bürgen und Pfänder aufbringen kann, findet diese Art der Cautionsleistung statt o). Der Cavent muß in diesem Falle dahin schwören, daß er, aller angewandten Mühe ohngeachtet, weder Bürgen noch Pfänder auftreiben können, die ihm obliegenden Verbindlichkeiten aber getreulich

m) In Gemäßheit der *L.* 1. *D. Qui satisd. cog.* l. 3. und *L.* 7. *D. de Stipulat. praetor.* muß die processualische Caution beständig durch tüchtige Bürgen geleistet werden; allein der heutige Gerichtsgebrauch lässet auch eine Sicherheitsleistung durch Pfänder unter den erwähnten Einschränkungen dergestalt zu, daß es von dem Willen desjenigen, welcher die Caution zu bestellen hat, abhängt, ob er seinen Gegner mit Bürgen oder mit Pfändern sicher stellen will. *a Wernher Obseruu. forr. Part. VIII. Obs. CCCLVIIII.*

n) *L.* 1. §. 18. und *L.* 6. §. 1. *D. Vt legat. seu fideicommiss. causs.* Estor a. a. O. §. 2153. *m* — 2153. *t.* Zwar sollen nach Vorschrift der *L.* 33. §. 3. *C. de Episcop. et cleric.* auch Geistliche nur durch bloßes Versprechen caviren; allein Justinian schränkte dieses Vorrecht der Geistlichkeit in der *Nou.* 123. *cap.* 21. §. *vlt.* wieder ein, und heutiges Tages kommt dasselbe gar nicht mehr in Betracht. *Richter Selectt. iur. princip. sec. ordin. Dig. exposs. Diss. IIII.* §. 8. *in fin.*

o) *Harpprecht Diss. de cautione iuratoria, (in Eiusdem dissertatt. acadd. Vol. I. num. VI. p. 167. sqq.)* Die von den Sachwaltern zu leistenden Cautionen müssen nothwendig durch Bürgen oder Pfänder bestellet werden, weil die Gesetze, welche die eidliche Sicherheitsleistung unter den erwähnten Einschränkungen zulassen, lediglich von in eigenem Namen streitenden Personen reden. Danz a. a. O. *not. f.* S. 656.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0181
DFG

lich erfüllen wolle p). Uebrigens hatten bey den Römern solche Personen, welche vornehme Staatsbedienungen bekleideten und viri inlustres genannt wurden q), das Vorrecht, daß sie bloß durch den Eid Caution leisteten r), und das nämliche Vorrecht wird auch heutiges Tages bey uns nach dem Gerichtsgebrauche allen denjenigen zugestanden, welche hohe mit einer fixen Besoldung verbundene Staatsbedienungen haben s).

§. 248.

p) §. 2. *I. de Satisdat. Nou.* 112. *cap.* 2. *Auth.* Generaliter *C. de Episcop. et cleric* Estor a. a. O. § 2153 *x* — 2153 *m*. Eine gar nicht hieher gehörige, aber dennoch vom Verfasser in der Note a. berührte Frage ist die: ob im Criminalprocesse ein eidlicher Vorstand zulässig sey, oder nicht? Ohne Unterschied lässet sich diese Frage so wenig bejahen als verneinen, indem man bey ihrer Beantwortung zuvörderst dahin zu sehen hat, ob von dem Ankläger oder dem Angeschuldigten die Rede ist. Was den Ankläger anbetrifft, so verordnet zwar die P. G. O. Art. 12. ganz deutlich, daß derselbe in Ermangelung einer dinglichen Caution durch persönlichen Arrest die zu leistende Sicherheit bestellen soll, allein hierauf nimt, wie *Carpzouius Pract. nou. rer. criminall. Part. III. quaest. CVI. num.* 48. *sqq.* bezeuget, der Gerichtsgebrauch keine Rücksicht, und lässet den Ankläger auch zur eidlichen Sicherheitsleistung zu, im Fall der Richter solche für hinreichend achten sollte. Bey dem Angeschuldigten hat man weiter darauf Rücksicht zu nehmen, ob derselbe abwesend ist, und um Ertheilung eines sichern Geleits nachsuchet, oder ob er gegenwärtig ist. Im ersten Falle findet eine eidliche Sicherheitsleistung statt ohne Unterschied, ob von einem geringen oder schweren Verbrechen die Rede ist. *cf. de Boehmer Obseruatt. selectt. ad Carpzouii Pract. nou. rer. criminall. quaest. CXII. Obs. XI.* Hingegen im zweyten Falle kommt es darauf an, ob die Rede ist von einem Verbrechen, welches nach den Gesetzen eine Strafe am Leibe oder Leben nach sich ziehet, oder von einem Verbrechen weswegen höchstens nur die Landesverweisung zuerkannt werden kann. Wenn jenes ist, so findet der Regel nach eine eydliche Caution nicht statt; ist aber dieses, so ist sie unbedenklich, weil man in solchem Falle ohnehin zur Verhaftnehmung des Angeschuldigten nicht zu schreiten pflegt. *cf.* von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. II. §. 646. S. 178. ff.

q) Den Titel inlustris führten der praefectus vrbi, der quaestor, der magister militum, der magister officiorum, der comes rerum priuatarum, der comes domesticorum, und der princeps agentium in rebus. *L.* 32. *C. de Appellat. L.* 2. *C. de Temp. appellat. L.* 6. *C. Vbi causs. fisc. L. vn. C. Ne rei milit. comit. L.* 11. *C. de Adsessor. L.* 8. *C. de Defens. ciuit. L.* 1. *C. de Aduoc. diu. iud. L. vlt. C. de Decur. L. vlt. C. de Suscept.* Am Range übertrafen die inlustres alle andere Würden, wie solches theils aus der *L. vn. C. de Rat. oper. publ. L. vlt. C. de Sport.* und *L.* 1. *C. Vbi senat.* theils aus der *Nou.* 23. erhellet. *cf. Pancirollus Com. in notit. dignitatt. virisque inper. cap. II. p.* 14.

r) *L.* 17. *C. de Dignitat.*

s) *Zizmann Diss. de nonnullis, qui a cautione pro expensis immunes sunt*, §. 8.

§. 248.

Von allen erwähnten processualischen Sicherheitsleistungen sind vermöge eines unzweifelhaften Gerichtsgebrauchs diejenigen frey, welche in dem in Frage stehenden Processe nicht befangene, unbewegliche, oder diesen gleich geachtete Güter, sie seyen körperliche, oder unkörperliche, unter dem Richter besitzen, vor welchem der Rechtsstreit hängt t); wenigstens ist es hinreichend, wenn dergleichen Personen bloß versprechen, daß sie den ihnen obliegenden Verbindlichkeiten eine Genüge leisten wollen v). Zur Erläuterung dieses Princips haben wir hier insonderheit noch folgende Puncte zu bemerken:

1) will jemand wegen des Besitzes unbeweglicher, oder diesen gleich geachteter Güter x) auf eine Befreyung von den im Civilprocesse sonst zu bestellenden Cautionen gegründeten Anspruch machen,

t) *de Berger Electt. disceptt. forr. Part. VIII. Obs. CCCCLXXXV.* Bey den Römern waren die Besitzer unbeweglicher Güter von der sonst erforderlichen Satisdation befreyet. Sciendum est, heißt es in der *L.* 15. *pr. D. Qui satisd. cog.* ausdrücklich, possessores immobilium rerum satisdare non compelli. Aus ganz unrichtigen Gründen behaupten indessen *Vinnius Com. in Institutt. Tom. II. ad §. 2. de Satisdat. p. 946. ed. nouiss. Westenberg Principp. iur. sec. ordin. Dig. tit. Qui satisd. cog. §. 17. (in Eiusdem opp. Tom. II. p. 75.)* und *Lauterbach Resolut. L. 15. D. Qui satisd. cog.* (Tubing. 1634.) *cap. IIII. §. 9. 10.* der Besitzer unbeweglicher Güter sey nur durch bloßes Versprechen Caution zu bestellen verbunden gewesen; denn in der *L.* 26. §. 6. *C. de Episcop. aud.* verordnet ja Justinian mit den Worten: Neque vero fideiussionis caussa, aut supra mandati formam nostros subiectos adlici pateremur, sed siquidem immobiles res habeant idoneas, IVSIVRANDVM TANTVM PRAESTENT, et conscribatur: sin autem non habeant vsque ad quantitatis aestimationem, fideiussionem sine vllo damno praebeant, ganz deutlich, es solle derselbe durch eidliches Versprechen caviren. Das nämliche verfüget auch der Kayser in der *L. vlt. §. 1. C. de Sportul.* eben so unzweydeutig. Mit Recht verwerfen daher *Schulting Enarrat. part. prim. Dig. tit. Qui satisd. cog. §. 4. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p. 153. sq. ed. nouiss. Voet Com. ad Pandect. Tom. I. tit. eod. §. 4. p. m. 331.* und *Noodt Com. in Pandect. tit. eod. (in Eiusdem opp. Tom. II. p. m. 46.* jene Meinung als irrig.

v) *cf. Ayrer Diss. de cautione a bonorum immobilium possessore non exigenda,* (Gotting. 1751.)

x) Dahin gehören ansehnliche Bibliotheken, Buchhandlungen, Apotheken, Waarenlager u. s. w. Man sehe oben §. 173. S. 224. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0183
DFG

chen, so ist erforderlich, daß ihm an den Gütern selbst ein Eigenthum zuständig sey, es mag nun solches ein alleiniges oder ein gemeinschaftliches, ein vollkommenes oder ein unvollkommenes, ein natürliches oder ein bürgerliches seyn y). Uebrigens kommt

2) an und für sich darauf, ob die Grundstücke verschuldet sind, nichts an z), wie fern nehmlich nicht etwa von dem Vorstande, das Zuerkannte leisten zu wollen, sondern nur von einer Sicherheitsbestellung wegen des Ersatzes der Kosten des Processes und wegen der Wiederklage die Rede seyn sollte a). Es wird auch

3) heutiges Tages eine besondere Verpfändung eigenthümlicher Besitzungen nicht erfordert b), wenn gleich der Besitzer auf den Fall, wo er während des Processes die Güter alieniren sollte, zur Bestellung einer neuen Sicherheit verbunden ist c).

4)

y) Arg. *L.* 15. §. 1. *D. Qui satisd. cog.* Possessor autem is adcipiendus est, qui in agro, vel ciuitate rem soli possidet: aut ex asse, aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Eum vero, qui tantum vsumfructum habet, possessorem non esse Vlpianus scripsit. Der Usufructuar soll von der Sicherheitsbestellung nicht frey seyn, und eben so wenig der Pfandgläubiger. Creditor, heißt es im §. 2. der angezogenen Gesetzstelle, qui pignus adcepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam, aut precario debitori concessam. Dagegen soll aber der Besitz der Dotalgüter von der Satisdation allerdings befreyen, wie solches die §. 3. in den Worten: si fundus in dotem datus sit, tam vxor, quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelliguntur, lehret. An den Dotalgütern hat während der Ehe die Frau ein natürliches, der Mann aber ein bürgerliches Eigenthum; jenes sowohl als dieses hebt die Verbindlichkeit zur fidejussorischen Caution auf.

z) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. tit. Qui satisd. cog. §. 18. p. 182. ed. nouiss.*

a) *a Wernher Selectt. obseruu. forr. Tom. II. Part. VII. Obs. CXVII.*

b) *Stryk-Vs. mod. Pandect. tit. Qui satisd. cog. §. 11. p. m. 234.*

c) *Hofacker Princip. iur. ciu. rom. germ. Tom. III. §. 4409. p. 829. Ludovici Diss. de eo, qui post litem contestatam bona inmobilia possidere desiit,* (Halae 1737.) *cap. IIII.* Ganz anders verhielt sich die Sache bey den Römern mit der zu bestellenden Satisdation. In der *L.* 15. §. *vlt. D. Qui satisd. cog.* heißt es: Pos-

4) Sind die Güter im Proceß befangen, so ſtreitet der Beſitzer darüber entweder mit demjenigen, welchem die Caution zu beſtellen iſt, oder mit einem Dritten. Im erſten Falle befreyet der Beſitz der ſtreitigen Güter nicht von der Verbindlichkeit zur Sicherheitsleiſtung, wohl aber im zweyten Falle d).

5) Nicht nur der wirkliche Beſitz unbeweglicher, oder dieſen gleich geachteter Güter, befreyet von der Verbindlichkeit, gerichtlichen Vorſtand zu beſtellen, ſondern auch ein jeder in einem Eigenthumsrechte oder Erbrechte gegründete Realanſpruch auf ſolche Güter e).

Poſſeſſor autem quis, necne fuerit, tempus cautionis ſpectandum eſt: nam ſicut ei, qui poſt cautionem poſſeſſionem vendidit, nihil obeſt, ita nec prodeſt ei, qui poſt cautionem poſſidere coepit. *cf. Faber Rationall. in Pandect. ad L. 15. pr. et §. vlt. D. Qui ſatiſd. cog. Tom. I. p. 127. 130.*

d) *de Berger Oecon. iur. Lib. IIII. tit. XVIIII. §. 2. not. 5. Berlichius Concluſſ. practicabb. Part. I. concl. XX. num* 39. Auch hier weichet der heutige Gerichtsgebrauch von der Analogie des römiſchen Rechts merklich ab. In der *L. 15. §. 6. D. Qui ſatiſd. cog.* heißt es: Si fundum, quem poſſidebam, a me petieris, deinde, quum ſecundum te eſſet iudicatum, adpellauerim: an poſſeſſor eiuſdem fundi ſim? et recte dicetur, poſſeſſorem me eſſe, quia nihilo minus poſſideo. Nec ad rem pertinet, quod euinci mihi ea poſſeſſio poſſit. *cf. Schilter Prax. iur. rom. Exercit. VII. §. 18. 19. Hofacker l. l.*

e) *Crell Diſſ. de actione reali, qua res inmobilis petitur, ad ſubterfugiend. onus ſatiſdat. actori profutur. (in Eiuſdem diſſertatt. faſc. II. p. 249.)* Nach ächten theoretiſchen Gründen läſſet ſich freylich dieſer Grundſatz nicht vertheidigen, wie *Conradi Diſſ. de actore, qui fundi petitionem habet, ſatiſdare cogendo,* (Erford. 1725.) ausführlich gezeiget hat; allein der Gerichtsgebrauch beſtätiget denſelben nach dem Zeugniſſe vieler practiſcher Rechtslehrer, wohin unter andern *Berlichius l. l.* von *Selchow* neue Rechtsfälle, Band II. Num. XXVII. S. 180. *de Berger l. l. theſ. 2.* und *Carpzouius Iuriſprud. for. Part. I Conſtit. V. definit.* 17. gehören. Das ſtärkſte Argument für die in der Praxis angenommene Meinung ruhet auf dem vom Verfaſſer in der Noteg. angeführten Geſetzſtellen, der *L. 13. D. de Reg. iur.* nemlich, worin *Paulus* ſagt: Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipſam rem habere videtur, und der *L. 143. D. de Verbor. ſignif.* worin *Ulpian* ſagt: Id apud ſe quiſque habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti poteſt. Dem erſten Anſehen nach iſt dieſes Argument allerdings ſehr täuſchend; betrachtet man es aber genauer, ſo wird man die Schwäche deſſelben leicht gewahr. Immer bleibt noch ein ſehr großer Unterſchied, ob man bloß eine Klage beſitzet, die, wie fern ſie eine unbewegliche Sache zum Gegenſtande hat, ſelbſt zu den unbeweglichen Gütern referirt

6) Soll der Besitz unbeweglicher, oder diesen gleich geachteter Güter von der Verbindlichkeit, Vorstand zu leisten, befreyen, so müssen die Güter unter demjenigen Richter, vor welchem der Proceß geführet wird, gelegen seyn f).

§. 249.

ferirt wird, und ob man wegen des Besitzes einer solchen Klage auch schon als wirklicher Besitzer der den Gegenstand derselben ausmachenden unbeweglichen Sache selbst angesehen werden kann. In Gemäßheit der angezogenen Gesetzstellen ist zwar derjenige, welcher eine in dem Besitze eines andern befindliche Sache als die seinige abzufordern das Recht hat, eben so gut für den Eigenthümer zu halten, als derjenige, welcher das Seinige selbst in Händen hat, und zwar aus dem vernünftigen Grunde, weil es bloß von seiner Willkühr abhängt, ob und wann er das ihm zuständige Recht vermittelst einer Klage geltend machen und zur Ausübung bringen will; allein demohngeachtet besitzt er ja die Sache noch nicht wirklich, auf deren Extradition er zu klagen befugt ist. In der *L.* 204. *D. de Reg. iur.* sagt Pomponius sehr richtig: Minus est actionem habere, quam rem. Derjenige, dem bloß eine Klage zuständig ist, kann wegen des immer noch ungewissen und zweifelhaften Ausganges des Processes unmöglich auf die Vortheile des Besitzes Anspruch machen, unter welche doch ganz ohnstreitig die Immunität von der Cautionsleistung gehöret. Man vergleiche noch *Ridel Diss. qua disquiritur, vtrum actio quoad rem inmobilem a cautione in processu praestanda liberet, nec ne?* (Goettingae 1783.) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. IIII. cap. II. §. 6. p. 754. ed. nouiss.*

f) Die Behauptung einiger practischen Rechtslehrer, es sey nach Vorschrift der *L.* 7. §. 1. *D. Qui satisd. cog.* schon hinreichend, wenn die Güter außer dem Gerichtszwange des Richters, vor welchem der Rechtsstreit hängt, nur sub eodem principe liegen, gehöret unter die irrigen Hypothesen, welche eine äusserst schiefe Anwendung des römischen Rechts auf unsere jetzige Verfassung verrathen. Si necessaria satisdatio fuerit, sagt Ulpian in dieser Stelle, et non facile possit reus ibi eam praestare, vbi conuenitur, potest audiri, SI IN ALIA EIVSDEM PROVINCIAE CIVITATE SATISDATIONEM PRAESTARE PARATVS SIT: si autem satisdatio voluntaria est, non in alium locum remittitur: neque enim meretur, qui ipse sibi necessitatem satisdationis inposuit. Bey den Römern waren die sämmtlichen Städte einer und eben derselben Provinz der Herrschaft des nämlichen Präses dergestalt unterworfen, daß durch ihn die Hülfsvollstreckung geschehen mußte. Es hatte demnach ein solcher Präses den Gerichtszwang überall, an dem Orte, wo die Klage erhoben worden war, eben sowohl, als an dem Orte, wo die Satisdation geleistet worden war. Ist es nun nicht offenbar ungereimt, wenn man hier von dem Präses einer römischen Provinz auf unsere Landesherren schließen will. Durch besondere Landesgesetze ist hin und wieder verordnet worden, daß es bey dem Besitze unbeweglicher Güter, in Ansehung der Befreyung von der Cautionsleistung, nicht auf die Lage derselben ankommen, sondern vielmehr genügen solle, wenn sie nur in eines Herrn Landen, worin der Proceß geführet wird, gelegen sind. In Ermangelung solcher besondern Provincialgesetze aber ist dies nicht hinlänglich, es wäre denn, daß der Proceß geführet würde nicht bey ei-

§. 249.

Es hängt von dem Gutdünken der Partheyen ab, ob sie durch Cautionsbestellungen sich behörig sicher zu stellen für nöthig achten, und der Richter kann daher nicht von Amtswegen, sondern nur aufgerufen von einem der streitenden Theile, Sicherheitsleistungen auflegen g). Die Summe des Vorstandes bestimmet er nach dem Interesse derjenigen Parthey, welche denselben verlangt h). Daher wird von dem Richter angesetzt

1) der Vorstand wegen des Ersatzes der Kosten des Processes so hoch, als nach der individuellen Beschaffenheit des Rechtsstreites die Kosten ohngefehr sich belaufen können;

2) der Vorstand wegen der Wiederklage so hoch, daß der Wiederbeklagte sich zu stellen dadurch bewogen, auch der Wiederkläger auf den Fall, wo er den Wiederbeklagten in seinem eigenen Forum sollte belangen müssen, in Ansehung seines besorglichen Schadens hinlänglich gedeckt werde i).

3)

einer untern Instanz, sondern bey dem höchsten Landesjustizcollegium, welches im Namen des Landesherrn spricht, und unter welchem die übrigen Richter und Obrigkeiten, in deren Gerichtsbezirke die unbeweglichen Güter derjenigen Parthey, von welcher Caution gefordert wird, gelegen sind, stehen. *cf. de Berger Supplemm. ad elect. diſceptt. forr. Part. I. tit. XII. XIII. ad Obſ. III. p.* 153.

g) *L.* 1. §. 9. *D. Vt legator. ſeu fideicommiſſ. ſeru. cauſſ. cau. cf. Boehmer Diſſ. de iudice procedente ex officio in proceſſu ciuili, cap. I. §.* 8. *(in Eiuſdem exercitt. ad Pandect. Tom. II. p.* 611. *ſqq.)* Es tritt hier die Regel ein: In cauſſis ciuilibus iudex officium ſuum non praeſtat, niſi de eodem inplorat us fuerit, welche nur in Ansehung der Minderjährigen und solcher Personen, die den Minderjährigen gleich geachtet werden, eine Ausnahme leidet. *Arg. L.* 44. §. 1. *D. de Adminiſtrat. et peric. tutor.*

h) S. oben §. 245.

i) Dies ist der Natur dieser Sicherheitsleistung vollkommen gemäß, weil sie nach den einstimmigen Bemerkungen der bewährtesten Rechtslehrer nicht als eine cautio de iudicato ſoluendo, sondern nur als eine cautio de iudicio ſiſti zu betrachten ist. S. *a Wernher Obſeruatt. forr. Tom. I. Part. IIII. Obſ. I. n.* 85. 86. *de Berger Elect. diſceptt. forr. tit. XII. ſq.* In dieser Rücksicht kann sie unmöglich nach der Größe der Gegenforderungen, welche der Beklagte in der Wiederklage auszuführen gedenkt, bestimmet werden; denn offenbar kommt es bey ihr lediglich darauf an,

3) Der Vorstand wegen Fortsetzung des Rechtsstreites wird gewöhnlich auf keine gewisse Summe gesetzt k), so wie denn auch, im Civilprocesse wenigstens,

4) der Vorstand sich vor Gerichte stellen zu wollen, die Festsetzung einer gewissen Summe nicht erfordert l), weil der Beklagte auf den Fall, wo er vor demjenigen Gerichte, vor welchem er belanget worden, nicht erscheinen und den Proceß fortsetzen sollte, dem Kläger ohnehin alles Interesse, nicht nur den positiven Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn, ersetzen muß m).

5) Der Vorstand das Zuerkannte leisten zu wollen ist von dem Richter nach dem Gegenstande des Rechtsstreites zu bestimmen n), und endlich

6) der Vorstand wegen der Genehmigung muß so hoch angesetzt werden, als nach vernünftigem Ermessen der Schaden, welchen der Gegner leidet, wenn der Principal die Handlungen des Sachwalters nicht ratihabirt, sich belaufen kann o).

an, daß der Beklagte wegen der anzustellenden Reconvention hinlängliche Sicherheit erhalte, der Kläger werde vor dem nämlichen Gerichte, wo er die Vorklage angestellet hat, in der Wiederklage sich stellen, und daselbst Recht nehmen. *cf. Wiesand Opusc. Specim. VII. Obs. IIII. p. 88. sqq.*

k) Hofmann deutsche Reichspraxis, §. 386.

l) *Schroeter Diss. de cautionibus indefinitis*, (Ienae 1698.) *cap. II. §. 21. cap. III. §. 30.*

m) Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, Th. I. Tit. CCLXV. §. 2156. x. y. Sollte inzwischen eine gewisse Cautionssumme wirklich festgesetzt worden seyn, so verstehet es sich von selbst, daß der Cavent solche bezahlen muß. *L. 2. §. 5.* und *L. 3. D. Qui satisd. cog. L. vlt. D. de Praetor. stipulat.*

n) Hat jemand diese Caution unbestimmt geleistet, so haftet er für dasjenige, was in der Urthel dem obsiegenden Kläger zuerkannt wird. *L. 9. D. Iudic. solu. L. 2. §. 2. D. de Praetor. stipulat.*

o) *L 19. D. Rat. rem. hab.*

LIB.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0188
DFG

LIB. II. TIT. VIIII.

SI EX NOXALI CAVSSA AGATVR, QVEMADMODVM CAVEATVR.

§. 250.

Der vorliegende Titel der Pandecten hat heutiges Tages keinen Gebrauch mehr p); inzwischen werden wir den antiquarischen Gegenstand desselben, die besondere Art der Sicherheitsleistung bey Noxalklagen nehmlich, nach Anleitung unsers Verfassers unten im Titel *de Noxal. act.* näher zu betrachten Gelegenheit haben q).

p) *a Groenewegen Tr. de legg. abrogg. et inusitt. tit. Si ex noxal. caussa agat. p. 92. ed. nouiss.*

q) *Lib. VIIII. tit. IIII.*

LIB. II. TIT. X.

DE EO, PER QVEM FACTVM ERIT, QVO MINVS QVIS IN IVDICIO SISTAT.

§. 251.

Hatte bey den Römern der Beklagte Caution geleistet, daß er vor Gericht erscheinen wolle, so war er verbunden, zur bestimmten Zeit sich zu stellen; vernachlässigte er aber die Erfüllung dieser Verbindlichkeit, so war die Folge des von ihm begangenen Ungehorsams die, daß nunmehro der Kläger nicht nur actione ex stipulatu gegen ihn selbst oder die Bürgen auf die versprochene Geldstrafe oder in Ermangelung derselben auf das Interesse klagen, sondern auch unter gewissen Umständen, wenn nehmlich der Beklagte sich versteckt hielt, und niemand ihn vor Gericht vertheidigte, eine Immission in den Besitz seiner Güter erhalten konnte r). War der Beklagte böslicher Weise durch jemanden abge-

r) *L. 2. D. Quib. ex cauſſ. in poſſeſſ. eat. cf. Noodt Com. in Pandect. tit. Si quis caut. in iudic. ſiſt. cauſſ. fact. non obtemperau. (in Eiuſdem opp. Tom. II. p. m. 48)* Die versprochene Geldstrafe durfte die gesetzmäßige Summe nicht übersteigen. *L. 4. §. vlt. D. Si quis caut. in iudic. ſiſt. cauſſ. fact. non obtemperau.* Zweifelhaft ist es, worin die Größe der Geldstrafe bestanden habe, weil sie in der angezogenen Gesetzstelle nicht bestimmet wird. *cf. Cuiacius Obſeruatt. et emendatt. Lib. X. cap. X. p. 305. ſqq. van Hees Diſſ. de iis, quae antiquitus apud romanos inter litigatores ante litem conteſtatam fiebant, cap. III. §. 3.* Bey der Bestimmung des Interesse war lediglich auf diejenige Zeit zu sehen, wo der Beklagte sich hätte stellen sollen. *L. 12. §. 1. D. eod. cf. Forſter Obſeruu. ſucciſiuu. lib. I. cap. I. (in Otonis Theſ. iur. rom. Tom. II. p. 905.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0190
DFG

gehalten worden, vor Gericht zu erscheinen, so konnte er gegen denselben actione in factum auf das Interesse klagen s). Und diese Klage auf das Interesse war nicht nur dem Beklagten, sondern auch dem Kläger zuständig, wenn diesen jemand aus Bosheit und Chicane verhindert hatte, sich vor Gericht zu stellen, dadurch aber inmittelst die gesetzliche Verjährungszeit abgelaufen, oder demselben auf andere Weise ein Schaden zugefüget worden war t). Keinesweges fand aber die erwähnte Klage sodann statt, wenn die streitenden Theile selbst sich verhindert hatten, vor Gericht zu erscheinen. Wenn der Beklagte aus Bosheit und Chicane des Klägers selbst abgehalten worden war, sich zu stellen, so konnte er mit der exceptione doli sich schützen, wenn dieser gegen ihn ex stipulatu auf die Bezahlung der Strafe klagte v); und umgekehrt, wenn der Kläger aus Bosheit und Chicane des Beklagten selbst abgehalten worden war, sich zu stellen, so konnte er mit der replica doli sich schützen, wenn ihm die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt wurde x). Ueberhaupt war jene Klage nach dem Ablaufe eines Jahres nicht mehr zulässig y). Konnte derjenige, welcher einen streitenden Theil böslicher Weise von dem gehörigen Erscheinen vor Gericht abgehalten hatte, den Schaden nicht ersetzen, so stellte der

s) *L. vlt. §. 2. D. de Eo, per quem fact. er. quo minus quis in iudic. sist. L. 3. D. Si quis caut. in iudic. sist. causs. fact. non obtemperau.*

t) *L. 3. pr. D. De Eo, per quem fact. er. quo minus quis in iudic. sist.* Der Unterschied dieser Klage von der im Titel *Ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim.* enthaltenen actione in factum ist leicht einzusehen. Letztere war eine bloße Pönalklage, welche lediglich der Kläger gegen den Eximenten anstellen konnte, und die auch selbst dann statt fand, wenn die Forderung des Klägers an den Beklagten gar keinen Grund hatte; die Klage des gegenwärtigen Titels hingegen war von Seiten desjenigen, welcher sie anstellete, eine bloße actio rei persequutoria, die nur auf den Ersatz des wirklich erlittenen Schadens gieng, und sowohl von dem Beklagten als von dem Kläger angestellet werden konnte. *cf. Ianus a Costa Com. ad Institutt. ad §. 12. de Act.*

v) *L. 1. §. 3. D. de Eo, per quem fact. er. quo minus quis in iudic. sist.*

x) *cf. Schulting Enarrat. part. prim. D. tit. De eo, per quem fact. er. quo minus quis in iudic. sist. §. 1. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p. 160. sq. ed. nouiss.*

y) *L. 1. §. vlt. D. de Eo. per quem fact. er. quo minus quis in iudic. sist.*

der Prätor der Billigkeit wegen die erloschene Klage wieder her z), indem er nunmehro dem Kläger eine actionem restitutoriam verstattete a).

Auch heutiges Tages kann ohnstreitig derjenige, welcher durch jemanden böslicher Weise abgehalten worden ist, vor Gericht zu erscheinen, auf das Interesse klagen, und in so fern lässet sich die heutige Anwendung des vorliegenden Titels nicht weiter bezweifeln b). Selten dürfte indessen freylich wohl die darin enthaltene Klage bey uns vorkommen, da nach heutigen Rechten schon durch die gerichtliche Ladung eine jede Präscription unterbrochen wird c), und in dieser Rücksicht der Grund jener Klage hinweg fällt d).

z) *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Plane, si is, qui dolo fecerit, quo minus in iudicio sistatur, soluendo non fuerit: aequum erit, aduersus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, et actor damno adficiatur.

a) *cf. Faber de errorr. pragmm. Decad. LXX. err.* 5. *Schulting l. l.* §. 3. *p.* 161.

b) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Eo, per quem fact. er. quo minus quis in iudic. sist.* §. 1. *p. m.* 235.

c) *L.* 2. *C. de Annal. except.*

d) *Boehmer Introd. in ius Dig. Part. I. tit. de Eo, per quem fact. er. quo minus quis in iudic. sist. p.* 96. *ed. nouiss.*

LIB.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0192
DFG

LIB. II. TIT. XI.

SI QVIS CAVTIONIBVS IN IVDICIO SISTENDI CAVSSA FACTIS NON OBTEMPERAVERIT *).

§. 252.

Der Ungehorsam der Partheyen (*contumacia*) **ist die Vernachläßsigung desjenigen, was ein streitender Theil zu einer bestimm-**

*) In den Gesetzen dieses Titels der Pandecten wird lediglich gehandelt von demjenigen Ungehorsame, welchen der Beklagte vor der Litiscontestation begehet. Bezeigte einer von den streitenden Theilen, es mogte nun der Kläger oder der Beklagte seyn, nach der Litiscontestation sich ungehorsam, und ließ den Proceß ganz liegen, so wurde dies bey den Römern EREMODICIVM CONTRAHERE genannt. *L. 7. §. vlt. D. de Minor. L.* 11 und *L.* 13. *D Iudic solu L.* 13. §. 3. 4. *C. de Iudic Nou.* 69. *cap.* 3. *L.* 31. §. 2. *D. de Negot. gest. L.* 54. §. 1. *D. de Re iudic. cf. Vicat Vocabular. iur. Tom. I. f v.* eremodicium, *p.* 503. *Finestres in Hermogeniani Iurisconsulti iur. epitomm. libb. VI. Tom I. p.* 240. Den Ungehorsam der erstern Art begehen nannten die Römer VADIMONIVM DESERERE wie unter andern aus einer Stelle beym *Cicero Catilin. Lib. II. cap. IIII.* und *Seneca de Benefic. Lib. IIII. cap. XXXVIIII* erhellet. *cf. Voorda Diss de vadimonio, cap. IIII.* Diesen Ungehorsam hingegen nicht begehen wurde VADIMONIVM OBIRE, imgleichen AD VADIMONIVM VENIRE genannt, wie unter andern zwey Stellen beym *Cicero pro Quint. cap. VI.* und *cap. XV.* beweisen. Der Grund, weswegen Tribonian in der Rubrik dieses Titels nicht des Ausdrucks vadimonium defere-

re

stimmten Zeit vor Gerichte zu besorgen verbunden iste). Sonach setzt der Ungehorsam zum voraus:

1) daß eine vollkommene Verbindlichkeit, eine gerichtliche Handlung zu besorgen, vorhanden ist, es mag nun übrigens diese Verbindlichkeit auf eine unmittelbare Vorschrift der Gesetze sich gründen, oder aus einem behörig erlassenen und eingehändigten richterlichen Befehle entstehen;

2) daß die bestimmte Zeit gänzlich verstrichen, und dasjenige doch nicht geschehen ist, was zu oder innerhalb derselben geschehen sollte, daher denn der Ungehorsam durch Nichterscheinen, oder durch Unterlassung desjenigen, was zu besorgen einem streitenden Theile oblag, begangen werden kann f).

§. 253.

Beruhet es außer Zweifel, daß einem streitenden Theile dasjenige, was zu besorgen ihm oblag, nicht nur bekannt war, sondern daß er auch absichtlich demselben keine Folge geleistet hat, so ist dies ein **wahrer** Ungehorsam (contumacia *vera*); wird hingegen bloß aus der Unterlassung der zu besorgenden Handlung der Ungehorsam so lange vermuthet, bis der streitende Theil darthut, daß

re sich bedient, und statt dessen vielmehr CAVTIONIBVS IN IVDICIO SISTENDI CAVSSA FACTIS NON OBTEMPERARE setzt, liegt nach der feinen Bemerkung des berühmten *Schulting Enarrat part. prim Dig. Lib. II. tit. XI. §. 1. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p. 162.)* darin, daß die cautio de iudicio sisti zu Tribonians Zeiten nicht mehr bloß durch Bürgen, sondern auch durch den Eid, oder das bloße Versprechen bestellet wurde. Von dem nach der Litiscontestation begangenen Ungehorsame der Partheyen wird zwar erst unten in den Titeln der Pandecten *de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb.* und *de Re iudic.* gehandelt; allein Hellfeld trägt hier die Materie von dem Ungehorsame der streitenden Theile im Civilprocesse nach heutigen Rechten in ihrem ganzen Umfange vor, und wir folgen ihm.

e) *Boehmer Diss. de contumacia non respondentis, (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. II. p. 72. sqq.)* *Reuss de contumacia ad praxin senatus imperialis aulici,* (Stuttgard. 1782.)

f) *Cap. 3. X. de Dol. et contumac. Cap. 7. X. de Adpellat.* cf. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 454. S. 640.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0194
DFG

daß er weder aus Bosheit, noch auch durch sein Verschulden die vorzunehmende Handlung vernachlässiget, so ist dies ein **vermutheter** Ungehorsam (contumacia *praesumta*). Wenn in dem ersteren Falle die Parthey dasjenige, was sie zu besorgen verbunden ist, nicht nur nicht besorget, sondern auch erkläret, daß sie es nicht besorgen wolle, so ist dies ein **böslicher** Ungehorsam (contumacia *dolosa*); unterlässet sie hingegen bloß die vorzunehmende Handlung, ohne ausdrücklich zu erklären, daß sie ihrer Verbindlichkeit nicht nachkommen wolle, so wird dies ein **verschuldeter** Ungehorsam (contumacia *culposa*) genannt g).

§. 254.

Der Ungehorsam setzt seinem Begriffe nach zum voraus, daß die Zeit gänzlich verflossen sey, welche zur Besorgung einer gerichtlichen Handlung anberaumet war. Diese Zeit kann nun seyn entweder ein bestimmter Tag, an welchem, oder ein bestimmter Zeitraum, innerhalb welchem die gerichtliche Handlung besorget werden sollte. Im ersten Falle, wo man die Zeit eine **Tagefarth** oder einen **Termin** in der engeren Bedeutung nennet, trit der Ungehorsam ein mit dem Ablaufe derjenigen Zeit, welche zur Sitzung des Gerichts bestimmet ist h); hingegen im zweyten Falle, wo die Zeit eine **Frist** oder eine

g) Streitig ist es unter den Rechtslehrern, ob bey dem verschuldeten Ungehorsame auf die verschiedenen Grade der Nachlässigkeit Rücksicht genommen werden müsse. *Sieber Commentat. de contumac. ante lit. contest. in causs. ciuil. a reo commiss. effect.* (Goettingae 1757.) § 3. behauptet, auch wegen einer geringen Nachlässigkeit könnten solche Strafen des Ungehorsams, welche der Gegentheil um seines Interesse willen gegen den Ungehorsamen gerichtlich zu verfolgen befugt ist, erkannt werden. Der nämlichen Meinung ist Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 253. S. 441. weil derjenige, der durch seine eigene Schuld Schaden leidet, nicht zu bedauern sey, auch von Seiten der Gesetze keine Hülfe finde. Mir scheinet indessen die von den angesehensten Rechtsgelehrten, wohin unter andern *a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. I. Obs. XXXI. p. 62. sqq. ed. nouiss.* gehöret, vertheidigte Meinung, daß, außer dem bösen Vorsatze, nur einer groben Nachlässigkeit wegen die Strafe des Ungehorsams statt finden könne, den Vorzug zu verdienen, wenigstens der Analogie des römischen Rechts gemäßer zu seyn. In der *L.* 199. *D. de Reg. iur.* sagt Javolenus ausdrücklich: Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit; dem *dolo* aber wird bekanntlich nur eine lata und nicht eine leuis oder leuissima *culpa* gleich geachtet. *L.* 29. *pr. D. Mand. L.* 1. §. 1. *D. Si mens. falsum. mod. dixer. L.* 1. §. 1. *D. Si quis testam. liber esse iussus fuer. L.* 226. *D. de Verbor. signif.*

h) *Cap.* 24. *X. de Offic. et potest. iud. deleg.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0195
DFG

eine **Dilation** in der strengeren Bedeutung genannt wird, tritt der Ungehorsam ein erst sodann, wenn der bestimmte Zeitraum ganz verstrichen ist. Die abgelaufene Frist war entweder eine Nothfrist, oder nicht. Im letztern Falle muß diejenige Parthey, welche aus dem Ungehorsame ihres Gegentheils Nutzen ziehen will, den begangenen Ungehorsam anklagen; im erstern Falle hingegen ist die Ungehorsamsbeschuldigung nicht nothwendig, indem auch ohne sie das Recht, die unterlassene Handlung weiter vorzunehmen, verlohren gehet i).

§. 255.

Gleichwie der Ungehorsam der Partheyen eine unerlaubte Handlung ist, so finden auch deshalb verschiedene Strafen statt. Diejenige Strafe, welche der Richter gegen den Ungehorsamen von Amtswegen verhänget, um sein richterliches Ansehen aufrecht zu erhalten, wird die **öffentliche** (poena contumaciae *publica*) genannt k). Sie findet in Civilsachen nur als Ausnahme von der Regel statt, wenn die Gesetze sie ausdrücklich vorschreiben, oder wenn die Bosheit gar zu groß und offenbar, oder wenn die Privatstrafe des Ungehorsams nicht wohl anwendbar ist l). Diejenige Strafe hingegen, welche die interessirte Parthey wider den Ungehorsamen gerichtlich zu verfolgen berechtiget ist, wird die **Privatstrafe** (poena contumaciae *priuata*) genannt. Wie das letztere anbetrifft, so gehet diese entweder bloß auf den Ersatz der dem Gegner verursachten Kosten, oder sie führet ein Präjudiz in Ansehung der auferlegten, aber unterlassenen Handlung mit sich, so daß selbige, je nachdem es dem Ungehorsamen nachtheilig ist, entweder für geleistet, oder für verweigert, oder für desert gehalten wird. Im erstern Falle wird sie die **gemeine** (poena contumaciae *generalis*) m), und im letztern Falle, die **besondere** (poena contumaciae *specialis*) n) genannt.

Die

i) Die Lehre von den Nothfristen oder Fatalien werden wir unten im Titel *de Fer. dilat. et diuers. tempor.* §. 265. erörtern.

k) Dahin gehören z. B. Geld- oder Gefängnißstrafen. Gemeine Leute werden gewöhnlich zur Strafe des Ungehorsams durch Wache geholet. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 456. S. 642.

l) Dies ist z. B. der Fall, wenn jemand wegen Injurien Abbitte thun soll, und nicht erscheinet. *Cap.* 4. §. 1. und *Cap.* 5. X. *de Offic. et potest. iud. deleg. Cap.* 5. X. *de Dol. et contumac.* Danz. a. a. O. S. 643.

m) *Cap.* 2. *Cap.* 5. und *Cap.* 6. X. *de Dol. et contumac. Cap.* 1. *eod. in* 6to.

n) *Cap.* 3. und *Cap.* 4. X. *eod. Cap.* 24. X. *de Offic. et potest. iud. deleg. Cap.* 7. X. *de Iureiur. calumn. L.* 53. D. *de Re iud.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0196
DFG

Die gemeine Strafe des Ungehorsams findet in allen Fällen, wo eine Parthey ungehorsam ist, es mag nun von einem wahren oder vermutheten, von einem böslichen oder verschuldeten Ungehorsam, von einer vernachlässigten dilatorischen oder peremtorischen Frist die Rede seyn, statt, wenn der Ungehorsame nicht von aller Bosheit, und von aller Schuld vollkommen sich reinigen kann; die besondere Strafe des Ungehorsams hingegen trit nur alsdann ein, wenn die anberaumte Frist eine peremtorische war, der Ungehorsam mag übrigens ein verschuldeter, oder ein böslicher, ein wahrer oder ein vermutheter seyn o).

§. 256. 257.

Die Strafe des Ungehorsams ist verschieden, je nachdem derselbe von den Partheyen begangen wird entweder vor der Einlassung auf die Klage, oder nach derselben. Von dem ersten Falle ist hier, von dem zweyten hingegen im folgenden Paragraphen die Rede. Wenn

A) der Kläger vor der Litiscontestation ungehorsam ist, so kann der Beklagte, nachdem er zuvor den Ungehorsam behörig angeklaget hat, entweder

1) um Entbindung von der Instanz und den Ersatz der Kosten bitten p), welches die Folge hat, daß die Klage für nicht angestellt gehalten wird, mithin der Kläger solche aufs neue anstellen, dem Beklagten die Kosten des versäumten Termins erstatten, und zugleich Sicherheit wegen Fortsetzung des Processes bestellen muß q), oder

2)

o) *Cap. 6. X. de Dol. et contumac. Cap. 1. eod. in 6to. L. 199. D. de Reg. iur.* Danz a. a. O.

p) *Cap. 1. de Dol. et contumac. in 6to. L. 73. §. 2. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb. L. 27. §. 2. D. de Liberal. caus. cf. Harpprecht Comment. de absolutione ab instantia in ciuilibus et criminalibus ex originibus deducta et praxi accommodata*, (Tubing. 1747.)

q) *Carpzouius Proc. iur. tit. VIII. art. I. n. 9. 29.*

2) den Krieg auf die übergebene Klage befestigen, die nöthigen Beweise beybringen, und sodann um eine Endurthel bitten r), oder

3) den Richter ersuchen, daß er dem Kläger eine Frist zu Fortsetzung seiner Klage, bey Strafe des Verlustes derselben, anberaume s). Wenn

B) der Beklagte vor der Kriegsbefestigung ungehorsam ist, so kann der Kläger, wenn eine peremtorische Frist anberaumet war, das Gesuch in seiner Ungehorsamsbeschuldigung dahin richten, daß der Krieg für verneinend befestiget erkläret, er zu dem Beweise seiner Klage zugelassen, und der Beklagte aller seiner Einreden, verzögerlicher sowohl als zerstöhrlicher, verlustig erkläret werden möge t). Würde inzwischen die Sache Minderjährige, Kirchen, oder überhaupt solche Personen, die ihre Geschäfte durch andere besorgen lassen müssen, betreffen, so darf als Strafe des Ungehorsams nichts erkannt werden, was die Hauptsache ändern könnte, sondern die Vormünder, Vorsteher u. s. w. sind durch aus eigenen Mitteln zu entrichtende Geldstrafen, oder durch Gefängnißstrafen zu der Befolgung der richterlichen Be-

r) *Cap. 3. X. de Dol. et contumac.* Boehmer *Iur. eccles. protest. Tom. I. Lib. II. tit. XIIII. §. 4. p. 1139. ed. nouiss.* Knorre Anleit. zum gerichtl. Proceß, Buch I. Hauptst. III. §. 3. S 54.

s) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 457. S. 644.

t) *Cap. 34. X. de Test. L. 73. pr. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel. conuen. deb. L. 13. §. 3. C. de Iudic.* K. G. O. Th. III. Tit. XXXXIII. §. 4. K. K. G. O. Th. III. Tit. LII. LIII. J. R. A. §. 36. N. Wahlcapit. Art. XX. §. 11. Boehmer *l. l. §. 7. p. 1141.* Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß, Th. II. §. 128. S. 93 ff. Knorre a. a. O. §. 4. S. 54. f. Den eigentlich so genannten Gegenbeweis und alle übrige Gerechtsame verlieret der Beklagte nach gemeinen Rechten nicht. Danz a. a. O. §. 458. S. 645. Nach Sächsischen Rechten wird die Klage für eingestanden angenommen, und der Beklagte verurtheilet, weil schon die erste Citation peremtorisch ist. *Pfotenhauer Doctr. proces. quum germ. tum. praesert. Saxon. §. 325. 326. p. 218. sq.* Hat außerhalb Sachsen der Beklagte einer dilatorischen Ladung keine Folge geleistet, so wird er bloß mit Erstattung der Kosten des versäumten Termines bestrafet.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0198
DFG

Befehle anzuhalten v) Sollte die endliche Entscheidung des Rechtsstreites nicht wider, sondern für den Beklagten ausfallen, so muß er doch zur Strafe des Ungehorsams, die Kosten des Processes tragen x).

§. 258.

Wird von den Partheyen nach der Einlassung auf die Klage der Ungehorsam begangen, so geschiehet dies entweder so, daß einer oder der andere von den streitenden Theilen den Rechtsstreit ganz liegen lässet, oder so, daß derselbe nur in Ansehung einer einzelnen gerichtlichen Handlung ungehorsam ist.

Was zuvörderst den Fall anbetrifft, wo einer oder der andere von den streitenden Theilen den Rechtsstreit ganz liegen lässet, so muß man wieder zwischen dem Kläger und dem Beklagten unterscheiden. Lässet

A) der Kläger nach der Kriegsbefestigung den Proceß ganz liegen, so stehen dem Beklagten folgende Wege offen:

1) er kann um Entbindung von der Instanz und den Ersatz der Kosten bitten, oder

2) auch von seiner Seite den Proceß nicht betreiben, wo alsdann die Sache in demjenigen Zustande bleibet, in welchem sie ist; oder endlich

3) den Rechtsstreit einseitig fortsetzen. Hier lassen sich nun folgende Fälle denken:

α)

v) L. vn. §. 2. D. *Si quis ius dic. non obtemperau.* L. 13. §. 11. C. *de Iudic.* L. 16. §. 1. 2. C. *de Fid. instrumentor.* D. A. von 1600. §. 95. A. A. G. O. Th. III. Tit. LII. §. 6. Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze, Th. X. Buch I. Capit I. §. 2. S. 1792.

x) A. A. G. O. Th. III. Tit. LII. §. 3. 4. *Blum Proceſſ. cameral. tit. LXVI.* §. 52. 67. 69. Man vergleiche noch *Sieber Diſſ. de contumaciae ante litis conteſtationem in cauſſis ciuilibus a reo commiſſae effectibus*, (Goettingae 1757.) *Quiſtorp Diſſ. de effectu litis a iudice in contumaciam pro conteſtata habitae inuitu rei exceptionum*, (Roſt. 1746.)

α) der Beklagte hat sich **verneinend** eingelassen, und beweiset entweder das Gegentheil von der Intention des Klägers, oder er ist mit diesem Beweise aufzukommen nicht im Stande. In dem ersteren Falle muß er von der Klage entbunden werden, in dem letzteren hingegen bleibt die Sache unentschieden.

β) Der Beklagte hat sich **bejahend** eingelassen, und beweiset entweder seine vorgeschützten Einreden, oder er bringet diesen Beweis nicht bey. In dem ersten Falle wird er losgesprochen, in dem zweyten hingegen verurtheilet, jedoch so, daß der ungehorsame Kläger die Kosten tragen muß y). Lässet aber

B) der **Beklagte** nach der Kriegsbefestigung den Proceß ganz liegen, so bleibt, wenn der Kläger von seiner Seite den Rechtsstreit nicht fortsetzt, die Sache in demjenigen Zustande, in welchem sie sich befindet. Will hingegen der Kläger den Rechtsstreit fortsetzen, so lassen sich folgende Fälle denken:

1) der Beklagte hat sich **verneinend** eingelassen. Hier erfolget, wenn der Kläger den Grund seiner Klage behörig darthut, ein verdammendes, in dem entgegen gesetzten Falle aber ein lossprechendes Erkenntniß, jedoch so, daß der ungehorsame Beklagte in allen Fällen die Kosten des Processes tragen muß.

2) Der Beklagte hat sich **bejahend** eingelassen, aber Einreden vorgeschützet. Kann in diesem Falle der Kläger die Schutzreden behörig entkräften, so wird der Beklagte condemniret; kann er aber mit diesem Beweise nicht aufkommen, so bleibt die Sache unentschieden z).

Anlangend hiernächst den Fall, wo einer oder der andere von den streitenden Theilen nur in Ansehung einer einzelnen gerichtlichen Handlung ungehorsam ist, so

y) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 459. S. 646.

z) Danz a. a. O. §. 460. S. 645. f.

so muß man auch hier wieder zwischen dem Kläger und dem Beklagten unterscheiden. Lässet

A) der Kläger die ihm zu Einreichung seiner Replik anberaumte peremtorische Frist fruchtlos verstreichen, so stehen dem Beklagten folgende Wege offen:

1) er kann um Entbindung von der Instanz und den Ersatz der Kosten bitten; oder

2) wie fern die Streitpuncte in Ansehung der bey denselben zum Grunde liegenden Thatumständen schon hinreichend bestimmet sind, um Abschneidung der Replik, den Beschluß der Sache und Ertheilung einer Urthel nachsuchen; oder endlich

3) wenn ihm seiner vorgeschützten Einreden wegen an der Fortsetzung der Sache gelegen, und diese zu einer Urthel doch noch nicht reif ist, die Antwort für geschehen, die Einreden also für abgeläugnet anzunehmen, und ihn zu dem Beweise derselben zuzulassen bitten. Lässet hingegen

B) der Beklagte den zu Uebergebung seiner Duplik präfigirten peremtorischen Termin ungehorsam ablaufen, so stehen dem Kläger folgende Wege offen:

1) er kann unter der Voraussetzung, daß die Streitfrage in Ansehung aller Thatumstände nach allen Hinsichten behörig bestimmet ist um Abschneidung der Duplik, den Beschluß der Sache und Ertheilung einer Urthel bitten. Sind hingegen

2) wesentliche, zu der Klage oder den Repliken gehörige Thathandlungen noch nicht hinreichend bestimmet, so hat der Kläger in Ansehung dieser sein Gesuch dahin zu richten, daß sie für abgeläugnet angenommen, und er zu dem Beweise derselben zugelassen werden möge. Es trit auch hierunter bey der Triplik, Quadruplik u. s. w. das nämliche Verhältniß, wie bey der Replik und Duplik ein a).

a) Danz a. a. O. §. 461. S. 647. f.

§. 259.

Wenn eine Parthey aus dem Ungehorsame ihres Gegentheils Nutzen ziehen will, so muß sie, wie fern nicht etwa von der gemeinen Strafe des Ungehorsams, oder von der durch Verabsäumung einer Nothfrist verwirkten Strafe desselben die Rede seyn sollte b), den von ihrem Gegner begangenen Ungehorsam feyerlich anklagen c). Diese Ungehorsamsbeschuldigung erfordert, daß die Parthey

1) von ihrer Seite ihrer Verbindlichkeit eine Genüge geleistet habe;

2) wenn es nöthig ist, die behörige Einhändigung des richterlichen Befehls bescheinige;

3) wie die von dem Richter bestimmte Zeit gänzlich fruchtlos verstrichen sey, zeige;

4) wie sie deswegen den Ungehorsam förmlich anzuklagen sich genöthiget sehe, erkläre, und endlich

5) wie sie will, daß der Richter wider den Ungehorsamen verfahren soll, hinzu füge d).

§. 260.

b) S. §. 254. Man sehe noch *Krause Diss. quando adcusatio contumaciae sit superflua aut frustranea praesertim in foris Saxoniae*, (Vitemb. 1776.)

c) *L.* 13. §. 2. *C. de Iudic. cf. Boehmer Princip. iur. canon.* §. 746. *p.* 528. *ed. nouiss.*

d) Nettelbladt Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 196. S. 100. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß, §. 128. S. 93. ff. Die von *Menius Deciss. Tom. I. Part. III. Decis. CCCLXXXX. p.* 780. *ed nouiss.* aufgestellte Behauptung, es müsse bey der Ungehorsamsbeschuldigung das Gesuch schlechterdings so eingerichtet werden, daß man dem Richter zu vernehmen gebe, wie er gegen den Ungehorsamen verfahren soll, läßet sich mit Grunde nicht vertheidigen. Räthlich ist ohne Zweifel ein solches bestimmtes Gesuch, weil in Ermangelung desselben der Richter unter mehreren Strafen die kleinste wählen kann, allein für durchaus nothwendig kann man dasselbe nicht halten, indem vielmehr, wie *a Leyser Meditat. ad. Pandect. Vol. I. Specim. XXXIII. coroll* 1. ganz richtig bemerket, eine allgemeine Ungehorsamsbeschuldigung schon hinreichend ist.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0202
DFG

§. 260.

Es giebt verschiedene Ursachen, welche von der Strafe des Ungehorsams befreyen. Dahin gehöret:

1) wenn der Gegner den Ungehorsam noch nicht angeklaget hat, so kann der Ungehorsame die besondere e) Strafe des Ungehorsams dadurch noch von sich abwenden, daß er Gehorsam leistet f). Dies wird eigentlich die **Reinigung von dem Ungehorsame** (*purgatio contumaciae*) genannt g).

2) Wenn der Termin in Ferien fällt, so cessirt die Strafe des Ungehorsams, weil in solchen der Regel nach jemand vor Gerichte zu erscheinen nicht schuldig ist h). Ein gleiches ist auch sodann Rechtens, wenn

3) in Zeiten um Verlängerung der anberaumten Frist, oder Verlegung des angesetzten Termins gebeten wird, und der Richter diesem Gesuche willfahret.

4) Eine gesetzmäßige Ursache der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand befreyet den Ungehorsamen von der besonderen Strafe des Ungehorsams i). Findet der Richter das angebrachte Restitutionsgesuch vollkommen gegründet, und außer allen Zweifel gestellet, so ertheilet er auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sogleich, ohne den Gegentheil darüber zu vernehmen; bey dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen muß die andere Parthey, ehe der Richter erkennen kann, vorerst vernommen werden i).

5)

e) In Fällen, wo ohne vorgängige Ungehorsamsbeschuldigung keine Strafe vom Richter erkannt werden kann, findet begreiflich diese Befreyung überhaupt nicht statt.

f) Nettelblad Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 151. S. 79. f. *Boehmer Iur. eccles. protest. Tom. I. Lib. II. tit. XIIII. §. 6. p. 1140. ed. nouiss.*

g) *de Ludewig Diss. de purgatione contumaciae in processu*, (Halae 1733.)

h) *tit. Dig. de Fer. dilat. et diuers. tempor.*

i) *L. 15. §. 22. 23. D. de Damn. inf. Cap. 1. X. de In integr. restitut. cf. Schneider Diss. de restitutione breui manu aduersus lapsum fatalium in processu ciuili*, (Halae 1721.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0203
DFG

5) Wenn die Streitsache verglichen worden ist, so fällt die Strafe des Ungehorsams hinweg. Non exigimus reum iudicio sisti, sagt Ulpian in der *L. 2. pr. D. Si quis caut. in iudic. sist. causs. fact. non obtemperau.* ausdrücklich, si negotium, propter quod iudicio sisti promisit, fuerit transactum, sed hoc ita, si *non* prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. Der Vergleich muß zu Stande gekommen seyn, ehe noch der Termin abgelaufen war, auf welchen der Beklagte erscheinen sollte k).

6) Ehehaften (*legitima impedimenta*), oder solche unvermuthete Zufälle, die nicht durch die Schuld des Ungehorsamen erzeuget worden sind, und die ihn an der Besorgung des aufgelegten Geschäftes verhindert haben, wenden auch die Strafen des Ungehorsams ab l). Sind diese nehmlich von der Beschaffenheit, daß der Ungehorsame durch sie nicht nur von aller böslichen Absicht, sondern auch von aller Schuld sich reiniget; so kann weder von einer gemeinen, noch von einer besonderen Strafe des Ungehorsams die Frage seyn m); fällt hingegen dem Ungehorsamen der angegebenen Ehehaften wegen zwar keine böshafte Absicht, aber doch einige Schuld zur Last, so wird er zwar von der besonderen, nicht aber von der gemeinen Strafe des Ungehorsams befreyet n). Die Gesetze führen mehrere Entschuldigungsursachen namentlich auf. Es gehören dahin nach der Bemerkung unsers Verfassers folgende:

a) Verhinderung durch öffentliche dringende Amtsgeschäfte o);

b)

k) Daß das non gestrichen, und statt desselben modo gelesen werden müsse, lehret der gesunde Menschenverstand. In verschiedenen Ausgaben fehlet es ganz. *cf. Cuiacius Com. ad. L. 113. D. de Verbor. signif. van Bynkershoek Obss. iur. rom. Lib. III. cap. V. p. 234. sqq.*

l) *Krause Diss. de caussis contumaciam excusantibus*, (Vitemb. 1703.) *Hoffmann Disp. de legitimis impedimentis ex iure germanico*, (Francof. ad Viadr. 1736.) *Stryk Diss. de impedimentis legalibus*, (ibid. 1684.)

m) *L. 2. §. 8. D. Si quis caut. in iudic. sist. causs. fact. non obtemperau. L. 53. D. de Re iudic.*

n) *Cap. 1. X. Vt lit. non contest. Cap. 6. X. de Dol. et contumac. Cap. 8. X. de Sentent. et re iudic.* Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 462. S. 649. f.

o) *L. 2. §. 1. D. Si quis caut. in iudic. sist. causs fact. non obtemperau.*

b) Ablegung eines verlangten Zeugnisses p).

c) Krankheit q) und Hindernisse durch Witterung und Wassersfluth r);

d) Arrest, wie fern solchen der Vorgeladene nicht etwa in der Absicht, den Termin zu eludiren, sich selbst zugezogen haben sollte s);

e) Familientrauer t);

f) feindliche Gefangenschaft v).

Daß durch diese gesetzlichen Entschuldigungsursachen das richterliche Ermessen nicht ausgeschlossen sey, lehret die Natur der Sache x). Sollte auch auf eine Entschuldigungsursache namentlich und besonders Verzicht geleistet worden seyn, so verstehet es sich von selbst, daß der Ungehorsame darauf nachher sich nicht mehr berufen könne y).

p) *L.* 2. §. 2. *D. eod.*

q) Die Krankheit muß ein morbus sonticus seyn, das heißt, eine solche, die zu Geschäften und Ortsveränderungen untauglich macht. *L.* 2. §. 3. *D. eod. L.* 60. *D. de Re iudic. L.* 4. §. 5. und *L. vlt.* §. 1. *D. de Aedilit. edict. L.* 113. *D. de Verbor. signif.*

r) Hierbey wollen die Gesetze auf die besonderen Umstände gesehen wissen, ob etwa dem Nichterschienenen einige Schuld beygemessen werden kann, daß er sich z. B. nicht früher auf den Weg gemacht, oder einen andern Weg gewählet hat. *L.* 2. §. 8. *D. Si quis caut. in iudic. sist. causs. fact. non obtemperau.*

s) *L.* 2. §. 9. *D. eod.*

t) *L.* 4. §. 2. *D. eod.*

v) *L.* 4. §. 3. *D. eod.*

x) *Cap.* 1. und *Cap.* 6. *X. de Dol et contumac. Cap.* 24. *X. de Offic. et potest. iud. deleg. L.* 1. §. 3. *D. Quae sentent. sine adpellat. rescind.*

y) *L.* 4. §. 4. *D. Si quis caut. in iudic. sist. causs. fact. non obtemperau.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0205
DFG

LIB. II. TIT. XII.

DE FERIIS, DILATIONIBVS ET DIVERSIS TEMPORIBVS.

§. 261.

Unter die Ursachen, welche von der Strafe des Ungehorsams befreyen, gehören, wie wir oben gesehen haben z), unter andern auch die Ferien und Fristgesuche, daher denn von diesen hier in den Pandecten gehandelt wird.

Ferien (*feriae*) sind diejenigen Zeiten, zu welchen die sonst in Activität seyenden Gerichte der Regel nach keine gerichtliche Handlungen vornehmen a). Es

z) §. 260.

a) Bey den Römern hießen die Ferien DIES NEFASTI, mit welcher Benennung es folgende Bewandniß hat. *Fari* dicebatur praetor, bemerket *Vicat Vocabular. iur. Tom. II p.* 15. ganz richtig, qui certa legitima et sollemnia verba pronunciabat. Daher erhielten die DIES FASTI ihren Namen, wie aus mehreren alten Scribenten unwiderleglich erhellet. *Varro de ling. lat. Lib. V.* sagt: FASTI DIES, per quos praetoribus omnia verba fine piaculo licebat *fari*. *Macrobius Saturnall. Lib. I. cap. XVI.* erkläret sich darüber noch deutlicher, indem er schreibet: FASTI sunt, quibus licet *fari* praetori verba sollemnia: do, dico, addico. Es gehöret hieher auch die bekannte Stelle des *Ouidius Fastor. Lib. I. v.* 51. wo es heißt: Nam simul exta deo data sunt, licet omnia *fari*, verbaque honoratus libera praetor habet. Die vom Macrobius erwähnten drey Worte exprimirten den Umfang der ganzen prätorischen Jurisdiction: Praetor *dabat* actionem, exceptionem, iudicem; *dicebat*, quoties interdictum proponebat vel ius proponebat:

Es unterscheiden sich demnach die Ferien merklich von dem Justitium, worunter man eine Zeit verstehet, zu welcher ein gänzlicher Stillstand der Gerichte oder vielmehr der Gerichtspflege vorhanden ist b. Hieher gehöret vorzüglich, wenn die Gerichte durch öffentliche und gemeine Unglücksfälle, z. B. durch Krieg, durch Hungersnoth oder Pest, außer alle Activität gesetzt sind c).

§. 262.

bat; *addicebat* rem in iure cessam, bona sub hasta vendita plus licitantibus etc. Den DIEBVS FASTIS wurden nun die DIES NEFASTI entgegen gesetzt, per quos praetori tria illa verba *fari* non licebat. Ille NEFASTVS erit, sagt *Ouidius l. l.* v. 47 per quem tria verba silentur: FASTVS erit, per quem lege licebit agi. *cf. Macrobius l. l. cap. XXVI.* So nennet *Theophilus Paraphras. Institut. ad* §. 2. *de Libertin.* den DIEM NEFASTVM ἄπρακτον ἡμέραν, und Ulpian nannte ihn ἄδικον nach dem Zeugnisse des *Athenaeus Deipnosoph. Lib. III. cap. XX. p.* 90. In den römischen Gesetzen werden die dies fasti hin und wieder DIES IVRIDICI (*L. 7. C. de Fer.*), imgleichen DIES SESSIONVM (*L. 2. §. 1. D. Quis ord. in bonor. possess. seruet.*) genannt, in den deutschen Gesetzen und Urkunden hingegen mit dem Namen der Rechtstage bezeichnet. *cf. Walch Glossar. germ. ad Constitut. criminal. Carol. f. v.* Rechttag, *p.* 421. Auch ohne weiteren Zusatz wird oft das Wort Tag für Gerichtstag oder Termin gebraucht. *cf. Walch l. l. f. v.* Tag, *p.* 458. *fqq.*

b) Iustitium est iuris quasi interstitio quaedam et cessatio, vt nihil his diebus iure agi possit. *Gellius Noctt. atticc. Lib. XX. cap. I.* Daß die Ferien von dem Justitium wirklich verschieden waren, beurkundet unter andern römischen Geschichtschreibern *Liuius Histor. rom. Lib. III. cap. V.* wenn er erzählet, es sey zu Rom ein vorhandenes Justitium aufgehoben worden, sodann aber habe man dreytägige Ferien angeordnet. *cf. Boehmer Diss. de eo, quod iustum est durante iustitio, cap. I. §. 4. (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. II. p.* 127.)

c) Häufig wurde bey den Römern zu den Zeiten öffentlicher Trauerfälle ein Justitium angeordnet. Es verdienet hier in dieser Rücksicht eine Stelle beym *Tacitus Annall. Lib. I.* bemerket zu werden, wo dieser Geschichtschreiber bey Gelegenheit der Erzählung vom Tode des Germanicus sagt: Hos vulgi sermones audita mors adeo incendit, vt ante edictum magistratuum, ante senatusconsultum, *sumto iustitio*, desererentur fora, clauderentur domus, passim silentia et gemitus, nihil compositum in ostentationem, et quamquam neque insignibus legentium abstinerent, altius animis moerebant. Auch gehöret hieher eine Stelle beym *Lucanus Lib. II. v.* 16. *fqq.* die so lautet:

Ergo vbi concipiunt, quantis sit cladibus vrbi
Constatura fides superum: ferale per vrbem
Iustitium: latuit plebeio tectus amictu
Omnis honos: nullos comitata est purpura fasces.

An

§. 262.

Man theilet die Ferien in göttliche (*diuinas*) und menschliche (*humanas*) ein, je nachdem sie entweder den Zweck haben, daß die Menschen in der Uebung des gemeinsamen und öffentlichen Gottesdienstes nicht gestöhret werden sollen, oder dazu bestimmet sind, daß sie von der Verrichtung gewisser zum gemeinen Besten, imgleichen zur Ehre gewisser Personen gereichender weltlicher Geschäfte nicht abgehalten werden sollen. Wenn die menschlichen Ferien den gemeinen Nutzen zum Zwecke haben, so heißen sie feriae *neceſſariae*; beabsichtigen sie hingegen nur die Ehre gewisser Personen, so werden sie feriae *honorariae* genannt. Die nothwendigen Ferien betreffen entweder das Beste des Handels und der städtischen Gewerbe, oder das Beste des Feldbaues und des Weinbaues. In dem ersten Falle nennt man sie ferias *vrbanas*; in dem zwey-

An einem andern Orte, *Lib. V. v. 1. ſq.* sagt dieser Dichter:

Caesar habet vacuasque domus, legesque silentes,
Clausaque institio tristia fora.

Das nämliche bezeuget Pedo Albinovanus in einer Elegie, worin er den Tod des Drusus besingt, mit folgenden Versen:

Iura silent, mutaeque iacent sine vindice leges,
Adspicitur toto purpura nulla foro.

Daß schon bey den Aegyptiern öffentlicher Trauerfälle wegen hin und wieder ein Justitium angeordnet worden sey, bezeuget *Diodorus Siculus Lib. I. biblioth. hiſtor. Part. II. cap. III.* in den Worten: Quum enim regum Aegyptiorum aliquis e vita decesſit, illum omnes communi luctu deflent, vestes discindunt, templa clauduntur, iustitium indicitur, festiuitates non celebrantur etc. *cf. Herodotus Euterp. Lib. II. cap. LXXVI. ſqq.* Auch öffentlicher Freudenfeste wegen wurde bey den Römern bisweilen ein Justitium angeordnet, wie unter andern *Horatius Sermonn. Lib. III. num. II.* bezeuget, indem er sagt, daß wegen der erwünschten Rückkehr des Augustus das forum litibus orbum gewesen sey. Von öffentlicher und gemeiner Unglücksfälle wegen angeordneten Justitien übrigens finden sich bey den alten Scribenten unzählige Beyspiele. Das iustitium ist entweder *indictum* oder *iustum*, je nachdem es entweder auf eine unter öffentlichem Ansehen geschehene Anordnung sich gründet, oder ohne eine solche Anordnung dadurch entstehet, daß die Gerichtspersonen wegen vordringender Gefahr das Gericht verlassen und sich entfernen. Ferner theilet man auch das iustitium ein in *vniuerſale* und *particulare*. Jenes ist vorhanden, wenn schlechterdings gar keine Gerichtspersonen mehr da sind, so daß sich durchaus keine gerichtliche Handlung mehr vornehmen lässet; dieses hingegen, wenn nur ein einzelnes Gericht geschlossen, bey den übrigen Gerichten aber der Lauf der Gerichtspflege nicht gehemmet ist. *cf. Boehmer l. l. §. 5. p. 127. §. 11, p. 132. ſq. §. 13. 14. p. 133. ſqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0208
DFG

zweyten hingegen ferias *rusticas* d). Was die göttlichen Ferien anbetrifft, so sind diese entweder ordentliche (*ordinariae*) oder außerordentliche (*extraordinariae*), je nachdem sie entweder beständig in jedem Jahre eintreten, oder nur bey außerordentlichen Begebenheiten angeordnet werden e). Die ordentlichen Ferien sind theils bewegliche (*mobiles*), theils unbewegliche (*immobiles*), indem einige zwar alljährlich, aber zu verschiedener Zeit, eintre-

d) In der *L. 2. C. de Fer.* bestimmet der Kayser Theodosius den Anfang und das Ende der ländlichen Ferien, der Erndteferien sowohl als der Weinlesefe-rien, ganz genau. Vt in die dominico emancipare ac manumittere liceat, sind seine Worte, reliquae cauſſae vel lites quieſcant: et a die octauo Kalendarum Iulii vſque in Kalendas Auguſti meſſis feria concedatur: et a Kalend. Auguſti vſque in decimum Kalendarum Septembris agendarum cauſſarum tribuatur licentia. A decimo autem Kalendarum Sept. vſque in Idus Octobris vindemialis feria concedatur. Sanctum quoque diem Paſchae, et diem natalis domini, et Epiphaniae, ſeptem qui praecedunt, et ſeptem qui ſequuntur, ſine ſtrepitu volumus obſeruari. Et quod contra hoc factum fuerit, omnibus modis irritatur. Verschiedene Ausleger bezweifeln inzwischen die Aechtheit dieser Conſtitution aus Gründen, wodurch ſie wirklich ſehr verdächtig wird. *cf. Gothofredus Com. ad L. 1. Cod. Theod. de Fer. Alciatus Parergg. Lib. VI. cap. VIIII. Hoffmann Obſeruu. varr. ſeu meletemm. ad Pandect. Lib. II. Diſſ. III.* §. 3 Geſetzt aber auch, die angezogene Conſtitution wäre wirklich ächt, ſo ſtreiten dennoch wider die gemeine Anwendung derſelben die nämlichen Gründe, welche überhaupt dergleichen auf das eigenthümliche Clima einzelner Gegenden ſich beziehenden Verordnungen entgegen ſtehen. In den mehreſten Ländern fehlet es nicht an beſonderen Verordnungen, welche eine nähere Beſtimmung über dieſen Punct enthalten. Bey dem Mangel ſolcher beſonderen Provincialgeſetze pflegt man ſich zwar in Anſehung der Erndteferien nach den Reichsgeſetzen (J. R. A. §. 88. R. G. O. Th. II. Tit. XXXIII. §. 7.) zu richten, vermöge welcher dieſe Ferien mit dem 8. Julius ihren Anfang nehmen, und mit dem 14. Auguſt ihr Ende erreichen ſollen; allein immer bleibt doch dem vernünftigen Ermeſſen der Obrigkeit hierunter vieles überlaſſen, weil es wegen der verſchiedenen Beſchaffenheit der Länder und Gegenden unmöglich iſt, eine ſolche allgemeine Norm genau überall zu befolgen. *cf.* Hofmann deutſche Reichspraxis, Th. I. §. 288.

e) Die außerordentlichen Begebenheiten, bey welchen dergleichen Ferien aufkommen, können theils freudige theils traurige ſeyn, indem die Landesherren wegen dieſer ſowohl als jener kirchliche Feſttäge anzuordnen pflegen. So giebt es z. B. Sieges- und Friedensfeſt-Ferien, Landtrauer-, Buß- und Bettags-Ferien. In der plötzlichen Anordnung ſolcher Ferien liegt der Grund, weswegen man in den meiſten gedruckten Geſangbüchern eigene ſich darauf beziehende zum voraus gemachte Lieder und Geſänge antrifft.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0209
DFG

ten f), andere hingegen beständig auf einen gewissen bestimmten Tag fallen g).

Feriae HVMANAE a media nocte ad mediam noctem; DIVINAE vero a vespera ad vesperam computantur, füget Hellfeld am Ende noch hinzu. Weltliche Ferien werden in Gemäßheit der *L. 8. D. de Fer. dilat. et diurs. tempor.* von Mitternacht zu Mitternacht; göttliche hingegen vermöge des *Cap. 1. X. de Fer.* von einer Vesper zur andern berechnet. Omnes dies dominicos, heißt es in diesem Texte des päbstlichen Rechts, A VESPERA IN VESPERAM cum omni veneratione decernimus obseruari, et ab omni inlicito opere abstinere: vt in eis mercatum minime fiat, neque placitum, neque aliquis ad mortem vel ad poenam iudicetur, nec sacramenta, nisi pro pace, vel alia necessitate, praestentur. Nach dem Zeugnisse bewährter Canonisten h) beobachtet man indessen diese Verordnung heutiges Tages selbst in catholischen Ländern

f) Dahin gehören z. B. die Oster- und Pfingstfest-Ferien.

g) Dahin gehören z. B. die Sonntags- und Weynachts-Ferien. Eine merkwürdige Verordnung der christlichen Kayser Valentinian, Theodosius und Arcadius wegen der Ferien enthält die *L. 7. C. de Fer.* Es heißt darin: Omnes dies iubemus esse iuridicos. Illos tantum manere feriarum dies fas erit, quos geminis mensibus ad requiem laboris indulgentior annus excepit: aestiuos feruoribus mitigandis, et autumnos fructibus decerpendis, Kalendarum quoque Ianuariarum consuetos dies otio mancipamus. His adiicimus natalitios dies vrbium maximarum, Romae atque Constantinopolis: in quibus debent iura differri, quia et ab ipsis nata sunt. Sacros quoque Paschae dies, qui septeno numero vel praecedunt, vel sequuntur. Dies etiam natalis, atque Epiphaniarum Christi, et quo tempore commemoratio Apostolicae passionis totius Christianitatis magistrae a cunctis iure celebratur: in quibus etiam praedictis sanctissimis diebus neque spectaculorum copiam referamus. In eadem obseruatione numeramus et dies Solis (quos *dominicos* rite dixere maiores), qui repetito in sese calculo reuoluuntur: in quibus parem necesse est habere reuerentiam: vt nec apud ipsos arbitros, vel a iudicibus flagitatos, vel sponte electos, vlla sit cognitio iurgiorum. Nostris etiam diebus, qui vel lucis auspicia, vel ortus imperii protulerunt. In quindecim autem Paschalibus diebus compulsio annonariae functionis, et omnium publicorum priuatorumque debitorum differatur exactio. Sichtbar verbreitet sich diese Verordnung über fast alle oben genannten Gattungen der Ferien. *cf. Brunnemann Com. in Cod. ad L. 7. de Fer. p. m. 245.*

h) *Linck Com. in Decretal. tit. de Fer. §. 1. Gonzalez Tellez Com. ad Cap. 1. X. de Fer. Engel Colleg. vniu. iur. canon. Lib. II. tit. VIIII. num. 14.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0210
DFG

dern nur noch quoad horas canonicas et diuina officia, und es werden die Feyertäge übrigens ohne Unterschied von Mitternacht zu Mitternacht berechnet i).

§. 263.

Keiner nachgeordneten Obrigkeit, sondern nur der höchsten Gewalt im Staate ist das Recht, Gerichtsferien anzuordnen, zuständig, weil nur sie die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit ist, und nur von ihr die Einrichtung und Bestellung der Gerichte abhängt. Gleichwie übrigens nach Principien des canonischen Rechts die Befugniß, kirchliche Festtäge anzuordnen, ein ausschließliches Prärogativ der Kirchengewalt ist, so stehet solche in den catholischen Gebieten den Regenten nicht zu, und nur in den protestantischen Ländern ist die Bestimmung alles dessen, was die Feyer der Festtäge anbetrifft, den evangelischen Landesherren überlassen, weil ihnen der Regel nach die Kirchengewalt zuständig ist k).

Bey der Frage: ob in Ansehung der angeordneten Gerichtsferien eine willkührliche Entsagung zulässig sey? hat man zuvörderst dahin zu sehen, ob von göttlichen oder von menschlichen Ferien die Rede ist l). In Ansehung der ersteren findet schlechterdings keine willkührliche Verzichtleistung statt m), und es kann daher an kirchlichen Festtägen mit Ein-

i) Daß man nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Feyertäge von Sonnenaufgang bis zu Sonnenuntergang rechne, bezeugen Hofmann a. a. O. S. §. 286. und Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß, Th. I. §. 48. S. 174.

k) *cf.* Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland, §. 192. ff.

l) *cf.* Olearius *Diss. de renunciatione feriarum*, (Regiom. 1713.)

m) *Cap. vlt. X. de Fer.* Quamuis non prorogari, sed expediri deceat quaestiones: debet tamen iudicialis strepitus conquiescere feriatis, qui ob reuerentiam dei noscuntur esse statuti, scilicet natalis Domini, sancti Stephani, Ioannis Euangelistae, innocentium, sancti Siluestri, circumcisionis, Epiphaniae, VII. diebus Dominicae passionis, resurrectionis, cum VII. sequentibus, adscensionis, pentecostes, cum duobus qui sequuntur, natiuitatis Ioann. Baptistae, festiuitatum omnium virginis gloriosae, XII. Apostolorum, et praecipue Petri et Pauli, beati Laurentii, dedicationis beati Michaelis, sollemnitatis omnium sanctorum, ac diebus dominicis, ceteris-

Einwilligung des Richters so wenig als der Partheyen, ohne offenbare Nichtigkeiten zu begehen, Gericht gehalten werden n). Was aber die letzteren anbetrifft, so hat man nun weiter dahin zu sehen, ob diese die Ehre des Landesherrn beabsichtigen, oder den gemeinen Nutzen der Unterthanen zum Zwecke haben. Im ersten Falle ist eine willkührliche Renunciation ebenfalls unzulässig o); hingegen im zweyten Falle kann sie mit richterlicher Genehmigung rechtsgültig geschehen p), und zwar nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend dadurch, daß die Partheyen auf die erlassene Citation freywillig vor Gerichte erscheinen, ohne die ihnen zuständige Einrede der Ferien vorzuschützen q).

§. 264.

Die Regel, daß zur Zeit der Ferien sowohl überhaupt, als insonderheit an kirchlichen Festtägen, keine gerichtliche Handlungen vorgenommen werden dür-

risque sollemnitatibus, quas singuli episcopi in suis dioecesibus cum clero et populo duxerint sollemniter venerandas; quibus vtique sollemnibus feriis, nisi necessitas vrgeat, vel pietas suadeat, vsque adeo conuenit ab huiusmodi abstinere, vt consentientibus etiam partibus, nec processus habitus teneat, nec sententia, quam contingit diebus huiusmodi promulgari, licet diebus feriatis, qui gratia vindemiarum vel messium ob necessitates hominum indulgentur, procedi valeat, si de partium processerit voluntate.

n) *de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. tit. de Fer. dilat. et diuers. tempor. quaest. 4. p. 203. ed. nouiss.* und *de Berger Resolutt. legg. obstantt. tit. eod. quaest. 2. p. 57. ed. nouiss.* zeigen sehr gründlich, daß in Gemäßheit der *L. 7. C. de Fer.* und *L. 1. D. de Recept.* selbst auch ein Schiedsrichter an kirchlichen Festtägen rechtsgültig nicht verfahren könne. Dem scheinet zwar die *L. 36. D. de Recept.* in den Worten: Si feriatis diebus, cogente praetore, arbiter dicat sententiam, et petatur ex compromisso poena, exceptionem locum non habere constat: nisi alia lege eadem dies feriata, in qua sententia dicta, est excepta, entgegen zu stehen; allein es scheinet auch wirklich nur so. Denn ohnstreitig ist in dieser Stelle lediglich von menschlichen Ferien die Rede. *cf. Brencmann Disp. de legg. inscriptt. (in Wielingii Iurisprud. restit. p. 170.)*

o) Arg. *L. 38. D. de Pact. L. 26. §. 6. D. Ex quib. causs. maior.*

p) *L. 1. §. 1.* und *L. 6. D. de Fer. dilat. et diuers. tempor. cf. Lauterbach Diss. de Feriis.* (Tubing. 1661.) §. 31.

q) *Müller Obseruatt. pract. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. III. Obs. CXXXVIIII.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0212
DFG

dürfen, leidet aus einer besonderen Begünstigung der Gesetze bey einigen Sachen eine Ausnahme. Nach der gemeinen Lehre der Practiker, welcher auch Hellfeld beypflichtet, gehören zu diesen privilegirten Sachen alle Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit; allein daß diese Lehre irrig sey und mit den Gesetzen nicht zu vereinigen stehe, ist schon an einem andern Orte bemerket worden r). Nur gewisse Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, die Manumission nehmlich, die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, und die Schließung eines Vergleichs, sind ihrer frommen Absichten oder wohlthätigen Wirkungen wegen von den Gesetzen dahin begünstiget worden, daß sie auch an kirchlichen Festtägen rechtsgültig unternommen werden können s). Zur näheren Bestimmung dieses Princips mögen hier noch folgende Sätze stehen:

1) Handlungen der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit können der Regel nach an keinem Feyertage unternommen werden, wenn nicht etwa nur von menschlichen Ferien die Rede, oder eine Gefahr des Verzugs vorhanden seyn sollte;

2) Handlungen der bloß willkührlichen Gerichtsbarkeit können zwar in menschlichen Ferien unbedenklich, an gottesdienstlichen Festtägen aber nur sodann, wenn entweder die Gesetze sie ihrer frommen Absichten und wohlthätigen Wirkungen wegen besonders begünstigen, oder eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist, rechtsgültig unternommen werden.

§. 265.

Frist, Termin (*dilatio*, *terminus*) ist in der weitläuftigen Bedeutung überhaupt die zur Vornahme einer gerichtlichen Handlung vorgeschriebene Zeit; in der engeren Bedeutung aber heißt insonderheit Frist ein Zeitraum, binnen welchem eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll, im Entgegensatze des Termins oder der Tagefarth, welche sodann einen bestimmten Tag, an

r) §. 194.

s) *L. 8. C. de Fer.*

an welchem eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll, bezeichnet. Die Verlängerung oder Erstreckung einer Frist heißt **Dilation** im engeren Sinne und das Gesuch darum wird **Dilationsgesuch, Fristverlängerungsgesuch**, auch **Prorogation einer Frist** genannt t).

Wenn man von der Verschiedenheit der Fristen in Ansehung ihres Gegenstandes abstrahirt, so lassen sie sich in **gesetzliche, richterliche** und **bedingte** oder **gewillkührte** eintheilen. Gesetzliche Fristen, welche auch häufig unter dem Namen der **Ordnungsfristen** v) vorkommen, heißen diejenigen, die durch ausdrückliche Gesetze und Proceßordnungen oder sonst unbestrittene Gerichtsgewohnheiten bestimmet sind x). Sind dergleichen gesetzliche Fristen unmittelbar den Partheyen selbst vorgeschrieben, so nennt man sie dilationes legales *absolute* tales; sind sie hingegen mittelbar den Partheyen dergestalt vorgeschrieben, daß sie dem Richter zur Norm der Anberaumung vermittelst eines Decrets dienen, so werden sie dilationes legales *secundum quid* tales genannt y). Richterliche Fristen sind diejenigen, deren Bestimmung in einem jeden einzelnen Falle von der Vorschrift und Willkühr z) des Richters abhängt, und diese theilet man nun wieder in **peremtorische** und **dilatorische** ein, je nachdem sie im Falle der Verabsäumung entweder ein Präjudiz in Ansehung der vor Gericht zu bewirkenden Handlung mit sich

t) Die Lehre von den Fristen haben bearbeitet *Naeuius Diss. de terminis legalibus* (Vitemb. 1675.) *Knorre Diss. de recto dilationum vsu*, (Halae 1739.) *de Balthasar Tr. de terminis ac fatalibus iudicialibus eorumque computatione*, (Gryphiſw. et Lipſ. 1748.)

v) Den Ausdruck: binnen Ordnungsfrist, pflegt man daher in den Erkenntnissen nur alsdann zu gebrauchen, wenn zur Verhandelung eines gerichtlichen Geschäfts eine gesetzliche Frist vorgeschrieben ist. Oelze Anleit. zur gerichtlichen Praxis, §. 93. S. 120.

x) *Koch Diss. de initio termini probatorii*, (Gieſſae 1785.) §. 3.

y) *Cap.* 15. *X. de Sentent. et re iudic. Cap.* 4. *X. de In integr. reſtitut. cf. Boehmer Princip. iur. canon.* §. 738. *p.* 524. *ſq. ed. nouiſſ.*

z) Die richterliche Willkühr kann entweder ganz unbeschränkt, oder dadurch beschränkt seyn, daß durch Gesetze und Proceßordnungen oder unbestrittene Gerichtsgewohnheiten mehrere Fristen bestimmet sind, aus welchen der Richter in einzelnen vorkommenden Fällen eine wählen und anberaumen muß. *cf. Koch l. l.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0214
DFG

sich führen, oder nicht a). **Bedingte** oder **gewillkührte Fristen** endlich heißen diejenigen, die durch einen Vertrag und gütliche Uebereinkunft der Partheyen bestimmet worden sind. Fristen der letzteren Art müssen beständig dem Richter angezeiget werden, indem er dieselben nach Befinden der Umstände entweder genehmigen oder abschlagen kann b).

Sichet man auf die Wirkungen der Fristen, so zerfallen sie in **Nothfristen** und **solche Fristen, die dies nicht sind**. Nothfristen, welche auch sehr oft unter dem Namen der **Fatalien** vorkommen, heißen alle diejenigen, deren Verabsäumung den Verlust der Sache oder eines rechtlichen Vortheils nach sich zieht. Sie können entweder in der Vorschrift der Gesetze, oder in der Vorschrift des Richters, oder endlich in der Vereinbarung der Partheyen sich gründen. Im ersten Falle werden sie **gesetzliche** im zweyten Falle **richterliche**, und im dritten Falle **bedingte** oder **gewillkührte Nothfristen** genannt. Was die **gesetzlichen Nothfristen** anbetrifft, so sind diese entweder **unmittelbar** den Partheyen selbst dergestalt vorgeschrieben, daß es zu ihrer Existenz der richterlichen Mitwirkung überhaupt nicht bedarf c), oder sie sind den Partheyen nur **mittelbar** dergestalt vorgeschrieben, daß ihre Existenz von der richterlichen Mitwirkung abhängig ist, wie fern sie nehmlich von dem Richter besonders bestimmet werden müssen d). Wenn jenes ist, so nennt man sie **absolute Nothfristen**; ist hingegen dieses, so werden sie mit dem Namen der **gemischten Nothfristen** bezeichnet e).

§. 266.

a) *Cap.* 3. und *Cap.* 4. *X. de Dol. et contumac. Cap.* 24. *X. de Offic. et potest. iud. deleg. cf. Boehmer l. l.* §. 739. *p.* 525.

b) *L.* 4. *C. de Dilat.* Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, Th. II. §. 131. S. 102.

c) Dahin gehöret z. B. die zehentägige Nothfrist, binnen welcher das Rechtsmittel der Berufung einzulegen ist.

d) Dahin gehöret z. B. die Beweisfrist, wenn sie durch besondere Landesgesetze, Proceßordnungen oder Gerichtsgewohnheiten bestimmet ist.

e) *Kestner Disp. de fatalibus seu praescriptione instantiae*, (Rintel. 1708.) *Krausius Disp. de eo, quod iustum est circa fatalia processus*, (Vitemb. 1717.) *Lyncker Disp. de fatalibus*, (Ienae 1728.) *Stieglitz Pr. de terminis fatalibus* (Lipsiae 1747.) *ab Ende Comment. de fatalium rigore iniquo, poenisque contumaciae temperandis*, (Halae 1737.)

§. 266.

Da es den streitenden Theilen oft unmöglich ist, binnen der vorgeschriebenen Frist ihre rechtliche Nothdurft zu wahren, so ist das Gesuch um Fristerstreckung nicht nur von den Gesetzen gebilliget f), sondern auch dem Richter die Fristertheilung zur Pflicht gemacht worden g). Wir haben in dieser Hinsicht folgende Regeln zu bemerken:

1) bey Nothfristen muß die Erstreckung vor dem Ablaufe derselben, bey anderen Fristen hingegen vor der eingereichten Ungehorsamsbeschuldigung des Gegentheils nachgesuchet werden h);

2) diejenigen Nothfristen, welche von den Gesetzen den streitenden Theilen unmittelbar so vorgeschrieben sind, daß mit ihrem Ablaufe das Recht die Handlung vorzunehmen verloren gehet, lassen keine Erstreckung zu i);

3)

f) *L. 36. pr. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen deb.* Humanum est propter fortuitos casus dilationem adcipi, veluti quod pater litigator filium vel filiam, vel vxor virum, vel filius parentem amisit, et in similibus caussis cognitionem ad aliquem modum sustineri.

g) *L. 1. C. de Dilat.* Quoniam plerumque euenit, vt iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur: spatium instructionis exhibendae postulatum dari conuenit.

h) Daß ein impedimentum *perdurans* die Frist ipso iure erstrecke, und die Ungehorsamsbeschuldigung ausschließe, behaupten *Meuius Decis. Tom. II. Part VIII. Decis. CCIII. p. 729 ed. nouiss.* und *Boehmer Introd. in ius Dig. Part. I. tit. de Fer. dilat. et diuers. tempor. §. 6. p. 103. ed. nouiss.*

i) A. G. O. Th. II. Tit. XXVIIII. §. 2. A. A. G. O. Th. II. Tit. XXXII. §. 1 J. R. A. §. 121. 122. von Cramer Nebenstunden, Th. XXXVIII. Abh. IIII. S. 33 ff. Derselbe Beyträge, Th. IIII. Num. XV. §. 2. S. 193. Derselbe *Obss. iur. vniu. Tom. I. Obs. VI. CLXXXVIII. a Leyser Meditat. ad Pandect Specim. DCLV. med. 31.* Die Partheyen sind indessen durch wechselseitige Einwilligung sie einzuschränken oder auszudehnen wohl befugt. *L. 5. §. 6. C. de Tempor. et reparat. adpellat. Clem. 4. de Adpellat. Meuius l. l. Tom. I. Part. III. Decis. CCCCX. p. 794. Bachouius Nott. et animaduerss. ad disput. Treutl. Vol. II. Disp. XXXIII. thes. 8. p. 1355. sq. Beck Diss. de fa-*

ta-

3) gesetzliche Fristen kann der Richter, in der Regel, verlängern, wenn ihm das Gesetz diese Befugniß nicht namentlich entziehet k);

4) eine von den streitenden Theilen verabredete Frist kann nur von diesen, nicht leicht aber, und wenn nicht sehr erhebliche Gründe eintreten, von dem Richter erweitert werden l).

§. 267. 268.

Eine von dem Richter gebetene, aber weder ertheilte, noch abgeschlagene Frist, wird für stillschweigend ertheilet gehalten, es wäre denn ein solcher Fall vorhanden, wo die Gesetze eine Fristerstreckung nicht gestatten m). Die ausdrücklich oder stillschweigend von dem Richter erstreckte Frist fängt übrigens erst mit dem Ablaufe der vorigen zu laufen an n).

tali interponendae adpellationis, (Alt. 1710.) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, Th. II. §. 345. S. 501. *Ian Diss. de prorogatione et coarctatione conuentionali fatalis interponendae adpellationis*, (Gieſſae 1787. §. 3. *sq.* Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 403. S. 563. Das Gegentheil, oder daß selbst den streitenden Theilen nicht einmal das Recht, absolute Nothfristen zu verändern und zu erstrecken, zuständig sey, behaupten *Gail Obseruu. Lib. I. Obs. CXXXVIIII. num. 6. Berlichius Concluss. practicabb. Part. I. Concl. L. num. 105.* Ludovici Einleitung zum Civilproceß, Capit. XXXIIII. §. 2. *Mynsinger Obseruatt. Centur. I. Obs. LXVIII. Centur. III. Obs. XI. Knorre Diss. de recto dilationum vsu*, §. 12. 20. *Reinharth Obss. selectt. ad Christinaei decis Vol. I. Obs. XX.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 266. S. 488. *Hofacker Princip. iur. ciuil rom. germ. Tom. III §. 4322. p. 760.* Klüber kleine jurist. Bibliothek, Band V. St. XX. S. 479. ff.

k) Danz a. a. O. §. 463. S. 651.

l) *Knorre l. l.* §. 25.

m) *Meuius Decis. Tom. I. Part. V. Decis. CLXI. p. 1225. Tom. II. Part. VI. Decis. CCXIII. p. 142. ed. nouiss.* Ludovici Einleit. zum Civilproceß, Hauptst. XI. §. 17. Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß, Th. II. §. 131. S. 102.

n) *Pestel Pr. de modo computandi prorogationem terminorum fatalium*, (Rintel. 1757.) Claproth a. a. O. *de Balthasar Tr. de terminis ac fatalibus iudicia-*

Da Fristen einerseits rechtliche Begünstigung verdienen, wie fern sie den Partheyen die Beobachtung der rechtlichen Nothdurft sichern, andererseits aber leicht eine Hemmung der Gerichtspflege erzeugen, wie fern sie aus Bosheit und Chicane sich mißbrauchen lassen, so dürfen Fristverlängerungen zwar einestheils nicht versaget o), allein anderentheils auch nicht ohne Noth verstattet werden p). Ein jeder daher, welcher durch das Dilationsgesuch von dem Richter eine Ausdehnung der Frist zu erhalten für nöthig achtet, muß seine darauf gerichtete Bitte dadurch unterstützen, daß er Ehehaften anführet, welche die Gewährung seiner Bitte nothwendig machen, oder doch so beschaffen sind, daß die Billigkeit dieselbe erheischet q). Die erste Fristverlängerung wird zwar leicht, und ohne daß man eine Ausführung und Bescheinigung besonderer Hindernisse verlanget, ertheilet r), die zweyte aber, wenn erhebliche Ursachen angeführet, und einigermaßen bescheiniget werden; die dritte, wenn die erheblichen bescheinigten Verhinderungen mit dem Eide für Gefährde noch bestärket werden s) welchen letzteren der Richter jedoch aus hinreichen-

cialibus eorumque computatione, cap. IIII. §. 5. Nettelbladt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 31. S. 21. Knorre Anleit zum gerichtl. Proceß, Buch I. Hauptst. III. §. 6. S. 60. *a Wernher Obseruu. forr. Tom. II. Part. VIII. Obs. CCCX. Blum Proceſſ. cameral. tit. LXXVI. §. 31.*

o) *Boehmer Principp. iur. canon. §. 740. p. 525. ed. nouiſſ.*

p) *L. 7. D. de Fer. dilat. et diuerſ. tempor. L. 36. pr. D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb. L. 1.* und *L. 4. C. de Dilat. L. 2. C. de Temp. et reparat. adpellat.* R. A. von 1654. §. 103.

q) Nettelbladt a. a. O. §. 201. S. 103.

r) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 463. S. 651. f.

s) *Cap. 24. X. de Offic. et poteſt. iud. deleg. Cap. 5. X. de Sentent. et re iudic. Cap. pen. X. de Teſt. Nou. 90. cap. 4.* J. R. A. §. 38. 50. 103. *cf. Boehmer Introd. in ius Dig. Part. I. tit. de Fer. dilat. et diuerſ. tempor. §. 9. p. 104. ſq. ed. nouiſſ. de Berger Reſoluti. legg. obſtantt. tit. eod. quaeſt. 4. p. 58. ed. nouiſſ. Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III. §. 4323. p. 761. ſq.* Würden die Verhinderungen notorisch seyn, so ist der Eid für Gefährde nicht erforderlich. *Barth Diſſenſ. in prax. Centur. II. Diſſ. CXXIIII. §. 2.* Den Grundsatz, daß allererst bey dem dritten Fristgesuche der Eid für Gefährde geleistet werden müsse, hält Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. § 268. S. 493. ff. für eine Meinung, die auf einem Mißverstande der Gesetze beruhe, indem nach diesen überhaupt im Civilprocesse über einmal keine Frist erstrecket wer-

chenden Gründen nachzulassen allerdings berechtiget ist t); eine vierte und weitere Erstreckung endlich findet, in der Regel, nicht statt, wenn nicht ganz unabwendliche, noch immer fortdauernde Hindernisse eintreten v).

§. 269.

Die Zeit, von deren Berechnungsart nach Anleitung unsers Verfassers hier noch einiges zu bemerken ist, wird von den Rechtsgelehrten in tempus *continuum* und *vtile* eingetheilet x), und zwar

1) in Rücksicht auf ihren Anfang;

2) in Rücksicht auf ihren Lauf.

Tem-

werden, und nur bey einem eintretenden neuen ganz unvermutheten Hindernisse ein wiederholtes Fristgesuch statt finden solle, jedoch auch schon dieses anders nicht, als wenn solches genugsam bescheiniget und mittelst Eides für Gefährde noch bestärket würde. Ein Mißverstand der Gesetze hat mir bey einer genauen Ansicht derselben bis jetzt noch nicht einleuchten wollen, zudem bestätiget auch der Gerichtsgebrauch die diesseitige Meinung als die vernünftigere. Wird, was doch Glück a. a. O. §. 267. S. 492. f. selbst zugiebt, die erste Fristverlängerung schon auf das bloße Gesuch, ohne daß man eine Ausführung und Bescheinigung besonderer Hindernisse heischet, ertheilet, weswegen sollte denn wohl nicht die in den Gesetzen ausdrücklich gebilligte zweyte Fristverlängerung auch ohne vorgängigen Eid für Gefährde ertheilet werden können, wenn erhebliche Ursachen angeführet und einigermaßen bescheiniget werden. Bekanntlich ist es Pflicht des Richters, den Mißbrauch der Eide möglichst zu verhüten, und zu dem Ende alle überflüssigen Eide vom Civilprocesse zu entfernen; evident ist ja aber der Eid für Gefährde beym zweyten Fristgesuche überflüssig, wenn nach richterlichem Ermessen die Hindernisse hinlänglich ausgeführet und bescheiniget sind.

t) *de Berger Electt. disceptt. forr. tit. XX. p. 674. Boehmer Iur. eccles. protest. Tom. I. Lib. II. tit. VIII. §. 2. 3. p. 1083. ed. nouiss.* Knorre a. a. O. §. 7. S. 60. f *Boehmer Princip. iur canon. §. 740. p. 525. ed. nouiss.* Daß der Eid nicht ohne Einwilligung des Gegentheils nachgelassen werden dürfe, behaupten Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, §. 147. Num. 3. und *Meuius Deciss. Tom. II. Part. VI. Dec. LIIII. p. 41. ed. nouiss.*

v) Claproth a. a. O. *Meuius l. l. Tom. I. Part. II. Decis. CCXXIIII. not. 4. p. 361. Decis. CCCLXVIII. CCCLXVIIII. p. 477. sq.* Dans a. a. O. S. 652.

x) *cf. Stoeltzer Ex. de temporis continui et vtilis computatione*, Lipsiae 1791.)

Tempus continuum *ratione* initii heißt eine Zeit, die mir sogleich läuft, so bald ein gewisser Vorfall sich ereignet hat, es mag nun übrigens dieser Vorfall zu meiner Wissenschaft gekommen seyn, oder nicht; *tempus* vtile *ratione* initii hingegen heißt eine Zeit, die mir nicht eher zu laufen anfängt, als bis der Vorfall zu meiner Wissenschaft gekommen ist. *Tempus* continuum *ratione* cursus heißt eine Zeit, bey deren Berechnung alle Tage gezählet werden, sie mögen Gerichtstage oder Gerichtsferien seyn; *tempus* vtile *ratione* cursus hingegen heißt eine Zeit, bey deren Berechnung nur die Tage gezählet werden, an welchen Gericht gehalten wird. Bey dieser Zeitberechnung gelten überhaupt folgende allgemeine Grundsätze:

1) unter einer in den Gesetzen ohne weitere Bestimmung ihrer Computation vorgeschriebenen Zeitfrist ist im Zweifel ein tempus continuum zu verstehen, wenn nicht etwa von prätorischen Klagen die Rede seyn sollte, indem bey diesen eine schlechthin vorgeschriebene Zeit im Zweifel für ein tempus vtile zu achten ist y);

2) ist in den Gesetzen zwar ein tempus vtile in Beziehung auf die Dauer eines Rechtsmittels ausdrücklich vorgeschrieben, nicht aber in Ansehung dieser besonderen Computation eine nähere Bestimmung oder Einschränkung hinzu gefüget worden, so muß die Zeit ratione initii sowohl als ratione cursus nützlich berechnet werden z).

Eine andere, von unserm Verfasser zwar mit Stillschweigen übergangene, aber eben so wichtige und von jener ganz verschiedene Eintheilung der Zeit ist die in tem-

y) Der Grund dieser Regel ist leicht einzusehen. Die Berechnungsart des temporis *continui* ist natürlich und bedarf an und für sich keiner gesetzlichen Bestimmung; hingegen die Berechnungsart des temporis *vtilis* verdankt ihren Ursprung ganz der Billigkeit der Prätoren und der ihrem Beyspiel folgenden Interpretation der römischen Rechtsgelehrten.

z) Diese Regel gründet sich auf das bekannte Sprüchwort: vbi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0220
DFG

tempus *naturale* und *ciuile* a). *Tempus* naturale heißt eine Zeit, bey deren Berechnung das Jahr, oder der Tag, von dem Anfange des ersten Moments desselben bis zu dem Ablaufe des letzten Moments desselben gezählet, mithin das Jahr oder der Tag nicht eher für geendiget gehalten wird, als bis das letzte Moment völlig abläuft; *tempus* ciuile hingegen heißt eine Zeit, bey deren Berechnung der Anfang des Zeitraums von seinem ersten Momente an für das Ende desselben geachtet wird (tempus coeptum habetur pro completo) b).

De mense notandum, sagt Hellfeld noch am Ende, quod a Iurisconsultis adcipiatur pro XXX. diebus. Ein Jahr in rechtlichem Sinne bestehet sowohl nach römischer als heutiger Zählung aus 365. Tagen, und zwar ohne Unterschied, ob es ein Schaltjahr ist, oder nicht c). Zwar waren auch bey den Römern schon in einem Schaltjahre 366. natürliche Tage enthalten; allein sie zählten in einem Schaltjahre zwey natürliche Tage für einen; nehmlich dies VI. Kal. Mart. *prior* et *posterior*, welche zwey natürliche Tage in der Regel juristisch nur einen Tag ausmachten. Wendet man den römischen Calender auf den unsrigen an, so ist in einem Schaltjahre der 24. und 25. Februar der römische dies *bissextus*, welcher zwey natürliche juristisch für einen Tag geltende Tage enthält. Nun fragt es sich aber: welcher von beyden natürlichen Tagen ist der eigentliche dies *intercalaris* oder Schalttag? Nach unserm Calender ist der 24. Februar der Schalttag; allein wie stehet es in diesem Stück mit dem römischen Calender? Es finden sich in dem römischen Gesetzbuche zwey Stellen, welche über diesen Punct den Aufschluß geben. Die eine ist die *L.* 98. *pr. D. de Verbor. significat.* worin Celsus sagt: Quum bissextum Kalendis est, nihil refert, vtrum priore, an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas eius natalis dies est: nam id biduum pro vno die habetur: sed POSTERIOR dies intercalatur, non PRIOR: ideo quo anno intercala-

a) *cf.* Rücker *Diss. de ciuili et naturali temporis computatione in iure*, (Lugd. Bat. 1749.)

b) Ausführlich hat neuerlich von der Civilzeitcomputation Koch Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag, (Gießen 1796.) gehandelt, auf welchen ich mich hier der Kürze wegen füglich beziehen zu können erachte.

c) *L.* 134. *D. de Verbor. significat. L.* 4. §. 5. *D. de Stat. liber. L.* 51. §. 2. *D. Ad leg. Aquil. cf. Mylius Diss. de anno iuridico eiusque effectibus generalibus*, (Lipsiae 1682.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0221
DFG

latum non est, sexto Kalendas natus: quum bissextum Kalendis est, priorem diem natalem habet; die andere ist die *L.* 3. §. 3. *D. de Minor. XXV. ann.* worin Ulpian schreibet: Minorem autem viginti quinque annis natu, videndum, an etiam diem natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est, vt, si captus sit, restituatur: et, quum nondum compleuerit, ita erit dicendum, vt a momento in momentum tempus spectetur. Proinde et si bissexto natus est, siue PRIORE, siue POSTERIORE die, Celsus scripsit, nihil referre: nam id biduum pro vno die habetur, et POSTERIOR dies Kalendarum intercalatur. Celsus und Ulpian erklären in den angezogenen Gesetzstellen einstimmig mit dürren Worten, nicht der dies prior, sondern der dies posterior werde eingeschaltet. Nun wäre sonach die ganze Sache im Reinen; allein es entstehet die neue Frage: welcher von den einen Tag ausmachenden zwey natürlichen Tagen ist dann der dies *prior*, und welcher der dies *posterior*? Nach der natürlichen Ordnung, in welcher die Tage auf einander folgen, ist der 24. Februar der dies prior, der 25. Februar aber der dies posterior, daher denn auch die mehresten Rechtslehrer behaupten, der 25. Februar sey in einem Schaltjahre wirklich für den diem *posteriorem*, qui intercalaretur, mithin für den Schalttag zu achten d). Dem ist aber in der That nicht so. Der eigentliche Schalttag wird zwischen VII. Kal. Martii und VI. Kal. Martii, oder nach unserm Calender zwischen dem 23. und 25. Februar intercalirt; sonach ist nach unserm Calender der 24. Februar in einem Schaltjahre der wahre und eigentliche Schalttag, der dies VI. Kal. Martii aber der *dies posterior* nach römischem Calender e).

Ein Monat in rechtlichem Verstande bestehet nach römischen sowohl als deutschen Rechten aus 30. Tagen, wenn überhaupt eine gewisse Zeit nach Monaten bestimmet ist f). Dagegen kommt es aber auch in dem Falle, wo namentlich der erste Tag eines jeden Monats dergestalt festgesetzt ist, daß der Termin

d) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. Lib. IIII. tit. IIII. §. 1. p. m. 608. sq. Tom. VI. Lib. XXXXIIII. tit. III. §. 2. p. 240. sq. de Cocceii iur. ciu. controu. Tom. I. Lib. IIII. tit. IIII. quaest. 1. p. 360. sq. ed. nouiss.*

e) Koch a. a. O. §. 9. S. 48. ff.

f) *L.* 101. *D. de Reg. iur. L.* 28. und *L.* 31. §. 22. D. *de Aedilit. edict. Nou.* 115. *cap.* 2. *A. A. G. O. Th. II. Tit. XXXIII.* §. 3. *cf. Altwein Diss. de legati mensium tempore seu spatio menstruo*, von Monatsfristen, (Alt. 1693.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0222
DFG

min immer von dem ersten bis wieder zum ersten des folgenden Monats gerechnet werden soll, darauf an, wie viele Tage ein jeder Monat im Calender hat. Ein Schaltmonat bestehet nach unserm Calender aus 29. Tagen, nach dem römischen Calender aber immer nur aus 28. Tagen, weil, wie wir oben gesehen haben, die Römer in einem Schaltjahre zwey natürliche Tage für einen Tag zählten g).

Ein Tag, man mag nun seinen Anfang rechnen, von welchem Moment oder Zeitpunct man will, ist bey den Juristen sowohl als in der gemeinen Sprache ein ununterbrochen fortlaufender Zeitraum von 24. Stunden. Ein solcher Zeitraum von 24. Stunden, oder ein Tag, ist entweder ein Calendertag, ein bürgerlicher Tag, oder ein anderer Tag, z. B. ein Lebenstag, ein Besitztag, welchen man füglich einen Zeittag nennen kann h). Nach römischer Sitte und Sprachgebrauch, wie es auch bey uns noch üblich ist, fängt der Calendertag oder bürgerliche Tag von 12 Uhr der vorigen Mitternacht an, und endiget sich in der folgenden Mitternacht um 12. Uhr i). Von der Computation des bürgerlichen oder Calendertages unterscheidet sich aber die Rechnung eines so genannten Zeittages, z. B. des Lebenstages eines Menschen. Denn dieser fängt mit dem ersten Zeitmoment der Geburt an, und endiget sich mit dem letzten Moment der 24 Stunde. Dann fängt der folgende Lebenstag an, und endiget sich auf die nämliche Art. Nur in einem einzigen Falle läuft ein Zeittag mit einem Calendertage parallel, wenn er nehmlich zufälliger Weise mit dem Calendertage seinen Anfang nimt; in allen übrigen Fällen müssen nothwendig die 24. Stunden des Zeittages auf zwey Calendertage, es sey nun zu gleichen oder ungleichen Portionen, sich vertheilen.

g) *L.* 98. §. 2. *D. de Verbor. significat.* Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.

h) Koch a. a. O. §. 2. S. 12. ff.

i) *L.* 8. *D. de Fer. dilat. et diuers. tempor.* More romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur: itaque quidquid in his viginti quatuor horis (id est duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde habetur, quasi quauis hora lucis actum esset. Vortrefflich erläutert diese Gesetzstelle Koch a. a. O. §. 8. S. 29. ff.

LIB. II. TIT. XIII.

DE EDENDO.

§. 270.

Das Wort edere kommt in dem römischen Gesetzbuche unter verschiedenen ganz heterogenen Bedeutungen vor, die der berühmte Vicat k) genau und umständlich zu verzeichnen gesuchet hat. An dem gegenwärtigen Orte bezeichnet es überhaupt eine Klage oder eine Urkunde jemandem mittheilen, daher denn hier von einer zweyfachen Edition, der Klagen nehmlich und der Documente gehandelt wird, und zwar von jener zuerst, von dieser aber nachher im letzten Paragraphen des vorliegenden Titels.

Ueber die Edition der Klage erkläret sich der römische Rechtsgelehrte Ulpian in der *L.* 1. *pr. D. de Edend.* auf folgende Weise: Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam aequissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, vt proinde sciat reus, vtrum cedere, an contendere vltra debeat: et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione, qua conueniatur. Der Kläger soll dem Beklagten nach vorgängiger Privatvocation die Klage ediren, weil es der Billigkeit gemäß ist, daß letzterer in den Stand gesetzt werde, zu überlegen, ob er nachgeben oder streiten wolle, und im Falle er zu streiten gesonnen ist, sich

k) *Vicat Vocabular. iur. Tom. I. f. v.* edere, editio, *p.* 477. 481. *sq.*

sich gehörig vorzubereiten l). Der Kläger zeigte dem Beklagten die Gattung der Klage, welche er wider ihn anstellen wollte, förmlich an, und dies konnte nun, wie der Jurist im §. 1. der angezogenen Gesetzstelle mit den Worten: Edere est *copiam describendi facere*, vel *in libello complecti*, et *dare*, vel *dictare*. Eum quoque edere Labeo ait, qui *producat aduersarium suum ad album, et demonstret, quod dictaturus est*, vel *id dicendo, quo vti velit*, lehret, auf eine fünffache Weise geschehen. Es konnte der Kläger 1) dem Beklagten mündlich eröffnen, weswegen er ihn belange; 2) ihm den schriftlichen Klaglibell mittheilen; 3) ihm solchen abschreiben lassen; 4) ihm selbst daraus die Klage dictiren; 5) ihm zum Album des Prätors hinführen, und die Klageformel zeigen, welche er wider ihn gebrauchen wollte m).

Heutiges Tages wird die Klage bey dem Richter in summarischen Sachen mündlich n), in dem ordentlichen Civilprocesse aber schriftlich o) angebracht: dieses Anbringen der Klage füget der Richter der an den Beklagten zu erlassenden Citation copeylich bey, und es ist sonach die bey den Römern übliche Edition der Klage, welche Ulpian in den angezogenen Gesetzstellen characterisirt, bey uns nicht mehr anwendlich p). Hellfeld nimt nun Gelegenheit, hier nicht nur weitläuftiger von dem heutigen Anbringen der Klage zu handeln, sondern auch die Theorie der gerichtlichen Klagen selbst, welche eigentlich im Titel: *de Obligationibus et actionibus*, erörtert werden sollte, im Allgemeinen vorzutragen.

§. 271.

Unter dem Anbringen der eigentlich so genannten Klage verstehet man den bey dem Richter angebrachten Vortrag, aus welchem

l) Den Unterschied zwischen *edere* actionem und *exhibere* actionem zeiget *Cuiacius Obseruatt. et emendatt. Lib. X. cap. XIIII. p. 312. sqq.*

m) *cf. Noodt Com. in Pandect. tit. de Edend.* (*in Eiusdem opp. Tom. II. p. m. 51.*)

n) *Clem. 2. de Verbor. signif. Nou. 17. cap. 3.*

o) *Cap. 1. X. de Libelli oblat.*

p) Selbst bey den Römern war in den neueren Zeiten die evident auf die Privatvocation sich beziehende Edition der Klage oft nicht mehr anwendlich, weil der Kläger häufig seine Klage schriftlich im Gerichte zu übergeben pflegte, die Obrigkeit aber hierauf die Klageschrift dem Beklagten mit dem Befehle, vor Gerichte zu erscheinen, insinuiren ließ.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0225
DFG

chem der Anspruch des Klägers an den Beklagten, wie auch der Grund, auf welchen dieser gebauet ist, deutlich erhellet, und welcher in der Absicht geschiehet, daß der Richter den Kläger zu seiner Forderung verhelfen soll. Die Schrift, welche in dem ordentlichen Civilprocesse das Anbringen der Klage enthält, wird das Klageschreiben (*libellus*) genannt q). Die Klage selbst ist das in den Gesetzen gegründete Mittel, das einem zustehende Recht vor dem gehörigen Richter in der Absicht zu verfolgen, damit ein anderer verurtheilet, und durch gehörigen Zwang angehalten werde, uns etwas zu leisten, und von eigenmächtiger Stöhrung des unsrigen abzustehen r).

§. 272.

q) In summarischen Sachen muß von dem Richter der mündliche Vortrag zu Protocoll genommen werden.

r) Das römische Wort actio hat, wie *Vinnius Com. in Institutt. Tom. II. ad Pr. de Act. num.* 5. *p.* 855. *sq. ed. nouiss.* bemerket, eigentlich vier Bedeutungen, von welchen die eine immer weiter ist, als die andere. Zuweilen bedeutet es insonderheit auch das Recht zu klagen. In diesem Sinne nimt es Justinian, wenn er im *Pr. I. de Act.* sagt: Actio nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur. Uebereinkommend mit dem Worte actio sind die Wörter *formula*, *lis*, *causa*, *controuersia*, *conuentio* und *iudicium*. Wie im engeren Sinne die Wörter petitio und persequutio von dem Worte actio sich unterscheiden, lehret Ulpian in der *L.* 178. §. 2. *D. de Verbor. signif.* deutlich, wenn er sagt: *Actionis* verbum et speciale est et generale: nam omnis actio dicitur, siue in personam, siue in rem sit petitio: sed plerumque actiones personales solemus dicere; *petitionis* autem verbo in rem actiones significari videntur; *persequutionis* verbo extraordinarias persequutiones puto contineri, vt puta fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii exsequutionem. Das deutsche Wort Klage wird oft für das Anbringen derselben genommen, wenn gleich übrigens zwischen der Klage selbst und der Anbringung derselben eigentlich der nämliche Unterschied, wie zwischen dem Rechtsmittel selbst und dem wirklichen Gebrauche desselben, vorhanden ist. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 60. *not. a* S. 168. Wie von der Klage die Exception sich unterscheide, zeiget gründlich Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, (Schwerin und Wismar 1789.) Betracht. I. S. 17. ff. Die Lehre von den Klagen haben besonders bearbeitet *Boehmer Doctr. de actt.* (Frcft. 1771.) womit *Carrach Adnott. ad Boehmeri doctr. de actt.* (Halae 1776.) und *Wagner Meditatt. quib. vniu. actt. mater. exponitur, atque Boehmeri doctr. de actt. inlustrat. corrig. supplet.* (ibid. 1774. 1775.) zu verbinden sind. Schmidt practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden (Jena 1799.) womit die eben angeführten vortrefflichen Beyträge des Herrn D.

§. 272.

Es giebt verschiedene Gattungen von Klagen, die wir jetzt näher betrachten wollen.

Sehen wir zuvörderst auf den Zweck derselben, so werden sie in petitorische (actiones *petitorias*) und possessorische (actiones *possessorias*) eingetheilet, je nachdem das Recht, welches dadurch verfolget wird, entweder nur den Besitz, oder das Recht selbst betrifft.

Was die possessorischen Klagen angehet, so suchet man vermittelst derselben entweder den Besitz, welchen man noch niemals gehabt hat, zu erlangen, oder den Besitz, welchen man bereits hat, zu behalten, oder den Besitz, welchen man gehabt und verloren hat, wieder zu bekommen. Im ersten Falle werden sie Besitzerlangungsklagen (*actiones adipiscendae possessionis*), im zweyten Falle Besitzbehaltungsklagen (*actiones retinendae possessionis*) und im dritten Falle Besitzwiedererlangungsklagen (*actiones recuperandae possessionis*) genannt.

Anlangend die petitorischen Klagen, so sind diese, wie fern man auf das nächste Fundament derselben Rücksicht nimt, theils Präjudicialklagen, theils Principalklagen, je nachdem sie nehmlich entweder aus dem Personenrechte entstehen, oder aus dem Sachenrechte erwachsen. Die Präjudicialklagen s), welche mit der Inploration zur Erlangung eines Zustandes nicht verwechselt werden dürfen, betreffen entweder den Zustand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familienrechte, oder einen an-

D. Weber in Rostock verbunden werden müssen. Es hat auch E. G. Schmidt einen eigenen theoretisch-practischen Commentar über seines Vaters Lehrbuch (Leipzig 1792. ff.) geliefert, der aber von keinem sonderlichen Werthe ist.

s) Der Grund, weswegen die aus dem Personenrechte entstehenden Klagen actiones *praeindiciales* heißen, liegt darin, weil von der Entscheidung solcher Klagen gewöhnlich viele andere Rechtsfragen abhängen. Eiusmodi actiones multis aliis causis *praeiudicium* faciunt. Das Wort praeiudicium bedeutet überhaupt einen streitigen Punct, der zuvörderst erörtert und entschieden werden muß, weil die Entscheidung einer anderen Sache davon abhängt. *cf. Raevardus de praeiudicc. Libb. II.* (Brug. Flandr. 1565.) Es wird dieser Ausdruck nicht nur von Klagen, von deren Entscheidung mehrere andere Rechtsfragen abhängen, sondern auch von Einreden, welche eher, als die Hauptsache selbst, erörtert und entschieden werden müssen, gebraucht: *L.* 37. *D. de Obligat. et act. L.* 54. *D. de Iudic. et vbi quisque ag. vel conuen. deb. L.* 17. *L.* 16. und *L.* 18. *D. de Except.*

anderen persönlichen Zustand. Im ersten Falle werden sie actiones praeiudiciales *directae*, hingegen im zweyten Falle actiones praeiudiciales *vtiles* genannt. Sie sind ferner entweder bejahende (actiones praeiudiciales *adfirmatiuae*), oder verneinende (actiones praeiudiciales *negatiuae*), je nachdem man vermittelst derselben dies, daß man einen gewissen Zustand habe, entweder zu behaupten oder zu verneinen suchet t).

§. 273.

Die Principalklagen, welche in den Schriften der Rechtsgelehrten auch hin und wieder unter dem Namen der Sachklagen vorkommen, werden in dingliche (actiones *reales* s. *in rem*), persönliche (actiones *personales* s. *in personam*), und gemischte (actiones *mixtas*) eingetheilet, je nachdem sie entweder bloß auf ein dingliches, oder bloß auf ein persönliches Recht, oder auf ein dingliches und persönliches Recht zugleich sich gründen. v). In den Gesetzen werden die dinglichen Klagen auch noch besonders vindicationes, die persönlichen Klagen aber condictiones genannt x). Donellus y), Hunnius z), Westenberg a), Vultejus b), Giphanius c), Faber d), und Zoller e) läugnen die

t) *cf. Boetticher Diss. de actionibus praeiudicialibus*, (Ienae 1689.) *Lyncker Diss. de iudicio status*, (ibid. 1691.)

v) *cf. Koesel Diss. de actionibus mixtis et non mixtis*, (Vitemb. 1724.)

x) L. 25. *pr. D. de Obligat. et act.* Actionum genera sunt duo: *in rem*, quae dicitur vindicatio, et *in personam*, quae condictio adpellatur.

y) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XXI. cap. I.*

z) *Hunnius Reselutt. Lib. IIII. Part. II. quaest. 6.*

a) *Westenberg Princip. iur. sec. ordin. Institutt. Lib. IIII. tit. VI. §. 15 – 22. p. 186. sq.*

b) *Vulteius ad §. 1. I. de Act.*

c) *Giphanius ad §. eamd.*

d) *Faber de errorr. pragmm. Part. IIII. Dec. LXXXIIII. err. 5.*

e) *Zoller Obs. singular.* (Lipsi. mens. Iul. 1773.) §. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0228
DFG

die Existenz der gemischten Klagen; allein, wie Noodt f), Heineccius g) Bachovius h) und Pacius i) richtig bemerken, ohne hinlänglichen Grund k). Im §. 20. *I. de Act.* sagt Justinian ausdrücklich: Quaedam actiones MIXTAM CAVSSAM obtinere videntur, tam *in rem*, quam *in personam*: qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de diuidenda hereditate. Item communi diuidundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, vt id diuidatur. Item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent. Bey den genannten Klagen gründet sich der Kläger auf ein dingliches und persönliches Recht zugleich, wie fern sie die ohne ein Miteigenthum nicht denkbare Theilung einer gemeinschaftlichen Sache, zugleich aber auch gewisse Personalforderungen zum Gegenstande haben. Stellet jemand actionem familiae erciscundae an, so verlanget er, daß die bisher ungetheilte Erbschaft vertheilet werde; er gründet sich auf ein dingliches Recht (ius cohereditarium), verlanget aber zugleich Rechnungsablage, auch wohl zuweilen Erstattung seiner Auslagen, welches Personalforderungen sind. Bey der actione communi diuidundo gründet sich der Kläger auf sein Miteigenthum, macht aber auch Personalforderungen, indem er Rechnungsablage und Schadenersatz verlanget. Nicht weniger gründet sich der Kläger bey der actione finium regundorum auf ein dingliches Recht, macht aber zugleich ebenfalls Personalforderungen, indem er das Interesse verlanget.

Bisweilen können gemischte Klagen mehr persönlich als dinglich, und umgekehrt auch mehr dinglich als persönlich seyn. Ersteres ist z. B. bey der actione

f) *Noodt Probabill. iur. ciuil Lib. I. cap. XII.* (*in Eiusdem opp. Tom. I. p. m.* 23. *sqq.*)

g) *Heineccius Not. ad Vinn. Com. in Institut. Tom. II. §. 1. de Act. p.* 862.

h) *Bachouius Tr. ed actt. Disp. II. §. 7.*

i) *Pacius Analys. ad §. 20. I. de Act. p.* 624. *sq.*

k) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 1092 S. 926. tritt mit der Aeusserung hervor, der ganze Streit, ob es vermischte Klagen gebe, oder nicht, habe nicht den allermindesten practischen Nutzen, einer Aeusserung, die einen nicht geringen Grad von Einfalt verräth. Mit eben so gutem Grunde würde sich auch behaupten lassen, daß die Eintheilung der Klagen in dingliche und persönliche nicht den allermindesten practischen Nutzen habe; wer wird aber so schwachköpfig seyn, dies wirklich zu behaupten.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0229
DFG

tione familiae erciscundae der Fall, weil bey ihr das Erbrecht als ausgemacht vorausgesetzt wird, und die praestationes personales die Hauptsache sind; letzteres hingegen ist z. B. bey der hereditatis petitione, welche in der *L. 7. C. de Hereditat. petit.* ausdrücklich eine actio mixta genannt wird, der Fall, weil bey ihr das Erbrecht die Hauptsache ausmacht.

Von den dinglichen Klagen unterscheiden sich die so genannten actiones in rem scriptae, oder diejenigen Klagen, welche ihrer Natur nach zwar nur persönlich, aber dennoch von den Gesetzen so qualificiret sind, daß sie gegen einen jeden Besitzer angestellet werden können l).

§. 274. 275.

Die Personalklagen gründen sich entweder auf ein verbindliches Factum, oder sie werden unmittelbar von dem Gesetze, der Billigkeit wegen, gegeben. Im ersten Falle heißen sie **Nativklagen** (actiones *natiuae*) m); hingegen im zweyten Falle werden sie **Dativklagen** (actiones *datiuae*) n) genannt o).

Die Nativklagen entspringen entweder aus einer erlaubten, oder aus einer unerlaubten Handlung. Entstehen sie aus einer erlaubten Handlung, so gründen sie sich entweder auf eine Convention, oder nicht. Wenn dieses ist, so macht entweder eine Pollicitation, oder ein Quasicontract ihren Entstehungsgrund aus; ist hingegen jenes, so können sie entweder aus einem eigentlich so genannten Vertrage, oder aus einem Contracte entstehen. Im letzteren Falle sind sie entweder **Hauptklagen** (actiones *directae*), oder **Gegenklagen** (actiones *contrariae*), je nachdem vermittelst derselben entweder auf die Erfüllung der aus dem Contracte entstehenden Hauptverbindlichkeit, oder nur auf den Ersatz eines bey Gelegenheit des Contracts erlittenen Schadens wider denjenigen, der nicht aus dem Wesen des Contracts, sondern nur zufälliger Weise verbunden ist, geklaget wird. Entsprin-

l) *Gasser Diss. de actionibus in rem scriptis earumque genuino conceptu*, (Halae 1738.) Es gehöret dahin z. B. die actio quod metus causa, die actio ad exhibendum, die actio de pauperie.

m) Quia *nascuntur* ex facto.

n) Quia *dantur* a lege.

o) *Frommann Diss. conlat. exhib. actionum datiuarum cum natiuis*, (Tubingae 1683.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0230
DFG

springen Nativklagen aus einer unerlaubten Handlung, so haben sie zum Gegenstande entweder die öffentliche Bestrafung des Beklagten, oder das eigene Interesse des Klägers. Im ersten Falle heißen sie **Criminalklagen** (actiones *criminales*) imgleichen **Anklagen**, (*accusationes*); hingegen im zweyten Falle werden sie **Civilklagen** (actiones *ciuiles*) genannt p). Was die letzteren anbetrifft, so gehen diese entweder bloß auf eine Entschädigung des Klägers, oder auf eine Privatstrafe, oder auf eine gewisse, theils eine Entschädigung des Klägers, theils eine Strafe für des Beklagten Vergehen enthaltende Summe Geldes. Im ersten Falle heißen sie actiones *ex delictis mere rei persequutoriae*; im zweyten Falle actiones *poenales*, und im dritten Falle actiones *et rei et poenae persequutoriae* s. *mixtae* q).

Die **Pönalklagen** waren bey den Römern theils *populares*, theils *priuatae*; jene konnte ein jeder aus dem Volke anstellen, diese hingegen nur der Beleidigte allein. Ueber die Frage: **ob diese Gattung von Klagen noch heutiges Tages bey uns statt finde?** wird unter den Rechtsgelehrten gestritten, indem sie von einigen bejahet r), von andern hingegen verneinet wird s). Die Meinung der letzteren scheinet mir den Vorzug zu verdienen, weil man

p) *Frommann Diss. I. II. actt. ciuilium et criminalium differentiae principes*, (Tubingae 1682.)

q) §. 18. *I. de Act.* Ex maleficiis vero proditae actiones, aliae tantum poenae persequendae causſa comparatae sunt: aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt. Poenam tantum persequitur quis actione furti: siue enim manifesti agatur, quadrupli: siue non manifesti, dupli: de sola poena agitur; nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens: siue fur ipse eam rem possideat, siue alius quilibet. Eo amplius aduersus furem etiam condictio est rei.

r) *Berger Comment. de vsu actt. tum rei persequutor. tum in primis poenalium*, (Lipsiae 1706.) *a Weruber Obseruu. forr. Part. III. Obs. XXIIII. a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Spec. LVI. med. 4. Dreyer Diss. de iuris romani et speciatim de actionum poenalium in foris germaniae auctoritate*, (Goettingae 1774.) *Boehmer Diss. de exceptione metus iniusti in statu naturali et ciuili*, cap. II. §. 14. (*in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. V. p. 796. sqq.*)

s) *Gonne Diss. de poenis lucro actoris cedentibus*, (Erlangae 1747.) Schmidt practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 44. S. 35. *de Cocceii Iur. ciuil. contron. Tom. I. Lib. III. tit. VI. quaest. 1. p. 325. sq. ed. nouiss. Thomasius Diss. de vsu actt. poenalium iuris romani in foris germani-*

man in Deutschland von jeher die Geldstrafen als Vortheile der Gerichtsbarkeit angesehen, und in denjenigen Fällen, wo die Römer Privatstrafen hatten, Fiscalstrafen festgesetzt hat.

Die Klagen sind, wie Hellfeld noch am Ende des §. 274. bemerket, theils *certae* theils *arbitrariae*, je nachdem sie entweder einen gewissen bestimmten Gegenstand haben, oder bey ihnen die Bestimmung desjenigen, was der Beklagte dem Kläger leisten muß, lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen ist. Oft verstehen indessen die Gesetze auch unter der actione arbitraria eine solche Klage, bey welcher der Richter den Beklagten, wenn er der Sentenz nicht gutwillig Folge leistet, härter verurtheilen, das heißt, ihn auf das Vierfache condemniren, oder den Kläger zum iuramento in litem zulassen kann t).

§. 276.

Nehmen wir auf den Gegenstand der Klagen Rücksicht, so lassen sie sich in **Universalklagen** (actiones *vniuersales*), **Generalklagen** (actiones *generales*) und **Specialklagen** (actiones *speciales*) eintheilen, je nachdem sie nehmlich entweder eine vniuersitatem iuris, oder mehrere zwar verschiedene, aber doch unter einem genere begriffene Dinge, oder eine bestimmte besondere Sache betreffen v). Universalklagen können wie Specialklagen nur einmal angestellet werden; Generalklagen hingegen können wider den nämlichen Beklagten mehr als einmal angestellet werden, ohne daß dem Kläger die exceptio rei iudicatae entgegen gesetzt werden kann, weil sie mehrere verschiedene Gegenstände unter sich begreifen, und es dem Kläger frey stehen muß, immer noch wegen solcher Puncte, die er zuerst nicht in Anregung gebracht hat, nachher aufs neue zu klagen.

§. 277.

In Beziehung auf ihren Ursprung sind die Klagen theils **Civilklagen** (actiones *ciuiles*), theils **Honorarklagen** (actiones *honorariae*), theils vermisch-

niae, (Halae 1740.) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. III. §. 274 275. S. 551. *Müller Obseruatt. practt. ad Leyseri meditatt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. Obs. XXXVIII.*

t) *cf. Magni Ratt. et differentt. iur. ciuil. Lib. I. de actionibus arbitrariis*, (in *Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. III. p. 266. sqq.*)

v) *L. 1. D. de Rei vindicat. L. 38. pr. D. Pro soc.*

mischte Klagen (actiones *mixtae*), je nachdem sie entweder auf das Civilrecht, oder auf das diesem entgegen gesetzte durch die Edicte der römischen Magistratspersonen eingeführte Recht, oder auf beyde Gattungen des römischen Rechts zugleich sich gründen.

Die Civilklagen sind entweder durch ausdrückliche Gesetze eingeführet, oder von den römischen Rechtsgelehrten erfunden worden. Wenn jenes ist, so haben sie entweder ihren eigenen Namen, oder nicht. Haben sie keinen eigenen Namen, so werden sie *condictiones ex lege* genannt x). Ist hingegen dieses, so sind sie entweder von den Rechtsgelehrten bloß aus der Billigkeit hergeleitet worden, oder sie liegen verhüllt (inplicite) in den Gesetzen, so daß die Juristen die ausdrücklich von den Gesetzen ertheilten Klagen nur auf andere Fälle ausgedehnet, und den Namen der Klagen beybehalten haben. Im ersten Falle heißen sie *actiones* in factum y); im zweyten Falle aber werden sie *actiones* vtiles z) genannt, im Gegensatze der *actionum* directarum a), welche in den Gesetzen ausdrücklich enthalten sind. Actio *directa* ist demnach eine Klage, quae in expressis verbis legis nititur; hingegen actio *vtilis* eine solche, quae fit secundum mentem legis, quae iusto ratiocinio ex mente legis eruitur atque elicitur b).

Die Honorarklagen entstehen entweder aus dem Edicte des Prätors, oder aus dem des Aedilis. Jene, wohin z. B. die actio hypothecaria und

x) Hin und wieder wurde durch neue Gesetze ein Klagerecht ertheilet, wo zuvor dasselbe nicht statt fand, ohne daß in dem Gesetze die Art der Klage bestimmet war, und ohne daß man diese Klage als Gattung einer schon eingeführten und benennten Art von Klagen ansehen konnte. Jetzt nannte man sie condictionem ex lege, nehmlich ex illa lege, qua introducta erat actio. Man sehe unten den Titel *de Condict. ex leg.*

y) *Meister Diss. de actionibus in factum*, (*in Eiusdem opuscc. ad ius ciu. eiusque histor. pertinentt. Syllog. I. p.* 309. *sqq.*) Man sehe unten den Titel *de Praescript. verb. et in fact. act.*

z) *Zoller Diss. de actionibus vtilibus*, (Lipsiae 1745.)

a) *Friesen Diss. de actione directa, vtili et contraria*, (Ienae 1706.)

b) Zuweilen kommen die Wörter actio *directa* und *vtilis* auch noch in einer anderen ganz heterogenen Bedeutung vor. Wenn ich nehmlich jemandem ein Recht abgetreten habe, ihm Vollmacht gebe, dasselbe in meinem Namen einzuklagen, und er es nun als mein

Pro-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0233
DFG

de constituta pecunia gehören, heißen *actiones* praetoriae; diese aber, wohin z. B. die actio redhibitoria und quanti minoris zu rechnen sind, *actiones* aedilitiae.

Die vermischten Klagen haben ihre Benennung daher erhalten, weil ihre Form aus dem Civilrechte und Honorarrechte vermischt oder zusammengesetzt ist. Oft pflegten die Prätoren aus dem Civilrechte herrührende Klagen zu einem Gegenstande ihrer Edicte zu machen, und solche entweder bloß zu bestätigen, oder auch wohl der Billigkeit wegen zu erweitern. Hiedurch erhielten diese Klagen ihre Existenz.

In Ansehung ihrer Dauer sind die Klagen entweder beständige (actiones *perpetuae*) oder zeitige (actiones *temporales*). *Actiones* perpetuae heißen diejenigen Klagen, welche dreyßig und mehrere Jahre dauern; *actiones* temporales aber diejenigen, welche binnen einer kürzeren Zeit angestellet werden müssen. Der Grund, weswegen diejenigen Klagen, welche wenigstens dreyßig Jahre dauern, beständige heißen, liegt darin, weil diese Klagen anfänglich ewig oder beständig dauerten und in gar keinen Zeitraum eingeschränket waren c). Theodosius der jüngere schrieb zwar diesen Klagen eine Dauer von dreyßig Jahren vor d), allein dennoch behielten sie ihren alten Namen nach wie vor e).

§. 278.

Die Anbringung der Klage, sie geschehe nun mündlich oder schriftlich, muß in allen Fällen so eingerichtet seyn, daß daraus erhelle:

1)

Procurator wirklich einklaget, so sagt man: directe *agit*, directa *actione experitur*. Habe ich hingegen jemandem das Recht überlassen, und er klaget daraus ohne Vollmacht von mir in eigenem Namen, so sagt man vtiliter *agit*, vtili *actione experitur*. Daß auch der Ausdruck actio *directa* noch eine ganz andere Bedeutung im Gegensatze der actionis *contrariae* habe, ist bereits oben im §. 273. bemerket worden.

c) *Pr. I. de Perpet. et temporal. act. L. 21. §. 1. D. Quod met. cauſſ.*

d) *L. 3. C. de Praeſcript. XXX. vel XXXX. ann. cf. Otto Com. ad Inſtitut. Pr. de Perpet. et temporal. act. p. 512. ſq. ed. nouiſſ.* und *Praefat. ad. Theſ. iur. rom. Tom. III. p. 3.*

e) Von der Dauer der Klagen werden wir unten im Titel *de Diuerſ. temporal. praeſcript. et adceſſion. poſſeſſ.* zu handeln Gelegenheit haben.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0234
DFG

1) was der Kläger für Forderungen an den Beklagten macht, und welche Thathandlungen dieselben veranlasset haben;

2) auf welchen rechtlichen Gründen diese Forderungen beruhen;

3) wie der Kläger will, daß der Richter in der Sache verfahren und erkennen soll.

Jener erste Bestandtheil des Anbringens der Klage heißt die **Geschichtserzählung** (*species facti*, *factum*); der zweyte heißt der **Klagegrund** (*causa actionis iustificatoria*, *causa petendi*, *fundamentum agendi*, *fundamentum actionis*); der dritte endlich wird das **Gesuch** oder die **Bitte** (*petitum*, *conclusio*) genannt f).

Gleichwie nun in dem ordentlichen Civilprocesse die Klage allezeit schriftlich angebracht werden muß g), so ist hier noch weiter von der Einrichtung der Klageschreiben zu handeln h).

§. 279.

Was die **Geschichtserzählung** anbetrifft, so sind davon folgende Grundsätze zu bemerken:

1)

f) Der Richter muß mit aller Sorgfalt dahin sehen, daß keine Sache zu dem gerichtlichen Verfahren gezogen wird, wenn nicht diese wesentlichen Bestandtheile einer jeden Klage behörig in Richtigkeit sind. Aus der Vernachlässigung derselben entstehen Rechtshändel, bey welchen es zweifelhaft ist, wer Kläger oder Beklagter, welches der Gegenstand des Streites ist, und die daher als unheilbar nichtig wieder müssen aufgehoben werden.

g) §. 270.

h) *cf.* Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 60. ff. S. 168 ff. Elsässer Beyträge zur Theorie von der Klage in Rücksicht auf den ordentlichen bürgerlichen Proceß. Für Anfänger. (in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen, Band III. Num. VIII. S. 143. ff. *Pfotenhauer Doctr. proceſſ. quum germ. tum praeſert. Saxon. electoral. Part. I. Vol. I. §. 151. ſqq. p. 98. ſqq.* Oelze Anleit. zur gerichtlichen Praxis, §. 67. S. 84. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0235
DFG

1) alle Thatumstände müssen in einer Folge weg, in periodischem Zusammenhange und historischem Style erzählet, nicht aber in einzelnen, abgerissenen Artikeln vorgetragen werden. Der articulirte Libell, in welchem die Geschichtserzählung sowohl als der rechtliche Klagegrund in mit dem Worte wahr sich anfangende Artikel zergliedert wird, ist von den Gesetzen im Civilprocesse i) ausdrücklich verboten, und dagegen eine summarische, kurze, nervöse Erzählung der Thatsache anbefohlen worden k). Ist inzwischen die Sache sehr weitläuftig, oder sind mehrere ganz verschiedene Puncte in einem Klageschreiben vorzutragen, so erlauben es nicht nur die Gesetze l), sondern es ist auch der Deutlichkeit wegen räthlich, die verschiedenen Hauptgegenstände mit Zahlen oder Buchstaben von einander zu unterscheiden, und solche weder in der Geschichtserzählung, noch in dem Rechtsgrunde, noch in der Bitte mit einander zu vermischen. Ein punctweise abgefaßtes Klageschreiben ist daher von einem articulirten, sorgfältig zu unterscheiden, und hieraus ergeben sich nun auch die verschiedenen Eintheilungen der Klageschreiben in einfache und articulirte, und jener in einfache im engsten Sinne und punctweise abgefaßte, von selbst.

2) Es dürfen zwar einerseits keine zu der Klage oder deren nothwendigen Bestimmung gehörige Thatsachen ausgelassen werden, weil sonst die Klage als unstatthaft zu verwerfen, oder als dunkel mit der nöthigen Wei-

i) In peinlichen Fällen ist es nach dem Gerichtsgebrauche einem Ankläger erlaubt, seine Anklage in besondere Artikel, oder kurze Sätze zu bringen. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. II. §. 803. not. i. S. 435. f.

k) J. R. A. §. 34. 64. Ein articulirtes Klageschreiben muß sonach der Richter von Amtswegen verwerfen. Der Grund dieser Verordnung übrigens ist kein anderer, als um zeitverderbliche Streitigkeiten der Partheyen über die Zulässigkeit der einzelnen Artikel abzuschneiden. *cf. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I cap. I. §. 3. p. 59.* Wie die ganze Verordnung entstanden sey, zeigen *Müller Observatt. practt. ad Leyseri meditatt. ad Pandect. Tom. I. fasc. II. Obs. CXXXX.* und *Boehmer Praefat. ad Tom. II. Exercitt. ad Pandect.* seines Vaters. In mehreren Ländern, z. B. im Bremischen, Hollsteinischen u. s. w. hat sich der Gebrauch des articulirten Libells wider die reichsgesetzliche Vorschrift bis auf den heutigen Tag immer noch behauptet.

l) J. R. A. §. 34. 64.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0236
DFG

Weisung zurück zu geben ist, allein andererseits sind auch nur diejenigen Thatumstände zu erzählen, welche nach der Natur der angestellten Klage auf die Entscheidung einen Einfluß haben, und welche, im Falle die Klage abgeläugnet wird, erwiesen werden müssen.

3) Die Einwendungen, welche der Beklagte wider den Vortrag des Klägers machen dürfte, sind zu erwarten, keinesweges aber in der Klage voreilig anzuführen und zu widerlegen, kurz, die Replik ist nicht in die Klage zu bringen. Folgende Gründe rathen dies an:

a) wenn der Kläger in seiner zweyten Handlung auf die Schutzreden des Beklagten den Krieg Rechtens befestiget, so wird er als Beklagter angesehen, und genießet die Vortheile desselben m), deren er sich durch die unzeitige Anführung solcher, in die zweyte Handlung gehöriger Umstände, in der Klage verlustig machen kann;

b) es kann leicht geschehen, daß der Kläger den Beklagten auf Einreden aufmerksam macht, auf welche dieser vielleicht von selbst nicht gefallen wäre;

c) durch die Vernachlässigung jener Regel wird die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens aus ihrer Stelle verrücket n). Nur folgende Ausnahmen lassen sich rechtfertigen:

α) wenn eine Einrede so klar und so geeigenschaftet ist, daß der Kläger befürchten muß, der Richter mögte von Amtswegen seine Klage, ohne den Gegentheil gehöret zu haben, verwerfen;

β) wenn von einer solchen Einrede die Frage ist, welche der Beklagte zuverlässig finden wird, und die so geartet ist, daß sie in der Absicht entgegen gesetzt werden könnte, um den ganzen Proceß in seinem Fortgange zu hemmen o).

4)

m) *L.* 1. *D. de Except. praescript.*

n) *L.* 39. §. 1. *C. de Adpellat. Cap.* 8. *X. de Except.*

o) In allen Fällen muß jedoch ein solcher Umstand so kurz als möglich berühret werden, ohne der zu besorgenden Einrede namentlich zu gedenken. *Fritzsch Diss. de repli-*

ca

4) Der Gegenstand des Streites ist auf das genaueste zu bestimmen. Unbewegliche Sachen müssen daher nach ihrer Lage und der Nachbarschaft beschrieben, oder mit ihrem etwa habenden Namen bemerket werden. Bewegliche Sachen sind nach ihrer äusserlichen Beschaffenheit, und nach ihren Merkmalen zu beschreiben. Bey verzehrlichen Sachen ist die nächste Art, zu welcher sie gehören, und der Betrag derselben anzuzeigen. Nach Beschaffenheit der Umstände kann es räthlich seyn, Stammbäume, Risse u. s. w. der Klage beyzulegen.

§. 280. 281.

Der Klagegrund bestehet in der Anführung eines Rechtsgrundes, vermittelst dessen die Bitte als ein Schluß aus der Geschichtserzählung fließet. Fehlet es an einem Klagegrunde, so kann keine Klage zustehen, und aus dem angeführten Klagegrunde muß beurtheilet werden, welche Klage angestellet worden, und ob dieselbe statt habe. Ein Klageschreiben daher, in welchem kein gehöriger Klagegrund angeführet ist, muß der Richter von Amtswegen verwerfen p). Sollte inzwischen der Klagegrund zwar nicht namentlich angegeben seyn, aber doch aus der Geschichtserzählung von selbst fließen, so ist ein solches Klageschreiben zu dulden q).

Man pflegt den Klagegrund in den **nächsten** oder **allgemeinen** und den **entfernten** oder **besonderen** einzutheilen, je nachdem entweder bloß im allgemeinen das Recht (species iuris) angegeben wird, woraus man klaget, ohne den Grund und die Art und Weise (titulus) anzuführen, wie man zu diesem Rechte gelanget ist, oder außer dem vollkommenen Rechte an sich, das man gericht-

ca libello inserenda, (Lipsiae 1736.) Nettelbladt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 212 S. 108. *Schaumburg l. l.* §. 5. *p.* 62. Hofmann deutsche Reichspraxis, Th I. §. 233. Knorre Anleitung zum gerichtlichen Proceß, Buch I. Hauptst. I. §. 15. S. 34. *a Wernher Obseruatt. forr. Part. VI. Obs. CCCXXVI.* Seyfart Reichsproceß, Buch I. Capit. II. §. 15. *Boehmer Doctr. de actt. Sect. I. cap. IIII. §. 3. not. 1.*

p) *Meuius Deciss. Tom. I. Part. I. Decis. XXXXII. p. 37. sq. a Wernher Obseruatt. forr. Part. V. Obs. CCXV.*

q) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. II. tit. XIII. §. 14. p. 201. sq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0238
DFG

richtlich verfolget, auch noch die Ursache angegeben wird, aus welcher man zu demselben gelanget ist. Bey persönlichen Klagen muß der entfernte Klagegrund angegeben werden; bey anderen Klagen hingegen ist es der Willkühr des Klägers überlassen, ob er nur den allgemeinen, oder auch den besonderen Klagegrund anführen will r). Räthlich ist es jedoch, auch bey dinglichen Klagen den entfernten Klagegrund anzuzeigen, damit der Kläger, wenn er den angeführten Grund nicht erweiset, und der Beklagte rechtskräftig entbunden wird, aus einem anderen Grunde klagen kann, und ihm die Einrede des rechtskräftigen Erkenntnisses nicht entgegen stehet s).

Den Klagegrund aus Gesetzen zu erweisen ist der Regel nach durchaus überflüssig, weil der Richter die Rechte selbst verstehen muß t). Nur dann leidet diese Regel eine Ausnahme, wenn zu vermuthen stehet, daß dem Richter das Recht, worauf der Kläger sich gründet, nicht bekannt sey v). Ist daher das Recht, worauf der Kläger sich gründet, zweifelhaft, oder stützet derselbe sich auf ein besonderes Recht, oder eine besondere Befreyung x), oder ein Gewohnheitsrecht, das des Beweises noch bedarf, so stehen Rechtsausführungen bey Anführung des Klagegrundes keinesweges am unrechten Orte y).

§. 282.

r) *L.* 14. §. 2. und *L.* 27. *D. de Except. rei iudic. Cap.* 3. *X. de Libell. oblat. L.* 159. *D. de Re iudic.*

s) *L.* 11. §. 2. *D. de Except. rei iudic.* Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 96. ff. S. 76. ff. *de Cocceii Iuris ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. XIII. quaest. 2 p.* 205. *ed. nouiss.*

t) Im J. R. A. §. 96. werden die weitläuftigen Rechtsausführungen ausdrücklich als unnöthig und überflüssig verworfen.

v) Schmidt a. a. O. §. 94. S. 74. Seyfart Reichsproceß, Buch I. Capit. I. §. 4.

x) *Cap.* 2. *de Constit. in* 6to.

y) Knorre Anleitung zum gerichtlichen Proceß, Buch I. Hauptst. I. §. 6. S. 23. *Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. I. §. 4. p.* 61. Hofmann deutsche Reichspraxis, §. 235.

§. 282.

Das Gesuch bestehet in einem aus der Geschichtserzählung und dem Klagegrunde fließenden Schlusse, welcher bestimmet, wie der Kläger will, daß der Richter in der Sache verfahren und erkennen soll. Sonach gehet die Bitte theils dahin, daß der Richter auf die ihm übergebene Klage dasjenige verfüge, was die Ordnung des Processes erfordert, theils ist solche auf die Hauptsache gerichtet.

Was das Gesuch in der Hauptsache anbetrifft, so darf dieses nur dasjenige enthalten, was aus der Geschichtserzählung und dem Klagegrunde gefolgert werden kann. Es muß daher der Natur der angestellten Klage gemäß und so gefasset seyn, wie der Richter zu sprechen hat, wenn diese völlig gegründet ist. Hieraus folget, daß dasselbe bestimmt und auf etwas gewisses gerichtet seyn muß, damit man daraus genau abnehmen kann, worauf der Richter eigentlich zu erkennen habe. Es ist inzwischen hinlänglich, wenn man sich in der Bitte auf diejenigen Bestimmungen beziehet, die in der Geschichtserzählung oder deren Beylagen angegeben sind b); und die auf einen Inbegriff mehrerer Güter, oder auf das richterliche Ermessen gestellten Klagen (actiones vniuersales, generales, arbitrariae) lassen, als unbestimmte, ein allgemeines Gesuch zu c). Ist die Verbindlichkeit des Beklagten vermöge eines Gesetzes d), oder eines Ver-

b) Z. B. das libellirte Haus, die gemeldete Summe, die in der Schuldverschreibung enthaltene Summe u. s. w.

c) Hieher gehören z. B. alle Erbschaftsklagen, durch welche nicht einzelne Sachen verfolget werden, die Klage aus einer geführten Vormundschaft, aus der Gesellschaft, Geschäftsverwaltung u. s. w. Die Natur der angestellten Klage giebt also auch hier einzig und allein die Entscheidung an die Hand. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß, §. 113. S. 56. Knorre Anleitung zum gerichtlichen Proceß, Buch I. Hauptst. I. §. 12. S. 29. Oeltze Anleit. zur gerichtlichen Praxis, §. 70. S. 89. *Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. I. §. 6. p. 62.*

d) Dies ist z. B. der Fall bey der aus dem Trödelcontracte entspringenden actione aestimatoria; desgleichen muß, nach der gemeinen Meinung, eine geschwängerte Person gegen ihren Schwängerer dahin klagen, daß er sie entweder heyrathe, oder ausstatte; auch gehören hieher die actio aquae pluniae arcendae, in casu *L. 2. §. 1. D. de Aqua et aqua pluu. arc.* das interdictum ex *L. 7. D. de Damn. inf.* u. s. w. *cf. Boehmer Diss. de libellis alternatiuis, cap. II. §. 1 — 15. (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. II. p. 188. Jqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0240
DFG

Vertrages e), oder einer letzten Willensverordnung f) alternativ g), so ist auch das Gesuch alternativ einzurichten h). Ist hingegen der Beklagte zwar etwas bestimmt gewisses zu leisten verbunden, es stehet ihm aber die Befugniß zu, sich durch Leistung einer anderen Sache dieser Verbindlichkeit zu entledigen, so sind alternative Gesuche nach der Strenge des Rechts verwerflich, jedoch werden sie nach dem Gerichtsgebrauche geduldet i), welches auch in Ansehung der subsidiarischen Gesuche statt findet k).

e) Z. B. wenn mehrere Sachen verkauft sind, und dem Verkäufer die Wahl vorbehalten worden ist, welche unter den mehreren er dem Käufer einhändigen will; oder wenn einem Vertrage eine aestimatio venditionis gratia angehängt worden ist u. s. w. *Boehmer l. l.* §. 15. *p.* 202.

f) Z. B. wenn der Erblasser dem Erben die Wahl überlassen hat, welche unter mehreren angegebenen Sachen er dem Vermächtnißnehmer geben will u. s. w. *Boehmer l. l.* §. 16. *p.* 203.

g) Die Practiker drücken dies gewöhnlich so aus: dispositionis et obligationis alternatiuae haec est natura vt vtrumque quidem sit in obligatione *aeque principaliter*, at alterum disiunctiuorum tantum in solutione seu praestatione. *Boehmer l. l. cap. I.* §. 11. *p.* 177. *sq.*

h) Danz a. a. O. §. 73. S. 181. ff.

i) Hieher gehören z. B. die actio ex *L.* 2. *C. de Resc. vendit.*, die actiones noxales, die actio hypothecaria contra tertium possessorem u. s. w. *Boehmer l. l. cap. III.* §. 1 — 12. *p.* 205. *sqq.*

k) Die subsidiarische Verbindlichkeit ist von der alternativen wesentlich verschieden. Die erstere, sagt *Boehmer l. l. cap. I.* §. 11. *p.* 177. ist illa, vbi alterum *praecise et principaliter* debetur, alterum vero tantum *in subsidium*. Es finden dergleichen subsidiarische Gesuche in allen Fällen statt, wo der Beklagte sich seiner Verbindlichkeit nicht entledigen will, oder durch sein Verschulden nicht mehr entledigen kann. *Boehmer l. l.* §. 12. 13. 14. *p.* 178. *sqq. cap. III.* §. 12. 13. *p.* 217. *sq.* Man vergleiche noch *Hertius Diss. de electione ex obligatione alternatiua debitori debita*, (*in Eiusdem opusc. Tom. III. p.* 348.) *Willenberg Diss. de obligatione alternatiua*, (Ged. 1731.) *Berger Diss. de sententia tacite alternatiua*, (*in Eiusdem Dissertatt. iuridd. selectt. p.* 1221. *sqq.*) Carrach Anweisung zum Processe, Abschn. I. Capit. I. §. 13. S. 32. Knorre a. a. O. Seyfart deutscher Reichsproceß, Buch I. Capit. I. §. 13.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0241
DFG

Der Kläger darf in keinem Falle vorsätzlich l) mehr bitten, als er zu fordern befugt ist m). Wenn er in Ansehung der Sache selbst, die den Gegenstand des Rechtsstreites ausmacht (re vel causſa) zu viel bittet, so muß er dem Beklagten, wenn dieser die wahre Schuld anerkennet, und solche zu leisten bereit ist, alle dadurch erweislich verursachte Schäden und Kosten ersetzen n); wenn er hingegen zu viel in Ansehung der Zeit, oder des Ortes (tempore vel loco) bittet, so wird der Beklagte von der Instanz losgesprochen, und jener muß die Kosten tragen o). Hat der Kläger weniger gefordert, als ihm wirklich gebühret, so muß ihm der Richter nichts desto weniger alles zusprechen, was er nach den verhandelten Acten zu fordern berechtiget ist p).

§. 283.

l) Ein schuldloser Irrthum schadet nichts.

m) *L.* 1. §. 2. *C. de Plus petit.*

n) §. 33. *I. de Action. Cap. vn.* X. *de Plus petit. Boehmer Iur. eccleſ. proteſt. Tom. I. Lib. II. tit. XI.* §. 1. *p.* 1102. *ed. nouiſſ. a Pufendorf Obſeruatt. iur. vn. Tom. IIII. Obſ. CLX. p.* 333. *ſq. ed. nouiſſ. Meuius Deciſſ. Tom. II. Part. VI. Dec. CCCXXIII. p.* 221. *ed. nouiſſ.* Das Gegentheil behauptet *a Wernher Obſeruatt. forr. Part. VI. Obſ. CCLXVI.*

o) *Boehmer l. l.* §. 2. Bey den Römern waren, um sich von der Last des Beweises zu befreyen, und den Strafen des Zuvielbittens zu entgehen, die interrogationes in iure faciendae eingeführet, welche aber, wie wir unten im Titel *de Interrogat. in iur. fac. et interrogator. act.* sehen werden, nach ihrem ganzen Umfange bey uns nicht mehr herkömmlich sind. In den älteren Zeiten wurde das Zuvielbitten mit dem Verluste der ganzen Forderung bestrafet. *Paulus Sententt. receptt. Lib. I. tit. X. Lib. II. tit. V.* §. 3. *L.* 2. *Cod. Hermog. de Calumniator. et plus pet. (in Schultingii Iuriſprud. anteiuſt. p.* 241. 274. 712. *ed. nouiſſ.) cf. Heineccius Opuſcc. poſthumm. hiſtor. edictor. p.* 368. *Otto Com. ad Inſtitutt.* §. 33. *de Act. p.* 486. *ed. nouiſſ.* Zeno und Justinian hoben in den neueren Zeiten diese Strafe des Zuvielbittens, bis auf einen in der *Nou.* 15. *cap.* 3. 4. enthaltenen Fall, ganz auf, und verordneten, daß in dem Falle, wo jemand zu früh klagen würde, der Zahlungstermin zur Strafe des Gläubigers verdoppelt, und dieser zur Erstattung der verursachten Proceßkosten angehalten, in den übrigen Fällen einer Pluspetition aber der Kläger zum dreyfachen Ersatze des dem Beklagten durch die zu hohe Forderung verursachten Schadens verurtheilet werden solle. Heutiges Tages fallen diese Strafen hinweg. *cf. Wunderlich Diſſ. iuſt. theoriam et vſum practicum doctrinae de pluris petitione*, (Rintel. 1761.)

p) *L.* 1. §. 3. und *L.* 2. §. 1. *C. de Plus petit.* §. 34. *I. de Action.* Danz g. g. O. §. 74. S. 184. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0242
DFG

§. 283.

Dem Klageschreiben pflegen die Advocaten verschiedene Clauseln zu inseriren, welche theils nützliche theils unnützliche sind, indem sie theils rechtliche Wirkungen erzeugen, theils ohne rechtliche Wirkungen sind q).

Zu den unnützlichen Clauseln gehören vorzüglich folgende:

1) die Vorbehaltung aller Rechtswohlthaten;

2) die Verwahrung, daß man mit keinem überflüssigen Beweise sich beladen wolle;

3) die Ausbedingung des Rechts, Eide zuschieben und zurückschieben zu können;

4) die Verwahrung wegen eines Rechnungsirrthums;

5) die Erklärung, daß die Klage nicht in Form eines zierlichen Libells, sondern einer schlechten Erzählung angebracht seyn solle, und

6) die Versicherung, daß man nichts iniuriandi animo, sondern alles lediglich zu der nöthigen Erläuterung und zu dem Besten der Sache angeführet haben wollte r).

Zu den nützlichen Clauseln sind folgende zu referiren:

1) Daß aller gütlichen Ermahnungen ohngeachtet der Beklagte sich der ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht habe entledigen wollen. Setzet nicht ein Gesetz oder ein Vertrag den Beklagten in Saumseligkeit, so muß ihn der Kläger vor Anstellung der Klage an die Erfüllung seiner Verbindlichkeit erinnern, weil

q) *cf. Carpzouius Diss. de clausulis libellis adiici solitis*, (Lipsiae 1677.)

r) *cf. a Rheden Diss. de superfluis, ineptis et inutilibus libellorum clausulis*, (Bremae 1717.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0243
DFG

weil sonsten dieser, wenn jener ohne weitere Schwierigkeiten seiner Obliegenheit eine Genüge leistet, alle durch die unzeitige Anstellung der Klage verursachte Kosten und Schäden tragen muß s). Auch hat der Kläger auf die besondere rechtliche Wirkung der Verzögerung in einem jeden einzelnen Falle sorgfältig zu achten, und die für ihn daraus entspringenden Zuständigkeiten, z. B. in Ansehung der Zinsen und Früchte, auszuführen. Hieraus ergiebt sich der Nutzen dieser Clausel von selbst.

2) Daß man mit dem Hauptgesuche auch die Nebengesuche verbinde. Eigentlich muß die Bitte außer der Hauptsache auch noch auf die gegründeten Nebenverbindlichkeiten, wohin z. B. die Kosten, Früchte, Zinsen, Verbesserungen und Schäden gehören, ausdrücklich gerichtet werden. Sind inzwischen in der Geschichtserzählung und dem Klagegrunde die nöthigen Thatumstände und Gründe, worauf diese sich stützen, ganz bestimmt angeführet, so können sie füglich durch den allgemeinen Ausdruck: **mit allen Nebenverbindlichkeiten** (*cum omni cauſſa*) bezeichnet werden.

3) Daß man, wenn nur von dem Besitzstande die Rede ist, und doch Gründe angeführet werden, die den Rechtsstand betreffen, sich verwahre, diese nur zur Bestärkung des ersteren, und zur Belehrung des Richters anführen zu wollen. Der Richter kann nehmlich, wenn gleich bloß der Besitzstand den eigentlichen Vorwurf des Rechtsstreites ausmacht, doch auch über den Rechtsstand erkennen, wenn dieser aus den Acten klar ist, und das Recht selbst eines weiteren Beweises nicht mehr bedarf t). Um also die Vortheile, die der Besitzstand in vielen Fällen gewähret, nicht zu verlieren, ist eine solche Verwahrung von Nutzen, welcher jedoch dann wegfällt, wenn der Kläger mit seinem Gegentheile in die Verhandelung des Rechtsstandes so tief eingehet, daß dieser völlig erschöpfet ist, und also die ein-

ge-

s) *L. 79. pr. D. de Iudic. L. 15. D. de Dol. mal. et met. except. L. 10. C. de Pignor. et hypothec.*

t) *Cap. 2. und Cap. 6. X. de Cauſſ. poſſeſſ. et proprietat.*

gelegte Verwahrung mit den Handlungen selbst in offenbarem Widerspruche lieget v).

4) Daß man das Klageschreiben mit der heilsamen Clausel schließe x). Diese Clausel ist so auszudrücken: *Desuper nobile iudicis* (mit dem allenfallsigen Zusatze eines sich zu dem Range des Gerichts schickenden Beywortes) *officium humillime* (denotissime, obseruantissime) *implorando*; oder so: Hierum will ich das mildrichterliche Amt (mit dem allenfallsigen Zusatze des Namens des Gerichts, bestens bitten; oder auch bloß so: *Desuper* etc. Hierum ꝛc. Hierüber ꝛc. y). An und für sich ist sie ganz überflüssig, weil der Richter von Amtswegen, auch unaufgerufen, nicht nur auf diejenigen Thatumstände, deren Wahrheit aus den Acten erhellet z), sondern auch auf dasjenige, was den gemeinen Rechten offenbar gemäß ist, wenn gleich die Partheyen darauf sich nicht berufen haben, Rücksicht nehmen muß a), und die erwähnte Clausel weiter zu gehen ihn nie berechtiget b). Bey dem allen behauptet indessen die-

v) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 80. S. 190.

x) *cf. Stryk Diss. de clausula salutari libellorum.* (Halae 1701.)

y) Alle andere Erweiterungen dieser Clausel sind überflüssig und daher verwerflich. *Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXVI. med. 4.*

z) *L. 6. §. 1. D. de Offic. praesid. Boehmer Iur. eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. XXXII. §. 48. p. 831. §. 58. p. 843.*

a) *L. vn. C. Vt quae des. aduoc. L. 66. D. de Iudic. Cap. 6. X. de Iudic.* So ist z. B. der Richter, auch wenn er nicht darum gebeten worden, auf die schon in den gemeinen Rechten gegründeten Nebenverbindlichkeiten, wohin Zinsen, Früchte, Kosten u. s. w. gehören, zu erkennen verbunden, vorausgesetzt, daß die Parthey weder ausdrücklich noch stillschweigend auf ihre Gerechtsamen Verzicht gethan hat. *Boehmer l. l. §. 56. 57. p. 480. sqq. cf.* Renner Abhandl über die *L. vn. C. Vt quae des. aduoc.* oder von dem richterlichen Erfüllungsamt, (Jena 1784). Wehrn theoretisch practischer Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen, und nach gemeinen Rechten, §. 65 — 69. S. 114. ff.

b) *Loehlein Specim. de otio clausulae salutaris, quo clausulae salutaris origo inuestigatur, effectus a doctoribus eidem adtribui consueti enumerantur, otium denique eiusdem in quouis libello demonstratur,* (Wirceb. 1752.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0245
DFG

diese Clausel vermöge eines veralteten Gerichtsgebrauchs ihr Ansehen bis auf den heutigen Tag dergestalt, daß es nicht räthlich ist, sie in dem Klageschreiben auszulassen c).

§. 284.

Die **Klagenhäufung** (*cumulatio actionum*) ist die **Vereinigung mehrerer Klagen in dem nämlichen Klageschreiben.** Schon bey den Römern war selbst in den älteren Zeiten des bey ihnen üblichen Formularwesens ohngeachtet die Klagenhäufung unter gewissen Einschränkungen erlaubt d); sie ist aber nachher durch das canonische Recht und den Gerichtsgebrauch erweitert und bestätiget worden e).

Eine jede Klagenhäufung setzet vermöge ihres Begrifs zum voraus:

1) ein einziges Klageschreiben;

2) die nämlichen streitenden Theile, sie mögen nun einzelne Personen oder Streitgenossen seyn;

3) mehrere Klagen;

4) die Vereinigung der mehreren Klagen;

5) die Zuständigkeit des Richters in Ansehung der sämmtlichen einzelnen verbundenen Klagen, und endlich

6)

c) In einigen Proceßordnungen wird sie ausdrücklich für unnöthig erkläret. Erläut. Churſächſ. Proceßordn. Tit. V. §. 1. Altenburg. Proceßordn. Th. I. Capit. II. §. 2. Neue Goth. Proceßordn. Th. I. Capit. III. §. 1.

d) *L. 25. §. 3. 4. D. Famil. erciſc. L. 52. §. 14. D. Pro ſoc. L. 10. D. de Act. emt. vend. L. 1. §. 4 D. Quod legator.* Man ſehe indeſſen *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. tit. de Edend. §. 14. p. m. 379. Gipbanius Antinomm. iur. ciuil. Lib. IIII. Diſp. XXXXI. n. 27. ſq. Charondas Veriſimill. Lib. III. cap. VII. (in Otionis Theſ. iur. rom. Tom. I. p. 780. ſq.) Boehmer Iur. eccleſ. proteſt. Tom. I. Lib. II. tit. XII. §. 1. ſqq. p. 1102. ſqq. ed. nouiſſ.*

e) *Cap. 2. und Cap. 6. X. de Cauſſ. poſſeſſ. et propriet. Cap. 36. in fin. X. de Teſt. Brunnemann Tr. de concurſu. cumulatione et tranſmiſſione actionum, Sect. II. cap. I. §. 2. 11. Gailius Obſeruatt. practt. Lib. I. Obſ. LXIII.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0246
DFG

6) die Gleichheit der einzelnen verbundenen Klagen, in Ansehung der Proceßart, in welcher solche zu verhandeln sind.

Ohne die genannten Erfordernisse ist zwar eine Klagenhäufung nicht denkbar; allein dennoch kann letztere in manchen Fällen auch bey dem Zusammentreffen der ersteren unstatthaft seyn. Will man nun diese Fälle gehörig bestimmen so ist es nöthig, die verschiedenen Arten, wie mehrere Klagen zusammen kommen können, genauer zu erwägen f).

Mehrere Klagen stehen entweder einem Kläger wider verschiedene Beklagte, oder mehreren Klägern wider einen Beklagten, oder mehreren Klägern wider verschiedene Beklagte oder einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zu. In den ersten drey Fällen ist eine **subjective Zusammenkunft mehrerer Klagen** vorhanden, die aber in einem Klageschreiben sich niemals vereinigen lassen wegen der Verwirrung, welche daraus in dem Processe entstehen würde g). Was hingegen den vierten Fall angehet, so betreffen die mehreren Klagen entweder 1) den nämlichen Gegenstand, oder sie fließen doch, wenn sie auch gleich verschiedene Gegenstände betreffen, wenigstens aus der nämlichen Quelle, oder sie betreffen 2) verschiedene Gegenstände, und fließen aus verschiedenen Quellen. Im ersten Falle ist eine **eigentlich so genannte Zusammenkunft der Klagen** vorhanden, im zweyten Falle aber trit eine **objective Zusammenkunft der Klagen** ein, und in beyden Fällen lassen sich die mehreren Klagen unter folgenden Bestimmungen in einem Klageschreiben allerdings mit einander vereinigen h).

Sind

f) *cf. a Vianen Disp. de concursu actionum, (in Oelrichs Thes. nou. dissertatt. in acadd. Belgg. habitt. Vol. I. Tom. I. num. IIII. p. 259. sqq.) Schmid Comment. de concursu actionum,* (Ienae 1753.)

g) Knorre Anleitung zum gerichtlichen Proceß, Buch I. Hauptst. I. §. 10. S. 27. Zuweilen kann indessen der Einrede der subjectiven Klagenhäufung durch eine Cession vorgebeuget werden, wenn z. B. mehrere Gläubiger an einen Schuldner verschiedene Forderungen haben, und einer derselben sich von den übrigen ihre Schuldforderungen abtreten lässet. Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 77. S. 99.

h) *cf. van Eck Diss. de cumulatione actionum,* (Trai. ad Rhen. 1697.) *Kirschbaum Diss. de concursu et cumulatione actionum tam de iure romano quam de praxi supremorum Imperii Archidicasteriorum,* (Heidelb. 1772.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0247
DFG

Sind einem Kläger wider den nämlichen Beklagten, aus verschiedenen Gründen, mehrere auf verschiedene Gegenstände gerichtete Klagen zuständig, und ist solchergestalt eine objective Zusammenkunft der Klagen vorhanden, so gestatten sowohl die römischen i) als canonischen k) Gesetze die Häufung derselben in dem nämlichen Klageschreiben, vorausgesetzt, daß nicht nur der angegangene Richter in Ansehung der sämmtlichen einzelnen Klagen der zuständige ist, und alle gehäufte Klagen die nämliche Proceßart zulassen l), sondern auch daß alle Verwirrung des Processes vermieden wird, und daher nicht zu viele Klagen gehäufet werden m). Stehen hingegen mehrere, einen und eben denselben Gegenstand, oder wenn gleich verschiedene Gegenstände betreffende, doch aus der nämlichen Quelle fließende Klagen einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zu, und ist solchergestalt eine eigentlich so genannte Zusammenkunft der Klagen vorhanden, so sind die Klagen entweder so geeigenschaftet, daß 1) eine die andere ausschließet, und also, wenn eine angestellet ist, die andere nicht weiter statt findet n), oder daß 2) die eine nur dann weg fällt, wenn der Kläger durch die andere zuerst angestellte, dasjenige schon erlanget hat, was in jener enthalten ist o), oder daß 3) wenn gleich der Kläger durch die eine schon etwas erlanget hat, die andere doch noch mit voller Wirkung angestellet werden kann p). Im ersten Falle tritt eine elective Zusammenkunft der Klagen ein, welche vernünftiger Wei-

i) *L.* 25. §. 3. 4. 5. *D. Famil. erciſc. L.* 11. *pr. D. de Iuriſdict.*

k) *Cap.* 2. und *Cap.* 6. *X. de Cauſſ. poſſeſſ. et propriet. Cap.* 3. *de Reſcript. in* 6to.

l) So lässet sich z. B. eine Executivklage mit einer ordentlichen nicht häufen.

m) In Ermangelung besonderer die Zahl der mit einander zu häufenden Klagen bestimmender Proceßordnungen bleibt hierunter dem vernünftigen Ermessen des Richters alles überlassen. Dan3 Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 82. S. 195. f. In Sachsen dürfen, wie Hellfeld *nor. g.* in Beziehung auf die alte Churſächs. Proceßordn. Tit. V. §. 3. richtig erinnert, nur drey Klagen mit einander gehäufet werden. In der erläut. Churſächs. Proceßordn. Tit. V. §. 2. aber ist erlaubt, mehr als drey Klagepuncte zu häufen, wenn nur daraus keine Verwirrung zu besorgen, welches dem richterlichen Ermessen anheim gestellet wird.

n) Z. B. die actio de peculio und tributoria, die condictio furtiua und rei vindicatio, die actio in factum contra nautas und furti oder legis Aquiliae u. s. w.

o) Z. B. die actio tutelae und de rationibus distrahendis u. s. w.

p) Z. B. die actio furti und die condictio furtiua.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0248
DFG

Weise nicht mit einander gehäufet werden können, weil aus ihnen der Kläger eine wählen muß, und nach geschehener Wahl die übrigen nicht mehr statt finden q). Im zweyten Falle ist eine successive Zusammenkunft der Klagen vorhanden, die sich ebenfalls nicht mit einander verbinden lassen, weil von ihnen nur eine nach der anderen, ohne Häufung, subsidiarisch angebracht werden kann r). Im dritten Falle trit eine cumulative Zusammenkunft der Klagen ein, die nun unter folgenden Bestimmungen wohl mit einander verbunden werden können.

Wenn dem Kläger wider den nämlichen Beklagten mehrere Klagen zuständig sind, die einen und eben denselben Zweck haben, und deren keine die andere ausschließet: so können solche in der Absicht mit einander verbunden werden, daß der Kläger durch die eine, oder durch die andere dasjenige erlange, weshalb er den Richter angehet. Hier müssen daher nicht nur die Thatumstände, und die rechtlichen Gründe, auf welche eine jede Klage sich stützet, angeführet werden, sondern die Bitte ist auch dahin zu richten, daß der Richter nach der Natur der einen oder der anderen der angestellten Klagen erkennen möge. Sollte eine Klage für den Kläger vortheilhafter seyn, als die andere, so wird nach der Natur der letzteren nur allenfalls zu erkennen gebeten. Diese Klagenhäufung heißt die alternative s).

q) *L.* 34. §. 1. *D. de Obligat. et act.* Si is, cui rem commodauero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione: sed altera actio alteram perimit, aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius. *cf. L.* 76. §. 8. *D. de Legat.* 2. *L.* 9. §. 1. *D. de Tributor. act.*

r) *L.* 20. §. 4. *D. Famil. erciſc.* Familiae erciſcundae iudicium amplius, quam ſemel agi non poteſt, niſi cauſſa cognita. Quod ſi quaedam res indiuiſae relictae ſunt, communi diuidundo de his agi poteſt. Die Erbtheilungsklage und die *actio communi diuidundo* lassen sich nicht mit einander häufen, sondern sind nur nach einander allenfalls subsidiarisch zu gebrauchen, wenn etwa einige Erbschaftssachen ungetheilet geblieben wären. *cf.* Schmidt pract. Lehrb. von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 110. S. 87.

s) So können z. B. die rei vindicatio und actio publiciana, die actio mutui und hypothecaria, wenn der Schuldner oder dessen Erbe das Pfand besitzet, die querela nullitatis und inofficioſi teſtamenti, wenn ein Testament pflichtwidrig, aus einem anderen Grunde aber auch nichtig ist, und der Kläger zweifelt, ob er den letzteren behörig werde darthun können, gehäufet werden. Eben dies trit ein, wenn einer nicht weiß, welche von den mehreren ihm zustehenden Klagen in einem einzelnen Falle anzustellen ist; z. B. wenn der Kläger nicht weiß, ob sein Gegentheil als Erbe, oder aus einem anderen Titel besitzet, so kann er rei vindicationem und hereditatis petitionem mit einander häufen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0249
DFG

Stehen die verschiedenen, einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zuständigen, den nämlichen Gegenstand betreffenden Klagen, in einem solchen Verhältnisse gegen einander, daß die eine der anderen den Weg bahnet, mithin präparatorisch ist: so können solche, wenn nicht ein Widerspruch daraus erwächset, mit der Wirkung mit einander verbunden werden, daß eine nach der anderen untersuchet und entschieden wird, ohne daß es nöthig wäre, nach der Beendigung der einen, wegen der anderen ein neues Klageschreiben einzugeben. Diese **Klagenhäufung** heißt die successive t).

Wenn endlich die mehreren, einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zustehenden, aus einer Quelle fließenden, aber auf verschiedene Zwecke gerichteten Klagen neben einander bestehen, und mit voller Wirkung angebracht werden können, so können solche auch mit der Wirkung mit einander verbunden werden, daß sie zu gleicher Zeit untersuchet, und durch die nämliche Urthel entschieden werden müssen. Diese **Klagenhäufung** heißt die **cumulative** v).

§. 285.

Das Gesuch wegen des Processes, oder daß der Richter auf die ihm übergebene Klage dasjenige verfüge, was die Ordnung des Processes erfordert x), pflegte man ehedem in einer besondern Schrift anzubringen, und erst nach vorgängiger Ladung des Beklagten das eigentliche Klageschreiben in dem ersten Termine zu übergeben. Hierauf gründet sich die Eintheilung des Libells in libellum

t) So können z. B die actio ad exhibendum und die rei vindicatio, die actio de partu adgnoscendo und hereditatis petitio mit einander verbunden werden. Das nämliche findet in Ansehung des Rechts- und Besitzstandes statt, wenn von Erlangung oder Wiedererhaltung des Besitzes die Rede ist. Wird hingegen auf Erhaltung bey dem Besitze geklaget, so kann der Rechtsstand damit nicht verbunden werden; nur allein die actio confessoria macht hier eine Ausnahme, als welche mit dem interdicto retinendae possessionis gehäufet werden kann.

v) So können z. B. die actio iniuriarum aestimatoria und die recantatoria, die condictio furtiua und actio furti u. s. w. mit einander verbunden werden. Das nämliche findet überhaupt in Ansehung der bürgerlichen und peinlichen, aus der nämlichen Quelle entspringenden Klagen statt.

x) Z. B. die Klage anzunehmen, dem Beklagten solche mitzutheilen, und ihn auf einen gewissen Termin vorladen zu lassen, daß er sich auf die Klage einlasse und antworte. Oder auch, Beklagtem mit der Mittheilung der Klage die Einreichung seiner exceptivischen Nothdurft aufzulegen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0250
DFG

lum *citationis* s. *supplicationis pro decernenda citatione* und libellum *actionis*. Nach den Reichsgesetzen y) aber soll entweder das Klageschreiben dem Gesuche wegen des Processes beygeleget, oder dieses mit der Bitte in der Hauptsache in der nämlichen Schrift verbunden werden. Bey den meisten Gerichten außerhalb Sachsen indessen ist es eben so wenig üblich, das Gesuch wegen des Processes in einer besonderen Schrift anzubringen, als solches in dem Klageschreiben besonders auszudrücken. Nur in einzelnen Proceßordnungen ist die Beobachtung jener Vorschrift der Reichsgesetze eingeschärfet, und bey mehreren Gerichten ist es herkömmlich, nicht bloß das Klageschreiben, sondern auch alle andere Schriftsätze vermittelst besonderer **Präsentationsschreiben** zu übergeben. In diesen spricht alsdann die Parthey in der ersten, in dem Schriftsatze selbst aber in der dritten Person. Sind hingegen keine solche Präsentationsschreiben herkömmlich, so sprechen an den meisten reichsständischen Gerichten die Partheyen in ihren Schriftsätzen in der ersten Person z).

§. 286.

Zugleich mit der Edition der Klage war bey den Römern der Kläger eine Abschrift von denjenigen Urkunden, deren er sich zum Beweise seiner Klage bedienen wollte, dem Beklagten mitzutheilen verbunden, damit dieser in den Stand gesetzt wurde, zu überlegen, ob er mit dem Kläger streiten, oder nachgeben wolle. Edenda sunt omnia, sagt Ulpian in der *L.* 1. §. 3. *D. de Edend.* ausdrücklich, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen vt et instrumenta, quibus quis vsurus non est, compellatur edere. Diejenigen Urkunden, deren sich der Kläger zum Beweise seiner Klage nicht bedienen wollte, brauchte er nicht zu ediren a).

Heu-

y) J. R. A §. 34.

z) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, §. 72. S. 179. ff.

a) Die Edition der Urkunden geschah, wie Ulpian in der *L.* 1. §. 2. D. *de Edend.* erkläret, SINE DIE ET CONSVLE, und zwar um deswillen, ne quid excogitetur e die et consule, et praelato die fiat, das heißt nach der richtigen Erklärung, welche Gothofredus in der Note giebt, *ne ex editione diei et consulis nascatur occasio fraudis alicuius excogitandae.* Auf welchen Tag und auf welches Jahr aber es hiebey angesehen sey, giebt Ulpian in den Worten: Diem autem et consulem excepit praetor, quo instrumentum conscriptum est, non in quem solutio concepta est: nam dies solutionis, sicuti summa, pars est stipulationis, deutlich ge-

Heutiges Tages hängt es in der Regel ganz von der Willkühr des Klägers ab, ob er diejenigen Urkunden, auf welche die in seiner Klage angeführten Thatumstände sich gründen, dem Klageschreiben sogleich in Abschrift beyfügen will, oder nicht. Denn so verordnen die Reichsgesetze b) ausdrücklich: **benebenbleibet einem jeden Kläger unverwehrt, sondern hiemit vergönnt, und zugelassen, auch in seine Willkühr gestellt, ob er die Probatoria, um sein selbst Bestes willen, zu Beschleunigung der Sachen, gleich bey Ausziehung der Processen, oder auch in dem ersten Termin, vornehmlich wenn sie in brieflichen Urkunden bestünden, mit Production und Einführung der Klage einbringen, oder sich sonsten in andere Weg zum Beweißthum gefaßt machen; oder solches alles dahin, bis der Beklagte mit seiner Verantwortung einkommen, auf den zweyten** *Terminum* **verschieben wolle.** Gleichwie es indessen immer räthlich ist, die Beweismittel, wenn sie in Urkunden bestehen, dem Klageschreiben sogleich beyzulegen, weil dadurch der Richter nicht nur gleich anfänglich ein günstiges Vorurtheil für die Sache erhält, sondern auch dem Kläger sodann bis zu dem Ablaufe des etwa angesetzten Beweistermins, oder wenn dies nicht geschehen seyn sollte, bis zu dem Beschlusse der Sache, die Antretung eines besseren Beweises offen stehet c), so giebt es auch Fälle, welche als wirkliche Ausnahmen von jener Regel anzusehen sind, indem sie eine vollkommene Verbindlichkeit des Klägers, die Urkunden noch vor der Litiscontestation zu ediren, begründen. Es gehören dahin folgende:

1) **wenn die Urkunden die Legitimation des Klägers zur Sache betreffen.** Der Beklagte ist nicht verbunden, sich auf die Klage einzulassen, bevor der Legitimationspunct behörig in Richtigkeit gesetzt worden ist; sonach müssen aber, wie man leicht einsiehet, der-

genug zu erkennen, so wie er auch in den gleich nachfolgenden: Rationes tamen cum die et consule edi debent lehret, daß die Edition der Rechnungen mit Benennung des Tages und des Jahres geschehen müsse, und zwar aus dem Grunde: quoniam adcepta et data non alias possunt adparere, nisi dies et consul fuerit editus, weil man widrigenfalls Einnahme und Ausgabe nicht wahrnehmen könne. *cf. Noodt Com. in Pandect. Lib. II. tit. XIII.* (*in Eiusdem opp. Tom. II. p. m.* 52.)

b) J. R. A. §. 35.

c) Nach einigen besonderen Proceßordnungen müssen die Urkunden, deren sich der Kläger bedienen will, dem Klageschreiben schlechterdings in Abschrift beygefüget werden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0252
DFG

dergleichen Urkunden nothwendig vor allen Dingen zu den Acten gebracht werden d).

2) Wenn die Natur der angestellten Klage die Beyfügung der Urkunden unumgänglich erfordert. Dies ist z. B. bey Executivklagen und Wechselklagen der Fall, indem bey diesen die Urkunde oder der Wechselbrief nothwendig dem Klageschreiben sofort copeylich beygefüget werden muß, damit der Richter beurtheilen kann, ob der Executivproceß und Wechselproceß statt findet, oder nicht.

3) Wenn der Beklagte zu den in den Rechten besonders begünstigten Personen gehöret, und zu seiner Information die Edition der Urkunden verlangt e).

d) *cf.* Gönner juriſt. Abhandlungen, Th. I. (Bamberg 1795.) Num. VI.

e) *cf. de Cocceii Iur. ciuil. controu. Tom. I. Lib. II. tit. XIII. quaeſt. 9. p. 212. ed. nouiſſ.*

LIB. II. TIT. XIIII.

DE PACTIS.

§. 287.

Ein **Vertrag** (*pactum*) ist das Versprechen einer Person mit der demselben entsprechenden Annehmung einer anderen, oder, wie Ulpian in der *L.* 1. §. 2. *D. de Pact.* sagt, duorum pluriumue in idem placitum consensus, die Uebereinstimmung zweyer oder mehrerer Personen in die nämliche Willensmeinung f).

Zur Erläuterung dieser Definition haben wir folgendes zu bemerken:

1) Versprechen (promissio) ist die Erklärung unsers Willens, einem anderen etwas leisten zu wollen;

2)

f) Das lateinische Wort pactum leitet Ulpian in der *L.* 1. §. 1. *D. de Pact.* her a pactione, und füget noch hinzu: inde etiam *pacis* nomen adpellatum est. In den Schriften der Rechtslehrer findet man verschiedene andere Etymologien. Einige deriviren es a pacione, andere a pago, noch andere von paco oder paceo. *cf. Robertus Sentent. receptr. Lib. II. cap. I. Menagius Amoenitatt. iur. ciuil. cap. XXXVIIII. p. 315. sq. Hotomannus Varr. dispp. Vol. I. cap. VII. Charondas Verisimill. Lib. I. cap. IIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 690.)*

2) leisten (praestare) aber heißt eine Handlung verrichten, wodurch ein anderer Vortheil erhält, oder wodurch an sein Urrecht etwas geknüpfet wird, das Nutzen für ihn haben kann g);

3) Annehmung eines Versprechens (adceptatio promissionis) heißt die Erklärung unsers Willens, die versprochene Leistung sich geschehen zu lassen;

4) Einwilligung (consensus) ist die Uebereinstimmung der Erklärungen des Versprechenden und des Annehmenden unter einander.

Versprechen und Annehmung desselben sind Bestandtheile des Vertrags, die so wesentlich sind, daß ohne sie dieser gar nicht gedacht werden kann. Uebrigens erfordern Verträge zu ihrer Gültigkeit die freye Einwilligung der Paciscenten, und ein jeder daher, welchem es an der natürlichen oder moralischen zur Erklärung einer solchen Einwilligung erforderlichen Fähigkeit fehlet, ist unfähig, rechtsgültige Verträge zu schließen h),

§. 288.

Können diejenigen, welchen es an der natürlichen oder moralischen zur Erklärung einer freyen Einwilligung erforderlichen Fähigkeit fehlet, keine rechtsgültige Verträge schließen, so sind unfähig zu pacisciren:

1)

g) Diese Handlung kann entweder auf eine Sache sich beziehen, die wir dem andern geben, das heißt, an das Recht des andern knüpfen sollen, oder es ist ohne diese Beziehung eine andere active oder passive, negative oder positive Handlung, und geschiehet durch Thun, Leiden oder Nichtthun.

h) Unter den Schriften über die Verträge verdienen vorzüglich bemerket zu werden: *Vinnius Tr. de pactis*, (Vltrai. 1722. 1748.) *Langsdorf Tr. de pactis et contractibus romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiom. rom.* (Manhem. 1772.) *Grotian Specim. quo theoria pactorum et contractuum generatim sumtorum explicatur et in ordinem redigitur*, (Giessae 1754.) Nissen Versuch über die natürliche Verbindlichkeit der Verträge, (Hamburg 1782.) Griesinger Abh. von der Verbindlichkeit der Verträge, (Tübingen 1793.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0255
DFG

1) **rasende und wahnwitzige Personen**, weil es ihnen an dem Gebrauche des Verstandes, und mit ihm auch an der Freyheit des Willens mangelt i). Sollten indessen dergleichen Personen Zwischenzeiten (*dilucida intervalla*) haben, wo sie von der Wahnwitzigkeit befreyet sind, und innerhalb derselben Verträge schließen, so leidet es nicht den mindesten Zweifel, daß diese zu Recht beständig sind k).

2) **Betrunkene Personen**, vorausgesetzt, daß sie nicht in einem geringen, sondern in einem hohen Grade besessen, und ihres völligen Bewußtseyns beraubet sind; denn nur dann werden dergleichen Personen den Rasenden und Wahnwitzigen gleich geachtet l).

3) **Offentlich erklärte Verschwender** ohne Einwilligung ihres Curators, wie fern von onerösen Verträgen, wodurch sie sich verbindlich machen, etwas von ihrem Vermögen zu prästiren, die Rede ist. Andere Verträge, wodurch sie bloß ihre Person, oder sich andere Personen verbindlich machen, können sie auch ohne Zuziehung ihres Curators gültig eingehen, weil die Curatel, unter welcher sie stehen, bloß ihr Ver-

i) §. 8. *I. de Inutil. stipulat.* L. 5. und L. 40. *D. de Reg. iur.*

k) L. 2. *C. de Contrab. emt. vendit.* Daß die dilucida intervalla erwiesen werden müssen, ist oben §. 116 bemerket worden. In Beziehung auf die *L.* 48. *D. de Reg. iur.* worin Paulus sagt: Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseuerantia adparuit, iudicium animi fuisse: ideoque breui reuersa vxor nec diuertisse videtur, behaupten verschiedene Rechtslehrer, auch die von Zornigen abgeschlossenen Verträge seyen für ungültig zu achten; allein offenbar unterstellet diese Gesetzstelle keine allgemeine Regel, sondern betrifft bloß die Ehescheidung, welche bekanntlich bey den Römern auch außergerichtlich geschehen konnte. Selbst beym heftigsten Affecte sind Zornige keinesweges wirklich verrückt, und es lässet sich daher an und für sich bey ihren Verträgen nicht füglich eine Ungültigkeit annehmen. *cf.* Westphal Grundsätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen, (Halle 1784.) Capit. I.

l) *Can.* 7. *causs.* 15. *quaest.* 1. *Cap.* 5. *dist.* 36. *Can.* 3. *dist.* 35. *Cap.* 14. *X. de Vit. et honest. cleric. cf.* Bodinus *Diss. de iure circa ebrietatem*, (Galae 1705.) *cap. III.* Biermann *Diss. de eo quod iustum est circa ebrium*, (Alt. 1747.) §. 10. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0256
DFG

Vermögen betrifft, ihnen aber keinesweges die Befugniß nimt, über ihre Person zu disponiren m).

4) Kinder oder solche Personen, welche noch nicht das siebente Jahr ihres Alters überschritten haben, ohne Auctorität ihres Vormundes; denn diese werden wegen Mangel an Einsicht dessen, was sie unternehmen, den Rasenden und Wahnwitzigen gleich geachtet, und ihre Handlungen können daher weder Rechte noch Verbindlichkeiten begründen n. Tamen REI MOBILIS possessionem adquirunt, sagt der Verfasser, in Beziehung auf die *L. 3. C. de Adquir. et retin. possess.* worin der Kayser Decius an einen gewissen Rufinus folgendes rescribirt: Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamuis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. Bachovius o), Stryk p), Hofacker q), von Retes r), Galvanus s), Perez t) und

m) *L. 6. D. de Verb. oblig.* Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari. Daß öffentlich erklärte Verschwender (*prodigi ciuiliter tales*) nur in so fern, als von ihnen in Beziehung auf ihr Vermögen die Rede ist, den wahnsinnigen Menschen gleich geachtet werden, ist oben §. 116. erinnert worden. Es fehlet zwar nicht an Rechtslehrern, welche behaupten, solche Verschwender würden in den Rechten den Unsinnigen überhaupt gleich geachtet; allein wie ungegründet diese Behauptung sey, habe ich in meinen Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. III. S. 37. ff. ausführlich gezeigt.

n) §. 9. I. *de Inutil. stipulat. L. 109. D. de Verb. signif.*

o) *Bachouius Nott. et animaduerss. ad disputt. Treutl. Vol. II. Part. II. Disp. XXI. thes. 3. litt. A.*

p) *Stryk Tr. de cautell. contractt. Sect. I. cap. II. §. 6.*

q) *Hofacker Princip. iur. ciu. rom. germ. Tom. II. §. 766. not. b. p. 46.*

r) *de Retes Praelect. ad tit. Dig. de Adquir. vel amitt. possess. cap. IIII. §. 2. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VII. p. 469.)*

s) *Galuanus de vsufr. cap. XXXIII. §. 14. p. 489. ed nouiss.*

t) *Perez Com. ad Cod. tit. de Adquir. et retin. possess. §. 9.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0257
DFG

Charondas v) glauben, man müsse dieses kayserliche Rescript lediglich auf die Erwerbung des Besitzes geschenkter Sachen einschränken, außerdem aber als Regel annehmen, daß ein Kind für sich allein, und ohne Auctorität des Vormundes, einen eigentlichen Besitz im Sinne des Civilrechts nicht erwerben könne. Westphal x) meinet ebenfalls, daß das angeführte Gesetz bloß auf geschenkte Sachen zu ziehen sey; er behauptet aber zugleich, daß es bloß von beweglichen Sachen verstanden werden müsse, welches denn auch die Meinung unsers Verfassers ist. Dagegen behaupten aber Cuper y) und von Spangenberg z), daß das Gesetz überhaupt auf den Besitzerwerb nicht nur der Mobilien, sondern auch der Immobilien gehe, sie mögen geschenkt oder auf andere Art erworben worden seyn a). Diese extensive Erklärung scheinet mir den Vorzug zu verdienen. Wenn in der Gesetzstelle bloß von rebus *donatis* die Rede ist, so rühret dies daher, daß Decius bloß über den Fall einer Schenkung gefraget wurde, und daher dieser im Rescripte allein gedenket. Uebrigens passet der aus Papinians Gutachten entlehnte Rechtsgrund auf unbewegliche Sachen eben sowohl, als auf bewegliche. Daher bestätigen nun auch die erwähnte ausdehnende Interpretation die Basiliken b), in welchen die *L.* 3. *C. de Adquir. et retin. possess.* nach der Reitzischen Uebersetzung so eingerückt zu befinden ist: Licet infanti infra septem annos rerum possessio tradita sit, adquirit eam; etiamsi maxime nonnulli contradixerint. Nisi enim hoc recipiamus, neque per tutorem poterit infans adipisci possessionem. Hier stehet so wenig etwas von Schenkungen, als

v) *Charondas Verisimill. Lib. II. cap. IIII.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 745.)

x) Westphal System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, §. 121. S. 108. f.

y) *Cuper Obseruu. selecti. de natura possessionis, Part. II. thes.* 24.

z) von Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz, Th. *I.* Capit *II.* Abth. *I.* §. 76. *not. k.* S. 120. f.

a) *cf. de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. tit. de Pact. quaest.* 30. *p.* 243. *sq. ed. nouiss.*

b) *Basilic. Lib. L. tit. II.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. V. p.* 49.)

als nur mit einer einzigen Sylbe des Unterschiedes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen gedacht wird.

5) Unmündige ohne Einwilligung ihres Vormundes, wie fern von solchen Verträgen, wodurch sie sich eine Verbindlichkeit auflegen, die Rede ist c). Andere Verträge, wodurch sie Rechte erwerben und ihren Zustand verbessern, können sie auch ohne Zuziehung ihres Vormundes gültig eingehen d), wenn sie gleich der Kindheit näher als der Pubertät seyn sollten. e) Gehen aber Unmündige solche Verträge, wodurch sie sich verpflichten, ohne Einwilligung ihres Vormundes ein, so entstehet die Frage: liegt ihnen nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit ob, dasjenige zu erfüllen, weshalb die Civilgesetze keine Klage wider sie gestatten? Schon die römischen Juristen waren hierüber ganz uneinig, wie die Stellen ergeben, welche aus ihren Schriften in den Pandecten aufbehalten sind. Neratius und Licinius Rufinus verneinen die Frage ausdrücklich, indem jener in der *L.* 41 *D. de Condict. indeb.* sagt: Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, soluerit, repetitio est, quia nec natura debet, dieser aber in der *L.* 59. *D. de Obligat. et act.* schreibet: Pupillus mutuam pecuniam adcipiendo, ne quidem iure naturali obligatur. Gerade das Gegentheil kehret Ulpian in der *L.* 1. §. 1. *D. de Nouat.* mit folgenden Worten: Qualiscumque obligatio sit, quae praecessit, nouari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut ciuiliter teneat, aut naturaliter, vt puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, und mit ihm stimmet Marcian vollkommen überein, wenn er in der *L.* 44 *D. de Solut.* sagt: In numerationibus aliquando euenit, vt vna numeratione duae obligationes tollantur. Veluti si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam adcepit, legatum a creditore fuerit, sub ea conditione: si eam pecuniam numerauerit; in duas

c) *Pr. I. de Auctorit. tutor. L.* 5. und *L.* 9. *D. de Auctorit. et conf. tutor. L.* 43. *D. de Obligat. et act. L.* 1. *C. de Inutil. ſtipulat.*

d) §. 9. *I. de Inutil. ſtipulat. L.* 28. *pr. D. de Pact. L.* 9. *pr. D. de Auctorit. et conſ. tutor. L.* 5. *D. de Reg. iur.*

e) §. 10. *I. de Inutil. ſtipulat.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0259
DFG

duas cauſſas videri eum numeraſſe, et in debitum ſuum vt in falcidiam heredi inputetur, et conditionis gratia, vt legatum conſequatur. Auch Paulus, von dem wir in der angezogenen *L.* 43. *D. de Obligat. et act.* den Satz leſen: Pupillum ſine tutoris auctoritate non obligari iure ciuili, findet kein Bedenken, in Rückſicht auf die natürliche Verbindlichkeit an einer anderen Stelle das Gegentheil zu behaupten. Si pupillus, ſagt er in der *L.* 21 *D. Ad leg. falcid.* ausdrücklich, cui ſine tutore auctore decem mutuo data ſunt, legatum a creditore meruerit, ſub hac conditione, ſi decem, quae adceperit, heredi reddiderit; vna numeratione et inplet conditionem, et liberatur naturali obligatione; adeo autem et ſoluere videtur, vt repudiato legato, vel Sticho, qui legatus erat, mortuo, nil repetere poſſit. So auch Marcian, indem er in der *L.* 64. *D. Ad ſenatuſconſ. Trebell.* ſich ſo verlauten läſſet: Si eius pupilli, cui ſine tutoris auctoritate pecunia credita eſt, reſtituta ex eo ſenatuſconſulto mihi fuerit hereditas, ſi ſoluam creditori, non repetam; atqui heres, ſi poſt reſtitutionem ſoluat repetet; non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio tranſlata intelligitur. Verſchiedene Ausleger, wohin unter andern Donellus f), Cujacius g), Faber h), Weſtenberg i), Huber k), d'Arnaud l), Gi-

pha-

f) *Donellus ad L.* 127, *D. de Verbor. oblig.* und *Comm. iur. ciuil. Lib. XII. cap. XXII. p.* 602.

g) *Cuiacius ad L.* 25. §. 1. *D. Quand. dies legat.* und *ad L.* 127. *D. de Verbor. oblig.*

h) *Faber Diſſ. VIII. ad Inſtitut. theſ.* 11.

i) *Weſtenberg Diſſ. I. de cauſſ. obligatt. cap. IIII.* §. 14-17.

k) *Hubers Praelect. iur. ciuil. Tom. I. ad tit. Inſtitutt. de Inutil. ſtipulat.* §. 2. *p.* 301. *ed. nouiſſ.*

l) *d'Arnaud Varr. coniecturr. Lib. II. cap. XXII. p.* 355. *ſq.*

phanius m), von Idsinga n), Altamiranus o) und Hofacker p) gehören, haben diese Gesetze auf verschiedene Weise mit einander zu vereinigen gesuchet, allein ihre Bemühungen sind vergeblich gewesen, weil zwischen den Gesetzen ein so ganz offenbarer Widerspruch herrschet, daß man nothwendig mit Merillius q), Thomasius r), Mascov s), Webert) und Walch v) annehmen muß, es sey die obige Frage unter den verschiedenen Secten der alten römischen Juristen wirklich controvers gewesen x) Soll die Sache bloß nach den Gesetzen der Vernunft, ohne Rücksicht auf bürgerliches Verhältniß, entschieden werden, so stehet es gar nicht zu bezweifeln, daß auch Unmündige sich allerdings verbindlich machen können, wenn sie nur die gehörige Einsicht haben und wissen, was sie unternehmen. Nimt man hingegen bey Beantwortung der Frage auf bürgerliches Verhältniß Rücksicht, so kann zwar dem Pupillen, wenn er sich in einen Handel eingelassen hat, dessen Gültigkeit an die vormundschaftliche Einwilligung gefesselt ist, nach individuellen Umstän-

den

m) *Giphanius Lecturr. Altorff. ad L. 46. D. de Obligat. et act. p. 630. sqq.*

n) *ab Idsinga Disp. de mutuo et vet. litterar. obligat. cap. V. § 7. (in Oelrichs Thes. nou. dissertt. in Acadd. Belgg. habitt. Vol. I. Tom. I. p. 159.)*

o) *Altamiranus Com. in priorr. XIII. libb. et XX. quaest. Q. Ceruidii Scaeuolae, Tr. V. ad L. 127. D. de Verbor. oblig. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p. 444. sqq.)*

p) *Hofacker Diss. sist. legg. quasd. potior. tit. Dig. de Negot. gest. exposs.* (Tubingae 1787.) *p. 19. sqq.*

q) *Merillius Obss. iur. ciuil. Lib. VII. cap. V.*

r) *Thomasius Nott. ad Huberi Praelectt. iur. ciuil. l. l.*

s) *Mascouius Diatr. de sectis Sabinianor. et Proculianor. cap. VIIII. §. 14. p. 195. sqq.*

t) Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, §. 71. S. 288. ff.

v) *Walch Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. IIII. §. 158. p. 299. sqq.*

x) Man vergleiche noch *Petrus Pentoia de Aiala Comm. in L. vlt. C. de Aleator.* (in Ottonis *Thes. iur. rom. Tom. IIII. p. 1074.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0261
DFG

den eine natürliche Verbindlichkeit in conscientia obliegen, wie fern er nehmlich bey Schließung des Handels die erforderliche Einsicht hatte von dem, was er unternahm; allein gleichwie nach den Civilgesetzen der Pupill hier als ein solcher behandelt wird, der sich zu nichts verpflichten konnte, so liegt ihm auch keine natürliche Verbindlichkeit ob, wie fern nehmlich in foro externo keine Rücksicht darauf genommen wird. Wirksam zeigt sich indessen die natürliche Verbindlichkeit des Pupillen sodann, wenn sein eigener Nutzen die Aufrechthaltung solcher Geschäfte, die er ohne Zuziehung seines Vormundes eingieng, erfordert, wenn von Rechten, die er dadurch erwerben kann, von Verbindlichkeiten, die anderen außer ihm dadurch aufzulegen sind, die Rede ist.

6) **Minderjährige** ohne Einwilligung ihres Curators, wie fern von onerösen Verträgen, wodurch sie sich verbindlich machen, etwas von ihrem Vermögen zu prästiren, die Rede ist. Bey den Römern bekam der Minderjährige der Regel nach wider seinen Willen keinen Vormund, sondern nur alsdann, wenn er selbst darum zielt; war ihm aber einmal ein Vormund beygeordnet, so stand es ihm nicht frey, denselben nach Gutbefinden wieder abzudanken, sondern er blieb bis zur erlangten Großjährigkeit unter der Curatel y). Derjenige nun, welcher keinen Vormund hat, kann nach römischen Rechten, seines minderjährigen Alters ohngeachtet, der Regel nach über das Seinige frey disponiren, und durch rechtliche Handlungen sich sowohl, als andere gültig verbinden; nur wenn er eine nicht ganz unbeträchtliche Ver-

y) *L.* 13. §. 2. *D. de Tutor. et curator. dat. L.* 2. §. 4. 5. *D. Qui pet. tutor. L.* 43. §. 3. *D. de Procurator.* §. 2. *I. de Curator. Huber Digress. Iustinn. Lib. III. cap. XV. XVI. XVII. de Meyer Comment. de eo quod interest inter tutelam et curam aetatis nec non inter impuberes et minores*, §. 14—18. *Seger Diss. curarum histor. tract.* §. 10. *sqq.* (*in Eiusdem opuscc. p.* 122. *sqq.*) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I.* §. 700. *p.* 544. *de Hertoghe Diss. Tribonianus circa legem Laetoriam non errans s. Ex acad. ad* §. 2. *I. de Curator. contra Raeuardum*, (*in Eiusdem opuscc. iuridd. num. I.*) Das Gegentheil behaupten, wiewohl aus ganz unrichtigen Gründen, *Heineccius Antiquit. romm. iurisprud. illustrant. Lib. I. tit. XXIII.* §. 8. 9. *Schroeder Obss. iur. ciuil. p.* 28. *Schulting Nott. ad Vlpiani fragmm. tit. XII.* §. 4. *not.* 11. (*in Eiusdem Iurisprudent. anteiust. p.* 606. *ed. nouiss. de Amaya Obss. Lib. I. cap. VIII. n.* 15. *Crusius Diss. ad constitutionem D. Marci de curatoribus minorum*, (*in Fellenbergii Iurisprud. antiq. Tom. II. p.* 575.) Hier ist der Ort nicht, dies weitläuftiger zu untersuchen; es muß solches unten im Titel *de Tutor. et curator. dat.* geschehen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0262
DFG

Verletzung darthun kann, ist ihm das beneficium restitutionis gestattet. Stehet aber der Minderjährige einmal unter der Curatel, so kann er in Dingen, welche sein Vermögen betreffen, ohne Zustimmung des Vormundes sich keinesweges verbindlich machen, sondern die ganze Handlung ist nichtig. So bestimmen die Sache wenigstens die Kayser Diocletian und Maximian in der *L. 3. C. de In integr. restitut. minor.* ganz deutlich, wenn sie an einen gewissen Attian folgendes rescribiren: Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet, quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore, curatore dato, bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, inplorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint caussa cognita non prohiberis. Daß vermöge dieser Gesetzstelle dem Minderjährigen, welcher mit keinem Vormunde versehen ist, nicht nur eine natürliche, sondern auch, bey nicht erweislicher Läsion, eine bürgerliche Verbindlichkeit obliege, dasjenige, wozu er sich anheischig gemacht hat, zu erfüllen, ist eben so ausgemacht, als daß im Gegentheil der Minderjährige, dem ein Vormund zugeordnet ist, ohne des letzteren Einwilligung sich nicht verbindlich machen könne, vielmehr in Gerichten so behandelt werde, als ob ihm auch keine natürliche Verbindlichkeit aus dem getroffenen Handel obliege; weshalb denn nicht allein keine Klage wider ihn statt findet, sondern auch die etwa geschehene Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens zurück gefordert werden kann z). Gleichwie nun aber

z) Der angezogenen *L. 3. C. de In integr. restitut. minor.* scheinet die *L. 101. D. de Verbor. oblig.* in den Worten: Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari, entgegen zu stehen, und wirklich behaupten auch *Heineccius Noti. ad Vinn. Com. in institutt. Tom. II. Lib. III. tit. XX. §. 9. p. 715. sq. Bachouius Notn. et animaduerss. ad disputt. Treutl. Vol. I. Diss. VI. thes. 5. litt. C. Huber Diss. de obligatione puberum ad L. 101. D. de Verbor. oblig. (in Eiusdem dissertatt. iuridd. Part I. p. 369.) Marckart Interprett. recepti. iur. ciuil. lectt. Lib. I. cap. XXI. XXII. Anonymus* Abh über die Fähigkeit der Minderjährigen sich verbindlich zu machen, (in Hagemanns und Günthers Archive für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit, Th. VI Num. I. und *Püttmann Probabill iur. ciuil. Lib. I. cap. XX. p. 149.* in Beziehung auf diese Gesetzstelle ohne Rücksicht auf den Unterschied zwischen Minderjährigen die keinen Curator haben, und solchen, welche damit versehen sind, daß die Handlungen der

aber die römische Distinction zwischen Minderjährigen, die mit einem Vormunde versehen sind, und solchen, die es nicht sind, in Deutschland

der Minderjährigen wegen fehlender vormundschaftlicher Einwilligung keinesweges ipso iure für null und nichtig zu achten seyen. Der Curator, sagen sie, könne sich der Erfüllung solcher Verträge widersetzen, weil dieser zu nichts verpflichtet sey, wenn ohne seine Zuziehung das Geschäft geschlossen worden ist; es könne demnach zwar so lange, als die Curatel dauert, eine von dem Minderjährigen etwa versprochene Veräusserung nicht vor sich gehen, allein, so bald die Curatel aufhöre, und der minderjährige, nunmehro großjährig gewordene Contrahent nicht etwa die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten könnte, stehe die Verbindlichkeit fest, und begründe auf Seiten des anderen ein Klagerecht. Man hat alle mögliche Hülfsmittel aufgeboten, um beyde Stellen mit einander zu vereinigen. *cf. de Berger Resolutt. legg. obstantt. Lib. XXVIII. tit. I. quaest. 3. p. 520. ed. nouiss. de Cocceii Iur. ciuil. controu. Tom. I. Lib. II. tit. XIIII. quaest. 31. p. 246. sqq. ed. nouiss.* Auch die Critik hat es versucht, durch Veränderung der Lesart die Sache zu berichtigen. Einige wollen in der *L.* 101. *D. de Verbor. oblig.* für: sine curatoribus suis, lesen: *sine curatoribus* SVI, als wenn von solchen Minderjährigen die Rede wäre, welche keinen Curator haben. *Pagenstecher Aphorismm. Iustiniann. Lib. III. cap. LXXXVII.* und *Sicilimentt. compend. Lauterbach Manip. IIII. p.* 40. Andere glauben, man müsse für: possunt ex stipulatu obligari, lesen: *obligare. Brencmann Disp. de legg. inscriptt. §.* 20. (*in Wielingii Iurisprud. restitut. p.* 167.) *Noodt Lib. de pactt. et transactt. cap. XX.* (*in Eiusdem. opp. Tom I. p. m.* 443. *sqq.*) *Schulting Enarrat. part. prim* Dig. *Lib. II. tit. XIIII. §.* 21. (*in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p.* 199. *sq. ed. nouiss.*) Noch andere wollen die Partikel NON einschieben und sonach lesen: Puberes sine curatoribus suis non possunt ex stipulatu obligari. *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XII. cap XXII. n.* 50. Ohnstreitig verdienen alle diese Emendationen keinen Beyfall, weil beyde Stellen auch mit Beybehaltung der übereinstimmenden Lesart aller Ausgaben sich füglich mit einander vereinigen lassen. Wahrscheinlich handeln beyde Stellen nicht von einem und eben demselben Gegenstande. Bekanntlich ist der Minderjährige vorzüglich nur in Rücksicht auf die Verwaltung seines Vermögens der Curatel unterworfen, wogegen er in rechtlichen Angelegenheiten, welche bloß seine Person betreffen, für sich allein gültig handeln kann, auch nach gemeinen Rechten, wenn er sich verloben, oder eine Heyrath schließen will, keines Curators bedarf. Daß die *L.* 3. *C. de In integr. restitut. minor.* das erstere nur zum Gegenstande habe, ergiebt der Augenschein, indem darin offenbar von Sachen, welche der Curande verkauft hatte, die Rede ist. Wie wenn nun die *L.* 101. *D. de Verbor. oblig.* solche Rechtsgeschäfte des Minderjährigen, welche eigentlich nur seine Person angehen, zum Vorwurfe hätte? Die Worte derselben enthalten nichts wider diese Vermuthung, weil der Jurist keinesweges erkläret, daß er von solchen Stipulationen, wodurch der Minderjährige über sein Vermögen disponiret, verstanden seyn wolle; im Gegentheil drückt er sich wohlbedächtlich nur dahin aus, daß es Fälle geben könne, wo der Minderjährige ohne seinen Curator sich verbindlich machen könnte. Er behauptet also nicht geradezu, daß der Minderjährige,

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0264
DFG

land nicht mehr statt findet indem nach ausdrücklicher Vorschrift der Reichsgesetze a) den Pupillen und Minderjährigen jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen, so gilt auch begreiflich dasjenige, was das römische Recht nur von solchen Minderjährigen, welche wirklich einen Curator haben, bey uns von allen Minderjährigen ohne Unterschied, und es sind folglich heutiges Tages alle ohne Einwilligung des Curators eingegangene Verträge der Minderjährigen, welche ihr Vermögen betreffen, durchaus null und nichtig, so daß deshalb ein jeder Minderjähriger in unseren Gerichten als ein solcher zu behandeln ist, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus seinem Versprechen obliegt b).

§. 289.

Die zur rechtsgültigen Eingehung der Verträge erforderliche gegenseitige Einwilligung kann erkläret werden:

1) ausdrücklich, durch solche Worte oder Handlungen, die den Consens unmittelbar zu erkennen geben, ohne daß ein Raisonnement nöthig ist, weil sie als Zeichen der Einwilligung unter den Menschen eingeführet und angenommen sind c);

2) stillschweigend, durch solche Worte oder Handlungen, woraus mit Gewißheit der Consens sich schließen lässet d);

tige, wenn er auch ohne Curator gehandelt hätte, dennoch durchgängig verbunden sey, sondern er sagt nur: Puberes sine curatoribus suis obligari *possunt*; was hindert uns also, dieses possunt von den Fällen zu erklären, von denen wir wissen, daß sie die Concurrenz des Curators nicht erfordern, da uns der ganze Zusammenhang, in welchem der Jurist jenes geschrieben hat, nicht aufbehalten worden ist, folglich das Gegentheil mit Gewißheit nicht erwiesen werden kann. *cf.* Weber a. a. O. §. 72. S. 307. ff.

a) R. P. O. vom Jahre 1548. §. 31.

b) *cf.* von Quistorp Abh. in wie fern sind die Handlungen eines Minderjährigen rechtsbeständig? (in dessen kleinen jurist. Schriften, Samml. I. Num. VI. S. 148. ff.)

c) Ein Factum dieser Art ist z. B. das Kopfnicken.

d) Wenn ich z. B. meinem Schuldner den Schuldschein zurück gebe, so erkläre ich stillschweigend, daß ich ihm die Schuld erlassen wolle. Man sehe unten den §. 290.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198851/phys_0265 DFG

3) vermuthend, wenn so wenig aus Worten als Handlungen, die auf den gegenwärtigen Fall einen Bezug haben, sondern aus anderen Gründen der Consens geschlossen wird e).

In Ansehung der rechtlichen Wirkungen, welche ein Vertrag mit sich führet, ist es völlig gleichgültig, ob die Einwilligung **ausdrücklich**, **stillschweigend** oder **vermuthend** declarirt worden ist, wie fern nicht etwa die Gesetze in einem gewissen bestimmten Falle eine ausdrückliche Willenserklärung erheischen. Und eben so wenig kann auch an und für sich darauf, ob die Einwilligung **mündlich** oder **schriftlich**, **persönlich** unter Gegenwärtigen oder **durch einen Bevollmächtigten** unter Abwesenden erkläret worden ist, etwas ankommen f).

§. 290.

Wenn die **stillschweigende Einwilligung** aus Handlungen gefolgert wird g), so können diese Handlungen entweder **Omissivhandlungen** oder **Commissivhandlungen** seyn.

Was A) die **Omissivhandlungen** anbetrifft, so gehöret dahin das **Stillschweigen** h). An und für sich lässet sich auf das bloße Stillschweigen einer Per-

e) Wenn man z. B. annimt, der abwesende Vater consentire in die Heyrath seiner Tochter, weil sie vortheilhaft ist, ob er gleich nichts davon weiß, so ist dies ein consensus praesumtus. Man sehe unten den §. 291. und vergleiche *Laurenfack Disp. de adcurato discrimine inter consensum expressum, tacitum et praesumtum*, (Erford. 1710.)

f) *L. 2. pr. D. de Pact.* Labeo ait, conuenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium, inter absentes quoque posse: sed etiam tacite consensu conuenire intelligitur.

g) Einige, wohin unter andern Dabelow System des gesammten heutigen Civilrechts, Th. I. §. 290. S. 172. gehöret, sagen, der ausdrückliche Consens werde durch Worte, der stillschweigende hingegen durch Handlungen erkläret. Auch unser Verfasser ist dieser Meinung, die sich auf keine Weise vertheidigen lässet, indem ohnstreitig durch Worte eine stillschweigende Einwilligung eben so gut als durch Handlungen erkläret werden kann, wenn nehmlich die Worte so geeigenschaftet sind, daß sie die Intention nicht geradezu exprimiren, sondern inplicite zu erkennen geben. Ein auffallendes Beyspiel einer stillschweigenden durch Worte erklärten Einwilligung geben die stillschweigenden Conventionalhypotheken ab. *cf.* Weber Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrechte, Abh. I. §. 11. S. 40.

h) *cf.* Schnetlage *Diss. de consensu tacito ex silentio*, (Harderou. 1764.)

Person so wenig eine Einwilligung als ein Widerwille begründen i). Qui tacet, sagt Paulus in der *L.* 142. *D. de Reg. iur.* ausdrücklich, non vtique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare. Das nämliche lehret auch Bonifacius *VIII.* in dem *Cap.* 44. *de Reg. iur. in 6to.* mit den Worten: Is, qui tacet, non fatetur: sed nec vtique negare videtur. Soll das Stillschweigen für eine Einwilligung gelten, so ist erforderlich, daß der Schweigende sich ausdrücklich erklären konnte und auch vermöge der Gesetze dazu verbunden war. Unter solchen Umständen leidet das Stillschweigen keine andere vernünftige Auslegung, als diese, daß es eine Einwilligung unterstelle k). Unnachtheilig ist das Stillschweigen:

1) wenn jemand um deswillen nicht widersprach, weil er wußte, daß ihm sein Recht dennoch unverletzt bleibe. Ein Beyspiel, wo aus diesem Grunde das Stillschweigen nicht präjudicirlich ist, enthält die *L.* 8. §. 15. *D. Quib. mod. pign. vel hypothec. solu.* in den Worten: Non videtur consensisse creditor, si, sciente eo, debitor rem vendiderit: quum ideo passus est venire, quod sciebat, vbique pignus sibi durare. Der Pfandgläubiger, welcher die von dem Schuldner zu unternehmende Veräusserung der verpfändeten Sache zwar weiß, aber dagegen nicht protestiret, giebt durch sein Stillschweigen zu der Alienation selbst eben so wenig seine Einwilligung, als daher eine Begebung des ihm zuständigen Pfandrechts gefolgert werden kann, indem er die Veräusserung geschehen lassen konnte, weil er wußte, daß sein Pfandrecht mit der Sache auf einen jeden Besitzer übergehe, mithin der unternommenen Veräusserung ohngeachtet fortdauere l),

2) Wenn von solchen Handlungen die Rede ist, welche eine ausdrückliche Einwilligung oder bestimmte Erklärung erheischen. Hier kann selbst auf einen geschehenen Antrag das

i) *cf.* Brockes *Diss. de silentio consensum non inferente*, (Vitemb. 1734.)

k) *cf.* Hahn *Diss. de praeiudicio tacentis*, (Mogunt. 1746.)

l) von Quistorp Abh. ob die Unterlassung des Widerspruchs bey der Veräusserung eines unterpfandlich verschriebenen Grundstücks für eine stillschweigende Begebung des zuständigen Pfandrechts angesehen werden könne? (in dessen Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Num. XXII. S. 349. ff.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0267
DFG

das Stillschweigen nicht als eine Einwilligung angesehen werden, vielmehr gilt bey dergleichen Handlungen das Sprüchwort: Keine Antwort ist auch eine Antwort, wodurch überhaupt angezeiget wird, daß das Stillschweigen auf einen geschehenen Antrag für eine abschlägliche Antwort gehalten werden soll m).

3) Wenn von der Aufhebung eines Bilateralcontracts die Rede ist. Hier kann das Stillschweigen desjenigen Interessenten, welcher sich erklären sollte, nicht als eine Einwilligung angesehen werden, weil es auf die Begebung eines wechselseitigen Rechts angesehen ist, die im Zweifel nie vermuthet werden kann n).

Was B) die Commissivhandlungen anbetrifft, so gehöret dahin z. B. die oben schon beyläufig erwähnte Zurückgabe der Handschrift an den Schuldner o). In der *L.* 2. §. 1. *D. de Pact.* heißt es: Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos conueniſſe, *ne peterem*: profuturamque ei conuentionis exceptionem placuit. Gebe ich an meinen Schuldner den Schuldschein zurück, so declarire ich dadurch stillschweigend, daß ich ihm die Schuld erlassen wolle; er kann sich daher nach dem Ausspruche des Paulus in der angezogenen Gesetzstelle mit der Einrede des Vertrags schützen, wenn ich ihn nachher auf die Schuld dennoch belange p). Eben so gehöret dahin die Vorausnahme der Zinsen von dem Schuldner. Qui in futurum vſuras, sagt Florentinus in der *L.* 57. *pr. D. de Pact.* merklich, a debitore adceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus ſortem petat. Wenn ich von meinem Schuldner auf eine gewisse Zeit die

m) Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, Abth. II. Num. II. S. 97. f.

n) *L.* 5. *C. de Obligat. et act. L.* 1. *C. Quand. lic. ab emt. diſced. cf.* Glück Abh. über die Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag, insonderheit, wenn solcher die Aufhebung eines öffentlich geschlossenen Kaufs betrifft, (in den merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen, Band II. Num. XXVII. S. 159. ff.)

o) §. 289. *not. d.*

p) Dem Gläubiger liegt in solchem Falle der Beweis ob, daß die Handschrift dem Schuldner zu einem anderen Behuf extradirt worden sey. Hymmen Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten, Samml. VI. Abschn. I. S. 105.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0268
DFG

die Zinsen mir voraus bezahlen lasse, so erkläre ich dadurch stillschweigend, daß ich innerhalb der Zeit das Capital nicht fordern wolle.

Beständig setzt übrigens die stillschweigende Einwilligung zu ihrer Existenz zum voraus:

1) daß derjenige, bey welchem der Consens angenommen werden soll, eine genaue Wissenschaft desjenigen Geschäfts habe, wovon die Rede ist;

2) daß er nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung erkläret habe;

3) daß die Handlungen keine zweydeutige Auslegung zulassen, sondern vielmehr solche sind, die nach der Vernunft und den Gesetzen bloß auf diejenige Intention, wovon die Frage ist, bezogen werden können q).

§. 291.

Eine **vermuthete Einwilligung** (*consensus praesumtus*) findet in denjenigen Fällen statt, wo die wirkliche Einwilligung zwar in facto nicht völlig erwiesen, aber doch den Umständen nach wahrscheinlich ist r). Die Gründe, aus welchen eine solche Einwilligung sich schließen lässet, sind folgende:

1)

q) *L. 3. L. 4.* und *L. 27. §. 9. D. de Pact. L. 2. C. de Pact.*

r) Der so genannte consensus *fictus*, welchen Hellfeld sogar mit dem consensu *praesumto* auf eine sehr unschickliche Weise confundirt, ist von aller gesetzlichen Unterstützung ganz verlassen, ein wahres Unding. Er soll in Fällen, wo es ausgemacht ist, daß gar keine wirkliche Einwilligung geschehen, ja wo diese oft nicht möglich ist, dennoch von den Gesetzen angenommen werden. In allen denjenigen Fällen aber, wo man den Consens fingiren will, kommt es auf die Einwilligung desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, gar nicht an. Die ganze Theorie ist sich selbst so widersprechend, daß es nothwendig befremden muß, sie noch in neueren Lehrbüchern des Civilrechts anzutreffen. Selbst der große Civilist *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. §. 185. p. 147.* nimt sie an, wenn er sagt: Cum consensu praesumto confundi non debet *fictus*, sc. is, qui aequitate aut vtilitate suadente interueniſſe cenſetur *iuris fictione*, vbi vel certum eſt, aliquem non conſenſiſſe, imo nec conſentire potuiſſe exemplo obligationum quaſi ex contractu. Wie höchst unschicklich und ungereimt die Erklärung der Verbindlichkeiten *quasi ex contractu* durch den fingirten Consens sey, werden wir unten §. 308. sehen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0269
DFG

1) die bekannte Denkungsart eines Menschen, oder die Norm, welche er in seinen Handlungen gewöhnlich zu beobachten pflegt;

2) die Regel, daß ein jeder wahrscheinlich dasjenige bewilligen werde, was ihm nützlich ist;

3) die Regel, daß derjenige, der den Zweck will, auch die Mittel wollen müsse;

4) das besondere Verhältniß, in welchem eine Person mit der anderen stehet s).

§. 292.

Aus dem Begriffe eines Vertrags ergiebt sich von selbst:

1) daß zur Schließung desselben mehrere, wenigstens zwey Personen erfordert werden. Daher können nun in der Regel zwischen dem Vater und dem seiner Gewalt noch unterworfenen Kinde keine Verträge abgeschlossen werden wegen der Personeinheit, welche vermöge einer rechtlichen Fiction zwischen beyden von den römischen Gesetzen angenommen wird t). Ausnahmen finden jedoch in Ansehung

α) des peculii *castrensis*, und

β) des peculii *quasi castrensis*

statt, weil in Ansehung dieser Güter der Hausohn als ein Hausvater anzusehen ist v). Die Entscheidung der Frage: ob heutiges Tages ein zwischen

s) *cf. Quistorp Lib. de consensu iuris naturalis praesumto*, (Rostoch. et Lipsiae 1755.)

t) §. 132.

v) Ob ein gleiches auch in Ansehung des peculii *aduentitii extraordinarii* Rechtens sey, darüber wird unter den Rechtsgelehrten gestritten. *cf. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. II. tit. XIIII. §. 44. p. 225. ed. nouiss. Titius Diss. de contractibus patris et liberorum in potestate eius existentium*, §. 39. *sqq.* Ohne Zweifel verdienet die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten den Vorzug, wel-

schen dem Hausvater und dem Hausſohne abgeſchloſſener Vertrag für rechtsbeſtändig geachtet werden müſſe? hängt lediglich von der Frage: ob überhaupt die auf einer römiſchen Fiction beruhende perſönliche Einheit zwiſchen dem Vater und ſeinen Kindern auch in Deutſchland angenommen ſey? ab, die wir bereits an einem andern Orte unterſuchet haben x). Gleichwie dieſe letztere Frage nach ächten theoretiſchen Gründen zu bejahen iſt, ſo verſtehet es ſich von ſelbſt, daß die Beantwortung der erſteren nicht anders als verneinend ausfallen könne.

2) Daß bloße Unterhandlungen, welche die Schließung eines Vertrags beabſichtigen, noch keine Verträge ſind. Man pflegt dergleichen Unterhandlungen Tractaten zu nennen. Wenn nehmlich Perſonen über ein zu ſchließendes Pactum deliberiren, ſo ſagt man, ſie ſtehen in Tractaten. So lange dieſe Tractaten dauern, iſt noch keine wechſelſeitige übereinſtimmende Einwilligung, mithin kein Vertrag vorhanden y). Mit ſolchen unverbindlichen Tractaten confundire man nicht:

α) den präparatoriſchen Vertrag eines künftigen Contracts z), der heutiges Tages a) allerdings verbindlich iſt

welche die zwiſchen dem Vater und Sohne über dieſe Gattung des Sonderguts abgeſchloſſenen Verträge für gültig halten, weil über ein ſolches peculium dem Hausſohne die freye Diſpoſition unter den Lebendigen eben ſo gut als über das caſtrenſiſche Sondergut zuſtändig iſt. *Nou.* 97. *cap.* 1. §. 1.

x) §. 138.

y) *cf. Bremen Diſſ. de tractatibus*, von Handlungsvorſchlägen, (Ienae 1681.)

z) *cf. Graſſus Diſp. de pacto futuri contractus praeparatorio*, (Tubingae 1688.)

a) Nach dem römiſchen Rechte ſind ſolche Verträge als noch unverbindliche Unterhandlungen anzuſehen, ſo lange der von den Intereſſenten getroffenen Verabredung dasjenige noch nicht hinzu gekommen iſt, was als ein Zeichen des vollkommenen Contracts, wohin z. B. die Uebergabe bey einem Realcontracte gehöret, erfordert wird. Inzwiſchen macht doch eine ſtipulatio de mutuo dando, de permutando u ſ. w. den Verſprecher allerdings verbindlich, und begründet eine Klage gegen ihn, wie aus der *L.* 68. *D. de Verbor. obligat.* und *L.* 3. *C. de Rer. permutat.* erhellet.

ist b), indem aus demselben auf die Erfüllung des Versprechens durch gehörige Berichtigung des Contracts mit völligem Rechtsbestande geklaget werden kann, voraus gesetzt, daß die Puncte des Contracts bestimmt genug sind c).

β) die Punctation oder den vorläufigen Entwurf, welcher die wesentlichen Puncte, woraus ein künftiger förmlicher Contract verabfasset werden soll, enthält. Eine solche Punctation ist ebenfalls verbindlich, wenn sie auf eine ordentliche Verabredung sich gründet und von den Interessenten durch ihre Unterschrift beglaubiget ist d).

§. 293. 294. 295.

Ein Vertrag erfordert zu seiner Gültigkeit die freye Einwilligung der Interessenten; alles dasjenige daher, was die Freyheit des Willens hindert, stehet auch der Gültigkeit eines Vertrags im Wege. Zu den Hindernissen der Freyheit des Willens aber gehöret:

1) der Betrug;

2) der Irrthum;

3) die Furcht;

4) die Gewalt, auch gewissermaßen

5) die Verstellung.

Die rechtlichen Wirkungen und Folgen dieser sämmtlichen Hindernisse der Freyheit des Willens wollen wir jetzt nach Anleitung unsers Verfassers genauer betrachten.

Be-

b) *cf. Petermann Disp. de valore pactorum, quibus praeparantur contractus,* (Lipsiae 1730.)

c) *cf. de Lier Diss. pactum praeparatorium actionem producens et non producens,* (Alt. 1716.)

d) *cf. Müller Diss. de minuta, vulgo* von Punctationen, (Ienae 1690.) *Hildebrand Diss de punctationibus, vulgo* von Entwürfen oder ersten Aufsätzen, (Alt. 1699.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0272
DFG

Betrug (*dolus*) ist, wie fern man ihn auf Verträge beziehet, diejenige Handlung, wodurch jemand bey einem andern eine unrichtige Vorstellung vorsätzlich veranlasset, in der Absicht, davon Nutzen zu ziehen, oder doch wenigstens dadurch dem andern zu schaden e). In der *L.* 1. § 2. *D. de Dol. mal.* sagt Ulpian: Dolum malum Seruius quidem ita definit, machinationem quamdam alterius decipiendi caussa, quum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, vt quis circumueniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari: sicut faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deseruiunt, et tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Evident stimmen die auf den Dolus überhaupt sich beziehenden Definitionen des Servius und Labeo im wesentlichen vollkommen mit einander überein, und es scheinet mir daher eine sehr überflüssige Mühe zu seyn, wenn Busius f), Gaudentius g), Huber h), Hottomannus i), Freherus k) und Noodt l), auf verschiedene Weise die des Servius zu vertheidigen suchen. Ulpian billiget zwar die Definition des Labeo, allein er verwirft auch hingegen die des Servius nicht, aus dem natürlichen Grunde, weil beyde Definitionen im ganzen nicht von einander abweichen m).

e) *cf. de Gueuarra Tr. de definitione doli mali.* (Salmant. 1569.) In der allgemeinen Bedeutung ist dolus eine jede Handlung, wodurch man dem andern wissentlich schadet. Bey Verbrechen verstehet man darunter überhaupt den Vorsatz, ein Strafgesetz zu übertreten.

f) *Busius Subtill. iur. Lib. I. cap. XVIIII.*

g) *Gaudentius Expositt. iuridd. Lib. II. cap. XXX.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 386. sq.*)

h) *Huber Digress. Iustinn. Lib. III. cap. XXV.*

i) *Hottomannus Obseruatt. Lib. I. cap. XX. Lib. IIII. cap. IIII.*

k) *Freherus Verisimill. Lib. II. cap. VII.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 914. sq.*)

l) *Noodt de form. emend. dol. mal. in contrab. negott. admiss. apud veter. cap. II.* (*in Eiusdem opp. Tom. I. p. m. 292. sq.*)

m) *cf. Otto Lib. de vit. studd. scriptt. et honorr. Seruii Sulpicii, Lemon. Ruf. cap. VI, §. 2.* (*in Eiusdem Thes. iur. rom. Tom. V. p. 1587. sq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0273
DFG

In den Worten: POSSE ET SINE DOLO MALO ALIVD AGI, ALIVD SIMVLARI: SICVT FACIVNT, QVI PER EIVSMODI DISSIMVLATIONEM DESERVIVNT, ET TVENTVR VEL SVA VEL ALIENA, zielet Labeo auf den so genannten *dolum bonum*, dessen Ulpian in dem nachfolgenden §. 3. der angezogenen Gesetzstelle namentlich gedenkt, wenn er sagt: Non fuit autem contentus praetor *dolum* dicere, sed adiecit *malum*: quoniam veteres *dolum* etiam *bonum* dicebant, et pro sollertia hoc nomen adcipiebant: maxime, si aduersus hostem latronemue quis machinetur. Der Prätor begnügte sich nicht, in seinem Edicte ohne weiteren Zusatz das bloße Wort dolus zu gebrauchen, sondern er fügte demselben noch das Wort malus hinzu, und zwar aus dem Grunde, weil die Alten auch einen dolum bonum statuirten, und hierunter eine erlaubte Klugheit (sollertiam) verstanden n). Die Endworte: SI ADVERSVS HOSTEM LATRONEMVE QVIS MACHINETVR, enthalten Beyspiele von dolo *bono*, die, wie das vorhergehende Wort MAXIME zu erkennen giebt, sehr gewöhnlich bey den Alten waren. Jede Kriegeslist, jede List, deren man sich wider einen Straßenräuber bedienet, indem man ihn z. B. glauben macht, es sey noch Reisegesellschaft in der Nähe, ist ein dolus *bonus* o).

Der dolus malus ist entweder ein wahrer (*verus*), oder ein vermutheter, (*praesumtus*), je nachdem er entweder erweislich begangen ist, oder zwar in facto nicht völlig erwiesen, aber doch den Umständen nach wahrscheinlich ist, und eben daher von den Gesetzen vermuthet wird. Schulting p) und Dompierre de Jonquieres q) verwerfen zwar diese Eintheilung, allein ohne hinlänglichen Grund, da in den Gesetzen so viele Beyspiele von einem vermutheten Dolus sich finden. Um nur ein einziges Beyspiel anzuführen, beziehe ich mich auf die *L. 7. pr. D. de Administrat. et peric. tutor.* worin Ul-

n) Daß die Alten häufig auch *fraus* für dolus setzten, und nicht nur eine fraudem *malam* sondern auch *bonam*, annahmen, zeiget *de Reyes Opuscc. Lib. VIII. cap. VIII.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VI. p.* 394.)

o) *cf. Otto Diss. de dolo bono, ad L. 1. §. 3. D. de Dol. mal.* (*in Eiusdem dissertatt. num.* X.) *Winter Diss. de eo quod iustum est circa dolum bonum*, (Helmst. 1716.)

p) *Schulting Thess. controuerss. Dec. XI. §. 7.* (*in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. III. p.* 32.)

q) *Dompierre de Ionquieres Specim. de restitutt. in integr. tit. III. §. 8. p.* 142. *sqq.*

Ulpian sagt: Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inuentarium adpellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria vel iustissima caussa adlegari possit, cur id factum non sit. Ist es nicht offenbar ein vermutheter Dolus, dessen der Vormund durch die nach übernommener Vormundschaft unterlassene Errichtung eines Inventariums vermöge dieser Gesetzstelle sich schuldig macht r)?

Der wahre Dolus ist entweder dolus *ex proposito* s. *personalis*, oder dolus *ex re* s. *realis*. Jener ist vorhanden, wenn ich schon vor unternommener Handlung wußte, daß sie dem anderen schädlich seyn würde, dennoch aber solche in der Absicht, um dem anderen dadurch zu schaden, unternahm; dieser hingegen, wenn ich erst nach unternommener Handlung erfahre, daß ich den anderen dadurch verletzet habe, gleichwohl aber diese Verletzung abzustellen mich weigere. Wenn ich z. B. weiß, daß meine Uhr nicht von Gold ist, und sie dennoch für eine goldene verkaufe, so begehe ich einen dolum ex proposito s. personalem; halte ich hingegen meine Uhr wirklich für eine goldene, verkaufe sie auch als eine solche, erfahre aber erst nach geschlossenem Verkaufe das Gegentheil, und will nun die dem Käufer zugefügte Verletzung nicht abstellen, so begehe ich einen dolum ex re s. realem. Auch diese Eintheilung verwerfen zwar Schulting s) und Dompierre de Jonquieres t), allein aus eben so unzulänglichen Gründen, als die vorhin gedachte.

Der dolus ex proposito s. personalis ist entweder ein heimlicher (*clamdestinus*) oder ein offenbarer (*manifestus*). Jener ist vorhanden, wenn ich dem andern meine Absicht zu schaden verheele; dieser hingegen, wenn ich dem andern meine Absicht zu schaden nicht verheele, sondern offenbar zu Werke gehe. Wenn z. B. ein Bandit jemanden unversehens ermordet, so begehet er einen dolum clamdestinum; ersticht hingegen ein Duellant seinen Gegner, so begehet er einen dolum manifestum.

Der Dolus bey Verträgen ist entweder dolus *caussam dans*, oder dolus *incidens*, je nachdem er entweder den Grund von dem ganzen Vertrage enthält, so

r) *cf. L.* 8. §. 9. und *L.* 44. D. *Mand. L.* 76. D. *de Pecul. Cap.* 2. X. *de Depos. L.* 1. C. *Ad leg. Cornel. de sicar. L.* 5. C. *de Iniur.*

s) *Schulting l. l.*

t) *Dompierre de Ionquieres l. l.* §. 7. *p.* 141. *sq.*

so daß ohne ihn der Vertrag gar nicht wäre errichtet worden, oder nur die gegenwärtige Modification des Vertrags veranlasset hat, so daß der Betrogene, wenn er auch nicht betrogen worden wäre, zwar dennoch contrahiret haben würde, allein nicht auf die Weise, wie der Vertrag nun des Betrugs wegen errichtet worden ist. Wenn z. B. der Bauer seine Kuh fälschlich mit der Versicherung verkauft, daß sie trächtig sey, es ist auch der Käufer durch diese fälschliche Versicherung allein zum Kaufe bestimmet worden, so daß derselbe die Kuh gar nicht gekauft haben würde, wenn er sie nicht für trächtig gehalten hätte, so ist ein dolus causſam dans vorhanden; kauft hingegen jemand die Kuh um deswillen, weil sie im Joche sehr gut ziehet, der Bauer versichert dabey fälschlich, sie sey trächtig, und diese Versicherung bestimmet den Käufer, daß er 5. Thaler mehr dafür bezahlet, als er sonst bezahlet haben würde, so ist der Betrug nur ein dolus incidens. Auch diese Eintheilung verwerfen zwar Schulting v) und Dompierre de Jonquieres x) mit mehreren anderen Rechtsgelehrten y), allein aus eben so unzureichenden Gründen, als die vorhin erwähnten z). Sehr richtig bemerket Hellfeld a), daß die gedachte Eintheilung nicht nur in der Natur der Sache, sondern auch in den Gesetzen selbst gegründet sey. Zu den Gesetzen, wodurch sie auf das vollständigste gerechtfertiget wird, gehören unter andern b) die *L. 7. §pr. D. de Dol. mal.* und die *L. 13. §. 4. D. de Act. emt. et vend.*, wie der Augenschein lehret. In der ersten Stelle sagt Ulpian: Et eleganter Pomponius haec verba, si alia actio non sit, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salua esse non possit. Nec videtur huic sententiae aduersari, quod Iulianus lib. IIII. scribit, si minor annis vigin-

v) *Schulting Enarrat. part. prim. Dig. Lib. IIII. tit. III. §. 4. (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. III. p. 283.)*

x) *Dompierre de Jonquieres l. l. §. 23. p. 166. sq.*

y) *Noodt l. l. cap. VII. sqq. p. 297. sqq. Behr Diss. de actione doli mali, §. 8.* Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, Th. I. §. 6. S. 14. f. *Boehmer Doctr. de actt. Sect. II. cap. XI. §. 38.*

z) *cf. Nettelbladt Diss de doli incidentis et causſam dantis in contractibus effectu,* Halae 1744.) *Emmingbaus Nott. ad. de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. Lib. IIII. tit. III. quaest. 1. not. a. p. 349.*

a) §. 295. *not. k.*

b) *cf. L. 16. §. 1. D. de Minor. L. 3. §. 3. D. Pro Soc. L. 12. §. 1. D. de Iur. dot.*

ginti quinque consilio serui circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque cum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, vt ex emto teneri non possit: aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, vt venderet, circumscriptus est: et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam aduersus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere; und in der zweyten sagt er: Si venditor dolo fecerit, vt rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, emti eum iudicio teneri, vt praestaret emtori, quanto pluris seruum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus. Die in den Schriften der neueren Rechtsgelehrten angenommene nicht unschickliche Terminologie: dolus *caussum dans* und dolus *incidens*, suchet man zwar in den angezogenen Gesetzstellen vergebens, allein die Eintheilung selbst ist darin evident gegründet. Durch die in der *L. 7. pr. 1. D. de Dol. mal.* befindlichen Worte: nullam esse venditionem, si IN HOC IPSO, VT VENDERET, circumscriptus est, wird der *dolus* caussam dans so deutlich characterisirt, daß sie Noodt c) um seine Hypothese zu behaupten, wider alle Regeln der Hermeneutik als ein Glossem exilirt wissen will. Eben so unzweydeutig aber wird auch in der *L. 13. §. 4. D. de Act. emt. et vend.* der Begrif vom *dolus* incidens angegeben, indem hier Ulpian offenbar von einem solchen Falle redet, wo durch den Dolus des Verkäufers nicht der Kauf selbst, sondern nur die gegenwärtige Modification desselben veranlasset war, daher denn auch die Klage, welche dem Käufer deshalb gegeben wird, nicht auf Annullation des ganzen Kaufs, sondern nur auf das Interesse gehen soll.

§. 296.

Will man die rechtlichen Wirkungen und Folgen des Betrugs bey Verträgen gehörig bestimmen, so ist es nöthig, die verschiedenen Fälle, welche sich hierunter ereignen können, genau von einander zu sondern d).

Zu-

c) *Noodt l. l.*

d) *cf.* Gmelin Abh. von den Folgen des Betrugs bey Verträgen, (in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen, Band II. Num XIII. S. 133. ff.) Braun Abh. vom Betruge in Verträgen, (in den Erlang. gelehrt. Anzeig. auf das Jahr 1752. Num. V.)

Zuvörderst kommt es darauf an, ob ein Paciscent von dem anderen betrogen worden ist, oder ob ein Dritter den Betrug gespielet hat.

Was den ersten Fall anbetrifft, wo ein Paciscent von dem andern betrogen worden ist, so sind entweder von beyden Paciscenten Betrügereyen gespielet worden, oder nur ein Paciscent allein ist Urheber des gespielten Betrugs. Wenn jenes ist, so wird durch Compensation die gegenseitige Verbindlichkeit dergestalt gehoben, daß keiner von beyden gegen den anderen auf Erfüllung des Vertrags oder auf Entschädigung klagen kann e); ist hingegen dieses, so ist der Betrug entweder ein dolus causſam dans, oder ein dolus incidens. Im ersteren Falle fällt der ganze Vertrag als nichtig dahin f), nicht

e) *L.* 36. *D. de Dol. mal. L.* 3. §. 3. *D. de Eo, per quem fact. er. quo min. quis in iudic. sist. L.* 57. §. 3. *D. de Contrab. emt. L.* 4. §. 13. *D. de Dol. mal. et met. except. L.* 154. *D. de Reg. iur. cf. Bastineller Diss. de pari turpitudine.* (Vitemb. 1734.) *Kapff Diss. de compensatione circa maleficia vel quasi,* (Tubingae 1778.)

f) *L.* 7. *pr. D. Dol. mal. L.* 16. §. 1. *D. de Minor. L.* 3. §. *vlt. D. Pro soc. L.* 1. *C. de Resc. vendit.* Verschiedene angesehene Rechtslehrer, als *Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. I. cap. XII. Schulting Enarrat. part. prim. Dig. Lib. IIII. tit. III.* §. 6. *(in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. IIII. p.* 284.) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. IIII. tit. III.* §. 6. *p.* 356. *ed. nouiss.* und *Noodt l. l. cap. XV. p.* 312. *sq.* behaupten, der dolus causſam dans stehe nur der Gültigkeit des Vertrags unter den Contrahenten im Wege; auf einen Dritten, der in bona fide ist, erstrecke sich die Ungültigkeit nicht, weil in Gemäßheit der *L.* 3. §. 8. *D. de Condict. causs. dat. causs. non sequut* auch ein vermeintlicher Titel zur Uebertragung des Eigenthums hinreichend sey. Außerdem provociren sie zum Beweise ihrer Behauptung auf die *L.* 10. *C. de Resc. vendit.* worin die Kayser Diocletian und Maximian verordnen: Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit interceſſiſſe probatum: non aduersus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit. Das Gegentheil behaupten indessen *Ludouici Diss. de dominio ex contractu doloso non translato,* (Halae 1720.) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. Lib. IIII. tit. III.* §. 3. *p.* 591. *sq. Tom. II. Lib. VI. tit. I.* §. 14. *p.* 287. *sq. Siegel Diss. de dolo translationem dominii impediente,* (Lipsiae 1748.) Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, Num. VIII. S. 82. ff. *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. II.* §. 15. *p.* 135. *ed. nouiss.* und wie ich glaube, mit Recht. Der von den Gegnern angeführte Grund, daß zur Uebertragung des Eigenthums auch ein vermeintlicher Titel genüge, relevirt eben so wenig als die Gesetzstelle, worauf sie ihre Meinung begründen wollen. Ist ein lediglich durch den von einem Paciscenten gespielten Betrug zu Stande gekommener Vertrag an

nicht aber im letzteren Falle, indem hier vernünftiger Weise nur eine Nichtigkeit dessen, was die Modification des Vertrags betrifft, sich annehmen lässet, mithin der Betrogene lediglich auf die Ersetzung des Schadens und Leistung des Interesse klagen kann g).

Anlangend hiernächst den zweyten Fall, wo keiner von den Paciscenten, sondern ein Dritter den Betrug gespielet hat h), so war dieser Dritte entweder bey der Abschließung des Vertrags im Namen eines der Paciscenten als Bevollmächtigter zugegen, oder nicht. Wenn jenes ist, so vollzog entweder der Bevollmächtigte den ihm gegebenen Auftrag genau, und handelte der ihm ertheilten Vorschrift gemäß, oder er that dies nicht, sondern überschrit die Gränzen seiner erhaltenen Gewalt. Im ersteren Falle ist der

an sich ungültig, wie er es denn nach deutlicher Vorschrift der Gesetze wirklich ist, so kann unmöglich die vermöge eines solchen Vertrags geschehene Uebertragung des Besitzes von rechtlicher Wirkung seyn; der betrügerische Paciscent kann das Eigenthum der Sache nicht an sich bringen, folglich auch selbiges nicht weiter übertragen. Und eben deswegen, weil der betrügerische Paciscent durch den Vertrag das Eigenthum nicht erwerben kann, leidet es keinen Zweifel, daß die *L.* 10. *C. de Rescind. vendit.* gar nicht hieher gehöret, indem die darin vorkommenden Worte: in quem emtor dominium transtulit, hinlänglich zu erkennen geben, daß darin nur von einem solchen Falle die Rede ist, wo der Betrug den Vertrag an sich nicht aufhebt.

g) *L.* 13. §. 4. 5. *L.* 32. und *L.* 49. *D. de Act. emt. et vend.* Das römische Recht befolget diese Principien wegen des Unterschiedes zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten nicht durchgehends, indem bey jenen der Betrug ganz andere Folgen mit sich führet, als bey diesen. Die Gültigkeit der stricti iuris Contracte hieng bey den Römern so genau von der Contractsformel ab, daß alles dasjenige, was nicht ausdrücklich darin fest gesetzt war, auch nicht zu den Bestimmungen derselben gehörte, und gar nicht in Betracht gezogen wurde. *L.* 126. §. 2. *in fin. D. de Verbor. oblig.* Daher waren die stricti iuris Contracte gültig, wenn gleich ein Betrug darin vorgegangen war, es mogte nun dieser ein dolus causam dans oder ein dolus incidens gewesen seyn, wenn nicht ausdrücklich dabey stipulirt worden war: *dolum malum abesse et abfuturum esse.* Der Prätor aber, welcher dies unbillig fand, versprach den Betrogenen, sie gegen den Contract in integrum zu restituiren. Von diesem prätorischen Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand werden wir unten im Titel *de Dolo malo* handeln. Gleichwie übrigens heutiges Tages alle Verträge ohne Ausnahme bonae fidei sind, so finden auch bey uns in Ansehung des Betrugs lediglich die von den römischen Gesetzen bey diesen gebilligten Principien des Naturrechts statt.

h) *cf. Schoepff Diss. de dolo et vi tertii, ac effectibus eorum*, (Tubingae 1741.)

der Vertrag unter den Hauptcontrahenten allerdings gültig, wenn gleich der Gewaltgeber von seinem Mandatar nachher betrogen seyn sollte i); hingegen im letzteren Falle kann der Bevollmächtigte seinen Gewaltgeber nicht verbindlich machen, wie fern er die ihm vorgeschriebenen Gränzen überschritten hat k). Ist im Gegentheil dieses, oder war der Dritte nicht bey Abschließung des Vertrags im Namen eines der Paciscenten als Bevollmächtigter zugegen, so gab er entweder schon zuvor, ohne daß er damals, als der Vertrag zu seiner Vollkommenheit gedieh, zum Vorscheine kam, aus unlauteren Absichten dazu die Veranlassung, so daß ohne diesen Betrug der Vertrag nicht zu Stande gekommen seyn würde, oder er veranlassete durch seinen Betrug nur die gegenwärtige Modification des abgeschlossenen Vertrags. Im ersteren Falle kann der Betrug des Dritten, wovon der Mitpaciscent gar nichts weiß, diesem nicht zur Last fallen, sondern der Betrogene muß actione doli gegen den Dritten auf den Ersatz des durch den Betrug desselben ihm verursachten Schadens klagen l); hingegen im letzteren Falle kann nur auf Schadenersatz geklaget werden, welche Klage auch gegen den Mitcontrahenten selbst, wie fern dieser durch den gespielten Betrug sich bereichert hat, statt findet m).

§. 297. 298. 299.

Irrthum (*error*) bestehet darin, daß jemand etwas für wahr hält, was doch nicht wahr ist, oder überhaupt sich etwas anders denket, als es wirklich ist. Sonach unterscheidet sich zwar eigentlich von dem Irrthume die **Unwissenheit** (*ignorantia*), indem diese in dem gänzlichen Mangel an Wissenschaft von einer Sache bestehet; allein beyde, **Irrthum** und **Unwissenheit**, haben bey den Verträgen gleiche Wirkungen, und was daher von jenem gilt, das gilt auch von dieser n).

Es

i) Eigentlich kann man hier gar nicht einmal annehmen, daß der Betrug durch einen Dritten gespielet worden sey, weil der Mandant und der Mandatarius als eine Person anzusehen sind.

k) §. 8. *I. de Mand. L.* 1. §. 3. *D. de Except. rei vend. et trad. L.* 5. *D. Mand. L.* 10. *C. de Procurator.*

l) *L.* 7. *pr. D. de Dol. mal. L.* 2. *D. de Proxenet.*

m) *L.* 18. §. 3. *D. de Dol. mal.*

n) ERROR et IGNORANTIA, sagt *Vicat Vocabular. iur. Tom. I. s. v.* error, *p.* 505. sehr richtig, tantundem valent, ERROREMQVE FACTI et IGNORANTIAM promiscue

Es giebt verschiedene allgemeine Rechtsregeln, welche bey der Lehre von dem Irrthume in Verträgen anzuwenden sind, als:

1) Non videtur, qui errat, consentire. Wer aus Irrthum declarirt, daß er consentire, der ist nicht anzusehen als ein solcher, der wirklich consentirt.

2) Damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur. Wenn also der Irrende selbst Schuld an seinem Irrthume ist, und dadurch in einem Vertrage Schaden leidet, so kann er deshalb so wenig Entschädigung fordern, als von dem Vertrage abgehen.

3) Nemo debet locupletior fieri cum alterius damno. Es darf sich ein Paciscent nicht durch den Irrthum des anderen Paciscenten bereichern, weil eine solche Bereicherung ein unrechtmäßiger Gewinn ist.

Gleichwie aber diese Regeln zu trivial sind, und ihrer Allgemeinheit wegen oft ins Gedränge gerathen, so hat man, um die rechtlichen Wirkungen und Folgen des Irrthums bey Verträgen gehörig zu bestimmen, nach Anleitung der Gesetze mehrere Fälle von einander zu unterscheiden o).

Ist bey Eingehung eines Vertrags ein Irrthum vorgegangen, so haben entweder beyde Paciscenten sich geirret, oder nur der eine von ihnen p).

cue iurisconsulti dicunt, vt adparet ex *L.* 8. *D. de Iur. et fact. ignorant.* coniuncta cum *L.* 2. *L.* 4. *L.* 9. §. 2. *D. eod.* quamquam alias ERROR sit iudicantis, IGNORANTIA nescientis. Man sehe noch außerdem die *L.* 15. §. 1. *D. de Contrab emt. vendit. L.* 11. *D. Pro. emt. L.* 28. *D. de Liber. causs. L.* 57. *D. de Obligat. et act. L.* 6. und *L.* 7. *C. de Iur. et fact. ignorant.*

o) *cf. Feltz Diss. I. II. de errore in contractibus*, (Argent. 1713. 1719.) Gundling über die schwere Lehre von dem Irrthum in der Rechtsgelahrtheit, (*in Gundlingian. fasc.* XXXIII. *num. I. p.* 205. *sqq.*) *Struuius Diss. de effectu erroris in contractu emti venditi.* (Kilon. 1749.) *Meister Comment. de effectu erroris in emtione et venditione*, (Gottingae 1751.)

p) Es ist hier nur von einem eigentlichen Irrthume die Rede, welcher bloß Thatumstände betrifft; der so genannte error iuris wird uns unten im Titel *de Iuris et facti ignorantia* beschäftigen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0281
DFG

Was den ersten Fall anbetrifft, wo beyde Paciscenten sich geirret haben, so betrifft der Irrthum entweder ein wesentliches Stück der Convention, oder nicht. In jenem Falle ist ein wesentlicher Irrthum (error in *essentiali* conuentionis), in diesem hingegen ein zufälliger Irrthum (error in *accidentali* conuentionis) vorhanden. Von beyden Gattungen des Irrthums haben wir folgende Grundsätze zu bemerken:

A) ein zufälliger Irrthum q) schadet der Gültigkeit des Vertrags nicht, vielmehr kann der Irrende nur alsenfalls einen Ersatz des ohne seine Schuld dadurch erweislich erlittenen Schadens verlangen r). Es ist aber ein zufälliger Irrthum vorhanden:

1) wenn die Paciscenten lediglich im Namen sich geirret haben. In der *L.* 9. §. 1. *D. de Contrab. emt.* heißt es: Si *in nomine* dissentiamus, verum *de corpore* constet, nulla dubitatio est, quin valeat emtio et venditio: nihil enim facit error *nominis*, quum *de corpore* constat s. Ein Irrthum im Namen schadet der Gültigkeit des abgeschlossenen Kaufcontracts nicht, wenn nur die Paciscenten nicht in der Substanz oder Materie der Sache sich geirret haben.

2) Wenn die Paciscenten lediglich in Ansehung einer accessorischen Sache, die neben der Hauptsache gegeben werden soll, sich geirret haben. In der *L.* 34. *pr. D. de Contrab. emt.* sagt Paulus: Si in emtione fundi dictum sit, adcedere Stichum seruum, neque intelligitur, quis ex pluribus adcesserit, quum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat.

q) Hin und wieder kommt in den Schriften der Rechtslehrer der zufällige Irrthum unter dem Namen error *concomitans* vor; dies muß man wissen, um nicht confus zu werden, wenn dieser Ausdruck angetroffen wird.

r) Sollte einer von den Paciscenten dasjenige, was nach der Natur des Vertrags nur accidentel ist, sich ausdrücklich ausbedungen haben, so kann der Irrthum allerdings der Gültigkeit des Vertrags im Wege stehen, wie fern jetzt das adcidentale als ein essentiale erscheinet.

s) *cf. L.* 32. D. *de Verbor. obligat.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0282
DFG

ſtat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. Nec refert, quanti ſit adceſſio, ſiue plus in ea ſit, quam in ipſa re, cui adcedat, an minus: pleraſque enim res aliquando propter adceſſiones emimus, ſicut quum domus propter marmora, et ſtatuas et tabulas pictas ematur. Die Frage über die Gültigkeit des Kaufcontracts entſtand hier, weil dieſer eigentlich ungültig iſt, wenn ſich dabey ein Irrthum *in corpore* findet. Der Irrthum konnte hier aber keine Nichtigkeit verurſachen, weil er nicht bey der Hauptſache, ſondern nur bey der Nebenſache vorkam; der Kaufcontract mußte gelten, weil in jener Sache kein Irrthum war, und die Nebenſache nicht die Hauptſache ungültig machen kann, vielmehr die Nebenſache durch die Gültigkeit der Hauptſache ebenfalls ihre Gültigkeit erhält. Die Worte: NEC REFERT, QVANTI SIT ADCESSIO, zeigen an, daß auf alle Fälle, wo der Irrthum in der acceſſoriſchen Sache iſt, der Kaufcontract gültig ſey t).

3) **Wenn die Paciscenten lediglich in Anſehung der Zahl, des Maßes oder Gewichts, ingleichen der Art und Güte der Materie ſich geirret haben.** Si aurum quidem fuerit, ſagt Paulus in der *L.* 10. *D. de Contrah. emt.* deterius autem, quam emtor exiſtimaret, tunc emtio valet v). Iſt das für Gold verkaufte Metall zwar Gold, aber nicht ſo fein, nicht ſo gut, als der Käufer geglaubt hat, ſo iſt dennoch der Kaufcontract gültig. Der Käufer kann in ſolchem Falle nur eine verhältnißmäßige Minderung des Werths verlangen.

B) **Ein weſentlicher Irrthum macht den ganzen Vertrag um deswillen ungültig, weil er die erforderliche Uebereinſtimmung der Erklärungen des Verſprechenden und des Annehmenden unter einander gänzlich ausſchlie-**

t) Die Streitigkeiten der Ausleger über dieſe Stelle erzählen *Otto Praefat. ad Tom. II. Theſ. iur. rom p.* 27. und Weſtphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract, der Ceſſion, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel, §. 34. S. 24. ff.

v) *cf.* L. 21. §. 2. *D. de Act. emt. vend.*

schließet. Hier trit die Regel ein: non videtur, qui errat, consentire. In der *L.* 57. *D. de Obligat. et act.* heißt es: In omnibus negotiis contrahendis, siue bona fide sint, siue non sint, si error aliquis interuenit, vt aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque eoeunda respondendum est, vt si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit. Ein wesentlicher Irrthum ist vorhanden:

1) **wenn die Paciscenten in Ansehung der Sache, welche den Hauptgegenstand des Vertrags ausmacht, sich geirret haben.** Si ego me fundum emere putarem Cornelianum, sagt Ulpian in der *L.* 9. *pr. D. de Contrab. emt.* tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam quum in corpore dissentiatur, adparet nullam esse emtionem x). Hat der Verkäufer eine andere Sache verkaufen, und der Käufer eine andere kaufen wollen, so ist der Kaufcontract ungültig, weil beyde in Ansehung der Sache, worüber der Contract geschlossen worden ist, geirret, und solchergestalt einander ganz unrecht verstanden haben.

2) **Wenn die Paciscenten in Ansehung der Art des Contracts sich geirret haben.** In der *L.* 18. *pr. D. de Reb. credit.* heißt es: Si ego tibi pecuniam quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam adcipias, Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos adcipientis non fieri, quum alia opinione adceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione vti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti. Gebe ich jemandem Geld in der Absicht, ihm dasselbe zu schenken, der Empfänger nimt es aber als ein Darlehn an, so ist nach Julians Ausspruche keine Schenkung vorhanden. Ulpian,

x) *cf.* L. 83. §. 1. und L. 137. §. 1. D. *de Verbor. obligat.*

plan, der Verfasser des Gesetzes, wirft nun die Frage auf: ob nicht in solchem Falle wenigstens ein Darlehn anzunehmen stehe? und entscheidet sie verneinend. Der Grund, weswegen hier so wenig eine Schenkung als ein Darlehn contrahirt werden soll, ist leicht zu begreifen Eine Schenkung kann unmöglich entstehen, weil sie auf Seiten des Schenknehmers eine Acceptation erfordert, woran es in dem vorliegenden Falle, wo der Empfänger das Geld aus Irrthum als ein Darlehn angenommen hat, gänzlich ermangelt. Begreiflich kann aber auch eben so wenig ein Darlehn entstehen, weil ich dem Empfänger das Geld nicht in der Absicht gegeben habe, um ihn aus einem Darlehn verbindlich zu machen. Sollte inzwischen der Empfänger das Geld als ein Darlehn verbraucht haben, so kann er sich mit der exceptione doli schützen, wenn ich das Empfangene condiciren will y).

3) **Wenn die Paciscenten beyde in Ansehung der Beweggründe sich geirret haben.** Ist meinem Mitpaciscenten der Beweggrund, weswegen ich mit ihm paciscirt habe, unbekannt, so hat in Gemäßheit der bekannten Rechtsregel: propositum in mente retentum nihil operatur, mein in Ansehung des Beweggrundes begangener Irrthum auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags keinen Einfluß. Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn er meinen Beweggrund weiß, und wir in Ansehung desselben beyde irren. Einen hieher gehörigen Fall enthält die *L.* 5. §. 1. *D. de Act. emt. et vend.* in den Worten: Sed si falso existimans *se damnatum vendere*, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor submoueri potest: quemadmodum si falso existimans *se damnatum dare*, promi-

y) Mit der angezogenen *L.* 18. *pr. D. de Reb. credit.* ist schwer zu vereinigen die *L.* 36. *D. de Adquir. rer. domin.* worin Julian sagt: Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam adcipias: constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa caussam dandi atque recipiendi dissenserimus. *cf. d' Orville Diss. ad L.* 36. *D. de Adquir. rer. domin. et L.* 18. *D de Reb. credit (in Oelrichs Thes. dissertt. in acadd. Belgg. habitt. Vol. III. p.* 293. *sqq.) Crell Obs. de proprietate rei donatae ad eum, qui quasi mutuam adcepit, transeunte, ad L.* 18. *D. de Reb. credit. et L.* 36. *D. de Adquir. rer. domin.* (Francof. et Lips. 1757.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0285
DFG

mississet, agentem doli mali exceptione submoueret: Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, vt liberetur. Daß der Käufer auch mit an dem Irrthume Antheil genommen, beweiset die *exceptio doli mali*, die sich sonst nicht füglich denken ließe.

4) **Wenn die Paeiscenten in Ansehung der Person sich geirret haben.** Glaube ich z. B. mit dem Titius zu paisciren, und dies ist nicht, sondern Cajus paiscirt mit mir, so gilt der Vertrag nicht. Indessen wird doch hier vorausgesetzt, daß derjenige, der den Vertrag wegen eines in Ansehung der Person vorgegangenen Irrthums inpugniren will, ein Interesse dabey habe, daß der Vertrag nicht gerade mit derjenigen Person abgeschlossen worden ist, mit welcher er denselben hat abschließen wollen z).

Anlangend hiernächst den zweyten Fall, wo nur der eine von den Paiscenten sich geirret hat, so war der Irrthum entweder mit einem Betruge des anderen Paiscenten verbunden, oder nicht. Wenn jenes ist, so kommen die oben vorgetragenen Grundsätze vom Dolus zur Anwendung, und es kann folglich, je nachdem der Dolus entweder ein dolus *causſam dans* oder ein dolus *incidens* ist, theils der Vertrag als nichtig inpugnirt, theils auf Schadensersatz geklaget werden. Ist hingegen dieses, so konnte ich den Irrthum entweder bey Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit vermeiden, oder ich konnte dies nicht. Im ersteren Falle ist mein Irrthum ein **vermeidlicher** (error *vincibilis*), und dieser verdienet keine rechtliche Nachsicht, vielmehr trit hier die Regel ein: damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur a); im letzteren Falle aber ist mein Irrthum ein **unvermeidlicher** (error *inuincibilis*), und dieser betrifft nun entweder ein wesentliches Stück des Vertrags, oder nicht. Im ersteren Falle kann wegen Mangel an Einwilligung der Vertrag nicht gelten; hingegen im letzteren Falle behauptet der Vertrag seine Gültigkeit, nur muß mir in Gemäßheit der Regel: ne-

z) *Struuius l. l. thes.* 15. *sqq.*

a) Um zu beurtheilen, ob der Irrthum ein error vincibilis oder inuincibilis sey, hat man auf den Grad des Fleißes zu sehen, den nach der Natur des abgeschlossenen Vertrags der Irrende anzuwenden verbunden war. *cf. Crell Diss. de ignorantia facti propriis interdum innocua, ad L.* 22. *D. de Condict. indeb.* (Vitemb. 1741.) §. 3. *p.* 11.

nemo debet locupletior fieri cum alterius damno, mein Mitpaciscent den Schaden vergüten.

§. 300. 301.

Furcht (*metus*) bestehet in der Drohung eines künftigen Uebels, und der Unterschied zwischen ihr und Gewalt (*vis*) ist nur der, daß dort künftige, hier gegenwärtige Uebel den Willen bestimmen b). Die absolute Gewalt übrigens, oder die, die ohne Bestimmung des Willens eines anderen unwiderstehlich zwingt, ist in ihren rechtlichen Effecten von der Gewalt, die erst den Willen des anderen sich zu bestimmen nöthiget, nicht unterschieden. In beyden Fällen bestimmet die Gewaltthätigkeit den Willen eines Menschen, den nur dessen Vernunft bestimmen soll, und gebraucht ihn also als Mittel Es ist hier der Ort nicht, die verschiedenen Gattungen der Furcht, welche in den Gesetzen angenommen werden, zu beschreiben, indem dies nach Anleitung unsers Verfassers unten im Titel: *Quod metus causſa geſtum erit*, geschehen muß; an dem gegenwärtigen Orte haben wir lediglich von den rechtlichen Wirkungen und Folgen derselben bey Verträgen zu handeln. Um diese rechtlichen Wirkungen und Folgen der aber Furcht gehörig zu bestimmen, muß man in Gemäßheit der positiven Gesetze mehrere Fälle genau von einander unterscheiden c).

Die Furcht, wodurch jemand zur Eingehung eines Vertrags bestimmet wurde, gründet sich entweder lediglich in seiner eigenen Einbildung, oder sie ist von einem anderen wirklich erreget worden. Im ersteren Falle behauptet der Vertrag seine Gültigkeit d); hingegen im letzteren Falle hat entweder der Mitpaciscent selbst, oder ein Dritter die Furcht erreget.

Ist

b) *cf.* L. 1. und *L.* 3. *D. Quod met. cauſſ.*

c) *cf. Rudolph Diſſ. de effectu metus in pactis et contractibus*, (Erlangae 1760.) Breuning Abh. vom Unterschiede des römischen und deutschen Rechts in den Geschäften, so durch unrechtmäßige Furcht veranlasset worden, (in Siebenkees juriſt. Magaz. Band II. S. 156. ff.) *Walch Diſſ. de negotiis et actibus vi metuue extortis ex iure romano partim ipſo iure nullis partim a praetore reſcindendis*, (Ienae 1790.)

d) *L.* 21. *pr. D. Quod met. cauſſ.*

Ist die Furcht von einem Dritten erreget worden, so war die Drohung entweder rechtmäßig oder unrechtmäßig. Im ersteren Falle schadet die Drohung der Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags nicht e); im letzteren Falle aber gab die Furcht entweder nur die Gelegenheit zur Eingehung eines Vertrags, welchen der Drohende selbst nicht intendirte, oder der Drohende beabsichtigte den nämlichen Vertrag, welcher der Furcht wegen abgeschlossen worden ist. Wenn jenes ist, so behauptet der Vertrag seine Gültigkeit f); ist hingegen dieses, so wußte entweder der Promissar, daß der Promittent durch Furcht zur Eingehung des Vertrags bestimmet wurde, oder er wußte solches nicht. Im ersteren Falle ist der Vertrag ungültig, vorausgesetzt, daß die Furcht nicht eitel oder ungegründet war g); hingegen im letzteren Falle ist der Vertrag entweder bereits erfüllet, oder nicht. Ist jenes, so behauptet zwar der Vertrag seine Gültigkeit, wie fern der verletzte Paciscent an denjenigen, welcher ihn durch widerrechtliche Drohungen in Schaden gesetzt hat, sich halten muß; inzwischen kann doch dem ersteren das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht abgesprochen werden, wenn von dem letzteren nichts zu erhalten seyn sollte h). Wenn aber dieses ist, so kann der Promittent gegen einen jeden, der ihn aus dem Vertrage belangt, mit der exceptione metus sich schützen i).

Ist die Furcht von dem Mitpaciscenten selbst erreget worden, so kommt es ebenfalls zuvörderst darauf an, ob die Drohung rechtmäßig, oder unrechtmäßig war. Im ersteren Falle schadet die Drohung der Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags nicht k); im letzteren Falle aber wußte entweder der Promissar den Promittenten auf eine hinterlistige und betrügerische Weise unter dem Scheine Rechtens in Furcht zu setzen und solchergestalt zu dem Vertrage zu bestimmen, oder er procedirte bey seinen Drohungen geradezu ohne eine solche List. Wenn jenes ist, so fällt nicht nur der ganze Vertrag als ungültig dahin, sondern es ist auch der Promissar, welcher der Concussion sich bediente, zur Re-

e) *L. 3. D. eod. L. 12. C. de Resc. vendit.*

f) *L. 9. §. 1. in fin. D. Quod met. causs. L. 34. §. 1. D. de Donat.*

g) *L. 5. C. de His, quae vi metusve causs.*

h) *L. 14. §. 3. D. Quod met. causs.*

i) *L. 4. §. 33. D. de Dol. mal. et met. except.*

k) *L. 13. §. 1. D. de Iniur.*

Restitution desjenigen, was er unrechtmäßiger Weise von dem Promittenten erpresset hat, sowohl als zum Ersatze aller verursachten Schäden gehalten, wenn auch gleich die Drohungen nicht zureichend gewesen seyn sollten, eine gegründete Furcht zu erregen l); ist hingegen dieses, so hatte entweder der in Furcht gesetzte Paciscent hinlänglichen Grund, sich vor der Drohung zu fürchten, und konnte auch nur lediglich durch Eingehung des Vertrags der Gefahr entgehen, oder es war dieses nicht. Im letzteren Falle behauptet der Vertrag seine Gültigkeit, weil zur Eingehung desselben der Promittent durch eitele Furcht sich bewegen ließ, daher denn auch in Gemäßheit der Regel: damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur, nur ihn allein der Schaden trifft m); im ersteren Falle hingegen wurde entweder der Vertrag selbst durch die erweckte Furcht lediglich veranlasset, so daß also ein metus *causſam dans* vorhanden ist, oder es wurde dadurch nur die gegenwärtige Modification des Vertrags veranlasset, so daß also ein metus *incidens* vorhanden ist. In beyden Fällen begründet vernünftiger Weise die Furcht eine Nichtigkeit, und zwar im ersten Falle in Ansehung des ganzen Vertrags, im zweyten Falle aber in Ansehung der Modification desselben n).

l) *L.* 11. und *L.* 12. *C. de His, quae vi metuſue cauſſ. L.* 1. *D. de Concuſſ. L.* 3. *C. de Condict. ob turp. cauſſ.*

m) *L.* 7. *pr.* D. *Quod met. cauſſ. L.* 184. D. *de Reg iur.*

n) *cf. Rudolph l. l. Sect. II.* §. 17. Das römische Recht befolget diese Principien wegen des Unterschiedes zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten nicht durchgehends, indem bey jenen die Furcht ganz andere Folgen mit sich führet, als bey diesen. Die Gültigkeit der stricti iuris Contracte hieng bey den Römern so genau von der Contractsformel ab, daß alles dasjenige, was nicht ausdrücklich darin fest gesetzt war, auch nicht zu den Bestimmungen derselben gehörte, und gar nicht in Betracht gezogen wurde. *L.* 126. §. 2. *in fin. D. de Verbor. oblig.* Daher waren die stricti iuris Contracte gültig, wenn sie gleich durch Furcht veranlasset waren, es mogte nun diese ein metus cauſſam dans oder ein metus incidens gewesen seyn, wenn nicht ausdrücklich dabey stipulirt worden war: *metum abeſſe et abfuturum eſſe.* Der Prätor aber, welcher dies unbillig fand, versprach den in Furcht gesetzten Paciscenten, sie gegen den Vertrag in integrum zu restituiren. Von diesem prätorischen Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand werden wir unten im Titel: *Quod metus cauſſa geſtum erit* handeln. Gleichwie übrigens heutiges Tages alle Verträge ohne Ausnahme bonae fidei sind, so finden auch bey uns in Ansehung der Furcht lediglich die von den römischen Gesetzen bey diesen gebilligten Principien des Naturrechts statt.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0289
DFG

§. 302.

Verstellung (*simulatio*, *dissimulatio*) ist der fälschlich angenommene Schein einer Sache, oder die fälschliche Vorgebung, wodurch man einen anderen zu täuschen suchet (actus, quo aliud interne intendimus, aliud externe significamus) o). Bey allen Geschäften wird oft Verstellung gebrauchet, daher sie denn auch häufig bey Verträgen angetroffen wird p).

Um die rechtlichen Wirkungen und Folgen der Verstellung bey Verträgen gehörig zu bestimmen, hat man verschiedene Fälle genau von einander zu unterscheiden q).

Die Verstellung bey einem Vertrage geschiehet entweder mit Einwilligung beyder Paciscenten oder nicht. Im letzteren Falle, wo nur von dem einen Paciscenten die Verstellung geschiehet, müssen diejenigen Grundsätze, welche oben von dem Betruge bey Verträgen vorgetragen worden sind, zur Anwendung gebracht werden r). Was hingegen den ersteren Fall, wo mit Einwilligung beyder Paciscenten die Verstellung geschiehet, anbetrifft, so muß man wieder distinguiren. Es wird entweder wirklich ein Vertrag abgeschlossen, und nur die Art des Vertrags verstellet, oder die Interessenten gehen in Wahrheit

o) Verstellung und Heucheley sind gleichbedeutend, nicht aber Verstellung und Simulation, wenn man die Sache genau nimt, indem strenge genommen nach dem bekannten Sprüchworte der Grammatiker: quae non sunt, *simulo*, quae sunt, ea *dissimulantur*, letztere nur als eine Gattung der ersteren anzusehen ist. Wenn ich etwas durch Mienen, Gebärden, Worte oder Werke äussere oder vorgebe, das nicht an dem ist, so thue, als ob etwas so sey, da es doch nicht ist, so begehe ich eine Simulation; gebe ich hingegen durch Mienen, Gebärden, Worte oder Werke vor, daß etwas nicht sey, was doch allerdings an dem ist, thue so, als ob etwas nicht sey, was doch wirklich ist, so begehe ich eine Dissimulation. Beyde, Simulation und Dissimulation, sind unter dem ursprünglich deutschen Worte Verstellung begriffen, und man redet daher nicht accurat, wenn man das Wort Verstellung durch Simulation überfetzt. Es lässet sich inzwischen nicht läugnen, daß die Wörter *Simulatio* und *Dissimulatio* in den Schriften der Alten hin und wieder promiscue gebrauchet werden.

p) Cocceii Diss. *de simulatione*. (Francof. 1693.) *de Lichtenstein Diss. de simulatione circa matrimonium*, (Goettingae 1743.)

q) *Schubart Disp. de contractu simulato*, (Ienae 1692.)

r) §. 296.

heit keinen Vertrag ein, sondern stellen sich nur so, als wenn sie einen Vertrag eingiengen. Im letzteren Falle ist ein so genannter Scheinvertrag vorhanden, und dieser ist nun völlig unverbindlich, weil bey ihm die Paciscenten nicht die ernstliche Absicht hatten, eine Verbindlichkeit zu errichten s); wird aber ein Dritter dadurch verletzt, so ist dieser allerdings befugt, Entschädigung zu fordern t). Hingegen im ersteren Falle gilt die Regel: plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur, wozu die Gesetze selbst Anweisung geben v). Nur derjenige Vertrag, welchen die Interessenten wirklich haben abschließen wollen, ist gültig. Wenn ich z. B. jemandem eine Sache schenken will, ich verkaufe sie ihm aber zum Scheine, und nehme entweder eine solche Kleinigkeit dafür, die gar nicht als ein Kaufpretium angesehen werden kann, oder bestimme zwar ein ordentliches Kaufpretium, reversire mich aber, daß ich solches nicht fordern wolle, so gilt nicht der simulirte Kauf, sondern die Schenkung x). Ist aber ein Vertrag in die Form eines anderen Vertrags eingekleidet worden, so lässet sich in Beurtheilung der Sache nicht richtiger zu Werke gehen, als wenn zuvörderst dasjenige, was unter den Paciscenten wirklich verhandelt worden, und hernach das, was der Inhalt und die Form des Vertrags ergiebt, in rechtliche Erwägung gezogen wird. Nicht die äusserliche in den darüber errichteten Instrumenten vorkommende Benen-

s) *L.* 54. *D. de Obligat. et act. L.* 55. *D. de Contrab. emt. L.* 21. *C. de Transact.*

t) *L.* 7. §. 9. *D. de Pact. L.* 49. *pr. D. de Act. emt. vend.* So ist mir der Fall bekannt, wo ein reicher Jude einem Betteljuden aus Freundschaft einen Wechselbrief über eine große Summe zum Scheine ausstellte, um diesem Credit zu machen. Der Betteljude benutzte dieses Document wirklich, indem er durch Vorzeigung desselben einen Landmann bewog, ihm eine beträchtliche Quantität Getreide auf Credit zu geben, unter dem Versprechen, daß er mit der Verfallzeit des Wechsels den Kaufschilling bezahlen werde. Nachdem nun die Verfallzeit des Wechsels verflossen war, waren alle Versuche des Verkäufers, von dem Betteljuden, welcher das Getreide längst verthan hatte, den Kaufschilling zu erhalten, vergeblich. Zufälliger Weise entdeckte sich aber die Bewandniß, welche es mit dem Wechselbriefe hatte; der Verkäufer stellte daher nunmehro gegen den reichen Juden eine Klage an, und dieser wurde condemnirt, jenen schadlos zu halten.

v) *L.* 1. *C. Plus val quod ag. quam quod simul. concip.* In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet. *cf. Boehmer Diss. de suspectis conventionum formulis, (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. II. p.* 223. *sqq.)*

x) *L.* 36. und *L.* 38. *D. de Contrab. emt. L.* 46. *D. Locat. L.* 3. und *L.* 9. *C. de Contrab. emt.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0291
DFG

nennung, und die bloßen Worte, sondern die Beschaffenheit der Sache muß hier den Ausschlag geben. Die hauptsächlichsten Quellen der Beurtheilung dessen, was die Contrahenten eigentlich zur Absicht gehabt und was unter dem vorgewendeten Vertrage verborgen liegt, sind theils die Untersuchung des Grundes, Ursprungs und der Veranlassung des eingegangenen Vertrags, theils die genaue Erwägung seines Sachinhalts in allen und jeden, besonders aber in den wesentlichen Puncten y).

Behaupte ich, daß bey dem Vertrage eine Verstellung zum Grunde liege, so muß ich solches beweisen, weil jede Verstellung factisch ist, und folglich im Zweifel nicht vermuthet werden kann z); habe ich aber bewiesen, daß bey dem Vertrage eine Verstellung wirklich vorhanden, und daß die darüber ausgefertigte Urkunde bloß zum Scheine errichtet sey, so schadet mir die in letzterer enthaltene Entsagung der Einrede der Verstellung nicht, weil die ganze Urkunde ungultig ist.

§. 303.

Nicht nur Handlungen, sondern auch Sachen sind ein Gegenstand der Verträge. Wird über eine Sache paciscirt, so existirt diese entweder schon zu der Zeit, wo man den Vertrag eingehet, oder sie existirt zwar noch nicht, kann aber doch zur Existenz gelangen. Im ersteren Falle ist ein pactum *de re exsistente*, und im letzteren Falle ein pactum *de re futura* vorhanden. Was das *pactum* de re futura anbetrifft, so hat nun dieses zum Gegenstande entweder solche Sachen, deren Existenz bloß vom Zufalle abhängt, oder solche Sachen, deren Existenz nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur ordentlicher Weise zu hoffen stehet. Wenn jenes ist, so heißt der Vertrag pactum *spei simplicis*; ist aber dieses, so wird er pactum *rei speratae* genannt. Als ein Vertrag über die bloße Hoffnung ist z. B. die emtio *iactus retis* anzusehen, wo ich dem Fischer, welcher sein Netz auswirft, den Fischzug abkaufe; ein Vertrag über die gehoffte Sache aber ist z. B. die emtio *fructuum in herbis*, wo ich dem Grundbesitzer die Früchte, welche erst noch wachsen und rei-

y) *Reinbarth Selectt. observatt. ad Christinaei decisf. Vol. III. Obs. XXVII.* Meister practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte, Band I. Bemerk. XXV. S. 208 ff.

z) *L.* 6. und *L.* 18. *D. de Probat.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0292
DFG

reifen müssen, abkaufe a). Der Unterschied zwischen beyden Gattungen der Verträge ist folgender. Des *pactum* spei simplicis behauptet beständig seine Gültigkeit, die Hoffnung mag übrigens ausfallen, wie sie immer will. Erhalte ich also in dem angeführten Beyspiele auch nicht einen einzigen Fisch, so bin ich gleichwohl das versprochene Kaufpretium zu erlegen verbunden b); dagegen ist mir aber auch der Fischer für das bedungene Kaufpretium den ganzen Fischzug zu geben gehalten, es mag auch dieser den Kaufpreis noch so hoch übersteigen c). Das *pactum* rei speratae hingegen setzet zu seiner Gültigkeit zum voraus, daß die gehoffte Sache wenigstens einigermaßen zur Existenz gelange. Wenn ich also in dem angeführten Beyspiele gar keine Früchte erhalte, weil wider den gewöhnlichen Lauf der Natur gar keine gewachsen sind, so bin ich das versprochene Kaufpretium zu erlegen nicht verbunden d); dagegen ist mir aber auch der Grundbesitzer für das bedungene Kaufpretium die sämmtlichen Früchte zu geben gehalten, es mögen diese den Kaufpreis noch so hoch übersteigen e). Die Practiker pflegen den erwähnten Unterschied zwischen beyden Gattungen der Verträge so auszudrücken: emtio spei est *pura*; emtio rei futurae vero *conditionalis*. Wirklich liegt bey dem Vertrage über die gehoffte Sache eine Bedingung zum Grunde, die stillschweigende Bedingung nehmlich, daß die gehoffte Sache wenigstens einigermaßen zur Wirklichkeit komme; sind daher gar keine Früchte gewachsen, so ist der Vertrag ungültig, weil jene Bedingung nicht eingetreten ist. Ganz anders verhält es sich aber mit dem Vertrage über die bloße Hoffnung; bey diesem ist an eine solche Bedingung gar nicht zu denken, weil der ganze Gegenstand desselben auf einem bloßen Glückszufalle beruhet f).

Quae-

a) *cf.* Linck *Diss. de differentia spei et rei speratae in emtione venditione*, (Argent. 1735.) a Rheden *Diss. de emtione spei et rei speratae*, (Bremae 1712.) Westphal Abh. von dem Handel über künftigen ungewissen Gewinn, (Halle 1783.)

b) *L.* 8. §. 1. *D. de Contrab. emt. L.* 11. §. *vlt. D. de Act. emt. vend.*

c) *L.* 12. *D. de Act. emt. vend.*

d) *L.* 8. *pr. D. de Contrab. emt.*

e) *cf.* Pantoia de Aiala *Com. in L. vlt. C. de Aleator.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p.* 1055.)

f) Die emtio *spei* wird in den Gesetzen selbst emtio *aleae* genannt. *L.* 8. §. 1. *D. de Contrab. emt.*

Quaecumque vero praestatio promittatur, setzt Hellfeld noch hinzu, illa in conuentione satis determinata esse debet, ideoque pactum, in quo nihil certi promittitur, obligationem haud producit. Zur Gültigkeit eines jeden Vertrags ist in der Regel erforderlich, daß der Gegenstand desselben hinlänglich bestimmt, oder so bezeichnet sey, daß man weiß, worin er bestehen soll g). Eine unbestimmte Erklärung wirkt kein bestimmtes Recht. Wenn ich z. B. erkläre, daß ich jemandem etwas schenken wolle, ich bestimme aber die zu schenkende Sache nicht, und sie lässet sich auch nicht durch die Regeln der Auslegungskunst bestimmen, so ist die Schenkung ungültig. Ausnahmen von der Regel finden indessen statt:

1) wenn schon durch Gesetze oder Herkommen fest gesetzt worden, was der Versprechende zu leisten verbunden ist h);

2) wenn die Bestimmung des Gegenstandes der Convention einem Dritten überlassen worden, und dieser nicht nur gewiß ist, sondern auch die Bestimmung nach den Regeln der Billigkeit wirklich macht i);

3) wenn der Gegenstand des Vertrags in Beziehung auf ein anderes Object dergestalt angegeben ist, daß durch Vergleichung des letzteren das erstere in gehörige Gewißheit gesetzt werden kann k).

§. 304.

Soll ein Vertrag gültig seyn, so muß auch ferner der Gegenstand desselben in der Gewalt der Paciscenten stehen, oder ein solcher seyn, worüber die Paciscenten zu disponiren befugt sind. Daher können nun

1)

g) *L.* 69. §. 4. D. *de Iur. dot. L.* 94. und *L.* 115. *pr. D. de Verbor. obligat.*

h) Dahin gehöret das vom Verfasser in der Note g. berührte Beyspiel eines vom Vater unbestimmt versprochenen Brautschatzes, wovon unten im §. 1238. die Rede seyn wird. *L.* 69. §. 4. *D. de Iur. dot.*

i) *L.* 25. D. *Locat. L. vlt. C. de Contrab. emt.*

k) L. 75. §. 5. *D. de Verbor. obligat. cf. Thomasius Diss. de obligatione ex promissione rei incertae*, (Halae 1715.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0294
DFG

1) fremde Sachen eigentlich keinen Gegenstand der Verträge abgeben l), und eben das gilt von einem fremden Factum m). Wird

α) über eine fremde Sache ein Vertrag abgeschlossen, so wird derselbe zum Vortheile des anderen Paciscenten, dem die Sache ist versprochen worden, wiewohl ohne Präjudiz des Eigenthümers, nicht nur für gültig erkläret, sondern auch demjenigen, welchem die Sache ist geleistet worden, vsucapiendi conditio beygelegt n). Will inzwischen einer von den Paciscenten aus dem Vertrage klagen, so muß man distinguiren. Es ist die Rede entweder von der dem Empfänger nach geendigtem Vertrage obliegenden Verbindlichkeit, die Sache zurück zu geben, oder von der Verbindlichkeit, die Sache zur Erfüllung des Vertrags zu übergeben, oder von der Verbindlichkeit, Entschädigung wegen der erfolgten Eviction zu prästiren. Im ersten Falle ist die Klage aus dem Vertrage für gegründet allerdings zu achten, da selbst dem Diebe in dieser Rücksicht ein Klagerecht zuständig ist o). Was hingegen den zweyten Fall anbetrifft, wo von der Verbindlichkeit zur Uebergabe die Rede ist, so wurde der Vertrag entweder unter der Bedingung des noch zu erwerbenden Eigenthums abgeschlossen, oder nicht, sondern vielmehr unbedingt. Wenn jenes ist, so kann der Promissar bey eingetretener Bedingung auf die Erfüllung des Versprechens durch die Tradition der Sache klagen; ist aber dieses, so war der Promissar zur Zeit des eingegangenen Vertrags entweder in bona fide, oder nicht. Im ersteren Falle ist er wider den Promittenten dahin, daß ihm dieser die versprochene Sache tradire oder das Interesse leiste, zu klagen

l) *L. vlt. C. de Pact.*

m) *L. 65. D. de Fideiussor.*

n) *L. 28. D. de Contrab. emt. L. 9. pr.* und *L. 16. D. de Pignerat. act. L. 15. D. Commod. L. 7. l. 9. pr.* und *§. vlt. D. Locat. L. 11. D. Solut. matrim. cf.* Westphal Abh. von Verpfändung fremder Güter, (Halle 1779.)

o) *L. 16. D. Commod. L. 22. §. 2. D. de Pignerat. act. L. 1. §. 39. D. Depos.*

gen wohl befugt, nicht aber im letzteren Falle p). Anlangend endlich den dritten Fall, wo von der Verbindlichkeit zur Schadloshaltung wegen einer erfolgten Entwährung die Rede ist, so kommt es auch hier wieder darauf an, ob dem Promissar zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags das Eigenthumsrecht des Dritten unbekannt war, oder ob er solches wußte. Im ersteren Falle findet die Entschädigungsklage wider den Promittenten statt; hingegen im letzteren Falle nicht q). Wird

β) über ein fremdes Factum ein Vertrag abgeschlossen, so gehet entweder die Absicht der Paciscenten dahin, daß der Dritte auf eine unrechtmäßige Weise angehalten werden soll, die Handlung zu unternehmen, oder es ist dies nicht. Im ersten Falle ist der Vertrag als ungültig anzusehen, weil er eine unerlaubte Handlung zum Gegenstande hat; hingegen im zweyten Falle wird das durch den Vertrag versprochene Factum so angenommen, als wenn der Versprecher die Bewirkung desselben, wenn es möglich wäre, bloß berücksichtiget habe r). Ist in diesem Falle der Promit-

p) *L.* 34. §. 3. *D. de Contrab. emt. L.* 30. §. 1. *D. de Act. emt. vend.*

q) *L.* 16. §. 1. *in fin. D. de Pignerat. act. L.* 27. *C. de Euict. L. vlt. C. de Commun. rer. alienat.*

r) Das römische Recht befolget diesen Grundsatz nicht in Gemäßheit der eigenthümlichen Natur der Stipulationen, die bekanntlich mit feyerlichen Worten geschlossen, und nicht nach der Billigkeit und der Absicht der Paciscenten, sondern nach den Worten erkläret wurden. Ulpian sagt in der *L.* 38. *pr. D. de Verbor. oblig* ausdrücklich: Nemo alienum factum promittendo obligatur, und das nämliche lehret Justinian im §. 3. *I. de Inutil. stipulat.* wenn er sagt: Si quis alium daturum facturumue quid promiserit, non obligabitur: veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Den Grund enthält die *L.* 83. *pr. D. de Verbor. oblig.* worin Paulus sich so verlauten lässet: Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur: itaque alius pro alio, promittens daturum facturumue eum, non obligatur; nam de se quemque promittere oportet. Sehr schön ist die Bemerkung, welche *Vinnius Com. in Institut. Tom. II ad* §. 3. *de Inutil. stipulat. num.* 1. *p.* 706. *ed. nouiss.* macht: Qui alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest. Cur ipse non obligetur, duae causae sunt; vna, quia non consentit, vt det aut faciat; altera, quia, etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen

mittent das Factum zu bewirken nicht vermögend, so ist das Versprechen entweder so geschehen, daß es eine Intercession enthält, oder nicht. Im ersten Falle kann der Promissar das Interesse vom Promittenten verlangen, wenn dieser auch gleich allen Fleiß angewendet haben sollte, den Dritten zur versprochenen Prästation zu bewegen; im zweyten Falle aber hat der Promittent entweder den Werth desjenigen, was der Dritte prästiren soll, erhalten, oder nicht. Wenn jenes ist, so haftet der Promittent für den widrigen Erfolg seines Versprechens dergestalt, daß ihn auch der größte Fleiß von der Leistung des Interesse nicht befreyen kann; ist hingegen dieses, so hat der Promittent entwe-

tamen verbis id non promittit: quorum vtrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad inpediendam verborum obligationem. In einigen Fällen legten indessen die Römer doch wirklich einem solchen Versprechen ausnahmsweise verbindliche Kraft bey. So war 1) das Versprechen: man wolle dafür sorgen, oder dazu behülflich seyn, oder es dahin bringen, daß ein Dritter etwas thue, oder gebe, allerdings verbindlich. Quod si effecturum se, heißt es am Ende des angezogenen §. 3. *I. de Inutil. stipulat.* ausdrücklich, vt Titius daret, spoponderit, obligatur. *Vinnius l. l.* giebt den Grund ganz richtig an, wenn er sagt: Quippe hac stipulatione, non tam factum *alienum*, quam *proprium* promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum vt alter daret curaturum se promisit, aut si promiserit curaturum se, vt alius aliquid faciat, tenebitur in id quod stipulatoris intererit. Die Stipulation über das fremde Factum enthält zugleich ein eigenes Factum des Promittenten. 2) Verschiedene ein fremdes Factum betreffende Stipulationen waren schon ihrer Natur nach so beschaffen, daß der Promittent sich möglichst bemühen mußte, den Dritten dahin zu bewegen, daß dieser etwas thue, indem widrigenfalls jener das Interesse zu leisten verbunden war. Dahin gehörten z. B. die Stipulationen alium iudicio sisti und rem ratam dominum habiturum. *L.* 38. §. 24. und *L.* 81. *pr. D. de Verbor. oblig. L.* 18. und *L.* 19. *D. Rem rat. hab.* 3) Wenn das fremde Factum lediglich auf die Erfüllung desjenigen, wozu der Promittent schon selbst verbunden war, gieng. Versprach z. B. der Schuldner seinem Gläubiger, es solle ein Dritter für die Schuld Bürgschaft leisten, so hatte dieses Versprechen, wenn es auch mit bloßen Worten, ohne eine förmliche Stipulation, geschehen war, doch auf jeden Fall die Wirkung eines Constitutums. *L.* 14. §. 2. *D. de Constit. pec.* 4) Wenn der Promittent auf den Fall, wo das fremde Factum nicht geleistet werden würde, zu einer Geldstrafe oder zur Leistung des Interesse ausdrücklich sich verbindlich gemacht hatte. §. 21. *I. de Inutil. stipulat. L.* 38. §. 2. *D. de Verbor. oblig.* Da heutiges Tages die Verträge nicht mehr mit feyerlichen Worten abgeschlossen, mithin auch nicht nach den Worten, sondern nach der Billigkeit und der Absicht der Paciscenten erkläret werden, so finden bey uns jene Subtilitäten des römischen Rechts keine Anwendung.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0297
DFG

der zur Leistung des Interesse ausdrücklich sich anheischig gemacht, oder nicht. Im ersten Falle verstehet es sich von selbst, daß der Promissar das Interesse zu fordern befugt seyn müsse; im zweyten Falle aber ist der Promittent lediglich zum größten Fleiße verbunden, und wenn er diesen vergeblich angewendet hat, so mag ihn der Promissar auf das Interesse nicht ansprechen s).

2) Sachen, welche durch die positiven Gesetze den Privatverfügungen der Menschen entweder ganz, oder doch in so fern, daß darüber nicht paciscirt werden soll, entzogen sind, können ebenfalls keinen Gegenstand der Verträge abgeben. Zu den Sachen der ersteren Art gehören nach dem römischen Rechte z. B. die res sacrae t); es giebt auch heutiges Tages Dinge, die vermöge besonderer Landesgesetze nicht im Commerz sind, und Contrebandewaaren genannt werden. Sachen der letzteren Art sind in Gemäßheit der römischen Gesetze z. B. res litigiosae, imgleichen, wie unser Verfasser bemerket, der künftige Nachlaß eines noch lebenden Menschen. Ein in den Gesetzen verbotener Vertrag, welchen Ulpian in der *L.* 7. §. 16. *D. de Pact.* mit dem Namen eines pacti a iure communi remoti belegt, bringt keine Verbindlichkeit hervor. Ius publicum, sagt Papinian in der *L.* 38. *D. eod.* ausdrücklich, priuatorum pactis mutari non potest. Auf das Wohl des ganzen Staats abzweckende Gesetze können durch Verträge der Unterthanen nicht aufgehoben werden; daher ist jeder Vertrag, worin etwas anders bestimmet wird, als es in den Gesetzen des ge-

s) *cf.* Hertius *Diss. de obligatione alium daturum facturumue. Sect. I §. 8. sqq. (in Eiusdem opusc. Vol. I. Tom. III. p. 370. sqq.)* Andere Rechtslehrer unterscheiden, ob der Promittent bloß versprochen, er wolle dafür sorgen und sich alle Mühe geben, daß der Dritte etwas thue, oder ob er versprochen, es dahin zu bringen, daß der Dritte dem Promissar dasjenige, was derselbe verlangt, prästire. Im ersten Falle, sagen sie, sey der Promittent von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er sich alle Mühe gegeben hat, gesetzt auch, daß seine Mühe vergeblich gewesen; im zweyten Falle aber müsse er das Interesse prästiren. *cf. a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXI. med. 9. 10. Meuius Deciss. Tom. II. Part. VI. Decis. CCCCVI. p. 273. Part. VIII. Decis. XXXIII. p. 610. ed. nouiss. Bachouius Nott. et animaduerss. ad disputt. Treutl. Vol. II. Disp. XXVII. thes. 2 lit. G.* Daß durch diese Distinction die Sache nicht erschöpfet werde, ist leicht einzusehen.

t) §. 165.

gemeinen Bestens wegen verordnet worden, für ungültig zu achten.

§. 305.

Es sind bey den Verträgen drey verschiedene Bestimmungen, nehmlich

1) essentialia,

2) naturalia, und

3) adcidentalia,

zu unterscheiden. Diejenigen Bestimmungen, welche zu einem gewissen Vertrage so nothwendig erfordert werden, daß ohne sie der Vertrag nicht der seyn kann, welcher er seyn soll, heißen *essentialia*. Diejenigen Bestimmungen, welche der Vertrag gewöhnlich hat, deren Daseyn also vermuthet wird, die aber doch durch Nebenverabredungen der Paciscenten davon getrennet werden können, heißen *naturalia*. Endlich diejenigen Bestimmungen, welche bey dem Vertrage nicht gewöhnlich sind, und dabey nicht statt finden, wenn sie nicht ausdrücklich ausbedungen werden, heißen *adcidentalia*. So sind z. B. bey dem Kaufcontracte Waare und ein in einer bestimmten Summe Geldes bestehender Preis essentialia, weil da, wo dies nicht ist, kein Kaufcontract sich denken lässet; naturalia hingegen sind die Bestimmungen, daß der Verkäufer die Eviction leisten, der Käufer Zinsen vom Kaufpretium bezahlen muß, so bald ihm die Waare tradirt ist, weil dies bey dem Kaufcontracte gewöhnlich und so lange Rechtens ist, als nicht von den Contrahenten ein anderes ausgemacht wird; adcidentalia endlich sind die Bestimmungen, daß das Kaufpretium in gewissen Münzsorten bezahlet werden soll, daß auf den Fall, wo der Käufer binnen einer gewissen Zeit das Kaufpretium nicht bezahlen würde, der Kaufcontract nicht gelten soll, weil dies nicht statt findet, wenn es nicht von den Contrahenten ausdrücklich ausbedungen wird.

Die naturalia und adcidentalia nennt Papinian in der *L. 72. pr. D. de Contrah. emt.* mit einem Worte: adminicula des Vertrages.

§. 306.

§. 306.

Nach dem Naturrechte verbindet ein jeder Vertrag, wenn nur α) die Paciscenten consentiren konnten, β) wirklich consentiret haben, und γ) der Gültigkeit des Vertrags kein physisches oder moralisches Hinderniß im Wege stehet. Die Römer aber blieben bey ihrer Gesetzgebung hierin dem Naturrechte nicht ganz getreu, indem sie es nicht für räthlich hielten, alle nach dem Naturrechte gültige Verträge auch im Staate für obligatorisch zu erklären, damit nicht dieser oder jener durch ein unüberlegtes Versprechen sich übereilen möge v). Sie billigen es zwar einerseits nicht, wenn jemand einen Vertrag nicht halten will, allein sie glauben doch andererseits, daß es schädliche Folgen habe, wenn man aus jedem Vertrage, der nach dem Naturrechte gilt, auch im Staate eine Klage verstatte, weil nicht bey allen Verträgen ein ernstlicher und überlegter Wille der Paciscenten statt finde. Hierauf gründet sich nun die im römischen Rechte so wichtige Distinction zwischen Contracten und eigentlichen Verträgen, welche wir jetzt näher betrachten wollen.

Zuvörderst werden nach dem römischen Rechtssysteme die Verträge überhaupt in obligatorische und liberatorische eingetheilet. Wenn nehmlich durch den Vertrag eine noch nicht vorhandene Verbindlichkeit fest gesetzt wird, so heißt er pactum *obligatorium* s. *adfirmatiuum*; wird aber durch ihn eine schon existirende Verbindlichkeit auf der einen Seite zernichtet, und dagegen eine negative auf der anderen Seite begründet, vermöge deren einer nicht thun darf, was er zuvor thun durfte, so wird er pactum *liberatorium* s. *negatiuum* genannt x). So ist es z. B. ein pactum *obligatorium*, wenn ich jemandem 1000. Thlr. zu bezahlen vertragsweise verspreche, indem ich hier eine Verbindlichkeit übernehme, die ich zuvor nicht hatte; ein pactum *liberatorium* hingegen ist es, wenn ich jemandem eine Forderung von 1000. Thlr. vertragsweise erlasse, indem hier die Verbindlichkeit, mir diese Geldsumme zu bezahlen, auf Seiten des Schuldners zernichtet, auf meiner Seite aber die negative Verbindlichkeit, sie nicht zu fordern, begründet wird.

Was

v) *cf. van Bynkershoek Diss. de pactis stricti iuris contractibus in continenti adiectis, cap. I.* (*in Eiusdem opusc. p* 94.) *Beſt Orat. de pactorum et contractuum secundum ius gent. et nom. natura et aequitate*, (*in Eiusdem Rat. emend. legg. p.* 69. *sqq.* *Langsdorf Tr. de pactis et contractibus romanor. Sect. III.* §. 18. *sqq.*

x) Die pacta *liberatoria* s. *negatiua* werden auch oft pacta *remissoria*, imgleichen *de non petendo* genannt.

Was die obligatorischen Verträge anbetrifft, so sind nun diese in Gemäßheit des römischen Rechts entweder Contracte oder eigentliche Verträge. Die römischen Gesetzgeber hielten es, wie vorhin bemerket wurde, nicht für räthlich, allen obligatorischen Verträgen ein Klagerecht beyzulegen, aus Besorgniß, daß mancher durch ein unüberlegtes Versprechen sich übereilen mögte, und daher viele Processe entstehen dürften. Schon das ius ciuile antiquum et stricte sic dictum legte nur gewissen Gattungen von Verträgen die Kraft bey, eine Klage hervor zu bringen, und diese Verträge wurden Contracte genennt a contrahenda obligatione, oder um deswillen, weil dadurch eine Verbindlichkeit gestiftet werden konnte, die in dem römischen Staate die vollkommenste Wirkung hatte, so daß man daraus nicht nur excipiren, sondern auch eine Klage anstellen konnte y).

In der *L.* 7. §. 1. *D. de Pact.* sagt Ulpian: Quae (*conuentiones*) pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: vt emtio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus. Diejenigen Conventionen, welche eine Klage wirken, behalten den allgemeinen Namen Conventionen nicht, sondern werden Contracte genannt, z. B. der Kauf und Verkauf, die Verpachtung und Pachtung, die Societät, das Commodat

y) Nicht immer werden indessen Verträge, sondern häufig auch alle übrigen Arten verbindlicher Handlungen, selbst die unerlaubten mit eingeschlossen, durch contractus bezeichnet. Omnem obligationem, sagt Paulus in der *L.* 20. *D. de Iudic.* merklich, pro contractu habendam, existimandum est; vt vbicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamuis non ex crediti causa debeatur. Es gehören hieher ebenfalls die Worte des Tryphonin in der *L.* 52. *D. de Re iudic.* Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, in solidum condemnari debet: quoniam ex malo contractu et delicto oritur: imgleichen des Marcian in der *L.* 15 *D. de Donat.* Post contractum capitale crimen donationes factae non valent, ex constitutione Diuorum Seueri et Antonini, nisi condemnatio sequuta sit; wie auch des Papinian in der *L. vlt. D. de Adcusat. et inscript.* Alterius prouinciae reus apud eos adcusatur et damnatur, apud quos crimen contractum ostenditur: quod etiam in militibus esse obseruandum optimi principes nostri generaliter rescripserunt, *cf.* d'Auezan *Contract. Lib. I. cap. II. in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p. 7. sqq.*) Weber systemat. Entwickel der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, §. 25. *not.* 2. S. 76.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0301
DFG

dat, die Hinterlegung und andere ähnliche Contracte. Sed et si in alium contractum res non transeat, fährt Ulpian im §. 2. fort, subsit tamen caussa: eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem: vt puta, dedi tibi rem, vt mihi aliam dares, dedi vt aliquid facias: hoc συναλλαγμα, id est, contractum esse, et hinc nasci ciuilem obligationem. Et ideo puto, recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc. Dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas: manumisisti: euictus est Stichus: Iulianus scribit, in factum actionem a praetore dandam: ille ait, ciuilem incerti actionem, id est, praescriptis verbis, sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, vnde haec nascitur actio. Wenn indessen die Convention kein benannter Contract ist, und doch einen rechtlichen Grund hat, so ist sie, wie Aristo dem Celsus richtig respondiret, verbindlich. Gebe ich dir z. B. eine Sache in der Absicht, daß du mir eine andere gebest, oder gebe ich dir etwas, daß du mir etwas dafür thun sollst, so ist ein συναλλαγμα, das heißt ein Contract und eine im Staate anerkannte Verbindlichkeit, vorhanden. Daher glaube ich, daß Julian vom Maurician mit Recht getadelt wird. Nehmlich der Fall ist dieser: ich habe dir den Sclaven Stichus unter der Bedingung gegeben, daß du den Sclaven Pamphilus frey lassen sollst; du lässest den Pamphilus wirklich frey, und nun wird dir Stichus evincirt. Hier behauptet Julian, du müssest dir vom Prätor die actionem in factum geben lassen, wenn du mich auf die Evictionsleistung belangen willst: Maurician aber sagt, dies sey nicht nöthig, du habest die actionem *ciuilem* incerti, actionem praescriptis verbis; denn es sey ein Contract, oder, wie Aristo sagt, ein συναλλαγμα vorhanden, aus dem die actio praescriptis verbis entstehet. Sed quum nulla subest caussa propter conuentionem, füget Ulpian in §. 4. noch hinzu, hic constat, non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Hat die Convention keinen rechtlichen Grund, so wirket sie keine völlige Verbindlichkeit; ein bloßer Vertrag daher begründet keine Klage, sondern nur eine Exception.

Der Unterschied zwischen Contracten und eigentlichen Verträgen wird hier sehr genau characterisirt. Contractus sind im eigentlichen Sinne des römischen Rechts diejenigen Verträge, welche eine caussam ciuilem haben; alle übrige Conventionen hingegen, welche eine caussam ciuilem nicht haben, wer-

werden pacta im eigentlichen Verstande genannt. Unter der cauſſa ciuili iſt alles dasjenige zu verſtehen, was macht, daß aus einer Convention von jeher geklaget werden durfte. Es kann alſo die cauſſa ciuilis nicht bloß 1) in einer wirklichen Leiſtung, ſondern auch 2) in der Feyerlichkeit mündlich ausgeſprochener Worte, 3) in dem bloßen Conſens der Partheyen, und 4) in einem ſchriftlichen Aufſatze liegen z).

§. 307.

Nach der ſo eben bemerkten vierfachen Verſchiedenheit der cauſſae ciuilis, wodurch Conventionen zu Contracten erhoben werden, giebt es auch vier verſchiedene Gattungen von Contracten, nehmlich

1) Realcontracte, welche erſt durch eine erfolgte Tradition oder ſonſtige Präſtation verbindliche Kraft erhalten;

2) Verbalcontracte, deren verbindliche Kraft auf die Feyerlichkeit mündlich ausgeſprochener Worte ſich gründet;

3) Conſenſualcontracte, welche durch die bloße Einwilligung der Partheyen in eine gegenſeitige Präſtation verbindliche Kraft erhalten;

4) Litteralcontracte, deren verbindliche Kraft in einem ſchriftlichen Aufſatze liegt.

Anfänglich gehörten bey den Römern zu den Contracten nur ſolche Verträge, auf welche hin eine Leiſtung geſchehen war. Dann erfand man Formeln, um auch alle Arten von Verträgen zu befeſtigen. Späterhin veranlaſſete es die Nothwendigkeit der Geſellſchaft, die Conſenſualcontracte zu ſanctioniren, die nun neben den Realcontracten und Verbalcontracten die dritte Gattung klagbarer Verträge ausmachten. Endlich führte man noch eine vierte Gattung von Contracten ein, bey welchen ein ſchriftlicher Aufſatz, wenn er ein gewiſſes ge-

z) Hugo Civiliſt. Magazin, Band I. Heft IIII. S. 458. Man vergleiche auch noch *Beſeke Diſſ. de origine modorum contrahendi apud romanos*, (Halae 1772.) und *Meiſter Diſſ. de in factum actionibus, cap. I. §. 3. ſqq. (in Eiuſdem Select. opuſcc. ad ius ciu. eiuſque hiſtoriam pertinentt. Syll. I. p. 312. ſqq.).*

gesetzlich bestimmtes Alter erreichet hatte, die Ursache und Form der bürgerlichen Verbindlichkeit wurde a).

§. 308. 309.

Die Contracte produciren entweder eine eigene von ihnen benannte Klage (actionem propriam et cognominem), oder nur eine allgemeine mehreren gemeinschaftliche Klage (actionem praescriptis verbis). Im ersteren Falle heißen sie benannte (contractus *nominati*), und im letzteren Falle unbenannte Contracte (contractus *innominati*) b). Aus dem mutuo z. B. entstehet eine Klage, welche diesem Contracte eigen ist, und condictio certi ex mutuo heißt; aus dem commodato entstehet actio commodati directa und contraria, welche ebenfalls diesem Contracte ganz allein eigen ist. Sonach sind diese Contracte benannte. Aus der permutatione hingegen entstehet die actio praescriptis verbis, welche diesem Contracte nicht eigen ist, indem sie aus allen unbenannten Contracten entstehet, auch ihren Namen nicht vom Tauschcontracte hat. Sonach ist dieser Contract ein unbenannter. Der Grund dieser Distinction liegt also in der Art der Klage, welche aus dem Contracte entstehet, und nicht im Namen des Contracts. Ein Contract kann einen Namen haben, und dennoch innominatus heißen c). Nur die Realcontracte lassen sich übrigens in benannte und unbenannte eintheilen; alle übrige Gattungen der Contracte sind contractus *nominati*.

Es

a) *cf.* Schmalz reines Naturrecht, §. 118. *not.* * S. 90. f. Hufeland Lehrbuch der Geschichte und Encyclopädie aller in Deutschland geltenden positiven Rechte, Th. I. Abth. I. §. 288.

b) Es kommt zwar diese Eintheilung nicht namentlich in den Gesetzen vor, inzwischen sagt Julian in der *L.* 3. *D. de Praescript. verb. et in fact. act.* es gebe Contracte, quorum adpellationes nullo iure ciuili proditae sunt. In der L. 9. *pr. D. de Reb. credit.* nennet Ulpian die benannten Contracte certos, die unbenannten incertos. Daß es auch von den unbenannten Contracten zu verstehen sey, wenn Ulpian in der *L.* 7. §. 2. D. *de Pact.* sagt: sed et si in *alium contractum* res non transeat, subsit tamen caussa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem, ist oben §. 306 bemerket worden.

c) *cf. Kemmerich Pr. de origine contractuum nominatorum et innominatorum, p.* 12. *sqq.* Ausführlicher werden wir von den unbenannten Contracten nach Anleitung unsers Verfassers unten im Titel de Permutatione handeln.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0304
DFG

Es existiren Fälle, wo jemand quasi ex contractu verbunden wird, wie schon aus der Ueberschrift des Titels der Institutionen: DE OBLIGATIONIBVS, QVAE QVASI EX CONTRACTV NASCVNTVR, genugsam erhellet. Die Verbindlichkeiten quasi ex contractu entspringen aus solchen erlaubten Handlungen, welche eine Aehnlichkeit mit den Contracten haben, und durch welche jemand auch ohne Versprechen und Zusage eben so gut verpflichtet wird, als wenn er einen Contract abgeschlossen hätte. Man pflegt diese Handlungen mit dem Namen der Quasicontracte zu bezeichnen, einem Namen, der bey den römischen Juristen nicht angetroffen wird, indem diese bloß sagen: obligatio *quasi ex contractu* oritur, und das Wort quasicontractus, als ein zusammen gesetztes Substantiv, niemals gebrauchen. Es fehlet zwar auch nicht an neueren Rechtsgelehrten, welche den Ausdruck Quasicontract nicht passiren lassen wollen, und ihn sogar eine Absurdität der ersten Größe, eine ungereimte Terminologie, die nur zu irrigen Begriffen die Veranlassung gebe, nennen; allein demohngeachtet scheinet er mir sehr füglich beybehalten werden zu können. Die Vorstellungsart von den obligationibus *quasi ex contractu* oriundis ist, wie Weber d richtig bemerket, eine unnöthige Subtilität der römischen Juristen, welche der Wahrheit mehr nachtheilig als vortheilhaft ist. Der ganze Umweg, da, wo kein Vertrag vorhanden ist, dennoch die Verbindlichkeit mit einem quasi ex contractu zu stempeln, dienet im Grunde zu nichts, als die Sache zu verwirren, und richtige Erkenntniß derselben zu erschweren. Ohnstreitig würde es weit schicklicher gewesen seyn, wenn die römischen Juristen den wahren Entstehungsgrund geradezu angegeben, oder die erwähnten Verbindlichkeiten bald aus Gesetzen unmittelbar, bald aus einseitigen Handlungen mittelbar hergeleitet hätten. Da sie nun aber gleichwohl aus leicht zu errathenden Gründen obligationes *quasi ex contractu* oriundas wirklich annehmen e), weswegen sollte man denn wohl nicht die einmal recipirte Ter-

d) Weber systemat. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, §. 28. S. 85.

e) Nach den Maximen der römischen Juristen bestand die Form der Rechtsgeschäfte fast durchgehends in Verträgen, und es ist daher leicht einzusehen, weswegen sie in Fällen, wo ein wirklicher Contract nicht angebracht werden konnte, zum wenigsten doch die Verwandschaft, welche der Vorgang im Ganzen mit den eigentlichen Gegenständen gewisser Contracte zu haben schien, so wenig außer Acht ließen, daß sie vielmehr einen bestimmten Character der Verbindlichkeit und ihrer Entstehungsart daraus hernahmen. Hierin liegt der natürlichste Aufschluß der römischen Theorie von den Verbindlichkeiten, quae *quasi ex contractu* nascuntur. *cf.* Weber s. s. O. §. 9. S. 29. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0305
DFG

minologie der Quasicontracte beybehalten können, um solche Handlungen zu bezeichnen, aus welchen die römischen Juristen dergleichen Verbindlichkeiten herleiten. In verbis simus faciles, modo in re conueniamus. Wenigstens scheinet mir der Vorwurf einer Ungereimtheit diese Terminologie im mindesten nicht mehr zu treffen, als er die ganze Vorstellungsart der römischen Juristen von den obligationibus *quasi ex contractu* oriundis trifft. Die Controverse der neueren Rechtsgelehrten über die Existenz der Quasicontracte trifft in dieser Rücksicht der Vorwurf eines leeren Wortstreites. Lächerlich ist es freylich, wenn unser Verfasser mit einigen anderen Rechtslehrern die Quasicontracte als eine besondere Gattung der Contracte angesehen wissen will, deren caussa ciuilis in einer präsumtiven oder gesetzlich fingirten Einwilligung der Interessenten liegen soll. Wer wird sich durch die an sich ganz willkührliche Terminologie zu einer so widersinnigen Idee verleiten lassen. So etwas verstehen ja die römischen Juristen gar nicht unter den Handlungen, welche von den neueren Rechtsgelehrten mit dem Namen der Quasicontracte bezeichnet werden; sie reden vielmehr von Geschäften, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen, und geben dadurch deutlich genug zu erkennen, daß solche weder Verträge noch Contracte sind. Zudem existiren mehrere Fälle, wo jemand nach dem römischen Rechtssysteme quasi ex contractu verbunden wird, der nicht nur nicht consentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt hat f). Verordnen demnach die Gesetze, daß diese oder jene Handlung auch ohne Vertrag so gut verbinden soll, als ob ein Contract unter den Partheyen eingegangen wäre, so erklären sie doch sicher die Handlung nicht selbst für eine Gattung von Verträgen g).

Aus

f) *cf. Burchard* Diss. *causſam principem quasi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo facto licito esse ponendam*, (Herbornae 1759.) *Mylius* Diss. *de fictione quasi contractuum in iure germanico otiosa*, (Lipsiae 1741.)

g) Um die älteren Juristen in diesem Stück für sich zu haben, provociren die Gegner vorzüglich auf die L. 16. D. *de Negot. gest.* und die L. 23. D. *de Reg. iur.* In jener Stelle sagt Paulus: Sed et quum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed vnus contractus, nisi ab initio ad vnum negotium accessit, vt finito eo discederet: hoc enim casu si noua voluntate aliud quoque adgredi coeperit, alius contractus est; und in dieser Ulpian: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatum — tutelae et negotia gesta. Dem ersten Ansehen nach werden freylich in diesen Gesetzen die Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals, imgleichen die Führung einer Tutel, den Verträgen als Unterarten beygezählet. Allein, eben das-

Aus dem vorhin angegebenen Begriffe der obligationum quasi ex contractu ergeben sich folgende Grundsätze:

1) es setzen dergleichen Verbindlichkeiten zu ihrer Entstehung erlaubte Handlungen zum voraus. Durch unerlaubte Handlungen oder Verbrechen wird man auch verpflichtet, allein nicht quasi ex *contractu*, sondern quasi ex *delicto* h).

2) Die Handlungen, welche dergleichen Verbindlichkeiten begründen sollen, müssen eine Aehnlichkeit mit den Contracten haben, oder mit ihnen in einem gewissen analogischen Verhältnisse stehen. Die negotiorum gestio und Tutel haben eine Aehnlichkeit mit dem mandato, die indebiti solutio mit dem Darlehn, die administratio rei communis mit der Societät. Nur bey der Erbschaftsantretung dürfte sich schwerlich ein bestimmter im römischen Rechte bekannter Contract angeben lassen, mit welchem diese Handlung verglichen werden könnte.

3) Es erfordern dergleichen Verbindlichkeiten kein Versprechen, mithin auch keine Einwilligung. Zwar behaupten verschiedene Rechtslehrer, sie gründeten sich auf einen präsumtiven oder gesetzlich fingirten Consens; allein theils findet sich keine Spur, daß die classischen Juristen bey den obligationibus quasi ex contractu an einen solchen Consens gedacht haben, theils liegt auch, wie schon bemerket worden ist, bey mehreren dieser Verbindlichkeiten gar kein Consens zum Grunde.

Es

dasjenige, was Justinian im §. 2. *I. de Vsufr.* vom Nießbrauche solcher Dinge, die durch den Gebrauch consumirt werden, erinnert: Non fecit quidem senatus earum rerum vsumfructuu; nec enim poterat, ist auch hier anzuwenden. Ein Geschäft, welches seiner Natur nach kein Vertrag ist, zu einer Gattung von Verträgen zu machen, ist weder in den Kräften, noch je die Absicht der römischen Rechtsgelehrten gewesen. Der von ihnen in den angezogenen Gesetzen gebrauchte Ausdruck contractus genüget auch bey weitem noch nicht, um ihnen diesen Sinn mit Grunde beylegen zu können, oder man müßte die oben §. 306 *not. y.* angegebenen verschiedenen Bedeutungen, welche das gedachte Wort bey ihnen hat, gänzlich verkennen.

h) *tot. tit. Iustitutt. de Obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.* Daher die so genannten Quasidelicte, von welcher Terminologie nun das nämliche gilt, was von der Terminologie der Quasicontracte erinnert worden ist.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0307
DFG

Es ist dies z. B. bey der indebiti solutione der Fall. Wenn ich aus Irrthum etwas bezahle, was ich nicht schuldig bin, so ist der Empfänger verbunden, es zurück zu zahlen quasi ex contractu. Hier ist ja evident gar kein Consens zu finden. Die Gegner sagen zwar, wer eine solche Nichtschuld empfängt, verpflichte sich präsumtiv zur Zurückzahlung; das ist aber eine offenbare Ungereimtheit, und Paulus sagt in der *L.* 5. §. 3. *D. de Obligat. et act.* ausdrücklich, wer ein indebitum bezahle, thue es nicht animo *contrahendae* obligationis, in der Absicht den Empfänger zu verpflichten, sondern animo *distrahendae* obligationis, in der Absicht seine eigene Verbindlichkeit zu tilgen.

Die römischen Gesetze rechnen zu den Geschäften, durch welche jemand quasi ex contractu verpflichtet wird, folgende i):

1) die nützliche Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals;

2) die Führung einer Vormundschaft;

3) den Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten außer dem Societätscontracte, ohne Auftrag der Mitinteressenten;

4) Die Antretung der Erbschaft in Rücksicht auf die Vermächtnisse;

5) den Empfang einer Nichtschuld.

Außer diesen Geschäften nehmen zwar verschiedene Rechtslehrer noch andere an, aus welchen ebenfalls obligationes quasi ex contractu entstehen sollen k), allein das römische Gesetzbuch selbst giebt nicht den geringsten Anlaß, die Zahl dieser Verbindlichkeiten außer den wörtlich genannten Fällen mit mehreren zu verstärken, und es sind die triftigsten Gründe vorhanden, diese Gat-

i) *tot. tit. Institut. de Obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur.*

k) *cf. Westenberg Diss. II. de causs. obligatt. cap. III. §. 22. sqq.*

Gattung der Verbindlichkeiten nur auf die einzelnen Fälle, welche die Gesetze ausdrücklich dahin rechnen, einzuschränken l).

§. 310.

Die Contracte zerfallen nach den Grundsätzen des römischen Rechts in contractus *stricti iuris* und *bonae fidei*. Erstere sind diejenigen Contracte, durch welche die Contrahenten bloß dazu verbunden werden, was sie einander ausdrücklich und wirklich versprochen haben m); letztere aber sind diejenigen Contracte, durch welche die Contrahenten auch dazu verbunden werden, was sie einander nicht ausdrücklich und wörtlich versprochen haben, bey welchen also nicht bloß auf die ausdrückliche und wörtliche Uebereinkunft der Contrahenten, sondern zugleich auch auf die natürliche Billigkeit Rücksicht genommen wird n). Sonach sind stricti iuris Contracte nur diejenigen, welche vermittelst einer Formel, vermittelst solenner Worte abgeschlossen werden, die stipulatio und litterarum obligatio; alle übrigen Contracte sind bonae fidei o).

Bey den Römern hatte der erwähnte Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei Contracten wichtige Folgen. Denn 1) war man in den stricti iuris Contracten keine Zinsen zu zahlen schuldig, außer wenn man dergleichen ausdrücklich versprochen hatte p); 2) in den bonae fidei Contracten hingegen mußte man Zinsen bezahlen, so bald man in mora sich befand q). 2) Die stricti

l) Weber a. a. O. §. 27. S. 79. ff.

m) *L. 99. pr. D. de Verbor. obligat.* Quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est.

n) *L. 2. §. 3. D. de Obligat. et act.* In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.

o) *§. 2. I. de Iur. nat. gent. et ciu. §. 28. I. de Act. cf. Boehmer Diss. de fundamento vsurarum pecuniae mutuatitiae, §. 8. Iqq. (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. IIII. p. 101. Iqq.)*

p) *Bachouius Nott. et animaduerss. ad disputt. Treutl. Vol. II. Disp. III. thes. 3. litt. C. p. 128.*

q) *L. 32. §. 2. D. de Vsur. L. 5. C. de Pact. interemtor. et venditor. compos. cf. Nerius Analecct. Lib. II. cap. XX. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 436.)*

ſtricti iuris Contracte waren gültig, wenn gleich ein Contrahent den anderen durch Betrug oder widerrechtlichen Zwang dazu beſtimmet hatte, und wenn der Verletzte den Contract nicht halten wollte, ſo mußte er reſtitutionem in integrum dagegen ſuchen; hingegen die bonae fidei Contracte waren nichtig, wenn ein Betrug oder eine ungerechte Furcht die Veranlaſſung dazu gegeben hatte, ohne daß der Verletzte des Rechtsmittels der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bedurfte, indem er der Klage aus dem Contracte ſelbſt ſich bedienen konnte r). 3) In den ſtricti iuris Contracten wurde anfänglich die Schuld nicht durch Compenſation getilget; hingegen in den bonae fidei Contracten hatte die Compenſation ipſo iure ſtatt. Wurde mir nehmlich mein Gläubiger durch einen bonae fidei Contract etwas ſchuldig, ſo hob ſich die gegenſeitige Schuld ipſo iure. Dies geſchah aber in den ſtricti iuris Contracten nicht. Klagte der Gläubiger hier aus ſeiner Forderung, ſo mußte ich ihm exceptionem doli entgegen ſetzen. Spaterhin hob indeſſen Juſtinian dieſe Differenz auf s).

[Inde quoque actiones ſunt vel bonae fidei, vel ſtricti iuris.] Auf den Unterſchied zwiſchen bonae fidei und ſtricti iuris Contracten gründet ſich die Eintheilung der Klagen in actiones *bonae fidei* und *ſtricti iuris*. Nur diejenigen Klagen, welche aus einem Formularcontracte entſtehen, ſind *actiones* ſtricti iuris; alle andere Klagen ſind *actiones* bonae fidei t). Die practi-

r) §. 296. *not. g.*

s) §. 30. *I. de Act.*

t) *Boehmer Doctr. de actt. Sect. I. cap. III. §. 19. ſqq.* Es diſſentiren indeſſen hier viele Rechtslehrer. Einige glauben, die im §. 28. *I. de Act.* ſpecificirten Klagen ſeyen bonae fidei, alle übrigen aber ſtricti iuris. Es heißt nehmlich in dieſem Texte der Inſtitutionen: Actionum autem quaedam bonae fidei ſunt, quaedam ſtricti iuris. Bonae fidei ſunt hae: ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum geſtorum, mandati, depoſiti, pro ſocio, tutelae, commodati, pigneratitia, familiae erciſcundae, communi diuidundo, praeſcriptis verbis, quae de aeſtimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Offenbar ſetzt dieſe Meinung zum voraus, daß es die Abſicht der Verfertiger der Inſtitutionen geweſen ſey, ein vollſtändiges Verzeichniß der bonae fidei Actionen zu geben. Dieſe Vorausſetzung iſt aber falſch, weil es Klagen giebt, die ganz ſicher in die Claſſe der bonae fidei Actionen gehören, und gleichwohl nicht in dieſem Verzeichniſſe ſtehen. Andere behaupten, diejenigen Klagen, welche aus negotiis *vnilateralibus* entſtehen, ſeyen ſtricti iuris, dahingegen diejenigen, wel-

practische Wirkung dieser Distinction der Klagen äusserte sich bey den Römern darin, daß 1) der Richter bey den actionibus stricti iuris dem Kläger bloß dasjenige, was die Contractsformel ausdrücklich enthielt, zuerkennen, bey den actionibus bonae fidei aber dasjenige, was der Beklagte dem Kläger zu prästiren verbunden war, nach der Billigkeit bestimmen konnte v); daß 2) der Beklagte in den actionibus stricti iuris den Prätor um eine Formel für die peremtorische Einrede gegen die Klage anflehen mußte, ehe noch die Partheyen an den Judex verwiesen waren, solches hingegen in den actionibus bonae fidei nicht nöthig war x); daß 3) bey den actionibus stricti iuris auf die Zeit der Litiscontestation, bey den actionibus bonae fidei hingegen auf das tempus rei iudicatae gesehen wurde, wenn es auf die Ersetzung des Werthes einer Sache ankam y), und endlich daß 4) in den actionibus bonae fidei das iuramentum in litem zulässig war, in den actionibus stricti iuris hingegen dieser Eid nur sodann zugelassen wurde, wenn die versprochene Sache durch den Verzug des Promittenten zu Grunde gegangen war z).

Quae

welche aus negotiis *bilateralibus* entstehen, bonae fidei seyen. Auch diese Meinung ist ungegründet. Denn wenn man nun weiter fragt: warum waren alle aus einem Bilateralcontracte entstehenden Klagen *bonae fidei*, und alle aus einem Unilateralcontracte entspringenden Klagen *stricti iuris*? so fehlet es an einer befriedigenden Antwort. Ohnehin ist ja die aus dem Tauschcontracte und Trödelcontracte entstehende actio praescriptis verbis ohnstreitig bonae fidei, ohngeachtet diese Contracte wie alle unbenannten Contracte vnilaterales sind. Noch andere endlich nehmen an jede Klage, mittelst welcher ich eine Sache fordere, die schon mein gewesen ist, sey bonae fidei; hingegen jede Klage, mittelst welcher ich eine Sache fordere, die zuvor noch nicht mein gewesen ist, sey stricti iuris. Diese Meinung kann man aber eben so wenig für gegründet halten. Denn die actio emti und die actio praescriptis verbis ex permutatione sind unleugbar bonae fidei, und dennoch fordere ich mittelst dieser Klagen eine Sache, die noch nicht mein war. *cf.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 1129. Sonach dürfte wohl die diesseitige Meinung den meisten Beyfall verdienen.

v) §. 30. *I. de Act. L.* 7. *D. de Negot. gest. L.* 24. *D. Depos.*

x) *L.* 3. *D. de Rese. vendit. L.* 21. *in fin. D. Solut. matrim. quemadmod. dos petat. L.* 84. §. 5. *D. de Legat. I.*

y) *L.* 3. §. 2. *D. Commod. L.* 37. *in fin.* D. *Mand.*

z) *L.* 5. und *L.* 6. *D. de In lit. iur. cf. Noodt de iurisdict. et inper. Lib. I. cap. XIII.* und *de form. emend. dol. mal. cap. VIII.* (*in Eiusdem Opp. Tom. I. p.* 92. *sqq.* 299. *sqq.*)

[Quae tamen diuisio hodie non adeo magnam praestat vtilitatem.] Begreiflich hat die Distinction zwischen bonae fidei und stricti iuris Actionen heutiges Tages gar keinen practischen Nutzen, weil alle Verträge, die bey uns in Deutschland abgeschlossen werden, ohne Ausnahme bonae fidei Contracte sind, mithin das römische Formularwesen, auf welches die Distinction sich gründet, nicht mehr statt findet a).

§. 311.

Von den Contracten sind nach dem römischen Rechtssysteme die **eigentlichen Verträge** verschieden, welche keine causam ciuilem haben, oder an und für sich keine klagbare Verbindlichkeit begründen b). Gleichwie indessen einigen Verträgen in den neueren Zeiten eine völlig verbindliche Kraft beygeleget wurde, so daß sie zwar nicht in die Zahl der Contracte übergiengen, sondern vielmehr pacta blieben, aber dennoch eine Klage wirkten, so fieng man nun an, zwischen pactis *nudis* und *non nudis* zu unterscheiden. Erstere begründeten nur eine Exception; letztere hingegen, welche auch pacta *iusta*, imgleichen *vestita* genannt werden, wirkten auch eine Klage c). Die klagbaren Verträge erhielten ihre verbindliche Kraft, theils durch ein Edict des Prätors, theils durch ein besonderes Civilgesetz, theils auch durch einen Contract, dem sie sogleich bey dessen Errichtung angehängt wurden. Sonach hatte man drey verschiedene Gattungen von pactis non nudis, nehmlich

1) pacta *praetoria*, aus welchen der Prätor eine Klage gestattete, wohin nach der Bemerkung unsers Verfassers z. B. die Hypothek und das Constitutum gehören;

2)

a) Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des römischen Rechts, §. 4. S. 28.

b) §. 306.

c) Zweifelhaft bleibt es immer noch, ob diese Benennungen dem Redegebrauche der römischen Juristen gemäß sind. *Cuiacius Obseruat. et emendatt. Lib. XI. cap. XVII. p.* 362. *sq.*) und *van Wachendorf Diss. de pactis nudis, cap. I. §. 2. (in Dissertatt. triad p.* 389.) behaupten, man habe alle pacta bey den Römern nuda genannt, nur die Contracte seyen pacta non nuda, conuentiones non nudae genannt worden. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so bleibt wenigstens so viel gewiß, daß die Distinction selbst im römischen Rechte gegründet ist. Der Ausdruck pactum vestitum kommt in den Gesetzen nicht vor, und ist von den Glossatoren erfunden worden. Das Wort *vestire* bedeutete im Mittelalter so viel als bestätigen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0312
DFG

2) pacta *legitima*, welche durch ein besonderes Civilgesetz bestätiget wurden, wohin nach der Bemerkung unsers Verfassers z. B. die Ehepacten und die Schenkung gehören;

3) pacta *adiecta*, welche einem Contracte sogleich bey dessen Eingehung angehängt wurden, wohin z. B. das pactum de retrovendendo gehöret. Von diesen erinnert Hellfeld: *Adiecta* pacta vel BONAE FIDEI CONTRACTIBVS, vel STRICTI IVRIS adcedunt. Quae BONAE FIDEI CONTRACTVI in continenti adcedunt, pro eius parte habentur, et actionem, quae ex ipso contractu competit, producunt. Secus si exinteruallo. Quae CONTRACTIBVS STRICTI IVRIS adcedunt, non actionem, sed exceptionem operantur. Die classischen Stellen in dieser Materie sind die *L.* 7. §. 5. 6. *D. de Pact. L.* 13. *C. cod.* und *L.* 72. *D. de Contrah. emt.* nach deren Anleitung folgende Fälle von einander unterschieden werden müssen. Wenn einem bonae fidei Contracte ein pactum beygefüget wird, so betrifft solches entweder wesentliche Stücke des Contracts, oder außerwesentliche Stücke desselben. Im ersteren Falle, wo das pactum wesentliche Stücke des Contracts betrifft, gilt es in allem Betracht, es mag dem Contracte sogleich angehängt, oder erst einige Zeit nachher geschlossen seyn. Uebernimt hier ein Contrahent in dem Vertrage eine Verbindlichkeit, die in dem Contracte selbst nicht liegt (si pactum aliquid *adiicit* contractui), so kann aus dem pacto geklaget werden; wird hingegen ein Contrahent von einer Verbindlichkeit losgezählet, die er sonst hätte (si pactum aliquid *detrahit* contractui), so ist er ipso iure davon frey. Im letzteren Falle aber, wo das pactum außerwesentliche Stücke des Contracts betrifft, wird es entweder sogleich dem Contracte angehängt, oder einige Zeit nach abgeschlossenem Contracte eingegangen. Wenn jenes ist, so wird das pactum als ein Theil des Contracts angesehen. Man kann daher hier wieder wie vorhin mit der aus dem Contracte entspringenden Klage auf Erfüllung des pacti klagen, wenn durch dasselbe dem Contracte etwas zugesetzt wurde (pactum inest contractui ex parte *actoris*), und wenn ein Interessent durch das pactum von einer im Contracte liegenden Verbindlichkeit losgesprochen wird, so ist er ipso iure davon frey (pactum inest contractui ex parte *rei*). Ist endlich dieses, oder wird das pactum dem bonae fidei Contracte erst nach einiger Zeit angehängt, so begründet es zwar α) keine Klage, befreyet auch β) den

Beklagten nicht ipso iure von der Klage, inzwischen verschaffet es ihm doch γ) eine Exception dagegen d). Wird einem stricti iuris Contracte ein pactum angehängt, so hilft dieses dem Kläger nie, das heißt, man kann nicht darauf klagen, aber dem Beklagten ist es nützlich. Wenn es gleich anfänglich ist beygefüget worden, so schützet es ihn ipso iure gegen einen Anspruch; wird es hingegen erst nachher geschlossen, so verschaffet es ihm eine Exception e).

§. 312.

Produciren gleich die simplen Verträge in Gemäßheit des römischen Rechts keine Klage, so sind sie dennoch wegen der natürlichen Verbindlichkeit, welche sie begründen, nicht ohne alle gerichtliche Wirkung. Es erhellet aus den Gesetzen unwiderleglich, daß die aus ihnen entstehende natürliche Verbindlichkeit per modum exceptionis urgiret f), und durch ein Constitutum, durch Bürgen oder Pfand bestärket werden könne g), auch wegen derselben das Zurückhaltungsrecht, die Compensation und Abrechnung zulässig sey h).

Nach

d) *cf. d' Auezan Contractt. Lib. I. cap. XXII.* und *de Retes Opuscc. Lib. II. Sect. IIII. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p. 49. sqq. Tom. VI. p. 157. sqq.)*

e) *L.* 11. und *L.* 40. *D. de Reb. credit. L.* 17. *D. de Pact. Noodt de pactt. et transactt. cap. XI. XII. (in Eiusdem Opp. Tom. I. p. m.* 418. *sqq.) Huber Praelectt. iur. rom. et. hod. Part. II. ad tit. Dig. de Pact. num.* 10. *p.* 629. *sq. ed. noviss.* Es ist indessen die Regel, daß das sogleich angehängte pactum ipso iure gegen die Klage schütze, noch zweifelhaft, und nicht alle Rechtslehrer wollen sie gelten lassen. Die verschiedenen Meinungen erzählet und beurtheilet *van Bynkershoek Diss. de pactis stricti iuris contractibus in continenti adiectis*, (Lugd. Bat. 1699.) Seine eigene Meinung gehet dahin, daß ein pactum, welches einem stricti iuris Contracte gleich anfänglich beygefüget worden sey, doch nicht ipso iure gegen die Klage geschützt, sondern nur eine Exception gewirket habe. *cf.* Weber systemat. Entwickel der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung, §. 82. S. 381.

f) *L.* 1. *pr. L.* 7. §. 7. *L.* 27. §. 6 und *L.* 41. *D. de Pact.*

g) *L.* 6. §. 2. und *L.* 7. *D. de Fideiuss. L.* 1. §. 7. *D. de Constit. pec. L.* 5. *D. de Pignor. et hypothec. L.* 4. *C. de Vsur.*

h) *L.* 1. §. 1. *D. de Nouat. L.* 6. *D. de Compensat.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0314
DFG

Nach dem römischen Rechte ist der Unterschied zwischen Contracten und eigentlichen Verträgen, pactis nudis und non nudis von äusserster Wichtigkeit. Da nun das römische Recht zu einem gemeinen Rechte in Deutschland sich empor geschwungen hat, so fragt es sich, was heutiges Tages, in Ermangelung besonderer Statuten, in der vorliegenden Lehre Rechtens sey. Eigentlich giebt es über den heutigen Gebrauch des römischen Rechts in dieser Hinsicht vier verschiedene Meinungen. Einige behaupten, der Unterschied zwischen Contracten und eigentlichen Verträgen sey schon selbst nach neueren römischen Rechten ganz aufgehoben i). Wie unrichtig aber diese Behauptung sey, ist von mehreren Rechtsgelehrten längst aus unwiderleglichen Gründen gezeiget worden k). Andere halten dafür, daß auch noch heutiges Tages aus dem so genannten pacto nudo darum keine Klage zulässig sey, weil es selbst nach römischen Begriffen in einer solchen Einwilligung bestünde, die man, ohne Absicht, sich wirklich zu verbinden, declariret hätte l). Wäre dies aber der Sinn der Römer gewesen, so hätten sie unmöglich aus dergleichen nudis adsertionibus eine Einrede, ein Zurückhaltungsrecht, eine Compensation und Abrechnung gestatten können. Noch andere vertheidigen den heutigen Gebrauch des römischen Rechts in dieser Lehre, weil es einmal als gemeines Recht recipirt worden sey m). Die mehresten aber verwerfen solche Anwendung in unseren Gerichten gänzlich n), und diese Lehre ist ohnstreitig die richtigere.

Nach

i) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXVIIII. med.* 5.

k) *Müller Obseruatt. practt. ad Leyseri meditatt. ad Pandect. Tom. I. fasc. II. Obs. CLII.*

l) *Bodinus Vindicc. pactor. iuris rom. ad demonstrand. nec hodie ex nudo pacto actionem competere*, (Halae 1696.)

m) *de Selchow Elemm. iur. priu. germ. hod.* §. 580.

n) *Bastineller Diss. de actione ex quocumque pacto moribus data*, (Vitemb. 1718.) Weber systemat. Entwickel der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung, §. 83. S. 382. ff. *Brückner Diss de vi pactorum nudorum hodierna eiusque vero fundamento.* (Ienae 1721.) *Menius Decis. Tom. I. Part. V. Decis. CCCCVII. p. 1407. sq. ed. nouiss. Stryk Vs. mod. Pandect. Tom. I. Lib. II. tit. XIIII. §. 1. p. m. 271. Hamberger Diss. de nonusu stipulationum vsuque pactorum in foris germaniae*, (Ienae 1714.) *Emminghaus Nott. ad de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I Lib. II. tit. XIII. quaest.* 9 *not. m. p.* 226. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band II. §. 184. S. 150. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0315
DFG

Nach deutschen Rechten ist jeder Vertrag vollkommen verbindlich, wenn die gegenseitigen Willenserklärungen von allem die Freyheit vernünftiger Entschließung hindernden Zwange oder Betruge frey sind, die Personen auch in Ansehung ihrer Güter und Handlungen sich verbindlich machen können, und endlich der Gegenstand von der Art ist, daß von Privatpersonen Verträge darüber geschlossen werden dürfen. Aus welcher Quelle indessen eigentlich die heutige Verbindlichkeit der bloßen Verträge herzuleiten sey, darüber wird unter den Rechtsgelehrten gestritten. Den meisten Beyfall hat zwar von jeher die Meinung derjenigen gefunden, welche in dem canonischen Rechte den Grund von der heutigen Verbindlichkeit der bloßen Verträge zu finden geglaubt haben o); allein so sehr es auch an und für sich richtig ist, daß nach dem canonischen Rechte ein bloßer Vertrag eine Klage begründet p), indem dieses Recht überall auf die genaueste Beobachtung der Verträge dringt, und doch nirgends der Stipulation gedenket, wodurch man nach dem römischen Rechte einem bloßen Vertrage die Klagbarkeit zu verschaffen suchte q), so wenig kann man doch behaupten, daß die Verträge bey den Deutschen erst mit der Einführung des canonischen Rechts verbindliche Kraft erhalten haben sollten, vielmehr beruhet es in historischer Gewißheit, daß die heutige allgemeine Verbindlichkeit der bloßen Verträge eine Reliquie ächt deutscher Sitten sey, und daß der Grund, warum die entgegen stehende Lehre des römischen Rechts bey uns keine Anwendung findet, lediglich darin liege, weil wir die besondere römische Verfassung, und die darauf gebauete Verbindlichkeit bloßer Formeln nie angenommen haben r). Schon in den frühesten Zeiten beobachteten unsere Vorfahren in ihren Verträgen und Zusagen unerschütterliche Treue s), und als späterhin ein häu-

o) *Carpzovius Definitt. forenss. Part. II. Constit. XVIIII. definit. 17. num. 7.*

p) *Boehmer Iur. eccl. protestantt. Tom. I. Lib. I. tit. XXXV. §. 6. p. 883. sq. ed. nouiss.*

q) *Cap. 1.* und *Cap. 3. X. de Pact.*

r) Weber a. a. O. Griesinger Abhandlung von der Verbindlichkeit der Verträge, (Tübingen 1793.) Buch I. Capit. V. §. 12. *Schilter Prax. iur. rom. Ex. VIII. § 5. a Wernher Obseruatt. forr. Tom. I. Part. II. Obs. CCCLXXX. Meuius l. l. Müller l. l.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. IIII. Abth. I. §. 312. S. 281. f.

s) Daher das Motto des biedern Deutschen: ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann. *cf.* Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, Abth. IIII. Num. V. S. 338 ff. Die Sprüchwörter: versprechen ist edelmännisch, halten ist bäurisch, und: es ist niemand ein Sclav

häufigerer Umgang mit den benachbarten Römern diesen Nationalcharacterzug allmählig zu verwischen drohete, bemüheten sich die Gesetzgeber angelegentlichst, dem entgegen zu arbeiten; sie befahlen nehmlich auf das nachdrücklichste, daß besonders die schriftlich verfaßten Verträge auf das unverbrüchlichste gehalten werden sollten t), und die fränkischen Könige insbesondere führten verschiedene Gebräuche ein, wodurch man die Verträge und Verheißungen gleichsam auf eine feyerliche Weise bekräftigte v), unter welchen die Aufrichtung des Zeigefingers, und der Handschlag die vornehmsten waren x). Mit der Einführung des römischen Rechts auf deutschen Grund und Boden lernte man zwar den zuvor unbekannten Unterschied zwischen Verträgen und Contracten kennen; allein das feine Gewebe der römischen Rechtstheorie war doch mit der deutschen Redlichkeit und Simplicität schlechterdings nicht vereinbarlich; man blieb also dem altdeutschen Grundsatze immer treu, daß jede Convention schon an sich verbindlich sey, und eine Klage wirke, unbekümmert, ob man sie einen Contract, oder Vertrag nennen wolte. Noch die Rechtssammlungen des mittleren Zeitalters y) lehren uns: was einer gelobet, das soll er stet halten,

Sclav seiner Worte, welche das Gegentheil anzudeuten scheinen, verdienen, als offenbar vernunftwidrig, durchaus keine Rücksicht. Nach dem Zeugnisse des *Tacitus de mor. germanor. cap. XXIIII.* und *Annall. Lib. XIII. cap. XXXXV.* sind die Deutschen in Absicht auf ihre Treue in Verträgen und Zusagen von keiner Nation je übertroffen worden; sogar beym Spiele brachen sie ihr Wort in keinem Falle, so daß derjenige, der am Ende seine Freyheit auf Gewinn und Verlust setzte, willig in die Knechtschaft wanderte, wenn der Zufall gegen ihn entschied. Ruhm und Ehre giengen verloren, wenn jemand seine Zusage nicht erfüllte; ein solcher wurde für ehr- und rechtlos erkläret, und lebte sich nachher nur selbst zur Last und Schande *cf. Gebauer Vestigg. iur. germ. antiquiss. p. 461. sq.* Böhmer Abh. von der alten deutschen Treue und Redlichkeit, (in Schotts juristi. Wochenbl. Th. IIII. S. 348.)

t) *Lex Wisigothor. Lib. II. tit. V. §. 1. sq. Lex Baiuuar. tit. XV. cap. XIII. Lex Longobard. L.b. III. tit. XXXVIII.*

v) *Capitular. Reg. Francor. Lib. VI. §. 149.*

x) Danz a. a. O.

y) Sachsenspiegel Buch I. Art. VII. Schwabenspiegel Capit. CCCXXXXIII. nach der Königsthalischen Ausgabe Capit. CCLXV. §. 1. Man hat inzwischen auch im Mittelalter nicht unterlassen, durch verschiedene feyerliche Gebräuche die Zusagen zu bekräftigen; besonders geschah dies häufig mittelst eines Handschlags.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0317
DFG

ten, und die späteren deutschen Gesetzgeber bestätigten die Klagbarkeit der bloßen Verträge nicht selten namentlich in ihren Provincialrechten z).

§ 313.

Die Verträge werden in Beziehung auf die aus ihnen entstehende Verbindlichkeit in einseitige (conuentiones *vnilaterales*) und zweyseitige (conventiones *bilaterales*) eingetheilet. Erstere sind solche Verträge, welche nur den einen Paciscenten zu einer Prästation verpflichten; letztere hingegen solche, welche beyde Paciscenten zu einer gegenseitigen Leistung verbinden. Was die zweyseitigen Verträge anbetrifft, so zerfallen nun diese wieder in gleiche (conuentiones bilaterales *aequales*) und ungleiche (conuentiones bilaterales *inaequales*), je nachdem durch sie entweder beyde Paciscenten gleich anfänglich zu einer Hauptleistung wesentlich verbunden werden, oder nur ein Paciscent von Anfang und hauptsächlich, der andere aber erst nachher und zufälliger Weise zum Schadenersatze verbunden wird.

Nach dem Naturrechte ist diese Eintheilung keinem Zweifel unterworfen, weil bey Verträgen vernünftiger Weise der Annehmende auch in Rücksicht des Versprochenen ein Gegenversprechen thun, und der Versprechende dies entgegen nehmen kann a); dagegen wird aber unter den Rechtsgelehrten darüber gestritten, ob selbst nach dem römischen Rechtssysteme die Contracte auf die erwähnte Art eingetheilet werden können. Einige verwerfen die Eintheilung der Contracte in Unilateralcontracte und Bilateralcontracte ganz, indem sie behaupten, es sey nach dem römischen Rechte jeder Contract zweyseitig b); andere hingegen vertheidigen die gedachte Eintheilung, indem sie behaupten, es gebe auch nach dem römischen Rechte allerdings einseitige Contracte c). Die

z) Griesinger a. a. O. §. 18.

a) Schmalz reines Naturrecht, §. 112. S. 85.

b) *Barth* Diss. *de negatione contractuum vnilateralium*. (*in Eiusdem dissertatt. inridd. p.* 623. *sqq.*) *Freberus Parergg. Lib. I. cap. XVI.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 832.)

c) *Westenberg Princip. iur. sec. ordin. Dig. tit. de Pact.* §. 53. (*in Eiusdem opp. Tom. II. p.* 90.) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 750. *Madihn Princip. iur. rom. in vs. praelectt. systemat. disposs. Part. I.* §. 119. *p.* 142. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. IIII. Abth. II. §. 313. S. 286. *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III.* §. 1784. *p.* 55.

Die Meinung der letzteren verdienet den Vorzug. Zwar kommen die Benennungen contractus vnilateralis und bilateralis, aequalis und inaequalis bey den classischen Juristen nicht vor, allein die Sache selbst ist doch in ihrem Systeme gegründet d).

Jetzt fragt es sich nun aber: welche Contracte sind zu den einseitigen, und welche zu den zweyseitigen zu rechnen? Unilateralcontracte sind das Darlehn, die Bürgschaft, der Litteralcontract und die unbenannten Contracte e), weil aus allen diesen Contracten nur einer von den Contrahenten verbunden wird; Bilateralcontracte hingegen sind alle Consensualcontracte, und von den Realcontracten das commodatum, depositum und pignus, weil aus allen diesen Contracten beyde Contrahenten zu einer gegenseitigen Leistung verbunden werden.

Die Unilateralcontracte produciren nur eine einzige Klage; das Darlehn die condictionem certi ex mutuo; die Bürgschaft actionem ex stipulatu; der Litteralcontract condictionem ex chirographo, und die unbenannten Contracte actionem praescriptis verbis. Die Bilateralcontracte bringen zwey Klagen hervor, und zwar mit dem Unterschiede: aus den *bilateralibus* aequalibus entstehen zwey actiones *directae*, aus

d) Die Gegner provociren hauptsächlich auf die *L.* 19 *D. de Verbor. significat.* worin Ulpian sagt: Contractum esse vltro citroque obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant. Ohne Zweifel war es aber nicht Ulpians Absicht, in dieser Stelle eine ordentliche Definition eines Contracts zu geben, er wollte vielmehr nur die Ausdrücke contrahere und contractus in Beziehung auf das prätorische Edict von der Wiedereinsetzung der Minderjährigen in den vorigen Stand erklären. Die in den nachfolgenden Worten: veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem, hinzu gefügten Beyspiele von Contracten enthalten auch eine vltro citroque obligationem, die sich bey den Unilateralcontracten vermöge ihres Begriffes nicht denken lässet. *cf. Cuiacius Com. ad L.* 19. *D. de Verbor. significat.*

e) Die unbenannten Contracte wollen verschiedene Rechtslehrer, wohin unter andern *d' Auezan Contract. Lib. I. cap.* XIII. §. 1. (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p.* 30.) gehöret, zu den Bilateralcontracten rechnen, allein ohne genugsamen Grund. In den unbenannten Contracten gebe oder thue ich dem andern etwas, und er verspricht mir dagegen etwas zu geben oder zu thun. Es lässet sich also auf meiner Seite, der ich gegeben oder gethan habe, keine Verbindlichkeit aus dem Contracte denken.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0319
DFG

aus den *bilateralibus* inaequalibus entstehet eine actio *directa* und eine actio *contraria*. So entstehet z. B. aus dem Kaufcontracte actio emti und actio venditi; beyde sind actiones *directae*. Hingegen aus dem depositо entstehen zwar auch zwey Klagen, aber nur die eine ist eine actio *directa*, und die andere ist eine actio *contraria*. Actiones *directae* nehmlich sind, wie wir oben gesehen haben f), diejenigen Klagen, welche gleich anfänglich aus dem Wesen eines Contracts entstehen, und vermittelst welcher auf die Erfüllung der aus dem Contracte entstehenden Hauptverbindlichkeit geklaget wird; actiones *contrariae* aber sind diejenigen, welche erst nachher zufälliger Weise daraus entstehen, und vermittelst welcher auf die Ersetzung eines bey Gelegenheit des Contracts erlittenen Schadens geklaget wird. Da nun in den contractibus bilateralibus aequalibus beyde Contrahenten gleich anfänglich zu einer Hauptleistung wesentlich verbunden werden, so müssen auch zwey actiones *directae* aus ihnen entstehen; gleichwie hingegen in den contractibus bilateralibus inaequalibus nur ein Contrahent von Anfang und hauptsächlich, der andere aber erst nachher und zufälliger Weise zum Schadensersatze verbunden wird, so kann auch aus ihnen nur eine actio *directa*, und eine actio *contraria* entspringen.

Will jemand mit Rechtsbestande aus einem Bilateralcontracte klagen, so ist es nöthig, daß er auf seiner Seite den Contract schon erfüllet habe, oder doch wenigstens zur Erfüllung desselben bereitwillig sey; im entgegen gesetzten Falle kann ihm der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Contracts (exceptionem non inpleti contractus) opponiren, und diese hat der Excipient nicht nöthig zu beweisen, sondern der Kläger muß das Gegentheil erweislich machen g).

Bey den unbenannten Contracten ist es etwas besonderes, daß derjenige, welcher vermöge eines solchen Contracts dem andern eine Sache gegeben hat, pönitiren kann, oder befugt ist, von dem Contracte wieder abzugehen, und die gegebene Sache durch eine Klage zurück zu fordern, welche condictio causſa data causſa non sequuta heißt. Hellfeld berühret hier dieses Princip; wir wer-

f) §. 274.

g) *Wahl Diss. de natura et indole exceptionis inplementi non sequuti siue pacti et contractus non impleti*, (Goetting. 1751.) *Weismantel Diss. de exceptione non adimpleti contractus*, (Erford. 1790.)

werden aber an einem andern Orte Gelegenheit haben, daſſelbe mit Rückſicht auf ſeinen heutigen Gebrauch näher zu betrachten h).

§. 314.

Ein gültiger Vertrag verbindet nicht allein die Paciscenten, ſondern auch die Erben derſelben, vorausgeſetzt nur, daß der Vertrag nicht perſönlich war i). Es wird nehmlich ein Vertrag entweder auf die Perſon der Paciscenten eingeſchränket, oder er gehet auf die Erben. Im erſten Falle heißt er ein Perſonalvertrag (*pactum in perſonam* ſ. *perſonale*); im zweyten Falle wird er ein Realvertrag (*pactum in rem* ſ. *reale*) genannt k). Ein Perſonalvertrag kann theils auf die Perſon des Promittenten, theils auf die Perſon des Promiſſars, theils auch auf die Perſon beyder zugleich, des Promittenten ſowohl als des Promiſſars, eingeſchränket werden. Iſt ein Vertrag nicht ausdrücklich auf die Perſon der Paciscenten eingeſchränket, ſo muß er im Zweifel für einen Realvertrag geachtet werden. In der *L.* 13. *C. de Contrah. et committ. ſtipulat.* ſagt Juſtinian merklich: Veteris iuris altercationes decidentes, generaliter ſancimus, OMNEM STIPVLATIONEM, ſiue in dando, ſiue in faciendo, ſiue mixta ex dando et faciendo inueniatur, *et* ad *heredes et* contra *heredes tranſmitti, ſiue ſpecialis heredum fiat mentio, ſiue non.* Cur enim, quod in principalibus perſonis iuſtum eſt, non ad heredes et aduerſus eos tranſmittatur? Unter den älteren Juriſten wurde über die Frage: ob ein Vertrag auch die Erben verbinde? geſtritten, indem einige dabey in Beziehung auf den individuellen Gegenſtand des Vertrags eine Diſtinction machten, welche der Kayſer in den nachfolgenden Worten der angezogenen Conſtitution: Et ſic exiſtimentur huiuſmodi ſtipulationes, quaſi tantummodo in dando fuerint conceptae, quum nihilo minus et heredes factum poſſint adinplere; illa ſubtili et ſuperuacua ſcrupuloſitate exploſa, per quam putabant non eſſe poſſibile factum ab alio compleri, quod alii inpoſitum eſt. Et quare, quum pene ſimilis omnium hominum natura eſt, non etiam facta omnes, vel plus, vel paulo minus adinplere poſſint: ne ex huiuſmodi ſubtilitate cadant hominum voluntates, deutlich cha-

h) *tit. de Condict. cauſſ. dat. cauſſ. non ſequut.*

i) *L.* 52. §. 1. *D. de Pact.* *L.* 59. und *L.* 143. *D. de Reg. iur.*

k) *Scheffer Diſſ. de pacto reali et perſonali*, (Gieſſae 1692.)

racterisirt. Justinian nennt die Distinction zwischen dem Geben und Thun eine unnütze Subtilität, und verordnet mit dürren Worten ganz allgemein, daß die Wirkung eines jeden Vertrags auch auf die Erben sich erstrecken soll, es mag ihrer von den Paciscenten besonders Erwähnung geschehen seyn, oder nicht. Der fragweise hinzu gefügte Grund: *Cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et aduersus eos transmittatur?* ist sehr vernünftig, weil bekanntlich der Erbe in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers tritt, und mit diesem als eine Person angesehen wird. Ausnahmen, wo selbst bey dem Mangel einer ausdrücklichen Einschränkung auf die Person der Paciscenten dennoch die Wirkung der Verträge auf die Erben sich nicht erstrecket, finden indessen statt, wenn

1) der Vertrag seiner Natur nach so beschaffen ist, daß man dabey auf die persönlichen Eigenschaften der Paciscenten, z. B. auf Fleiß und Ehrlichkeit Rücksicht nimt, wie solches unter andern bey der Societät der Fall ist, oder

2) der Vertrag unter einer Potestativbedingung abgeschlossen worden ist, welche der Erbe des Paciscenten nicht erfüllen kann.

§. 315.

Durch Verträge werden nur die Paciscenten verbunden; auf einen Dritten hingegen erstrecket sich in der Regel die Wirkung derselben nicht 1). Die Fälle, wo ein Dritter, oder ein solcher, der so wenig den Vertrag geschlossen hat, als des Paciscenten Erbe geworden ist, verbunden wird, sind lediglich als Ausnahmen von der Regel zu betrachten. Es gehören dahin folgende:

1) wenn der Dritte mit dem Paciscenten in einem rechtlichen Verhältnisse stehet, vermöge dessen er mit diesem als eine Person angesehen wird. In einem solchen rechtlichen Verhältnisse stehet z. B. der Pupill mit dem Vormunde, imgleichen der Cessionar mit dem Cedenten. Errichtet der Vormund einen Vertrag, wozu ihn sein vormundschaftliches Amt berechtiget, so wird der Pupill nach der bekannten Regel: factum legitimum tutoris qua talis est factum pupilli, aus diesem Vertrage verbindlich. Der Cessionar wird aus dem Vertrage seines Ce-

1) *L. 27. §. 4. in fin. D de Pact. L. 74. D. de Reg. iur. L. 25. C. de Pact. L. 1. L. 2.* und *L. 3. C. Inter alios act. vel iudic. aliis non nocere.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0322
DFG

Cedenten verbunden, wie fern der Vertrag das cedirte Recht betrifft; er trit in die Stelle des Cedenten und wird ratione iuris cessi mit diesem als eine Person angesehen.

2) Wenn der Dritte zur Eingehung des Vertrags ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung ertheilet, oder den abgeschlossenen Vertrag genehmiget, in der Absicht sich zu verbinden.

3) Wenn der Gegenstand des Vertrags zum Nutzen des Dritten verwendet wird, und solchergestalt eine versio in rem vorhanden ist. Es kann in solchem Falle der Dritte *actione de in rem verso* belanget werden, von welcher Klage wir an einem andern Orte handeln werden m).

§. 316.

Will man die Wirkung des Vertrags in Absicht auf die Leistung des versprochenen Objects gehörig bestimmen, so ist es nöthig, die eigentliche Beschaffenheit des Versprechens selbst in vorliegenden Fällen zu untersuchen.

Das Versprechen ist entweder alternativ geschehen, oder es ist schlechthin auf die Leistung eines bestimmten Objects gerichtet worden.

Im ersteren Falle involvirt der Vertrag eine alternative Verbindlichkeit, und es ist daher in der Regel dem Promittenten die Wahl zuständig, welches von den mehreren Objecten er prästiren will n). Ausnahmen finden statt:

1) wenn der Promissar sich die Wahl ausdrücklich vorbehalten hat o);

2)

m) *tit. Dig. de In rem verso. iunct. tit. Dig. de exercitor. act.* wo der Verfasser von den so genannten actionibus adiectitiae qualitatis handelt, welche nicht aus meinem eigenen Factum angestellet werden, sondern aus einem fremden Factum, das aber aus einer gesetzlichen Ursache als mein eigenes angesehen wird.

n) §. 33. *I. de Act. L.* 34. §. 6. *D. de Contrab. emt. L.* 10. §. *vlt. D. de Iur. dot. Cap.* 70. *de Reg iur. in 6to.*

o) *L.* 95 *D. de Solut. L.* 10. §. *vlt. D. de Iur. dot. L.* 93. und *L.* 112. *D. de Verbor. oblig.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0323
DFG

c) wenn die Wahl nicht mehr möglich ist, weil das eine von den alternativ versprochenen Objecten zu Grunde gegangen ist p).

Im letzteren Falle ist der Promittent in der Regel zur genauesten Leistung des Objects verbunden, und zwar ohne Unterschied, ob dasselbe in einem Factum oder in einer Sache bestehet q). Ausnahmen finden indessen auch hier statt, und zwar

1)

p) *L.* 2. §. 3. *D. de Eo, quod cert. loc. L.* 10. *in fin. D. de Iur. dot. L.* 95. *pr.* und §. 1. *D. de Solut. L.* 47. §. 3. *D. de Legat. l. cf. Reinharth Diss. de iure eligendi ex obligatione alternatiua*, (Erf 1711.) *Hertius Diss. de electione ex obligatione alternatiua debitori debita*, (*in Eiusdem opusc. Vol. I. Tom. III. p.* 348. *sqq.*)

q) *Thomasius Diss. an promissor facti liberetur praestando id quod interest?* (*in Eiusdem dissertatt. acadd. Tom. IIII. p.* 455. *sqq.*) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 743. Verschiedene Rechtslehrer, wohin unter andern *Magnus Ratt. et differentt. iur. ciuil. Lib. II. cap. XI.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. III. p.* 311. *sq.*) *Struuius Enolutt. controuerss. Lib. II. tit. XIIII. thes.* 46. *quaest.* 2. *p.* 65. *sq. Lib. XXXXV. tit. I. thes.* 22. *quaest.* 2. *p.* 458. *ed. nouiss. Lauterbach Colleg. Pandect. theor. pract. Tom. III. Lib. XXXXIIII. tit. VII.* §. 18. *p.* 610. *ed. nouiss. a Wernher Obseruatt. forenss. Tom. I. Part. I. Obs. CCCV. num.* 125. und *Donellus Comm. ad L.* 72. *D. de Verbor. obligat. num.* 31. *sqq.* gehören, behaupten, man müsse unterscheiden, ob ein Factum oder eine Sache versprochen worden sey, indem nach den Grundsätzen des römischen Rechts zwar die versprochene Sache präcis zu leisten sey, nicht aber das versprochene Factum; ein Vertrag, worin man ein Factum versprochen hat, führe nur die alternative Verbindlichkeit mit sich, entweder das Factum oder statt dessen das Interesse zu prästiren. Zum Beweise ihrer Behauptung berufen sie sich auf die *L.* 44. §. *vlt. D. de Obligat. et act. L.* 13. *pr. D. de Re iudic. L.* 68. *L.* 72. und *L.* 75. §. *vlt. D. de Verbor. obligat.* allein vergebens. Es wird zwar in diesen Gesetzen verordnet, daß derjenige, welcher das versprochene Factum nicht leistet, zur Prästation des Interesse gehalten seyn solle; allein daß der Promissar solches auch wider seinen Willen anzunehmen verbunden sey, davon sagen die Gesetze kein Wort. Vernünftiger Weise kann man dies auch nicht einmal als eine Schlußfolge aus den angezogenen Stellen herleiten, da in anderen Gesetzen deutlich versehen wird, daß es dem Schuldner nicht erlaubt seyn solle, seinem Gläubiger für das schuldige Object ein anderes zu obtrudiren. *Pr. I. de Verbor. obligat. L.* 2. §. 1. *D. de Reb. credit.* Ueberhaupt wird in den Gesetzen nirgends zwischen der obligatione dandi und faciendi ein Unterschied gemacht. Räthlich dürfte es freylich seyn, in Fällen, wo der Promittent das versprochene Factum zu leisten sich weigert, lieber das Interesse zu verlangen, als ihn zu dem Factum zu zwingen; denn schwerlich wird er,

wenn

1) wenn eine Veränderung der Umstände sich ereignet, die von einem sonst verbindlichen Vertrage einseitig wieder abzugehen berechtiget. Bekanntlich hat man die Regel: alle Verträge enthalten stillschweigend die Clausel: *rebus sic stantibus* r). Es ist aber diese Regel von den Rechtsgelehrten häufig gemißdeutet und sehr übel angewendet worden s). Nach dem Naturrechte wird dazu, um von der Clausel: rebus sic stantibus, als einer allgemeinen Regel Gebrauch zu machen, erfordert, daß die entstandene Veränderung einen Umstand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder die ausdrückliche Verabredung der Partheyen dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt; alle übrigen besonderen Verhältnisse eines oder des anderen Contrahenten kommen hier gar nicht in Betrachtung. Die Civilgesetze erlauben nun freylich in gewissen Fällen wegen solcher Verän-

wenn man Zwang gebraucht, das Factum so prästiren, daß der Promissar Nutzen oder Vergnügen davon habe. Weil man auch das Interesse selten genau bestimmen und beweisen kann, so ist es vortheilhaft, sich von dem Promittenten eines facti zugleich eine Conventionalstrafe auf den Fall versprechen zu lassen, wo er das Factum nicht leisten würde.

r) L. 38. und L. 82. D. *de Solut. cf. a Leyser Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXX. med.* 4. Eberhard Abh. von der Clausel: *rebus sic stantibus*, (in dessen Beyträgen zur Erläuterung der deutschen Rechte, Th. I. S. 1. ff.) *Kopp Diss. de clausula: rebus sic stantibus, secundum ius tum naturale, tum ciuile*, (Marb. 1750.)

s) Erst neuerlich hat der um die philosophische Bearbeitung des Civilrechts so sehr verdiente Herr D. Weber in seiner vortrefflichen systemat Entwickel der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung, §. 90. S. 416. ff. die erwähnte Regel mit dem gewöhnlichen Scharfsinne genauer bestimmet und gegen fernere Mißverständnisse gesichert. So oft, sagt man gemeiniglich, sich Umstände ereignen, die einen Contrahenten, wenn er sie voraus gewußt, oder hätte wissen können, von Schließung des Vertrags gänzlich würden zurück gehalten haben: so oft ist er nach der gedachten Regel berechtiget, von dem einmal getroffenen Contracte wieder abzugehen. Wenn dem wirklich so wäre, so würde dadurch Gelegenheit gegeben werden alle Verträge anzufechten, und niemand würde sich weiter auf ein Versprechen verlassen können. So müßte ich auch z. B. befugt seyn, ein heute gekauftes Buch morgen zurück zu geben und mein Geld wieder zu fordern, wenn mir ein Freund inmittelst ein Geschenk damit gemacht hätte; denn dies voraus gewußt, würde ich jenes nie gekauft haben.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0325
DFG

änderungen nach einseitigen Verhältnissen, die das Naturrecht an sich zur Aufhebung eines Vertrags nicht als hinreichend erkennet, dem einen Theile auch wider den Willen des anderen die Zurücktretung. So z. B. darf

α) eine Schenkung wieder zurück gefordert werden, wenn der Schenker nach derselben allererst eheliche Kinder bekommen t), imgleichen wenn der Schenknehmer sich einer groben Undankbarkeit schuldig gemacht hat v).

β) Der Miethsmann ist verbunden, das gemiethete Haus zu räumen, wenn der Vermiether entweder wegen unvorhergesehener Fälle selbst des Hauses benöthiget wird, oder eine Reparatur darin unternehmen muß, wobey jener nicht füglich in dem gemietheten Hause verbleiben kann x).

Gleichwie in diesen Verhältnissen nach dem Naturrechte noch nicht sofort eine völlige Aufhebung der Verträge von Seiten des Schenkers und des Vermiethers verlanget werden kann; so müssen auch diese Fälle lediglich als besondere Anordnungen des Civilrechts, und eigentlich als Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundsatzes oder der so genannten Clausel: rebus sic stantibus, behandelt werden.

2) Wenn ohne Schuld des Promittenten die versprochene Sache in einen Zustand geräth, welcher die Erfüllung des Versprechens ganz unmöglich macht y). Es trit hier der von dem römischen Rechtsgelehrten Celsus in der *L.* 185. *D. de Reg. iur.* bestätigte Grundsatz des Naturrechts: Impossibilium nulla obligatio est, ein.

3)

t) *L.* 8. C. *de Reuoc. donat.*

v) *L. vlt.* C. *eod.*

x) *L.* 3. C. *de Loc. cond.*

y) §. 2 *I. de Inutil. stipulat. L.* 35. *pr.* und *L.* 83. §. 5. *D. de Verbor. obligat.*

3) Wenn dem Promissar gar nichts daran gelegen seyn kann, daß der Vertrag gehalten werde z). Klaget in einem solchen Falle der Promissar auf die Erfüllung des Vertrags, so kann ihm der Promittent die exceptionem *tua non interest* entgegen setzen.

4) Wenn der Promissar selbst Schuld daran ist, daß der Promittent sein Versprechen nicht erfüllen kann a).

§. 317.

Hat der Promittent sich selbst durch Vorsatz oder einen gewissen Grad von Nachlässigkeit außer Stand gesetzt, sein Versprechen erfüllen zu können, so ist er dem Promissar zum Schadensersatze und zur Leistung des Interesse verpflichtet. Dies veranlasset nun unsern Verfasser, an dem gegenwärtigen Orte die Lehre von der Schadensersetzung bey Verträgen abzuhandeln, und wir müssen ihm folgen.

§. 318.

Schade heißt überhaupt jeder Nachtheil, welchen jemand an seiner Person oder an seinem Vermögen erlitten hat b). Die Römer bezeichnen denselben durch *damnum* imgleichen *damnatio*. Von beyden Wörtern giebt Paulus in der *L.* 3. *D. de Damn. inf.* eine Etymologie: Damnum *et* damnatio *ab* ademtione *et* quasi deminutione PATRIMONII *dicta sunt*, welche evident nur auf den am Vermögen erlittenen Schaden passet, folglich nicht ganz bestimmt ist, wie fern die Wörter sehr häufig auch einen solchen Nachtheil anzeigen, den jemand an seiner Person erlitten hat. Verschieden von dem eigentlichen und wahren Schaden ist übrigens der so genannte besorgliche Schade, das *damnum infectum*, der zwar noch nicht ge-

z) *L.* 15. *D. de Seruitut. L.* 38. §. 17. *D. de Verbor. obligat. L.* 2. *C. de Indict. viduit. et leg. Iul. misc. toll.*

a) *L.* 85. §. 7. *D. de Verbor. obligat.*

b) *cf. Wehrn Doctr. iur. explicat. princip. et causs. damni, habita doli mali, culpae, moras, eiusque quod interest, ratione, praestandi*, (Lipsiae 1795.)

geschehen ist, aber doch zu befürchten stehet. Cajus characterisirt ihn in der *L. 2. D. eod.* sehr genau so: Damnum infectum *est damnum nondum factum, quod futurum veremur.* Genau genommen lässet sich das damnum infectum gar nicht als eine besondere Gattung des Schadens ansehen, indem schon der Sprachgebrauch unter dem Schaden beständig nur einen bereits wirklich erlittenen Nachtheil verstehet; inzwischen pflegt man dem damno infecto nicht selten das damnum factum entgegen zu setzen, um Verwirrungen zu vermeiden. Die Compilatoren der Pandecten haben, wie schon die angezogenen Gesetzstellen zu erkennen geben, dem besorglichen Schaden einen eigenen Titel: *de Damno infecto et subgundiis et protectionibus*, gewidmet; wir beschäftigen uns daher hier bloß mit dem eigentlichen und wahren Schaden, und werden von dem besorglichen Schaden unten in dem erwähnten Titel handeln.

Der wirkliche Schade, den jemand an seinem Vermögen leidet, wird damnum *pecuniarium* genannt c), und in den positiven (damnum *positivum* s. *emergens*) und privativen (damnum *privativum* s. *negativum*) eingetheilet. Der erstere begreift allen Schaden in sich, der sich in Ansehung eines schon erworbenen Nutzens oder Vortheils zuträgt; der letztere aber bloß denjenigen, der sich in Ansehung eines noch nicht erworbenen Nutzens oder Vortheils ereignet. Wer mir z. B. etwas von dem Meinigen stiehlt, fügt mir einen positiven Schaden zu; wer hingegen einen Testirer beredet, mich nicht zum Erben einzusetzen, der schadet mir privative. Das *damnum* privativum *s.* negativum wird auch lucrum *interceptum* imgleichen lucrum *cessans* genannt d).

[Ob privativum damnum tunc demum actio competit, si illud *ex praecedente* damno positivo *ortum*, simulque *certum* et *pecuniarium* sit.] Daß wegen eines privativen Schadens nur alsdann geklaget werden könne, wenn ein gewisser, sicherer erlaubter Vortheil, den man zu erhalten gegründete Hoffnung hatte, entzogen und vereitelt worden ist, leidet kein Bedenken; allein daß ein solcher Schade aus einem vorhergehenden positiven Schaden

c) *L. 5. §. 5. D. de His, qui effud. vel. deiec.* Insonderheit zeiget bisweilen damnum pecuniarium einen solchen Schaden an, der sich nach Gelde schätzen lässet.

d) *L. 13. D. Rem. rat. hab. L. 21. §. 3. D. de Act. emt. vend. L. vn. in fin. C. de Sen. ent quae pro eo quod interest prof.* Schmidt *Diss. de lucro cessante et damno emergente*, (Ienae 1763.)

den entstanden seyn müsse, wenn er eine Klage begründen soll, wie Hellfeld behauptet, ist ganz ungegründet e).

§. 319.

Wenn man auf den Grund des Schadens Rücksicht nimt, so liegt dieser entweder in demjenigen selbst, welcher den Schaden leidet, oder nicht. Im ersteren Falle muß der von dem Rechtsgelehrten Pomponius in der *L.* 203. *D. de Reg. iur.* aufgestellte Grundsatz: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire, zur Anwendung gebracht werden. Es kann hier von einem Schadensersatze gar nicht die Frage seyn f. Im letzteren Falle ist der Schade entweder durch die freye Handlung eines anderen zugefüget worden, oder nicht. Wenn dieses ist, so heißt der Schade ein zufälliger (damnum *casuale*); ist hingegen jenes, so war die Handlung des anderen entweder gerecht, oder ungerecht. Im ersteren Falle wird der Schade ein indirecter (damnum *indirectum* s. *in consequentiam veniens*) genannt, bey welchem nun die von dem römischen Rechtsgelehrten Paulus in der *L.* 151. *D. eod.* fest gesetzte Regel: Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet, statt findet g). Wer sich seines Rechts innerhalb der gesetzmäßigen Schranken bedienet, braucht den Schaden nicht zu ersetzen, der dem andern dadurch entstanden ist. Im letzteren Falle heißt der Schade ein directer (damnum *directum*). Die ungerechte Handlung aber geschah entweder aus Vorsatz, in der Absicht mir zu schaden, oder aus Nachlässigkeit, aus Unvorsichtigkeit. Wenn jenes ist, so heißt der Schade damnum *dolosum*; ist hingegen dieses, so wird er damnum *culposum* genannt.

§. 320.

Das *damnum* dolosum begründet bey allen Verträgen, in Gemäßheit der oben vorgetragenen Wirkungen des Betrugs, eine vollkommene Verbindlich-

e) *cf.* Catianus *Synt. de eo quod interest, cap. X. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VII. p. 792. sqq.)*

f) Boehmer *Diss. de inputatione culpae propriae*, (Ienae 1734.)

g) *cf. L.* 155. §. 1. *D. de Reg. iur. L.* 30. *D. de Vsufr. L.* 10. *D. de Seruitut. praed. vrb. L.* 2. §. 5. *D. de Aqu. et aqu. pluu. arc.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0329
DFG

keit zur Entschädigung. So oft ein Contrahent dem anderen vorsätzlich einen Schaden zufüget, ist er zur Ersetzung desselben gehalten. Es fragt sich aber: kann dies nicht durch einen ausdrücklichen Vertrag abgeändert werden? Man distinguire hier: wenn mich jemand betrogen hat, und ich erkläre ihm, daß ich keine Schadenersetzung fordern wolle, er acceptirt auch diese Erklärung, so ist der Vertrag gültig (de dolo *praeterito* pacisci licet; wollte ich hingegen mit jemandem pacisciren, daß er mich oder ich ihn ungestraft in Zukunft solle betrügen dürfen, so würde der Vertrag ungültig seyn (de dolo *futuro* pacisci non licet). Die Gesetze bestätigen diese Distinction ausdrücklich. In der *L.* 27 §. 3. 4. *D. de Pact.* sagt Paulus: Illud *nulla pactione* effici potest, NE DOLVS PRAESTETVR: quamuis si quis pacisca-tur, ne depositi agat vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit. Pacta, qu e turpem caussam continent, non sunt obseruanda: veluti si pacisear, ne furti agam, vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti, vel iniuriarum poenam. Sed post admissa haec, pacisci possumus. Der Grund, weswegen ein vergangener, nicht aber ein zukünftiger Betrug den Gegenstand eines Vertrags abgeben kann, ist leicht einzusehen. Das pactum de dolo *praeterito* gehört nicht zu den pactis, quae, wie Paulus sich ausdrückt, turpem caussam continent; wohl aber ist dahin das pactum de dolo *futuro* zu rechnen. Jenes ist begreiflich um deswillen gültig, weil es nicht ad dolose agendum reizet; dieses hingegen kann aus dem Grunde nicht gelten, weil es zu Betrügereyen die Veranlassung geben würde, und in dieser Hinsicht als ein schändliches Pactum angesehen werden muß h).

§. 321.

h) Sonderbar ist es, wenn Paulus in der angezogenen *L.* 27. §. 3. *D. de Pact.* hinzu füget: quamuis si quis pacisca-tur, ne depositi agat vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat. Es kann durch kein pactum ausbedungen werden, daß mir jemand den dolum nicht prästiren solle, obgleich in dem Falle, wo jemand verspricht, keine actionem depositi anzustellen, welches, wie auch Ulpian in der *L.* 7. § 15. *D. eod.* sagt, gültig geschehen kann, es im Grunde so viel heißt, er wolle auch wegen eines *doli* nicht klagen. Gesetzt nun, der Depositar begehet einen dolum, so fragt es sich: kann er des pacti ohngeachtet belanget werden? In Gemäßheit des von Paulus aufgestellten Princips, daß ein pactum, ne dolus praestetur, ungültig sey, allerdings. Und dennoch sagt Paulus: quod pactum proderit, der Vertrag kommt dem Depositar zu statten. Die Ausleger suchen den Widerspruch auf verschiedene Weise zu heben. *cf.* Pacius Ἐναντιοφανῶν *s. legg. conciliatt. Centur. VIII quaest.* 89. Donellus *Comm. iur. ciuil. Lib. XVI. cap. VI. p.* 876. Noodt *Lib. de pactt. et transactt. cap. XVIIII. (in Eiusdem Opp. Tom. I. p. m.* 439. *sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0330
DFG

§. 321.

Das *damnum* culposum setzt eine begangene Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit zum voraus, welche in den Gesetzen culpa genannt wird. *Culpa* ist, wie fern sie dem dolo entgegen gesetzt wird i), eine solche Handlung, bey welcher der Handelnde nicht wußte, daß die Folgen der Handlung entstehen würden, die jetzt wirklich geworden sind, auch solche nicht wollte, es aber hätte wissen können, wenn er bey seiner Handlung die schuldige Aufmerksamkeit beobachtet hätte k). Es kann die culpa durch Omissivhandlungen sowohl als durch Commissivhandlungen begangen werden, indem sie bestehen kann theils darin, daß man etwas unterlassen hat, welches hätte geschehen sollen, um den Schaden abzuwenden, theils darin, daß man etwas unternommen hat, welches nicht hätte unternommen werden sollen, weil der Schade mittelbar oder unmittelbar daraus entstanden ist.

In der *L.* 31. *D. Ad leg. Aquil.* sagt Paulus: Culpam esse, quod; quum a diligente prouideri poterit, non esset prouisum, wobey Gothofredus bemerket: *Culpa est non praeuidere, quod a diligente praeuideri potest; est igitur culpa diligentiae obposita.* Hiedurch wird aber der Begrif der Fahrlässigkeit im eigentlichen Verstande nicht erschöpft; wenigstens dürfte sich auf diese Weise schwerlich eine genaue Gränzlinie zwischen dolus und culpa ziehen lassen, da die Vernachlässigung der Aufmerksamkeit auch vorsätzlich geschehen kann l).

Aus dem von mir angegebenen Begriffe ergiebt sich:

I)

i) Bisweilen bezeichnet das Wort culpa im weitläuftigen Verstande jede widerrechtliche Handlung, so daß sie den dolum unter sich begreift. *L.* 5. §. 1. D. *Ad. leg. Aquil. L* 3. D. *Depos.* L. 9 §. 3. *D. de Minor.* L. 91. §. 3. D. *de Verbor. oblig.* L. *vlt.* D. *de Senatuscons. Silan.* L. 226. D. *de Verbor. signif.* In der eigentlichen Bedeutung aber wird culpa dem dolo entgegen gesetzt. L 52. §. 2. *D. Pro soc.* L. 8. §. *vlt. D. Mand.* L. 17. *pr. D de Iur. dot.* L. 1. *pr. D. de Tut. et rat. distrah.* L. 5. §. 2. *D. Commod.* L. 22. §. 3. *D. Ad senatuscons. Trebell.* L. 23. *D. de Reg. iur.*

k) *cf.* Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, Band XII. S. 186. f. und Grundsätze des gemeinen deutschen und Preußischen peinlichen Rechts, §. 120. 121. 122.

l) *cf.* Kleinschrod systemat. Entwickel. der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, Th. I. §. 26.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0331
DFG

1) die culpa setzt auf Seiten des Handelnden, dem sie imputirt werden soll, eine Verbindlichkeit ad diligentiam praestandam, das heißt, Mittel zur Erreichung eines gewissen Zwecks anzuwenden, zum voraus. Gesetzt also, ich konnte zwar einen Schaden verhüten, ich war aber dazu nicht verbunden, so bin ich nicht in culpa und kann auch nicht zur Entschädigung angehalten werden. Es stehet vielmehr der Grundsatz fest: quoties non adest obligatio ad damnum auertendum, toties quoque non committitur culpa, si damnum reapse auersum non est.

2) Die culpa schließt den Vorsatz, jemanden zu verletzen, aus. Hiedurch unterscheidet sie sich vom dolo.

3) Die culpa setzt auf Seiten des Handelnden, dem sie zugerechnet werden soll, zum voraus, daß er die schädliche Wirkung seiner Handlung wissen oder vorhersehen konnte. War der Handelnde die Wirkung seiner Handlung vorherzusehen schlechterdings nicht im Stande, so ist sie als ein Zufall (*casus inopinatus*) anzusehen, wofür der Handelnde dem Verletzten nicht verantwortlich wird m).

§. 322.

Die culpa ist entweder *lata*, oder *leuis* oder *leuissima*. Culpa lata, ein grobes Versehen ist, wenn jemand bey einer Handlung auch nicht einmal diejenige Aufmerksamkeit beobachtet, welche er als ein vernünftiges Wesen ohne alle weitere Voraussetzung hätte beobachten müssen n); culpa levis,

m) *cf.* a Pufendorf *Tr. de culpa*, (Lemgou. 1740.)

n) L. 213. §. *vlt.* D. *de Verbor signif.* Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt. L. 223. *pr.* D. *eod.* Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt. Nicht selten wird in den Gesetzen dieser Grad der Fahrlässigkeit auch mit den Benennungen: lata negligentia, dissoluta, crassa, summa negligentia, nimia securitas, supina ignorantia, bezeichnet. L. 22. §. 3. D. *Ad Senatusconf. Trebell.* L. 6. D. *de Administrat. rer. ad ciuit. pertinent.* L. 7. §. 1. D. *de Suspect. tutor.* L. 7. §. 2. D. *de Administrat. et peric. tutor.* L. 29. *pr.* D. *Mand.* L. 6. und L. 9. §. 2. D. *de Iur. et fact. ignorant.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0332
DFG

vis, ein mäßiges Versehen hingegen ist, wenn jemand bey einer Handlung diejenige Aufmerksamkeit nicht beobachtet, welche ein jeder zu beobachten pflegt, der alle Unregelmäßigkeit im Handeln zu vermeiden suchet o); culpa leuissima, ein geringes Versehen endlich ist die Fahrlässigkeit, welche auch derjenige zu begehen pflegt, der sonst die vollkommenste Regelmäßigkeit im Handeln zu beobachten gewohnt ist p).

Verschiedene Rechtslehrer halten zwar diese Eintheilung der Fahrlässigkeit für ungegründet, indem einige den Unterschied zwischen der culpa *leui* und *leuissima* verwerfen q), andere zwischen culpa *lata*, *latiori* und *latissima* r), und noch andere zwischen *culpa* und *negligentia*, oder zwischen culpa *versutiae* und culpa *negligentiae* distinguirt wissen wollen s; allein die vorgetragene Eintheilung ist die gemeine und ohne Zweifel auch gesetzmäßige Lehre von den Graden der

o) L. 10. D. *de Administrat. et peric. tutor.* Leuis culpa committitur, quotiescumque non fit id, quod quiuis pater familias idoneus facit. *cf.* L. 33. *pr.* D. *eod.* L. 25. §. 16. D. *Famil. erciſc.* L. 35. §. 4. D. *de Contrab. emt. vendit.* L. 14. D. *de Pignerat. act.*

p) L. 25. §. 7. D. *Loc. cond.* Leuissima culpa abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque obseruaturus fuisset. *cf.* §. 5. *I. de Loc. cond.* L. 18. *pr.* D. *Commod.*

q) *Raeuardus ad* L. 13. *D. de Reg. iur. Burgius Electt. cap. XII. (in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. I. p. 330.) Donellus Comm. iur ciuil. Lib. XVI. cap. VII. Cheſius Interpretr. iur. Lib. I. cap. XXXXV. (in Heineccii Iuriſprud. rom. et att. Tom II. p. 226. ſqq.)*

r) *Bartolus ad L. 32. D. Depoſ.* In dieser Gesetzstelle kommt der Ausdruck *latior* culpa vor, womit indessen, wie *Curtius* Ἐικαζῶν *Lib. II. cap. XXVIII. (in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. V. p. 168.)* und *d' Auezan Contracts. Lib. I. cap XXVI. (in Meermanni Theſ. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p. 54. ſqq.)* in Beziehung auf die *L. 223. pr. D. de Verbor. ſignif.* und *L. 1. §. 1. D. Si menſ. falſ. mod. dixer.* richtig bemerken, weiter nichts als *lata* culpa angezeiget wird.

s) *Cocceius Conlatt. iuridd. ad Struu. conlat.* 10. und *Hypomnemm. ad Inſtituit. tit. de Obligat. num.* 10. Als vernunftwidrig will sogar von Braun Abh. von der Eintheilung der Schuld, (in den Erlang. gelehrt. Anzeig. auf das Jahr 1751. Num. XIII. S. 97 — 104.) die ganze Lehre verwerfen, ohngeachtet nicht nur das Naturrecht, sondern auch das römische Recht die angegebenen Grade der Fahrlässigkeit anerkennet.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0333
DFG

der Nachlässigkeit t). Zu bemerken ist es indessen, daß die römischen Juristen nicht immer die Namen culpa lata, leuis und leuissima, sondern oft auch andere brauchen; daß sie sich auch oft unbestimmt ausdrücken, und endlich auch in ihrem Redegebrauche nicht übereinstimmend sind. Wenn das Wort culpa allein stehet, so bedeutet es bisweilen jede Gattung der Fahrlässigkeit v), meistentheils ein mäßiges Versehen x), bisweilen auch ein geringes Versehen y). Für: culpam leuissimam praestare, sagen sie oft *diligentiam* oder auch *custodiam praestare* z), wiewohl diese Redensarten auch in einigen Stellen die Leistung der culpae *leuis* bedeuten a), und in einigen custodia bloß dem dolo entgegen gesetzt wird b). Eigentlich zeiget das Wort custodia nur denjenigen Fleiß an, welcher auf die Verwahrung einer beweglichen Sache verwendet wird, und diese besondere Art des Fleißes hat eben so gut ihre Grade, wie sie der Fleiß überhaupt hat, indem es eine custodiam *infimam* c), *mediam* d) und *summam* e) giebt f).

Die

t) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institution. §. 757. 758.

v) §. 6. I. *de Suspect. tutor.* L. 30. §. 3. *in fin. D. Ad leg. Aquil.*

x) L. 5. §. 2. und L. 18. *pr. D. Commod.* L. 23. *D. de Reg. iur.* L. 52. §. 2. *D. Pro. soc.* L. 68. *pr. D. de Contrab. emt. vendit.* L. 16. §. 4. *D. Famil. erciſc.* L. 3. §. 1. *D. Naut. caup. ſtabul.* L. 9. §. 5. *D. de Reb. auct. iudic. poſſid.* L. 31. *in fin. D. Loc. cond.*

y) L. 16. *D. de Condict. furtiu.* L. 8. §. 3. *D. de Precar. cf. Prouſteau Recitatt. ad* L. 23. *D. de Reg. iur. cap. VI.* §. 6. (*in Meermanni Theſ. iur. ciuil. et canon. Tom. III. p.* 494.)

z) L. 5. §. 2. *D. Commod.* L. 13. §. 1. *D. de Pigner. act.* L. 47. §. *pen. D. de Legat. I.*

a) §. 2. und §. *vlt. I. Quib. mod. re contrab. obligat.* §. 5. *I. de Loc. cond.* L. 5. §. *vlt. D. Commod.* L. 2. §. 1. und L. 3. *D. de Peric. et commod. rei vend.* L. 36. *D. de Act. emt. vend.*

b) §. *vlt. I. de Obligat. ex delict.* L. 10. §. 1. *D. Commod.*

c) §. 3. *I. Quib. mod. re contrab. obligat.*

d) §. *vlt. I. eod.* L. 3. *D. de Peric. et comm. rei vend.*

e) L. 1. §. 4. *D. de Obligat. et act.*

f) *cf. Madihn Pr. creditor. in pign. media diligentia non ſemper liberari*, ad L. 13. §. 1. *D. de Pigner. act. p.* 11. (*in Eiuſdem exercitt. acadd. num.* XII.)

Die culpa leuis zerfällt in *culpam leuem* in abstracto und *culpam leuem* in concreto. Nehmlich culpa leuis *in abstracto* ist die vorhin beschriebene Art der Fahrlässigkeit; wenn ich hingegen diejenige Aufmerksamkeit unterlasse, welche ich sonst gewöhnlich anwende, so heißt es culpa leuis *in concreto* g). Bin ich also gewöhnlich in hohem Grade nachlässig, so kann etwas bey mir culpa leuis in concreto seyn, was bey anderen culpa lata wäre. Hingegen kann bey einem sonst sehr ordentlichen und behutsamen Menschen etwas culpa leuis in concreto seyn, was bey anderen nur culpa leuissima wäre. Culpa leuis in concreto wird bey der Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen und bey der Verwaltung der Dotalgüter einer Ehefrau geleistet.

Verschiedene Rechtslehrer bestreiten zwar auch diese Distinction h); allein sie erhellet aus den angezogenen Gesetzstellen unwiderleglich i).

§. 323.

Ohngeachtet eine vorsätzliche beabsichtigte Handlung allemal zurechnungsfähiger als eine Nachlässigkeitshandlung ist, so werden doch nach Vorschrift der Gesetze die Folgen eines groben Versehens in cauſſis *ciuilibus*, wo vom Schadensersatze oder sonstiger Genugthuung die Rede ist, eben so zugerechnet, als die

g) Die Gesetze drücken die *culpam leuem in concreto* so aus, daß sie sey talis diligentia, qualem quis suis rebus adhibere solet. §. *vlt. I. de Societat.* §. 2. *I. Quib. mod. re contrab. obligat.* §. 1. *I. de Obligat. quae quasi ex contract. nasc.* L. 25. §. 16. D. *Famil. ercisc.* L. 72. D. *Pro soc.* L. 1. *pr.* D. *de Tutel. et rat. distrab.* L. 17. *pr.* D. *de Iur. dot*, L. 24. §. 5. D. *Solut. matrim. dos quemadmod. petat.*

h) *Struuius* Deciſſ. *Sabbath. cap.* XI. *deciſ. vlt. Gothofredus ad* L. 23, D. *de Reg. iur.*

i) In der angeführten L. 17. *pr.* D. *de Iur. dot.* heißt es besonders merklich: In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam (nehmlich leuem), quia sua cauſſa dotem adcipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. *cf. Brückner* Diſſ. *de culpa, quae concretiue talis dicitur*, (Ienae 1693.) *Runge* Diſſ *legale fundamentum culpae in abstracto et concreto per interpretationem* L. 32. D. *Depos. erutum, sistens*, (Goettingae 1751.)

die Folgen des Vorsatzes k). Hierauf beziehet sich die bekannte Regel: culpa lata aequiparatur dolo. Sehr richtig bemerket daher Prousteau l), daß unter dem dolo die culpa lata mit begriffen sey, so oft die Gesetze des ersteren zwar nur allein gedenken, aber dennoch bloß vom Schadensersatze die Frage ist. Nec adiectio, sagt dieser berühmte Civilist, particulae taxatiuae: *solus*, *dumtaxat*, *tantummodo*, latam culpam excludit, aut separat a dolo; nam et actio in factum, quae datur aduersus mensorem agrorum, licet dolum hac adiecta particula: *dumtaxat*, exigere dicatur in *L. 1. D. Si mensor falsum mod. dixer.* nihilo minus et latam culpam complectitur.

Nicht so verhält es sich indessen mit den Folgen eines groben Versehens in causis *criminalibus*, wo nicht vom Schadensersatze oder sonstiger Genugthuung, sondern von Strafen die Rede ist. Man distinguire: es ist entweder lediglich von Bestrafung einer geringen Vergehung die Rede, oder von der Bestrafung eines eigentlichen peinlichen Verbrechens, welches eine Lebens oder Leibesstrafe, oder doch eine der Leibesstrafe gleich geachtete Strafe nach sich zieht. Wenn jenes ist, so lassen sich freylich wohl die Folgen eines groben Versehens eben so zurechnen, als die Folgen des Vorsatzes m); ist aber dieses, so kann man nach den von der Immoralität der Verbrechen in Ansehung der Selbstbestimmung dazu geltenden Principien die culpam latam unmöglich dem dolo gleich schätzen n).

§. 324.

k) In der L. 1. §. 5. D. *de Obligat. et act.* heißt es ausdrücklich: Magnam negligentiam placuit in doli crimen cadere. *cf. L. 1. §. 2. D. Si is, qui testam. liber esse iussus erit.* L. 1. §. 1. D *Si mens. falsum mod. dixer.* Eine Ausnahme findet bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Minderjährigen statt. L. 7. §. 7. L. 8. L. 9. §. 5. L. 24. §. 1. L. 27. §. 1. und L. 44. D. *de Minor.* L. 1. und L. 2. C. *Si aduers. delict. cf. Wehrn* Doctr. iur. explicat. princip. et causs. damni, habita doli mali, culpae, moras, eiusque quod interest, ratione praest. cap. IIII §. 15. p. 120.

l) *Prousteau Recitatt. ad* L. 23. D. *de Reg. iur. cap. XI.* §. 17. 18. (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. III p.* 501.)

m) von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. I. §. 36. S. 39. f.

n) Kleinschrod Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, Th. I. §. 30. S. 52. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0336
DFG

§. 324.

Haben wir uns bisher mit den verschiedenen Graden der Nachlässigkeit beschäftiget, so schreiten wir gegenwärtig nach Anleitung unsers Verfassers zur Untersuchung der Frage: was für einen Grad der Schuld muß einer dem anderen prästiren? einer Frage, deren Beantwortung um deswillen, weil die römischen Juristen bey Bestimmung der Grade der Fahrlässigkeit äußerst schwankend und unbestimmt sich ausdrücken, auch bey dieser Materie unter sich selbst nicht einig sind, mit so vielen Schwierigkeiten verknüpft ist, daß Stryk o) die ganze Sache in vorkommenden Fällen dem Ermessen des Richters überlassen wissen will p). Totam hanc discussionem, sagt er, in praxi ad aequum et bonum reuocandam, et ita arbitrio iudicis prudentis relinquendam esse arbitror, qui secundum circumstantias negotii, prout hoc vel maiorem vel minorem diligentiam exigit, et personae conditionem, prout in suis negotiis diligens esse solet, hac de re aestimabit. Daß dem richterlichen Ermessen hierunter vieles überlassen bleiben müsse, ist leicht zu erachten, weil man keinen ganz genauen Maaßstab für die Grade der Nachlässigkeit in allen Fällen hat; eben so leicht ist es aber auch zu erachten, daß Stryk darin zu weit gehe, wenn er sogar alles von der Willkühr des Richters abhängig wissen will, weil es denn doch nicht ganz an gesetzlichen Vorschriften in dieser Materie fehlet q).

o) *Stryk Vs. mod. Pandect. Continuat. II. tit. Commod.* §. 12. *p. m.* 35.

p) *Thomasius Diss. de vsu practico doctrinae difficillimae iuris romani de culparum praestatione in contractibus,* (Halae 1705.) rechnet diese Materie unter die allerschwersten des Civilrechts.

q) Die Hauptquellen sind die *L.* 5. §. 2. *D. Commod.* und die *L.* 23. D. *de Reg. iur.* In der ersten Stelle heißt es: Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione: vtrum dolus, an et culpa? an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito: nam, quia nulla vtilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces adcessit; tunc enim (vt est et constitutum) etiam culpa exhibetur: aut si hoc ab initio conuenit, vt et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed vbi vtriusque vtilitas vertitur, vt in emto, vt in locato, vt in dote, vt in pignore, vt in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam vtilitatem continet eius, cui commodatur: et ideo verior est Quinti Mutii sententia existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam; und in der zweyten: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt: quidam et dolum, et culpam: dolum

tan

Die gemeine Bestimmung der Grundsätze des römischen Rechts von der Prästation der culpae, die freylich immer noch schwankend und trieglich bleibt, ist folgende r).

Wenn die Frage ist, in welchen Fällen culpa lata, in welchen leuis, und in welchen leuissima zu leisten sey, so hat man zuvörderst darauf zu sehen, ob die culpa in einem Contracte begangen worden ist, oder ob sie außer einem Contracte vorkommt.

Kommt die culpa außer einem Contracte vor, oder that mir jemand, mit dem ich in keinem Contracte stehe, durch Nachlässigkeit an meiner Sache Schaden, so wußte er entweder, daß die Sache mir eigenthümlich zugehörte, oder er wußte solches nicht. Wenn jenes ist, so muß er nach Vorschrift des aquilischen Gesetzes mir den Schaden ersetzen, und zwar ohne Unterschied, die Nachlässigkeit mag eine culpa lata, leuis oder leuissima seyn s). Ist aber dieses, oder fügte mir jemand einen Schaden zu an meiner Sache, die er als bonae fidei possessor aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige hielt, so geschah solches entweder schon vorher, ehe ich ihn noch in Anspruch nahm, oder erst nachher, als ich ihn bereits in Anspruch genommen und er litem contestiret hatte. Im ersten Falle ist er mir den Schaden zu ersetzen nicht verbun-

tantum, depositum et precarium: dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori adceptum, locatum, item dotis datio, tutelae negotia gesta, (in his quidem et diligentiam) societas, et rerum communio, et dolum, et culpam recipit: sed haec ita, nisi si quid nominatim conuenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus: nam hoc seruabitur, quod initio conuenit: legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si conuenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita vtimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa adcidunt, fugae seruorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

r) Außer den von unserm Verfasser *not. e.* angeführten Schriften über diesen Gegenstand verdienen noch bemerket zu werden *Burgundus Tr. de periculis et culpa in contractibus*, Bruxell. 1674) und *Zoller Disp. de eo, quod iustum est circa praestationem culpae*, (Lipsiae 1773.)

s) §. 3. und §. 16. *I. de Leg. Aquil.* L. 5. §. 1. und L. 44. D. *Ad. leg. Aquil.*

bunden t), wohl aber in dem zweyten Falle, und zwar ohne Unterschied, ob der Schade in einer culpa lata, leui oder leuissima sich gründet v).

Ist die culpa in einem Contracte begangen worden, so kommt es zuvörderst darauf an, ob die Contrahenten den zu leistenden Grad der Schuld vertragsweise bestimmet haben, oder nicht. Im ersten Falle hat es in Gemäßheit der Regel: pacta dant legem contractui, bey der getroffenen Bestimmung lediglich das Bewenden, weil es keinem Zweifel unterworfen ist, daß ein Contrahent, welcher nach den Gesetzen oder der Natur des Geschäfts nur culpam latam zu leisten braucht, sich zur Leistung der *culpae leuis*, oder derjenige, welcher nur culpam leuem zu prästiren braucht, sich zur Prästation der *culpae leuissimae* durch einen Vertrag verbindlich machen kann, vorausgesetzt nur, daß der Vertrag den Gesetzen nicht zuwider ist x). Was hingegen den zweyten Fall anbetrifft, wo die Contrahenten den zu leistenden Grad der Schuld vertragsweise nicht bestimmet haben, so ist die Rede entweder von der Prästation einer Sache, oder von der eines Factums.

Ist die Rede von der Leistung einer Sache, so haben entweder beyde Interessenten Vortheil aus dem abgeschlossenen Contracte, oder nur einer von den Interessenten allein hat Vortheil aus demselben. Im ersten Falle sind beyde sich gegenseitig culpam leuem zu prästiren verbunden y); hingegen im zweyten Falle ist der Vortheil entweder auf Seiten desjenigen, welcher die Sache vermöge des Contracts gegeben hat, oder auf Seiten desjenigen, welcher sie vermöge des Contracts entgegen genommen hat. Wenn jenes ist, so braucht der Empfänger nur culpam latam zu prästiren, und derjenige, welcher die Sa-

t) L. 25. §. 11. und L. 31. §. 3. D. *de Hereditat. petit.*

v) L. 13. *L.* 14. *L.* 15. §. 3. L. 16. §. 1. *L.* 27. §. 2. *L.* 33. *L.* 36. §. 1. *L.* 45. *L.* 51. *L.* 58. und *L.* 63. *D. de Rei vindicat. L.* 4. §. 2. D. *Fin. regund. L.* 31. §. 3. *in fin. D. de Hereditat petit.*

x) *cf. Wehrn Doctr. iur. explicat. princip. et cauſſ. damni, habita doli mali, culpae, moraе, eiuſque quod interest, ratione, praeſt. cap. IIII.* §. 24 *p.* 165.

y) Dies ist z. B. der Fall beym Kauf- Mieth- Pacht- und Pfandcontracte. Beym Kaufcontracte hat der Käufer den Vortheil, daß er Waare erhält, und der Verkäufer den Vortheil, daß er Geld erhält; beyde Theile haben also Vortheil, und müssen sich gegenseitig culpam leuem prästiren. Eben so ist es im Mieth- Pacht- und Pfandcontracte.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0339
DFG

Sache gegeben hat, muß culpam leuissimam leisten z). Ist im Gegentheil dieses, oder hat der Empfänger allein allen Vortheil, so ist ihm die Sache entweder zu einem unbestimmten, und lediglich von der Willkühr des Gebers abhängigen, oder zu einem bestimmten Gebrauche eingeräumet worden. Im letzteren Falle ist der Empfänger culpam leuissimam, der Geber hingegen nur culpam latam zu prästiren verbunden a). Was aber den ersteren Fall angehet, so ist der Schade entweder vor der Zurückforderung der Sache geschehen, oder erst nach der Zurückforderung derselben. Wenn jenes ist, so braucht der Inhaber nur culpam latam zu prästiren; ist im Gegentheil dieses, so muß er auch für das geringste Versehen haften b).

Ist nun aber die Rede von der Leistung eines Factums, so habe ich mich entweder freywillig dazu angeboten, oder nicht. Im ersteren Falle bin ich culpam leuissimam zu prästiren schuldig c); hingegen im letzteren Falle übernahm ich die Leistung des Factums entweder für einen bedungenen Lohn, oder umsonst. Wenn jenes ist, so muß ich culpam leuem prästiren; ist aber dieses, so war ich entweder verbunden, das Geschäft zu übernehmen, so daß ich ohne eine rechtmäßige Entschuldigungsursache demselben mich nicht entziehen konnte, oder ich war dazu nicht verbunden, sondern übernahm es freywillig.

Im

z) Dies ist z. B. der Fall beym Depositum. Wenn ich nehmlich jemandem eine Sache in depositum gebe, so habe ich den Vortheil, daß mir meine Sache verwahret wird, und der Depositar hat nichts als die Last, daß er sie verwahren muß. Der Nutzen ist also allein auf meiner Seite, und deswegen muß ich culpam leuissimam, der Depositar aber nur culpam latam leisten.

a) Dies ist z. B. der Fall beym Leihcontracte. Der Commodatar hat allen Vortheil, der Commodans hingegen gar keinen; jener leistet daher culpam leuissimam, und dieser nur culpam latam.

b) So bald beym Precarium der Eigenthümer seine Sache zurück fordert, ist der Empfänger, wenn er die Zurückgabe verzögert, nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze für die geringste Fahrlässigkeit und sogar für den Zufall zu haften schuldig. *L.* 8. §. 6. *D. de Precar.*

c) Habe ich z. B. unter mehreren Vormündern die Verwaltung der Vormundschaft allein freywillig übernommen, so muß ich für die geringste Fahrlässigkeit haften.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0340
DFG

Im ersteren Falle muß ich ebenfalls culpam leuem präſtiren d); im letzteren Falle aber bin ich culpam leuiſſimam zu leiſten verbunden e).

§. 325.

Der Zufall (*caſus*) iſt eine Thatſache, die keine Willensbeſtimmung eines Menſchen zur Urſache hat, und der Schade, welcher ſich in einer ſolchen Thatſache gründet, wird ein zufälliger Schade (*damnum caſuale*) genannt f). Es kann der Zufall entweder in Handlungen der Menſchen ſich gründen, oder von einer Wirkung der Natur herrühren; dieſe letztere Gattung des Zufalls iſt es, die in den Geſetzen mit den Ausdrücken vis maior g), vis diuina h), vis naturalis i), fatum k), bezeichnet wird l). Ferner kann der Zufall entweder eine Nachläſſigkeit und Unvorſichtigkeit zur Begleiterin haben, ſo daß er ohne dieſe ſich nicht würde ereignet haben, oder er kann mit keiner Nachläſſigkeit und Unvorſichtigkeit verbunden ſeyn. Wenn jenes iſt, ſo heißt er ein vermiſchter Zufall (*caſus* mixtus); iſt hingegen dieſes, ſo wird er ein bloßer Zufall (*caſus* merus) genannt. Wenn wir z. B. annehmen, es führen von einem Orte zum andern zwey verſchiedene Wege; der erſte iſt zwar länger als der zweyte, indem jener auf der Heer-

d) Dies iſt z. B. der Fall bey der Vormundſchaft, indem ſie eine öffentliche Beſchwerde iſt, die jeder Bürger übernehmen muß, weil es das Wohl des Staats erfordert.

e) Ein Bevollmächtigter muß nach ausdrücklicher Vorſchrift der Geſetze wegen der Ausrichtung des ihm übertragenen Geſchäfts für das geringſte Verſehen haften. S. meine Meditationen über die intereſſanteſten Gegenſtände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. XX. S. 266. ff.

f) Den Begrif des caſus fortuiti beſtimmet ſehr genau *Aueranius Interpretat. iur. Tom. I. Lib. II. cap. XXVI. p. 282. ſqq. ed. nouiſſ.* Im allgemeinen haben dieſe Materie bearbeitet *Benz Diſſ. de caſu fortuito*, (Argent. 1651.) und *Ziegler Diſſ. de caſu fortuito*. (Vitemb. 1667.)

g) *L.* 25. §. 6. und *L.* 33. *in fin. D. Loc. cond.*

h) *L.* 24. §. 4. *D. de Damn. inf.*

i) *L.* 59. *D. Loc. cond.*

k) *L.* 11. §. 5. *D. de Minor.*

l) In der angezogenen *L.* 24. §. 4. *D. de Damn. inf.* wird zu dieſer Gattung des Schadens violentia ventorum, imaleichen fluminis, maris, tempeſtatis, ruinae, incendii und terrae motus vis gerechnet.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0341
DFG

Heerstraße in die Krümme gehet, dieser hingegen als ein so genannter Richteweg durch den Wald läuft, allein der erste ist auch sicher, der zweyte im Gegentheil unsicher, wie fern er der Gefahr des Straßenraubes ausgesetzt ist. Nun wird einem Boten Geld übergeben, um solches von dem einen Orte zu dem andern zu transportiren; der Bote weiß es, daß der durch den Wald führende Weg unsicher ist, er wählet ihn aber dennoch aus Bequemlichkeit, um den Ort seiner Bestimmung leichter zu erreichen, und das Geld wird ihm von den Straßenräubern abgenommen. Jetzt ist zwar ein casus vorhanden; allein da der Bote diesen Zufall hätte abwenden können, wenn er die nöthige Vorsicht beobachtet hätte, so ist der Zufall als ein *casus mixtus* anzusehen m). Es kann auch der Zufall entweder ein gewöhnlicher (*casus solitus*), oder ein ungewöhnlicher (*casus insolitus*), oder ein ganz ungewöhnlicher (*casus insolitissimus* seyn, je nachdem er entweder häufig, oder selten, oder sehr selten sich ereignet n).

§. 326.

m) Das von Cajus in der *L.* 36. §. 1. *D. de Rei vindicat.* in den Worten: Qui in rem conuenitur, etiam culpae nomine condemnatur. Culpae autem reus est possessor, qui per insidiosa loca seruum misit, si is periit, angeführte Beyspiel eines casus mixti ist dem von mir gegebenen ganz analog. *cf. L.* 18. *pr.* D. *Commod.*

n) Verschiedene Rechtslehrer, wohin unter andern *Stryk Tr. de iure sensuum*, Diss. X. *cap. VII. num.* 34. und von Winkler Abh. von Kriegsschäden der Pächter und Miethleute, (Leipzig 1796.) Abschn. I. Hauptst. II. Num. 10. S. 35. ff. gehören, wollen diese Eintheilung des Zufalls nicht passiren lassen, weil sich gar kein Zufall ohne etwas ungewöhnliches denken lasse. Wer siehet aber wohl nicht ein, wie unzureichend dieser Grund sey, die erwähnte Eintheilung zu bestreiten. Führet gleich jeder Zufall etwas ungewöhnliches mit sich, wie fern man ihn mit demjenigen, was täglich und gewöhnlich geschiehet, vergleichet, so ist doch leicht einzusehen, daß immer ein Zufall gewöhnlicher ist, als ein anderer, indem sich der eine mehr, der andere weniger oft ereignet. Ist nicht z. B. in unseren Gegenden das Erdbeben ein Zufall, der sich seltener ereignet, als der Mißwachs? sollte man nicht den Mißwachs, der wegen schlechter Witterung in einigen unserer Gegenden fast alljährlich sich ereignet, mit hinlänglichem Grunde einen gewöhnlichen Zufall nennen können, in Vergleichung des Erdbebens, welches sich in unseren Gegenden bekanntlich so sehr selten zuträgt? *cf. Lecken Diss. de imputatione casuum solitorum, insolitorum et insolitissimorum*, (Duisb. 1715.) *Otto Diss. de praestatione casuum solitorum, insolitorum et insolitissimorum*, (Trai. ad Rhen. 1723.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0342
DFG

§. 326. 327.

Bey dem Casus entstehen nun zwey Fragen, nehmlich

1) wen trifft der durch einen Zufall verursachte Schade? und

2) wer ersetzt einen solchen Schaden?

Diese beyden Fragen darf man nicht mit einander confundiren. Bisweilen ereignet sich ein Unglücksfall, und die Frage ist: quisnam casum *sentiat*? wen er eigentlich treffe, über wen er gehe, wessen der dadurch verursachte Schade sey? bisweilen aber trifft mich der Casus, und die Frage ist: quisnam casum *praestet*? wer ist mir den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen verbunden o)?

Was die erste der aufgeworfenen Fragen anbetrifft, so muß man bey Beantwortung derselben distinguiren. Es ist entweder ein Factum versprochen worden, dessen Leistung durch einen Zufall gehindert wurde, oder es ist eine Sache versprochen worden, die durch einen Zufall zu Grunde gieng.

Ist das erstere, oder ein Factum versprochen worden, so hat sich der Promittent verbindlich gemacht, dasselbe entweder umsonst zu prästiren, oder für einen bedungenen Lohn. Im ersten Falle trifft der Zufall beständig den Promissar, weil durch den Casus die Verbindlichkeit, das Factum zu leisten, zernichtet wird; hingegen im zweyten Falle trifft der Schade denjenigen, in dessen Person er sich zuträgt (sentit casum is, in cuius persona contingit). Nehmlich

α) wenn ich ein Factum für einen Lohn versprochen habe, und durch einen Zufall verhindert werde, es zu prästiren, so kann ich den ausbedungenen Lohn nicht fordern p);

β)

o) *Breuning Diss. de casus praestatione*, (Lipsiae 1768.) *Brandenburg Specim. sist. princip. quaedam generalia de damno casuali eiusque praestatione*, (Goettingae 1793.)

p) Wird z. B. der Bediente von einer Krankheit befallen, die so anhaltend ist, daß der Herr eine beträchtliche Zeit hindurch oder gänzlich der Dienste hat entbehren müssen, so

β) wenn ich ein Factum für einen Lohn versprochen habe, und zu dessen Leistung bereitwillig bin, der Promissar wird aber durch einen Zufall gehindert, es sich prästiren zu lassen, so kann ich den ausbedungenen Lohn prätendiren q).

Ist hingegen das letztere, oder eine Sache versprochen worden, so hat sich der Promittent entweder verbindlich gemacht, die Sache jemandem zu geben, oder er hat sich verbindlich gemacht, sie dem Eigenthümer zu restituiren. Im ersten Falle trägt den Casus derjenige, dem man die Sache zu übergeben schuldig war (*res perit ei cui debetur*). Habe ich z. B. jemandem ein Pferd verkauft, und es crepirt ohne meine Schuld vor der Uebergabe, so trifft das Unglück den Käufer. Dies drückt man durch die Regel aus: debitor speciei liberatur interitu rei. Im zweyten Falle trägt der Eigenthümer den Casus. Wenn ich z. B. von jemandem ein Pferd gemiethet habe, so bin ich vermöge des Contracts verbunden, dasselbe nach geendigtem Gebrauche zurück zu geben; crepirt es aber ohne meine Schuld, so trifft der Casus den Eigenthümer r). Hier trit die Regel ein: casum sentit dominus. Bey dem Darlehn trägt der Schuldner den Unglücksfall, wenn die dargeliehene Sache zu Grunde gehet. Denn er ist Eigenthümer, und ist nicht verbunden, die Sache, welche er empfangen hat, sondern nur eine andere von gleicher Qualität und Quantität zu restituiren. Das nämliche ist auch Rechtens, wenn eine Sache, die ich weder zu geben, noch zu restituiren verbunden bin, durch einen Unglücksfall zu Grunde gehet. Habe ich z. B. ein Landgut gepachtet, und die Früchte werden durch Hagelschlag verdorben, so trifft mich der Casus, weil ich Eigenthümer der Früchte bin

so kann er den ausbedungenen Lohn nicht fordern. *L.* 15. §. 6. *D. Loc. cond. cf.* Weber systemat. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung, §. 102. S. 484.

q) Ist z. B. der Bediente die Dienste zu leisten bereit, der Herr wird aber durch Krankheit verhindert, von den Diensten Gebrauch zu machen, so gebühret dem Bedienten dennoch der ausbedungene Lohn.

r) Man unterscheide also die beyden Dinge wohl: ich bin verbunden, eine Sache zu geben, und ich bin schuldig, sie zu restituiren. War die Sache bisher mein, und ich übertrage nun den Besitz derselben auf einen anderen, damit sie sein werde, so gebe ich sie; gehörte aber die Sache einem anderen, er hatte mir nur den Besitz überlassen, und ich bringe sie nun wieder in seinen Besitz, so restituire ich sie.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0344
DFG

bin s), wenn ich gleich übrigens der Billigkeit wegen einen Nachlaß am Pachtgelde verlangen kann t).

Was die zweyte der aufgeworfenen Fragen angehet, so stehet die Regel fest: casus fortuiti a nemine praestantur. In der *L.* 23 *D. de Reg. iur.* sagt Ulpian ausdrücklich: Animalium casus mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae seruorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, inpetus praedonum a nullo praestantur. Niemand ist der Regel nach schuldig, den einem anderen durch Zufall verursachten Schaden zu ersetzen. Ausnahmen finden indessen statt:

1) wenn jemand den Casus durch einen Vertrag übernommen hat. Praestantur casus, bemerket Gothofredus bey der angezogenen *L.* 23. *D. de Reg. iur.* ganz richtig, si quis in se casus periculum recepit. Miethe ich z. B. von jemandem ein Haus, und mache mich verbindlich, für die Unglücksfälle zu haften, so muß ich sie ersetzen; brennet also das Haus, auch ohne meine Schuld, ab, so muß ich den Werth bezahlen v).

2) Wenn der Zufall ein casus mixtus, oder mit einer Nachlässigkeit

s) *L.* 12. C. *de Loc. et cond.* Damnum, quod per adgressuram latronum in possessionibus locatis rei tuae inlatum esse proponis, a domina earumdem possessionum, quam nullius criminis ream facere te dicis, resarciri tibi nulla ratione desideras.

t) *L.* 15. §. 2. *D. Loc. cond. cf. de Riedesel Tr. de remissione mercedis ob calamitates bellicas*, (Goettingae 1760.)

v) *L.* 1. §. 35. *D. Depos. L.* 39. *D. mand. L.* 9. §. 2. *D. Loc. cond. L.* 1. *C. de Commod.* Es wollen indessen die mehresten Rechtslehrer, daß derjenige, welcher die Unglücksfälle vertragsweise übernommen hat, im Zweifel nur für die gewöhnlichen und ungewöhnlichen, nicht aber für die ganz ungewöhnlichen hafte. *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. XI. Supplem. Specim. CCXVII. med.* 15. *p.* 202. von Winkler Abh. von Kriegsschäden der Pächter und Miethleute, Abschn. I. Hauptst. II. Num. 28. ff. S. 40. ff. *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. III. cap. I.* §. 4. *p.* 448. *sq. ed. nouiss. a Wernher Obseruatt. forr. Tom. I. Part. IIII. Obs. CCXIIII. num.* 82 — 84. *p.* 951.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0345
DFG

verbunden ist x). *Quae sine culpa accidunt*, sagt Ulpian in der angezogenen Gesetzstelle, a nullo praestantur. Es muß indessen ein solcher Grad der Nachlässigkeit vorhanden seyn, der in dem vorliegenden Falle zu prästiren ist y).

3) Wenn jemand in mora ist, und diese zum Untergange der Sache etwas beygetragen hat z).

Eine nicht minder als die vorhergehenden wichtige Frage ist noch die: wem liegt bey Unglücksfällen die Last des Beweises ob? Es wird entweder darüber gestritten, ob ein Unglücksfall geschehen sey, oder man streitet nicht über die Existenz des Unglücksfalls, sondern bloß darüber, ob er ein casus mixtus, das heißt, ein solcher sey, mit welchem eine Nachlässigkeit von Seiten des Verpflichteten verbunden ist. Im ersten Falle muß ohne Zweifel derjenige den Beweis übernehmen, welcher seine Intention in dem Unglücksfalle gründet, weil jeder Unglücksfall eine res facti ist, folglich nicht präsumirt werden kann, sondern eines Beweises bedarf. Was hingegen den zweyten Fall anbetrifft, so behauptet entweder der Kläger in seinem Libell, der Zufall sey mit einer Nachlässigkeit von Seiten des Verpflichteten verbunden, oder er behauptet solches nicht. Wenn jenes ist, so muß der Kläger ohne Unterschied beweisen, daß dem Beklagten eine Schuld beyzumessen sey, weil die Fahrlässigkeit ebenfalls eine Thatsache ist, mithin von demjenigen, welcher seine Intention darin gründet, gehörig dargethan werden muß a). Ist aber dieses, so ist der Unglücksfall entweder von der Art, daß er gewöhnlich sich auf keine Nachlässigkeit gründet b), oder er ist ein solcher, bey welchem gewöhnlich eine Nach-

x) *L.* 5. § 4. 7. und *L.* 18. *pr. D. Commod. L.* 11. §. 1. *D. Loc. cond. L.* 11. *D. de Negot. gest. L.* 12. *D. de Peric. et commod. rei vend. L.* 3. *C. de Peric. tutor. L. un. D. de Rip. mun.*

y) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 761.

z) *L.* 23. und *L.* 49. *D. de Verbor. obligat. L.* 40. *pr. D. de Hereditat. petit. L.* 15. §. *ult. D. de Rei vindicat. L.* 14. §. 1. *D. Depos. L.* 47. §. *ult. D. de Legat. I. L.* 45. *D. de Obligat. et act.*

a) Eine practische Cautel ist es daher, daß der Kläger im Libell nicht behauptet, die Sache sey durch Vorsatz oder Nachlässigkeit des Beklagten zu Grunde gegangen oder verdorben.

b) Dahin gehören z. B. Ueberschwemmungen, Wetterschäden und Viehsterben.

Nachlässigkeit zum Grunde liegt c). Im ersteren Falle muß wie vorhin der Kläger zeigen, daß der Beklagte etwas versehen habe; im letzteren Falle hingegen ist der Beklagte nach der Natur des Geschäfts entweder verbunden, culpam leuissimam zu prästiren, oder er ist nur schuldig, für eine culpam latam und leuem zu haften. Ist das erstere, so muß der Beklagte den Beweis führen, daß er nicht in culpa leuissima gewesen sey; ist aber das letztere, so muß der Kläger zeigen, daß eine culpa lata oder leuis begangen worden sey, weil die Vermuthung, daß bey den Zufällen der erwähnten Art eine culpa sich ereignet habe, doch nicht weiter als auf die culpam leuissimam gehet d).

§. 328.

Bisweilen wird auch jemandem durch die moram eines anderen ein Schade zugefüget. Saumseligkeit, Verzug, Verzögerung (*mora*, *frustratio*, *cessatio*, *dilatio*) ist der unrechtmäßige Aufschub einer Handlung, zu welcher ich vollkommen verbunden bin. Sonach setzt die mora zum voraus:

1) daß ich zu etwas vollkommen verbunden sey, es mag nun übrigens meine Verbindlichkeit eine unmittelbare oder mittelbare seyn;

2) daß ein gewisser Zeitpunct bestimmet sey, wo ich meine Verbindlichkeit hätte erfüllen sollen;

3) daß dieser Zeitpunct verstrichen, gleichwohl

4) die Verbindlichkeit von mir nicht erfüllet worden sey, und zwar

5) ohne rechtmäßige Ursache e).

Die

c) Dahin gehören z. B. Feuersbrünste und Diebstähle.

d) Es fehlet indessen nicht an Rechtslehrern, welche dem Kläger den Beweis des Dolus oder des Versehens ohne Unterschied aufbürden. *cf. Daegener Diss. de legitima probatione casuum fortuitorum*, (Lipsiae 1731.) von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Num. XIIII. S. 202. ff. *Vtrum probl Pr. quod proprie in receptione casuum fortuitorum pactitia probandum sit?* (Goettingae 1752.)

e) *cf. Meister Diss. de notione iuridica moraе*, (*in Eiusdem Selectt. opuscc. ad ius ciu. eiusque histor. pertinentt. Syll. I. p. 225. sqq.*)

Die mora ist entweder *mora* soluendi s. debitoris oder *mora* adcipiendi s. creditoris. Wenn nehmlich der Schuldner nicht zur rechten Zeit giebt oder thut, was er geben oder thun sollte, so ist eine mora *soluendi* s. *debitoris* vorhanden; verweigert hingegen der Gläubiger ohne rechtmäßige Ursache die Entgegennahme desjenigen, was ihm zur rechten Zeit der Schuldner zu leisten bereitwillig ist, so wird der Verzug mora *adcipiendi* s. *creditoris* genannt.

§. 329.

Die mora *soluendi* nimt ihren Anfang, wenn das Gesetz, oder der Tag, oder der Gläubiger den Schuldner interpellirt. Bestimmet nehmlich das Gesetz eine Zahlungsfrist, so ist der Schuldner sogleich mit dem Ablaufe dieser Frist in mora. Die Gesetze verordnen z. B. daß ein versprochener Brautschatz längstens innerhalb zwey von Zeit der vollzogenen Ehe zu berechnenden Jahren bezahlet werden soll f); daher ist der Promittent in mora, so bald die zwey Jahre verflossen sind (lex interpellat pro homine). Ist in dem Vertrage ein Zahlungstermin fest gesetzt, so fängt die mora an, wenn dieser Termin verstrichen ist, und zwar ipso iure, ohne daß der Gläubiger den Schuldner zu mahnen nöthig hat (dies interpellat pro homine). Ist hingegen weder durch Gesetz noch Vertrag eine solche Frist fest gesetzt, so fängt die mora nicht eher an, als bis der Gläubiger den Schuldner mahnet (debitor interpellandus est). Hierauf bezieht sich die Eintheilung des schuldnerischen Verzugs in moram *ex re* und moram *ex persona*. Ein Verzug, welcher ohne vorgängige Interpellation des Gläubigers ipso iure eintrit, heißt *mora* ex re; hingegen ein solcher, welcher eine vorgängige Interpellation von Seiten des Gläubigers erfordert, wird *mora* ex persona genannt g). Ueber die Frage: ob zur Begründung der morae ex persona eine gerichtliche Interpellation erforderlich sey, oder ob auch schon eine außergerichtliche Interpellation genüge? wird unter den Rechtslehrern gestritten. Madihn h) hält mit einigen

f) *L.* 31. §. 2. *C. de Iur. dot.*

g) *L.* 32 *pr. D. de Vsur. L.* 3. §. 3. *D. de Adim. vel transfer. leg. L. vlt. C. de Condict. ob turp. causs. cf. Lehmann Pr. de brocardico: dies interpellat pro homine,* (Ienae 1736.) *Daries Diss. de iusto termino solutionis, quando in instrumento obligationis solutioni terminus non est praefinitus,* (Francof. 1774.)

h) *Madihn Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III.* §. 1825. *p.* 82.

gen Rechtsgelehrten eine außergerichtliche Interpellation nicht für hinreichend, und zwar aus dem Grunde, weil niemand in seiner eigenen Sache Richter seyn könne; hingegen Meister i), Hofacker k), Voet l) und mehrere andere behaupten mit unserm Verfasser, daß eine außergerichtliche Interpellation für hinreichend allerdings zu achten sey. Diese letztere Meinung verdienet nach meiner Ueberzeugung den Vorzug. Denn α) lässet es sich gar nicht behaupten, daß jemand dadurch, daß er seinen Schuldner außergerichtlich mahnet, Richter in seiner eigenen Sache werde; β) machen die Gesetze zwischen der gerichtlichen und außergerichtlichen Interpellation gar keinen Unterschied; γ) wird diese Meinung nach dem Zeugnisse der practischen Rechtslehrer durch den Gerichtsgebrauch bestätiget m). Daß übrigens die Interpellation von dem Gläubiger oder dessen Bevollmächtigten dem Schuldner selbst geschehen müsse, ist gar nicht nöthig; genug wenn sie nur zur Wissenschaft des letzteren gekommen ist. Verschiedene Rechtslehrer, wohin unter andern Meister n) und Hofacker o) gehören, wollen zwar das Gegentheil behaupten; allein die *L.* 32. §. 1. *D. de Vsur.* auf welche sie provociren, rechtfertiget ihre Behauptung in den Worten: Et non sufficit ad probationem morae, si seruo debitoris absentis denunciatum est a creditore, procuratoreue eius: quum etiam si ipsi domino denunciatum est, ceterum postea, quum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur, im mindesten nicht. Evident wird in dieser Stelle lediglich verordnet, daß die dem Sclaven des abwesenden Schuldners geschehene Denunciation noch nicht zum Beweise des begangenen Verzugs genügen soll. Was folgt aber hieraus? Keinesweges, daß die dem Sclaven geschehene Denunciation unzulänglich oder verwerflich sey, sondern bloß, daß der Gläubiger in solchem Falle immer erst noch

i) *Meister Diss de notione iuridica morae*, §. 64. (*in Eiusdem selectt. opuscc. ad ius ciu. eiusque histor. pertinentt. Syll. I. p.* 265. *sq.*)

k) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III.* §. 1825. *p.* 82.

l) *Voet Com. ad Pandect. Tom. III. Lib. XXII. tit. I.* §. 25. *p. m.* 803.

m) *Hommel Rhapsod. quaesti. in foro quotid. obuenientt. Vol. I. Obs. CXXXVII. num.* 2. *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. II. Lib. XXII. tit. I.* §. 52. *p.* 192. *sq. ed. nouiss.*

n) *Meister l. l.* §. 66. *p.* 267.

o) *Hofacker l. l.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0349
DFG

noch beweisen müsse, daß die Denunciation zur Wissenschaft des Schuldners gekommen sey p). Räthlich mag es in dieser Hinsicht seyn, daß der Gläubiger wo möglich den Schuldner selbst interpellire, oder wenigstens im entgegen gesetzten Falle die Erinnerung wiederhole; allein daß ersteres nothwendig sey, und daß die Interpellation dem Procurator oder den Hausgenossen des Schuldners schlechterdings nicht geschehen dürfe, ist völlig ungegründet.

Die mora *adcipiendi* nimt ihren Anfang nach folgenden Bestimmungen q). Der Schuldner ist entweder verbunden, ein Factum zu prästiren, oder er ist verpflichtet, eine Sache zu geben. Im ersteren Falle kann schon die bloße wörtliche Erklärung des Schuldners, daß er zur Leistung des versprochenen Factums bereit sey, zur Begründung der morae genügen r); was hingegen den letzteren Fall anbetrifft, so ist die schuldige Sache entweder eine bewegliche oder eine unbewegliche. Hat der Gläubiger eine unbewegliche Sache zu fordern, so ist er in mora, wenn ihm der Schuldner mit Worten, es sey nun mündlich oder schriftlich, bekannt gemacht, daß er zur Uebergabe der Sache bereit sey, auch sodann die Sache derelinquirt hat. Ist im Gegentheil der Schuldner eine bewegliche Sache zu geben verbunden, so fängt sich die mora erst alsdann an, wenn er die Sache zu dem Gläubiger wirklich bringt oder bringen lässet, um sie zu tradiren, dieser aber die Annahme aus unerheblichen Gründen verweigert s).

§. 330.

p) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. IIII. Abth. II. §. 329. S. 406. f. behauptet ebenfalls in Beziehung auf die *L. 32. D. de Vsur.* die Erinnerung müsse von dem Gläubiger oder dessen Bevollmächtigten dem Schuldner selbst geschehen; die Gesetze, sagt er, verordneten solches deutlich, indem sie die dem Anechte des abwesenden Schuldners geschehene Denunciation für unzulänglich hielten.

q) *Teller Diss. de mora creditoris*, (Lipsiae 1765.)

r) *L. 39. D. de Reg. iur.*

s) *L. 9. §. vlt. D. de Pignerat. act. L. 73. §. vlt.* und *L. 122. pr. D. de Verbor. obligat. L. 72. pr.* und *L. 39. D. de Solut. L. 19. C. de Vsur. Nou. 91. cap. 2.* Einige Rechtslehrer halten indessen auch bey beweglichen Sachen eine bloß wörtliche Oblation für hinlänglich. *Teller l. l. §. 7. Stryk Vs. mod. Pandect. Continuat. IIII. Lib. XXXXVI. tit. III. §. 16. p. m. 480.* Letzterer nimt jedoch die diesseitige Meinung als Regel an, und will die wörtliche Oblation nur als Ausnahme sodann zugelassen wissen, si creditor expresse dicit, quod solutionem recipere nolit. Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 755.

§. 330.

Wenn gefragt wird: was hat die mora für rechtliche Wirkungen? so muß man zwischen beyden Gattungen derselben, der mora solvendi und der mora adcipiendi unterscheiden.

Die mora *soluendi* hat folgende Wirkungen:

1) sie perpetuirt die Verbindlichkeit des Schuldners. Veteres constituerunt, sagt Paulus in der *L.* 91. §. 3. *D. de Verbor. obligat.* ausdrücklich, quoties culpa interuenit debitoris, PERPETVARI OBLIGATIONEM t). Die schuldnerische Verbindlichkeit, welche ihrer Natur nach erloschen seyn würde, erhält durch den Verzug eine Permanenz. Gehet demnach die Sache zu Grunde nach dem Ablaufe derjenigen Zeit, zu welcher sie der Schuldner hätte ausantworten sollen, so wird der Schuldner nicht wie ein anderer debitor speciei von seiner Verbindlichkeit befreyet, sondern haftet jetzt dem Gläubiger für das Interesse. In der *L.* 39. §. 1. *D. de Legat. I.* heißt es: Si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur v). Es dauert aber sogar nicht nur die Hauptverbindlichkeit an und für sich selbst, sondern auch die zu ihr hinzu getretene Nebenverbindlichkeit fort. Dies bestärket Paulus in der *L.* 58. §. 1. *D. de Fideiussor. et mandator.* deutlich mit folgenden Worten: Quum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Sticho soluendo, et is decessit x). Daß indessen dem Hülfsschuldner der Verzug des Hauptschuldners nur schaden könne, wie fern die Verbindlichkeit des letzteren perpetuirt, nicht aber, wie fern sie zugleich

755. glaubt, der Schuldner müsse die bewegliche Sache im Gerichte oder an einem anderen sicheren Orte deponiren. Dies ist zwar räthlich für den Schuldner, um sich von aller Verbindlichkeit zu befreyen, aber schlechterdings erforderlich ist es nicht, um den Gläubiger in moram zu versetzen. Glück a. a. O. S. 409.

t) *cf. L.* 24. *in fin. D. de Vsur.*

v) *cf. L.* 82. §. 1. *D. de Verbor. obligat. L.* 91. §. 6. D. *eod.*

x) *cf. L.* 24. §. 1. D. *de Vsur. L.* 88. und *L.* 91. §. 4. D. *de Verbor. obligat.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198851/phys_0351 DFG

gleich vergrößert wird, lehret die Natur der Sache, und die Gesetze bestätigen auch solches ganz deutlich y).

2) Sie begründet eine Verbindlichkeit, nicht nur die Früchte und Zinsen zu bezahlen z), sondern auch das Interesse zu prästiren a), und zwar nach deutschen Rechten ohne Einschränkung b), nach römischen Rechten hingegen zwar bey den iudiciis bonae fidei c), nicht aber bey den iudiciis stricti iuris, auch nicht beym Darlehn d).

3) Sie transferirt die Gefahr der Sache auf den Schuldner e). Wenn ich nehmlich eine Sache zu geben verbunden bin, und sie nicht zu rechter Zeit tradire, die Sache aber nun durch einen Zufall bey mir zu Grunde gehet, so muß ich den Schaden ersetzen. Es stehet hier die Regel fest: mora in morosum omne transfert periculum. Billig ist jedoch diese Regel dahin einzuschränken, daß sie nur alsdann statt finde, wenn die mora mit Schuld daran war, daß die Sache zu Grunde gegangen ist (si mora *nocua* est). Ist der Verzug unschädlich, oder würde die Sache dennoch zu Grunde gegangen seyn, wenn sie gleich der Schuldner zu rechter Zeit tradirt hätte, so braucht er den Schaden nicht zu ersetzen f).

4)

y) L. 8. D. *de Eo quod cert. loc. dar. oport.*

z) L. 3. *pr.* L. 17. §. 3. 4. L. 32. §. 2. L. 34. und L. 41. *pr.* D. *de Vsur.*

a) L. 19. D. *de Peric. et comm. rei vend.* L. 3. §. 1. D. *Commod.* L. 114. D. *de Verbor. obligat.* L. 8. §. 6. D. *de Precar.* L. 17. §. 1. und L. 68. D. *de Rei vindicat.* L. 2. §. *vlt.* D. *de Eo quod cert. loc. dar. oport.*

b) *Stryk Vs. mod. Pandect. Continuat. II. Lib. XXII. tit. I. §. 7. p. m. 787.*

c) L. 13. C. *de Vsur.* L. 2. C. *Depos.*

d) Man sehe oben den §. 310.

e) L. 5. D. *de Reb. credit.* Man sehe oben den §. 327.

f) Dieser Grundsatz ruhet ganz auf der Billigkeit, nur liegt er nicht ganz außer Streit. Schon unter den älteren römischen Rechtsgelehrten wurde darüber gestritten, ob die aus der mora entstehende Verbindlichkeit zum Schadensersatze cessire, wenn der debitor morosus beweisen kann, daß die Sache bey dem Gläubiger nicht minder zu Grunde gegangen seyn würde. L. 40. *pr.* D. *de Hereditat. petit. cf. Proustean Re-*

4) Sie macht bisweilen, daß der ganze Contract ungültig wird, wenn nehmlich α) solches per pactum adiectum ausgemacht ist, oder wenn β) der Schuldner die Erfüllung seines Versprechens so lange verschiebt bis sie dem Promissar nicht mehr nützlich ist g).

5) Sie vermehret den Werth der Sache. In der *L.* 3. §. 3. *D. de Act emt. vend.* sagt Pomponius ausdrücklich: Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, vtro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur, item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel vbi agatur h). Offenbar soll der vermehrte Werth, den die Sache nach dem Verzuge erhalten hat, dem Gläubiger vergütet werden i).

Die mora *adcipiendi* hat folgende Wirkungen:

1) sie befreyet den Schuldner von den Verzögerungszinsen. So bald nehmlich der Gläubiger in mora adcipiendi ist, lässet sich auf

Recitatt. ad L. 23. D. *de Reg. iur. cap. XXVII.* §. 23 — 29. (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. III. p.* 542. *sq.*) Späterhin wußten auch die Glossatoren sich nicht darüber zu vereinigen, so wie es denn selbst nicht an neueren Rechtsgelehrten fehlet, welche den saumseligen Schuldner jederzeit ohne Unterschied, die Sache mag zu Grunde gegangen seyn, auf welche Art sie immer will, zum Schadensersatze angehalten wissen wollen. *cf. Reichard Diss. de casu obligationem tollente*, (Ienae 1767.) §. 5. und vorzüglich *a Wernher Obseruatt. forenss. Tom. I. Part. IIII. Obs. CCXIIII. num.* 91. *sqq. p.* 952.

g) L. 56. D. *de Contrah. emt.* L. 6. D. *de Leg. commissor.* L. 6. *C. de Pact. inter emtor. et venditor. compos. a Pufendorf Obseruatt. iur. vn Tom. I. Obs. XXXX.* §. 6. *p.* 101. *ed. nouiss.* Quid si post moram commissam, sagt dieser berühmte Rechtslehrer, mihi deinde pactum plane non expediat, vt si statuto tempore aliqua re opus habeam, deinde minime indigeam, merito dicendum est, *moram nocere*, NEQVE AD INPLENDVM PACTVM RECTE AGI. Neque enim aequi et boni ratio permittit, vt ob moram alterius damno vel incommodo adficiar. Putem igitur, eo casu agentem exceptione doli mali repelli.

h) *cf.* L. 21. §. 3. D. *de Act. emt. vend.* L. 17. §. 1. D. *de Rei vindicat.* L. 37. *in fin.* D. *Mand.* L. 3. D. *de Vsur.* L. 11. D. *de Re iudic.*

i) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. III. Specim. CL. med.* 2.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0353
DFG

Seiten des Schuldners keine mora soluendi mehr denken; ist dieser aber nicht in mora, so zahlet er natürlicher Weise auch keine vsuras morae. Die Verzugszinsen können keinen Anfang nehmen, wenn der Schuldner die Zahlung dem Gläubiger rechtsbehörig anbot, dieser aber die Annahme derselben aus nichtigen Ursachen verweigerte k). Soll inzwischen durch einen Verzug des Gläubigers der bereits entstandene Zinsenlauf gehemmet werden, so genüget nach der in den Gesetzen l) gegründeten und durch einen unzweifelhaften Gerichtsgebrauch bestätigten Meinung der angesehensten Rechtslehrer m) die bloße Oblation der schuldigen Summe nicht, sondern es ist vielmehr erforderlich, daß das Capital nebst den Zinsen im Gerichte, oder an einem anderen sichern Orte versiegelt deponiret werde n).

2) Sie transferirt die Gefahr der Sache auf den Gläubiger o). Wenn ich nehmlich die Sache, welche ich zu geben schuldig bin, meinem Gläubiger anbiete, und dieser die Annehmung derselben aus nichtigen Ursachen verweigert, nun aber die Sache durch einen Zufall bey mir zu Grunde gehet, so bin ich den Schaden zu ersetzen nicht verbunden. Es trit auch hier die Regel ein: mora in morosum omne transfert periculum. In der *L.* 72. *pr. D. de Solut. et liberat.*

k) L. 122. §. 5. D. *de Verbor. obligat.*

l) L. 7. D. *de Vsur.* L. 28. §. 1. D. *de Administrat. et peric. tutor.* L. 6. L. 9. und L. 19. C. *de Vsur.* L. 10. und L. 12. C. *de Pignerat. act.* L. 9. C. *de Solut.*

m) *Hellfeld Diss. de oblatione debiti vsurarum initium, non vero earum cursum inceptum impediente*, (Ienae 1778.) *a Pufendorf l. l. Tom. III. Obs.* CLXVIIII. §. 4. *p.* 446. *Meuius Decis. Tom. I. Part. II. Decis.* CLXXXXVIIII. *p.* 344. *ed. nouiss.*

n) Daß indessen die bloße Oblation der schuldigen Summe zur Hemmung des Zinsenlaufs wenigstens sodann hinlänglich sey, wenn der Schuldner beweisen kann, wie er von der Zeit an, wo er die Zahlung angeboten hat, zu Gunsten des Gläubigers von dem Gelde keinen weitern Gebrauch gemacht habe, behauptet *Wehrn Doctr. iur. explicat. princip. et causs. damni, habita doli mali, culpae, morae, eiusque quod interest, ratione praest. cap. V.* §. 46. *not.* 6. *p.* 301. und §. 48. *p.* 345. aus nicht verwerflichen Gründen. *cf. Voet Com. ad Pandect. Tom. III. Lib. XXII. tit. I.* §. 17. *p. m.* 798.

o) L. 17. D. *de Peric. et comm. rei vend.* L. 9. D. *Solut. matrim. dos quemadmod. petat.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0354
DFG

berat. sagt Marcellus ausdrücklich: Qui decem debet, si ea obtulerit creditori et ille sine iusta caussa ea adcipere recusauit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non soluerit. Etenim non est aequum teneri pecunia amissa: quia non teneretur, si creditor adcipere voluisset. Quare pro soluto id, in quo creditor adcipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si seruus erat in dote, eumque obtulit maritus, et is seruus decessit: aut nummos obtulit, eosque, non adcipiente muliere, perdiderit: ipso iure desinet teneri. Der Grund, weswegen der Schuldner mit der Einrede des böslichen Betrugs sich zu schützen befugt seyn soll, ist die natürliche Billigkeit. Es würde unbillig seyn, sagt Marcellus, wenn der durch einen Zufall verursachte Verlust den Schuldner treffen sollte, da er ihn doch nicht treffen würde, wenn der Gläubiger nicht widerrechtlich die Acceptation verweigert hätte.

[Si *vterque*, et *creditor* et *debitor*, in mora est, posteriori mora nocet]. Wenn beyde, der Gläubiger sowohl als der Schuldner, in einem wechselseitigen Verzuge sich befinden, so ist der Verzug derselben entweder zu gleicher Zeit, oder zu verschiedenen Zeiten entstanden.

Der erste Fall wird in der *L.* 51. *pr. D. de Act. emt. vend.* so entschieden: Si et per emtorem et venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emtorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse, ipso moram faciente emtore. Das Gesetz unterstellt, wie man leicht siehet, den Fall, wo zu einer bestimmten Zeit an einem gewissen Orte die Uebergabe des Weins, welcher den Gegenstand des Kaufcontracts ausmachte, hatte geschehen sollen, beyde Contrahenten aber, der Käufer sowohl als der Verkäufer, sich nicht eingefunden hatten, und folglich beyde in mora, jener *in mora* adcipiendi und dieser *in mora* soluendi, waren. Der Jurist sagt nun, der Fall müsse so angesehen werden, als wenn der Verzug von dem Käufer allein begangen wäre; eigentlich hätte er aber sagen sollen, es sey in diesem Falle, als wenn kein Theil in mora wäre. Dahin gehet auch der in den Worten: non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse, ipso moram faciente emtore, enthaltene Grund, welcher evident nichts weiter lehret, als daß in solchem Falle der Verkäufer

nicht

nicht in mora sey. Umgekehrt lehret eben dieser Grund, daß auch der Käufer nicht in mora sey; ist aber dieses, so muß in Beziehung auf die wechselseitige Zögerung nothwendig eine Compensation statt finden p).

Was den zweyten Fall anbetrifft, so erhält dieser seine Bestimmung durch die *L.* 17. *D. de Peric. et comm. rei vend.* worin Pomponius sagt: Illud sciendum est, quum moram emtor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem et emtorem mora fuerit, Labeo quidem scribit, emtori potius nocere, quam venditori, moram adhibitam. Sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim, si interpellauero venditorem, et non dederit id, quod emeram: deinde, posteriore obferente illo, ego non adceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emtorem mora fuisset, deinde, quum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, quum posset se exsolvere, aequum est, posteriorem moram venditori nocere. Aus den Anfangsworten dieser Gesetzstelle erhellet deutlich, daß ein Contrahent nur dolum und culpam latam zu prästiren verbunden ist, wenn der andere sich eines Verzugs schuldig gemacht hat. Zwar gedenket Pomponius nur des **Betrugs** allein; daß aber unter diesem auch ein **grobes Versehen** mit begriffen sey, wenn bloß vom Schadensersatze die Rede ist, beruhet außer Zweifel q). Sodann lehret die angezogene Gesetzstelle eben so deutlich, daß bey einer von beyden Theilen zu verschiedenen Zeiten begangenen Verzögerung nur der spätere Verzug in Betracht kommen soll, wenn in dem Zeitpuncte, da dieser begangen wurde, der Schade sich ereignet hat. Labeo glaubte zwar, die rechtliche Folge des Verzugs müsse nicht den **Verkäufer**, sondern den **Käufer** treffen, wenn jener zu einer Zeit die Uebergabe, und dieser zu einer anderen Zeit die Uebernahme der Sache verzögert hat; allein Pomponius schränket die Meinung desselben auf die gedachte Art ein. Die Worte: QVID ENIM, SI INTERPELLAVERO VENDITOREM *etc.* machen den Grund der Einschränkung sehr anschaulich. Habe ich nehmlich als Käufer den Ver-

p) *Wehrn l. l.* §. 48. *p.* 330. Vielleicht wollte auch der Jurist, wie Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontracte, der Cession, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel, §. 576. S. 433. bemerket, nur so viel sagen, der Käufer behalte die Gefahr der Sache, welche er nach richtig gewordenem Handel allemal übernehmen muß, eben so gut auf sich, als wenn der Verkäufer keinen Verzug begangen hätte.

q) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III.* §. 1828. *p.* 85.

Verkäufer interpellirt, und er giebt mir die Sache nicht, so ist er freylich in mora; bietet mir aber nun nachher der Verkäufer die Sache an, und ich verweigere die Annahme derselben aus nichtigen Ursachen, so muß nothwendig die rechtliche Folge meines Verzugs, welcher der letztere ist, mich treffen, weil durch die nachherige Oblation die mora des Verkäufers purgirt ist. Hingegen wenn ich als Käufer anfänglich die Acceptation aus unrechtmäßigen Gründen recusirt habe, nachher aber, als ich die moram purgirt hatte, der Verkäufer sich einen Verzug zu Schulden kommen lässet, da er doch füglich durch Extradition der Sache seiner Verbindlichkeit sich hätte entledigen können, so ist es billig, daß nur auf die rechtliche Folge seines Verzugs, welcher der letztere ist, Rücksicht genommen werde. Quum omnia in integro essent, das heißt, als von meiner, des Käufers Seite die mora gehörig purgirt war; denn so bald der Verzug purgirt ist, so wird der Verzug so angesehen, als wenn er nie begangen worden wäre.

Es fragt sich noch zuletzt: wie wird die mora purgirt r)? Die mora *accipiendi* wird purgirt oder, wie es die Gesetze auch nennen, emendirt, wenn der Gläubiger durch gesetzmäßige Interpellation des Schuldners declarirt, daß er jetzt zur Entgegennahme der Zahlung bereitwillig sey; hingegen die mora *soluendi* wird purgirt, wenn

1) der Schuldner zur Leistung der schuldigen Sache oder des versprochenen Factums, so lange noch die Erfüllung der Verbindlichkeit dem Gläubiger nützlich seyn kann, sich erbietet s), oder

2) der Gläubiger mit dem Schuldner eine Novation eingehet t), oder

3) der Schuldner von dem Gläubiger die Verzögerung remittirt erhält v).

§. 331.

r) *Stryk Disp. de purgatione morae*, (Francof. 1667.) *ab Ooosterga Diss. de purgatione morae*, (Vltrai. 1671.)

s) L. 73. §. *vlt.* L. 84. und L. 91. §. 3. D. *de Verbor. obligat.*

t) L. 8. *pr.* C. 14. L. 15. und *L.* 31. D. *de Nouat.*

v) *cf. Wehrn l. l. not.* 2. *p.* 325.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0357
DFG

§. 331.

Daß nach den Grundsätzen des römischen Rechts wegen der aus einer Verzögerung entstehenden Verbindlichkeit keine besondere Klage statt finde, beruhet außer Zweifel. Hermogenian lehret dies in der *L.* 49. §. 1. *D. de Act. emt. vend.* deutlich, wenn er sagt: Pretii sorte, licet post moram, soluta, vsurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur x). Die Verzögerungszinsen haben, wie der Jurist sagt, kein besonderes Fundament, daß sie vermittelst einer Hauptklage *separato processu* gefordert werden könnten (*non sunt in obligatione*), vielmehr erkennet sie der Richter bey der wegen der Hauptschuld erhobenen Klage von Amtswegen zu (*officio iudicis praestantur*). Ist also der Gläubiger wegen des Hauptstamms bereits befriediget worden, oder ist die Hauptklage desselben durch die Verjährung erloschen, so fällt die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Verzögerungszinsen hinweg y). Einige Rechtslehrer glauben, es lasse sich heutiges Tages von diesen auf eine bloße Subtilität hinauslaufenden Principien des römischen Rechts kein Gebrauch machen, im Gegentheil müsse nach der bekannten Regel: vbi non deficit ius, ibi non deficit actio, wegen der Verzugszinsen allerdings eine eigene Klage zulässig seyn z); allein ihre Meinung ist ungegründet, da nach dem Zeugnisse der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten der Gerichtsgebrauch in diesem Stück die Theorie in der Anwendung bestätiget a).

§. 332.

Wenn bey Verträgen der Promittent sein Versprechen nicht erfüllet, so kann der Promissar nicht nur fordern, daß ihm jener in Ansehung des schuldi-

x) *cf.* L. 8. *D. de Eo quod cert. loc. dar. oport.* L. 54. *pr. D. Loc. cond.*

y) L. 4. *C. Depos.* L. 13. und L. 26. *C. de Vsur.*

z) Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinscontracte, der Cession, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel, §. 557. S. 418.

a) *a Wernher Obseruu. forr. Tom. II. Part. VI. Obs. CCCLXXVII.* von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Num. LVIII. S. 893. ff. Struben rechtliche Bedenken, Th. I. Bed. LXIII. S.

digen Gegenstandes und dessen Werthes selbst Entschädigung leiste, sondern er kann auch nicht selten verlangen, daß der Promittent das Interesse, oder alles dasjenige, was ihm außerdem dadurch abgehet, daß die Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllet wird, prästire. Dies veranlasset unsern Verfasser, hier von dem Interesse zu handeln, welches übrigens nicht nur bey Verbindlichkeiten aus Verträgen, sondern auch bey Verbindlichkeiten, deren Entstehungsgrund in anderen Handlungen liegt, in Betracht kommt.

Der Begrif des Interesse lässet sich auf folgende Weise am leichtesten entwickeln. Thut mir jemand Schaden, er giebt mir eine Sache nicht, die er mir zu geben verbunden ist, er bezahlet mir eine schuldige Summe nicht, er stiehlt, zernichtet oder verdirbt meine Sache, so verliere ich α) die Sache selbst, oder ihren Werth ganz oder zum Theil. Ich kann aber auch β) noch außerdem manchen anderen Schaden dadurch leiden, und γ) manchen Vortheil verlieren, den ich außerdem erworben haben würde. Der Schade nun, den ich außer dem Verluste der Sache oder des Werthes leide, und der Profit, den ich entbehren muß, werden zusammen angeschlagen das **Interesse** (*id quod interest*) genannt b).

Die

S. 161. ff. *Menius Decis. Tom. I. Part. I. Decis. CCXVIII. p.* 175. *sq. Part. III. Decis. CCCCXX. p.* 801. *ed. nouiss.*

b) In den Gesetzen kommt indessen der Ausdruck id quod interest nicht immer in gleicher Bedeutung vor. *cf. Wehrn Doctr. iur. explicat. princip. et causs. damni, habita doli mali, culpae, moraе, eiusque quod interest, ratione, praest. cap. VI.* §. 50. Bisweilen verstehen sie darunter jeden Nachtheil, der dem Gläubiger daraus erwächset, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllet hat, mithin nicht nur den entgangenen Vortheil (lucrum cessans), sondern auch den wirklich erlittenen Schaden (damnum emergens). L. 1. §. 41. D. *de Vi et vi arm.* L. 33. D. *Loc. cond.* L. 13. *pr.* D. *Rat rem hab.* L. 33. *pr.* D. *Ad leg. Aquil.* L. un. C. *de Sentent. quae pro eo quod interest profer.* Hin und wieder wird auch das Interesse nicht nur dem schuldigen Gegenstande selbst und dessen Werthe (L. 11. §. 18. D *de Act. emt. vend.*) L. 1. §. 20. D. *de Tut. et rat. distrah* L. 12. C. *de Act. emt. vend.*), sondern auch anderen Accessionen, als der Conventionalstrafe, imgleichen den Zinsen und Früchten (§. *vlt. I. de Verbor. obligat.* L. *vlt. D. Si quis in ius voc. non ier.* L. 63. D. *de Verbor. obligat.*), entgegen gesetzt. Den wahren Werth der Sache pflegen die Gesetze gemeiniglich mit den Formeln: quanti ea res est, imgleichen: quanti eam rem esse paret, zu bezeichnen, *L.* 179. und *L.* 193. *D de Verbor. significat.* Unter den Schriftstellern, welche über das Interesse geschrieben haben, sind die vorzüglich-

Die Rechtslehrer unterscheiden in dieser Hinsicht zwischen dem **unmittelbaren** Schaden (damnum *inmediatum* s. *in se spectatum*), den man durch den Verlust der Sache selbst leidet, und dem **mittelbaren** Schaden (damnum *mediatum* s. *per consequentiam inlatum*), den man außer dem Verluste der Sache leidet. Diese letztere Gattung des Schadens, macht den Gegenstand des Interesse aus, und ist entweder ein damnum emergens oder ein lucrum cessans, je nachdem sie entweder in einem wirklich erlittenen Verluste, oder in einem entgangenen Vortheile bestehet. Hierauf beziehet sich die Eintheilung des Interesse in interesse *damni emergentis* und *lucri cessantis*. Wenn z. B. zur Zeit der Erndte dem Bauer von jemandem ein Pferd zu Tode geritten wird, und er deswegen sein Getreide nicht einernden kann, sondern dasselbe auf dem Felde verderben lassen muß, so fordert der Bauer von dem Reuter das interesse damni emergentis; wird hingegen zur Zeit der Schlittenfarth dem Pferdeverleiher von jemandem ein Pferd zu Tode geritten, und er kann deswegen während der Schlittenfarth nichts verdienen, so nimt der Pferdeverleiher den Reuter auf das interesse lucri cessantis in Anspruch.

Es kann auch das Interesse entweder *facti*, oder *temporis*, oder *loci* seyn, wie fern jemand zur Leistung desselben verbunden wird, weil er die ihm obliegende Verbindlichkeit entweder **gar nicht**, oder **nicht zur gehörigen Zeit**, oder **nicht an dem gehörigen Orte** in Erfüllung gebracht hat. Man unterscheidet ferner zwischen interesse *conuentum*, *commune* und *singulare*, und verstehet unter dem **ersten** dasjenige, welches nach Maaßgabe einer auf den Contraventionsfall verabredeten Geldstrafe bestimmet wird; unter dem **zweyten** dasjenige, welches den gemeinen Werth des damni emergentis oder lucri cessantis nicht übersteigt, und endlich unter dem **dritten** dasjenige, bey dessen Bestimmung die besondere Affection, vermöge welcher der zu Ent-

lichsten: *Masius Tr. de rei debitae aestimatione*, (Louan. 1653.) *Donellus ad leg. Iustin. de Sentent. quae pro eo quod interest profer.* (*in Eiusdem Comm. iur. ciuil. Lib. XXVI. p.* 1367. *sqq.*) *Gipbanius Explanat. difficill. legg. Cod. p.* 258. *sqq. Vallius Lib. sing. ad L. vn. C. de Sentent. quae pro eo, quod interest profer.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 419. *sqq.*) *Magnus Ratt. et differentt. iur. ciuil. Lib. II de Gast Com. in tit. Cod. de Sentent. quae pro eo quod interest profer. Catianus Synt. de eo quod interest*, (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. III. p.* 294 *sqq. Tom. VI. p.* 762. *sqq Tom. VII. p.* 775 *sqq.*) *Cuiacius Obseruatt. et emendatt. Lib. VIIII. cap. XXXI. p.* 281. *sqq.*) *Vaudius Quaestt iur. ciuil. Lib. II. cap. VIII. Balduinus Iustinian. s. de iure nou. Comm. Lib. III.* (*in Heineccii Iurisprud. rom. et att. Tom. I. p.* 1175.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0360
DFG

Entschädigende der ihm widerrechtlich entzogenen oder verdorbenen Sache aus wahrscheinlichen und vernünftigen Gründen einen eingebildeten Vorzug vor allen anderen Sachen gleicher Art beylegte, in Anschlag gebracht wird c). Endlich wird auch das Interesse noch eingetheilet in id quod interest circa *rem* und id quod interest extra *rem*. Ersteres ist dasjenige Interesse, welches auf die widerrechtliche Handlung des Verpflichteten als eine gewisse und unausbleibliche Folge sich gründet, ohne daß dem Beschädigten auf seiner Seite etwas dabey zur Last gelegt werden kann; letzteres hingegen ist dasjenige, welches mit der widerrechtlichen Handlung des Verpflichteten in keiner nothwendigen Verbindung stehet d). Auf diese Eintheilung des Interesse beziehet sich der Ausspruch des Rechtsgelehrten Paulus in der *L.* 21. §. 3. *D. de Act. emt. vend.* welcher wörtlich so lautet: Quum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis vtilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim, si potuit ex vino puta negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laborauerit: nam pretium tritici, non seruorum fame necatorum, consequitur: nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamuis crescat si vinum hodie pluris sit: merito, quia siue datum esset, haberet emtor, siue non: quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit. Hat der Verkäufer die Waare nicht zur gehörigen Zeit geliefert, so kann der Käufer omnem vtilitatem, QVAE MODO CIRCA IPSAM REM CONSISTIT, in Anschlag bringen, das heißt, er kann dem Verkäufer zwar allen Nachtheil anrechnen, der von der widerrechtlichen Handlung desselben eine gewisse und unvermeidliche Folge ist, ohne daß ihm dem Käufer etwas dabey zur Last fällt, nicht aber den bloß möglichen Gewinn oder zufälligen Verlust; kurz, er kann zwar das id quod interest circa rem, nicht aber das id quod interest extra rem verlangen. Sonach ist der Käufer nicht berechtiget, den bloß möglichen Vortheil in Anschlag zu bringen, den er durch weiteren Verkauf des Weins hätte erwerben

c) Verschiedene Rechtslehrer verwerfen indessen diese Eintheilung. Man sehe *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XXVI. cap. XV.* und *Grangianus Paradox. iur. ciuil. cap. LVIII.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p.* 644.)

d) Mit dem Worte res wird hier in der Materie vom Interesse, wie *Magnus l. l. cap. VII. p.* 304. richtig bemerket, nichts anderes bezeichnet, als factum, vel non factum aduersarii mei, ex quo mihi id, quod interest, debetur Auch diese Eintheilung wird übrigens von verschiedenen Rechtslehrern verworfen. Man sehe *Grangianus l. l, cap. LX, p.* 646. und *de Gast l. l. p.* 764.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0361
DFG

können, wenn ihm dieser zur gehörigen Zeit geliefert worden wäre, weil ihm der Wein zu einem solchen anderweitigen Handel nicht verkauft worden war. Eben so wenig kann der Käufer Schadensersatz verlangen, wenn ihm wegen des nicht zur gehörigen Zeit gelieferten Getreides Sclaven verhungert sind, weil er für die Unterhaltung derselben auf andere Weise hätte sorgen sollen e).

[Quanti aestimatio fieri debeat, vel praecedente pacto, vel praevia quadam demonstratione ex officio iudicis determinatur. Qui tamen in regula ad aestimationem communem debet respicere]. Eine sehr wichtige Frage ist die: **wie hoch lässet sich das Interesse anschlagen oder bestimmen?** In der *L. vn. C. de Sentent. quae pro eo quod interest profer.* welche überhaupt das berühmteste Gesetz in der Lehre vom Interesse ist, entscheidet Justinian diese Frage auf folgende Weise: Quum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sint: melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, vt hoc, quod reuera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis peruersionibus in circuitus inextricabiles redigatur: ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua inpossibilitate cadat: quum sciamus, esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio: quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt. Et sit

e) Auf diese Weise dürfte sich wohl die angezogene *L.* 21. §. 3. *D. de Act. emt. vend.* am leichtesten vereinigen lassen mit der *L.* 2. §. 8. *D. de Eo quod cert. loc. dar. oport.* und *L. vlt. D. de Peric. et comm. rei vend.* worin Ulpian und Hermogenian ganz andere Grundsätze zu befolgen scheinen. Die Ausleger haben von jeher große Schwierigkeiten bey der Vereinigung dieser Stellen gefunden. Man sehe *Finestres ad Hermogen. L.* 19. *D. de Peric. et comm. rei vend. p.* 464. *sqq. Donellus l. l. cap. XXIII. Fachinaeus Controuerss. iur. Lib.* XI. *cap. XV. Wehrn Doctr. iur. explicat. principp. et causs. damni, habita doli mali, culpae, moraе, eiusque quod interest, ratione, praest. cap. V.* §. 63. *not.* 5. *p.* 397. *Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. II. cap. XXXVIII. p.* 183. *sq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0362
DFG

sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis, huius constitutionis recitatio. Zuvörderst sagt der Kayser in den Anfangsworten der angezogenen Gesetzstelle, er wolle die in dieser Lehre ins unendliche fortgeführten alten Streitigkeiten entscheiden; sodann erkläret er in den Endworten zum Ueberflusse nochmals wiederholt, daß sie nun endlich mit dieser seiner Constitution ihre völlige Endschaft wirklich erreichet haben sollen. Die kayserliche Entscheidung ist aber folgende. In gewissen Fällen soll das Interesse den doppelten Werth der schuldigen Hauptsache nicht übersteigen; in ungewissen Fällen hingegen soll die Bestimmung des Interesse dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen seyn, indem derselbe hier die Angabe des Klägers nach Maaßgabe der von diesem angeführten Gründe sowohl als nach den Regeln der Billigkeit zu prüfen, und nach deren Beschaffenheit den Beklagten zur Leistung des Interesse zu verurtheilen befugt seyn soll. Nun fragt es sich aber: was will Justinian eigentlich mit seinen gewissen und ungewissen Fällen sagen? Hierüber wußten schon die alten Glossatoren sich nicht mit einander zu vereinigen, und selbst die neueren Ausleger geben viele ganz verschiedene Erklärungen, welche der berühmte Molinäus f) ausführlich verzeichnet hat. Die richtigste Erklärung scheinet mir diejenige zu seyn, welche Contius g) giebt. *Casus habentes certam naturam interpretor*, sagt dieser Rechtsgelehrte, *omnes contractus siue nominatos siue innominatos, seu etiam quasi contractus, qui habent aliquod simplum ab initio in obligationem deductum, siue rem, siue factum, in cuius postea locum succedit obligatio in id quod interest. Et illos omnes contractus certam naturam habere dicit, id est, certos fines, et propriam naturam, ac proprias regulas, ex quibus sciri potest, quid ab initio venerit in obligationem.* Gewisse Fälle sind, wenn in einem Contracte entweder beyde Interessenten einander eine bestimmte Sache, eine bestimmte Quantität versprochen haben, oder wenigstens der eine Interessent zu dergleichen sich verbindlich gemacht hat; alle übrigen Fälle, wo das Interesse gefordert wird, gehören zu den ungewissen. *Hi contractus habent certam quantitatem et naturam*, fährt Contius h) fort, *qui rem certi ponderis, numeri et mensurae, aut certam speciem, quae certo nomine, aut certa demonstratione con-*

f) *Molinaeus Com. ad Cod. cum adnott. Wesenbec.* (Hanou. 1604.) *tit. de Sentent. quae pro eo quod interest profer.*

g) *Contius Scholl. ad tit. Cod. de Sentent. quae pro eo quod interst. profer.* (*in Eiusdem opp. a Merillio edd. p.* 489. *sq.*)

h) *Contius l. l. p.* 491. *sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0363
DFG

continetur, habent: aut rem per se incertam, aut factum per se incertum, sed quod ex adiuncta quantitate, vel specie certa, ex altera parte contractus certitudinem adcipit; quia haec est natura contractus, vt rem rei vel facto aequare voluerint contrahentes. Ceterum si talis sit contractus, qui ex vtraque parte habeat rem incertam, tunc erit casus incertus. Dies sucht er nun noch durch folgende Beyspiele zu erläutern: *Si certo pretio quis emerit Stichum aut Pamphilum, vtrum voluerit venditor, venditor quidem debet rem incertam et incertae naturae, quia, quod debetur, disiunctim incertum est, sed hic casus et contractus habet certam naturam, quia totum certo pretio aestimatum est, ideo valet haec venditio, satis est enim, pretium esse certum, quod semper esse debet. At si fingas, aliquem mihi stipulanti hominem generaliter promisisse, non ex caussa venditionis, vel locationis, hic casus erit incertus, et erit locus secundae decisioni huius articuli de casibus incertis.* Offenbar stimmet die Erklärung des Cotius mit den Worten der kayserlichen Constitution genau überein, und deutlicher lässet sich die Sache nicht vorstellen, als sie dieser Rechtsgelehrte vorgestellet hat i). Eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel, daß in gewissen Fällen das Interesse den doppelten Werth der schuldigen Hauptsache nicht übersteigen soll, muß indessen billig sodann statt finden, wenn es entweder erlaubt ist, vsuras vltra alterum tantum zu fordern k), oder der Schade dolo malo oder culpa lata des Beklagten entstanden ist l).

§. 333.

Bey der Frage: **wann findet bey Verträgen die Leistung des Interesse statt?** kommt es darauf an, ob der Promittent durch einen Zufall von der Erfüllung seines Versprechens abgehalten worden ist, oder ob er sein Versprechen aus Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht erfüllet hat. Ist der Promittent durch einen Zufall an der Erfüllung seines Versprechens gehindert worden, so fällt vermöge der in der *L.* 23. *D. de Reg. iur.* gegründeten Regel: casus fortuiti a nemine praestantur, die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse gänzlich hinweg, vorausgesetzt, daß nicht etwa einer von denjenigen Fällen vorhanden ist, die wir oben als Ausnahmen von die-

i) *cf. Brunnemann Com. in Cod. tit. de Sentent. quae pro eo quod interest. profer. p. m.* 883.

k) *Cuiacius l. l.*

l) *Magnus l. l.*

dieser gesetzlichen Regel bemerklich gemacht haben m). Hat aber der Promittent sein Versprechen aus Vorsatz nicht erfüllet, so ist er ohne Unterschied zur Leistung des Interesse verpflichtet, weil in Gemäßheit der allgemeinen Wirkungen des Betrugs das damnum dolosum bey allen Verträgen eine vollkommene Verbindlichkeit zur Entschädigung begründet n). Ist endlich das Versprechen aus Fahrlässigkeit von dem Promittenten nicht erfüllet worden, so muß zwar die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse nach den von der Prästation der culpae geltenden allgemeinen Rechtsprincipien beurtheilet werden o); inzwischen wollen die Rechtslehrer nicht ohne vielen Grund, daß in dem Falle eines mäßigen oder geringen Versehens der Regel nach nur der wirkliche Schade, und nicht das lucrum cessans prästiret werde p).

§. 334.

Die Paciscenten werden nur so verpflichtet, wie sie sich haben verpflichten wollen, und es kommt daher bey Beurtheilung ihrer gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten darauf an, ob sie den Vertrag unter Beyfügung einer **Zeitbestimmung** (sub *die*), eines **Zwecks** (sub *modo*), einer **Bedingung** (sub *conditione*), oder **ohne eine solche äussere Modification** (*pure*) abgeschlossen haben. Ist der Vertrag ohne alle Nebenbestimmung pure eingegangen worden, so stehet die Regel fest: dies statim cedit et venit, das heißt, der Promissar erhält sogleich ein Recht aus dem Vertrage und kann auch sogleich auf die Erfüllung des Versprechens klagen. In der *L.* 213. *pr. D. de Verbor. signif* sagt Ulpian: CEDERE DIEM significat, incipere deberi pecuniam; VENIRE DIEM significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Vbi *pure* quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; vbi *in diem*, cessit dies, sed nondum venit: vbi *sub conditione*, neque cessit neque venit dies, pendente adhuc con-

m) §. 326. 327.

n) §. 320.

o) §. 324.

p) S. *Wehrn Doctr. iur. explicat. princip. et causs. damni, habita doli mali, culpae, moraе, eiusque quod interest, ratione, praest. cap. V, §. 53. p. 362.*

conditione q). Der Jurist erkläret hier nicht nur, was dies *cedit* et *venit* heiße, gerade so, wie ich es mit Anwendung auf die bey pure abgeschlossenen Verträgen geltende Regel eben erkläret habe, sondern er bestätiget auch ganz evident diese Regel, die nun aber freylich nicht ohne Ausnahme ist. Interdum pura stipulatio, sagt Paulus in der *L.* 73. *pr. D. de Verbor. obligat.* ausdrücklich, ex re ipsa dilationem capit: veluti si id, quod in vtero sit, aut fructus futuros, aut domum aedificari stipulatus sit. Tunc enim incipit actio, quum ea per rerum naturam praestari potest. Sic qui Carthagini dari stipulatur, quum Romae sit, tacite tempus complecti videtur, quo peruenire Carthaginem potest. Diese Stelle enthält eigentlich zwey Ausnahmen, und zwar folgende:

1) betrifft der Gegenstand des Vertrags eine noch zukünftige Sache, wohin z. B. alles dasjenige, was noch nicht gebohren ist, sondern seiner Geburt erst entgegen reift, imgleichen jede Gattung zukünftiger Früchte gehöret, so kann selbst aus einem pure eingegangenen Vertrage vernünftiger Weise eher nicht, als bis die versprochene Sache wirklich zu ihrer Existenz gediehen ist, geklaget werden, quia EX RE IPSA DILATIONEM CAPIT stipulatio;

2) wenn der Gegenstand des Vertrags in anderer Rücksicht so geeigenschaftet ist, daß er unmöglich sofort prästirt werden kann, so vermag der Promissar ebenfalls aus einer, ohne alle Nebenbestimmung abgeschlossenen Convention nicht gleich auf die Erfüllung des Versprechens zu klagen, weil auch hier die conventionelle Verbindlichkeit vermöge ihrer Natur zu einer Zeitbestimmung sich qualificirt. Die von Paulus angeführten hieher gehörigen Beyspiele sind sehr treffend. Hat jemand ein Haus zu bauen versprochen, so muß ihm nothwendig zur Erfüllung seines Versprechens eine Frist gestattet werden, welche mit der zur Ausrichtung dieses Geschäfts erforderlichen Zeit in einem vernünftigen Verhältnisse stehet, und wenn jemand etwas an einem entfernten Orte zu geben versprochen hat, so muß ihm schlechterdings zur Erfüllung seines Versprechens eine Zeit gelassen werden, welche erforderlich ist, um den entlegenen Ort zu erreichen.

Ul-

q) *cf. Wahl Pr. quando dies obligationis cedere et venire intelligatur*, (Goettingae 1751.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0366
DFG

Ulpian entscheidet in der angezogenen *L.* 213. *pr. D. de Verbor. signif.* nun zwar noch außerdem die Fälle, wo die Paciscenten den Vertrag in diem und sub conditione errichtet haben; allein diese Fälle müssen wir nach Anleitung unsers Verfassers in den nächstfolgenden Paragraphen betrachten.

§. 335.

Wenn dem Vertrage eine Zeitbestimmung hinzu gefüget wird, so heißt er *pactum sub die*. Es kann aber die Zeitbestimmung hinzu gefüget werden, entweder als ein terminus *a quo*, oder als ein terminus *ad quem*, je nachdem vermittelst derselben der Promittent sich verbindlich macht, das Versprechen nicht eher zu leisten, als bis der Tag erscheinet, oder das Versprechen so lange zu leisten, bis der Tag kommt. Im ersteren Falle wird der Vertrag *pactum* ex *die*, und im letzteren Falle *pactum* in *diem* genannt r). Circa diem, sagt Paulus in der *L.* 44. §. 1. *D. de Obligat. et act.* merklich, *duplex inspectio* est: nam vel EX DIE incipit obligatio, aut confertur IN DIEM. *Ex die*, veluti, Kalendis Martiis dare spondes? cuius natura haec est, vt ante diem non exigatur. *Ad diem* autem, vsque ad Kalendas dare spondes? In dieser Stelle characterisirt der römische Rechtsgelehrte beyde Gattungen der Verträge ganz deutlich.

Was das pactum *ex* die anbetrifft, so ist die demselben hinzu gefügte Zeitbestimmung entweder ein dies *certus*, oder ein dies *incertus*. Unter dem *die* certo oder der gewissen Zeit verstehet man eine solche, von welcher es entschieden ist, daß sie erscheinen werde und wann sie erscheinen werde; mit dem *die* incerto oder der ungewissen Zeit hingegen wird eine solche bezeichnet, von welcher es zweifelhaft ist, ob sie jemals kommen werde, oder doch wann sie kommen werde. Ist die dem Vertrage hinzu gefügte Zeitbestimmung gewiß, so wird zwar der Vertrag gleich wirksam, es kann aber vermöge der vorhin angezogenen *L.* 213. *pr. D. de Verbor. signif.* das aus demselben zu Leistende eher nicht, als nach dem Ablaufe der Zeit gefordert werden s). In dieser Hinsicht sagt Paulus in der eben angeführten *L.*

r) Die römischen Rechtsgelehrten nennen indessen das pactum ex die nicht selten auch pactum in diem. *cf.* §. 2. *I. de Verbor. obligat. Vicat Vocabular. iur. Tom. II. s. v. in, p.* 133. *sq.*

s) *cf. L.* 46. *pr. D. de Verbor. obligat.* Ueber die Vereinigung dieser Stelle mit der *L.* 41. §. 1. *D. eod.* worin Ulpian sagt: Verum dies adiectus efficit, ne prae-

L. 44. §. 1. *D. de Obligat. et act.* ganz richtig, das pactum ex die sey seiner Natur nach so beschaffen, VT ANTE DIEM non exigatur obligatio. Wenn hingegen die hinzu gefügte Zeitbestimmung ungewiß ist, so ist es entweder zweifelhaft, ob sie erscheinen werde, oder es ist nur zweifelhaft, wann sie erscheinen werde. Im ersteren Falle ist die Zeitbestimmung als eine Bedingung anzusehen t), und folglich nach den von dieser geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, die wir in der Folge entwickeln werden v); hingegen im letzteren Falle hat der dies incertus bey Verträgen die Wirkung einer Bedingung nicht, sondern wird vielmehr einer gewissen Zeit gleich geachtet x).

So viel hiernächst das pactum *in* diem angeht, so gilt bey diesem die Regel: pure facta obligatio intelligitur, oder: dies statim cedit et venit; es entstehet aus ihm nicht nur sogleich die Verbindlichkeit auf der einen, sondern auch das Recht auf der anderen Seite zur vertragsmäßigen Leistung y); mit dem Ablaufe der bestimmten Zeit aber wird beydes, Verbindlichkeit und Recht, zernichtet z). Habe ich mich z. B. auf ein Jahr lang verbürget, so kann ich zwar

praesenti die pecunia *debeatur*, sehe man *Vinnius Com. in Institut. Tom. II. ad §. 2. de Obligat. p. 657. sqq. ed. nouiss.* und *Auerantus Interpretatt. iur. Tom. I. Lib. II. cap. XVI. num. 17. p. 228. ed. nouiss.* Ist eine Schuld ex die aus Irrthum zu früh bezahlet worden, so kann sie zwar in Gemäßheit der L. 10. und *L. 17. D. de Condict. indeb.* schlechterdings nicht condictione indebiti zurück gefordert werden; allein ob man in solchem Falle nicht wenigstens die Zinsen, das interusurium, verlangen könne, darüber wird unter den Rechtslehrern gestritten. *cf. Horn Diss. de interusurio, p. 38. sqq. Hunnius Resolutt. p. 677.* Nach der Billigkeit müssen die Zinsen allerdings bezahlet werden.

t) L. 45. §. 3. D. *de Verbor. obligat.* L. 36. *pr. D. de Condit. et demonstrat.* L. 21. *pr.* und L. 22. *pr. D. Quando dies legator. vel fideicommiss. ced.* L. 45. §. *vlt. D. de Legat. II.*

v) §. 337. 338.

x) L. 16. §. 1. L. 17. und L. 18. D. *de Condict. indeb. Auerantus l. l. num. 3. p. 225. sq.*

y) *L.* 56. §. 4. D. *de Verbor. obligat.*

z) *cf. Hertius Diss. de iuribus ex pacto certo tempori inclusis, (in Eiusdem commentatt. et opusc. Vol. II. Tom. III. p. 355. sqq.)* Daß die Zeitbestimmung der Natur

zwar auf den Fall, wo der Hauptschuldner nicht bezahlet, während des Jahres belanget werden; so bald aber das Jahr verflossen ist, kann mich der Gläubiger als Bürgen nicht mehr in Anspruch nehmen.

§. 336.

Wird dem Vertrage ein Zweck hinzu gefüget, so heißt er *pactum sub modo*. Das Wort modus bezeichnet hier eine dem Vertrage angehängte Clausel, welche den Endzweck bestimmet, wozu nach der Absicht der Paciscenten der Gegenstand des Vertrags angewendet werden soll a). In Ansehung eines

tur des Vertrags nicht zuwider seyn dürfe, verstehet sich von selbst. Auch hörte sogar nach dem ältern römischen Civilrechte bey solchen Verträgen, die durch feyerliche Worte geschlossen wurden, die Verbindlichkeit mit dem Ablaufe der Zeit nicht auf. §. 3. *I. de Verbor. obligat. L.* 56. §. 4. *D. eod. L.* 44. *D. de Obligat. et act.* Das neuere Civilrecht befolget indessen diesen Grundsatz nicht, wie die *L.* 26. *C. de Legat.* hinlänglich beweiset, worin Justinian verordnet: Quum enim iam constitutum sit, fieri posse temporales donationes et contractus; consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eamdem similitudinem confirmari. *cf.* Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen, Th. I. §. 607. S. 455. f.

a) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 741. sagt: „*Modus* heißt eine Clausel, welche einem wohlthätigen Geschäft „angehängt, und wodurch dem, der die Wohlthat erhält, etwas zu thun, „oder zu unterlassen auferlegt wird. Also der *modus* wird nur wohlthätigen „Geschäften (actibus beneficis), das heißt, solchen beygefügt, da ich auf „den andern etwas unentgeltlich transferire, nichts dagegen von ihm erhalte; nur den Vermächtnissen und Schenkungen. Z. E. wenn ich einem 200. „Thaler schenke, um die Doctorwürde anzunehmen, so ist es ein Geschenk „*sub modo.*“ Diese ganze Vorstellungsart gehöret zu den groben Fehlern, von welchen der Höpfnersche Institutionencommentar wimmelt; sie ist widersinnig und verräth unzweydeutig eine gänzliche Unbekanntschaft mit der römischen Theorie vom modo. Die Gesetze beweisen es mehr als zu deutlich, daß nicht bloß wohlthätigen Geschäften, sondern auch onerösen Verträgen ein modus beygefüget werden könne. Um nur ein einziges Beyspiel anzuführen, mache ich hier auf die *L.* 41. *pr. D. de Contrah. emt.* aufmerksam, worin Julian sagt: Quum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emtum rogasset, vt esset is sibi emtus, si eum liberasset, dummodo ante Kalendas Iulias liberaret. Quaesitum est, an viliter agere possit ex emto in hoc, vt venditor eum liberaret? Respondit: videamus, quid inter ementem et vendentem actum sit: nam si id actum est, vt omni modo intra Kalendas Iulias venditor fundum liberaret, ex emto erit actio, vt liberet: nec

solchen modi gilt die Regel: dies statim cedit et venit, das heißt, die aus dem Vertrage entspringende Verbindlichkeit wird durch den beygefügten Zweck nicht aufgeschoben, sondern es kann auf die Erfüllung derselben sogleich geklaget werden. Es ist der Absicht der Paciscenten vollkommen gemäß, daß die Convention sogleich erfüllet werde; inzwischen muß der Promissar wegen der Erfüllung des modi dem Promittenten hinlängliche Caution bestellen, wenn es ungewiß ist, ob der modus werde erfüllet werden, und wenn überhaupt die adiectio modi verbindlich, ist b).

Es

nec sub conditione emtio facta intelligetur, veluti si hoc modo emtor interrogauerit: erit mihi fundus emtus, ita vt eum intra Kalendas Iulias liberes, vel ita: vt eum intra Kalendas a Titio redimas. Si vero sub conditione facta emtio est, non poterit agi, vt conditio impleatur. Julian entscheidet hier den Fall, wo jemand ein Haus dergestalt gekauft hatte, daß es von der darauf haftenden Hypothek der Verkäufer mit dem erhaltenen Kaufgelde binnen einer gewissen Zeit befreyen sollte. Diese Verabredung enthält nach Julians Ausspruche keine Bedingung, sondern einen *modum*, indem er sagt, der Käufer könne ex emto auf die Erfüllung des modi dahin klagen, daß der Verkäufer das Grundstück von der darauf haftenden Hypothek befreye, und diese Klage finde nicht statt, wenn die Verabredung eine Condition wäre. Schon die Partikel: vt, deutet einen modum an, im Entgegensatze der Partikel: si, mit welcher eine Bedingung bezeichnet wird. So oft in den Gesetzen von einem modo die Rede ist, wird man niemals die Partikel: si, sondern immer die befehlenden oder verbietenden Partikeln: VT und NE finden, z. B. vt in domo legata liberti habitent, ne de nomine exeat (*L.* 108. *D. de Condit. et demonstrat.*); vt Meuiam vxorem ducat (L. 71. §. 1. *D. eod.*); vt certa tibi alimenta praestarentur, vt post tempus, quod donatum est, alii restituatur (*L.* 1. und L. 3. *C. de Donat. quae sub mod.*); ne a monimento recedat (L. 71. §. 2. *D. de Condit. et demonstrat.*) *cf. Meister Diss. de eo, quod inter conditionem resoluiuam et modum interest*, §. 9. (*in Eiusdem selectt. opuscc. ad ius ciu. et crim. eiusq. histor. pertinentt. Syll. II. num.* 3. *p.* 167. *sqq.*) Zu leugnen ist es indessen nicht, daß hin und wieder der modus in den Gesetzen mit dem Namen conditio beleget wird. L. 44. *D. de Manumiss. testam.* L. 71. §. 1. D. *de Condit. et demonstrat.* L. 1. *C. de His quae sub mod. cf. de Hackemann Ex. de vsu practico distinctionis conditionem inter & modum*, (Francof. 1751.)

b) *L.* 58. §. 2. *D. Loc. cond.* Quidam in municipio balneum praestandum annuis viginti nummis conduxerat: et ad refectionem fornacis fistularum, similiumque rerum, centum nummi vt praestarentur ei conuenerat: conductor centum nummos petebat: *ita ei deberi dico*, si in earum rerum refectionem eam pecuniam impendi SATISDARET. Je deutlicher Labeo in dieser Gesetzstelle die natürliche Verbindlichkeit zur

Cau-

Es fragt sich aber: wann ist die adiectio modi verbindlich, und was hat sie für Wirkungen c)? Man distinguire. Die Erfüllung des beygefügten modi ist entweder möglich, oder sie ist unmöglich. Ist die Erfüllung des modi physisch oder moralisch unmöglich, so wußte entweder der Promittent gleich anfänglich, daß sie unmöglich sey, oder er wußte solches nicht. In beyden Fällen ist das Versprechen an und für sich ohne Wirkung d); allein wenn es bereits erfüllet worden ist, so findet zwar in dem letzteren, nicht aber in dem ersteren Falle eine Zurückforderung des Gegebenen statt e). Wenn hingegen die Erfüllung des modi möglich ist, so beabsichtiget derselbe entweder einzig und allein den Vortheil des Promissars, oder er hat den eigenen Nutzen des Promittenten, auch wohl das Beste eines Dritten zur Absicht. Im ersteren Falle ist ein modus *simplex* vorhanden, und dieser verbindet den Promissar nicht vollkommen zur Erfüllung, weil es dem Promittenten ganz gleichgültig seyn kann, ob derselbe erfüllet wird, oder nicht f); im letzteren Falle aber ist ein modus *qualificatus* vorhanden, und dieser begründet nun allerdings auf Seiten des Promissars eine vollkommene Verbindlichkeit zur Erfüllung g), so daß wegen der Nichterfüllung auf die Zernichtung des ganzen Vertrags geklaget werden kann h).

Mo-

Cautionsleistung bestätiget, desto weniger kann man der von *Meister l. l.* §. 18. *p.* 183. mit einigen anderen Rechtslehrern vertheidigten Meinung, daß die Cautionsbestellung nicht nothwendig sey, beypflichten. Auch bey Vermächtnissen, welchen ein modus beygefüget worden ist, soll nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze der Legatar Caution bestellen. L. 19. D. *de Legat. III.* L. 40. §. *vlt.* und *L.* 80. *D. de Condit. et demonstrat.*

c) *cf. Cordes Specim. de modo, conuentionibus adiecto, eiusque effectu iuridico,* (Goettingae 1782.)

d) *Arg.* §. 11. I. *de Inutil. stipulat.* L. 31. D. *de Obligat. et act.*

e) *L.* 8. C. *de Condict. ob. causs. dat: cf. de Retes Opusce.* Lib. *II. Sect. II. cap. VIIII. num.* 5. (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VI. p.* 140.)

f) *L.* 3. D. *de Donat. L.* 13. §. 2. D. *de Donat. int. vir. et vxor.* L. 71. *pr.* D. *de Condit. et demonstrat.*

g) L. 17. §. 2. und L. 44. D. *de Manumiss. testam.*

h) *L.* 1. *C. de* Donat. *quae sub mod. confic.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0371
DFG

[Modus instar conditionis resolutiuae est.] Daß der *modus* von der Bedingung sowohl überhaupt, als insonderheit von der Resolutivbedingung ganz verschieden sey, zeiget Meister i) mit großem Aufwande von Gelehrsamkeit. Zwar kann wohl der modus zugleich eine Bedingung involviren k); allein wie sehr er an und für sich von der Condition differire, wird jedem aus der Vergleichung dessen, was bisher vom modo erinnert worden ist, mit demjenigen, was in der Folge von der Bedingung gelehret werden wird, hinlänglich einleuchten.

§. 337.

Wenn dem Vertrage eine Bedingung hinzu gefüget wird, so heißt er *pactum sub conditione*. Die Bedingung im weiteren Sinne ist eine Thatsache, von deren Daseyn das Daseyn eines Rechts abhängt. So lange es ungewiß ist, ob eine Bedingung erfüllet werden wird, sagt man von ihr: sie schwebt (*conditio* pendet); so bald aber der Umstand wirklich wird, von welchem das Daseyn des Rechts abhängt, heißt es: die Bedingung existirt (*conditio* existit), und wenn es endlich gewiß ist, daß die Bedingung nicht existiren werde, so sagt man von ihr: sie fehlet (*conditio* deficit).

Um

i) *Meister l. l.* §. 10. *sqq. p.* 169. *sqq.* Dieser berühmte Rechtslehrer giebt zwölf Differenzen zwischen dem modo und der Resolutivbedingung an, die so auffallend sind, daß man leicht einsieht, wie ungegründet die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten sey, qui, wie Meister sagt, inter *modum* et *conditionem resolutiuam*, praeter verborum conceptionem, interesse nihil putant.

k) Ein Beyspiel, wo der modus mit einer Bedingung vermischt ist, enthält die *L.* 21. *D. de Iur. dot.* in den Worten: Stipulationem, quae propter caussam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, *si nuptiae fuerint sequutae*: et ita demum ex ea agi posse, quamuis non sit expressa conditio, *si nuptiae*, constat, quare si nuncius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur. Wird einer ledigen Frauensperson etwas gewisses zu einem Heyrathsguthe versprochen, so involvirt begreiflich der modus eine Bedingung, weil die Frauensperson das Heyrathsgut nicht eher fordern kann, als bis die Heyrath erfolgt ist. So oft aber der einem Vertrage hinzu gefügte modus mit einer Bedingung vermischt ist, muß der Vertrag nach den von den bedingten Verträgen geltenden Grundsätzen beurtheilet werden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0372
DFG

Um die rechtlichen Wirkungen bedingter Verträge gehörig bestimmen zu können, haben wir zuvörderst die verschiedenen Eintheilungen der Bedingung in der angegebenen allgemeinen Bedeutung zu betrachten 1). Sie ist

1) entweder eine **ausdrückliche** (conditio *expressa*), oder eine **stillschweigende** (conditio *tacita*), je nachdem sie entweder mit Worten deutlich ausgedrückt, oder aus der Natur des eingegangenen Geschäfts hergeleitet, imgleichen aus der vermuthlichen Intention der Interessenten gefolgert wird. Die Bedingung ist

2) entweder eine auf die **gegenwärtige** (conditio in *praesens*), oder auf die **vergangene** (conditio in *praeteritum*), oder auf die **zukünftige Zeit gesetzte** (conditio in *futurum conlata*), je nachdem sie sich entweder auf eine gegenwärtige Thatsache, die jetzt, da die Bedingung gemacht wird, existiren soll, oder auf eine vergangene, die sich bereits ereignet haben soll, oder auf eine zukünftige, die sich erst noch in der Folge zutragen soll, beziehet. In der *L.* 16. *D. de Iniust. rupt. irrit. fact. testam.* sagt Pomponius: Multum autem interest, *qualis conditio* posita fuerit: nam aut in PRAETERITVM concepta ponitur, aut in PRAESENS, aut in FVTVRVM. In praeteritum concepta ponitur, veluti: *si Titius consul* FVIT. Ad praesens tempus conditio adscripta est, veluti: *si Titius consul* EST. Dagegen sagt nun aber in der *L.* 10. §. 1. *in fin. D. de Condit. institut.* Ulpian: nulla est conditio, quae in PRAETERITVM confertur, vel quae in PRAESENS; veluti: *si rex Parthorum* VIVIT, *si nauis in portu* STAT, und in der *L.* 120. *in fin. D. de Verbor. oblig.* t. Papinian: Nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui *non* ad FVTVRVM, *sed* ad PRAESENS tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant. Pomponius erkennet die aufgezählten drey verschiedenen Gattungen der Bedingung nicht nur als richtig an, sondern erläutert sogar den Begrif der auf die vergangene und gegenwärtige Zeit gesetzten Condition mit treffenden Beyspielen. Ulpian hingegen verwirft die ganze Eintheilung ausdrücklich, indem er mit dürren Worten erkläret, eine Condition, die auf die vergangene oder

1) *cf. Balduinus Com. de conditionibus, (in Heineccii Iurisprud. rom. et att. Tom. I. p. 323. sqq. Rauensberg Opusc. de conditionibus conuentionum et vltimarum voluntatum,* (Ienae 1752.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0373
DFG

oder gegenwärtige Zeit gesetzt werde, sey gar nicht als eine Bedingung anzusehen m), und ihm pflichtet auch Papinian zum wenigsten in Ansehung der auf die zuletzt genannte Zeit gesetzten Bedingung evident bey. Wie soll man diese Stellen mit einander vereinigen? In der angegebenen allgemeinen Bedeutung lässet sich die Bedingung füglich auf die erwähnte Art eintheilen, nicht aber im eigentlichen Verstande, wo man darunter verstehet eine künftige ungewisse Begebenheit, von deren Daseyn das Daseyn eines Rechts abhängt. Die conditio in *futurum* conlata wird eine Bedingung im engeren Sinne des Worts genannt, und auf diese müssen die Aussprüche Ulpians und Papinians in der angezogenen *L.* 10. §. 1. *in fin. D. de Condit. institut.* und *L.* 120. *in fin. D. de Verbor. obligat.* bezogen werden. Die Bedingung ist

3) entweder eine **aufschiebende** (conditio *suspensiua*), oder eine **auflösende** (conditio *resolutiua*), je nachdem von ihr der Anfang, oder das Ende eines Rechts abhängt. Wenn nehmlich von der Bedingung die Frage abhängt, ob jemand das Recht bekommen soll, so heißt sie eine **Suspensivbedingung**; dependirt hingegen von der Condition die Frage, ob jemand das Recht behalten, oder wieder verlieren soll, so wird sie eine **Resolutivbedingung** genannt. Die Bedingung ist

4) entweder eine **bejahende** (conditio *adfirmatiua*), oder eine **verneinende** (conditio *negatiua*), je nachdem durch sie das Daseyn eines Rechts entweder vom Daseyn oder vom Nichtseyn einer Thatsache abhängig gemacht wird. Die Bedingung ist

5)

m) Durch die beyden Beyspiele: si rex Parthorum VIVIT, si nauis in portu STAT, wollte Ulpian aller Wahrscheinlichkeit nach beyde von ihm verworfene Gattungen der Bedingung anschaulich machen, allein sie passen beyde nur auf die conditionem in praesens conlatam. Sollte das erste Beyspiel: *si rex Parthorum viuit*, auf die conditionem in praeteritum conlatam sich beziehen, so müßte nothwendig für: VIVIT, stehen: VIXIT; dann wäre es eine auf die vergangene Zeit gesetzte Bedingung. Die Condition: wenn der König von Parthien noch lebt, ist eine conditio in praesens conlata; hingegen die: wenn er damals gelebt hat, ist eine conditio in praeteritum conlata. Einer Emendation stehet indessen die übereinstimmende Leseart aller Ausgaben im Wege.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0374
DFG

5) entweder eine **mögliche** (conditio *possibilis*), oder eine **unmögliche** (conditio *impossibilis*), je nachdem entweder das Wirklichwerden derselben ohne Widerspruch sich denken lässet, oder nicht. Conditionum, sagt Paulus n) merklich, *duo sunt genera*: aut enim possibilis est, aut impossibilis. *Possibilis* est, quae per rerum naturam admitti potest; *impossibilis*, quae non potest; quarum ex euentu altera exspectatur, altera impossibilis submouetur. Was

α) die unmögliche Bedingung anbetrifft, so ist diese entweder **physisch**, oder **moralisch** unmöglich, je nachdem die Erfüllung derselben entweder den Kräften der Natur zuwider ist, oder gewissen Grundsätzen, welche vermöge der Gesetze keiner Abänderung fähig sind o). Die moralisch unmögliche Bedingung wird in den Gesetzen auch eine **schändliche** Bedingung (conditio *turpis*) genannt p). Die physisch unmögliche Bedingung ist entweder schlechterdings und in allen Fällen unmöglich, oder nur unter gewissen Umständen. Im ersten Falle heißt sie conditio *absolute* impossibilis; im zweyten Falle aber conditio *de facto*, *per accidens*, *ex subpositione* impossibilis, imgleichen conditio *falsa*, insonderheit auch alsdann, wenn sie der eine und der andere Mensch erfüllen kann, viele hingegen es nicht können, conditio *difficilis*. So viel

β) die mögliche Bedingung angehet, so ist diese entweder eine **zufällige** (conditio *casualis*), oder eine **potestative** (conditio *potestatiua*), oder eine **vermischte** (conditio *mixta*), je nachdem die Wirklichwerdung derselben entweder bloß vom Zufalle, oder bloß von der Willkühr eines Menschen, oder theils vom Zufalle, theils von menschlicher Willkühr abhängt. Es wol-

n *Paulus Sententt. receptt. Lib. III. tit. IIII. B. §. 1. (in Schultingii Iurisprud. anteiust. p. 345. ed. nouiss.)*

§. 1. §. 2. und §. 11. *I. de Inutil. stipulat. L. 9. L. 14.* und *L. 15. D. de Condit. institut. L. 35. L. 61.* und *L. 137. §. 6. D. de Verbor. obligat.*

p) *L. 20. D. de Condit. et demonstrat. L. 29. §. 2. D. de Testam. milit.*

wollen zwar verschiedene Rechtslehrer den Unterschied zwischen einer potestativen und zufälligen Bedingung nicht passiren lassen, indem sie behaupten, man könne nur zwey Gattungen der möglichen Bedingung, nehmlich die casualem und mixtam annehmen, weil auch der Wille eines Menschen dem Zufalle unterworfen, folglich die Potestativbedingung ein Hirngespinnst sey q); allein mit mehrerem Grunde vertheidigen andere Rechtslehrer die erwähnte Eintheilung r). Justinian bestätiget sie ausdrücklich in der *L. vn.* §. 7. *C. de Caduc. toll.* wenn er sagt: Si autem aliquid *sub conditione* relinquatur, vel CASVALI, vel POTESTATIVA, vel MIXTA, quarum euentus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex vtroque pendeat. Schott s) macht dem Kayser Justinian dieser in der angezogenen Constitution vorkommenden Worte wegen bittere Vorwürfe. Er gehet von dem Grundsatze aus: *Equidem neminem esse censeo, nisi vel naturae humanae plane expertem, vel in summam dei potestatem prouidamque illius, qua omnia reguntur, caram valde iniurium, quin intelligat, nihil vmquam ab homine agi posse, quod ab omni casu fortuito, vel, vt adcuratius dicam, ab omni summi numinis arbitrio liberum sit*; nun folgert er: Quod si igitur nihil agitur ab homine, quod casu impediri nequeat, licet is, qui negotium suscepit, illud vel maxime studeat perficere; adparet profecto, nihil fieri, quod a sola voluntate humana pendeat, sed vel ea, quae quis constanti sibi proposuit animo, saepius fallere. Nach einigen sodann folgenden faden Bemerkungen über die *L.* 11. §. 1. *D. de Condit. et demonstrat.* worin Paulus die Potestativbedingungen conditiones promiscuas nennet, macht er den Beschluß mit der Erklärung, er glaube nun hinlänglich bewiesen zu haben, Iustinianum, dum

q) Ludouici *Vs. pract. distinctt. iuridd. Lib. XXXV. tit. I. dist.* 3. Schott *Obs. de conditionis potestatiuae figmento, (in Eiusdem opuscc. iuridd. num. VIIII. p.* 272. *sqq.*)

r) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I.* §. 188. *not. c. p.* 149. Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 492. *Einert Varr. iur. ciuil. capp. num. II.*

s) *Schott l. l.*

dum potestatiuam conditionem separatam a casuali et mixta speciem efficere docuit, et naturam actionum humanarum neglexisse, et a mente veterum Iurisconsultorum vehementer aberrasse, könne auch gar nicht einsehen, qui fieri potuerit, vt tot acuti iuris interpretes (von welchen er keinen einzigen genannt hat) ab illo sibi inponi passi fuerint. Eine elendere Leichenrede auf die Potestativbedingung, als diese ist, lässet sich kaum denken, und unmöglich kann ein so ganz absurdes Geschwätz die Asche des Kayſers Justinian auch nur im mindesten beunruhigen. Der Grundsatz, daß das menschliche Wollen beständig der göttlichen Direction oder, was doch wohl einerley ist, dem Zufalle, unterworfen sey, beweiset ganz und gar nichts wider die Potestativbedingung in der angegebenen Bedeutung. Freylich kann bisweilen die Wirklichwerdung einer Potestativbedingung durch Zufall vereitelt werden; allein wenn dies auch gleich geschiehet, so wird doch dadurch die Condition noch nicht in eine vermischte Bedingung umgeschaffen, weil diese ihrer Natur nach jederzeit mit äusserlichen zufälligen Umständen verbunden ist.

§. 338.

Die rechtlichen Wirkungen bedingter Verträge sind nach den aufgezählten verschiedenen Gattungen der Bedingung zu bestimmen.

Die einem Vertrage hinzu gefügte Bedingung ist entweder eine mögliche, oder eine unmögliche.

Ist einem Vertrage eine unmögliche Bedingung hinzu gefüget worden, so ist dieselbe entweder physisch oder moralisch unmöglich. Was

1) die physisch unmögliche Bedingung anbetrifft, so kann diese entweder eine bejahende oder eine verneinende seyn. Die physisch unmögliche affirmative Bedingung, welche in dem Falle vorhanden ist, wo ich jemandem etwas unter der Bedingung verspreche, wenn er etwas physisch unmögliches thun wird, macht den Vertrag in Absicht auf die aus demselben entstehende Hauptverbindlichkeit dergestalt nich-

nichtig, daß nicht einmal eine natürliche Obligation aus ihm entspringt. In der *L.* 31. *D. de Obligat. et act.* heißt es: Non solum stipulationes, inpossibili conditione adplicatae, *nullius momenti sunt*, sed ceteri quoque contractus, veluti emtiones, locationes, inpossibili conditione interposita, *aeque nullius momenti sunt; quia in ea re, quae ex duorum pluriumue consensu agitur, omnium voluntas spectetur*, quorum procul dubio in huiusmodi actu talis cogitatio est, vt nihil agi existiment, adposita ea conditione, quam sciant esse inpossibilem. Der in dieser Gesetzstelle angeführte Grund, weswegen der Vertrag durch eine solche Bedingung ungültig seyn soll, ist sehr vernünftig. Wenn der Promittent seinem Versprechen eine solche unmögliche Bedingung hinzu füget, so giebt er hinlänglich zu erkennen, daß es ihm kein wahrer Ernst sey, sich verbindlich zu machen; aber selbst auch der Promissar, welcher bey der Acceptation des Versprechens eine solche unmögliche Bedingung sich gefallen lässet, giebt ebenfalls deutlich zu erkennen, daß er nicht die Intention habe, ein Recht aus dem Vertrage zu erwerben. Die physisch unmögliche negative Bedingung, welche in dem Falle vorhanden ist, wo ich jemandem etwas unter der Bedingung verspreche, wenn er etwas physisch unmögliches unterlassen wird, macht den Vertrag so wenig ungültig, daß er vielmehr als ein unbedingter anzusehen ist. Inpossibilis conditio, verordnet die *L.* 7. *D. de Verbor. obligat.* ausdrücklich, quum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi: si in coelum NON adscenderit; nam vtilis et praesens est, et pecuniam creditam continet, womit auch dasjenige, was Justinian im §. 11. *I. de Inutil. stipulat.* sagt: Si inpossibilis conditio obligationibus adiiciatur, nihil valet stipulatio. Inpossibilis autem conditio habetur, cui natura inpedimento est, quo minus existat, veluti, si quis ita dixerit: si digito coelum adtigero, dare spondes? At si ita stipuletur: si digito coelum NON adtigero, dare spondes? PVRE FACTA OBLIGATIO INTELLIGITVR, ideoque statim peti potest, vollkommen überein stimmet. Anlangend

2)

2) die moraliſch unmögliche Bedingung; ſo kann auch dieſe entweder eine bejahende oder eine verneinende ſeyn. Die moraliſch unmögliche adfirmative Bedingung, welche in dem Falle vorhanden iſt, wo ich jemandem etwas unter der Bedingung verſpreche, wenn er eine unerlaubte Handlung unternehmen wird, zernichtet die aus dem Vertrage entſpringende Verbindlichkeit, und es kann auch durch die Erfüllung einer ſolchen Verbindlichkeit kein Recht erworben werden. In der *L.* 35. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* heißt es: Quod leges fieri prohibent, ſi perpetuam cauſſam ſeruaturum eſt, ceſſat obligatio: veluti, ſi ſororem ſuam nupturam, ſibi aliquis ſtipuletur. Quamquam etiam ſi non ſit perpetua cauſſa, vt recidit in ſorore adoptiua, idem dicendum ſit, quia ſtatim contra mores ſit. Die moraliſch unmögliche negative Bedingung, welche in dem Falle vorhanden iſt, wo ich jemandem etwas unter der Bedingung verſpreche, wenn er eine unerlaubte Handlung unterlaſſen wird, iſt dem Vertrage entweder als eine Suspenſivbedingung, oder als eine Reſolutivbedingung hinzu gefüget worden. Im erſten Falle, wo ich jemandem etwas lediglich zu dem Ende verſpreche, daß er eine gewiſſe unerlaubte Handlung nicht unternehmen ſoll, producirt der Vertrag keine Verbindlichkeit, wie Ulpian in der *L* 7. §. 3. *D. de Pact.* lehret, wenn er ſagt: Si ob maleficium, ne fiat, promiſſum ſit, nulla eſt obligatio ex hac conventione. Für die Unterlaſſung einer ohnehin ſchon verbotenen Handlung ſich etwas verſprechen zu laſſen, iſt ſchändlich, und es kann daher der Promiſſar die Erfüllung des Verſprechens nicht fordern, wenn er gleich die unerlaubte Handlung unterlaſſen hat. Im zweyten Falle, wo ich jemandem etwas dergeſtalt verſpreche, daß das Verſprechen ſeine Gültigkeit verlieren ſoll, wenn von dem Promiſſar der auf die Unterlaſſung einer unerlaubten Handlung gerichteten Bedingung zuwider gehandelt wird, entſtehet aus dem Vertrage allerdings eine Verbindlichkeit. Non inpoſſibile puto, ſagt Ulpian in der *L.* 50. *D. eod.* merklich, in contractibus depoſiti, commodati, et locati, et ceteris ſimilibus hoc pactum: ne facias furem ſeruum meum, hoc eſt, *ne ſollicites, vt fur fiat, vt fugitivus fiat, ne ita negligas ſeruum, vt fur efficiatur*: ſicut enim ſerui corrupti actio locum habet, ita poteſt etiam haec pactio locum habere, quae ad non corrumpendos ſeruos pertinet. Ulpian

hält

hält es nicht für unmöglich, dem Contracte, vermittelst dessen jemand seinen Sclaven deponirt, unentgeltlich leihet oder vermiethet, die Bedingung beyzufügen, der Depositar, der Commodatar oder der Beständer solle den Sclaven nicht zum Diebe machen, das heißt, er solle ihn nicht dazu reizen, daß er ein Dieb, ein Flüchtling werde, er solle ihn nicht vernachlässigen, daß er ein Dieb werde. Der Grund, weswegen der Jurist dies nicht für unmöglich hält, ist folgender. Gleichwie gegen denjenigen, welcher fremde Sclaven verführet hat, die actio serui corrupti zulässig ist, so kann auch der Eigenthümer eines Sclaven mit jemandem den Vertrag schließen, daß er den Sclaven nicht verführen soll t).

Ist einem Vertrage eine mögliche Bedingung hinzu gefüget worden, so ist dieselbe entweder eine auf die gegenwärtige, oder auf die vergangene oder auf die zukünftige Zeit gesetzte. In den ersteren beyden Fällen ist nach deutlicher Vorschrift der Gesetze der Vertrag entweder auf immer ungültig, oder sogleich gültig. So verordnet Justinian im §. 6. *I. de Verbor. obligat.* ausdrücklich: Conditiones, quae ad *praesens* vel *praeteritum* tempus referuntur, aut statim *infirmant obligationem*, aut omnino *non differunt*, veluti: si Titius consul fuit, vel: si Maeuius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint. Das nämliche lehret auch Modestinus in der *L.* 100. *D. eod.* wenn er sagt: Conditio in *praeteritum* non tantum in *praesens* tempus relata, statim aut *perimit obligationem*, aut omnino *non differt*. In dem letzten Falle ist die Bedingung entweder eine auflösende, oder eine aufschiebende. Was

1) die auflösende Bedingung anbetrifft, so hat man darauf zu sehen, ob sie noch schwebt, oder ob sie existirt, oder ob sie fehlet. So lange

t) *cf.* Brückmann *Diss. de eo, quod circa conditiones impossibiles actibus humanis adpositas iustum est*, (Erford. 1751.) Roßmann Abh. von der Wirkung der *conditionis impossibilis* bey Contracten und Testamenten, (in den Erlang. gelehrt. Anzeig. von 1752. *Num. XXXVII.*) Richter *Diss. de impossibili conditione contractum non vitiante*, (Lipsiae 1747.)

lange die Bedingung noch schwebt, ist der Vertrag als eine unbedingte Convention zu betrachten, weil er nach der Absicht der Paciscenten gleich gültig seyn soll. Ulpian bestätiget dies in der *L. 2. pr. D. de In diem addict.* wenn er sagt: Quoties fundus in diem addicitur, vtrum *pura* emtio est, sed sub conditione resoluitur: an vero *conditionalis* sit magis emtio, quaestionis est. Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, vt meliore adlata conditione discedatur, erit PVRA emtio, quae sub conditione resoluitur; sin autem hoc actum est, vt perficiatur emtio, nisi melior conditio adferatur, erit emtio CONDITIONALIS. Habe ich demnach jemandem vermöge eines unter einer solchen Bedingung eingegangenen Vertrags eine Sache übergeben, so erwirbt er das Eigenthum derselben, oder war ich selbst nicht Eigenthümer, so kann er doch eine Usucapion anfangen; er zieht auch pendente conditione die Nutzungen, und trägt die Gefahr, wenn die Sache durch Zufall zu Grunde geht. Vbi igitur, setzt Ulpian im §. 1. der angezogenen Gesetzstelle ausdrücklich hinzu, secundum quod distinximus, *pura* venditio est, Iulianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et vsucapere posse, et fructus, et adcessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit. So bald hingegen die Bedingung existirt, verliert der Vertrag seine Gültigkeit, weil er nach der Absicht der Paciscenten auf den Fall ungültig seyn soll, wo die beygefügte Bedingung zur Wirklichkeit kommt; jetzt ist es eben so gut, **als ob die Convention nie eingegangen worden wäre** (*conuentio retro nulla fit*). Es muß daher der Besitzer die Sache mit allen in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen herausgeben, wie Ulpian in der *L. 6. pr. D. eod.* deutlich lehret, indem er sagt: Item quod dictum est, *fructus interea captos emtorem priorem sequi*, toties verum est, quoties nullus emtor exsistit, qui meliorem conditionem adferat, vel falsus exsistit; sin vero exsistit emtor posterior, FRVCTVS REFVNDERE PRIOREM DEBERE CONSTAT, SED VENDITORI. Et ita Iulianus lib. XXXXVIII. Digestorum scripsit. Fehlet aber die Bedingung, oder trifft der Fall, auf welchen nach der Absicht der Paciscenten der Vertrag die Gültigkeit verlieren soll, nicht ein, so verbleibt die Convention in ihrer Gültigkeit; jetzt

ist

ist es eben so gut, als ob dem Vertrage nie eine Bedingung beygefüget worden wäre (*conuentio retro nulla non fit*). Daher bleiben außer der Sache selbst die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen dem Besitzer unwiderruflich eigen, wie Ulpian in den Anfangsworten der angeführten *L. 6. pr. D. de In diem addict.* ebenfalls deutlich lehret. Anlangend

2) die aufschiebende Bedingung, so hat man auch bey ihr wieder darauf zu sehen, ob sie noch schwebt, oder ob sie existirt, oder ob sie fehlet. So lange die Bedingung noch schwebt, stehet die Regel fest: dies neque cedit neque venit, das heißt, der Promissar hat kein gewisses zuverlässiges Recht auf das versprochene Object, sondern nur die Hoffnung, dasselbe erst in der Folge durch die Existenz der Bedingung zu erwerben. Im §. 4. *I. de Verbor. obligat.* wird verordnet: Ex conditionali stipulatione tantum *spes est, debitum iri*, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio existet, mors nobis contigerit. Zwar transmittirt der Promissar diese Hoffnung auf seine Erben dergestalt, daß diese das versprochene Object zu fordern befugt sind, wenn er, ehe noch die Bedingung erfüllet wird, stirbt, die Erfüllung aber nach seinem Tode erfolget; allein daß er selbst pendente conditione auf die Erfüllung des Vertrags nicht klagen könne, lehren Ulpian und Marcian, indem jener in der *L. 9. pr. D. de Reb. cred. si cert. pet. et de condict.* sagt: Si in diem sit vel sub conditionem obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere, und dieser in der *L. 13. §. 5. D. de Pignor. et hypoth. et qualit. ea contrah. et de pact. eor.* sich so verlauten lässet: Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, *quum nihil interim debeatur*. Habe ich demnach jemandem vermöge eines unter einer solchen Bedingung eingegangenen Vertrags eine Sache übergeben, so erwirbt er das Eigenthum derselben nicht; er kann auch pendente conditione so wenig eine Usucapion anfangen, als die Nutzungen ziehen. Vbi autem, sagt Ulpian in der *L. 4. pr. D. de In diem addict.* merklich, conditionalis venditio est, negat Pomponius vsucapere eum posse, nec fructus ad eum pertinere. Bey dem allen darf indessen kein Theil vom

Ver-

Vertrage einseitig abgehen vermöge der *L.* 5. *C. de Obligat. et act.* worin die Kayser Diocletian und Maximian folgendes verordnen: Sicut initio libera potestas vnicuique est habendi, vel non habendi contractus, ita renunciare semel constitutae obligationi, aduersario non consentiente, nemo potest. Quapropter intelligere debetis, voluntariae obligationi semel vos nexos, ab hac, non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere; auch darf der Promittent nichts unternehmen, wodurch dem Promissar seine Hoffnung aus dem Vertrage vereitelt wird, nach Vorschrift der *L.* 85. §. 7. *D. de Verbor. obligat.* worin Paulus sagt: Quicumque sub conditione obligatus curauerit, ne conditio existeret, nihilo minus obligetur. So bald hingegen die Bedingung existirt, trit die Regel ein: dies statim cedit et venit, das heißt, der Promissar hat ein gewisses zuverlässiges Recht auf das versprochene Object, und kann auch auf die Erfüllung des Vertrags klagen; jetzt wird die Bedingung, wie fern der Promissar zur frühzeitigern Erfüllung derselben nichts beytragen konnte, in Ansehung des aus dem Vertrage erworbenen Rechts auf die Zeit des abgeschlossenen Vertrags so zurück gerechnet, **als ob der Vertrag gleich anfänglich unbedingt wäre abgeschlossen worden** (*conditio existens retro trahitur ad tempus celebrati contractus*). In der *L.* 11. §. 1. *D. Qui pot. in pign.* sagt Cajus ausdrücklich: Quum semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Fehlet aber die Bedingung, so ist der Vertrag ungültig; jetzt ist es eben so gut, **als ob der Vertrag von dem ersten Augenblicke an, da er eingegangen wurde, ungültig gewesen wäre** (*conditio deficiens retro trahitur ad tempus celebrati contractus*). Ulpian sagt in der *L.* 37. *D. de Contrah. emt.* merklich: Si quis fundum iure hereditario sibi delatum ita vendidisset, erit tibi emtus tanti, quanti a testatore emtus est, mox inueniatur non emtus, sed donatus testatori, videtur quasi sine pretio facta venditio, ideoque similis erit sub conditione factae venditioni, *quae nulla est, si conditio defecerit.* Wenn die Bedingung deficirt, so ist nach Ulpians

Ausspruche der Kaufcontract null und nichtig; das Eigenthum bleibt demnach bey dem Verkäufer, so daß dieser die Sache von jedem Besitzer vermittelst der Eigenthumsklage fordern kann.

§. 339.

Häufig versprechen mehrere Personen zugleich einer Person etwas, und eben so oft verspricht auch eine Person mehreren Personen zugleich etwas. Wenn jenes ist, so wird aus dem Versprechen der Regel nach jeder nur für seinen Antheil verbunden; ist aber dieses, so kann von dem versprochenen Objecte der Regel nach jeder nur seinen Antheil fordern. So lehret Papinian in der *L.* 11. §. 1. 2. *D. de Duob. reis conſtit.* deutlich, wenn er sagt: Quum tabulis esset comprehensum, illum et illum centum aureos stipulatos, neque adiectum, ita vt duo rei stipulandi essent: VIRILEM PARTEM SINGVLI STIPVLATI VIDEBANTVR. Et e contrario quum ita cautum inueniretur, tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus: spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius: PARTES VIRILES DEBERI: quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita vt duo rei promittendi fierent. Daß in beyden Fällen die Regel nicht ohne Ausnahme sey, giebt Papinian in dieser Gesetzstelle hinlänglich zu erkennen. Bisweilen sind mehrere Personen etwas *in ſolidum* schuldig, das heißt, sie sind eine und eben dieselbe Sache schuldig, und zwar so, daß jeder zwar für das Ganze haften muß, die übrigen aber frey sind, wenn einer das Ganze prästiret hat; bisweilen haben auch mehrere Personen eine Sache *in ſolidum*, das heißt, dergestalt zu fordern, daß jeder zwar das Ganze verlangen kann, die übrigen aber nichts mehr prätendiren können, wenn es einer gefordert und erhalten hat. Diejenigen, welche etwas in solidum schuldig sind, heißen *rei debendi* oder *correi debendi*; hingegen diejenigen, welche etwas in solidum zu fordern haben, werden *rei credendi* oder *correi credendi* genannt v). Eine Correalverbindlichkeit (*obligatio correalis*

v) *L.* 1. *D. de Duob. reis conſtit.* Qui stipulatur, REVS STIPVLANDI dicitur: qui promittit REVS PROMITTENDI habetur. Gewöhnlich bezeichnet zwar *reus* nur einen solchen, der etwas schuldig ist, und es scheinet daher seltsam zu seyn, daß man hier solche Personen, welche etwas zu fordern haben, correos nennt: allein bey den Classikern heißt *reus* auch überhaupt der Interessent bey einer Verbindlichkeit, er mag nun Schuldner oder Gläubiger seyn. *Cicero de Orat. lib. II. cap. XXXXIII.* Der Ausdruck *correus credendi* ist also nicht unschicklich. *cf. Vicat Vocabular. iur. Tom. III. ſ. v.* reus, *p.* 315. *ſq.*

lis) also ist eine solche, welche mehrere Personen, entweder als Schuldner oder als Gläubiger, dergestalt betrifft, daß sie einer jeden von den mehreren Personen ganz zustehet. Sind mehrere Personen etwas in solidum schuldig, so ist die Correalverbindlichkeit eine obligatio correalis *passiua*; haben aber mehrere Personen etwas in solidum zu fordern, so ist sie eine obligatio correalis *actiua*.

Von den Erfordernissen, den Quellen und den Wirkungen der Correalobligation an dem gegenwärtigen Orte zu handeln, würde zweckwidrig seyn, da diese Materie für den Titel der Pandecten: *de Duobus reis constituendis*, gehöret, und in diesem auch nach Anleitung unsers Verfassers unten erörtert werden muß.

§. 340. 341. 342.

Es giebt verschiedene Mittel, die Verbindlichkeit aus einem Vertrage zu verstärken. Dahin gehöret

1) die Conventionalstrafe (*poena conuentionalis*), worunter man eine Prästation verstehet, zu welcher ein Paciscent dem andern auf den Fall sich verpflichtet, wo er den eingegangenen Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht gehörig erfüllen würde x). Gewöhnlich bestehet die Conventionalstrafe in einer bestimmten Geldsumme; sie kann aber auch jede andere Prästation, welche in der Gewalt der Paciscenten ist, zum Gegenstande haben. Was die Größe derselben anbetrifft, so behaupten zwar verschiedene Rechtslehrer, daß sie diejenigen Gränzen, welche Justinian in der *L. vn. C. de Sentent. quae pro eo, quod interest, profer.* bey der Forderung des Interesse vorgezeichnet hat, nicht überschreiten dürfe y); allein dagegen behaupten andere,

x) *Lauterbach* Diſp. *de poena conuentionali*, (Tubingae 1666.) Ist die Conventionalstrafe auf den Fall verabredet worden, wo einer von den Paciscenten pönitiren würde, so wird sie insonderheit Reugeld, imgleichen Wandelpön genannt; ist sie dem Kaufcontracte beygefüget worden, so heißt sie Reukauf. *cf. Bach* Diſſ. *de multa poenitentiali in emtione venditione*, (*in Eiusdem opuscc. ad histor. et iurisprud. spectantt. num. X. p.* 386. *sqq.*)

y) *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XVI. cap. XXXIIII. p.* 568. *sq. Vallius Lib. sing. ad L. vn. C. de Sentent. quae pro eo, quod interest, profer.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 434. *sq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0385
DFG

daß bey ihr die Vorschrift dieser Gesetzstelle gar nicht zur Norm angenommen werden könne z). Die Meinung der letzteren verdienet ohnstreitig den Vorzug, da die Gesetze nicht nur verordnen, es sey nicht nöthig, daß der Betrag der Conventionalstrafe mit dem Gegenstande des Vertrags, zu dessen Verstärkung sie fest gesetzt wird, im Verhältnisse stehe a), sondern sogar das Duplum, Triplum und Quadruplum zu stipuliren erlauben b). Muß der Promittent eine so hohe Conventionalstrafe erlegen, so hat er dieses Uebel lediglich sich selbst zuzuschreiben, weil er es sich selbst freywillig zugezogen hat. Die Strafe kann übrigens ihrem Begriffe nach entweder auf die gänzliche Nichterfüllung des Vertrags gesetzt werden, oder nur auf die Zögerung in der Erfüllung desselben. Wenn dieses ist, und die Erfüllung des Versprechens nicht zur gehörigen Zeit erfolget, so stehet es dem Promissar frey, nicht nur die Strafe zu fordern, sondern auch außerdem noch auf die Erfüllung des Vertrags selbst zu klagen, weil der Verzug an und für sich die Verbindlichkeit, das Versprechen zu erfüllen, unmöglich aufheben kann c). Ist hingegen jenes, so kann die Strafe auf dreyerley Art fest gesetzet werden, nehmlich α) so, daß der Promissar die Wahl hat, ob er die Erfüllung des Vertrags, oder die Strafe fordern will; β) dergestalt, daß er in dem Falle, wo das Object des Vertrags nicht geleistet wird, allein auf die Strafe soll klagen können, und endlich γ) so, daß er beydes, die Erfüllung des Vertrags sowohl als die Strafe zu verlangen befugt seyn soll (vt, rato manente pacto, poena debeatur). Auf beydes zugleich, die Erfüllung des Vertrags und die Erlegung der Strafe, kann ganz ohnstreitig nicht geklaget werden, wenn solches nicht ausdrücklich ist verabredet worden d); dagegen wird aber über die Frage: ob bey dem Mangel einer näheren Bestimmung in dem Falle, wo der Schuldner

z) *Bach l. l. §. 3. p. 389. Voet Com. ad Pandect. Tom. VI. Lib. XXXXV. tit. I. §. 12. p. m. 300. a Wernher Observat. forr. Tom. I. Part. IIII. Obs. LXV.*

a) *L. 32. pr. D. de Recept. et qui arbitr. recep. vt sentent. dic. L. 38. §. 17. D. de Verbor. obligat.*

b) *L. 56. pr. D. de Euict. et duplae stipulat.*

c) *L. 71. pr. D. Pro soc. L. 12. C. de Contrab. et committ. stipulat.*

d) *L. 115. §. 2. D. de Verbor. obligat.*

ner seine Verbindlichkeit nicht erfüllet, der Gläubiger auf die Conventionalstrafe klagen müsse, und die Erfüllung des Vertrags nicht fordern könne, oder ob es von seinem Gutdünken abhänge, was er verlangen wolle, Conventionalstrafe oder Erfüllung des Vertrags? unter den Rechtslehrern ausnehmend gestritten e). Schon Alciatus f) bezeuget, daß man dreyzehn verschiedene Meinungen über diese Frage habe, bey welcher die Hauptschwierigkeit in der *l.* 44. §. *vlt. D. de Obligat. et act.* liegt, worin Paulus sagt: Sed si nauem fieri stipulatus sum, et, si non feceris, centum: videndum, vtrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et exsistens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, et quasi nouatio prioris fiat? quod magis verum est. Ohne uns hier auf eine Untersuchung der verschiedenen Meinungen über die aufgeworfene Frage, oder auf eine Prüfung der verschiedenen Conjecturen über die angezogene Gesetzstelle einzulassen, bemerken wir nur, wie man nach ächten theoretischen Gründen der Meinung derjenigen Rechtslehrer beypflichten muß, welche behaupten, daß der Promissar, wenn nicht etwas anderes ausgemacht ist, klagen könne, worauf er will, und daß also die Festsetzung einer Conventionalstrafe nur in dem Falle eine Novation begründe, wo bedungen wird, daß der Schuldner durch Erlegung der Strafe von der Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vertrags sich solle befreyen können g). Will inzwischen der Promissar auf die Erfüllung des Vertrags klagen, so verstehet es sich von selbst, daß dem Promittenten die Erfüllung seines Versprechens noch möglich seyn müsse; denn wenn diese immöglich ist, so hört in Gemäßheit des Grundsatzes: ad impossibile non datur obligatio, die Hauptverbindlichkeit

e) Dies will die famöse Streitfrage: an stipulatione poenali nouetur obligatio? sagen.

f) *Alciatus ad L.* 115. §. 2. *D. de Verbor. obligat.* (*in Eiusdem opp. Tom. II.* p. 803.)

g) *Hunnius Resolutt. Lib. III. tract. IIII. quaest.* 9. *Lauterbach l. l. cap. VIIII. Hellfeld Diss. de effectu poenae conuentionalis sponsalibus adiectae.* §. 26. (*in Eiusdem opusc.* p. 388.) *Pulmaeus Tr. an poenali stipulatione principalis nouetur obligatio, in Eiusdem opusc. num. V.*) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. III.* §. 1858. p. 111.

keit auf h). — Zu den Mitteln, die Verbindlichkeit aus einem Vertrage zu verstärken, gehöret

2) Der Versprechungseid (*iusiurandum promissorium*), welcher zur mehreren Versicherung eines gethanen Versprechens geleistet wird i). Bey der Frage: was für rechtliche Wirkungen producirt der einem Vertrage hinzu gefügte Eid? hat man verschiedene Fälle von einander zu unterscheiden k). Der Eid ist entweder einem an sich gültigen und bürgerlich klagbaren Versprechen hinzu gefüget worden, oder einem solchen Vertrage, welcher nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig ist, oder doch wenigstens den völligen gerichtlichen Effect nicht hat. Im ersteren Falle kann zwar der Eid so wenig eine neue Verbindlichkeit hervor bringen, als die Natur der Hauptverbindlichkeit ändern, inzwischen verstärket er doch die letztere, wie fern er dem Schwörenden die Erfüllung derselben angelegener macht; erfüllet der Schwörende den Vertrag nicht, so macht er sich einer doppelten Ungerechtigkeit gegen den Promissar schuldig, indem er einmal sein Versprechen nicht erfüllet, und hiernächst dem Promissar ein gerechtes Sicherheitsmittel vereitelt. Hingegen im letzteren Falle muß man wieder distinguiren. Der Vertrag ist entweder darum ungültig, weil es an der freyen Einwilligung desjenigen Interessenten, welcher die eidliche Zusage geleistet hat, fehlet, oder darum, weil die Civilgesetze aus besonderen Gründen den gerichtlichen Effect entweder gänzlich oder doch zum Theile demselben entzogen haben. Im ersten Falle, wo das Versprechen z. B. durch Betrug erschlichen, oder durch unrechtmäßigen Zwang extorquiret worden ist, kann demselben der hinzu getretene Eid unmöglich eine Gül-

h) L. 69. D. *de Verbor. obligat.*

i) Vom Eide überhaupt werden wir unten im Titel *de Iureiur. siue voluntar. siue necessar. siue iudic.* handeln, daher wir hier den vom Verfasser angegebenen Begrif sowohl als die bemerklich gemachte Eintheilung desselben in iusiurandum *adsertorium* und *promissorium* mit Stillschweigen übergehen.

k) *cf. Malblanc Doctr. de iureiur. e genuinis legg. et antiquit. fontt. inlustr. Lib. III. cap. VII. §. 79. sqq. p. 313. sqq.* Weber systemat. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung, Abschn. X. §. 118. ff. S. 559. ff. *Burchard Diss. de effectu iurisiurandi promissorii praecipue renunciationibus beneficiorum adiecti*, (Rostoch. 1789.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0388
DFG

Gültigkeit verschaffen, und zwar nach deutlicher Vorschrift des *Cap.* 28. *X. de Iureiur.* und *Cap.* 2. *de Pact. in 6to.* worin verordnet wird, daß nur diejenigen Eide, welche sine vi et dolo sponte geleistet sind, verbindlich seyn sollen. Im zweyten Falle aber gehöret der nach den Civilgesetzen unwirksame Vertrag entweder zu den absolut verbotenen Geschäften, oder nur zu solchen Geschäften, welche lediglich zum Besten des Interessenten für unwirksam erkläret worden sind. Conventionen der ersteren Art, wohin z. B. der commissorische Vertrag bey Verpfändungen gehöret, erhalten zwar nach dem einstimmigen Urtheile der Rechtslehrer durch den hinzu getretenen Eid keine Gültigkeit; was aber der Eid bey Conventionen der letzteren Art für Wirkungen äußere, darüber wird unter den Rechtsgelehrten ausnehmend gestritten. Böhmer l), von Wernher m), Schnaubert n), Eybel o), von Pufendorf p) und Struben q) behäupten mit mehreren anderen älteren Rechtslehrern, der Eid habe bey solchen Verträgen die Wirkung, daß derjenige, welcher ihn geleistet hat, sein Versprechen schlechterdings erfüllen müsse, und die Gültigkeit desselben nicht anfechten könne; Schorcht r), Malblanc s), Weber t), Burchard v) und mehrere andere neuere Rechts-

l) *Boehmer Iur. eccles. protest.* Tom. I. *Lib.* II. *tit.* XXIIII. §. 29. *p.* 1289. *sq. ed nouiss.*

m) *a Wernher Obseruatt. forr.* Tom. I. *Part.* IIII. *Obs.* CLI. *num.* 181. *sqq.*

n) Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Catholiken in Deutschland, §. 536.

o) *Eybel Introd. in ius eccles. catholicor.* Tom. IIII. §. 394. *not. e.*

p) *a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu.* Tom. I. *Obs.* XXXXIII. §. 1. *p.* 106. *ed. nouiss.*

q) Struben rechtl. Bedenken, Th. I. Bed. XXIIII. S. 62. ff.

r) Schorcht Abh. von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen, (Jena 1786.)

s) *Malblanc l. l.* §. 84. *p.* 338. *sqq.* und *Lib. V. cap. I.* §. 116. *sqq. p.* 499. *sqq.*

t) Weber a. a. O. §. 123. S. 581. ff.

v) *Burchard l. l.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0389
DFG

Rechtslehrer hingegen nehmen an, der Eid habe bey dergleichen Verträgen gar keine Wirkung. Noch anderer Meinung endlich sind Zoesius x), Franzkius y) und Lyncker z) nebst mehreren anderen Rechtsgelehrten, indem sie bey Geschäften, die sonst nicht zu Recht bestehen, dem Eide nur den Effect beylegen wollen, daß dem Schwörenden zwar nicht zu gestatten sey, die Aufhebung des Geschäfts mittelst einer Klage zu verlangen, daß aber, wenn der Handel noch nicht erfüllet seyn sollte, der Schwörende bloß des Eides wegen nicht belanget werden könne, um dasjenige zu erfüllen, wozu ihn die Civilgesetze sonst nicht gezwungen wissen wollen. Der ganze Streit rührt lediglich von der Verschiedenheit der Vorschriften des römischen und päbstlichen Rechts her. Nach dem römischen Rechte ist es nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, daß Versprechungseide denjenigen Geschäften, welche die Civilgesetze für ungültig erklären, keinen gerichtlichen Effect beylegen können. In der *L.* 7. §. 16. *D. de Pact.* heißt es: Et generaliter, quoties pactum a iure communi remotum est, seruari hoc non oportet: nec legari, NEC IVSIVRANDVM DE HOC ADACTVM, ne quis agat, SERVANDVM, Marcellus libro secundo Digestorum scribit a). Mit dieser Vor-

x) *Zoesius Com. ad Pandect. tit. de Iureiur. siue voluntar. siue necessar. siue iudic. num.* 86.

y) *Franzkius Resolutt. Lib. II. resolut. VI. num.* 24. *sqq.*

z) *Lyncker Analectt. ad tit. Dig. de Iureiur. siue voluntar. siue necessar. siue iudic. thes.* 21.

a) Ich darf indessen nicht unbemerkt lassen, daß die Richtigkeit der Lesart dieser Gesetzstelle von einigen Auslegern bezweifelt wird. *Faber Rationall. in Pandect. ad* L. 7. §. 16. D. *de Pact.* glaubt, die Worte: ne quis agat, enthielten ein Glossem, wenigstens müsse man: ne quis DE DOLO agat, lesen. Daß die Stelle interpolirt sey, wird daher wahrscheinlich, weil nach Haloanders Bemerkung die erwähnten Worte in verschiedenen Manuscripten fehlen. *Huber Eunom. rom. p.* 110. behauptet, es liege in diesen Worten eine Ellipse, nehmlich: quod secundum ius commune agendum est. *Cuiacius l. l.* Lib. *I. cap. XXIIII. p.* 17. vertheidiget die Florentinische Lesart, und behauptet, es sey hier von solchen Handlungen die Rede, welche den Gesetzen dergestalt zuwider sind, daß keine Privatdisposition dagegen statt finden kann. *Faber l. l.* will auch außerdem für: nec legari, lesen: *nec ligare*, und *Muretus Obseruatt. iur. cap. X. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p.* 139.) will *nec adlegari* substituiren. Allen diesen Emendationen stehet das An-

Vorschrift des römischen Rechts contrastirt nun aber der Grundsatz des päbstlichen Rechts: omne iusiurandum, quod salua salute aeterna seruari potest, seruandum est, sehr auffallend b). Die erste Spur dieses Grundsatzes wird in den Verordnungen Alexanders des Dritten angetroffen c), und auf Veranlassung des nämlichen Princips ist die bekannte vom Kayser Friedrich dem Ersten gegebene Constitution unter dem Namen der *Auth.* Sacramenta puber. *C. Si aduerſ. vendit.* dem römischen Gesetzbuche inseriret worden, worin mit den Worten: Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inuiolabiliter custodiantur, deutlich genug verordnet wird, daß Minderjährige, welche zur Festhaltung ihr Vermögen betref-

Ansehen der Basiliken *Tom. I. p.* 723. *A.* entgegen, welche in den Worten: Παρὰ τὰ κοινὰ νομιμα συμφωνεῖν ἐκ ἐξεστιν, οὐδὲ λεγατεύειν, καὶ ἐάν τις ὁμόσῃ ἐπὶ τοῖς τοιέτοις μὴ ἐνάγειν, οὐκ ἔρρωται, die Florentinische Lesart evident bestätigen, womit auch dasjenige, was *Theophilus Paraphraſ. Inſtitut. Lib. II. tit. XX. §.* 4. sagt: Εἰ δέ τις τελευτῶν τοιέτόν μοι λῃγατευσει πρᾶγμα, ἐφ ᾧ κομμερτζιον οὐκ ἔχω, τετέσι δίκαιον τὸ κτᾶσθαι αὐτό, οὐ μονον οὐκ ἐποφλήσομαι αὐτο τὸ καταλειφθὲν, ἀλλ' οὐδὲ τὴν τέτε διατίμησιν ἀπαιτεῖν δυνήσομαι· τὶ γὰρ ὅτι ἐληγάτευσέ τις ἐμοὶ τὸν κάμπον τὸν Μάρτιον, (τόπος δέ ἐστι δημόσιος πλησιον τῆς Ῥώμης) ἢ τὴν βασιλικὴν, ἢ τὸν ναὸν, ἢ τὰ δημοσίως χρείως ἀφιερωθεντα, οἷον θέατρον, κυνήγιον, ἱππικὸν; πάντα γὰρ τὰ τοιετο τροπα λῃγάτα ἀνίσχυρὰ ἐστιν, übereinstimmet. *cf.* Koehler *Interpretatt. et emendatt. iur. rom. Lib. VI. cap. IIII. p.* 21. *ſq.* und *Walch Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. IIII. §.* 142. *p.* 250. *ſqq.*

b) Ludouici *Diſſ. de genuino intellectu brocardici vulgaris, omne iuramentum ſeruandum eſſe, quod ſalua ſalute aeterna ſeruari poteſt* (Halae 1705.)

c) *Cap.* 6. *X. de Iureiur.* Debitores autem ad soluendas vsuras, in quibus se obligauerant, cogi non debent, nisi eas iuramento soluere teneantur. Si vero de ipsarum solutione iurauerint, cogendi sunt domino reddere iuramentum, vt creditoribus soluantur. Et quum vsurae solutae fuerint, creditores ad eas restituendas sunt ecclesiastica seueritate, si necesse fuerit, compellendi. *Cap.* 8. *X. eod.* Si vero aliquis quemquam grauissimo metu sub religione iuramenti suum ius refutare coegerit, ipsumque sibi retinuerit, quia nos consulere voluisti, an alter eorum, vel neuter id habere debeat: hoc tibi duximus respondendum, quod non est tutum, quemlibet contra iuramentum suum venire, nisi tale sit, quod seruatum vergat in interitum salutis aeternae. Nec nos alicui ex responsione nostra dare materiam volumus veniendi contra iuramentum proprium, ne auctores periurii videamur.

treffender Verträge durch eidliche Zusage sich verbindlich gemacht haben, mit der Einrede, der Vertrag sey an sich betrachtet ungültig gewesen, nicht gehöret werden sollen, und daß ihnen deshalb das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu statten kommen soll. Späterhin verordnete auch Innocentius der Dritte in Gemäßheit des erwähnten Princips, daß die an und für sich ungültige Alienation eines Dotalgrundstücks aufrecht zu erhalten sey, wenn die Ehefrau dazu ihren Consens vermittelst einer eidlichen Zusage gegeben hätte d), und Bonifacius der Achte erklärte die nach dem römischen Rechte sonst unverbindliche Entsagung einer künftigen Erbschaft für gültig, wenn sie durch einen Eid bekräftiget wäre e). Bey diesem offenbaren Widerspruche der Vorschriften des römischen und päbstlichen Rechts hängt begreiflich die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage bloß davon ab, welchem von beyden Rechten hier der Vorzug zugestanden werden müsse. Billig sollte man sich zwar heutiges Tages zum wenigsten in den protestantischen Gerichten durch den Grundsatz des canonischen Rechts: omne iusiurandum, quod salua salute aeterna seruari potest, seruandum est, um so weniger verleiten lassen, dem Eide die Wirkung beyzulegen, daß ein sonst ungültiger Vertrag durch ihn verbindlich werde, je mehr durch jenen ohnehin nicht einmal ganz allgemeinen f) Grund-

d) *Cap.* 28. X. *de Iureiur.* Quum contingat interdum in tua dioeceſi, quod conſtante matrimonio mulieres alienationibus ſuper rebus dotalibus et donationibus propter nuptias conſentiant, ne vlterius contraueniant proprio ſacramento firmando, ac ſoluto proceſſu temporis matrimonio contrauenire nitantur, vtrum hoc eis liceat, a nobis tua frat. requiſiuit. Nos autem f. t. t. r, quod, etſi mulierum conſenſus in talibus non videatur obligatorius ſecundum legitimas ſanctiones, ne tali tamen praetextu viam contingat periuriis aperiri, mulieres ipſae ſeruare debent huiuſmodi iuramenta, ſi ſine vi et dolo, ſponte ac prouide praeſtita ſint: quum in alterius praeiudicium non redundent, nec obſeruata vergant in diſpendium ſalutis aeternae.

e) *Cap.* 2. *de Pact. in 6to.* Quamuis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, vt dote contenta nullum ad bona paterna regreſſum haberet, improbet lex ciuilis; ſi tamen iuramento non vi, nec dolo praeſtito, firmatum fuerit ab eadem, omnino ſeruari debebit quum non vergat in aeternae ſalutis diſpendium, nec redundet in alterius detrimentum.

f) Außer dem angezogenen *Cap.* 6. *Cap.* 8. *Cap.* 28. X. *de Iureiur.* und *Cap.* 2. *de Pact. in 6to.* finden sich in dem canonischen Rechte keine Stellen, aus welchen sich der

Grundsatz die wohlthätige Absicht, welche bey den gewisse Verträge und Rechtsgeschäfte zum Besten eines Interessenten für unverbindlich erklärenden Civilgesetzen zum Grunde liegt, vereitelt werden kann; allein demohngeachtet bestätiget nach dem Zeugnisse der bewährtesten Rechtslehrer der gemeine Gerichtsgebrauch unter der trieglichen Voraussetzung, daß das canonische Recht in der Lehre vom Eide dem römischen durchgängig vorgehe g), die Anwendung desselben auf bürgerlich ungültige Verträge dergestalt, daß diese in den Gerichten, für rechtsbeständig allerdings geachtet werden, wenn sie durch einen Eid gesichert worden sind h). — Zu den Mitteln, die Verbindlichkeit aus einem Vertrage zu verstärken, gehöret nach der Bemerkung unsers Verfassers ferner

3) die **Bürgschaft** (*fideiussio*). Von dieser wird unten im Titel *de Fideiussor. et mandator.* gehandelt. Noch einige andere Bestärkungsmittel, die Hellfeld ganz mit Stillschweigen übergehet, wohin z. B. die **Pfandgebung**, die **Hypothekverschreibung** imgleichen die **Verpflichtung nach Wechselrecht** gehöret, werden wir ebenfalls an den gehörigen Orten kennen lernen.

der Grundsatz: omne iusiurandum, quod salua salute aeterna seruari potest, seruandum est, herleiten ließe. Diese Gesetzstellen enthalten aber, wie Weber a. a. O. §. 123. S. 583. f. richtig bemerket, eigentlich keine ganz allgemeine Verordnung, die man als eine ausdrückliche Vorschrift für alle Fälle zu betrachten hätte, da sie nur in gewissen einzelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beylegen, welche er sonst nach den Grundsätzen des Vernunftrechts und der Civilgesetze nicht haben würde.

g) Daß der Satz, das canonische Recht gehe in der Lehre vom Eide dem römischen beständig vor, unter diejenigen gehöre, welche sich zuletzt in bloße Vorurtheile verlieren, hat *Malblanc l. l. Lib. V. cap. I. §. 116. p. 499.* so bündig dargethan, daß man es sicher als erwiesen annehmen darf. *cf.* von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Num. XXIIII. S. 370. ff. und Num. LIII. S. 816. ff.

h) Man vergleiche noch *Rotermundt* Diss. *de iureiurando actibus inualidis adiecto*, (Erford. 1737.) *Herd* Diss. *de vi et efficacia iuramenti contractibus inualidis adiecti*, (Mogunt. 1762.) *Kayser* Diss. *de efficacia iurisiurandi in actibus inualidis et inlicitis*, (Giessae 1736.) und *Monzibeller* Diss. *de effectibus iuramenti pactis inualidis adiecti*, (Vindob. 1784.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0393
DFG

§. 343.

Gleichwie durch Verträge nur die Paciscenten und deren Erben verbunden werden, so ist auch das daraus entstehende Recht in der Regel kein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht, welches lediglich gegen den Promittenten und dessen Erben geltend gemacht werden kann. In der *L. 3. pr. D. de Obligat. et act.* sagt Paulus: Obligationum substantia non in eo consistit, vt aliquod corpus nostrum, aut seruitutem nostram faciat, sed vt alium nobis adstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Durch einen bloßen Vertrag wird nach dieser Gesetzstelle so wenig das Eigenthum als irgend ein anderes dingliches Recht in der Regel erworben i); dazu wird vielmehr, wie die Kayser Diocletian und Maximian in der *L. 20. C. de Pact.* mit den Worten: Traditionibus et vsucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, ausdrücklich erklären, eine Tradition oder Usucapion erfordert k). Daß indessen die Regel nicht ohne Ausnahmen sey, zeiget besonders Schröter l) sehr gründlich. Vorzüglich gehöret dahin im Allgemeinen, wenn der Vertrag ausdrücklich in der Absicht eingegangen wird, daß ein Paciscent durch denselben ein dingliches Recht erwerben soll, auch das Geschäft so geeigenschaftet ist, daß vermöge seiner Natur eine Tradition nicht füglich geschehen kann, wie solches bey der Hypothekverschreibung, imgleichen bey der Bestellung einer negativen Servitut der Fall ist.

Ohngeachtet das aus einem Vertrage erworbene Recht in der Regel auf die Erben übergehet, so kann man dennoch nach den römischen Gesetzen nur für sich, und nicht für einen Dritten paciscren. Quaecumque gerimus sagt Paulus in der *L. 11. D. eod* merklich, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem

i) *cf. a. Costa Praelect. ad illustriorr. quosd. tit. locaq. selectt. iur. ciuil.* (Lugd. Bat. 1773.) *p. 90. sq.*

k) Der Ausdruck nuda pacta bezeichnet in dieser Gesetzstelle evident solche Verträge, zu welchen die Uebergabe noch nicht gekommen ist. *Brunnemann Com. in Cod. ad L. 20. de Pact. p. m. 113.* Daß die Gesetzgeber hier nicht der übrigen Erwerbungsmittel eines dinglichen Rechts, wohin auch die hereditatis aditio, imgleichen die legati adgnitio gehöret, gedenken, kann unmöglich befremden, da nicht die Erwerbung des Eigenthums überhaupt der Gegenstand ihrer Verordnung war.

l) *Schroeter Diss. de pactis rem adficientibus,* (Ienae 1729.)

anem actum noſtrum efficiunt: et ideo neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, vt alter ſuo nomine recte agat, poſſumus, womit auch dasjenige vollkommen überein ſtimmet, was Ulpian in der *L.* 38. §. 17. *D. de Verbor. obligat.*, lehret: Alteri ſtipuleri nemo poteſt, praeterquam ſi ſeruus domino, filius patri ſtipuletur. Inuentae ſunt enim huiuſmodi obligationes ad hoc, vt vnuſquiſque ſibi adquirat, quod ſua intereſt: ceterum, vt alii detur, nihil intereſt mea. Wenn inſonderheit Ulpian die Regel; ALTERI STIPVLARI NEMO POTEST, mit dem Grunde unterſtützt, **Verträge ſeyen unter den Menſchen zu dem Ende eingeführet, damit jeder nicht den Vortheil eines andern, ſondern ſein eigenes Beſte befördern möge**, ſo iſt dies freylich ein wenig überzeugendes Raiſonnement; allein gleichwohl bleibt es immer in Gemäßheit der angezogenen Texte eine ungezweifelte Regel, **daß ein Dritter kein Recht aus einem Vertrage erwerben kann, wenn auch gleich der Vertrag zum Nutzen deſſelben gereichen ſollte.** Ausnahmen von der Regel finden ſtatt m):

1) wenn ſich der Hausſohn etwas für ſeinen Vater, der Sclave etwas für ſeinen Herrn verſprechen läſſet. Beyde Fälle nimt Ulpian ſogleich in der angeführten *L.* 38. §. 17. *D. de Verbor. obligat.* mit den Worten: PRAETERQVAM SI SERVVS DOMINO, FILIVS PATRI STIPVLETVR, von der Regel aus; er wiederholet aber auch beyde Ausnahmen noch nachher beſonders in der *L.* 45. *pr.* und *L.* 62. *D. eod.* indem er in jener Stelle überhaupt ſagt: Quodcumque ſtipulatur is, qui in alterius poteſtate eſt, pro eo habetur, ac ſi ipſe eſſet ſtipulatus, und in dieſer von dem angenommenen Verſprechen eines Sclaven mit den Worten: Seruus vetante domino ſi pecuniam ab alio ſtipulatus ſit, nihilo minus obligat domino promiſſorem, erkläret, daß ſolches, in Abſicht auf die daraus entſpringende Verbindlichkeit des Promittenten gegen den Herrn, ſelbſt alsdann gültig ſey, wenn der Herr dem Sclaven die Eingehung des Vertrags verboten haben ſollte.

2) Wenn ich mir für meinen Erben etwas verſprechen laſſe. In den älteren Zeiten galt zwar der Grundſatz: ab heredibus et in he-

re-

m) *cf. Boehmer Diſſ. de iure ex pacto tertii quaeſito, (in Eiuſdem exercitt. ad Pandect. Tom. II. p. 256. ſqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0395
DFG

redes non potest incipere obligatio; allein dieser wurde späterhin vom Kayser Justinian in der *L. vn. C. Vt. act. et ab hered. et contra hered. incip.* abgeändert.

3) Wenn ich ex officii ratione im Namen eines anderen Verträge schließe. Daher kann der Tutor im Namen des Pupillen, der Curator im Namen des Curanden n), der Syndicus im Namen der Stadtgemeinheit o) Conventionen errichten.

4) Wenn ich als Factor (institor) im Namen meines Handlungspatrons Verträge schließe p). Gewissermaßen ist dies auch nachher auf alle Bevollmächtigte ausgedehnet worden q).

5) Wenn ich für einen Dritten mir ein Versprechen thun lasse, und selbst dabey interessirt bin, daß dem Dritten das Versprochene geleistet werde. In der *L.* 38. §. 20. *D. de Verbor. obligat.* heißt es: Si stipules alii, quum mea interesset, videamus, an stipulatio committatur? Et ait Marcellus, *stipulationem valere in specie huiusmodi.* Is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administrationem contutori suo, et stipulatus est, *rem pupilli saluam fore.* Ait Marcellus, posse defendi, stipulationem valere: INTERÆST ENIM STIPVLATORIS, FIERI, QVOD STIPVLATVS EST, quum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit. Wenn ein Mitvormund vom andern die Caution rem pupilli saluam fore bestellen lässet, so ist der Vertrag gültig, weil ihm selbst daran gelegen ist, daß das Vermögen des Pupillen gut verwaltet werde, indem er dafür haften muß.

6) Wenn ich jemandem etwas sub modo schenke, und der modus zum Vortheile eines Dritten beygefüget ist, so kann vermöge einer Verordnung der Kayser Diocletian und Maximian in der *L.* 3.

n) §. 1344. 1345.

o) §. 407.

p) §. 891.

q) §. 958.

3. *C. de Donat. quae sub mod. vel condit. vel cert. temp. confic.* der Dritte daraus klagen.

Dies sind die vorzüglichsten Ausnahmen der oben erwähnten Regel r) welche hinlänglich zu erkennen geben, daß die römischen Legislatoren und Juristen es selbst gefühlt haben, wie wenig ihr Princip der gesunden Vernunft gemäß sey. Heutiges Tages beurtheilet man die Sache lediglich nach dem Naturrechte, und ich kann mir daher für einen Dritten etwas gültig versprechen lassen, wenn ich auch keine Vollmacht von ihm, und kein anderes Interesse dabey habe, als das gemeine Interesse der Freundschaft oder der Menschenliebe s).

§. 344.

Zur Gültigkeit der Verträge wird nach gemeinen Rechten kein schriftlicher Aufsatz erfordert, wenn nicht entweder die besondere Natur einzelner Verträge denselben erheischet, wie es bey dem römischen Litteralcontracte t) und dem deutschen Wechselcontracte v) der Fall ist, oder eine ausdrückliche Verabredung der Interessenten denselben nothwendig macht. Wenn nehmlich die Paciscenten mit einander verabredet haben, daß sie den Vertrag schriftlich

r) Es kommen in den Gesetzen noch mehrere Ausnahmen vor, welche *Boehmer l. l.* mit dem ihm eigenen Scharfsinne vollständig und genau verzeichnet hat.

s) *Stryk Vs. mod. Pandect. lib. II. tit. XIIII. §. 12. p. m. 280. sq. a Wernher Obseruatt. forr. Tom. I. Part. I. Obs. CLXXXII. Beckmannorum Conss. et deciss. Tom. I. Resp. V. p. 89. sq.* von Cramer Wetzlarische Nebenstunden, Th. LVII. S. 136. Th. CVII. S. 434. *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXVIIII. med. 4.* Struben rechtl. Bedenken, Th. III. Bed. XI. S. 71. Weber Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung, §. 89. a. S. 401. ff. *a Pufendorf Obseruatt. iur. vn. Tom. II. Obs. XXXVIII. §. 20. p. 160. ed. nouiss. Meuius Deciss. Tom. I. Part. IIII. Decis. CXII. p. 892. ed. nouiss.* Hymmen Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten, Samml. VI. Abschn. I. S. 105. ff. Es fehlet indessen auch nicht an Rechtsgelehrten, welche der Meinung sind, daß noch heutiges Tages dem erwähnten Grundsatze des römischen Rechts nachgegangen werden müsse. *Harpprecht Conss. Tom. I. Cons. XXX. n. 344.*

t) §. 736.

v) §. 1072. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0397
DFG

sich schließen wollen, so begründet derselbe auf beyden Seiten eine vollkommene Verbindlichkeit nicht eher, als bis der schriftliche Aufsatz in gehöriger Form Rechtens ausgefertiget worden ist x). Räthlich ist es jedoch selbst in Fällen, wo der schriftliche Aufsatz nicht schlechterdings nothwendig ist, über wichtige Verträge des künftigen Beweises wegen Urkunden zu verfertigen; es wird auch im Zweifel angenommen, daß die Scriptur bloß des Beweises wegen habe hinzu kommen sollen y). Zwar schließet die Urkunde, wie Hellfeld bemerket, den Beweis des Gegentheils nicht aus; allein es wird doch rechtlich vermuthet, daß dasjenige wahr sey, was darin niedergeschrieben ist.

Alle Verträge müssen übrigens nicht sowohl bloß nach den Worten, als vielmehr auch nach der wahren Absicht der Paciscenten erkläret werden z). Sind die Worte des Vertrags deutlich, so darf man von der eigentlichen und gewöhnlichen Bedeutung derselben nicht abgehen, es wäre denn, daß solches die Absicht der Paciscenten evident erforderte; wenn hingegen die Worte undeutlich sind, so suche man sie aus dem Zusammenhange zu erklären, und den Sinn der Convention aus ihrem Beweggrunde zu bestimmen. Lässet sich aber auf diese Weise die wahre Absicht und Willensmeinung der Paciscenten nicht füglich eruiren, so ist nun in allem Betrachte der Vertrag dergestalt zu interpretiren, wie es der Natur desselben am meisten angemessen, und demjenigen, was die Gesetze bey der Gattung von Verträgen, zu welchen der vorliegende gehöret, als Regel fest setzen, am wenigsten zuwider ist, weil im Zweifel vermuthet werden muß, daß die Interessenten bey der Abschließung des Vertrags die Natur desselben und die ihn betreffenden Vorschriften der Gesetze als Norm vor Augen gehabt haben. Hierauf beziehet sich die bekannte Regel: interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debu-

x) *cf. Otto Disp. de contractu in scriptis celebrato, ad L. 17. C. de Fide instrumentor.* (Vltrai. 1730.)

y) *Brunnemann Com. in Cod. ad L. 17. de Fide instrumentor. p. m. 407. a Pufendorf Obseruatt. iur. vn. Tom. II. Obs. LII. p. 213. sqq. ed. nouiss. Huber Praelect. iur. rom. et hod. Part. II. tit. de Contrab. emt. §. 2. p. 970. sq. ed. nouiss.*

z) *cf. Alef Diss. de eo, quod aequum est in dubiis conuentionibus, (in Eiusdem diebb. acadd. num. VIII. p. 251. sqq.) Boeseben Diss. de pactorum ambiguorum interpretatione,* (Lipsiae 1775.)

buiſſet, welche der berühmte Böhmer a) vortrefflich erläutert hat b). Suchet einer von den Paciscenten einen besondern und außerordentlichen Vortheil durch den Vertrag zu erlangen, so hat er die rechtliche Vermuthung wider sich; er ist es also auch, der sich deutlicher hätte ausdrücken sollen, um die Dunkelheit bey dem Vertrage zu vermeiden, und wider ihn ist daher die Auslegung zu machen c).

a) *Boehmer Diss. de interpretatione facienda aduersus eum, qui clarius loqui debuisset, (in Eiusdem exercitatt. ad Pandect. Tom. II. p. 365. sqq.)*

b) Es gründet sich diese Regel auf die *L.* 39. *D. de Pact.* worin Papinian sagt: Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori, et qui locauit, nocere: in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

c) *Steeb Diss. sistens quaestionem, quis sit is, qui in conuentione ambigua clarius loqui debuisset*, (Tubingae 1792.)

LIB. II. TIT. XV.

DE TRANSACTIONIBVS.

§. 345.

Der Vergleich (*transactio*) ist im eigentlichen Sinne des Worts ein solcher Vertrag, der den Endzweck hat, einen bereits entstandenen Rechtsstreit aufzuheben, oder einem imminenten Rechtsstreite vorzubeugen, und vermittelst welchem die Partheyen beyderseits etwas von ihren zweifelhaften und ungewissen Prätensionen fallen lassen d). Sonach erfordert der Vergleich wesentlich

1) eine

d) L. 1. und L. 2 D. *de Transact.* Im uneigentlichen Sinne nehmen die Gesetze bisweilen das Wort transactio für jede Uebereinkunft der Partheyen, welche die Beylegung oder Entscheidung eines Rechtsstreites beabsichtiget, so daß sie auch die Eideszuschiebung, imgleichen das Compromiß, wodurch die Partheyen sich vereinigen, einen Schiedsrichter in ihrer Sache zu bestellen, als eine Art von Vergleich ansehen. L. 2. und L. 31. *in fin. D. de Iureiur. siue voluntar. siue necessar siue iudic.* cf. Gmelin *Diss. exhib transactionis notionem eamque ineundi modd. ex iur. rom. princip.* (Tubingae 1795.) *Woltaer Observat. quae ad ius civ. et Brandenburg. pertin. fasc. I. Obs. XX. p. 113. sq.* Die Erinnerungen übrigens, welche Glück Erläuterung der Pandecten, Th. V. Abth. I §. 345. S. 2. f. in Beziehung auf *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. Lib. II. tit XV. §. 10. p. m.* 429. wider den von mir angegebenen Begrif eines Vergleichs macht, verdienen nicht die geringste Aufmerksamkeit.

Ein

1) eine ungewisse und zweifelhafte Sache, weswegen ein nicht offenbar ungerechter Proceß entweder bereits angefangen ist, oder doch noch zu befürchten stehet. Qui transigit, sagt Ulpian in der *L.* 1. *D. de Transact.* ausdrücklich, quasi de re dubia, et lite incerta neque finita transigit: qui vero pacisciturr donationis caussa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit. Findet sich zwischen Partheyen kein Streit, so ist auch kein Gegenstand vorhanden, worüber transigirt werden könnte.

2) Eine Convention, wodurch die ungewisse und zweifelhafte Sache entschieden wird. Hiedurch unterscheidet sich der Vergleich

Ein Vergleich, sagt er, lasse sich auch in einem solchen Falle denken, wo noch zur Zeit nicht einmal ein Proceß befürchtet wird, und es sey daher leicht zu erweisen, daß der Begrif eines Vergleichs viel zu eingeschränkt bestimmet werde, wenn man darunter einen solchen Vertrag verstünde, wodurch ein entweder schon wirklich entstandener oder auch nur bevorstehender Rechtsstreit unter den Partheyen dadurch beygelegt oder verhütet wird, daß beyde Theile etwas von ihren Forderungen nachlassen; ein Vergleich sey vielmehr ein solcher Vertrag, wodurch die Partheyen ein entweder unter ihnen wirklich streitig oder auch nur sonst zweifelhaft gewesenes und ungewisses Recht dergestalt bestimmen, daß wechselseitig etwas gegeben, oder nachgelassen, oder versprochen wird. Es sey mir erlaubt, dagegen folgendes zu bemerken. Wenn von einem Vergleiche im eigentlichen Sinne die Frage ist, so setzt schon der gemeine Sprachgebrauch beständig einen bereits entstandenen, oder doch bevorstehenden Rechtsstreit dabey zum voraus. Glück spricht in seiner Definition selbst von einem streitigen, zweifelhaften, ungewissen Rechte: lässet denn aber nicht ein streitiges, zweifelhaftes und ungewisses Recht jederzeit einen Proceß wenigstens befürchten? Aeusserst lächerlich ist es auch, wenn Glück in seiner Definition sogar von einem zweifelhaft gewesenen Rechte spricht, welches durch den Transact dergestalt bestimmet werden soll, daß wechselseitig etwas gegeben, oder nachgelassen oder versprochen wird: ein größerer Unsinn lässet sich kaum denken. Ich würde auf diesen Unsinn gar nicht einmal aufmerksam machen, wenn nicht Glück, horribile dictu, sogar die Impudenz hätte, eben diesen Unsinn dem berühmten Schulting anzudichten, indem er seiner Definition hinzu füget: oder wie Anton Schulting *Enarrat. part. prim. Dig. h. t.* § 2. sagt: *Transactio* est conuentio, qua res dubia vel controuersa, aliquo dato, retento vel promisso, terminatur. Wo stehet in dieser Schultingschen Definition auch nur ein einziges Wort von einem zweifelhaft gewesenen Rechte? Wenn ein Recht zweifelhaft gewesen ist, so ist es doch wohl nicht mehr *res dubia vel controuersa*, und ohne ein wirklich noch zweifelhaftes und ungewisses Recht lässet sich vernünftiger Weise kein Transact denken.

α) von der Urthel des Richters, indem diese zwar auch eine Entscheidung einer ungewissen und zweifelhaften Sache enthält, aber nur nicht eine solche Entscheidung, die auf eine conventionelle Uebereinkunft der Partheyen sich gründet e);

β) von dem freywilligen Eide, indem dieser zwar auch vermittelst eines Vertrags geschieht, aber nur nicht vermittelst eines solchen Vertrags, der schon an sich betrachtet als eine Entscheidung einer ungewissen und zweifelhaften Sache sich ansehen ließe f).

3) Eine solche Entscheidung der ungewissen und zweifelhaften Sache, welche, wie die Rechtslehrer sich insgemein ausdrücken, aliquo *dato, retento*, vel *promisso* geschieht, das heißt, wobey von den Partheyen wechselseitig etwas gegeben, nachgelassen, oder versprochen wird. Hierin liegt der Unterschied des Vergleichs von dem pacto remissorio, auf welches Ulpian in den Schlußworten der angeführten *L.* 1. *D. de Transact.* zielt: qui vero paciscitur donationis caussa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit. Der Jurist setzt hier den Erlassungsvertrag dem Vergleiche ausdrücklich entgegen. Beym pacto remissorio findet sich keine ungewisse und zweifelhafte Sache, vielmehr lasse ich vermittelst desselben mein ausgemachtes und unbezweifeltes Recht fahren, in der Absicht, dem andern etwas zu schenken.

Die Frage übrigens: ob der Vergleich nach dem römischen Rechte ein bloßer Vertrag, oder ein Contract sey? wird von den Rechts-

e) *L.* 83. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* Iudicium etiam in inuitum redditur.

f) Daher sagt Paulus in der vorhin angezogenen L. 2. *D. de Iureiur. siue voluntar. siue necessar. siue iudic.* wohlbedächtlich nur; Iusiurandum speciem transactionis continet. Der Eid ist bloß eine Art des Transacts, wie fern man unter diesem im uneigentlichen Sinne jedes Mittel, eine Streitigkeit auf eine gütliche Weise beyzulegen, versiehet. Sehr richtig bemerket Gothofredus zu dieser Gesetzstelle, *qui iurat, transigit: vt transactione, ita iureiurando exceptionem adquirit, hic, qui iurat, soluisse intelligitur, quasi sententiam obtinet, vt hic. cf.* Barclaius *Com. ad tit. Dig. de Iureiur.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p.* 922. *sqq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0402
DFG

Rechtslehrern nicht gleichförmig beantwortet g). Daß diese Frage in Beziehung auf die Wirkungen eines geschlossenen Vergleichs heutiges Tages nicht den mindesten practischen Nutzen habe, wird jeder zugestehen, der es weiß, daß bloße Verträge bey uns eben so gut als eigentliche Contracte eine klagbare Verbindlichkeit begründen; ehedem bey den Römern aber war die Sache allerdings sehr fruchtbar an practischen Folgen wegen der Wichtigkeit der Distinction des römischen Rechts zwischen bloßen Verträgen und eigentlichen Contracten. Zieht man die Gesetze zu Rathe, so wird man leicht gewahr, daß bey den Römern der Transact an und für sich nur als ein bloßer Vertrag angesehen wurde, welcher zwar eine Einrede wirkte, keineswegs aber eine Klage producirte, mittelst welcher auf die Erfüllung des Vergleichs directe hätte gedrungen werden können. Sehr deutlich lehren dies zum wenigsten die Kayser Diocletian und Maximian in der *L.* 21. *C. de Pact.* wenn sie an einen gewissen Eusebius folgendes rescribiren: Quum proponas, inter vos sine scriptura placuisse, *fratrum tuorum successiones aequis ex partibus diuidi*, et transactionis caussa probari possit, hanc intercessisse conuentionem: *exceptione te tueri potes*, si possides: quod si aduersarius tuus teneat, ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec aduersario tuo transactione vti concedendum est, nisi ea, quae placita sunt, adimplere paratus sit. Der Vergleich konnte indessen, wie die Worte: SI TIBI STIPVLATIONE NON PROSPEXISTI, hinlänglich zu erkennen geben, in die Form einer Stipulation eingekleidet werden; alsdann producirte er natürlicher Weise *actionem ex stipulatu*; auch konnte er, wie aus einem Rescripte der nämlichen Kayser in der *L.* 33. *C. de Transact.* h) genugsam

g) *cf. Fachinaeus Controuerss. iur. ciuil. Lib. I. cap. X. Voet Com. ad Pandect. Tom. I. Lib. II. tit. XV. §. 1. p. m. 420.* Belloius *Varior. iur. ciuil. Lib. I. cap. IIII. de Rexes Opusce. Lib. II. Sect. I. Cap. V. num. 21. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p. 676. Tom. VI. p. 101.) de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. Lib. II tit. XV. quaest. 2. p. 268. sq. ed. nouiss. Walch Introd in controuerss. iur. ciuil. Sect. III. cap. III. membr. II. § 1. p. 484. ed. nouiss.*

h) Si pro fundo, quem petebas, *praedium certis finibus liberum dari*, transactionis caussa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc praedium obligatum post, vel alienum pro parte fuerit probatum: instaurari decisam litem prohibent iura. Ex stipulatione sane, *si pacta ita seruari*, sequuta est: vel, si non intercesserit, praescriptis verbis actione ciuili subsista, apud rectorem prouinciae agere potes. Si tamen res ipsas apud te consti-

sam erhellet, als ein unbenannter Contract geschlossen werden; alsdann begründete er begreiflich actionem praescriptis verbis i).

§. 346.

Da der Vergleich eine Art von Convention ist, jede Convention aber in der Regel zu ihrer Gültigkeit nichts als die Einwilligung der Interessenten erfordert k), so verstehet es sich von selbst, daß auch zur Rechtsbeständigkeit eines Transacts schon der bloße Consens der Partheyen genügen müsse. Zum Ueberflusse bestätigen die Gesetze dieses so vernünftige Princip ausdrücklich. In der *L. 5. C. de Transact.* heißt es: Quum te transegisse cum herede quondam tutoris tui profitearis, si id post legitimam aetatem fecisti, frustra desideras, vt a placitis recedatur: licet enim, *vt proponis*, NVLLVM INSTRVMENTVM interceſſerit; *tamen si de fide contractus confessione tua constet*: SCRIPTVRA, quae probationem rei gestae continere solet, NECESSARIA NON EST l). Ein schriftlicher Aufsatz ist zur Gültigkeit eines Transacts nicht nöthig; wird über denselben eine Scriptur gemacht, so dienet diese, wie das angezogene kayserliche Rescript lehret, insgemein nur zum Beweise (probationem rei gestae continere *solet*). Haben die Partheyen unter sich ausgemacht, daß sie einen schriftlichen Vergleich errichten wollen, so ist zwar die Scriptur ein wesentliches Erforderniß zur Rechtsbeständigkeit desselben; allein im Zweifel wird solches nicht vermuthet, sondern muß vielmehr von demjenigen erwiesen werden, welcher behaup-

stitutas, ob quarum quaestionem litis interceſſit decisio, fiscus vel alius a te vindicauit: nihil petere potes.

i) Unter den vielen Schriftstellern über die Lehre vom Vergleiche verdienen vorzüglich bemerket zu werden *Noodt Lib. sing. ad edict. praetor. de pactt. et transactionibus*, (*in Eiusdem opp. Tom. I. p. m.* 395. *sqq.*) *Alef Diss. de transactione*, (*in Eiusdem diebb. acadd. Disp. VIIII. p.* 275. *sqq.*) *van de Poel Diss. de transactionibus*, (Lugd. Bat. 1776.) *Hotomannus Tr. de pactt. et transactionibus*, (Geneu. 1575.) *a Bronchorst Disp. de transactionibus*, (Lugd. Bat 1596.) *Gundling Diss. singularr. de transactionum stabilitate et instabilitate capp. contin.* (Halae 1719. rec 1757.) *Richter Dispp. II. de transactionibus*, (*in Eiusdem collect. dispp. num. XV. XXXXIII.*) Renthe Versuch einer systematischen Erläuterung der Lehre von den Transacten, (Rostock und Leipzig 1789.)

k) §. 344.

l) *cf.* L. 28. C. *de Transact.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0404
DFG

hauptet, daß die Gültigkeit des Transacts von dem schriftlichen Aufsatze abhänge. Räthlich ist es jedoch in allen Fällen, wichtige Transacte zu verbriefen, oder so genannte Vergleichsurkunden, Vergleichsrecesse zu errichten, um dasjenige, worüber die Partheyen transigirt haben, der Vergessenheit zu entreißen, und bey etwannigen Streitigkeiten über den Vergleich den Beweis zu erleichtern.

Gleichwie übrigens alles dasjenige, was die freye Entschließung hindert, der Gültigkeit eines Vertrags überhaupt entgegen stehet, so darf auch insonderheit ein Vergleich, wenn er rechtsbeständig seyn soll, nicht durch Betrug veranlasset worden seyn m). Liegt bey einem Vergleiche ein Betrug zum Grunde, so müssen die nämlichen Grundsätze zur Anwendung gebracht werden, welche oben von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen im Allgemeinen gelehret worden sind n).

[Is quoque, qui falsis instrumentis ad transactionem inductus est, recedere potest a transactione]. Einen Vergleich, welcher durch falsche Urkunden veranlasset worden ist, erklären die Gesetze für ungültig, und zwar ohne zu unterscheiden, ob der Producent es wußte, daß sie falsch waren oder nicht. In der *L.* 42. *C. de Transact.* heißt es ausdrücklich: Si ex FALSIS INSTRVMENTIS transactiones vel pactiones initae fuerint, *quamuis iusiurandum de his interpositum sit*, etiam ciuiliter falso reuelato, eas retractari praecipimus: ita demum, vt, si de pluribus cauſſis vel capitulis eaedem pactiones seu transactiones initae fuerint, illa tantummodo cauſſa vel pars retractetur, quae ex falso instrumento compositio conuicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus, nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controuersia orta decisa sopiatur. Selbst alsdann ist vermöge dieser Gesetzstelle ein solcher Transact ungültig, wenn er gleich mit einem Eide bestärket seyn sollte. Würden auch etwa nur einige Puncte des Vergleichs auf falsche Urkunden sich gründen, so fällt zwar nicht der ganze Transact als nichtig dahin; allein jene Puncte des Vergleichs, zu welchen der Gegentheil durch falsche Documente bewogen wurde, sind ungültig.

§. 347.

m) *Breuning Diss. de cauſſa doli in transactione*, (Lipsiae 1755.)

n) §. 296.

§. 347.

Aus dem Princip, daß zur Gültigkeit eines Vergleichs die freye Einwilligung der Transigenten erfordert wird, ergiebt sich von selbst, daß nothwendig auch Furcht und Zwang jeden Vergleich unverbindlich machen müsse. Die Kayser Diocletian und Maximian bestätigen dies ausdrücklich, wenn sie in der *L.* 13. *C. de Transact.* folgendes verfügen: Interpositae METVS CAVSSA transactiones ratas non haberi, edicto perpetuo continetur. *Nec tamen quilibet metus ad rescindendum ea, quae consensu terminata sunt, sufficit:* sed talem metum probari oportet, qui SALVTIS PERICVLVM, vel CORPORIS CRVCIATVM contineat. Daß nicht jede Furcht, nicht jeder Zwang hinreichend seyn könne, einen Vergleich als nichtig anzufechten, ist leicht zu erachten, weil auch hier vernünftiger Weise die nämlichen Grundsätze eintreten, welche oben von den Wirkungen der Furcht und des Zwanges bey Verträgen überhaupt vorgetragen worden sind o). Ein Vergleich, zu welchem jemand durch eitele Furcht bewogen worden ist, kann nach dem in der *L.* 184. *D. de Reg. iur.* enthaltenen Ausspruche des Celsus: Vani timoris iusta excusatio non est, nicht für erzwungen geachtet werden; die in der angezogenen kayserlichen Verordnung erwähnte Furcht aber, quae *salutis periculum*, vel *corporis cruciatum continet*, ist eine solche, quae, wie die Gesetze sich ausdrücken, in *constantem virum* cadit, und diese macht jede Convention, mithin auch den Vergleich ungültig p).

So wenig nun durch Furcht oder Zwang eine Parthey von der anderen wider ihren Willen zur Schließung eines Transacts bestimmet werden kann, eben so wenig hat auch der Richter nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze q) die Befugniß, die Partheyen durch Zwangsmittel zum Vergleiche zu nöthigen r). Zwar ist es die edelste und wohlthätigste Pflicht des Richters, daß er die Partheyen durch vernünftige Vorstellungen und Vorschläge gleich in dem er-

o) §. 300. 301.

p) *cf. Walch Diss. de transactionibus propter timorem litis interpositis, ad L. 2. C. de Transact.* §. 15. 16. *(in Eiusdem opuscc. Tom. I. p. 158. sqq.)*

q) L. 41. *C. de Transact. Nou.* 124. *cap.* 4.

r) *cf. Willenberg Diss. de necessitate ad transigendum imposita, (in Eiusdem exercitt. Sabbath. Part. II. num.* LXI.) *Kapf Diss. de transactione inperata,* (Tubingae 1751.) *Heimburg Diss. de transactione iudiciali inuita,* (Ienae 1746.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0406
DFG

ersten Termine zu einer gütlichen Beylegung der Sache zu überreden, und solchergestalt den Rechtsstreit abzuschneiden suche s); allein wenn er die Partheyen zum Transacte zu zwingen sich erlaubt, ohne daß die Gesetze diese Gewalt ihm ertheilen, so kann er deshalb von den Partheyen actione iniuriarum belanget werden t). Es dissentiren hier indessen verschiedene Rechtslehrer, indem sie behaupten, daß der Richter zwar der Regel nach den Vergleich nicht erzwingen könne, wohl aber in einigen einzelnen Fällen dazu berechtiget sey v). So stehe ihm nehmlich die Befugniß, sich wirklicher Zwangsmittel zu bedienen, allerdings zu, wenn

1) die Streitsache so geringfügig ist, daß evident die Kosten des Processes den Gegenstand des Rechtsstreites übersteigen, oder

2) die Streitsache sogleich entschieden werden muß, weil Gefahr auf dem Verzuge haftet, wie fern z. B. einer von den streitenden Theilen den andern mit Gewalt des Besitzes entsetzen dürfte, oder wohl gar von Seiten der Partheyen Mord und Todtschlag zu befürchten seyn mögte.

Es sollen sich die bemerkten Ausnahmen auf die *L. 21. D. de Reb. credit. si cert. pet. et de condict.* und *L. 13. §. 3. D. de Vsufr. et quemadmod. quis utat. fruat.* gründen; eine auch nur flüchtige Ansicht dieser Gesetzstellen aber muß nothwendig jeden überzeugen, daß sie gar nicht hieher gehören. In der ersten Stelle heißt es: Quidam existimauerunt, neque eum, qui decem peteret,

s) *Schmid Diss. de officio et prudentia iudicis circa amicabilem litium compositionem*, (Ienae 1747.) *Brandt Comment. de amicae inter litigantes compositionis intentatione*, (Wetzlar. 1758.)

t) *a Wernher Obseruu. forr. Tom. I. Part. I. Obs. CCXXV.*

v) Eine solche Entscheidung, auf welche die angeführten Gesetzstellen, *L. 21. D. de Reb. credit. si certum pet. et de condict.* und *L. 13. §. 3. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* sich beziehen, wird das Durchgreifen, decisio litis ex aequo et bono breui manu facta, genannt. Irren würde man aber sehr, wenn man eine solche Entscheidung als einen Vergleich ansehen wollte, weil es bey ihr an der freyen Einwilligung der Partheyen fehlet, ohne welche doch ein Vergleich gar nicht denkbar ist.

ret, cogendum quinque adcipere, et reliqua perſequi: neque eum, qui fundum ſuum diceret, partem dumtaxat iudicio perſequi, ſed in vtraque cauſſa humanius facturus videtur praetor, ſi actorem compulerit ad adcipiendum id, quod obferatur, quum ad officium eius pertineat, lites deminuere; und in der zweyten: Sed ſi inter duos fructuarios ſit controuerſia, Iulianus lib. XXXVIII. Digeſtorum ſcribit, aequiſſimum eſſe, quaſi communi diuidundo iudicium dari: vel ſtipulatione inter ſe eos cauere, qualiter fruantur: cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos poteſt iuriſdictione ſua componere? Quam ſententiam Celſus quoque lib. XX. Digeſtorum probat: et ego puto veram. Offenbar iſt in beyden Stellen gar nicht die Rede von einem Vergleiche, und ſie können auch nicht einmal analogiſch zum Beweiſe jener Ausnahmen gebraucht werden, weil in anderen Geſetzen ganz allgemein und ohne alle Ausnahme verordnet wird, daß der Richter ſchlechterdings nicht befugt ſeyn ſoll, die Partheyen zum Transacte zu zwingen. Treten die in den bemerkten Ausnahmen enthaltenen Fälle ein, ſo fehlet es nicht an anderen rechtlichen Mitteln, deren ſich der Richter zur Verhütung aller Inconvenienzen bedienen kann. So iſt es ihm in dem Falle, wo ſich mit Gewißheit voraus ſehen läſſet, daß der unbedeutende Gegenſtand des Rechtsſtreites den Koſten des Proceſſes nicht beykommen werde, unbenommen, die Sache nach der Billigkeit breui manu zu entſcheiden x), und nicht weniger kann er in dem Falle, wo zu befürchtender eigenthätiger Gewalt wegen Gefahr auf dem Verzuge haftet, vermittelſt eines Mandats einſtweilen reguliren, wie es während des Proceſſes gehalten werden ſoll.

§. 348.

Beruhet es nun gleich außer Zweifel, daß einem Vergleiche als einem wirklichen Vertrage alles dasjenige ſchade, was die ſr ye Entſchließung hindert, ſo iſt es jedoch ſehr ſtreitig, ob und in wie fern der Irrthum die Gültigkeit eines Transacts entkräften könne x). Es wäget man einerſeits, daß zur Rechtsbeſtändigkeit eines Vergleichs eben ſo, wie zu einer jeden anderen Convention, die Einwilligung der Intereſſenten erfordert wird, der Irrthum aber nach ausdrück-

x) *cf. Zoller Ex. quaeſt. an ob errorem reſcindi poſſit tranſactio, contin.* (Lipſiae 1765.) *Goetz Comment. de errore in tranſactionibus recte aeſtimando*, (Alt et Norimb. 1797. *Walch Introd. in controuerſſ. iur. ciuil. Sect. III. cap. III. membr. II. §. 8. p. 493. ed. nouiſſ.*

drücklicher Vorschrift der Gesetze y) die Einwilligung ausschließet, so wird man geneigt, zu glauben, daß der Irrthum einen Transact gleich jedem anderen Vertrage jederzeit entkräften müsse; bedenket man hingegen andererseits, wie der Vergleich vermöge seiner Natur vor allen anderen Verträgen die besondere Eigenschaft hat, daß er beständig eine ungewisse und zweifelhafte Sache wesentlich erfordert, auf solche Weise aber im Grunde immer einen Irrthum des einen oder des andern Theils involvirt, so scheinet der Schluß von Conventionen auf Transacte nicht füglich gelten zu können, und man wird geneigt, zu glauben, daß der Irrthum einen Vergleich niemals ungültig machen könne. Diese für und wider die Rescission eines Vergleichs, bey welchem ein Irrthum vorgegangen ist, streitenden Gründe lassen nur wenig Eintracht unter den Rechtsgelehrten erwarten, und zwar um so viel weniger, da nicht einmal die Gesetze selbst hierunter einig sind, indem sie die Aufhebung eines Vergleichs aus dem Grunde eines vorgegangenen Irrthums in einigen Fällen gestatten z), in anderen aber dieselbe nicht zulassen a). Es lässet sich bey dem allen leicht erachten, daß hier unmöglich die von den Wirkungen des Irrthums bey Verträgen überhaupt geltenden Grundsätze schlechthin ohne Unterschied eintreten können. Den sichersten Weg schlägt man meinem wenigen Bedünken nach bey der Beurtheilung der Wirkungen des bey Transacten vorgegangenen Irrthums ein, wenn man auf folgende Weise distinguirt b). Der Irrthum, welcher bey einem Transacte vorgegangen ist, betrifft entweder die ungewisse und zweifelhafte Sache selbst, die den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, oder er betrifft eine andere Sache, welche die Partheyen für gewiß und unzweifelhaft hielten. Im letzteren Falle entkräftet der Irrthum den Transact gleich jedem anderen Vertrage, und es kommen sonach hier die von den Wir-

y) L. 116. §. 2. D. *de Reg. iur.* L. 15. D. *de Iurisdict.* L. 20. D. *de Aqua et aquae pluu. arc.* L. 36. D. *Famil. erciſc.* L. 9. C. *de Iur. et fact. ignorant.*

z) *L.* 65. §. 1. D. *de Condict. indeb.* L. 2. und L. 19. *C. de Tranſact.* L. 6. *C. de Iur. et fact. ignorant.*

a) *L.* 3. §. 1. und L. 12. D. *de Tranſact.* L. 29. und L. 42. *C. eod.* L. *vn. C. de Error. calc.*

b) Hellfeld suchet nicht nur in dem gegenwärtigen §. des Compendiums, sondern auch in seiner *Diſſ. de eo, quod ob ſpecies nouiter repertas circa tranſactiones iuris eſt*, (Ienae 1759) §. 15 – 18. die Wirkungen des Irrthums bey Transacten nach verschiedenen Distinctionen zu bestimmen, welche die Sache nicht erschöpfen und unzureichend sind, in vorkommenden Fällen richtig zu beurtheilen, welcher Irrthum dem Vergleiche schädlich, und welcher ihm unschädlich sey.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0409
DFG

kungen des Irrthums bey Conventionen überhaupt geltenden Principien nach ihren oben c) vorgetragenen Modificationen zur Anwendung; hingegen im ersteren Falle bestehet der Vergleich des vorgegangenen Irrthums ohngeachtet zu Recht d). Zuvörderst ist dies der Natur und dem Zwecke eines Vergleichs vollkommen gemäß. Da nehmlich der Transact seiner Absicht nach eben dazu dienen soll, die genauere Erörterung und gerichtliche Discussion einer ungewissen und zweifelhaften Sache, wodurch der bey dieser Sache zum Grunde liegende Irrthum des einen oder des andern Theils gehoben werden konnte, zu vermeiden: so ist vernünftiger Weise gar kein Grund vorhanden, weswegen ein Irrthum der ersteren Art den bona fide abgeschlossenen Vergleich entkräften sollte. Hiernächst wird aber auch in den Gesetzen der erwähnte Unterschied nicht undeutlich bestätiget, wie fern der Irrthum in allen Fällen, wo sie ihn für unschädlich erklären, immer nur die ungewisse und zweifelhafte Sache selbst, welche den Gegenstand des Transacts ausmachte, hingegen in allen Fällen, wo sie die Rescission des Vergleichs verstatten, beständig eine andere Sache, welche die Partheyen für gewiß und unzweifelhaft hielten, betrifft.

§. 349.

Die Frage: ob über dasjenige, was jemandem in einem Testamente hinterlassen worden ist, ein Vergleich zulässig sey, ehe noch das Testament eröffnet, und der Inhalt desselben den Partheyen hinlänglich bekannt ist? gehöret zu den intricatesten Controversen des Civilrechts, indem sie einige Rechtslehrer aus scheinbaren Gründen bejahen e), andere hingegen aus eben so scheinbaren Grün-

c) § 297 – 299.

d) *Goetz l. l.* §. 39.

e) *Schulting Diss. de transactione super controversiis, quae ex vltimis voluntatibus proficiscuntur, etiam non inspectis vel cognitis earum verbis, recte ineunda (in Eiusdem commentatt. acadd. Vol. I. num. IIII. p. 201. sqq.) Schubert Diss. de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditatum*, (Helmst. 1749.) *Crell Obss. ad L. 6. D de Transact. quando efficaciter de testamento transigatur non inspectis tabulis*, (Vitemb. 1739.) *Gundling Diss. de transactione testamenti tabulis non inspectis* (Halae 173) Weber systemat. Entwickel der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 65. *not.* 5. S. 253. *Bach Diss. de iure transactionis super controversiis ex testamento, non cognitis tabulis, (in Eiusdem opusce. ad histor. ad iurisprud. spectantt. num. III. p. 75. sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0410
DFG

Gründen vernehmen f). Wenn man indessen die Gründe, welche für beyde Meinungen angeführet werden, einer genauen Prüfung unterzieht, so wird man am Ende gewahr, daß nach einer ächten Theorie die Meinung der ersteren, welche die Frage bejahen, die richtigere sey. Ein nicht verwerfliches Argument für die Gültigkeit eines solchen Transacts enthält die *L. 11. pr. D. de Except. rei iudic.* worin Ulpian sagt: Si mater filii inpuberis defuncti ex senatusconsulto bona vindicauerit idcirco, quia putabat rupto patris eius testamento neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat, postea autem apertis pupillaribus tabulis adparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstaturam exceptionem rei iudicatae Neratius ait. Ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex caussa subcurrendum erit ei, quae vnam tantum caussam egit rupti testamenti. Wird in dieser Gesetzstelle ein richterliches Erkenntniß, wodurch ein Testamentsstreit, ohne vorgängige Vorlegung und Einsicht des Testaments, entschieden worden ist, für rechtsbeständig erkläret, so ist es in der That schwer zu begreifen, weswegen ein vor Eröffnung des Testaments abgeschlossener Vergleich ungültig seyn sollte. Es stehet auch die berühmte *L. 6. D. de Transact.* in den Worten: De his *controuersiis*, quae ex testamento proficiscuntur, neque *transigi*, neque exquiri veritas *aliter potest*, QVAM INSPECTIS COGNITISQVE VERBIS TESTAMENTI, der diesseitigen Meinung keinesweges entgegen. Zwar wird nach dem buchstäblichen Inhalte dieses Ausspruchs des römischen Rechtsgelehrten Cajus die gegenseitige Meinung so ganz außer Zweifel gesetzt, daß man auch nur im mindesten an ihrer Wahrheit zu zweifeln um so viel eher billig Anstand nehmen sollte, da sie nach dem Zeugnisse der bewährtesten practischen Rechtslehrer g) sogar durch den Gerichtsgebrauch bestätiget wird; allein dem

f) *Wolfart Tr. in quo, transactionem testamenti tabulis nondum inspectis initam, esse nullam demonstratur*, (Marb. et Hanou. 1747.) *van Euerdyck* Diss. *ad* L. 6. D. *de Transact.* (*in Oelrichs Thes. dissertatt. in Acadd. Belgg. habitt. Vol. I. Tom. III. p.* 117. *sqq.* Renthe systematische Erläuterung der Lehre von den Transacten, §. 24. 35. S. 70. ff. *Breuning Diss. de transactionibus super relictis in testamento tabulis non inspectis*, (Lipsiae 1768.)

g) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. VIIII. §. 9. Boehmer Consultatt. Tom. II. Part. I. Decis.* LVIIII. *num.* 10. *Reinhardt Selectt. obseruu. ad Christinaei decis. Vol. I. tbl.* LI. *num.* 7. *a Sande Decis. Friss. Lib. IIII. tit. V. defin.* 5. *Struuius Synt. iur. ciuil. Ex. VI. thes.* 57. *Gailius Obseruu. camerall. Lib. II. Obs.* CXXXVIIII. *num.* 9. *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. II. tit. XV. §.* 19.

dem gesetzlichen Ansehen der *L. 6. D. de Transact.* stehen erhebliche Gründe im Wege h). Die angezogenen Worte des Cajus enthalten keine eigentliche gesetzliche Vorschrift, wie aus der *L. 1. D. Testam. quemadmod. aper. inspic. et describ.* unwiderleglich erhellet, wo man sie in ihrem ganzen Zusammenhange antrifft. In diesem Texte, welcher aus eben dem siebzehnten Buche des Cajus ad edictum prouinciale, wie die *L. 6. D. de Transact.* entlehnt ist, heißt es: Omnibus, quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se praetor pollicetur. Quod vel suo vel alieno nomine desideranti tribuere eum, manifestum est. Ratio autem huius edicti manifesta est. Neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controuersiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Offenbar enthält die *L. 6. D. de Transact.* lediglich den Grund, weswegen der Prätor einem jeden, welchem daran gelegen war, ein Testament einzusehen und in Abschrift zu haben, die Vorlegung des Testaments auf sein Verlangen gestatten wollte; die Worte: NEQVE TRANSIGI ALITER POTEST, involviren daher keinesweges eine gesetzliche Prohibition, wie Faber i) und Noodt k) richtig bemerken. Das Gegentheil zu beweisen lässet unter den Gegnern vorzüglich van Eversdyck l) sich angelegen seyn; die Gründe, welche er anführet, tragen zwar das Gepräge eines nicht gemeinen Scharfsinns unverkennbar an sich, allein gleichwohl sind sie nichtig, und insonderheit wird seine Erklärung der *L. 6. D. de Transact.* durch

h) *cf.* Balduinus *Iustin. siue de iur. nou. Comm. Lib. III. (in Heineccii Iurisprudent. rom. et att. Tom. I. p.* 1149.) Brenkmann *Diatr. de euremeticis Herennii Modestini, cap. XII. §.* 10. *num.* 3. *p.* 262. Reinoldus *Orat. de legg. inscriptt. §.* 6. *(in Eiusdem opuscc. a Iuglero edd. p.* 564. *sqq.)* Schroeder *Obseruatt. iur. ciuil. Lib. II. cap. XIII.* Labittus *Vs. ind. Pandect. cap. II. §.* 13. *(in Wielingii Iurisprud. restitut. Part. II. p.* 21. *sq.)* Walch *Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. V. §.* 173. *p.* 336.

i) Faber *Rationall. in Pandect. ad L.* 6. D. *de Transact.*

k) Noodt *Lib. sing. ad edict. praetor. de pactt. et transactt. cap. XVIII.* und *Lib. sing. de part. expositt. et nece apud vett. cap. VII. (in Eiusdem opp. Tom. I. p. m.* 438. *sq.* 475.)

l) van Eversdyck *l. l. cap. III. §.* 10. 11. *p.* 143. *sqq. cap. IIII. §.* 3. *p.* 146. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0412
DFG

durch die Basiliken m) in den Worten: Περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων, ὅτε διαλύεσθαι δυνατὸν ὅτε τὸ ἀληθὲς ζητεῖσθαι μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων im mindesten nicht gerechtfertiget, weil diese evident lediglich eine ganz treue Copie von demjenigen enthalten, was Cajus im Urtexte des römisches Gesetzbuche sagt.

§. 350.

Gleichwie der Vergleich seinem Begriffe nach den Endzweck hat, einen bereits entstandenen Rechtsstreit aufzuheben, oder einem imminenten Rechtsstreite vorzubeugen, so ist nichts natürlicher, als daß über eine Sache, welche schon durch ein rechtskräftiges Erkenntniß entschieden worden ist, in der Regel kein Vergleich geschlossen werden könne. In der *L.* 207. *D. de Reg. iur.* sagt Ulpian: Res iudicata pro VERITATE adcipitur. Ein behörig gefälltes und bekannt gemachtes rechtskräftiges Erkenntniß gilt als unumstößliche Wahrheit, ist in Ansehung der Partheyen, die es betrifft, ein unabänderliches Gesetz; sonach kann es aber unmöglich einen Gegenstand des Vergleichs abgeben. Die Gesetze bestätigen dieses so vernünftige Princip ganz ausdrücklich. So erklären die Kayser Diocletian und Maximian in der *L.* 32. *C. de Transact.* mit den Worten: Si cauſſa cognita prolata ſententia, ſicut iure traditum eſt, adpellationis vel in integrum reſtitutionis ſollemnitate ſuſpenſa non eſt, ſuper iudicato fruſtra tranſigi, non eſt opinionis incertae, evident, es sey ein völlig unbezweifelter Grundsatz, daß über eine rechtskräftige Urthel kein Transact weiter statt finde, und der angeführte Ulpian verordnet sogar in der *L.* 23. §. 1. *D. de Condict. indeb.* deutlich, daß die in Beziehung auf einen solchen Vergleich geleistete Zahlung nach Abzug dessen, was vermöge der rechtskräftigen Sentenz bezahlet werden mußte, solle zurück gefordert werden können. Si poſt rem iudicatam, sagt er, quis tranſegerit, et ſoluerit, repetere poterit, idcirco, quia placuit, tranſactionem nullius eſſe momenti. Hoc enim Inperator Antoninus cum D. patre ſuo reſcripſit: retineri tamen atque compenſari in cauſſam iudicati, quod ob talem tranſactionem ſolutum eſt, poteſt. Die nachfolgenden Worte: Quid ergo, ſi adpellatum ſit, vel hoc ipſum incertum ſit, an iudicatum ſit, vel an ſententia valeat? Magis eſt, vt tranſactio vires habeat: tunc enim reſcriptis locum eſſe credendum eſt, quum de ſententia indubitata, quae nullo remedio adtemtari poteſt, tranſigitur, enthal-

m) *Baſilic. Tom. II. Lib. XI. leg. 6. p. 771. ed. Fabr.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0413
DFG

halten Ausnahmen von der Regel, welche man in anderen Stellen des römischen Gesetzbuches ausdrücklich bestätiget findet n). Es kann auch noch *post rem iudicatam* ein Vergleich unter den Partheyen abgeschlossen werden,

1) wenn das Rechtsmittel der Berufung gegen die Sentenz entweder bereits wirklich eingewendet worden ist, oder doch wenigstens noch interponiret werden kann. Et post rem iudicatam, sagt Ulpian in der *L. 7. pr. D. de Transact.* merklich, transactio valet, si vel adpellatio intercesserit, vel adpellare potueris. Genau genommen lässet sich indessen dieser Grundsatz nicht einmal als eine Ausnahme von der Regel betrachten, weil die Urthel die Rechtskraft nicht beschreiten kann, wenn gegen sie eine Appellation entweder schon ergriffen, oder doch noch zulässig ist. Es liegt demnach auch mehr als zu deutlich am Tage, daß hier der Ausdruck RES IVDICATA von dem römischen Rechtsgelehrten keinesweges im eigentlichen und engeren Sinne für ein rechtskräftiges Erkenntniß, sondern vielmehr in der nicht ungewöhnlichen o) uneigentlichen und weitläuftigern Bedeutung für jede richterliche Sentenz genommen wird. Uebrigens hat die Sache ihren guten Grund. Da nehmlich in der Appellationsinstanz *reformatorie* erkannt werden kann, folglich noch immer res dubia vorhanden ist, so muß auch in dem erwähnten Falle vernünftiger Weise ein Transact rechtsgültig eingegangen werden können.

2) Wenn es ungewiß ist, ob der Rechtsstreit wirklich rechtskräftig entschieden worden sey. In der *L. 11. D. eod.* sagt Ulpian: Post rem iudicatam, etiamsi prouocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest. Es kann bisweilen wegen der Länge der Zeit, wegen einer Nachlässigkeit, die bey Aufbewahrung der Schriften begangen worden ist, zweifelhaft seyn, ob *res iudicata* vorhanden sey; in solchem Falle ist, wenn auch gleich

n) *cf. Hertius* Diss. *de transactione post rem iudicatam*, (Giessae 1705.) *Schroeteringk* Diss. *de transactione super re iudicata*, (Lugd. Bat. 1754.)

o) L. 1. *D. de Re iudic.* L. 14. *C. de Adpellat.*

gleich kein Suspensivmittel interponiret seyn sollte, der Vergleich zulässig, und zwar um deswillen, QVIA ADHVC LIS SVPESSE POSSIT, das heißt, weil wegen der zweifelhaften Existenz des rechtskräftigen Erkenntnisses noch ein Proceß zu befürchten stehet p).

§. 351.

Ein Transact, welcher auf eine rechtsgültige Art abgeschlossen worden ist, hat unter den Partheyen die Kraft eines rechtskräftigen Erkenntnisses. In der L. 20. C. *de Transact.* rescribiren die Kayser Diocletian und Maximian an eine gewisse Antistia folgendes: Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit: siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, quum nullum tempus sanae mentis maioris viginti quinque annis consensum repudiet.

Wie durch eine Urthel ein Rechtsstreit entschieden wird, so entscheidet auch der Transact die Streitigkeit der Partheyen q); so wenig der Regel nach eine Sache, welche durch ein rechtskräftiges Erkenntniß ausgemacht ist, von neuem zur Discussion gebracht werden kann, eben so wenig kann auch der Regel nach wegen einer Sache, welche durch einen Vergleich beygelegt ist, von neuem geklа-

p) Verschiedene Rechtslehrer, wohin unter andern *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Vol. IIII. Specim. CCXXXX. med.* 6. *p.* 836. und Kenthe systemat. Erläuter. der Lehre von den Transacten, §. 33. S. 68. gehören, behaupten, auch dann könne noch post rem iudicatam ein Transact statt finden, wenn die Execution der Sentenz mit vielen Schwierigkeiten und Kosten verbunden ist. Diese Ausnahme ist aber in den Gesetzen nicht gegründet und ganz unnatürlich; wenigstens liegt bey ihr eine sehr unschickliche Verwechselung eines Vergleichs mit einem Nachlaßvertrage zum Grunde. Ist die Vollstreckung des rechtskräftigen Erkenntnisses mit vielen Schwierigkeiten und Kosten verknüpft, so ist es freylich in manchen Fällen eine Cautel, die schon *Stryk Cautell. contractt. Sect. III. cap. VII.* §. 4. an die Hand giebt, daß ich eher an meiner Forderung etwas schwinden, als es auf die Execution ankommen lasse; allein wenn ich von dieser Cautel Gebrauch mache, so schließe ich keinen Transact, sondern gehe ein pactum remissorium ein.

q) §. 345.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0415
DFG

klaget werden r); wie jede Urthel strenge interpretirt werden muß, so findet auch beym Transacte die strengste Auslegung statt s); wie endlich von einem rechtskräftigen Erkenntnisse nicht appelliret werden kann, so ist auch gegen den Vergleich keine Appellation zulässig t). Kennzeichen genug, *non minorem auctoritatem* transactionum, *quam* rerum iudicatarum *esse*. Bey dem allen fehlet es indessen auch nicht an besonderen Eigenschaften, wodurch rechtskräftige Erkenntnisse und Transacte sich merklich von einander unterscheiden. Eine Urthel wird erst nach dem Ablaufe von zehen Tagen rechtskräftig v), hingegen der Transact erhält, wie jeder andere Vertrag, sogleich mit seiner Existenz verbindliche Kraft x); durch eine Urthel kann jemand für einen Freygebohrnen erkläret werden y), nicht aber durch einen Vergleich z), mehrerer anderer Differenzen zu geschweigen a).

Durch das Wort PLACVIT, dessen sich die Kayser Diocletian und Maximian in dem angezogenen Rescripte bedienen, wird angezeigt, es sey ein von den römischen Rechtsgelehrten angenommener und durch ihr Ansehen eingeführter Rechtssatz; der Zusatz RECTA RATIONE aber giebt zu erkennen, daß der Rechtssatz von den römischen Rechtsgelehrten um deswillen angenommen und durch ihr Ansehen eingeführet worden sey, weil er in der Natur der Sache sich gründe. Wirklich ist auch die Regel, non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse, der Natur der Sache ganz angemessen, oder der Absicht der Transigenten vollkommen gemäß.

Die

r) *Cap.* 1. *X. de Transact. Cap.* 2. *X. de Sentent. et re iudic. Cap.* 2. *de Lit. contest. in* 6to.

s) *L.* 9. §. 1. *D. de Transact.*

t) *Meuius Decis. Tom. I. Part. III. Decis. CCLXIII. p.* 681. *sq. ed. nouiss.*

v) *Nou.* 23. *cap.* 1. *Auth. Hodie C. de Appellat. et consultat. L.* 3. *C. de Tempor. et reparat. appellat. Cap.* 13. und *Cap.* 15. *X. de Sentent. et re iudic.*

x) §. 345.

y) *L.* 25. *D. de Stat. hom.*

z) L. 6. *L.* 10. und *L.* 36. *C. de Liber. causs.*

a) *cf. Wissenbach Commentatt. cathedd. in libb. VII. priorr. Cod. Iustin. ad L.* 20. *C. de Transact. p.* 83.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0416
DFG

Die Transigenten wollen durch ihre conventionelle Uebereinkunft den bereits entstandenen Rechtsstreit aufheben, oder doch dem imminenten Rechtsstreite vorbeugen; dasjenige also, was sie vermittelst ihrer conventionellen Uebereinkunft fest setzen, soll eben so verbindlich seyn, eben so gut gelten, als wenn es der Richter durch eine rechtskräftige Sentenz fest gesetzt hätte. Die Worte: NEC ENIM AD RESCINDENDVM PACTVM SVFFICIT, QVOD HOC SECVNDA HORA NOCTIS INTERCESSISSE PROPONAS, setzen die Ausleger in Verlegenheit. Sie beweisen unwiderleglich, daß die Antistia, an welche das Rescript gerichtet ist, den Vergleich aus dem Grunde anfechten wollte, weil er zur Nachtzeit geschlossen war. Wie konnte aber das Frauenzimmer auf den Einfall gerathen, den abgeschlossenen Vergleich aus diesem Grunde anfechten zu wollen? Mit völliger Gewißheit lässet sich dies nicht bestimmen, weil aus dem Reskripte die näheren Umstände der Sache nicht ersichtlich sind; vielleicht gründete Antistia, wie van Idsinga b) will, ihre Intention auf das bekannte Decemviralgesetz: Sol occasus suprema tempestas esto, vielleicht aber glaubte sie, wie Püttmann c) annimt, den Transact um deswillen impugniren zu können, weil nächtliche Zusammenkünfte überhaupt unerlaubt waren. Die römischen Kayser erklären den Transact für rechtsbeständig, weil eine großjährige Person, die den Gebrauch des Verstandes und der Vernunft habe, zu jeder Zeit ihre Einwilligung rechtsgültig erklären könne; es hat ohnstreitig auch heutiges Tages die Zeit an und für sich auf die Gültigkeit eines Vergleichs so wenig einigen Einfluß, daß derselbe eben so gültig zur Nachtzeit als am Tage geschlossen werden kann.

§. 352.

Zur Gültigkeit eines Vergleichs gehöret, daß die Personen, welche denselben abschließen, eine freye Disposition über ihr Vermögen haben, weil sie nach der Natur dieses Vertrags über dasselbe disponiren. Aus diesem Grundsatze leitet Hellfeld einige wichtige Schlußfolgen her, nehmlich:

1) tutor vel curator de rebus minoris non aliter, quam adhibitis sollemnibus, in alienatione necessariis, transigere potest. Daß Pupillen und Minderjäh-

b) *van Idsinga Varior. iur. ciuil. cap. VIIII.*

c) *Püttmann Probabill. iur. ciuil. Lib. II. cap. IIII. p. 34. sqq.*

jährige selbst, ohne Einwilligung ihrer Vormünder und Curatoren, nicht transigiren können, leidet ohne Unterschied kein Bedenken. Wenn aber die Frage ist: kann der Vormund für sich allein über den Rechtsstreit seines Pupillen einen Vergleich eingehen? so muß man distinguiren d). Der Rechtsstreit des Pupillen hat entweder bewegliche oder unbewegliche Güter zum Gegenstande. Im ersteren Falle ist der Vormund den Vergleich einzugehen wohl befugt, ohne daß es hiezu eines obrigkeitlichen Decrets bedarf, vorausgesetzt, daß die bewegliche Sache nicht vermöge ihrer Natur einer unbeweglichen Sache gleich geachtet wird. Was hingegen den letzteren Fall anbetrifft, so soll durch den abzuschließenden Vergleich eine unbewegliche Sache des Pupillen entweder an den Gegner desselben abgetreten, oder wider den Gegner desselben erhalten werden. Wenn dieses ist, so kann der Transact von dem Vormunde eingegangen werden, ohne daß es hiezu eines obrigkeitlichen Decrets bedarf, weil nach Vorschrift deutlich redender Gesetze nur eigentliche Veräusserungen ein solches Decret erheischen e): ist hingegen jenes, so hat entweder der Minderjährige selbst das streitige Grundstück im Besitz, oder sein Gegner besitzet dasselbe. Im ersten Falle wird zur Gültigkeit des Transacts ein obrigkeitliches Decret erfordert f), nicht aber im zweyten Falle wegen der für den Besitzer streitenden Vermuthung g. Soll inzwischen ein von dem Vormunde ohne obrigkeitliches Decret abgeschlossener Vergleich rechtsbeständig seyn, so ist es nöthig, daß der Transact dem Pupillen nicht zum offenbaren Nachtheile gereiche. Tutoribus concessum est, sagt Paulus in der *L.* 46. § *vlt. D. de Administrat. et peric. tutor.* merklich, a debitoribus pupilli pecuniam exigere, vt ipso iure liberentur: non etiam donare, VEL ETIAM DEMINVENDI CAVSSA CVM IIS TRANS-

d) *cf. Harpprecht Diss. de transactione in causs. minor. (in Eiusdem dissertatt. acadd. Vol I. num. X.) Breuning Specim. cons. cap. iur. controuers. de transactione tutoris in caussa pupillari*, (Lipsiae 1768.)

e) *tit. Dig. de Reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.*

f) *L.* 22. *C. de Administrat. tutor. L.* 4. *C. de Praed. et al. reb. minor.*

g) *Harpprecht l. l.* §. 19. *Gomez Varr. resolut. Tom. II. cap. XIIII. num.* 15. *Menochius de arbitrarr. iudicc. quaesti. et causs. Lib. II. cas. CLXXI. num.* 74. *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. Lib. II. tit. XV.* §. 2. *p. m.* 422.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0418
DFG

TRANSIGERE; et ideo eum, qui minus tutori soluit, a pupillo in reliquum conueniri posse. Hat der Vormund mit dem Schuldner des Pupillen über die Schuldforderung einen Vergleich abgeschlossen, wodurch der Pupill evident verkürzet ist, so kann der Schuldner, welcher vermöge des Transacts weniger bezahlet hat, als er hätte bezahlen sollen, von dem Pupillen auf den Rückstand der Forderung in gerichtlichen Anspruch genommen werden.

2) Procurator, nisi de transigendo mandatum habeat, valide haud transigit: Die Frage: kann ein Procurator für seinen Principal einen Vergleich abschließen? ist nach folgenden Distinctionen zu bestimmen. Der Procurator ist entweder in rem *suam*, oder in rem *alienam* constituiret worden. Im ersten Falle, wo er das ihm aufgetragene Geschäft zu seinem eigenen Vortheile verrichtet, muß ihm nothwendig die Befugniß, einen Vergleich einzugehen, zuständig seyn, weil er nach den Gesetzen als Eigenthümer des ihm committirten Geschäfts angesehen wird h), und folglich eine freye Disposition über dasselbe hat i). Was hingegen den zweyten Fall anbetrifft, so ist dem Procurator entweder die Besorgung aller und jeder Geschäfte seines Principals anvertrauet worden, oder nur die Besorgung eines einzigen Geschäfts. Wenn dieses ist, so kann der Procurator ohne einen besonderen Auftrag seines Principals nicht gültig transigiren, weil er sonst die Gränzen der ihm verliehenen Gewalt offenbar überschreiten würde k); ist aber jenes, so kann er zwar, auch ohne einen besondern Auftrag seines Principals, um den Vortheil desselben zu befördern, allerdings einen Vergleich eingehen l), immer kommt es indessen am Ende noch darauf an, ob der Principal den Transact genehmigen will.

In

h) L. 13. §. 1. D. *de Pact.* Si in rem suam datus sit procurator, LOCO DOMINI HABETVR: *et ideo seruandum erit pactum conuentum.*

i) Da auch die Gesetze einem solchen Procurator die Befugniß, einen Eid zu deferiren, ertheilen, (*L. 17. §. vlt. D. de Iureiur. siue voluntar. siue necessar. siue iudic.*) die Eideszuschiebung aber als eine Art von Transact angesehen wird, (L. 2. *D. eod.*) so versiehet es sich von selbst, daß er befugt seyn müsse, einen Vergleich einzugehen.

k) *L. 10. C. de Procurator. Cap. 4. in fin. eod. in 6to.*

l) L. 63. *de Procurator. et defensor.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0419
DFG

In der *L.* 60. *D. de Procurator. et defensor.* heißt es ausdrücklich: Mandato generali non contineri etiam transactionem, decidendi causſa interpositam, *et ideo, si postea is, qui mandauit,* TRANSACTIONEM RATAM NON HABVIT, *non posse eum repelli ab actionibus exercendis.* Ein mandatum generale, mittelst deſſen ich jemandem die Beſorgung aller meiner Geſchäfte committire, ertheilet keinesweges die Gewalt, einen Vergleich zu ſchließen, wodurch der über das eine oder das andere meiner Geſchäfte entſtandene Rechtsſtreit entſchieden wird; geſetzt alſo, mein Procurator gehet dennoch einen ſolchen Transact ein, ich nehme aber Anſtand, denſelben zu genehmigen, ſo kann mich mein Gegner, wenn ich ihn nachher belange, nicht mit der proceßhindernden Einrede des Vergleichs abweiſen m). Daß auch ein Procurator des Landesherrn ohne beſondere Erlaubniß deſſelben nicht tranſigiren dürfe, lehret Aemilius Macer in der *L.* 13 *D. de Tranſact.* wenn er ſagt: Nulli procuratorum principis, inconſulto principe, tranſigere licet. Der Procurator iſt verbunden, zuvörderſt beym Landesherrn anzufragen, ob er einen Vergleich eingehen ſoll. Was übrigens von Procuratoren überhaupt gilt, das gilt auch nach der richtigeren Meinung von den Syndicis inſonderheit, weil die Rechte und Pflichten der letzteren im Ganzen genommen nach den von Vollmachtsaufträgen geltenden Principien zu beurtheilen ſind n).

3)

m) Die mehreſten Ausleger wollen die L. 60. *D. de Procurator. et defenſor.* von dem beſonderen Falle, wo jemand alle ſeine Proceſſe einem Procurator übertragen hat, verſtanden wiſſen; dazu geben aber die Worte der Geſetzſtelle auch nicht die mindeſte Anleitung. Ueber dieſen Fall disponirt ein Reſcript des Kayſers Gordian in der L. 7. C. *de Tranſact.* welches wörtlich ſo lautet: Tranſactionis placitum ab eo interpoſitum, cui CAVSAE ACTIONEM non DECISIONEM LITIS mandaſti, nihil petitioni tuae derogauit. Hat jemand ſeine Proceſſe einem Procurator übertragen, ſo kann dieſer ohne beſondern Auftrag nicht tranſigiren, weil er lediglich ein Mandat zum Klagen, und nicht zur Eingehung eines Vergleichs erhalten hat. In der L. 60. *D. de Procurator. et defenſor.* will übrigens *Cuiacius Not. ad* §. 34. *I. de Rer. diuiſ.* für: decidendi cauſſa, leſen: deminuendi cauſſa; es ſtehet aber dieſer Emendation das Anſehen der Florentiniſchen Pandecten entgegen, auch iſt ſie: wie *Noodt de Pacte. et tranſact. cap. XXVII.* (*in Eiuſdem opp. Tom. I. p. m.* 457.) mit Grunde bemerket, ganz überflüſſig.

n) *cf. Hennе Diſſ. de differentiis inter procuratorem et ſyndicum veris et ſpuriis,* (Erford. 1770.) §. 20. Es wollen zwar verſchiedene Rechtslehrer, wohin *Lauterbach Diſp. de ſyndicis, membr. II. cap. II.* §. 87. *a Leyſer Meditat. ad Pandect.*

3) Patris de rebus ad peculium liberorum aduentitium pertinentibus, in casu, quo alienare potest, valet transactio. Bey der Frage: kann ein Vater für seine Kinder einen Vergleich eingehen? hat man folgende Fälle von einander zu unterscheiden. Die Kinder sind entweder der väterlichen Gewalt noch unterworfen, oder nicht. Stehen die Kinder nicht mehr unter der väterlichen Gewalt, so kann für selbige der Vater als solcher keinen rechtsgültigen Vergleich abschließen. De re filiorum, sagt Ulpian in der *L.* 10. *D. de Transact.* ausdrücklich, quos in potestate NON habuit, transigentem patrem *minime eis obesse* placet. Wenn der Vater über seine emancipirten noch minderjährigen Kinder die Vormundschaft führet, so verstehet es sich freylich von selbst, daß er unter den vorhin angegebenen Einschränkungen, unter welchen ein Vormund über den Rechtsstreit seines Pupillen transigiren kann, zur Schließung eines Vergleichs berechtiget seyn müsse; in solchem Falle handelt er aber nicht als Vater, sondern als Vormund. Sind im Gegentheil die Kinder der väterlichen Gewalt noch unterworfen, so gehöret das Vermögen, welches den Gegenstand des Rechtsstreites ausmacht, entweder zum peculio *castrensi*, *quasi castrensi* und *aduentitio irregulari*, oder nicht. Im ersten Falle kann der Vater über den Rechtsstreit keinen Vergleich eingehen weil der Sohn in Ansehung eines solchen Vermögens als ein Hausvater zu betrachten ist, und freye Gewalt hat, darüber zu disponiren o). Was hingegen den zweyten Fall anbetrifft, so gehöret das Vermögen entweder zum peculio *profectitio*, oder zum peculio *aduentitio regulari*. Wenn jenes ist, so stehet dem Vater das Recht, einen Vergleich einzugehen, ohne alle Einschränkung zu, weil das *peculium* profectitium ihm dergestalt völlig gehöret, daß er nicht

dect. Specim. LIIII. med. 11. *Struuius Euolutt. controuerss.* Lib. II. tit. XVII. *thes.* 55. *p.* 67. *ed. nouiss.* und *Gailius Obseruatt. camerall.* Lib. II. *Obs.* LXXII. *num.* I. gehören, den Syndicis das Recht, in Sachen ihrer Gemeinheiten, ohne besonderen Auftrag zu transigiren, schlechthin zugestanden wissen; allein ihre Meinung ruhet, wie *Emminghaus Nott. ad de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. I. Lib. II. tit. XV. quaest.* 4. *not.* 1. *p.* 270. gründlich zeiget, auf ganz unrichtigen Gründen.

o) *L.* 18. §. 1. D. *de Castr. pecul. L.* 2. D. *de Senatusconsl. macedon. Nou.* 117. *cap.* 1.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0421
DFG

nicht nur das Eigenthum, sondern auch die Civilpossession und den Nießbrauch davon hat, die Kinder aber nichts als den natürlichen Besitz und die Administration desselben haben p). Ist hingegen dieses, so wird entweder über das Eigenthum selbst, oder nur über den Nießbrauch des Vermögens gestritten. Im ersten Falle kann man dem Vater die Befugniß, ohne Einwilligung seines mündigen q) Sohnes zu transigiren, nicht einräumen, weil die Proprietät des *peculii* aduentitii regularis bey dem Haussohne sich befindet; wohl aber im zweyten Falle, weil dem Vater bey dieser Gattung des Sonderguts außer der Administration auch der Nießbrauch zuständig ist r).

§. 353.

Soll ein Vergleich gültig seyn, so ist ferner erforderlich, daß der Gegenstand desselben ein solcher sey, worüber nach Vorschrift der Gesetze gültig transigirt werden kann. Zu den Gegenständen, über welche man nach den gemeinen Rechten keinen Vergleich eingehen kann, gehören

1) Ehesachen, jedoch nicht ohne Einschränkung. Um in vorkommenden Fällen richtig zu bestimmen, wie fern über dergleichen Sachen transigirt werden könne, wie fern aber nicht, sind folgende Distinctionen zu bemerken. Es ist entweder noch zweifelhaft, ob unter den Partheyen eine wirkliche Ehe vorhanden sey, oder es ist solches nicht zweifelhaft. Im ersteren Falle ist selbst nach dem canonischen Rechte ein Privatvergleich, wodurch die Partheyen sich aus einander setzen, für ungültig nicht zu achten s). Was aber den letzteren Fall anbetrifft,

p) §. 1. *I. Per quas person. cuiq. adquir.*

q) Ist der Sohn noch unmündig, so kann der Vater einen Vergleich über die Adventitien auch ohne dessen Einwilligung rechtsgültig abschließen. L. 8. §. 3. *C. de Bon. quae liber.* Das nämliche ist auch sodann Rechtens, wenn der Sohn abwesend ist. *cf. Hombergk* zu Vach *Diss. de diuerso iure patris in peculio aduentitio pro diuersa liberorum aetate*, (Marb. 1753.) §. 16.

r) L. 6. *C. de Bon. quae liber.*

s) *Cap.* 2. *X. de Clamdest. desponsat.* Quod nobis ex tua parte significatum est, vt de clamdestinis matrimoniis dispensare deberemus, non videmus, quae di-

trifft, wo es nicht zweifelhaft ist, ob unter den Partheyen eine wirkliche Ehe vorhanden sey, so beabsichtiget der Vergleich entweder die Fortdauer der Ehe, oder die Trennung derselben. Wird der Vergleich dahin getroffen, daß die Ehe, auf deren Trennung es bey dem Rechtsstreite angesehen war, fortdauern soll, so ist er rechtsbeständig, es wäre denn, daß der Gültigkeit der Ehe ein Hinderniß im Wege stände, weswegen sie der Richter von Amtswegen trennen muß. Wenn hingegen der Vergleich zwischen Ehegatten die Trennung einer unter ihnen bestehenden gültigen Ehe zum Zwecke hat, so gilt derselbe nach dem canonischen Rechte nicht, und zwar ohne Unterschied, er mag mit oder ohne Vorwissen und Genehmigung des geistlichen Richters geschehen seyn t). Der Grund, weswegen ein solcher Vergleich vermöge ausdrücklicher Vorschrift des päbstlichen Rechts ungültig seyn soll,

dispensatio super his sit adhibenda. Si enim matrimonia ita occulte contrahuntur, quod exinde legitima probatio non adpareat: ii, qui ea contrahunt, ab ecclesia non sunt aliquatenus compellendi. Verum tamen ea, quae sic contrahuntur, si personae contrahentium voluerint publicare, nisi rationabilis et legitima causa praepediat, ab ecclesia recipienda sunt et comprobanda, tamquam a principio in ecclesiae conspectu contracta. Selten dürfte freylich wohl der Fall sich ereignen, wo es zweifelhaft ist, ob unter Personen eine wirkliche Ehe vorhanden sey, allein möglich ist er. Böhmer macht bey der angezogenen Gesetzstelle die Bemerkung: *Cur autem non adpareret legitima probatio, quae ex* sacerdotis testimonio de benedictione, *clamculum adhibita,* SEMPER PROBARI POTEST. *Sed vel ex his verbis aliisque capitulis conligo, eo tempore ex principio, quod sponsalia per verba de praesenti, etiam clam absque testibus contracta, verum inducerent matrimonium, plures in hac clamdestina desponsatione substitisse, et in coniugio sine sacerdotali benedictione vixisse, adeo, vt, qui has furtiuas nuptias publicare noluit, ne quidem ad hoc compellendi sint.* Es läßet sich sehr gut der Fall denken wo eine sacerdotalis benedictio wirklich vorhanden, aber dennoch die Ehe zweifelhaft ist; das testimonium sacerdotis de benedictione kann ja fehlen, und es ist daher irrig, wenn Böhmer sagt, man könne aus diesem jederzeit den Beweis führen. Bisweilen haben Personen lange Zeit hindurch wie Eheleute mit einander gelebt; sie vereinigen sich auf einmal, und der eine Theil behauptet das Daseyn der Ehe, der andere hingegen behauptet, ihre Verbindung sey nie durch priesterliche Hand bestätiget worden. Welcher von beyden Theilen Recht habe, hält oft schwer zu beweisen, und ist sodann ganz unmöglich, wenn das priesterliche Zeugniß nicht herbey geschafft werden kann.

t) *Cap. vlt. X. de Transact.*

soll, ruhet auf der bekannten Lehre vom Sacramente der Ehe, nach welcher diese ein unauflösliches Band ist. Gleichwie aber jene bey den Catholiken geltende Lehre von den Protestanten nicht angenommen worden ist, so kann auch begreiflich bey letzteren die Vorschrift des canonischen Rechts wegen der Ungültigkeit eines solchen Transacts nicht füglich zur Anwendung gebracht werden, und es behaupten daher die angesehensten Rechtslehrer, daß unter den Protestanten in Fällen, wo überhaupt eine Ehescheidung statt findet, auch ein Vergleich über die Trennung der Ehe gültig seyn müsse, wenn derselbe mit Genehmigung der geistlichen Obrigkeit geschiehet v). Ein bloßes Eheverlöbniß aber kann ohne allen Zweifel selbst ohne Vorwissen des geistlichen Richters durch einen Transact willkührlich wieder aufgehoben werden x).

2) **Alimentensachen**, jedoch ebenfalls nicht ohne Einschränkung. Will man in vorliegenden Fällen gehörig bestimmen, ob der über solche Sachen abgeschlossene Vergleich rechtsbeständig sey, so hat man zuvörderst darauf zu sehen, ob der Transact über rückständige Alimente (alimenta *praeterita*) eingegangen worden ist, oder ob zukünftige Alimente (alimenta *futura*) den Gegenstand desselben ausmachen. Wenn jenes ist, so gilt der Vergleich, ohngeachtet ihn die Partheyen außergerichtlich, ohne vorgängige richterliche Untersuchung und Genehmigung, abgeschlossen haben; ist hingegen dieses, so verhält sich die Sache anders. In der *L. 8. C. de Transact.* verordnet der Kayser Gordian ausdrücklich: De alimentis PRAETERITIS, si quaestio deferatur, *transigi potest*; de FVTVRIS autem *sine praetore seu praeside interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur.* Die Regel, welche Gordian hier in Beziehung auf einen über zukünftige Alimente außergerichtlich abgeschlossenen Vergleich aufstellt, ist jedoch in Gemäßheit anderer Verordnungen des Civilrechts nicht ohne Ausnahme für gegründet zu achten. Die zukünftigen Alimente nehmlich, über welche der Vergleich außergerichtlich eingegangen ist, sind entweder in einer letztwilligen Verordnung hinterlassen worden, oder

v) *cf. Carrach Diss de vi transactionis contra matrimonium*, (Halae 1757.)

x) *cf. Deinlin Diss de mutuo dissensu sponsalitio solo absque consistorii cognitione et auctoritate valido atque efficaci*, (Alt. 1746.)

oder man ist sie vermöge eines Vertrags zu fordern berechtiget. Nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze gilt der Vergleich zwar im letzteren, nicht aber im ersteren Falle. Um uns hievon zu überzeugen, wollen wir den römischen Rechtsgelehrten Ulpian in der *L. 8. D. eod.* selbst reden lassen, wo dieser nicht nur die angegebene Distinction deutlich bestätiget, sondern auch überhaupt von den Vergleichen in Alimentensachen ausführlich handelt. Quum hi, sagt er im *pr.* der angezogenen Gesetzstelle, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti, Diuus Marcus oratione in senatu recitata effecit, NE ALITER ALIMENTORVM TRANSACTIO RATA ESSET, QVAM SI AVCTORE PRAETORE FACTA. Ulpian giebt hier zuvörderst den Grund an, weswegen der Kayser Marcus verordnete, daß ein Vergleich über solche Alimente, die jemandem in einer letztwilligen Verordnung hinterlassen worden sind, nicht anders, als nach vorgängiger richterlicher Untersuchung und Genehmigung zulässig seyn solle. Die Erfahrung hatte den Kayser gelehret, daß Personen, denen gewisse jährliche Renten zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse ausgesetzt waren, sehr leicht geneigt waren, gegen ein geringes Stück Geldes, welches ihnen auf einmal gegeben wurde, auf ihre Forderung zu renunciiren, ohne auf die Zukunft bedacht zu seyn, wo sie, wenn das Geld, welches sie in die Hände erhalten hatten, verbraucht war, häufig dem Staate zur Last fielen. Solet igitur praetor interuenire, setzt der Jurist hinzu, et inter consentientes arbitrari, *an* transactio, vel *quae* admitti debeat. Der Prätor untersuchet daher in vorkommenden Fällen, ob ein Vergleich überhaupt zulässig sey, oder wie fern derselbe statt finden könne. Ueber beyde Puncte giebt Ulpian in der Folge die nähere Bestimmung. Eiusdem praetoris, fährt er im §. 1. der Gesetzstelle fort, notio ob transactionem erit, siue *habitatio*, siue *vestiarium*, siue *de praediis alimentum* legabitur. Der Prätor stellet die Untersuchung an, ohne Unterschied, die jährlichen Renten mögen in Wohnung, oder in Kleidung, oder in Nahrungsmitteln bestehen. §. 2. HAEC ORATIO PERTINET AD ALIMENTA, QVAE TESTAMENTO VEL CODICILLIS FVERINT RELICTA, siue ad testamentum factis, siue ab intestato. Idem erit dicendum, etsi mortis caussa donata fuerint relicta: vel ab eo, cui mortis caussa donata sunt relicta. Sed et si conditionis inplendae gratia relicta sunt, adhuc idem dicemus. PLANE DE ALIMENTIS, QVAE NON MORTIS

TIS CAVSSA DONATA SVNT, LICEBIT ET SINE PRAETORE AVCTORE TRANSIGI. Daß die kayserliche Verordnung nur auf diejenigen Alimente, welche in einer letzten Willensverordnung, in einem Testamente nehmlich, einem Codicill, oder einer Schenkung von Todeswegen, hinterlassen worden sind, gehe, und daß im Gegentheil über solche Alimente, welche man vermöge eines Vertrags zu fordern berechtiget ist, ein Transact ohne Mitwirkung des Richters eingegangen werden könne, erkläret hier Ulpian so deutlich, daß man sich billig wundern muß, wie Claproth y) dennoch auf den Einfall gerathen konnte, zu behaupten, auch ein Vergleich über Alimente der letzteren Art müsse mit richterlicher Untersuchung und Genehmigung geschehen. Evident stößt diese Hypothese des erwähnten Rechtslehrers nicht nur wider die Regeln der Hermenevtik an, sondern sie verräth auch einen Mangel an richtiger Urtheilskraft. Eine Extension dessen, was das Gesetz von in einer letztwilligen Verordnung hinterlassenen Alimenten enthält, auf solche Alimente, die vertragsweise bestimmet sind, kann nach den Regeln der Auslegungskunst um deswillen gar nicht statt finden, weil Ulpian ausdrücklich sagt, daß man de alimentis, quae *non martis caussa* donata sunt, auch ohne richterliche Mitwirkung gültig transigiren könne; hiernächst aber lässet auch der Grund, auf welchem die kayserliche Constitution in Ansehung derjenigen Alimente, welche jemandem in einer letzten Willensverordnung ausgesetzt worden sind, eine solche Extension de casu ad casum nicht zu. Wenn der Kayser Marcus verordnet, daß über dergleichen Alimente kein Privatvergleich eingegangen werden soll, so berücksichtiget er dabey außer dem Vortheile des Alimentenhebers vorzüglich auch die Aufrechthaltung des Ansehens letztwilliger Verordnungen, welche die Gesetze überall einschärfen; der wohlthätige Zweck des Erblassers soll nicht eludirt werden durch einen Transact, wodurch eben gegen den Willen des Erblassers gehandelt werden würde. Ulpian sagt es zwar nicht, daß jener erste Theil der kayserlichen Constitution auf dem erwähnten Grunde ruhe; allein diesen Grund zu finden, dazu gehöret ein eben so geringer Grad von Urtheilskraft, als einzusehen, weswegen der Kayser in dem zweyten Theile seiner Constitution in Ansehung solcher Alimente, die man vermöge eines Vertrags zu fordern berechtiget ist, das

y) Claproth theoret. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen, §. 188. S. 365.

das Gegentheil verordnete, und von Rechtswegen verordnen mußte. Zwar scheinet die von dem römischen Rechtsgelehrten gleich anfänglich angegebene Raison der kayserlichen Constitution, daß nehmlich Personen, denen gewisse jährliche Renten zu ihrer Wohnung, Kleidung, Nahrung und anderen Bedürfnissen ausgesetzt sind, nicht durch die gegen eine gewisse Summe Geldes auf ihre Forderung geleistete Renunciation sich selbst nachtheilig, und am Ende dem Staate lästig werden mögten, auf Alimente der letzteren Art eben so gut als auf die der ersteren Art zu passen; allein dadurch lässet sich nur Claproth, nicht aber der Kayser Marcus irre machen. Rechte, die aus einem Testamente zustehen, und solche, die aus einem Vertrage herrühren, sind so ganz heterogen, zwischen beyden herrschet eine so auffallende Verschiedenheit, daß dasjenige, was hier in Ansehung der ersteren gilt, unmöglich bey den letzteren angenommen werden kann. Bey Alimenten aus einem Vertrage wird die Verbindlichkeit zur Verabreichung derselben durch gegenseitige Einwilligung der Interessenten begründet; gleichwie nun aber nach deutlicher Vorschrift der Gesetze in der Regel jede Verbindlichkeit auf die nämliche Art wieder aufgehoben werden kann, auf welche sie entstanden ist, weswegen sollte denn wohl nicht jene genannte Verbindlichkeit durch einen Transact wieder aufgehoben werden können. Zudem stehet es ja der Regel nach einem jeden frey, seinem Rechte, welches ihm vermöge eines Vertrags zuständig ist, willkührlich zu entsagen, wie fern solches einem Dritten nicht zum Nachtheile gereichet. Alle diese Gründe treten bey Alimenten aus einer letztwilligen Verordnung so wenig ein, daß vielmehr die triftigsten Gründe in contrarium vorhanden sind, welche einen Vergleich über dergleichen Alimente unzulässig machen; schon durch die vorhin gedachte Aufrechthaltung des Ansehens letzter Willensverordnungen wird das von diesen geltende Princip auf das vollständigste gerechtfertiget. Gesetzt, dem allen wäre aber auch nicht so, würde man nicht offenbar der angezogenen Schrift des D. Claproth ein größeres Ansehen beylegen, als dem römischen Gesetzgeber selbst, wenn man die Hypothese jenes Rechtslehrers für gegründet achten wollte. Die Schriften des D. Claproth stehen zwar, ich weiß nicht, ob wegen ihrer grundlosen Gelehrsamkeit, oder wegen ihres freylich äußerst fehlerhaften, aber dennoch ziemlich handfesten Actenstyls, bey mehreren Practicanten in nicht geringem Ansehen, wie ich aus Acten zu bemerken hin und wieder Gelegenheit gehabt

habe; allein so hoch wird denn doch wohl dieses Ansehen hoffentlich nie steigen, daß es den klaren Buchstaben der Gesetze auszulöschen vermögte. Gegen eine gesetzliche Vorschrift, welche so deutlich als die vorliegende *L.* 8. §. 2. *D. de Transact.* ist, selbst bey dem gänzlichen Mangel irgend einer hinreichenden Ursache sich auflehnen, und einen willkührlichen aduersa fronte mit ihr streitenden Rechtssatz in Gang bringen zu wollen, ist eine Vermessenheit, die um so weniger sich entschuldigen lässet, wenn sie nicht nur mit Vernachlässigung der ersten jedem Anfänger bekannten Regeln der Hermenevtik, sondern auch mit Hintenansetzung der evidentesten Rechtsanalogie begangen wird z). — Siue igitur in menses singulos, sagt Ulpian weiter im §. 3. siue in dies, siue in annos fuerint relicta (*alimenta*) oratio locum habet. Sed et si non fuerint perpetuo relicta, sed vsque ad annos certos, idem est. Dasjenige, was wegen der in einer letztwilligen Verordnung hinterlassenen Verpflegungsgelder vom Kayser verfüget worden ist, findet statt ohne Unterschied, die Verabreichung der Alimente mag auf jeden Monat, auf jeden Tag, oder alljährlich bestimmet seyn; selbst alsdann, wenn die Alimente nicht auf die ganze Lebenszeit des Alimentenhebers, sondern nur auf einen gewissen Zeitpunct, z. B. auf den Termin der Volljährigkeit desselben, ausgesetzt sind, ist die kayserliche Verfügung anwendlich. §. 4. Si integra quantitas alicui fuerit legata, vt ex vsuris eius se alat, et mortis tempore pecunias restituat, non cessabit oratio, licet non in annos singulos videatur id relictum. Auch auf den Fall erstrecket sich die Verfügung des Kayfers, wo jemandem ein Capital dergestalt vermacht worden ist, daß er, so lange er lebt, von den Zinsen seine Bedürfnisse bestreiten, bey erfolgtem Tode aber das Capital selbst wieder herausgeben soll. §. 5. Sed et si sit certa quantitas relicta Titio, vel res, ita, *vt inde alimenta Seio praestentur*; magis est, vt transigere Titius possit: nec enim transactione Titii minuuntur alimenta Seii. Idemque est, et si per fideicommissum alimenta ad hoc legatario fuerint relicta. Habe ich vom Testirer ein gewis-

z) Den Fall, wo das Recht, Alimente zu fordern, auf eine gesetzliche Verordnung sich gründet, übergehet Ulpian mit Stillschweigen. Daß ein Vergleich über solche Alimente nicht der eigenen Willkühr der Partheyen überlassen sey, folglich unter der Aufsicht des Richters geschehen müsse, verstehet sich von selbst.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0428
DFG

wisses Capital, oder eine gewisse Sache erhalten, unter der Bedingung, daß ich einem andern die Alimente davon prästiren soll, so stehet es mir frey, über das Capital, über die Sache, einen außergerichtlichen Vergleich einzugehen, indem dieser Transact demjenigen, welch mir sich die Alimente reichen muß, nicht präjudicirlich seyn kann. Das nämliche ist auch bey einem Fideicommiß der Alimente Rechtens, weil diese, so lange nur noch etwas übrig ist, ganz und völlig gegeben werden müssen a). §. 6. Eam transactionem oratio inprobat, quae idcirco fit, vt quis repraesentatam pecuniam consumat. Quid ergo, si quis citra praetoris auctoritatem transegerit, vt, quod *per singulos annos* erat ei relictum, consequeretur *per singulos menses?* Aut quid, si, quod *per singulos menses* ei relictum erat, consequeretur *per singulos dies?* Quid deinde, si quod *consummato anno* vt adciperet, *initio anni* consequatur? Et puto, eam transactionem valere, quia meliorem conditionem suam alimentarius tali transactione facit; noluit enim oratio alimenta per transactionem intercipi. Ulpian leitet hier aus der Raison der kayserlichen Verfügung einige sehr richtige Schlußfolgen her. Der Kayser hatte, wie schon vorhin gedacht ist, bey seiner Verordnung zur Absicht, daß der Alimentenheber nicht um seine Verpflegungsgelder gebracht, und jeder daher für diesen sowohl als für den Staat zu befürchtender Nachtheil vermieden werden möge; aus diesem Grunde verbot er den außergerichtlichen Vergleich über zukünftige Alimente, welche jemandem vom Testirer ausgesetzt waren. Wie, wenn nun aber der Transact zum Vortheile des Alimentars gereichte, sollte er wohl alsdann für null und nichtig zu achten seyn? Keinesweges, weil in einem solchen Falle durch den Vergleich so wenig dem Staate nachtheilige Folgen erwachsen, als dem Willen des Testirers, dem die Erhaltung und Versorgung des Alimentenhebers am Herzen lag, zuwider gehandelt wird. Daher gilt der Vergleich auch ohne vorgängige richterliche Untersuchung und Genehmigung, wenn ich durch denselben z. B. erlange, daß mir von den Verpflegungsgeldern, welche ich vermöge der letztwilligen Verordnung eigentlich erst **am Ende eines jeden Jahres** erhalten sollte, **alle Monate** etwas gewisses ausgezahlet wird, oder daß mir von jenen Geldern, welche ich nach dem Willen des Testirers eigentlich

a) Für v. ad hoc, lieset die Vulgate: ab hoc.

lich erst am Ende eines jeden Monats erhalten sollte, alle Tage etwas gegeben wird, oder daß ich jene Gelder, welche ich nach der letzten Willensverordnung eigentlich erst mit dem Ablaufe eines Jahres erhalten sollte, gleich mit dem Anfange des Jahres in die Hände bekomme. Außer diesen und anderen ähnlichen Fällen, wo der Vergleich zum Vortheile des Alimentenhebers gereichet b), ist die obrigkeitliche Untersuchung und Genehmigung zur Gültigkeit desselben erforderlich, und der Richter darf hierunter nur mit großer Vorsicht zu Werke gehen. Wie sich der Richter dabey zu verhalten habe, lehret Ulpian ausführlich, und diese Sache verdienet noch unsere ganze Aufmerksamkeit. Vult oratio, sind im §. 3. seine Worte, apud praetorem de istis quaeri: in primis de cauſſa tranſactionis: dein, de modo: tertio, de perſona tranſigentium. Der Richter hat die Untersuchung auf drey Hauptpuncte zu richten, nehmlich

1) auf die Ursache des Vergleichs;

2)

b) Dergleichen ähnliche Fälle trägt Ulpian im §. 24. 25. der Gesetzstelle vor: Si cui non nummus ad alimenta, sagt er, sed frumentum, atque oleum, et cetera, quae ad victum neceſſaria ſunt, fuerint relicta, non poterit de his tranſigere: ſiue annua, ſiue menſtrua ei relinquantur. Si tamen ita ſine praetore tranſegerit, vt in vicem eorum nummum quotannis, vel quotmenſibus adciperet, et neque diem neque modum permutauit, ſed tantum genus: vel ex contrario ſi pactus fuerit, vt in generibus alimenta adciperet, quae in nummis ei relicta fuiſſent: vel ſi vinum pro oleo, vel oleum pro vino, vel quid aliud commutauit, vel locum permutauit, vt quae erant ei Romae alimenta relicta, in municipio, vel in prouincia adciperet, vel contra: vel perſonam commutauit, vt quod a pluribus erat adcepturus, ab vno adciperet: vel alium pro alio debitorem adceperit, haec omnia habent diſceptationem praetoris, et pro vtilitate alimentarii recipienda ſunt. Si ad habitationem certa quantitas ſit annua relicta, et ita ſit tranſactum ſine praetore, vt habitatio praeſtetur, valet tranſactio: quia fructus habitationis praeſtatur, licet ruinae, vel incendio ſubiecta tranſactio eſt. Per contrarium quoque, ſi pro habitatione, quae erat relicta, placuerit certam quantitatem praeſtari, tranſactio rata eſt citra praetorem. Ein Vergleich, durch welchen ich für das mir zum Unterhalte vermachte Getraide jährlich oder monatlich ein gewisses Geldquantum, oder für das mir zur Wohnung legirte Geld eine beständige gute Wohnung erhalte, gilt ohne richterliche Untersuchung und Genehmigung.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0430
DFG

2) auf die Beschaffenheit desselben, und

3) auf die Personen der Transigenten.]

Ueber den ersten Punct, die Ursache des Vergleichs, erkläret sich Ulpian im §. 9. so: In *causſa* hoc erit requirendum, quae cauſſa ſit tranſigendi; ſine cauſſa enim neminem tranſigentem audiet praetor. Cauſſae fere huiuſmodi ſolent adlegari: ſi alibi domicilium heres, alibi alimentarius habeat: aut ſi deſtinet domicilium tranſferre alter eorum: aut ſi cauſſa aliqua vrgeat praeſentis pecuniae: aut ſi a pluribus ei alimenta relicta ſint, et minutatim ſingulos conuenire difficile ei ſit: aut ſi qua alia cauſſa fuit, vt plures ſolent incidere, quae praetori ſuadeant tranſactionem admittere. Wenn gar keine Ursache zum Vergleiche vorhanden ist, so darf ihn der Richter nicht zulassen; ein Vergleich, welchen der Richter ohne vorgängige Untersuchung der Ursache bestätiget hat, fällt als null und nichtig dahin, wie solches die Worte: ſine cauſſa *neminem tranſigentem audiet praetor*, hinlänglich zu erkennen geben c). Bey der Untersuchung der Ursache selbst aber hat der Richter in genaue Erwägung zu ziehen, ob diese gegründet und erheblich sey. Ist die Ursache entweder ganz ungegründet, oder doch wenigstens zu unerheblich, als daß sie einen Transact erfordern könnte, so muß der gerichtliche Consens schlechterdings verweigert werden, und es behält sodann bey den einmal fest gesetzten Alimenten das unabänderliche Bewenden. Erhebliche Ursachen, sagt Ulpian, sind, wenn der Auszahler der Verpflegungsgelder und der Empfänger derselben einen verschiedenen Wohnort haben, oder wenn einer von beyden seinen bisherigen Wohnort verändern will, oder wenn der Alimentenheber eine Geldsumme zu irgend einem vortheil-

c) Noch ausführlicher declariret dies Ulpian im §. 17. des Gesetzes, wenn er sagt: Si praetor aditus, citra cauſſae cognitionem, tranſigi permiſerit, tranſactio. nullius erit momenti: praetori enim ea res quaerenda commiſſa eſt, non negligenda, nec donanda. Sed et ſi non de omnibus inquiſierit, quae oratio mandat, hoc eſt de *cauſſa*, de *modo*, de *perſonis* tranſigentium, dicendum eſt, quamuis de quibuſdam quaeſierit, tranſactionem eſſe irritam. Vernachlässiget der Richter die Untersuchung auch nur eines einzigen von den drey Puncten, so ist der von ihm bestätigte Transact ungültig.

theilhaften Unternehmen auf einmal gebraucht, oder wenn er die Alimente von mehreren Personen zu fordern hat, die Beytreibung derselben aber mit Schwierigkeiten verbunden ist. Die Schlußworte: AVT SI QVA ALIA CAVSSA FVIT, VT PLVRES SOLENT INCIDERE, QVAE PRAETORI SVADEANT TRANSACTIONEM ADMITTERE zeigen an, daß Ulpian die ganze Sache dem vernünftigen Ermessen des Richters anheim gestellet wissen will; *caussae fere*, sagt er zuvor, *huiusmodi solent adlegari*, woraus deutlich hervor gehet, daß er die genannten Ursachen nur beyspielsweise um deswillen anführen wollte, weil er bemerket hatte, daß sie in den Gerichten häufig von den Partheyen angegeben wurden. Ueber den zweyten Punct, die Beschaffenheit des Vergleichs, äussert sich Ulpian im §. 10. so: *Modus* quoque pecuniae, quae in transactionem venit, aestimandus est: vt puta quantitas transactionis: nam etiam ex modo fides transactionis aestimabitur. Modus autem pro aetate eius, qui transigit, arbitrandus est, et valetudine: nam alias cum puero, alias cum iuuene, alias cum sene transigi palam est: constat enim alimenta cum vita finiri. Der Richter muß sorgfältig erwägen, ob das von dem Auszahler der Verpflegungsgelder vermöge des Vergleichs zu prästirende Abfindungsquantum mit dem Alter und dem Gesundheitszustande des Alimentars in einem billigen Verhältnisse stehet, und zwar, wie Ulpian sagt, aus dem Grunde, weil es bekannt ist, *alimenta cum vita finiri*. Die Alimente hören auf, so bald der Empfänger derselben stirbt; es ist daher sehr vernünftig, wenn Ulpian den Richter anweiset, auf jene individuellen Umstände in vorkommenden Fällen Rücksicht zu nehmen. Wegen der muthmaßlichen Lebensdauer muß der Abfindungsbetrag natürlicher Weise bey einem Kinde anders bestimmet werden, als bey erwachsenen und alten Personen. Ueber den dritten Punct endlich, die Personen der Transigenten, giebt der römische Rechtsgelehrte im §. 11. folgende Erläuterung: Sed et *personarum* contemplatio habenda est: hoc est, cuius vitae sint hi, quibus alimenta relicta sunt, vtrum frugi vitae hi sint, qui alias sufficere sibi possint, an sequioris, qui de alimentis pendeant. In persona eius, a quo alimenta relicta sunt, haec erunt spectanda: in quibus sit facultatibus, cuius propositi, cuius opinionis: tunc enim adparebit, num quid circumuenire velit eum, cum quo transigit. Der Richter muß theils auf die Person desje-

ni-

nigen, welcher die Alimente zu fordern berechtiget ist, theils auch auf die Person desjenigen, welcher die Alimente zu leisten verbunden ist, sehen. Bey dem Alimentennehmer hat der Richter darauf Rücksicht zu nehmen, ob er sparsam ist, und auch ohne die ihm ausgesetzten Alimente nothdürftig leben kann, oder ob er zur Verschwendung geneigt ist, und bloß von den hinterlassenen Alimenten leben muß d); hingegen bey dem Alimentengeber hat der Richter darauf zu sehen, wie seine Vermögensumstände beschaffen sind, was er durch den Vergleich intendirt, ob er in dem Rufe eines ehrlichen Mannes stehet, oder nicht; aus der Erwägung dieser Umstände wird es sich ergeben, ob er den Alimentennehmer etwa betrügen will.

3) Criminalsachen, jedoch ebenwohl nicht ohne Einschränkung. Es ist die Frage entweder lediglich von der Privatgenugthuung, welche der Verbrecher wegen der Schuld, die aus seiner Unthat erwächset, dem Beleidigten leisten muß, oder von der öffentlichen Strafe, welche der Verbrecher nach den Gesetzen verwirket hat. Im ersten Falle kann ein Vergleich rechtsgültig eingegangen werden, weil die wegen eines Verbrechens zu leistende Privatgenugthuung der willkührlichen Disposition der Transigenten unterworfen ist; gleichwie hingegen über die wegen eines Verbrechens zu übernehmende öffentliche Strafe Privatpersonen nicht willkührlich disponiren können, so verstehet es sich von selbst, daß im letzteren Falle ein abgeschlossener Vergleich ungültig seyn müsse, es wäre dann, daß die obrigkeitliche Bestätigung erwiesen werden könnte, und zugleich genugsame Gründe dieselbe rechtfertigten. Das römische Recht befolget indessen diese Principien nicht durchgehends. In Gemäßheit desselben hat man zwischen öffentlichen Verbrechen und Privatverbrechen zu unterscheiden. In Ansehung dieser lässet es den Privatvergleich dahin zu, daß die Klage des Beschädigten auf die ihm gebührende Privatstrafe nicht weiter

d) Für: SEQVIORIS will Constantinaeus *Subtill. enodd. Lib. I. cap. V. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p.* 491.) SEGNIORIS lesen, und *Fornerius Select. Lib. II. cap. V. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p.* 50) substituiren NEQVIORIS. Die Florentinische Lesearт nehmen aber in Schutz *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. I. cap. III. p. 2. sq. Forsterus Obseruu. subciuu. Lib. I. cap. XXII.* und *Costa Varr. ambiguitatt. iur. Lib. I. cap. XII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p.* 922. *sq. Tom. IIII. p.* 1169.)

ter statt findet e). Was aber jene anbetrifft, so sind solche entweder Capitalverbrechen, oder andere öffentliche Verbrechen, auf welchen keine Todesstrafe stehet. Bey öffentlichen Verbrechen der ersteren Art kann ein Vergleich nach den Grundsätzen des römischen Rechts, wie fern nicht vom Ehebruche die Rede seyn sollte, an sich als unerlaubt nicht angesehen werden; bey öffentlichen Verbrechen der letzteren Art hingegen ist nach dem römischen Rechte ein anderes anzunehmen, indem man denjenigen, welcher sich überhaupt wegen Verbrechen, die nicht capital sind, und besonders über einen von seinem Ehegatten verübten Ehebruch verglich, nicht nur für bekannt und überwiesen, sondern auch noch überdies für ehrlos hielt. In der *L.* 18. *C. de Transact.* heißt es ausdrücklich: Transigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt: in aliis autem publicis criminibus, quae ſanguinis poenam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi adcuſationem. Den Grund, weswegen ein Transact über Capitalverbrechen gültig seyn sollte, setzten die Römer, wie Ulpian in der *L.* 1. *D. de Bonis eor. qui ante ſentent. vel mort. ſibi conſciu. vel adcuſator. corrup.* mit den Worten: In capitalibus criminibus a principibus decretum eſt, non nocere ei, qui aduerſarium corrupit: ſed in his demum, quae poenam mortis continent: nam ignoſcendum cenſuerunt ei, qui ſanguinem ſuum qualiter redemtum voluit, deutlich lehret, darin, daß derjenige, welcher ſein Leben, ſo gut er kann, zu retten ſuchet, billig Nachſicht verdiene; dieſer Grund aber, dachten sie, passe überhaupt auf andere öffentliche Verbrechen nicht, hier könne jene Schonung, die man in Capitalfällen für so billig hielt, nicht statt finden. Daß ein Vergleich bey öffentlichen Verbrechen der letzteren Art nicht nur poenam *confeſſi* et *convicti*, sondern auch überdies die Strafe der Infamie mit sich führen solle, erhellet aus der angezogenen *L.* 18. *C. de Tranſact.* unwiderleglich, wenn es daselbst heißt, man dürfe über dergleichen Verbrechen nicht CITRA FALSI ADCVSATIONEM tranſigiren. Voet f) erkläret zwar diese Worte mit eini-

e) L. 54. §. *vlt.* D. *de Furt.* L. 7. §. 14. *in fin. D. de Pact.* Der Strafe der Ehrlosigkeit, welche das Verbrechen etwa nach sich zog, konnte der Angeschuldigte durch den Vergleich niemals entgehen. *L.* 4. §. *vlt. D. de His, qui not. infam.*

f) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. Lib. II. tit. XV.* §. 17. *p. m.* 436. *ſq.*

einigen anderen Rechtsgelehrten dahin, das Verbrechen der Fälschung mache eine Ausnahme, so daß über dasselbe ein Vergleich rechtsgültig eingegangen werden könne. *Quamuis verum sit*, sagt er, *eos, qui de non capitalibus criminibus transactionem ineunt, eo ipso in falsi crimen posse incidere, exemplo eorum, qui ob dicendum vel non dicendum testimonium pecuniam adceperunt, non tamen ea est sententia L. 18. C. de Transact. quando dictat, de aliis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt*, transigere non licere, citra falsi adcusationem; *sed magis illic* citra *aequipollet voculae* praeter, *adeoque exceptionem restrictionemque regulae inducit. Vtut enim frequentius fuerit*, citra *pro* sine *adcipi, quia tamen etiam pro* praeter *vox* citra *vsurpata inuenitur in L. vlt. D. de Calumniator. L. vn. §. 13. in fin. C. de Rei vxor. act. et in dubio ea vocis interpretatio adhibenda est, quae vitio caret, et rei gerendae aptior est, non aliud in dicta L. 18. C. de Transact. denotari quam* praeter, *dicendum est.* So scheinbar aber auch die Gründe sind, womit Voet seine Interpretation unterstützt, so wird sie dennoch durch dieselben keinesweges gerechtfertiget; die ganze Erklärung ist, wie Noodt g), Vinnius h) und Schulting i) sehr gründlich zeigen, der Natur der Sache gar nicht angemessen, und die Präposition *citra* heißt hier so viel als *sine* in der gewöhnlichen Bedeutung, welche ihr die Verfasser des Gesetzes, die Kayser Diocletian und Maximian, in ihren Verordnungen beständig beylegen k). Bey den Worten übrigens: EXCEPTO ADVLTERIO, finden die Ausleger große Schwierigkeiten. Cujacius l), Noodt m), Wis-

g) *Noodt Dioclet. et Maxim. s. de Transact. et pact. crimm. cap. XXII.* (*in Eiusdem opp. Tom. I. p. m. 240. sq.*)

h) *Vinnius Tr. de transactt. cap. VII. §. 30. sqq.*

i) *Schulting Enarrat. part. prim. Dig. Lib. II. tit. XV. §. 14.* (*in Eiusdem commentat. acadd. Vol. IIII. p. 218. sq.*)

k) *cf.* L. 24. C. de Rei vindicat. L. 15. C. de Iur. dot. L. 19. C. de Procurat. L. 6 C. Si cert. petat.

l) *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. IIII. cap. XI. p. 108. sq.*

m) *Noodt l. l. cap. XV — XVIIII. p. 235. sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0435
DFG

Wissenbach n), Hamberger o), Schulting p), Donellus q), Walch r), Püttmann s) und mehrere andere wollen sie in der Voraussetzung, daß zu den Zeiten der Kayser Diocletian und Maximian der Ehebruch noch kein Capitalverbrechen gewesen, sondern erst späterhin vom Kayser Constantin dem Großen für ein solches erkläret worden sey, als ein Glossem exilirt wissen. Alles kommt hierunter begreiflich bloß darauf an, ob diese Voraussetzung gegründet ist, oder nicht; daß inzwischen letzteres der Fall sey, zeigen unter den älteren Auslegern Voet t) und Fabrottus v), unter den neueren aber vorzüglich Hommel x) aus nicht verwerflichen Gründen y). Ohne Zweifel wurde schon vor Constantin dem Großen der Ehebruch mit der Todesstrafe belegt, und man hat also gar keine Ursache, die erwähnten Worte für ein Glossem zu halten. Das Gegentheil glauben zwar die dissentirenden Rechtsgelehrten aus der *L.* 30. §. 1. *C. Ad leg. Iul. de adulter. et stupr.* erweisen zu können; allein, wenn Constantin der Große in dieser Stelle sagt: Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet, so lässet sich ja daher noch gar nicht folgern, daß er der erste gewesen sey, der den Ehebruch mit dem Tode bestrafet wissen wollte. Zudem bestätigen die Basiliken z) in

n) *Wissenbach Com. in Cod. ad L.* 18. *C. de Transact.* §. 5.

o) *Hamberger Diss. de incendiis*, (*in Eiusdem opusc. p.* 664.)

p) *Schulting l. l.* §. 11. *p.* 216. *sq.*

q) *Donellus Com. in Cod. ad L.* 18. *C. de Transact. num.* 6.

r) *Walch Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur.* Lib. I. *cap. VI.* §. 259. *p.* 468. *sq.*

s) *Püttmann Interpretatt. et obseruatt. cap. XXXV. p.* 189. *sqq.*

t) *Voet l. l.* §. 18. *p.* 438. *sqq.*)

v) *Fabrottus Ex. ad L.* 18. *C. de Transact.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p.* 1224. *sqq.*)

x) *Hommel Diss. de transactione super omittenda criminis capitalis adcusatione actore licita*, (Lipsiae 1750.) §. 6.

y) Man vergleiche noch *Emminghaus-Nott. ad de Cocceii ius civ. controu. Tom. I. Lib. II. tit.* XV. *quaest.* 9. *not. b. p.* 274.

z) *Basilic. Lib. XI. tit. II. cap. XXXV.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0436
DFG

in den Worten: In his quidem criminibus, quae sanguinis poenam ingerunt, transigere licet, EXCEPTO ADVLTERIO, und: Breviter igitur ex hac constitutione hanc regulam statuito. De criminibus, quae poenam sanguinis inferunt, recte transigimus, EXCEPTO CRIMINE ADVLTERII, die von den Kayfern Diocletian und Maximian in der *L.* 18. *C. de Transact.* beym Verbrechen des Ehebruchs gemachte Ausnahme ganz deutlich, und lächerlich ist es, wenn Reitz a) durch eine Stelle des griechischen Scholiasten der Basiliken, welche nun freylich aus einem ganz anderen Tone lautet b), die vermeintliche Interpolation ganz außer Zweifel setzen zu können glaubt, indem man vernünftiger Weise doch wohl unmöglich dem Scholiasten ein größeres Ansehen beylegen kann, als den Basiliken selbst. Der Grund übrigens, weswegen vermöge der *L.* 18. *C. de Transact.* ein Vergleich über den von einem Ehegatten begangenen Ehebruch wider die Regel unerlaubt seyn soll, bestehet darin, daß man bey den Römern, wie Scävola in der *L.* 14. *pr. D Ad leg. Iul. de adulter. coerc.* mit den Worten: Is, cuius ope, consilio, dolo malo factum est, vt vir, feminaue in adulterio deprehensa, pecunia, aliaue qua pactione se redimerent, eadem poena damnatur, quae constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur lehret, Verträge über den Ehebruch als eine strafbare Kuppeley betrachtete.

Gleich-

a) *Reitz Exc. XX. ad Theophili paraphras. Institutt. Tom. II. p.* 1243.

b) Der Scholiast sagt nach der Reitzischen Uebersetzung: Constitutio haec (*a Tribonio sic aucta*) interpretationem Herois Patricii recepit. Etenim Heros Eudoxius dicebat, super omnibus capitalibus (*criminibus*), siue ad deportationem seu exilium, siue ad metallum habeant condemnationem, licere transigere. Sed Heros Patricius dicebat, in solis (*criminibus*), quae ad sanguinem habent condemnationem, licere transigere. Haec igitur constitutio de iis, quae ad sanguinem habent condemnationem, manifeste adcepit, (*quum additum sit, excepto adulterio*), et Patricii traditionem confirmauit — Atqui adulterium neque ad sanguinem, neque capitale habet supplicium, sicut vbique didicimus, sed in semissem (*bonorum*) tantum confiscatur adulter. Quomodo igitur inter ea, quae ad sanguinem habent condemnationem, haec constitutio exemit adulterium? Discito: secundum leges veteres et constitutiones in Hermogeniano ac Gregoriano (*Codice exstantes*) recte dicis: sed hodie ex Constantini constitutione, inserta in lib. VIIII. Cod. tit. VIIII. const. 30. capitale est (*adulterium*).

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0437
DFG

Gleichwie die vorgetragenen Grundsätze des römischen Rechts auf die besondere bey uns nicht angenommene peinliche Gerichtsverfassung der Römer sich beziehen, so können sie auch heutiges Tages nicht füglich mehr zur Anwendung gebracht werden. Vermöge des heutigen Gerichtsgebrauchs lässet sich aus einem, wegen angeblich verübter Verbrechen angebotenen oder abgeschlossenen Vergleiche, kein stillschweigendes Bekenntniß herleiten, es wäre dann, daß noch andere Gründe, woraus ein genugsamer Verdacht erwächset, vorhanden seyn sollten c). Pflegt man indessen auch gleich den wegen Verbrechen eingegangenen Vergleich heutiges Tages so wenig für ein crimen falsi anzusehen, als denjenigen, der ihn eingegangen, deshalb für ehrlos zu halten, so ist es jedoch, um allem Vorwurfe zu entgehen, noch heutiges Tages räthlich, daß man einen Transact, der besonders infamirende Verbrechen zum Gegenstande hat, entweder gerichtlich und nach vorher gegangener richterlichen Einwilligung treffe, oder doch obrigkeitlich bestätigen lasse, oder daß man einem Dritten den Auftrag mache, das Vergleichsgeschäft Namens seiner selbst zu Stande zu bringen d).

§. 354.

Ein Vergleich setzt seinem Begriffe nach zum voraus, daß beyde Partheyen etwas von ihren zweifelhaften und ungewissen Prätensionen fallen lassen, und hierin liegt der distinctive Character desselben von einem Nachlaßvertrage (*pacto remissorio*), mittelst dessen nur eine Parthey unentgeltlich eines Theils ihrer Prätensionen, sie mögen zweifelhaft und ungewiß seyn, oder nicht, sich begiebt e. Daß das pactum remissorium, wie einige wollen, jederzeit ein unbezweifeltes und ausgemachtes Recht zum Gegenstande habe, lässet sich mit Grunde nicht behaupten; gewöhnlich ist zwar solches der Fall, allein man kann einen Nachlaßvertrag füglich auch über ein zweifelhaftes und streitiges Recht eingehen.

Mi-

c) *Arg.* L. 6. und *L.* 14. *D. de His, qui not. infam.*

d) von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. I. §. 103. S. 151. f.

e) *cf.* von Pölderndorf etwas von Nachlaßverträgen, (Erlangen 1788.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0438
DFG

[Minime in transactione necesse est, vt vtrimque in remissione aequalitas seruetur, sed sufficit, aliquid eum in finem remitti, vt alter a lite desistat]. Da ein Vergleich vermöge seiner Natur beständig eine ungewisse Sache oder ein streitiges Recht erfordert, so kann begreiflich zwischen den gegenseitigen Verbindlichkeiten, welche durch ihn begründet werden, nicht ein so ganz genaues Verhältniß, ein so genau abgewogenes Gleichgewicht statt finden, als es bey anderen Verträgen möglich ist. Die zweifelhafte und ungewisse Sache, der zweifelhafte und ungewisse Ausgang des Rechtsstreits, der bey jedem Vergleiche seiner Natur nach zum Grunde liegt, wenn er nicht in einen anderen Vertrag, in eine Renunciation oder Remission degeneriren soll, lässet sich nicht genau schätzen, und man kann sich daher hier bey einer auch noch so auffallenden Ungleichheit desjenigen, was die Partheyen gegenseitig von ihren Prätensionen fallen lassen, eigentlich nicht einmal eine Verletzung denken, wie fern solche nicht etwa durch Betrug, Gewalt oder Furcht veranlasset seyn sollte.

[Imo ne quidem necesse est, vt id, quod remittitur, reuera debeatur, dum transactio subsistit, quamuis nulla subsit caussa debendi, modo absit calumnia.] War eine von den Partheyen dasjenige, was sie vermöge des Transacts prästiret hat, gar nicht schuldig, so liegt bey dem Vergleiche in der Voraussetzung, daß er nicht durch Betrug, Gewalt oder Furcht veranlasset wurde, ein Irrthum zum Grunde, und es müssen daher in solchem Falle die von diesem geltenden allgemeinen Principien, welche oben f) vorgetragen worden sind, zur Anwendung gebracht werden.

§. 355.

Durch einen gültig abgeschlossenen Vergleich erhalten die Partheyen ein vollkommenes Recht, welches ihnen ohne Ungerechtigkeit nicht wieder entzogen werden kann; selbst der Regent ist ihnen solches wieder zu nehmen nicht berechtiget, nach dem in der *L.* 16. *C. de Transact.* enthaltenen Ausspruche der Kayser Diocletian und Maximian: Caussas vel lites, transactionibus legitimis finitas, inperiali rescripto resuscitari non oportet. Rechtsstreitigkeiten, welche durch einen rechtmäßigen Transact einmal beygelegt worden

f) §. 348.

den sind, sollen nicht durch ein landesherrliches Rescript wieder aufgewärmt, oder von neuem in Anregung gebracht werden. Würde sonach einer von den Transigenten wider den abgeschlossenen Vergleich ein Rescript auswirken, vermöge dessen dergleichen Rechtsstreitigkeiten resuscitirt werden sollen, so ist es höchst wahrscheinlich, daß dasselbe durch Unwahrheiten erschlichen sey; dem Impetraten stehet es daher frey, dem Rescripte die exceptionem sub et obreptionis entgegen zu setzen, auch allenfalls, wenn ihm sein ius quaesitum dennoch ungerechter Weise entzogen werden will, gegen den Landesherrn, oder gegen den Fiscal Klage zu erheben. Mit dieser Klage muß der Impetrat jede zeit rechtliches Gehör finden, es wäre denn, daß mit seinem aus dem Vergleiche erworbenen Rechte das gemeine Beste in Collision gerieth, weil er in einem solchen Collisionsfalle sich seines Rechts zum wenigsten gegen hinreichende Entschädigung zu begeben verbunden ist g). Daß auch keiner von den Transigenten selbst, ohne eine rechtmäßige Ursache, einseitig von dem abgeschlossenen Vergleiche wieder abgehen könne, lehret die *L.* 39. *C. eod.* worin die nämlichen Kayser Diocletian und Maximian an eine gewisse Martiana folgendes rescribiren: Quamuis eum, qui pactus est, statim poeniteat, transactio tamen rescindi, et lis instaurari non potest: et qui tibi suasit, intra certum tempus licere a transactione recedere, falsum adseuerauit. Die genannte Martiana hatte einen Transact abgeschlossen, den sie nachher bereuete, und wieder aufgehoben wissen wollte; es fehlte ihr aber hierunter an einer Ursache, welche von einem einmal abgeschlossenen Vergleiche einseitig abzugehen berechtiget, indem sie ihre Intention lediglich darauf gründete, daß ihr jemand gesagt habe, man könne von einem eingegangenen Vergleiche innerhalb einer gewissen Zeit, die sie in ihrer Anfrage den Kaysern bemerklich gemacht hatte, wieder zurück springen. Die Kayser rescribiren hierauf der Martiana mit dürren Worten, ein einmal abgeschlossener Vergleich könne nicht rescindirt werden, gesetzt auch, daß ihn der eine von den Transigenten sogleich bereuen sollte, und wer ihr gesagt habe, daß sie ihn aus dem Grunde anfechten könne, weil man innerhalb einer gewissen Zeit zu pönitiren befugt sey, der habe sie ganz falsch unterrichtet. Nach einer Verordnung der Kayser Arcadius und Honorius in der *L.* 41. *C. eod.* soll insonderheit derjenige, welcher einen eidlichen Transact bricht, strafbar seyn. Si quis maior annis viginti quinque, sind ihre Worte, aduersus pacta

g) *cf.* Maier *Diss. de regimine territoriali eiusque habitu ad iura quaesita subditorum*, (Tubingae 1791.) §. 13. *sqq.*

pacta vel transactiones nullo cogente imperio, sed libero arbitrio, et voluntate confectas patauerit esse veniendum, vel interpellando iudicem, vel supplicando principibus, vel non implendo promissa; eas autem, *inuocato dei omnipotentis nomine*, eo auctore solidauerit: non solum notetur infamia, verum etiam actione priuatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consequutus. Itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura seruauerint. Eos etiam huius legis vel iactura dignos esse iubemus, vel munere, qui nomina nostra placitis inserentes, *salutem principum*, confirmationem initarum iurauerint esse pactionum. Ist ein Vergleich zu mehrerer Sicherheit mit einem Eide bekräftiget worden, so soll derjenige, welcher ihn boshafter Weise dennoch nicht hält, in der Voraussetzung, daß er das Alter der Volljährigkeit bereits erreichet hat, nicht nur seines Rechts verlustig und gehalten seyn, alles dasjenige, was er aus dem Vergleiche schon erhalten hat, zu restituiren, sondern er soll auch die auf die Uebertretung des Transacts gesetzte Conventionalstrafe erlegen, und außerdem als ein Meineidiger mit der Strafe der Ehrlosigkeit belegt werden.

Bey dieser letzteren Gesetzstelle entstehen übrigens einige wichtige Fragen, die wir hier nicht unbemerkt lassen dürfen.

Zuvörderst fragt es sich: **ist die** *L.* 41. *C. de Transact.* **bey vorkommenden Fällen noch heutiges Tages in unseren Gerichten anzuwenden?** Es lässet sich gar kein Grund ausfindig machen, weswegen man die Annahme dieser Verordnung mit der Reception des justinianeischen Gesetzbuches als eines gemeinen Rechts in Deutschland bezweifeln könnte, und wenn gleich von Grönewegen h) den heutigen Gebrauch derselben dennoch leugnen will, so bezeugen hingegen Brunnemann i), Harpprecht k), Richter l) und

h) *a Groenewegen Tr. de legg. abrogg. et inusitt. ad L.* 41. *C. de Transact. p.* 448. *ed. nouiss.*

i) *Brunnemann Com. in Cod. ad* L. 41. *C. de Transact. p. m.* 129. *sq.*

k) *Harpprecht Diss. de remedio legis* 41. *C. de Transact.* §. 1. *(in Eiusdem dissertatt. acadd. Vol. I. num. VIIII. p.* 318. *sq.)*

l) *Richter Consill. et respons. Vol. II. num. CLXXVI.*

andere bewährte practische Rechtslehrer, daß sie in Praxi allerdings befolget werde.

Eine zweyte Frage ist die: **ist die Leistung eines körperlichen Eides erforderlich, wenn denjenigen, welcher einen Vergleich boshafter Weise bricht, die Strafe der** *L. 41. C. de Transact.* **treffen soll?** Bachovius m) behauptet solches mit mehreren Rechtsgelehrten; allein die Worte des Gesetzes selbst geben dazu keine Anleitung, und es ist daher, wie Harpprecht n) und Stryk o) bemerken, für hinreichend zu achten, wenn die Eidesformel der von beyden Theilen unterschriebenen Vergleichsurkunde wörtlich eingerückt ist.

Eine dritte Frage ist die: **lässet sich die** *L. 41. C. de Transact.* **vermittelst einer extensiven Erklärung auch auf andere beschworene Verträge anwenden?** Dem ersten Ansehen nach scheinet diese Frage bejahet werden zu müssen, weil die Worte des Gesetzes: *aduersus* PACTA *vel transactiones*, imgleichen: *restituta poena, quae* PACTIS *probatur inserta*, und: *careat emolumento, quod ex* PACTIONE *vel transactione illa fuerit consequutus*, nicht bloß auf einen Vergleich sich einzuschränken scheinen. Wirklich behaupten auch Harpprecht p), Brunnemann q), Menochius r) und Bachovius s) deswegen, denjenigen, der irgend einen eidlich bestätigten Contract gebrochen hat, müsse die Strafe der Infamie eben so wohl treffen, als denjenigen,

m) *Bachouius ad τὰ πρῶτα tit. de His, qui not. infam. p. 787.*

n) *Harpprecht Diss. de transactione iurata, §. 6. 7. 8. (in Eiusdem dissertatt. acadd. Vol. I. num. VIII. p. 274. sq.)*

o) *Stryk Tr. de cautell. contractt. Sect. III. cap. VII. §. 18.*

p) *Harpprecht laud. Diss. de remedio legis 41. C. de Transact. §. 40.*

q) *Brunnemann l. l. num. 4.*

r) *Menochius Consill. cap. CCCLXXII. num. 23.*

s) *Bachouius Notis et animaduerss. ad disputt. Treutl. Vol. I. Diss. VIII. thes. 5. lit. K.*

gen, der einen eidlich bestätigten Vergleich gebrochen hat, und zwar um so viel mehr, weil der Grund des Gesetzes, welcher lediglich in dem begangenen Meineide zu suchen sey, überhaupt auf alle beschworene Verträge eben so gut passe, als insonderheit auf den Transact. Bey dem allen verdienet indessen ohne Zweifel die von Hahn t) und neuerlich von den Gebr. Overbeck v) vertheidigte Meinung daß das vorliegende Gesetz eine solche extensive Erklärung nicht zulasse, als die richtigere den Vorzug. Daß die *L.* 41. *C. de Transact.* zu den Strafgesetzen gehöre, ist keinem Zweifel unterworfen; gleichwie aber bey dergleichen Gesetzen der Regel nach keine ausdehnende Interpretation statt findet x), so lässet sie sich auch bey diesem Gesetze nicht füglich annehmen, weil keine Ursache vorhanden ist, auf welche man hier eine Ausnahme von der Regel begründen könnte. Im Gegentheil stehet sogar einer extensiven Interpretation der Umstand im Wege, daß der Strafe der Infamie bey anderen Verträgen in keinem einzigen Gesetze gedacht wird. Und gleichwohl würde es einer ausdehnenden Erklärung nothwendig bedürfen, um das Gesetz auf alle andere eidlich bestätigte Conventionen anwenden zu können; denn wenn gleich in dem Gesetze nebenher von pactis und pactionibus die Rede ist, so lehret doch der ganze übrige Inhalt und Zusammenhang desselben, daß darunter nur solche Verträge verstanden werden müssen, welche durch den Vergleich bestimmet und zugleich in demselben enthalten sind. Der Grund des Gesetzes liegt auch nicht, wie die Gegner wollen, lediglich in dem begangenen Meineide, sondern er ruhet vielmehr, wie Giphanius y) bemerket, auf der besonderen Begünstigung der Transacte, welche aus so vielen anderen Verordnungen des römischen Rechts deutlich hervor schimmert.

[Vnius contrauentio alteri ius haud tribuit a transactione recedendi, sed tantum ad inplementum, vel ad id, quod interest, agi poterit,

t) *Hahn Obss. ad Wesenbec. Part. I. tit. de Transact. num.* 7. und *tit. de His, qui not. infam. num* 7.

v) Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band III. Num. CLXXXVIII. S. 1. ff.

x) L. 42. D. *de Poen.*

y) *Giphanius Explanat. difficiliorr. et celebrierr. legg. Cod. ad* L. 41. *de Transact. p.* 72.

rit, nisi forsan clausula cassatoria adiecta, aut contrauentio totum transactionis fundamentum destruat.] Ueber die Frage: ob der eine Transigent von dem abgeschlossenen Vergleiche um deswillen, weil der andere Transigent demselben entgegen gehandelt hat, einseitig wieder abzugehen befugt sey? wird unter den Rechtsgelehrten gestritten. Hebt die Entgegenhandlung des anderen Transigenten den Grund des ganzen Vergleichs auf, oder ist dem Vergleiche die commissorische Clausel, vermöge welcher er seine Gültigkeit verlieren soll, wenn der andere Transigent innerhalb einer bestimmten Zeit seine Verbindlichkeit nicht erfüllen würde, hinzu gefüget worden, so verstehet es sich, wie Hellfeld bemerket, von selbst, daß die Contravention einseitig von dem Vergleiche wieder abzugehen allerdings berechtigen müsse. Nur darüber sind demnach die Rechtslehrer in ihren Meinungen getheilet, was Rechtens sey, wenn beydes der Fall nicht ist. Claproth z), Wissenbach a), Renthe b), von Coccejus c) und mehrere andere Rechtslehrer behaupten, es könne der eine Transigent wegen der Contravention des anderen Transigenten von dem Vergleiche allerdings wieder abgehen; Donellus d), von Retes e), Grangianus f) und Emminghaus g) hingegen nehmen mit mehreren anderen Rechtsgelehrten an, die Contravention des an-

z) Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, Th. I. §. 128. S. 353. und *not. m.* S. 355.

a) *Wissenbach Exercitt. ad Pandect. Disp. X. §. 30.*

b) Renthe systematische Erläuterung der Lehre von den Transacten, §. 80. S. 181. ff.

c) *de Coccejus Iur. ciuil. controu. Tom. I. Lib. II. tit. XV. quaest. 15. p. 279. sq.*

d) *Donellus Com. ad L. 36. C. de Transact.*

e) *de Retes Opusc. Lib. II. Sect. II. cap. I. §. 10. sqq. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VI. p. 119. sq.)*

f) *Grangianus Paradox. iur. ciuil. cap. XXVIIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p. 629.)*

g) *Emminghaus Notr. ad de Cocceii Ius ciu. controu. l. l. not. k. p. 280.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0444
DFG

anderen Transigenten berechtige nur, auf die Erfüllung des Vergleichs oder das Interesse zu klagen. Die Meinung der letzteren wird nach dem Zeugnisse der bewährtesten practischen Rechtslehrer h) durch den Gerichtsgebrauch bestätiget, und sie scheinet mir auch selbst nach ächten theoretischen Gründen die wahre zu seyn. Nicht zu gedenken, daß jene Behauptung, nach welcher der eine Transigent wegen der Contravention des anderen Transigenten von dem einmal getroffenen Vergleiche einseitig wieder abzugehen befugt seyn soll, den von Verträgen überhaupt geltenden Principien ganz zuwider ist, wie ließe sie sich doch wohl mit den Grundsätzen vereinigen, welche die römischen Gesetzgeber in Absicht auf die Transacte insonderheit, die bekanntlich eine Gattung von Verträgen sind, fest setzen. Man darf nur bedenken, wie nachdrücklich die römischen Gesetzgeber überall die Aufrechthaltung eines eingegangenen Vergleichs einschärfen, und wie sehr sie überall ihr Mißfallen über die Erneuerung verglichener Rechtsstreitigkeiten zu erkennen geben, so wird man sich leicht überzeugen, daß die bloße Contravention noch keinesweges ein hinreichender Grund seyn könne, von einem gültig abgeschlossenen Vergleiche wieder abzugehen. Dem stehen nun auch die Gesetze, *L. 27. pr. D. de Inoffic. testam.* und *L. 14. C. de Transact.* auf welche die Gegner provociren, im mindesten nicht entgegen. In jener Stelle sagt Ulpian: Si, in destituta inofficioso testamento adcusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni praestatur, inofficiosi caussam integram esse, placuit; und in dieser verordnen die Kayser Diocletian und Maximian: Si diuersa pars contra placitum agere nititur, aequitatis ratio suadet, refusa pecunia, quum et tu hoc desideras, caussam ex integro agi. Die erste dieser Gesetzstellen redet von dem Falle, wo der Vergleich nudo pacto eingegangen war; gleichwie aber nach dem römischen Rechtssysteme bloße Verträge keine Klage wirkten, so mußte hier nothwendig wider den Contravenienten, um ihn zur Erfüllung des Transacts zu bestimmen, die alte Klage fortgesetzt werden; die zweyte der angezogenen Gesetzstellen aber unterstellet den Fall, wo der andere Theil die Nichterfüllung des Vergleichs sich gefallen ließ, mithin der Transact nicht einseitig, sondern mit beyderseitiger Einwilligung aufgehoben wurde, wie solches aus den Worten: *quum et tu hoc desideras*, deutlich genug erhellet.

[Trans-

h) *a Wernher Observat. forr. Tom. I. Part. III. Obs. CLXXIII.* Pütter auserlesene Rechtsfälle, Band II. Th. IIII. *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. XXXXVI. med. 5.*

[Transactio inter transigentes solum ius facit, tertio vero nec nocet, nec prodest, nisi per consequentiam.] Ein Vergleich verbindet nur diejenigen, welche denselben mit einander abgeschlossen haben; auf einen Dritten hingegen erstrecket sich in der Regel die Wirkung desselben nicht. Die Fälle, wo ein Dritter, oder ein solcher, der so wenig den Vergleich geschlossen hat, als des Transigenten Erbe geworden ist, verbunden wird, sind lediglich als Ausnahmen von der Regel anzusehen, und es treten hier die nämlichen Grundsätze ein, welche oben in der Lehre von Verträgen überhaupt vorgetragen worden sind i). *Per consequentiam* verbindet bisweilen der Vergleich einen Dritten, wie fern dieser gegen beyde Transigenten vtiliter klagen muß, wenn es durch den Vergleich ungewiß geworden ist, welcher von den Transigenten eigentlich jetzt sein Schuldner sey k).

§. 356.

Ohngeachtet der Regel nach kein Theil vom Vergleiche abzugehen, und die aufgegebene Klage von neuem anzufangen befugt ist, so giebt es gleichwohl verschiedene Ursachen, weswegen ein rechtsgültig abgeschlossener Transact wieder aufgehoben werden kann. Unser Verfasser rechnet dahin

1) **die wechselseitige Einwilligung der Partheyen.** Da Verträge überhaupt durch den gegenseitigen Consens der Interessenten zernichtet werden können, so ist kein Grund vorhanden, weswegen nicht auch Transacte insonderheit, als eine Gattung von Verträgen, auf die nämliche Weise sollten aufgehoben werden können.

2) Das

i) §. 315.

k) L. 14. *D. de Transact.* Controuersia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque, transactione facta, certa lege finita est: quaero, creditores quem conuenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent; si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam vterque in transactione expresserit, vtilibus conveniendus est.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0446
DFG

2) Das *pactum displicentiae.* Ist dem Vergleiche bey dessen Eingehung der Vertrag hinzu gefüget worden, daß einer oder der andere Theil zu pönitiren befugt seyn soll, so verstehet es sich von selbst, daß derjenige, welchem der Transact nachher gereuet, einseitig wieder von demselben abgehen, und entweder die Rückgabe des Gegebenen mittelst der condictionis caussa data verlangen, oder den Proceß fortsetzen könne.

3) Die Minderjährigkeit. Wenn Minderjährige einen Vergleich abgeschlossen haben, und nachher aus neu aufgefundenen Documenten sich ergiebt, daß ihnen der Transact zum Nachtheile gereichet, so können sie dagegen das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ergreifen. Das nämliche Recht ist auch allen denjenigen Personen zuständig, welche die Rechte der Minderjährigen zu genießen haben.

4) Die unmäßige Verletzung. Ueber die Frage: ob ein rechtsgültig abgeschlossener Vergleich aus dem Grunde einer enormen Läsion angefochten werden könne? wird unter den Rechtslehrern gestritten. Einige behaupten, es sey bey der Bestimmung dieser Frage darauf zu sehen, ob der Vergleich ein gerichtlich oder außergerichtlich abgeschlossener ist; in diesem lassen sie die Rescission wegen einer übermäßigen Verletzung zu, in jenem aber nicht 1). Andere bejahen, ohne diesen Unterschied zu machen, die gegenwärtige Streitfrage geradezu, und behaupten folglich, daß ein Vergleich allemal durch die Querel der unmäßigen Verletzung wieder

1) *Mynsinger Singularr. Obseruu. Inp. Cam. centur. I. Obs.* XXXIII. *Christinaeus Pracit. quaestt. et deciss. Tom. II. decis.* L. *Gailius Obseruu. Lib. II. Obs.* LXX. *Carpzouius Part. II. const.* XXXIIII. *def.* 1. *Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Pat. I. Lib. II. tit. XV. §.* 12. *p.* 155. *sq. de Cramer Obseruu. iur. vn. Tom. III. Obs.* DCCCLXXVII. *p.* 412. *sq.*

der aufgehoben werden könne m); noch andere endlich nehmen an, ein Vergleich könne unter dem Vorwande einer übermäßigen Verletzung niemals angefochten und rescindirt werden n). Daß unter diesen verschiedenen Meinungen die letztere die richtigste sey, habe ich bereits mit Widerlegung der übrigen an einem anderen Orte ausführlich zu zei-

m) Koeppe *Part. I. Deciss. iur. Decis. LVIII. num.* 201. *Richter Centur. varr. iur. deciss. Decis. LXXXXVIIII. Struuius Synt. iur. ciuil. exercit. VI. thes.* 67. *Fachinaeus Controuerss. iur. Lib. II. cap. XXVI. a Wernher Obseruu. forr. Lib. I. Obs. CLXXVII. Schaumburg Compend. Dig. Lib. II. tit. XV. §.* 10. *Stryk Vs. mod. Pandect. Lib. II. tit. XV. §.* 22. *Linck Diss. de transactione rescindenda ob enormem laesionem*, (Argent. 1727.)

n) *Wilduogel Diss. de transactione ob enormem laesionem non rescindenda*, (Ienae 1704.) *van den Steen Diss. de transactione ob laesionem enormem non rescindenda*, (Trai. ad Rhen.. 1736.) *Mühlhausen Diss. de transactione propter enormem laesionem non rescindenda*, (Marb. 1740.) *Knorre Diss. de transactione non rescindenda propter laesionem vltra dimidium*, (Halae 1756.) *Gangolf Disp. de transactione ob laesionem enormem non rescindenda*, (Argent. 1766.) *Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. I. cap. LVII. de Berger Resolutt. legg. obstantt. Lib. XVIII. tit. V. quaest.* 7. *Merenda Controuerss. iur. Lib. II. cap. XXI. Labittus Vs. indic. Pandect. in Wielingii Iurisprud. restit. §.* 13. *Voet Com. ad Pandect. Lib. II. tit. XV. §.* 24. *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. Obs. CXXXXIII. p.* 370. *Mencke Controuerss. selectt. iur. ciuil. Disp. I. §.* 22. *Faber de errorr. pragmm et interpretr. iur. Dec. VIII. err.* 10. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band I. Med. VII. S. 36. ff. *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. III. cap. III. membr. II. §.* 7. *p.* 490. *sqq.* Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, Th. I. §. 56. S. 128. *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri Medit. ad Pandect. Vol. I. fasc. II. Obs. CLXVI. p.* 119. *sqq.* Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Miethe und Erbzinscontract, der Cession, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel, §. 115. S. 609. Renthe systemat. Erläuter der Lehre von den Transacten, §. 62. S. 143. ff. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. IIII. Abth. II. §. 356. S. 91. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0448
DFG

zeigen mich bemühet o). Da der Vergleich, wie wir wissen, ein solcher Vertrag ist, der den Endzweck hat, einen bereits entstandenen Rechtsstreit aufzuheben, oder einem imminenten Rechtsstreite vorzubeugen, und vermittelst welchem die Partheyen beyderseits etwas von ihren zweifelhaften und ungewissen Prätensionen fallen lassen, so lässet sich leicht erachten, wie unschicklich die Anwendung der L. 2. *C. de Rese. vendit.* auf einen Transact sey. Das Gesetz redet eigentlich nur von dem Kaufcontracte, und ob man gleich aus der Raison desselben den Rechtssatz, daß es überhaupt bey oneroſen Verträgen statt finden müsse, gebildet hat, und dieser Rechtssatz auch durch den Gerichtsgebrauch bestätiget worden ist, so muß man doch hierunter nothwendig solche Verträge zum voraus setzen, die einige Aehnlichkeit mit dem Kaufcontracte haben, oder in welchen der eine Paciscent dem andern für den Empfang eines Aequivalents etwas prästiret. Die zweifelhafte und ungewisse Sache, der zweifelhafte und ungewisse Ausgang des Rechtsstreites, der bey jedem Vergleiche seiner Natur nach zum Grunde liegt, wenn er nicht in einen anderen Vertrag, in eine Renunciation oder Remission ausarten soll, lässet sich nicht genau schätzen, und man kann sich daher bey demselben eigentlich nicht einmal eine Verletzung denken; wenigstens ist es gar nicht abzusehen, wie hier die Läsion ausgemittelt und mit völliger Evidenz dargethan werden könne. Wenn also auch gleich die Gesetze hier schwiegen, und über die aufgeworfene Frage nicht disponirten, so würde doch schon hieraus ein nicht verwerfliches Argument wider die Anwendung der *L. 2. C. de Rese. vendit.* auf den Vergleich zu nehmen seyn. Indessen fehlet es auch nicht an Gesetzen, in welchen die Frage zum Vortheile der diesseitigen Meinung deutlich genug entschieden wird. Unter anderen gehöret dahin vorzüglich die *L. 78. §. vlt. D. Ad Sct. Trebell.* worin Scävola die aufgeworfene Streitfrage ganz deutlich entscheidet, wenn er folgendes verordnet: Heres eius, qui post mortem suam rogatus erat vniuersam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea repertis instrumentis, adparuit

o) S. meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. XVI. S. 208. ff.

quadruplo amplius in hereditate fuisse. *Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? respondit, secundum ea, quae proponerentur,* SI NON TRANSACTVM ESSET, *posse.* Dieses Gesetz ist ein unumstößlicher Beweis für die Wahrheit unserer Meinung und eine Klippe, an welcher die Behauptung der Gegner scheitert. Es enthält folgenden Fall. Ein Fiduciarerbe hatte die Erbschaft nicht in dem Maaße, wie es der Erblasser angeordnet hatte, und nicht vollständig, sondern nur einen sehr geringen Theil derselben dem Fideicommissar abgeliefert, unter dem Vorgeben, die Erbschaft sey nicht größer, als der abgetretene Theil; da es sich gleichwohl nachher zeigte, daß die Erbschaft weit größer gewesen sey, so fragte der Fideicommissar an: **ob er den Erben zur Restitution des übrigen Theils der Erbschaft mit Rechtsbestande anhalten könne?** weil nun die Restitution keinesweges nach des Fiduciars beliebigen Abänderungen geschehen darf p), so decidirte **Scävola**, sein Anspruch auf den übrigen Theil sey gegründet, **wenn kein Vergleich eingegangen wäre.** Offenbar war in diesem Falle, so wie er vom Fideicommissar zur Entscheidung vorgelegt wurde, nicht nur eine übermäßige Verletzung, sondern auch auf Seiten des Fiduciarerben ein böslicher Betrug vorhanden, und demohngeachtet fiel der Ausspruch des **Scävola** dahin aus, daß der abgeschlossene Vergleich nicht rescindirt werden solle; um wie viel mehr muß dies nicht bey einem Vergleiche, der zwar eine enorme Läsion enthält, bey welchem aber doch die Partheyen im guten Glauben sind, Rechtens seyn. Die Gegner bemühen sich aus allen Kräften, theils durch verschiedene Einwendungen die gesetzliche Kraft dieser Verordnung zu zernichten, theils durch ganz besondere Auslegungen dieselbe so zu modificiren, daß sie ihrer Meinung nicht entgegen stehen könne. Einige behaupten, man könne auf dieses Gesetz um deswillen keine Rücksicht nehmen, weil es durch die *L. 2. C. de Resc. vendit.* aufgehoben sey. Der Ungrund dieser Behauptung ist aber beym ersten Anblick so auffallend, daß sie in der That kaum einer Widerlegung bedarf. Die *L. 2. C. de Resc. vendit.* schränket sich, wie ich oben bereits angemerket habe, ursprünglich bloß auf die Rescission des Kaufcontracts ein; erst nachher ist sie vermöge des Gerichts-

p) *L. 78. §. 12. D. Ad Sct. Trebell.*

richtsgebrauchs auf andere oneroſe Verträge, die einige Aehnlichkeit mit dem Kaufcontracte haben, ausgedehnet worden. Wollte man alſo die *L.* 78. §. *vlt. D. Ad Sct. Trebell.* für aufgehoben achten, ſo würde ſich dazu natürlicher Weiſe kein anderer Grund angeben laſſen, als der Gerichtsgebrauch oder ein nach ſeinen rechtlichen Erforderniſſen erweisliches Gewohnheitsrecht. Dieſer Grund fällt hier gänzlich hinweg: denn die *L.* 2. *C. de Reſc. vendit.* läſſet ſich auf einen Vergleich, der ſeiner Natur nach von dem Kaufcontracte ganz heterogen iſt und nicht die mindeſte Aehnlichkeit mit demſelben hat, keinesweges analogiſch anwenden. Andere glauben, die *L.* 78. §. *vlt. D. Ad Sct. Trebell.* rede von dem Falle, wenn ein Vergleich nach aufgefundenen Inſtrumenten abgeſchloſſen worden iſt. Allein man braucht nur die Worte des Geſetzes ſelbſt anzuſehen, um ſich zu überzeugen, daß der Transact nicht erſt nach den aufgefundenen Inſtrumenten zwiſchen dem Fiduciar und Fideicommiſſar geſchloſſen, und daß alſo dieſe Auslegung ganz irrig ſey. Wichtiger iſt dem erſten Anſehen nach der Einwurf, der ſich aus der *L.* 3. §. 1. *D. de Tranſact.* gegen jenes Geſetz machen läſſet. Scävola ſcheinet ſich nehmlich ſelbſt zu widerſprechen, wenn er in derſelben folgendes verfüget: Quum tranſactio propter fideicommiſſum facta eſſet, et poſtea codicilli reperti ſunt: quaero, an quanto minus ex tranſactione conſequuta mater defuncti fuerit, quam pro parte ſua eſt, id ex fideicommiſſi cauſſa conſequi debeat? reſpondit, debere. Es laſſen ſich aber dieſe beyden Geſetze, wie Fornerius q) und Noodt r) gründlich bemerken, ſehr gut mit einander vereinigen. In dieſem Geſetze wird verordnet, daß der über ein Fideicommiß geſchloſſene Vergleich reſcindirt werden ſolle, weil ſich aus dem nachher gefundenen Codicill ergab, daß die Erbſchaft größer ſey, als ſie im Teſtamente angegeben war. Der Codicill war als ein Theil des Teſtaments zu betrachten; die Läſion mußte daher nothwendig erſetzet und zu dem Ende der Vergleich wieder aufgehoben werden, da

q) *Fornerius Select. Lib. II. cap. VIII. (in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. II. p. 55. ſq.*

r) *Noodt de pactt. et tranſact. cap. I. (in Eiuſdem opp. Tom. I. p. m. 497.)*

da die Gesetze, wie wir oben gesehen haben s), einen Vergleich über das, was jemandem im Testamente hinterlassen worden ist, bevor er noch den Inhalt des Testaments in Erfahrung gebracht hat, mißbilligen. Die *L.* 78. §. *vlt. D. Ad Sct. Trebell.* hingegen redet überhaupt von aufgefundenen Instrumenten, wegen welcher ein Vergleich nicht rescindirt werden kann t).

[Minime *transactio generalis* sub praetextu specierum postea repertarum rescindi, bene vero res, quae in contemplatione tempore transactionis non fuerunt, speciali actione peti possunt.] Ein allgemeiner Vergleich, oder ein solcher, der über einen mehrere Individuen unter einem gemeinschaftlichen Namen in sich begreifenden Gegenstand geschlossen worden ist, kann aus dem Grunde, daß sich nachher noch Species finden, welche zu dem verglichenen Genus gehören, nicht wieder aufgehoben werden. In der *L.* 29. *C. de Transact.* heißt es ausdrücklich: Sub praetextu specierum post repertarum generali transactione finita rescindi, prohibent iura, womit auch dasjenige, was die *L.* 12. *D. eod.* verordnet: Non est ferendus, qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea caussetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit, vollkommen überein stimmet. SPECIES POST REPERTAE sind hier solche Sachen, auf welche der allgemeine Vergleich zwar dem Wortverstande nach gehet, aber nicht nach der wahren Absicht der Transigenten, weil sie damals, als sie den Vergleich eingiengen, von diesen Sachen noch nichts wußten, sondern solche erst nachher entdeckt und ausfindig gemacht haben. Es gehöret hieher z. B. folgender Fall. Mehrere Erbschaftsprätendenten vergleichen sich mit einander wegen ihrer Erbansprüche über-

s) §. 349.

t) *L.* 19. *C. de Transact.*

v) *L.* 29. *C. eod.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0452
DFG

überhaupt, so daß der ganze Nachlaß dem einen Transigenten für ein gewisses Vergleichsquantum überlassen wird; man hat bey dem Vergleiche ein Inventarium zum Grunde gelegt, worin einige Erbschaftsstücke ausgelassen sind, die erst nachher entdeckt werden. Diese Erbschaftsstücke sind *species post repertae*, und begründen keine Rescission des Vergleichs. Extendirt darf indessen der Transact auf dergleichen nachher gefundene Species nicht werden; in dieser Rücksicht sagt unser Verfasser ganz richtig: speciali actione peti possunt. Hat gleich einer von den Transigenten in dem Vergleiche allen seinen Ansprüchen entsagt, so kann er dennoch wegen der neu vorgefundenen Sachen allerdings klagen, und es stehet ihm deshalb nach der bekannten Regel: transactio ad non cogitata non extenditur, die exceptio transactionis keinesweges entgegen x).

§. 357.

Was die Erklärung der Transacte anbetrifft, so gilt von derselben im Allgemeinen alles dasjenige, was oben von der Interpretation der Verträge überhaupt gelehret worden ist y). Gleichwie jeder Vertrag nach der Absicht der Paciscenten zu erklären ist, so muß auch bey der Erklärung der Transacte auf die Intention der Partheyen gesehen werden. Unmöglich kann man daher mit von Leyser z), Voet a) und einigen anderen Rechtslehrern annehmen, daß jeder Vergleich strictae interpretationis sey b); auch Vergleiche lassen eine

x) *cf.* Hellfeld *Diss. de eo, quod ob species nouiter repertas circa transactiones iuris est, (in Eiusdem opusc. p. 54. sqq.)*

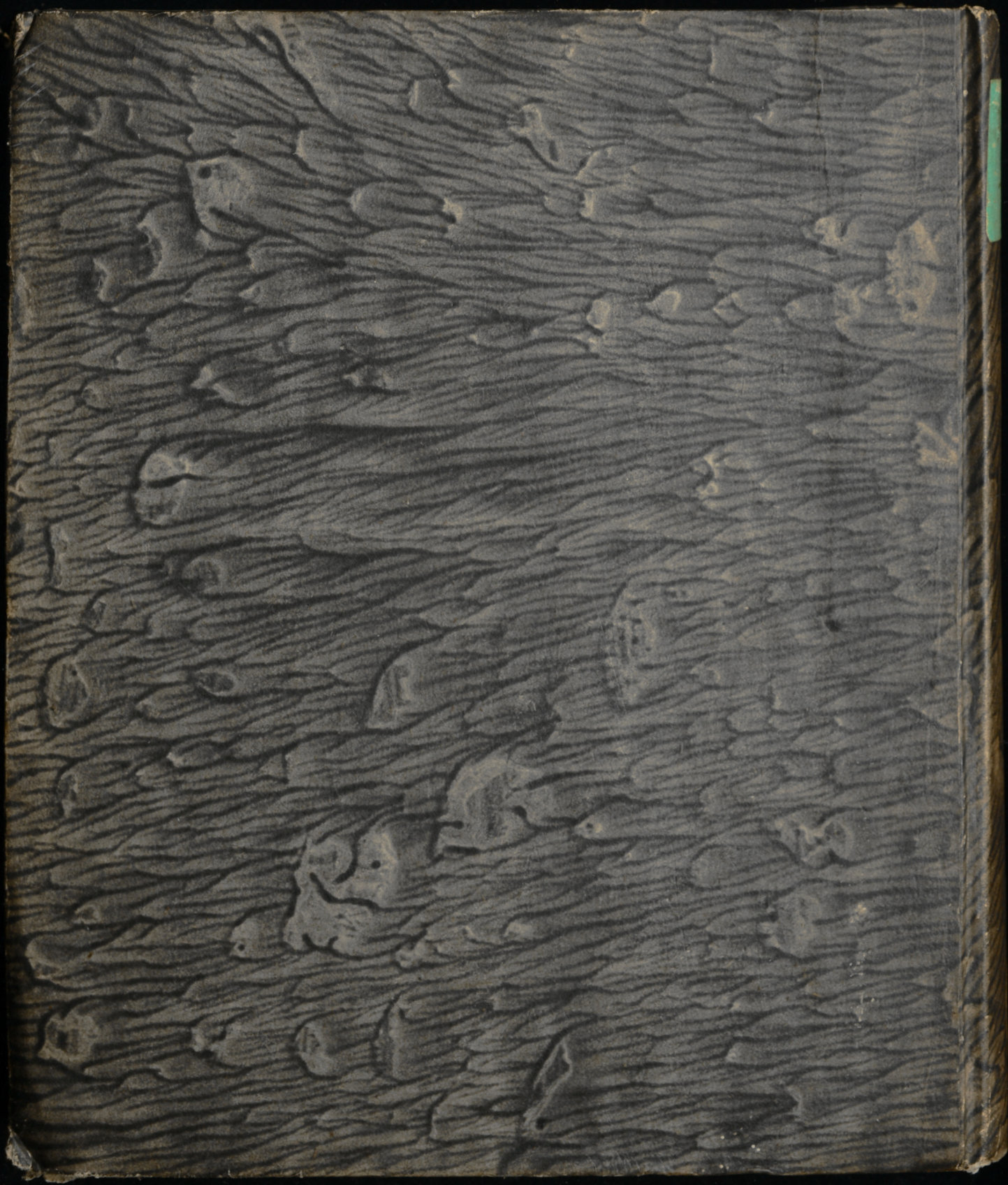
y) §. 344.

z) *a* Leyser *Meditatt. ad Pandect. Specim. XXXXVI. med. 8.*

a) *Voet Com. ad Pandect. Tom. I. Lib. II. tit. XV. §. 21.*

b) *cf.* Gönner juriſt. Abhandlungen, Th. I. Num. IIII.

eine ausdehnende Erklärung zu, wenn solche der Absicht der Transigenten gemäß ist. Würde inzwischen nach sorgfältiger Prüfung alles dessen, was der Inhalt des Vergleichs ergiebt, die Absicht der Transigenten zweifelhaft bleiben, und zu einer extensiven Interpretation kein genugsamer Grund vorhanden seyn, so ist freylich in Gemäßheit der Regel: *renunciatio in dubio non praesumitur*, der Vergleich eher einschränkend als ausdehnend zu erklären.



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198851/phys_0458
DFG

factiones nullo cogente imperio, sed libero arbitrio, et
fectas patauerit esse veniendum, vel interpellando iudi-
blicando principibus, vel non implendo promissa; eas
o dei omnipotentis nomine, eo auctore solidauerit: non so-
nfamia, verum etiam actione priuatus, restituta poena,
obatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolu-
ex pactione vel transactione illa fuerit consequutus.
eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata
auerint. Eos etiam huius le is vel iactura dignos esse
munere, qui nomina nostra placitis inserentes, *salutem*
nfirmationem initarum iurauerint esse pactionum. Ist
u mehrerer Sicherheit mit einem Eide bekräftiget worden, so
elcher ihn boshafter Weise dennoch nicht hält, in der Voraus-
das Alter der Volljährigkeit bereits erreichet hat, nicht nur
erlustig und gehalten seyn, alles dasjenige, was er aus dem
erhalten hat, zu restituiren, sondern er soll auch die auf die
s Transacts gesetzte Conventionalstrafe erlegen, und außerdem
iger mit der Strafe der Ehrlosigkeit belegt werden.

letzteren Gesetzstelle entstehen übrigens einige wichtige Fragen,
t unbemerkt lassen dürfen.

fragt es sich: **ist die** *L.* 41. *C. de Transact.* **bey vorkommen-**
ch heutiges Tages in unseren Gerichten anzuwenden?
r kein Grund ausfindig machen, weswegen man die Annahme
ng mit der Reception des justinianeischen Gesetzbuches als eines
s in Deutschland bezweifeln könnte, und wenn gleich von
h) den heutigen Gebrauch derselben dennoch leugnen will, so
gen Brunnemann i), Harpprecht k), Richter l) und

wegen Tr. de legg. abrogg. et inusit. ad L. 41. C. de Transact. p.
iss.

ann Com. in Cod. ad L. 41. C. de Transact. p. m. 129. sq.

cht Diss. de remedio legis 41. C. de Transact. §. 1. (in Eiusdem disser-
Vol. I. num. VIII. p. 318. sq.)

C nsil. et respons. Vol. II. num. CLXXVI.