Weber
Process-
Kosten

1785

Ueber die

Proceßkosten,

deren Vergütung

und

Compensation.

von

D. Adolph Dieterich Weber
der Rechtsgelahrheit ordentlichem öffentlichen Lehrer, und Beisitzer der Juristen-Facultät und des Spruch-Collegii auf der Königlich Dänischen, und Herzoglich Schleswig-Holsteinschen Universität zu Kiel.

Schwerin, Wismar, und Bützow
in der Boednerschen Buchhandlung.
1788.

Seiner Hochgräflichen Excellenz,

dem Hochgebohrnen Grafen und Herrn,

HERRN

Andreas Peter Grafen von Bernstorff,

des Elephantenordens Ritter,

Königlichem Statsminister,

Minister der auswärtigen Geschäffte, Präsidenten der höchstpreislichen Deutschen Kanzlei, und Kammerherrn,

Erbherrn auf Bernstorff, Borstel rc.

wie auch

Seiner Excellenz,
dem Hoch und Wolgebohrnen Herrn,
HERRN
Adolf Gotthard Carstens,
des Danebrogordens Ritter,
Königlichem Geheimenrathe, Director der
höchstpreislichen Deutschen Kanzlei rc.

widmet
diese Schrift
als ein geringes Denkmal seiner tiefsten Ehrfurcht
und Dankbarkeit
der Verfasser.

Inhalt.

Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung, und Compensation.

§. I.

Auch im Tempel der Gerechtigkeit gilt der Satz: **Wer am Altar dient, soll vom Altar leben.** Die Justiz ertheilt ihre Aussprüche nicht unentgeltlich; sondern wer einmal den Weg Rechtens ergreift, der hat sich mit Richtern, Advocaten, Notarien, Schreibern, und den übrigen Dienern der Gerechtigkeit abzufinden; auch manche andere Kosten zu bestreiten, welche zum Theil eine nicht unbeträchtliche Einnahme des landesherlichen Fiscus ausmachen. Z. B. für Stempelpapier u. d. m. **Alle Ausgaben nun, welche die Rechtsverfolgung, oder Vertheidigung im Wege Rechtens betreffen, gehören zu den Proceßkosten in der weitläuftigsten Bedeutung.** (1) Sie werden verschiedentlich eingetheilt; indem

(1) *Iob. Otto* TABOR. *Repetitio materiae de Expensis*; Argent. 1644. th. 70 sequ. *Iob.* BORN

1) nach den mancherlei Arten des Processes, auch eben so viele Gattungen der Kosten entstehen; wiewol Dasjenige, was die Gesetze und Proceßordnungen eigentlich bei Gelegenheit des Civilprocesses von den Kosten enthalten, meistens auch bei den übrigen besonderen Proceßarten zur Anwendung kommt; und vorzüglich nur der Concursproceß, und das Verfahren in peinlichen Fällen, sich durch besondere Rechtsverhältnisse, in Ansehung der Kosten, von den übrigen auszeichnen. (2) Siehet man aber

2) auf

Diss. de expensis; Lipsiae 1642. *Aug.* LEYSER de expensis ciuilibus; in dessen Meditat. ad Pandect. Spec. 83. *Ad. Frid.* ZVR NEDDEN *de expensis litium* Argent. 1672. *Henr.* TEMMEN de litium expensis; Colon. 1720. *Franc. Ioseph. Ignat.* HIEMER Dissert. de litium expensis Argent. 1749. *Guil.* LVDWELL de litium expensis Altorf. 1659.

(2) *Dan.* NETTELBLADT de sumtibus concursus creditorum Halae 1754. *I. H.* BOEHMER de expensis criminalibus Halae 1716 in dessen Exercitat. ad Pand. T. VI. n. 98 *Phil. Iac.* HEISLER de expensis criminalibus in processu inquisitionis. Halae 1769 *Io. Christ.* ESCHENBACH de expensis criminalibus stricte sic dictis. Rostochii 1781.

2) auf die nächste Veranlassung der Proceßkosten: so werden sie entweder für die Bemühungen der Gerichtspersonen entrichtet, oder sie betreffen etwas Anderes. Die erstern nennt man **gerichtliche Kosten, Gerichtsgebühren, Sporteln**; (3) die leztern aber **aussergerichtliche Kosten.** Zu den **Gerichtsgebühren** gehört Alles, was der Richter, der Gerichtsschreiber, die Gerichtsboten und Executoren von den Parteien bekommen; es mögen übrigens die Gerichtspersonen diese Sporteln für ihre Bemühungen selbst behalten, oder solche dem Herrn, der sie besoldet, zu berechnen haben. Die **aussergerichtlichen Kosten** begreifen das Honorarium der Advocaten und Anwälde, die Notariats und Abschriftsgebühren, die Auslagen für Stempelpapier, das Briefporto, Botenlohn imgleichen die von einer Partei wegen des Processes sowol für sich, als für Andere, z. B. für den Sachwalter,

(3) *Erasm.* VNGEPAVER de Sportulis. Ienae 1653. *Henr.* MELICH de Sportulis. Lipſ. 1683. *I. Chriſt.* HEDLER de variis modis lucrandi ſportulas iudiciales; von der Gerichts Sportulſucht. Vitemb. 1738. *Henr.* BROCKES de Sportulis; Duisb. ad Rhen. 1668.

für die Zeugen u. s. w. aufgewandte Reise und Zehrungs-Kosten, unter sich. Ferner sind die Kosten 3) nach Verhältniß des Aufwandes und dessen Zweckmässigkeit, entweder **nothwendige**, oder **willkührliche Ausgaben**, je nachdem sie entweder zum rechtlichen Betrieb der Streitsache nach vollkommenen Rechten erforderlich sind, oder nicht. Zu den **nothwendigen** Kosten gehören die ordentlichen Gerichtsgebühren, das gesetzmäßige Honorarium der Advocaten und Procuratoren. **Willkührliche** oder entbehrliche Ausgaben (expensae delicatae) sind die Gebühren der Facultäten und Privat-Doctoren für ertheilte Rechtsbelehrungen, imgleichen, wenn die Verschickung der Acten nicht von Amts wegen verfügt ist; überhaupt aber Alles, was über die gesetzliche Quantität der rechtmässigen Gebühren, oder sonst unnöthiger Weise, bezahlt wird, wenn es auch an sich nicht unerlaubt sein sollte. 4) In besonderer Rücksicht auf die Bestandtheile des rechtlichen Verfahrens, oder die Handlungen, welche nach und nach im Proceß geschehen, sind die Proceßkosten, entweder **Kosten einer ganzen Instanz**, oder eines **einzelnen Stücks des Processes.** (4) Zu den

(4) Gottlob Eusebius Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 285.

den leztern gehören z. B. die Kosten eines Termines. (5) Jene aber sind entweder Kosten der ersten Instanz, oder der zweiten und folgenden Instanzen. — Z. B. der Restitutions, Leuterungs, Supplications, und Appellations Instanz. Die Kosten der ersten Instanz werden auch im engern Begriff Proceßkosten schlechthin genannt. 5) In Rücksicht auf die Verbindlichkeit, zur Vergütung der dem Gegner verursachten Kosten, entstehen wieder, nach der Veranlassung, welche diese Verbindlichkeit nach sich ziehet, mancherlei Arten der Kosten. Sie können nämlich verursacht sein:

a) durch Ungehorsam, oder Nichtbefolgung gerichtlicher Vorschriften. — Dies sind die sogenannten contumacial Kosten, expensae contumaciae;

b) dadurch, daß eine Partei gewisse vergebliche Auftritte vor Gericht veranlasset, und den rechtlichen Fortgang der Sache ungebührlich aufgehalten hat; — dahin gehören die Kosten des verzögerten Streits, expensae retardatae litis, imgleichen die Kosten wegen geänderter Klage rc.

 c) über-

(5) *Gebh. Christ.* BASTINELLER *de expensis termini.* **Vitemb. 1717.**

c) überhaupt dadurch, daß Jemand einen Rechtsstreit geführet hat, in welchem er am Ende Sachfällig geworden ist. — Diese pflegt man widerrechtlich verursachte Kosten schlechthin, auch Kosten der ganzen Sache, Kosten des verlohrnen Rechtsstreits; expensas victoriae s. totius causae zu nennen. (6)

§. 2.

Nach der Natur der Sache ist freilich ein Jeder, dessen Angelegenheit vor Gericht betrieben wird, in der Regel verbunden, die Kosten vorerst zu bestreiten, welche mit seinen Anträgen und den dadurch veranlaßten gerichtlichen Verfügungen unmittelbar verknüpft sind. Daß also das Gericht in Ansehung der Sporteln sich zunächst an

(6) *Henrici* BODINI Diss. de expensis victoriae non praestandis Halae 1699. *W. A.* LAUTERBACH de expensis victoriae. Tubing. 1663. *Dav.* PESTEL de expensis victoriae aliisque varii iuris capitibus. Rintel. 1675. *Sigm. Henr.* HÜLSE de litium expensis, quas victus ob non iustam litigandi causam praestare tenetur. Argent. 1675. Seyfarth teutscher Reichsproceß Cap. 33. §. 1.

an den Extrahenten, (1) der Advocat und Anwald an seine Partei, (2) der Notarius an seinen Requirenten, der Zeuge wegen der Reise und Zehrungs Kosten an den Producenten zu halten befugt sei; daß Commissions Kosten von demjenigen, der die Commission erwirkt hat, vorerst bestritten werden müssen; alles dieses folgt aus der obigen Regel von selbst. Inzwischen kann ein streitender Theil in mehr, als einer, Hinsicht befugt sein, in Ansehung der Proceßkosten sich wieder an Andere zu halten. Ich beschränke mich aber in der gegenwärtigen Abhandlung blos auf diejenige **Entschädigung**, welche Jemand **von seinem Gegner**, wegen der verursachten Proceßkosten,

(1) Hierüber verdienen weiter nachgelesen zu werden: *Temmen* de lit. expensis cap. 4. MEVIUS P. 3. Decis. 424. REINHARTH de erroribus pragmaticorum in doctrina de compensatione expensarum § 13. *Christ.* SPECHT Diss. quando & quibus liceat, aliquem ob non solutas expensas a iudicio arcere; §. 1—5. BORN de expensis thesi 7.

(2) Auch der Procurator kann sich wegen seines Honorarii und der gehabten Auslagen nach der Regel nur an den Principal selbst, nicht aber an den Advocaten halten; obgleich dieser ihm das Geschäffte übertragen hat. Mevius P. 8. Decis. 72.

zu verlangen berechtigt ist, ohne mich auf diejenigen Fälle einzulassen, wo ein Proceßführender, noch im Laufe des Streits, die vorläufige Bestreitung der dazu erforderlichen Kosten von Andern fordern, (3) oder die Vergütung bereits gehabter Kosten, nicht sowol von dem bisherigen Gegner, als vielmehr von andern Personen, gegen welche in der Hauptsache die Regreßklage Statt findet, (4) begehren darf.

§. 3.

Da ein Jeder, welcher Andere durch unrechtmässige Handlungen in Schaden setzet, die Verbindlich-

(3) *Iac. Frid.* LVDOVICI de expensis litis actori a reo subministrandis Halae 1712. *Henr.* HILDEBRAND de praenumeratione expensarum parti aduersae lite pendente faciendа. Alt. 1707. *Ioa. Ierem.* LINCKER de alimentis & expensis litis aduersario litem intendenti praestandis. Giessae 1694. Joh. Ludw. Schmidt öffentliche Rechtssprüche Nr. 96. Seit. 638. Joh. Gottlob Hennig von Alimentation der Eheleute und denen Kosten während des Scheidungs Processes §. 54. folg.

(4) Z. B. die Entschädigung, welche der Bürge von dem Hauptschuldner, oder der Käufer vom Verkäufer im Evictions Fall zu fordern berechtigt ist; u. d. m. TEMMEN de litium expens. Cap. XI.

bindlichkeit auf sich hat, dem Beschädigten Dasjenige zu vergüten, was er demselben ungebührlich aus dem Seinigen entzogen hat: so ist auch eben diese Verbindlichkeit in Ansehung der Proceßkosten, welche ein Theil dem andern durch widerrechtlichen Streit vor Gericht, durch ungebührliche Verschleppung der Sache, und Entfernung der Rechtshülfe, verursachet hat, keinem Zweifel unterworfen. Indessen ist es fast unglaublich, wie oft dieses in Gerichten gänzlich verkannt wird, und mit welchem Leichtsinne man, statt der rechtlichen Verurtheilung in die Kosten, sich eine Compensation derselben erlaubt, ohne zu bedenken, wie sehr dieses den Vorschriften der Gesetze und aller Billigkeit zu wider sei. Die Proceßkosten sind oft, nach Verhältnis des Objekts der Hauptsache, und nach den Vermögens Umständen dessen, dem sie durch ungerechten Streit verursacht worden sind, von solcher Wichtigkeit, und von solchem Belange, daß schon in dieser Hinsicht die Urtheilsverfasser sich billig enthalten sollten, den Kostenpunkt, als eine unbedeutende Nebensache, zu behandeln, und mehr den Scheingründen einer übel angewandten Billigkeit, welche im Grunde wirkliche Ungerechtigkeit ist, als den Vorschriften der Gesetze und des Rechts, dabei nachzugehen.

Zu den vielen Misbräuchen, welche in dieser Hinsicht nach und nach in die Gerichte eingeschlichen sind, findet sich hauptsächlich ein gedoppelter Anlaß. Einmal fehlt es an ausdrücklichen Gesetzen, welche in vorkommenden Fällen allemal zur gewissen Richtschnur dienen könnten. Es kommt meistens darauf an, den Abgang bestimmter Vorschriften durch Vernunftgründe, und mit Hülfe der Analogie zu ergänzen. Und da scheint zweitens die Lehre vom Ersatz der Proceßkosten noch nicht von allen Seiten die Betrachtung, welche sie verdient, gefunden zu haben; und noch nicht sorgfältig genug auf diejenige Hauptmaterie im Systeme des Rechts, welche eigentlich die wahren analogischen Gründe dazu hergiebt, zurückgeführet zu sein. L. 13. §. 6. C. de iudiciis enthält zwar die Vorschrift: Omnes iudices sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum; allein es sind damit noch einige andere Gesetze zu verbinden. In L. 79. D. de iudiciis heißt es: Eum, quem *temere* aduersarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumtus aduersario suo reddere oportebit; und in §. 1. I. de poena temere litigantium lauten die Worte also: *Improbus* litigator

tigator et damnum et impensas litis inferre aduersario suo cogatur. Unsere Reichsgesetze machen insonderheit, so viel die Kosten des verlohrnen Processes anbetrifft, den Richtern Folgendes zur Pflicht: Damit auch keine Partei an diesem "höchsten Gericht sonder sattsamen Grund ei"ne Rechtfertigung führe, oder verfolge, und da"durch dem Collegio camerali unnöthige Mühe, "denen andern Partheien Verzögerung ihrer recht"mäßigen Sachen, seinem Gegentheil aber unge"bührliche Kosten, und Aufhalt desselben Be"fugnis mache: So soll die Vergleichung der Ko"sten ohne genugsame Ursachen in denen Ur"theilen nicht geschehen, sondern vielmehr der ver"lierende Theil in dieselbe verurtheilt, und der ob"siegende Theil dazu gebührend geholffen werden." Visitations Abschied vom Jahre 1713. §. 82. Samml. der Reichsabschiede Th. 4. S. 278. Daß nun der verlierende Theil der Regel nach die Proceßkosten zu erstatten schuldig sei, erhellet aus den angeführten Gesetzen deutlich genug. Dagegen aber findet sich in Ansehung der Ausnahmen von dieser Regel, und wann eigentlich eine Compensation der Kosten eintreten solle, fast gar keine nähere Bestimmung.. Die Nov. 82. C. 10. sagt

nur

nur beiläufig: Si tamen perſpexerit iudex, neutrum litigantem ſumtuum ſubdere rationi propter negotii forte varietatem, hoc ipſum decernat ſua ſententia. L. 78. §. 2. de Legat. 2. enthält die Worte des Papinian: Etiam respublica fideicommiſſi poſt moram vſuras praeſtare cogitur; ſed damnum, ſi quod ex ea re fuerit ſecutum ab his ſarciendum erit, qui poſt dictam ſententiam iudicatum ſoluere ſuperſederunt. Nec aliud ſeruabitur in litis ſumtibus, *ſi ratio litigandi non fuit.* Ignaviam etenim praetendentes audiri non oportere. In L. 5. § 1. C. de fruct. et litium expenſis heiſt es: Si quis bona fide ſoluerit, aut actor lite deſtiterit, aut etiam iudex inveniat eum non calumniatorem, ſed de re dubia litigantem, hic euitabit impenſarum condemnationem.

Dieſe leztere Verordnung iſt aber nicht gloſſirt, ſondern ſie gehört zu den Schätzen des ältern Rechts, mit deren Herſtellung uns der critiſche Fleiß des Cujaz beglückt hat. Bei einem ſolchen Mangel einer ausdrücklichen nähern Beſtimmung, wird es nun wol Niemanden unerwartet ſein, daß die Ausleger und Rechtsgelehrten über die

die Frage: Wann eigentlich die Proceßkosten zu vergleichen? in ihren Meinungen gar sehr getheilt sind. (1) Vinnius sagt: iudicis religioni et prudentiae hoc aestimandum relinquitur; neque tam ex iure scripto, quam ex vsu iudiciorum peti debet. (2) Das ist denn freilich eine sehr unsichere Entscheidunsquelle; vielmehr erfordert es die Nothwendigkeit, daß die Sache keinesweges dem blossen Gutbefinden der Gerichte überlassen, sondern nach gewissen Grundsätzen

(1) Man sehe ausser den §. 1. Note 6. angeführten Schriftstellern annoch *Geo. Guil.* KVHLEWEIN *de compensandis litium expensis* Lips. 1692. *Io. Ad.* PFO de causis expensarum litis victori a victo non refundendarum, sed compensandarum Alt. 1731. *Tob. Iac.* REINHARTH de erroribus pragmaticorum in doctrina de compensatione expensarum litis. Erford. 1731. *Ioa. Frid.* SEYFARTH Diss. de compensatione expensarum inter litigantes Halae 1740. Mehrere einzelne Schriften über die Vergleichung der Kosten aus gewissen besondern Gründen werde ich in der Folge anführen.

(2) *Arnold* VINNIVS Comment. ad Institut. Lib. IV. Tit. XVI. §. 1. p. m. 889. so auch VOET Comm. ad Pandect. Lib. XLII. Tit. I. §. 21. 22.

sätzen näher berichtiget werde. Indessen scheint die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten hievon noch sehr entfernt zu sein. Vermöge derselben soll der verlierende Theil mit Vergütung der Proceßkosten verschonet werden, wenn er anscheinende Gründe vor sich gehabt hat, wodurch er sich zu einem guten Ausgange Hofnung machen konnte. Ein Jeder siehet aber, ohne meine Erläuterung, daß solchergestalt die Verurtheilung in die Kosten, und deren Compensation von einer Sache abhänge, welche in der Anwendung nicht unsicherer und schwankender sein kann. Und wer nicht ganz ohne alle Erfarung in gerichtlichen Streitigkeiten ist, der wird es nicht in Abrede ziehen, daß unter dem Vorwande der anscheinenden Gründe, und der sogenannten probabilis litigandi causae von Zeit zu Zeit eine Menge Ungerechtigkeiten in Ansehung der Proceßkosten vorgehen, und durch die Compensation derselben dem obsiegenden Theile häufig Alles, was er durch einen langwierigen Streit erfochten hat, wieder vereitelt werde. Sollen die Scheingründe, welche beim ersten Anblick die Sache des verlierenden Theils als gerecht darstellen, ihn auch in Ansehung der Proceßführung entschuldigen: so wird aus der Compensation der Kosten am Ende nichts Anders, als eine

Beloh-

Belohnung der Kunstgriffe, Trugschlüsse, und feinen Wendungen, wodurch es der Chikane gelungen ist, einer ungerechten Sache einen blendenden Anstrich, und Schein des Gerechten, zu verschaffen. Die Sache ist von der Wichtigkeit, daß es sich wol der Mühe verlohnt, etwas näher zu untersuchen, ob nicht das willkührliche Ermessen der Gerichte, in dieser Hinsicht durch bestimmtere Grundsätze des Rechts zu beschränken sei?

§. 4.

Davon, glaube ich, wird man bei genauerer Prüfung sich leicht überzeugen, daß es überhaupt dem Endzwecke der Justizpflege am angemessensten sein würde, wenn das Unterliegen in der Hauptsache allemal die Verurtheilung in die Kosten zur Folge hätte. (1) Denn der Fall, da der verlierende Theil, wenn er in die Kosten verurtheilet wird, wirklich Ursache haben könnte, sich über Unrecht zu beklagen, ist ungleich seltener, als der entgegen gesetzte Fall, da dem obsiegenden Theile durch Vergleichung der Kosten viel zu nahe geschiehet. Und da der Richter, wenn die Compensation der Kosten mit Recht geschehen soll, vor allen

(1) REINHARTH de errorib. pragmat. in compens. expens. §. vlt.

allen Dingen versichert sein muß, daß der verlierende Theil nach guten Gründen seine Sache wirklich für gerecht gehalten habe, und daß demselben in keinem Betrachte wegen der Proceßführung etwas zur Last zu legen sei: so ist leicht zu erachten, wie viele Schwierigkeiten sich entgegen stellen, wenn es darauf ankommt, dieses gehörig auszumitteln. Da aber die gemeinen Rechte die Entschuldigungsgründe, welche dem verlierenden Theile wegen der bisherigen Proceßführung etwa zu Statten kommen können, nicht ausdrücklich verwerfen: (2) so müssen wir, um die Zulässigkeit

(2) LAUTERBACH Dissert. de expensis victoriae thesi 42. behauptet daher auch: iustam causam hic excusare adeo verum putamus, vt etiamsi statuto caueatur, *victum in expensas* condemnandum, iusta tamen causa, eundem liberet a periculo expensarum. Statuta enim disponentia super eo, de quo disponit ius commune interpretari iubemur secundum ius commune, non contra illud. Der angeführte Grund taugt freilich nicht viel. *I. H.* BOEHMER introd. in ius publ. vniversale P. Spec. Lib. 2. C. 3. §. 26. n. 1. *Sim. Pet.* GASSER Dissert. qua brocardicum commune: statuta ex iure communi esse interpretanda, examinatur. Halae 1731. Daß

keit dieser Entschuldigungsgründe gehörig zu beurtheilen, nothwendig von dem Grundsatze ausgehen: Die Erstattung der Proceßkosten ist eigentlich keine Strafe des muthwilligen und widerrechtlichen Processirens, sondern eine blosse Entschädigung des obsiegenden Theils. Denn obgleich in den Institutionen des Kaisers Justinian die Verurtheilung in die Proceßkosten unter der Rubrik: *poena* temere litigantium vorkommt, und verschiedene Proceßordnungen, auch andere Provinzial-Gesetze, dieses nachahmen: So ergiebt doch die Natur der Sache, daß der eigentliche Begriff einer Strafe hier gar nicht anzuwenden sei; indem der verlierende Theil durch Bezalung der Kosten blos den Verlust ersetzet, welchen er dem obsiegenden Gegner durch widerrechtliches Processiren verursacht hat (3). Daraus folgt ganz natürlich,

Gegentheil der Lauterbachschen Meinung vertheidigt HUNNIUS Encyclopaed. iur. P. 2. Tit. 22. Cap. 4 n. 45.

(3) Der gerichtliche Proceß vertritt in der bürgerlichen Gesellschaft, die Stelle der Selbsthülfe und des Krieges im natürlichen Zustande. Daher auch GROTIUS *Iure Belli & Pacis* Lib. 3. Cap. I. §. 3. die Proceßkosten den Kriegskosten gleichstellet; und, wie diese, zur Entschädigung des Sie-

daß Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien in dieser Hinsicht, nicht sowol nach den Grundsätzen von Zuerkennung der Strafen, und den dawider eintretenden Entschuldigungen, sondern vielmehr lediglich nach den Vorschriften des Rechts, von Vergütung des Schadens, welchen man durch ungebührliche Handlungen einem Andern zugefügt hat, beurtheilt werden müssen.

§. 5.

Der Unterschied, ob eine unerlaubte Handlung vorsätzlich, oder aus Versehen und Unachtsamkeit, begangen worden, ist allemal von wichtigem Einflusse auf die Entscheidung, sobald es auf die Zuerkennung einer eigentlichen Strafe ankommt.

gers zu vergüten sind: Ebend. Cap. 13. §. 3. LIVIVS Lib. 37. c. 35. IVSTINVS Lib. 33. c. 1. So ist auch bei jenen der nämliche Grund vorhanden. Nam expensae, quas quis facto alterius ex suo facere coactus est, *intuitu erogantis verum damnum sunt;* adeoque, si earum restitutionem vrget, vtique *nil aliud, quam quod ex suo sibi patrimonio abest*, recuperare intendit. HEISLER de expensis criminal. §. 13. SEYFARTH de compensatione expensarum Csp. I. §. 8. TEMMEN de litium expens. Cap. VIII. n. 15 seq.

kommt (1). Dagegen verbindet uns auch der geringste Grad der Fahrlässigkeit, dem Beleidigten den Verlust zu vergüten, den er durch uns mit Unrecht leidet (2), weil ein Jeder verbunden ist, mit größtem Fleiße, und möglichster Sorgfalt seine Handlungen so einzurichten, daß Andern kein Unrecht und Nachtheil dadurch wiederfahre. Da nun die Vergütung der Proceßkosten nichts anders, als eine Entschädigung ist, welche ein streitender Theil von dem Andern fordert: so folgt natürlich, daß nicht allein Derjenige dazu anzuhalten sei, welcher vorsätzlich einen ungerechten Proceß geführet, oder sonst durch Ungehorsam und widerrechtliche Verzögerung des Streits seinem Gegner unnöthige Kosten verursacht hat (3); sondern auch ausserdem ein Jeder, dem diese Beschädigung auf irgend eine andere Art rechtlich beizumessen ist. Die

(1) Gmelin Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. §. 10.

(2) Hic enim non agitur de poena, sed tantum vter damnum ferre debeat. Ratio autem vult, vt potius ille, cuius aliqua est culpa ferat damum &c. *Vlric.* HVBER Lib. 4. Praelect. ad Instit. Tit. 3. §. 2.

(3) Kammergerichts Ordnung 3. Th. 42. Tit. Seyfarth deutscher Reichsproceß Cap. 33. §. 1.

Meinung des Seyfarth (4), daß der verlierende Theil nur alsdann in die Kosten zu verurtheilen sei, wenn ihm, wegen der ungerechten Proceßführung, ein wirklicher böser Vorsatz (dolus), oder grobe Fahrlässigkeit (culpa lata) beizumessen wäre, ist ungegründet.

Sie widerspricht einmal der bekannten rechtlichen Wahrheit, daß auch die geringste Unachtsamkeit, wodurch ein Anderer verletzt worden, zur Entschädigung desselben verbinde, sobald nicht von Verhältnissen, welche aus einem Vertrage entstehen, die Rede ist, welche einen geringern Grad des Fleisses erfordern; insbesondere aber ist es, zweitens, eine ausgemachte Wahrheit, daß Derjenige die äusserste Sorgfalt beobachten, mithin culpam leuissimam prästiren müsse, welcher ein Geschäffte unternimmt, das seiner Natur nach eine ganz besondere Behutsamkeit und Vorsicht erfordert (5). Dahin gehört ohne Zweifel das Streiten vor Gericht; weil der ganze Zweck der Rechtspflege darin bestehet, daß ein Jeder bei seinen Rechten und Befugnissen

(4) Dissert. de *compensatione expensarum* Cap. I. §. 9. 10. pag. 8 seq.

(5) *Ioa. Aug.* HELLFELD iurisprud. forens. §. 324.

fugnissen geschützt, und alles Unrecht möglichst vermieden werde. Diesem Zwecke ist das ungerechte Processiren geradehin zu wider. Wer sich also dieses zu Schulden kommen läst, der misbraucht eine öffentliche, zum gemeinen Wol errichtete Anstalt, zur Beförderung ungerechter Absichten; woraus von selbst fliest, daß ein Jeder streitender Theil zu der höchst möglichen Sorgfalt verbunden sei, um dergleichen Misbrauch seiner Seits zu verhüten; widrigenfalls aber, daß er den Schaden ersetzen müsse, der dem andern Theile dadurch zugefügt worden. Es ist ferner eine an sich ungerechte Handlung, wenn man Andern, es sei nun durch gerichtliche Klagen, oder durch Ausflüchte und Einreden, die am Ende durch Urtheil und Recht verworfen werden, in Kosten setzet; und es kann auch daher der verlierende Theil, als Urheber dieser an sich ungerechten Handlung, den Folgen derselben nicht entgehen, woferne nicht klar aus den Acten erhellet, daß ihm durchaus keine widerrechtliche Proceßführung mit Beistande der Gesetze und des Rechts zugerechnet werden könne. Schon hieraus erhellet, wie offenbar unrichtig von manchen Richtern und Rechtsgelehrten der Satz aufgestellet wird, daß man in zweifelhaften Fällen immer die Kosten compensi-

ren müsse (6). Gerade umgekehrt verhält sich die Sache. Es kommt nicht sowol darauf an, ob sich in dieser Hinsicht besondere Gründe wider den verlierenden Theil hervorthun, als vielmehr, ob rechtliche Ursachen für ihn vorhanden sind, welche ihn wegen der Proceßführung gänzlich entschuldigen. Wer in der Hauptsache unterliegt, der hat hier alle Rechtsvermuthung wider sich, mithin ist er in zweifelhaften Fällen allemal in die Kosten zu verurtheilen (7).

§. 6.

(6) BODINVS de expensis victoriae th. 29.

(7) Dies bringt die Natur der Sache mit sich. Denn indem ein streitender Theil Sachfällig wird, erklärt ihn ja das Urtheil für einen solchen, der eine ungerechte Sache vor Gericht durchzusetzen gesucht hat. An sich ist das unstreitig eine Rechtswidrige Handlung, wovon es billig heist: Facta quae vt plurimum mala sunt, non bona praesumi possunt. Et regula quilibet praesumitur bonus, pertinet tantum ad quaestionem de alicuius facti dubii commissione; non vero ad facti regulariter iniusti excusationem; quasi circumstantiae ad iustificationem pertinentes, sint praesumendae. I. C. QVISTORP Dissert. de moderaminis inculpatae tutelae probatione §. 1. Wenn daher das Gegentheil nicht aus Rechtsbeständigen Ursachen deutlich erhellet:

§. 6.

Wenn nun auch aus den Acten keine Chikane, und vorsätzliche Streitsucht des verlierenden Theils hervorleuchtet: so ist doch derselbe wenigstens als ein solcher zu behandeln, der in Rücksicht auf Thatsachen, oder rechtliche Vorschriften geirret hat. Hiebei kommen also zuerst die allgemeinen Grundsätze des Rechts, vom Irrthume und der Unwissenheit überhaupt, in Betrachtung; und da können

So ist der verlierende Theil allemal, um mich der gesetzlichen Benennung zu bedienen, als ein improbus litigator, oder temere litigans zu behandeln; indem beide Ausdrücke überhaupt Denjenigen bezeichnen, welcher eine ungerechte Sache vor Gericht geführet, und keine rechtmässige Ursache vor sich hat, derentwegen ihm die Proceßführung gar nicht zur Last fallen kann. HÜLSE de litium expensis th. 21. REINHARTH de erroribus pragmat. in compens. expens. §. 5. *Ioach.* HOPP Comment. ad pr. & §. 1. I. de poena temere litigantium. Daher auch MENOCH de Praesumt. Lib. 2. c. 87. n. 1. REINHARTH a. a. O. §. 25. u. a. m. mit Recht behaupten, daß der verlierende Theil, wegen der in dieser Hinsicht wider ihn obwaltenden Rechtsvermuthung, in zweifelhaften Fällen allemal in die Kosten zu verurtheilen sei.

wir sogleich, ohne weitern Beweis, den Satz annehmen: daß eben die Gründe, welche, nach Vorschrift der Gesetze, die Ausflucht des Irrthums und der Unwissenheit an sich schon ausschliessen, auch hier angewandt werden müssen, mithin keine Unwissenheit oder Misverstand den verlierenden Theil entschuldigen, noch vom Ersatze der Proceßkosten befreien könne, sobald von Dingen die Rede ist, die er wissen konnte und mußte. Hat er es an der gehörigen Erkundigung in dieser Hinsicht ermangeln lassen: so ist er an dem Erfolge selbst Schuld, mithin verbunden, seinem Gegner die verursachten Kosten zu vergüten. Auch der geringste Grad der Unachtsamkeit muß diese Folge nach sich ziehen (1). Es fragt sich aber ferner: ob man auch umgekehrt sagen könne, daß alles Dasjenige, was, nach sonstigen Grundsätzen, einen unschädlichen Irrthum, in Rücksicht auf den Gegenstand des Streits, begründen würde, auch auf die Proceßführung anzuwenden sei, folglich auch dem verlierenden Theile, zum Zwecke einer Compensation der Kosten, zu statten komme? Diese Frage ist natürlich nur in so ferne

(1) A. F. Reinhard von der *ignorantia iuris & facti*, in d. Samml. vermischter kleiner Schriften 6. St. Nr. 3. Bützow und Wismar 1773. Hellfeld iurisprud. forens. §. 1187.

ne zu bejahen, als in dem besondern Rechtsverhältnisse der Proceßführung kein Grund liegt, welcher nothwendig eine andere Bestimmung erfordert. Jene allgemeineren Grundsätze von Unschädlichkeit des Irrthums setzen Fälle voraus, wo die Folgen einer rechtlichen Handlung lediglich und allein von der Wissenschaft, und Ueberzeugung, des Handelnden abhängen, und dieser also sich füglich entschuldigen kann, wenn er zeigt, daß er dies oder jenes bona fide als wahr oder nicht wahr geglaubt habe. Damit ist aber die Sache hier noch nicht ausgemacht.

Um dieses deutlicher zu zeigen, wollen wir nunmehr die verschiedenen Arten des Irrthums und der Unwissenheit etwas näher betrachten. Da erstlich Niemand mit einem Irrthume oder mit Unwissenheit in Ansehung seiner eignen Handlung sich entschuldigen darf (2): so folgt auch ganz natürlich, daß der verlierende Theil der Regel nach in die Proceßkosten allemal zu verurtheilen sei, wenn solche dadurch veranlasset sind, daß er ein factum proprium, dessen er in der Folge überwie-

(2) LAUTERBACH Colleg. theoret. pract. Lib. 22. Tit. 6. §. 5.

sen worden, bestritten hat (3). Ist hingegen nicht von einer eigenen Thatsache des verlierenden Theils die Rede: so haben wir zwar sonst die Regel: ignorantia Facti alieni non nocet; allein, um davon in gegenwärtiger Materie einen rechtmässigen Gebrauch zu machen, hat man zu unterscheiden: ob dem verlierenden Theile der Beweis einer solchen Thatsache oblag, oder ob er berechtigt war, den Beweis von Seiten des Gegners zu erwarten. Im ersten Fall gereicht dem Sachfälligen Theile die irrige Vorstellung, die er sich von der Sache gemacht hat, der Regel nach, nicht zur Entschuldigung. Denn wer etwas in Gerichten für sich anführt, wovon er weiß, daß ihm die Beweisführung obliegt, der muß seiner Sache völlig gewiß sein, folglich

(3) Es giebt zwar einige Ausnahmen von dieser Regel; indem unter gewissen Umständen auch Unwissenheit, und Irrthum in Ansehung eigner Handlungen Schuldlos, mithin unschädlich sein können. LAUTERBACH a. a. O. §. 6. CRELL de ignorantia facti proprii interdum innoxia ad L. 22. D. de condict. iudeb. in d. Dissert. & Programm. Fasc. VI. n. 47. In solchen Fällen ist in Ansehung der Proceßkosten eben dasjenige anzuwenden, was deshalb bei einer unschädlichen Unwissenheit fremder Handlungen den Rechten gemäs ist.

lich auch vor allen Dingen dahin Bedacht nehmen, daß es an dem gehörigen Beweise nicht mangle. Fehlt dieser hernach: so hat er sich die Folgen davon, daß er aufs Gerathewol gestritten hat, selbst beizumessen. Die unerweisliche Behauptung ist im Wege Rechtens als falsch und förmlich unwahr anzusehen. Es kann sein, daß sie dennoch wirklich wahr gewesen; und noch leichter kann der Fall eintreten, daß der verlierende Theil in einem, an sich betrachtet, ziemlich Schuldlosen Irrthume sich befunden habe. Allein Jedermann weiß, daß in Gerichten auf Thatsachen nur in so fern, als sie erwiesen sind, Rücksicht genommen werde; folglich nicht genug sei, eine Sache wissen, und glauben, um sie mit Erfolg im Gerichte anführen und dabei beharren zu können; sondern man muß auch die erforderlichen Beweis-Mittel zur Hand haben, ohne welche die Behauptung vergeblich ist, und billig mit Verurtheilung in die Kosten verworfen wird, weil es dem verlierenden Theil unstreitig zur Last fällt, durch unerweißliche Vorträge seinen Gegner in vergebliche Kosten gesetzt zu haben. Weit eher kann sich Derjenige, der den Beweis einer solchen Sache nicht zu führen hat, sondern denselben von seinem Gegner erwarten darf; mit der Unwissen-

wissenheit einer fremden Thatsache entschuldigen, folglich auf die Compensation der Kosten einen Anspruch machen Denn sobald ihm nicht mit Recht vorzuwerfen ist, daß er wissentlich wider die Wahrheit geleugnet habe: so gereicht es ihm, als verlierendem Theile, zur Entschuldigung, daß er nicht verbunden war, den gegenseitigen Angaben sich eher zu fügen, als bis darüber der gehörige Beweis geführt worden; und in solchem Falle hat der obsiegende Theil den Kostenverlust nicht sowol dem Gegner, welcher bona fide gestritten hat, als vielmehr der bisherigen Ungewißheit im Wege Rechtens zuzuschreiben. Die Gesetze selbst machen daher, in Rücksicht auf Irrthum und Mißverstand, ausdrücklich einen Unterschied zwischen dem Kläger und Beklagten. In L. 42. D. de Reg. iur. heißt es: Qui in alterius locum succedunt iustam habent ignorantiae causam, an id, quod peteretur, deberetur. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam si agat. *Nam plane, qui agit, certus esse debet; quum sit in potestate eius, quando velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere.* Und es fehlt nicht an Rechtslehrern, welche dies auf die Bestimmung des Streits, wegen

gen Bezalung der Kosten angewandt haben (4). Nun ist zwar der Kläger gemeiniglich Derjenige, dem die Last des Beweises obliegt (5); es leidet indessen

(4) HVGO DONELLVS Comment. iur. ciuil. Lib. XXVI. c. 3. p. m. 282. sagt: Quod ad actorem, fieri non potest, si vincitur, quin temere videatur litigasse. Etenim, si ignorauit, sibi ius non esse litigandi, hoc ipso culpa eius est, *quod litigauit*. Qui enim agit, *certus esse debet*. Reo non idem potest subiici; hic namque actionem excipere cogitur, nisi velit ius suum indefensum relinquere. Quod sane facere non debet; si nullam causam habeat; propter quam intelligere possit, deberi quod petitur, aut rem petitoris esse. Cuius modi causam nullam habere videtur, si agatur *cum eo de alieno facto et iure* cuius ipse particeps et conscius non fuerit. Eben so urtheilt HUISX de litium expensis §. 16. imgleichen PESTEL de expensis victoriae §. 12. auch REINHARTH de errorib. pragm. in compensat. expens. §. 25. und *Casp.* ZIEGLER Dicastic. Conclus. 49. §. 7.

(5) L. 4. C. de edendo. L. 2. L. 18. §. fin. D. de probation. *Io. Geo.* WENTENSCHLEGEL Tract. de processu iudicario probatoriali ac reprobatoriali; Pedeponti 1742. obseruat. 51. folg.

dessen doch, nach Analogie der Rechte, kein Bedenken, daß von dem Beklagten in Rücksicht dessen, was er zu beweisen hat, eben dasselbe zu behaupten, folglich die Sache so allgemein, wie geschehen ist, zu fassen sei (6).

§. 7.

Ist aber zweitens von einem Irrthume in Ansehung des Rechts die Rede, und betrifft dieser nicht sowol das Naturrecht, oder geschriebene positive Gesetze, und deren Analogie, als vielmehr blosse Gewohnheitsrechte: so ist es im Grunde wieder

(6) Der verdienstvolle Herr Hofrath Oeltze, mein vormaliger würdiger Lehrer, bestimmt die Sache sehr richtig; „Die Unkosten sind gegen einander „aufzuheben 1) wenn der überwundene Theil aus „eines Dritten Handlung belangt worden, und „er nicht eher, bis nach geendigter Beweisführung, sich von der Richtigkeit des Klaggrundes zu überzeugen Gelegenheit gehabt; oder 2) „wenn der Kläger aus einer an sich richtigen „Thathandlung geklagt hat, und Beklagter wird „wegen einer, in Ansehung des Klägers, fremden „Thathandlung, und darauf beruhenden Einrede „entbunden, von deren Richtigkeit der Kläger „sich vor der Beweisführung nicht füglich hat „überzeugen können." Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 287.

der ein error facti, und muß daher nach den obigen Grundsätzen, welche vom Irrthum in Thatsachen überhaupt gelten, beurtheilt werden. Wer daher Gewohnheiten für sich anführet, die nicht ganz notorisch und ausgemacht sind, und deren rechtliche Begründung ihm daher auferlegt wird, der ist auch, wenn er diesen Beweis nicht beizubringen vermag, unstreitig verbunden, die dem Gegentheile verursachten Kosten zu bezahlen, er mag übrigens seiner Seits bona fide die Gewohnheit geglaubt, und deshalb Schein-Gründe vor sich gehabt haben, oder nicht. Denn die Gesetze wollen, daß er nicht nach blosser Wahrscheinlichkeit, und nach dem Masse seines Glaubens vor Gericht etwas behaupten, sondern seiner Sache gewiß sein, folglich diejenigen Beweise, worauf juristische Wahrheit beruhet, zur Hand haben soll. In dem Falle aber, da Jemand ein Gewohnheitsrecht, welches wider ihn angezogen wird, in Zweifel ziehet, und der Gegner solches hernach gehörig erweiset, muß dem verlierenden Theile die Schuldlose Unwissenheit der eingeführten Gewohnheit dahin zu statten kommen, daß die Kosten compensiret werden. Das Bestreiten notorischer, und im Lande allgemein bekannter Gebräu-

che

che und Gewohnheiten, die der verlierende Theil füglich hätte wissen können und müssen, ziehet unstreitig die Verurheilung in die Proceßkosten nach sich. (*)

§. 8.

Die Gewohnheitsrechte nun bei Seite gesetzt: so gilt hier im übrigen der bekannte Satz: ignorantia iuris nocet; und es kann der verlierende Theil sich, der Regel nach, nie mit der Unwissenheit des Rechts, oder damit entschuldigen, daß er Dasjenige, was Urtheil und Recht in der Folge mit sich bringt, nicht für Recht gehalten habe. Diese Regel ist hier allgemein, und selbst die Personen, denen sonst die Gesetze, in Ansehung der Unwissenheit des bürgerlichen Rechts, einige Nachsicht bewilligen, z. B. Frauenzimmer, Fremde, und Soldaten, können nicht davon ausgenommen werden. Denn wenn sie sich in Rechtshändel vor Gericht

(*) L. 9. §. 2. D. *de iur. et facti ignorantia.* Facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur. Quid enim, si omnes in ciuitate sciant, quod ille solus ignorat. Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, *verum eius, qui eam rem, diligenter inquirendo, notam habere possit.*

richt einlassen: so wissen sie ja, daß es jetzt darauf ankommt, ihre Rechte und Verbindlichkeiten nach den Gesetzen des Landes auszumachen; und sie müssen daher auch die Verbindlichkeit anerkennen, vor Gericht nichts vorzutragen, und keinen Rechtsstreit zu unterhalten, wofern die im Staate geltenden Rechte ihnen nicht beistimmen. Allenfalls sind sie schuldig, die Rechtsverständigen zu Rathe zu ziehen. Ueberdem kommt es hier nicht blos darauf an, ob Jemand, unter dem Vorwande einer Unwissenheit des Rechts, seinen eignen Schaden abwenden, oder sich von einer Strafe dadurch befreien könne; sondern, ob er unter diesem Vorwande die Vergütung des einem Andern durch unnöthige Proceßkosten verursachten Schadens ablehnen dürfe? Die sogenannte probabilis litigandi causa und der Schuldlose Irrthum kommen in dieser Hinsicht eigentlich nicht in Betrachtung. Denn hier ist nicht von Thatsachen die Rede, die der verlierende Theil ignoriren konnte, und deren Beweis er ruhig von Seiten des Gegners erwarten durfte, ehe und bevor ihm anzusinnen war, dem Verlangen desselben nachzuleben. Was aber den Vorschriften des Naturrechts, den geschriebenen bürgerlichen Rechten, und deren Analogie, gemäß

ist, das braucht kein Theil dem andern zu beweisen (1). Es liegt einem Jeden ob, und ein Jeder ist schuldig, Selbst die höchst mögliche Sorgfalt anzuwenden, um sich vollständig, und aufs genaueste davon zu unterrichten; nicht aber den Scheingründen nachzugehen, welche etwa seinem Interesse zu statten kommen.

§. 9.

(1) Cap. 44. X. de appellation. HELLFELD iurisprudent forens. §. 1145. n. 1. Daher auch in solchen Fällen, wo den Rechten nach, auf das Anbringen einer Partei nicht geachtet wird, es wäre denn sofort klar erwiesen; (in continenti liquidum) dennoch blosse Rechtssätze nicht als zweifelhaft (altioris indaginis) angesehen werden können; obgleich Struben in Rechtlichen Bedenken Th. 3. Nr. 57. und der daselbst angeführte LVDOLF. Observat. forens. 61. dafür halten, daß es an der gehörigen Klarheit ermangle, wenn die Entscheidung von zweifelhaften Rechtsfragen abhängig wäre. Ich nehme den Fall einer streitigen Gewohnheit aus; und finde im übrigen diese Meinung ungegründet. Nam iudex gnarus esse debet legum, indeque caput iuris dubium, si factum ipsum extra controuersiam positum est, ad futuram deductionem remittere nequit. Ea enim quae iuris sunt nulla indigent probatione, sed factum saltem controuersum quatenus decisionem causae

§. 9.

Wie aber, wenn die Entscheidung der Sache von einer streitigen Rechtsfrage abhängt, oder auf Erklärung dunkler Gesetze beruhet, und der verlierende Theil anscheinende Rechtsgründe vor sich hat? Hier ist es, wo die angesehensten Rechtsgelehrten eine Compensation der Kosten äusserst billig und gerecht halten (1). Indessen getraue ich mich doch zu behaupten, daß dieses den Vorschriften der Gesetze, und deren Analogie keines weges gemäß, und überdem auch die vermeinte Billigkeit hier sehr übel angebracht sei, weil sie in der Anwendung äusserst unsicher ist, am Ende nur den Unge-

 rechtig-

ingreditur, litigantibus probandum relinquitur. *Henr.* BROCKES Obseruat. select. Argum 443. Diesem pflichten bei *I. H.* BOEHMER Consultat & Decis. Tom. I. P. 2. Resp. 101. n. 15. *Caesar* ARGELVS de adquirenda possessione Quaest. 2. Art. 4. n. 7.

(1) BRVNNEMANN Proc. ciu. cap. 28. n. 78. IVRECONS. TVBINGENS. Volum. 8. Cons. 63. n. 115. BODINVS de expens. victor. non praest. th. 9. SEYFARTH de compensatione expensarum Cap. 2. §. 10. REINHARTH de errorib. pragmaticor. in compensat. expensar. §. 31. TEMMEN de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 51 seq.

rechtigkeiten zum Vorschub dienet, und überhaupt die schädlichsten Folgen für das Ganze nach sich ziehet. Die allgemeine Verordnung in L. 5. C. de fructibus & litium expensis, welche ich oben angeführet habe, und worauf man sich hier vorzüglich beruset (2), entscheidet die Sache gar nicht. Denn sie redet nicht ausdrücklich von streitigen Rechtsmaterien und dunklen Gesetzen; sondern von einer re dubia überhaupt; und es ist daher den Regeln der Auslegungskunst sehr gemäß, dergleichen unbestimmte Ausdrücke so zu erklären, daß die Verordnung nicht mit den übrigen Grundsätzen des Rechts in Widerspruch gerathe. (3). Donell hat angemerkt, daß die gedachten Worte eigentlich nur von zweifelhaften Thatsachen zu verstehen sind (4). Dies wird sich auch in der Folge deutlich genug zeigen. Vorjetzt will ich nur daran erinnern, daß die erwähnte Verordnung, da sie zu den nicht glossirten Gesetzen gehöret, überhaupt, in Rücksicht auf gerichtliche Anwendung, nicht weiter in Betrachtung komme. Desto gewisser ist es also,

(2) SEYFARTH am angef. Orte.

(3) *Dan.* NETTELBLADT Systema elementare iurispr. commun. general. §. 236.

(4) Commentar. iur. ciuil. Lib. 26. cap. 3.

also, daß, in Ermangelung anderer gültiger Vorschriften, die Sache lediglich nach Vernunftgründen und rechtlicher Analogie zu bestimmen sei. Denn, daß die Lehre des Papinian in L. 78. §. 2. D. de Legatis 2. welche von einigen mit zur Hülfe genommen wird, uns keinesweges entgegen sei, ergiebt der Augenschein. In der gedachten Stelle, welche oben Seite 12. ganz angeführt ist: werden die Worte: si ratio litigandi non fuit, offenbar gemisdeutet. Eigentlich ist von einer im Urtheile zu verfügenden Compensation der Kosten daselbst gar nicht die Rede; sondern das Gesetz bestimmet nur, daß der Sachfällige Theil, welcher einen rechtskräftigen Ausspruch zu erfüllen versäumet, alle Schäden und Kosten, die dadurch erwachsen sind, vergüten solle, es wäre denn, daß er rechtmässige Gründe zu seiner Rechtfertigung angeben könnte. Ueberhaupt aber würde es doch immer erst auf die Frage ankommen, was den Rechten nach zum Zweck einer Vergleichung der Kosten, als hinlängliche *ratio litigandi* gelten könne? worüber jedoch das Gesetz selbst keine ausdrückliche Auskunft giebt. Eben so verhält sich die Sache mit den unbestimmten Ausdrücken: *propter negotii varietatem*, welche in der Nov.

82. c. 10. nur beiläufig vorkommen; und ohnehin schon weit natürlicher von Thatsachen, und allenfalls von solchen Streitigkeiten erklärt werden können, welche mehrere Gegenstände enthalten, die theils für die Eine, theils für die andere Partei entschieden werden. Gewiß ist es daher, daß keine bestimmte, oder ausdrückliche Vorschrift eine weitere Untersuchung der Sache nach sonstigen Rechtsgründen ausschliesse. Angenommen also, daß die gerichtliche Entscheidung auf eine streitige Rechtsmaterie, oder auf Gesetze, über deren Sinn die Ausleger sehr uneinig sind, beruhe: So gebe ich gern zu, daß in concreten Fällen der verlierende Theil in mancher Hinsicht Entschuldigung, ja oft unser Bedauern verdienen könne, weil das Ansehen der Rechtsgelehrten, die Arglist und Unwissenheit der Advocaten, ihn irre geführt, und dazu verleitet haben, seine Sache für gerecht zu halten und einen guten Ausgang zu erwarten. Allein hier kommt es darauf an, von welcher Seite das Gericht die Sache eigentlich zu behandeln habe. Denn es ist nichts Neues, daß Personen und Sachen nach gewissen allgemeinen Verhältnissen, ohne weitere Rücksicht auf besondere Abweichungen, welche etwa dabei vorkommen, beurtheilt werden (5).

Findet

(5) Dieses hat vortreflich ausgeführt *Ioseph* AVE-

Findet daher der Richter die Streitigkeit der Parteien, in Rücksicht auf Recht, oder Unrecht von der

RANIVS Interpret. iur. Lib. V. c. 10. n. 2. seq. Er muß ganz gelesen werden; indessen kann ich nicht umhin, folgende Stelle hier einzurücken. Cessante ratione legis, cessat ipsa lex. Locus hercle lubricus & periculosus. Saepe numero cessat ratio legis, nec eo minus praecepto eius adstringimur. Iura enim non in *singulas personas*, sed *generaliter* constituuntur. L. 8. D. de LL. ac propterea *si aliqua sit persona* in tota illa vniuersitate personarum, quam lex comprehendit, cui non conueniat ratio legis, non eximitur a praecepto legis. Lex enim est commune praeceptum, L. I. D. de LL. & non singulas personas, sed vniuersitatem spectat; ideoque satis est, rationem legis vniuersitati conuenire, licet non conueniat certis quibusdam personis. Licet enim ius priuatum ad singulorum vtilitatem spectet, L. I. D de iust. & iur. tamen ad eorum vtilitatem respicit, *non separatim*, quatenus *singuli* sunt, sed quatenus ex singulis constat vniversitas &c. Auch Struben in Rechtlichen Bedenken Th. 2. Seite 389. und 471. bemerkt bei Gelegenheit der eingeschränkten Veräusserung der Güter eines Unmündigen sehr richtig: "Es kann zwar dadurch wider die Absicht des Gesetzgebers den Unmündigen bisweilen Schade zu-

Beschaffenheit, daß durch eine doctrinal Auslegung der Gesetze, und nach Gründen der Analogie, die Entscheidung geschehen kann: so muß er wenigstens seinen Ausspruch als gewisses Recht betrachten, und es kann daher 1) von Seiten des Gerichts das Recht nicht füglich als etwas ungewisses behandelt werden (6). Denn wäre dieses: So gehörte die Sache nicht mehr vor den Richter, sondern

gezogen werden. Aber dieses geschieht vielfältig, mitttelst der weisesten Gesetze; ohne daß der Richter von ihrem Buchstaben abweichen darf. Es ist genug, wenn sie in den mehrsten Fällen heilsame Wirkung thun; und unmöglich, deren Zweck in allen zu erreichen, besser aber, in einigen desselben zu verfehlen, als es auf der Richter Gutdünken ankommen zu lassen, ob das Gesetz billig und nützlich, mithin zu beobachten sei oder nicht?"

(6) *Hug.* DONELL *Commentar. iur. ciuil.* Lib. 26. Cap. 3. Facti quaestio incerta quidem, ius vero certum est. *Casp.* ZIEGLER Dicast. conclus. 34. §. 16. in den Worten: Iura semper certa sunt; nec tenentur litigatores iudici probare quid iuris sit; quum etsi de illo nihil dixerint, iudex id ex se nosse debet. Et qui ius plane non allegatum adplicat facto, nil infert nec addit in iure, sed hoc totum, *vti in se est*, relinquit.

dern es müßte von der gesetzgebenden Macht eine authentische Erklärung eingeholt werden, wie es schon Justinian wollte: *Si quid vero in iisdem legibus fortasse obscurius fuerit; oportet, ab imperatoria interpretatione patefieri.* L. 9. C. de Legib. Und alsdenn wäre freilich der streitende Theil, gegen den die gesetzliche Bestimmung ausfiele, eher zu entschuldigen. So bald aber der Richter selbst den streitigen Rechtspunct schlichtet: So ist 2) nach förmlichen Rechte (7) der verlierende Theil als derjenige zu behandeln, welcher in iure geirret hat. Da nun das Urtheil, welches ihn Sachfällig erklärt, weder ein Werk des blinden Ungefährs, das Niemand voraus sehen konnte, noch ein höherer Orakelspruch ist, den der menschliche Verstand nicht zu erreichen vermag; sondern da jedes Urtheil, so lange es nicht reformiret ist, als das Resultat einer sorgfältigen und unparteiischen Prüfung der

(7) Der Unterschied des förmlichen, und wirklichen Rechts ist von grosser Wichtigkeit. Ich verweise deshalb ein für allemal auf Just. Möser's patriotische Phantasien, Th. 4. Nr. 30. und in der Berlinischen Monatsschrift von Gedike und Biester 1783. Seite 506. Man sehe auch meine Abhandl. von der Natürlichen Verbindlichkeit 2te Abtheil. Seite 262.

verhandelten Streitsache betrachtet werden muß: So ist gar nicht abzusehen, warum man nicht annehmen sollte, das der überwundene Theil das Rechtswidrige seines Streits eben so gut hätte einsehen können, als es der Richter eingesehen hat, und daß er also, wo nicht vorsätzlich den Gegner chikaniret, doch allemal einen Irrthum unterhalten habe, den er hätte vermeiden können, und müssen. Das gerichtliche Erkenntnis kann wenigstens, wenn es sich irgend consequent bleiben soll, den Sachfälligen Theil nicht anders behandeln. Es ist überdem 3) leicht gesagt, daß anscheinende Rechtsgründe, streitige Rechtsmaterien, und dunkle Gesetze eine Compensation der Kosten bewirken sollen. Allein es fragt sich billig, nach welchem Masstabe, und nach welchen Verhältnissen dies alles zu bestimmen sei. So unbefriedigend die Rechtsgelehrten hierüber sind, indem einige im allgemeinen ius dubium, & controversum, andere aber ius intricatum & admodum perplexum voraus setzen: so unsicher und schwankend ist es auch natürlich in der Anwendung. Die Zal der ganz ausgemachten, und durchgängig unbestrittenen Rechtssätze, ist, im Vergleich mit denen, worüber die Gelehrten in ihren Meinungen, und

die

die Gerichte in ihren Urtheilen uneinig sind, bei weitem die geringste; und wer siehet also nicht, daß nur einige Rechtskenntniß und Belesenheit dazu gehöre, um bei einer gerichtlichen Verhandlung einer Streitsache mancherlei Rechtsstreitigkeiten auf die Bahn zu bringen, und bei Erklärung der Gesetze hin und wieder allerhand Zweifel und Schwierigkeiten zu erregen. Das Wenigste was dieser Misbrauch des menschlichen Witzes zur Folge haben kann, ist unstreitig, daß dem andern Theile, welcher dadurch in Schaden und Kosten gesetzt worden, die gehörige Entschädigung deshalb zuerkannt werde. Statt dessen aber wird, der gemeinen Lehre zur Folge, der obsiegende Theil eben so sehr einer ganz willkührlichen Behandlung des Richters (8), als den Chikanen und Verdrehungen

(8) "Die größte Weisheit eines Gesetzgebers beruhet "darauf, daß er die Verwaltung der Gerechtig- "keit dergestalt einrichte, damit nicht der Rich- "ter, sondern das Gesetz die Schuldigen verur- "theile. Das Gesetz ist allemal gerecht, unpar- "teiisch, und unveränderlich; die Richter sind "es vielleicht sehr selten. Nichts ist der Ver- "nunft mehr gemäs, als daß die Richter keine "Gesetzgeber, sondern nur Anwender der Ge- "setze sein sollen. Allein in allen Staaten, wo "denen Richtern sehr viel überlassen bleibt, sind

hungen des Gegners Preis gegeben. Die streitenden Theile selbst sind häufig der Vorschriften des Rechts in dem ganzen Umfange, wie es die Entscheidung der Sache erfordert, nicht kundig. Ihnen kann daher Vieles, was an sich Unrecht ist, dennoch Recht scheinen; und ihnen ist es daher nicht leicht zu verdenken, wenn sie jede ihrer Absicht vortheilhafte Rechtslehre, oder Gesetzerklärung, als wahr und richtig annehmen. Da sie aber Rechtsgelehrte und Sachverständige befragen können: So kann die Wichtigkeit der Gründe, welche in ihren Verhandlungen vorkommen, und deren Einfluß auf die Kosten unmöglich nach den Begriffen, und Einsichten der Parteien, welche der Rechte nicht kundig sind, bestimmet werden (9); oder

"sie in Ansehung einer jeden einzelnen Sache "eben so viel, als Gesetzgeber" von Justi Vergleichung der Europäischen mit den Asiatischen, und andern vermeinten barbarischen Regierungen. Seite 544. folg.

(9) L. 10. D. de Bonor. possess. L. 2. §. fin. D. Quis ordo bon. possess. Es gehört unter die Unglücksfälle, wenn dergleichen Personen an Rathgeber gelangen, durch welche sie in widerrechtliche Weiterungen verwickelt werden; Sed iustum est damnum ferri a domino litis, quem procuratoris culpa non ex-

oder man müßte annehmen, daß jede nur irgendwo bestrittene Rechtswahrheit, die Vergleichung der Proceßkosten nach sich ziehen sollte. Dies wird indessen nicht leicht Jemand behaupten wollen. Wo ist also hier die eigentliche Gränzlinie? Denn soll das Anscheinende der Gründe, und das Gewicht der Streitigkeit, in Beziehung auf die Wissenschaft, und Kenntnisse der Gelehrten, und Kunstverständigen, bestimmet werden: so verliert sich die Sache wieder in der Anwendung von Selbst; weil der Richter am Ende doch die Lehre und Meinung, worauf der Sachfällige Theil sich berufen hat, nicht verwerfen kann, ohne sie nach seiner Ueberzeugung, als einen wirklichen Irrthum in Ansehung des Rechts zu betrachten, den ein Rechtsgelehrter billig hätte vermeiden können und müssen. Der Erfolg zeigt immer, daß der Sachfällige Theil Unrecht gehabt, und das Recht gemisdeutet habe. Er mag dabei an sich von vorsätzlicher Streitsucht und Chikane immer frei gewesen sein; so stellt ihn doch das Urtheil als einen temere litigantem dar; weil er

cusat ab expensis. MEVIVS P. v. Decis. 214. Dolus enim, fraus, & culpa Procuratoris nocet domino; STRVV Exercit. 46. th. 36. licet actio Mandati salua sit aduersus procuratorem. HVLSE de litium expensis th. 17.

den rechten Gesichtspunkt, woraus die Sache im Wege Rechtens beurtheilet werden mußte, nicht gehörig, und mit genugsamer Sorgfalt geprüft, sondern Statt dessen, sich auf Scheingründe verlassen hat. Mit wie vieler Wahrscheinlichkeit diese verknüpft gewesen sein mögen, darauf kommt es am Ende nicht an; genug sie sind gehoben und widerlegt, woraus klar erhellet, daß sie zu heben waren; und daß also der verlierende Theil, dem hier auch das geringste Versehen, wie oben gezeigt ist, zur Last fällt, sich schwerlich mit einem ganz unüberwindlichen Irrthume entschuldigen könne. Ueberdem ist 4) bei allen Scheingründen, welche der verlierende Theil für sich angeführt, die aber das Urtheil am Ende doch verworfen hat, nicht füglich anzunehmen, daß er und seine Rathgeber wirklich bona fide dabei zu Werke gegangen sind. Der Mensch ist nur zu geneigt, Alles zu ergreiffen, was ihm vortheilhaft ist, daher auch die Parteien, und ihre Anwälde gemeiniglich alles zusammen suchen, wovon sie glauben, daß es zu ihrem Frieden diene, und den Richter auf ihre Seite lenken könne. Sie machen gleichsam einen Versuch, ob sie an solche Urtheilsverfasser gerathen, die sich dadurch hinreissen

reissen lassen, oder nicht (10). Man würde aber sehr voreilig schliessen, wenn man Alles, womit sie ihre Sache aufzustutzen gesucht haben, als das Resultat einer wirklichen Ueberzeugung ansehen wollte. Und gesetzt auch dieses: so weiß doch ein Jeder, wie leichtsinnig die mehrsten Menschen dasjenige glauben, und annehmen, was ihre Absichten fördert. Eine Erfahrung, die sich in gerichtlichen Streitsachen täglich bestätigt. Wer am Ende den Proceß verlieret, dem sind häufig schon in den vorigen Verhandlungen die Gründe vorgelegt, welche seiner Meinung entgegen stehen. Allein, anstatt bei Zeiten nachzugeben, läst er es doch lieber auf ein Urtheil ankommen. Kurz der überwundene Theil hat, der anscheinendsten Gründe ungeachtet, doch immer die Vermuthung wider sich, daß er entweder selbst vom Gegentheile überführt gewesen, oder doch, ohne genugsame, und unbefangene Prüfung, Dasjenige sogleich angenommen habe, was ihm beim ersten Anblicke vortheilhaft schien. Unter diesen Umständen ist es daher nicht nur der sicherste, sondern auch offenbar der gerechteste Weg, den der Richter ergreifen kann, wenn

(10) Man sehe die Gewissensfrage eines Advocaten in Mösers patriot. Phantas. Th. 4. Nr. 39.

wenn er Dem, der in der Hauptsache verliert, auch die Vergütung der Proceßkosten auflegt. Und wenn manche Sachfällige Parteien, zumal wenn sie der Rechte unkundig sind, dieses eigentlich und genau betrachtet, nicht verschuldet haben mögen: So gehört ihr Schicksal zu den Uebeln und Unvollkommenheiten, welche bei allen menschlichen Anstalten, folglich auch bei der Rechtspflege, nie ganz zu vermeiden sind. Und es würde doch immer noch weit häter sein, wenn der obsiegende Theil den Aufwand an Proceßkosten einbüssen sollte. Ich bekenne gegen das Ansehen der Gesetze eine solche Achtung zu haben, als irgend Jemand, und ich würde kein Wort verlieren, wenn irgend die gemeinen Rechte in dem Falle, womit ich mich bisher beschäftigt habe, die Compensation der Kosten bestätigten. Allein, gegen eine bloße Lehrmeinung muß man gehöret werden, wenn sich zeigen läßt, daß sie nicht allein mit sonstigen Grundsätzen des Rechts in Widerspruch stehe, sondern auch zu den schädlichsten Misbräuchen und offenbaren Ungerechtigkeiten, welche nicht gehindert werden können, in der Anwendung Anlaß gebe.

§. 10.

Mit der Behauptung, welche ich im vorigen §. bestritten habe, steht eine andere eben so unrichtige

tige Lehre in genauer Verbindung; nämlich, daß die Kosten compensiret werden müßten, wenn der überwundene Theil das Ansehen der Rechtsgelehrten, insbesondere aber die gemeine Meinung derselben, oder gar günstige Rechtsbelehrungen (Responsa iuris) vor sich hätte. (1) Mit der sogenannten gemeinen Meinung, und dem Beifalle angesehener und bewährter Rechtsgelehrten ist es an sich schon eine sehr misliche Sache, (2) und

D wenn

(1) BRVNNEMANN Proc. ciu. Cap. 27. n. 78. REINHARTH de errorib. pragmat. in doctrina de compens. expens. §. 30. SEYFARTH de compens. expensar. Cap. 2. § II. LAVTERBACH de expens. victor. th. 44. REBHAHN de expens. lit. th. 29. HÜLSE de lit. expens. th. 23. 24. FESTEL de expens. vict. th. 11. Hoffmanns deutsche Reichspraxis §. 797. Leyser Spec. 88. Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts §. 34. am Ende.

(2) Nomen hoc, parum mouet; quum animadversum iam olim sit, etiam communes opiniones saepe fuisse communes errores. Et vnde vero mihi nunc in tanta librorum & auctorum copia, constabit, opinionem aliquam esse communem? Doctori enim id asserenti ideo non credo, quia nondum satis perspectum habeo, vnde mihi adiertionis suae fidem facturus sit. Libros om-

wenn man gar etwas genauer auf den eigentlichen Grund, und die wahre Quelle der ebengedachten Lehre zurück gehet: So muß man sie billig, als einen äusserst schädlichen Irrthum, verwerfen. Wer siehet hier nicht den sogenannten Probabilismum, wodurch sich vorzüglich die Moral der Jesuiten auszeichnet, in seiner ganzen Grösse. Bekanntlich gehet diese an sich unvernünftige Sittenlehre dahin, daß der Mensch auch die ungerechtesten Handlungen, unter dem Vorwande einer wahrscheinlichen Gerechtigkeit, unternehmen könne; daß aber zu dieser Wahrscheinlichkeit schon der Ausspruch Eines gelehrten und frommen Mannes genüge. (3) Die Geschichte lehrt, daß unter diesem

nes, quotquot hodie in terrarum orbe prostant, euoluere impossibile est; & poterunt ergo inter istos non euolutos tot reperiri, quot ad euertendam communem opinionem sufficiant. *Casp.* ZIEGLER Dicastic. Concl. 39. §. 30. Daher man auch bei näherer Bestimmung der gemeinen Meinung auf allerhand Grillen verfallen ist; und im Fall einer Uneinigkeit der Rechtsgelehrten, bald den mehrsten Stimmen den Vorzug beigelegt, bald aber communem opinionem, communiorem, und communissimam einander entgegen gestellet hat. ZIEGLER ebendas. §. 14. und 20.

(3) Walch philosophisches Lexicon Art. Proba-

sem Deckmantel von Zeit zu Zeit die heillosesten Dinge geschehen sind (4); und seitdem man ange-

bilismus. Gottl. Stoll Historie der Gelahrheit 3. Th. 1. Cap. §. 51. BLAISE PASCAL unter dem angenommenen Nahmen *Louis* de MONTALTE les Prouinciales, ou Lettres a un Prouincial de ses amis & aux R. R. P. P. Iesuites, sur la Morale & la Politique de ces Peres-auec les notes de Guil. Wendrock, a Cologne 1739; worin bekanntlich diese und andere gefährliche Lehren der Jesuiten dargestellet sind. Um nur Eins daraus anzuführen; Tom. I. Seite 267. heißt es: Vne opinion est apellée probable lorsqu'elle est fondée sur des raisons de quelque consideration. D'ou il arrive quelquefois, qu'un seul Docteur fort grave peut rendre une opinion probable. Et voici la raison: car un homme adonné particulierement à l'etude, ne s'attacheroit pas a une opinion, s'il n'y etoit attiré par une raison bonne & suffisante. Eigentlich geht der grobe Probabilismus freilich noch weiter, wie aus diesen Briefen erhellet; vorzüglich aber auch in Joh. Christ. Harenbergs Pragmatischer Geschichte des Ordens der Jesuiten Th. 2. §. 443. Seite 1419 folg. und §. 571. Seite 1837. mit Mehrerm zu ersehen ist.

(4) Harenberg im angef. Buche; auch die Sammlung der neuesten Schriften, welche

fangen hat, solchen auch in der Rechtspflege zu gebrauchen (5), hat die Ungerechtigkeit der Richter, wie auch die Chikane der Parteien, ein fruchtbares Feld dadurch gewonnen. Ungeheure Irrthümer, welche man hin und wieder in den Schriften der Rechtslehrer antrift, sind Folgen dieser saubern Moral z. B. der Satz, daß der Richter in streitigen Rechtsfällen, wo jede Partei sich auf die Autorität der Gelehrten berufet, mit gutem Gewissen diejenige Meinung befolgen könne, welche unter den streitenden Theilen dem zu Statten kommt, der vorzüglich des Richters Freund ist. (6) Und

die Jesuiten in Portugall betreffen; aus dem Italiänischen übersetzt Frankf. und Leipz. 1760. folg.

(5) Hierüber verdient ZIEGLER Dicast. Concl. 40. nachgelesen zu werden.

(6) *Iac.* MENOCH de arbitrar. iudic. *quaest.* Lib. 2. c. 177. n. 6 sequ.: quando varietas opinionum adest, nec reperitur quae vere communis sit, iudex ad libitum opinionem, quam vult, sequi potest — ZIEGLER l. c. imgleichen GAIL Lib. I. Observ. 153. n. 9. führen eine Menge älterer Rechtslehrer an, welche einstimmig den Moralisten darin beipflichten, Illo casu bonum esse, iudicem habere propitium, quando enim opiniones aeque

Und eben so ergiebt es auch der Augenschein, daß die ganze Lehre von der probabili litigandi causa, und deren Wirkung in Ansehung der Proceßkosten, in der That mit dem erwähnten Probabilismo in der genauesten Verbindung stehe, und vermuthlich nie aufgekommen sein würde, wenn dieser nicht so viele Anhänger gefunden, und selbst auch in die Gerichte sich eingeschlichen hätte. Leider konnte das aber desto ungehinderter in jenen

probabiles sunt, tum dicunt in ciuilibus eligi posse opinionem, quae amico magis faueat; immo posse hoc casu iudicem propter amicum, modo secundum vnam, modo secundum alteram opinionem iudicare. Daher die sogenannten casus pro amico; welche zwar von Einigen in gerechtem Eifer casus pro diabolo genannt wurden, quod diabolus lucretur animam illius iudicis, TESSAVR. Dec. 89. n. 3. & 206. n. 13. BACHOV ad TREVTIER. Disput. I. Vol. I. thes. I. die aber doch so vielen Beifall fanden, daß die Rechtsgelehrten in ihren Schriften recht eigentlich durch besondere Zeichen auf solche Sätze aufmerksam machten, wobei dergleichen Entscheidung pro amico Anwendung fände. Die Advocaten ließen daher auch nichts unversucht, um ihren Parteien die Gunst des Richters zu erwerben. In primis iudicem extollunt, nec vulgaribus encomiis ornant; sic enim fieri

finstern Zeiten des Aberglaubens geschehen, wo die Clerisei Alles in Allem, und einer ihrer ersten Grundsätze dieser war, das Vorurtheil des Ansehens möglichst allgemein zu unterhalten, eignes Nachdenken und Prüfen aber auf alle Art einzuschränken. Was war wol natürlicher, als daß eben der Probabilismus, wonach sogar die Befolgung der Religionspflichten bestimmet wurde, auch in weltlichen und Rechtsangelegenheiten zur Regel dienen mußte; und, wie man Sünden wider Gottes Gebote mit dem Ausspruche eines rechtgläubigen Kirchenlehrers beschönigen konnte, eben so auch das

potantes, vt beneuolum sibi & fauentem reddant, *praesertim talem qui laudes suas sibi praesenti enarrari lubens audit.* ZIEGLER Concl. 41. §. 4. Die Moralisten gingen zum Theil so weit, daß sie dem Richter erlaubten, durch Geld und Geldeswehrt unter mehrern Meinungen, die ihm gleich probabel schienen, sich für die Eine oder die Andere bestimmen zu lassen. Less. de iustitia & iure Lib. 2. c. 14. dub 9. Wer mehr über diese Materie zu lesen wünscht, den verweise ich auf *Casp.* BITSCHII Dissert. Decas quaestion. quae vt casus pro amico commendantur; cum eius accessionibus cura filii *Ioa. Melch.* BITSCHII Argentorati 1670.

das Ansehen der Rechtsgelehrten den widerrechtlichsten Handlungen zur Entschuldigung gereichen mußte. Die Folge davon, daß den verlierenden Theil, wann er dergleichen Autorität für sich hatte, wegen der Proceßführung an sich kein Ungemach treffen durfte, war sehr natürlich. Das übergrosse Gewicht, welches man ohnehin den Meinungen der Rechtsgelehrten, und vorzüglich der Glossatoren, beizulegen pflegte, kam hinzu; es schien unverantwortlich, denjenigen in die Kosten zu verurtheilen, welchen, ob er gleich Sachfällig geworden war, dennoch der Geist eines Accursius, Azo, eines Jason, und wie die unsterblichen Männer weiter heissen, gleichsam in Schutz genommen hatte. (7) Längst ist nun zwar der sogenannte Probabilismus von den Lehrern des Naturrechts und der Moral (8) widerlegt; dennoch aber hat man diesen scholastischen Auskehrigt von der Justizpflege noch nicht ganz zu entfernen gewußt. Was Zasius, in dessen Schriften der denkende Kopf nicht zu verkennen ist, schon seiner Zeit

 hierüber

(7) *Arthur* DUCK de usu & auctoritate iuris ciuilis Lib. I. Cap. 8.

(8) BUDDEUS *Histor.* iur. nat. §. 13. 14. HOCHSTETER *Colleg. Pufend.* p. 75.

hierüber urtheilte, das können sich auch noch manche Richter und Rechtsgelehrte gesagt sein lassen. Accursii glossemata, schreibt der vortreffliche Mann, nil plus ponderis habent, quam alterius docti viri doctrinae, *quibus vtrisque sine textu, aut euidenti ratione, nil creditur, immo error est, & quidem periculosus*, Accursio tantum tribui, quantum conspirata factione ei tribuitur; qui etsi fuerit vir doctus & omni veneratione dignus (9) *tamen errare potuit, & iuris* condendi auctoritatem non habuit. Immo ipse Accursius taxat eos, qui in defectum legum probationes glossarum inducunt; quod quam sit inimicum iustitiae, quam omnino horrendum, res ipsa docet. Nec enim glossae credendum est, nisi lege moveatur vel optima ratione (10) Nichts ist ausgemachter, als daß Rechtsgelehrte und Ausleger keine Gesetzgeber sind; und daß es nicht darauf ankomme, was sie behaupten, oder wie viele unter

(9) *Accursius* noster, schreibt CVIACIVS Lib. 3. Obseruat. 11. quem ego & latinis & graecis omnibus interpretibus iuris facile antepono.

(10) Lib. I. Singular. responf. cap. 7. n. 10.

ter ihnen einen Satz annehmen, sondern ob und in wiefern Gesetze und Rechtsgründe ihren Lehren beistimmen. (11) Dies voraus gesetzt: so ist in keinem Betrachte abzusehen, wie ein streitender Theil, wenn er den Proceß verlohren hat, sich mit dem Beifalle der Rechtsgelehrten entschuldigen könne. Das blosse Ansehen derselben schützt ihn nie, da er weiß, daß der Richter nur nach Gesetzen, und deren Analogie urtheilen dürfe (12). Will

(11) L. vn. §. 6. C. de vet. iure enucleando.

(12) Die Worte des Cicero Lib. I. *de natura Deorum.* Non tam *auctores* in disputando, quam *rationis momenta* quaerenda sunt; imgleichen des Seneca de vita beata cap. I. Nihil magis praestandum est, quam ne pecorum ritu, sequamur antecedentium gregem, pergentes, *non qua eundum est, sed qua itur.* Atqui nulla res maioribus nos malis implicat, quam quod ad rumorem componimur, optima rati ea, quae magno adsensu recepta sunt; quorumque exempla nobis multa sunt — & dum vnusquisque mauult CREDERE quam *iudicare*, numquam de vita *iudicatur*, semper *creditur;* diese Worte enthalten Wahrheiten, welche auch den Richtern zur Nachachtung nicht genug empfohlen werden können. Facit enim haec auctoritatum cumulatio ne probabilem quidem opinio-

er aber selbst durch die vermeinten Rechtsgründe, welche er in den Schriften der Gelehrten zu seinem Vortheile angetroffen hat, irre geführet sein: So kommen wir wieder auf dasjenige zurück, was im vorigen §. bereits abgehandelt, und nach meiner Ueberzeugung klar erwiesen ist: daß nämlich die vermeinten anscheinenden Rechtsgründe den verlierenden Theil keinesweges von Erstattung der Proceßkosten befreien können. Man mag also die Sache betrachten, wie man will: so ist die Compensation der Proceßkosten hier ungerecht. Und das bleibt sie auch in dem Falle, wenn der verlierende Theil die günstigsten Rechtsbelehrungen für sich beigebracht hat. Wer da weiß, was man gewöhnlich von diesen Rechtsgutachten (Responsis)

nem, nisi in animo eius, qui caeco impetu magis ruit in sententiam, quam ducitur, ZASIVS Lib. I. Cons. 4. num 16. ZIEGLER Concl. 39 §. 24. 25. 29; Wenn man dieses mehr bedächte: So würde man uns in den sogenannten Entscheidungsgründen nicht so häufig an Gewährsmänner verweisen, welche die Behauptung, worauf es ankommt, nicht mit Gesetzen und Gründen beweisen, sondern eben so pro auctoritate hinwerfen, als es den Urtheilsverfassern beliebt hat, solche ohne Grund anzunehmen.

sis) zu urtheilen pflegt, dem wird es sicher eine seltsame Erscheinung sein, daß gleichwol die Compensation der Proceßkosten in diesem Falle so vielen Beifall hat finden können. Man hat es beinahe zur Regel machen wollen; magis credendum esse interpretibus in commentariis, quam in consiliis & responsis; und wenn wir dem Mynsinger glauben wollen: So war dies einst sogar ein Grundsatz des Reichskammergerichts. Der Grund ist eben nicht sehr empfehlend: quod in commentariis plerumque cessent cupiditas aeris, gratia, odium, & omnes affectus, quae omnia in responsis & consiliis saepe interueniunt (13) Leyser ziehet dies nicht ganz in Abrede: Solent interdum iureconsulti in gratiam eorum respondere, a quibus consuluntur (14). Auch der Ritter Michaelis macht irgendwo in seinem Mosaischen Rechte den Facultäten ein Compliment, welches sie sich wol verbitten möchten: Man müsse immer erst fragen: "wie hoch das Responsum bezahlet wor-
"den?

(13) MYNSINGER Centur. 6. Obs. 60. *Arthur* DUCK de auctor. iur. ciu. rom. Lib. I. cap. 8. §. 12.

(14) LEYSER Spec. 52. Med. 7. am Ende.

"den?" Indessen kann es sein, (denn ich habe die Stelle jetzt nicht zur Hand,) daß Rechtsgelehrte daselbst nicht gemeinet sind, weil in den Angelegenheiten, worin die Mosaischen Rechte, und überhaupt die Lehren der H. Schrift, einen Einfluß haben, auch wol eine andere Facultät zu respondiren pflegt. Noch vertraulicher ist die Sprache des Seyfarth (15). "Den responsis Jctorum ist "nicht viel zu trauen, weil sie meistens auf die fa"vorabel vorgestellte Speciem facti ertheilt wor"den, und die Rechtscollegia des Principium ha"ben, daß man in dubio pro quaerente spre"chen muß, damit derselbe ein andermal wieder "komme." Wirklich ist diese Meinung von den Rechtsbelehrungen ziemlich allgemein geworden. Die Gerichte, wenn sie Acten an eine Facultät versenden, pflegen nicht selten in ihren Sendschreiben die Abfassung des Erkenntnisses auf den Fall, daß das Collegium bereits ein Gutachten in der Sache ertheilt hätte, ausdrücklich zu verbitten. Die Parteien und ihre Anwälde aber, wenn sie um ein Responsum anhalten, glauben es schon als eine Sache, die sich von selbst versteht, erwarten zu können, daß der Verfasser des Gutachtens alles mögli-

(15) Teutscher Reichsproceß Cap. 33. §. 3.

mögliche aufbieten werde, um ihrer Sache einen guten Anstrich zu verschaffen, und ihnen Gründe an die Hand zu geben, wodurch der Richter künftig zu ihrem Vortheile eingenommen werden könne. Es stehet sehr dahin ob es nicht zu den seltenern Fällen, und beinahe zu den Ausnahmen, gehöre, daß Jemand ein Responsum in der redlichen Absicht einholt, um, nach Anleitung desselben, eine streitige Rechtsangelegenheit zu betreiben, oder aufzugeben. Es dürfte ungleich häufiger der Fall sein, daß man die Proceßführung an sich schon fest beschlossen, und nur die Absicht hat, durch Hülfe der Rechtsgelehrten seiner Sache einen bessern Schein zu geben, und, unter dem Vorwande einer unparteiischen Belehrung, die Richter für sich hinzureissen. "Verliere ich alsdann auch, "heißt es: So werden doch die Kosten compensi"ret. (16) Daher auch, wenn einmal, wider Verhof-

(16) Zu diesem löblichen Endzwecke passet die Anleitung sehr wol, welche ein gewisser *Franc Mancinus* giebt: In docendo ratiocinandi modus magis necessarius est, quam auctoritatum enumeratio, at iu responsis reddendis magis pugnandum est auctoritatibus, quum id demum verum habeatur, quod est a plerisque receptum. *In* Epistola ad Cardinal

Verhoffen, das Responsum nicht günstig ausfällt, dieses so wenig Eindruck macht, daß man allenfalls das, was die Zweifelsgründe Gutes enthalten, listig benutzt, in übrigen aber das Gutachten verborgen hält, ohne sich im mindesten dadurch von der weitern Proceßführung abhalten zu lassen. Die vielen Kunstgriffe, welche auch überdem von den Parteien angewandt werden, um den Facultäten und Rechtsgelehrten, von denen sie das Gutachten einholen, die Sache nicht von allen Seiten, sondern gerade so, wie es ihr Intresse erfordert, bemerklich zu machen, die Unrichtigkeiten und Verdrehungen, deren sie sich so häufig im Vortrage der Thatsachen bedienen, alles Dieses verräth deutlich genug, worauf es eigentlich bei der Einholung des Responsi angelegt sei. Bei so vielen und häufigen Misbräuchen, welche täglich mit den Rechtsbelehrungen vorgehen, ist es einleuchtend genug, wie ungerecht es sei, wenn dennoch der verlierende Theil sich dadurch von Erstattung der Proceßkosten befreien darf. Daß indessen diese Misbräuche in manchen Fällen nicht vorhanden sein mögen, gebe ich gern zu; wiewol es meistens schwer halten

&c. welche des LANCELLOTTI institut. iur. can. vorgesetzt ist.

ten dürfte, den verlierenden Theil, zumal, was die getreue Darstellung der ganzen Sache anbetrifft, von allem Verdachte frei zu sprechen. (17) Ein jeder billig Denkender wird auch die obigen Vorwürfe welche den Facultäten und Rechtsgelehrten in Ansehung der Rechtsbelehrungen gemacht werden, wol etwas übertrieben finden. Vorsätzlich zu Gunsten der antragenden Partei ein an sich ungerechtes Gutachten ertheilen, ist und bleibt immer eine Sache, wozu sich gewissenhafte Männer durchaus nicht werden gebrauchen lassen; da es ihren Eiden und Pflichten nicht nur überhaupt zu wider ist, sondern auch selbst Demjenigen, der die Belehrung erhält, äusserst nachtheilig werden kann, wenn er dadurch noch mehr verleitet wird, einen Rechtsstreit, den er am Ende nicht gewinnen kann, mit

(17) Nihil enim his sub & obreptionibus frequentius, quas consultores summa saepe astutitia exercent; ut scilicet factum quidem narrent, potissimas etiam circumstantias exponant, *sed eas tot ambagibus inuoluant, tot verborum lenociniis vestiant, vt legenti tamen fucus fiat.* Sed haec versutia, & quae per illam impetrantur responsa, iniustum litigatorem ab improbitate & temeritate non absoluunt. LEYSER Spec. 88. M. 1.

mit Schaden und Kosten zu unterhalten. Doch, alles dieses ändert die Sache an sich nicht. Das Gutachten sei nach völliger Ueberzeugung ertheilt, und der anfragende Theil an sich ohne alle Arglist dabei zu Werke gegangen: So sind es ja doch nur Meinungen der Rechtsgelehrten, von denen der verlierende Theil wissen konnte und mußte, daß der Richter künftig im Urtheilen keine Rücksicht darauf nehmen dürfe. Wie sich dieß überhaupt schon von selbst verstehet; So haben wir noch dazu in unseren Reichsgesetzen die ausdrückliche Vorschrift, daß die sogenannten Consilia und Responsa weder *in referendo* noch *in votando* Ziel oder Maaß geben sollen. (18) Zwar findet Leyser selbst es

(18) Neuest. Reichsabsch. §. 96. Der ganze Inhalt dieser gesetzlichen Bestimmung gehet dahin, daß die Gutachten der Rechtsgelehrten in Rücksicht auf Wahrheit der That-Umstände gar nicht beachtet; in Ansehung des Rechts aber auf das Responsum an sich ebenfalls nie gesehen, sondern lediglich nach Gesetzen und Rechtsgründen geurtheilt werden solle. Was kann also den Richter berechtigen, bei der Entscheidung des Kostenpunkts hievon abzuweichen, und den verlierenden Theil blos darum zu begünstigen, weil das Responsum ihm das Wort redet? Offenbar giebt alsdann das Gutachten "in referendo und

es äusserst billig, daß doch derjenige, welchen die Rechtsgelehrten solchergestalt gleichsam verleitet und hinter das Licht geführet hätten, mit Erstattung der Proceßkosten verschonet werde (19). Allein, genau erwogen, ist das nicht billig. Denn wird das Gutachten der Rechtsgelehrten samt den Gründen, worauf es sich stützet, im Urtheile verworfen: So ist nunmehr die Meinung, welche der verlierende Theil für sich angezogen hat, nach förmlichem Rechte als ein Irrthum in Ansehung der Gesetze zu betrachten. Und damit kann, wie oben gezeigt worden, sich Niemand entschuldigen, sobald es auf die Vergütung des Schadens ankommt, welcher dem andern Theile durch die Kosten des Processes verursacht worden ist. Es ist aber auffallend, daß man hier zwei ganz verschiedene Dinge nicht sorgfältig genug von einander unterscheidet. Der Irr-

"votando Ziel und Maaß" welches doch das Gesetz durchaus nicht gestatten will.

(19) Nec nocebit consultori, quod collegium, a quo consilium petiit, vel per imperitiam vel per adsentationem contra iura respondit, si modo ipse consultor in bona fide, et verosimili opinione fuit, nec per falsa narrata, vt secundum se responderetur, obtinuit. LEYSER Spec. 88. M. I.

thum, wozu Jemand durch das Ansehen und die Meinungen der Rechtsgelehrten verleitet worden, kann allenfalls eine billige Entschuldigung abgeben, wenn es blos auf die Frage ankommt, ob der Irrende allein darunter leiden, und fato processus sein Recht verlieren soll? da mag ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeien (20); so wie man solche denen nicht versaget, die durch Unwissenheit oder Versäumniß des Advocaten Schaden gelitten haben (21). Ganz anders aber verhält sich die Sache, sobald von dem Schaden eines Dritten unter solchen Umständen die Rede ist. Das wäre doch wol zu arg, wenn ein Jeder, den die Rechtsgelehrten falsch belehret haben, dadurch dergestalt gesichert werden sollte, daß er auch Andere beschädigen, und um das Ihrige bringen dürfte, ohne zur Ersetzung des Schadens verbunden zu sein. Wie würde es bei diesem Grundsatze um die Ruhe und Sicherheit im State aussehen? Man hat aber auch in einigem Betrachte den erwähnten Unterschied recht gut eingesehen, und anzuwenden

(20) *Ioh. Aug.* NELLFELD iurisprud forens. §. 472.

(21) Joh. Lud. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1042.

wenden gewußt. So oft Jemand, auch wegen Schuldloser Nichtbeobachtung der gerichtlichen Nothfristen in den vorigen Stand gesetzt wird; so muß er doch dem Gegentheile die verursachten Kosten bezalen (22). Und auch der angeführte Leyser findet gar kein Bedenken, dieses selbst in dem Falle für billig und gerecht zu halten, da Jemand, nach Ablauf der bestimmten Zeit, mit der Beweisführung noch zugelassen ward, weil er sich mit einer gewissen Lehre des Berlich und Ludovici einigermassen entschuldigen konnte. A quibus etsi dissentiant Jureconsulti Helmstadienses, hoc tamen eorum auctoritati tribuunt, vt si quis illa iuductus spatium probandi sibi praefixum praetermittat, eum in integrum restituant; *sed tamen in expensarum refusionem condemnent* (23). Wird also hier sogar in gewissem Betrachte der obsiegende Theil, ob er sich gleich mit gutem Gewissen auf die Rechtsgelehrten verlassen hatte, in die Kosten verurtheilet: so ist es denn doch in der That mehr als widersprechend, wenn

(22) LEYSER Spec. 57. Med. 3. RIVINVS Enunc. iur. Tit. 20. Argum. 103. LYNCKER Decis. 969.

(23) LEYSER Spec. 64. M. 4.

auf der andern Seite sogar der verlierende Theil, wegen günstiger Rechtsmeinungen und Gutachten, von Erstattung der Proceßkosten freigesprochen werden soll. Die bekanntesten Grundsätze des natürlichen und bürgerlichen Rechts mögen es entscheiden, ob nicht die Sachfällige Partei, ungeachtet sie durch Rechtsgelehrte, deren Meinungen, und Responsa zu allerhand Irrthümern veranlasset worden, dennoch immer verbunden sei, den Schaden, der daraus an Proceßkosten erwachsen ist, zu tragen, und ob das nicht ungleich billiger, und gerechter sei, als daß der obsiegende Gegner den erlittenen Schaden und Verlust aus dem Seinigen büssen soll (24).

§. II.

(24) Quia victus in causa est, vt victor expensas faciat; sic eum laedit, eique damnum infert. Quod, quamuis per iustam ignorantiam intulerit, tamen restituendum est; quia iusta ignorantia potest quidem liberare a peccato, non autem a debito restitutionis. Nisi igitur iusta litigandi causa ex culpa vel malitia victoris proueniat, caeteroquin victus frustra facto aliorum se excusare intendit. — Ueber diese Worte eines, ziemlich aus der Mode gekommenen Rechtsgelehrten: SCACCIA de Sentent. et re iud. Gloss. 14. quaest. 13. setzte sich schon TEMMEN

§. II.

Aus dem, was bisher gesagt worden, lassen sich noch zwei Fragen füglich beantworten: 1) Ob und in wie fern die sogenannten *praeiudicia iuris* dem verlierenden Theile, in Ansehung der Proceßkosten, zu Statten kommen? Erstere haben unstreitig ihren grossen Werth, und man darf nur wissen, wie viel in der Rechtspflege auf Erfahrung ankomme, um zugleich überzeugt zu sein, wie oft die allgemeinen Gesetze, Verordnungen und Systeme einem Richter und Advocaten die befriedigende Auskunft nicht ertheilen, welche ihm eine Sammlung richtiger Erfahrungen mit ihrer Behandlung und Entscheidung leisten kann (1). Indessen bleiben die klügsten und aufgeklärtesten Richter doch immer Menschen. Sie können irren. Ueberdem können auch oftmals ganz besondere Eigenheiten des vorgekommenen Falls, imgleichen manche lo-

de lit. Expens. Cap. 9. Sect. 3. n. 15. sehr leicht hinweg: Ego a communi opinione non discedo —. Sie scheinen aber der Sache sehr angemessen zu sein.

(1) Hymmen Beyträge zur neuesten juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten; Erste Sammlung, Seite 1. ff. Justus Möser patriotische Phantasien; 2 Th. Nr. 44.

cale Verhältnisse, eine überwiegende Billigkeit, bisweilen auch wol die Politik, auf die Entscheidungen einen Einfluß gehabt haben, wodurch die weitere Anwendung in andern Rechtssachen hinweg fällt (2). Doch es ist hier der Ort nicht, zu untersuchen, in wie fern überhaupt der Richter verbunden sei, dasjenige, was vormals in ähnlichen Fällen erkannt worden, gleichfalls jetzt zu erkennen? — ob man, zumal die Entscheidungen der höhern Gerichtshöfe, mit Cothmann und Andern, als Glaubens-Artikel und fast als Orakelsprüche zu betrachten habe (3)? — ob die gemeine Wolfahrt bei der Anhänglichkeit an bisher beobachtete Grundsätze, an sogenannte Facultäts-Meinungen u. s. w. gut versorgt sei (4)? — Alles dieses darf ich verjetzt

(2) Hymmen A. A. O.

(3) COTHMANN Vol. I. Cons. 13. n. 130. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Tit. de Legib §. 48. CHRISTINAEI Decis. Vol. I. Argum. I. n. 4. und Argum. 356.

(4) In der Kaiserl. Instruction zum Entwurf eines Gesetzbuchs in Rußland §. 101. heißt es zwar: "Diese Gerichtsstühle ertheilen Bescheide, "oder sprechen Urtheile, welche aufbehalten "werden, und bekannt sein müssen, damit in den "Gerichten heute nicht anders, als gestern, ge"richtet werde, und auf daß, sowol das Eigen-

jetzt auf sich beruhen lassen. Ich frage nur, was ist in Ansehung der Proceßkosten Rechtens, wenn nun doch wirklich die Entscheidung gegen die angeführten Praejudicia Juris ausfällt? Vermöge des Urtheils hat alsdenn der verlierende Theil, ohne Beystand des Rechts, das, was in andern Fällen erkannt worden, gebraucht, und eine ähnliche Entscheidung verlangt, die ihm doch den Rechten nach nicht zu gestatten war. Anders kann doch

"thum, als das Leben eines jeden Bürgers dadurch eben so gesichert sein möge, als die "Reichsverfassung selbst." Aehnliche Verfügungen enthalten unsere Reichsgesetze; die Kammergerichts Ordnung v. J. 1613. Th. 1. Tit. 16. §. 5. N. R. A. §. 136. Cramers Wetzlarsche Nebenstunden Th. 75. Nr. 6. Hymmen A. A. O. Indessen wird wol nicht leicht Jemand die Erinnerung verwerflich finden, welche Seyfarth im teutschen Reichsproceß Cap. 23. §. 4. hinzufügt: "Da aber solche "praeiudicia oft den Gesetzen selbst entgegen "sind: so darf der Richter sich nicht weiter daran "kehren, und wenn auch hundert Jahre auf solche Art wäre gesprochen worden." Ganz vorzüglich verdient hiebei nachgelesen zu werden PVFENDORF Proc. ciu P. 3 C. 22. §. 16. GRIEBNER de obseruant. Colleg. iurid. in opusc. Tom. IV. Sect. 2.

wol der jetzige Urtheilsverfasser, wenn er seinen eignen Ausspruch für gerecht hält, den Sachfälligen Theil nicht behandeln. Freilich konnte dem letztern sein eignes Interesse sehr leicht eine jede ihm vortheilhafte Entscheidung in andern Fällen, als gerecht und Gesetzmäßig darstellen; aber das berechtigt ihn nie, den Schaden, den sein Irrthum angerichtet hat, von sich auf Andere zu wälzen. Es sei nun, daß die Thatumstände verschieden, oder die Rechtsgründe der beigebrachten Entscheidungen, verwerflich befunden worden: so ist doch, in beider Rücksicht, keine rechtmässige Entschuldigung für den verlierenden Theil erdenklich. Das Factum mußte er sorgfältig prüfen und vergleichen, ehe er überhaupt von ähnlicher Entscheidung sprechen konnte. Und haben ihn die Rechtsgründe, wonach in andern Fällen erkannt worden, irre geleitet: so kann er doch jetzt, da diese Gründe unzulänglich gewesen sind, nicht verlangen, daß der obsiegende Gegner solches mit seinem Schaden durch die Einbusse der Proceßkosten entgelten solle. Das blosse Ansehen anderer Urtheile und Entscheidungen ist, an sich betrachtet, nicht grösser, als die Autorität der Lehrmeinungen, da die Richter eben so wenig, als die Rechtsgelehrten, Gesetzgeber sind (5). Es kommt

(5) *L. 13. C. de Sentent. et interlocut.* Nemo iu-

kommt nicht darauf an, was hin und wieder erkannt worden, sondern wie eigentlich hätte geurtheilt werden sollen.

II.) Was ist in Ansehung der Proceßkosten Rechtens, wenn der verlierende Theil

dex vel arbiter existimet, neque consultationes quas non rite iudicatas esse putauerit, sequendum, non enim, si quid non bene dirimatur hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, *quum non exemplis, sed legibus iudicandum sit*, neque si cognitionales sint amplissimae praefecturae, vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros *veritatem*, et *legum* et *iustitiae* sequi vestigia sancimus —. Daher auch mit Recht von *Arthur* DVCK de auctor. iur. ciu. conclus. Lib. I. §. 3. und Andern behauptet wird: Quia decreta iudicum obligant eos solos inter quos prolata sunt, & res inter alios actae aliis praejudicium non faciunt, et lubrica est diiudicatio causarum ex similibus sententiis, sequitur, decisiones supremarum curiarum ius non constituere, & non aliam vim habere, quam responsa prudentum. Und obgleich vermöge L. 38. D. de Legib. den gerichtlichen Entscheidungen, wenn sie in mehrern Fällen ununterbrochen auf einerlei Art erfolgt sind, die gesetzliche Kraft eines Gewohnheitsrechts bei-

in derselbigen Sache, welche jetzt entschieden wird, schon ein günstiges Urtheil vor sich hat? Viele halten dafür, daß dieses allemal, und ohne weitern Unterschied, die Compensation der Kosten nach sich ziehen müsse, weil alsdenn der verlierende Theil in Ansehung des Processes und dessen Fortsetzung die beßte Vermuthung vor sich hätte (6). Andere sind der Meinung daß die Kosten

gelegt wird: so verstehet sich doch dieses allemal in der Voraussetzung, welche die darauf folgende L. 39. ebendas. an die Hand giebt; quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. BERGER in Elect. Proc. prouoc. th. 12. 13. vorzüglich aber *Marc.* LYCKLAMA à NYCHOLT Membranar. s. opin. controvers. Lib. I. Ecl. XI. Doch kommt es darauf hier nicht einmal an. Denn, hält der Richter sich von einem gültigen Gewohnheitsrechte überzeugt: so muß er auch in der Entscheidung demselben nachgehen. Hier frägt sich nur, wie hat er die Sache anzusehen, wenn er dergleichen Erkenntnisse in vermeinten ähnlichen Fällen, als unanwendlich verwirft? Unstreitig treten sodann die obigen Gründe ein, wonach der verlierende Theil die Kosten zu bezalen hat.

(6) MEV. P. 3. Decis. 316. CARPZOV P. I.

sten nur in dem Falle zu compensiren wären, wenn das vorige Urtheil aus neuen, und in den vorigen Instanzen noch nicht verhandelten Gründen abgeändert worden (7). Allein, wenn sich sonst aus den Acten und der Beschaffenheit der Sache, kein rechtlicher Grund zur Vergleichung der Proceßkosten ergiebt: so ist nicht abzusehen, wie ein aufgehobenes Urtheil solches bewirken könne. Durch das eingewandte Rechtsmittel, und die darauf erfolgte richterliche Abänderung ist ja dem vorigen Urtheile alle Kraft benommen, und es kann daher auch den verlierenden Theil von einer Verbindlichkeit, die ihm, den Rechten nach, obliegt, nicht befreien. Vermöge des nachfolgenden Ausspruchs, welcher ihn Sachfällig erklärt, muß er als ein solcher behandelt werden, der, durch widerrechtlichen Streit, das vorige Urtheil, und eben dadurch

Const. 31. def. 20. GAIL Lib. 1. Obs. 152. n. 5. SEYFARTH de compensat. expeniar. cap. 2. §. 13. Haec opinio est communis, & sacrosanctissima dicitur a *Viuio* L. 1. Decis. 47. n. 5.

(7) BRVNNEMANN Proc. ciuil. cap. 27. n. 78. und c. 28. n. 10. COTHMANN Vol. 1. responf. 50. n. 145. und mehrere, welche TEMMEN de litium expens. Cap. 8. Sect. 4. n. 25. benannt hat.

dadurch auch den Schaden veranlasset hat, welchen sein Gegner an aufgewandten Kosten erlitten hat. Die Verbindlichkeit, diesen Verlust zu ersetzen, ist so natürlich, daß es eine wahre Ungerechtigkeit mit sich führt, wenn man Denjenigen davon befreien will, der durch unrichtige Vorträge den Richter voriger Instanz zu seinem Vortheile einzunehmen gewußt hat. Folgende vortreffliche Stelle des Cicero verdient hiebei wieder in Erinnerung gebracht zu werden: Quum nihil tam incorruptum esse debeat in republica, quam suffragium, quam sententia, non intelligo, cur, qui ea pecunia corruperit, poena dignus sit, — *qui eloquentia, laudem etiam ferat.* Mihi quidem hoc plus mali facere videtur, qui oratione, quam qui pretio iudicem corrumpit, quod pecunia corrumpere prudentem nemo potest, dicendo potest (8). Sonst findet man kein Bedenken, Denjenigen zum Ersatz des Schadens anzuhalten, auf dessen Geheiß oder Verlangen etwas geschehen ist, welches einem Andern zum Nachtheile gereichet. Hingegen ein widerrechtliches Urtheil, und dergleichen ist doch der abge-

(8) CICERO de republ. Lib. 4. beim *Ammian Marcellin* Lib. 30. cap. 6.

abgeänderte Ausspruch nach förmlichem Rechte gewiß (9), soll mich hindern, von dem Gegner, der es bewirkt hat, meine Entschädigung wegen der Kosten zu verlangen? Immer hin mag des vorigen Richters Unwissenheit, oder vorsätzliche Ungerechtigkeit, den nächsten Grund dieser Beschädigung ausmachen; so ist doch allemal die erste und vornehmste Ursache davon in der Proceßführung meines Gegners zu setzen, welche am Ende als widerrechtlich verworfen ist. Ich mag es nicht einmal anführen, was man wol hiebei zu erinnern pflegt, daß man es von dem streitenden Theile, zu dessen Vortheile das vorige Urtheil ausgefallen war, nicht füglich verlangen könne, sich selbst dieses Vortheils zu entäussern, und freiwillig nachzugeben; da er doch nunmehr alle Ursache gehabt hätte, seine Sache für gerecht zu halten —. Es würde

(9) Wenn auch nach wirklichem Rechte, und an sich die Sache ganz anders beschaffen ist. Schon VLPIAN bemerkt: Appellandi vsus quam sit necessarius, nemo est, qui nesciat; quippe *quum iniquitatem iudicantium vel imperitiam corrigat; licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet. Neque enim vtique melius pronunciat*, qui nouissimus *sententiam laturus est.* L. I. pr. D. de *Appellationib.*

würde äusserst hart sein, ihn in die Kosten zu verurtheilen (10). Nur Schwachheit und Empfindelei können das hart finden. Wenn ihn die Sache selbst und deren Beschaffenheit an sich nicht entschuldigt, (§. 5.): so war er allerdings verbunden, freiwillig den Streit aufzugeben; und er verdient alsdenn eben so wenig Nachsicht, als der Appellant, welcher sich widerrechtlich gegen das vorige Urtheil auflehnt (11). Sonst müßte folgen, daß ein

(10) SEYFARTH de compens. expens. l. c. in den Worten: Etenim, qui primam sententiam obtinuit, sine dubio iustam habet litigandi causam. Nec obstat, si prior sententia fuerit iniqua, quum quaelibet sententia praesumatur iusta. Man sehe dagegen FACHINAEI controuers. iur. Lib. 1. Cap. 41. LEYSER Spec. 88. Med. 2.

(11) Sonderbar ist es doch, daß CARPZOV in Proc. iud. Tit. 18. Art. 6. not. 96. das Gegentheil sehr billig findet, und den Appellanten, welcher von neuem verliert, mit Erstattung der Kosten verschont wissen will; und zwar aus dem herrlichen Grunde, weil der Appellant durch die Bestätigung des vorigen Urtheils ohnehin schon genug bestraft würde, & durum foret, afflicto nouam afflictionem per condemnationem in expensas addere —. *Quasi afflictus sit,*

ein Jeder, der etwas vom Richter erschleichet, gegen alle Entschädigung sicher sei, weil der Richter gutmüthig oder boshaft genug gewesen, sich dazu hinreissen und bewegen zu lassen; es würde folgen z. B., daß ein ungerechter Arrest, weil er doch einmal erkannt worden, Dem, der ihn bewirkt hat, die Verbindlichkeit, seinen Gegner zu entschädigen, nicht auflege (12). Hier wird ein Jeder zugeben, daß es allein nicht auf des Richters Verfügung, sondern darauf ankomme, ob die Gründe, weswegen solcher gesucht und erkannt worden ist, dem Impetranten zur Rechtfertigung gereichen. Und darauf, denke ich, wird es denn auch wol bei abgeänderten Urtheilen, in Rücksicht auf den Kostenpunkt, ankommen. Nun wird der vorige Ausspruch, aufgehoben, entweder weil er auf Unrichtigkeiten in Thatsachen gestützt ist, oder weil eine falsche Bestimmung des Rechts dabei zum Grunde liegt. Was das Erstere anbetrift, so kann der verlieren-

setzt Temmen A. A. O. hinzu, *qui ex obligatione iuste condemnatus est.*

(12) MEVIVS P. 7. Decis. 85. und P. 8. Dec. 290. Man lese die Gründe, welche dieser Rechtsgelehrte vorträgt; und man wird sie auch sicher bei Urtheilen, die in der Folge ungerecht befunden werden, sehr anwendlich finden.

lierende Theil nur alsdenn auf die Compensation der Kosten einen Anspruch machen, wenn ihm in Rücksicht der wahren Beschaffenheit der Thatumstände, den Rechten nach, eine schuldlose Unwissenheit zu Statten kommt; wie solches oben (§. 5. 6.) bereits entwickelt ist. In Ansehung des zweiten aber ist gleichfalls nicht abzusehen, aus welchen Gründen die Behauptung unrichtiger Rechtssätze, welche an sich dem verlierenden Theile nicht zu gute gehalten wird (§. 8. 9.), ihn darum entschuldigen soll, weil doch der vorige Richter das auch so angenommen hat. Man lasse sich nur durch Dasjenige nicht irre machen, was, nach gewissen individuellen Verhältnissen, wol möglich sein, und den verlierenden Theil für seine Person entschuldigen könnte; worauf aber, wegen der damit verknüpften Unsicherheit, in Gerichten nicht gesehen werden kann. Sondern man nehme die Sache so, wie sie nach allgemeinen Vorschriften der Gesetze, und nach der Natur des förmlichen Rechts, genommen werden muß. Jene verbinden den verlierenden Theil zur Kosten Erstattung, weil Unwissenheit und Irrthum in Ansehung dessen, was Recht ist, ihn nicht berechtigen, Andere in Schaden zu setzen. Dieses aber erklärt den vorigen Ausspruch und die

Sache

Sache dessen, den er begünstigt, für ungerecht, die Rechtssätze, worauf man sich gestützt hat, für unrichtig; und es muß also entweder mit sich selbst in Widerspruch gerathen, oder auch den verlierenden Theil als einen solchen behandeln, der ohne Recht seinen Gegner beschädigt hat, folglich denselben auch zu entschädigen verbunden ist. Und wenn es einmal darauf angelegt ist, daß Jemand durch das Versehen, oder Ungerechtigkeit des vorigen Richters leiden muß, ohne solches im eigentlichen Verstande selbst durchgängig verschuldet zu haben: so ist doch wol gewiß derjenige, dessen Sache durch das folgende Urtheil als ungerecht verworfen wird, ungleich näher, und mehr verbunden, diesen Schaden allein zu büssen, als daß der andere Theil, den die Gerechtigkeit nunmehr in ihren Schutz nimt, diesen Schaden mit tragen sollte. Ob übrigens das vorige Urtheil aus Gründen, die ehedem in den Acten schon vorgekommen waren, oder aus neuen Ursachen eine Abänderung erlitten habe, darauf kommt es noch allein nicht an. Denn wenn nur die sogenannten noua von der Art sind, daß die jezt verlierende Partei dagegen eine gänzlich Schuldlose Unwissenheit mit Recht nicht vorschützen kann, und dem Gegner we-

gen der verspäteten Beibringung in dieser Hinsicht den Rechten nach nichts zur Last fällt: (13) So geschiehet die Verurtheilung des Sachfälligen Theils in die Proceßkosten nichts destoweniger mit Recht.

§. 12.

Auch der Eid, dem man freilich in mancher Hinsicht Folgen beilegt, die mit der Natur und dem Endzwecke desselben nicht übereinstimmen, hat häufig zum Vorwande dienen müssen, um die Proceßkosten zu compensiren, wenn gleich der verlierende Theil nichts weniger, als diese Nachsicht verdiente (1). Man behauptet solches erstlich in dem Falle, wenn über den Grund der Klage, oder der zerstörlichen Einreden, der Eid von dem einen Theile dem andern zugeschoben, und, nach vorhergehendem Eide für Gefährde, geleistet worden ist

(13) LEYSER Spec. 88. M. 10. BACHOV ad Treutler Disp 12. th. 16 lit. D.

(1) *Ferd.. Christ.* HARPRECHT Dissert. de expensis victoriae praestito iureiurando adiudicandis, vel compensandis. Tubing. 1686. in dessen Dissertat. Vol. II n. 62. *Andr. Mart.* HÖGER de expensis victori refundendis a victo ex iuramento iudic. & lit. decisor. Alt. 1755.

ist (2). Diese Meinung ist gänzlich ungegründet. Claproth (3) glaubt zwar in L. I. D. Quar. rer. act. non dat. eine Bestätigung derselben anzutreffen; wer aber die Stelle selbst gelesen hat, der wird ihm schwerlich beipflichten. Der Schwörende, heißt es daselbst, wird gewissermassen zum Richter in seiner eignen Sache bestellet. — Da aber dieses auf Begehren und Veranlassung seines Gegners, und unter Zustimmung der Gesetze geschiehet, und da diese dem deferirten und abgeleisteten Eide eine völlige Beweiskraft beilegen: so sehe ich in der That nicht, wie man daraus folgern könne, daß die Proceßkosten compensiret werden müßten. (4). Nach Vorschrift der Gesetze wirket der Eid eine förmliche Wahrheit, und der Richter ist schuldig, Dasjenige als wahr, und ausgemacht, im Wege Rechtens zu behandeln, was einmal mittelst Eides also bestärket ist. Dato iureiurando

(2) CARPZOV P. I. Constit. 31. Defin. 30. 31. und in Processu Tit. 24. Art. I. n. 50. TEMMEN de lit. expens. Cap. 9. Sect 4. n. 8. Man sehe jedoch SEYFARTH de compensatione expensarum Cap. 2. §. 6. REINHARTH de errorib. pragmat. in compens. expensar. §. 27. LEYSER Spec. 88. Med. II.

(3) Einleitung in der ordentlichen Proceß. §. 242.

(4) REINHARTH A. A. O.

non aliud quaeritur, quam an iuratum sit; *remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit* (5). Sobald also die Sache einmal beschworen ist: So kann die Entscheidung wegen der Proceßkosten lediglich nur von Bestimmung der Frage abhängen, ob der Sachfällige Theil in Ansehung dessen, was nunmehr durch den Eid in juristische Gewißheit gesetzet ist, eine solche Schuldlose Unwissenheit oder irrige Meinung, die ihn wegen der bisherigen Proceßführung gänzlich entschuldiget, für sich anführen könne? Diese Frage muß aus der Beschaffenheit der Thatsachen, welche beschworen sind, und aus den Verbindlichkeiten, welche dem Sachfälligen Theile in Ansehung des gerichtlichen Streits oblagen, näher bestimmt werden. In der blossen Eidesdelation an sich, und in dem geleisteten Eide für Gefährde liegt kein Grund, woraus dergleichen rechtmässige Entschuldigung gefolgert werden könnte. (6) Gesetzt also

(5) L. 5. §. 2. D. de iureiurando. L. 26. pr. eod. MALBLANC de iureiurando §. 41.

(6) Die Meinung, daß das sogenannte iuramentum calumniae von Erstattung der Proceßkosten befreie, hat zwar ehedem manche Anhänger gefunden, wie beim LAUTERBACH de expens. victor. th. 46. und PESTEL de expensis th.

also, daß ein streitender Theil über seine eignen oder gemeinschaftlichen Handlungen dem Andern den Eid zugeschoben, und dieser ihn geleistet habe: So ist jener ganz unstreitig nach der förmlichen Wahrheit, welche der Eid zur Folge hat, als ein solcher zu behandeln, welcher ein factum proprium vel commune fälchlich behauptet oder bestritten hat. In beiden Fällen verdient er gar keine Nachsicht; und muß also den Schaden ersetzen, welchen er dem andern Theile durch unrichtige Vorträge vor Gericht verursachet hat. Anton Fabers Raisonnement, daß es doch billig wäre die

12. mit Mehrern zu ersehen ist. Beide haben den Irrthum widerlegt; und es ist kaum nöthig zu erinnern, daß dem streitenden Theile, welcher durch den erwähnten Eid zwar den Verdacht der vorsätzlichen Chikane von sich abgelehnet hat, dennoch in mancher andern Hinsicht die Proceßführung zur Last falen könne. Ueberdem würde aus jener Meinung folgen, daß nach gemeinen Rechten, Auth. Hoc Sacramentum C. de iureiur. propter Calumn., und nach verschiedenen Provinzial-Gesetzen, welche den allgemeinen Eid für Gefährde annoch erfordern, der verlierende Theil eigentlich nie in die Kosten verurtheilet werden könne. LEYSER Spec. 88 Med. 11. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 287.

Kosten zu compensiren, quum fieri posset, vt qui iurauit, peierauerit, & tamen vicerit (7); ist offenbar falsch; und widerspricht theils der Natur der Sache, theils den Vorschriften der Gesetze; wonach der Richter den Eid entweder gar nicht zulassen, oder auch, wenn er einmal geleistet ist, das Beschworne als wahr und ausgemacht annehmen, mithin auch die Folgen eben so bestimmen muß, wie es in jedem andern Falle, wo Thatsachen völlig bewiesen, oder unrichtig befunden sind, den Rechten gemäß ist. Darum läst sich auch mit eben diesem Faber und Andern nicht behaupten, daß die Verurtheilung in die Kosten einzig und allein nur in dem Falle Statt finde, wenn der obsiegende Theil, ausser dem deferirten und abgelegten Eide, noch andere Gründe vor sich gehabt hätte, daß aber dagegen die Kosten zu compensiren wären, wenn er blos des Eides wegen obgesieget hätte. Dieser Unterschied verdient keinen Beifall, weil der alleinige Eid allemal schon völlig entscheidend ist, und die förmliche Wahrheit, die er mit sich bringet, zu ihrer Wirksamkeit keiner weitern Unterstützung durch andere Gründe bedarf. Ist aber der Gegenstand des Eides in Ansehung Dessen, der

(7) *Error. Pragmatico.* Decad. 19. Cap. 6.

der ihn dem andern Theile zugeschoben hat, eine fremde Thathandlung: So sind gleichfalls die Grundsätze auch hier anzuwenden, welche in dieser Hinsicht oben bereits vorgetragen sind. Eigentlich, wenigstens in den allermeisten Fällen, deferirt derjenige den Eid, dem, den Rechten nach, der Beweis einer Behauptung obliegt. Es kann inzwischen auch der andere Theil, ob er gleich die Last des Beweises nicht übernehmen darf, dennoch die Eidesdelation ergreifen, um desto kürzer aus der Sache zu kommen, oder, wie Faber ihn etwas unsanft beurtheilt: per iuris imperitiam, nimiamque stoliditatem. Diesen mögte ich zwar nicht durchgängig (8), wol aber in dem Falle, wo

(8) MAIBLANC A. A. O. §. 66. Pag. 247. in den Worten: Admitto tamen compensationem expensarum, si is, cui nullum probationis onus incubuit, sponte ius iurandum aduersario detulit. War es in Ansehung seiner keine fremde Thatsache im eigentlichen Verstande: so ist nicht abzusehen, was ihn vom Kosten-Ersatze befreien könne, da er doch einmal den Beweis des Gegners nicht erwarten, sondern auf dessen Eid es ankommen lassen wollte, und dieser Eid nunmehr juristisch außer Zweifel setzet; daß der verlierende Theil ein Factum proprium wider die Wahrheit bestritten habe.

wovon jezt die Rede ist, da er sich nämlich mit der Unwissenheit fremder Thatsachen entschuldigen kann, mit Erstattung der Proceßkosten verschonen. Jener hingegen, dem der Beweiß dessen, worüber er den Eid deferirte, oblag, verdient auch hier keine Nachsicht. Denn ihm fällt es zur Last, daß er fremde Thatsachen behauptet, am Ende aber nicht gehörig bewiesen hat. Es kommt auch in der That nichts darauf an, ob er ausser der Eidesdelation noch einige Scheingründe vor sich gehabt habe, oder nicht; indem er es einmal auf den gegenseitigen Eidschwur hat ankommen lassen, wovon es eine ganz natürliche Folge ist, daß die Sache lediglich nach der Leistung, oder Nichtleistung, des Eides beurtheilt und entschieden werden müsse. Und der verlierende Theil, dem die Gesetze es zur Pflicht machten, nichts zu behaupten, wobei es ihm an rechtlicher Gewißheit mangelte, kann sich unmöglich damit entschuldigen, daß er aus sonstigen Gründen die Sache glaublich gefunden habe. Denn die vergeblichen Versuche, dieses Glaubliche durchzusetzen, müssen nothwendig auf seine Kosten geschehen, nicht aber dem andern Theile schädlich werden. Gleichwol, sagt man, hat doch der obsiegende Theil hier auch den Vortheil, daß er durch Leistung des Eides kurz und ohne noch mehrere

Kosten

Kosten aus der Sache kommt (9). Also ist auch das ein Grund wider den Beschädigten, daß er wol zufrieden sein könne, weil ihm kein grösserer Schade zugefügt worden? — — Eine andere Meinung, daß die Compensation der Proceßkosten ganz vorzüglich in dem Falle geschehen müsse, da ein zurückgeschobener Eid geleistet worden (10); ist eben so wenig gegründet. Man glaubt alsdenn in dem Betragen des verlierenden Theils, Spuren einer religiosen Denkungsart anzutreffen, welche ihn dieser Nachsicht sehr würdig machte. — Praemium quoddam litigantium verecundiae tribuendum est, sagt ein vortrefflicher Schriftsteller, welcher sonst die Lehre vom Eide von so vielen Unrichtigkeiten gereinigt hat. (11) Noch erbaulicher aber ist die Betrachtung, welche Anton Faber hierüber anstellet: iusiurandum delatum referre vt plurimum illi solent, qui diuini numinis metu ad superstitionem vsque sunt timidiores; in quam partem peccare longe tutius est, ac modestius & Christiano praesertim homine dignius, quam religionis con-

(9) CARPZOV A. A. O. FABER ebendas.
(10) FABER l. c. TEMMEN A. A. O.
(11) MALBLANC l. c. §. 66.

temptu facilitatem iurandi prae se ferre. Es stehet wol sehr dahin, ob diese Erfahrung, zumal in unsern Zeiten, noch Statt finde; und ob nicht Mancher den Eid gerade darum zurück schiebe, weil er selbst ihn nicht schwören kann, und weil er es weniger sündlich findet, allenfalls durch das furchtsame Gewissen seines Gegners, durch dessen Abneigung gegen die Eide, oder wenigstens durch Verschleppung der Sache, sich einigen Vortheil zu verschaffen? Darf er nun gar auf die Compensation der Kosten Rechnung machen: So wird er, wenn ihm etwas zu Eides Hand gelegt wird, was er nicht beschwören kann, sicher nicht nachgeben, sondern lieber den Eid zurück schieben, um von Erstattung der Proceßkosten freizukommen. So verhält es sich sehr häufig mit denen, welche metu summi numinis ad superstitionem vsque timidiores, den Eid zurückschieben. Und gesetzt auch, daß dem nicht also wäre; So kann ja das furchtsame Gewissen, die Andacht, und Religiosität des verlierenden Theils, doch warlich die Folgen des förmlichen Rechts und der förmlichen Wahrheit nicht abwenden. Diesen muß der Richter nachgehen, da er jene ohnehin nicht erforschen kann. Folglich kommt es, wenn der zurückgeschobene

bene Eid geschworen ist, lediglich nur darauf an, ob Dasjenige, was dadurch in juristische Gewißheit gesetzet ist, eine Thatsache sei, die der verlierende Theil mit Recht ignoriren konnte und durfte, oder nicht. Im leztern Falle muß er unstreitig die Kosten bezalen. Und war er so fromm, daß er einen Eid, den er leisten konnte, von sich ablehnte, zugleich aber auch so christlich gesinnet, daß er Statt dessen lieber einen Andern das Gegentheil eidlich erhärten ließ: So mag er auch seinen Grundsätzen das Opfer bringen, daß er die Proceßkosten bezahle, und mag sich nicht beschweren, daß man seine bisherige Behauptung, nunmehr so behandelt, wie es der abgelegte Eid mit sich bringt. (12) Von dem, was bisher gesagt ist, findet Manches auch zweitens in dem Falle eine Anwendung, wenn die Sache durch die Leistung eines Erfüllungs- oder Reinigungs-Eides entschieden wird. Es fehlt zwar nicht an Rechtsgelehrten, welche die Compensation der Kosten, die von so vielen hier zur Regel gemacht wird, verwerfen.

(12) Abhandlung: ob die relatio iuramenti die Compensation der Unkosten des Processes mit Recht nach sich ziehe? in d. Oberlausitz. Beitr. zur Gelahrh. u. deren Historie. Th. 2. Seite 209. folg.

fen. (13) Indessen hat jene Meinung so vielen Beifall gefunden (14), daß sie auch hin und wieder in den Landesgesetzen bestätigt ist (15). Nach gemeinen Rechten, und deren Analogie läßt sie sich nicht vertheidigen. Ja es sind Gründe dawider, welche vielleicht verdienen mögten, selbst von Seiten der Gesetzgebung etwas näher beherzigt zu werden. Was im Ganzen gegen die Misbräuche, welche mit den gedachten Eiden vorgehen, und überhaupt gegen die Einführung derselben, in mancher Hinsicht

(13) LEYSER Spec. 88. Med. 5. BERGER Elect. Discept. forens. p. 1017. MEVIUS P. 6. Decis. 39. REINHARTH A. A. O. §. 26. SEYFARTH de compensat. expens. Cap. 2. §. 4. 5. Daß übrigens *Anton* FABER, welchen Leyser mit auf diese Seite ziehet, im Grunde ganz anderer Meinung sei, ergiebt sich bei näherer Vergleichung der Stelle, worauf Leyser sich beruset, Cod. Lib. 4. Tit. 1. Def. 1. mit einer andern, nämlich Error. Pragm. Dec. 19. cap. 7.

(14) MARTINI Comment. forens. Tit. 36. §. 1. BRUNNEMANN Proc. civ. Cap. 27. n. 78. Hoffmann deutsche Reichspraxis §. 797. Claproth ordentl. Proc. §. 203. Oelze Anleit. zur Prax. §. 287.

(15) Teihst in Corp. iur. Frid. 1. Th. 1. B. 23. tit. Seite 192.

Hinsicht erinnert werden könnte, lasse ich vorjetzt auf sich beruhen. (16) So viel ist aber gewiß, wenn doch einmal dergleichen Eid erkannt, und geleistet ist, daß es alsdenn offenbar widersprechend sei, wenn auf der einen Seite das Beschworne als völlig wahr und ausgemacht, angenommen, folglich die bisherige Behauptung des Sachfälligen Theils, als ungegründet, verworfen, und die Hauptsache hiernach entschieden wird; gleichwol aber auf der andern Seite der verlierende Theil in Ansehung der Proceßkosten mit den Folgen des erwiesenen Unrechts verschonet wird. In der That sollte etwas mehr Rücksicht darauf genommen werden, daß gerade in den Fällen, wo der obsiegende Theil nicht sogleich einen ganz vollständigen Beweis durch Zeugen, oder Urkunden zur Hand hat, die Compensation der Proceßkosten ganz vorzüglich der Chikane und Streitsucht zur Nahrung gereiche; und daß der verlierende Theil bei einer durch den Eid entschiednen Sache die gewöhnliche Nachsicht noch

(16) *Joh. Gottl.* HEINECCIVS de lubricitate iurisiurandi suppletorii, in Opuscul. Exercit. 16. Ant. FABER Coniectur. Lib. 19. c. 1. u. Error. Pragmat. Dec. 19. c. 1. sequ. MALBLANC *de iureiurando* Lib. 3. Cap. 5. Lib. 4. c. 4.

noch weniger verdiene, da er durch sein bisheriges Leugnen dem Gegner die Sache erschweret; und ihn zu einem Eide genöthiget hat, dessen er sonst hätte überhoben sein können. (17) Man hat zwar in den Fällen, wo der Richter auf einen Entscheidungseid erkennet, den verlierenden Theil entschuldigen wollen, weil die Sache an sich doch zweifelhaft, und er daher nicht verbunden gewesen sei, den unvollständigen Beweisen des Gegners sogleich nachzugeben. Insbesondere aber glaubt man bei dem Reinigungseide in eben dem rechtlichen Verdachte, den der obsiegende Theil dadurch erst abgelehnet hat, auch einen gewissen Entschuldigungs-Grund für die Sachfällige Partei in Ansehung der Proceßführung anzutreffen. Ich habe gegen dieses

(17) MEVIVS P. VI. Dec. 39. n. 8. in den Worten: Non minus malitiosus & odio paenaque dignus litigator est, qui mala fide litigans finit alterum probationum difficultate macerari, quam qui iuramento demum veritatem exprimi efficit. Immo eo magis culpandus est, vbi, aliter se rem habere sciens, nomen Domini contra Decalogum in vanum assumere finit. Sic pii Jureconsulti semper censuerunt, non tantum periurii reos, sed etiam, qui iuramentis non necessariis causam dant, puniendos.

ses Alles nur das Einzige zu erinnern, daß aus der Unvollständigkeit der Beweise, die am Ende durch den Erfüllungseid ergänzet, und aus dem Verdachte, welcher durch den Reinigungseid abgelehnet werden mußte, an sich nicht folge, daß der andere Theil bona fide gestritten, seine bisherige Behauptung wirklich für wahr gehalten, und wenigstens einen Schuldlosen Irrthum vor sich habe, mithin wegen des gerichtlichen Streits, und der dadurch veranlaßten Kosten zu entschuldigen sei. Sondern die Beschaffenheit der Sache selbst, wie sie nun, da sie erwiesen ist, sich ergiebt, muß die Gründe an die Hand geben, um zu bestimmen, ob die Proceßführung dem verlierenden Theile zu Gute gehalten werden kann, oder nicht. Ist also durch den Erfüllungseid eine Handlung ausser Zweifel gesetzet, welche in Ansehung des Gegners keine fremde Thatsache war: So ist ja auch eben dadurch zugleich ausgemacht, daß die Sachfällige Partei eine Sache behauptet, oder bestritten habe, in deren Hinsicht sie sich mit keiner Unwissenheit entschuldigen kann; (18) folglich würde die Compensa-

(18) Wenn z. B. Jemand eine ihm angeblich geschehene Zalung, einen Contract den er selbst getroffen hat, u. s. w. leugnet, in der Folge

pensation der Kosten ungerecht, und widersprechend sein; so wie sie im Gegentheile billig ist, wenn der verlierende Theil eine fremde Handlung bestritten hat. (19) Bei dem Reinigungseide tritt aber das beson-

aber der Erfüllungs-Eid gegen ihn geleistet wird: so ist es doch wahre Ungerechtigkeit, wenn die Kosten compensiret werden; da doch der Richter diese Thatsachen nunmehr so wahr und erwiesen annimmt, daß er in der Hauptsache sein Erkenntniß darauf bauet, und eine ganz natürliche Folge davon ist, daß der Sachfällige Theil sich in Ansehung solcher eigenen Handlungen mit Nichts entschuldigen könne. Was man sonst wol behauptet hat, daß der obsiegende Theil hier nur durch eine probationem priuilegiatam ein günstiges Urtheil erhalte, und sich ohne Entschädigung wegen der Kosten um so mehr beruhigen könne, da er doch immer gleichsam als Zeuge in seiner eignen Sache zu betrachten wäre; TEMMEN Cap. 9. Sect. 4. n. 3. das ist so auffallend unrichtig, daß es keine weitere Widerlegung erfordert; indem die förmliche Wahrheit, welche der gesetzliche Eid, wenn er abgelegt ist, bewirket, schlechterdings jede Anwendung der sonstigen Grundsätze von Zeugen in eigner Sache gänzlich ausschliesset. L. 3. C. de Rebus creditis. L. 31. D. de iureiurando.

(19) HÜLSE de expensis victoriae th. 17. in den Worten; minime tamen in facto vtrinque

besondere Verhältniß ein, daß nach dessen Ableistung Derjenige Sachfällig wird, dem eigentlich die Verbindlichkeit des Beweises oblag; und es ist schon oben gezeigt worden, daß der Mangel des rechtlichen Beweises Dem, der ihn zu führen verbunden ist, allemal die Erstattung der Proceßkosten zur Pflicht mache. Die Gründe des Verdachts, welche er wider den Gegner aufgestellet hat, machen keinen völligen Beweis aus, und da nunmehr durch den Reinigungseid der Verdacht entfernet, und die Behauptung als ungegründet dargestellet ist: So verlangt auch der obsiegende Theil, **wenn er nur nicht selbst durch seine Schuld zu dem Verdachte Anlaß gegeben hat**, die Vergütung der Kosten mit Recht. Man findet dieß zwar hart und unbillig, weil doch der andere Theil so viele Gründe vor sich gehabt hat, die den Richter zur Erkennung des Reinigungseides bewogen haben. Allein, angenommen auch,

 das

proprio; quia ibidem reus, ob scientiam facti proprii, consistit in temeritate litigii. Verschiedene ältere Rechtslehrer, welche TEMMEN l. c. anführt, haben schon eben so unterschieden; die Sache rechtfertigt sich von selbst, was auch immer *Anton* FABER Error. pragmat. Dec. 19. c. 7. dagegen erinnern mag.

daß nichts Unlauteres unter solchen vermeinten Gründen, und deren Vortrage, verborgen sei, und daß dem streitenden Theile keine eigentliche Chikane, wodurch eine ungerechte Sache zur Erkennung des Reinigungseides getrieben wgrd, vorzuwerfen sei: So ist und bleibt doch Derjenige, welcher durch diesen Eid den Proceß verloren hat, von dem Vorwurfe nicht frei, daß er Dinge, die er beweisen sollte, jedoch nicht gehörig beweisen konnte, vor Gericht durchzusetzen gesucht hat. Nach blossen Wahrscheinlichkeitsgründen darf Niemand Handlungen unternehmen, welche Andern schädlich werden können, ohne auch zugleich die Verbindlichkeit der Schadensersetzung im widrigen Falle zu übernehmen. Und soll dieses dennoch zu hart sein, ob es gleich auf unleugbaren Grundsätzen des Rechts beruhet: So wird man doch wenigstens auch beim Reinigungseide die Vergütung und Compensation der Kosten danach bestimmen, je nachdem des Sachfälligen Theils eigne Handlung, oder fremde Thatsachen den Gegenstand des Eides ausgemacht haben.

§. 13.

§. 13.

Ausser den bisher abgehandelten Fällen, giebt es noch manche andere, wo die Compensation der Proceßkosten zwar auch ihre Vertheidiger findet; allein aus Gründen, die so unerheblich sind, daß sie sich größtentheils von selbst schon widerlegen. Ist der verlierende Theil sonst nicht, aus rechtsbeständigen Ursachen, in Ansehung des gerichtlichen Streits zu entschuldigen: So ist es offenbar ungerecht, wenn die Kosten gleich wol darum verglichen werden, a) weil der Proceß unter nahen Anverwandten geführt ist; (1) b) weil eine Obrigkeit in Streitigkeiten mit ihren Bürgern und Un-

(1) CARPZOV Processf. Tit. 24. Art. 1. n. 65. FABER in Cod. Lib. 7. Tit. 18. Defin 63. Obgleich andere aus guten Gründen das Gegentheil dargethan haben: LEYSER Spec. 88. M. 4. REINHARTH de errorib. pragm. &c. §. 42. So findet doch jene irrige Meinung immer noch insofern ihre Vertheidiger, daß, wenn keine wirkliche Chikane in den Acten klar zu Tage liegt, unter nahen Anverwandten die Verurtheilung in die Kosten nicht Statt finde. Claproth ordentl. Proceß. §. 203. gewissermassen auch *Seyfarth* de compensat. expensar. Cap. 1. §. 12. Cap. 2. § 2.

tergebenen; (2) c) die Kirche; (3) d) der Fiscus; (4) e) der fiskalische Ankläger; (5) f) ja wol gar weil ein Mönch, oder anderer Geistlicher das Schicksal gehabt hat, in der Hauptsache unterzuliegen, (6) g) weil eine arme Partei, oder sonstige persona mise-

(2) Seyfarth teutsch. Reichsproc. Cap. 33. §. 3. und das. angef. DD.

(3) Man sehe dagegen SEYFARTH de compensat. Expensar. Cap. 2. §. 3. Reinharth l. c. §. 44. Auch ist unstreitig L. 6. C. de admin. tutor. gegen die Vorsteher der Kirche rc. anzuwenden.

(4) Lyncker Dec. 309. Dies widerlegt LEYSER Spec. 56. M. 7. fin.

(5) *Hülse* de lit. exp. th. 19. Auch hierüber ist LEYSER A. A. O. und Spec. 50. Med. 27. Spec. 88. M. 8 imgleichen Reinharth l. c. §. 45. weiter nachzulesen.

(6) Der Grund wird aus ihrer Frömmigkeit, und Verachtung der zeitlichen Güter hergenommen. Quare si mouent litem, semper praesumuntur bono zelo mouisse; nec condemnantur in expensas, etiamsi alia iusta causa litigandi non adpareat; quoniam si bona sua dimiserunt propter Christum, non est praesumendum, quod iniuste appetant aliena —. Ist doch wol Vielen zu nahe geredet? TEMMEN l. c. Cap. 9. Sect. 3. n. 2. und 3.

miserabilis den Proceß verloren hat; (7) h) weil der Sachfällige Theil vorzüglich als ein ehrlicher und gewissenhafter Mann in gutem Rufe stehet; (8) i) weil derselbe für seine Ehre gestritten; (9) k) weil er in der Hauptsache Zeugen vor sich gehabt hat, obgleich die Aussage derselben durch andere Zeugen, oder durch den Gegenbeweis ganz entkräftet ist; ingleichen weil er durch Dasjenige, was man ihm aussergerichtlich von der Sache versichert

 hatte,

(7) LANCELLOTT de attentat. P. 2. c. 14. n. 2. *Bodinus* de expens. th. 16. Richtiger sagt Leyser Spec. 88. Med. 9. Profecto iniquum est, excitatque homunciones istos ad lites audacter mouendas. Qua propter iustum est & illos in expensas coademnari. Et si tantum in aere non habeant, luant in corpore. Conuenit hoc ordinationi Camerae imperii P. 1. Tit. 41. §. 3. Man sehe auch das Corpus iuris Frideric. 1. Th. 23. Tit. §. 32. folg.

(8) BERLICH P. 1. Conclus. 73. n. 23. BODINVS l. c. th. 25. PESTEL de expensis, th. XI. n. 8. Dagegen sind nachzulesen *Marqu.* FREHER de existimat. Cap. 5. n. 13. HILLIGER ad *Donell.* Lib. 26. c. 3. lit. A. SEYFARTH *de compens. expens.* Cap. 2. §. 3.

(9) *Inc.* MENOCH de arbitrar. iudic. quaest. Cent. 2. c. 177. n. 14. BODINVS l. c. th. 20.

hatte, zu der Proceßführung verleitet worden; (10) l) weil der Kosten-Aufwand nicht von Erheblichkeit ist; (11) m) weil auf geschehene Provocation ex Lege diffamari erkannt worden ist, daß Provocat mit seinen gerühmten Ansprüchen nicht weiter gehört werden solle; (12) n) weil das Erkenntnis nur den jüngsten und gegenwärtigen Besitz berichtiget hat. (13) Es verlohnt sich zwar der Mühe

(10) MARTINI Commentar. forens. Tit. 36. §. 1. n. 6. u. 12. PESTEL l. c. §. XI. HÜLSE l. c. th. 26. wiederlegt von REINHARTH l. c. §. 26. u. 29. Seyfarth l. c. Cap. 2. §. 7.

(11) Dagegen ist REINHARTH l. c. §. 34. und im Ganzen über diesen Misbrauch der bekannten Regel: minima non curat Praetor *Ioach.* HOPP ad §. 16. Inst. de Rer. diuis. n. 2; weiter nachzusehen.

(12) RIVINVS Tit. 36. Enunc. 10. SCHAVMBVRG princ. prax. iud. L. I. S. I. M. IV. Cap. 2. § 12. not. x. p. m. 311. REINHARTH l. c. §. 35. PHILIPPI Proc. Saxon. Tit. 1. Conf. 4. n. 7.

(13) RIVINVS c. l. Enunc. 9. Man glaubt wenigstens, daß die Entscheidung wegen der Kosten, bis zur Endschaft des possessorii ordinarii, oder petitorii auszusetzen sei. MARTINI *Comment.* forens. Tit. 36. §. 1. n. 132. Dagegen lehrt Struben Rechtl. Bed. 1. Th.

Mühe nicht, Jeden dieser Misbräuche besonders zu erwägen; indessen habe ich sie nicht ganz unberührt lassen mögen, weil sie doch immer noch hin und wieder ihre Anhänger finden. Und eben darum wird es auch nicht undienlich sein, im Ganzen noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen. **Einmal** wissen die Gesetze selbst von allen diesen vermeinten Gründen der Compensation der Kosten nicht das Mindeste; folglich müssen auch die Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien in dieser Hinsicht gerade durch, und ohne alles Ansehen der Personen bestimmet werden. Fast sollte man aber glauben, daß Gerichte und Rechtsgelehrte bei der häufigen Kosten-Vergleichung, welche für die Streitsucht und Chikane so einladend ist, es recht darauf angelegt hätten, den Leuten das Processi-

 ren

Nr. 10. daß das Unterliegen in Summariissimo, der Regel nach, sogleich die Verurtheilung in die Proceßkosten nach sich ziehe; daß aber auch der obsiegende Theil, wenn er nach der Zeit in petitorio Sachfällig wird, zur Erstattung aller vorigen Kosten angehalten werden könne. Immo, compensatis licet per rem iudicatam expensis, is tamen, cuius malitia postea emergit, ad huc in expensas condemnari potest. LEYSER Spec. 88. M. 10.

ren möglichst zu erleichtern, damit der Strand der Justiz von Zeit zu Zeit immer mehr gesegnet werden möge. (14) Hätte man nur zweitens den wahren Gesichtspunkt, woraus die Sache hier zu beurtheilen ist, nicht beinahe gänzlich aus den Augen verlohren, und hätte man nicht unvermerkt sich der irrigen Vorstellung überlassen, daß die Erstattung der Proceßkosten blos als eine Strafe des muthwilligen Processirens anzusehen sei: So würde man bei näherer Prüfung sehr leicht wahrgenommen haben, daß in sämtlichen vorbemerkten Fällen weder das persönliche Verhältniß der Parteien, noch die Beschaffenheit der Sache an sich, irgend einen Grund enthalte, um die Proceßkosten deshalb mit Recht zu compensiren. Wie sehr aber jene unrichtige Idee um sich gegriffen habe, siehet man

(14) *Antiqua quidem Germania raros & exiguos litium naufractus gloriatur, sed hodierna numerosos ambitus luget. Testantur de processuum multitudine omnia iudicia, nulla detestantur; emergentia exinde commoda, sportularumque multiplicatio, numquam subtractio, talia proh dolor. operantur. Frequens compensatio expensarum portam litigantium ac rixosorum iniquitati, quasi Cumanam, aperit; consultius profecto, si plane in iudiciis ignoretur, aut nunc exterminaretur.* REINHARTH l. c. §. 47.

man häufig aus dem Eindrucke, den die Verurtheilung in die Kosten auf den verlierenden Theil zu machen pflegt; indem Mancher das Unterliegen in der Sache selbst weniger achtet, als daß er die Kosten bezalen soll, welches er, da ihm sein Gewissen keine Chikane vorwirft, so ungerecht, als schimpflich findet. (15) Und freilich kann Derjenige, welcher sich hier nur eine Ahndung der unlautern und vorsätzlich ungerechten Streitsucht

(15) Dieses Vorurtheil hat die Ungerechtigkeit der Richter und Rechtsgelehrten selbst dadurch veranlasset, daß sie gegen die Verurtheilung in die Kosten so manchen nichts bedeutenden Ausflüchten Raum gegeben haben; nicht anders beinahe, als ob sie es hier mit Ansprüchen, die blos auf Rache abzieleten, zu thun hätten. Und nachdem durch diese übel angebrachte Gelindigkeit die Streitsucht merklich angefacht worden ist; so hält man nicht für gut einen andern Weg zu erwählen. Man verschont Anverwandte, Obrigkeiten rc. ausdrücklich darum mit der Erstattung der Kosten, weil sonst zu fürchten sei, daß die Gemüther zu sehr erbittert, und aufgebracht werden mögten. Wahr ist es, was Seyfarth de comp. exp. Cap. 2. §. 2. davon urtheilt: Ridicula est ratio compensationis, *ne odia multiplicentur;* iustitia enim ex metu odii coarctari non potest.

gedenket, (16) sehr leicht darauf verfallen, die Verurtheilung in die Kosten bedenklich zu finden, wenn das Band der Verwandschaft unter den Parteien, oder sonst das persönliche Verhältniß des Sachfälligen Theils die Vermuthung **vorsätzlicher** Ungerechtigkeit ausschliesset; wie denn auch eben diese unrichtige Voraussetzung bei den übrigen genannten Fällen gleichfalls zum Grunde liegt. Daran aber scheint man nicht weiter zu denken, daß Verhältnisse der Personen und Sachen, welche allenfalls gute Vermuthungen gegen den bösen Vorsatz erzeugen, oder wenigstens denselben sehr ungewiß und zweifelhaft machen, doch immer noch bei Weitem nicht hinreichen, um eine Unternehmung zu entschuldigen, wobei auch das geringste Versehen uns schon verantwortlich macht, und wobei selbst der Irrthum an sich noch keinesweges die Verbindlichkeit aufhebt, den Schaden zu ersetzen, den Andere dadurch erlitten haben. Oder ist etwa der Anverwandte, die Obrigkeit, der Fiscus,

(16) Welche unrichtige Folgerungen hieraus gemacht sind, zeigt mit Mehrern Joh. Tob. Carrach von der Schuldigkeit die Unkosten einer Inquisition zu tragen. §. 8. in Joh. Fr. Plitts Repertor. des peinl. Rechts. 1. Th. S. 136. f.

seus, und sein Anwald, der Geistliche, u. s. w. mehr, als sonst Jemand, berechtigt, Andere zu beschädigen, und weniger verbunden, sich um Dasjenige, was Recht ist, zu bekümmern, oder sonst den verursachten Schaden zu ersetzen? — Es stehet vielmehr dahin, ob nicht, wenn ja dergleichen Verhältnisse hiebei in Betrachtung kommen könnten, gerade ihrentwegen die Erstattung der Kosten um so viel eher dem Sachfälligen Theile auferlegt werden müßte, je gewisser es ist, daß der Anverwandte, welcher seinen nahen Blutsfreund in unnöthige Kosten setzet, ingleichen die Obrigkeiten, die Fiscäle (17) u. s. f. welche ihr Amt misbrauchen

(17) Da indessen dem gemeinen Wesen an der gehörigen Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen gelegen ist, und gleichwol von den Urhebern derselben gemeiniglich alles Mögliche angewandt wird, um die Entdeckung der That zu verhindern: so verstehet es sich von selbst, daß der Fiscal nur alsdann in die Kosten zu verurtheilen sei, wenn er ohne rechtliche Anzeigen und genugsamen Verdacht zur Anklage geschritten ist. Es hält auch der angeführte Carrach §. 6. nicht ohne Grund dafür, daß in dem Falle einer solchen widerrechtlich veranstalteten Untersuchung der Beschädigte die Wal habe, ob er den Angeber, oder den Richter selbst, der Kosten halber in

chen, weit weniger Nachsicht verdienen, als ein Anderer. Ueberdem ist es Drittens nicht allein wahre Ungerechtigkeit, sondern auch mit den nachtheiligsten Folgen verknüpft, wenn zumal den Obrigkeiten und Fiscälen hierin irgend etwas zu Gute gehalten wird; indem dieses nicht nur Andern ein schädliches Beispiel giebt, (18) sondern auch den Schein einer geringern Abhängigkeit jener Personen von den Gesetzen mit sich führet, und eben dadurch das Ansehen der leztern schwächet. Viertens: Eine jede Vermuthung, mithin auch Diejenige, welche man nach den obgedachten persönlichen Verhältnissen für den verlierenden Theil hier antreffen will, muß nicht nur der Wahrheit, sondern auch stärkern und nähern Vermuthungen weichen. Zu den leztern gehört aber unstreitig die dringende Vermuthung, welche zunächst aus der Handlung Dessen entspringt, der eine ungerechte

Anspruch nehmen wolle; und daß es den leztern nicht schütze, wenn er etwa die Untersuchung auf Gefahr des Angebers verstattet hätte, weil ihn solches nicht Befugniß zur Ungerechtigkeit gäbe.

(18) CICERO de legibus Lib. 3. c. 14. Nec enim tantum mali est, peccare principes, (quamquam est magnum hoc per se malum) quantum illud, *quod permulti imitatores principum existant, plusque exemplo, quam peccato nocent.*

rechte Sache vor Gericht verfochten hat, und daher Sachfällig geworden ist. Hiergegen kann das persönliche Verhältniß, und der sonstige gute Ruf dem verlierenden Theile eben so wenig zu statten kommen, als ihn die günstige Aussage eines oder mehrerer Zeugen, imgleichen was ihm sonst von Andern aussergerichtlich vorgebildet worden ist, an sich schon entschuldigen mag; wenn doch in der Folge alles dieses von keinem rechtlichen Gewichte befunden wird, und die Sache selbst nicht von der Beschaffenheit ist, daß er sich auf rechtsbeständige Art auf einen Schuldlosen Irrthum berufen kann. Da nun endlich **fünftens** der Richter ein für allemal schuldig ist, die Parteien und deren Angelegenheiten so zu behandeln, wie es die Acten mit sich bringen, und da dieses in Ansehung der Hauptsache, worüber gestritten wird, kein Bedenken leidet; So verstehet es sich auch wol von selbst, daß bei den Proceßkosten die nämliche Regel der Entscheidung beobachtet werden müsse. Es mag also über den gegenwärtigen jüngsten Besitz, oder sonst über jeden andern Gegenstand geurtheilet werden: So ist ja doch der Sachfällige Theil den Acten nach allemal Derjenige, welcher in dem **bisherigen Streite, und in dem Punkte, wovon**

in

in dem Ausspruche des Richters die Rede ist, Unrecht gehabt hat. Er muß also, wenn ihn nicht selbst die Acten, in Rücksicht auf diesen Gegenstand, rechtlich entschuldigen, allezeit in die Kosten verurtheilt werden.

§. 14.

Nichts ist gewöhnlicher, als daß die Proceßkosten gegen einander verglichen und aufgehoben werden, wenn das Urtheil auf eine vermischte Weise, theils für die eine, theils für die andere Partei ausfällt, insbesondere wenn der Kläger zuviel gefordert, und der Beklagte nicht blos das Uebermäßige, sondern die ganze Forderung abgeleugnet hat. Im Ganzen betrachtet, ist dieß auch nicht ohne Grund, wie die Natur der Sache ergiebt. Inzwischen glaube ich doch, daß man auch in diesen Fällen häufig mit der Compensation der Kosten zu freigebig sei. Schon Leyser hat bemerkt, daß Derjenige, welcher in der Hauptsache den Proceß verlohren hat, gar wol in die Kosten verurtheilt werden könne, ob er gleich in einem oder dem andern Nebenpunkte obgesiegt hätte. (1) Man fügt auch noch die Einschränkung hinzu, daß in

(1) LEYSER Spec. 88. M. 4.

in Fällen dieser Art die Kosten nicht immer schlechthin zu vergleichen, sondern nach Verhältniß zu vertheilen sind, wenn die Streitpunkte, worin Jemand obgesiegt hat, ohne beträchtlichen Aufwand ausgemacht, hingegen die Kosten der frevelhaft verfochtenen Streitpunkte sehr überwiegend sind. (2) Nach gewissen allgemeinen Grundsätzen dürfte sich aber die Sache wol noch etwas genauer berichtigen lassen. Und wir müssen um so mehr darauf zurückgehen, weil überdem dadurch theils der etwas paradox klingende Satz, daß auch bisweilen der obsiegende Theil in die Kosten verurtheilt werden könne (3), und theils auch das eigentliche Object der Kosten-Erstattung überhaupt die gehörige Erläuterung erhalten wird. Erstlich: Niemand kann einen Schaden ersetzt verlangen

(2) CARPZOV Proc. Tit. 21. Art. 1. n. 20 Claproth ordentl. Proceß. §. 230. Oelze gerichtl. Praxis §. 288. Doch behauptet *Seyfarth* de Compensatione expensarum Cap. 2. §. 12. das Gegentheil.

(3) LEYSER de condemnatione victoris in expensas; Meditat. ad Pand. Spec. 89. F. G. LOESCHER Dissert. sist. Paradoxon praxeos victorem in expensas condemnatum. Erford. 1708.

gen, wozu er durch seine eigne Schuld die Gelegenheit gegeben, oder mit beigetragen hat. Er muß selbst darunter leiden; nie ein Anderer —. Zweitens: wer Schaden erlitten hat, kann zwar dessen Vergütung fordern, und Niemand vermag, ihm, wider seinen Willen, dieses erworbene Recht zu entziehen; er muß aber auch seiner Seits für den Schaden gleichfalls haften, den er Andern durch ungebührliche Handlungen zugezogen hat; weshalb eine Abrechnung gegenseitiger Beschädigungen Statt findet. Drittens: Es kann aber sowol bei dieser Abrechnung, als auch überhaupt bei der Bestimmung eines zu vergütenden Schadens lediglich nur der Verlust in Betrachtung kommen, welcher wirklich selbst durch die ungebührliche Handlung eines Andern verursacht worden ist, und daher demselben zur Last fällt. Aus diesen unleugbaren Grundsätzen folgt natürlich 1) daß überhaupt die Proceßkosten in so fern gegen einander aufzuheben, als beide Theile dergleichen durch ihr Verschulden verursacht haben (4).

Das

(4) L. fin. §. penult. D. de eo per quem factum erit quomin. in iud. L. 36. D. de dolo malo. L. 57. §. ult. de contrah. Emt. Vend. L. 10. D. de Compensat. *Ant.* FABER Error. pragmat. Dec. 19. C. 6. findet überhaupt nur

Das letztere ist aber nicht durchgängig und ohne weitern Unterschied sogleich anzunehmen, wenn das Erkenntniß theils für die eine, theils für die andere Partei ausfällt, wenn Jemand in der Klage obsiegt, und in der Widerklage verliert, wenn der Kläger zuviel gefordert hat u. d. m. Sondern die Natur der Sache ergiebt, daß es in diesen Fällen auf zwei Dinge ankomme; **Einmal**: ob Derjenige, welcher sonst in der Sache obgesiegt hat, in den an-

in diesem Falle den Ausdruck: *compensatio expensarum* der Sache angemessen. In den übrigen Fällen sollte es heissen: nullum expensarum condemnationi locum esse. Genau genommen, hat er wol Recht. Indessen ist jener Ausdruck in der uneigentlichen Bedeutung durch den Redegebrauch einmal allgemein eingeführt, und der Streit um blosse Worte gar nicht der Mühe werth. Die Meinung des SEYFARTH de Comp. Expens. Cap. I. §. XI. daß man darauf Rücksicht nehmen müsse, ob auch beide Theile im gleichen Grade fahrlässig zu Werke gegangen wären, scheint mir unrichtig; weil auch das geringste Versehen (culpa leuissima) hier schon sowol, als die gröbste Unachtsamkeit zur Schadensersetzung verbindet. Ein Anders ist es freilich, wenn das beiderseitige Versehen in Ansehung der Grösse des Schadens verschieden ist.

dern Puncten, welche wider ihn entschieden sind, seinem Gegner wirklich besondere Kosten verursachet habe (5)? Und wenn dieses ist: So muß zweitens untersucht werden, was bei Jedem der einzelnen Punkte, welche theils für die eine, theils für die andere Partei entschieden werden, an sich betrachtet in Ansehung der Kosten Rechtens sei? Das Erstere ist bereits, wie gesagt, von verschiedenen Rechtslehrern hiebei erinnert worden; auf das zweite hat man aber keine Rücksicht genommen. Und manche Richter haben überhaupt die üble Gewohnheit, sich die Sache so bequem zu machen, daß sie, ohne auf das Eine oder das Andere weiter zu achten, sogleich, wenn der Kläger nicht durchaus in allen Puncten gewinnet, die sämtlichen Proceßkosten vorzüglich aus dem Grunde, weil solche nicht füglich zu theilen wären, gegen

(5) §. 33. fin. I. de actionib. in den Worten: *Si quod forte damnum ex hac causa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit.* Daher auch Derjenige, welcher in der Hauptsache unterliegt, mit Recht in die Kosten verurtheilt wird, wenn er gleich in einigen Neben-Punkten gewinnet; welche wie Leyser A. A. O. sich ausdrückt, "keine neue und absonderliche Kosten, die nicht "auch sonst hätten aufgewendet werden müssen, "verursachet haben."

gen einander compensiren; da doch häufig die auf jeden Punkt aufgegangenen Kosten, sich wenigstens grossentheils recht gut besonders bestimmen lassen. Z. B. wenn das Honorarium der Advokaten für die schriftlichen Vorträge überhaupt nach Bogenzal taxirt wird (6), oder wol gar ganze schriftliche Verhandlungen, Zeugen-Verhöre, oder sonstige gerichtliche Termine blos einen gewissen einzelnen Punkt betreffen u. s. w. Man setze nun den Fall, daß die Klage-Sache wider den Beklagten dergestalt ausfällt, daß er billig in die Kosten zu verurtheilen ist, hingegen in der Widerklage gewinnet er zwar, jedoch so, daß die Proceßkosten eigentlich den Rechten nach dabei zu vergleichen sind: so ist es offenbar ungerecht, wenn die Kosten durchgängig compensirt werden, da dieses doch nur in Ansehung der Widerklage geschehen kann, und Beklagter übrigens in die Kosten der Conventions-Sache verurtheilt werden muß. Dieß sollte aber

(6) Wiewol gegen diesen Gebrauch manches mit Recht zu erinnern ist. Man sehe Elsässer: von den schädlichen Folgen des Gebrauchs die Aufsätze der Consulenten, Sachwalter, Procuratoren rc. nach einer den Bogen nach bestimmten Taxe zu bezalen; in den gemeinnützigen Beobachtungen rc. 1. B. Seite 31. f.

allemal, wenn über mehrere Puncte, sowol für den einen als auch für den andern Theil erkannt wird, beobachtet, und immer zuvörderst untersucht werden: ob der streitende Theil, gegen den das Erkenntniß ausfällt, in dieser Hinsicht, an sich betrachtet, die Verurtheilung in die Kosten verdient habe, oder nicht. Alsdenn sind die Proceßkosten, welche der eine Theil in gewisser Hinsicht ersetzt verlangen kann, mit denen Verhältnißmässig abzurechnen, welche ihm wegen anderer Puncte, worin er Sachfällig geworden ist, den Rechten nach wirklich zur Last fallen. Nie aber kann etwas zur Compensation gezogen werden, was man mit Recht von dem Andern nicht fordern kann. Diese Bestimmungsart liegt dergestalt in der Natur der Sache, daß die Richter unstreitig verbunden sind, überall danach zu verfahren, wo nur eine Verhältnißmässige Theilung der Kosten in Ansehung verschiedener Streitpuncte irgend möglich ist. Uebrigens enthält auch die blosse Zuvielforderung von Seiten des Klägers an sich noch keinen Grund, den Beklagten deshalb immer vom Ersatze der Kosten frei zu sprechen. Es wäre denn, a) daß Beklagter dasjenige, was dem Kläger am Ende zuerkannt ist, sogleich eingeräumet hätte; in welchem Falle

selbst

selbst der Kläger in die Kosten verurtheilet werden muß, weil er in dem eigentlichen Streite verlohren hat; woraus beiläufig erhellet, daß dieser Fall ganz unrichtig zu denen gerechnet werde, wo der obsiegende Theil die Kosten bezalen muß; oder b) daß dem Beklagten, welcher widerrechtlich die ganze Forderung geleugnet hatte, gleichwol durch Dasjenige, was dem Kläger in der Folge abgesprochen ist, noch mehrere Kosten, als er sonst gehabt haben würde, verursachet wären, da denn eine Verhältnißmässige Compensation der Kosten statt findet. Ausser diesen Fällen leidet die Verurtheilung des Beklagten zur Bezalung der Kosten kein Bedenken (7). Mehrere Folgen aus den obigen Grundsätzen darf ich nur kurz berühren, weil sie übrigens von Andern bereits ausführlich abgehandelt sind; nämlich II) daß selbst der obsiegende Theil diejenigen Kosten zu ersetzen verbunden sei, welche er durch sein eignes Vergehen, durch Ungehorsam, vorsätzliche Widerrechtlichkeit, oder Schuld

(7) *I.* WVNDERLICH Dissert. sist. theoriam & vsum practicum doctrinae de pluris petitione. Rintel. 1761. SEYFARTH de compensat. expensar. Cap. 2. §. 12. Leyser Spec. 88. M. 4. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 288. not. p. 289. n. 3.

verursachet hat (8) oder die doch seinetwegen durch Auftritte veranlasset sind, welche wenigstens dem Gegner nicht nachtheilig werden können (9). Indessen glaube ich, in den besondern Rechts-Sachen, wo Leyser und Andere eine Verurtheilung des Siegers in die Kosten antreffen wollen, eine gedoppelte Unrichtigkeit bemerkt zu haben, die ich der weitern Prüfung des Lesers anheim gebe. Einmal

(8) Oeltze §. 289. u. 90. BROKKES Select. obseruat. Argum. 598. Auf die contumacial Kosten, welche dem obsiegenden Theile allezeit zur Last fallen, sollte von Gerichts wegen die genaueste Rücksicht genommen werden. Man hat Beispiele daß die Advokaten sich gegenseitig diese Kosten erlassen; wol aber ihren Partheien solche zur Rechnung bringen. Dergleichen Vereinbarung, welche die Verschleppung der Rechtshändel noch mehr befördert, ist ungerecht, und sollte geahndet, hiernächst aber jeder Sachwalter angehalten werden, seine Partei, wegen der Kosten, die durch seine Versäumniß entstanden sind, zu entschädigen. Es ist Pflicht der Gerichte hierauf so viel möglich von Amts wegen Rücksicht zu nehmen, zugleich aber auch selbst durch unverzögerte Justizpflege ein gutes Beispiel zu geben. Hymmen Beiträge zur neuesten jurist. Litterat. 2te Samml. Seite 180.

(9) LEYSER Spec. 89. Med. 6. f.

mal sind manche Fälle als Beispiele angeführet, welche offenbar nicht dahin gehören. Ein ganz gewöhnlicher Fehler solcher Schriften, welche Anomalien zum Gegenstande haben. Ich habe schon vorhin bei Gelegenheit der Zuvielforderung diesen Misbrauch gerüget, und setze nur noch hinzu, daß, genau betrachtet, von dem Beklagten, welcher während des Processes die ganze Forderung des Klägers gutwillig bezalet, jedoch die Kosten gleichfalls erstatten muß (10), wol nicht behauptet werden könne, daß er diese als obsiegender Theil bezale. Zweitens. Man hat in den Fällen, wo der gewinnende Theil die Proceßkosten erstatten soll, weil er durch seine Schuld die erste Veranlassung zu dem Rechtsstreite gegeben hat, die wichtige Frage beinahe ganz ausser Acht gelassen: ob auch die wirkliche Proceßführung und deren Fortgang dem andern Theile gar nicht zur Last falle? Wenn daher auf die Erfüllung eines an sich ungültigen Contracts,

(10) Welches von einem Jeden gilt, der dem bisherigen Streite freiwillig entsagt, wenn nicht aus den Acten deutlich erhellet, daß ihm wegen der Proceßführung nichts zur Last zu legen sei. REBHAHN de expensis th. 30. Mev. P. 8. Dec. 67. Leyser A. A. O. Med. 11. Gmelin und Elsässer gemeinnützige Aufsätze 3. B. Seite 225.

tracts, geklaget wird, wozu aber der klagende Theil aus Unwissenheit von dem Beklagten verleitet ist: So beruhet die Entscheidung des Kostenpuncts nicht so wol darauf, ob der Kläger bei Schliessung des Handels sich in einer Schuldlosen Unwissenheit befunden habe, als vielmehr darauf, ob er sich eben damit auch in Ansehung der wirklich angestellten Klage, und zumal in Rücksicht auf die Fortsetzung des Streits annoch entschuldigen könne; indem er ja sonst die Kosten der ihm zur Last fallenden Proceßführung unstreitig bezalen muß. In diesem Betrachte scheint auch in einem andern Falle, welchen Leyser Spec. 89. M. 9. vorträgt, die dortige Entscheidung in Ansehung der Kosten sehr bedenklich; indem III) der verlierende Theil, wenn er anfänglich zwar gerechte Entschuldigungsgründe in Ansehung der Proceßführung vor sich gehabt hat, dennoch von der Zeit an, da er billig vom Gegentheile überzeugt sein konnte und mußte, mit Recht in die Kosten verurtheilet wird (11). IV) Wie nun übrigens der Richter denjenigen Theil, den er dazu schuldig findet, schon von Amts wegen, in die Kosten verurtheilen kann und muß (12): So verstehet es sich auch von selbst

V)

(11) MEVIVS P. 8. Dec. 490.

(12) RELNMARTH A. A. O. §. 39. 40. LAUTERBACH de expensis th. 39. f.

V) daß diese Verurtheilung, wenn sie auch unter den allgemeinen Ausdrücken, der sämtlichen Kosten, geschehen sein sollte (13), dennoch nur diejenigen Kosten betreffe, welche der schuldige Theil wirklich durch die widerrechtliche Proceßführung dem Andern verursachet hat, folglich nur dasjenige was dem leztern an nothwendigen Kosten (§. 1.) entgehet (14). Daher darf nicht vergütet werden, was dem obsiegenden Theile von Andern z. B. den Gerichtspersonen ungebührlich abgefordert ist, noch weniger, was er sonst an willkührlichen Kosten (§. 1.) ausgegeben hat. (15)

J

(13) RIVINVS *Enunc. iur.* Tit. 36. Argum. 28.

(14) Wohin jedoch den Rechten, und der Billigkeit nach, auch das Honorarium eines Advocaten, welcher in seiner eignen Sache obgesiegt hat, allerdings gehöret; obgleich verschiedene Rechtslehrer das Gegentheil behaupten, welche von Io. Geo. KOCH Dissert. de aduocatis eorumque salario in propria causa Erford. 1727. Cap. 3. und Joh. Christ. Quistorp in Beiträgen über verschiedene Rechtsmaterien 2te Ausg. Nr. 6. gründlich widerlegt sind.

(15) LAUTERBACH A. A. O. th. 53 — 57. PESTEL de Expensis §. 4. f. CRAMER Obseruat. iur. univ. T. I. Argum. 407. HORN in Sentent & resp. Cl. 12. S. 4. N. 1.

Ueber die

Proceßkosten,

deren Vergütung

und

Compensation.

von

D. Adolph Dieterich Weber
der Rechtsgelahrheit ordentlichem öffentlichen Lehrer, und Beisitzer der Juristen-Facultät und des Spruch-Collegii auf der Königlich Dänischen, und Herzoglich Schleswig-Holsteinschen Universität zu Kiel.

Schwerin, Wismar, und Bützow
in der Boednerschen Buchhandlung.
1788.