

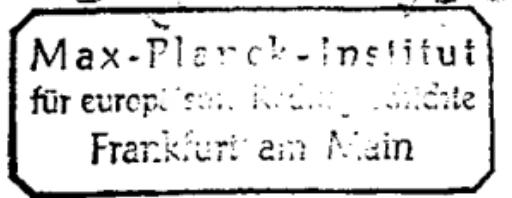
Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
H e l l f e l d
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der
Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Gehösten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1800.

Deubelz
15 Ak 35



64 / 3382

Fortsæzung
des vierten Titels
De Minoribus XXV. annis.

§. 460.

Die Restitution der Minderjährigen setzt eine erlistete Lässion voraus.

Minderjährige können jedoch nur gegen solche Geschäfte die Restitution suchen, durch die sie eine wirkliche, und auch nicht ganz unerhebliche Verlezung erlitten haben¹⁾. Sie wird ihnen daher ertheilet,

I) wenn sie ein Recht verloren, das sie hatten, oder sonst eine wirkliche Verminderung ihres Vermögens erlitten haben, und zwar nicht nur

a) in aussergerichtlichen Geschäften, z. B. durch Vergleich²⁾, Theilung gemeinschaftlicher Sachen³⁾, Kauf, oder Verkauf⁴⁾, letzter sei von ihnen selbst⁵⁾, oder von ihren Pfandgläubigern zu ihrem Nachtheil geschehen⁶⁾; Erlaß-

fung

1) *L. 44. D. b. t. L. 9. pr. L. 49. D. eodem.*

2) *L. 1. et 2. C. Si adv. transact. DOMPIERRE h. t. §. 59.*

3) *L. 1. Cod. cit. VOET ad Pand. h. t. §. 20.*

4) *L. 7. §. 1. D. b. t.*

5) *L. 1. et 2. C. Si adv. vendit.*

6) *L. 7. §. 1. D. de distract. pign. L. 1. et 2. C. de praed. et aliis reb. minor. L. 1. Cod. Si adv. vendit. DOMPIERRE h. t. §. 32.*

fung einer Schuld⁷), Aufnahme eines Darlehns⁸), Annahmung einer Zahlung⁹), Novation, wodurch sie einen unsicheren Schuldner statt eines sichern angenommen¹⁰), u. d. sondern auch

b) in gerichtlichen Geschäften, z. B. durch Verabsäumung einer Nothfrist, Vernachlässigung der Beweismittel, oder zuständiger Exceptionen, unterlassene Einwendung der ihnen gegen ein gravirliches Urteil zu kommenden Rechtsmittel, u. d. m.¹¹).

II) Wenn

- 7) L. 27. §. 2. D. b. t.
- 8) L. 27. §. 1. D. b. z. Hat der Minderjährige das erborgte Geld unsicher ausgelehnt, so muß er seinem Gläubiger das Recht an seinen Schuldner abtreten. Hat er für das Geld ein Grundstück, aber viel zu theuer, gekauft, so kann er verlangen, daß der Verkäufer dasselbe zurücknehme, und ihm sein Geld wieder herausgebe, damit der Gläubiger davon bezahlt werde. Hat hingegen der Minderjährige das Geld verschwendet, dann verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht ganz.
- 9) L. 7. §. 2. D. b. z. Daß die Zahlung dem Wormund, oder mit dessen Einwilligung dem Minderjährigen geleistet worden ist, sichert den Schuldner nicht, wenn der Minderjährige um das Geld kommt. L. 1. Cod. Si adv. solution. S. Ios. Fern. de RETES Opusculor. Lib. I. cap. 9. (in Thes. Meermannian. T. VI. pag. 47.) Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 26. Nur gegen eine unter gerichtlichem Unsehen geschehene Zahlung findet keine Restitution Statt. §. ult. I. Quib. alienare licet. L. 25. Cod. de admin. tutor. et curator. voigt ad Pand. h. t. §. 22. und Ge. Jac. Fried. Meisters praktische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Bd. Hemets. 18.
- 10) L. 27. §. 3. D. b. t.
- 11) L. 7. §. 11. L. 36. D. b. z. Tot. Tit. Cod. Si adv. rem indicat.

II) Wenn sie einen Vortheil, den sie aus einem ge- gründeten Recht hätten erlangen können, aus den Händen gelassen haben¹²⁾). Z. B. ein Minderjähriger hat aus Ueberreilung ein Vermächtniß nicht angenommen, oder bei einer legitimen Option das Schlechtere statt des Bessern gewählt¹³⁾), oder eine Erbschaft ausgeschlagen; nur müssen freylich in diesem letztern Falle die Intestaterben nicht etwa schon die Erbschaft veräußert haben, sondern es muß noch res *integra* seyn¹⁴⁾). Wäre indessen der Minderjährige ein suus heres, und er hätte von der väterlichen Erbschaft aus Leichtsinn abstinent, so kann er noch die Restitution erhalten, wenn auch die Erbgüter schon verkauft wären¹⁵⁾). Endlich

III) wenn sie eine Beschwerde oder Verbindlichkeit übernommen haben, die sie hätten ablehnen können¹⁶⁾). Das hin gehört, wenn ein Minderjähriger eine nachtheilige Erbschaft angetreten¹⁷⁾), oder ein beschwerliches Legat angenom-

A 2

men

12) L. 7. §. 6. et 8. D. b. t.

13) L. 7. §. 7. D. eod.

14) L. 24. §. 2. D. eodem.

15) L. ult. in fin. Cod. de repudianda vel abstinentia hereditate. voigt h. t. §. 24. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIX. Tit. 2. §. 40. in fin.

16) L. 6. D. b. t.

17) L. 7. §. 5. et 9. D. b. t. Nach diesem Gesetz kann sogar der Minderjährige gegen die Untretlung einer Erbschaft auch dann die Restitution erhalten, wenn er gleich schon vorhin einmal selbige repudiirt, und dagegen die Wiederherstellung erhalten hatte. Allein nach der L. fin. §. 6. Cod. de bonis quae liber. geht das nicht mehr so schlechthin an, ne ludibrio leges ei fiant, saepius eandem et amplecti et respnere hereditatem cupiente, wie Justinian sagt. Man will jedoch dieses

Ge-

men¹⁸⁾), oder für einen Andern Bürgschaft geleistet hat¹⁹⁾, u. d. m.

Es muß nur aber immer

a) eine wirkliche Läson vorhanden seyn. Die Restitution fällt daher weg

a) wenn der Minderjährige unterlassen hat, seinen Schuldner durch Interpellation in moram zu versezzen. Denn bei den Schuldner der Minderjährigen tritt der Verzug mit seinen Wirkungen ipso iure ein. Es müssen daher dem minderjährigen Gläubiger die Verzugszinsen bezahlt werden, wenn auch keine Interpellation geschehen ist²⁰⁾.

b) Wenn er versäumt hat, eine Klage, die blos auf Rache abziweckt, anzustellen. Er wird daher gegen eine unverlassene Injurien-Klage nicht restituirt²¹⁾.

c) Wenn

Gesetz blos von dem Falle versteht, da der Vater die Erbschaft für seinen unmündigen filiumfamilias angetreten, oder repudiirt hatte, und dieser nachher gegen die Handlung seines Vaters restituirt worden ist. Denn Justinian sagt gleich nachher: *Si enim, quod pater fecit, filius ratum non habuit, et propter hoc restitutus est; quomodo ferendus videatur, item iudicium amplectens, quod post patris voluntatem contra ria affectione aspernendum esse existimavit.* Man sehe voigt ad Pand. h. t. §. 27. und DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 45.

18) L. 33. D. b. z.

19) L. 7. §. 3. D. eod.

20) L. 3. Cod. in quib. caus. restitue, in integr. necessaria non est. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Band. 94.

21) L. 37. pr. D. b. z.

c) Wenn er unterlassen hat, die Ermordung seines verstorbenen Erblassers gerichtlich zu ahnden ²²⁾). Denn einem minderjährigen Erben schadet das crimen inultae mortis nichts ²³⁾).

d) Wenn seiner Forderung noch keine prae scriptio longissimi temporis, oder wenigstens keine temporelle Conventionalverjährung entgegen steht. Denn gegen den Lauf einer prae scriptio legalis longi temporis ist er schon ipso iure gesichert ²⁴⁾). Allein eine Conventionalpräscrip-

A 3

tion,

22) L. 1. Cod. in quib. caus. restitut. in integr. nec. non est.

23) L. 6. Cod. de bis, quibus ut indignis.

24) L. 3. C. quibus non obiicitur longi temp. prae scr. L. fin. Cod. in quib. caus. restit. in integr. nec. non est. L. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. Hierdurch ist also die L. un. C. Si adv. usucap. nach welcher der Minderjährige auch gegen den Ablauf der Usucaption die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen muß, um so mehr aufgehoben, als nach der L. un. C. de transform. usucap. die Usucaption mit der longi temporis prae scriptio einerley Rechte hat. VOET h. t. §. 29. Die Präscriptionen gerichtlicher Notfristen im Proces gehörten jedoch hierher nicht. Diese laufen auch den Minderjährigen, L. 7. §. 11. D. b. t. L. 13. §. ult. Cod. de Iudic. L. 1. C. Si saepius in integr. restit. und hierin ist durch die L. fin. C. in quib. caus. nichts geändert, wie I. H. BOEHMER in Diss. de cursu prae scriptio contra minores suspensiō (Halae 1729.) §. 24. gezeigt hat. Gegen diese muß also der Minderjährige die Restitution suchen. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen indessen den Minderjährigen auch gegen eine dreißigjährige Präscription die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestatten; z. B. VOET c. l. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 824. Allein man siehe GIPHANIUS Explanat. ad L. ult. Cod. in quib. caus. in integr. restitut. nec. non est.

tion, d. i. eine solche Einrede, welche demjenigen entgegen gesetzt werden kann, der sein Recht binnen der durch Vertrag bestimmten Zeit nicht ausgeübt hat, steht dem Minderjährigen allerdings entgegen. Z. B. wenn sich derselbe bei dem Verkauf eines Grundstücks den Wiederkauf binnen einer gewissen Zeit vorbehalten, oder einen Kauf sub lege commissoria geschlossen hat. Hat in diesen Fällen der Minderjährige die Zeit versäumt, so muß er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen²⁵⁾). Endlich

e) wenn das Geschäft, in Ansehung dessen der Minderjährige eine Verbindlichkeit übernommen hat, zu seinem Besten geschlossen worden, und für ihn wirklich vortheilhaft ist²⁶⁾.

2) Die Lassion muß durch das Geschäft selbst entstanden seyn, wider welches der Minderjährige die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht. Wenn daher das Geschäft mit aller Vorsicht geschlossen worden ist, und der Minderjährige durch bloßen Zufall Schaden bei der Sache leidet; z. B. der Minderjährige kauft zu seiner Bedürfnis ein Pferd, und dieses fällt ihm darauf durch bloßen Zufall; so findet seine Wiederherstellung statt, denn sein Verlust liegt nicht in dem geschlossenen Geschäft²⁷⁾). Hätte er hingegen den Zufall bei grösserer Ueberlegung und Vorsicht verhütten können, der Zufall ist also ein *casus mixtus*; so kann ihm

p. 105. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. BERGER Oecon. Jur. Lib. II. Tit. 2. Th. 23. in fin. und DOMPIERRE h. t. §. 65.

²⁵⁾ L. 38. D. b. r. VOET h. t. §. 30. und DOMPIERRE h. t. §. 66.

²⁶⁾ LEYSER Specim. LX. med. 10.

²⁷⁾ L. 11. §. 4. D. b. r.

ihm die Restitution nicht versagt werden. Z. B. es tritt ein Minderjähriger eine Erbschaft an, die Anfangs ganz vortheilhaft zu seyn schien. Allein sie enthielt viel Sachen, die der Sterblichkeit unterworffen waren. Hätte sie der Minderjährige in Zeiten verkauft, wozu es ihm nicht an Gelegenheit fehlte, so hätte er den Schaden, den er durch eintretende Sterbsfälle nachher erlitten hat, leicht verhüten können. Es fanden sich überdem verborgene Schulden, die man aber doch hätte vermuthen können. Kurz die Erbschaft leidet eine beträchtliche Verminderung. Hier kann er restituirt werden²⁸⁾). Endlich

3) muß auch die Verlezung offenbar und nicht unerheblich seyn²⁹⁾). Der Richter muß dies aus den Umständen beurtheilen, und nach der Billigkeit erwägen³⁰⁾). Denn wollte man die Minderjährigen um jeder unerheblichen Ursache willen in integrum restituiren, so würde man ihnen, wie Paulus³¹⁾ sagt, mehr Schaden als Vortheil schaffen, weil es Niemand leicht wagen würde, sich mit solchen Personen in einen Handel einzulassen.

§. 461.

Gegen wen kommt den Minderjährigen die Restitution zu?

Die Restitution sucht der verletzte Minderjährige

A 4

I) ge-

28) L. II. §. 5. D. h. c. Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Minderjähriger etwas auf das Koos hat ankommen lassen, und dadurch in Schaden gekommen ist. HUBER Praelect. ad Pand. h. c. §. 4.

29) IO. PARLADORIUS Ret. Quotidian. Lib. II. cap: fin. §. 13. n. 18. u. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 44.

30) MÜLLER ad Struvium c. l. not. β.

31) L. 24. §. 1. D. eodem.

1) gegen den, mit welchem er das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, so wie auch gegen dessen Erben ³²⁾). Ja sie wird ihm sogar gegen solche Personen ertheilt, wider welche ein anderer Gläubiger mit seiner Klage nichts ausrichten kann; z. B. gegen einen filium familias, dem er ein Darlehn gegeben, oder gegen eine Frauensperson, die sich für den Schuldner des Minderjährigen verbürgt hat, insofern er nämlich von diesem seine Bezahlung nicht erhält ³³⁾). Magis enim aetatis ratio, sagt Ulpian ³⁴⁾, quam Senatusconsulti habenda est. Auch gegen den Fiscus wird der Minderjährige restituit ³⁵⁾, es muß nur der Fiscus die Sache des Minderjährigen nicht etwa wegen einer Schuforderung, die er an diesen hatte, verkauft haben, obgleich auch in diesem Falle dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand alsdann nicht versagt werden kann, wenn desselben Sache durch Collusion und Betrug des Fiskalischen Sachwalters um einen zu geringen Preis verkauft worden ist ³⁶⁾). Hat der Minderjährige den nachtheiligen Handel mit einem andern Minderjährigen geschlossen; so kommt es nach Ulpians ³⁷⁾ Entscheidung zuförderst darauf an, wer von beyden verletzt ist. Ist einer von

bey-

32) L. 6. et 7. Cod. de in integr. restit. minor.

33) L. 11. §. 7. et L. 12. D. b. t.

34) L. 13. §. 7. D. eod.

35) L. 1. C. Si adu. fiscum.

36) L. fin. Cod. eod. LAUTERBACH Collg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

37) L. 11. §. 6. D. b. t. L. 34. D. eodem. S. Io. Siegfr. WIENTZER Commentat. de vero sensu L. 11. §. 6. et 7. D. de minorib. Uratislaviae 1773.

benden durch den Handel reicher geworden, so kann derjenige, welcher den Schaden ersitten hat, Wiederherstellung erhalten. Sollten aber beide verletzt seyn, und beide sich auf ihre Rechtswohlthat berufen, z. B. ein Minderjähriger hat von dem andern Geld aufgenommen, und solches verloren, so kann nur derjenige, der das Geld empfangen hat, allein die Restitution erhalten, um von der Zurückzahlung befreyet zu werden, nicht der Unleicher, weil hier eine Collision gleicher Rechte eintritt, in welcher das besondere Recht des Beklagten dem Recht des Klägers vorgeht³⁸⁾.

2) Gegen leibliche Eltern wird jedoch die Restitution den Minderjährigen nicht ertheilt, weil es gegen die Ehreobietung, welche Kinder ihren Eltern schuldig sind, freiten würde, zu behaupten, daß sie von ihren Eltern verletzt oder vervorteilt worden wären³⁹⁾. Dahingegen findet gegen Adoptiv-Eltern, ferner gegen Stiefeltern, so wie auch gegen eine leibliche Mutter, als gewesene Vormünderin, wenn sie durch ihre Wiederverheirathung die Kinder in Schaden

A 5 ges-

38) Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 28. und Alb. Phil. FRICK Disp. de exceptione curatoris nondum excusli restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante (Helmstadii 1796.) §. 14. Einen besondern Fall von zwey Minderjährigen, von denen jeder ein Loos in der Lotterie genommen, und einer dem andern versprochen hatte, daß er dasjenige, was er mit seinem Loos gewinnen würde, mit dem andern theilen wolle, hat BAUER in Respons. iuris Resp. XCI.

39) L. 2. C. *Qui et adv. quos.* Tob. Iac. REINHARTH select. Observation. ad Christinæ Declinationes Vol. II. Obs. 20. pag. 34. sq.

gebracht hat, die Restitution statt⁴⁰). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräußert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vorteilt habe⁴¹).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen⁴²). Könnte also der Minderjährige den Schadens-

40) Nov. CLV. cap. I. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.^{*} S. 465.

41) L. 13. §. 1. D. b. t.

42) L. 13. §. 1. D. cit. — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursum eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

densersatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, so kommt ihm gegen den dritten redlichen Besitzer seiner Sache keine Restitution zu ⁴³⁾).

c) Wenn der Minderjährige ein erweisliches Interesse dabei hat, die Sache selbst in Natur wieder zu erhalten ⁴⁴⁾). Z. B. bey einem Kaufhandel sub pacto addictio- nis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben soviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundstück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Besitzer die Restitution suchen, wenn er sein Interesse, das Grundstück selbst wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann be- weisen, das erkaufte Grundstück komme von seinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen ⁴⁵⁾). Endlich

d) wenn

faciendam: si ignoravit, et prior emtor solvendo esset, non esse faciendam; sin vera non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emtor est.

43) L. 14. D. eodem. Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus sit: nihil novi constituendum est in eum, qui rem bona fide emerit: idque et POMPONIUS scribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) L. 9. pr. D. b. r. L. 39. §. 1. D. eod. L. 39. D. de eviccion. FABER cit. loc. Err. 1. In diesem Falle ist kein Unterschied, ob derjenige, wider welchen die Restitution ge- sucht wird, der dritte oder zehnte Besitzer ist. Per plures quo- que personas si emtio ambulaverit, sagt L. 15. D. b. r. idem iuris erit. Man sehe auch VOET h. t. §. 35.

45) L. 35. D. b. r. Cujaz will dieses Gesetz von einem sol- chen Falle verstehen, wo der Minderjährige sich bey einem öffent-

d) wenn von Kindern, als suis heredibus, der Minderjährigkeit wegen die Wiederherstellung gegen eine geschehene Lössagung von der väterlichen Erbschaft gesucht wird, so kommt ihnen solche nicht nur gegen den statt ihrer eingetretenen Erben, sondern auch gegen den Dritten zu statthen, an welchen die Erbgüter veräußert worden sind⁴⁶⁾.

§. 462.

Die Restitution der Minderjährigen bringt nicht immer alles wieder in den vorigen Stand. Zuweilen fällt sie ganz weg.

Die Wirkung einer wegen der Minderjährigkeit erhaltenen Restitution ist zwar nach den Grundsätzen zu bestimmen, welche oben⁴⁷⁾ von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt sind vorgetragen worden; es ist jedoch hier noch folgendes zu bemerken.

I) Nicht immer kommt durch die Wiederherstellung eines Minderjährigen die Sache ganz wieder in den Zustand zurück, in welchem sie vorher war, sondern zuweilen geschieht die Restitution ex nunc und salvo iure tertii. Dies ist der Fall, wenn ein Minderjähriger gegen die geschehene Antretung einer Erbschaft restituirt wird. Denn hier bleibt

a) alles

öffentlichen Verkauf an den Meistbietenden (venditione fiscali) die feilgebotene Sache aus den Händen gehen ließ, weil er überboten wurde. Allein man sehe Ios. FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris. pag. 246. sqq.

46) L. 6. in fin. Cod. de repud. vel abstин. hereditie. Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annahmung und Ablehnung der Erbschaft vc. §. 264. S. 141.

47) Man sehe den 5. Theil dieses Commentars §. 442.

a) alles gültig, was derselbe vor der Restitution, da er die Erbschaft noch unter sich hatte, als Erbe vorgenommen hat, damit kein Dritter unter dieser Veränderung leide. Was er daher an Vermächtnissen oder an Schulden aus der Erbschaft bereits bezahlt hat, braucht er selbst nicht wieder zu erstatten, und es können auch diejenigen Gläubiger, welche ihr Geld erhalten haben, deshalb von andern Erbschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden⁴⁸⁾). Nur die bereits ausgezahlten Vermächtnisse müssen von den Legatarien zurückgegeben werden. Derjenige, welcher nun statt des Minderjährigen die Erbschaft erhält, kann sie als eine Nichtschuld zurückfordern⁴⁹⁾). Wer hingegen von den Erbschaftssachen etwas gültig an sich gekauft hat, darf es behalten, der Minderjährige mag das dafür erhaltene Geld noch haben oder nicht⁵⁰⁾).

b) War dem Minderjährigen auf den Fall, da er die Erbschaft nicht antreten würde, ein Anderer substituiert; so wird die durch die Antretung der Erbschaft einmal erloschene Substitution⁵¹⁾ dadurch nicht wieder gültig, wenn der Minderjährige gegen die geschehene Adition restituirt wird⁵²⁾.

Denn

48) L. 22. D. b. t. L. 31. D. eodem.

49) L. 5. D. de conduct. indeb. VOET h. t. §. 26.

50) L. 44. D. de acquir. vel omitt. heredit. Westphal im angeführten Commentar §. 208. S. 109.

51) L. 5. Cod. de impub. et aliis substitut.

52) L. 7. §. 10. D. b. t. Ant. MERENDA Controversiar. iuris Lib. IV. cap. 9. ARN. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 14. de cocceji iur. civ. controv. T. II. Lib. XXVI. Tit. 6. Qu. 8. insonderheit WALCH Introduc. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 30. (nach der neuesten Ausgabe)

Denn die Wirkung der erhaltenen Restitution bestehtet in diesem Falle nur darin, daß der Minderjährige die Erbschafe, so weit er sie besitzt, und nicht dolo zu besitzen aufgehört hat, herausgeben muß, und hierdurch von aller weitem Verbindlichkeit eines Erben befreiet wird⁵³⁾. Keinesweges aber kann diese Wirkung so weit erstreckt werden, daß man rechtlich annehmen könnte, als seyn der Minderjährige nie Erbe gewesen, weil nach einem bekannten Grundsatz des Civilrechts derjenige nie aufhört Erbe zu seyn, der es einmal geworden ist⁵⁴⁾.

2) Die Restitution fällt ganz weg, wo Wiederherstellung des vorigen Zustandes nach der Natur des eingegangenen Geschäfts unmöglich ist. Daher findet keine Wiederherstellung statt,

a) ge-

be Ienae 1791.) Anderer Meinung sind zwar VOET ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. VI. §. 14. ANT. FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. III. cap. 4. CLAUD. CHIFLETIUS de Substitutionibus cap. 13. ODDUS de Restitut. in integr. P. II. Quaest. LXII. Art. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 6. §. 16. u. a. m. allein die Gründe dieser Meinung sind widerlegt von THEOD. CHRIST. FRID. RAYDT in Exerc. iur. civ. ad L. VII. §. 10. D. de minor. sist. disquisit. quaestionis controversae: an heredi substituto, instituto adversus aditionem hereditatis ob minorem aetatem in integrum restituto, deferatur ius succedendi. Lingae 1794.

53) L. un. §. 2. C. de reputation, quae fiunt in iud. in int. restitut. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 118. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. LXII. Westphal a. a. D. §. 210. b.

54) L. 88. D. de hered. instit.

a) gegen eine Manumission, sondern der Minderjährige kann hier blos auf das Interesse gegen denjenigen klagen, durch den er dadurch lädiert worden ist⁵⁵⁾.

b) Gegen eine vollzogene Ehe⁵⁶⁾. Denn diese kann nur wegen einer Verletzung der ehelichen Treue getrennt werden⁵⁷⁾. Ist hingegen die Ehe noch nicht vollzogen, so findet gegen ein bloßes Eheversöhnlich die Restitution ohne Zweifel Statt⁵⁸⁾, wenn der minderjährige Verlobte zeigen kann, daß es ihm nachtheilig sei⁵⁹⁾; ja es bedarf nicht einmal nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten⁶⁰⁾ eines besondern Beweises, daß ihm die Sponsalien nachtheilig sind, weil sie insofern immer schon an sich als nachtheilig anzusehen sind, daß sie die Freiheit, eine andere Ehe einzugehen, einschränken, und den Minderjährigen, wenn er sie wider seinen Willen und Neigung vollziehen müßte, eine mißvergnügte Ehe befürchten lassen. Gegen nachtheilige

Ehe-

55) L. 9. §. fin. L. 10. L. 11. D. b. z. L. 2. et 3. Cod. Si adv. libertatem.

56) I. H. BOEHMER Ius Eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. I. §. 79. DOMPIERRE h. t. §. 54.

57) MÜLLER ad Struvium Exercit. VIII. §. 57. not. β.

58) BOEHMER iur. eccles. Protest. c. I. §. 87. sqq. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 5. Der Minderjährige muß nur nicht etwa seine Braut geschwängert haben. S. Kleins Annalen der Preuß. Gesetzgebung. 12. Band Nr. VII. S. 32.

59) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCXCV. med. S.

60) BOEHMER c. I. §. 88. und WALCH Introd. in controv. iur. civ. c. I. §. 4. pag. 42. Diese Meinung ist auch in den Preuß. Gerichten angenommen. S. Kleins Annalen a. a. O. S. 33.

Eheverträge, wodurch ein Minderjähriger, z. B. bei der Schädigung des Henrathsguts, verletzt worden ist, findet ebenfalls die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt⁶¹⁾.

3) Zuweilen bleibt die dem Minderjährigen ertheilte Restitution ohne Wirkung, nämlich wenn der Minderjährige keinen Gebrauch davon machen will, wozu ihn niemand nöthigen kann. Wollte sein Gegner in einem solchen Falle wider ihn ex causa iudicati klagen, so würde er ihm die Einrede (exceptio utilis) entgegen setzen können, daß nicht um seinetwillen die Restitution ertheilt sei, und er sich nicht beschweren dürfe, wenn die Sache in dem Zustande bleibt, in welchen sie durch ihn selbst gebracht worden ist⁶²⁾.

§. 463.

Wie lange kann die Restitution der Minderjährigkeit wegen gesucht werden?

Wenn die Frage ist, wie lange die Restitution wegen der Minderjährigkeit gesucht werden könne, und wenn diese Zeit zu laufen anfange? so sind folgende Fälle zu unterscheiden. Der Minderjährige sucht entweder selbst die Wiederherstellung, oder dessen Erbe.

I) Wenn der Minderjährige selbst die Restitution verlangt, so muß sie der Regel nach binnen vier Jahren

61) L. 9. §. 1. D. b. t. L. un. Cod. Si adu. dote m. DOMPIERRE h. t. §. 55. und Tob. Iac. REINHARTH Diff. de remedii emendanda laesioris ex dote. (Goetting 1791.) §. 22. sqq.

62) L. 41. D. b. t. NOODT. Comm. h. t. pag. 118.

Jahren gesucht werden. Diese Zeitsfrist wird von dem ersten Moment des sechsten und zwanzigsten Jahrs an gerechnet⁶³⁾. Ob dabei vorauszusehen sei, daß der Verletzte auch schon Wissenschaft von der erlittenen Läsion gehabt habe, oder ob es darauf nicht ankomme, ist zwar in der Theorie sehr streitig⁶⁴⁾, in der Praxis aber ganz entschieden, daß die Restitutionsfrist erst a tempore scientiae zu laufen anfange⁶⁵⁾. Von jener Regel finden folgende Ausnahmen Statt.

a) Wenn der Minderjährige veniam aetatis erhalten hat. Hier fängt das quadriennium, wann die Restitution wegen solcher Läsionen gesucht wird, die der Minderjährige vor geschehener Großjährigkeitserklärung erlitten hat, erst von der Zeit zu laufen an, da das deshalb ergangene Majorenitätsrescript bey dem competenten Richter insinuirt worden ist; und läuft nicht eher zu Ende, als bis der privilegierte Minderjährige die wirkliche Majorität erreicht hat⁶⁶⁾. Daher kann nun in einem solchen Falle die Restitutionsfrist oft viel länger als vier Jahre dauern, wenn wir z. B. annehmen, daß der Minderjährige im 18. oder 19. oder 20. Jahre die veniam aetatis erhalten hat⁶⁷⁾.

b) Wenn

63) *L. ult. Cod. de tempor. restit. in integr.*

64) Man sehe den 5. Th. dieses Commentars §. 439. S. 442.

65) ODDUS Tr. de Restitut. in integr. P. I. Qu. 20. Art. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 830. Schmid & hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Band Nro. II. S. 7. ff.

66) *L. 5. Cod. de tempor. in integr. restitut.*

67) ODDUS c. I. Art. I. nr. 5. sq. und KOCH Diff. de praescriptio ne restitutionis in integrum §. 3. pag. 23.

Glücks Erläut. d. Band. 6. Th.

b) Wenn ein minderjähriger suus heres sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hat, so kann er, wenn auch die vier Jahre, binnen welchen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden kann, schon verflossen sind, doch noch binnen andern drey Jahren die geschehene Abstinentz wiederrufen, und mittelst der Restitution die väterliche Erbschaft erhalten ⁶⁸⁾.

II) In Ansehung der Erben eines Minderjährigen ist ein Unterschied zu machen, ob der Erblasser während der Minderjährigkeit gestorben ist, oder nach erreichter Volljährigkeit.

1) Ist der Erblasser während der Minderjährigkeit gestorben, so geht das ganze quadriennium auf den Erben über, und dieses läuft,

a) wenn der Erbe majoren ist, von der Zeit an, da derselbe die Erbschaft angetreten oder die bonorum possessionem erhalten hat ⁶⁹⁾; wenn hingegen

b) der Erbe noch minderjährig ist, so wird es erst von der Zeit an gerechnet, da derselbe majoren geworden ist ⁷⁰⁾.

2) Starb der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit, so kann der Erbe nur noch binnen der Zeit die Restitution suchen, die seinem Erblasser zu diesem Zweck

68) *L. ult. Cod. de repud. vel abstinentia heredit.*

69) *L. 5. §. 3. Cod. de tempor. in integrum restitut.*

70) *L. 19. D. b. t. L. 5. §. 1. Cod. de tempor. in integr. restitut.*

Zweck noch übrig war⁷¹⁾; und dieser Rest des quadriennii kommt

- a) einem volljährigen Erben von Antretung der Erbschaft an zu gute⁷²⁾;
- b) wenn aber der Erbe noch minderjährig ist, so vollender selbiger erst von da an seinen Lauf, dg der Erbe die Majorenität erreicht hat⁷³⁾.

S. 464.

Was muß bey der Restitution der Minderjährigen bewiesen werden?

Wenn aus dem Grunde der Minderjährigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird, so muß der Richter untersuchen, ob auch die Sache zu einer Restitution geeigenschaftet sey. Der Gegentheil muß daher mit seinen Einwendungen gehört werden. Sucht also der Minderjährige die Restitution gegen die Antretung einer Erbschaft, so müssen die Gläubiger des Erblassers vorgeladen, und dagegen gehört werden⁷⁴⁾. Dem Imploranten liegt nun zu beweisen ob,

I) daß das Geschäft, wonider die Restitution gesucht wird, noch während der Minderjährigkeit geschlossen worden sey. Die Minderjährigkeit kann auf mancherley Art bewiesen werden;

S 2

a) durch

71) L. 5. §. 2. Cod. eodem.

72) ROTHIER Pand. Iustinian. Tit. de Restitutionibus in integr. Nr. VII. Cas. 4. und KOCH Diff. de praescriptione restitutionis in integrum. §. 3. pag. 24. nr. IV.

73) L. 19. D. b. r.

74) L. 29. §. 2. D. b. r.

a) durch Zeugen, die bei der Geburt des minderjährigen gegenwärtig waren, z. B. Hebammen, oder die doch wenigstens von der Geburtszeit desselben Wissenschaft haben, wie z. B. die Nachbaren, Taufpathen, Domestiken, welche zur Zeit der Geburt im Dienst der Eltern standen, u. a.⁷⁵). Ob auch das Zeugniß der Mutter des minderjährigen zulässig sei? ist unter den Rechtsgelehrten streitig. *Franc. de CALDAS*⁷⁶) läugnet dieses. *ODDUS*⁷⁷) hingegen behauptet, wenn das Zeugniß der Mutter noch durch die eidliche Aussage eines andern glaubwürdigen Zeugen unterstützt wird, so sei ein vollkommener Beweis vorhanden. Diese Meinung nimmt auch *MASCARD*⁷⁸) an; und sie läßt sich durch den Ausspruch des *TERENTIUS CLEMENS*⁷⁹): *etiam matris professio filiorum recipitur, um so mehr rechtfertigen*, da auch nach dem kanonischen Recht⁸⁰) das Zeugniß der Eltern in solchen Fällen überhaupt für zulässig gehalten wird, wo es auf den Beweis behaupteter Thatumstände ankommt, die ihnen eben darum, weil sie die

näch-

75) DOMPIERRE *Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 15.* und besonders *Io. Christph. Ge. de HEDEMANN Diff. de auxilio, quod aetati impertitur, L. de restitutione minorum. Goett. 1751. §. 29.*

76) *Commentar. ad L. Si curatorem habens Cod. de in integrum restitut. minor. (in Tractatum de in integr. Restitutionibus Tom. IV.) verb. minoribus nr. 13. pag. 231. sqq.*

77) *De Restitutionibus in integrum P. I. Quaest. 37. Art. 5.*

78) *Conclusiones Probationum. Concl. DCLXIX. nr. 7. sqq. Vol. II. pag. 187.*

79) *L. 16. D. de probat.*

80) *Cap. 3. X. qui matrimon. accus. poss. Cap. 22. X. de testibus.*

nächsten Verwandten sind, besser, als fremden Personen, bekannt seyn müssen ⁸¹).

b) Durch Documente, und zwar

1) öffentliche. Dahin gehören Auszüge aus Tauf- und Kirchenbüchern. Es kann jedoch der Beweis der Minderjährigkeit durch den kirchlichen Taufsschein gewöhnlich nur alsdann geführt werden, wenn es nicht gerade auf den Beweis der Stunde der Geburt ankommt, weil selten die Geburtszeit eines Kindes in den Taufbüchern bemerkt wird, und wenn dies auch geschieht, so hat doch der Pfarrer hier von nur ex relatione aliorum seine Wissenschaft, und ist daher in Ansehung dieses Umstandes blos als ein testis auditu anzusehen ⁸²).

Bey den Römmern mussten die Eltern nach einer gewissen Verordnung des K. Marcus Aurelius Antoninus ihre neugebornen Kinder bianen dreißig Tagen, von Zeit ihrer Geburt an gerechnet, bey den Praefectis aerarii Saturni angeben. Ein gleiches geschahe in den Provinzen bey den Tabulariis publicis ⁸³). Diese Acten sollten nun zwar eigentlich und hauptsächlich dazu dienen, um die freye

81) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 12. und Lib. XXII. Tit. V. §. 29. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 16.

82) J. H. BOENMERI ius parochiale Sect. IV. cap. I. §. 30. und SCHAUMBURG Compend. iur. Digestor. h. t. §. 2. in fin.

83) *Iul. CAPITOLINUS in Marco* cap. 9. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 5. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 14. §. 4. pag. 266.

Geburt eines Römers daraus zu erweisen⁸⁴⁾; doch konnten sie auch allerdings zum Beweis des Alters gebraucht werden⁸⁵⁾). Da indessen der Fall vorkommen konnte, daß die Eltern zuweilen aus Rache und Haß gegen einander auch offensbare Unwahrheiten angaben, wie das Beispiel bei Scavola⁸⁶⁾ lehrt, so war hier wenigstens der Beweis des Gegentheils nicht zu verwiesen⁸⁷⁾.

2) Privatdокументe. Dahin gehören z. B. Gewitterbriefe, und schriftliche Aufzeichnungen der Eltern, z. B. in der Haus-Bibel, welche, wenn sie besonders erst nach dem Tode der Eltern producirt werden, und übrigens unverdächtig sind, allen Glauben verdienen⁸⁸⁾.

c) Der Beweis hingegen, der blos durch Anschauen des Körpers, und dessen äußere Gestalt und Beschaffenheit geführt wird, ist trüglich⁸⁹⁾, und kann wenigstens alsdann gar nicht in Betrachtung kommen, wenn die Restitution erst nach erreichter Volljährigkeit gesucht wird⁹⁰⁾.

Hier-

84) CAPITOLINUS sagt a. a. D. *ut si force aliquis in Provincia natus causam liberalem diceret, restationes inde ferret.*

85) L. 2. §. 1. D. de excusat. L. 13. D. de probat. L. 2. C. de his qui ven. aetat. impetrar. DOMPIERRE h. t. §. 18. VOET ad Pand. h. t. §. 12.

86) L. 29. §. 1. D. de probat.

87) L. 14. Cod. de probat. Io. ORT. WESTENBERG in Divo Marco. Diff. VII. §. 14.

88) MASCARDUS de Probationibus Vol. II. Conclus. DCLXX. VOET ad Pand. h. t. §. 12. de HEDEMANN cit. Diff. §. 30.

89) L. 32. D. b. t. CALDAS in Comm. ad L. 3. Cod. de integr. restit. minor. verb. minoribus nr. 4. sqq.

90) DOMPIERRE h. t. §. 14.

Hiernächst muß

II) auch die Lässion, und daß dieselbe aus dem Geschäft herrühre, wovider die Restitution gesucht wird, ebenfalls erwiesen werden⁹¹⁾, insofern nicht das Geschäft ein solches ist, dessen nachtheilige Folgen, auch ohne weiteren Beweis, einleuchten, wie schon an einem andern Orte⁹²⁾ bemerkt worden ist. Jedoch ist auch hier der Beweis des Gegenthells nicht ausgeschlossen⁹³⁾.

§. 465.

Wer hat noch sonst die Rechte der Minderjährigen?

Nach dem Beispiel der Minderjährigen genießen eine gleiche Restitutionswohlthat

I) diejenigen Personen, welche zwar schon majoren sind, aber doch wegen ihres körperlichen oder Seelenzustandes sich außer Stand befinden; ihr Vermögen selbst zu verwalten, und daher unter der Curatel stehen. Dahin gehören Taub- und Stumengebohene, Wahnsinnige, und die diesen sonst gleichgeachtet werden⁹⁴⁾. Keinesweges aber Frauenspersonen⁹⁵⁾, als solche, auch nicht Witwen⁹⁶⁾.

B 4

2) der

91) MASCARDUS Vol. II. Concl. DCCCCLXII.

92) S. den 5. Th. dieses Comment. §. 438. S. 430. f.

93) de HEDEMANN cit. Diff. §. 38.

94) Arg. L. 8. §. 2. L. 11. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt. L. 15. §. 1. D. de curat. furios. L. 3. C. de restit. in int. minor. VOET h. t. §. 55. DOMPIERRE h. t. §. 102.

95) DOMPIERRE c. I.

96) LEYSER Medicat. ad Pand. Specim. LXI. med. 9.

2) der Staat ⁹⁷⁾), und nach der Praxis alle andere Gemeinheiten, z. B. Städte, Dorfschaften, Handwerkszünfte, und andere erlaubte Collegien; weil sie sich mit den Minderjährigen ⁹⁸⁾ in sofern in gleicher Lage befinden, daß sie ihre Güter auch durch andere müssen verwalten lassen ⁹⁹⁾).

3) Kirchen, und andere *pia corpora* ⁹⁹⁾.

4) der Fiskus ¹⁰⁰⁾.

Ich bemerke hier noch folgendes.

a) Den hier genannten moralischen Personen kommt die Restitutionswohlthat zu, wenn auch der Implorat, wider welchen die Restitution gesucht wird, ebenfalls eine moralische Person seyn sollte ¹⁾. Sie wird daher einer Kirche auch wider eine andere Kirche erheilt ²⁾.

b) Das

97) *L. 3. C. de iure Reipubl. L. 4. C. Quib. ex caus. major.*

98) GAIL Observat. Lib. II. Obs. 26. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 74. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. II. Obs. 317. Tob. lac. REINHARTH Diff. de restituzione in integrum universitatis. Erf. 1733. §. 23. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 832.

99) Cap. 1. 3. et 6. X. de in integr. restitut. Cap. II. X. de reb. eccles. alienand.

100) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 87. CANNEGESSER Decision. Hasso - Cassel. Tom. I. Decis. 4. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. II. Obs. 322.

1) REINHARTH cit. Diff. §. 37.

2) Cap. 3. et 5. X. de restitut. in integr. Cap. I. et 2. eod. in 6to.

b) Das quadriennium, binnen welchem die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden muß, fängt bei diesen Personen von der Zeit zu laufen an, da sie den erlittenen Schaden in Erfahrung gebracht haben³⁾.

3) Cap. 1. *de restitu. in integr.* in *Cro.* Clem. un. eodem.
 CARPZOV Responsor. iur. Lib. II. Resp. 96. nr. 12. et 13.
 BOEHMER iur. Ecclef. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 41. §. 9.
 HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. II. Obs. 324. HOFACKER
 Princip. iur. civ. R. G. I. c. §. 832. in fin.

Lib. IV. Tit. V.

De capite minutis.

§. 466.

Die Wiedereinsetzung der Gläubiger wegen der Kapitisdemini-
tion ihres Schuldners findet h. z. L. nicht mehr Statt.

Die vierste Ursache der prätorischen Restitution ist die *capitis deminutio*. Da von der Kapitisdeminution und ihren Wirkungen schon an einem andern Orte⁴⁾ ausführlich gehandelt worden ist, so bemerke ich hier nur, daß bei dieser Restitution eine *capitis deminutio minima* vorausgesetzt wird. Hatte nämlich ein Schuldner eine solche Kapitisdeminution, es sei durch Adoption, oder durch Emancipation, erlissten, so erloschen dadurch die bürgerlichen Verbindlichkeiten aus Contracten vergestalt, daß nach dem strengen Rechte keine Klage gegen ihn weiter Statt hatte. Denn die Fehllichkeit des Scheinverkaufs und der damit verknüpften Manumission, mit welcher ehemals die Adoption und die Emancipation bei den Römern geschahe, versetzte denjenigen, der hierdurch eine Kapitisdeminution erlitte, in eine *causam servilem imaginariam*, wie Paulus⁵⁾ sagt; und mit dieser konnte keine *obligatio civilis* bestehen. Weil nun den Gläubigern kein Rechtsmittel zustand, eine solche Kapitisdeminution zu verhindern, so hielt es der Prätor für billig, denselben ihre verlohrne Forderungen zu restituiren. Der *Capite minutus* selbst konnte sich jedoch

4) S. den 2. Th dieses Commentars §. 128.

5) L. 3. §. 1. D. b. 2.

doch diese Restitution eben so wenig zu Nutze machen⁶), als derjenige Gläubiger, der seinen Schuldner selbst adoptirt hatte⁷). Denn beide hatten in den Verlust ihrer Rechte gewilligt. Wie konnten sie also die Restitution wegen eines Schadens verlangen, an dem sie selbst Schuld waren?

Heutiges Tages ist diese Restitution außer allem Gebrauch, weil der Grund derselben wegfällt, indem so wenig die Adoption als die Emancipation eine causam servilem imaginariam weiter zur Folge hat⁸).

6) VOET ad Pand. h. t. §. 3. ist zwar anderer Meinung, allein Anton. FABER in Rational. ad L. 8. D. h. t. und DOMPIERRE h. t. §. 12. haben das Gegentheil gezeigt.

7) *L. 2. §. 4. D. b. t.*

8) COCCEJI ius. civ. controv. h. t. Qu. 2. EMMINGHAUS ad Eundem not. x. pag. 378. DOMPIERRE h. t. §. 16. und HOPACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 848.

Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur.

§. 467.

Von welcher Restitution ist hier die Rede? Was heißt Absentia? wie wird sie eingeteilt?

Dubgleich eine Person, welche majoren ist, aus mancherlei Ursachen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten kann, so hat doch der Prätor in dem Edict, welches in diesem Titel erklärt wird, blos von derjenigen Ursache gehandelt, daemand entweder wegen seiner eigenen Abwesenheit, oder wegen der Abwesenheit seines Gegners, die ihn ausser Stand setzte, sein Recht zu verfolgen, einen Verlust desselben erlitten hat. Schon Terenz⁹⁾ gedenkt dieser Restitution, und der Urheber derselben ist der Prätor Publicius¹⁰⁾.

Das Wort Abwesenheit (*absentia*) wird hier nicht in der Bedeutung, wie in der Lehre von der Versöhnung, genommen¹¹⁾; sondern Abwesend heißt hier in der Materie

9) In *Phormione* Act. II. Sc. IV. v. 9.

— — — — — Mibi

Sic hoc videtur: quod TE ABSENTE hic filius
Egit, RESTITUI IN INTEGRUM aequum est et bonum:
Et id impetrabis —.

10) L. 35. pr. D. de obligat. et action. §. 3. et 4. I. de Action: BIENER Historia iur. civ. de Restitutionibus in integrum. Cap. V. pag. 22.

11) S. Pet. de TOULLIEU Diff. de praesentia et absentia; in eius Collectaneis iur. civ. Diff. XVIII. pag. 408. sqq.

terie von der Restitution derjenige, der sich an dem Orte, wo er seinen beständigen Wohnsitz hat, zu der Zeit, da etwas zu seinem Nachtheil vorgeht, entweder wirklich nicht befindet¹²⁾, oder wenn er auch an diesem Orte dem Körper nach gegenwärtig ist, dennoch, gewisser faktischer Hindernisse wegen, sich außer Stande befindet, sein Recht wider seinen Gegner vor Gericht zu verfolgen¹³⁾). So wird z. B. derjenige im rechtlichen Sinne für abwesend gehalten, der an dem Orte, wo er sein Domicilium hat, im Gefängniß sitzt, oder wegen Wahnsinns, oder seiner Krankheit oder Armut wegen, und weil es ihm an den nöthigen Kleidungsstücken fehlt, um seine Blöße zu bedecken, verhindert wird, im Publikum zu erscheinen, und sein Recht vor Gericht geltend zu machen, oder der deswegen nicht an dem Orte belangt werden kann¹⁴⁾). Daher ist nun die Abwesenheit

1) entweder eine wahre, oder eine rechtlich fingeigte.

2) Entweder eine ordentliche, wenn Jemand sich an einem fremden Orte nicht befindet, wo er sein Domicilium nicht hat; oder eine außerordentliche, wenn Jemand sich an seinem Wohnorte nicht befindet. Erstere ist ordentlicher Weise kein Grund der Restitution¹⁵⁾, weil hier

12) *L.* 32. *D. b. t.* *L.* 173. §. 1; et *L.* 199. *D. de Verbos. Signif.* *L.* 7. *Cod. de incolis.* DOMPIERRE h. t. §. 4.

13) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 850.

14) *L.* 10. *L.* 22. §. 2. *D. b. t.* *L.* 209. *D. de Verb. Signif.* *L.* 124. §. 1. *D. de div. Reg. iur.*

15) MENCKEN Doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. 3. §. 6.

hier schon die Gesetze die Verjährungszeit verdoppelt haben¹⁶). Zuweilen kann zwar auch hier Restitution Statt finden, wenn man beweisen kann, daß man wegen der grossen Entfernung von einem fremden Orte ohne alle seine Schuld einen beträchtlichen Verlust erlitten habe¹⁷). Allein dies ist mehr eine Restitution *ex clausula Praetoris generali*¹⁸).

3) Die *absentia extraordinaria*, welche eigentlich bei dieser Restitution, von welcher wir hier reden, vorausgesetzt wird, ist nach Verschiedenheit ihres Grundes wieder sehr verschieden. Sie kann nämlich entweder *necessaria* oder *voluntaria* seyn, je nachdememand entweder aus einer nothwendigen oder aus einer freywilligen Ursache abwesend ist.

4) Die *absentia necessaria* ist wieder entweder

a) *laudabilis*, wennemand in öffentlichen Geschäften, und zum Nutzen des Staats, abwesend ist, wie z. B. Gesandten und Soldaten, nebst ihren Weibern¹⁹). Ueberhaupt werden alle Soldaten, wenn sie an dem Orte sich befinden, wo es ihr Dienst erfordert, für solche gehalten, qui *reipublicae causa* absunt, weil sie die Fahne, so wie ihren Posten, nicht verlassen dürfen²⁰). Hierher gehören auch

16) *L. ult. C. de praescr. longi temp. Schmidt's theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 2. Th. §. 442. S. 224.*

17) LEYSER Medit. ad Pand. Spec. LXIII. med. 7.

18) MADIHN ad Menckenii Doctr. de action. not. 170.

19) *L. 8. D. b. t. Tit. Cod. de Restitut. milit. et eor. qui reipubl. caus. absunt. L. 1. C. de uxorib militum.*

20) *L. 45. D. b. t. Soldaten, welche Urlaub haben, und zu Hause sich befinden, sind daher nicht reipublicae causa abwesend.*

Ex quibus causis maiores viginti quinque etc. 31

auch alle diejenigen, die aus Pflicht dem Kriegsheer folgen müssen, z. B. Feldscherer und Chirurgen ²¹). Oder

b) *vituperabilis*, wenn Jemand sich vermöge eines richterlichen Urteils wegen eines begangenen Verbrechens von seinem Wohnsitz entfernen muß, z. B. er ist des Landes verwiesen worden ²²). Oder sie ist

c) *indifferens*, wenn Jemand zwar nicht zum Besten des Staats, aber doch entweder aus einer nicht zu mißbilligenden, oder wenigstens nicht imputablen Ursache abwesend ist. Z. B. es ist Jemand wegen einer begründeten Furcht für Lebens- oder Leibesgefahr, oder weil er in die Gewalt der Räuber gerathen, oder zur Ablegung eines Zeugnisses in einer Prozeßsache vor ein auswärtiges Gericht gefordert worden ²³).

5) Die *absentia voluntaria* kann ebenfalls entweder

a) *laudabilis* seyn, wenn deren Ursache die Gesetze billigen; z. B. es ist Jemand Studirens halber abwesend ²⁴); oder

b) *vituperabilis*, deren Ursache die Gesetze mißbilligen; z. B. wenn Jemand Schulden wegen entwichen, oder aus Ungehorsam ausgetreten ist, um einen an ihn ergangenen rich-

send. L. 34. D. b. t. L. 35. §. 9. D. cod. L. I. D. de re milit.

21) L. 33. §. 2. D. b. t. Io. Andr. FROMMANN Diss. de his, qui reipublicae causa absunt. *Tubingae* 1670.

22) L. 26. §. I. L. 40. §. I. D. b. t.

23) L. 2. §. 1. L. 3. L. 9. L. 26. §. ult. D. b. t. L. 2. et L. ult. Cod. eodem. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

24) L. 28. pr. D. b. t.

richterlichen Befehl nicht zu befolgen; oder ein Soldat ist desertirt, oder ein Ehemann hat bößlich seine Frau verlassen²⁵). Oder

c) *indifferens*, wennemand bloß um seines eigenen Gewerbes und Vortheils willen abwesend ist²⁶).

§. 468. u. 469.

Wenn findet die Restitution wegen der eigenen Abwesenheit des sen Statt, welcher sie sucht.

Wenn nunemand durch Abwesenheit Schaden geslikten hat, weil er dadurch verhindert wurde, sein Recht zu verfolgen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I) Er ist durch seine eigene Abwesenheit in Schaden gekommen. In diesem Falle muß auf den Grund der Abwesenheit gesehen werden. Es kann

I) seyn, daß er aus Notwendigkeit abwesend war. Hier unterscheide man, ob die Ursache der Abwesenheit lobenswürdig oder indifferent, oder cadelhaft war. In dem ersten und andern Falle wird der Abwesende restituirt, er mag einen Procurator hinterlassen haben, oder nicht²⁷); es wäre denn, daß er von dem Procurator, den er bestellte hatte, hinlänglich entschädiget werden könnte; in diesem Falle findet das Restitutionsge- such

25) L. 2. §. 8. D. S. quis caur. iudic. fist. cauf. fact. non ob-temp. L. 14. D. b. t.

26) L. 42. D. b. t. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 851.

27) L. 26. §. ult. D. b. t.

sich nicht statt ²⁸⁾). In dem dritten Falle hingegen wird er nicht restituirt, weil er einen Procurator hätte hinterlassen sollen ²⁹⁾). Könnte ihm jedoch in dieser Rücksicht keine Schuld angemessen werden, z. B. es war dem Regirten nicht einmal so viel Zeit gelassen, um einen Sachwalter seiner Geschäfte wegen bestellen zu können, oder derjenige, den er hinterlassen hatte, ist gestorben; so kann auch ein solcher Abwesender die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten ³⁰⁾.

2) War

28) *L. 39. D. b. t.* Is, qui reipublicae causa affuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui, non auditur. Gewöhnlich versteht man zwar dieses Gesetz von der Restitution eines Gegenwärtigen wider einen Abwesenden. *S. Ger. NOODT* Commentar. ad Pand. h. t. pag. 127. *BACHOVIVS* ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XI. Th. 17. lit. A. pag. 445. *Pet. de GREVE* Exercitat. ad Pandectar. loca difficilliora Ex. VI. §. 8. pag. 157. *HOFACKER* Princip. iur. civ. Tom. II. §. 853. not. c. Allein daß diese Erklärung ganz unrichtig sey, fällt in die Augen, und ist auch schon von *Ant. FABER* in Rational. ad L. 39. D. h. t. gezeigt worden. Es ist daher richtiger von dem Falle zu verstehen, wenn der Abwesende von seinem Procurator hinlängliche Entschädigung erhalten kann. *S. VOET* Comment. h. t. §. 4. und *Io. ORT. WESTENBERG* Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 18. Anderer Meinung ist *DOMPIERRE* h. t. §. 13. welcher die *L. 26. §. ult. D. b. t.* von einem procuratore extra judiciali ad negotia, die *L. 39. D. eod.* aber von einem procuratore judiciali ad lites versteht.

29) *L. 26. §. 1. D. b. t.*

30) *L. 40. §. 1. D. eod.* *VOET* ad Pandect. h. t. §. 3. *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 14.

2) War jemand freywillig abwesend, so kommt es wieder darauf an, ob die Ursache der Abwesenheit lobenswürdig, oder indifferent, oder verwerflich ist. In dem ersten und andern Falle wird er nach Beschaffenheit der Umstände und dem billigen Ermessen des Richters restituirt³¹⁾). Es ist nämlich darauf zu sehen, ob er einen Procurator hinterlassen hat, oder nicht; in dem ersten Falle muß er sich eigentlich zunächst an diesen halten, und wird nur dann restituirt, wenn dieser entweder insolvent, oder ausser aller Schuld ist, z. B. der Procurator war unterdessen gestorben, oder in Wahnsinn verfallen³²⁾). Hat er keinen Procurator hinterlassen, so kann er nur dann auf Restitution Anspruch machen, wenn ihm wegen dieser Unterlassung keine Schuld benzumessen ist³³⁾). Denn auch der Studierende hat hierin vor dem Kaufmann nichts zum Voraus. Einer ist wie der Andere verbunden, zur Besorgung seiner Angelegenheiten während seiner Abwesenheit einen Anwalt zu bestellen³⁴⁾). In dem dritten Falle, wenn die causa vituperabilis ist, so wird er nicht restituirt, weil er, seines Vergehens wegen, dieser Rechtswohlthat unwürdig ist, und sich auch überdem den Schaden durch seine eigene Schuld gezeugt hat³⁵⁾).

§. 470.

31) L. 28. pr. D. b. t. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 4.

32) L. 28. cit.

33) L. 16. D. b. t.

34) VOET Comment. h. t. §. 5. Anderer Meinung ist zwar FRANTZKIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. III. nr. 15. Allein man sehe ANT. FABER Rational. in L. 28. pr. D. h. t.

35) Arg. L. 14. D. b. t. et L. 37. §. 1. D. de Minoribus.

§. 470.

Wenn findet die Restitution wegen der Abwesenheit dessjenigen Statt, wider welchen dieselbe gesucht wird.

II. Istemand durch die Abwesenheit seines Gegners verlegt worden, gegen den er restituirt seyn will; so kommt zwar die Art der Abwesenheit hier nicht in Betrachtung. Die Restitution wird ihm daher ertheilt, ohne Unterschied, die absentia seyn eine necessaria oder voluntaria, sie seyn eine honesta, oder vituperabilis³⁶⁾. Es wird aber doch, wenn in diesem Falle die Restitution Statt finden soll, vorausgesetzt,

1) daß der Abwesende weder einen Procurator hinterlassen, noch auch, auf die geschehene Erfundigung des Gegenwärtigen, unter den Verwandten und Freunden des Abwesenden sich ein freiwilliger Defensor gefunden habe, der sich seiner angenommen hätte. Denn sollte der Abwesende einen Procurator hinterlassen, oder sich ein Defensor gefunden haben, so fällt die Restitution weg, wenn der Gegenwärtige gegen diesen sein Recht nicht verfolgt hat, weil er hier durch seine eigene Schuld den Schaden leidet³⁷⁾.

2) Es muß sich auch der Gegenwärtige nicht etwa schon des remedii protestationis ex L. 2. Cod. de annali exceptione bedient haben. Justinian verordnet nämlich in der angeführten L. 2. daß wenn ein Abwesender, der keinen Procurator hinterlassen hat, sich in dem Falle

C 2
befindt

36) L. 21. pr. et §. 1. D. b. r. L. 22. §. 2. D. eodem. VOET h. t. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 11.

37) L. 21. §. 2. L. 22. L. 21. §. 3. D. b. t.

befindet, etwas von meinen Sachen zu verjähren, ich vor dem Richter des Orts, wo der Abwesende sein Domicilium hat, oder in dessen Ermangelung vor einem Notar, oder, wenn auch dieser nicht zu finden wäre, vor drei Zeugen eine öffentliche Protestation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hemmen kann. Es wird jedoch in dem letztern Falle ausdrücklich erforderlich, daß man die Protestationschrift von den drei Zeugen unterschreiben lasse³⁸⁾. Mehrere Rechtsgelehrte³⁹⁾ wollen zwar mit dem Verfasser behaupten, daß durch diese Verordnung des Kts Justinian die Restitutionswohlthat wegen der durch die Abwesenheit des Gegners geschehenen Verjährung aufgehoben sei, weil demjenigen, welcher durch das remedium protestationis sein Recht hätte erhalten können, ohnstreitig eine Nachlässigkeit bezumessen sei, daß er sich desselben nicht bedient hat. Der Kaiser zeige dieses selbst nicht undeutlich an, wenn er sagt, er habe dieses Rechtsmittel aus dem Grunde verordnet: ut nemini absentia adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia. Man sucht diese Meinung noch mehr dadurch zu bestärken, daß in dem §. 5. I. de Actionib. nur von der Restitution der

38) Ein Formular von einer solchen Protestationschrift findet man bey BOEHMER in Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. II. §. 23. not. zz); und bey MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 9.

39) BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Disp. XI. Th. 17. lit. A. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. I. VINNIUS Comment. ad §. 5. I. de Actionib. nr. 3. Ant. SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 7. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. Mich. Ged. WERNHER lectiss. Comment. in Pandect. h. t. §. 2. DOMPIERRE Spec. de Restit. in integr. h. t. §. 28. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 446. u. a. m.

der Abwesenden wider Gegenwärtige die Rede sey, ohne Zweifel sey aber in den Institutionen der Restitution der Gegenwärtigen wider Abwesende darum nicht mehr gesucht worden, weil sie durch die *L. 2. C. de ann. except.* aufgehoben worden sey. Denn wenn gleich diese Verordnung kein Datum habe, so sey doch dieselbe wahrscheinlich im Jahr 530. oder 531. promulgirt worden, und vielleicht für einen Theil der *L. 3. Cod. eodem* zu halten, folglich älter als die Institutionen⁴⁰). Allein die meisten Rechtsgelehrten⁴¹) stimmen dennoch aus bündigern Gründen für die entgegengesetzte Meinung. Denn 1) findet sich in der *L. 2. C. de ann. except.* nichts von einer Änderung des ältern Rechts; nun aber wird ein abänderns des Gesetzes nicht vermutet, es ist auch gar nicht wahrscheinlich, daß Justinian so viele Gesetze, die von der

E 3

Res

40) Diesen Grund braucht vorzüglich DOMPIERRE pag. 412.

41) ODDUS Tr. de Restitut. in integr. P. I. Qu. XII. Art. 4. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. ad *L. 2. C. de ann. except.* pag. 711. *de BERGER* Oecon. iur. Lib. II. Tit. II. Th. 34. Not. 17. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 12. et 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. BRUNNEMANN Comm. ad *L. 22. D. h. t. n. 3.* *de cocceji* iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. *Io. Ortev.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 47. et 48. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pandect. h. t. §. 526. *God.* *Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de action. for. Sect. I. Cap. II. Membr. 3. §. 11. et *Lud.* *Godofr.* MADIHN ad *Eundem* not. 173. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. II. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 852. Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 407. Gebr. Overbeck Reditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Bd. Medit. 57. und besonders *Christ.* HARTMANN Commentat. de *L. 2. Cod. de ann. except. actionem rescissoriam non tollente.* Lipsiae 1744.

Ressitution der Gegenwärtigen wider Abwesende sprechen, auf einmal habe aufheben wollen, ohne dieser Abänderung auch nur mit einem Worte zu gedenken. 2) Hat Justinian durch Einführung des Rechtsmittels der Protestation nur bloß eine Cautel an die Hand geben wollen, um eine bevorstehende Versäumung zu verhüten, und den Schwierigkeiten vorzubeugen, die mit der Wiederaufhebung derselben verbunden sind. Dies zeigen die Anfangsworte jener Verordnung ganz deutlich: *Ut perfectius omnibus consulamus, — sancimus, si quando absuerit is, qui res alienas detinet, et desiderat dominus rei suam intentionem proponere, licentia ei detur, adire Praesidem provinciae etc.* Aus diesen ergiebt sich, daß es der Willkür des Eigenthümers überlassen seyn solle, ob er von dem Rechtsmittel der Protestation Gebrauch machen will oder nicht. Keinesweges aber läßt sich daraus schließen, daß, wet diese Protestation unterläßt, sich alsdann auch auf den Bestand des Vatörs keine weitere Rechtsnugung machen dürfe. Man kann auch 3) demjenigen, welcher sich jenes Rechtsmittels nicht bedient hat, keine solche Nachlässigkeit bemessen, weswegen sonst die Vereinsehung in den vorigen Stand bey Volljährigen nicht Statt findet⁴²⁾. Denn wenn man unter zwey Rechtsmitteln die Wahl hat, so ist noch nichts versäumt, wenn man das eine darum unterließ, weil man wußte, daß noch ein anders übrig sey, wodurch man noch vollkommen zu seinem Zweck gelangen könne; dessen nicht einmal zu gedenken, daß es Falle geben kann, wo der Eigenthümer, vielleicht weil er von seinem Recht nichts wußte, auch nicht einmal von jenem Rechtsmittel der Protestation Gebrauch machen konnte. Nun ist zwar 4) nicht

42) L. 16. D. b. z.

4) nicht zu läugnen, daß Justinian durch Einführung dieses Rechtsmittels insonderheit für diejenigen gesorgt habe, die aufmerksam auf ihre Sachen sind. Es ist indessen auch dieses unserer Behauptung nicht entgegen. Denn das ist freylich richtig, daß man mittelst der Protestation ex L. 2. C. de annali exceptione den Verlust eines Rechts mit leichter Mühe verhüten kann, welches man nachher erst durch den Umweg der Restitution wieder zu erlangen suchen muß. Nur in dieser Hinsicht sagt Justinian, er habe jenes Rechtsmittel eingeführt, ut nemini absentia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia. Wie wenig aber Justinian deswegen das ältere Recht habe abändern wollen, erhebet endlich noch 5) theils aus den letzten Worten der Verordnung: *Omnibus aliis, quae de longi temporis præscriptione, vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt, sive ab antiquis legum conditoribus, sive a nostra majestate, in suo robore duraturis;* theils aus dem §. 5. l. de act. wo Justinian zur Erläuterung der Restitutionsischen Klage gerade einen solchen Fall anführt, wo ein Gegenwärtiger wider einen Abwesenden die Restitution sucht^{43).}

Noch ist zu bemerken, daß auch ein Abwesender wieder einen andern Abwesenden restituirt werden kann, ja es soll

€ 4 fogar,

43) Es ist daher ganz falsch, wenn DOMPIERRE a. a. D. behaupten will, daß in diesem §. 5. I. de act. von der Restitution der Abwesenden wider Gegenwärtige die Rede sei. Man vergleiche nur damit des Theophilus griechische Paraphrase. Unbegreiflich ist es also, wie er aus dieser Stelle der Institutionen einen Beweis für die gegenseitige Meinung hat hernehmen können.

sogar, wie *Marcian*⁴⁴⁾ sagt, derjenige, welcher Reipublicae causa abwesend gewesen ist, wider denjenigen die Restitution erhalten, welcher gleichfalls in öffentlichen Geschäften abwesend war, wenn er sich mit Recht über erlittenen Schaden beschweren kann. Hier ist indessen nichts besonders zu bemerken, sondern die in den beiden vorigen Fällen vorgetragenen Grundsätze finden hier in Verbindung ihre Anwendung⁴⁵⁾.

§. 470. b

Wie wird die Restitution ex causa absentiae gesucht?

Um die Wiedereinführung in den vorigen Stand wegen der Abwesenheit zu erhalten, geben die Gesetze ein doppeltes Rechtsmittel; man kan sich einer Klage, aber auch zuweilen einer Einrede bedienen. Letzteres findet Statt, wenn der Abwesende den Besitz seiner Sache, die ein Anderer während seiner Abwesenheit usucapirt hatte, nachher auf eine nicht unerlaubte Art wieder erhalten hat; in diesem Falle kann er sich mit der exceptione rescissoria gegen denjenigen schützen, welcher die Sache vindisieren will⁴⁶⁾). Da der einmahl wiedererlangte Besitz der Sache ist von der Wirkung, daß wenn ich auch nachher den Besitz wieder verloren haben sollte, mir doch nunmehr eine *actio in rem perpetua* wider den Besitzer zusteht⁴⁷⁾).

Die

44) *L. ult. D. b. r.*

45) MENCKEN *Introd. in doctr. de actionib. for. cit. loc. §. 14.*
et ad *Eundem MADIHN* not. 178. pag. 75.

46) *L. 28. §. 5. D. b. r.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 129. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pandect. h. t. §. 525.

47) *L. 31. D. b. r.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 26. Diese actionem in rem perpetuam hält Eujag Lib. X. Obs.

Die Klage, die in dem Falle angestelllet wird, wenn man durch seine eigene, oder durch seines Gegners Abwesenheit in Schaden gekommen ist, ist zweyerlei;

1) die vorige Klage, welche eigentlich nach dem strengen Civilrecht durch Verjährung erloschen ist, aber von dem Prætor wieder hergestelllet wird, gleichsam als wenn sie nicht præscribit wäre. Diese vom Prætor restitutio Klage unterscheidet sich jedoch von der vorigen Klage darin, daß sie zugleich auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und Aufhebung der Verjährung gerichtet wird. Daher heißt sie auch *actio restitutoria* oder *rescissoria*⁴⁸⁾. Sie ist ferner nur eine *actio utilis*⁴⁹⁾, und nun auch von kürzerer Dauer, als die nach dem strengen Recht erloschene Klage⁵⁰⁾. Uebrigens behält sie ganz die Natur der vorigen Klage. Sie ist daher entweder eine dingliche oder persönliche Klage, je nachdem das durch die Verjährung verloren gegangene Recht ein dingliches oder ein persönliches Recht war⁵¹⁾. Insofern sie eine *actio in rem* ist, wird sie von ihrem Erfinder, dem Præ-

tor

ObL 6. für die Publicanische Klage. Man sehe auch Bern. Henr. REINOLDI Opuscula iuridica. pag. 262.

48) L. 28. §. 5. D. b. t. L. 24. Cod. de Rei Vindicat. L. 18. C. de postlim. reversi. S. Io. Aug. SINNERS Disp. de actione rescissoria. Trajecti ad Rhen. 1697.

49) L. 20. D. b. t. L. fin. Cod. eodem.

50) L. 35. pr. D. de obligat. et actionib. L. 3. Cod. de Restitut. militum. SINNERS cit. Diss. §. 9. INC. VOORDA Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. III. c. 16.

51) NOODT Comment. ad Pand. h. t. pag. 129. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

tor Publicius, *actio Publiciana*⁵²⁾ genannt, welches vielfach eben derjenige Prätor ist, von dem auch die Publicianische Eigenthumsklage herrührt. Den Erben des Abwesenden kommt sie sogar in einem gewissen Falle zu statthen, wo sie dem Erblasser selbst nicht zu stand, nämlich wenn dem letztern während seiner Abwesenheit in öffentlichen Geschäften eine Erbschaft zufiel, und dieser starb, ehe er hiervon Nachricht erhalten hatte. Hier können desselben Erben um Restitution bitten, welche ihrem Erblasser darum nicht zu stand, weil er noch nichts verloren hatte⁵³⁾.

Es

52) L. 35. pr. D. de Obligat. et action. §. 3—5. I. de Actionib. Man führt zwar gewöhnlich auch die L. 57. pr. D. mandati als Beweisstelle an, und liestet statt *non utiliter* unter Auctorität der Basiliken und einiger Handschriften *non iniutiliter*. S. IAUCHIUS Meditat. crit. de negationibus in Pand. Florentin. Cap. XVI. pag. 248. sq. de cocceji iur. civ. controv. Tit. mandati Qu. 18. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 17. pag. 399. sqq. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 407. Not. 3. Allein daß in diesem Gesetz unter der *actione publiciana*, die daselbst dem Eklavenhändler nach der Florentinischen Leseart abgesprochen wird, nicht die *actio rescissoria*, sondern die prätorische Eigenthumsklage zu verstehen sey, haben Bern. Henr. REINOLDEUS in Diff. ad L. 57. D. mandati. Cap. II. §. 19. (in Opuscul iurid. pag. 265.) und Ios. Lud. ERN. PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 1. gezeigt.

53) L. 30. pr. L. 86 pr. D. de acquir. vel omitt. heredit. Iac. VOORDA Interpretat. et Emendation. iur. Rom. Lib. II. cap. 20. pag. 196. Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annahmung und Ablehnung der Erbschaft ic. §. 374. S. 148. ff. und DOMPIERRE h. t. §. 20.

Es läßt sich nicht behaupten, was Böhmer⁵⁴⁾ sagt, daß die Rescissorische Klage nicht mehr nöthig sei, seitdem Justinian in der L. un. Cod. de usucap. transform. die Usucaption und die longi temporis praescriptio zusammen geschmolzen habe. Denn die bekannte Rechtsregel: *agere non valenti non currit praescriptio*, gilt nur von *impedimentis iuris*, daemand verhindre gesetzlicher Verordnung unsfähig ist, sein Recht zu verfolgen, wie z. B. Minderjährige, ferner Kinder während der väterlichen Gewalt, die Ehefrau während der Ehe u. s. w.⁵⁵⁾ Allein *impedimenta facti* hindern den Lauf der Verjährung nicht⁵⁶⁾. Zu diesen gehört aber unstreitig die Abwesenheit⁵⁷⁾. Wäre die Böhmersche Meinung wahr, so würde es ganz unnöthig gewesen seyn, daß Justinian ein neues Rechtsmittel, den Lauf der Verjährung mittelst einer Protestation zu unterbrechen, einführt⁵⁸⁾.

2) Kann

- 54) *Introduct. in ius Digestor.* h. t. §. 2. und in *Doctrina de actionib. Sect. II. Cap. II. §. 25. not. a.* Unter den neuzeitl. Rechtsgelehrten sind dieser Meinung begetreten CARRACH in *Adnotationib. ad Boemeri doctr. de action.* pag. 133. sq. und ARN. ICKEN in *Animadversion. iur. civ. Specim. Marburgi* 1778. Nr. II.
- 55) *L. 1. in fin. Cod. de bon. matern.* *L. 1. §. 2. in fin. Cod. de ann. except.* *L. 5. Cod. in quib. caus. in integr. restitu. necess. non est* *L. 30. C. de iure döt.*
- 56) S. Mich. GRASSI *Diss. de regula iuris: agere non valenti non currit praescriptio.* *Tubing.* 1718. und IO. ANDR. IOACHIM *Diss. de differentia impedimentorum iuris et facti circa restitu. tionem in integrum.* *Lipsiae* 1729.
- 57) *L. 1. §. 1. D. b. t.*
- 58) *L. 2. C. de ann. except.* welche aller Wahrscheinlichkeit nach in eben dem Jahre 531. wie die *L. un. C. de usucap. transform.*

2) Kann auch eine neue Klage angestellt werden, welche in dem Falle statt findet, da der Abwesende eigentlich kein Recht verloren hat, sondern dadurch in Schaden gekommen ist, daß er einen Vortheil nicht erlangt hat, den er hätte erlangen können⁵⁹⁾. Diese Klage wird *actio institutoria* genannt⁶⁰⁾. Sie setzt jedoch voraus, daß der entgangene Vortheil kein solcher seyn müsse, den man aus der Bestrafung eines Dritten, oder sonst mit dessen Schaden, z. B. aus einer Verjährung, wenn etwa der Besitz durch unsere Abwesenheit wäre unterbrochen worden, zu erlangen sucht⁶¹⁾. Z. B. es ist mir ein Vermächtniß für jedes Jahr, da ich mich an meinem Wohnorte aufhalten würde, oder unter der Bedingung, wenn ich zur Zeit des Todes des Testirers gegenwärtig seyn würde, hinterlassen worden. Allein weil ich in öffentlichen Geschäften abwesend seyn müsse, so könnte die

Bes.

form. ist gegeben worden, wie ich in meinen Opusc. iurid. Fascic. IV. pag. 73. gezeigt habe. Die Böhmer'sche Meinung hat auch schon *Christ. HARTMANN* in Diss. de L. 2. Cod. de annali except. actionem rescissoriam non tollente, *Lipsiae 1744. §. 11.* widerlegt.

59) *L. 17. §. 1. L. 41. L. 43. D. b. r.*

60) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 25. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

61) *L. 18. L. 19. L. 20. D. b. r.* Durch diese Geschichten muß die *L. 27. D. eodem* limitirt werden, wo es ganz unbestimmt heißt: *Et siue quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est: etiamsi non ex bonis quid amissum est.* Vermuthlich haben auch wohl die *L. 18. und L. 27. D. h. t.* zusammen gehört. Denn beyde sind aus dem nämlichen *Libro XII. PAULI ad Edictum* genommen, wie auch NOODT in *Comm. ad Pand. h. t.* pag. 120. bemerkt hat.

die Bedingung des Vermächtnisses nicht existiren. Gegen diesen Verlust kann ich Restitution erhalten, so daß ich mit der actione utili ex testamento das Legat von dem fordern kann, dem die Auszahlung im Testamente ist aufgerlegt worden⁶²⁾.

Uebrigens ist die eine Klage, wie die andere, binnen vier Jahren anzustellen, welcher Zeitraum von da an geschnitten wird, da das Hinderniß gehoben ist, und der Verleste Wissenschaft von seiner erlittenen Läsion erhalten hat. Es werden jedoch alle Tage gezählt, so wie sie auf einander folgen⁶³⁾. Die exceptio rescissoria hingegen ist auf gar keine gewisse Zeit eingeschränkt, sondern perpetua⁶⁴⁾.

§. 471:

62) *L.* 17. §. 1. *D.* b. t. *L.* 41. *D.* eodem. DOMPIERRE h. t. §. 21. pag. 405.

63) ODDUS Tr. de Restitut. in integr. P. I. Qu. 20. Art. 4. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 857. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 27.

64) S. Ger. NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. pag. 129. sq. Diesem ist die *L. ult. Cod. b. t.* nicht entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: Exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur, cum exceptionis annuae, quae huic obici sollet, obiectu res vindicare non prohiberis; so ist hier nicht von der exceptione rescissoria die Rede, sondern vielmehr von derjenigen Einrede, die der actioni rescissoriae entgegen gesetzt werden könnte, wenn sie nicht intra annum war angestellt worden, wie NOODT cit. loc. pag. 130. gezeigt hat. Man sehe auch Hub. CIPHANIUS in Explnat. difficilior. LL. Cod. ad *L. ult.* cit. pag. 119. Anderer Meinung ist jedoch LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28.

§. 471.

Von der Restitution *ex clausula Praetoris generali*.

Der Prätor hat dem Edict, worin er wegen der Abswesenheit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versprochen hat, eine allgemeine Clausel hinzugesetzt, welche folgendermaßen lautet: *Item si qua alia mibi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta principum licet*⁶⁵⁾. Ueber den eigentlichen Sinn dieser Clausel sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Die meisten⁶⁶⁾, denen auch unser Verf. bestimmt, legen ihr einen ganz allgemeinen Sinn bei, und erklären sie von einer jeden andern Ursache, ausser den von Prätor ausdrücklich bestimmten, da Jemand ohne seine Schuld in Schaden gekommen ist. Diese Meinung ist auch in der Praxis angenommen⁶⁷⁾; und sie hat theils die Auctorität Ulpian's⁶⁸⁾ für sich,

65) *L. I. §. I. in fin. D. b. t.*

66) ODDUS Tr. de Restitut. in integr. P. I. Quaest. 8. *Gul. Hieron. BRÜCKNER* Diff. de restitutione in integrum ex clausula Praetoris generali: *Si qua alia mibi iusta causa esse videbitur.* Jenae 1708. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 51—53. *I. H. BOEHMER* Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. sqq. SCHAUMBURG Compend. iur. Digest. h. t. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 854. u. 855. u. a. m.

67) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. LXIV. MEVIUS P. IV. Decif. 148. n. 14. WERNHER T. I. P. I. Obs. 52. P. III. Obs. 9. et Obs. 212. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. XV. Th. 14. und 16. WOLFG. TEXTOR Disp. de restitutione in integrum ex clausula generali. *Alerorf.*

68) *L. 26. §. 9. D. b. t.*

sich, welcher ganz allgemein sagt: *Quotiens aequitas restitutioinem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum,* rheils einige Beispiele, die in den Gesetzen selbst von einer ausdehnenden Erklärung jener Clausel vorkommen⁶⁹⁾). Andere⁷⁰⁾ hingegen glauben, daß sie blos von andern Ursachen der Abwesenheit zu verstehen sey. Es ist auch wohl nicht zu läugnen, daß wenigstens ursprünglich diese Clausel blos auf solche causas absentiae ihre Beziehung gehabt habe, die in dem Edict des Prätors, dem sie beigefügt ist, nicht ausdrücklich sind erwähnet worden. Denn Ulpian⁷¹⁾ erläutert diese Clausel blos von Fällen der Abwesenheit, und es wäre von einem solchen praktischen Juristen wohl zu erwarten gewesen, daß er wenigstens ein anderes Beispiel angeführt hätte, wenn jene Clausel wirklich nach der Absicht des Prätors einen allgemeinen Sinn haben sollte. Allein er setzt vielmehr selbst zur Erläuterung hinzu⁷²⁾: *Et generaliter, quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate*

69) L. 1. §. 9. D. de itinere actuque priv. L. 34. §. 1. L. 35. D. de Servit. praed. mysticor.

70) CUJACIUS in Paratitl. ad L. 16. et 30 D. h. t. *Aue FABER Rational.* ad L. 26. §. 9. D. h. t pag. 638. *Ger. NOODT Commentar.* ad Dig. h. t. pag. 127. sq. SCHILTER *Prax. iur. Rom. Exerc.* XI. §. 29. TEXTOR cit. Diff Th. 22. DOMPIERRE *Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 3.* pag 375. sqq. BIE-
NER *Historia restitutionis in integr. Cap. V.* pag. 27. sq. und besonderß *Io. Phil. FRANCK* Diff. de restituzione in integrum ex clausula Praetoris generali ultra casus absentiae non extendenda. *Erlangae* 1785.

71) L. 26. §. 9. L. 27. et L. 28. pr. D. b. t. L. 26. §. 1. L. 33. D. eod.

72) L. 26. §. 9. in fin. D. b. t.

tate abfuit, dici oportet, ei subveniendum. Dass man indessen diese Clause nachher weiter ausgedehnt habe, wenn solches die offbare Billigkeit erforderte, zeigen die in den Gesetzen der Pandecten hin und wieder vorkommenden Beispiele einer solchen ausdehnenden Erklärung⁷³⁾.

§. 472.

Fälle, wo die Restitution *ex clausula Praetoris generali* nach dem Gerichtsgebrauch ertheilt wird.

Vermöge der allgemeinen Clause des Prätors wird die Restitution nach dem heutigen Gerichtsgebrauche in folgenden Fällen ertheilt.

1) Wenn eine Partien durch die Schuld ihres Sachwalters oder Advocaten lädiert worden ist. Z. B. mein Sachwalter hat den Beweistermin verstreichen lassen, und ich habe dadurch den Proces verloren. Nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten⁷⁴⁾ soll zwar die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dann statt finden, wenn der Sachwalter den Schaden zu ersetzen nicht im

Stande

73) Den oben in der Not. 69. bereits angeführten Stellen ist noch hinzuzufügen 1. 7. D. de Restitur. in integr. Man vergleiche auch Mich. Frid. ABEL Observat. iur. (Würzburgi 1788. 8.) Obs. 4.

74) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. III. Tit. 3. §. 58. WERNHER Observat. for. T. I. P. II. Obs. 391. et Tom. II. P. VIII. Obs. 363. CARPOV Respons. iur. Lib. III. Resp. 4. nr. 5. LEYSER Specim. LXIV. medit. 3. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 5. Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Ged. 52. SCHAUMBURG Compend. iur. Digestor. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 855. und Tom. III. §. 4308. not. d. u. a. m.

Standes ist, und sich auch dessen Insolvenz, nach geschehener Ausklagung desselben, genugsam ergeben hat. Allein nach der heutigen veränderten Gerichtsverfassung, und der selbstredenden Billigkeit nach lässt sich dieses nur bey Praxischwaltern behaupten; dagegen kommt es bey öffentlich approbierten Advocaten und gerichtlichen Procuratoren, auf die sich eine Partien hat verlassen können, und denen sie auch ihre Sache hat anvertrauen müssen, weil sie vom Staat selbst geprüft und autorisiert worden sind, auf den Unterschied nicht an, ob der Anwalt den Schaden zu ersehen im Stande ist, oder nicht, sondern es kann die durch desselben Schuldb in Schaden gebrachte Partien, ohne ihren Sachwalter vorher erst ausklagen zu müssen, sogleich um die Wiedereinschung in den vorigen Stand bitten⁷⁵); und dies ist auch der heutigen Praxis gemäß⁷⁶).

2) Wennemand durch eine Handlung des Richters selbst gehindert wurde, sein Recht vor Ablauf der

Ver-

75) *Iust. Henr. BOEHMER* in iur. eccl. Protest. Lib. I. Tit. 38.

§. 48. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Themen der Rechtsgesetztheit. 1. Th. Bem. 103. Da zu Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processe §. 43. S. 117.

76) MEVIUS P. III. Decis. 29. P. VII. Dec. 286. de LUDOLF Observat. for. P. II. Obs. 124. et P. III. Obs. 254. de Cramer Observat. iur. univ. T. II. Obs. 593. de CANNEGIESSEK Decision. Hasso-Cassell. T. I. Decis. 29. n. 10. et 11. Fratr. BECKMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 81. nr. 10. p. 355. Höschers Sammlung merkwürdiger am R. Reichskammergericht entschiedener Rechtsfälle 1. Th. (Lemgo 1789.) S. 65. Reuß Beiträge zur neuesten Geschichte der Reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis. 3. Band S. 206. und Kleins merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Band Nr. XLIII. S. 346. ff.

Glück's Erläut. d. Pand. 6. Th.

D

Verjährungszeit gerichtlich zu verfolgen; z. B. weil der Richter außerordentliche Gerichtsferien ansehe, oder bei Erlassung der Citation an meinen Gegner sämig war, und dadurch mein Recht erloschen ist⁷⁷).

3) Wennemand die Meinung eines berühmten Rechtsgelehrten für sich hat, und sich darnach bona fide gerichtet hat⁷⁸).

4) Wennemand aus Irrthum oder Unwissenheit eines Gesetzes, oder eines Factums in Schaden gekommen ist, und dieser Irrthum der Billigkeit nach Entschuldigung verdient⁷⁹). Z. B. wenn der durch Unwissenheit des Rechts Verletzte eine solche Person ist, der die Gesetze in Ansehung der Unwissenheit des positiven Rechts Nachsicht angedenken lassen⁸⁰); hierher gehört auch, wenn ein Gläubiger von der Edictalcitation nichts erfahren hat, und daher im Concurs præcludirt worden ist⁸¹). Es entsteht hierbei die Frage, ob nicht auch gegen den Ablauf einer Verjährung die Restitution vermöge der allgemeinen Clausel wegen der Unwissenheit gesucht werden könne? Mehrere Rechtsgelehrten⁸²) wollen dieses zwar behaupten,

und

77) L. 26. §. 7. D. b. 2. HOMMEL ad Menckenii Doctr. de action. forens. not. 179. pag. 76.

78) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LXIV. med 4.

79) L. 2. D. de in integr. restitut. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXIV. §. 34.

80) MADIHN ad Menckenii doctr. de actionib. for. not. 181. pag. 76.

81) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

82) Pet. Fr. LINGLOIS Comment. ad L. Decision. Justin. Decis. III. Qu. 6. nr. 4. et Decis. XLIV. Qu. 3. nr. 25. Sim. Henr.

und berufen sich deshalb auf die Praxis⁸¹⁾. Allein den Gesetz ist diese Meinung nicht gemäß, welche gegen eine rechtmäßig vollendete Verjährung wegen der bloßen Unwissenheit durchaus keine Restitution gestatten⁸²⁾, und eine contraire Praxis lässt sich auch nicht allgemein beweisen⁸³⁾. Daher wird diese Meinung von Andern⁸⁴⁾ mit Recht verworfen.

D 2

5) Wenn

MUSAEUS in Disp. de restitutione in integrum contra præscriptionem ex capite ignorantiae. Kiloni 1704. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. u. a. m.

83) GAILIUS Observat. Lib. II. Obs. 19. nr. 18. sq. MEVIUS P. VII. Decis. 174. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 6.

84) L. un. C. de usucap. transform. L. ult. Cod. de præscript. longi temp. L. 3. et 4. C. de præscript. trig. vel quadrag. annor.

85) Man vergleiche Io. Baleb. L. B. a WERNHER select. Observat. for. T. III. P. II. Obs. 483. BERGER Respons. P. II. Respons. 234. p. 406. HORN Consultat. et Respons. Clas. X. Resp. 8. p. 566. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol VII. Specim. CCCCLVIII. medit. 5. und selbst GAILIUS in novo opere Consilior. P. I. Consil. 1. nr. 30.

86) Man sehe Franc. SARMIENTI select. Interpretat. Lib. II. cap. 10. pag. 118. BACHOVIVS ad Prota pandect. h. t. cap IV. n. 8. pag. 1193. sqq. VOET Commen. ad Pand. h. t. §. 12—15. HUBER Praelection. a^rt Pand. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th pract. Pandectar. h. t. §. 19. DOMPIERRE Specim de Restitut. in integr. h. t. §. 31. Guil. Hieron BRÜCKNER Diff. de restitutione in integrum ex clausula Praetoris generali §. 19. Io. WUNDERLICH Diff. de restitutione in integrum contra præscriptionem ex capite ignorantiae non competente. Jenae 1754. u. EMMINGHAUS ad Cocceji ius. civ. controv. h. t. Qu. 4. not. h. pag. 385.

5.) Wennemand keinen Advocaten hat bekommen können^{87).}

6.) Wenn man durch einen unvermutheten Zufall, oder Krankheit verhindert worden ist, etwas zu thun, und durch diese Unterlassung Schaden leidet. Z. B. wenn ein unvermuhter Todesfall in meiner Familie, oder eine Krankheit mich abhält, in dem bestimmten Termine vor Gericht zu erscheinen, und der Richter mich deswegen präcludirt hat. Es muß nur die Krankheit, wegen der man Restitution suchen will, ein morbus sonticus, das ist, eine solche seyn, die einen an der Besorgung seiner Geschäfte hindert^{88).}

7.) Führt man gewöhnlich auch die rusticitatem als einen Grund an, aus welchem die Restitution, vermöge der allgemeinen Clausel, ertheilt werden könne. Als Lein der Bauern stand führt ein solches besonderes Recht nicht mit sich. Bauern und andere gemeine Leute können daher nur dann auf diese Restitution Anspruch machen, wenn sie keine Gelegenheit hatten, einen Rechtserfahrnen zu Rathen zu ziehen, und selbige durch einen Mangel solcher Kenntnisse, die bey ihrem Stande gewöhnlich nicht vorhanden sind, einen Schaden erlitten haben^{89).} Endlich

8.) wenn

⁸⁷⁾ SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 5. HOFACKER. §. 855.

⁸⁸⁾ MEVIUS P. II. Decis. 211. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1010.

⁸⁹⁾ WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 52. LEYSER Meditat ad Pand. Specim. LXIV. med. 8. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 477.

8) wennemand durch Armut und Geldmangel an der Verfolgung seines Rechts gehindert worden ist⁹⁰).

Uebrigens sind auch hier, wie unser Verf. noch zum Schluss bemerkt, die allgemeinen Grundsätze von der Restitution überhaupt anzuwenden. Es findet daher die Restitutio ex causa Praetoris generali nie in einem solchen Falle statt, wo bei einer bestimmten Restitutionsursache die gesetzlichen Erfordernisse fehlen⁹¹).

90) Z. B. wenn mit der Einwendung eines Rechtsmittels die Erlegung einer baaren Summe verbunden ist, die die Partien nicht auf der Stelle aufzubringen im Stande war, und blos dieser Geldmangel Schuld gewesen ist, daß das Rechtsmittel desert wurde. S. BROCKES select. Observat. for. Obs. 381. de CANNEGIESER Decision. Hasso - Cassellan. T. I. Decis. CLIII. nr. 4 und LEYSER Specim. LXIV. med. 5.

91) BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 5.

De alienatione iudicij mutandi causa facta.

§. 473.

Was ist eine alienatio iudicij mutandi causa facta? wie geschieht die Restitution wegen dieser Ursache?

Unter einer Veräußerung, welche iudicij mutandi causa facta geschehen ist, wird eine solche verstanden, die zum Nachtheil eines Dritten in der Absicht unternommen worden ist, damit derselbe einen Andern zum Gegner bekommen möge, durch den ihm die Verfolgung seines Rechts erschwert, oder gar vereitelt wird⁹²⁾. Eine solche Veräußerung geschiehet,

1) wennemand eine Sache, wegen welcher er von einem Dritten einen gerichtlichen Anspruch befürchtete, in der Absicht veräußert hat, um diesem Dritten, durch Aufdringung eines andern Gegners, die Ausführung seiner Ansprüche zu erschweren, oder ganz zu vereiteln. Z. B. die Veräußerung der Sache ist an einen Mächtigen, oder Streitsüchtigen, oder an einen Neuwärtigen geschehen, gegen den nun die Rechtsverfolgung mit mehreren Schwierigkeiten und Kosten verknüpft ist⁹³⁾; oder die Veräußerung ist an einen solchen geschehen, wider den man nun durch eine Klage gar nichts ausrichten kann. Z. B. der Dritte,

92) L. 1. pr. D. b. t. Io. Christ. Wilb. STECK Diss. de alienatione iudicij mutandi causa facta. Francof. ad Oder. 1759.

93) L. 1. §. 1. L. 2. et L. 3. D. b. t.

Dritte, an welchen die Sache böslich veräußert worden ist, hat sie usucapirt, so daß gegen diesen die Reivindicatio nicht mehr Statt findet⁹⁴⁾.

2) Wenn ich gegen den Eigenthümer, wegen eines von demselben auf seinem Grundstück aufgerichteten, mir nachtheiligen Werks, mein Recht auf desselben Kosten hätte verfolgen können, und dieser das Grundstück böslicher Weise an einen Dritten veräußert hat, von dem ich nur verlangen kann, daß er mir die Hinwegräumung des nachtheiligen Werks auf meine eigene Kosten verstatte. Dies ist der Fall bei dem interdicto quod vi aut clam, ferner bei der actione aquae pluviae arcendae, und der novi operis nunciatione⁹⁵⁾.

3) Wennemand seine Klage in der Absicht, um denjenigen, wider welchen ihm dieselbe zu stand, zu schikaniren, an einen Dritten beschwerlichen Gegner veräußert hat⁹⁶⁾.

In diesen Fällen ist nun zwar die Veräußerung selbst der Regel nach nicht ungünstig; allein weil es doch unlöslich ist, durch dergleichen boshaftre und schikanöse Unternehmungen einem Dritten die Verfolgung seines Rechts zu erschweren, oder gar zu vereiteln, so giebt der Prätor⁹⁷⁾

D 4

dem

94) L. 4. pr. D. eodem.

95) L. 3. §. 2. et 3. D. b. t.

96) L. 11. D. b. t. L. ult. D. eodem. NOODT Commentar. ad Pand. h. t pag. 132. DOMPIERRE h. t. §. 7. STECK cit. Diff. Vaderer Meinung ist LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4.

97) In der L. 1. pr. et L. 3. §. 4. D. b. t. wird zwar diese Restitution dem Proconsul zugeschrieben. Allein deswegen ist

demjenigen, der durch eine solche Veräußerung verlegt worden ist, die Restitution. Diese besteht darin. Der Prætor gibt

a) eine Klage, welche der Verlehrte wider denjenigen, der die nachtheilige Veräußerung unternommen hat, anstellen kann, welche darauf geht, daß wenn sich der Beklagte nicht eben so auf den Rechtsstreit mit dem Kläger einlassen will, als wenn keine Veräußerung geschehen wäre, er ihn für alles dasjenige schadlos halten solle, was er dabei verliert, daß er nun sein Recht wider einen andern beschwerlichern Gegner verfolgen muß⁹⁸⁾). Diese Klage heißt *actio in factum*, und geht nicht auf Rescission der Veräußerung, sondern nur auf Leistung des Interesse, z. B. auf Ersatz der vermehrten Prozeßkosten. Sie ist also eigentlich eine *actio rei persecutoria*⁹⁹⁾). Weil sie aber doch einen begangenen Dolus zum Grunde hat, und zugleich auf Bestrafung desselben abzwekt, so findet sie gegen den unschuldigen Erben nicht Statt¹⁰⁰⁾). Nach den Gesetzen der Pandecien ist sie auch

ist sie doch so gut, wie eine jede der vorhergehenden, vom Prætor eingeführt worden, wie aus der L. 4. §. 1. L. 8. §. 1. D. b. r. und L. 24. §. 1. D. *communi divid.* erhellet. Denn die Proconsuls legten die Edicte der Prætoren in ihren Provinzialedicten zum Grunde. S. Io. Aug. BACHII Prolus. de edicto perpetuo provinciali. (in eius Opuscul. Halae 1767. 8.) pag. 168. sqq.

98) L. 3. §. 4. et. 5. D. b. s.

99) L. 4. §. fin. L. 7. D. b. t.

100) L. 4. §. fin. L. 5. D. b. r. NOODT Comm. h. t. pag. 134. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn die Klage wider den Veräußerer noch bey dessen Lebzeiten angestellt, und lis confessi-

auch schon nach Ablauf eines Jahres erloschen¹⁾). Allein nach der Analogie der L. ult. Cod. de tempòr. restitut. in integr. dauert sie ganzer vier Jahre²⁾). Der Prætor giebt aber auch

b) eine Einrede, welche alsdann Statt findet, wenn derjenige, an welchen die Veräußerung geschehen ist, das ihm abgetretene Recht durch Anstellung einer Klage wider denjenigen verfolgen will, zu dessen Nachtheil die Veräußerung unternommen worden ist³⁾). Dieser braucht sich also auf die Klage gar nicht einzulassen, sondern kann den Dritten sogleich mit der Einrede zurückweisen, daß die Veräußerung iudicii mutandi causa geschehen sei. Er muß nur aber freylich den Dolus des Veräußerers erweisen. Z. B. Titius hat einen Rechtsanspruch an einer Sache, welche Sempronius besitzt. Um diesem einen recht beschwerlichen Proceß zu verursachen,

D 5

tritt

festiret worden ist. L. un. Cod. Ex delict. defunct. in quantum hered. conven. DOMPIERRE h. t. §. 10. Allein nach dem kanonischen Recht, welches wir in der Praxis befolgen, hasten die Erben des Veräußerers ohne Unterschied, soweit der Nachlaß zureicht. S. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

1) L. 6. D. b. t.

2) DOMPIERRE h. t. §. 9. und HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 530. Underer Meinung sind zwar LAUTERBACH in Colleg. Pand h. t. §. 15. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 4. und BOEHMER in Introd. in ius Dig. h. t. §. 4. Allein diese Meinung ist schon von mir an einem andern Orte, (5. Th. §. 439. S. 436.) widerlegt worden.

3) SCHULTING h. t. §. 1. et 5.

tritt er seinen Anspruch durch eine Schenkung an einen Soldaten ab. Klagt hier der Donatar wegen des ihm abgetretenen Rechts, so steht ihm die Einrede, daß die Schenkung bloß iudicij mutandi causa geschehen sey, entgegen; und der Beklagte kann mit Recht verlangen, daß der vorige Eigenthümer selbst klage⁴⁾). Ja zuweilen steht nicht einmahl dem Veräußerer weiter eine Klage zu, sondern er hat sich, zur Strafe, seines Rechts verlustig gemacht. Z. B. Ticius besitzt mit dem Sejus ein gemeinschaftliches Grundstück. Um der ihm bevorstehenden Theilungsklage zu entgehen, veräußert er seinen Anteil an einem mächtigeren Gegner, den Sejus aus Furcht für seine Macht zu überbieten sich nicht unterstellen wird. Herzduch sucht er das ganze Guth dem Dritten in der Absicht in die Hände zu spielen, um solches nachher von ihm für einen wohlfeilen Preis wieder zu erhalten. Hier kann weder der Dritte klagen, an welchen Ticius seinen Anteil veräußert hat, weil diesem die Einrede entgegen steht, daß die Veräußerung iudicij mutandi causa geschehen sey; noch auch Ticius selbst, denn wollte dieser das iudicium communi dividundo jetzt noch anstellen, so würde er darum mit seiner Klage abzuwessen seyn, weil er sich vermöge des Licinischen Gesetzes seines Rechts verlustig gemacht hat⁵⁾). Eben dieser Verlust des Rechts trifft

4) L. II. D. b. t. NOODT Comm. h. c. pag. 132.

5) L. ult. D. b. t. Was dies für eine *lex Licinia* sey, deren in dieser Stelle gedacht wird, läßt sich mit Gewisheit nicht bestimmen. Wer von Muthmassungen ein Freund ist, lese Jo. TRAUG. SCHOEN Diss. de poena Legis Liciniae ex L. ult. D. de alienat. iudic. mut. caus. facta. Lipsiae 1771. Man vergleiche auch noch über diese L. ult. Guil. RANCHINUS Lib. III. Variat. Lection. cap. 15. (in Thes. iur. Rom.

trifft nach dem neuern Nóm. Recht auch einen Gläubiger, der seine Forderung bloß aus Schikane an einen Mächti gen cedit⁶).

§. 474.

Erfordernisse dieser Restitution.

Bei dieser Restitution wird jedoch erforderlich,

1) daß die Veräußerung unter den Lebendigen geschehen sei. Wenn alsoemand die Sache, in Ansehung deren er einen Procesz befürchtet, einem Andern vermachte, oder auf den Todesfall geschenkt hat, so findet deswegen keine Restitution statt⁷); weil thells eine solche Veräußerung erst nach dem Tode desjenigen gilt, der sie unternommen hat, folglich dadurch die Lage der rechtlichen Ansprüche eines Dritten nicht verschlimmert wird; thells weil man sein Vermögen doch nothwendig jemanden nach seinem Tode hinterlassen muß⁸). Uebrigens wird nicht gerade eine solche Alienation vorausgesetzt, wodurch das Eigenthum der Sache auf den Andern transferirt wird. Die bloße Uebertragung des Besitzes ist auch schon hinreichend⁹), wenn der Veräußerer selbst das Eigenthum nicht hatte¹⁰), und doch die Klage, die dem

OETON. Tom. V. pag. 971.) NOODT Observat. Lib. II. c. 26.
SCHULTING h. t. §. 5. und DOMPIERRE h. t. §. 12.

6) L. 1. et 2. Cod. Ne licent poteriorib.

7) L. 8. §. 3. D. b. t.

8) VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

9) L. 4. §. 2. D. b. t.

10) L. 8. §. 2. D. b. t.

dem Dritten in Ansehung der Sache zusteht, nur gegen den Besitzer angestellt werden kann. Ja die Bestellung eines dinglichen Rechts, z. B. einer Servitut, auf einer Sache, wegen welcher man von einem Dritten einen gerichtlichen Anspruch erwartet, wenn sie blos aus Chikane einem beschwerlichen Gegner geschieht, kann die Restitutio, von welcher hier die Rede ist, begründen. Daher sagt Ulpian ¹¹⁾: *Ad iura etiam praediorum hoc Edictum pertinet, modo si dolo malo fiat alienatio.* Ob übrigens die Veräußerung durch einen unerösen Titel oder unentgeldlich geschehen ist, macht hier keinen Unterschied ¹²⁾; eben so wenig kommt es auch darauf an, ob die Klage, die dem Dritten in Ansehung der zu seinem Nachtheil veräußerten Sache zusteht, eine Real- oder Personalklage ist ¹³⁾). Wer hingegen eine Sache blos derelinquit, und also selbige zu besitzen aufhört, ohne den Besitz auf einen Andern zu übertragen; oder wer eine Erbschaft ausschlägt, damit sie der mächtigere Substitut bekomme, kann deshalb von dem nicht belangt werden, der an der derelinquierten Sache, oder an der ausgeschlagenen Erbschaft einen Anspruch macht ¹⁴⁾). Nam non alienat, sagt Ulpian ¹⁵⁾), qui duntaxat omittit possessionem, nämlich quam vel nondum adeptus erat, vel derelinquit.

2) Die

¹¹⁾ L. 4. §. 4. D. b. t. Ant. FABER Rational. in h. L. und POTHIER Pand. Iustinian. h. t. Nr. II. not. c. pag. 161.

¹²⁾ L. II. D. b. t.

¹³⁾ L. 3. §. 2. D. b. t. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

¹⁴⁾ L. 4. §. 1. D. b. t. Ant. FABER Rational. in h. L. DOMPIERRE h. t. §. 4.

¹⁵⁾ L. 119. D. de Reg. iur. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. III. not. e.

2) Die Veräußerung muß vor der Litigatestation geschehen¹⁶⁾. Denn ist der Rechtsstreit schon wirklich angegangen gewesen, und ist bereits contestirt worden, so ist die res nun litigiosa, und die Veräußerung derselben nichtig¹⁷⁾. Der Proces geht daher gegen den Veräußerer fort, weil der Dritte, an welchen die Veräußerung geschehen ist, kein Recht an der Sache hat erwerben können.

3) Die Veräußerung muß dolo malo d. i. in der Absicht geschehen seyn, die Lage seines Gegners, durch Substitution eines andern Klägers oder eines andern Beklagten, zu verschlimmern. Ist also die Veräußerung aus einer andern Ursache geschehen, z. B. aus Noth, wegen dringender Schulden, oder weil dem Veräußerer sein Alster, oder seine Kranklichkeit, oder die Menge seiner Geschäfte nicht erlaubten, sich wegen der veräußerten Sache in einen Proces einzulassen, oder weil er überhaupt ein Feind von Procesen ist, er veräußerte also die Sache, wegen welcher er einen Proces befürchte, blos um solchen von sich abzuwenden; so hat diese Restitution nicht Statt¹⁸⁾.

4) Die Veräußerung muß auch dem Andern wirklich zum Nachtheil gereichen. Die Restitution fällt daher weg, wenn die Sache dem Kläger gar nicht gehört, oder dieselbe durch bloßen Zufall zu Grunde gegangen ist¹⁹⁾; oder wenn der Beklagte bereit ist, den Streit eben

16) L. 8. §. 1. D. b. r.

17) L. 2. et Artb. seq. Cod. de Litigios.

18) L. 4. §. 1. et 3. D. b. r.

19) L. 4. §. 5. D. eodem.

eben so, als wenn er die Sache noch besitze, auf sich zu nehmen²⁰⁾.

Ich muß hier noch bemerken, daß nach dem Edict des Prätors der Veräußerer wider seinen Willen nicht gezwungen werden konnte, das utile in rem iudicium zu übernehmen, quasi possideret²¹⁾. Erst unter Hadrian wurde durch das Senatusconsultum Iuventianum im Jahre Christi 129. der Rechtsfaß eingeführt, daß bey der Erbschaftsfrage derjenige, welcher dolose aufgehört hat, die Erbschaft zu besitzen, noch immer als Besitzer angesehen, und als ein solcher verurtheilt werden solle²²⁾. Dieser Grundsatz ward nachher durch die Interpretation der Röm. Juristen auch auf die Reibindication ausgedehnt²³⁾, und nun galt die Regel: *Qui dolo malo possidere desiit, pro possessore habetur*, auch bey den Reiblagen, welche schon längst vor Hadrian bey den Interdicten und Noxalklagen im Gebrauch war²⁴⁾.

Ob.

20) L. 3. §. ult. L. 8. pr. D. b. r.

21) VOET in Commentar. h. t. §. 2.

22) L. 20. §. 6. L. 25. §. 2. et 8. D. de hereditat. petit. G. HEINECCI Dis. de SCto Hadriani temporibus facto, quod extat L. 20. §. 6. D. de hered. petit. §. 10. et 11. (in Opuscul. postumis s. Histor. Edicior. pag. 458.)

23) L. 27. §. 3. L. 36. pr. D. de Rei vind. NOODT in Comm. ad Pand. h. t. §. ult. pag. 135.

24) L. 1. pr. D. Quor. bonor. L. 1. §. 7. D. Quod legator. L. 1. pr. L. 3. §. 6. de Tab. exhib. L. 2. pr. L. 8. §. 3. D. de precar. L. 2. §. 42. D. Ne quid in loc. publ. L. 22. §. ult. L. 24. D. de noxal. act. Auf diese Gesetze beziehen sich auch die L. 131. L. 150. D. de Reg. iur. wie Jacob. COTHOFREDUS in Comment. in Tit. D. de Reg. iur. ad LL. cit. gezeigt hat.

Ob nun aber gleich nach dem neuern Röm. Recht der Veräußerer mit der actione in rem utili eber so belangt werden kann, als wenn er die veräußerte Sache noch besäße, so daß es nicht mehr von seiner Willkür abhängt, ob er sich auf diese Klage einlassen will; so läßt sich doch deswegen der heutige Gebrauch dieser prätorischen Restitution nicht bezweifeln²⁵⁾). Denn

1) können bösliche Veräußerungen vorkommen, wo derjenige, welcher dolose zu besitzen aufgehört hat, nicht mehr als Besitzer belangt werden kann, und folglich die utilis in rem actio keine Statt findet²⁶⁾).

2) Kann auch die actio in factum zuweilen vortheilhafter seyn, als die actio utilis in rem, weil man bei jener nur beweisen darf, daß die Veräußerung dolo malo geschehen sey, welches auch durch Zeugen geschehen kann, gegen die sich der Beklagte hat verlauten lassen, daß er die Veräußerung bloß aus Chikane unternommen habe. Das hingegen muß bei der Rei vindicatio utilis das Eigenthum erwiesen werden²⁷⁾). Endlich

3) gei

25) NOODT in Comm. ad Pand. h. t. §. ult. pag. 135. Iac. voor-
da Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. und
de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

26) Beispiele kommen vor in der L. 3. §. 2. et 3. D. b. r. L.
4. pr. D. eod. und L. 24. §. 1. D. Communi divid.

27) BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. SCHAUMBURG Com-
pend. iur. Dig. h. t. §. 3. HEINECCIUS in Elem. iur. civ.
sec. ord. Dig. h. t. §. 527.

3) gestattet die L. un. C. b. t. ausdrücklich dem Kläger die Wahl, ob er im Falle einer Veräußerung, welche iudicij mutandi causa geschehen ist, die Restitution suchen, oder actione in rem klagen wolle. Es verdient daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten²⁸⁾ keinen Beifall, welche den heutigen Gebrauch dieser Restitution läugnen.

28) TITIUS Iur. privat. Rom. Germ. Lib. XII. cap. 4. §. 11.
HOMMEL Rhapsod. Quæstion. for. Vol. V. Obs. 683.

De receptis, et qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

§. 475.

Begriff eines Schiedsrichters. Unterschied desselben von einem *arbitero iuris*, *arbitratore*, und den Austrägen.

Zu den außergerichtlichen Mitteln, Rechtsstreitigkeiten zu bezeugen, gehört die Bestellung eines Schiedsrichters durch ein Compromiss der Parteien²⁹⁾.

Ein Schiedsrichter (*arbiter*) ist eine durch Vertrag der Parteien gewählte Person, durch deren Ausspruch ein Rechtsstreit entschieden werden soll. Man unterscheide ihn

I) von einem *arbitero iuris s. legali*, welcher vom Prätor den Parteien bei den actionibus bonae fidei und arbitrariis gegeben wurde, um den Streit nach Recht und

29) BORELLUS de compromissis et arbitris. Wolfgang. Ad. LAUTERBACH Tr. de arbitris compromissariis. Tübing. 1675. Inst. Dass. ZUFALL Differentiae arbitrorum Romanor. et Germanor. Marb. 1748. Io. TAB. CARRACH Diff. de cauto compromissorum in arbitros usu. Halsae 1738. Io. GOTTL. SIEGEL Diff. de arbitrio ex iuribus Rom. et germanicis illustrato. Lipsiae 1739. und Ge. Chriſt. NELLERI Collectio methodica SS. canonum et legum praecipuarum ad Libri Decretal. primi Tit. 43. de arbitris. (in Opuscul. Tom. I. P. I. pag. 221. sqq.)

und Billigkeit zu entscheiden³⁰). Die Formel, mit welcher ein solcher iudex bestellt wurde, war diese: *Tu, quantum aequius melius sit dari, reum condemna.* Hier von ist schon bei einer andern Gelegenheit gehandelt worden³¹).

2) Von einem *arbitratore*, einem *Schiedsmann*, *Vergleichsmann*, *gütlichen Unterhändler*, *Achtsmann*, *Mediateur*, u. s. m. welcher dazu gewählt wird, um entweder eine gütliche Beilegung eines Rechtstreits unter den Parteien zu vermitteln, oder bei Schließung eines Handels diejenigen Punkte nach der Billigkeit zu bestimmen, worüber sich die Contrahenten nicht vereinigen können, oder deren Bestimmung sie gleich Anfangs der Willkür eines dritten Unparteiischen überlassen haben³²). Z. B. die Contrahenten können bei Schließung eines Kaufs über den Preis, oder bei Schließung eines Pachtis über das Pachtgeld, oder bei einer geschlossenen Societät über die Theilung des Gewinnes oder über den Werth geleisteter Dienste nicht einig werden. Sie überlassen daher die Bestimmung und Auseinandersetzung dieser Punkte einem Dritten. An die Bestim-

30) L. 9. *D. Qui satisdare cog.* L. 38. *D. pro socio.* L. 24. *D. Depositari.* *Io. Tb.* SEGERI Diff. de arbitris honorariis ad historiam iuris civ. illustrandam. *Lipsiæ 1777.*

31) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 190.

32) Der Name *arbicularior* kommt zwar in den Römischen Gesetzen nicht vor, allein von seiner Bestimmung reden mehrere Gesetze. L. 13. §. 2. *D. b. t.* L. 76–79. *D. pro socio.* L. 25. *D. locati.* L. 69. §. 4. *D. de iure dot.* L. ult. *C. de contrah. emt.* §. 1. *I. de locat.* §. 1. *I. de emt. vend.* GROLLMANN Diff. de arbitratorum vi et potestate. VOET Commentar. h. t. §. 2. und VINNIUS select. iur Quaestio. Lib. I. c. 16.

mung eines solchen arbitratoris sind jedoch die Parthenen nicht schlechterdings gebunden, sondern sie wollen sich seinen Ausspruch nur insofern gefallen lassen, als er billig ist³³⁾). Ist daher einer der Contrahenten mit der Bestimmung desselben nicht zufrieden, so kann er mittelst der Contracts-klage die Sache an den ordentlichen Richter des andern Contrahenten bringen, und bitten, daß der unbillige Ausspruch des Schiedsmanns abgeändert, und eine billigere Bestimmung hergestellt werde³⁴⁾). Dies heißt *Reductio ad arbitrium boni viri*, und sie findet Statt, wenn eine offenkundige Unbilligkeit erweislich ist³⁵⁾), welche vorhanden seyn kann, obgleich kein Contrahent über die Hälfte verletzt ist³⁶⁾). Endlich sind Schiedsrichter auch

E 2

3) von

33) Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 51. S. 121. ff.

34) L. 30. D. *de operis libertor.* L. 76. *in fin.* L. 78. *et sq.*
D. *pro Socio.* Io. Andr. FROMMANN Diss. *de arbitratu boni viri in conventionibus et aliis causis extrajudicialibus.* Tübingae 1669. §. 59. et 60.

35) L. 79. D. *Pro socio* sagt: *Si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniqitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.* Hierher gehört auch, wenn der arbitrator einer Bestechung, oder Collusion mit dem einem Theile, überführt werden kann. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, ic. §. 149. S. 122.

36) LAUTERBACH Colleg. Pandect. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 51.
FRANTZKIUS in Commentar. eod. libr. et tit. nr. 261 — 263.
VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de emt. et vendit. nr. 5.
FROMMANN cit. Diss. §. 62. Ant. SCHULTING Thes. contro-
veriar. Decad. LXIII. §. 5. WESTENBERG Digest. Lib. XVIII.
Tit. 1. §. 37. et 38. Höpfner im Commentar über die

Hei-

3) von den sogenannten Austrägen zu unterscheiden, welche in den Rechtsstreitigkeiten der teutschen Reichstände die Stelle der ordentlichen Richter in erster Instanz vertreten, und vor welchen dieselben nach Vorschrift der teutschen Reichsgesetze der Regel nach erst belangt werden müssen, ehe die Sache an die höchsten Reichsgerichte gebracht werden kann³⁷⁾). Diese gehören nicht hierher.

§. 476.

Wer kann zum Schiedsrichter gewählt werden?

Zu Schiedsrichtern können nicht nur solche Personen gewählt werden, welche ein richterliches Amt zu bekleiden fähig sind, sondern auch andere, welche auch nicht Richter seyn können, wenn sie nur sonst die zur Entscheidung des obraltenden Streits erforderlichen Kenntnisse besitzen, und die Gesetze sie nicht ausdrücklich ausschliessen. Denn man muß hier immer erwägen, daß der Schiedsrichter kein öffentliches Amt bekleidet, sondern eine bloße Privatperson ist, die durch freye Wahl der Parteien bestimmt wird. Daher können auch Ehrlose zu Schiedsrichtern gewählt werden, wenn sie gleich von

Heineccischen Institutionen §. 870. Not. 100. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1905. Anderer Meinung sind jedoch DONELLUS in Commentar. ad L. ult. Cod. de contrah. emt. vendit. VOET in Comm. ad Pand. Tit. de contrah. emtione §. 23. WISSENBACH Commentar. ad L. ult. C. de contrah. emt. de cocceji iur. civ. controv. Lib. XVIII. Tit. 1. Qu. 26. EMMINGHAUS ad Eundem not. e. und Westphal a. a. D.

37) Joh. Jac. Prehn von den Austrägen. Halle 1779. 8. Moser von der teutschen Justizverfassung 1. Th. 1. Buch. 3. Kap. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts 2. Band. §. 280. ss.

von öffentlichen Aemtern ausgeschlossen sind³⁸⁾). Auch ein Sohn kann in Sachen seines Vaters Schiedsrichter seyn³⁹⁾). Hingegen sind Taube, Stumme, und Wahnsinnige ausgeschlossen⁴⁰⁾). Es soll auch Niemand unter 20 Jahren zum Schiedsrichter gewählt werden; ist es dennoch geschehen, so findet gegen einen solchen Minderjährigen weder ein Zwang statt, dem übernommenen Richteramte ein Genüge zu leisten, noch auch gegen den andern Theil eine Klage, um den Ausspruch eines solchen Schiedsrichters zu erfüllen, oder die im Contraventionsfall festgesetzte Strafe zu bezahlen⁴¹⁾). Ist Niemand zwar

E 3

schon

38) L. 7. pr. D. b. t.

39) L. 6. D. b. t.

40) L. 9. §. 1. D. b. t.

41) L. 41. D. b. t. Cum lege Iulia eautum sit, ne minor 20 annis iudicare cogatur: nemini licere minorem 20 annis compromissarium iudicem eligere, ideoque poena ex sententia eius nullo modo committitur. Callistratus spricht hier unfehlbar nach dem strengen Recht, wenn er auch sogar den Ausspruch eines solchen minderjährigen Schiedsrichters für ungültig hält. Allein nach der billigeren Meinung des Ulpianus L. 57. D. de iudic. ist die Sentenz nicht für ungültig zu halten, wenn der Schiedsrichter nur wenigstens 18 Jahre alt war. Antonius FABER in Rational. ad h. L. glaubt zwar, Callistratus führe hier nur die Meinung Anderer an, ohne selbst zu entscheiden, weil es am Ende der L. 41. heißt: multi dixerunt. Allein dies läßt sich nicht behaupten, wie Mattheus TEMMINCK in Diss. ad fragmenta quaedam legis Iuliae de iudiciis Traj. ad Rhen. 1757. Cap. II. (in Ger. OELRICHS Thes. novo Differenz Belgicar. T. II. Vol. II. Nr. II. pag. 76. sqq.) gezeigt hat. Es wird übrigens freylich vorausgesetzt, daß die Partheyen es gewußt haben, daß der von ihnen gewählte Schiedsrichter noch nicht 20 Jahre alt sey. S. VOET in Comm. ad Pand. k. t. §. 7.

schon über 20, aber noch nicht 25 Jahre alt, und er hat ein arbitrium übernommen, so muß er, wenn er wieder davon befreiet seyn will, die Wiedereinsetzung in den vorrigen Stand suchen⁴²⁾). Nach dem römischen Rechte⁴³⁾ können auch Frauenspersonen keine Schiedsrichter seyn, welche jedoch das kanonische Recht⁴⁴⁾ in dem Falle zuläßt, da sie eine ordentliche Gerichtsbarkeit haben. Ob der ordentliche Richter von den Parthenen zum Schiedsrichter in ihrer Sache gewählt werden könne, ist wenigstens nach dem römischen Rechte sehr zweifelhaft. Zwar redet Ulpian⁴⁵⁾ nur von einem iudice pedaneo, wenn er sagt: *Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, inve se compromitti iubere, prohibetur lege Julia.* Ein solcher iudex pedaneus, welcher den Parthenen vom Prätor war gegeben worden, konnte darum in derselben Sache nicht Schiedsrichter seyn, weil er an die ihm ertheilte Instruction des Prätors (formulam iudicii) gebunden war⁴⁶⁾). Allein man sieht es doch auch aus andern Gesetzstellen⁴⁷⁾, daß eine Magistratsperson, die ein imperium hatte, z. B. ein Consul oder ein Prätor, darum nicht füglich zum arbiter gewählt werden konnte, weil gegen solche Magistratspersonen keine Zwangsmittel Statt hatten. Dergleichen konnten nur allenfalls gegen magistratus inferiores gebraucht werden. Nach dem kanonischen Rechte⁴⁸⁾ hingegen

42) L. 41. in fin. D. b. 2.

43) L. fin. Cod. b. 2. NOODT ad Pand. h. t. p. 136.

44) Cap. 4. X. de arbitris.

45) L. 9. §. 2. D. b. 2.

46) Franc. DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Dig. (Oper. pag. 143.)

47) L. 3. §. 3. L. 4. D. b. 2.

48) Cap. 5. 7. 10. et 13. X. de arbitris. Cap. 21. X. de praebend.

hingegen, und nach dem heutigen Gerichtsgebrauche⁴⁹⁾, ist es außer allem Zweifel, daß nicht nur auf eine jede obrigkeitsliche Person, sondern auch sogar auf den in der obwaltenden Streitsache competenten Richter, als solchen, compromittiret werden könne; jedoch mit dem Unterschiede, daß in dem ersten Falle einz solche obrigkeitsliche Person bloß als Privatperson betrachtet wird, welche sich in Unsehung der ihr vermöge des Kompromisses aufgetragenen Streitsache aller eigenen Gerichtsbarkeit, und der ihr deshalb zustehenden Zwangsmittel enthalten muß, auch das hier den gehanen Ausspruch nicht selbst vollstrecken darf⁵⁰⁾, sondern die Execution dem gehörigen Richter des Beklagten überlassen muß⁵¹⁾). In dem letzten Falle hingegen geht das Kompromiß eigentlich nur auf die Verfahrungsart. Die Partien können sich z. B. über einen kürzern modum procedendi vergleichen. Nach dieser Vorschrift des Kompromisses muß nun zwar der Richter bei Untersuchung der Sache verfahren, übrigens aber entscheidet er vermöge seiner Jurisdiction; sein Ausspruch ist daher hier wie ein richterliches Urteil anzusehen, und geht in die Rechtskraft über, wenn keine Appellation, welche in

E 4

dies

49) S. Regensburg. Reichsabschied vom Jahr 1594.
§. 65. u. 66. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. a PURFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 170. von CRAMER Nebenstunden Th. VIII. nr. 8. NELLER cit. Collect. method. Sect. IV. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4023. not. f.

50) Cap. 5. X. b. z.

51) Cap. 2. et 4. X. eodem. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 3. Mich. Gottfr. WERNHER lectiss. Commentat. in Landect. h. t. §. 5.

diesem Falle statt findet, dagegen eingewendet worden ist ⁵²⁾).

§. 477.

Wie wird ein Schiedsrichter bestellt? Was ist ein Kompromiß? Was heißt *Recepuum*?

Die Bestellung eines Schiedsrichters geschiehet mittelst Vertrags, und zwar wird ein doppelter Vertrag geschlossen,

1) ein Vertrag unter den Parteien, wodurch sich dieselben mit einander dahin vergleichen, daß sie den unter ihnen obwalstenden Rechtsstreit einem dritten Sachkundigen zur Entscheidung überlassen, und sich seinem Ausspruche unterwerfen wollen. Dieser Vertrag wird *compromissum* genannt; daher heißen auch Schiedsrichter *judices compromissarii*, oder *arbitri compromissarii*. Von diesem Kompromiß ist Folgendes zu bemerken.

1) Es hat die Natur und Kraft eines Vergleichs. Die allgemeinen Grundsätze vom Transact finden daher hier ihre Anwendung ⁵³⁾.

2) Ein Kompromiß ist streng zu erklären ⁵⁴⁾. Es schränkt sich nämlich

a) nur

52) MEVIUS Decision. P. I. Decis. 98. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 24. I. H. BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 43. §. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4027.

53) SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 5. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 850. und 852.

54) LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. et 14. NELLER cit. Collect. Sect. II. §. 2.

a) nur auf die Personen ein, die es mit einander errichtet haben⁵⁵⁾). Auf die Erben derselben erstreckt sich solches nicht, außer wenn es ausdrücklich mit auf dieselben gerichtet worden ist⁵⁶⁾).

b) Es ist nur von der Sache zu verstehen, welche zur Zeit der Errichtung desselben unter den Parteien streitig war, und worüber das Kompromiß geschlossen worden ist⁵⁷⁾). Es kann also auf keine andere nicht conexa, auch nicht auf künftige Sachen, gezogen werden⁵⁸⁾; es wäre dann, daß das Kompromiß ausdrücklich auf alle und jede Streitigkeiten unter den compromittirenden Parteien wäre gerichtet worden, dergleichen Kompromiß in den Gesetzen ein *compromissum plenum* genannt wird⁵⁹⁾.

c) Nach dem Römischen Rechte wird zur vollkommenen Verbindlichkeit eines Kompromisses eine wechselseitige Pönalstipulation erforderl⁶⁰⁾). Ein nudum pactum wird nur in dem Falle für hinreichend gehalten, wenn beider Theile einander gegenseitig schuldig sind, und selbst die Verabredung mit einander getroffen haben, daß derjenige seiner Forderung verlustig seyn wolle, der dem

E 5

Auss.

55) L. 45. D. b. r.

56) L. 27. §. 1. L. 32. §. 3. et 19. et L. 49. §. 2. D. b. r.
Cap. fin. X. de arbitr.

57) L. 21. §. 6. L. 32. §. 15. D. b. r. L. 46. D. eodem.

58) Cap. 6. X. de arbitr. VOET h. t. §. 18. Paul. Ios. a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 460. und BOEHMER Princip. iur. canon.. §. 854.

59) L. 21. §. 6. D. b. r.

60) L. 13. §. 1. D. b. r. L. 11. §. 2. D. eodem. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 137. VOET h. t. §. 3.

Ausspruch des Schiedsrichters keine Folge leisten würde⁶¹⁾). Hatte nur ein Theil stipulirt, der andere aber nicht restipulirt, so war das ganze Compromiß ungültig⁶²⁾). Hatte hingegen der eine Geld, der andere Theil aber etwas anderes als Strafe auf den Contraventionsfall versprochen, so war eine *compromissum plenum* vorhanden⁶³⁾). Nach dem heutigen Rechte ist jedoch in jedem Falle der bloße Vertrag hinreichend⁶⁴⁾).

2) Der andere Vertrag ist derjenige, welcher zwischen den Parteien auf der einen, und dem Schiedsrichter auf der andern Seite geschlossen wird, wodurch sich letzterer verpflichtet, den ihm aufgetragenen Rechtsstreit der Vorschrift des Kompromisses gemäß zu entscheiden. Dieser Vertrag wird *receptum*⁶⁵⁾ genannt, und hat die Natur eines Auftrags oder einer Bevollmächtigung⁶⁶⁾). Er erfordert daher auch selbst nach dem Röm. Rechte zu seiner Gültigkeit keine Stipulation⁶⁷⁾ sondern kann

61) L. 11. §. 3. D. b. t. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Pand. h. t. §. 5.

62) L. 11. §. 4. D. b. t.

63) L. 11. §. 2. D. b. t. Es erheslet hieraus, daß der Ausdruck *compromissum plenum* verschiedene Bedeutungen hat. S. POTIER Pandect. Iustinian. h. t. Sect. I. nr. III. pag. 164. U. NELLER cit. Collectione Sect. II. §. 3.

64) NELLER cit. Collect. Sect. III. §. 1. in Addit. pag. 227.

65) L. 13. §. 2. D. b. t. RECEPISSE autem AREITRIUM videatur, ut PEDIUS lib. 9. dicit, qui iudicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur.

66) Cap. 30. X. de Electione. Ge. Lud. BOEHMER Princip. ius. canon. §. 850.

67) Denn das Wort *recipere* bedeutet eigentlich so viel als nudo pacto und ohne Stipulation versprechen, daß man etwas thun wolle

kann sogar mit stillschweigender Einwilligung auf Seiten des Schiedsrichters eingegangen werden⁶⁸⁾). Nur darin ist das receptum von einem andern mandato unterschieden, daß hier keine einseitige willkürliche Aufkündigung des einmal übernommenen Auftrags statt findet⁶⁹⁾.

Uebrigens können beide Verträge, sowohl durch Conventionalstrafen, als durch einen Eid, bestätigt werden⁷⁰⁾. Justinian⁷¹⁾ verbietet zwar, ein Kompromiß mittelst Eides zu bekräftigen, um Meineide zu verhüten; allein nach dem kanonischen Rechte⁷²⁾, welches wir in der Praxis befolgen⁷³⁾, findet auch die eidliche Bestäti-

wolle, wie *Ant. CONTIUS Disputation. iur. civ. Lib. I. cap. 4.* pag. 524. (*edit. Hanov 1607. 12*) bemerkt hat.

68) Z. B. durch Annahme des Instruments, welches das Kompromiß enthält. Das bloße Stillschweigen des Schiedsrichters, ohne eine solche positive Handlung, ist jedoch nicht hinreichend. S. LAUTERBACH *Diss. de arbitris compromissariis* §. 9. und HOFACKER *Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4020.* et not. g. pag. 434.

69) *L. 3. §. 1. D. b. t. L. 15. D. eodem.*

70) *L. 3. §. 2. L. 11. §. 2. L. 27. §. ult. D. b. t. L. 4 et 5. Cod. eod. Cap. 9. et 13. X. de arbitris. Cap. 14. X. de praesumption. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 850. in fin.*

71) *Nov. LXXXII. cap. II. und Avth. Decernit. Cod. h. t.*

72) *Cap. 2. et 9. X. de arbitr.*

73) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. STRUV *Synstagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 101. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4020. not. d. Georg Lud. Boehmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Resp. 20. nr. 2. et 3. S. 161. Man sehe indeß L. H. BOEHMERI *ius eccl. Protestant.* Lib. I. Tit. 43. §. 9.*

tigung bei Kompromissen statt. Beide Verträge werden gewöhnlicher Weise in eine Urkunde zusammengefaßt⁷⁴⁾.

§. 478.

Die arbitri sind entweder *necessarii* oder *voluntarii*.

Der Regel nach hängt es nun zwar von der freien Willkür der Parteien ab, ob sie die Entscheidung ihres Streits einem Schiedsrichter überlassen wollen oder nicht. Zuweilen kann aber doch ein besonderer Grund eintreten, der sie zur Bestellung eines Schiedsrichters in ihrer Streitsache verpflichtet. Ein solcher Grund kann entweder in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze, oder in einer leztern Willenserklärung, oder in einem vorher gegangenen Vertrage liegen. Daher sind die arbitri entweder *necessarii* oder *voluntarii*, und erstere wieder entweder *legales* oder *testamentarii* oder *pactitii*⁷⁵⁾.

§. 479.

Wer kann compromittiren, und in welchen Sachen findet ein Kompromiß statt?

Ein Kompromiß hat die Natur eines Vergleichs: (§. 477.) Daher können

i) nur

74) Ein Formular hat Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß. I. Th. §. 13. S. 43. ff.

75) L. 5. pr. Cod. de recept. arbitr. L. 16. Cod. de indic. Cap. 11. de offic. iud. deleg. in 6to. Cap. 39. X. eodem. Cap. 61. X. de appellat. Wolfgang. Ad. SCHOEPP Diss. de arbitris necessariis. I. H. BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. 43. §. 1. und Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 851.

1) nur diejenigen compromittiren, welche unter sich einen Vergleich zu schließen, und über den Gegenstand des Streits frey zu disponiren befugt sind⁷⁶). Hieraus siehen folgende Sätze.

a) Ein Anwalt kann ohne eine besondere Vollmacht in Sachen seines Principals nicht compromittiren⁷⁷), wenn er nicht mit einer allgemeinen Vollmacht zur Besorgung aller und jeder Geschäfte seines Principals versehen ist⁷⁸). Er haftet sonst für alles Interesse⁷⁹).

b) Unmündige und Minderjährige können nicht ohne Einwilligung ihrer Vormünder, auch nicht gerichtlich erklärte Verschwender ohne Einwilligung ihrer Curatoren compromittiren⁸⁰), aber auch

c) Vormünder selbst nicht ohne richterliches Decret, wenn der Streit unbewegliche Güter ihrer Pflege beföhnen betrifft⁸¹).

d) Ein Prälat nicht ohne Consens des Kapitels über Stiftsgüter⁸²); und

e) Was

76) VOET h. t. §. 4. SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 3. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 8. NELLER cit. Diff. Sect. IV. §. 1.

77) Cap. 9. X. de arbitris.

78) Arg. L. 17. §. 3. D. de iure iur. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4022.

79) I. H. BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 8.

80) L. 35. D. b. z. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18.

81) Arg. L. 4. Cod. de praed. minor. VOET in Commentar. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 16.

82) Cap. 1. X. de bis, quae fiunt a praelato sine consensu capituli.

e) Vasallen nicht ohne Einwilligung des Lehnsherrn und der Lehnshofger, wenn der Streit in deren Rechte einschlägt. Sonst können sie auch ohne deren besondere Einwilligung compromittiren, und der schiedsrichterliche Ausspruch gilt wenigstens unter den Parteien⁸³⁾.

2) Nur über solche Sachen kann compromittirt werden, welche der Gegenstand eines Vergleichs seyn können, und die daher der Privatwillkür der Parteien unterworfen sind⁸⁴⁾. Also

a) nicht über Criminallässchen, insofern von öffentlicher Bestrafung eines Verbrechens die Rede ist⁸⁵⁾;

b) nicht über Sachen, die den Zustand einer Person betreffen, oder sonst in öffentliche Rechte des Staats einschlagen⁸⁶⁾.

c) nicht

83) II. F. 15. II. F. 34. II. F. 46. Ge. Iud. BOEHMER Princip. iur. feud. §. 258. Anderer Meinung ist zwar Kopp in den Proben des teutschen Lehnsrechts I. Th. S. 83. ff. Allein man sehe dagegen Chriſt. Io. Conr. ENGELBRECHT libr. sing. de Servitutibus iuris publici. Sect. II. membr. III. §. 31. pag. 371. sqq. und vorzüglich Chriſt. Ludw. STIEGLITZ Diff. de potestate arbitri in litibus feudalibus sumendi vasallis concedenda Lipsiae 1753.

84) Cap. 5. X. de arbitris. SCHAUMEURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 6. G. L. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 852. und Paul. Ios. a RIEGGER Institutiones iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 459.

85) L. 32. §. 6. D. b. t. Cap. 9 X. de in integr. restitut. Be trifft der Streit bloß die dem Bekleidigen gebührende Privatgewaltzuwendung, so kann darüber compromittirt werden, die Klage darf aber nur keine actio famosa seyn. L. 13. §. 5. D. de his, qui not. infam. VOET h. t. §. 10. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 30. NOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4024.

86) L. 32. §. 7. D. b. t. L. ult. Cod. ubi eausf. stat.

c) nicht über Ehesachen, insofern es auf eine Ehescheldung ankommt⁸⁷⁾; und

d) nicht über Sachen, welche eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betreffen; insofern hauptsächlich über die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts gestritten wird⁸⁸⁾.

§. 480.

Was ist Rechtens, wenn mehrere in derselben Sache als Schiedsrichter bestellt worden sind? Was ist ein *Obmann*, *superarbiter*?

Es können auch mehrere, in gleicher oder ungleicher Zahl, als Schiedsrichter in derselben Sache bestellt werden. Hier kommt es auf folgende Fragen an.

1) Müssen die mehreren Schiedsrichter die Sache gemeinschaftlich entscheiden, oder kann einer auch ohne den andern einen gültigen Ausspruch thun?

Man unterscheide, ob sie unbestimmt bestellt worden sind, oder mit der Klausel: *samt und sonders*, oder *samt oder sonders*. In dem ersten Falle müssen alle bey der Entscheidung der Sache gegenwärtig seyn, und es kann keiner ohne den andern einen gültigen Ausspruch thun⁸⁹⁾). Dies bringt nicht nur die

87) Cap. penult. X. de in integr. restitut. LAUTERBACH c. I. insonderheit I H. BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 10.

88) L. ult. Cod. ubi et apud quem in integr. restitus. VOET h. t. §. 10.

89) L. 17. §. 2. D. b. t. L. 1°. D. eodem. L. 32. §. 13. D. eodem. Cap. 16. et 22. X. de officio et potest. iud. deleg. HOFACKER

die Natur des Vertrags mit sich, sondern es könnte auch leicht das Gutachten des Abwesenden die übrigen zu einer andern Meinung umzestimmt haben⁹⁰). Nach dem kanonischen Rechte können zwar die übrigen alsdann die Sache allein vornehmen, wenn einer durch freywillige oder vorsätzlich affectirte Abwesenheit die Sache mit Fleiß aufzuhalten suchte⁹¹). Allein nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten⁹²) stimmt der Gerichtsgebrauch dem Römischen Rechte bei, und erklärt den von den übrigen Schiedsrichtern gehannten Ausspruch für ungültig, wenn auch gleich der Abwesende blos aus Eshkane weggeblieben wäre. In dem letztern Falle hingegen kann nicht nur einer ohne den andern ungültig verfahren⁹³), sondern es findet auch hier eine Prävention statt⁹⁴).

2) Wie aber, wenn die bestellten mehreren Schiedsrichter bei Entscheidung der Sache verschiedener Meinung sind? Hier ist folgender Unterschied zu machen. Die Stimmen sind entweder gleich, oder ungleich. In dem letztern Falle entscheidet derselbe Ausspruch, welcher die Stimmenmehrheit für sich hat⁹⁵). Sind aber

ACKER T. III. §. 4021. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 854.

90) L. 17. §. ult. D. b. z.

91) Cap. 2. de arbitris in 6to.

92) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. I. c. §. 28. J. H. BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. 43. §. 5. van ESPEN iur. eccles. univers. P. III. Tit. V. cap. 4. §. 13. NELLER Collect. method. cit. Sect. V. §. 7. Addit. I. utd. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4021.

93) L. 17. §. 4. L. 32. §. 13. D. eodem.

94) L. 8. D. b. z. LAUTERBACH c. I. §. 27.

95) L. 17. §. 7. L. 27. §. 3. D. b. z.

aber die Stimmen gleich, so betrifft der Dissensus entweder blos die Quantität, d. i. die Summe, in welche der Beklagte zu condemniren ist, oder er betrifft die Hauptsache selbst, nämlich ob der Beklagte zu verurtheilen, oder von der Klage zu entbinden sey. In jenem ersten Falle hat der Ausspruch desjenigen den Vorzug, welcher auf die geringere Summe erkannt hat⁹⁶). In dem letztern Falle aber entscheidet weder der eine noch der andere schiedsrichterliche Ausspruch, sondern es muß ein Obmann (Superarbiter) bestellt werden, der durch seinen Ausspruch der Sache den Ausschlag giebt⁹⁷).

Obmann (Superarbiter) heißt also ein solcher Schiedsrichter, der auf den Fall gewählt wird, wenn die bestellten mehreren Schiedsrichter bei Entscheidung der Hauptsache dergestalt dissensiren, daß eben so viel Stimmen für als wider den Beklagten sind, um durch seinen Ausspruch die Wirkung der Stimmengleichheit aufzuheben. Ein solcher Obmann kann nun nicht nur von den

96) L. 27. §. 3. D. b. t. Cap. I. de arbier. in geo. Wenn also von 3 Schiedsrichtern der eine auf eine Summe von 15, der andere auf 10, der dritte auf 5 stimmt, so entscheidet der Ausspruch des letztern. Zwar meint *de coccej* in iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. daß derjenige Ausspruch den Vorzug verdiene, worin auf die mittlere Summe erkannt worden ist; allein man sehe VOET h. t. §. 19.

97) L. 17. §. 6. D. b. t. Cap. 39. X. de offic. et poteft. iud. deleg. Cap. 61. X. de appellat. Der Name Superarbiter kommt in den Gesetzen nicht vor, sondern stammt von den Glossatoren her. S. Ge. Lud. BOEHMER Exercitat. de Superarbitris, vulgo von Obmannen, (Goettingae 1744.) Cap. I. §. 6. not. c.

den Parthenen selbst, sondern auch von den dissidenten den Schiedsrichtern gewählt werden; und zwar haben die Parthenen entweder denselben in dem Vertrage ausdrücklich die Erlaubniß ertheilt, einen Obmann auf den Fall zu Hülfe zu nehmen, wenn sie in der Haupsache verschiedener Meinung seyn sollten, oder nicht. In dem letzten Falle können die dissidenten Schiedsrichter auf Verlangen der Parthenen von dem ordentlichen Richter angehalten werden, einen Obmann zu wählen, cuius auctoritati pareatur, wie Ulpian⁹⁸⁾ sagt. Können sie also vom Richter dazu angehalten werden, so muß die Bestellung eines Obmanns in diesem Falle wohl zu ihrer Amtspflicht gehören. Es muß ihnen also auch das Recht dazu schon von selbst, vermöge einer stillschweigenden Concession der Parthenen, zustehen, weil sonst die Sache unentschieden bleiben würde⁹⁹⁾; und diese Befugniß räumt ihnen auch das kanonische Recht ein¹⁰⁰⁾.

Haben aber die Parthenen den Schiedsrichtern diese Befugniß, einen Obmann zu erwählen, ausdrücklich ertheilt, so unterscheidet Ulpian¹⁰¹⁾ zwei Fälle. Es ist nämlich entweder gleich bei der Eingehung des Kompro-
misses

98) L. 17. §. 6. in fin. D. b. t. Hiermit stimmt auch das kanonische Recht überein, wie aus cap. 39. X. de officio et potest iud. deleg. und cap. 61. X. de appellat. erhellet.

99) PHIL. HEDDERICH Diss. de eo, si pares arbitri fuerint adsumti cum clausula: ut in casu dissensus tertium eligant, quid iuris? §. 4. (in EIUS Dissertation. iuris eccles. german. Vol. I. Bonae 1733. 4. Nr. VI. p. 127. sqq.)

100) Cap. 61. X. de appellat. Cap. 39. X. de officio et potest. iud. deleg.

101) L. 17. §. 5. D. b. t.

missesq; eine gewisse Person ernannt worden, welche von den Schiedsrichtern, im Falle sie sich über die Entscheidung der Hauptsache nicht vereinigen könnten, zu Hülfe genommen werden soll, oder nicht, sondern diese Wahl ist den Schiedsrichtern allein überlassen worden. In dem ersten Falle sagt Ulpian, das Kompromiß sey gültig, weil hier bey der Annahme eines Obmanns kein weiterer Dissensus Statt finden kann. Allein in dem letztern Falle drückt sich der römische Jurist so aus: *Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium adsumant*, puto tale compromissum non valere: nam in adsumendo possunt dissentire. Diese Worte versteht man gewöhnlich so, als ob das ganze Kompromiß in diesem Falle nichtig und unverbindlich sey²⁾). Wie wenig aber diese Erklärung dem Geiste des Gesetzes entspreche, davon überzeugt uns nicht nur der ganze Zusammenhang der Stelle, sondern auch der hingefügte Grund des Gesetzes, welcher ganz deutlich lehrt, daß der Ausdruck *non valere*, den Ulpian hier gebraucht hat, nichts anders bedeuten soll, als effectu destitui. Der wahre Sinn jener Worte geht also dahin: das Kompromiß werde hier ohne Wirkung seyn, weil leicht vorauszusehen ist, daß die Schiedsrichter sich eben so wenig über die Wahl eines Obmanns werden vereinigen können, als sie sich über die Entscheidung der Sache selbst vereinigen könnten. Diese Erklärung bestätigt vorzüglich der

§ 2

nach,

2) LAUTERBACH Diff. de arbitris compromissariis §. 24. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 9. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 17. D. h. t. nr. 5. ANT. FABER Rational. in eand. L. BACHOVIVS in Prot. Dig. h. t. pag. 1242. VOZT Comm. ad Pand. h. t. §. 13. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu 3. NELLER cit. Collect. Sect. III. §. 4. pag. 227.

nachfolgende §. 6. der L. 17. wo es heißt: Principali-
ter autem quaerimus, si in duos arbitros sit compro-
missum, an cogere eos Praetor debeat sententiam di-
cere, quia res fere sine exitu futura est, propter na-
turalem hominum ad dissentendum facilitatem. Hier
erklärt Ulpian eben dasjenige durch die Redensart:
sine exitu futurum esse, was er in dem vorhergehenden
§. 5. durch *non valere* ausgedrückt hatte, und es ergiebt
sich also hieraus ganz deutlich, daß hier von keiner wirk-
lichen Nullität des Kompromisses, sondern nur davon die
Rede sei, daß solches schwerlich von Wirkung seyn wer-
de, weil die Wahl des Obmanns einen neuen Dissensus
verursachen wird. Wollte man diese Stelle anders er-
klären, so würde eine offensbare Inconsequenz daraus ent-
stehen. Denn nach dem §. 6. L. 17. gilt das Kom-
promiß, wenn wegen der Bestellung eines Obmanns nichts
verabredet worden ist. In diesem Falle soll der Richter
die dissentirenden arbitros anhalten, einen Obmann zu
wählen, der durch seinen Ausspruch den Ausschlag ge-
ben soll, damit die Sache nicht unentschieden bleibe.
Warum sollte denn nun das Kompromiß in dem Falle
null und unverbindlich seyn, wenn die Parteien aus-
drücklich verabredet haben, daß die arbitri auf den Fall,
da sie sich über die Entscheidung der Sache nicht verein-
nigen könnten, einen Obmann annehmen sollen. Warum
sollten sie nicht auch in diesem Falle auf Verlangen der
Parteien zur Bestellung eines Obmanns vom Richter
genötigt werden können? oder warum sollte die Sen-
tenz nichtig seyn, wenn sich die Schiedsrichter über ei-
nen Obmann wirklich vereinigt hätten, und von diesem
die Sache nunmehr entschieden worden wäre³⁾?

Allés

3) Man vergleiche hier J. H. BOEHMERI Corp. iur. canon.
ad Cap. 12. X. de arbitris Not. 76. Ge. Lud. BOEHMER
Exer-

Alles dessen ungeachtet erklärt das kanonische Recht⁴), irre geleitet durch die Glossen des Civilrechts⁵), ein solches Kompromiß für ungünstig, wodurch mehrere Schiedsrichter in gleicher Zahl bestellt worden sind, ohne daß die Parteien zugleich, auf den Fall des Dissensus, eine gewisse Person zum Obmann ernannt haben; gesezt auch, daß sich nachher die Schiedsrichter selbst über die Bestellung eines Obmanns vereinigt hätten.

Allein die Deutschen haben an der Gültigkeit eines solchen Kompromisses nie gezweifelt⁶); und so groß auch sonst bey uns das Ansehen des kanonischen Rechts ist, so lehrt uns doch das einstimmige Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten⁷), daß auch der heutige Gerichtsgebrauch jene ungereimte, und auf einem bloßen Missverstände des Röm. Rechts beruhende päßt.

F 3 liche

Exercit. de Superarbitris Cap. I. §. 12. sqq. und Phil. HEDDERICH cit. Diff. de eo, si pares arbitri fuerint assumti cum clausula: ut in casu dissensus tertium eligant, quid iuris? §. 17.

4) Cap. 12. X. de arbiteris.

5) Ge. Lud. BOEHMER cit. Exercitat. Cap. VI. §. 6.

6) Dieses haben aus vielen Beispiele sehr gründlich erwiesen Joh. Ad. Röpp von den Obmannen der alten Deutschen, und deren heutigem Gebrauche; §. 2. u. 3. (in Dessen Proben des deutschen Lehnrechts I. Th. Nr. III. S. 63. ff.) Ge. Lud. BOEHMER in Exercit. de Superarbitris. Cap II. §. 9. und HEDDERICH cit. Diff. §. 20.

7) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. I. H. BOEHMER iur. eccl. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXV. med. 8. de COCCELI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4021. not. g.

liche Verordnung nicht angenommen habe, sondern vielmehr, den teutschen Sitten gemäß, die Gültigkeit eines Kompromisses auch in dem Falle standhaft behauptet, da die Person des Obmanns nicht bestimmt ist. Haben also die Schiedsrichter in einem solchen Falle zur Aufhebung des unter ihnen entstandenen Dissensus einen Obmann einmütig ernannt, so ist gegen dieses Verfahren nichts einzuwenden⁸⁾). Sollten sie sich aber auch in der Wahl eines Obmanns nicht vereinigen können, so ist entweder den Parteien daran gelegen, daß die Sache entschieden werde, oder nicht. In dem letztern Falle bleibt nun freilich das Kompromiß ohne Wirkung. In dem ersten Falle hingegen können sich die Parteien an den ordentlichen Richter wenden, und dieser kann auf Verlangen derselben entweder selbst einen Obmann bestellen⁹⁾, oder die Bestellung desselben den Schiedsrichtern bey Strafe auferlegen¹⁰⁾, oder er kann auch, wie unser Verfasser bemerkte, die Acten mit den votis der dissentirenden Richter an ein auswärtiges Spruchcollegium verschicken.

§. 481.

- 8) Die Schiedsrichter sind in einem solchen Falle auch befugt, die Acten an ein auswärtiges Spruchcollegium zu verschicken. *S. Ge. Henr. AYRER* Diff. de auctoritate arbitrii ex compromisso vim rei iudicatae habentis. *Goetting.* 1744. v. 19. not. d. pag. 30. Zuweilen pflegt dies auch im Kompromiß ausdrücklich festgesetzt zu werden, daß, wenn sich die arbitri eines Urteils nicht vergleichen könnten, die Acten an eine unpartheyische Juristen-Facultät zur Einholung eines Rechtsurteils verschickt werden sollen; wovon *Conr. Wilb. STRECKER* in Spec. de laudo arbitrorum eiusque iuris effectibus *Erf.* 1733. p. 33. ein Beispiel anführt.

9) STRYK c. 1.

10) *Ge. Lnd. BOEHMER* c. 1.

§. 481.

Pflichten der Schiedsrichter.

Der Schiedsrichter ist nun vermöge der Annahme des Kompromisses verpflichtet,

1) die ihm übertragene streitige Rechtsache gehörig zu untersuchen, und zu entscheiden. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit kann auch derselbe im Verweigerungsfalle von dem Richter, unter welchem er steht, durch Zwangsmittel angehalten werden¹¹⁾). Denn so wenig auch die Gesetzeemandaten wider seinen Willen gezwungen wissen wollen, das Amt eines Schiedsrichters zu übernehmen, für so unbillig halten sie es doch, wenn der Schiedsrichter sich aus unlautern Absichten von der übernommenen und unentschiedenen Sache losmachen wollte, nachdem er einmal hinter die ganze Lage derselben, und deren geheimste Umstände gekommen ist¹²⁾). Dass der Prætor deshalb den Parteien eine besondere Klage gebe, welche Antonius¹³⁾ actionem in factum de receptis nennt, lässt sich nicht behaupten. Denn es ist allerdings merkwürdig, was auch schon Gerhard Vloode¹⁴⁾ sehr gründlich erinnert hat, dass der Prætor in seinem Edict nur sagt: *Sententiam se arbitrum dicere coacturum*¹⁵⁾), ohne jedoch hinzuzufügen, quod iudicium ea de re dare velit, wie doch sonst in den Edicten des Prætors allemal geschiehet.

§ 4

Es

11) L. 3. §. 2. et 3. D. b. t. L. 32. §. 12. D. eodem. VOET
h. t. §. 14.

12) L. 3. §. 1. D. b. t.

13) Disputat. iur. civ. Lib. I. cap. 4. pag. 524.

14) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 138.

15) L. 15. D. b. t.

Es findet also hier eine bloße Imploration statt¹⁶⁾, und das gewöhnliche Zwangsmittel ist Geldstrafe¹⁷⁾; daher es ratsam ist, wenn auf solchen Fall schon dem Receptum eine Conventionalstrafe angehängt wird¹⁸⁾. Der Schiedsrichter kann sich jedoch aus folgenden Gründen entschuldigen;

- a) wenn ihn die Parthenen durch Verläumdungen an seiner Ehre gekränkt haben¹⁹⁾.
- b) Wenn sie ihn einmal verlassen, und sich bereits an einen andern Schiedsrichter gewendet hatten, nachher aber ihn wieder annehmen wollen²⁰⁾.
- c) Wenn zwischen ihm und den Parthenen, oder einer derselben, eine Feindschaft entstanden ist²¹⁾.
- d) Wenn

16) S. LAUTERBACH Colleg. Paud. h. t. §. 33. Schmidts praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 708. und §. 747. ff.

17) L. 32. §. 12. D. b. r. WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 447.

18) §. ult. I. de verber. obligat. Schmidts Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 3. Band §. 750.

19) L. 9. §. 4. D. b. r. VOET h. t. §. 21.

20) L. 9. §. 5. D. b. r. L. 10. L. 11. pr. D. eodem. L. 17. §. I. eod. Eine Litigation wird daher durch angefangene Verhandlung einer Rechtsache vor dem Schiedsrichter nicht begründet. L. 30. b. r. VOET h. t. §. 1. et 21. Auch keine Prævention S. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 41.

21) L. 15. D. b. r.

d) Wenn er durch Krankheit, oder ein anderes nöthiges Umtgeschäft, oder durch eine dringende Reise, die übernommene Sache zu entscheiden, gehindert wird ²²⁾).

2) Er muß das freitige Geschäft binnen der ihm gesetzten Zeit entscheiden, oder um Verlängerung derselben bey den Parthenen anhalten ²³⁾).

3) Er darf ohne Vorbewußt und Einwilligung der Parthenen keinen andern substituiren ²⁴⁾, weil blos auf seine Person Rücksicht genommen ist ²⁵⁾.

4) Er darf zwar nicht über die Gränzen des Kompromisses hinausgehen ²⁶⁾, jedoch muß er alle diejenigen Punkte entscheiden, die ihm zur Entscheidung überlassen worden sind ²⁷⁾, und er ist auch befugt, über alles dassjenige zu sprechen, was mit der ihm übertragenen Sache in Verbindung steht, und unmittelbar zu ihr gehört, z. B. über Früchte, Zinsen, und Unkosten, wenn gleich

§ 5

das

22) L. 15. L. 16. D. b. r.

23) L. 21. §. 5. L. 25. §. 1. D. b. r. L. 32. §. fin. L. 50. D. eodem. Ist ein gewisser Tag festgesetzt worden, da das Urtheil in der Sache gesprochen werden soll, so darf dieser Tag ohne Einwilligung der Parthenen weder prorogirt noch anticipirt werden. L. 33. L. 50. D. eodem. LAUTERBACH Diff. de arbitris compromissariis §. 36.

24) L. 32. §. 16. et 17. D. b. r. Cap. 13. X. de arbiteris. LAUTERBACH h. t. §. 23. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. c. §. 8. Claprochs Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proces s. Th. §. 9. S. 31.

25) L. 45. D. b. r.

26) L. 32. §. 15. D. b. r.

27) L. 19. §. 1. L. 21. pr. et L. 43. D. b. r.

das Kompromiß davon ausdrücklich nichts enthält ²⁸). Hingegen darf er über die Wiederklage nicht erkennen ²⁹).

5) Soviel die Verfahrensart betrifft, so ist dieselbe entweder im Kompromiß bestimmt, oder nicht. In dem ersten Falle muß er sich genau an diese Vorschrift halten, sonst ist sein Ausspruch ipso iure nichtig, und es hat dagegen 30 ganze Jahre die Nullitätsklage gestattet ³⁰), wenn gleich das Kompromiß mittelst Eides wäre bekräftigt worden ³¹). In dem letztern Falle hingegen muß er die Gerichtsordnung des Landes beobachten ³²). Ueberhaupt muß der Schiedsrichter, wenn nicht im Kompromiß ein Anderes ist ausgemacht worden, sowohl bei der Erörterung, als bei der Entscheidung der Sache eben diejenigen Vorschriften der Gesetze befolgen, an welche auch der ordentliche Richter gebunden ist ³³).

6) Das Urteil selbst muß in beider Parteien Gegenwart gesprochen werden, wenn es gelten soll, wofür nicht durch Vertrag ein Anders wäre festgesetzt worden

28) Arg. cap. 21. in fin. X. de offic. et potest. iud. deleg. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 33. in fin.

29) Cap. 6. X. de arbitris. VOET ad Pand. h. t. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4025.

30) L. 7. in fin. L. 32. §. 17. et ult. D. b. t. MEVIUS P. I. Decis. 100. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 33.

31) Ge. Lüdw. Höhmers ausserlesene Rechtsfälle I. Bandes I. Abth. Nr. 20. S. 162.

32) Cap. 2. X. de arbitris. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 854. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4025. lit. F.

33) L. 1. D. b. t. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 35.

den³⁴⁾). Daher müssen die Parteien³⁵⁾ , oder deren Anwälde³⁶⁾ , oder, wenn die Parteien noch unmündig, oder gar wahnsinnig sind, deren Vormünder³⁷⁾ zur Publication des Spruchs gehörig vorgeladen werden. Wer durch sein Ausbleiben den Schiedsrichter hindert, daß er die Sache nicht zur gesetzten Zeit entscheiden kann, hat die Conventionalstrafe verwirkt³⁸⁾, wenn er keine rechtmäßige Entschuldigungsursache anführen und erweisen kann³⁹⁾). Dass der Schiedsrichter auch Entscheidungsgründe von seinem Ausspruche angebe, erforsdern wenigstens die Römischen Gesetze nicht; vielmehr sagt Paulus⁴⁰⁾: Qualem sententiam dicat arbiter, ad Praetorem non pertinet: dummodo dicat, quod ipsi videtur; und Ulpian⁴¹⁾ führt sogar ein Rescript des Kaisers Pius an, worin es heißt: Qui compromisit, vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet. Es behauptet indessen Böhmer⁴²⁾, daß nach der Analogie der deutschen Reichsgesetze⁴³⁾ der Schiedsrichter die

34) L. 27. §. 4. et 5. D. h. t. VOET Commentar. h. t. §. 15.
HOFACKER c. 1. lit. A.

35) L. 49. §. 1. D. b. z.

36) L. 32. §. 18. D. b. z.

37) L. 27. §. 5. L. 47. pr. et §. 1. D. b. z.

38) L. 27. §. 4. D. b. z. L. 2. Cod. eodem. VOET h. t. §. 15.

39) L. 21. §. 9. D. b. z.

40) L. 19. pr. D. b. z.

41) L. 27. §. 2. D. b. z.

42) Auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Resp. 20. Qu. 2.
nr. 19. ff. §. 164.

43) Reichsabsch. v. Jahr 1654. §. 61. Man vergleiche
auch v. Selchow neue Rechtsfälle 2. Band Nr. IV. §.
104. ff.

die Entscheidungsgründe seines Ausspruchs den Parteien auf ihr Erfordern mitzuhelfen verbunden sey.

§. 482.

Wirkung eines schiedsrichterlichen Ausspruches.

Der Ausspruch des Schiedsrichters, welcher die Entscheidung der ihm aufgetragenen Streitsache enthält, wird *arbitrium* oder *laudum*⁴⁴⁾ genannt. Die Verbindlichkeit desselben beruhet auf dem erreichten Kompromiß der Parteien, welches die Natur eines Vergleichs hat. Daher müssen sich die Parteien davon schlechterdings beruhigen, wenn auch der schiedsrichterliche Ausspruch noch so unbillig wäre⁴⁵⁾. Nach dem Römischen Rechte hatte zwar eigentlich nur dann eine Klage Statt, wenn das Kompromiß mittelst einer *Stipulation* war erreicht worden. Hier konnte der Beklagte mit der *actione ex stipulatu* auf Leistung desjenigen, was ihm in dem Urteil des Schiedsrichters war auferlegt worden, oder auf Bezahlung der im Contraventionsfall festgesetzten Strafe belangt werden⁴⁶⁾. War hingegen das Kompromiß durch einen bloßen Vertrag

44) Das Wort *laudum* kommt in den Gesetzen nirgends vor, sondern stammt, wie mehrere andere, von den Glossatoren her, und ist aus der barbarischen Latinität des Mittelalters zu erklären. *S. de FRESNE* und *WACHTER* *Glossaria v. Laudum*: auch *ALCIATI Parerga iuris Lib. I. cap. 45.*

45) *L. 27. §. 2. D. b. r. L. 76. D. pro Socio. Ge. Henr. AYRER Diff. de auctoritate arbitrii ex compromisso vim rei iudicatae habentis. Goettingae 1744. §. 25. sqq.*

46) *L. 3. Cod. b. r. L. 2. et L. 38. D. eodem. Ge. Lsd. BOEHMER Diff. de Superarbitris. Cap. I. §. 18.*

trag geschlossen worden, so bewirkte solches nur eine exceptionem pacti, womit der Beklagte, wenn der Ausspruch für ihn günstig ausgefallen war, sich gegen die western Ansprüche des Klägers schützen konnte⁴⁷⁾). Nur in zwey Fällen änderte Justinian das ältere Recht ab; er verordnete nämlich, daß wenn der schiedsrichterliche Ausspruch entweder von den Parteien unterschrieben, (laudum homologatum)⁴⁸⁾ oder durch ein zehentägiges Stillschweigen des Beklagten bestätigt worden wäre, ohne daß derselbe weder bei dem Kläger noch bei dem ordentlichen Richter eine Protestation dagegen eingelegt hätte, eine actio in factum auf Erfüllung dessjenigen Statt finden sollte, was dem Beklagten durch den Ausspruch des Schiedsrichters ist auferlegt worden⁴⁹⁾). Allein da diese ganze Verordnung auf dem Grundsatz des Röm. Rechts, daß ein pactum nudum an sich keine Klage wirkt⁵⁰⁾), beruht, welcher aber in Deutschland nicht gilt; so ist nach dem Urteil practischer Rechtsgelehrten davon heutiges Tages kein Gebrauch zu machen⁵¹⁾.

Schon

47) L. 13. §. 1. D. b. t. L. 5. Cod. eodem. Ant. SCHULTING Enarrat. part. prim. Pand. h. t. §. 12. HOFACKER T. III. §. 4026. Nr. II. lit. A.

48) Von der gewöhnlichen Formel, die man zu Justinians Zeiten gebrauchte: ὅμολογῶ πληροφορεῖν, d. i. spondeo imple-re, wie aus der L. 4. §. 6. Cod. b. t. erschellt.

49) L. 5. C. b. t.

50) ANT. SCHULTING Thes. controversiar. Decad. XIII. §. 3. BACHOVIVS ad Prota Pand. h. t. pag. 1275.

51) STRYK Uf. mod. Pandect. h. t. §. II. BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XLIII. §. 14. und in Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. VII. §. 27. SCHAUMBURG Compend. iur.

Schon der bloße Kompromißvertrag wirkt daher heut zu Lage eine vollkommene Verbindlichkeit, sich dem schiedsrichterlichen Ausspruch zu unterwerfen⁵²⁾ und es findet dagegen weder eine Appellation, noch sonst ein suspensives Rechtsmittel statt⁵³⁾, wenn nicht die Parteien sich

Dig. h. t. §. 9. LUDOVICI Diff. de effectu et obligatione laudi. §. 20. sqq. AYRER cit. Diff. §. 32. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4026. Nr. II. lit. C. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 5. not. t.

52) *Iust.* Henn BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. XLIII. §. 14. MEVIUS P. II. Decis. 280.

53) *L.* 32. §. 14. *D.* b. t. *L.* 1. *C.* eodem. *Ge.* Lud. BOEHMER Exercit. de Superarbitris. Cap. I. §. 19. Hiermit stimmt auch das kanonische Recht überein, wie aus *Can.* 33. *Caus.* II. Qu. 6. u. Cap. 2. et 4. X. de arbitris erhellet. Zwar scheint *Can.* 34. *Caus.* II. Qu. 6. entgegen zu seyn, wo es heißt: *Sane si ex consensu partium iudices electi fuerint, etiam a pauciore numero, quam constitutum est, liceat provocari.* Allein schon die *Correctores Romani* haben bey diesem Text des Gratianischen Decrets angemerkt, daß die Leseart unrichtig sey, und von *liceat provocari* gelesen werden müsse. Nun stimmen zwar freylich in der gemeinen Lesart die meisten und ältesten Handschriften des Gratianischen Decrets überein, wie auch *Pbil.* HEDDERICH in *Observat. ad Can. 33. et 34. Caus. II. Qu. 6. §. 3.* (in *EIUSD. Dissertation. iuris eccles. german.* Vol. I. pag 39. aus der Vergleichung mehrerer von ihm angeführten Cod. MSS. bemerkt hat. Allein dies beweist nur, daß Gratian dem Canon fälschlich einen affirmativen Sinn untergeschoben habe. Daß aber *non liceat provocari* gelesen werden müsse, erhellet theils aus der Verbindung des *can. 34.* und *37. C. II. Qu. 6.* welche beyde aus dem *can. 10. Concilii Carthaginensis III. de a. Chr. 397.* genommen, vom Gratian aber

sich solches ausdrücklich vorbehalten haben⁵⁴⁾). Selbst der Schiedsrichter kann den einmal gethanen Ausspruch nicht mehr abändern⁵⁵⁾; er kann sogar selbigen wegen eines begangenen Irrthums nicht einmal verbessern⁵⁶⁾.

Denn

aber getrennt worden sind; theils aus dem *Codice canon. Ecclesiae Africanae* can. 15. (in *Guil. voelli et Henr. Iustelli Bibliotheca iur. canon. vet.* pag. 339. und in *HARDUINI Collect. Concilior.* Tom. I. pag. 962.) Man sehe außer HEDDERICH *Observat.* cit. §. 6. noch vorzüglich *Car. Sebaste Berardum ad Gratiani canones.* P. I. cap. 15. pag. 148. (edit. Venet. 1777. 4.) Dass auch nach teutschen Rechten keine Appellation noch sonst ein suspensives Rechtsmittel gegen einen schiedsrichterlichen Ausspruch statt finde, haben Röpp in den Proben des teutschen Lehrechts I. Th. §. 77. und AYRER cit. Diff. §. 28. gezeigt.

54) AYKER cit. Diff. de auctoritate arbitrii ex compromisso. §. 37. Eine solche Reservation im Kompromiss ist jedoch immer streng zu erklären, und über das ausdrücklich vorbehaltene Rechtsmittel nicht auszudehnen. LAUTERBACH Diff. de arbitris compromissariis. §. 39. nr. 9. MÜLLER ad *Struvium Exerc.* VIII. §. 104. not. γ.

55) L. 19. §. fin. D. b. r. Jedoch behauptet man heutiges Tages, dass ein Schiedsrichter seinen Ausspruch wenigstens declariren könne, im Falle derselbe dunkel oder unbestimmt ausgedrückt seyn sollte. S. SCHILTER *Prax. iur. Rom. Exerc.* XII. §. 9. und SCHAUMBURG *Compend. iur. canon. h. t.* §. 9.

56) L. 20. D. b. r. Arbitr, et si erraverit in sententia dicenda, corrigete eam non potest. Der Gerichtsgebrauch gestattet jedoch die Anfechtung des Ausspruchs, wenn derselbe auf einem offensabaren Irrthume beruhet. GAILIUS Lib. I. Observ. 150. und LEYSER *Meditat. ad Pandect. Specim. LXV. med. 3.* Man sehe jedoch Claproths Einleitung in den ord. bürgerlichen Proces I. Th. §. 12. Not. c.

Denn sein Amt ist geendigt, sobald er seinen Ausspruch den Parteien eröffnet hat⁵⁷⁾). Die Parteien aber erslangen, vermöge des Kompromisses, ein so vollkommenes Recht auf das, was der Spruch besagt, daß ihnen solches auf keine Weise wieder entzogen werden kann⁵⁸⁾). Daher kann auch das Urteil eines Schiedsrichters eben so wenig, als ein Vergleich, wegen der Unbilligkeit oder wegen irgend einer Verleumdung angefochten werden⁵⁹⁾). Es lehrt dieses nicht nur der Zweck des Kompromisses. Non enim differendarum litium causa, sagt Celsus⁶⁰⁾, sed tollendarum ad arbitros itur. Sondern eben dieses bestätigen auch die Gesetze⁶¹⁾ ausdrücklich. Zwar wollen mehrere Rechtegelehrte⁶²⁾ behaupten, daß es nach dem kanonischen Rechte gestattet sey, einen schiedsrichterlichen Ausspruch im Wege einer außergerichtlichen Berufung binnen zehn Tagen anzufechten, und die Sache wegen erlittener Beschwerden an den ordentlichen Richter zu bringen. Allein aus den Gesetzen selbst läßt sich diese Meinung

57) L. 19. §. fin. L. 21. pr. D. b. t.

58) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7; STIEGLITZ Diff. de potestate arbitri in litibus feudalibus sumendi. §. 6.

59) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 37.

60) L. 37. D. b. t.

61) L. 76. D. Pro socio. Arbitrorum genera sunt duo: unum eiusmodi, ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus; quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum item est: alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat.

62) Ge. Lud. BOEHMER Exercit. de Superarbitris Cap. II. §. 8. Claproth in der angef. Einleitung I. Th. §. 12. und Not. a. S. 41. Ant. SCHMIDT Institut. iur. eccles. T. II. §. 169. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4028.

nung nicht erwiesen⁶³). Indessen gestattet wenigstens der heutige Gerichtsgebrauch, nach dem Zeugniß praktischer Rechtsgelehrten⁶⁴), eine solche aussergerichtliche Berufung gegen den Ausspruch eines Schiedsrichters; ob wohl andere an der Allgemeinheit einer solchen Praxis zweifeln, und daher vielmehr bey dem Buchstaben der Gesetze stehen zu bleiben, anrathen⁶⁵).

Nur in folgenden Fällen kann von dem Ausspruche des Schiedsrichters abgegangen werden.

I.) Wenn beim Kompromiß eine Conventionalstrafe beigefügt worden, die derjenige Theil bezahlen soll, der sich den schiedsrichterlichen Spruch nicht würde gefallen lässt

63) S. Phil. HEDDERICH Elem. iuris canon. P. II. §. 121. Man beruft sich zwar auf das Cap. 2. X. de arbier. wo es am Schluss heißt: *vel si arbitrium ipsum noveris aequitate sub nixum, ad observantiam ipsius utramque partem, appellatione cessante, compellas.* Allein man hat nicht bedacht, daß in diesem Text von einem solchen Falle die Rede ist, wo wegen des von dem andern Theil begangenen Betrugs der schiedsrichterliche Ausspruch mit Recht angefochten werden könnte, und wo noch das einzige Mittel, ihn zu erhalten, dieses war, wenn er billig befunden würde, wie auch HEDDERICH in Dissertat. iur. eccles. germ. Vol. I. pag. 141. bemerkt hat.

64) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 7. VOET h. c. §. 25. J. H. BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. XLIII. §. 15. Gr. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 856. HORACKER c. I.

65) NELLER Collect. method. SS. canonum et LL. praecipuar. ad Tit. Decretal. de arbitris. Sect. IX. §. 4. sqq. BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. cap. VII. §. 28. not. * et q. HEDDERICH cit. loc. pag. 141. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 756.

lassen⁶⁶). In diesem Falle steht es demjenigen Theile, der die Conventionalstrafe bezahlt hat, frey, die Sache noch an den ordentlichen Richter zur Entscheidung zu bringen⁶⁷); es muß nur nicht etwa die Strafe blos auf den Fall des Verzugs, und also salvo laudo, seyn beigegefügt worden⁶⁸), welches jedoch im Zweifel nicht vermutet wird⁶⁹).

2) Wenn der Schiedsrichter aus offenbarer Parteihätslichkeit und Feindschaft, oder aus Bestechung einen ungerechten Ausspruch gehabt hat. In diesem Falle kann der Klage auf Vollziehung eines solchen Ausspruchs die exceptio doli mali entgegengesetzt werden⁷⁰).

3) Wenn derselbe etwas Unanständiges erkannt hat⁷¹).

4) Wenn der Ausspruch des Schiedsrichters an sich nichtig ist. Dahin gehört,

a) wenn

66) *L. 2. L. 34. §. 1. et L. 38. D. b. t. L. 1. Cod. eodem. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.*

67) *L. 30. D. b. t. Nov. LXXXII. c. II. Auth. Decernit. C. b. t. LAUTERBACH Diff. de arbitris compromissariis §. 40.*

68) MEIER Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 76. GAILL Observat. pract. Lib. I. Obs. 150. nr. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4026.

69) *L. 10. §. 1. D. de pact. L. 16. D. de Transact. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. u.*

70) *L. 32. §. 14. D. b. t. L. 3. Cod. eodem.*

71) *L. 21. §. 7. D. b. t.*

- a) wenn derselbe auf einem falschen Grunde beruhet⁷²⁾;
- b) wenn die Sache nicht binnen der gesetzten Zeit entschieden worden ist⁷³⁾;
- c) wenn gegen ein den vorliegenden Fall ganz klar entscheidendes Gesetz erkannt worden ist⁷⁴⁾;
- d) wenn der Ausspruch einem rechtskräftigen Eskenntniß zuwider läuft⁷⁵⁾;
- e) wenn wesentliche Bestandtheile eines jeden rechtlichen Verfahrens vernachlässigt worden sind; z. B. die Parthenen sind nicht gehört, oder offenbar erhebliche Thatsachen ganz unerörtert gelassen worden; endlich
- f) wenn die von den Parthenen vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist.

Diesen Gründen, aus welchen ein schiedsrichterlicher Ausspruch angefochten werden kann, fügt der Gerichtsgebrauch, obwohl gegen den Sinn der Gesetze, noch

5) den hinzu, wenn der Ausspruch eine überaus grosse Verleihung enthält, die weit über die Hälfte hinausgeht, (*laesio enormissima*) und diese ganz deutlich aus den Acten constirt⁷⁶⁾.

G 2

Wenn

72) SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 10.

73) L. 32. §. 3. et ult. D. b. t. L. 1. Cod. eadem.

74) SCHAUMBURG c. l.

75) Cap. II. X. de arbitris.

76) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 38. STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 10. MEIER Colleg. iur. argentorat. h. t. §. 61.

Wenn nun aus irgend einem Grunde der schiedsrichterliche Ausspruch angefochten wird, es geschehe solches entweder durch die Nullitateklage, oder durch das Rechtsmittel einer außergerichtlichen Berufung, oder durch den Weg einer reductionis ad arbitrium h. viri, so muß dieses Rechtsmittel bey dem ordentlichen Richter des Beklagten eingewendet werden⁷⁷⁾, von jenem Ausspruche in der Praxis sogar eine fernere Appellation gestattet wird⁷⁸⁾.

§. 483.

Klage auf Befolgung des schiedsrichterlichen Ausspruchs.

Der Schiedsrichter kann seinen Ausspruch nicht selbst vollstrecken⁷⁹⁾). Denn er hat keine Gerichtsbarkeit,

§. 61. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 104. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4028. nr. IV. pag. 443. Zur Begründung dieses Gerichtsgebrauchs beruft man sich auf den Reichsabschied vom Jahr 1594. §. 66. Man sehe indessen BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 28. not. q. und SCHMIDTS theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 3. Band. §. 756. S. 277.

77) LUDOVICI Diff. de obligatione et effectu laudi §. 25. AYRER Diff. de auctoritate arbitrii ex compromisso. §. 38. et 39. ESTOR'S Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. 1. Th. §. 1010.

78) VOET Commentar. h. t. §. 28. GAILL. Observat. pract. Lib. I. Obs. 149. nr. 4. sq. LUDOVICI cit. Diff. §. ult. und AYRER cit. Diff. §. ult.

79) Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn die Parteien auf den ordentlichen Richter compromittirt hatten, und dieser, zwar

keit, sondern ist eine bloße Privatperson. Der obstiegende Theil muß daher bey dem ordentlichen Richter des Beklagten um die Execution der Sentenz anhalten. Die deshalb anzustellende Klage ist nicht die *actio iudicati*⁸⁰), sondern eine *actio in factum*, oder besser die *actio ex compromisso*. Der Kläger gründet sich auf das geschlossene Kompromiß, und den in Gemäßheit desselben von dem Schiedsrichter gefälleten Ausspruch⁸¹). Wendes muß daher der Klagschrift beigefügt werden. Das Gesuch wird auf Vollstreckung des Erkennnisses gerichtet. Daher muß dasjenige, was dem Beklagten durch den schiedsrichterlichen Ausspruch ist auferlegt worden, nach dem Inhalt desselben bestimmt ausgedrückt werden⁸²). Gegen die Erben des Beklagten findet nur dann eine Klage statt, wenn ihr Erblasser den schiedsrichterlichen Ausspruch noch erlebt hat⁸³). Denn ist er vor dessen

G 3

Er-

zwar nach der Vorschrift des Kompromisses, aber doch vi suae iurisdictionis das Urteil gesprochen hat. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4027.

80) L. 1. C. b. 2. NELLER Collect. method. Sect. VIII. §. 1.

81) Daß der Ausspruch von den Parteien unterschrieben, oder durch ein zehntägiges Stillschweigen des Beklagten bestätigt seyn müsse, wird h. g. L. nicht erforderl. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VII. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4028. Nr. II. Lit. C.

82) Schmidt's Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band. §. 755.

83) L. 27. §. 1. L. 32. §. 19. D. b. 2. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 41. Ist der Beklagte erst nach der Publication des schiedsrichterlichen Ausspruchs gestorben, so müssen dessen Erben sich dem Ausspruch unterwerfen, wenn gleich derselben im

Erheilung gestorben, so ist mit seinem Tode das Kompromiß erloschen, wenn es nicht mit auf die Erben gerichtet gewesen⁸⁴⁾). Ist statt der Befolgung des schiedsrichterlichen Ausspruchs eine Strafe verabredet worden, so kann zwar auf deren Bezahlung geklagt werden, wenn der Beklagte den Ausspruch zu befolgen sich weigert; sonst aber findet die Leistung des Interesse nur in subsidium Statt⁸⁵⁾).

§. 484.

Von der Aufhebung des Kompromisses.

Das Kompromiß erlöscht,

1) durch den Tod des Schiedsrichters, auch wenn von mehreren nur einer stirbt; es wäre denn, daß die mehreren Schiedsrichter blos alternative bestellt worden⁸⁶⁾). Ist auf ein gewisses Collegium compromisirt worden, so hört das Kompromiß nicht auf, wenn eins von den Mitgliedern desselben stirbt⁸⁷⁾). Eben dies gilt

im Kompromiß keine Erwähnung geschehen wäre. *L. 37. D. b. r. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromiss. §. 43. nr. 19.*

84) Schmidt im angef. Commentar §. 754.

85) Schmidt §. 752. S. 273. u. folg.

86) *L. 45. D. b. r. Cap. 42. X. de offic. et potest. iud. deleg.*
Durch den Tod des einen von mehreren bestellten Schiedsrichtern erlöscht auch dann das Kompromiß, wenn gleich bey desselben Tode die Sache schon völlig erörtert, und zum Spruch reif gewesen wäre. *Cap. 50. X. de testibus.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 42. NELLER Collect. cit. Sect. V. §. 6.

87) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 41.

gilt auch, wenn bei der Bestellung des Schiedsrichters nicht auf das Subject, sondern blos auf das Amt und die Würde desselben, welche unter mehreren Individuen abwechselt, Rücksicht genommen worden ist⁸⁸).

2) Durch den Tod eines der Kompromittenten, wenn der Erben keine Erwähnung geschehen ist⁸⁹). Es muß nur

a) der Tod vor der Erteilung des schiedsrichterlichen Ausspruchs erfolgt⁹⁰),

b) auch nicht von beiden Seiten der Erben Erwähnung geschehen⁹¹), und

c) wenn auf der einen oder andern Seite mehrere Streitgenossen vorhanden sind, der Gegenstand des Rechtsstreits eine unheilbare Sache seyn⁹²).

G 4

Hac

88) LAUTERBACH cit. Diff. §. 42. nr. 3. sqq.

89) L. 27. §. 1. L. 32. §. 3. D. b. t. Cap. ult. X. de arbitris.

90) Cap. 10. X. b. t. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 41.

91) Ist nur von Seiten des einen Theils der Erben Erwähnung geschehen, so erlöscht das Kompromiß durch den Tod eines der Kompromittenten so gut, als wenn der Erben gar keine Erwähnung geschehen wäre. L. 49. §. 2. D. b. t.

92) L. 25. §. 9. D. Famil. ercisc. Ist die Sache theilbar, so wird angenommen, daß so viel Kompromisse geschlossen worden, als Theilhaber vorhanden sind, stirbt also einer derselben, so wird nur dessen Kompromiß für erloschen gehalten, und es dauert also in Ansehung der Ueberlebenden fort. L. 29. pr. D. de Verbor. obligat. L. 3. C. communi divid. G. LAUTERBACH Diff. de arbitris compromissariis. §. 43. nr. 6. et 7.

Hat ein Collegium in einer dasselbe betreffenden Rechtsache compromittirt, so erlöscht das Kompromiß nicht, wenn eins oder mehrere Mitglieder desselben sterben sollten⁹³⁾. Eben dieses gilt auch von dem Falle, wenn blos der Vorsteher oder Repräsentant eines Collegiums, z. B. der Prälat mit Einwilligung des Kapitels, oder ein Anwalt in Sachen seines Principals, oder ein Vermund in Sachen seines Mündels oder Pflegbefohlenen compromittirt hätte, und ein solcher Kompromittent stirbt⁹⁴⁾.

3) Nach dem Ablauf der im Kompromiß zur Entscheidung der Sache gesetzten Zeit⁹⁵⁾, welche jedoch nicht von dem Tage des geschlossenen Kompromisses, sondern der von dem erwählten Schiedsrichter geschehenen Annahme derselben an gerechnet wird⁹⁶⁾.

4) Durch die Einwilligung der Kompromittenten, wenn diese nämlich einzig werden, die Sache entweder an den ordentlichen Richter oder an einen andern Schiedsrichter zu bringen⁹⁷⁾. Auch durch eine seitige Reue, wenn der vom Kompromiß abgehende Theil die auf den Rücktritt gesetzte Conventionalstrafe bezahlt⁹⁸⁾.

5) Durch

93) LAUTERBACH Diff. de arbitris compromiss. §. 43. nr. 8.

94) LAUTERBACH cit. Diff. §. 43. nr. 10. sqq.

95) L. 21. §. 8. L. 32. §. 3. in fin. D. b. t. L. I. Cod. eodem.

96) Arg. L. 3. §. 1. et L. 21. §. 5. D. b. t. LAUTERBACH cit. Diff. §. 47. nr. 1. et in Colleg. Pandect. h. t. §. 43. nr. 7.

97) L. 9. §. fin. L. II. pr. L. 32. §. 3. D. b. t. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 43. nr. 4.

98) L. 30. D. b. t. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. nr. VI. LAUTERBACH h. t. §. 43. nr. 4. Zwar ist CARPOV in Jurispr. for.

5) Durch Vergleich⁹⁹⁾.

6) Durch Concurs, in welchen einer von den Kompromittenten gerathen ist, und deshalb geschehene Güterabtreuung¹⁰⁰⁾.

7) Durch den Untergang der Sache, wegen welcher das Kompromiß geschlossen worden ist, außer in sofern deshalb das Interesse gefordert werden kann¹⁾.

Ich bemerke nur noch, daß wenn durch Aufhebung des Kompromisses die Sache an den ordentlichen Richter gebracht wird, deswegen nicht alles dasjenige für vergeblich zu halten ist, und daher wiederholet werden darf, was bereits vor dem Schiedsrichter ordnungsmäßig ist verhandelt worden. Ist daher z. B. der Beweis vor dem Schiedsrichter schon vollkommen geführt, oder sonst die Sache bis zum Spruch bereits gehörig instruiert worden, und sie kommt nun durch den Tod des Schiedsrichters oder eines der Kompromittenten an den ordentlichen Richter; so verliert jenes Verfahren von seiner Gültigkeit in foro ordinario nichts²⁾, sondern die Sache wird hier nur vollends beendigt, wie Johann Wilhelm Hoffmann³⁾ gegen die Widersprüche einiger Rechtsgelehrten bei Gelegenheit eines merkwürdigen Rechtsfalles gezeigt hat.

for. P. I. Constit. I. Definit. 16. und in Processu Tit II. Art. 3. nr. 31. anderer Meinung. Allein LAUTERBACH in Diff. de arbitris compromiss. §. 45. nr. 3. sqq. hat diese Meinung widerlegt.

99) L. 32. §. 5. D. b. t.

100) L. 17. pr. D. b. t.

1) L. 32. §. 5. D. b. t. LAUTERBACH Diff. de arbitris compromiss. §. 45.

2) L. 5. §. ult. Cod. b. t.

3) Observation. quae ad usum fori spectant, Fascicul. (Francof. ad Viadr. 1736. 4.) Obs. 13.

Nautae, caupones, stabularii, ut
recepta restituant.

§. 485.

Grund der Verbindung dieses Titels mit dem vorhergehenden.
Welche heißen Nautae, Caupones und Stabularii?

So auffallend auch die Verbindung zwischen diesem und dem vorhergehenden Titel ist; so kann doch wenigstens den Verfassern der Pandecten dabei nichts zur Last gelegt werden, da beyde Titel nicht nur in dem Edicto perpetuo, sondern auch in den Commentaren der Röm. Juristen über das Edict schon eben so auf einander folgten, wie Heineccius⁴⁾ gezeigt hat. Ursprünglich liegt der Grund dieser Verbindung wohl in der Bedeutung des Wortes *recipere*, welches auch hier, so wie in dem vorhergehenden Titel, sōdier heißt, als durch bloßen Vertrag, ohne *Scipulation*, versprechen, daß man etwas ihun wolle⁵⁾). Dies ist nun aber der Fall bei denen, welche die Schiffarth, oder Gastwirthschaft als Gewerbe treiben. Denn diese versprechen, wo nicht immer ausdrücklich, doch wenigstens stillschweigend, daß sie für die Sachen der Reisenden, die sie aufnehmen, haften wollen. *Recipiunt salvum fore*, wie Ulpian⁶⁾ sagt.

Nau-

4) Opuscul. postum. de historia Edictor. Edictique perpetui, pag. 423. not. a. et pag. 427. not. a.

5) Ant. contius Disputat. iur. civ. Lib. I. cap. 4. pag. 523.

6) L. I. §. 8. D. b. t. Man vergleiche über diesen Titel Wolfgang Ad LAUTERBACH Tr. synopt. de nautis, cauponibus et stabulariis.

Nautae werden zwar in der allgemeinen Bedeutung alle und jede Schiffsleute genannt, welche sich *navigandae causa* auf dem Schiffe befinden; allein hier werden unter dieser Benennung nur diejenigen verstanden, qui *narem exercent*⁷⁾, d. i. welche den Transport fremder Sachen und Personen zu Wasser mit einem Schiff oder Paketboot als ein Gewerbe treiben, und davon die Einkünfte ziehen, sie mögen nun entweder Eigenthümer des Schiffes seyn, oder ein Schiff überhaupt zu diesem Zweck auf beständig, oder auf eine bestimmte Zeit, gemiethet haben⁸⁾. *Nauta* heißt also hier ein Schiffsrheder oder Schiffspatron, und ist von einem *magistro navis*, Schiffsmeister, zu unterscheiden, welchem die Aufsicht des ganzen Schiffes von dem Altherübertragen, und die Instruction ertheilt ist, auf der Reise für alles zu sorgen, was zur Schiffarath gehört, und dem Schiffsvolke die nöthigen Befehle zu geben⁹⁾.

Caupones sind Gastwirthe, welche einen Gasthof halten, und darin Freunde für Geld aufzunehmen und beherbergen¹⁰⁾. Man unterscheide davon die blosen Schenkewirthe, ferner die Speisewirthe oder

Trais-

Iarijs. *Tub.* 1676. und *Er. Dan.* LIEBHABER Exercitat. I. et II. ad hunc Tit. Hanoverae 1747.

7) *L. 1. §. 2. D. b. r.*

8) *L. 1. §. 15. D. de exercitor. act.* Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes pervenient, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum.

9) *L. 1. §. 1. D. eodem.* Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est,

10) *L. 1. §. 5. D. b. r.*

Traiteurs, und die Billiardeurs, welche blos das Recht haben, Gäste mit Speise und Getränk zu bewirken, nicht aber zu beherbergen. Diese gehören nicht hierher¹¹⁾.

Stabularii, Stallwirthe, sind diejenigen, deren Gewerbe darin besteht, daß sie die Pferde und das Vieh der Fremden für Geld in ihre Stallungen aufzunehmen¹²⁾.

Wer blos ein Schiff oder einen Gashof dem Andern verpachtet, ist eben so wenig für einen nauta oder caupo zu haften, als derjenige, welcher ein Schiff blos zu seinen eigenen Bedürfnissen mietet, nicht aber um damit fremde Güter oder Personen für Geld zu transportieren¹³⁾.

§. 486. u. 487.

Verbindlichkeit dieser Personen in Unsehung der aufgenommenen Sachen. Gründe des Prätors, diese Verbindlichkeit zu erweitern.

Schiffärheder, Gastwirthe und Stallwirthe müssen nun für die Sachen der Fremden, die sie aufnehmen, haften, und zwar sind sie nach dem Edict des Prätors verbunden, allen an diesen Sachen entstehenden Schaden zu ersetzen, insofern sie nicht beweisen können, daß selbiges entweder durch die eigene Schuld der Reisenden, oder durch

11) MENCKEN Introd. in doctr. de action. sor. Sect. II. Cap. II. Membr. XVIII. §. 4. und MADIEN ad Eundem not. 1081.

12) L. 5. pr. D. b. 2. Stabularii sunt qui iumenta apud se stabulari permittunt. BRISSONIUS de Verbor. Signif. h. v.

13) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4029.

durch einen ganz unvermeidlichen Zufall verursacht worden sey¹⁴⁾). Nach dem Röm. Civilrecht waren zwar nautae, caupones, und stabularii in dem Umfange nicht verpflichtet, sondern sie konnten nur entweder mit der actione conducti, oder mit der actione depositi belangt werden, je nachdem die Aufnahme der Fremden und deren Sachen entweder mercede interveniente, oder gratis geschehen war, und hafteten in dem ersten Falle nur für eine culpa levis, in dem letztern aber für eine culpa lata¹⁵⁾). Allein der Prätor erweiterte diese Verbindlichkeit zum Vortheil und zur Sicherheit der Reisenden dergestalt, daß es bei der Verantwortlichkeit der Schiffer, und Gastwirthe gar nicht mehr darauf ankommen soll, ob durch irgend ein Versehen derselben der Schade veranlaßt worden sey. Nichts als erweisliche eigene Schuld der Reisenden, oder ein damnum fatale (vis maior) d. i. ein solcher Zufall, der auch bei der grössten Sorgfalt und Aufmerksamkeit nicht abgewendet werden konnte, soll sie von der Verbindlichkeit zur Restitution der aufgenommenen Sachen befreien¹⁶⁾.

Die

14) L. 1. pr. D. b. t. L. 3. §. 1. D. eodem. L. 2. C. de naufrag. L. 19. D. de probat. LAUTERBACH cit. Diff. §. 37. et 38. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Joh. Lubw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien 2. Band Nr. XCVI. §. 3. de WERNHER Observat. select. for. T. II. Part. VIII. Obs. 322. und Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Ged. 43.

15) L. 3. §. 1. D. b. t.

16) L. 3. §. 1. D. b. t. Hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est; nisi si quid dampno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid

Die Veranlassung zu dieser Verordnung des Prätors gaben, wie Ulpian¹⁷⁾ bemerkt, die häufigen Betrügereien solcher Leute, die bey den Römern von der Schiffahrt, Gastwirtschaft und Stallwirtschaft Profession machen, und welche daher bey den Alten in schlechtem Credit standen¹⁸⁾; es sind aber doch auch noch andere Gründe vorhanden, welche diese scheinbare Strenge des Prätors gegen die nautas, caupones und stabularios hinlänglich rechtfertigen¹⁹⁾. Denn

1) sind Reisende genötigt, sich und ihre Sachen solchen Leuten anzubauen; man kann also auch billig von ihnen alle mögliche Treue und Sorgfalt fordern.

2) Erfordert es das Beste der Reisenden, daß ihnen so schnell, als möglich, geholfen, und selbige nicht in wechselseitige Processe verwickelt werden.

3) Können Gastwirthe selbst Entwendungen eher verhüten, als die Fremden, die sie aufnehmen.

4) Wollte

*quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse ini-
quum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in sta-
bulo, aut in cauponā vis maior contigerit. Ueber die Erklä-
rung dieser Stelle sind zwar die Rechtsgelehrten nicht einig,
ich werde jedoch hiervon beym §. 490. weiter handeln.*

17) *L. 1. §. 1. in fin. D. b. t. L. 3. §. 1. D. eodem.*

18) HORATIUS Lib. I. Sat. 5. v. 3. et 4. MARTIALIS Lib. I.
Epigram. 57. et Lib. III. Epigr. 57. PERIZONIUS Lib. IV. ad
Aelian. cap. 1. nr. 1. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Lib. IV.
Tit. 5. §. 5. LIEBHÄDER cit. Exercitat. I. §. 8.

19) *L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. D. b. t.*

4.) Wollte man dem Passagier die Verbindlichkeit auflegen, daß er immer den Urheber seines Schadens ausfindig machen, oder, daß der Schade durch die Schuld des Wirths geschehen sey, beweisen müßte; so würde es unredlichen Wirthen ein leichtes seyn, den Gast um das Seinige zu bringen.

Diese Gründe haben unstreitig auch noch heutiges Tages ihr volliges Gewicht, wenn auch gleich unsere Wirthen in dem Ruf nicht stehen, wie die bey den Römern²⁰⁾). Daher läßt sich der heutige Gebrauch des Römischen Reches in Ansehung unserer Gastwirthen und Schiffser um so weniger bezweifeln, da sogar noch ein neuer Grund hinzutritt, nämlich der, daß in Deutschland die Anlegung der Gathöfe, so wie die Ausrüstung der Frachschiffe, nicht ohne Erlaubniß der Obrigkeit geschehen darf, und daher zugleich die Obrigkeit selbst den Reisenden für die Sicherheit garantiert²¹⁾). Es läßt sich

20) S. Webers Reflexionen zur Förderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts §. 18.

21) *Frid. Eſ. a PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 150. §. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 1. et 2. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 1. Frid. Gottl. ZOLLER Exercitat. uſum actionis de recepto quoad mores hodiernos exhibens. Lipsiae 1775. Höpfers Commentar über die Institutionen §. 1084. not. 3. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß an mehreren Orten das römische Recht in dieser Lehre nicht angenommen sey. Man ſehe HELLFELD Repertor. iur. privat. T. III. pag. 7694. und FISCHERS Lehrbegriff fämmtl. Cameral- u. Policeyrechte. 3. Band §. 611. Allein darum läßt sich doch der heutige Gebrauch keinesweges ganz allgemein beſtreiten, wie SCHILTER Praxi iur. Rom. Exerc. XII. §. 25.*

sich aber auch mit Grund nicht behaupten, daß es unlässig sey, den Gastwirthen und Schiffsschödern eine so strenge Verbindlichkeit aufzulegen, weil es, wie auch Ulpian²²⁾ selbst bemerkt, von ihrer freyen Entschlüssung abhieng, ob sie dieses Gewerbe treiben wollten. Denn Niemand wird ja dazu gezwungen. Haben sie nun aber einmal ein solches Gewerbe ergriffen, so müssen sie sich auch der Natur der Sache nach alle diejenigen Beschränktheiten gefallen lassen, welche die Gesetze damit verbunden haben. Es läßt sich daher das Rechtsverhältniß zwischen ihnen und den Gästen, die sie aufnehmen, richtig mit unserm Verf. aus einem stillschweigenden Vertrage herleiten, wodurch sie sich, ipso facto receptionis, verbindlich machen, ihren Gästen diejenige vollkommene Sicherheit zu gewähren, welche diese mit Recht von ihnen erwarten; als wenn andere²³⁾ diese

Ver-

CARRACI in Adnotat. ad Boeheimeri doctr. de actionibus p. 295.

Io. Wilb. RICHTER in Diff. ad h. Tit. de actione in factum ex quasi contractu receptionis moribus nostris non conveniente.

Lipsiae 1759. und andere mehr thun.

22) L. I. §. 1. D. b. r. Ne quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant. Dies heißt hier nicht soviel, als ob ein Gastwirth Neisende nach Gefallen abweisen könnte. Nein, dies darf Niemand, der einmal öffentlicher Gastwirth ist, wenn er nicht gegründete und erhebliche Ursachen dazu hat. L. un. §. 6. D. Furti adv. nautas capones stabul. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 7. Sondern das Gesetz will nur soviel sagen, es werde Niemand gezwungen, Gastwirtschaft zu treiben, sondern hänge von eines Jeden Willkür ab. VOET h. t. §. 4.

23) Ant. FÄBER Rational. ad L. I. D. h. t. VOET ad Pand. h. t. §. 2. WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 319. de

coc-

Verbindlichkeit zur Classe derjenigen rechnen wollen, welche quasi ex contractu entstehen. Man will es zwar für unbegreiflich halten, wie sich der Gastwirth durch die Aufnahme der Fremden stillschweigend verpflichten sollte, auch für solche Beschädigungen zu haften, die er eigentlich nicht verschuldet hat, welche aber doch auch nicht durch einen unmöglich abzuwenden gewesenen Zufall verursacht worden sind. Allein haben die Gesetze einmal verordnet, daß ein jeder Gastwirth auch für solche Schäden stehen müsse, so läßt sich allerdings behaupten, daß der Wirth gleich bei der Errichtung der Gastwirtschaft sich stillschweigend auch zu deren Übernehmung verpflichte²⁴⁾.

§. 488.

Verbindlichkeit der Erben; ferner der Gastwirthe aus den Handlungen ihrer Leute.

Da also die Verbindlichkeit der Gastwirthe und Schiffer aus einem Vertrage herrührt, und überdem keine Strafe, sondern blos die Restitution der aufgenommenen Sachen betrifft, so geht sie auch auf die Erben über²⁵⁾. Es

ECCCE IJL. CIV. CONTROV. H. T. QU. I. und EMMINGHAUS ad **Ez**dem not. a. Allein mit Recht haben diese Meinung widerlegt J. H. BOENMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 29. **Eric.** DAN. LIEBHABER cit. Exercit. I. ad h. Tit. §. 4. und besonders Weber in der systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 27. S. 80 ff.

24) S. WERNHER select. Observation. for. T. II. P. VIII. Obs. 321. nr. 6. sqq. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 144. und H. v. fner im Commentar über die heineccischen Institutionen §. 1084.

25) I. 3. §. 4. D. b. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15.

Es muß jedoch der Gastwirth nicht nur für diejenigen Sachen stehen, die er selbst aufgenommen hat, sondern er ist auch eben so gut für diejenigen verantwortlich, welche von seinen Leuten sind aufgenommen worden, insofern er nämlich dieselben zur Aufnahme und Bewirthung der Fremden bestellt hat²⁶⁾). Dahin gehören die sogenannten Kellner, und gewöhnlich auch die Hausknechte, wenn gleich Carpzov²⁷⁾ durch Vermischung der Römischen mediastinorum²⁸⁾ mit unsern Hausknechten das Gegenteil behaupten will, dessen Irrthum aber schon Berger²⁹⁾ bemerk't hat. Haben andere Personen die Sachen der Fremden in Empfang genommen, welche zur Aufnehmung derselben nicht bestellt waren, so haftet der Gastwirth dafür nicht, wenn auch gleich die Aufnahme von den Kindern derselben selbst geschehen wäre³⁰⁾.

§. 489.

26) L. I. §. 2. et 5. D. b. 2.

27) Jurispr. for. P. II. Const. 26. Def. 11.

28) *Mediastrini* wurden bey den Römern diejenigen Sklaven genannt, welche zu keinem gewissen Dienst bestimmt waren, sondern im Hause immer in Bereitschaft stehen mussten, um das auszurichten, was ihnen von dem Herrn befohlen wurde. BRISSONIUS de Verbor. Significat. h. v.

29) Oeconom. iur. Lib. III. Tit. VI. Th. 8. Not. 4. dem Carpzov stimmen indessen mehrere bey, als LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 12. STRUV Exercit. VIII. §. 110. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4032. Not. e. p. 468.

30) WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 321. in Suppl. p. 372. und ABR KAESTNER Diss. de damno fatali in cappa contingente. (Lipsiae 1743.) §. 17.

Inwiefern befreyet die Protestation den Wirth von seiner Verbindlichkeit? Die Uebergabe des Stubenschlüssels enthält an sich vergleichen nicht?

Hat der Wirth ausdrücklich protestirt, daß er für nichts stehe, und daher den Fremden, die bei ihm Quartier nehmen, angedeutet, daß sie ihre Sachen selbst in Acht nehmen müßten, so kommt es darauf an, ob diese Erklärung gleich Anfangs bei der Aufnahme geschehen, oder erst nach geschehener Aufnahme erfolgt ist. In dem ersten Falle ist er von derseligen strengen Verbindlichkeit frey, die ihm sonst als Gastwirth obliegt, und er haftet alsdann nur für ein grobes oder mäßiges Versehen, je nachdem die Aufnahme unentgeltlich, oder für ein Quartiergebäude geschehen ist³¹⁾). In dem letztern Falle hingegen kann die nachher erfolgte Protestation den Gastwirth von der durch das factum receptionis einmal gesetzlich begründeten Verbindlichkeit, den Gästen für die aufgenommenen Sachen zu stehen, keinesweges befreyen, wenn auch letztere dieser Erklärung des Wirths nicht widersprochen, sondern ihr Quartier bei ihm behalten hätten³²⁾).

Eben so gewiß ist es auch, daß der Gastwirth dadurch, daß er dem Passagier bei der Aufnahme den Schlüssel zu der derselben eingegebenen Stube zugestellt hat, von seiner Verbindlichkeit, für die Sicherheit der aufgenommenen

31) L. 7. pr. D. b. r. KAESTNER cit. Diff. §. 21. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

32) LAUTERBACH Diff. de nautis cauponibus et stabulariis §. 48. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4033.

nen Sachen zu hasten, sich nicht frey mache³³). Denn diese Zustellung des Schlüssels giebt dem Reisenden, wenn er auch alle Vorsicht in Verschließung der Stube anwendet, doch noch keine hinlängliche Sicherheit, weil die Stube demohngeachtet leicht durch einen Nachschlüssel, oder Diterich geöffnet, und desselben Sache gestohlen werden kann³⁴). Es kann auch mit Grund nicht behauptet werden, daß sich der Reisende durch die Annahme des Stubenschlüssels seines Sicherheitsreches an dem Gastwirth stillschweigend begeben habe, weil der Stubenschlüssel gewöhnlich nur in der Absicht gegeben wird, damit der Passagier heym Ausgehen, und zur Nachtzeit, die Stube verschließen könne, und zu deren Wiedereröffnung nicht allemal dem Gastwirth den Schlüssel abzufordern nötig habe. Der Gastwirth bleibt also verbindlich, der Reisende mag den Stubenschlüssel mit oder ohne Protestation angenommen haben³⁵).

§. 490.

Ein Gastwirth haftet auch für die Handlungen der aufgenommenen Passagiere. Nur nicht für unvermeidliche Zufälle.

Gastwirthe müssen nun also ihren Gästen für allen Schaden stehen, der an den Sachen geschieht, die sie mit sich

33) PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 150. §. 5.
BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 6. Th 8. Not. 10
Schmidt's hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien 2. Band. Nr. XCVI. §. 2.

34) STRUV Evolution, controversiar. h. t. Exerc. VIII. Th. 117.

35) LAUTERBACH cit. Diss. §. 45. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4033. lit. C. Schmidt a. a. O. Anderer Meinung ist jedoch VOET in Comment. h. t. §. 7.

sich in das Wirthshaus bringen; der Schade mag von ihnen selbst, oder von ihren Leuten, oder auch von andern Passagieren geschehen seyn. Eben so die Schiffsrheder. Ulpian³⁶⁾ lässt uns wenigstens hieran nicht zweifeln, wenn er sagt: *Et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt; et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum;* und Gaius³⁷⁾ fügt noch hinzu: *sicut et caupo viatorum.* Nun scheint zwar diesem entgegen zu seyn, wenn Paulus³⁸⁾ sagt: *In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentina recipitur, veluti viator.* Ja Ulpian³⁹⁾ scheint sich selbst zu widersprechen, wenn er sagt: *Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona, eius cauponae exercendae causa, ibi sunt. Viatorum autem factum non praestat; namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes.* Inhabitatores vero perpetuos ipse quodcummodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. In navi quoque vectorum factum non praestatur. Es lässt sich jedoch dieser anscheinende Widerspruch nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten⁴⁰⁾

H 3

leicht

36) L. 1. §. fin. D. b. t.

37) L. 2. D. b. t.

38) L. 6. §. 3. D. b. t:

39) L. un. §. 6. D. *furti adversus nautes.*40) *Ant.* FABER Rational. ad L. 1. §. 8. et L. 6. §. 3. D. h. t.*Lad.* VITALIS Lection. variar. Lib. I. cap. 2. (in *Tbel* ior.

Rom. OTTONIAN. T. II. pag. 624. sqq.) VOET in Commentar.

leicht dadurch heben, wenn man unterscheidet, ob blos auf Schadensersatz, oder ob quasi ex delicto gegen den Wirth auf den doppelten Werth der entwendeten oder beschädigten Sachen geklagt wird. In dem letztern Falle haftet er nur für die Schuld seiner Leute, nicht aber für die Fremden, die er aufgenommen hat; für diese hingegen ist er auch alsdann verantwortlich, wenn blos auf Schadensersatz geklagt wird. Man könnte zwar dagegen einwenden, daß der Grund, den Ulpian anführt, ganz allgemein sey, und dieser Vereinigungsart entgegen streite, wie auch Herr Prof. Wehrn⁴¹⁾ wirklich erinnert hat, welcher daher einen andern Weg einschlägt, und nur dann den Gastwirth für schuldig hält, für die Handlungen der Passagiere zu haften, wenn er es bei der Aufnahme eines Gastes an derjenigen Vorsicht und Wachsamkeit hat mangeln lassen, die jedem ordentlichen Gastwirth schlechterdings obliegt. Allein mich dunkt, Ulpian hebe diesen Zweifel hinlänglich, wenn er sagt⁴²⁾: *Hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est; nisi si quid damno fatali contingit.* Er giebt hierdurch deutlich genug zu verstehen, daß es bei der Verbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden für die Sachen zu stehen, die sie mit sich in den Gasthof gebracht haben, gar nicht darauf ankommen solle, ob durch irgend ein Versehen des selben

ad h. t. §. 2. et 3. BRUNNEMANN in Comment. ad L. I. D. h. t. nr. 12. et ad L. un. D. furti adv. nautas. nr. 2. POTHIER in Pandect. Justinian. T. I. h. t. Nr. VIII. not. b. u. a. m.

⁴¹⁾ Doctrina iuris explicat. principior et causarum damni praestandi. §. 19.

⁴²⁾ L. 3. §. 1. D. b. 2.

selben der Schade veranlaßt worden sey. Zwar will Herr Prof. Wehrn⁴³⁾ die Worte Ulpian's: *etiam si sine culpa eius res periit, blos von einer culpa levi in concreto verstehen*, und dahin erklären, daß der Gastwirth dadurch noch nicht von seiner Verbindlichkeit loskomme, wenn er beweist, er habe diejenige Sorgfalt in Ansehung der aufgenommenen Sachen angewendet, welche er gewöhnlich bei Treibung seiner Gastwirtschaft anzuwenden pflegt. Er meint daher, alles übrige, was der Gastwirth nicht culpa levi in abstracto verschuldet hätte, sei nach dem Sinn des Röm. Rechts als ein *damnum fatale* anzusehen. Allein mir ist es unbegreiflich, wie Ulpian hier an eine *culpam levem in concreto* habe denken können, da schon die Verbindlichkeit aus dem Mietcontract, die doch der Prätor durch sein Edict zum Vortheil der Reisenden erweitern wollte, die Prästation einer *culpae levis in abstracto* zur Folge hat, und überdem eine *culpa levis in concreto* nur immer Ausnahme von der Regel ist⁴⁴⁾. Wie wenig es bei der Verantwortlichkeit der Gastwirthe darauf ankommt, ob sie selbst durch irgend ein Verssehen den Schaden veranlaßt haben, ist daraus offenbar, 1) weil sie auch für Diebstähle eben so, wie für eine jede andere Art der Beschädigung ohne Unterschied haften⁴⁵⁾, und weil 2) nichts als erweißliches *damnum fatale* sie entschuldigen soll⁴⁶⁾. Hierunter wird nun aber nicht jeder Zufall verstanden, den der

§ 4

Gast-

43) cit. loc. §. 18. pag. 153.

44) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 322. S. 336. folg.

45) L. 5. §. 1. D. b. z. LAUTERBACH cit. Diff. ad h. Tit. §. 40.

46) L. 3. §. 1. D. b. z.

Gastwirth nicht verschuldet hat, sondern eine *vis maior*, wie Ulpian gleich nachher⁴⁷⁾ sagt, welcher Ausdruck eine solche Gegebenheit bezeichnet, die man auf keine Weise abzuwenden, oder der man durchaus nicht zu widerstehen im Stande war⁴⁸⁾). Dahin gehört z. B. Einfall der Feinde, gewaltsamer Einbruch der Räuber, Ungewitter, Brand, der in des Nachbars Hause entstanden ist, u. dgl. Für solche Fälle darf der Gastwirth nicht stehen, so wenig als der Schiffsrheder für unabwendbaren Schiffbruch oder für die Gewalt der Seeräuber⁴⁹⁾). Dahingegen befreien solche *casus fortuiti* den Gastwirth von seiner Verbindlichkeit nicht, die jene physische Unmöglichkeit der Abwendung nicht mit sich führen, wenn er auch beweisen wollte, daß sie sich ohne seine Schuld ereignet haben. Dahin gehören nun solche Schäden, die durch Diebstahl von Leuten im Hause, oder durch Feuer, das in dem Gashofe selbst ausgekommen ist, verursacht worden sind⁵⁰⁾). Hierdurch widerlegt sich nun auch

47) *L. cit.*

48) *L. 52. §. 3. D. Pro socio. L. 18. pr. D. Commodati. L. 25. §. 6. D. Locati. L. 24. §. 4. D. de damno infecto. L. 1. §. 4. D. de obligat. et action. L. 6. C. de pign. act.* Man sehe auch *Guil. PROUSTEAU Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 8.* (in *Tbes. Meermann. Tom. III. pag. 495. sqq.*) *Io. D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 23.* (in *Tbes. Meermann Tom. IV. pag. 50.*)

49) *L. cit. 3. §. 1. D. b. t.*

50) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Balb. L. B. a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 321. et Observ. 322. LAUTERBACH Tract. synopt. de nautis, cauponibus etc. §. 39. 40. et sqq. Abr. KAESTNER Diff. de damno fatali in capona contingente. §. 23 — 28. PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. §. 6. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 5. et 6.*

auch zugleich die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten⁵¹⁾ , welche die oben angeführte Stelle Ulpians so verstanden wissen wollen, daß der Gastwirth für den Schaden stehen müsse, wenn gleich die Sachen ohne eine culpa levius des selben zu Grunde gegangen wären; er sei folglich zwar ob culpam levissimam verantwortlich, hingegen einen solchen Schaden, der in einem bloßen Unglücksfalle seinen Grund habe, brauche er nicht zu ersetzen. Eine Meinung, die auch schon Freyherr von Wernher⁵²⁾ hinlänglich widerlegt hat.

§. 491.

Eine besondere Anzeige der in den Gasthof gebrachten Sachen wird nicht erforderlich.

Ein Gastwirth muß seinen Gästen für alle Sachen stehen, die sie mit sich in den Gasthof gebracht haben, auch wenn sie ihm nicht namentlich angegeben und vorgezeigt worden sind⁵³⁾. Er haftet also auch für die Sachen, welche der Passagier in seinem verschloßenen Coffre, oder Kiste, oder Felleisen hatte, wenn ihm etwas daraus in dem Gasthause entwendet worden ist⁵⁴⁾. Nur muß freylich

§ 5

der

51) TITIUS in iure privat. Rom. germ. Lib. X. cap. XIV. §. 8. sqq. Ge. Frid. KRAUSII Diss. de actione de recepto casum fortuitum non persequente, ad explicat. L. 3. §. 1. D. Naut. caup. stab. Vitembergae 1750. und Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit. I. Theil (Leipzig 1793. 4.) Bemerk. 100.

52) Select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 321. nr. 6. sqq.

53) L. 1. §. 8. D. b. r. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 320.

54) Arg. L. 1. §. 41. D. Depositi.

der Gast beweisen, daß diejenigen Sachen wirklich in dem verschlossenen Coffre oder Kiste befindlich gewesen sind, deren Ersatz er verlangt⁵⁵⁾). Sollte durch diesen Beweis der Betrag des Schadens noch nicht vollkommen ausgemittelt seyn; z. B. die Zeugen sagen, der Kläger habe allerdings viel Silberzeug und Geld in dem Coffre gehabt, allein sie könnten die eigentliche Beschaffenheit und den wahren Werth dieser Sachen nicht bestimmt angeben; so wird der Kläger zum Erfüllungseide gelassen, wenn er ein ehrlicher und unbescholtener Mann ist, von dem sich ein Meineid nicht leicht besorgen läßt, und der auch nach seinem Stand und Gewerbe die Vermuthung für sich hat, daß er solche Sachen, als ihm angeblich weggekommen sind, bei sich geführt habe⁵⁶⁾). Ohne allen Beweis wird der Kläger nicht zum Eide gelassen. Denn dieser Eid ist hier kein anderer, als ein Erfüllungseid, welcher da, wo es an allem Beweise mangelt, nicht erkannt werden kann⁵⁷⁾). Hat der Reisende seinen verschlossenen Coffre oder Kasten dem Wirth selbst

55) L. 2. D. de Probation. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 24.

56) L. 1. §. 40 D. Depositi. WERNNER Select. Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 323. von Cramer Weißlärtsche Nebenständen Th. 77. Nr. 2. §. 18. G. Fried. Meisters præstische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Bd. VII. Bemerk. S. 79. f. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4031. lit. C.

57) S. Chrift. Lud. CRELLII Observationes de iure iurando suppleriorio, quod sine probatione decernitur. Vitembergae 1751. §. 2. (Fascic X. Dissertat. et Progr. Crellianor. Nr. 84) und Joh. Christi. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgeschichtetheit 1. Th. 30. Bemerk.

selbst in Verwahrung gegeben, und er erhält solchen nachher eröffnet von dem Wirth zurück; so behauptet man in der Proxie, daß hier, ohne weitern Beweis, der Gast wegen dessen, was in dem Coffre befindlich gewesen, auf sein Verlangen zum Eide zu lassen sei, und den durch diesen Eid bewiesenen Schaden müsse sodann der Wirth ersetzen⁵⁸⁾). Allein die Vermuthung, welche hier angenommen wird, nämlich, daß derjenige, welcher eine bey ihm hinterlegte Kiste eröffnet zurückgiebt, da er sie verschlossen erhielt, eines Betrugs schuldig sei, ist weder in den Gesetzen, noch in der Natur der Sache begründet. Denn man muß im Zweifel jeden Menschen für rechtschaffen halten, bis das Gegentheil erwiesen ist⁵⁹⁾; zumal da es sehr wohl möglich ist, daß die Kiste von andern Leuten im Hause kann erbrouchen worden seyn. Die an den Schloßern derselben befindliche Verlezung kann also an sich noch keine Vermuthung wider den Gastwirth begründen, daß er den Dolus begangen habe⁶⁰⁾). Nur in dem Falle halte ich jene Meinung der Practiker für theoretisch richtig, wenn der Gast den Dolus

58) Man nennt diesen Eid ein *iuramentum quasi Zenonianum*.

S. MENOCHIUS Arbitr. iud. Quaest. Lib. II. Cent. III. Cas. 208. nr. 26. MASCARDUS de Probationib. Vol. II. Conclusio DCCCXXXIII. nr. 8. sqq. MEVIUS Decision. T. II. P. IX. Decis. 55. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 8. LAUTERBACH in Tract. de nautis, cauponibus, etc. §. 51. und LEYSER Specim. LXVI. medit. 9.

59) L. 18. §. 1. D. de *Probation*. Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. Eben so L. 6. Cod. de *dolo malo*.

60) de cocceji iur. civ. controv. Lib. XVI. Tit. 3. Qu. 5. und EMMINGHAUS ad Eundem not. h. (Tom. II. pag. 320.)

Ius des Gastwirths wirklich beweisen, oder nur soviel darthun könne, daß der Wirth einige Stücke aus der Kiste in seinen Nasen verwendet habe. Hier würde er allerdings wegen der in derselben befindlich gewesenen Sachen mit seinem Eide zuzulassen seyn⁶¹⁾. Außerdem aber glaube ich nicht, daß der Eid die Stelle aller andern Beweismittel vertreten könne, sondern es muß der Gast auch in dem Falle, da der Wirth die ihm verschlossen übergebene Kiste eröffnet wieder zurückgibt, vor allen Dingen mit Zeugen beweisen, was in der Kiste gewesen sey, wenn er will, daß ihm der Schade ersetzt werde⁶²⁾.

§. 492.

Bey welchen Personen findet die strenge Verbindlichkeit ex recepto nicht Statt.

Die strenge Verbindlichkeit ex recepto trifft nun aber blos diejenigen, welche Profession davon machen, Kleisende und deren Sachen aufzunehmen, und solche auch in dieser Qualität, als Gastwirthe, aufgenommen haben⁶³⁾. Sie findet also

1) bey denen nicht Statt, die von der Gastwirthschaft keine Profession machen, sondern vermöge einer besondern Uebereinkunft Fremde und deren Sachen in ihr Haus aufnehm-

61) L. 9. D. de in lit. iur. L. I. §. 26. D. Depositi. L. 9. Cod. unde vi. BRUNNEMANN Comm. ad L. I. §. 41. D. Depositi; und CRELL cit. Observat. de iuram. suppletorio. §. 2. pag. 14.

62) Mit mir stimmt ganz überein Ios. MASCARDUS de Probatib. Vol. II. Conclus. DCCCXXXIII. nr. 8. et 9. pag. 350.

63) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4032.

nehmen⁶⁴⁾). So z. B. logiren zur Messezeit viel fremde Kaufleute in Privathäusern zu Frankfurt und Leipzig. Hier tritt blos die obligatio ex locato oder ex deposito ein.

2) Sie findet auch nicht gegen Gastwirthe in dem Falle statt, wenn selbige Personen und Sachen nicht in der Qualität als Gastwirthe, sondern, wie Ulpian sagt⁶⁵⁾, extra negotium suum aufgenommen haben. Z. B. ein Gastwirth vermietet zur Messezeit einem fremden Kaufmann sein Gewölbe oder seinen Laden, um darin seine Waaren feil zu haben; oder es zieht ein Student in einen Gasthof zur Miethe ein; oder es leiht jemand einem Gastwirth Sachen, oder er giebt sie demselben für eine Schuld zum Pfande. In allen diesen Fällen haftet der Wirth für keine andere Culpa, als welche er nach der Natur des mit ihm geschlossenen Contracts zu vertreten schuldig ist⁶⁶⁾.

Es entsteht hier noch die Frage, ob die Verbindlichkeit ex recepto auch dann noch fortdauere, wenn der Guest abreiset, und dem Gastwirth bis zu seiner Zurückkunft Sachen in Verwahrung giebt? Hier suchen zwar die Gastwirthe insgemein zu behaupten, daß sie als bloße Depositare anzusehen wären, und daher nur für einen Dolus, oder für eine culpa lata haften dürften, deren Beweis auch dem Kläger zu fordern obliege. Allein der Gastwirth wird durch die von ihm ausdrücklich übernommene Verwahrung der Sachen

64) LAUTERBACH Tract. de nautis, caupon. etc. §. 23. und in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10.

65) L. 3. §. 2. D. b. r.

66) LAUTERBACH cit. Tractat. §. 24. und in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11.

Sachen des Fremden von der durch das factum receptio-nis einmal begründeten Verbindlichkeit, worin er außer-dem, in Ansehung der von dem Gast in den Gasthof ge-brachten Sachen, sich befunden, keinesweges befreyet; in-dem vielmehr in Gemäßheit der L. 3. D. h. t. die Ver-bindlichkeit ex recepto zu der aus einem Contract vorhan-denem Verbindlichkeit hinzutritt, und mit derselben besteht, wie Meister⁶⁷⁾ bei Gelegenheit eines merkwürdigen Rechts-falles sehr gut gezeigt hat.

§. 493.

Ausdehnung der Verbindlichkeit ex recepto auf Postmeister und Landkutscher.

Obgleich die strenge Verbindlichkeit ex recepto in den Worten des Edictus ausdrücklich nur auf nautas, campo-nes, und stabularios eingeschränkt ist, so haben dennoch schon die Römischen Rechtsgelehrten kein Bedenken ge-funden, solche wegen der Gleichheit des gesetzlichen Grundes auch auf andere Personen auszudehnen, deren in dem Edict keine ausdrückliche Erwähnung geschehen ist. Ein Beispiel von einer solchen ausdehnenden Erklärung giebt Ulpian, wenn er sagt⁶⁸⁾: De exercitoribus ratium, item lin-trariis nihil cavetur, sed idem constitui oportere, LA-BEO scribit; et hoc iure utimur. Man könnte zwar ein-wenden, das, was in dem Edict des Prätors nicht aus-drücklich gesagt ist, könne wenigstens nach dem juristischen Sprachgebrauch unter das Gesetz subsumirt werden, weil das

67) Practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte.

2. Band Bemerk. 7. S. 77. ff.

68) L. 1. §. 4. D. b. z.

das Wort *navis* eine jede Art von Fahrzeug auf dem Wasser bezeichne⁶⁹⁾), und also auch *lintres*, *Kähne*, und *rates*, *Glössen*⁷⁰⁾), unter sich begreife. Es sey also hier kein ächtes Beispiel einer ausdehnenden Erklärung nach dem Grunde des Gesetzes vorhanden. Allein wäre dieses, so hätte wohl Ulpian nicht nöthig gehabt, um jene Erklärung zu begründen, auf *Labeo* und den Gerichtsgebrauch zu provociren⁷¹⁾). Man sieht es auch aus andern Stellen der Klassiker⁷²⁾), daß man *navem*, *ratem* und *lintrem* unterschieden habe, und daß daher die *lintrarii* und *ratiarii* *exercitores*, oder, wie *Paulius* sagt⁷³⁾), *ratiarii*, mit den *nautis* nicht einerley gewesen seyen.

Auf gleiche Weise erlaubt man sich nun auch in der heutigen Praxis eine Ausdehnung des prätorischen Edicts *de nautis* auf unsere Postmeister und Landkutschler, weil man diesen Leuten das Seinige so gut anvertrauen müsse, als den Schiffen, und die allgemeine Wohlfahrt erfordere, daß diejenigen, welche etwas auf Posten und Landkutschen geben, deshalb völlig gesichert sind⁷⁴⁾). Nun hat man

69) *L.* i. §. 6. *D.* *de exercit. act.*

70) *L.* i. §. 14. *D.* *de fluminib.* *CELLIUS* *Noct. Atticar.* *Lib. X.* *cap. 25.*

71) *Ferd. Christph. HARPPRECHT* *Disp. de actione utili de recepto.* *Cap. II.* §. 4–6. (in *EIUS Dissertat. academic.* Vol. I, Nr. XVI.)

72) *CICERO pro Milon.* et in *Verrem.* *FESTUS v. Ratis.*

73) *I.* 30. *D.* *de pignerat. act.*

74) *RICHTER* P III. *Dec. CXLI.* nr. 15. 16. *SCHILTER* *Prax. iur. Rom. Exerc.* *XII.* §. 25. *LEYSER* *Meditat. ad Pand Specim.* *LXVI.* med. 3. *WEERNHER* sel. *Observat. for. T. II* P. IX. *Obs.* 229. in *Suppl. Ern. Iun.* *TENTZEL* *Diff. Magistros posta-*

man zwar manche nicht unerhebliche Gründe von Seiten der Theorie dagegen vorgebracht, weshalb jenes Gesetz wegen seiner großen Strenge nicht so ausdehnend erklärt werden sollte, unter denen vorzüglich der Grund alle Aufmerksamkeit verdient, daß bei Postwagen und Landkutschern, welche ohne weitere Bedeckung oft zur Nachtzeit durch Wälder und andere beschwerliche und unsichere Wege passiren müssen, Entwendungen weit schwerer, als in den Gasthöfen und auf Schiffen, verhütet werden können, folglich die Lage der Postmeister und Landkutscher weit schlimmer, als die der nautarum und cauponum, seyn würde⁷⁵⁾). Inzwischen fehlt es der heutigen Praxis doch auch nicht an Rechtsgründen, welche jene ausdehnende Erklärung rechtfertigen⁷⁶⁾); und billig muß hier in Erwägung gezogen werden,

postarum teneri ex actione de recepto. Erf. 1715. Cibit. Ferd. HARPPRECHT Diss. de officio magistri postarum tam in genere, quam in specie quoad restitutionem pecuniae aliusve rei ipsi concreditae sed amissae. Tbingae 1755. Cap. II. §. 5. sqq. Beust Versuch einer ausführlichen Erklärung des Postregals 2. Th. 7. Abschn. §. 6. Pütter's ausgerlesene Rechtsfälle. I. Bandes 4. Th. Dec. CXLII. S. 990. ff.

75) *Ferd. Christph. HARPPRECHT Diss. actio utilis de recepto utrum contra rhedarum meritoriarum exercitores, postarum magistros, et quoscunque aurigas, Postmeister, Landkutscher, und andere Fuhrleute, locum obtineat? (in eius Differat. academic. Vol. I. Nr. XVII. pag. 564. sqq.) LAUTERBACH Tract. de nautis etc. §. 33. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4034.*

76) *S. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und EMMINGHAUS ad Eundem not. *). LEYSER Specim. LXVI. med. 3. Er. DAN. LIEBHABER in Exercit. II. ad h. Tit. §. 2. sqq. und der Gebr. OBERBECK Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band. Medit. 88.*

werden, daß ohne eine uneingeschränkte Sicherheit die Postanstalt selbst kein uneingeschränktes Vertrauen gewinnen, und folglich nicht zur möglichsten Vollkommenheit und Einträglichkeit gelangen kann, wie Hr. Hofr. Runde⁷⁷⁾ sehr gründlich bemerkt hat. Die Postämter erkennen sich auch zur Leistung einer solchen uneingeschränkten Sicherheit eben dadurch selbst verpflichtet, daß sie für Geldsummen, und andere kostbarekeiten, die auf die Post gegeben worden sind, die Größe des Postgeldes nicht nach dem Gewicht, sondern nach dem Werthe der Sachen ansehen, und darüber auch eigene, auf eine gewisse Zeit gültige Empfangs- und Versicherungsscheine ausstellen. Es läßt sich daher mit gutem Grunde behaupten, daß nach der Absicht der Contrahenten die Postämter für jeden auch durch Raub und Diebstahl verursachten Schaden haften müssen⁷⁸⁾. Wollte man die Verbindlichkeit der Postmeister und Landkutschler in Ansehung der ihnen anvertrauten Sachen blos nach den Grundsätzen vom Mischcontract beurtheilen, so würde wes-

gent

77) In den Grundsätzen des allgemeinen deutschen Privatrechts §. 135.

78) Runde a. a. O. und Dant im Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 1. Band §. 135. Nr. III. S. 477. Sollten die Sachen durch einen andern ganz unabwendlichen Unglücksfall z. B. durch einen vom Blitz entstandenen Brand zu Grunde gegangen seyn, so muß diesen Schaden billig der Eigenthümer tragen. LEYSER Specim. LXVI. medit. 5. Lud. ab HOERNINGK de regali Postarum iure Cap. IV. §. 18. Fischer im Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Policeyrechte 2. Band §. 663. Dant a. a. O. Not. d. S. 478. und Joh. Lud. Schmidt hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. LXXI. §. 2.

gen des schweren und oft unmöglichen Beweises einer dem Postmeister oder dem Landfuscher bezumessenden Schuld die Klage in den meisten Fällen vergeblich seyn⁷⁹⁾.

Wenn eine auf die Post gegebene Sache mehrere Stationen zu passiren hat, die von verschiedenen Postmeistern verwaltet werden, und sie geht verloren; so haftet zwar dafür ein jeder dieser Postmeister, der den Empfang nicht läugnen kann. Es muß daher auch demjenigen, welcher den Verlust erlitten hat, der Regel nach freystehen, nach seiner Convenienz entweder denselben Postmeister in Anspruch zu nehmen, dem er die Sache unmittelbar zur Bestellung übergeben hat, oder denselben zu belangen, auf dessen Station die Sache verloren gegangen ist⁸⁰⁾). Keinesweges aber kann sich der erste Postmeister, wenn er ex facto receptionis unmittelbar belangt wird, gegen die wider ihn angestellte Klage mit der Einrede schützen, daß nicht auf seiner Station der Schade sich ereignet habe, sondern die Sache richtig an die andere Station abgegeben worden sey, weil derselbe nach der Absicht der Contrahenten nicht blos für den richtigen Abgang, sondern auch für die richtige Ueberlieferung der Sache an Ort und Stelle, stehen muß, insofern ihm nicht deshalb die besondere Postordnung des Landes zu statten kommt⁸¹⁾). Leyser⁸²⁾ will zwar dem in Anspruch

79) Schmidt a. a. O. §. 3. S. 237. f.

80) C. Christ. Fried. Imm. Schorch neue Sammlung auserlesener Gutachten und Urteilsprüche der Erfurtischen Juristen Facultät. (Erfurt 1798.) Nr. III. S. 19. sqq.

81) Schmidt's hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien 2. Band Nr. LXXII. S. 238. ff.

82) Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 6.

sprech genommenen Postmeister die Einrede der Excusation gestatten, wenn er beweisen kann, daß der Schade nicht auf seiner, sondern eines andern Postmeisters Station geschehen sey, und glaubt, daß sich der Beschädigte an den letztern halten müsse; und dieser Meinung stimmt auch Hellfeld bei. Allein die L. i. §. 43. D. depositum, worauf sich Leyser gründet, kann hier nicht zur Entscheidung dienen, da sie blos von dem Falle redet, wenn mehreren zugleich eine Sache in Verwahrung gegeben worden ist, dagegen derjenige, welcher eine Sache auf die Post giebt, nicht mit allen Postmeistern, durch deren Stationen die Sache passirt, sondern nur unmittelbar mit demjenigen sein Geschäft hat, welchem er die Sache zur Bestellung an den bestimmten Ort eingehändigt hat. Dieser ist daher auch ex facto receptionis zunächst verbunden, dafür zu stehen, daß sie dahin richtig gebracht werde, und kann zwar, wenn die Sache auf einer andern Station verloren gegangen ist, wider den Postmeister derselben seinen Regress nehmen, keinesweges aber von dem Beschädigten verlangen, daß dieser selbst sich an den Schuldigen halten solle ⁸³⁾). Nur in dem Falle, wenn ein mit der Post Reissender Sachen mit sich führt, welche dem Postamte gehörig angegeben, und daher mit in die Charta eingetragen worden sind, ist der Postmeister von seiner Verbindlichkeit, für deren Verlust zu

83) Schmidt a. a. O. §. 2. Pütters auserlesene Rechtsfälle I. Bandes 4. Th. Decif CXLII. nr. 14. Nach dem allgemein Gesetzbuche für die Preuß. Staaten 2. Th. 15. Tit. §. 190. u. 191. fällt jedoch die Vertretung des absendenden Postamts weg, wenn sich der Schade oder Verlust auf einem auswärtigen Postamt zugetragen hat, und der Beschädigte muß sich alsdann an dieses halten.

haftet, frey, sobald die Sachen auf der andern Station richtig angekommen sind. Denn hierdurch endigt sich der mit dem ersten Postmeister eingegangene Vertrag, und der Passagier schließt nun mit dem Postmeister der andern Station einen neuen Vertrag⁸⁴⁾). In jedem Falle aber müssen Postmeister auch für die Handlungen und das geringste Versehen ihrer Postbedienten und Postillions stehen⁸⁵⁾). Ob aber nicht eine besondere Angabe dessen, was in verschlossenen Packeten und Kisten auf die Post gegeben worden, nöthig sey, wenn das Postamt für dessen Verlust haften soll? ist eine Frage, die nach gemeinen Rechten verneinet werden muß⁸⁶⁾), weil sich der Postmeister, der ein solches Packet oder Kiste ohne weitere Nachfrage annimmt, hierdurch stillschweigend verpflichtet, für alles, was darin befindlich ist, ohne Ausnahme zu haften; er hat es sich also billig selbst zuzuschreiben, daß er nun auch für die Sachen stehn muß, von denen er nichts wußte, weil es ihm freystand, sich darnach zu erkundigen⁸⁷⁾). Ein anders wäre aber freilich, wenn besondere Landesgesetze die Angabe dessen, was in dem Packet befindlich ist, dem Aufgeber

zur

84) Schmidts hinterlassene Abhandlungen 2. Bd. Nr. LXXIII. §. 2. S. 242. f.

85) Christ. Ferd. HARPPRECHT Diss. de officio magistri postarum. Cap. II. §. 4. von Geust in dem Versuche einer ausführlichen Erklärung des Postrechts 2. Th. 7. Abschn. §. 5. S. 1102. Schmidt a. a. D. §. 3. und Danz; Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 1. Th. §. 135. Nr. II. S. 476.

86) I. I. §. 8. D. b. t. L. 1. §. 41. D. depositi.

87) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specimi. LXVI. med. 7. schoepp Consil. Tübingens. Vol. VIII. Consil. XC. nr. 58. und HARPPRECHT Diss. cit. de officio magistri postarum Cap. II. §. 10.

zur Pflicht machen sollten, und nach Vorschrift derselben das Postamt nur soviel vertreten darf, als bey der Aufgabe auf die Post wirklich angegeben worden ist⁸⁸⁾.

Auf bloße Fuhrleute kann übrigens das Edict des Prätors nicht angewendet werden, wenn die ihnen zum Transport übergebenen Sachen weggekommen sind⁸⁹⁾. Denn bey diesen fällt der Grund des Gesetzes ganz weg. Solche Leute haften blos aus dem geschlossenen Mietcontract für einen solchen Schaden, den sie durch ein grobes oder mässiges Verschen veranlaßt haben⁹⁰⁾; wofern sie nicht etwa den Transport solcher Sachen übernommen haben, welche eine ganz vorzügliche Aufmerks-

33 sams

88) Ein Beispiel giebt die Vorschrift in dem allgem. Gesetzbuche für die Preußischen Staaten 2. Th. 15. Tit. 4. Abschn. §. 198. ff.

89) *de cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 3.* ist zwar anderer Meinung; allein Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Ged. 71. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. e. haben ihn hinlänglich widerlegt. Man sehe auch WALCH Introduc. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. I. §. 36.

90) WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 229. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. VI. §. 8. Not. 3. *Ferd. Christoph. HARPPRECHT Disp. de iure aurigarum circa contractus, et quae ad illorum securitatem et indemnitatem spectant.* Cap. II. §. 18. et Cap. III. §. 20. (in EIUS *Dissertation. academicar.* Vol. I. Nr. XIII.) Joh. Christ. Conr. Schröters vermischt. jurist. Abhandlungen. 1. Band. S. 281. ff. Kleins Annalen 1. Band, Nr. 21. S. 78. ff. und Carl Georg von Zangen kurze Erörterung der Frage: was für eine Klage wider einen Fuhrmann statt finde, welchem die zum Transport und Ablieferung bedungenen Sachen weggekommen? Gießen 1798. S. 33. ff.

samkeit und Vorsicht erfordern⁹¹⁾). Es kommt auch bei der Beurtheilung der Culpa eines Fuhrmanns immer nur darauf an, wie Leute dieses Standes, nach ihren gewöhnlichen Einsichten und Meinungen, zu handeln pflegen; bei denen folglich eine Unterlassung desjenigen, was sie und ihre Vorfahren immer ohne Nachtheil unterlassen haben, wenn es auch ein anderer vorsichtiger Mensch nicht gethan haben würde, dennoch nie für eine culpa levis, sondern höchstens nur pro culpa levissima gehalten werden kann⁹²⁾.

§. 494.

Klagen wider die Gastwirthe u. d.

Die Klage, welche wider Gastwirthe, Schiffer, und andere dergleichen Personen, von welchen wir bisher gehandelt haben, wegen der aus dem facto receptionis entstehenden Verbindlichkeit, angestellt wird, ist die actio in factum de recepto⁹³⁾. Sie ist eine prätorische Personalklage, welche auf den Ersatz der von dem Beklagten oder von seinen Leuten aufgenommenen Sachen geht, wenn dieselben entwendet oder beschädigt worden

91) L. 25. §. 7. D. Locati cond. Schröter a. a. D. S. 283.
Fischer im Lehrbegriff sämmtl. Cameral- und Policeyrechte.
2. Band. §. 699. und von Zangen in der angef. kurzen Erörterung S. 37.

92) LEYSER Specim. CLIV. Corp. 3. mein Commentar im 4. Th.
§. 322. S. 335. und von Zangen in der angef. Erörterung
S. 40. ff.

93) Car. Christ. Aug. ULLICH Diss. de indele actionis de recepto
eiusdemque usu hodierno forensi. Viterbergae 1787.

den sind; der Schade mag von dem Beklagten selbst, oder von irgend einer andern, bekannten oder unbekannten, Person geschehen seyn⁹⁴⁾), und wenn es auch des Klägers eigener Bedienter wäre, durch den er den Schaden erlitten hat, wenn sich nur der Beklagte desselben zu seinem Dienst bedient hätte⁹⁵⁾). Es kommt auch nichts darauf an, was es für Sachen sind, auf deren Erfasß geflagt wird, ob sie dem Kläger eigen gehören, oder ob es fremde Sachen sind, wenn ihm nur an deren Erhaltung gelegen ist, z. B. sie sind ihm verpfändet oder geliehen worden⁹⁶⁾). Wenn mehrere Gastwirths oder Schiffer ihr Gewerbe gemeinschaftlich treiben, so ist es zweifelhaft, ob sie in solidum haften, oder ob jeder nur auf seinen Anteil belange werden könne. Das erstere behauptet Voet⁹⁷⁾, für das letztere hingegen streiten Struv⁹⁸⁾ und Cocceji⁹⁹⁾. Allein nach der Analogie

I 4

gle

94) L. 1. §. 8. L. 2. et L. 3. pr. et §. 1. D. b. t.

95) L. 6. §. 1. D. b. t. Außer diesem Falle haftet der Gastwirth für den Schaden nicht, den der Passagier durch seinen eigenen Bedienten erlitten hat. Arg. L. 5. §. 13. D. Commod. LAUTERBACH Diff. de nautis §. 42. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not k.

96) L. 1. §. 7. D. b. t. Item POMPONIUS lib. 34. scribit, parvi referre, res nostras an alienas intulerimus, si tamen nostra inter se salvas esse: etenim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi; et ideo si pignori merces accepero, (ob pecuniam nauticam) mili magis, quam debitori nauta tenebitur, si ante eas suscepit.

97) Commentar. ad h. tit. §. 2.

98) Evolution. controvers. iur. civ. h. t. Th. I ES.

99) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

gle ist ein Unterschied zu machen, ob diese mehreren Gastwirthe oder Schiffer das Gewerbe selbst treiben, oder ob sie demselben eine Person als magistrum navis oder institorem vorgesezt haben. In dem erstern Falle haften sie nur pro rata, in dem letztern aber sind sie den Reissenden in solidum verbunden, welche mit der Person contrahirt haben, die der Gastwirtschaft oder dem Schiffsgewerbe vorgesezt worden ist. Diese Meinung vertheidigen Anton Faber ¹⁰⁰), und Peter Müller ¹⁾, und sie verdient allerdings den Vorzug. Denn die Gesetze machen diesen Unterschied, wenn von der Verbindlichkeit mehrerer Schiffscheder überhaupt die Frage ist, welche in Compagnie ein Schiff ausgerüstet haben. So sagt Ulpian ²): *Si plures per se navem exerceant, pro proportionibus exercitio[n]is convenientur, neque enim invicem sui magistri videtur. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.* Von dem Falle, da die Mitheder einen gemeinschaftlichen Schiffsmeister angestellt haben, ist auch Ulpian ³) zu verstehen, wenn er sagt: *Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest; es ergiebt sich dieses aus dem Grunde, den Gajus ⁴) anführt: Ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit.* Dass aber das nämliche auch in Absicht auf das Receptions-

ges

¹⁰⁰) Rational. ad L. 7. §. ult. D. h. t.

¹⁾ In notis ad STRUVII Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. §. 110. Not. Σ. pag. 510.

²⁾ L. 4. pr. et §. 1. D. de exercitor. actione.

³⁾ L. 1. §. 24. D. de exercit. act.

⁴⁾ L. 2. D. eodem.

geschäft Statt finde, lehrt Ulpian, wenn er L. 7. §. 5. D. h. t. sagt: *Si plures navem exerceant, unusquisque pro parte, qua navem exercet, convenitur, welches unis streitig, wie auch Anton Faber hierbei ganz richtig bemerkt hat, von dem Falle zu verstehen ist, da die mehreren Schifferheder das Gewerbe selbst gemeinschaftlich treiben.* Nun redet zwar Ulpian in der L. 7. D. h. t. eigentlich von der actione in factum quasi ex delicto ob damnum iniuria datum ab his, quorum opera exercitor navis utitur; allein da diese Entscheidung doch den allgemeinen Grundsäzen gemäß ist, so muß dieselbe auch wohl ohne Zweifel bei der actione de recepto Statt finden. Dass diese Klage auch gegen die Erben gehe, und 30 Jahre dauere, leitet Ulpian ¹⁾, mit Recht daraus her, weil sie blos auf die Persecution der Sache abzweckt. Der Kläger braucht übrigens hier weiter nichts, als die Illation der Sachen, und seinen eisernen Verlust zu beweisen ²⁾). Ist dieser Beweis in Richtigkeit gebracht, so muß der Beklagte zum Ersatz des Schadens verurtheilt werden, insofern er nicht beweisen kann, daß derselbe durch einen unabwendlichen Zufall, oder durch die eigene Schuld des Klägers veranlaßt worden sei ³⁾). Denn das ist wohl von selbst klar, daß die strenge Verbindlichkeit, welche das Gesetz dem Gastwirth

§ 5

auf.

5) L. 3. §. 4. D. b. t. Haec autem rei persecutionem continet, ut POMPONIUS ait; et ideo et in heredem, et perpetuo dabitur.

6) WERNHER Select. Observation. forens. Tom. II. p. VIII. Obs. 323. pag. 373. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 4032. in fin. pag. 467.

7) WERNHER Observat. for. T. II. Part. VIII. Obs. 322. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 4033. nr. I. et II.

auflegt, den Passagier nicht berechtige, wegen der unter seiner Verwahrung behaltenen Sachen außer aller Sorgfalt zu seyn. Hätte daher z. B. der Passagier die Entwendung seiner Sache dadurch selbst veranlaßt, daß er beym Ausgehen seine Stube nicht verschloß, wozu ihm doch der Gastwirth den Stubenschlüssel zugestellt hatte, so kann er deshalb wohl nicht mit der actione de recepto wider den Gastwirth auf deren Erstattung klagen ⁸⁾). Hat der Gastwirth seiner Seits hinlänglich dargethan, daß die Sachen des Klägers durch einen unabwendbaren Zufall, z. B. durch einen in des Nachbars Hause entstandenen Brand zu Grunde gegangen seyen, der Passagier aber behauptet gleichwohl, der Wirth habe seiner Seits irgend etwas verschen, wodurch die Sachen noch hätten gerettet werden können, so muß er dieses freylich beweisen, wenn der Wirth zum Ersatz des Schadens verurtheilt werden soll ⁹⁾). Urtichtig aber ist es, wenn einige Rechtsgelehrte ¹⁰⁾ bei dieser Klage den Unterschied machen, ob der Zufall, wodurch der Schade entstanden ist, ein solcher sey, welcher gewöhnlich eine Fahrlässigkeit zum Grunde hat, wie z. B. Diebstahl, oder

8) SCHMIDTS hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. XCVI. §. 3.

9) L. 19. D. de probat. BACHOVIVS in Prot. Pand. ad L. 1. §. 5. D. h. t. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. §. III. et MÜLLER ad Eundem not. i. pag. 512. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

10) BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. VI. Th. VIII. Not. 7. Ge. Frid. KRAUS Diss. de actione de recepto casum fortuitum non persequente. Vitemb. 1750. §. 7. und von QUISTORP rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band. Bemerk. 100. S. 356.

oder ob der Zufall von der Art nicht sey, wie z. B. gewaltsamer Einbruch der Räuber, oder Einfall der Feinde u. dgl. und in dem ersten Falle den Gastwirth von seiner Verbindlichkeit freisprechen, wenn er beweisen kann, daß er ausser aller Schuld sey, in dem letztern Falle aber dem Gast den Beweis auflegen wollen, daß bey dem Zufalle dem Gastwirth irgend ein Versehen bezumessen sey. Denn so gegründet auch dieser Unterschied wäre, wenn der Gastwirth weiter nichts, als eine culpam ievissimam vertreten dürfte, so wenig kann er da zur Entscheidung dienen, wo der Beklagte auch für den casum fortuitum haften muß, insofern keine physische Unmöglichkeit vorhanden war, ihn abzuwenden. Dies ist nun aber gerade hier bey der actione de recepto der Fall. Es kann daher den Gastwirth nichts helfen, wenn er auch beweisen wollte, daß der Diebstahl ohne seine Schuld geschehen sey, weil Diebstähle nicht zu den schlechterdings unvermeidlichen Zufällen gehören¹¹⁾, ein Gastwirth aber, wie Ulpian¹²⁾ sagt, auch für solche Zufälle stehen muß, die ohne seine eigene Schuld, z. B. blos durch die Schuld anderer Gäste, geschehen sind¹³⁾. Eben so trug ist es aber auch, wenn Andere¹⁴⁾ behaupten, daß zwar nach dem

11) L. 52. §. 3. D. Pro Socio. L. 1. §. 1. L. 5. §. 1. D. b. t.
Guil. PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. cap. VIII.
§. 16. (in Thes. Meermann. T. III. pag. 496.)

12) L. 3. §. 1. D. b. t.

13) L. 1. §. fin. L. 2. L. 3. pr. D. b. t. S. CORN. van BYNCERSHOECK Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 3. §. Inter ea etc. pag. 290. (edit. HEINECC.) und besonders de WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 323.

14) ANT. FABER Rational. ad L. 3. §. 1. D. b. t. pag. 740. und GER. NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. §. Exposita. pag. 144.

bem strengen Rechte die *actio de recepto* statt finde, wenn auch der Schade ohne des Gastwirths Schuld geschehen seyn, diesem aber die Einrede dagegen zukomme, daß die Sachen des Klägers durch einen bloßen Zufall zu Grunde gegangen seyen, wenn er solchen zu beweisen vermöchte; und daß folglich der Gastwirth wegen dieser Exception nie *ultra culpam levissimam* verantwortlich seyn. Denn wer sollte wohl im Ernst glauben, daß der Prätor die von ihm selbst eingeführte Klage durch eine solche Einrede selbst wieder habe unwirksam machen wollen? Daher auch Cornelius van Bynkershöck¹⁵⁾ und Georg Friedrich Kraus¹⁶⁾ diese Meinung mit Recht verworfen.

Ausser der *actio de recepto*, welche, wie bereits bemerkt worden, eine *actio rei persecutoria* ist, giebt der Prätor auch noch eine *Pönaiklage* wider den Gastwirth u. d. nämlich die *actio in factum quasi ex delicto*, welche der Passagier gegen den Gastwirth in dem Falle anstellen kann, da der Schade oder der Diebstahl von desselben Gesinde oder Hausleuten geschehen ist¹⁷⁾. Diese Klage

¹⁵⁾ Observat. iur. Rom. Lib. VIII. c. 3.

¹⁶⁾ Diff. cit. de actione de recepto casum fortuitum non persequente. §. IV. pag. XI.

¹⁷⁾ §. 3. I. de obligat. quae quasi ex delicto. L. 5. §. ult. D. de obligat. et action. L. 6. et L. 7. D. b. r. L. un. D. furas advers. nauzas, caup. etc. Zu der L. 7. b. r. wird blos von der actione in factum quasi ex delicto ob *damnum iniuria datum ab his*, quorum opera caupo utitur, gehandelt; in der L. un. eit. aber ist von der actione in factum quasi ex maleficio ob *furtum commissum* ab his, quorum opera cauponam exercet, die Rede. Beide flagen scheinen verschieden gewesen zu seyn.

Denn

Klage geht auf den Ersatz des doppelten Werths der entwendeten oder beschädigten Sache¹⁸⁾), hat aber, da sie eine Pönialklage ist, nur gegen den Gastwirth selbst, und nicht gegen die Erben desselben Statt¹⁹⁾). Von der actione de recepto ist sie auch noch darin unterschieden, daß sie in dem Falle nicht angestellt werden kann, da der Schade durch andere Passagiere in dem Gasthöfe oder auf dem Schiffe geschehen ist²⁰⁾); wofern nicht etwa der Passagier ein solcher wäre, der dem Schiffe statt des ihm schuldigen Lohns durch Rudern und dergleichen auf dem Schiffe Dienste geleistet hätte. Solche Passagiere nannte man, wie Ulpian²¹⁾ sagt, *nautas*,

Denn von der ersten handelte Ulpian im 18. von der andern im 38. Buch ad Edictum, wie die Überschriften der angeführten Gesetzstellen lehren. S. Ger. nootd Observat. lib. II. cap. 9. in fin. et in Commentar. ad Dig. h. t. §. Satis etc. pag. 145. Beyde Klagen, welche Justinian mit Caius cit. Legg. zusammen gezogen hat, gehörten übrigens gar nicht zu dem Edict de nautis, von welchem dieser Titel handelt, sondern durch dasselbe ist blos die *actio in factum de recepto* eingeführt worden, welche Ulpian lib. 14. ad Edictum erläutert hat. Daher dürfen die vom Tribonianus diesem Titel noch hinzugesfügten L. 6. u. L. 7. welche von jenen Pönialklagen handeln, ja nicht in Beziehung auf das Edict de nautis erklärt werden, weil man sonst in unvermeidliche Widersprüche gerathen würde, wofür auch schon Ant. SCHULTING in Enarrat. part. primæ Digestor. h. t. §. 5. gewarnt hat.

18) L. 7. §. 1. D. b. t. L. un. §. 2. D. *Furti adv. nautas, caup. et stabul.*

19) L. 7. §. 6. D. b. t.

20) L. 6. §. 3. D. b. t. L. un. §. 6. D. *Furti adv. nautas, caup. etc.*

21) L. 7. §. 2. D. b. t.

Extrus, id est, remum pro nauo et vecturae pretio solventes, und für deren Handlungen war der Schiffer verantwortlich. Die Klage aus dem Quasidelict hat ferner auch dann nicht Statt, wenn der Schiffer oder Gasts wirth den Passagieren gleich Anfangs bei ihrer Aufnahme erklärt hat, daß er ihnen für die eingebrachten Sachen nicht stehe, sondern daß sie ihre Sachen selbst in Acht nehmen müßten, und die Passagiere sich auch diese Protestation haben gefallen lassen²²⁾). Uebrigen wollen zwar mehrere Rechtsgelehrte²³⁾ behaupten, daß die actio in factum quasi ex delicto keine bloße Pönalklage, sondern eine actio rei et poenae persecutoria seyn. Allein daß dieses nicht mit volliger Gewisheit behauptet werden könne, haben Cocceji²⁴⁾ und Berger²⁵⁾ gezeigt. Die weitere Untersuchung könnte nur insofern ein Interesse haben, als die Frage davon ist, ob diese Klage durch die actionem in factum de recepto aufgehoben werde, oder ob beide zugleich neben einander Statt finden können. Letzteres würde allerdings zu bejahen seyn, wenn man annimmt, daß die actio in factum quasi ex delicto eine bloße Pönalklage ist, weil eine actio rei persecutoria und mere poenalis einander nicht aufheben²⁶⁾). Wäre hingegen die actio in factum quasi ex

22) L. 7. pr. D. b. 2.

23) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3., *Auct.* FABER Rational.

ad L. 7. §. 1. D. h. t. FRANZIUS in Commentar. ad Pand. h. t. nr. 8. *Iust.* MEIER in Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 21.

24) Iur. civ. controv. Lib. XLVII. Tit. 5. Qu. un.

25) Resolution. Legum obstant. pag. 825. und in Oeconom. iuris Lib. III. Tit. XII. Th. 5. Not. 3.

26) Ulpian scheint zwar in der L. 3. §. ult. D. b. 2. entgegen zu seyn, wenn er sagt: Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione, et furti agendum sit?

ex delicto eine gemischte Klage, so würde sie nach der Analogie des Römischen Rechts nur noch in Ansehung desjenigen Statt finden, was der Kläger durch die actionem de recepto noch nicht erhalten hat; sie würde also, wenn derselbe den simplen Schadensersatz schon erhalten hat, nur noch darauf gerichtet werden können, was dieselbe mehr, als die Persecution der Sache, enthält²⁷). Allein dieses Interesse fällt bey uns weg, weil nach der Meinung der meisten practischen Rechtsgelehrten²⁸) die actio in factum quasi ex delicto gegen die

Gäste

fit? et POMPONIUS dubitat. Sed magis est, ut vel officio iudicis, vel doli exceptione, alterutra esse contentus debeat. Allein hier ist blos von einem solchen Falle die Rede, wo beyde Klagen nicht gegen die nämliche Person Statt finden, sondern die actio de recepto gegen den Gastwirth, die actio furti aber gegen den Dieb angestellt wird. Hier hebt freylich eine Klage die andere auf, wie auch CUIJACIUS in Commentar. ad L. 130. D. de div. Regulis iur. in fin. Pet. FÄBER in Comm. ad eand. L. 130. de Reg. iur. pag. 551. Ios. FINESTRES et de MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libr. VI. ad L. 32. D. de obligat. et action. §. 33. pag. 615. und Herm. & VIANEN in Diff. de concursu actionum Cap. III. §. 2. (in Ger. OELRICHS Thes. novo Diff. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. Nr. IV. pag. 299.) schon bemerkt haben.

27) Arg. L. 7. §. 1. D. Commodati et L. 34. §. 2. D. de Obligat. et act. §. 2 VIANEN cit. Diff. Cap. II. §. 6. (in OELRICHS Thes. pag. 285. sqq.) und meinen Commentar im 4. Th. §. 284. §. 24.

28) VOET ad Dig. h. t. §. 10. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. in fin. et Lib. XLVII. Tit. 5. SCHAUUMBURG Compend. iur. Dig. Lib. XLVII. Tit. 5. in fin. HOEHLER Introd. in ius Dig. h. t. §. 10. und HÖPFNER im Commentar über die In-

Gastwirth auf das duplum heutiges Tages nicht mehr Statt findet.

Endlich ist noch zu bemerken, daß der Passagier auch gegen denjenigen selbst, der seine Sache beschädigt oder entwendet hat, die actionem furti, oder condictio nem furtivam oder actionem legis Aquiliae anstellen könne; in welchem Falle alsdann keine weitere Klage gegen den Gastwirth statt findet²⁹⁾). In sofern jedoch der Passagier zuerst gegen den Wirth geklagt, und von diesem seine Entschädigung erhalten hat, kann dieser mit Recht von ihm verlangen, daß er ihm seine Klage gegen denjenigen cedire, durch den der Schade geschehen ist³⁰⁾).

sitionen §. 1086. Indessen fehlt es auch nicht an Rechtsgelehrten, welche den heutigen Gebrauch dieser Klage vertheidigen: z. B. STRYK in Us. mod. Pandectar. Lib. XLVII. Tit. V. §. 1. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 30. und Schmidt in dem pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einkreden §. 1314.

29) L. 6. §. 4. D. b. 2. L. un. §. 3. D. *Furti adv. naut. cap. et stabular.* Io. SUAREZ de MENDOZA Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. II. cap. II. Sect. III. nr. 42. et Lib. III. cap. II. Sect. I. nr. 6. (in Ger. MEERMANNI novo Thes. iur. civ. et canon. Tom. II. pag. 97. et pag. 149.)

30) L. 6. §. ult. D. b. 2. Io. SUAREZ de MENDOZA cit. Commentar. Lib. II. cap. II. Sect. III. nr. 43 — 48.

De iudiciis, et ubi quisque agere vel
conveniri debeat.

§. 495.

Verschiedene Bedeutungen des Wortes *Judicium*.

On den Protis Pandectarum war von denjenigen Handlungen des Proceses die Rede, die nach der römischen Gerichtsordnung der *Litiscontestation* vorausgingen. Dahin gehören die in *ius vocatio*, *editio actionis*, die verschiedenen Arten der Cautionsleistung, die Bestellung eines Sachwalters u. dergl. Alle diese Handlungen gehörten nach der römischen Procesordnung zur Vorbereitung des Rechtsstreits, (*ad litem ordinandam et praeparandam*)³¹). Die eigentliche Verhandlung des Rechtsstreits aber, oder das, was man *Judicium* nannte, nahm erst mit der *Litiscontestation* seinen Anfang. Daher nun de iudiciis.

Das Wort *Judicium* hat verschiedene Bedeutungen³²). Wir wollen nur vorzüglich diejenigen bemerken, welche in den Gesetzen dieses Etats vorkommen. In diesen wird es

I.) übers.

31) Meine Opuscula iurid. Fasc. II. pag. 369.

32) Hiervom handeln besonders VULTEIUS de iudiciis Lib. I. cap. I. und Phil. VICAT in Vocabulario iuris sub. v. *Judicium*.

1) überhaupt für Proces genommen, in sofern man darunter die ganze Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreits von der in ius vocatione an, bis zur Execution der Sentenz; und also auch dasjenige verstand, was bei dem Prætor auch noch vor der Litigation geschah³³). Hierher gehören die Redensarten: *ad iudicium provocare*, d. i. einen Rechtsstreit anhängig machen³⁴); *iudicium non potest consistere inter patrem familiæ et eum, quem in potestate habet*³⁵); d. i. zwischen diesen Personen kann kein Proces statt finden. Ferner: *Ubi accep-tum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*³⁶); wo der Proces ist anhängig gemacht worden, da muß er auch beendigt werden³⁷). Da sich kein Civilproces ohne eine Klage denken läßt, so wird auch

2) die

33) HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. XVI. §. 5. und Ant. Henr. van HEES Diff. de iis, quæ antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam siebant. (*Lugd. Batav. 1747.*) Cap. II. §. 11. et §. 34. (in Dan. FELLENBERGII *Jurisprud. Antiqua* Tom. I.)

34) L. 13. et L. 14. D. b. t.

35) L. 11. D. b. t. L. 7. Cod. eodem.

36) L. 30. D. b. t.

37) Noch sind hier folgende Gesetzesstellen zu bemerken, in welchen das Wort *iudicium* soviel als Proces bedeutet. L. 60. D. de conduct. indeb. L. 45. D. Mandati. L. 14. D. de interrogat. in iure. L. 18. in fin. D. de vi et vi arm. L. 9. D. de lib. caus. Das Wort *Processus* kommt in dem römischen Rechte nirgends in der Bedeutung vor, in welcher dasselbe heut zu Tage genommen wird, sondern stammt aus dem canonischen Rechte her, Clem. 2. de Verbor. Significat. und ist besonders durch die Glossatoren zu einem Kunstwort gestempelt wor-

2) die Klage sehr oft *iudicium* genennt. So z. B. sagt Ulpian³⁸⁾: *Si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit, et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere.* Besonders ist dem Prätor in seinem Edict die Formel eigen: *iudicium dabo für actionem dabo*³⁹⁾, und nicht minder bekannt das *iudicium familiae erciscundae, iudicium communi dividendo, etc.*

3) Geigt das Wort *iudicium* den Theil eines Rechtsstreits an, der mit der *Urtiscontestation* seinen Anfang nimmt. So sagt man von dem Beklagten: *iudicium accipit* oder *fuscepit*, wenn er *item contestat*⁴⁰⁾. War lis noch nicht *contestat*, sondern die Klage nur erst dem Beklagten edirt worden, so sagte man blos: *controversia est mota*⁴¹⁾; allein nach geschehener *Urtiscontestation* hieß es: *res in iudicium deducta est*⁴²⁾, und die Sache wurde nun vom Prätor an einen *iudex pedaneus* verwiesen, welcher zugleich eine *Instruction* (*formulam iudicii*) erhielt, woran er sprechen mußte⁴³⁾. Daher bezeichnet das Wort *iudicium* insonderheit auch

R 2

4) dies

worden. S. Io. Ad. Theoph. KIND Diff. de fontibus iuris iudicarii civilis, quod per Germaniam obtinet. Lipsiae 1785. §. 1. pag. 4.

38) L. 18. §. 1. D. b. t. L. 36. §. 1. D. eodem.

39) L. 3. pr. D. de negot. gest. L. 1. §. 1. D. de dolo mala. L. 1. pr. D. Nautae, caup.

40) L. 3. L. 23. L. 25. L. 28. §. 2. D. b. t. L. 34. D. eodem. L. 16. D. de Procurat.

41) L. 25. §. 7. D. de heredit. petit.

42) L. 31. D. b. t. L. un. Cod. de lit. contest. L. 1. C. de iudic.

43) Meine Opuscula Fasc. II. pag. 370. Not. 77.

4) diejenige Cognition des Rechtsstreits, welche vor den iudicem pedaneum gehörte, und was überhaupt nach der Litiscontestation vor demselben verhandelt wurde. Unterzog sich der iudex dieser Cognition, so hieß dies *operam dat iudicio*⁴⁴⁾; oder *fuscipit iudicium, agnoscit iudicium*⁴⁵⁾; und wenn sich sein Amt endigte, so sagte man: *solvitur iudicium*⁴⁶⁾.

5) Heißt *iudicium* der Ort, wo von den dazu authorisierten Personen Recht gesprochen wird, und wo insonderheit Jemand, wenn er belangt wird, zu erscheinen, und Rechte zu geben schuldig ist, was man *forum*, den Gerichtsstand nennt. Für Gericht wird es in den Formeln genommen; *adversarium suum in iudicium vocare*⁴⁷⁾, *in iudicio sisti, ad iudicium venire*⁴⁸⁾; obgleich der Ort, wo der Prätor Recht sprach, insonderheit *ius* genannt wurde⁴⁹⁾, daher die Formel: *in iure d. i. apud Praetorem vel alium magistratum Populi Romani*⁵⁰⁾. Für Gerichtsstand wird es genommen, wenn es in den Gesetzen dieses Titels heißt: *cogitur quis in aliquo loco iudicium pati*⁵¹⁾. Endlich bedeutet das Wort *iudicium* auf

6) das

44) *L. 18. D. b. t.*

45) *L. 13. §. 3. D. de vacat. et excusat. muner.*

46) *L. 58. D. b. t.*

47) *L. 79. D. b. t.*

48) *L. 2. §. 6. D. b. t. L. 3. D. De eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistatur.*

49) *L. 11. D. de Iust. et iure.*

50) *L. 4. §. 1. D. de Interrogat. in iure.*

51) *L. 8. L. 22. L. 24. D. b. t.*

6) das Vermögen der Seele, sich richtige Begriffe zu bilden, was man Verstand oder Vernunft nennt. So z. B. sagt Paulus⁵²⁾: *Iudices dari non possunt, qui natura impediuntur, ut surdus, mutus, perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent.*

§. 496. u. 497.

Was heißt Proces? Unterschied zwischen wesentlichen Bestandtheilen und Formlichkeiten des Processeß.

Proces im weitläufigen Sinne⁵³⁾ ist die gesetzmäßige Verhandlung einer streitigen Rechtsache vor dem zuständigen Richter zu dem Zweck, daß dieselbe entschieden und beendigt werde. Im eigentlichen und engern Sinne aber versteht man unter Proces die rechtmäßige Art und Weise, wie streitige Rechtsachen sowohl unter den Parteien vor Gericht zu verhandeln, als auch von dem Richter zu untersuchen und zu entscheiden sind⁵⁴⁾. Zu weisen wird das Wort Proces auch in der Bedeutung genommen, daß es die von dem Richter geschehene Annahme einer Klage oder Appellation, und darauf erlassene Verordnung desselben an den Beklagten oder Appellanten bedeutet, daß nämlich derselbe sich vor diesem Richter einlassen, und die Sache mit seinem Gegner ausmachen solle. In dieser Bedeutung sagt man von dem Richter,

R 3

et

52) L. 12. §. 2. D. b. t.

53) Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. can. §. 659. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4165. Hufeland Institutionen des gesammten positiven Rechts. §. 1202.

54) Iust. Henn. BOEHMER Ius. ecclesiast. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. I. §. 1.

er habe Processe erkannt, von dem Kläger oder Appellanten aber, er habe Processe extrahirt, oder erhalten ")).

Bey dem Proces müssen die wesentlichen Bestandtheile desselben (essentialia s. substantialia processus) von den Formlichkeiten oder Generlichkeiten desselben (formalia s. solemnia processus) unterschieden werden.

Wesentliche Bestandtheile des Processes werden diejenigen genannt, welche der wesentliche Zweck des Processes, nämlich die Entscheidung der streitigen Rechtsache, nothwendig erfordert. Zu diesen rechnet man die Klage, die Antwort des Beklagten, den Beweis, und das Urteil des Richters ¹⁵⁾). Unsere praktische Rechtsgelehrten pflegen diese wesentlichen Stücke eines gerichtlichen Verfahrens so auszudrücken:

Wo kein Kläger, da ist kein Richter.

Niemand ist unverhörter Sache zu verurtheilen.

Einem

55) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses
4. Th. §. 8. S. 24.

56) Io. Gorfr. SCHAUMBURG Princip. praeceos iurid. iudiciar. Cap. I. gener. §. 1. Ludovici Einleitung zum Civil-Proces. Kap. VII. §. 2. Andere fügen noch hinzu die Vorladung des Beklagten, und die Vollstreckung des Urteils. Dan; Grundsäze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 58. not. a. Allein jene wird bey der Antwort des Beklagten ohnehin vorausgesetzt, und letztere ist ja nicht in jedem Falle nothig.

Einem bloßen Angeben ist ohne Beweis nicht zu trauen, und

ohne richterliches Urteil bleibt der Prozeß unentschieden, und das gerichtliche Verfahren ist zwecklos.

Wird eines dieser wesentlichen Stücke vernachlässigt, so ist der Prozeß tumultuarisch, und das ganze Verfahren nichtig⁵⁷⁾.

Formlichkeiten oder Feierlichkeiten des Prozesses sind hingegen dieseljenigen Theile des Prozesses, welche in dem Zweck desselben nicht wesentlich gegründet sind, sondern nur als Norm eines regelmäßigen Ganges, oder zur Bewirkung einer desto genaueren Erörterung der Sache in den Gesetzen vorgeschrieben, oder durch den Gerichtsgebrauch eingeführt sind⁵⁸⁾. Dahin gehört z. B. daß die Klage schriftlich übergeben werden muß, ferner daß die Urtiscontestation auf alle zur Klage gehörigen Thatumstände zu richten ist, desgleichen daß der Beweis in dem bestimmten Termin und durch Beweisartikel angetreten werden muß, daß ein Zeugen, Notulus verfertigt wird, daß die Eröffnung des Urteils vor Gericht in beider Theile Gegenwart geschieht, und die Parteien dazu vorgeladen werden müssen, u. dgl.

R 4

Dies

57) BOEHMER Ius. Eccles. Protest. Lib. II. Tit. I. §. 4. Clap. roths Einleitung in die sämmtl. summarischen Prozesse. §. 1. S. 2.

58) Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canonici §. 660. MÖLLACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4170.

Diese Formlichkeiten müssen zwar der Regel nach beobachtet werden, sie werden aber doch eben darum, weil sie nicht zu dem Wesentlichen eines gerichtlichen Verfahrens gehören, nicht in jedem Falle erforderlich, und die Nachlässigung derselben zieht daher nur zuweilen die Nulsicht nach sich.

§. 498.

Verschiedene Arten und Eintheilungen des Proceses.

Der Proces kann auf verschiedene Art eingetheilt werden.

I) Sieht man auf die Art des gerichtlichen Verfahrens, so war

A) nach dem Römischen Rechte der Proces von zweierley Art:

a) *iudicium ordinarium*, wenn der Prätor, oder diejenige Magistratsperson, welcher die Jurisdiction zustand, nicht selbst sprach, sondern nur das verfügte, was zur Einleitung des Proceses gehörte, und übrigens den Parteien einen *iudicem pedaneum* gab, welcher nach einer gewissen Instruction (*ex formula praescripta*) die zur Entscheidung der Sache gehörigen Thatumstände untersuchen, und nach deren Befinden erkennen mußte⁵⁹⁾.

b) *Extraordinarium*, wenn der Prätor oder Präses u. dgl. ohne einen *iudicem pedaneum* zu bestellen, die Sache selbst untersuchte, und einen Rechtspruch ertheilte. Dies geschahe, wo es auf eine bloße Rechtsfrage ankam, oder wenn die Sache keinen Verzug litte, oder dieselbe in den

59) L. 8. et L. 9. D. *de officio praesid.*

den Gesetzen besonders begünstigt war, wie z. B. die Sachen der Minderjährigen, ferner die Honorarien Forderungen der Professoren, oder wenn die Sache zu intricat zu seyn schien, um sie einem iudici pedaneo zu überlassen⁶⁰). In dem neuern Röm. Rechte hat jedoch dieser Unterschied aufgehört, und das, was sonst cognitionis extraordinariae war, ist nun ordinarii iuris geworden⁶¹).

B) Nach dem heutigen Rechte ist der Proceß entweder ein gesetzlicher (processus legalis s. regularis) oder ein willkürlicher (proc. arbitrarius s. irregularis) oder ein bedungener (proc. conventionalis), je nachdem die Verfahrungsart bey demselben entweder durch die Gesetze ausdrücklich bestimmt, oder dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen, oder durch eine Uebereinkunft der streitenden Theile festgesetzt worden ist. Ein willkürlicher Proceß findet zuweilen bey Commissionen statt, bey welchen öfters die Art des Verfahrens dem billigen Ermessen des Richters überlassen wird, wenn dem Committenten daran liegt, daß die Sache so kurz, als möglich, abgethan werde⁶²). Auch ist dem

K 5

Richt-

60) *S. Tit. Dig. de extraordinar. cognitionibus. Ant. QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. V. num. 7. sqq.* (in *Ger. MEERMANNI novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. p. 227.) *Ge. Christ. GEBAUER Commentat. de iurisdictione secundum doctrinam Romanor.* Cap. I. §. II. und meine Opuscula iuridica Tom. II. pag. 396. sqq. u. Tom. IV. pag. 76. sq.

61) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4168.

62) *Clem. 2. de Verb. Signif. Iust. Henn. BOEHMER in Iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. I. §. 12.*

Richter bei den so genannten actionibus arbitrariis, bei denen die Bestimmung dessen, was der Beklagte dem Kläger zu leisten schuldig ist, seiner Willkür überlassen werden muß, manche Abweichung von der regulären Prozeßart erlaubt⁶³⁾). Es dürfen jedoch die wesentlichen Bestandtheile des Prozesses auch hier nicht vernachlässigt werden, weil sonst der Prozeß tumultuarisch, und das Verfahren nichtig ist⁶⁴⁾). Bei dem processu conventionali hängt zwar alles von der Verabredung der Parteien ab, welche der Richter, sofern sie nicht zu seinem, oder eines Dritten Machtheil gereicht, genau beobachten muß⁶⁵⁾). Soweit indessen jene keine Entscheidung an die Hand giebt, treten die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften in Ansehung der Verfahrensart auch hier ein⁶⁶⁾). Zuweilen kann der Vertrag der Parteien nur einzelne Stücke des Prozesses betreffen, z. B. daß keine Fatalien, oder feine Rechtsmittel gegen das ausgesprochene Urteil des Richters statt finden sollen⁶⁷⁾). Hier bleibt es in allen übrigen Stücken bei den Regeln des gemeinen Prozesses⁶⁸⁾).

Der

63) Claproth's. Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Prozeß I. Th. §. 102.

64) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudicior. Cap. I. §. 9. Not. *).

65) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Prozesses §. 55. Not. a. und HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III, §. 4174.

66) SCHAUMBURG Princip. prax. iud. Cap. I. §. 16. pag. 23.

67) L. fin. §. ult. Cod. de tempor. et reparat. appellacion.

68) Henr. HILDEBRAND Disp. de processu conventionali. Alteratio rec. 1756.

Der gesetzliche Proces ist wieder von zweierlei Art,

1) der ordentliche oder feierliche Proces, (processus ordinarius s. solemnis) wenn bei der gerichtlichen Verhandlung einer streitigen Rechtssache nicht nur die wesentlichen Bestandtheile eines jeden gerichtlichen Verfahrens, sondern auch die in den Gesetzen vorgeschriebenen oder durch den Gerichtsgebrauch eingeführten Formlichkeiten von Anfang bis zu Ende bei Vermeidung der Nichtigkeit beobachtet werden müssen.

2) Der außerordentliche oder summarische Proces, (processus extraordinarius, summarius, s. minus solemnis), bei welchem, mit Beschränkung der sonst gewöhnlichen Formlichkeiten, nur hauptsächlich die wesentlichen Stücke eines gerichtlichen Verfahrens beobachtet werden. Dieser ist immer nur als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten. Denn in der Regel muß jeder Rechtsstreit solange mit aller processualischen Formlichkeit verhandelt werden, bis eine Ausnahme gehörig erwiesen wird⁶⁹).

Die Eigenschaften der summarischen Procesart bestehen vorzüglich darin⁷⁰):

1) es

69) I. H. BOEHMER Ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. I. §. 2. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Cap. I. §. 10. not. *). de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. I.

70) Man sehe BOEHMER Ius eccles. Protestant. c. I. §. 3. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. Cap. I. §. 2. sqq. Es vor's Anfangsgründe des gemeinen und Reichsproceses 4. Th. 2. Tit. §. 14. ff. und besonders Claproth's Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe I. Abschn. §. 5.

1) es wird kein förmliches Klageschreiben erforderlich, sondern ein mündliches Anbringen des Klägers zum Protocoll ist hinlänglich.

2) Die Vorladungen geschehen hier ebenfalls mündlich, wo nicht der Stand des Vorzuladenden eine schriftliche Citation erfordert.

3) Der Richter ist an die ordentlichen Fristen nicht gebunden; die Termine sind daher hier kürzer, und Fristverlängerungen werden nicht leicht verstattet.

4) Alle verzögerliche Einreden, welche nicht das Wesen des Rechtsstreits betreffen, werden verworfen; auch finden keine peremptorischen Einreden statt, die auf einer weitaussehenden Erörterung beruhen.

5) An die Stelle eines förmlichen Beweises tritt hier eine bloße Bescheinigung, und diese ist an die gesetzliche Nachfrist nicht gebunden; auch sind hier keine Fragestücke unumgänglich nöthig.

6) Das Urteil wird ohne die sonst gewöhnliche Feierlichkeit eröffnet ^{71.)}.

Es giebt jedoch Fälle, wo der summarische Prozeß einen eigenen Namen, und einen festgesetzten Gang hat. Mantheilt daher den summarischen Prozeß ein in den bestimmten und unbestimmten ^{72).}

a) Der

71) Eine Hauptstelle über die Natur des summarischen Processes ist die Clement. 2. de Verbor. Significat. welche hier nachgesehen zu werden verdient.

72) Claproth a. a. D. §. 3. u. 4. und Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 59. und Des selben Grundsätze der summarischen Processe. §. 2. ff.

a) Der bestimmte summarische Proces wird derjenige genannt, welcher einen bestimmten Namen, und einen festgesetzten Lauf hat. Zu dieser Gattung des summarischen Proceses gehören,

- 1) der possessorische Proces, insofern es entweder auf die Erlangung eines noch nie gehabten, oder auf die Wiedereinsetzung in den verlohrnen, oder auf die Verbehaltung des gegenwärtigen Besitzes ankommt.
- 2) Der Mandatsproces,
- 3) der Executivproces,
- 4) der Wechselproces,
- 5) der Arrestproces,
- 6) der Concursproces,
- 7) der Provocationsproces,
- 8) der Kriegsproces, und
- 9) der Consistorialproces.

b) Der unbestimmte summarische Proces, welcher weder einen eigenen Namen noch festgesetzten Gang hat, sondern wo die Gesetze bei der Verhandlung der streitigen Sache das meiste dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen haben. Der Grund eines solchen summarischen Verfahrens ist verschieden⁷³⁾). Er kann

i) in

73) Sehr ausführlich handeln hiervon *Io. Andr. FROMMANN* in *Diss. de differentiis actionum ordinariarum et summariarum. Tübingae 1684.* §. 23—50 Dazu in den Grunds. der summarischen Processe §. 4. Claproth Einleit. in die sämmtl. summarischen Processe §. 4. Estors Aufangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses §. Th. 2. Tit. §. 41. ff. u. Tit. 3. Ebendesselben Anweisung zum summarischen Proces. Hauptstück 3. §. 21. ff.

I) in einer besondern Verordnung der Gesetze beruhen. Vermöge derselben werden

a) alle blos vorbereitende Streitpunkte, beigleichen alle vorläufig oder beyläufig auszumachende Sachen (*causae praeparatoriae, praeiudiciales et incidentes*) summarisch verhandelt⁷⁴⁾). Aber auch

B) Hauptsachen (*causae principales*),

aa) wegen der Geringfügigkeit ihres Gegenstandes, dergleichen man Bagatellsachen zu nennen pflegt⁷⁵⁾). Welche Sachen aber dafür zu halten sind, ist in dem gemeinen Rechte nicht bestimmt, sondern dem Richter wird nur blos zur Pflicht gemacht, dahin zu sehen, daß den Parteien nicht mehr Kosten verursacht werden, als der Werth des streitigen Gegenstandes beträgt⁷⁶⁾). Die Beurtheilung, ob die Sache für eine Bagatellsache zu halten sei, muß also dem Ermessen des Richters überlassen werden⁷⁷⁾, wo nicht die Gerichtsordnung des Landes eine nähere Bestimmung an die Hand giebt⁷⁸⁾.

bb) We-

74) L. 3. §. 9. D. ad exhibendum. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proces 1. Th. §. 99. u. §. 100.

75) God. Lud. MENCKEN Diss. de processu causarum minimarum. Lipsiae 1743. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim. DCLXXXIV. medit. 14.

76) Nov. XVII. cap. 3. Nov. LXIX. cap. 1.

77) LEYSER cit. loc. medit. 16.

78) In der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1. Th. Tit. 26. §. 1. werden unter Bagatellsachen solche verstanden, wo der Betrag

bb) Wegen der Evidenz des Rechts⁷⁹).
z. B. wenn ein Advocat auf die Bezahlung seiner Gebühren bei dem Richter klagt, bei welchem er den Proces für seinen Elsenten geführt hat⁸⁰).

cc) Wegen der Gefahr des Verzugs. Das hin gehören Baustreitigkeiten, Begräbnissachen, Leichsachen, Alimentensachen, Besoldungsstreitigkeiten, Sachen der Reisenden, Handwerkssachen, Händelssachen u. d.⁸¹)

dd) Wegen des gemeinen Bestens. z. B. Contributions, Steuer, Zoll, Polizey, und Possessachen⁸²).

ee) Wegen einer besondern Begünstigung

a) der Sachen, z. B. wenn sie ein Heirathsgut, oder die Ablieferung eines Fideicommisses, oder die Rückgabe eines Depositums betreffen⁸³).

b) Der

der streitigen Summe, oder der Werth der Sache nur fünfzig Thaler, oder weniger ausmacht.

79) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudicior. Lib. II. Proleg. §. 11.

80) Mein Commentar 5. Th. I. Abth. §. 372.

81) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. DCLXXXIV. medit. 18 — 28.

82) Dan; Grunds. des gemeinen ord. bürgerl. Processeß. §. 59. LEYSER c. l. medit. 34. et 35. und HOFACKER T. III. §. 417!. not. d.

83) L. 178. §. 2. D. de Verb. Signif. L. penult. C. Deposit. HOFACKER c. l. not. g. In der Clem. 2. de iudiciis werden auch noch Zehend- und Zins sachen zu den summarischen Sachen gezählt. Allein diese Begünstigung gründet sich auf den Satz des kanonischen Rechts, daß Zehnden und Zinsen nach

b) Der Personen. Z. B. Sachen der misselbst würdigen Personen, der Soldaten, der Studenten, fiscalische Sachen, Sachen minder Stiftungen, ic.⁸⁴).

2) Ein anderer Grund des summarischen Proceses kann in der besondern Verfugung des Landes herren liegen, vermöge welcher eine gewisse Streitsache, die sonst den ordentlichen Proces erfordert, aus besondern Gründen summarisch behandelt werden soll⁸⁵). Endlich

3) kann auch der summarische Proces in einer Verabredung der streitenden Theile seinen Grund haben⁸⁶). Denn soweit nicht das gemeine Beste oder die Rechte eines Dritten darunter leiden, ist es den Parteien unverwehrt, die Uebereinkunft zu treffen, daß der unter ihnen entstandene Rechtsstreit summarisch entschirt werden solle⁸⁷); so wie es ihnen unter dieser Einschränkung auch erlaubt ist, eine sonst summarische Sache im

nach dem göttlichen Rechte zu beurtheilen wären, welcher in den protestantischen Gerichten nicht angenommen ist. S. Claparoths Einleitung in die sämtlichen summarischen Processe §. 4. am Ende.

84) *Ged. Dan.* HOFFMANN Diff. de causis privilegiatis. *Tubingae* 1777.

85) *Cap. 4. X. de offic. et potest. iud. deleg. Clem. 2. de iudicis. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon.* §. 661.

86) *L. ult. §. ult. Cod. de tempor. et reparat. appellat. L. 29. C. de pactis.*

87) MEVIUS P. I. Decis. CLXXI. nr. 4. und besonders Henr. WILDEBRAND in Disp. de processu conventionali Membr. II. §. 3. et 4.

im Wege des ordentlichen Prozesses zu verhandeln⁸⁸): und ist solches von dem Richter ohne Widerspruch der Parteien geschehen, so wird dies als ein stillschweigender Vertrag der Parteien angesehen, und das Verfahren ist nicht ungültig⁸⁹).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Ausdrücke *summatis cognoscere*, und *de plano cognoscere s. expedire* in den römischen Gesetzen nicht für gleichbedeutend zu halten sind. Jener Ausdruck bezeichnet überhaupt ein summarisches Verfahren, welches, omissis longioribus litium ambagibus, entweder von dem Prätor, oder vom iudice pedaneo angestellt wurde⁹⁰). Allein *de plano cognoscere* oder *expedire* der Prätor, wenn er nicht, wie gewöhnlich, pro tribunali Recht sprach, sondern an einem andern Orte sein Amt verwaltete⁹¹). Denn jeder Ort, außer dem Tribunal, wo der Prätor, posita sella curuli, Recht sprach, es möchte zu Hause oder auf der Heide seyn, hieß

88) HILDEBRAND cit. Diss. Membr. II. §. 5. und Clapret in der Einleitung in die sämml. summarischen Prozesse I. Abschnitt. §. 4. S. 17.

89) Clement. 2. de verbor. Signif. Si tamen in praemissis causibus solemnis ordo iudicarius in toto vel in parte, non contradicentibus partibus, observetur; non erit processus propter hoc irriter.

90) L. 3. §. 9. D. ad Exhib. L. 15. §. 4. D. de re iudic. L. 3. §. 4. D. de carbon. ediceo. L. 1. §. 14. D. ac venere in possess. mitt.

91) L. 9. §. 3. D. de offic. Procons. L. 3. §. 8. D. de honor. possess. L. 2. §. 1. D. Quis ordo in honor. possess. servet. L. 18. in fin. D. de Quæst.

hieß *planum*⁹²), zum Unterschied vom Tribunal, welches, wie Isidor sagt, ein locus sublimis war, und daher auch vom Tacitus⁹³) *sedes conspicua* genannt wird. Daher bedeutet *sellam ponere* und *de plano cognoscere* einerley⁹⁴). Wenn nun gleich bei einer cognitione de plano das Verfahren auch summarisch war, so konnten doch nicht alle summarische Sachen de plano expedirt werden⁹⁵), sondern nur solche Sachen, die man auf der Stelle abthun konnte, weil sie nur geringfügig waren, oder weil kein contradictor vorhanden war, und woraus also keinem Dritten ein Nachtheil erwuchs⁹⁶).

II. In

92) *Iac. RAEVARDUS* Protribunal. cap. 7. *Car. SIGONIUS* de iudiciis Lib. I. cap. 7. (*de antiquo iure Pop. Rom.* Tom. II. pag. 419. sqq.) *Sibr. TETARD. SICCAMA* de iudicio centumvirali. Lib. I. cap. 3. *Ger. NOODT* de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 10.

93) *Annal.* Lib. I.

94) *VALERIUS MAXIMUS* Lib. III. cap. 5. Ex. 2. sagt vom *Scipio*, dem Sohne des Afrikans: *Quamquam quid interfuit, utrum repulsam, an sic adeptam Praeturam domum referret? quam cum propinqui ab eo pollui animadverterent, id egerunt, ne aut sellam ponere, aut ius dicere auderet.*

95) Z. B. keine bonorum possessio decretalis *L. 3. §. 8. D. de bon. possess.* *L. 2. §. 1. D. Quis ordo in possess. servet.* *VOET* h. c. §. 3. *POTHIER* Pandectae Iustinianæ Tom. II. Lib. XXXVII. Tit. I. Nr. IV. pag. 558. Ferner keine Wiedereinführung in den vorigen Stand, und wozu überhaupt ein Decret erforderlich wird. *L. 3. §. 8. D. de bon. poss.* *S. ZEPERNICK* ad *Siccamam* de iudicio centumvir. Lib. I. cap. 3. not. p. pag. 19. sq.

96) *L. 9. §. 3. D. de offic. Procons.* *L. 2. §. 1. D. Quis ordo in bon. poss.* *L. 6. D. de accusat.* *L. 18. §. 10. D. de Quae*

II. In Absicht auf den Gegenstand, worüber gestritten wird, ist der Proceß wieder sehr verschieden.

1) Die Streitsache, welche gerichtlich verhandelt wird, kann entweder eine Civilsache oder eine Criminalsache seyn⁹⁷⁾. In dem ersten Falle wird der Proceß, der eine solche Sache zum Gegenstande hat, der bürgerliche oder Civilproceß, in dem letztern Falle aber der peinliche oder Criminalproceß genannt.

2) Der bürgerliche Proceß ist wieder von zweyerley Art. Es wird nämlich entweder blos über den Besitz, oder über das Recht in Ansehung einer Sache gestritten. In dem ersten Falle wird der Proceß der possessorische, in dem zweyten aber der petitiorische genannt⁹⁸⁾. Endlich wird auch noch

3) der Proceß in einen blos präparatorischen und in den Hauptproceß eingetheilt, je nachdem die Streitsache entweder eine solche ist, wodurch einer andern Hauptsache blos der Weg gebahnt werden soll, oder eine Hauptsache ist⁹⁹⁾.

§ 2

§. 499.

*Quæstion. L. 7. et 8. D. de manumiss. vind. SICCAMA c. 1.
pag. 23. et ad Eundem ZEPERNICK not. i.*

97) Unter den Criminalsachen werden hier alle diejenigen verstanden, welche die öffentliche Bestrafung eines begangenen Verbrechens betreffen. Verfolgt hingegen der Kläger nur sein Privatinteresse, so ist die Streitsache eine Civilsache, wenn sie gleich ein Verbrechen zum Grunde hat. §. 10. *L. de iniur.* L. 9. §. 5. *D. de publico et vectigal.* L. 3. *D. de delicto priv.* L. 92. *D. de fure.* LAUTERBACH Colleg th. pract. Pandect. h. t. §. 11. et 12. VOET h. t. §. 6. und besonders Meister in der ausführl. Abhandlung des peinlichen Proceses in Deutschland 1. Th. 1. Abschn. 2. Hypst. §. 1. ff.

98) S. Danz Grds. des gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 57.

§. 499.

Was ist *Litis contestatio* nach dem Römischen und heutigen Rechte?

Es ist bereits bemerkt worden, daß die eigentliche Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreits bey den Römern mit der *Litis contestation* ihren Anfang nahm. Denn erst, wenn diese erfolgt war, sagte man: *res est in iudicium deducta* (§. 495. S. 147.). Aber auch nach dem heutigen Rechte behaupten unsere praktischen Rechtsgelehrten, daß erst durch die Einlassung auf die Klage der Krieg Rechterns befestigtet werde⁹⁹⁾. Die *Litis contestation* ist jedoch nach dem Römischen Rechte von einer ganz andern Beschaffenheit, als die heutige Einlassung auf die Klage.

I) Worin die Römische *Litis contestatio* bestanden, lehren die Kr. Sever und Antonin *L. un. Cod. de litis contest.* wo es heißt: *Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam, et editam actionem permultum interest.* *Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire cooperit.* Die Kaiser wollen hier den Unterschied zwischen einer bloßen Edition der Klage und der *Litis contestation*, in Rücksicht auf die Freiheit, die Klage abzuändern, zeigen. Es erhellert dies noch insonderheit aus der *L. 3. Cod. de edenda*, welche, wie auch schon Vloodt¹⁰⁰⁾ bemerkt hat, einen

99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 13.

100) Man siehe Ern. Gottfr. Christ. KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio. Vitemb. 1778.

einen Theil von jener Verordnung der Kr. Sever und Antonin ausmacht. Da heißt es: *Edita actio speciem futurae litis demonstrat: quam emendari, vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit aequitas.* Um diese Stellen gehörig zu verstehen, muß aus der römischen Gerichtsordnung folgendes bemerkt werden. Wenn der Kläger dem Beklagten die Klage vor Gericht edirt hatte (§. 270.), so war es vor allen Dingen nöthig, den Prätor um die Erlaubniß zu bitten, die Klage gegen den Beklagten anstellen und verfolgen zu dürfen²⁾ (*postulare actionem*), welche der Prätor nun nach Befinden der Umstände entweder ertheilte (*actionem dabat*), oder versagte (*actionem denegabat*)³⁾. War diese postulatio nicht geschehen, so konnte dem Kläger die *exceptio non impetratae actionis* entgegen gesetzt werden, welche erst in der Folge vom Kr. Theodosius dem Jüngern⁴⁾ abgeschafft wurde. Der Beklagte konnte aber auch seiner Seits um eine Bedenkzeit bitten, um bey sich überlegen zu können, ob er mit dem Kläger streiten, oder nachgeben wolle. Denn selten war der Beklagte bey der Art, wie ehemals die in *ius vocatio* bey den Römern geschah; zur Vertheidigung hinlänglich vorbereitet⁵⁾. Noch kam es also nicht gleich zur *Liciscontestation*, sondern die edirte Klage ward einstweilen den

§ 3

actis

1) *De iurisdictione Lib. I. cap. 13.*

2) BRETTUS in ordine perantiquo iudiciorum civilium cap. 24.

3) RAEWARDUS de Praejudiciis Lib. I. cap. 4. Meine Opuscula Tom. II. pag. 327,

4) *L. un. Cod. Theod. de omessa actionis impetrat.*

5) Meine Opuscula Tom. II. pag. 332.

actis postulationum einverleibt, und die Parthenen wurden auf einen andern Termin vorbeschrieben⁶). Damit nun aber der Kläger gesichert war, daß sich der Beklagte in diesem Termine gewiß einzufinden werde, so konnte er von ihm eine Cautionsleistung durch Bürigen verlangen, welche vadimonium genannt wurde⁷). Hatten sich nun die Parthenen zur bestimmten Zeit vor dem Tribunal des Prätors wieder eingefunden, so kam es jetzt zur Litiscontestation, wenn zuvor die nöthigen Cautionen, z. B. satisdatio rati-habitionis, iudicatum solvi u. s. w. waren geleistet worden⁸). Der Kläger erzählte hierauf den ganzen Vorgang der Sache, oder den Handel (negotium), worauf er seine Klage gründete, und recitirte die Formel, welche seine Intention ausdrückte. Der Beklagte antwortete darauf, entweder verneinend, oder er schüzte eine Einrede vor, wodurch er eine Entbindung von der Klage zu bewirken suchte⁹). Diese Erzählung des Klägers, und die von dem Beklagten darauf ertheilte Antwort, hieß hen den Römern litis contestatio¹⁰), wie Justinian¹¹) uns selbst lehrt, wenn

6) RAEVARDUS Protribunal. lib. sing. cap. 9. SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. et ad Eundem ZEPERNIK not. b. et c. pag. 116. sqq.

7) BAV. VOORDAE Diff. de vadimonia Traj. ad Rben. 1751. (in Den. FELLENBERGII Jurisprud. antiqua Tom. II.)

8) L. 40. §. 3. D. de Procurat. L. 15. pr. D. eodem. L. 8. L. 13. pr. D. iudic. solvi. L. 2. §. 9. C. de iureiur. propt. calumn. SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 21. pag. 465. fin.

9) Meine Opuscula T. II. pag. 370. sqq.

10) CAR. GOD. WINCKLER Diff. de discriminis inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. Lipsiae 1751. Sect. I. §. 2.

11) L. 14. §. 1. Cod. de iudiciis.

wenn er sagt: Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam. Der Name *litis contestatio* aber kommt daher, weil es bei dieser Handlung gewöhnlich war, die Umschenden mit einer gewissen Feierlichkeit zu Zeugen anzurufen, welches *contestari* hieß. So sagt FESTUS¹²⁾: *Contestari dicuntur duo aut plures adversarii, quod, ordinato iudicio, utraque pars dicebat: testes estote.* Ob nun gleich die Litiscontestation nach dem angegebenen römischen Begriffe eine Bilateralhandlung war, zu welcher die Mitwirkung beider Parteien erforderlich wurde; so ist es doch merkwürdig, daß wenn die Gesetze blos von einem der streitenden Theile allein reden, selbige nur eigentlich von dem Kläger sagen: *quod litem contestetur*¹³⁾, weil er derjenige ist, welcher durch Anstellung seiner Klage den Rechtsstreit hauptsächlich veranlaßt¹⁴⁾; von dem Beklagten hingegen, *quod iudicium accipiat*, wenn er auf die Klage antwortet¹⁵⁾. Aus der Erzählung des Klägers, und dem Widerspruch des Beklagten konnte nun erst der Prätor richtig beurtheilen, worin die *causa*, d. i. der eigentliche Streit-

§ 4

punct

12) De verbis. Significat. voc. *contestari*. Von dieser Feierlichkeit der Contestation ist nachzusehen WINCKLER cit. Diff. Sect. I. §. 7.

13) L. 10. §. 2. D. *Si quis cauit.* L. 28. D. *de novat. et delegat.* L. 11. pr. D. *de pign. act.* L. 3. §. ult. D. *iudicas. solvi.*

14) WINCKLER cit. Diff. Sect. I. §. 2.

15) L. 35. §. 2. D. *de Iure iur.* L. 28. §. 2. D. *de iudic.* L. 34. D. *eodem.* L. 9. D. *de verb. obligat.* L. 16. D. *de Procurat.*

punct¹⁶), bestand. Beruhete dieser auf einer bloßen Rechtsfrage, so entschied der Prätor selbst¹⁷). Wenn hingegen die Entscheidung der Sache von der Erörterung gewisser Thatumstände abhieng, so gab er den Parthenen einen iudex oder auch wohl mehrere¹⁸), wenn die Sache wichtig war, und die Parthenen darein willigten¹⁹). Denn keiner konnte ihnen zum iudex aufgedrungen werden, gegen den ein oder der andere Theil protestirte²⁰). Derjenige Richter, wegen dessen sich die Parthenen vereiniget hatten, wurde nun vom Prätor für diese Streitsache förmlich bestellt, welches in den Gesetzen: *ex conventione litigatorum iudicem addicere*, genannt wird²¹), und ihm zugleich

16) *L. un. C. de lit. cont.* sagt: *Iudex causam audire coepit.* Causa aber ist, wie WINCKLER cit. Diff. Sect. I. §. 6. aus vielen Stellen der Klassiker bewiesen hat, id, de quo principaliter quaeritur in lite, et quod caput est totius controversiae.

17) *Ger. NOODT de iurisdict. et imperio Lib. I. cap. 8.* RAEVARDUS Protribunal. lib. sing. cap. 11.

18) *L. 12. L. 76. D. b. t. L. 28. L. 38. L. 39. D. de re iudic.* Ant. SCHULTING Diff. de recusatione iudicis. Cap. VI. §. 4. (in EIUS *Commentat. academ.* Halae 1770. 8. edit.) und Jac. RAEVARDUS de Praejudiciis Lib. I. cap. 6.

19) CICERO *Orat. pro Roscio Comoedo* cap. 15. und *pro Cluentio* cap. 43. Daher kommt die Redensart: *iudex inter adversarios convenit*, QUINTILIANUS Declamat. 342. *Iudex sumitur*, CICERO *pro Flacco* cap. 21. *L. 21. D. Quod vi aut clam.* L. 47. *D. Famil. ercisc.*

20) *L. 47. D. de iudic.* SCHULTING cit. Diff. Cap. VI. §. 1. et 2.

21) *L. 39. L. 46. L. 80. D. b. t. L. 4. §. 1. D. de eo,* *quod certo loco.* L. 59. §. ult. *D. ad SCrum Trebell.*

gleich eine Instruction (formula iudicij) vorgeschrieben, nach welcher derselbe die Sache erörtern und entscheiden mußte. Aus dieser Darstellung der römischen Proceßordnung ergiebt sich, daß die Litis contestatio zu denjenigen Handlungen des Processe gehörte, die in iure d. i. vor dem Prätor vorgenommen wurden. Unser Vers. ist zwar anderer Meinung. Er behauptet nämlich not. q. die Litiscontesta-
tion sey erst alsdann geschehen, wenn die Parteien an den iudicem pedaneum wären verwiesen worden. Hier hätten sie einander in Gegenwart einiger Zeugen mittelst der Sti-
pulation versprochen, daß sie den Proceß bei diesem Richter bis zu Ende fortsetzen wollten; und hierin habe die römische Litis contestatio bestanden. Allein die *L. un. C. de lit. con.* worauf sich auch unser Vers. beruft, unterstützt diese Vorstellung nicht. Zwar heißt es daselbst: *Lis tunc con- testata videtur, cum I U D E X per narrationem negotii cau- sam audire coepit.* Es hat aber schon Vloodt²²⁾ bemerkt, daß unter dem iudex hier nicht der iudex pedaneus, son- dern der Prätor oder ein solcher magistratus zu verstehen sei, welcher die Jurisdiction hatte. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich nicht nur aus der *L. 3. C. de edendo*, welche, wie schon oben bemerkt worden ist, einen Theil der *L. un. cit.* ausmacht, wo von demjenigen, wel- cher vorher iudex genannt wurde, gesagt wird, *quod ius reddat*, ein Ausdruck, der nie vom iudice pedaneo ge- braucht wird; sondern es läßt sich auch aus andern Gesetz- stellen erweisen, daß jene Bedeutung des Worts iudex bes- sonders in den Verordnungen der Kaiser gar nicht unge-

22) De iurisdictione Lib. I. cap. 15.

wôhnsich sey²³⁾). Daz die Litis contestatio nicht erst beym iudex pedaneus geschehen sey, erheslet ersten schon daraus, weil der Prätor dem Juder ohnmöglich eine formulam iudicij hätte vorschreiben können, bevor er nicht aus der Litiscontestation erschen hatte, worin der eigentliche Streitpunkt bestand, der einer näheren Erörterung bedurfte. Daher sagt auch Cicero²⁴⁾: *In iure et exceptiones postulantur, et quodammodo agendi potestas datur, et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur.* Hierzu kommt zwentens eine sehr deutliche Stelle des Ulpianus, welcher *L. I. §. 2. D. de feriis* sagt: *Excipiuntur certae causae, in quibus cogi poterimus, et per id temporis, quo messes vindemiaeque sunt, ad Praetorem venire;* — *Sane quoties res urget, cogendi quidem sumus ad Praetorem venire, sed ad hoc tantum cogi aequum est, ut lis contestetur.* Endlich giebt uns auch Paulus noch ein sehr bündiges Argument, wenn er *L. 73. D. de procurator.* sagt: *Tum demum, cum lis iam contestata sit, omnia officio iudicis dirimenda esse.* Ich übergehe andere Beweisgründe, die man bey Winkler²⁵⁾ finden kann, und

23) *L. I. C. de iurisd. L. I. C. de ord. iudicior. L. 4. C. de offic. Rect. provinc. L. I. Cod. ut omn. iudic. L. I. C. de annon.* NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 9. und WINCKLER cit. Diff. Sect. I. §. 4.

24) *De invent.* Lib. II. c. 19.

25) Diff. cit. Sect. I. §. 3. 4. et 5. Eben dieser Meinung sind auch Ger. NOODT de iurisdictione Lib. I. cap. 15. Franc. POLLETUS in Historia fori Rom. restituta et illustrata (Francof. 1676.) Lib. V. cap. 5. pag. 441. sqq. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 20. Car. SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 27. und VOET h. t. §. 144.

und bemerke nur noch, daß wenn gleich die Feierlichkeit der Zeugenaufzufung bey der Litiscontestation in der Folge außer Gebrauch kam²⁶⁾, dennoch sowenig der Name der Litiscontestation, als das Wesen derselben bey den Römern geändert worden ist²⁷⁾. Zwar soll es nach einer gewissen Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius²⁸⁾

einer

26) HUBER c. l. §. 21. und WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 10.
pag. 27.

27) Nov. LIII. cap. 3. §. 1. Nov. XCVI. cap. 1. KLÜGEL
Diss. de litis judicialis initio §. 5. pag. 14.

28) L. 1. C. *Quando libellus principi datus litis contest. faciat.*
Dubium non est, *contestationem litis intelligi etiam, si nostrae*
fuerint tranquillitati preces oblatae, easque adversus heredem
quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui
meruit, exercere. In der L. 8. Cod. Theod. de div. Rescript:
woraus jene L. 1. genommen ist, kommen noch folgende Wor-
te vor, welche Tribuneian weggelassen hat. Nam sicut ex
causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae
testatori competit esse monstratur, sic et e diverso, iuris definitio-
ne, Consultorum omnium consona responsione, firmatur, ab he-
rede actionem non incipere, quae non competit testatori.
Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. T. I. pag.
24. bemerkt zwar ganz richtig, daß, um den wahren Sinn
dieses Gesetzes zu bestimmen, die L. 7. C. Tb. de contrab.
emr. welche einen Theil der L. 8. ausmacht, damit verbunden
werden müsse. Diese Verbindung lehrt uns zugleich, daß nach
jener Verordnung der Kr. Arcadius und Honorius in
Absicht auf die Art der Klagen kein Unterschied gemacht war,
welchen erst nachher Justinian näher zu bestimmen nöthig
fand. Allein darin hat wohl Godofroi nicht Recht, wenn
er behauptet, daß der bloßen oblationi precum schon allein die
Wirkung der L. C. sey beygelegt worden, da theils die Wor-

einer *Litiscontestation* gleich gehalten werden, wenn Jemand seine Klage mittelst einer *Supplic.* dem Regenten selbst überreicht, und dieser darauf der Sache gemäß rescribit hat; es hat auch *Justinian*²⁹⁾ durch eine neuere Verordnung eben dieses, obwohl mit der Einschränkung, bestätigt, daß solches nur bei den *prætorischen* Klagen, welche nach Ablauf eines Jahrs erloschen, Statt finden solle. Allein 1) kann doch eine solche *oblatio precum et ad eas rescriptio* für keine wahre *Litiscontestation* gehalten werden, da hierzu nicht einmahl die Antwort des Beklagten erforderlich wird, und dann 2) dürfen auch wohl die Wirkungen einer solchen *litis contestationis anomiae* weiter nicht erschreckt werden, als die Gesetze wollen, die ihr nur die Wirkung der Perpetuirung der Klage, und der Transmission derselben auf die Erben beylegen³⁰⁾.

2) Die

te: vel ab berede eius, qui meruit, exerceri; ein anders lehren, denn das Wort *merere* heißt hier nichts anders, als *impetrare rescriptum L. 33. C. de donat.* Theils auch *Justinian L. 2. Cod Quando libell.* die Elassung eines Rescripts auf die preces principi oblatas ausdrücklich erfordert, wenn die ihnen beygelegte Wirkung der L. C. Statt finden soll.

29) *L. 2. C. eod.* *Temporales actiones, quae per oblationem precum et ad eas rescriptionem perpetuancur, definire necessarium esse duximus, ne quis putet, ad alias etiam, quae certis taxantur temporibus, hoc pertinere.* Sciant igitur omnes, eas tantummodo per oblationem precum et ad eas rescripta perpetuari, *quae a Praetore constitutae annali tempore coarcentae sunt.*

30) *Vergl. Fr. RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustin. Lib. I. pag. 83. WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 145. in Suppl. novo. pag. 125. sqq. und Io. Chsp. HEIMBURG Progr. quo inquiritur: an oblatio libelli principi facta litispénditiam inducat? Jenae 1750.*

2) Die heutige Litiscontestation ist nun das gegen blos eine Handlung des Beklagten, welche in der Antwort desselben auf die gegen ihn erhobene Klage, das ist, in der Erklärung des Beklagten besteht, ob und in wie weit er nämlich den factischen Inhalt der Klage einräumt oder abläugnet, und welche in der Absicht geschieht, damit der wahre Streitpunkt in der Hauptsache gehörig festgesetzt werde³¹⁾). Man nennt sie die Einlassung auf die Klage, oder die Kriegsbefestigung³²⁾, obwohl gewöhnlicher die feierliche Antwort des Beklagten auf die in der Klagschrift enthaltenen Thatumsstände mit dem Namen der Kriegsbefestigung oder der Litiscontestation in der eigentlichen Bedeutung bezeichnet zu werden pflegt³³⁾). In dem kanonischen Rechte wird zwar die Litiscontestation eben so, wie in dem Römischen, als eine Bilateralhandlung betrachtet, an welcher

beyde

31) WINKLER cit. Diff. Sect. III. §. I. Nic. Hier. GUNDLING Diff. de lite contestata, commoda plerumque, incommoda nunquam. Halae 1750. Joh. Christ. Quistorp von der Einlassung auf die Klage, oder der sogenannten Kriegsbefestigung (in Dasselben kleineren jurist. Schriften. Bülow und Wismar 1772. Nr. I.) und Ern. God. Christ. KLÜGEL Diff. de litis contestatione capita quaedam cont. Wittembergae 1782.

32) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgl. Processe §. 172. Hufeland's Institutionen des gesammten positiven Rechts §. 1209. und Christ. Wilh. Behn Theor. praktischer Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen. §. 34. Not. 2.

33) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIII. §. 33. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 2. cap. 5. §. I. KLÜGEL cit. Diff. de litis contestatione Cap. I. et 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4378.

beyde streitende Parteien Anteil nehmen. Denn in dem cap. un. X. de litis contestat. sagt P. Gregor IX. ausdrücklich: per petitionem in iure propositam et responsionem secutam litis contestatio fit; und dieses wird mit denselbigen Worten in dem cap. 54. X. de election. wiederholt. Allein gleichwie schon in den neuern päpstlichen Verordnungen der Begrif der Litis contestation blos auf die Antwort des Beklagten auf die Klage eingeschränkt wird³⁴⁾; so zeigt auch insonderheit der heutige Name der Einlassung auf die Klage an, daß sie blos von dem Beklagten geschieht³⁵⁾.

Uebrigens erhellt aus dem gegebenen Begriffe der Litis contestation, daß die bloße Vorschülung peremptorischer Einreden noch für keine Einlassung auf die Klage gehalten werden könne³⁶⁾. Denn wer blos excipirt, räumt weder die Intention des Klägers ein, noch läugnet selbige ab³⁷⁾, sondern führt blos Gründe zu seiner Vertheidigung

34) Cap. 1. et 2. de litis contestat. in 6to. van ESPEN Ius Eccles. univers. P. III. Tit. VII. Cap. 3. §. 17. Iust. Henn. BOEHMER Ius Eccles. Protest. Lib. II. Tit. V. §. 4. sqq.

35) HOFACKER C. I. §. 4377. KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio §. 5. pag. 15. Quistorp in der angef. Abhandl. S. 9. ff. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß §. 142. Nettelbladis Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelehrtheit §. 231. u. a. m.

36) Cap. 2. de litis contest. in 6to. Delge Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 115.

37) L. 9. D. de except. Cap. 63. de Regulis iur. in 6to. Franc. ALEF Diss. Quando excipiens confiteri censeatur; (in eius Diebus academ. s. Opusculis. Heidelbergae 1753. Dissert. XXVI.

gung an, wodurch er den Anspruch des Klägers von sich zu entfernen sucht³⁸⁾). Daher verordnet P. Bonifacius VIII. daß wenn die vorgeschüchten Einreden nicht von der Art sind, daß sie von der Einsaffung auf die Klage befreien, dieselbe von dem Beklagten noch bewirkt werden müsse³⁹⁾.

§. 500.

Verschiedene Eintheilungen der Litiscontestation.

Die Einsaffung auf die Klage kann auf verschiedene Art eingetheilt werden. Sie ist nämlich

I) entweder eine *directe* (*litis contestatio explicita*), oder eine *indirecte* (*litis contestatio implicita*), je nachdem der Beklagte entweder mit deutlichen Worten erklärt,

XXVI. pag. 682. sqq.) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudicior. Lib. I. Sect. I. membr. 2. cap. 5. §. 2. Not. *). MBVIUS T. II. P. VII. Decis. 128. Anderer Meinung ist jedoch Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bd. 12.

38) *L. 2. D. de Except.*

39) *Cap. 2. de litis contest. in 6to.* Si, oblatio ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria proponatur; nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse tacta: immo, ea non obstante (nisi sit de illis exceptionibus, quae litis contestationem impediunt,) fieri oportebit eandem. In solchem Falle muß also erkannt werden: daß Beklagter Einwendens ungeachtet auf die Klage gehörig zu antworten, und den Krieg Rechters zu befestigen schuldig, es bleibt ihm jedoch seine bereits vorgeschüchte Einrede nach der Kriegsbefestigung zerstörlicher Weise auszuführen unbekommen. S. BOEMERI Ius Eccles. Protest. Lib. II. Tit. V. §. 6.

klärt, was er von der Klage einräumt oder abläugnet, oder seine Einlassung auf eine solche Art einrichtet, daß man erst durch Schlüsse seine Intention aus derselben folgern muß. Z. B. der Beklagte erklärt sich für bereit, die bei der Klage zum Grunde gelegten Urkunden eidlich abläugnen zu wollen⁴⁰⁾.

II) Sie ist entweder eine allgemeine (*litis contestatio generalis*), wenn der Beklagte nicht punctweise auf die Klage antwortet, sondern nur im allgemeinen den Inhalt derselben entweder einräumt oder abläugnet; oder eine besondere (*litis contestatio specialis*), wenn sich der Beklagte auf jeden einzelnen zur Klage gehörigen Thatumstand bestimmt erklärt.

Eine allgemeine Einlassung auf die Klage ist zwar nach dem römischen und kanonischen Rechte erlaubt⁴¹⁾; allein die neuere Reichsgesetzgebung hat dieselbe aus dem ordentlichen Prozeß auf immer verbannt. Der jüngste Reichssabschied vom J. 1654. §. 37. verordnet nämlich, daß der Beklagte auf die Klage kurz, nervös, und deutlich antworten, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Factum anders, als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, *specifice*, und auf jeden Punct mit allen seinen Umständen anzeigen solle⁴²⁾. Die Veranlassung zu dieser Legislation gaben

40) HOPACKER *Princip. iur. civ.* T. III. §. 4379.

41) *L. I. C. de lit. contest. Cap. un. X. eodem. Cap. 6. X. de iuram. calunn.*

42) Neue Sammlung der Reichssabschiede z. Th. S. 648.

gaben die Nachtheile, die eine allgemeine Kriegsbefestigung nach sich zog. Denn da bei dieser Art der Einlassung der eigentliche Streitpunkt in der Hauptsache unbestimmt bleibt, so war es unvermeidlich, daß der Kläger oft mit unnöthigen Beweisen belästigt werden mußte, wosfern er nicht zu dem unseeligen Mittel der Positionen, welche blos jener Einlassungsart ihren Ursprung verdanken, seine Zuflucht nehmen wollte ⁴³⁾). Da jedoch diese Nachtheile nur aus einer allgemeinen Abläugnung der Klage entstehen, so kann eine solche Einlassung, welche durch ein allgemeines Einräumen der Klage, oder mehrerer Punkte derselben geschiehet, nicht für gefährlich gehalten werden ⁴⁴⁾). Die Einlassung ist ferner

III) entweder eine feierliche, (litis contestatio solemnis) oder eine nicht feierliche, (litis contestatio minus solemnis) ⁴⁵⁾). Unter jener wird diejenige verstanden,

43) Man sehe hier vorzüglich J. P. HAHN Diff. de necessitate et utilitate litis contestationis specialis, eiusque praerogativa prae generali ad R. I. N. §. 37. *Moguntiae* 1747. (in RÜTTER Opuscul. Nr. XIII.) und SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. 5. §. 3. et 4.

44) Delze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 117. Clap. roths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 142. S. 135. und Danz Grundsätze des allgemeinen ordentl. bürgerlichen Proceses §. 179.

45) Einige Rechtsgelehrten vertreten diese Eintheilung der Litis-contestation, und behaupten, daß alle Litis-contestation eine feierliche Antwort des Beklagten auf die Klage sey. S. KLÜGEI de litis contestatione. Cap. 2. Es kommt jedoch auf den Begriff an, den man mit der Litis-contestation verbindet. Nimmt man dieses Wort für Antwort und Einlassung auf die Klage, so läßt sich diese Eintheilung allerdings Glück Erlaut. d. Pand. 6. Th.

den, welche nach der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form geschiehet. Zu dieser gesetzlichen Form gehöret,

1) daß die Antwort des Beklagten schriftlich geschehe⁴⁶;

2) daß sie deutlich und direct gefaßt seyn, und nicht erst durch Schlüsse aus den Worten gefolgert werden dürfe;

3) daß sie auf alle zu der angestellten Klage gehörige Thatumstände gerichtet werden müsse⁴⁷.

Ist diese Form nicht beobachtet worden, so wird die Einlassung auf die Klage eine nicht feierliche, oder eine blos summarisch genannte, von welcher Art die indirecte Einlassung (*litis contestatio implicita*) und die allgemeine ist. Eine solche nicht feierliche Einlassung wird zwar im summarischen Processe zugelassen⁴⁸; in dem ordentlichen Processe hingegen wird eine feierliche Einlassung so nothwendig erforderet, daß der Richter selbige dem Beklagten von Amts wegen aufliegen kann⁴⁹.

IV) Kann

vertheibigen. S. Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelehrtheit §. 232. Danz Grunds. §. 176.

46) Reichsabsch. v. J. 1570. §. 89. — darneben in scriptis item eventualiter, oder aber, da dergleichen Einreden keine bevor, item pure zu contestiren. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4378. nr. II.

47) J. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 37. Danz §. 176.

48) Clem. 2. de Verb. Signif. vergl. mit cap. 2. X. de offic. iud.

49) Quistorps angef. Abhandl. S. 17. folg.

IV) Kann die Litiscontestation entweder eine wahr e (L. C. vera), oder eine er dichtete (L. C. facta) seyn, je nachdem sie entweder von dem Beklagten wirklich geschehen ist, oder zur Strafe des Ungehorsams desselben für geschehen angenommen wird. Letztere setzt die Vernachlässigung einer peremtorischen Citation voraus, vermöge welcher dem Beklagten dieses Präjudiz war angedrohet worden, und zwar wird nach der gemeinen Praxis die Klage für abgelaugnet angenommen⁵⁰⁾.

S. 501.

Fortsetzung dieser Eintheilungen.

Die Einlassung auf die Klage geschieht ferner

V) entweder nur auf den Fall, wenn die von dem Beklagten vorgeschüchten dilatorischen und Processhindernden Einreden auf rechtliche Art erlediget seyn werden, oder ohne eine solche angehängte Bedingung. In jenem Falle wird sie eine bed ingte, (L. C. eventualis) in diesem aber eine un bed ingte (L. C. pura) genannt. Seltener geschiehet es, daß sich der Beklagte unbedingt auf die Klage einläßt. Gewöhnlich schützt er einige dilatorische Einreden vor. Können nun diese nicht sogleich erwiesen werden, sondern beruhen noch auf einer näheren Untersuchung, so ist der Beklagte nach Vorschrift der Gesetze schuldig, sich wenigstens eventualiter auf die Klage einzulassen, damit zur Abkürzung des Processes über bendes, nämlich über den Grund der vorgeschüchten Einreden, und der darauf beruhenden Ein-

M 2

lassung,

50) I. H. BOEHMERI Ius ecclesiast. Protestant. Lib. II. Tit. VI.
§ 2. und Quistorps angef. Abhandlung S. 31. folgg.

lassung, erkannt werden könne⁵¹). Hat der Beklagte dieses unterlassen, so wird zwar über die Statthaltigkeit der Einreden erkannt, aber auch zugleich dem Beklagten die Einlassung auf die Klage und die Bezahlung der Kosten, wosfern er nicht sehr wahrscheinliche Gründe für sich gehabt hat, auferlegt⁵²). Endlich

VI) wird auch die Einlassung noch in die *bejahte*, *verneinende* und die *vermischt*e eingeteilt, je nachdem der Beklagte entweder alle Puncte der Klage als wahr einräumt, oder dieselben alle abläugnet, oder einige derselben eingestehet, andere hingegen verneinet. Die *bejahte* Einlassung geschiehet ferner entweder schlechthin, (L. C. *affirmativa simplex*) oder mit Vorschüzung peremptorischer Einreden, (L. C. *affirmativa qualificata*). In jenem Falle kann von einem Rechtsstreite nicht weiter die Frage seyn, es bleibt also nichts, als die Verurtheilung des Be-

51) Reichsabschied v. Jahr 1594. §. 6. und J. R. U. vom J. 1654. §. 37. 40. R. Kammergerichtsordn. Th. 3. Tit. 15. §. 7. u. 8. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. I. Sect. I. membr. 2. §. 6. und Quistorp's angef. Abhandl. S. 26. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn die vorgeschüzte Einrede eine *exceptio sori declinatoria*, und zwar diese von der Erheblichkeit ist, daß sie die Zuständigkeit des Richters in der gegenwärtigen Sache sehr zweifelhaft macht. Hier ist der Beklagte nach dem angef. §. 40. des J. R. U. vor der Erörterung dieses Puncts sich in der Hauptsache einzulassen nicht schuldig. S. Schmidt's hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien. 2. Band: Nr. LXXXII. §. 1. et 2. Ein gleiches gilt von der *exceptione spolii*. S. SCHAUMBURG I. c. §. 7.

52) STRYK Diff. de litis contestatione eventuali. Halae 1704. §. 15.

Beflagten, übrig ⁵³⁾). Daher halten mehrere Rechtsgelehrten ⁵⁴⁾ eine blos bejahende Einlassung für keine wahre Kriegsbefestigung, weil diese ohne einigen Widerspruch nicht Statt finden kann. Es hat auch diese Meinung nach dem römischen Begriff von der *Litis contestatione* ihre völlige Richtigkeit ⁵⁵⁾). Allein nach dem heutigen Begriff derselben läßt sich allerdings auch eine blos affirmative Einlassung gedenken, wie schon WINCKLER ⁵⁶⁾ bemerkt hat. Ist hingegen eine solche Einlassung mit Vorschußung peremptorischer Einreden verbunden, so liegt dem Beflagten der Beweis derselben ob. Kein Wunder, wenn daher der Beflagte immer geneigter ist, sich verneidend auf die Klage einzulassen. Denn da in diesem Falle der Beweis auf den Kläger gewälzt wird, so hofft der Beflagte aus seiner Abläugnung einen doppelten Vortheil zu ziehen, nämlich daß ihm entweder Mangel des Beweises auf Seiten des Klägers eine Entbindung von der Klage, oder daß ihm wenigstens die Schwierigkeit desselben einen vortheilhaften Vergleich zuwege bringen wird. Daher die Cautel processus-tigerer Advocaten: *Si fecisti, nega.* Allein der Beflagte hat sich wohl vorzusehen, daß er sich in seiner Hoffnung nicht

M 3

getäuscht

53) L. 6. pr. et §. 6. D. de confess. L. 21. D. b. t.

54) VOET h. t. §. 146. ARN. VINNIUS Select. iur. Quaestiones Lib. I. cap. 17. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 21. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. 5. §. 5. not. *). HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4380. not. a. Quistorps Abhandl. S. 22.

55) WINCKLER Diss. de discrim. litis contestationis vet. et hod. Sect. I. §. 6. pag. 20.

56) Diss. cit. Sect. III. §. 1. pag. 54.

getäuscht siehet; wenigstens bleibt ihm dann allemal die Erstattung der dadurch verursachten Proceßkosten zur Last. Es haben auch die Gesetze in einzelnen Fällen noch besondere Strafen des frevelhaften Lügnens verordnet⁵⁷⁾. Diese sind:

I) Strafe des doppelten Ersatzes. Sie findet Statt:

a) wenn der Beklagte ein Vermächtniß, das einer Kirche oder einer andern frommen Stiftung hinterlassen worden ist⁵⁸⁾; oder

b) bei der Klage des Aquilischen Gesetzes die begangene widerrechtliche That, (damnum iniuria datum)⁵⁹⁾; oder

c) ein Verwahrungsgut, das ihm bei einem entstandenen Unglücksfalle war auvertrauet worden, (depositum miserabile)⁶⁰⁾; oder

d) bei

57) *Io. Chr. FALCKNER Disp. de inficiatione eiusque poena in civilibus. Len. 1677. Io. Ge. FICHTNER Exercit. de mendaciorum poenis. Altd. 1721. Gust. Henr. MYLII Diff. de poena inficiationis. Lipsiae 1725. Io. Frid. WERNHER Diff. I. et II. de poenis inficiationum. Vitemb. 1725. et 1726. Und Io. Christ. KNOETSCHKER Commentat. de poenis inficiationis temere litigantium in causis civilibus, iure Sax. Elect. statutis. Lipsiae 1790.*

58) §. 26. *L. de action. §. ult. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. §. 1. I. de poena temere litig.*

59) *L. 2. §. 1. D. ad Leg. Aquil. L. 23. §. 10. D. eod. L. 4. C. eodem. Nov. XVIII. cap. 8. princ.*

60) *L. 1. §. 1. et 4. D. depositi. §. 17. 23. et 26. I. de actionib.*

d) bei einer Schuldklage seine Handschrift, oder die geschehene Auszahlung des Darlehns, wider seine eigene Wissenschaft und Ueberzeugung abläugnet⁶¹⁾.

2) Verlust des Besitzes; nämlich

a) wenn der Beklagte im Falle einer wider ihn angestellten Realklage bößlich läugnet, daß er die vom Kläger in Anspruch genommene Sache besitze⁶²⁾.

b) Wenn Jemand als Besitzer einer fremden Sache, z. B. als Pfandbesitzer, belangt worden ist, und wider seine Ueberzeugung in Abrede stellt, daß die Sache dem Dritten zugehöre. In beiden Fällen kann der Kläger die Abtretung des Besitzes verlangen, wenn er gleich sein Recht an der Sache noch nicht erwiesen hat⁶³⁾.

3) Verlust einer zuständigen Rechtswohlthat, in folgenden Fällen.

M 4

a) Wer

61) Nov. XVIII. cap. 8. et Artb. Contra qui. Cod. de non num. pecun. Nach diesen Gesetzen macht sich der Schuldner, der den Empfang des Darlehns vorzüglich geläugnet hat, auch der Einrede, daß die Schuld bezahlt seyn, verlustig. Es soll jedoch auch den Gläubiger die Strafe des Duplums treffen, wenn er seine Quittung abläugnet, und der Schuldner deren Richtigkeit erweist.

62) L. fin. D. de Rei vindicat. Casp. Henr. HORN Diss. de poena inficiantis possessionem ad L. fin. D. de Rei Vind. Vitemb. 1701. L. B. a WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obsl. 150.

63) Nov. XVIII. cap. 10. Artb. Item possessor Cod. Qui posterior, in pign.

- a) Wer eine übernommene Bürgschaft abläugnet, verliert die den Bürgen zustehende Rechtswohlthaten⁶⁴⁾.
- b) Wer wider besseres Wissen läugnet, daß er mit dem Kläger in einer Societät stehe, verliert die Wohlthat der Competenz⁶⁵⁾.
- c) Wer bey der actione de pauperie läugnet, daß ihm das schädliche Thier gehöre, verliert das Recht, selbiges dem Kläger an Zahlungsstatt hin zu geben, und muß nun den Schaden schlechterdings im Gelde ersetzen⁶⁶⁾. Endlich

4) die Last der Beweisführung, nämlich wenn der Beklagte bey der condictione indebiti die ihm geschehene Zahlung läugnet. Hier muß er beweisen, daß Kläger debite bezahlt habe⁶⁷⁾.

Hieraus lässt sich nun beurtheilen, ob und in wiewfern es wahr sey, wenn der Verf. sagt, es hänge blos von der Willkür des Beklagten ab, ob er sich bestehend oder verneinend einlassen wolle. Es kann auch die heutige Anwendbarkeit jener Strafen mit
Recht

64) L. 10. §. 1. D. *de fideiussor.* Das Gesetz redet zwar nur von der Wohlthat der Theilung, allein die Rechtsgelehrten dehnen dasselbe auch auf das beneficium ordinis aus. VOET in Comm. ad Pand. Tit. *de fideiussoribus* §. 18. CARPOV Iurispr. for. P. II. C. 18. Def. 6. nr. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 2036. Wehrn theor. pract. Grundriss der Lehre von gerichtl. Einwendungen §. 60. lit. f. Anderer Meinung ist jedoch FALCKNER Disp. *de inficiatione* §. 42.

65) L. 67. §. 5n D. *pro Socio.* L. 22. §. 1. D. *de re indicata.*

66) L. 1. §. 15. D. *Si quadrupes pauperiem fecisse dic.*

67) L. 25. pr. D. *de probat.*

Recht nicht bezweifelt werden, da der Grund derselben, den Justinian⁶⁸⁾ ansücht; *non quod duris legibus delectemur, sed ut lites sic minuamus, quo metu poenae citius illi dicant, quae confiteri oportet*, auch noch heutiges Tages Statt findet. Mehrere Proceßordnungen haben daher dieselben namentlich bestätigt⁶⁹⁾), und die meisten praktischen Rechtsgelehrten⁷⁰⁾ streiten für deren heutigen Gebrauch; wenn gleich unser Verfasser und einige andere Rechtsgelehrten⁷¹⁾

M 5

in

68) Nov. XVIII. cap. 8.

69) 3. B. die Churf. Sächsische Proceßordnung Tit. XVI. §. 3. In der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 23. §. 52. sind jedoch, einige Fälle ausgenommen, wo das frevelhafte Lügen den Verlust des Einwands, oder des Rechts nach sich zieht, meist fiscalische Strafen von 10. 20. bis 100 Thlr. verordnet.

70) SCHAUUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. membr. 2. Cap. 5. §. 5. Not. ****. Mettelbädt Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelehrtheit §. 236. und §. 707. Delße Anleitung zum gerichtlichen Proceß §. 120. f. Dang Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceses §. 181. Behn Grundriß der Schre von gerichtlichen Einwendungen §. 61. Ern. Frid. PFOTENHAUER doctrina Processus cum Germ. tum praesertim Saxon. Elect. §. 264. MULUS cit. Diss. de poena inficiationis §. 16. Phil. Gäng Anleitung zum gemeinen ordentl. bürgerl. Proceß. Abth. I. Hptst. 1. §. 193. Not. e. Quistorp in der angef. Abhandl. S. 40. f. u. a. m.

71) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 142. Not. g. S. 140. und Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1226. Allein man sehe STRYK Us. mod. Pandect, Lib. XLV, Tit. VII, §. 3—8. L. B.

in Absicht auf die Strafe des doppelten Ersatzes anderer Meinung sind.

Man hält indessen die vorbenannten Strafen heutiges Tages nur dann für anwendbar,

1) wenn der Beklagte selbst, nicht aber, wenn sein Sachwalter ohne Auftrag oder Genehmigung geläugnet hat ⁷²⁾.

2) Wenn das Läugnen wirklich geschehen ist, nicht aber, wenn die Klage aus Ungehorsam des Beklagten für abgeläugnet angenommen wird ⁷³⁾.

3) Wenn der Beklagte vorsätzlich und wider besseres Wissen und Gewissen, nicht aber, wenn er blos aus Zerrthum geläugnet hat ⁷⁴⁾.

4) Wenn der Beklagte bei seinem Läugnen bis zum Urteil beharret, und von dem, was er geläugnet hat, gerichtetlich

a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 367.
LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XVI. Tit. 3. §. 29.

72) L. 16. §. 1. C. de fide instrum. Nov. XVIII. cap. 9.
LEYSER Spec. CXX. Cor. 3. Dant a. a. D. §. 181. Not. c.

73) Mettelbladt a. a. D. §. 708. Nach der Strenge des Rechts sollte jedoch der Ungehorsam des Beklagten gleiche Strafe nach sich ziehen. L. 11. §. 4. et 7. D. de interrogat. in iure fac. S. Wehrn im angef. Grundriß §. 61. Not. 2. S. 110.

74) LEYSER Specim. LXXXII. med. 8. et Spec. CXX. Cor. 3. Claproth a. a. D. §. 142. Not. g. am Ende. Allein nach der gesetzlichen Strenge sollte eine grobe Nachlässigkeit einem Dolus gleichgehalten werden. L. 11. §. 11. D. de interrogat. in iure fac. wie auch Mettelbladt a. a. D. behauptet.

richtlich überführt worden ist⁷⁵). Es muß nur aber der selbe auf eine andere Art, als durch des Klägers Eid, überführt worden seyn, daß er geflissentlich geläugnet habe. Denn hat der Beklagte dem Kläger den Eid deferirt, und dieser ihn geschworen, so fällt die Strafe weg, weil der Kläger durch den Eid von der Last des weitern Beweises befreiet worden ist⁷⁶). Man will zwar auch noch

5) ers.

- 75) Claproth a. a. D. Behrn a. a. D. und Mettelbladt a. a. D. Geschieht der Beklagte, ehe er noch überführt worden ist, so fällt zwar die Strafe weg, aber die bereits verursachten Kosten muß Beklagter doch bezahlen. Nov. XVIII. cap. 8.

- 76) Bey denjenigen Klagen, wo das Läugnen des Beklagten die Strafe des doppelten Ersatzes nach sich ziehet, sagt dies wenigstens die L. 30. pr. D. de iureiur. ganz bestimmt. *Eum, qui iuravit, ex ea actione, quae inficiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi acquirere, PEDIUS ait: abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate; cum omissa hac parte Edicti, dupli actio integra maneat; et potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusurandum actoris conservari.* Mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß die actio dupli, des abgeschworenen Eides ungeachtet, doch noch Statt finde, wenn nämlich der Kläger omissa actione ex iureiurando, die Last des Beweises noch übernehmen wolle. So WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 151. nr. 224. pag. 880. und POTHIER Pandect. Justinian. Tom. I. Lib. XII. Tit. 2. Nr. XXXVII. not. a. et b. pag. 358. Allein man sehe dagegen ANT. FABER Rational. ad L. 30. pr. D. de iureiur. Jo. SUAREZ de MENDOZA Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. III. Cap. 5. nr. 22—24. (in Ger. MEERMANNI novo Thesauro iur. civ. et canen. Tom. II.

pag.

5) erfordern, daß der Kläger, wenn ihm das Lügen nachtheilig ist, auf Bestrafung desselben angeraten haben müsse⁷⁷). Allein in den Gesetzen ist dieses nicht vorgeschrieben, welche vielmehr die Verurtheilung des Lügnenden in die gesetzliche Strafe dem Richter zur angelegentlichen Pflicht machen⁷⁸).

§. 502.

Allgemeine Grundsätze von der Litiscontestation und ihrer Form.

Die Einlassung auf die Klage ist nun

1) in jedem Prozeß nöthig, weil vermöge derselben der wahre Streitpunkt (*status controversiae*) bestimmt wird. Sie wird daher nicht nur in dem ordentlichen, sondern auch im summarischen Prozeß erforderlich⁷⁹).

2) Sie

pag. 156.) *Guil. BARCLAIUS* Commentar. ad Tit. Pandect. de iure iurando, ad L. 9. §. 2. h. t. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 933.) und *Io. VOET* Commentar. ad Pand. Lib. IX. Tit. 2. §. 6. in fin. und Lib. XII. Tit. 2. §. 18.

77) S. Nettelsbladt a. a. D.

78) *Nov. XVIII. cap. 8.* sagt: In talibus itaque omnibus modis condemnationem hoc fieri volumus modo: et si praeter haec egerit, iudicem scire, quia transcendens legem ipse tenebitur his poenis. S. Wehrn im angef. Grundsätz §. 61. S. 108.

79) Wenn es in *Clem. 2. de Verbor. Signific.* heißt: in causis summariorum iudex litis contestationem non postulat; so ist dies von einer feierlichen Einlassung zu verstehen, welche in dem ordentlichen Prozeß erforderlich wird. S. WINCKLER cit. Diss. Sect. III. §. 1. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4382.

2) Sie muß ohne Einmischung der Euren geschehen. Die dilatorischen müssen der *litis contestation* vorausgeschickt, die peremptorischen aber derselben angehängt werden.

3) Sie geht nur auf die zur Klage gehörigen relevanten Thatumstände. Bloße Rechtsfälle machen keinen Gegenstand derselben aus, wosfern nicht Thatumstände dabei zur Sprache kommen; z. B. wenn der Kläger sich auf Privilegien oder Gewohnheitsrechte gründet, die nicht notorisch sind.

4) Dasjenige, worauf sie geht, muß in einzelne Sätze zergliedert werden, deren jeder einen Thatumstand und einen logisch richtigen Sinn enthält⁸⁰). Diese einzelne Sätze durch Zahlen zu unterscheiden, erfordert die Deutlichkeit.

5) Die Erklärung über jeden dieser Sätze muß so geschehen, daß deutlich erhelle, was der Kläger einräumt, und was er läugnet. Der Beklagte muß sich daher aller zweideutiger und unbestimmter Ausdrücke enthalten. Nur wenn von fremden Handlungen, oder von solchen die Rede ist, die schon vor langer Zeit geschehen sind, kann er mit nicht wissen, oder glauben antworten.

6) Die Einsellung muß ohne Anhang geschehen, das heißt, der Beklagte muß sich blos darüber erklären, was

80) Es ist daher eine fehlerhafte Einsellung, wenn die Antwort blos auf einzelne Worte der Klage geschieht, wie KLÜGER in *Diss. de litis contestatione capita quaedam contin.* Vitemb. 1782. Cap. 3. zeigt.

was er von dem factischen Inhalt der Klage als wahr einräumt, oder läugnet, ohne hinzufügen, ob und in wiefern das, was der Kläger vorgebracht hat, sich anders verhalte. Denn hat der Kläger das Factum unrichtig oder unvollständig vorgetragen, so kann der Beklagte nachher die exceptionem rei non sic sed aliter gestae anhängen, und nun den wahren Verlauf der Sache erzählen⁸¹⁾.

§. 503.

Wirkungen der Litiscontestation.

Soviel endlich die Wirkungen der Litiscontestation betrifft, so haben selbige nach dem römischen Rechte ihren Grund vorzüglich darin, daß man diese Handlung gleichsam wie einen Contract betrachtete, wodurch nicht nur, gleich einer Stipulation, eine neue Verbindlichkeit begründet, sondern auch die Natur der angestellten Klage in mancher Rücksicht geändert wurde⁸²⁾. Durch die Litiscontestation, welche bei den Römern, wie bereits bemerkt worden, eine Bilateralhandlung war, machten sich nämlich die Parthenen verbindlich, den Rechtsstreit, so wie er angefangen worden, nicht nur fortsetzen und beenden, sondern auch dem richterlichen Erkenntniß ein Genüge leisten zu wollen. Hierauf zielt unstreitig Ulpian⁸³⁾, wenn er sagt: *Sicut stipulatio-*

ne

81) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. I. Sect. I. membr. 2. Cap. 5. §. 6. und ERN. God. Christ. KLÜGEL Diff. de lite sine appendice contestanda. Vitemb. 1782.

82) WINCKLER cit. Diff. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. Sect. II. MALBLANC Doctr. de iureiurando Lib. III. §. 39.

83) L. 3. §. II. D. de peculio.

ne contrahitur, ita iudicio contrahi. Es wird zwar diese Stelle von den neuern Rechtsgelehrten verschiedentlich erklärt, und nicht alle sind darin einverstanden, daß die Litiscontestation gleichsam wie ein Contract sey angesehen werden⁸⁴⁾). Allein erwägt man, daß überhaupt die römischen Juristen gewohnt waren, die Form der Rechtsgeschäfte so einzukleiden, daß solche, soweit nur möglich, auf Contracten, welche freylich oft nur zum Schein angebracht wurden, beruhen möchten; kennt man ferner die hohen Begriffe des römischen Bürgers von seiner Freyheit, dem es unerträglich schien, daß man ihn zu etwas verurtheilte, wozu er sich nicht freywillig anheischig gemacht hatte⁸⁵⁾); so scheint es, schon von dieser Seite betrachtet, eben keine seltsame Idee zu seyn, wenn man der Litiscontestation, welche überhaupt mit der Stipulation so viel Ähnlichkeit hatte, die Verbindlichkeit eines Contracts beylegte. Es läßt sich aber auch nicht füglich anders erklären, wenn Ulpian sagt, daß in solchen Fällen, wo sonst die actio de peculio gegen den Vater nicht statt findet, z. B. wenn der Sohn ein Delict oder Quasidelict begangen hat⁸⁶⁾), der Vater gleichwohl actione

84) *Io. Ortw. WESTENBERG de causis obligationum Diff. II. Cap. III. §. 27. et Diff. VI. Cap. V. §. 11.* WALCH *Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. 6. §. 2.* und WEBER von der natürlichen Verbindlichkeit §. 27. S. 82.

85) CICERO *pro Balbo* cap. 13. et *pro domo* cap. 30. WEBER Systemat. Entwicklung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 8. u. 9.

86) *L. 58. D. de Reg. iur.* Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. Denn der Vater giebt dem Sohn das Peculium nicht dazu, daß er es zu unerlaubten Hand.

actione iudicati de peculio belangt werden können, als daß diese Klage in einer solchen Verbindlichkeit ihren Grund haben müsse, die einem Contract ähnlich ist. Denn daß aus jedem Contract oder Quasicontract des Sohnes die actio de peculio gegen den Vater begründet war, ist bekannt. Diesen sind nun auch die Worte: *Proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligacionem*, welche Westenberg der gemeinen Meinung entgegen setzt, so wenig entgegen, daß sie vielmehr solche vorzüglich bestätigen. Denn der Sinn derselben geht, wie auch schon Heinrich Brenkman⁸⁷⁾ bemerkt hat, unschwer dahin, daß wenn gleich bei Verbrechen Anfangs nur der Sohn belangt werden kann, so begründet doch nachher die Litiscontestation auch eine Klage wider den Vater de peculio, welcher nun eben so actione iudicati belangt werden kann, als wenn der Sohn einen Contract geschlossen hätte. Daß durch die Litiscontestation auch eine Novation bewirkt wird, soweit sie nämlich dem Kläger vorteilhaft ist, läßt sich, wenn auch gleich Westenberg⁸⁸⁾ diesen Satz bestreiten will, dennoch eben so wenig bezweifeln. Ulpian⁸⁹⁾ sagt ausdrücklich: *Fit autem delegatio vel per stipulationem*

Handlungen gebrauche, sondern daß er darüber mit andern Verträge schließe, und auf eine erlaubte Art etwas damit zu erwerben suche. S. Rothier Pandect. Iustin. Tom. I. Tit. de peculio Nr. XXX. not. q.

87) Diatr. de Eurematicis, s. Commentat. in HERENNII MODESTINI librum sing. περὶ Εὐεματικῶν. (Lugd. Batav. 1706. 8.) Cap. XII. §. XIV. nr. 2. pag. 266.

88) Cit. loc. Diff. VI. cap. 5. §. 13. sqq.

89) L. II. D. de novat. et delegat.

tionem vel per litis contestationem; und Paulus⁹⁰⁾ bemerkt noch den Unterschied: Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicij accepti, und beweist dieses durch mehrere Beispiele, um zu zeigen, daß diese Novation, welche durch die Litiscontestation geschiehet, nur in so weit Statt finde, als sie dem Kläger zum Vortheil gereicht. Denn er setzt hinzu: *Neque enim deteriorem causam nostram facimus exercentes, sed meliorem; ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt*⁹¹⁾.

Die Wirkungen der Litiscontestation bestehen nun nach dem Röm. Rechte darin:

i) in Absicht auf die Klage.

a) Diese wird durch die Litiscontestation vergrößert, daß wenn sie vorher nur eine Temporal-Klage war, sie nun erst nach dreißig Jahren, eine perpetuirlische Klage aber erst nach vierzig Jahren erloscht⁹²⁾. Nach dem ältern Röm. Rechte war zwar

der

90) L. 29. D. rodem.

91) Man vergleiche auch die L. 86. u. L. 87. D. de Reg. iur. und DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 20. pag. 933. und in Commentar. ad Tit. XLII. Lib. VIII. Cod. de novationibus nr. 10. et 11. pag. 710.

92) Iac. CUJACIUS Observat. iur. Rom. Lib. XVIII. cap. 29: Franc. HOTOMANNUS Observation. Lib. III. cap. 28. BACHOVIVS ad Treutlerum Disput. XII. Th. 2. Lit. E. v. *Et temporibus.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4333. und Höpfner im Commentar über die Institutionen § 987. Andere behaupten jedoch, daß nach der Litiscontestation alle Klagen, Glücks Erläut. d. Pand. 6. Th.

der Kläger gegen alle Verjährung auf immer gesichert, wenn einmahl lis war contestirt worden⁹³⁾). Allein Kr. Theodosius beschränkte zuerst diese ewige Dauer der Klagen in einen Zeitraum von dreißig Jahren⁹⁴⁾). Kr. Valentinian III. änderte dieses zwar dahin ab, daß wenn eine Klage erst nach Verlauf von fünf und zwanzig Jahren, von Zeit ihrer Entstehung an gerechnet, wäre ange stellt worden, solche nachher nur noch zehn Jahre dauern sollte⁹⁵⁾). Allein Justinian hob diesen Unterschied wieder auf,

ohne Unterschied, und also auch Temporalklagen erst in 40 Jahren erlöschen. S. Io. Iac. WISSENBACH in Commentario ad L. ult. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor. pag 709. Fr. RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani Lib. VII. pag. 631. sqq. WINCKLER cit. Dissert. Sect. II. §. 4. Cbrist. Frid. POHL Diff. de fatiis praescriptionis longissimi temporis ex legibus Iustiniani. Lipsiae 1780. § 5. und Dan. SCHÜTTE Diff. de praescriptione litispendentiae. Goettingae 1784. Cap. II. §. 5. sqq.

93) L. ult. §. I. in fin. D. de fideiiffor. tutor. L. 9. §. 3. D. de iureiur. L. 24. pr. D. de liber. causa. L. 139. D. de Reg. iur. Princ. I. de perp. et tempor. act.

94) L. un. C. Theod. de act. certo tempore finiend. L. 3. C. de praesc. XXX. vel XL. annor. Der Urheber dieser Verordnung ist nicht Theodosius der Große, sondern Theodosius der Jüngere, wie schon an einem andern Orte bemerkt worden ist. (Commentar 3. Th. §. 277. S. 560. Not. 5.) Man siehe auch Hub. GIPHANIUS in Explanat. diffcilior. LL. Cod. ad L. 3. de praescr. XXX. vel XL. annor. pag. 255.

95) Nov. de episcopali iudicio. (in Collect. Novellar. Constitut. Imp. Iustiniano anterior. perpet. comment. illustr. opera Jo. Dan. RITTERI Lib. II. Tit. 12.)

auf, weil derjenige, welcher durch Anstellung der Klage und erfolgte Litiscontestation sein Recht zu verfolgen angefangen hat, an dessen Fortsetzung aber durch die Macht und Chikane seines Gegners oder durch andere Zufälle verhindert worden ist, mehr Begünstigung verdiene, und demjenigen nicht gleich zu achten sei, welcher sich seines Rechtes gar nicht bedient hat. Er verordnete daher, daß wenn der Kläger nach der Litiscontestation die Klage liegen ließe, dieselbe nicht in dreyzig, sondern erst nach vierzig Jahren, von dem letzten Schritt, der im Prozeß geschehen, an gerechnet, erloschen seyn solle⁹⁶⁾.

b) Wenn die Klage sonst nicht auf die Erben übergeht, so bekommt sie nun durch die Litiscontestation die Eigenschaft, daß sie sowohl von den Erben des Klägers, als gegen die Erben des Beklagten fort-

N 2

gesetzt

96) L. ult. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. L. 1. §. 1. Cod. de annuali except. VOET ad Pandect. h. t. §. 55. will behaupten, daß Justinian jene Perpetuität der contescirten Klagen durch die L. 13. §. 1. C. de iudiciis wieder aufgehoben, und dagegen verordnet habe, daß jede Klage, welche nach ihrer Anstellung nicht fortgesetzt worden ist, nach Abiauf von drey Jahren erloschen seyn solle. Allein das Gesetz enthält von einer solchen Abänderung nichts, sondern will nur so viel sagen, daß der Beklagte nach drey Jahren eine Entbindung von der Instanz erhalten kann: *volumus eum ab observatione iudicij relaxare*, wie Justinian §. 2. cit. L. 13. sagt. Man sehe CUJACIUS Lib. IX. Obs. 22. et Lib. XVIII. c. 29. Franc. RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani Lib. VII. pag. 632. STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 16. de cocceyi in iur. civ. controv. h. t. Qu. 25. und besonders SCHÜTTE cit. Diff. Cap. II. §. 9. et 10.

gesetzt werden kann⁹⁷⁾). Dies ist der Fall bei den
Pönal- und Injurienklagen.

c) Wenn

97) §. 1. I. de perpet. et temp. act. L. ult. §. 1. D. de fidei-
iusfor. tutor. L. 26. L. 58. D. de obligat. et action. L. 87.
L. 139. L. 164. D. de Reg. iur. L. 13. pr. D. de iniuriis.
Es scheint zwar, daß nach der L. 33. D. de obligat. et act.
eine Pönalklage schon auf die Erben des Beklagten übergehe,
wenn sie nur gegen den Verbrecher noch bey dessen Leben
angestellt worden, obgleich die Litiscontestation noch nicht er-
folgt war. Constitutionibus, sagt **Paulus**, quibus ostendi-
tur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus convenitus
fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi
lize contestata cum mortuo. Wirklich behaupten dieses auch
CUJACIUS in Commentar. ad L. 26. 33. et 58. D. de obligat.
et act. VINNIUS in Comment. ad §. 1. I. de perpet. et tempor.
act. **Ianus a Costa** in Praelection. ad illustriores quosd. Ti-
tulos, locaque select. iur. civ. (Ludg. Bat. 1773. 4.) pag. 209.
und PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. II. cap. 1. pag. 4 sqq.
Man sagt, es sey dies gegen die sonstige Regel des Civil-
rechts durch die Verordnungen der Kaiser einge-
führt worden. Allein erwägt man, daß eben dieser **Paulus**
zur Transmission einer Pönalklage auf die Erben an andern
Orten die Litiscontestation ausdrücklich erfordert; L. 24. pr.
D. de lib. causa. L. 87. D. de Reg. iur. L. 164. D. eodem.
daß auch eben dieses die einstimmige Meinung des **Ulpianus**,
L. 26. D. de obligat. et act. und L. 28. D. de iniur. und des
Callistratus sey, L. 58. D. de obligat. et act. daß ferner die
Kaiser selbst, nämlich sowohl **Diocletian** und **Maximian**
L. un. Cod. Ex delict. defunct. in quantum hered. conven.
als **Justinian** §. 1. I. de perpet. et temp. act. eben diese
Wirkung nur der Litiscontestation zuschreiben, und daß es
endlich nicht nöthig gewesen wäre, in der L. 1. C. Quando
libellus princ. dat. lit. contest. fac. der Einreichung einer
Klagschrift bey dem Regenten und der darauf erfolgten Me-
scripto.

c) Wenn die Klage eine Moxalklage ist, und das schädliche Thier nach der Litiscontestation stirbt, so bleibt

N 3

wenig-

scriptserlassung die Wirkung' der Litiscontestation in sofern belegen, daß die Klage auf die Erben übergehen könne, wenn schon die bloße Anstellung der Klage nach den Verordnungen der Kaiser zu Paulus Zeiten diese Wirkung hervorgebracht hätte; so entstehen hier Schwierigkeiten, die sich so leicht nicht heben lassen. Die Glossatoren, denen auch Pet. FABER in Comm. ad L. 86. et 87. D. de Reg. iur. Hub. GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. ad L. 33. D. de obligat. et act. pag. 60; und BAVIUS VOORDA in Notis ad *Iani a costa* paelection. cit. pag. 209. not. y. beypflichten, glauben nicht, daß die L. 33. cit. eine Abänderung des ältern Rechts enthalte, sondern sie verstehen die Worte des Paulus so, daß die Klage auf Privatstrafe sodann gegen die Erben des Verbrechers fortgehe, wenn dieselbe noch bey dessen Leben angestellt, und eine Litiscontestation erfolgt wäre. Die Worte: *quasi lite contestata cum mortuo*, zeigten also hier keine Impropietät, keine Fiction, sondern ipsum rei veritatem an, und wollten so viel sagen: *urpore* oder *quippe* *lite contestata cum mortuo*. Allein daß die L. 33. keine bloße Bestätigung jenes Rechtsgrundzuges enthalte, zeigen die Worte: *Constitutionibus placuisse*, ganz deutlich an. Andere wollen daher der Schwierigkeit durch eine Veränderung des Textes abhelfen, und lesen *transmissam non videri*. So halo ander und Gaudoza. Allein die gemeine Leseart bestätigt die Florentinische Handschrift der Pandecten; S. IAUCHIUS in Meditat. crit. de Negationibus Pandect. Flor. Cap. 5. pag. 84. Nach jener Leseart würde auch die Particul *etiam* ganz ohne Bedeutung da stehen. Andere erklären diese Stelle von einer Criminallage, welche auf eine öffentliche Geldstrafe wider den Verbrecher angestellt worden ist; als Ant. FABER Conjectur. Lib. VII. cap. ult. Em. MERILLIUS Observat. Lib. IV. cap. 2. und Iac.

VOOR-

wenigstens die Verbindlichkeit zum Schadensersatz noch fortdauernd; dagegen hebt dieser Todesfall die Klage

VOORDA Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 19. Allein diese Meinung widerlegen theils die Worte: *si vivus convexus fuerat*, welche bey einer Criminalklage nicht gebräuchlich sind, wie auch Kleinschrod in der systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts z. Th. §. 23. S. 94. bemerkt hat; theils lehrt die L. 20. D. *de accusat.* daß bey öffentlichen Verbrechen die Geldstrafe nur dann von den Erben gefordert werden kann, wenn die Verurtheilung des Verbrechers noch bey dessen Leben erfolgt ist. Die letztern Worte dieser Stelle aber: *Ex caecoris vero delictis poena incipere ab berede ita demum potest, si vivo reo accusatio mora est, licet non fuit condemnatio secuta*, sind blos von Privatverbrechen zu verstehen, wie Kleinschrod a. a. erwiesen hat. Sie würden also, wenn sie nach den Worten erklärt werden könnten, vielmehr einen neuen Beweis geben, daß die Strafe bey Pönalklagen auf die Erben übergehe, wenn nur die Klage gegen den Verbrecher noch bey dessen Leben wäre angestellt worden, was sich aber doch mit andern Gesetzen nicht vereinigen läßt. VOET ad Pand. h. t. §. 149. weiß sich endlich nicht anders zu helfen, als eine Interpolation des Tribonians anzunehmen, zu dessen Zeiten die Verjährung auch durch die bloße Citation sey unterbrochen worden; welches aber bey so vielen andern Stellen, die die Wirkung der Transmission bey den Pönalklagen der Litigation zuschreiben, höchst unwahrscheinlich ist. Unter allen Erklärungen der L. 33. scheint daher diejenige das meiste für sich zu haben, nach welcher diese Stelle aus der L. 10. §. 2. D. *Si quis cauit. in iud. fist. c. face.* erklärt, und von dem Falle verstanden wird, da der Beklagte aus Ungehorsam und Chikane nicht mit dem Kläger item contestirt hat. Dies lehren die Worte: *quia si ad iudicium venisset,*

ge ganz auf, wenn er vor der Litiscontestation erfolgt ist⁹⁸).

2) In Absicht auf den Gegenstand des Prozesses. Dieser wird

a) durch die Litiscontestation dergestalt streitig, daß nun der Beklagte die in Anspruch genommene Sache weder veräußern, noch sonst eine Veränderung zum Nachtheil des Klägers mit derselben vornehmen darf⁹⁹). Hat er selbige von dem Orte, wo die Klage wider ihn angestellt worden, weggebracht, so muß er sie auf seine Kosten wieder herbringen¹⁰⁰). Die Sache muß also unverändert in dem Zustande gelassen werden, in welchem sie sich zur Zeit der Litiscontestation befand¹). Von dieser Zeit an muß daher

N 4

b) auf

nisset, item cum eo contestari actor potuisset, welche ANTONIUS FABER in Rational ad L. 10 cit. ohne hinlänglichen Grund für einen Zusatz des Tribonianus hält. Diese Erklärung haben CARPOV Lib. III. Respons. 39. HARTM. PISTOR Quaest. iuris P. I. Qu. 27. nr. 7. et 8. LAUTERBACH in Disp. de transitione actionum. TUBING. 1653. Th. 38. u. m. a.

98) L. 1. §. 13. et 16. D. Si quadrupes pauper. fec. dic. IAC. GOTHOFREDUS in Commentar. ad Tit. Dig. de div. Reg. iuris ad L. 139. h. t. pag. 536.

99) L. 13. D. famil. ercisc. L. 1. Cod. Communi divid. Tot. Tit. Dig. et Cod. de litigios.

100) L. 12. D. de Rei vindicat.

1) L. 2. D. de usur. et fruct. L. 91. §. 7. D. de legat. I. Wo es heißt: Causa eius temporis, quo lis contestabatur, re praesentari debet actori; et quale est, cum peritur, sale dari debet. Daß der Ausdruck cum peritur: das tempus iudicij coepit andeutet, lehrt L. 15. D. Ratam rem haberi.

b) auch selbst der redliche Besitzer alle Früchte der Sache restituiren, und zwar nicht nur diejenigen, welche er wirklich gefährdet hat, sondern auch die, welche bey angewandtem gewöhnlichen Fleiß eines guten Wirths noch hätten gezogen werden können²⁾). Er muß ferner für alle Deteriorationen haften, welche er mit Vorsatz oder durch seine Schuld verursacht hat³⁾), und überhaupt dem Kläger alles dasjenige prästiren, was derselbe gehabt hätte, wenn ihm die Sache zur Zeit der Litiscontestation wäre ausgeliest worden⁴⁾). Daher die Regel: *Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*⁵⁾; welche nachher durch die Erklärung der Röm. Rechtsgelehrten dergestalt erweitert wurde, daß man den Anfang der malae fidei des Besitzers sogar auf die Zeit zurück rechnete, da derselbe von der wider ihn erhobenen Klage die erste Wissenschaft erhalten hat⁶⁾). Der Beklagte bleibt aber doch von einem solchen

2) L. 1. §. 1. C. de petit. heredit. L. 22. Cod. de Rei vindic.
L. 2. C. de fruct. et lit. expens. §. 2. I. de offic. iud.

3) L. 45. D. de Rei vind. L. 4. §. 2. D. fin. regund. L. 25.
§. 8. D. de aedil. edicto.

4) L. 40. pr. D. de heredit. petit. L. 20. D. de Rei vindicat.
L. 31. D. de reb. credit.

5) L. 25. §. 7. D. de heredit. petit. L. 45. D. de rei vindicat.

6) L. cit. 25. §. 7. D. de hered. petit. wo Ulpian die Worte besfügt: *quin immo post controversiam motam*; und in der L. 20. §. 11. D. eodem sagt eben dieser Jurist: *Ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor*. Man sehe auch L. 31. §. 3. D. eadem. Franc. de AMAYA Observat. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 31. et 32. glaubt zwar, dies gelte nur von der Erbschaftsklage. Bey der Reivindication hingegen und andern Klagen trete die mala fides des Besitzers nicht vor der

phen unrelichen Besitzer, der es von Anfang an gewesen, dadurch sichtbar unterschieden, daß er für keine Unglücksfälle haften darf, wenn sie auch die Sache in des Klägers Gewahrsam nicht betroffen haben würden⁷). Denn eigentlich kann man doch nicht sagen, daß der bona fide possessor durch die ihm geschehene Edition der Klage schon immer gleich die vollkommene Überzeugung von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes erhält, als welche erst vom Beweß des Klägers abhängt; sondern es wird dadurch nur eigentlich seine bona fides wegen des ungewissen Ausgangs des Processe wankend gemacht⁸). Er wird also durch die Litiscontestation nicht *naturaliter* in malam fidem versetzt, sondern nur *civiliter* in Rücksicht gewisser rechtlicher Folgen einem mala fidei possessori gleich geachtet, wie §. 567. weiter gezeigt werden soll⁹).

N 5

3) In

Litiscontestation ein. Allein daß dieser Unterschied ungegründet sei, hat schon *Ant.* FABER Rational. ad. L. 25. §. 7. D. de heredit. petit. gezeigt.

7) *L. 16. pr. et §. 1. D. de Rei vindicat.* *L. 40. princ. D. de heredit. petit.*

8) *L. 10. C. de acquir. vel retin. poss.*

9) Man vergleiche hier vorzüglich *Christph. Christ. HASSE* Diss. de litis contestatione an et quatenus bona fide possessor per eam in mala fide constituatur. *Goettingae* 1780. *Io. Frid. Guil. SCHLEGEL* Diss. de discriminis inter possessionem bona et mala fidei eiusque effectu civili secundum iuris Rom. principia. *Havniae* 1790. Sect. I. §. 6. nr. 5. et 6. *Ernst Christ. Westphals System des Röm. Rechts* über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum u. Verjährung §. 933. ff. *Höpfer* im Commentar über die Institutionen §. 987. Not. 2.

3) In Ansehung der streitenden Theile.
Diese müssen

a) den Procesß bei dem Richter forsetzen, dessen Gerichtsbarkeit sie durch die Litiscontestation einmahl anerkannt haben. Daher die Regel: *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*¹⁰⁾. Dies gilt auch von ihren Erben, wie Javolen¹¹⁾ sagt: *Si is, qui Romae iudicium acceperat, decepit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet.*

b) Wenn sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer der Sache ausgegeben, weswegen ihn der Kläger, der ihn für den Besitzer hiebt, in Anspruch genommen hat, und er hat sich einmahl auf den Rechtsstreit eingelassen (*liti se obtulit*); so muß er nun auch die Sache mit dem Kläger ausmachen, und er kann zum Ersatz des Werths und alles übrigen Interesse verurtheilt werden¹²⁾, wenn er nicht beweisen kann, daß der Kläger das Gegentheil gewußt habe¹³⁾. Denn in diesem Falle hätte sichs der Kläger freylich selbst zuzuschreiben, daß er ohne Nutzen Jes-

man-

WINCKLER cit. Diff. Sect. II. §. 8. und HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1676.

10) L. 30. D. *de iudiciis.*

11) L. 34. D. *eodem.*

12) L. 25. et 27. pr. D. *de Rei vind.* L. 13. §. 13. D. *de Heredit. petit.* L. 45. D. *eodem.* Aem. Lud. HOMBERGK ZU VACH Diff. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746.

13) L. 45. D. *de hereditat. petit.*

De iudiciis, et ubi quisque agere vel etc. 203
manden in Anspruch genommen, den er nur als Besitzer
belangen konnte^{14).} Endlich

c) erlangt der Procurator durch die Litiscontestation
das Eigenthum des Rechtsstreits¹⁵⁾, von dessen Wirkun-
gen schon bey einer andern Gelegenheit gehandelt worden
ist^{16).}

Hieraus erhellt nun, wie wahr es sei, wenn Paulus
sagt: daß durch die Litiscontestation die Lage des Klägers
nicht verschlimmert, sondern meist verbessert werde^{17).}

Heutiges Tages läßt sich

i) bei der Einlassung auf die Klage kein Quasi Con-
tract mehr annehmen^{18).} Denn

a) gehört überhaupt die ganze Theorie des Röm. Rechts
von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu zu den über-
triebenen Subtilitäten, wovon der Grund, wodurch die rö-
mischen Juristen veranlaßt wurden, alle Rechte und Ver-
bind-

14) L. 26. D. *de Rei vindicat.* Westphals System des
Röm. Rechts über die Arten der Sachen ic. §. 922.

15) L. 4. §. ult. D. *de appellat.*

16) Commentar 5. Th. I. Abth. §. 390. S. 243. f.

17) L. 86. D. *de Reg. iur.* Non solet deterior conditio fieri
eorum, qui litem contestati sunt; sed plerumque melior. S.
Jac. GOTHOFRDUS in Commentar. ad L. 86. D. *de Reg. iur.*
pag. 402.

18) WINCKLER cit. Diff. de discrim. L. C. vet. et hod. Sect. III.
§. 2. p. 56. Anderer Meinung ist jedoch HOFACKER Princip.
iur. civ. Tom. III. §. 4383.

bindlichkeiten, soviel möglich, auf Contracte zu reduciren, bei uns ganz wegfällt^{19).}

b) Ist die heutige Litiscontestation keine Bilatera-
handlung mehr, sondern eine bloß einseitige Handlung des
Beklagten. Endlich

c) bedarf es auch h. z. keiner besondern Willens-
erklärung der Parteien mehr, daß sie den Prozeß, so
wie er angefangen worden, fortführen, und dem Erkenntniß
ein Genüge leisten wollen. Denn die Wirkung der Litis-
pendenz ist schon Folge einer gehörig insinuirten Citation.
Von dieser Zeit an dürfen vermöge der Clem. 2. *Ut lite
pendente nibil innovetur* keine Neuerungen vorgenommen
werden, sondern es muß dem Prozeß in der Maße, wie
er anhängig gemacht worden ist, sein Lauf gelassen werden.
So wenig also der Beklagte die in Anspruch genommene
Sache veräußern, oder sonst Veränderungen damit vorneh-
men darf, so wenig findet auch eine Veränderung des Ge-
richtsstandes weiter Statt^{20).} Endlich daß der Beklagte
das leste, wozu er verurtheilt worden ist, dazu bedarf es
auß seiner Einwilligung nicht, sondern dazu kann er wider
seinen Willen gehalten werden. Dahingegen finden

2) die Wirkungen der Novation auch noch heut
zu Tage Statt. Winkler²¹⁾ läugnet zwar, daß durch
die

19) S. Herrn Prof. Webers Systemat. Entwicklung der Lehre
von der natürlichen Verbindlichkeit §. 29. S. 90.

20) Cap. 19. X. *de foro competente.* S. meinen Commentar
z. Th. §. 236. d. S. 350. HUFACKER Princip. iur. civ. Tom.
III. §. 4350. und WINCKLER cit. Diff. Sect. III. §. 5.

21) Diff. cit. Sect. III. §. 2.

die heutige Litiscontestation eine Novation bewirkt werden könne, weil diese nur eine Folge des Quasi-Contracts war. Allein er kann doch selbst nicht läugnen, daß die Folgen der Novation auch noch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche gelten. Wenn daher auch gleich h. z. L. schon durch die Citation die Verjährung unterbrochen wird; so sind doch darin unsere practische Rechtsgelehrten²²⁾ einverstanden, daß die Klagen erst durch die Litiscontestation perpetuiert werden, und solche Klagen, die sonst mit dem Tode des Klägers oder des Beklagten erloschen, auch heutiges Tages erst nach der Einlassung auf die Erben übergehen.

§. 504.

Findet Aenderung der Klage noch nach der Litiscontestation statt? Unterschied zwischen Aenderung, Verbesserung und Erläuterung der Klage.

Zu den vorzüglichsten Wirkungen der Litiscontestation rechnet man gewöhnlich auch noch die, daß nach derselben keine Aenderung der Klage mehr statt findet. Man versteht nämlich unter Aenderung der Klage, wenn entweder ein ganz anderer Klagegrund substituiert, oder mit Beybehaltung des Klagegrundes die Klage auf einen andern Gegen-

22) CARPOV Iurisprud. for. P. IV. Const. XLVI. Def. 6. et Respons. iuris Lib. III. Tit. IV. Resp 38. BERGER Oecon. iuris L. II. Tit. II. §. 26. Not. 13. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 316. a PUFFENDORF Observat iur. univ. Tom. IV: Obs. 94. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 69. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. pag. 4285. DANZ Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processeß §. 38. und HÖPFNER im Commentar über die Institutionen. §. 987. nr. 4. und Not. 4.

Gegenstand gerichtet wird. Eine solche Aenderung der Klage ist zwar vor der Litiscontestation, wenn die Kosten erstattet werden, ohne allen Zweifel erlaubt; nachher aber findet sie nicht mehr Statt, sondern der Kläger muß die angestellte Klage fallen lassen, dem Beklagten alle Kosten ersehen, und den Prozeß von neuem anfangen. Denn eine neue Klage, sagt unser Verf. erfordert eine neue Einlassung; ist diese nun aber einmahl geschehen, so kann sie in dem nämlichen Prozeß nicht noch einmahl verlangt werden. Anders ist es, wenn die Klage blos verbessert oder erläutert wird. Eine Verbesserung der Klage geschieht, wenn alles Vorige im Wesentlichen bleibt, und nur eine in der Klagschrift eingelaufene Unrichtigkeit abgeändert, oder eine Nebenverbindlichkeit nachgeholt wird. Z. B. wenn der Kläger in Absicht auf die Größe der geforderten Schuld, oder in Ansehung der geforderten Münzsorte, oder in Ansehung der Zeit der contrahirten Schuld einen begangenen Irrthum berichtigt, oder die in der Klage vergessenen Früchte und Zinsen noch nachher fordert. Eine Erklärung der Klage (*declaratio libelli*) geschieht hingegen, wenn der Kläger dasjenige, was er in der Klage nicht bestimmt genug vorgetragen hat, nachher näher bestimmt, und deutlicher erklärt. Beydes ist sowohl vor als nach der Litiscontestation solange erlaubt, als in der Hauptsache noch nicht geschlossen ist. Alles dieses ist nun nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht dem mindesten Zweifel unterworfen²³⁾). Allein desto mehr wird darüber gestritten.

²³⁾ SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. I. cap. I. §. 14. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 750. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4375. Clap. roth

gestritten, ob und wie lange nach dem Römischen Rechte die Aenderung der Klage erlaubt sei? Daß sie vor der Litiscontestation statt habe, ist in der *L. 3. Cod. de edendo* deutlich entschieden, wo es heißt: *Edita actio speciem futurae litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet*, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit aequitas. Die hier beigefügten Bedingungen bestehen, wie *Hugo Donellus*²⁴⁾ ganz richtig bemerkt, darin: 1) daß die abgeänderte Klage dem Beklagten aufs neue edirt, auch ihm deshalb eine neue Besenkzeit gestattet werde; und 2) daß ihm die Kosten ersetzt werden müssen. Ob aber das Röm. Recht die Aenderung der Klage auch noch nach der Litiscontestation in eodem iudicio erlaube, ist sehr zweifelhaft. Verbindet man mit der oben angeführten *L. 3.* die *L. un. C. de lit. cont.* welche, wie schon bei einer andern Gelegenheit bemerkt worden ist, ursprünglich zusammen gehörte, und eine Verordnung ausgemacht haben, so scheint es, daß die Frage zu verneinen sei. Denn aus der Verbindung beider Stellen ergiebt sich, daß die Kr. Sever und Antonin den Unterschied inter *litem contestatam* und *editam actionem*, vorzüglich in Rücksicht auf die Aenderung und Verbesserung der Klage, zeigen wollen, wie auch *Gerhard Vloodt*²⁵⁾ bemerkt hat. Nun sagen sie: *Inter litem contestatam et editam actionem per-*

roth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß z. Th. §. 133. Danz Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Prozesses §. 487. *Ferd. Gottb. FLECK* Diss. de discriminis inter mutationem et emendationem libelli. *Lipsiae* 1790.

24) *Comment. ad L. 3. C. de edendo* pag. 10.

25) *De iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 13.* pag. 111.

permultum interest; und bemerken nur von der letztern, daß es erlaubt sey, diese zu ändern und zu verbessern, quia edita actio tantum speciem futurae litis demonstrat. Einen andern Grund für diese Meinung giebt die Natur der römischen Litiscontestation, vermöge welcher die Partien quasi ex contractu verbunden waren, den Proceß, so wie er angefangen ist, fortzuführen und zu beenden. So wie nun kein Theil wider den Willen des Andern von einem geschlossenen Contract wieder abgehen darf, so konnte ja auch der Kläger nicht wider den Willen des Beklagten eine neue Klage substituiren. Noch mehr bestätigt diese Meinung die alte Römische Proceßform, vermöge welcher die Sache nach der Litiscontestation an den iudicem pedaneum verwiesen wurde. Dieser mußte sich aber an seine Instruction (formulam iudicij) halten, und konnte über keine andere Klage erkennen, als welche in der Formel des Prätors enthalten war, die Klage mochte stricti juris oder bonae fidei seyn. Dies lehrt Javolen²⁶⁾, welcher bei Gelegenheit einer Theilungsklage sagt: ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest. Aus diesen Gründen behaupten daher die meisten Rechtsgeshrten²⁷⁾, daß nach der Litiscontestation auch das Römische Recht keine Änderung der Klage in der nämlichen

Ins.

26) L. 18. D. Communi divid.

27) Man sehe NOODT c. l. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. II. Tit. XIII. §. 11. EV. OTTO in Commentar. ad §. 35. I. de actionib. I. Guil. MARCKART Interpretat. receptat. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 17. WINCKLER cit. Diff. de discrim. L. C. iure vet. et hod. Sect. II. §. 6. pag. 40. de COCEJI iur. civ. controv. Tit. de Edendo Qu. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4375. u. a. m.

Instanz gestatte, sondern der Kläger müsse einen neuen Prozeß anfangen, und dem Beklagten wegen der vergeblich angestellten Klage alle Kosten erstatten, obwohl er übrigens die neue Klage vor eben dem Richter anstellen könne. Man pflegt dies noch insonderheit mit dem Auspruch des Paulus²⁸⁾ zu bestärken, welcher sagt: Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est. Diesen Gründen haben nun aber Donellus²⁹⁾, Giphanius³⁰⁾, Voet³¹⁾, und Wissenbach³²⁾ so viel entgegen zu schenken gewußt, daß man sich nicht wundern darf, wenn mehrere Rechtsgelehrten geradezu behaupten, daß nach dem Römischen Rechte die Aenderung der Klage ohne Unterschied sowohl vor als nach der Litiscontestation und zwar in dem nämlichen Prozeß erlaubt sei³³⁾. Die meiste Schwierigkeit macht unstreitig §. 35. I. de action. wo Justinian sagt: Si quis aliud pro alio intenderit; nihil eum periclitari placet, sed in eodem iudicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti, si is, qui hominem Stichum petere

28) L. 23. D. de iudiciis.

29) Commentar. ad L. 3. Cod. de Edendo. pag. 11. sqq.

30) Explanat. difficilior. ac celebrior. Legum Cod. ad L. 3. Cod. de Edendo. pag. 34. sqq.

31) Comment. ad Pandect. Lib. II. Tit. XIII. §. 9.

32) Exercitat. ad Pandect. Part. I. Disput. VIII. §. 20.

33) VINNIUS in Comment. ad §. 35. I. de actionib. Ian. a COSTA in Comment. ad eund. §. 35. I. Pet. de GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. VII. §. 9. und Io. ORTIN. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. II. Tit. XIII. §. 12.

tere deberet, Eretum petierit: aut si quis ex testamento sibi dare oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur. Dass Justinian hier etwas ganz Neues habe verordnen wollen, wie Janus a Costa behauptet, welcher daher statt permittitur *permittimus* liest, ist darum nicht glaublich, weil auch schon Paulus³⁴⁾ die Aenderung der Klage für zulässig hält, so lange der Proces noch nicht geendigt ist. Si detracta noxae deditio, sage dieser Jurist, quasi cum conscientia domino actum sit, qui non erat conscientius, absolutione facta, et finito iudicio, amplius agendo cum noxae deditio, exceptione rei iudicatae summovebitur: quia res in superius iudicium deducta, et finita est. *Donec autem prius iudicium agitur*, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque, si cum eo, qui scit, cum noxae deditio actum sit: amplius in dominum, detracta noxae deditio, danda actio non est. *In ipso autem iudicio*, si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus. Andere³⁵⁾ wollen daher diese Stellen so verstehen, dass der Kläger, um die Klage zu ändern, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand habe suchen müssen; und weil diese Restitution heut zu Tage nicht mehr nöthig sei, so könne von der Vorschrift des Römischen Rechts kein Gebrauch mehr gemacht werden³⁶⁾. Dagegen hat nun aber freylich schon Voet³⁷⁾ nicht

34) L. 4. §. 3. *D. de noxal. ac.*

35) NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 13. pag. III. WINCKLER c. I. HOFACKER c. I.

36) *de cocceji* c. I. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. e.

37) Cit. loc. pag. 123.

nicht ohne Grund erinnert, daß in keiner der angeführten Stellen von einer prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Rede sei. Es läßt sich daher auch hierdurch die Schwierigkeit eben so wenig heben, als wenn Andere³⁸⁾ die Worte Justinians: *in eodem iudicio* so erklären wollen, daß die abgeänderte neue Klage *apud eundem iudicem* angestellt werden könne. Denn wer die römische Bedeutung des Worts *iudicium* kennt (§. 495.), kann wohl dem Wissenbach³⁹⁾ nicht Unrecht geben, wenn er diese Erklärung eine violentam interpretationem nennt. Die Sache bleibt also nach dem Römischen Rechte zweifelhaft.

§. 505.

Hauptpersonen beym Proceß. Hauptfordernisse des Richters.

Die Hauptpersonen, welche bey dem Proceß vorkommen, sind

1) die streitenden Theile, nämlich der Kläger und der Beklagte. Erster ist derjenige, welcher durch ein gerichtliches Rechtsmittel sein Recht gegen einen andern dergestalt verfolgt, daß er dadurch zuerst die Sache an die Richter bringt, und von demselben verlangt, daß er ihm durch Verurtheilung seines Gegners zu seinem Recht verhelfe. In summarischen Sachen wird er *Imporant*, auch *Imperant* genannt. Der Beklagte

O 2

hinc

38) HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 35. pag. 511.
und MARCKART cit. Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I
cap. 17. pag. 117.

39) Disputat. ad Institut. Disput. XLVI. §. 80.

hingegen ist derjenige, wider welchen geflagt wird, oder welcher von dem Kläger gerichtlich in Anspruch genommen wird, dieser heißt im summarischen Procesß *Implorat*, auch *Impetrat*. Zuweilen können beide Theile in dem nämlichen Procesß Kläger und Beklagter zugleich seyn. Dies ist der Fall bey den iudiciis duplicibus, z. B. bey den Theilungsklagen (§. 716.)⁴⁰⁾. Die Parthenen müssen übrigens die Fähigkeit haben, vor Gericht zu handeln, (*iustum personam standi in iudicio habeant*) wovon ich §. 529. ein mehreres sagen werde.

2) Der Richter. Darunter wird überhaupt diese Person verstanden, welche zur Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtsachen bestellt ist. Dieser ist entweder durch ein Kompromiß der Parthenen gewählt, oder unter öffentlicher Auctorität bestellt. Im ersten Falle ist es ein *Schiedsrichter*, arbiter oder *iudex compromissarius*. In dem letztern Falle wird eine solche Person, welche unter öffentlicher Auctorität streitige Rechtsachen untersucht und entscheidet, ein Richter oder *iudex im eigentlichen Verstande* genannt⁴¹⁾. Ein solcher *iudex* war ehemals bey den Römern entweder ein *magistratus Populi Romani*, oder ein *iudex pedaneus*, je nachdem er entweder zur Ausübung der Gerichtsharkeit vom Staat selbst authorisiert, oder von einer Magistratsperson zur Cognition und Entscheidung einer ihm aufgetragenen streitigen Rechtsache mittelst einer gewissen Formel bestellt war. Dass auch selbst *magistratus Populi Rom.* in den römischen Gesetzen nicht selten *iudices* genannt werden,
ist

40) L. 2. §. 3. D. fam. ercise.

41) L. 78. D. b. 2. sagt daher: *Iudicare munus publicum est.*

ist schon bey mehrern Gelegenheiten bemerkt worden⁴²⁾. Da jedoch der Unterschied zwischen *magistratus* und *iudex pedaneus* im neuern Römischen Rechte aufgehoben ist⁴³⁾; so wird heut zu Tage derjenige ein Richter genannt, welcher vermöge eines öffentlichen Amtes die Gerichtsbarkeit verwaltet⁴⁴⁾.

Die Hauptfordernisse eines Richters sind,

- 1) daß er die Fähigkeit habe, Rechtsstreitigkeiten zu untersuchen, und zu entscheiden. (*Habilitas*).
- 2) Dass er ein rechtschaffener, wahrheitssiebender Mann sei, von dem sich eine unparthenische Gerechtigkeitsverwaltung erwarten lässt. (*Integritas*).
- 3) Dass ihm sowohl über den Beklagten, der vor ihm belangt worden ist, als in der Sache, worüber der Streit obwaltet, sicc. Gerichtsbarkeit zustehe. (*Competentia iudicis*).

O 3

§. 506.

42) Selbst in der *L. 1. D. b. 2.* wird ein jeder *Iudex* genannt, qui Tribunali praest, vel aliam iurisdictionem habet. Man sehe auch *L. 4. §. 1. D. de interr. in iure fac.* und *Io. WYBO lib. sing. de interrogationibus in iure.* (*Lugd. Batav. 1732.*) Cap. V. pag. 62. sqq.

43) Man sehe den 3. Th. dieses Commentars §. 190. Durch die *L. 2. C. de pedan. iud.* wurde jedoch iudicium dandorum mos noch nicht völlig aufgehoben. *S. NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 15. p. 116.*

44) MALBLANC *Conspiclus rei iudicariae Rom. Germanicae.* (*Norimb. et Aledorf. 1797. 8.*) Sect. II. Cap. II. §. 135.

§. 506.

I) Wer ist zum Richteramte unfähig?

U n f ä h i g zum Richteramte sind alle diejenigen, welche ein physischer oder moralischer Mangel an der Verwaltung desselben hindert. Dahin gehören Taube, Stumme, Nasende und Wahnsinnige, nach dem Röm. Rechte⁴⁵⁾ zwar nur solche, die es beständig sind; allein heut zu Tage auch diejenigen, welche vernünftige Zwischenräume haben⁴⁶⁾. Ferner Blinde. Ein Richter wird zwar darum seines Amts nicht entsezt, weil er blind geworden ist, sondern er muß die Handlungen durch einen Deputirten verrichten lassen, die das Gesicht, oder eine Beaugenscheinigung erfordern⁴⁷⁾. Allein zu einem obrigkeitlichen oder
richter-

45) L. 12. §. 2. D. b. t. sagt: *perpetuo furiosus*.

46) Nach dem Röm. Rechte konnte auch ein Nasender, wenn er lichte Zwischenräume hatte; vom Prätor zum Jüdex bestellt werden, wenn er gleich zu der Zeit noch furiosus war. Der Auspruch war gültig, den er that, nachdem er wieder bey Verstande war. Dies ist der Sinn der L. 39. pr. D. b. t. bey dem zwar *Io IENSUS* in *Strictur. ad Rom. iuris Pandect.* pag. 29. sq. manches ungereimt findet, und daher verbessern will; allein ohne hinlänglichen Grund, wie *Bach* in der unpartheischen *Critik über Jurist. Schriften* 1. Band S. 184. gezeigt hat. Nach dem heutigen Rechte ist jedoch von diesem Gesetz kein Gebrauch zu machen. *MALBLANC* cit. *Conspectus* §. 137. *LAUTERBACH* Colleg. Pand. h. t. §. 35. und *Danz* *Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes* §. 24.

47) L. 1. §. 5. D. de postul. *WERNHER Observat. for. T. I.* P. III. Obs. 31. *Frid. Henr. Max. KERSTEN* Diss. *de visu privatis eorumque iuribus. Lipsiae 1773.* §. 8.

richterlichen Amte wird ein Blinder nicht befördert ⁴⁸⁾. Die Ausnahme, die das Röm. Recht ⁴⁹⁾ bei einem iudice pedaneo macht, findet heutiges Tages ohnehin nicht mehr Statt. Nach dem Röm. Rechte soll ferner Niemand unter achtzehn Jahren zum iudex pedaneus bestellt werden ⁵⁰⁾; eben dieses findet nach dem kanonischen Rechte auch bei den iudicibus delegatis Statt, wenn die Delegation von einem Andern, als vom Landesherren, geschehen ist ⁵¹⁾. Ist hingegen ein Minderjähriger zwar über 18, aber noch nicht 20 Jahre alt, so kann ein solcher nur mit Einwilligung der Parthenen in ihrer Streitsache zum Richter bestellt werden ⁵²⁾. Allein der Staat sieht auf kein gewisses Alter, sondern blos auf Tüchtigkeit. Wenn dieser daher einem Minderjährigen ein Richteramt ertheilt, so kann derselbe in allen Sachen seiner Gerichtsunterthanen die Gerichtsbarkeit gültig ausüben ⁵³⁾. Unsfähig sind ferner Ehrlose, der Rechte unkundige, und

O 4 Frauens.

48) STRYK Tr. de iure sensuum Diff. II. Cap. IV. nr. 7. sqq.

49) L. 6. D. b. r. Coecus iudicandi officio fungitur. Mehrere Rechtsgelehrte glauben ohnedem, daß dies durch die L. 2. et 3. C. de sentent. ex peric. recit. geändert sey. S. LAUTERBACH h. t. §. 35. in sin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 180.

50) L. 57. D. de re iudicata.

51) Cap. 41. X. de offic. et pot. iud. del.

52) HOFACKER c. l. §. 418 I. und MALBLANC cit. Conspectus.
§. 137.

53) *L. 57. D. de re indic.* Certe si magistratum minor gerit, dicendum est, iurisdictionem eius non improbari. Princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia gerere decrevit.

Frauenpersonen. Die Patrimonialgerichtsbarkeit macht hiervon keine Ausnahme, wie unser Verf. irrig glaubt. Denn wenn sie gleich mit dem Gute, dem sie anklebt, auf jeden Besitzer übergeht, und daher auch solchen Personen als ein Recht zustehen kann, welche die zur Verwaltung des Richteramtes erforderlichen Eigenschaften nicht haben; so kann sie doch nur von solchen Personen verwaltet werden, die des Richteramts fähig sind^{54).}

§. 507.

II) Von wem lässt sich keine unparthenische Rechtspflege erwarten?

Der Richter darf ferner weder mit der streitigen Sache selbst, noch mit einer der streitenden Parthenen in einer solchen Verbindung stehen, daß ein nachtheiliger Einfluß bei der Rechtspflege zu besorgen ist. Daher kann

I) niemand Richter in seiner eigenen Sache seyn^{55).} Es kann jedoch eine Sache nur dann als eigene Sache des Richters angesehen werden, wenn derselbe für seine Person unmittelbaren Vortheil oder Nachtheil von dem Ausgange des Prozesses hat^{56).} Reinesweges aber ist diejenige dafür zu halten, da der Richter, wozu ihn Pflicht und

54) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gener. §. 9.
Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 24. Mot. c.

55) L. un. Cod. ne quis in sua causa iudicet. Ge. Christ. WOELCKER Diss. de iudice in propria causa. Altdorf. 1709.

56) L. I. §. 11. D. Quando appelland. sit. Palam est, eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.

und Gewissen auffordern, blos die Rechte und das Ansehen des ihm anvertrauten Amtes zu vertheidigen sucht⁵⁷⁾). Daher ist zu erklären, warum der Richter über die vorgeschünte Eintrede des incompetenten Gerichtsstandes selbst erkennen⁵⁸⁾), und die ihm bei der Verwaltung seines Amtes wiederfahrene Injurien selbst strafen kann⁵⁹⁾).

2) Niemand darf seinen Eltern, seiner Ehefrau, seinen Kindern, oder andern nahen Anverwandten und Ver schwägerten, noch auch seinem Hausgesinde Recht sprechen.

a) In Criminallässchen verbietet dieses namentlich das Cornelische Gesetz von Injurien, *qua lege cavetur*, wie Ulpian⁶⁰⁾ sagt, *ut non iudicet, qui ei, qui agit, gener, sacer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve contingat.*

D 5

b) In

57) *de cocceji ius civ. controv.* Lib. II. Tit. I. Qu. 8. Except. 2.

58) L. 2. §. 6. L. 5. D. b. 2. L. 2. pr. D. Si quis in ius voc. non ier. VOET ad Pand. Tit. de iurisdict. §. 51. Eine Ausnahme macht ZIEGLER in Dicatice Conclus. XII. §. 32. bei der Patrimonialgerichtsbarkeit; man sehe jedoch Io. Henr. BERGER Disp. de potestate personae publicae in se ipsam. Vitemb. 1692. Th. 58.

59) L. 33. D. *de iniur.* Cap. I. *de poenis in 6to.* VOET ad Pand. h. t. §. 2. Io. Henr. BERGER Disp. cit. de potestate personae publicae in se ipsam Th. 52. sqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Spec. LXVIII. med. 6. und SCHORCH Nova Collect. Responser. et Sentent. select. Facult. iurid. Erfordiens. Nr. VI.

60) L. 5. D. *de iniur.*

b) In streitigen Civilrechtsachen geht dies aber auch nicht an, wie ebenfalls Ulpian⁶¹⁾ lehrt: *Qui iurisdictio- ni praeest, neque sibi ius dicere debet, neque uxori, neque liberis suis, neque libertis, vel caeteris, quos secum habet.*

Nur dann findet eine Ausnahme statt, wenn jemand bei einem solchen Richter freiwillig sein Recht sucht, der mit seinem Gegner in jenem Verhältniß der Verwandschaft oder Schwägerschaft steht⁶²⁾). In diesem Falle kann selbst der Sohn, als Richter, seinen eigenen Vater, so gut wie einen Andern, zu seiner Schuldigkeit anhalten, wenn er gleich noch in desselben väterlichen Gewalt ist⁶³⁾). Denn auf die öffentlichen Amtsgeschäfte des Sohns haben desselben Privat- und Familienverhältnisse keinen Einfluß⁶⁴⁾). Eben deswegen konnte auch der Sohn in Sachen des Vaters und der Vater in Sachen des Sohns zum *iudex pedaneus* bestellt werden⁶⁵⁾), weil es hier mit auf die Einwilligung des Gegners ankam, der den Richter recusiren konnte⁶⁶⁾). So läßt sich wenigstens

Afrikan

61) L. 10. D. *de iurisdict.*

62) VOET ad Pand. Lib. II. Tit. I. §. 51. und Ios. FINESTRES in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris Tom. II. ad L. 14. D. ad SCrum Trebell. §. 5. pag. 1052.

63) L. 13. §. 5. D. *ad SCrum Trebell.*

64) L. 14. D. *eodem.* L. 9. D. *de bis, qui sui vel alieni iur. sunt.* Ant. FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. I. Princip. V. Illat. I. pag. 30.

65) L. 6. D. *de Recept. et qui arbitr. recep.*

66) Greg. MAJANSIUS in Commentar. ad XXX. ICtorum fragmenta. Tom. I. pag. 362. sqq.

Afrikan mit Ulpian sehr gut vereinigen, wenn jener sagt: In privatis negotiis pater filium et filius patrem iudicem habere potest⁶⁷⁾; ohne denselben gerade von Privathandlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit verstehen zu dürfen. Denn daß hiervon gar nicht die Frage seyn konnte, lehrt der gleich nachher L. 78 b. t. bengesügte Grund: Quippe iudicare munus publicum est, wie ich auch schon bei einer andern Gelegenheit gezeigt habe⁶⁸⁾.

3) Wer vor Übernehmung des Richteramts Sachwalter in einer Sache gewesen, kann nachher darin nicht Richter seyn⁶⁹⁾. Daß jedoch der Sohn einer Partchen als Advocat gedient hat, hindert keinesweges den Vater, in dieser Sache als Richter zu sprechen. Tantus enim cuiusquam erga rem clientis sui affectus praesumendus non est, sagt Voet⁷⁰⁾, ut illius in gratiam cum dispedio honoris

67) L. 77. D. b. r. Man sehe auch HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. und ZIEGLER in Dicastice Conclus. XII §. 30. Die Vereinigungsversuche anderer Rechtsgelehrten prüft EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. Lib. II. Tit. I. Qu. 8. not. r.

68) Commentar 3. Th. §. 190. S. 63. f. Daß die Ausnahme, welche de cocceji in iure civ. controv. Tit. de iurisdictione Q. 8. u. a. m. bei Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit hier machen, L. 3. D. de adopt. L. 2. D. de offic. praefid. L. un. §. 2. D. de off. Consul. überhaupt hierher gar nicht gehöre, hat schon ZIEGLER c. l. §. 20. bemerkt.

69) L. 6. pr. C. de postul. L. fin. Cod. de afferrib. L. 17. D. de iurisdice. Cap. 36. X. de appellat.

70) Commentar. h. t. §. 44. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 39. Anderer Meinung sind jedoch Ant.

noris sollicitare velit parentem iudicem ad ea, quae viro bono indigna sunt, et eius religionem circumvenire. Es erweckt ferner einen Verdacht gegen den Richter,

4) wenn er mit einer Parthen in offensichtlicher Feindschaft, oder in gar zu großer Familiarität lebt, oder wenn er von einer Parthen zum Erben eingesetzt worden, oder mit einem der streitenden Theile selbst im Prozeß besangen ist⁷¹⁾). Kurz, was einen Zeugen unzulässig oder verdächtig macht, das alles kann auch einem Richter mit Grund entgegen gesetzt werden⁷²⁾). Wie richtig diese Schlussfolgerungen sind, lehren die Kr. Valens und Gratian L. un. Cod. Theod. *ne in sua causa quis iudicet*, wo es heißt: *Promiscua generalitate decernimus: neminem sibi esse iudicem debere.* Cum enim omnibus in se propriam dicendi testimonii iura facultatem submoverint, iniquum admodum est, licentiam tribuere sententiae. Billig hätte daher diese Verordnung von den Verfassern des Justinianischen Codex nicht zertheilt werden sollen, die nämlich, wie schon Gothofredus⁷³⁾ bemerkt hat, den Grundsatz, wodran hier die Kaiser ausgehen, zu einer eigenen Verordnung, L. 10. Cod. Iust. de testib. gemacht haben.

§. 508.

SCHULTING in Diff. de recusatione iudicis. Cap. IX. §. 7. und Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Prozeß I. Th. §. 72. S. 278.

-1) S. Ant. SCHULTING Diff. cit. Cap. IX. §. 3. et 4. und MALBLANC Conspect. rei iudiciar. Rom. germ. §. 139.

72) LAUTERBACH h. t. §. 40. und DANZ Grunds. des ordentl. bürgerl. Prozesses §. 24. S. 58.

73) Comment. ad L. un. cit. Cod. Theodos. Tom. I. pag. 106. Man vergleiche auch SCHULTING cit. Diff. c. l. §. 3.

§. 508.

Von den Mitteln gegen einen verdächtigen Richter.

Ist nun eine solche Ursache vorhanden, daß sich von dem Richter keine unparthenische Justizpflege, und daher kein gerechtes Urtheil erwarten läßt, so sagt man, der Richter sey verächtig. Ein solcher Richter kann recusirt werden, d. i. man kann sich denselben verbitten, und dieses Recht gehört zu den Vertheidigungsmitteln, welches daher keiner Partien, sie sey Beklagter oder Kläger, unter irgend einem Vorwand, selbst nicht aus Machtvolkommenheit des Regenten, entzogen werden darf⁷⁴⁾). Es kann sich daher auch jede Partien dieses Rechts sowohl vor als nach der Einlassung auf die Klage, und selbst, wenn die Acten in der Sache bereits geschlossen sind, noch bedienen, wenn sie nur in den beiden letzten Fällen beweist, oder mittelst Eides erhärtet, daß die Ursache des Verdachts vor der Litigation entweder noch nicht vorhanden, oder ihr zum wenigsten nicht bekannt gewesen sei⁷⁵⁾). Ob auch ein ganzes Collegium recusirt werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig⁷⁶⁾). In den Gesetzen selbst finden wir

74) L. 16. L. ult. Cod. b. t. Nov. XCVI. cap. 2. Cap. 5. X. de exception. Ant. Christph. APPELL Diss. de remedii et causis recusandi iudicem. Erfordiae 1793. und Ant. SCHULTING Diss. cit. Cap. V. §. 1.

75) L. 12. L. 16. C. b. t. Cap. 20. X. de sentent. et. re iudic. Cap. 25. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 4. X. de except. L. 2. 6. 9. D. de iuris et facti ignor. SCHULTING cit. Diss. Cap. X. §. 1. sqq.

76) Man vergleiche SÜNDERMAHLER Diss. de formato principis dicasterio non recusabili. (in EIUS Opuscul. nr. I.) und ERN. Frid.

wir hierüber keine bestimmte Entscheidung. Zwar würde sich die Frage aus dem Römischen Rechte ohnehin nicht entscheiden lassen, da solches nur iudices pedaneos und delegatos, aber keine eigentliche magistratus zu recusiren verstatte, sondern der Parthen, welche etwa von einer Magistratsperson eine ungleiche Gerechtigkeitsverwaltung besorgt, nur erlaubt, um die Benfügung eines dritten unparthenischen Richters zu bitten, welcher in den Provinzen gewöhnlich der Bischof war⁷⁷⁾). Allein auch selbst im canonischen Rechte wird man hierüber vergebens eine durchgreifende Bestimmung suchen, wenn auch gleich dasselbe die Frage im allgemeinen zu bejahen scheint⁷⁸⁾). Alles kommt indessen darauf an, ob der Grund des Verdachts das ganze Collegium trifft, oder nur einzelne Mitglieder desselben. Im ersten Falle findet allerdings die Recusation des ganzen Collegiums Statt, in dem letztern Falle hingegen kann man zwar die einzelnen verdächtigen Mitglieder recusiren, aber diese Recusation kann hier nicht auf das Collegium selbst, als moralische Person, wirken, wenn gleich der Verdacht den größten Theil seiner Mitglieder treffen sollte⁷⁹⁾). Uebrigens ist es nun zwar allerdings

Schul-

Frid. RÜHL Diff. de formato principis dicasterio recusabili.
Gieffae 1783.

77) *L. 16. L. ult. C. de iudic. Nov. XIII. cap. 2. Nov. LXXXVI. cap. 2.* Man vergleiche hier vorzüglich SCHULTING cit. Diff. Cap. VI.

78) *Can. 15. Cauf. III. Qu. 5. Cap. 10. X. de foro compet.*
SCHULTING cit. Diff. Cap. VI. §. 17.

79) VOET ad Pand. h. t. §. 47. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. general. §. 6. not. * MALELANC Con-
spect.

Schuldigkeit einer Parten, welche den Richter recusirt, daß sie die besondern Gründe des Verdachts anfüre, und erweise, oder wenigstens bescheinige, insofern sie nicht etwa schon an sich notorisch seyn sollten. Hierin stimmt das Römishe und kanonische Recht mit einander überein⁸⁰). Da indessen ein solcher Beweis oft sehr schwer, und daher freylich zu besorgen ist, daß der Richter, welcher vielleicht vorher nicht parthenisch gewesen wäre, doch nun gegen die ihn recusirende Parten einen Haß bekommen, und nun erst parthenisch werden möchte, wenn er gleichwohl wegen Ermangelung eines hinlänglichen Beweises des ihm gemachten Vorwurfs die Richterstelle in der Sache vertreten dürfte; außerdem aber auch die Ursache des Verdachts zuweilen so beschaffen seyn kann, daß eine Parten billig Bedenken träge, selbige anzuführen, weil sie dem Richter eben nicht zur Ehre gereicht; so verstatte man einer solchen Parten, welche glaubt, daß ihr der Richter keine unparthenische Justiz administriren werde, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, der sich auf eine Usual-Eklärung des Cap. 11. de Rescript. in 6to gründet, noch ein anderes Mittel, nämlich dieses, daß sie den Richter eidlich perhorresciren kann⁸¹). Es sind zwar die practischen Rechtsgelehrten

spect. rei iudicior. Rom. germ. §. 140. und besonders sind hier nachzusehen des H. Hestr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proces. (Bamberg 1799. 8) Nr. III.

80) L. 12. 14. 16. et ult. Cod. b. 2 Nov XVII. c. 3. Nov. LXXXII. c. 8. Cap. 5. X. de except. Cap. 10 X de foro comp. Cap. 41. §. 1. X. de appellat. MALBLANC cit. Conspect. §. 141. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4185.

81) Wolfgang. Ad. LAUTERBACH Diff. de perhorrescentiae iuramento. Tab. 1656. Io. Ge. PERTSCH Comment. de origine iuris iurandi

ten über den heutigen Gebrauch des Verwertungseides (iuramentum perhorrescentiae) noch selbst nicht einig⁸²⁾, indem einige denselben für eine Art des Erfüllungseides halten, und daher außer der Anführung einer besondern Ursache des Verdachts wenigstens einen halben Beweis derselben erfordern⁸³⁾; andere hingegen, denen auch unser Verfasser bestimmt, zur Ableistung dieses Eides zwar keinen weitern Beweis, aber doch jederzeit die Anführung einer Ursache für nöthig halten wollen, warum die Parten, welche diesen Eid schwören will, ein ungerechtes Urtheil besorge⁸⁴⁾. Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche der meisten protestantischen Gerichte sieht man den Per-

h o r-

randi perhorrescentiae. *Helmst.* 1744. und *Walt. Vicent.* WIESE Disquis. de usu et abusu iuramenti perhorrescentiae. *Rostochii* 1790.

82) *Io. Phil. CARRACH* Fasciculus opusculorum, et controversiar. de non usu iuramenti perhorrescentiae adversus iudicem. *Halae* 1759. 4. Dieses Werk enthält 1) *Io. Tob. CARRACH* Diss. de eiuranda eieratione bonae spei s. de exiguo usu iuramenti perhorrescentiae adv. iudicem. 2) *Henr. BROKES* Diss. de iuramento perhorrescentiae eiusdemque usu practico. 3) *Vindiciae Carrachianae* adversus oppugnationem Brokesianam. 4) *Adr. STEGER* Diss. de iuramenti perhorrescentiae usu practico in foris Saxoniae Elect.

83) *de cocceji iur. civ. controv.* Lib. XII. Tit. II. Qu. 15. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. g. LAUTERBACH cit. Dissert. §. 31. et 32. MEVIUS P. VI. Decis. 71. Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Ged. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4181. u. a. m.

84) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 165. BROKES cit. Diss. §. 14. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 663. not. b. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Procesß. I. Th. §. 46. u. a.

horrescenzeid für eine Art des Eides für Gefährde an, zu welchem ein jeder zugelassen wird, welcher befürchtet, daß ihm von dem ordentlichen Richter keine unparthenische Gerechtigkeit widerfahren werde, ohne daß es nöthig ist, eine besondere Ursache des Verdachts gegen den Richter anzuführen, oder zu bescheinigen⁸⁵). Dieser Gerichtsgebrauch, welcher seinen Ursprung aller Wahrscheinlichkeit nach der Glosse verdankt⁸⁶), läßt sich auch durch

85) I. H. BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 74. sqq. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 180. STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 14. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. LXVII. Cor. 3. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gener. §. 7. not. *. Pütter auserlesene Rechtsfälle I. B. IV. Th. Resp. CLXII. nr. 17. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit II. Band (Hannover 1799.) Nr. XIX. S. 184. Nach der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 143. am Ende findet jedoch das iuramentum perhorrescentiae nicht mehr Statt.

86) Schon ACCURSIUS behauptete, wenn man schwört, daß man den Richter für verdächtig halte, so brauche man keine weitere Ursache anzuführen. Dies erhellt aus seiner Glosse ad L. 14. Cod. de iudic. wo es heißt: *Et nota hic secundum IOANNEM, quod sufficit, si simpliciter afferam eum suspectum, etiam sine causa. Superfluo ergo quaeritur, an sit probanda, cum nec dicenda. Potest enim dici, quod iurit, se habere suspitionem, licet causam non dicat, et hoc ne calumniose recuse. Nam et iuramentum calumniae ideo introductum est, ut calumnia evizetur.* So wenig nun auch diese Meinung den Rechten seines Zeitalters gemäß war, so glaubten doch die Anhänger des ACCURSIUS eine Stütze für dieselbe in der Verordnung des Glück's Erläut. d. Pand. 6. Th.

durch gewissermassen rechtfertigen, daß es theils widersprechend zu seyn scheint, von demjenigen, welcher sich zum Eide des Misstrauens erbietet, noch die Anführung besonderer Gründe, und einen halben Beweis derselben zu verlangen, da ja dieser Eid nach seiner eigentlichen Absicht die Stelle des Beweises vertreten soll, und folglich beydes schon in der Ableistung desselben liegt; theils aber auch es in der That des ganzen Verhorrescenzeides gar nicht bedurft hätte, wenn er weiter nichts als ein blosser Erfüllungseid seyn sollte⁸⁷⁾). In Gemässheit dieses Ges

richts-

Pabst Bonifacius VIII. (Cap. II. §. 1. de Rescript. in 6to.) zu finden. Zwar ist darin mehr von einer Furcht vor der Privatgewalt des Gegners, als von der Besorgniß einer ungleichen Gerechtigkeitsverwaltung die Rede, wenn das selbst der Parthen verstattet wird, *de praedicto timore sidem iudici facere, saltem per proprium iuramentum;* allein man glaubte, es ließe sich dieser Eid doch auch auf den Fall anwenden, wenn man Partheylichkeit von Seiten des Richters befürchte. Man begünstigte diese Erklärung selbst in der römischen Curie, weil sie den Päbsten Gelegenheit verschaffte, die Entscheidung mancher weltlicher Rechtshändel vor ihr Tribunal zu ziehen; und aus Achtung für die Glossen schlich sie sich, mit Aufnahme der fremden Rechte in Deutschland, auch in unsere Gerichte ein. Man sehe hier vorzüglich *Adr. STEGER* Diss. de iuramenti perhorrescentiae usu practico in foris Saxoniae. Lipsiae 1730. §. 7 — 10.

87) S. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 39. not. 59. und WIESE cit. Diss. §. 6. Zwar scheint die Verordnung des P. Leo X cap. 3. *de foro compet.* in VII. Decretal. Petri MATTHAEI, in welcher es §. *Et cum ecclesiasticus* heißt: *Ut omnes causae extra Romanam Curiam, et in partibus coram ordinariis locorum cognosci et terminari debeant, cum hac tamen limitatio-*
ne,

richtsgebrauches kann daher auch der Verwaltungseid sogar durch einen Anwalt abgeschworen werden, wenn er nur zur Ableistung desselben mit einer besondern Vollmacht versehen ist⁸⁸⁾). Unrichtig ist es jedoch, wenn einige Rechtsgeschichtete⁸⁹⁾ diesen Eid nur dem Kläger allein ges-

P 2

stat.

ne, nisi alter colligantium adversarii sui potentiam merito perhorrescens, seu alia probabili et honesta causa, aliter quam per proprium iuramentum, saltem semiplene probata, coram ordinario non auderet litigare; die entgegen gesetzte Meinung zu begünstigen. Allein theils geht sie uns Protestanten nichts an, wie auch schon BROCKES cit. Diff. §. 18. (in EIUS select. Observat. for. Arg. II. pag. 14.) ganz richtig bemerkt hat; theils hat selbst bey den Katholiken der Papst INNOCENT IX. durch eine besondere Bulle den Verhorrescenzeid ganz nach seiner ursprünglichen Gestalt wieder hergestellt, wie aus den Decisiōnēs eines QU. MANDOSII, C. BORELLI, und INC. PUTERI vom AD. STEGER cit. Diff. §. 9. erwiesen worden ist. Daher findet man nun auch in den Schriften neuerer katholischer Rechtsgeschichteten, eines PAUL. Ios. & RIEGGER in Institut. jurisprud. eccles. P. II. §. 500. und Ios. Val. EYBEL Introduc. in ius ecclesiast. Catholicor. Tom. IV. §. 468. nr. IX. pag. 608. den Casus: *Moribus quidem, praestito perhorrescentiae iuramento, causam suspicionis neque allegandam, neque probandam esse.*

88) Arg. Cap. 3. de iuram. calumn. in 610. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 295. Quistorp: Ob ein Anwalt zum Verabscheuungseide gelassen werden könne? (in denselben Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaximen. Nr. XXXIV. (oder 3. Et. Nr. V. der ältern Ausgabe). Dass auch gegen den Willen des andern Theils der Verhorrescenzeid durch einen Anwalt geschworen werden könne, zeigt BROCKES cit. Diff. §. 25.

89) MEVIUS P. VI. Decis. 71. RIVINUS Enunciat. iur. Tit. I. Enunc. 3.

stattten wollen. Denn da dem Beklagten so gut das Recht zusteht, den verdächtigen Richter zu recusiren, als dem Kläger, so ist kein hinreichender Grund vorhanden, dem Beklagten das dazu dienliche Mittel zu versagen. Ueberhaupt ist ja die Regel bekannt, was dem Kläger erlaubt ist, muß dem Beklagten um so mehr verstatte seyn, weil ihn die Gesetze mehr begünstigen, als den Kläger⁹⁰). Hierdurch widerlegt sich nun auch der gegenseitige Grund von selbst, daß in dem cap. II. de Rescript. in 6to nur allein vom Kläger die Rede sey, denn daß sich hieraus eine Ausschließung des Beklagten von dem Verhorrescenzieide noch keinesweges folgern lasse, ist schon von Andern mit Recht erinnert worden⁹¹).

Wenn nun der ordentliche Richter recusirt wird, so gehört zwar die Untersuchung der Gründe des Verdachts für den nächsten Oberrichter, welcher heut zu Tage über die Statthaftigkeit der Verhorrescenz nur allein zu erkennen befugt ist⁹²). Vor diesem, oder vor einer dazu erbetenen Commission muß daher auch der Verhorrescenzieid geleistet werden⁹³). Damit jedoch durch die Entfernung des

90) L. 41. D. de Reg. iur. L. 125. D. eodem. GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 41. D. de Reg. iur. pag. 207.

91) J. H. BOEHMER Iur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. II. §. 73: BROKES select. Observat. for. Obs. 2. §. 23. et 24. FELTMANN Tr. de iuramento perhorrescentiae Lib. II. cap. 41. WILDVOGEL Diff. de recusatione iudicis eiusque usu et abusu. Cap. I. §. 24. WIESE cit. Diff. §. 13. u. a m.

92) MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 141. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4185. in fin.

93) Clap Roth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß I. Th. §. 46. S. 162.

des verdächtigen Richters das Recht der ersten Instanz, welches jedem streitenden Theile zukommt, nicht vereitelt werde, so ist die Entscheidung der Hauptsache einem Commissarius aufzutragen, von dessen Ausspruch an den Oberrichter appellirt, folglich hierdurch die Zahl der Instanzen beibehalten wird⁹⁴⁾). Man behauptet zwar gewöhnlich, daß durch die Recusation des Unterrichters die Sache der gestalt an den nächsten Oberrichter devolvirt werde, daß es blos von seiner Willkür abhänge, ob er die Sache selbst entscheiden, oder dieselbe einem Commissarius zur Entscheidung übertragen wolle⁹⁵⁾). Allein sollte hierdurch das Recht der ersten Instanz verloren gehen, so müßte diese Ausnahme in den Gesetzen begründet seyn. Sie kann aber daraus nicht füglich bewiesen werden. Das Römische Recht ist wenigstens jener Meinung ganz entgegen. Dieses unterscheidet zwischen dem ordentlichen und einem delegirten Richter. Wenn eine Parthen ihrer ordentlichen Obrigkeit nicht traut, so kann sie nach dem Röm. Rechte nur um die Benfügung eines andern unparthenischen Richters (*curiamagistris*) bitten. Eine gänzliche Verwerfung der ordentlichen Obrigkeit hatte nicht Statt. (S. 222.) Keiner konnte nun ohne den andern etwas gültig in der Sache vornehmen⁹⁶⁾). Wenn hingegen ein

94) Man sehe Hrn. Hofr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Prozeß Nr. IV. S. 16. ff.

95) BROKES cit. Obs. 2. §. 29. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 663. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4185. in fin. et §. 4186. nr. III. WIESE cit. Diff. §. 15. Danz Grds. des gemeinen ordentl. bürgerl. Processe§ §. 24. am Ende.

96) L. 39. D. de re iudic. L. 4. Cod. Quando provoc. non est necess. SCHULTING Diff. de recusatione iudicis. Cap. XII. §. 4.

index delegatus recusirt wird, so müssen die Parthenen, die sich ihn verbitten, unverzüglich, binnen den nächsten drey Tagen, einen oder mehrere Schiedsrichter ernennen, welche ihre Sache untersuchen und entscheiden sollen. Diese treten nun an die Stelle des recusirten Commissarius, quasi arbitri fuerint ab imperiali culmine delegati, und von ihren Aussprüchen wird an den Committeuten appellirt, qui iudicem eum dedit, qui sull, ectus visus est⁹⁷⁾. Das kanonische Recht hingegen unterscheidet zwischen dem Erkenntniß über die Perhorrescenz und der Entscheidung der Hauptsache. Ueber die Ursachen des Verdachtes sollen entweder arbitri erkennen, welche von den Parthenen zu erwählen sind⁹⁸⁾; oder der nach verbotene Concommissarius, wenn nämlich von mehreren päpstlichen Delegaten einer recusirt wird, und diese unter der Klausel bestellt worden sind, daß einer auch ohne den andern solle verfahren dürfen; oder der nächste Oberrichter, wenn ein bischöflicher Delegat oder Official perhorrescirt wird⁹⁹⁾. Keinesweges aber wird dem Oberrichter schlechterdings die Macht eingeräumt, auch die Entscheidung der Hauptsache an

97) L. 16. L. ult. Cod. b. 2. SCHULTING cit. loc. §. 1 — 3.

98) Cap. 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 10. X. de foro compet. Cap. 61. X. de appellat. Franc. FLORENTIS opera iur. canon. ab Ignat. Christ. LORBER & STOERCHEN edit. Tom. II, pag. 210. Von dem Ausspruche dieser arbitrorum findet die Appellation statt, wenn die Recusation auf eine ungerechte Art verworfen worden ist. Cap. 11. de offic. et pot. iud. del. in 6to. ENGEL Colleg. iur. canon. univ. Lib. II. Tit. XXVIII. §. 5. Not. V, nr. 55.

99) Cap. 4. de offic. et pot. iudic. del. in 6to. SCHULTING cit. loc. §. 6.

an sich zu ziehen, sondern das kanonische Recht macht hier wieder einen Unterschied, ob der ordentliche Richter, oder nur ein Delegat recusirt worden ist. Im ersten Falle soll der recusirte Richter die Sache auf Verlangen der recusirenden Parthen entweder einem andern unparthenischen Richter übergeben, gegen den nur aber freilich auch sein Gegner keine begründete Einwendung haben darf, oder an den nächsten Oberrichter einschicken¹⁰⁰). In dem letztern Falle soll die Sache entweder dem Concommisär, nämlich in dem oben angeführten Falle, wo auch dieser über die Perhorrescenz zu erkennen befugt ist, oder wenn dieser Fall nicht eintritt, einem Subdelegaten, wenn die Parthenen dagein willigen, oder dem Deleganten selbst zur Entscheidung überlassen werden¹). Das kanonische Recht unterstützt also auch jene Meinung nicht. Nun beruft man sich zwar noch vorzüglich auf eine Stelle der Reichs-

P 4

Cap.

¹⁰⁰) Cap. 61. X. de appellat. Zwar will P. Innocenz III. Cap. 10. X. de foro compet. daß wenn die Justizburgermeister des Orts (Consules iustitiae) als verdächtig recusirt worden sind, die Parthenen auch in weltlichen Sachen, um ihr Recht zu erhalten, ihre Zuflucht entweder zum Bischoff des Orts oder zum Papst selbst sollen nehmen dürfen. Allein der Papst selbst hat in gedachter Verordnung nicht unbemerkt gelassen, daß blos Drang der damaligen Zeitumstände eine solche Verfügung nöthig gemacht habe: *hoc praeferim tempore, sagt er, quo vacante imperio, ad iudicem secularis recurrere nequeunt, qui a superioribus in sua iustitia opprimuntur.* Man lese hier die gelehrte Bemerkung des Canzl. Böhmers in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. Tom. II. pag. 234.

¹) Cap. 23. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 4. 5. et 8. eodem in 6to. Vid. SCHULTING cit. loc. §. 7.

Cammergerichtsordnung Th. II. Tit. I. §. I. Allein diese handelt blos von dem Falle, wenn der Unterrichter die Justiz verzögert, oder gar verweigert. Daß aber dieser Fall von jenem der Recusation viel zu verschieden sei, als daß eine ausdehnende Erklärung gegen die in Deutschland so klar begründete Besugniß der ersten Instanz Statt finden könne, hat Herr Hofrath Gönner²⁾ sehr richtig bemerkt, und auch schon Anton Schulting³⁾ mit mehrern gezeigt. Man könnte nun zwar noch sagen, daß der Gegner, der sich vielleicht durch allerley Mittel die Gunst des Richters zu verschaffen gewußt hat, des Rechts der ersten Instanz nicht mit Unrecht beraubt werde. Allein soll denn nun auch der unschuldige Theil darunter leiden?

Besteht das Gericht aus mehreren Mitgliedern, von denen nur eins oder das andere perhorrescit wird, so bleibt die Entscheidung der Hauptsache bei diesem Gerichte, und nur dasjenige Mitglied, welches recusirt worden ist, muß sich bei der Verhandlung der Sache alles Einflusses und folglich seines Votums durchgehends enthalten^{4).} Man behauptet auch, daß in diesem Falle die übrigen nicht recusirten Mitglieder des Collegiums über die Ursache der Recusation erkennen könnten^{5).}

Zus.

2) S. Dasselben angef. Erörterungen über den gemeinen Prozeß Nro. IV. §. 4. S. 18.

3) Diff. cit. de recusatione iudicis. Cap. IV. §. 5.

4) BROKES cit. Diff. § 27. und LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXVII. med. 7.

5) SCHULTING cit. Diff. Cap. XII. §. 8. VOET h. t. § 47.

Zuletzt ist noch zu bemerken, daß zwar die Recusation eines Richters, wenn sie nur auf die gehörige Art geschiehet, an sich für keine Injurie zu halten sei, worüber sich der Richter beschweren dürfte, weil sich die Parthen hierdurch theils eines Rechts bedient, das ihr die Gesetze selbst gestatten, theils aber auch durch ihren Eid den animum iniuriandi hinlänglich von sich ablehnt⁶). Sollte indessen der recusirte Richter die Absicht der Parthen, ihn zu beschimpfen, dennoch beweisen können, so wäre in der That kein Grund vorhanden, warum demselben die Geneugtheitung versagt werden sollte⁷).

§. 509.

III) Woraus beurtheilt man die Zuständigkeit des Richters?

Der Richter muß endlich auch competent seyn, das ist, es muß ihm die Gerichtsbarkeit in dem gegebenen Falle auch wirklich zustehen. Denn jeder Richter hat nur in so fern Gerichtsbarkeit, als er zur Untersuchung und Entscheidung einer Sache berechtigt ist; jede Annässung der Gerichtsbarkeit in einem Falle, worin dieselbe nicht begründet ist, wirkt daher Nichtigkeit aller vorgenommenen Handlungen⁸). Um nun aber die Zuständigkeit eines

P 5

Richt.

6) *L. 16. C. de iudic. Cap. 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 5. X. de excep.* MEVIUS P. I. Decis. 51. SCHAMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. gener. II, §. 6. not. ***. SCHULTING cit. loc. §. 9.

7) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4186. nr. II. lit. C.

8) *L. 1. §. 2. D. Quod quisque iuris. L. 53. §. 3. D. de re iudic. L. 1—4. C. Si a non comp. iud. Cap. 4. X. de iudic. J. R. Absch. v. J. 1654. §. 122. u. 119.*

Richters (competentiam iudicis) in vorkommenden Fällen zu beurtheilen, kommt es darauf an,

1) daß er diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit habe, in welche die zu entscheidende Rechtsache einschlägt. Denn gewisse Sachen haben ihr eigenes Forum, für welches sie ausschließlich gehörten, ohne daß dabei weiter der Gerichtsstand der streitenden Theile in Betrachtung kommt; z. B. Lehnsachen, geistliche Sachen, u. d. Wer also in dieser Art von Sachen Recht sprechen will, muß die dazu erforderliche Gerichtsbarkeit haben. Hier heißt es also: *actor sequi debet forum causae*.

2) Daß der Beklagte seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sei. Auf den Gerichtsstand des Klägers kommt es nicht an. Dieser muß, er sei, wes Standes er wolle, den gehörigen Richter des Beklagten folgen. Daher die Regel: *actor sequitur forum rei*. Nur wenn von einem blos vorbereitenden Rechtsmittel die Rede ist, findet diese Regel keine Anwendung, indem hier die Zuständigkeit des Richters nach der Hauptsache beurtheilt wird, welche hierdurch erst in den ordentlichen Rechtsgang gebracht werden soll ⁹⁾). Hiervon beim Provocatorischen Prozeß ein mehreres. (§. 533.) Uebrigens ist es genug, wenn der Beklagte nur zu Anfang des Prozesses dem Richter, vor welchem er belangt worden, unterworfen gewesen ist ¹⁰⁾). Denn da der Prozeß bei dem Richter beendigt werden muß, wo er anhängig gemacht wor-

9) S. HELLFELD Diff. de actore forum rei haud semper sequente.
(in EIUS Opusc. Nr. VI.)

worden ist¹¹⁾; so kann sich der Beklagte der Gerichtsbarkeit desselben nicht entziehen, wenn er gleich während des Processes seinen Stand oder Wohnsitz verändern, und hierdurch ein anderes Forum erhalten sollte¹²⁾. Hat der Beklagte einen mehrfachen Gerichtsstand, so stehtet in der Regel dem Kläger die Wahl zu, vor welchem Gericht er denselben belangen will¹³⁾; außer wo der Beklagte ein privilegium electionis fori hat, vermöge welchen er unter den mehreren Gerichten, die in der Sache competent sind, dasjenige bestimmen kann, vor welchem er in vorkommenden Fällen belangt werden will¹⁴⁾.

3) Das dem Richter in der Instanz, wo von die Rede ist, die Ausübung der Gerichtsbarkeit zustehe. Man pflegt nämlich bekanntermassen die mehreren einander subordinirten Gerichte, vor denen eine Rechtssache verhandelt werden kann, Instanzen zu nennen¹⁵⁾, und diese, im Verhältniß zu einander, in die untere,

11) L. 30. D. b. t.

12) L. 2. Cod. de iurisdice, omnium iudic. L. 7. D. b. t. L. 19. pr. D. de iurisd. Cap. pen. X, de foro compet. MALBLANC Conspectus rei iudic. §. 117. HOFACKER Tom. III. §. 4219.

13) L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco. VOET h. t. §. 66. MEVIUS P. III. Decis. 80. FRATER. RECMANNORUM Consil. et Decision. Part. I. Resp. I. nr. 13; pag. 25. GE. CHRISTPB. WINTER Diss. de electione fori. ALtorphi 1725. MALBLANC §. 149.

14) S. Franc. Dom. HAEBERLIN Disp. de privilegio electionis fori augustae domus Brunsuico-Lüneburgicae. Helmstadii 1760. 4. und (von Berg) Darstellung der gesetzmäßigen Beschaffenheit des dem hohen Hause Braunschweig und Lüneburg zustehenden privilegii electionis fori. Göttingen 1797. 8.

15) In dem Römischen Rechte kommt das Wort *Instancia* in dieser Bedeutung nicht vor. S. BRISSONIUS de Verbor. Signific.

tere, oder erstere, die höhere und die höchste einzutheilen¹⁶). Von diesen muß nun zuerst die untere Instanz angegangen werden. Dies ist eine Wohlthat für den Beklagten, die ihm nicht entzogen werden darf, (*beneficium primae instantiae*)¹⁷). Der Oberrichter ist so lang incompetent. Er würde, wenn er auf Verlangen des Klägers die Sache an sich ziehen wollte, die Gränzen seiner Gerichtsbarkeit auf eine unheilbar nüchtrige Art überschreiten¹⁸). Nur dann ist es dem Kläger erlaubt, den Oberrichter gleich anzugehen, wenn ihm entweder das *privilegium personarum miserabilium* zukommt, oder die

con-

nific. h. voc. Sie ist blos durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden. Denn eigentlich heißt Instanz jeder Rechtsgang, den die Parteien mit einander machen, und solcher Instanzen können mehrere vor einem und eben demselben Gerichte vorkommen. S. SCHNEIDT *Diss. de foro et instantiis nobilitatis immediatae germanicae in causis civilibus. Wirceb. 1790. Sect. I. §. 4.* Es geschieht also im un-eigentlichen Sinne, wenn die mehreren einander subordinirten Gerichte, vor welchen eine Rechtsache verhandelt wird, Instanzen genannt werden. Man sollte sie Gerichte der ersten, andern u. s. w. Instanz, oder unteres, höheres, höchstes Gericht nennen. S. HERRN Hofr. KÜBERS kleine jurist. Bibliothek. VI. Band. S. 379.

16) Bei den Reichsgerichten ist es gewöhnlich, alle und jede Territorial- und Austrägal-Instanzen, von denen an die Reichsgerichte appellirt werden kann, zusammen genommen die erste Instanz zu nennen. S. KÜBER a. a. D.

17) ESTOR *D. de iure primi fori, s. beneficio primae instantiae Ien. 1741.*

18) J. R. U. v. J. 1654. §. 119. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß 1. Th. §. 31.

continentia causae eine Ausnahme macht; außerdem kann dem Kläger die Einrede der übergangenen ersten Instanz entgegen gesetzt werden¹⁹⁾.

§. 510.

Begriff und verschiedene Eintheilungen des Gerichtsstandes.

Ein jeder Rechtsstreit muß nun also vor dem gehörigen Richter verhandelt werden. Hieraus ist die Competenz des Gerichtsstandes zu beurtheilen. Unter Forum versteht unser Verf. den Ort, welcher zur Verhandlung und Entscheidung streitiger Rechtsachen bestimmt ist, Andere²⁰⁾ sagen, wo die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird. Allein richtiger ließe sich wohl der Begriff so bestimmen, wenn man unter dem Gerichtsstande theils das Gericht versteht, an welches eine gewisse Sache durch allgemeine oder besondere Gesetze gewiesen ist; theils das Verhältniß der Unterwürfigkeit einer Person unter ein bestimmtes Gericht. In dieser letztern Bedeutung heißt also der Gerichtsstand einer Person nicht nur die Verbindlichkeit, sondern auch das Recht derselben, sich von einem bestimmten Richter in einer bestimmten Rechtsache richten zu lassen²¹⁾.

Einen

19) J. R. Absch. vom J. 1654. §. 105. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudicior. Cap. gen. II. §. 10. und Dant; Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Processes. §. 25.

20) Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 665. Phil. HEDDERICH Element. iur. canon. P. II. §. 136. MALELA Conspect. rei iudicior. §. 147.

21) S. HUFELANDS Institutionen des gemeinen iuren Rechts. §. 1030. S. 393.

Einen Gerichtsstand hat man nun entweder wegen seiner eigenen Person, oder man erhält ihn wegen der Person eines Andern, mit dem man in Verbindung steht.

I) Das forum, welches man ex persona propria hat, ist entweder in dem gemeinen Rechte gegründet, oder es gründet sich auf eine besondere Bescheinigung. In jenem Falle heißt der Gerichtsstand ein gemeiner, in diesem ein privilegirter.

A) Der gemeine Gerichtsstand (forum commune) gilt entweder der Regel nach in allen Rechtssachen, oder er findet nur in einzelnen besondern Fällen statt. Jener wird ein allgemeiner (forum generale), dieser ein besonderer Gerichtsstand (forum speciale) genannt. Der generellen Gerichtsstände giebt es zwei. Der Gerichtsstand des Geburtsorts (forum originis) und der Gerichtsstand des Wohnorts (forum domicilii). Der besondern Gerichtsstände hingegen giebt es mehrere. Der specielle Gerichtsstand wird nämlich in einer gewissen Rechtssache entweder durch Prorogation der Gerichtsbarkeit begründet, forum prorogatae iurisdictionis, wovon schon bei einer andern Gelegenheit gehandelt worden ist²²⁾; oder er findet aus gesetzlicher Verordnung statt, und zwar

a) der Regel nach in gewissen Sachen; nämlich

i) in peinlichen Sachen, dahn gehören der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens, (forum

22) Mein nentar 3. Th. §. 203—205.

rum delicti) und der Gerichtsstand des Orts, wo der Verbrecher ergriffen wird, (forum deprehensionis);

2) in Civilsachen. Der Gerichtsstand des Contracts, der geführten Verwaltung eines fremden Vermögens, der liegenden Sache, und des Zusammenhanges der Rechtsachen.

b) Als Ausnahme wird zuweilen ein besonderer Gerichtsstand auch durch andere zufällig bei einem Rechtsstreite eintretende Umstände bestimmt. (Forum extraordinarium). Ein solcher außerordentlicher Gerichtsstand findet Statt,

1) wenn der gehörige Richter verdächtig ist. Davon ist §. 508. bereits gehandelt worden.

2) Wenn der ordentliche Richter die Rechtspflege verweigert oder verzögert. In diesem Falle kann deshalb bei dem nächsten Oberrichter Beschwerde (querela protractae vel denegatae iustitiae) geführt werden, welcher alsdann vorerst durch Promotorialen und andere zweckmäßige Zwangsmittel den ordentlichen Richter zu seiner Schuldigkeit anzuhalten sucht, und wenn diese fruchtlos sind, den Prozeß von demselben ganz ab, und nach Besinden der Umstände entweder vor sein Obergericht selbst ziehen, oder einem andern Gerichte zur Entscheidung übertragen kann²³⁾). Nach dem Justinianeischen und kanonischen Rechte soll zwar die Beschwerde über verweigerte oder verzögerte

²³⁾ I. H. BOEHMER Diss. de origine progressu atque indole querelae denegatae vel protractae iustitiae. Halae 1738. Dan Grunds. des gemein. ordent. bürgerlichen Processe §. 443.

zögerte Justiz bey dem Bischoff oder dem geistlichen Richter angebracht werden ²⁴⁾). Allein dies findet heut zu Tage nicht mehr Statt ²⁵⁾).

3) Wenn die Gerichtsbarkeit zwischen zwei Untergesrichten streitig, und noch keins derselben rechtskräftig in dem Besitz der Gerichtsbarkeit geschützt, auch deshalb vom Obergerichte noch keine einstweilige Verfügung getroffen worden ist. Auch in diesem Falle ist die Gerichtsbarkeit des nächsten Oberrichters begründet ²⁶⁾.

B) Die privilegierten Gerichtsstände sind ebenfalls von verschiedener Art. Sie sind nämlich entweder in Rücksicht auf Rechtsachen, oder in Rücksicht auf Personen gegründet. Zu der ersten Classe der privilegierten Gerichtsstände gehören z. B. der Gerichtsstand der geistlichen Sachen, der Lehnsachen, der fiscalischen Sachen u. d. m. Zu den letztern aber 1) der Gerichtsstand der Geistlichen, 2) der Soldaten, 3) der academischen Personen, 4) der fürstlichen Diener und übrigen kanzleisfähigen Personen, 5) der Gesandten und 6) der mitleidswürdigen Personen. Von diesen in Rücksicht auf die Person befreiten Gerichtsständen ist die Regel zu bemerken, daß sie an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts treten, es

wer-

24) Nov. LXXXVI. Cap. 13. X. de iudic. Cap. 8. et 13. X; de foro comper. Cap. 2. X. de alienat. iudic. mut. caus. Ian. a COSTA Commentar. ad Decretal. pag. 264.

25) Concept der R. G. D. 2. Th. Tit. I. §. 1. und Tit. 28. MALBLANC Conspect. rei iudicior. §. 170.

26) Elaprotos Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proces. I. Th. §. 96.

werden daher durch den privilegierten Gerichtsstand einer Person die besondern Gerichtsstände, z. B. des Contracts, der liegenden Sache u. dgl. eben so wenig, als durch den Gerichtsstand des Wohnorts, aufgehoben. Der freystehende Gerichtsstand, denemand wegen seiner Person hat, macht also zwar eine Ausnahme vom generellen, nicht aber von dem speciellen Gerichtsstände. Denn auch der Geistliche, der fürstliche Diener muß den besondern Gerichtsstand des Contracts, der gelegenen Sache, des Verbrechens u. dgl. anerkennen²⁷⁾. Nur in Ansehung der Gesandten leidet diese Regel eine Ausnahme. Diese sind wegen ihres vorstellenden Characters von aller Gerichtsbarkeit dessjenigen Staats frey, in welchem sie als Gesandten angenommen sind, insofern sie nicht entweder schon vor ihrer Sendung Unterthanen desselben gewesen, oder sich der Gerichtsbarkeit desselben in einzelnen Fällen unterworfen haben. Sonst erkennen sie für ihre Person, und über ihre Güter keinen andern Richter, als ihren Principal, von welchem sie gesendet worden sind²⁸⁾. Ein Gesandter kann daher an dem

Orte,

27) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XIII. in fin. pag. 272.
LEYSER Specim. LXXIII. medit. 5. et 6. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 65. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 75. Dazu Grundsätze des gemein. ordentl. bürgerlichen Proceses §. 34.

28) Man vergleiche CORN. van BYNCKERSHOEK Tract. de foro legatorum. Lngd. Batavor. 1721. s. besonders Christ. Heinr. von Römer Versuch einer Einleitung in die rechl. Grundsätze über die Gesandtschaften, und die ihnen zukommenden Rechte. (Gotha 178 s.) Abschn. XIII. S. 313 ff. und Ich. Christ. Siebenkees Beiträge zum deutschen Recht V. Th. S. 159. ff. In Ansehung der Reichsständischen Ge. Glück's Erläut. d. Pand. 6. Th. sand-

Orte, wo er accreditirt ist, nicht belangt werden, außer in sofern er sich daselbst freywillig einlassen will²⁹⁾). Sonst begründet auch ein daselbst geschlossener Contract nicht schledterdings einen Gerichtsstand, sondern es kommt immer dar auf an, ob bey Schließung des Vertrags solche Thahandlungen vorkommen, welche es außer Zweifel setzen, daß der Gesandte sich in Absicht desselben seiner Gerichtsfreihheit habe wirklich begeben wollen³⁰⁾). Auch schon den Abgeordneten einer Provinz, oder Stadt an den Landesherrn, verstat tet das römische Recht, wenn sie an dem Orte ihrer Sen dung belangt werden, das ius revocandi domum suam, insöfern sie nämlich aus einem vor ihrer Absendung geschlossenen Contract belangt werden³¹⁾). Nur dann fällt nach

sandten ist vorzüglich die Stelle in der Kaiserl. Wahlcapitulation Art. XXV. §. 7. merkwürdig. Die am Preußischen Hofe accreditirten Gesandten auswärtiger Mächte sind auch von hisiger Gerichtsharkeit befreyet. Wenn sie jedoch in preußischen Ländern Immobilien acquiriren, so wird dadurch in Rechtslagen ein dinglicher Gerichtsstand begründet. S. allg. m. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 62. — 66.

29) Wird ein fremder Gesandte in Wien belangt, und er will sich daselbst einlassen, so ist bey dem kaiserlichen Hofmarschall das Forum desselben. S. Carl von Adlersburg Versuch über den kaiserlichen Hofmarschall und dessen Verhältniß zum kaiserl. Reichshofrath. Wien 1795. 8. §. 50. S. 72. In Berlin gehört die Sache für das Departement der auswärtigen Angelegenheiten. Diesem muß wenigstens der Vorfall jederzeit angezeigt werden. S. Allgem. Preuß. Gerichtsordnung. 1. Th. 2. Tit. §. 63. f.

30) S. Römers angef. Versuch über Gesandtschaften. Abschn. XIII. §. 20. S. 330.

31) L. 2. §. 3. 4. et 5. D. b. 2.

nach dem röm. Rechte jenes Privilegium weg, wenn ihre Gesandschaft geendiget ist, und sie sich noch an dem Orte ihrer Sendung aufhalten³²), oder dieselben an diesem Orte während ihrer Gesandschaft dergestalt contrahirt haben, daß sie auch dasselbst Zahlung leisten wollen³³).

Uebrigens haben Befreiungen von dem ordentlichen Gerichtsstande nur Wirkung in dem Lande, in welchem sie gesetzlich sind, und hier ist in Collisionssällen die Befreiung, in Ansehung der Sache immer stärker, als die, welche der Person ertheilt ist³⁴).

S. 510. b.

Von dem Gerichtsstande, den man *ex persona alterius* haben kann.

II) Einen Gerichtsstand kann Jemand nun auch wegen der Person eines Andern bekommen. Dahn gehören

Q 2

I) Ehe

32) L. 2. §. 4. in fin. D. b. t.

33) L. 3. D. de legationib. Wo Afrikan sagt: Cum quaeritur, an in eum, qui in legatione sit, actio dari debeat: non tam interest, ubi quis aut crediderit, aut dari stipulatus sit, quam illud, an id actum sit, ut legationis tempore solveatur. Auf diese Art lassen sich die L. 8. D. b. t. und L. 5. §. 1. D. de constir. pecun. ohne Widerspruch erklären, wie VOET in Comm. ad Pand. Lib. XIII. Tit. 5. §. 13. und BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. I. Cap. 9. gezeigt haben, und man hat nicht nöthig, mit Cujas in Commentar. ad L. 2. §. 3. D. h. t. eine Änderung in den Worten der L. 5. cit. durch Befügung einer Negation vorzunehmen.

34) Cap. 6. et 7. X. de foro compre. Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 75. am Ende, und Grossmanns Grundsätze der Criminalechtswissenschaft §. 597.

1) Ehefrauen, welche durch die Ehe den Gerichtsstand ihrer Männer erhalten³⁵⁾, vorausgesetzt, daß die Ehe auf eine gesetzmäßige Art ist eingegangen worden³⁶⁾. Diesen Gerichtsstand behalten sie auch als Wittwen, so lange sie sich nicht wieder verheirathen³⁷⁾, oder sonst ihren Wohnsitz verändern³⁸⁾.

2) Das Hausgesinde. Dieses hat während seines Dienstes, der Regel nach, den Gerichtsstand seiner Herrschäft

35) L. 65. D. h. t. L. ult. §. 3. D. ad municipal. L. 19. D. de iurisdic. L. ult. Cod. de incol. Eine Braut verändert vor vollzogener Ehe ihren Gerichtsstand nicht. L. 32. D. ad municipal.

36) L. 57. §. ult. D ad municipal. junct. §. 12. I. de nupt. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 44.

37) L. 22. §. 1. D. ad municip. Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae, sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur. L. ult. C. de incolis. Franc. de AMAYA Commentar. in tres poster. libros Cod. Justin. Tom. I. pag. 507. nr. 24. et 25.

38) VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 95. Wenn jedoch die Witwe wegen des Standes und der Würde ihres verstorbenen Ehemanns einen freyen Gerichtsstand hat, so behält sie denselben, wenn sie auch ihren Wohnsitz verändert. Denn die Würde und den Stand des Mannes verliert die Witwe nur durch den Übergang zu einer neuen ehelichen Verbindung, nicht durch die Veränderung ihres Wohnorts. L. 13. C. de dignitat. S. Cibistph. Lud. CRELL Observationes de foro viduarum ad L. 22. §. 1. D. ad municipal. Vieembergæ 1754. §. 3. et §. 6. Dabellow Grundsätze des allgemeinen Ehe-rechts der deutschen Christen. §. 297.

schaft³⁹⁾). Der Grund hiervon ist nicht, wie einige⁴⁰⁾ wollen, darin zu sehen, weil das Gesinde da, wo es dient, gleichsam seinen Herd und Wohnsitz habe. Denn dies setzt durchaus eigene Dekonomie voraus. Sondern Dienstboten werden zu den Mitgliedern der häuslichen Gesellschaft, so gut, wie Frau und Kinder des Hausvaters, gerechnet, und sind der häuslichen Gewalt ihrer Dienstherrschaft unterworfen⁴¹⁾). Deswegen haben sie der Regel nach auch einen und den nämlichen Richter mit ihrer Herrschaft⁴²⁾). Dies hat nun zwar nicht den mindesten Zweifel, wenn von dem gemeinen Gerichtsstande des Wohnorts die Rede ist, und es bedürfte in der That des umständlichen Beweises nicht, den Poet⁴³⁾ über diese allgemein bekannte Wahrheit ge-

Q. 3

führt

39) S. Joh. Lor. Dor n Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts. 2. Buch §. 207. ff. S. 514. ff.

40) Io. Gottl. FUNCKLER Diss. de familiae conductitiae foro competente, praef. Car. Gottl. KNORRE def. Halae 1748. §. 12.

41) Auch in dem röm. Rechte werden Dienstboten, die bey ihrem Dienstherrn wohnen, zu den Domesticis gerechnet, welche zu dem Hause eines Hausvaters gehörten. L. 11. §. 1. D. de poenis. Ja sogar Freygelassene werden, wegen der Verbindung, in welcher sie mit dem Patron standen, zu den Hausleuten desselben gerechnet. L. 11. cit. L. 89. D. de furt. S. GÜNTHER Comment. de furto domestico. Cap. I. §. 1. et 4. Nun aber sagt Ulpian L. 6. §. 3. D: ad municipalem: Libertini patronorum domicilium sequuntur. MALBLANC Conspectus rei iudiciar. §. 159. nr. 4. pag. 291.

42) Dies ist auch Regel in den Preußischen Staaten. S. allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 2. Tit. §. 13.

43) Commentar. h. t. §. 96.

führt hat. Allein ob das Gesinde auch an dem privilegierten Gerichtsstande seiner Dienstherrschaft Anteil nehme, ist eine Frage, worüber desto mehr gestritten wird. Mehrere Rechtsgelehrte⁴⁴⁾ läugnen dieses aus dem Grunde, weil persönliche Privilegien auf keine andern Personen erstreckt werden dürfen, als denen sie ertheilet sind. Wo also das Gesinde nicht namentlich in dem Privilegium, welches ihrer Herrschaft zusteht, mitbegriffen worden ist, da habe es nur den gemeinen ordentlichen Gerichtsstand. Ich glaube, daß ein Unterschied zu machen sei, ob der befreite Gerichtsstand einer ganzen Classe von Personen ertheilt ist, oder ob es nur einer einzelnen Person wegen ihrer subjectiven Eigenschaft zukommt, z. B. einer mitleidswürdigen Person. Im letztern Falle kann freylich Niemand auf das Privilegium Anspruch machen, als welcher diejenige Eigenschaft hat, die diese Befreiung in Ansehung des Forums voraussetzt. In dem ersten Falle hingegen läßt sich aus dem oben angeführten allgemeinen Grunde als Regel allerdings behaupten, daß auch das Gesinde dem privilegierten Gerichtsstande der Herrschaft unterworfen sei⁴⁵⁾. Diese Meinung

44) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. VI. Obs. 728. nr. 19. FUNCKLER cit. Diff. §. 14. sqq. Dorn angef. Versuch §. 209. Soviel insonderheit das Gesinde der Geistlichen betrifft, so sprechen ihm das privilegium fori ab. I. H. BOEHMER Iur. Eccles. Protest. L. II. Tit. II. §. 43. TITIUS in iure privato Lib. IX. cap. 3. §. 9. Ios. Ant. a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 535. Ludovici im Consistorial Procesz Kap. V. §. 4. Claproth im ordentlichen bürgerlichen Procesz I. Th. §. 22. S. 66. und unser Verfasser selbst §. 523.

45) MEVIUS P. II. Decis. 173. HERTIUS in Diff. de transitione privilegii personalis ad alios. §. 21. (Commentar. et Opuscul. lor.

nung hat einmal die Rechtsanalogie für sich. Denn so wird in der bekannten Avth. *Habita Cod.* ne filius pro patre das Privilgium der Akademiker ausdrücklich auch auf deren Bediente (nuncios) mit erstreckt⁴⁶). Eben so soll nach der Verordnung des K. Constantins L. 2. §. 4. C. de Episcop. et Cleric. die Befreiung der Geistlichen von öffentlichen Lasten auch deren Dienstleuten (ministeriis eorum, sive mares sint, sive feminae) zu statzen kommen. Nun konnte zwar freilich hier noch von keiner Immunität des Gerichtsstandes die Frage seyn, weil die Geistlichkeit vor Justinian noch keinen beschränkten Gerichtsstand hatte⁴⁷). Allein man sieht doch wenigstens

Q 4

hier-

Ior. Vol. I. Tom. III. p. 37.) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. Lib. I. Tit. 4. §. 30. und Estor gründl. Unterricht von geschickter Absfassung der Urteile und Bescheide §. 60. S. 17. Diese Regel nimmt auch die Allgem. Gerichtsordn. für die Preußischen Staaten I. Th. 2. Lit. §. 100. an.

46) VOET c. l. STEPHANI Tr. de iurisdictione Lib. III. P. II. cap. 6. Henr. BALEMANN Diff. de iurisdictione academica. (Gieffae 1755.) §. 25.

47) THOMASSINI vet. et nova Ecclesiae disciplina P. II. Lib. II. cap. 58. Maier von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstände in zeitlichen Sachen. (Tübingen 1781. 8.) §. 21. Zwar will Ant. Dadin. ALTESERRA in Vindiciis iurisdiction. ecclesiasticae. (Paris. 1710. 4.) Lib. I. cap. 7. et 8. behaupten, daß schon Constantin der Große die Geistlichkeit von der Jurisdiction der weltlichen Gerichte befreyet, und dem geistlichen Gerichte des Bischofs unterworfen habe. Allein die Stelle aus SOZOMENI Histor. eccles. Lib. I. cap. 9. worauf er sich beruft, sagt nur, daß der Kt. Constantin durch die den Geistlichen ertheilte Immunität, (unstreitig meint er die-

hieraus, daß die Erstreckung des bestreitenen Gerichtsstandes auf das Gesinde der Geistlichkeit nicht gegen den Geist des Gesetzes streitet. Nicht minder ist das Hausgesinde der zum Reichshofsrathe und dem Reichskammergerichte gehörigen Personen, so gut als dessen Herrschaft, von allem andern Gerichtzwange befreit, und daher sowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen eben demjenigen höchsten Reichsgerichte unterworfen, unter welchem dessen Herrschaft steht⁴⁸). Zwentens unterstützt auch der Gerichtsgebrauch diese Meinung. Denn soviel das Gesinde der academischen Personen anbetrifft, so steht solches auf den mehren Academien, als in Halle, Göttingen, Erlangen,

Alt-

diesenige, von welcher in der oben angef. L. 2. C. de Episc. eccl. die Rede ist,) den stärksten Beweis seiner Achtung gegen die Religion gegeben habe. Nun fügt zwar Sozomenus noch hinzu, daß dieser Kaiser auch einem Jeden erlaubt habe, sich mit Uebergehung des ordentlichen Richters an den Bischoff zu wenden, und sich von diesem Recht sprechen zu lassen. Allein hiervon hat die Geistlichkeit noch keine Bescheinigung von dem weltlichen Gerichtsstande erhalten, sondern es ist dies von einem bloßen Compromiß der Partheyen zu verstehen, wie Corn. Wilb. de RHOER in Dissertation. de effectu religionis Christianae in iurisprud. Rom. Fascic. I. (Groeningae 1776. 8.) Dissert. III; §. 7. und Henr. Mich. HEBENSTREIT in Historia iurisdictionis ecclesiasticae ex Legibus utriusque Codicis illustrata. (Lipsoe 1776.) Dissert. II. §. 15. sq. gezeigt haben.

48) Reichshofstsordnung Tit. 1. §. 8. Wahlca-
pit. Art. XXV. §. 7. R. Kammergerstsordnung
Th. I. Tit. 63 I Reichsabsch. §. 141. Malblanc An-
leitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provincialge-
richtsverfassung und Praxis I. Th. V. Kap. §. 147. ff.

Aldorf, Tübingen u. s. w. unter dem academischen Gericht; und es sind mir nur wenige Academien bekannt, wo selbiges, wie in Leipzig und Frankfurt an der Oder, unter dem Stadtmagistrat steht^{49).} Das nämliche ist von dem Gewinde der Geistlichen zu behaupten, welches wenigstens nach dem Gerichtsgebrauche der Protestanten in den meisten Ländern den befreiten Gerichtsstand seiner Herrschaft genießt^{50).} Da das Tridentinische Concilium Sess. 23. de Reformat. cap. 6. nicht einmal den Tonsuratis und Clericis minorum ordinum, wenn sie keine Pfründe zu genießen haben, den befreiten Gerichtsstand der Geistlichkeit mehr gestattet wissen will, so darf man sich freylich nicht wundern,

Q 5

wenn

49) VOET h. t. §. 109. STEPHANI de iurisdictione Lib. III. P. II. Cap. 6. 12. *Lud. Conv.* SMALCALDER Diss. de iurisdictione academica privilegiaria (*Tübingae 1734.*) §. 24. MALBLANC Conspect. rei iudicior. §. 128. pag. 244. Meister Ausführl. Abhandlung des peinlichen Proceses in Deutschland §. Th. Kap. XIII. §. 52. nr. 1. Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 584.

50) Collectio nov. Consil. Tubingens. Tom. IX. Consil. 80. L. B. a WERNHER sel. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 12. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 166. BRUNNEMANN iur. Eccles. Lib. III. cap. I. §. 12. SCHILTER Institut. iur. canon. Lib. I. Tit. XVIII. §. 8. *Christph. Lud.* CRELL Specim. iur. eccles. de rusticorum dotalium immunitatae a jurisdictione et oneribus secularibus. (*Virembergae 1755.*) §. 24. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 243. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4246. pag. 682. Wiese Grundsätze des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts § 423. Rees Handbuch des protestantischen Kirchenrechts §. 30. Danz Grds. des ordentl. bürgerl. Proceses §. 35. S. 92. u. a.

wenn die katholischen Canonisten dem Gefinde der Geisslichen das privilegium fori absprechen⁵¹⁾). Es ist indessen merkwürdig, daß bei mehreren deutschen Stiftern, z. B. Neugensburg, Augsburg u. s. w. das Gefinde der geistlichen Personen von der Gerichtsbarkeit des Stadtmagistrats befreit ist⁵²⁾). Dass auch das Gefinde der Offiziere in der Regel unter den Militärgerichten steht, ist bekannt⁵³⁾.

Es giebt indessen Fälle, wo das Gefinde den Gerichtsstand seiner Herrschaft nicht hat. Es kann nämlich zuweilen einen eigenen privilegierten Gerichtsstand haben, wie dies bei dem Hofgefende der Fall ist, wovon §. 526. Zuweilen steht es unter der Gerichtsbarkeit seiner eigenen Herrschaft, wenn diese eine Patrimonialgerichtsbarkeit hat⁵⁴⁾.

An

51) S. GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad cap. 10. X. de offic. Archidiaconi. n. 3. (Tom. I. pag. 621.) HEDDERICH Element. iur. canon. P. II. §. 139. not. a. Man sehe indessen ENGEL Colleg. univ. iur. canon. Lib. II. Tit. II. §. 5. nr. 44.

52) Siebenkees Beiträge zum deutschen Recht 6. Th. Nr. IV. §. 35. S. 161. ff.

53) Knorre Anleitung zum Kriegsprozeß 2. Hauptst. §. 1. 2. und §. 12. Grünen Kriegsrecht 3. B. 3. Kap. §. 725. Müllers Kriegsrecht. 2. Band 3. Th. 2. Kap. §. 2. Bem. I. Carl Christoph Starke Lehrbuch des allgemeinen Kriegsrechts mit besonderer Hinsicht auf das Kursächsische 2. Band (Leipzig 1799.) S. 30. Nr. 6. Quistorp Grundzüge des peinlichen Rechts 2. Th. §. 585. S. 88.

54) FUNCKLER Diss. de familiae conductitiae foro competente. §. 23. et 24. Irrig ist es jedoch, wenn einige auch den Gesandten eine Gerichtsbarkeit über das in ihrem Dienste stehende Gefolge zuschreiben. Man sehe von Römer Grundsätze des Gesandtschaftsrechts. XVII. Absch. §. 7. ff. u. §. 21. ff.

An manchen Orten ist dem Gesinde ein eigener Gerichtsstand angewiesen, welcher das Gesindeamt, oder die Stadtvogten genannt wird. Hier kommt der Gerichtsstand der Herrschaft in keine weitere Betrachtung⁵⁵⁾). Endlich

3) muß auch in manchen Fällen der Erbe den Gerichtsstand seines Erbhabers anerkennen⁵⁶⁾). Um dieses genauer zu bestimmen, muß ein Unterschied gemacht werden, ob man den Erben, als Erben, belangen, oder ob man ihn ohne Rücksicht auf diese Qualität, blos als Besitzer, in Anspruch nehmen will. In dem letzten Falle kommt der Gerichtsstand des Verstorbenen, als solcher, das heißt, wenn nicht der Erbe schon an sich den nämlichen Gerichtsstand mit dem Verstorbenen hat, in keine Betrachtung; sondern die Klage muß hier in dem Gericht aufgestellt werden, dem der Erbe entweder wegen seines Wohnorts unterworfen ist, oder welches derselbe wegen der Lage der in Anspruch genommenen Sache anerkennen muß⁵⁷⁾).

Wenn man hingegen wider den Erben, als solchen, klagen will, so kommt es darauf an, ob die Klage schon gegen den Verstorbenen gegründet gewesen, oder nicht, sondern jetzt erst durch die Antretung der Erbschaft wider den Erben entstanden ist. Ist das letztere, z. B. es wird gegen den Erben die Inofficiositätsklage, oder die Erbtheislösung

55) Dorus' Gesinderecht §. 211.

56) Jo. Christpb. KOCH Diff. de foro heredis. Gieffae 1771. und Henr. El. Goetl. SCHWABE Tract. de foro heredum competente. Gieffae et Lipsiae. 1784. 8.

57) L. 42. L. 51. L. 52. D. de Rei vindicat. BOEHMER de Actionibus Sect. II. Cap. II. §. 8. HOPACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4254.

Sungsklage, oder das Interdictum quorum bonorum angestellt, oder wegen eines Vermächtnisses, oder Fideicommisses gegen ihn geklagt, so muß der Erbe in seinem eigenen Forum belangt werden, also wo er seinen Wohnsitz hat, oder wo die geklagte Sache gelegen ist⁵⁸⁾.

War hingegen die Klage schon gegen den Verstorbenen gegründet, so hatte ich selbige entweder schon bei Lebzeiten des Verstorbenen wider denselben angestellt, oder nicht. In dem ersten Falle, da die Klage schon in dem Forum des Verstorbenen rechtshängig geworden ist, muß der Erbe, ohne alle Rücksicht auf das ihm zustehende eigene Forum, den Gerichtsstand des Verstorbenen anerkennen, und den Procesz daselbst in dem Zustande fortsetzen, worin solcher zur Zeit der angetretenen Erbschaft sich befindet. Dies bringt nicht nur die Natur der Litispendenz mit sich⁵⁹⁾, sondern eben dieses verstärkt auch ein ganz deutliches Gesetz. Si is, heißt es *L. 34. D. b. t qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habeat, Romae tamen defendi debet: quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.*

Wenn hingegen die Klage wider den Verstorbenen noch nicht angestellt; und daher die Sache in dem Gerichts-

58) *L. un. Cod. ubi de heredit. agit. L. 29. §. 4. D. de inoff. testam. L. 1. C. ubi fideicomm. peti oport. L. 38. L. 50. D. de iudic. L. 47. pr. et s. 1. D. de legat. I. Christ. Frid. Ge. MEISTER Disquisit. ubi de hereditate agatur. Goettingae 1776. Ein mehreres §. 519.*

59) *L. 30. D. b. t. Cap. 19. X. de foro compet. Clem. 2. ut lice pend nibil innovet.*

richtsstande desselben noch nicht anhängig gemacht worden, so ist wieder zwischen dem generellen und dem speciellen Gerichtsstande des Verstorbenen ein Unterschied zu machen. Ist von dem besondern Gerichtsstande des Contracts, oder der geführten Administration die Rechte, welchen der Verstorbene zu agnosciren verbunden gewesen, so ist es außer Zweifel, daß der Erbe in diesem Forum eben so belangt werden könne, als der Verstorbene daselbst belangt werden konnte, nämlich wenn er daselbst gegenwärtig ist, oder Güter allda besitzt, und kann sich in diesem Falle auf seinen eigenen, wenn gleich bestreiten, Gerichtsstand nicht berufen. Denn da der specielle Gerichtsstand nicht der Willküre des Verstorbenen unterworfen war, sondern von dem Gesetz selbst unmittelbar bestimmt wird, so kann das Recht, welches der Gläubiger des Verstorbenen einmal wegen dieses Gerichtsstandes erworben hat, demselben auch durch den Erben nicht genommen werden. Hierzu kommt noch die deutliche Vorschrift der Gesetze. Ulpian sagt *L. 19. D. b. t.* Heres absens ibi defendantus est, ubi defunctus debuit, et convenientius, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur. Daß hier nicht von dem Gerichtsstande des Wohnorts, sondern des Contracts die Rechte seien, erhessettheils aus den nachher § 1. 2. et 3. dieser L. 19. hinzugefügten Beispielen, theils aber auch vorzüglich daraus, weil man in dem Gerichtsstande des Wohnorts belangt werden kann, wenn man auch nicht gegenwärtig ist. Da nun aber Ulpian ausdrücklich sagt: daß der Erbe in dem Forum des Verstorbenen nur dann belangt werden könne, si ibi inveniatur, so giebt er dadurch deutlich zu verstehen, daß er blos von dem Gerichtsstande des Contracts rede

rede⁶⁰). Denn dieser bleibt unveränderlich, wenn auch der Schuldner seinen Wohnsitz ändert⁶¹).

Ist hingegen von dem generellen Gerichtsstande des Verstorbenen, nämlich dem foro domicilii, oder privilegiato desselben, die Rede, so ist es nun zwar sehr streitig, ob auch dieses auf den Erben übergehe, wenn die Klage wider den Verstorbenen bey dessen Leben noch nicht angestellt worden ist⁶²). Ich trage indessen kein Bedenken, denen bezutreten, welche es läugnen, daß der Erbe diesem Gerichtsstande des Verstorbenen unterworfen sey, und werde hiervon §. 515 ausführlicher handeln. Leichter kann man sich darüber vereinigen, wenn der Verstorbene einen privilegierten Gerichtsstand hatte. Denn hier stimmen die meisten Rechtsgelehrten mit einander überein, daß ein solcher Gerichtsstand nicht auf den Erben übergehe, selbst diejenigen, die in Absicht auf das forum domicilii des

60) Man sehe hier vorzüglich KOCH cit. Diff. §. 20. wo man eine vortreffliche Erläuterung der L. 19. D. b. r. finden wird.

61) L. 2. Cod. de iurisdict. wo es heißt: Ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transiulet, ibi tantum eum conveniri oportet. Das hier von dem Falle die Rede sey, da jemand an dem Orte seines vorigen Wohnsitzes contraheirt hatte, zeigt DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 12. pag. 979. aus unsäglichen Gründen. Ihm stimmt auch WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Disput. XVI. §. 23. bey.

62) Die verschiedenen Meinungen findet man bey KOCH cit. Diff. §. 12. — 17. WALCH Introduc. in controvers. iur. civ. Sect. IV. Cap. II. §. 5. pag. 753. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4254. not. b. pag. 687. sq.

des Verstorbenen anderer Meinung sind⁶³⁾). S zwar nimmt man den Beweis gewöhnlich von der Natur persönlicher Privilegien her, und bezieht sich auf den bekannten Auspruch des Modestins: *Privilegia, quae personae sunt, ad heredem non transeunt*⁶⁴⁾. Allein man kann auch sagen, der privilegierte Gerichtsstand trete an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts, und also müßt von dem einen eben das gelten, was bei dem andern Rechtes ist⁶⁵⁾.

§. 511.

I) Von den Gerichtsständen des gemeinen Rechts. A) Generelle. 1) Forum originis.

Unter den generellen Gerichtsständen, die in dem gemeinen Rechte gegründet sind, verdient 1) das *Forum originis* unsere Aufmerksamkeit. Dieser Gerichtsstand wird durch den Ort begründet, welcher für das Vaterland eines Menschen gehalten wird⁶⁶⁾. Nach dem römischen Rechte ist das *forum originis* entweder *commune* oder *proprium*. Ersteres war derjenige Gerichtsstand, welchen alle fremgebohrne Untertanen des röm. Reichs, sie möchten wohnen, wo sie wollten, zu Rom hatten, wenn sie daselbst angetroffen würden, und kein *ius revocandi domum* hatten⁶⁷⁾. Denn nach

63) Man vergleiche z. B. PETR. BARBOSA Commentar. ad interpretationem tit. Dig. de iudiciis. n. 216. und HOFACKER c. L §. 4254. Letzterer sagt: *Heres in foro defuncti generali et speciali, neque ramen privilegiorum, recte convenietur, si ibi inviatur, idque ita, ut nullo suo proprio privilegio excusatetur.*

64) L. 196. D. de Reg. iur.

65) KOCH cit. Diss. §. 21.

66) VOET h. t. §. 91.

67) L. 2. §. 3. 4. et 5. D. b. t. L. 28. §. 4. D. Ex quib. enus. maior, Mein Commentar z. Th. §. 204. S. 188.

nachdem der K. Antoninus Caracalla allen freigebohrten Unterthanen des römischen Reichs das Bürgerrecht ertheilet hatte, so wurde die Stadt Rom nun als die communis omnium patria angesehen⁶⁸⁾ , wo jeder Bürger, er möchte in Rom oder in einer Provinz des römischen Reichs seinen Wohnsitz haben, belangt werden konnte, wenn er gerade daselbst anwesend, und nicht besonders bestrebet war⁶⁹⁾ . Das *forum originis proprium* oder *speciale* hingen, gen hatte ein jeder da, wo sein Vater zur Zeit seiner Geburt Bürger war, wenn er auch nicht eben daselbst, sondern an einem andern Orte war gebohren worden⁷⁰⁾ . Auf das zeitige Domicilium des Vaters kam es nicht an, sondern auf das Vaterland desselben, wie Ulpian ausdrücklich sagt: *Filius civitatem, ex qua pater eius naturalem originem dicit, non domicilium sequitur*⁷¹⁾ . Auch wurde auf den Geburts-

68) L. 6. §. 11. D. de *Excusat. tutor.* L. 33. D. ad *Municipal.* L. 19. D. de *Interdice. et Relegat.* L. 7. §. 15. D. eodem. L. 9. D. de *vacat. et excusat. muner.* Man sehe hier vorzüglich *Ezech. SPANHEMII Orbis Roman. Exercit. II. Cap. 6.* pag. 160. Das nämliche galt in der Folge von Constantiopol, nachdem die Residenz der christlichen Kaiser dahin verlegt, und diesem neuen Rom, wie es in der *L. fin. Cod. in quib. caus. pignus.* und *L. 5. C. de oper. publ.* genannt wird, alle Rechte und Prærogative des alten Roms waren mitgetheilt worden. L. un. *Cod. de privileg. urb. Constantiopolie.* S. *Franc. AMAYA Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. Lib. X. Tit. XXXIX. nr 85.* pag. 495.

69) *Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 153.* *HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4221.*

70) *AMAYA c. I. nr. 5.* pag. 484. und *Ios. FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iur. pag. 353.*

71) *L. 6. §. 1. D. ad Municipalem.*

burtsort der Mutter keine Rücksicht genommen, wenn jemand auch an eben demselben Orte war geboren worden⁷²⁾, außer wenn entweder die materna origo besonders privilegiert war, oder jemand keinen rechtmäßigen Vater hatte. Daher sagt Ulpian⁷³⁾: *Qui ex duobus campanis parentibus natus est, Campanus est. Sed si ex patre Campano, matre Puteolana, aequem municeps Campanus est: nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur: tunc enim maternae originis erit municeps⁷⁴⁾.* Utpulta Iliensis concessum est, *ut qui matre Iliensi est, sit eorum municeps.* Etiam Delphis hoc idem tributum et conservatum est. CELSUS etiam refert, Ponticus ex beneficio POMPEII MAGNI competere, *ut qui Pontica matre natus esset, Pontius esset:* quod beneficium ad vulgo quaesitos solos pertinere quidam putant: quorum sententiam CELSUS non probat: neque enim debuisse caveri, ut vulgo quaesitus matris conditionem sequeretur: quam enim aliam originem bic habet? sed ad eos, qui ex diversarum civitatum parentibus oriuntur. Dass derjenige, welcher keinen rechtmäßigen Vater hatte, sein forum originis von der Mutter erhielt, lehrt CITERIUS⁷⁵⁾:

Eius,

72) L. 3. Cod. de municipibus. Filios apud originem patris, non in materna civitate, et si ibi nati sint, (si modo non domiciliis retineantur) ad honores seu munera posse compelli, exploratio juris est. Add. L. 36. et 44. Cod. de Decur.

73) L. 1. §. 2. D. ad municipalem.

74) Hierauf zielt ohne Zweifel ARISTOTELES Politicor. Lib. III. cap. 3. wenn er sagt: *Est etiam Lex in quibusdam civitatibus, ut satis sit ex matre civis esse genitum.*

75) L. 9. D. ad Municipalem.

Eius, qui iustum patrem non habet, prima origo a matre eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet. Das nämliche hatte bei denen Statt, quos patris conditio nullius vindicaret iuri civitatis, wie Kr. Julian⁷⁶⁾ sagt. Zuweilen konnte ein Römer auch ein doppeltes Vaterland haben, nämlich wenn er von einem civi alienae civitatis war adeptus oder arrogatus worden⁷⁷⁾. Denn die Adoption hob das natürliche Vaterland nicht auf, sondern gab dem Adoptirten noch ein zweentes, nämlich das des Adoptivvaters, wie die Kr. Diocletian und Maximian rescribiren⁷⁸⁾: *In adoptionem quidem alienae civitatis civi recte dato additur, non mutatur patria: ac propterea ius originis in honorum ac munerum obsequio per adoptionem non minui perspicis.* Ein Freigraffener folgte dem Vaterlande seines Patrons⁷⁹⁾; dem Domicilium desselben aber nur denn, wenn jenes unbekannt war⁸⁰⁾, und wenn er von mehreren war manumittirt worden, so bekam er das forum originis von allen diesen Manumissoren⁸¹⁾. Ueberall aber bestimmte jedoch nur der Geburtsort des Vaters das forum originis des Sohns⁸²⁾. Auf die

76) L. 22. *Cod. de Decurionib.*

77) L. 15. §. 3. L. 17. §. 9. D. ad *Municip.* FINESTRES in Comment. in Hermogenianum pag. 353.

78) L. 7. *Cod. de Adoptionib.*

79) L. 17. §. 8. D. ad *Municipal.* L. 27. pr. D. eodem. L. 2. *C. de Municipibus.* FINESTRES cit. Commentar. pag. 360.

80) L. 6. §. 3. L. 22. pr. D. ad *Municip.* VOET Comment. ad Pand. Lib. L. Tit. I. §. 3.

81) L. 7. D. ad *Municipalem.*

82) AMAYA in Comment. ad Tit. Cod. de incolis nr. 21. sqq.

die originem des Grossvaters hingegen kam es in der Regel nicht an, ausgenommen, wenn der Enkel von einem Adoptivsohne in der Familie des Adoptivvaters, oder überhaupt während der Zeit, da sein Vater noch in väterlicher Gewalt war, erzeugt worden ist⁸³). Sonst bestimmte der Geburtsort (*origo propria*) des Sohns, das forum originis des Enkels⁸⁴).

Der besondere Gerichtsstand des Vaterlandes war nun bei den Römern unveränderlich, und dauerte fort, wennemand auch schon an einem andern Orte seinen beständigen Wohnsitz aufgeschlagen hatte⁸⁵). Ein Römer konnte

§ 2

daher

83) L. 17. §. 9. D. ad *Municipal.* AMAYA c. I. nr. 24.

84) Man sehe hier besonders Chr. THOMASII Tract. de Vagabundo s. eo, qui est sine domicilio. Cap. I. §. 52 — 59. und ANT. PEREZ Praelect. in Codicem Tit. de Municip. n. 4. sqq.

85) L. 6. pr. D. eodem. L. 11. D. de Senator. L. 4. et 5. Cod. de *Municipibus*. Diesen ist die L. 190. D. de *Verb. Signific.* nicht entgegen, wie Fr. de AMAYA in Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. pag. 485. glaubt. Denn wenn Ulpian daselbst sagt: *Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos, qui ex provincia oriundi sunt;* so hat dies keine Beziehung auf den Gerichtsstand, wie CUIACIUS Lib. XXIV. Observation. cap 33. behaupten will; den auch schon CONRADI in Parergis Lib. IV. Nr. II. §. 8. pag. 503. widerlegt hat; sondern Ulpian will hier nur den Begriff von *Provinzialen* geben, der zu seinen Zeiten, nachdem Antoninus Caracalla allen freygeborenen Untertanen des röm. Reichs das Bürgerrecht ertheilt hatte, nur noch praktisch war, und sich auf den Unterschied bezog, der in Ansehung gewisser besonderer Rechte der röm. Bürger, zu denen nun auch die *Provinzialen* gehörten,

daher an dem Orte, der für sein ursprüngliches Vaterland gehalten wurde, noch immer mit Aemtern und andern gewöhnlichen Lasten, denen die übrigen Bürger dieses Orts unterworfen waren, beschwert⁸⁶), und auch daselbst, wenn er nämlich gegenwärtig war, belangt werden⁸⁷). Wenn fer-

ten, von dem Wohnorte abhängt. In dieser Rücksicht konnten daher freylich nur diejenigen Bürger PROVINCIALES genannt werden, welche in einer Provinz des röm. Reichs ihren Wohnsitz hatten, nicht aber diejenigen, welche zwar in einer Provinz waren geboren worden, aber nicht mehr daselbst, sondern in Italien, oder in Rom wohnten. Dieser Begriff war practisch bey Ehen, denn kein Staatsbeamter in einer Provinz durste eine Provinzialin heyrathen; ferner bey Vermundenschaften, wenn sich ein Bürger mit der Zahl der Kinder entschuldigen wollte. Hier mußte der Provinzial mehr Kinder haben, als ein Bürger, der in Rom oder in Italien wohnte. Man sehe hier *Io. God. BAUER Opuscula iurid. Tom. I. pag. 195.*

86) *L. I. 3. et 5. Cod. de Municipibus.*

87) *L. 29. D. ad Municipal.* HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 47. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t. §. 86. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4222. Aus derer Meinung ist zwar NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 153. Dem auch FRID. WILB. PESTEL in Disput. de domicilio originis. (*Rintelii 1752.*) beystimmt. Dieser behauptet, daß zwar das domicilium originis in Absicht auf die munera publica personalia, aber nicht das forum originis perpetuirlich gewesen sey. Allein die Erklärung von der *L. 29. D. ad municipal.* daß sie von einem solchen Fall zu verstehen sey, wo derjenige, welcher an einem Orte incola ist, auch noch in loco originis sein domicilium habe und fortsetze, scheint mir sehr gezwungen zu seyn. Man sehe vielmehr THOMASII Diss. cit. Cap. II. §. 100. Die *L. 190. D. de V. S.* hingegen beweist für seine Meinung gar nichts.

ferner ein Verbrecher aus der Provinz verwiesen ward, wo er seinen Wohnsitz hatte, so erstreckte sich diese Relegation auch jederzeit mit auf die Provinz, in welcher er geboren war⁸⁸⁾; und bei Bestellung der Vornünder für Unmündige und Minderjährige war magistratus originis eben sowohl competent, als die Obrigkeit des Orts, wo die Güter derselben gelegen waren⁸⁹⁾). Nur das bürgerliche Vaterland, welches durch Adoption erworben wurde, erlosch durch Emancipation⁹⁰⁾). Nicht minder verlor eine Ehefrau ihr forum originis proprium durch die Ehe, wodurch sie den Gerichtsstand des Mannes erhielt⁹¹⁾).

Allein diese ganze Theorie des römischen Rechts vom foro originis findet heut zu Tage nicht mehr Statt. Sie lässt sich auf unsere deutsche Verfassung nicht füglich anwenden, weil diese hierin von der Römischen ganz abweicht⁹²⁾. Heut zu Tage haben wir daher weder ein forum originis commune, noch speciale im Sinne des römischen Rechts. Hierin sind alle deutsche Rechtslehrer⁹³⁾ mit

K 3

ein-

88) L. 7. §. 10. II. 13. et 16. D. de Interdict. et Relegat.
Nic. ANTONIUS de exilio, exulumque conditione et iuribus.

Lib. I. cap. 13. (*in Thes. Meermannian.* T. III. pag. 37.)

89) L. un. Cod. Ubi perant. tutor.

90) L. 16. D. ad Municipalem. FINESTRES in Hermogenian. ad h. L. pag. 352. sqq.

91) L. fin. §. 3. D. ad Municipalem. L. un. Cod. de mulieribus et in quo loco munera. L. fin. Cod. de incolis. L. 13. Cod. de dignitat. AMAYA cit. Commentar. Tom. I. Tit. de Incolis nr. 26.

92) S. Joh. Jac. Moser von der deutschen Justizverfassung I. Th. I. B. 4. Cap. §. 6.

93) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIII. §. 24. LAUTERBACH, Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 43. THOMASIUS cit.

einander einverstanden. Einige ältere Rechtsgelehrte wollten zwar behaupten, daß die Residenzstadt des deutschen Kaisers h. z. E. die Stelle eines gemeinschaftlichen Roms vertrete, wo jeder Deutsche, wenn er daselbst angetroffen wird, belangt werden könne, oder daß wenigstens die Residenzstadt eines jeden deutschen Landesherren für das forum originis commune aller seiner Unterthanen zu halten sey. Allein diese abgeschmackten Hypothesen hat schon längst Stryk⁹⁴⁾ nach Würden widerlegt. Das heutige forum originis eines Menschen ist der Gerichtsstand, unter welchem zur Zeit seiner Geburt desselben Vater seinen Wohnsitz hatte. Auf den Ort der Geburt kommt es nicht immer an, weil ein Kind auch zufälliger Weise auf der Reise oder Flucht kann geboren worden seyn⁹⁵⁾). Hier ist das forum originis doch bey dem Richter, welcher die ordentliche Gerichtsbarkeit über den Vater zu der Zeit hatte, da das Kind geboren wurde⁹⁶⁾). Bei unehelichen Kindern richtet sich das forum originis nach dem persönlichen Gerichtsstände der Mutter, welchen dieselbe zur Zeit der Geburt des Kindes anerkannste. Bei Findelkindern wird der Ort, wo sie gefunden und erzo-

cit. Diff. de Vagabundo Cap. I. §. 65. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4221. et 4222. und besonders Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 1. Th. Deduct. III. §. 11. S. 27. und 1. Bandes 4. Th. Resp. CLXIII.

94) Us. Mod. Pandect. h. t. §. 19.

95) LAUTERBACH Diff. de domicilio. §. 10. et 11.

96) Nach der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 18. begründete der jedesmalige Wohnsitz des Vaters den ordentlichen Gerichtsstand des noch unter seiner Gewalt befindlichen Kindes, ohne Rücksicht auf den Ort, wo dasselbe geboren worden.

erzogen worden, und bey den Kindern der Vagabunden der Ort, wo sie getauft worden sind, als ihr Geburtsort angesehen ⁹⁷). Dieses forum originis ist heutiges Tages nicht unveränderlich, sondern es bleibt nur so lange begründet, als einer noch keinen eigenen Wohnsitz genommen, oder keinen andern besondern Gerichtsstand hat ⁹⁸). Ist es jedoch zweifelhaft, ob jemand durch Errichtung eines eigenen beständigen Wohnsitzes sein forum originis verändert habe, so wird desselben Fortdauer vermutet, bis ein anderes erwiesen ist ⁹⁹). Es hört daher nicht auf, wenn Kinder entweder des Studierens halber, oder um ein Handwerk zu erlernen, oder aus andern Ursachen, sich nur auf eine Zeitlang anderwärts aufzuhalten ¹⁰⁰). Besonders aber nimmt man bey Vagabunden, welche nirgends einen festen Wohnsitz haben, auf deren forum originis Rücksicht ¹). Denn wenn gleich ein Vagabunde vor jedem Gericht belangt werden kann, wo er angetroffen wird ²), so kann doch, wenn sein Aufenthalt unbekannt ist, die Klage wider ihn auch in foro originis angesetzt, und von dem Richter dieses Ortes eine Edictralcitation erlassen werden ³). Man behauptet auch,

III 4 das

- 97) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 42. Dang
 Grds. des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 27.
 98) LAUTERBACH h. t. §. 43. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom.
 III. §. 4222. MALBLANC Conspect. rei iudicari. §. 158.
 99) VOET h. t. §. 92. in fin. MEVIUS P. V. Decis. 163. MAL-
 BLANC Conspect. rei iudicari. §. 158. in fin. pag. 288.
 100) MEVIUS P. III. Decis. 71. LEYSER Meditat. ad Pandect.
 Vol. II. Specim. LXXV. med. 7. HOFACKER c. I. §. 4222.
 1) STRYK Uf. Mod. Pand. h. t. §. 18.
 2) Leon. BEELS Diff. de foro domicilii. *Lugd. Batavor.* 1785.
 Cap. II. §. 9.
 3) BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. IV. Th. I. Not. 6.
 Mein Commentar 3. Th. §. 223. Not. 72.

daß wenn ein Vagabund verstorben, sein Nachlaß nach den Gebräuchen des fori originis beurtheilt werden müsse ⁴⁾). Als kein andere widersprechen dieser Meinung aus dem Grunde, weil bei einem Vagabunden der Ort, wo er angestanden wird, sein jedesmaliger Gerichtsstand ist. Nach den Gebräuchen dieses Ortes wird ihm daher auch succedit ⁵⁾). Nur sein Immobiliar-Nachlaß wird nach den Gebräuchen des Ortes, wo solcher liege, beurtheilt ⁶⁾).

§. 512.

2) Gerichtsstand des Wohnorts. Wie wird ein Domicilium constituit?

Ein genereller Gerichtsstand wird nach dem gemeinen Rechte auch 2) durch den Wohnort des Beklagten begründet. *Forum domicilii.* Der Wohnort ist da, wo einer sich in der Absicht aufhält, um so lange daselbst zu bleiben, bis ihn besondere Ursachen bestimmen, seinen Aufenthalt zu verändern. Die Kr. Diocletian und Marcellian ⁷⁾ sagen: *In eo loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde, cum profectus est, peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari iam destitut.* Einen Wohnsitz schlägt man nun entweder an einem Orte nach seinem Gefallen und aus freier Entschließung auf,

4) Koch Successio ab intestato. §. 15.

5) Ludolfs Systemat. Entwicklung der Lehre von der Intestatserbsfolge §. 193.

6) THOMASII Tract. de Vagabundo Cap. III. n. 20. pag. 73.

7) L. 7. Cod. de Incolis.

auf, oder man muß sich solchen aus gesetzlicher Nothwendigkeit gefallen lassen. In jenem Falle ist der Wohnsitz ein freewilliger, (*domicilium voluntarium*), in diesem aber ein nothwendiger, (*domicilium necessarium*).

I) Aus rechtlicher Nothwendigkeit kann jemand ein Domicilium haben,

a) zur Strafe. Wenn ein Verbrecher an einen gewissen Ort hin verwiesen oder gebannt worden ist⁸⁾. Bei den Römern war besonders seit den Zeiten des Ks. Augustus die relegatio in insulam nicht ungewöhnlich⁹⁾. Eine solche Relegation unterschied sich von der Deportation vorzüglich darin, daß sie weder das Bürgerrecht, noch Domicilium des Verwiesenen aufhob¹⁰⁾, sondern nur die Folge hatte, daß der Gebannete die ihm anewiesene Insel nicht verlassen durfte, sondern dort wohnen mußte, so lange die Zeit der Relegation dauerte¹¹⁾. Alle andere Rechte behielt der Relegirte unversehrt¹²⁾.

R 5

b) We-

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

9) L. 7. D. de interdict. et relegat. Man denke hier an das Schicksal Ovids, das er in seinen Briefen ex Ponto schildert. S. Nic. ANTONIUS de Exilio s. de exilii poena antiqua et nova, exulumque conditione et iuribus Lib. I. cap. 15. et 16. (in Thes. Meermann. Tom. III. pag. 43. sqq.) und Kleinschrod's systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 3. Th. §. 53. S. 101.

10) L. 27. §. 3. D. ad Municipal. Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arceratur, ut MARCELLUS scribit.

11) L. 7. §. 8. D. de interdict. et relegat.

12) L. 4. et L. 18. D. eodem. S. ANTONIUS de Exilio. Lib. II. und Kleinschrod am angef. Ort §. 52.

b) Wegen seines Dienstes oder seiner Amtswürde. So haben

1) Soldaten da, wo sie dienen, und in ihren Standquartieren, ein domicilium necessarium, wenn sie nicht etwa in ihrem Vaterlande Güter besitzen¹³⁾. Denn sonst haben sie das domicilium originis. Ohne Güterbesitz hingegen giebt die Geburt allein noch kein Domicilium im Vaterlande, wenn man nicht auch daselbst wohnt. Besitzt ein Soldat nicht in seinem Vaterlande, sondern an einem dritten Orte Güter, wo er nicht wohnt, so hat er daselbst nicht sein Domicilium, sondern blos an dem Orte, wo er dient¹⁴⁾.

2) Die Senatoren hatten bey den Römern in sacratissima urbe ihr *domicilium dignitatis*¹⁵⁾.

3) Geistliche haben ihr Domicilium an dem Orte, wo sie ihr Kirchenamt zu verwalten angestellt sind¹⁶⁾. Die Rechtsgelehrten nennen solches das *domicilium beneficii ecclesiastici*¹⁷⁾. Geistliche müssen also bey ihrer Kirche, oder bey ihrem Stifte Residenz halten, wenn sie auch gleich an einem andern Orte Häuser und Güter besitzen. Jedoch

find

13) L. 23. §. 1. D. ad Municipal. Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret, si nihil in patria possidet.

14) Man vergleiche *Iof. FINESTRES* Commentar. in Hermogeniani Icti iuris Epitomar. libr. VI. ad L. 23. §. 1. D. ad municipal. §. 1. et 2. pag. 361. sqq.

15) L. 8. Cod. de incolis. L. II. D. de Senatorib.

16) BEELS Diff. de foro domicilii. Sect. I. Cap. III. §. 5. in fin. not. a.

17) VULTEIUS ad L. 2. Cod. de iurisdict. nr. 15.

find nur Prediger zur beständigen, Canonici aber gewöhnlich nur zu einer zeitigen Residenz verbunden, wosfern nicht letztere eine gänzliche Befreiung von dieser Nothwendigkeit erhalten haben¹⁸⁾.

c) Wegen der ehelichen Verbindung, welche, wie Justinian¹⁹⁾ sagt, eine individuum vitae consuetudinem nothwendig macht, ist die Frau dem Wohnsitz ihres Mannes zu folgen schuldig²⁰⁾, wenn sie sich auch in dem Ehevertrage ein anderes vorbehalten, und wirklich eine von dem Manne separirte Wohnung hätte²¹⁾. In den Gesetzen wird daher dieser Wohnsitz ein *domicilium matrimonii* genannt²²⁾. Die Wittwe behält es zwar auch noch nach dem Tode ihres Mannes, allein es hängt doch nun von ihrer Willkür ab, diesen Wohnsitz zu verändern²³⁾.

d) We-

18) Schauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten §. 358. und Ge. Lud. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 553. et 554.

19) §. 1. I. de patr. pofet. L. 1. D. de ritu nuptiar.

20) L. 65. D. b. t. L. ult. §. 3. D. ad Municipal. L. fin. Cod. de incolis.

21) Ein solcher Vertrag würde theils gegen die *conditio matrimonii*, wie Ulpian sagt *L. 65. in fin. D. b. t.* theils contra *receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est*, wie sich eben dieser Jurist *L. 14. in fin. D. Soluto matrim.* ausdrückt, streiten, und kann daher wenigstens in Absicht auf das forum *domicilii* des Mannes, dem die Frau dennoch unterworffen bleibt, von keiner Wirkung sagen. S. HUBER h. t. §. 45. Io. ORT. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 92.

22) L. 5. D. de ritu nuptiar.

23) L. 22. §. 1. D. ad Municipal. L. ult. Cod. de incolis. S. CRELL Diss. de foro viduarum §. 3.

d) Wegen des aus der väterlichen Gewalt entstehenden Verhältnisses müssen endlich auch Kinder, so lange sie bei dem Vater und in desselben Gewalt sind, seinem Wohnorte folgen. Ulpian²⁴⁾ sagt zwar: *Filius civitatem, ex qua pater eius naturalem originem ducit, non domicilium sequitur.* Allein daß Ulpian hier von dem *foro originis* rede, welches sich freylich nicht nach dem jedesmaligen Wohnsitz des Vaters richtet, ist schon oben (S. 256.) bemerkt worden. Von diesem ist aber das *Domicilium* der Kinder zu unterscheiden, die noch in väterlicher Gewalt sind. Dies ist allerdings nach dem *Domicilium* des Vaters zu beurtheilen²⁵⁾. Soeben ist auch wohl Ulpian nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Sohn mit Einwilligung des Vaters einen eigenen Wohnsitz aufgeschlagen hat²⁶⁾. Denn an einem andern Orte²⁷⁾ sagt eben dieser Jurist: *Placet etiam, et filios familias domicilium habere posse. Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit.* Hierher gehört auch, was Papinian²⁸⁾ sagt: *Patris domicilium, filium, aliorum (d. i. wie Pothier²⁹⁾ bemerkt, alterius municipii) incolam, civilibus muneribus alienae civitatis non adstrin-*

24) L. 6. §. 1. D. ad *Municipal.*

25) voET Comment. h. t. §. 100. und Io. Flor. RIVINUS in Diff. de non praefumta domicilii mutatione. *Lipsiae* 1726. §. 7.

26) So verstehen auch PEREZ Praelect. in Cod. Lib. X. Tit. 39. nr. 9. und POTIER in Pandect. Iustinian. Tom. III. Tit. ad *Municipalem* Nr. XXV. p. 594. den Ulpian.

27) L. 3. et 4. D. ad *Municipal.*

28) L. 17. §. 11. D. eodem.

29) Loc. cit. not. e.

De iudiciis, et ubi quisque agere vel etc. 269
adstringit; cum in patris quoque persona domicilii ra-
tio temporaria sit. Dahingegen kann

e) durch die letzte Willensverordnung ei-
nes Verstorbenen Niemandem, dem auch unter dieser
Bedingung eine Erbschaft oder Vermächtniß hinterlassen
worden ist, die Verbindlichkeit eines beständigen Wohnsitzes
an einem bestimmten Orte aufgelegt werden, indem viel-
mehr eine solche Bedingung, als eine das Recht der natür-
lichen Freiheit kränkende, für unverbindlich, und daher für
nicht behaftet zu halten ist³⁰).

II) Aus freyer Entschließung wird ein Domi-
cillum constituit,

1) wenn man sich an einem Orte mit seinem Vermö-
gen niederläßt, und zwar dabei

2) die Absicht hat, an diesem Orte beständig zu blei-
ben, so lange nicht besondere Ursachen uns bestimmen, die-
sen Aufenthalt zu verändern.

Die bloße Wohnung an einem Orte ist so wenig, als
der bloße Besitz eines Hauses zur Errichtung eines Domici-
liums hinreichend, wenn nicht jene Absicht, daß man an
dem

30) L. 71. §. 2. D. de condit. et demonstrat. Titio centum re-
licta sunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel ut in
illa civitate domicilium habeat: potest dici, non esse locum
cautioni, per quam ius libertatis infringitur. Nur seinen
Freigelassenen konnte ein Römer eine solche Bedingung aufle-
gen. L. 18. §. ult. D. de aliment. et cibar. legat. L. 52.
D. de manumiss. testam. S. Gregorii MAIANSII Diss. de his,
quae sub modo relinquuntur. §. 21. (in eius Disputat. iuris
Tom. II. pag. 133.)

dem Orte seinen beständigen Wohnsitz haben wolle, damit verbunden ist. Papinian ³¹⁾ sagt ausdrücklich: *Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit;* und auf gleiche Art rescribiren die Kr. Diocletian und Maximian ³²⁾: *Cum neque originales, neque incolas vos esse memoratis;* ob solam domus vel possessionis causam publici juris auctoritas muneribus subiugari vos non sinet. Nur dann findet eine Ausnahme Statt, wenn in einem Lande der volle Landsassiat eingeführt ist. Hier kann der bloße Besitz liegender Güter ein Domicilium bewirken ³³⁾. Es ist aber auch die bloße Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, für sich nicht hinreichend, wenn nicht das factum der Habitation noch hinzukommt. Daher sagt Paulus ³⁴⁾: *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione;* und Pomponius ³⁵⁾ erfordert zum Begriff eines incola schlechterdings, *ut in loco quodam, quasi in aliqua sede, moretur.* Es ist indessen gar wohl möglich, daß Jemand ein zweyfaches Domicilium hat. Dies ist der Fall, wenn Jemand an zwey verschiedenen Orten völlig eingerichtete Wirthschaften hat, und abwechselnd bald an dem einen, bald an dem andern sich aufhält, oder Gewerbe treibt. Labeo war zwar anderer Meinung, wie Paulus ³⁶⁾ bemerkt hat. LABEO iudicat, sagt dieser Ju-

rist,

31) *L. 17. §. 13. D. ad Municipal.*

32) *L. 4. Cod. de incolis.*

33) GEISLER Commentat. de Landsassiatu. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4224. not. f.

34) *L. 20. D. ad Municipal.*

35) *L. 239. §. 2. D. de Verb. Signific.*

36) *L. 5. D. ad Municipal.*

rif, eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere. Er selbst hält indessen die gegenwärtige Meinung für richtiger. Für diese letztere Meinung stimmt auch Ulpian³⁷⁾, wenn er sagt: *Viris prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium; si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur;* und an einem andern Orte³⁸⁾ sagt eben dieser Rechtegelehrte: CELSUS libro primo *Digestor.* tractat: *Si quis instructus sit duobus locis aequaliter, neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, existimatione animi esse accipiendum.* Ego dubito, si utrobique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere? et *verum est habere,* licet difficile est. In einem solchen Falle nun, da Jemand an zwey verschiedenen Orten ein Domicilium hat, muß er die Gerichte beider Orte als seinen persönlichen Gerichtsstand anerkennen, und es hängt lediglich von der Wahl des Klägers ab, wo ihn derselbe belangen will³⁹⁾.

§. 513.

Ein domicilium voluntarium kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend constituit werden.

Die Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, kann sowohl ausdrücklich, als still-

37) L. 6. §. 2. D. eodem.

38) L. 27. §. 2. D. eodem.

39) Io. ZANGER Tr. de Exceptionibus P. II. Cap. I. n. 95. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 45. MALEBLANC Conspect. rei iudic. §. 159. Anderer Meinung ist jedoch VOET h. t. §. 92. Dieser behauptet, daß der Beklagte da zu belangen sei, wo er sich zur Zeit der angestellten Klage mit seiner Familie aufhält.

stillschweigend, durch Handlungen, zu erkennen gegeben werden. Ersteres geschieht, wenn Jemand an dem Orte, wo er wohnt, sich unter die Zahl der Bürger hat aufnehmen lassen, und, gleich andern Unterthanen, den Huldigungss eid geleistet hat ⁴⁰). Stillschweigend wird die Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, geäußert,

1) wenn Jemand sich an einem Orte niederläßt, und daselbst Handel und Gewerbe zu treiben anfängt, auch alles dasjenige thut, wozu andere Einwohner des Orts berechtigt oder verbunden sind ⁴¹).

2) Wenn Jemand seine Sachen, die er an seinem bisherigen Wohnorte besessen hatte, verkauft, und sich mit Frau und Kindern an einen andern Ort hin begiebt, und daselbst eine neue Haushaltung einrichtet ⁴²).

3) Wenn

40) Struben rechtliche Bedenken. 2. Th. Tbd. 25. S. 115.

41) L. 27. §. 1. D. ad Municipalem. Si quis negotia sua in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balineo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibusque denique municipii commodis fruitur, ibi habere videtur domicilium.

42) L. 203. D. de verbor. signific. Constitutum est, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset. Es ist hier zu bemerken, daß das Wort domus hier für domicilium genommen wird. Man sehe L. 5. §. 2. D. de iniur. Sonst sind domus und domicilium ganz verschieden. S. POPMA de Different. verbor. pag. 218. (edit. 1741.) und CUIJACIUS lib. XXIV. Obs. 33. Man kann ein eigenes Haus besitzen, ohne ein Domicilium an dem Orte zu haben. L. 17. §. 13. D. ad municip. L. 4. C. de incol. Man kann aber auch ein Do-
mici-

3) Wenn Jemand den größten Theil seiner Güter an einen Ort hingebracht hat, und daselbst zu wohnen ansägt, ohne daß eine andere Ursache bekannt ist, weswegen er sich etwa nur eine Zeitlang aufhalten wolle⁴³).

4) Wenn Jemand an einem gewissen Orte ein Amt übernimmt, welches seine beständige Gegenwart daselbst erfordert⁴⁴).

Dahin.

micilium haben, ohne ein eigenes Haus zu besitzen. L. 5. §. 2. *D. de iniur.* Sedes heißen hier so viel als lares, und bezeichnen nicht eine jede Wohnung, sondern ein solches Haus, worin der Römer sein lararium d. i. seine Hauskapelle hatte, wo er seine Laren und Penaten, d. i. seine Hausgötter, verehrte. Den Ausdruck larem sovere, der L. 2. C. *ubi Senator.* vel *Clariss.* vorkommt, erklärt sehr gut ZANGER de Exceptionib. P. II. Cap. I. nr. 15. sqq. Man sehe auch Alex. Adam Handbuch der römischen Alterthümer. 1. Th. S. 513. f. Tabulae heißen hier die Hausréchnungs- und Tagebücher, worin der römische Haushalter seine Einnahme und Ausgabe aufzuziehen pflegte. CICERO *Verrin.* II. c. 7. 74. 76. et pro *Roscio Com.* c. 1. ERNESTI Clav. Ciceron. v. *Tabula.* Endlich *constitutionem rerum suarum facere* heißt hier soviel als rem suam familiarem ita instruere, ut appareat, aliquem fixam ibi sedem habere velle. S. *Anf. Frid.* PISTORIUS in Diss. ad Fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestor, supersunt, praef. *Car. Christ.* HOFACKER def. Tübingae 1775. ad L. 203. cit. pag. 131. sq.

43) L. 2. C. *ubi Senator.* Senatores — in provinciis, ubi larem sovent, aut *ubi maiorem honorum partem possident, et assidue versantur,* respondebunt.

44) Man vergleiche hier vorzüglich ZANGER de Exceptionibus P. II. Cap. I. nr. 15 — 55. und VOET h. t. §. 97. et 98.

Glucks Erläut. d. Pand. 6. Th.

S

Dahingegen lässt sich daraus, daß Jemand, wenn gleich eine geraume Zeit hindurch, wegen seiner Geschäfte, oder Gesundheit, oder wegen Studierens, oder um einer drohenden Kriegs oder andern Gefahr zu entgehen, an einem Orte sich aufhält, die Aufschlagung eines beständigen Wohnsitzes noch keinesweges folgern⁴⁵⁾). Man kann daher nicht sagen, daß ein Kaufmann an dem Orte ein Domicilium habe, wo er zu Messzeiten seine Handlung zu treiben pflegt, wenn er auch deswegen an dem Orte einen Laden, oder Gewölbe, oder Niederlage der Waaren gemietet hat⁴⁶⁾). Auch die bloße Uebernehmung eines Pachts an einem andern Orte, wenn gleich selbiger auf mehrere Jahre geschlossen worden, und mit dem persönlichen Aufenthalte auf dem gepachteten Gute verbunden wäre, begründet keinen beständigen Wohnsitz, gesetzt auch, daß der Pächter deswegen dem Fürsten dieses Landes den Huldigungseid geleistet hätte⁴⁷⁾). Eben so wenig kann aus der Länge der Zeit allein, da Jemand sich an einem gewissen Orte aufgehalten, beurtheilt werden, ob er dasselbst sein Domicilium aufgeschlagen

45) L. 19. §. 2. D. b. t. L. 5. §. 5. D. de iniur. L. 7. Cod. de incolis. Videtur enim, inde proiectus, saltem peregrinari, ac si redierit, peregrinari destitisse, wie L. 7. C. cit. sagt. S. VOET h. t. §. 98. und RIVINUS cit. Diff. de non praesumta domicili mutatione. §. 20. MALBLANC Conspect. rei iudicior. §. 159.

46) L. 19. §. 2. D. b. t. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. IX. §. 25. LYNCKER Decis. 1201.

47) Man sehe Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Geb. 75. RIVINUS cit. Diff. §. 19. Ein Anderes verordnet die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 12.

gen habe, wie unser Verfasser sehr richtig bemerkt hat. Denn die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten⁴⁸⁾ , welche aus einem zehnjährigen Aufenthalte an einem Orte die Aufschlagung eines beständigen Wohnsitzes vermuten wollen, ist schon längst von andern mit Grund verworfen worden⁴⁹⁾.

Ueberhaupt ist es in solchen Fällen, da Zweifel entsteht, ob Jemand an einem gewissen Orte sein Domicilium aufgeschlagen habe, dem klugen Ermessen des Richters billig zu überlassen, nach den Umständen zu beurtheilen, ob Jemand

S 2

durch

48) MASCARDUS de Probationib. Conclus. DXXXV. nr. 7. COTHMANN Vol. I. Resp. XXI. n. 64. Fr. de AMAYA Commentar. ad Tit. Cod. de incolis nr. 104. sqq. Man beruft sich auf die L. 2. C. de incolis. Allein dies Gesetz redet von einem besondern Falle, woraus sich keine allgemeine Regel herleiten lässt. S. Leonb. BEELS Diff. de foro domicili. Cap. II. §. 4. Ueberdem beweisen die Worte der L. 2. cit. nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint, deutlich, daß auch bey denen, welche sich studiorum causa an einem Orte aufhalten, der bloße Ablauf von zehn Jahren nicht genüge, wenn nicht noch andere Thatumstände diese Absicht, daß selbst ein Domicilium zu errichten, unterstützen; z. B. wenn sie daselbst Häuser und andere Grundstücke kaufen, wie auch DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 12. Ant. MATTHAEI de iudiciis (Amstelodami 1665. 8.) Disputat. IV. §. 10. und 10. Did. van LEEUWEN in Diff. de iuris studiosis P. I. (Trajecti ad Rhen. 1757.) Cap. I §. 5. (in Ger. OELRICHS Thes. novo Dissertation. iuridic. Belgicar. Vol. II. T. I. pag. 351.) bemerkt haben. Man sche auch HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 44.

49) LAUTERBACH Diff. de domicilio §. 32. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXII. medit. 2. WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 148. RIVINUS cit. Diff. §. 25.

durch Thathandlungen seine Absicht hinlänglich zu erkennen gegeben habe, daß er einen gewissen Ort zu seinem beständigen Wohnsitz wählen wolle⁵⁰). Denn auch selbst die eigene Erklärung desjenigen, von dessen Domicilium die Frage ist, kann hier nicht immer zur Entscheidung dienen, weil die Erfahrung lehrt, daß diese oft, als eine protestatio facto contraria, in keine Betrachtung kommen kann⁵¹). Im Zweifel ist daher immer eher zu vermuthen, daß jemand sein väterliches oder bisheriges Domicilium fortgesetzt, als ein neues aufgeschlagen habe⁵²). Denn eine Veränderung des Wohnsitzes wird im Zweifel nie vermutet⁵³). Daher liegt jederzeit demjenigen der Beweis ob, der dieses behauptet⁵⁴).

§. 514.

50) VOET ad Pand. h. c. §. 97. LEYSER Specim. LXXII. medit. I. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 27. S. 63.

51) Beyspiele findet man bey CRAMER Observat. iur. univ. T. V. Obs. 1392. bey Struben in den rechtlichen Bedenken IV. Th. S. 75. bey Pütter in den ausgerlesenen Rechtsfällen I. Bandes IV. Th. Decis. CLXIII. pag. 1035. und in meinen mit Hrn. Hofr. Geiger herausgegebenen merkwürdigen Rechtsfällen 2. Th. Nr. XXX. S. 204. ff.

52) VOET h. c. §. 92. ZANGER de Exceptionibus P. II. Cap. I. nr. 9 — 14.

53) Io. Flor. RIVINUS in Diff. de non praesumta domicilii mutatione. Lipsiae 1726.

54) L. 22. D. de Probationib. LAUTERBACH Diff. de domicilio §. 65. nr. 246. und RIVINUS cit. Diff. §. 29.

§. 514.

Wie weit ist eine Veränderung des Wohnsitzes erlaubt?

In der Regel hängt es nun von eines jeden freien Willen ab, einen Wohnort zu wählen, wo es ihm gefällt, und also auch sein bisheriges Domicilium wieder zu verändern. *Nihil est impedimento,* sagt Marcellus⁵⁵⁾, *quominus quis, ubi uelit, habeat domicilium, quod ei interdictum non sit;* und schon Cicero⁵⁶⁾ hielt dies für eine Hauptgrundveste der Freiheit, *ne quis invitus civitate mutetur; neve in civitate maneat invitus;* so wie er es im Gegenteil für ein exilium terribile hält, *si quasi circumscriptus est habitandi locus⁵⁷⁾.* Es wird jedoch vorausgesetzt,

I) daß derjenige, welcher einen neuen Wohnsitz ausschlagen will, die Fähigkeit habe, den dazu erforderlichen Willen zu erklären. Daher können Kinder unter sieben Jahren, ferner Nasende und wahnsinnige Personen, wenn nicht letztere etwa lichte Zwischenräume haben, kein Domicilium constituiren⁵⁸⁾; sondern erstere behalten das domicilium ihres Vaters, letztere hingegen denjenigen Wohnsitz, welchen sie sich vor dem Verlust ihres Verstandes constituit

S 3

55) L. 31. D. ad Municipalem. L. 12. §. 9. D. de captivis et postlim. rev. VOET h. t. §. 99.

56) Orat. pro Corn. Balbo. Cap. 13.

57) Paradox. cap. 2.

58) §. 8. et 10. I. de inutil. stipular. L. 5. L. 40. D. de Reg. iur. L. 1. §. 12. et 13. D. de Oblig. et action. L. 6. C. de curat. furiosi.

tuirt haben⁵⁹). Auch Unmündige und Minderjährige können nicht ohne Einwilligung ihrer Vormünder und der Obrigkeit⁶⁰), so wie Kinder, die noch unter väterlicher Gewalt sind, nicht ohne Einwilligung ihres Vaters ihren Wohnsitz verändern⁶¹), außer wenn sie in dem Alter und Zustande sind, daß sie sich mit Zulassung der Gesetze von den Eltern trennen, und eine eigene Haushaltung anstellen können.

2) Darf auch die Veränderung des Wohnsitzes nicht in der Absicht geschehen, um dadurch die Rechte eines Andern zu kränken, oder sich dadurch gewissen besondern Pflichten ungebührlicher Weise zu entziehen. Daher darf

a) eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne in einer rechtmäßigen und noch bestehenden Ehe lebt⁶²), ihren

59) FRANZIUS Lib. I. Resolution. 16. nr. 29. sqq. LAUTERBACH Diss. de domicilio. §. 35.

60) LAUTERBACH c. l. §. 36. BYNCKERSHOEK Quaest. iur. privati. Lib. I. cap. 16. RIVINUS cit. Diss. §. 23.

61) LAUTERBACH cit. Diss. §. 37. nr. 130. — nr. 132. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaximen Nr. 21. S. 340.

62) Ist die Ehe getrennt, so kann zwar, wie bereits oben (S. 267.) bemerkt worden, die Frau ihr Domicilium nach Gefallen wieder verändern; man sehe auch WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 260. Hat ihr jedoch der verstorbene Mann ein Legat unter der Bedingung hinterlassen, wenn sie nicht wieder heyrathen, oder so lange sie sich an dem Wohnorte ihres verstorbenen Mannes mit ihren Kindern aufhalten, und solche bey sich behalten

ihren Wohnsitz nicht nach eigenem Gefallen ändern, sondern sie muß vielmehr ihrem Manne folgen, wo es diesem gefalle, seinen Wohnsitz aufzuschlagen, wenn gleich in dem Ehevertrage wäre festgesetzt worden, daß der Mann nicht wider den Willen der Frau sein Domicilium verändern sollte⁶³). Dieser Vertrag kann den Ehemann nicht binden, wenn er ein neues Amt, welches ihn anderswohin rufst, er-

S 4 hält,

halten wird, so verliert sie ihr Vermächtnis, wenn sie durch eine zweite Heirath, oder durch Trennung von ihren Kindern ihren Wohnsitz verändert. L. 30. §. 5. D. de Legat. III. Nov. XXII. cap. 44. CRELL Observationes de soro vi- duarum. §. 5. und Westphal hermenev. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 604.

63) VOET h. t. §. 101, et ad Tit. Digest. de pact. dotal. §. 20.
MEVIUS P. VI. Decis. 227. MALEBLANC Conspect. rei iudiciar.
§. 159. pag. 291. DAN; Gründj. des gemeinen ord. bürgerl.
Processeß §. 27. S. 64. Anderer Meinung sind zwar LAU-
TERBACH in Diss. de domicilio §. 61. ET. Aug. STRYK Diss.
de mutatione domicilii. Cap. IV. nr. 18. sqq. WERNHER se-
lect. Observation. for. T. III. P. II. Obs. 261. und Jo. Henr.
BALECKE in Commentat. de iuribus ex mutatione domicilii ma-
xime intuitu coniugum resultantibus. (Rostockii et Wismariae
1755.) Sect. I. §. 9. Allein selbst diese Rechtsgelehrten neh-
men den Fall aus: *si iusta et urgens supervenerit* domicilii mu-
tandi causa, man sehe LAUTERBACH c. I. §. 63. und in Col-
leg. Pand. Tit. de Ritu nupt. §. 89. auch WERNHER c. I. Sie
sehen aber auch außerdem die Wirkung des Vertrags doch nur
darin, daß die Frau das Interesse zu fordern berechtigt sey,
wenn der Mann dem Vertrage zwider seinen Wohnsitz ändert,
und diese Veränderung für die Frau nachtheilig ist; S. LAU-
TERBACH c. I. §. 62. Dies läugnet auch VOET h. t. §. 101.
nicht.

hälst, oder andere Ursachen ihn bestimmen, seinen bisherigen Wohnsitz zu verändern⁶⁴⁾). Streitiger hingegen ist die Frage, ob die Frau auch dann verbunden sei, dem Manne zu folgen, wenn dieser eines begangenen Verbrechens wegen seinen bisherigen Wohnungsort zur Strafe verlassen muß. Mehrere Rechtsgelehrte⁶⁵⁾ behaupten dieses wirklich, deren Meinung auch unser Verf. an einem andern Orte⁶⁶⁾ begetreten ist. Die Gründe sind, weil Ehegatten Glück und Unglück mit einander theilen müssen⁶⁷⁾, überdem die Ehe eine individua vitae consuetudo sei, deren Band durch die Delegation des Ehemanns nicht aufgelöst werde⁶⁸⁾. Allein die meisten Rechtsgelehrten⁶⁹⁾ stimmen billiger

64) Nach dieser Meinung sprach auch die römische Nota im Jahr 1784. Man sehe Franz Jof. Hartlebens vollständige Anzeigen und unparth. Beurtheilung der neuesten juristischen Litteratur für das Jahr 1784. (Mainz 1785.) S. 476. f.

65) CARPOV Iurisprud. Consistor. Lib. II. Definit. 203. nr. 12. und in Iurisprud. for. P. IV. Const. 47. Def 7. voet h. t. §. 101. Dablow Grundzüge des allgemeinen Eherechts der deutschen Christen. §. 168.

66) Tom. II. §. 1225. in fin.

67) L. 22. §. 7. D. Soluto matrim.

68) L. 24. Cod. de donat. inter vir. et uxor. L. I. Cod. de repud. Nov. XXII. cap. 13.

69) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 413. nr. I. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. I. Th. §. 34. S. 115. Quistorps Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXI. S. 339. Schott Einleitung in das Eherecht §. 182. Not. ****. S. 401. Dang Grundzüge des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processeß §. 27. S. 64. u. a.

ger für die entgegen gesetzte Meinung, wenn eine solche Veränderung des Wohnsitzes für die Frau zum offensären Nachtheil und Ruin ihres Hauswesens gereichen würde; und diese Meinung ist auch in der Praxis⁷⁰⁾ angenommen. Denn es läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten, daß dies ein solcher Unglücksfall sey, dergleichen die Frau mit zu tragen verbunden ist, wenn der Mann eines begangenen Verbrechens wegen des Landes verwiesen wird. Die individua vitae consuetudo kann auch in keine Betrachtung kommen, wenn dadurch die unschuldige Ehefrau mit gestrafen werden würde, die nichts verbrochen hat. Denn die Gesetze wollen nicht, daß Jemand wegen des Verbrechens eines andern leide. Der Titel des Codex: *ne uxor pro marito vel maritus pro uxore conveniatur* (IV. 12.) redet zwar nur von bürgerlichen Fällen, aber nach der ganzen Analogie und dem Grunde des Gesetzes muß die Anwendung davon auch auf peinliche Fälle gemacht werden⁷¹⁾). Denn ganz allgemein ist die Verordnung der L. 22. C. de poenis: *Sancimus, ibi esse poenam, ubi et noxia est. Propinquos, notos, familiares procul a calumnia summovemus, quos reos sceleris societas non facit.* Nec enim adfinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt, *Peccata igitur suos teneant auctores: nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.* Lauterbach⁷²⁾ wendet
jwat

70) MALBLANC Conspect. rei iudicior. §. 159. pag. 291. in fin. et sq.

71) Kleinschrod's Systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 37. S. 89. ff.

72) Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIII. Tit. 2. §. 90.

zwar dagegen ein, was Folge der ehelichen Verbindung ist, seyn keine Strafe. Allein daraus würde folgen, daß die Frau dem Mann auch auf dem Buchhause oder auf der Festung Gesellschaft leisten müßte. Soweit läßt sich aber doch wohl das consortium omnis vitae, welches nach Modestin⁷³⁾ den Charakter der ehelichen Verbindung ausmacht, nicht ausdehn. Es widerspricht vielmehr Kr. Constantin⁷⁴⁾, welcher ganz ausdrücklich verordnet: ne alieni criminis infortunio adstringatur uxor. Nach dem neuern Röm. Recht hebt zwar die Strafe des Mannes, wenn sie auch in einer Deportation besteht, die Ehe nicht ipso iure auf⁷⁵⁾; aber sie giebt doch der Frau ein Recht, die Trennung der Ehe gerichtlich zu verlangen⁷⁶⁾.

b) Auch Leibeigene dürfen ihren Wohnsitz ohne Einwilligung des Leibherrn nicht verlassen. Geschieht solches, so können sie nicht nur aller Orten, wo man sie antrifft, in Anspruch genommen und zurückgesordert, sondern auch deshalb mit einer willkürlichen Strafe belegt werden⁷⁷⁾. Eben so wenig können

c) die

73) L. I. D. *de ritu nuptiar.*

74) L. 24. Cod. *de donation. inter vir. et uxor.*

75) Man sehe hier besonders Corn. Wilb. *de rhoer Dissertation. de effectu religionis christiana in iurisprud. Rom. Falc. I.* (Groeningae 1776. 8.) *Diss. VI. §. 35. pag. 297. sqq.*

76) L. 8. §. 2. Cod. *de repudiis.*

77) Quistorps Abhandlung, ob und in wie ferne die Veränderung des Aufenthalts als ein Verbrechen anzusehen seyn, und welche Strafe deshalb Statt finde? (in derselben Begrägen Nr. XXI. S. 342. f.)

c) diejenigen, welche in öffentlichen Aemtern und Besdienungen bisher gestanden haben, ohne erhaltenen Abschied sich entfernen, so wie man auch von denjenigen, welche bisher gewisse Rechnungen geführt, oder andere Geschäfte verwaltet haben, erfordert, daß sie zuvor gehörig Rechnung ablegen, ehe sie ihren Aufenthalt verändern⁷⁸⁾). Es können aber auch

d) andere Unterthanen, die in einer solchen Verbindung nicht stehen, in Ansehung der Emigrationsfreiheit durch die Gesetze des Landes, in welchem sie bisher ihr Domicilium gehabt haben, auf mancherley Art beschränkt seyn⁷⁹⁾; und es ist wohl ohne Zweifel diejenige Einschränkung bey weiten für die billigste zu halten, wenn Unterthanen, welche mit ihrem Vermögen aus dem Lande ziehen wollen, wenigstens ihr Vorhaben der Landesobrigkeit anzugeben, und die dem Staat zukommende Nachsteuer oder das

78) Quistorps angeführte Abhandlung S. 335. f.

79) *Io. Christpb. RUDOLPH* Observationes de iure emigrandi et transmigrandi subditorum. Erlangae. *Io. Ge. Frid. HEYD* de iure emigrandi in Germania. Tubingae 1775. *Io. Frid. Wilb. SCHLEGEL* Commentat. de eo quod iustum est circa emigrationem civium. Goettingae 1787. *Frid. HIRSCH* Commentat. de iure emigrationem civium prohibendi. Goett. 1787. *Erbard. LETH* Commentat de iure emigrandi ex uno territorio in aliud Germaniae et in exteris oras eiusque restrictione. Goettingae 1788. und *Io. Aug. Lud. SEIDENSTICKER* Commentat de iure emigrandi. Götting. 1788. Außer diesen Schriften ist auch noch zu bemerken *Ge. Steph. WIESAND* Diss. de limitibus, quibus facultas domicilii mutandi circumscribitur. Visemburgae 1791.

das Abfahrtsgeld zu entrichten angewiesen sind⁸⁰). Nur der Religion wegen gestatten die deutschen Reichsgesetze allen und jeden Untertanen des deutschen Reichs eine uneingeschränkte Freiheit auszuwandern⁸¹), so daß auch sogar Leibeigene von ihren Leibherren, im Falle ihr Wegzug lediglich die Gewissensfreiheit zum Grunde hat, nicht daran verhindert werden dürfen, wenn sie außer dem gewöhnlichen Abzugsgelde, auch das übliche Lösegeld für die Erhaltung ihrer Freiheit zu bezahlen bereit sind⁸²).

Wenn

80) Man vergleiche hier das allgemeine Preußische Landrecht 2. Th. Tit. 17. 2. Abschn. §. 127. ss. S. 1019. In den §§. 139. und 140. heißt es: Wer ohne die vorgeschriebene Anzeige, und die erforderliche Erlaubniß des Staats auszuwandern unternimmt, hat willkürliche Geld- oder Leibesstrafe verwirkt; und wer dem Staate das demselben zukommende Abfahrtsgeld zu entziehen sucht, muß den vierfachen Betrag desselben zur Strafe entrichten.

81) Zuerst geschah dies in Ansehung der Katholiken durch den Reichsabschied von 1530. §. 60. nachher wurde es in dem Religionsfrieden von 1555. §. 24. zwar auch auf die Evangelischen erstreckt, jedoch so, daß die besondern Rechte und Gewohnheiten eines jeden Orts in Ansehung der Nachsteuer ausdrücklich vorbehalten blieben. Weil jedoch über den Sinn dieser Reichsgesetze unter beiden Religionsparteien mancherley Streitigkeiten und Beschwerden entstanden, so wurden diese durch den Westphälischen Frieden vom Jahr 1648. Art. V. §. 30. 36. u. 37. endlich und gänzlich beseitigt. S. Moser von der Landeshoheit im Geistlichen. B. IV. Kap. 14. §. 9. und HEYD cit. Diss. §. 37.

82) Pax. Relig. de 1555. §. 24. et Instrum. Pac. Osnabrug. Art. V. §. 37. Qui stor p angef. Abhandlung S. 341.

Wenn übrigens unser Verf. noch bemerkt, daß die Nachsteuer, welche von den mit ihrem Vermögen auswandernden Bürgern oder Unterthanen gefordert wird (census emigrationis, gabella emigrationis), ihren Ursprung aus der ehemaligen deutschen Knechtschaft oder Leibeigenschaft herleite, und nachher durch das Herkommen, welches jedoch im Zweifel bewiesen werden müsse, weiter erstreckt worden sey, so berührt er hier einen Punct, der, wie bekannt, unter den Rechtsgelehrten sehr streitig ist. Er betrifft die Frage, ob das Recht, Nachsteuer zu fordern, ein Ausfluss der Landeshoheit sey, oder ob selbiges, ohne Rücksicht auf dieselbe, in einem bloßen Herkommen gegründet sey, welches daher von demjenigen, der selbiges ausüben will, im Zweifel jederzeit bewiesen werden müsse? Erstes läugnen mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte, welche die Nachsteuer in Ansehung der Bauern für ein gutscherrliches, in Ansehung der Bürger hingegen für ein obrigkeitsliches Recht halten, wovon jenes in der ehemaligen Leibeigenschaft, letzteres hingegen in der Theilnahme an den gemeinschaftlich contrahirten Schulden seinen ursprünglichen Grund habe, bis dann durch das Mittel der Retorsion die Nachsteuer nach und nach allgemeinen Herkommens geworden sey⁸³⁾). Diese Rechtsgelehrten führen zur Begründung ihrer Meinung an, daß selbst die teutschen Reichsgesetze, welche von der Nachsteuer reden,

die-

83) HEINECCIUS Elem. iur. germ. T. I. §. 61. Not. *). LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCXXX. medit. 1—3. Häberlin im Handbuch des teutschen Staatsrechts 3. Band (Berlin 1797.) §. 368. S. 164. Klein in den merkwürdigen Rechtsprüchen der Hallischen Juristen. Facultät. 3. Band Nr. XVI. S. 257. ff.

dieselbe nicht für ein landesherrliches Regal erklärtten, sondern nur wollten, daß es damit, wie es jedes Orts von Alters her üblich, hergebracht, und gehalten worden sey, gelassen werden solle⁸⁴⁾). Andere hingegen halten das Nachsteuerrecht für ein Recht der Landeshoheit, welches Verhinderung des Auswanderns der Staatsmitglieder zum Zweck, zugleich aber Entschädigung des Staats für das außer Landes gehende Vermögen, welches bisher als integrirender Theil des öffentlichen Staatsvermögens angesehen und behandelt worden ist, zum Hauptgrunde habe⁸⁵⁾). Diese behaupten daher, daß jeder deutsche Landesherr, vermöge der ihm zustehenden Landeshoheit, Nachsteuer einzuführen befugt sey, wenn auch gleich diese Art von Abgabe bisher noch nicht gefordert worden ist. Nur Mediaten, die sich ein solches Recht anmaßen, müßten

84) U. A. von 1530. §. 60. U. A. von 1555. §. 24. und von 1594. §. 82. und 84.

85) Franz; Jof. Bodmann's Pragmatische Geschichte, Grund und inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts in Deutschland. Mainz 1791. 8. Eben desselben inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts. Mainz 1791. und Eben desselben äusseres oder nachbarliches Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts in Deutschland überhaupt, und im Erzstift Mainz insbesondere. Mainz 1795. 8. Lange Anmerkungen und Berichtigungen zu Beck's Abhandlung von Nachsteuer und Handlohn. Bair euth 1781. 4. Vorrede und Th. 1. Kap. 1. Bem. 2. Westphälisches und reichsständisches Privatrecht 1. Th. 4. Abhandl. und Wilh. Aug. Frid. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 3. Band §. 322. bis §. 326.

ten dieses erweisen. Da die Lehre vom Nachsteuerrechte nicht hierher gehört, so liegt auch die weitere Untersuchung jener Frage außer meiner Sphäre.

§. 515.

Beschaffenheit und Umfang des fori domicilli.

In der Regel ist nun ein jeder, so wie den Gesetzen, also auch den Gerichten des Orts unterworfen, wo er sein Domicilium hat, insofern ihm deshalb nicht etwa ein Privilgium zusteht⁸⁶). Dieser Gerichtsstand, welcher durch den Wohnort des Beklagten begründet wird, ist

I) ein allgemeiner, wo alle Klagen, sie mögen dingliche oder persönliche, petitiorische oder possessoriische seyn, wider denselben angestellt werden können, wenn auch die Sache, worüber gestritten wird, nicht unter der Gerichtsbarkeit des Richters des Wohnorts gelegen⁸⁷), und auch
der

86) L. 29. D. ad Municipalem. LAUTERBACH Tract. de domicilio §. 58. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Observat. 453. PÜTTERS auserlesene Rechtsfälle I. Bundes I. Th. Deduct. I. §. 3. et. 7.

87) L. 10. et 11. D. de Rei vindicar. L. ult. Cod. ubi in rem actio. L. un. Cod. ubi de hereditatee. Marc. LYCKLAMA & NIEHOLT Membranar. Lib. IV. Eclog. 3. 4. et 5. Ant. FABER Conjectur. Lib. XX. cap. 9. in fin. Jo. LAT. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. XVI. Th. 22. Arn. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 18. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 46. de BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IV. Th. 1. Not. 5. de COCCEJI iur. civ. controv. Glück's Erläut. d. Pand. 6. Th. T b. t.

der Beklagte selbst nicht gegenwärtig ist⁸⁸). Nicht alle Rechtsgesetzten stimmen zwar hierin überein, indem einige⁸⁹) behaupten, daß sowohl die Reaklagen, als auch die possessorischen Rechtsmittel, schlechterdings in *foro rei sitas* angestellt werden müßten, wenn die Sache, über deren Eigenthum oder Besitz gestritten wird, nicht an dem Wohn-

h. t. Qu. II. et ad Eundem EMMINGHAUS. Gebr. Overbeck
Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. Band Me-
ditat. 177. Danz Grds. des gem. ordentl. bürgerl. Proces-
ses §. 27. S. 65.

88) L. 19. D. de in ius vocat. L. 21. §. 2. D. Quib. ex caus.
maior. L. 1. et 2. D. de reb. auct. iud. possid. Ger. NOODT
Commentar in Digesta h. t. pag. 153. (Operum Tom. II.)
FRANZKIUS in Commentar. h. t. nr. 27. LAUTERBACH Tr. de
domicilio. Cap. VIII. §. 56. nr. 204.

89) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 17. und
ZANGER de Exceptionibus P. II. cap. I. nr. 343. sqq. Unter
den neuern ist dieser Meinung Christ. GOTTL. EINERT in Ob-
servationibus iuris Romani. Lipsiae 1772. Cap. 4. beigetreten.
Den Hauptbeweis für diese Meinung nimmt man aus der
L. 38. D. b. r. wo Licinius Nufinus sagt: Si autem per
in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peri debet, ubi res
est. Allein hier ist nicht eigentlich vom Gerichtsstande selbst,
sondern nur davon die Rede, wo das geforderte Vermächtniß
abzuliefern sey, wie auch schon Vinnius a. a. O. bemerkt
hat. Nufinus geht nun von dem Grundsatz aus, daß ein
Vermächtniß da auszuliefern sey, wo sich dasselbe befindet,
wofern nicht etwa der Erbe solches an einen andern Ort aus
Gefahrde hingehaft, oder der Erblasser ein anderes verord-
net hätte, oder das Vermächtniß in fungiblen Sachen bestün-
de. In diesen Fällen muß es da prästiert werden, wo darauf
geklagt

Wohnorte des Beklagten gelegen ist; andere⁹⁰⁾ hingegen zwischen Realflagen, die bewegliche, und solchen, welche unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, einen Unterschied machen, und zwar in Ansehung der erstern auch das forum domicilii des Beklagten, bey den letztern hingegen nur allein das Gericht, unter welchem die Sache liegt, für

Z 2

zu

geklagt wird, oder wo es der Erblasser verordnet hat. L. 47. pr. D. de Legat. I. Außerdem bleibt es bey der Regel, der Legatar mag das Vermächtniß mit einer Personal- oder Realflagge fordern, nur daß letztere eigentlich da angestellt werden muß, wo die Sache liegt, weil der Erbe nur eigentlich hier das Legat auszuliefern schuldig ist, wenn auch die Klage in foro domicilii des Erben wäre angestellt worden. Hierdurch wird also dem Legatar die Wahl, seine Klage auch in foro domicilii anzustellen, keinesweges abgesprochen, wie aus der L. 50. pr. et §. 2. D. b. z. erhellet. Nach dieser Erklärung ist es weder nothig, mit Franc. HOTTOMANN. Observation. Lib. III. cap. 7. statt peti, solvi zu lesen, noch mit Ger. NOODT in Commentar. h. t. pag. 154. das Wort debet für potest zu nehmen, obgleich übrigens diese Bedeutung nicht ungewöhnlich ist; L. 2. §. 31. D. ne quid in loco publico. L. 1. pr. D. de bered. instituend. L. 9 D. de auro et arg. leg. noch auch mit Ast. FABER Rational. ad h. L. die Stelle blos von einem legato per vindicationem relictio zu verstehen, da zu der Zeit, als Justinian seine Pandecten promulgirte, der Unterschied der Vermächtnisse in Ansehung der Formeln längst aufgehoben war.

90) CUJACIUS Lib. V. Observat. cap. 19. und VOET ad Pand. h. t. §. 77. Diese wollen die L. ult. Cod. *Ubi in rem actio blos* von beweglichen Sachen verstehen, weil nur von diesen gesagt werde, quod in aliquo loco constitutae sunt. Allein diese Erklärung widerlegt L. ult. Cod. *de praescript. longi temporis.* S. BEELS Diss. de foro domicilii Cap. II. §. 4.

zuständig halten wollen. Allein beyde Meinungen sind schon von andern hinlänglich widerlegt worden⁹¹⁾). Vor der Einführung des Römischen Reches war es zwar bey den alten Teutschen herrschender Grundsatz, daß an dem Wohnorte des Beklagten nur persönliche Klagen wider denselben ange stellt werden könnten, dingliche Klagen hingegen schlechter dings bey dem Richter, unter welchem die Sache gelegen ist, angebracht werden müsten⁹²⁾). Allein der heutige Gerichtsgebrauch giebt dem Römischen Rechte den Vorzug, und es ist nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsglehrten⁹³⁾ außer allem Zweifel, daß es auch bey Realklagen blos von dem Kläger abhänge, ob er den Gerichtsstand des Wohnorts des Beklagten, oder das forum rei sitae wählen wolle. Der Gerichtsstand des Wohnorts
con-

91) Man vergleiche vorzüglich SCHILTER Prax. iur. Romani. Exercitat. XIII. §. 30. et 31. und *Io. God. BAUER* Progr. actiones reales perinde in foro domicilii atque in foro rei sitae institui possunt. und *EJUSDEM* Progr. forum domicilii pro incompetente actionum realium qui habent, refutantur. (in *EIUS Opuscul.* Tom. I. pag. 429. sq. et pag. 441. sq.)

92) HEINECCIUS in Elem. iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. 2. §. 76. *Io Christph. BALSER* Prolus. acad. de foro rei sitae apud Germanos. Gieffae 1752. 4. und *Kopp's* ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der Geistlichen- und Civil-Gerichte in den Fürstl. Hessen-Casselschen Landen 1. Th. 4. St. §. 318. S. 414.

93) STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 35. SCHILTER c. I. §. 31. *Frid. Es. a PUFENDORF* Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 113. *Aug. a LEYSER* Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXII. med. 9. et Specim. XCIV. med. 1. *Io. Ad. Theoph. KIND* Quaestio. forens. Tom. II. cap. 25. p. 143. *MALBLANC* Conspic. rei judiciar. §. 159. in fin. pag. 292.

concurrit also in der Regel mit allen besondern Gerichtsständen electivisch⁹⁴⁾), außer wo die Gesetze eine Ausnahme machen, wie z. B. bei dem Gerichtsstande einer geführten Verwaltung fremder Geschäfte⁹⁵⁾); desgleichen wenn über den jüngsten und gegenwärtigen Besitz gestritten, oder auf Wiedererlangung eines durch die widerrechtliche Handlung des Gegners verlohrnen Besitzes geklagt wird⁹⁶⁾). Denn diese Rechtsmittel können nur eigentlich in *foro rei sitae* mit Wirkung angestellt werden⁹⁷⁾). Wenn dies andere Rechtsgelehrte⁹⁸⁾ auf alle possessorische Rechtsmittel ausdehnen wollen, so läßt sich diese Meinung aus den Gesetzen nicht füglich beweisen⁹⁹⁾); das Gegentheil lehrt auch die Proximis¹⁰⁰⁾). Der Gerichtsstand des Wohnorts ist endlich

Z 3

2) nur

- 94) *L.* 19. §. 4. *D. b. t.* Cap. 17. X. *de foro compet.*
Schmidt's öffentliche Rechtsprüche IV. Abschn. Nr. LXXIX.
§. 3. S. 530. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 34.
EMMINGHAUS ad Cocceii ius civ. controv. h. t. Qu. 11. not. u.
95) *L.* 19. §. 1. *L.* 36. §. 1. *D. b. t.* *L.* 1. et 2. Cod. *Ubi de ratiocin.*

96) *L. un.* Cod. *ubi de possessione agi oporteat.*

97) PEREZ Praelect. ad Cod. Lib. III. Tit. 16. nr. 3. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obsl. 156. HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 52. SCHAUMBURG c. l. Dang Grds. des gemein. bürgerl. Processes §. 27. am Ende. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 163.

98) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 17. und CLAPROTH Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proces. I. Th. §. 34. S. 113. und in den summarischen Processe §. 29.

99) Man sehe EMMINGHAUS ad Cocceium h. t. Qu. 11. not. x. et y. und BAUER cit. Progr.

100) BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 4. Th. 1. not. 5. MATTHAEI de iudiciis Disput. IV. §. 19. et 20.

2) nur ein ganz persönlicher Gerichtsstand, welcher nicht auf die Erben übergeht, sondern mit dem Tode des Erblassers erloscht¹⁾). Denn das Domicilium eines Menschen hängt von seinem Willen ab, und kann nach Gefallen verändert werden, soweit kein Gesetz entgegen steht. Daher sagt Papinian²): *domicilii ratio temporaria est*. Das nämliche Recht muß auch dem Erben zustehen; gesetzt nun, man wollte sagen, der Erbe repräsentirt den Erblasser, und wird mit ihm für eine Person gehalten, so wird man doch nun auch zugeben müssen, daß der eigene Wohnsitz des Erben nun als eine Veränderung des Wohnsitzes des Erblassers anzusehen sei. Der Erbe ist daher in bloß persönlichen Klagen, die wider ihn als Erben angestellt werden, das forum domicilii seines Erblassers, insofern nicht etwa die Sache in diesem Gerichtsstande schon bei Lebzeiten des Verstorbenen rechtsabhängig geworden, keinesweges anzuerkennen schuldig, sondern er muß in seinem eigenen Forum belangt werden³⁾). Mehrere Rechtsgelehrten⁴⁾ wollen zwar bes-

1) VOET h. t. §. 102. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. IX. Th 36. MÜLLER ad Eundem. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 305. in Suppl. nov. nr. 30. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 156. MALBLANC Conspect. rei judic. §. 159. pag. 292. LEON. BEELS Diff. de foro domicilii Sect. II. cap. II. §. 3. CLAPROTH Einleitung in den ordentl. bürgerl. Procesg. I. Th. §. 34. §. 115.

2) L. 17. §. 11. D. ad municipal.

3) KOCH Diff. de foro heredis §. 18. sqq. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. IV. Obs. 590.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 57. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. IV. Th. 3. FRANZKIUS Comment. h. t. n. 9. sqq. CRELL Diff. de foro viduarum §. 5. und Henr. El. GOTTL. SCHWABE Tr. de foro heredum competente §. 16. sqq.

behaupten, der Erbe trete auch in das forum domicilii seines Erblassers ein, und könne daselbst als Erbe belangt werden, wenn er auch gleich nicht gegenwärtig, und auch die Erbschaft nicht mehr daselbst befindlich wäre; andere⁵⁾ hingegen, denen auch unser Verf. bestimmt, meinen, daß der Gerichtsstand des Verstorbenen wenigstens so lange auch in Ansehung des Erben für gegründet zu halten sei, als die Erbschaft noch nicht getheilt ist; noch andere⁶⁾ glauben endlich, daß der Erbe wenigstens alsdann, wenn er gegenwärtig ist, sich in dem foro domicilii seines Erblassers zu stellen schuldig sei. Allein daß die L. 19. D. h. t. worauf sich die Vertheidiger aller dieser verschiedenen Meinungen berufen, nicht von dem Gerichtsstande des Wohnorts, sondern des Contracts rede, ist schon oben (S. 253.) gezeigt worden. Es sind auch die übrigen Gründe, die man noch für die eine oder die andere Meinung anzuführen pflegt, schon vom Herrn Canzler Koch geprüft, und gründlich widerlegt worden. Der einzige Grund verdient hier noch einige Prüfung, den Walch gebraucht hat. Dieser sagt, der Erbe, welcher die Erbschaft antritt, schließe an dem Ort, wo diese Antretung geschieht, einen Quasi-Contract, welcher den wahren Grund aller der persönlichen Klagen ausmache, die gegen den Erben Statt finden. Ein Contract begründe ja aber schon an sich einen Gerichtsstand, wenn der Contrahent an diesem Orte gegenwärtig ist, oder daselbst Güter besitzt. Allein auch dieser Grund ist unerheblich. Denn Erstens begründet ja die Erbschaftsantritung

5) SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. t. §. 27. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. IV. cap. II. §. 5. pag. 753.

6) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4254. Fratr. DECIMANNI Consil. et Decision, P. I. Decis. 23. n. 8. pag. 316.

tretung bekanntermassen nur zwischen dem Erben und den Legatarien einen Quasi-Contract⁷); also würden doch nur die Legatarien in diesem foro quasi contractus hereditatis aditionis gegen den Erben klagen können, nicht die Gläubiger des Verstorbenen. Dann aber ist ja auch dieses Forum ein neuer eigener Gerichtsstand, der erst in der Person des Erben begründet wird, wobei der Wohnort des Verstorbenen in keine Betrachtung kommt, weil ja die Erbschaftsantrittung auch an einem andern Orte geschehen kann.

7) §. 5. I. *de obligat. quasi ex contr.*

Berichtigungen und Zusätze.

§. 6. Nr. 2. statt seine Wiederherstellung lies keine Wiederherstellung.

§. 16. Not. 62. sind hinzufügen Andr. Guil. CRAMER Disputation. iur. civ. lib. sing. Cap. 4.

§. 25. Z. 3. ist nach den Worten: *bey diesen Personen* folgendes einzuschalten: nach der Analogie der Gesetze zwar schon von Zeit der erlittenen Lässion, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche aber erst ic.

Not. 3. Ist hinzuzufügen KIND Quaestio. for. Tom. III. cap. 60.

§. 28. §. 467. Z. 4. statt blos lies nur hauptsächlich.

§. 49. Not. 76. sind noch hinzuzufügen Gönners Erörterungen über den gemeinen Proces. Nr. V.

§. 68. Not. 36. Z. 1. ist statt Not. 100. Not. 10. zu lesen.

§. 73. ist statt c) vielmehr 3) zu sezen.

§. 74. Z. 6. muß st. eine ein gelesen werden.

§. 224. Not. 83. ist bey HORACKER §. 4185. zu lesen.
