



Wa. 136<sup>5</sup>










Bevtrag  
zu der Rechts = Theorie  
von Erstattung  
der Proceß = Kosten.

Vom  
Postdirector Hennemann  
in Schwerin.

---



Schwerin 1789.

REVUE

ANNUAIRE DE LA SOCIÉTÉ

DE LA SCIENCE

DE LA NATURE

1868

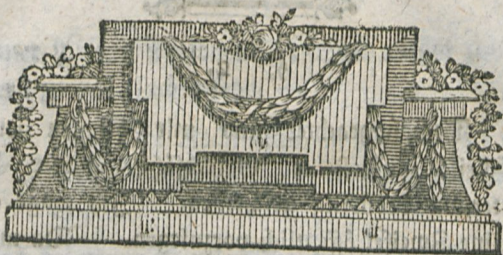
KOEN. FRIED.  
UNIVERS.  
ZU HALLE

—

—

—





§. 1.

**D**em Herrn Professor Weber in Kiel — einem Manne der seine schriftstellerische Laufbahn mit Untersuchung verschiedener verwickelter oder streitiger Materien der positiven Rechts: Gelahrtheit auf eine sehr rühmliche Art angefangen hat, verdanken wir seit kurzem eine neue Theorie über die Erstattung der Proceß: Kosten \*).

Niemand kann das Gemeinnützige in der Abhandlung eines solchen Gegenstandes verkennen. Und die Ausführung beweiset den Scharfsinn aufs neue, welcher die frühere Arbeiten des Herrn Verfassers so vorzüglich auszeichnete.

U 2 — §. 2.

\*) S. dessen Abhandlung: Ueber Proceß: Kosten, deren Vergütung und Compensation. Schwerin, Wismar und Bützow 1788. in 8.

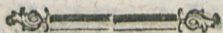
Demohngeachtet sind mir die in jener Schrift aufgestellte Grundsätze näherer Erörterung bedürftig erschienen. Ich wage es, meine Zweifel öffentlich vorzulegen. — Da mich hiezu nicht Rechthaberey, nicht Drang mich in einer gelehrten Fehde herumzutummeln, sondern der bloße Wunsch bestimmt, zur näherer Prüfung, und damit zur Ausfindung der Wahrheit Veranlassung zu geben: so darf ich billige Beurtheilung wol erwarten.

Bei der Frage,

was ist wegen Erstattung der Proceß-Kosten Rechtens?

würde man meiner Meynung nach zu den Grundsätzen, der Verbindlichkeiten welche etwa das Recht der Natur angäbe, zu früh hinaufsteigen — so lange noch von positiven Gesetzen darüber Bestimmung und Auskunft erwartet werden kann. — In Deutschland, — in welchem bis jezt das Römische Recht die allgemeine Erkenntniß-Quelle der Rechte und Schuldigkeiten unter





unter Privat-Personen ist, wird mithin zuverderst zu untersuchen seyn. —

Giebt dies Recht nicht ein Princip über die Erstattung der Proceß-Kosten? Und welches?

Und da meyne ich wirklich, daß die hieher gehörige gesetzliche Stellen in Verbindung erwogen — es an einer hinreichenden Norm nicht fehlen lassen.

§. 4.

In den Zeiten des älteren Römischen Rechts hatte ein Beklagter, wider den Kläger, welcher als Chicaneur befunden ward, die Klage wegen Gefährde (*actionem calumniae*) auf den zehnten Theil dessen, worauf er aus Chicane geklagt hatte. (1) Jene Klage setzte voraus a) nicht nur, daß der Kläger unterlag — sondern daß er als Chicaneur — aus Gefährde geklagt hatte. Dies lehret offenbar die Benennung *actio calumniae*, im Zusammenhalte mit der Möglichkeit, eine Klage angestellt zu haben, mit welcher man abgewiesen wird, ohne daß man einer Gefährde.

U 3.

(1) §. 1. J. de poena temere litigantium. IV, 16  
cf. Theophili paraphr. instit. Lib. IV. Tit. 16. §. 1.



sähebe schuldig seyn darf. — Einer Gefährde einer Calumnien ist nur der Kläger schuldig, der **wissentlich, der aus Bosheit unrechtfertig geklagt hat.** (2) Nicht ein Jeder der den Grund seiner Klage nicht beweiset, ist für einen Chicaner zu halten — er kann in gerechtem Irrthume gewesen seyn — kann gegründete Ursache zur Klage gehabt haben, dann sprechen ihm die Gesetze vom Vorwurfe der Chicanen frei, (1) Theophilus setzt daher in seiner paraphrasi institutionum beides zusammen, α) „daß der Kläger „untergelegen, und β) daß er dem Beklagten „aus Chicanen den Proceß angehängt habe.“ (4)

b) Aber — selbst das war nicht genug, daß aus Chicanen geklagt worden — es mußte, wenn die actio calumniae Statt finden sollte — vom Richter befunden — erkannt seyn, daß man also geklagt habe. (5) Und zwar c) mußte dies

(2) Paulus in recept. sentent. Lib. I. Tit. V. §. 1. Schulting in jurispr. Anti-lust. p. 288. l. 3. C. de calumni. IX. 46.

(3) l. 1. §. 3. D. ad scult. Turpill. XLVIII. 16. l. 3. D. de calumniator. IX. 46.

(4) Theophilus l. c.

(5) Theophil. l. c. coll. cum l. cit. 1. §. 3. et 4. D. ad scum Turpill. XLVIII. 16. l. cit. 3. C. de calumniat. IX. 46.





dies Erkenntnis in und mit der Sentenz, die in der Hauptsache gefällt ward, erfolgen. <sup>(6)</sup>

Der Richter, indem er den Beklagten Entbindungsfähig fand — fing an — über die Absicht des Klägers — über seine Gesinnungen, die ihn zur Klage bewogen, nachzudenken. Darnach richtete er die wörtliche Fassung der Sentenz ein — auf der in diesem Puncte Alles ankam. — Wenn erkannt ward „du hast nicht bewiesen:“ — so war dies Abweisung ohne Vorwurf der Chicanerie — aber „du hast aus Chicanerie geklagt“ (*calumniatus es*) das war der Ausspruch im Fall befundener Gefährde. <sup>(7)</sup>

d) Da dergestalt die Gesinnung des Klägers bey seiner Klage den Grund des Erkenntnisses ausmachte, das aber was über diese bestimmt werden soll, eine Thatsache ist <sup>(8)</sup> welche da sie im Innern der Seele vorgeht, nur nach denjenigen Anzeigen, die das Benehmen im Gerichte und die Acten ergeben, entschieden werden mag: so sieht man leicht, daß der Ausspruch vom Gefühl des Richters, von seinem durch Erwägung

A 4

der

(6) II. cit. I. r. §. 4. ad sc. Turpill.

(7) I. cit. I. r. §. 4. ad sc. Turpill.

(8) I. cit. I. r. §. 4. ff. ad I. Turpill.



der Umstände — durch Wahrscheinlichkeit geleitetem Ermessen abhing <sup>(?)</sup>. Eben hieraus aber <sup>(10)</sup> leuchtet auch ein, daß und warum nach in der Hauptsache abgegebenem Erkenntnisse, und der darin nicht geschehenen Bemerkung einer Calumnien auf Seiten des Klägers, wider diesen auf deren Grunde kein weiterer Antrag geschehen durfte <sup>(11)</sup>.

e) Das Erkenntnis nun, der Kläger habe aus Ehcane geklagt, begründete eine Klage auf den 10ten Theil dessen, was er klagend gefordert hatte — Die Klage war eine unmittelbare Folge der Calumnien und des Erkenntnisses darüber. — Zwar meynt Cujaz <sup>(12)</sup> und mit ihm Heineccius <sup>(13)</sup>, und andere, der Grund der Klage sey eigentlich eine zu Anfange des Processus geschehene Stipulation, mittelst welcher der Kläger dem Beklagten versprochen habe ihm, wenn er nicht

(9) *ibid.*

(10) Zumal wenn man zugleich die Römische Verfassung erwägt, daß die Urtheile das Ende des Gerichts und der Notion des zur Untersuchung der That-Sachen bestellten Richters (*judicis pedanei*) ist.

(11) *l. 1. C. de calumniatoribus. IX. 46.*

(12) *Obf. Lib. VII. cap. 5.*

(13) *in syntagm. antiqu. Lib. IV. Tit. 17. §. 4.*



nicht siegen sollte, den vollen Theil des eingeklagten Objects geben zu wollen — so daß also die Klage eigentlich eine *actio ex stipulatu* sey — aber ich kann dieser Meinung nicht beypflichten. Denn einmal, Justinian nennet die Klage *actio- nem calumniae* — (14). Er characterisirt sie also als eine specielle Klage durch einen von dem besonderen Klagegrunde entlehnten Namen. — Dies Argument schwächt der Einwand nicht, daß auch die Benennung *actio de dote* in den Gesetzen vorkomme, da doch diese sicher eine *actio ex stipulatu* sey (15). Nirgends finde ich den Namen *actio de dote* von der Klage des Brautschahes, die aus einer Stipulation kam, gebraucht. *Actio de dote* heißt immer die ehemalige *actio rei uxoriae* (16), die allerdings eine besondere, von der Klage *ex stipulatu* wesentlich verschiedene, Klage war. Aber wenn auch sogar die Klage wegen des Brautschahes *ex stipulatu* nach einem elliptischen Redegebrauch vielleicht einmal *actio de dote* genannt wäre (sc. *actio ex stipulatu de dote*); so wird man doch nicht zeigen können, daß sie je *actio dotis* genannt

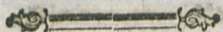
25

sey

(14) §. 1. J. de poena temere litig. IV. 16.

(15) Cujacius l. cit.

(16) l. 21. D. solut. matrimon. XXIV, 3.



sey — wie die in Frage befindliche Klage actio calumniae heist. Die letztere Wortfügung bezeichnet nach dem Genius der Sprache gar zu deutlich eine Klage, deren unmittelbarer Grund die Calumnie ist, so wie die erstere das Object der Klage anzeigt. — Daneben beschreibt Justinian diese Klage als eine Poenal: Klage <sup>(17)</sup>. Die Klagen ex stipulatu aber gehörten zu den rei persecutoriiis <sup>(18)</sup>. Er sagt weiter, die Klage wegen der Calumnie sey außer Gebrauch gekommen, dafür seyen andere von ihm angegebene Mittel eingeführt <sup>(19)</sup>. Wie könnte die Klage wegen der Calumnie, wenn sie eine bloße Klage ex stipulatu war, in Abgang gekommen seyn, da Stipulationen wegen Conventional: Strafen zu seiner Zeit gültig, in natürlicher Folge also auch Klagen auf deren Erlegung nicht außer Gebrauch seyn konnten. Oder hätte er vielleicht sagen wollen, die Stipulationen auf den 10ten Theil des Processus wären nicht mehr gebräuchlich? Das würde er bestimmter ausgedrückt haben, zumal in einem Buche, das, wie die Institutionen zur Belehrung, der Anfänger geschrieben

(17) in partem decimam litis actores multabat  
§. 1. J. de poena temere litig. IV. 16.

(18) §. 17. J. de action. IV. 6.

(19) §. 1. J. de poena temere litig. IV. 16.



ben war. Eine nicht geringe Unterstützung leiht diesen Gründen Theophilus (<sup>19</sup> b).

Wenn ich, sagt er, wider Jemanden eine Klage angestellt und unterlegen hatte, und befunden war, daß ich aus Calumnie processirt habe: so hatte der Beklagte einen Regreß an mich, und konnte der Calumnie wegen wider mich klagen — — — zum Beispiel ich hatte auf 100 Gold: Gulden geklagt und verlohren: so konnte wider mich der Gefährde halber auf 10 Gold: Gulden geklaget werden.

Er setzt also offenbar nichts weiter als Abweisung mit einer Klage und Befund der Calumnie — dann sagt er, habe sofort die Klage wegen Gefährde angestellt werden können, ohne daß er einer vorausgegangenen Stipulation erwähnte (<sup>20</sup>).

§. 5.

(19 b) in paraphr. Inst. L. IV. Tit. 16. §. 1.

(20) Cujas setzt den Hauptgrund für seine Meinung in einem Response der Kayser Diocletian und Maximian

(fragm. Cod. Hermog. Tit. de Calumn. l. 3.)

worin dem Beklagten Quintianus geantwortet wird: „er könne, wenn er überzeugt sey, daß sein Gegner aus Calumnie wider ihn geklagt habe, mit dem Mittel der zu Anfange geforderten Repromission (daß nämlich der Kläger auf



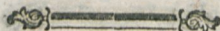
Es findet sich aus den Zeiten, in welchen die actio calumniae im Gebrauche war, keine Spur, weder, daß ein Unterliegender, jedoch als Chicaneur nicht befundener Kläger, noch auch daß ein Beklagter, selbst wenn er aus Chicane dem Kläger seine Forderung vorenthalten hatte,

auf den Fall befundener Gefährde ihm den vollen Theil des Eingeklagten erstatten solle) begehren, „daß der Kläger der Calumnie wegen zu dem vollen Theil dessen, was er eingeklagt habe, ihm verurtheilt werde.“ Aber hieraus folgt nicht, daß die alte actio calumniae zu ihrem Grunde eines solchen Versprechens, einer Stipulation bedurft habe. Eines Theils ließe sich an sich denken, daß wann gleich dem Beklagten die actio calumniae gesetzlich ohne alle Stipulation zustand, man dennoch zu Anfange des Processus, wegen dessen, was man mit dieser Klage, im Falle der Gefährde schon nach Gesetzen fordern konnte, vom Kläger gern ein ausdrückliches Versprechen nahm, wodurch man denn freylich auch actionem ex stipulatu erhielt. Der Nutzen davon zeigte sich, wenn der Kläger während des Processus mit Tode abging, da die gesetzliche Klage, als eine Poenal-Klage nicht wider Erben Statt fand, wol aber die Klage ex stipulatu. Aber zweitens, was hauptsächlich zu erwägen ist, ist das, daß schon vor des Diocletian und Maximian Zeiten, also zur Zeit jenes Responses die alte actio calumniae außer Ge-



hatte, in die Kosten zu verurtheilen oder mit einer ähnlichen Klage der Kosten wegen zu belangen gewesen wäre. Wahrscheinlich, das Unvollkommene jeder Gesetzgebung in der Kindheit des Staats ungerechnet — war der anfängliche Grund, warum man bloß gegen den chicanirenden Kläger eine Klage der Kosten halber gab, jene Politic der Römischen Patricier sich das Volk dadurch unter-

Gebrauch gewesen ist. (Man sehe §. 6. a) Justinian behauptet, er habe nirgend gelesen, daß man mit der *actione calumniae* den 10ten Theil des Eingeklagten erhalten habe. (§. 1. l. de poen. temere litigantium) „quia in partem decimam litis actores multabat, quod nusquam factum esse invenimus.“ Daß konnte er nicht sagen, wenn noch zu Diocletians und Maximians Zeiten die Klage gebräuchlich, und sie in dem zur Erklärung stehenden Responce bezieht gewesen wäre. — Weil nun dergestalt eine gesetzliche Klage auf den 10ten Theil nicht mehr statthast war: so war eine Stipulation nothwendig, wenn man im Fall der Calumnia vom Chicaneur gleichwol den 10ten Theil des Eingeklagten wollte fordern können. Und so setzen also die Kaiser, um den angeblich aus Chicanen Angeklagten mit der Aussicht daß er den 10ten Theil des Eingeklagten von seinem Gegner erhalten möge, trüben zu können, in ihrem Responce als Bedingung voraus, daß er für eine Repromission auf so hoch gesorgt habe, die der Kläger nicht wohl ablehnen konnte, ohne sich dem Verdachte eigener Besorgnis, daß er als Chicaneur werde befunden werden, bloß zu stellen.



unterwürfig zu erhalten, daß es zu ihnen in Rechts: Sachen seine Zuflucht nehmen mußte, diese Politik welche also nicht ungerne die Ver- vielfältigung der Rechts: Sachen sahe, die nicht Statt gehabt haben würde, wenn der Unterliegende häufig die Kosten hätte erstatten müssen! — Da- her eine Geneigtheit Entschuldigungen auszufin- den und gelten zu lassen z. B. für den nicht chican- nirt habenden Kläger, die, daß er nicht ohne Grund, nicht ohne Wahrscheinlichkeit gestritten habe — für den Beklagten, daß es verzeihlich sey, wenn man ungerne einen Besitz den man einmal habe, aufgebe — daß jede Verteidigung Nachsicht und Begünstigung verdiene u. —

#### §. 6.

Die Actio calumniae kam außer Gewohnheit (<sup>21</sup>), dahingegen ward der Eyd für Gefährde, und dies, daß der unredliche Proceßführer dem Gegner die Schäden und Proceß: Kosten erstatten mußte, eingeführet (<sup>22</sup>). — So viel die uns nur interessirende Kosten: Erstattung betrifft: so ist

a) die

(21) §. 1. J. de poena temere litigantium. IV. 16.

(22) *ibid.*





a) die erste Spur der dazu gesetzlich anerkannten Verbindlichkeit aus den Zeiten der Kaiser. (Man vergleiche hiemit das §. 5. Gesagte) Papinian, der unterm Severus und Caracalla lebte, sagt im 9ten Buch seiner Belehrungen welche er als Praefectus Praetorio auf von Obrigkeiten oder Parthenen ihm vorgelegte Fragen des Rechts oder des facti gegeben hat <sup>(23)</sup>).

Auch die Republic müsse vom Fideicommiss Zinsen nach dem Verzuge zahlen. Den etwa dadurch entstandenen Schaden aber müßten diejenigen erstatten, welche nach ergangenen Urtheil das Zuerkannte zu zahlen säumig gewesen. Keine andere Bewandnis habe es mit den Proceßkosten, wenn kein Grund zum Processiren gewesen sey. (si ratio litigandi non fuit) Denn Leute, die bloße Nachlässigkeit vorschützten, verdienten keine Nachsicht. (audiri non oportere) Dies sey auch bey Vormündern Rechtens.

Und nach des etwas späteren Ulpian's — eines Zeitgenossen des Severus und Alexander, Lehre im 5ten Buche vom Amte des Proconsuls <sup>(24)</sup> muß

(23) l. 78. §. 2. ff. de legat. 2. (XXXI)

(24) l. 79. ff. de judic. (V, 1.)



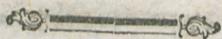
muß derjenige von dem es erhellet, daß er seinen Gegner freventlich (temere) vor Gericht gefordert habe, ihm Reise- und Proceß-Kosten wieder geben. —

Die erstere dieser Stellen spricht von der Pflicht des Beklagten — die zweite von der des Klägers zur Kosten-Erstattung. Beide zeigen deutlich, daß ohne ein ausdrückliches Gesetz — blos durch Gewohnheit der Gerichts-Höfe, die Erkenntnisse auf die Kosten-Erstattung in Gebrauch gekommen seyn. Und allgemein scheint diese Gewohnheit selbst seit jenen Aussprüchen nicht Statt gefunden zu haben. — Denn Kaiser Valer und Valentinian fanden (im Jahre 369) nöthig, in einem ausdrücklichen Gesetze die Richter anzuweisen, daß sie wider den Chicaneur auf die Kosten erkennen sollten (<sup>25</sup>). Zuvorderst bestimmen sie in dem angezogenen Gesetze die Herausgabe der Früchte von dem streitigen Gegenstande,

der überwundene Proceßführer, von dem es erhelle, daß er ein gewaltsamer Anmaacher fremder Sachen und ein Räuber sey — imgleichen auch der, der nach der Klage eine fremde Sache de facto vor-

(25) Cod. Theod. Lib. IV. Tit. 18. l. 1.





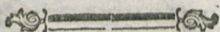
vorenthalte (*rei incubarit alienae*)  
(<sup>25</sup> b) solle nicht zur bloßen Herausgabe der  
Sache schuldig seyn — nicht bloß die einfas-  
chen Früchte, oder die, welche er von dersel-  
ben erhalten, sondern doppelte Früchte, und  
die, welche er hätte haben können, bezahlen.  
Und zwar solle dem Räuber Rechnung vom  
Tage des gewaltsamen Besizes bis zu Ende  
des Processus, dem aber, der die Sache ohne  
Titel ohne Recht habe, (*qui simpliciter*  
*tener*) von der Zeit, da er nach anhängig  
gewordener Sache Wissenschaft seines un-  
rechtsfertigen Besizes erhalten habe, gemacht  
werden. Eben dies solle das Schicksal des in  
den Fehler des Besizes folgenden Erben seyn.

Nun heißt es weiter:

Wir fügen noch bey, daß sie (jene gewalt-  
thätige oder intitulirte Besitzer) die Kosten  
des Processus nach geendigter Sache dem  
Kläger erstatten sollen. Aber auch die Klä-  
gere selbst, welche unnütze Prozesse und  
Streitigkeiten, die nicht erregt werden  
sollten, den Besitzern anhängen, wollen wir  
von

(<sup>25</sup> b) Faber in thes. erud. schol. voce: incubare.  
Apud Ictos incubare est mala fide possidere.

Des B



von dieser Obliegenheit nicht frey machen. Denn wir befehlen, daß wenn die Klage des Klägers für *chicanös* erkannt wird, (si — *improba judicetur*) er dem Besizer alle Kosten erstatten solle, welche er während des ganzen Prozesses erweislich gehabt hat, auch wenn deshalb der Ausspruch des Richters ausdrücklich Nichts besagt —

Den letztern Zusatz änderten Kaiser Honorius und Theodosius (im Jahre 423) <sup>(26)</sup> ab.

Nach geendigtem Prozesse solle Niemand wegen Kosten-Erstattung eine Klage erheben, wenn nicht der Richter, der in der Hauptsache erkannt habe, in der Partihyen Gegenwart ausgesprochen habe, „daß dem Sieger die Kosten erstattet werden müssen, oder „ihm deshalb eine Klage von Rechtswegen „zustehet“. Denn, nach geendigtem und auseinander gegangenen Gerichte, sey es unzulässig, daß ein neuer Proceß aus einer Materie des ersteren Processes entstehe —

Kaiser Zeno in einer Verordnung, welche er nach dem Bürgermeister-Amte des Longin (der im Jahre 486

(26) 1. 3. C. Just. de fructibus & litium expensis VII. 51.

Lib. IV. tit. 18. l. 2. C. Theod.



486 Bürgermeister war) gegeben hat — und die wir aus den Basilicis kennen, (<sup>27</sup>) sagt:

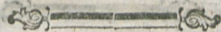
Die Constitution ordne, daß jeder Richter in seiner Sentenz befehlen solle, daß der Unterliegende die Gerichtskosten prästire — — — Und nicht bloß sey der Kläger und Beklagte in die Kosten zu vertheilen, wenn der Richter ihr beyder eigentlicher Richter sey, sondern auch wenn er des Klägers Richter eigentlich nicht — der Kläger aber in der Wiederklage überwunden sey. — — — Wenn der Richter dies nicht thue, solle er dem siegenden Theile den Schaden zu ersetzen angehalten werden. Wenn aber ein Beklagter bona fide zahle — oder der Kläger vom Prozesse abstehe — oder der Richter finde ihn nicht als Chicaneur, sondern über eine zweifelhafte Sache streitend, der werde nicht in die Kosten verurtheilt.

b) Es scheint mir nicht zweifelhaft, daß diese gesetzliche Vorschriften die Regel enthalten: nur ein unredlicher Streiter — ein Chicaneur — erstattet die Kosten —

B 2

Wer

(27) Cujacius hat sie daraus in Obs. Lib. 12. c. 1. hergestellt.



Wer streitet, da kein Grund zu streiten war,  
( si ratio litigandi non fuit ) wer seine eigene  
Nachlässigkeit blos vorzuschützen hat.

l. 28. §. 2. ff. de legat. 2.

— Wer seinen Gegner freventlich vor Gericht  
gefordert zu haben befunden wird,

l. 79. ff. de judic.

wer, da er unterlieget, als ein gewaltsamer An-  
maasser fremder Sachen — oder als ein untitulir-  
ter blosser Besitzer de facto — als ein Mensch,  
der unnütze Handel und Streitigkeiten anfängt,  
als ein solcher, dessen Klage für unrechtschaffen  
erkannt wird, in den Acten erscheint —

Lib. IV. Tit. 18. l. 1. Cod. Theod.

sehet da die Leute, die in die Kosten vertheilet  
werden sollen!

Sind dies nicht — die Chicaneurs — die  
unredlichen — ohne wahrscheinliche Ursache Pro-  
ceß Führende? —

Frei von der Kosten-Erstattung sollen hin-  
gegen seyn: (27 b)

1) Der Beklagte, der bona fide  
zahlet, (der, sobald so viel beygebracht worden,  
daß er vom Klagegrunde überzeugt seyn konnte,  
ohne

(27 b) Constit. Zenon beyh. Cujac. in der in voriger  
Note angezogenen Stelle.



ohne weitere Umzüge zahlt —) oder der Kläger, der bona fide von der Klage absteht, (der absteht sobald die Exceptionen des Beklagten so klar geworden sind, daß er sie für wahr zu halten Ursache hat.)

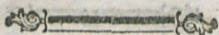
2) Der, den der Richter nicht als Chicaneur, sondern als einen, der über eine zweifelhafte Sache gestritten hat, findet — (also der, der Ursache hatte zu glauben, daß er nicht Unrecht habe, der über eine Sache stritt, deren Ausfall wider ihn sich mit Gewisheit oder hoher der Gewisheit näher Wahrscheinlichkeit nicht vorhersehen ließ. —

Bestätigen nicht auch diese Ausnahmen die angenommene Regel?

c) Wem sie dennoch nicht hinlänglich erwiesen zu seyn scheint, der lehre mit mir zu Justinians Alles noch mehr aufhellenden Institutionen zurück. — Wie klar ist es nicht aus diesen — und ich wiederhole es — sie sollten doch das Buch seyn, das Grundsätze gäbe — wie klar ist nicht aus ihnen,

Daß nur der aus Chicane Proceß-Führende die Kosten zu erstatten habe?

Für die alte Klage wegen der Gefährde sey — sagt Justinian — ein-  
B 3 ge



geführt, sowol der Eyd für Gefährde — als daß der unredliche Proceßführer die Schäden und Kosten des Processes dem Gegner erstatte. (28) Die Kosten-Erstattung war demnach ein Surrogat der alten actionis calumniae! war dies wie der Eyd für Gefährde — (28 b) das heißt wol die Kosten-Erstattung hatte nur im Falle jener Klage, nur im Fall der Calumnie statt —

Der unredliche Proceßführer improbus litigator soll die Kosten erstatten — Dies ist doch wol der aus Chicane Proceßsirende? (28 c) Theophilus druckt dieses noch bestimmter aus (29).

Weil die Klage wegen Gefährde nicht im Gebrauch war: so ist an deren Stelle die Leistung des Eides für Gefährde eingeführt, und daß der unredliche Proceßführer seinem Gegner die Kosten und Schäden  
des

(28) §. 1. J. de poena temere litigantium. IV. 16.

(28 b) Daher ward wegen der Kosten-Erstattung so Manches angenommen, das bey der actione calumniae Nichtens war, z. B. wie die actio calumniae nur Platz fand, wenn in der Urtheil ausgedruckt war: daß chicanirt worden: so hat die Kosten-Erstattung nur Statt, wenn in der Urtheil deshalb etwas vorbehalten war. not. 11 & 26.

(28 c) l. 99. ff. de divers. reg. Jur. L. 17.

(29) L. IV. Tit. 16, ff. §. 1. seiner paraph. Inst.



des Processus erstatte, worin er durch frevelhaftes Processiren ihn gesetzt hat.

Die Erstattung der Proceßkosten soll eine poena temere litigantium seyn — Weiset dies nicht ein Verbrechen nach, das wissentliche Unrechtfertigkeiten in sich schließt? — (<sup>3°</sup>)

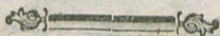
Also es bleibt dabey: die Kosten-Erstattung trifft eigentlich nur den hochhaft aus Gefährde Processirenden. Wie bey der actione calumniae untersucht auch hier der Richter die Absichten, die Gesinnungen des Unterliegenden. (§. 4. lit. c.) Weil jedoch, wie oben erinnert ist, Gesinnungen und Absichten nur aus dem äußern Benehmen zu erkennen sind, hier aber eine Nachlässigkeit, die kein vernünftiger Mann ausübt; (negligentia supina) vom Vorsatze sich fast nicht unterscheiden läßt, weshalb denn auch die Rechte sie einen präsumtiven dolum nennen, und in bürgerlichen Sachen dem dolo gleich setzen: (<sup>3°</sup> b) so wird auch der, dem eine culpa lata bezumessen ist, die Kosten erstatten müssen —

B 4

c) Dies

(30) rubrica Lib. IV. Tit. 16. Instit. Justin. Herr Prof. Weber sagt, dies sey ein uneigentlicher Ausdruck. Aber ich beziehe mich auf das Unten §. 9. lit. a. Vorkommende.

(30 b) l. 32. ff. depositi XVI. 3.



c) Dies wäre nach meinen Begriffen die Lehre der Römischen Geseze. (<sup>30</sup> c)

Herr Prof. Weber stellt solche etwas anders dar — Er führt als die Grund: Bestimmung, von der man ausgehen müsse, aus der

L. 13. C. §. 6. de judiciis

diese Worte an:

Omnes Judices sciant victum in expensarum causa victori esse condemnandum —

und glaubt darin den Satz,

daß jeder Unterliegende in die Kosten zu verurtheilen sey,

als Regel gegründet — davon aber die vorher erläuterten Geseze die ausnahmen —

Offenbar hat aber Ihm sein Gedächtniß, aus dem er vermuthlich die Stelle hinschrieb, einen kleinen Streich gespielt. Es hat ihm die Stelle verstümmelt geliefert. — Sie heißt ganz —

omnes

(30 c) Unter den angeführten Gesezen ist das des Valens und Valentinian (Cod. Theod. L. IV. Tit. 18. l. 1.) insoferne es den Kosten-Punct betrifft, im Corpore Juris Justinianei nicht aufgenommen — und das des Zeno gehört nicht zu den glossirten Gesezen — Aber ihre Zusammenstellung mit den übrigen Römischen Gesezen erläutert doch diese und giebt dem Römischen System Vollständigkeit und Deutlichkeit.



omnes iudices sciant, victum in expen-  
 farum causa, victori esse condemnan-  
 dum, quantum pro solitis ex-  
 pensis litium iuraverit.

(Alle Richter sollen wissen, daß der im Kosten-  
 punct Untergelegene — Verurtheilte — dem Sie-  
 ger zu so viel zu verurtheilen sey, als dieser die ge-  
 wöhnlichen Proceßkosten beschworen haben wird.)

Das Gesetz spricht also gar nicht von der Frage,  
 wann die Kosten des Processus erstattet  
 werden müssen,

bestimmt gar nicht,  
 daß jeder Ueberwundene darin zu verurthei-  
 len sey.

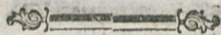
Es redet vielmehr von einem,  
 der schon im Kosten, Punct überwunden  
 ist,

von dem die Urtheil in der Hauptsache schon aus-  
 gesprochen hat:

daß er die Kosten zu erstatten schuldig,  
 und bestimmt nun,

wie hoch er zu verurtheilen sey,  
 so hoch nämlich,

als er seine Auslage wegen der gewöhnlichen  
 Kosten beschworen hat.



Kurz, das Gesetz betrifft nicht die Frage wann?

sondern, bey darüber vorausstehender Bestimmung die Frage:

wie viel?

Es kann mithin gar keine Regel, kein Grund-Princip wegen der Pflicht zur Kosten-Erstattung geben. Dozu bleiben die oben angeführte Gesetze, die nun nicht die Ausnahmen seyn können, die wahren Quellen. Nützlicher kann man diesen die

Nov. 82. c. 10.

hinzufügen. Hier will der Gesetzgeber,

die Richter sollen die Kosten-Rechnung genau untersuchen — sollen, wenn sie einmal den Sieger zum Eide über eine Kosten-Summe, die ihnen Recht geschienen ist, zugelassen haben, nicht die Freiheit haben, in weniger zu verurtheilen.

Wenn aber

ein Richter eingesehen habe, daß keiner in die Kosten zu vertheilen sey, etwa wegen Verwickelung des Rechtshandels: <sup>(31)</sup> so soll er auch das in der Sentenz bestimmen.

Nach

(31) propter negotii forte varietatem. Holoander in versione Novellarum sagt: propter controversiae



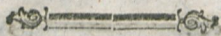
Auch hieraus erhellet, daß da, wo wegen einer zweifelhaften Sache — wo nicht wider Ueberzeugung, nicht aus Chicanen processirt worden, eine Kosten Erstattung nicht zu begehren sey; es wird hier bestätigt, was Zeno's oben erwähnte Constitution sagte.

§. 7.

Die Teutschen Reichs-Gesetze machen in den bisher entwickelten Grundsätzen so wenig eine Aenderung, daß sie blos in einzelnen Fällen, z. B. im Falle ungehorsamen Ausbleibens, nirgends aber im Allgemeinen Etwas der Proceßkosten Erstattung wegen bestimmen. Zwar hat der Abschied der Cammergerichts-Visitation vom Jahre 1713 <sup>(32)</sup> diese Stelle, „damit auch keine Parthen an „diesem höchsten Gerichte sonder sattsamen „Grund einige Rechtfertigung führe, oder ver- „folge, und dadurch dem Collegio Camerali „ohnnöthige Mühe, denen andern Par- „thenen Verzögerung ihrer rechtmäßigen „Sachen, seinem Gegentheile aber ungebühr- „liche

versiae varietatem. Nach dem Griechischen Texte sollte es übersetzt werden: propter quaestionis s. controversiae perplexitatem.

(32) §. 82. (v. Senkenbergische Sammlung der Reichstags-Abschiede. Th. IV. p. 278.)



„liche Kosten und Aufenthalt desselben Befug-  
 „niß mache: so soll die Vergleichung der auf-  
 „gewandten Unkosten ohne genugsame Ursa-  
 „chen in denen Urtheilen nicht geschehen, sondern  
 „der verlierende Theil in dieselben verurtheilet  
 „— — — werden.“

Aber dieser Abschied kann blos Norm für  
 das Reichs: Cammer: Gericht seyn. Nur für  
 dessen Verfahren Vorschriften zu entwerfen, war  
 die Deputation, die ihn gab, verordnet und be-  
 vollmächtigt. Für die ersten Instanzen Gesetze  
 zu machen — Gesetze, welche die allgemeine und  
 besondern Landes Rechte verändern, das lag au-  
 ßer ihrer Sphäre — Dann sagt aber auch der  
 Visitations: Abschied ja nur dies, die Vergleichung  
 der Kosten solle

nicht ohne genugsame Ursachen geschehen,  
 damit die Partheyen

nicht sonder sattsamen Grund Rechtferti-  
 gung führten,

vielmehr solle der verlierende Theil, wenn er ohne  
 sattsamen Grund Rechtfertigung geführt habe,  
 wenn keine genugsame Ursachen der Kosten: Ver-  
 gleichung vorhanden, in die Kosten verurtheilt  
 werden. Dies heißt, da, was

genugsame Ursachen der Kosten: Vergleichung  
 sind, — was

satt:



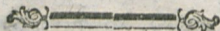
sattfamer Grund der Rechtfertigung in Rücksicht auf den gleichwol unterliegenden Theil ist, hier anders nicht bestimmt worden, nur so viel

eine Vergleichung der Kosten soll nicht geschehen, wo nicht die Ursachen vorhanden sind, welche die gemeinen Rechte für genügsame Ursachen der Vergleichung halten, das ist, wosern der Unterliegende nicht, außer dem Vorwurf der Chicane und unleidlicher Nachlässigkeit ist.

Ist er außer diesem Vorwurfe: so sind rechtliche, das ist, genügsame Ursachen der Kosten Vergleichung da.

#### §. 8.

Billig weicht jenen unbestreitbaren gesetzlichen Bestimmungen jede Theorie, die nicht etwa neuen abändernden Gesetzen, sondern Schlüssen aus andern eben so alten Rechts Wahrheiten oder der Aehnlichkeit des Rechts ihre Haltung dankt — und dies ist denn der erste und freylich hauptsächlichste Einwurf, welchen ich dem Herrn Professor Weber zu machen habe, wenn er den Satz, daß jeder im Proceße Unterliegender, ohne Unterschied, was für ein Grad der Schuld ihm

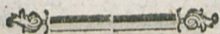


ihm bezumessen sey, selbst wenn ihm nur der geringste Grad der Schuld zur Last komme, die Kosten erstatten müsse, auf folgende Betrachtungen lehnt —

1) Die Proceß-Kosten wären eigentlich als Schäden zu betrachten, welche der Unterliegende dem Sieger verursacht habe. Die geringste Unachtsamkeit aber, wodurch ein Anderer verletzt worden, verbinde zur Entschädigung desselben, so bald nicht die Rede von aus einem Vertrage entstehenden Verhältnissen sey, welche einen geringeren Grad des Fleißes erfordern; also sey der Unterliegende zur Erstattung der Proceß-Kosten stets und in der Regel verbunden.

2) Derjenige müsse die äußerste Sorgfalt beobachten, mithin culpam levissimam prästiren, welcher ein Geschäfte unternehme, das seiner Natur nach eine ganz besondere Behutsamkeit und Vorsicht erfordere. — Dabin gehöre das Streiten vor Gericht, weil der ganze Zweck der Rechtspflege darin bestehe, daß jeder bey seinen Rechten und Befugnissen geschützt und alles Unrecht möglichst vermieden werde. Diesem Zwecke sey das ungerechte Proceßiren gerade zuwider. Wer sich also dieses zu Schulden kommen lasse, der missbrauche eine öffentliche zum gemeinen Wohl errichtete



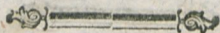


tete Anstalt zur Beförderung ungerechter Absichten  
— Ein jeder streitende Theil sey mithin zu der  
höchst-möglichen Sorgfalt verbunden, um derglei-  
chen Mißbrauch seiner Seits zu verhüten, widri-  
genfalls er den Schaden ersetzen müsse, der dem  
Andern dadurch zugesügt werde.

3) es sey eine **an sich ungerechte Hand-**  
lung, wenn man Andere, es sey nun durch ge-  
richtliche Klagen oder durch Ausflüchte und Eins-  
reden, die am Ende durch Urtheil und Recht ver-  
worfen werden, in Kosten setze — es könne daher  
der verlierende Theil als Urheber dieser **an sich**  
ungerechten Handlung den Folgen derselben nicht  
entgehen — **wofern nicht klar aus den**  
**Acten erhelle**, daß ihm durchaus keine widera-  
rechtliche Proceßführung mit Beystand der Gesetze  
und des Rechts zugerechnet werden könne. Er  
sey daher in der Regel und im zweifelhaften Fall  
allemal in die Kosten zu verurtheilen, wenn nicht  
rechtliche Gründe für ihn vorhanden wären,  
welche die Proceßführung entschuldigeten.

Jedermann sieht, daß wenn auch wider diese  
Gründe in sich Nichts erinnert werden mögte, sie  
dennoch als bloße analogische Schlüsse zurückstehen  
müssen, da klare Gesetze ganz anders disponiren.

Doch



Doch habe ich wider jene Argumente selbst  
noch mancherley auf dem Herzen —

§. 2.

In Ansehung des ersten Grundes fallen mir  
diese Bedenklichkeiten bey.

a) Man kann unmöglich die Erstattung der  
Proceßkosten nach den Grundsätzen sonstiger Ent-  
schädigungen beurtheilen. Denn einmal — da die  
lex Aquilia, welche die Grundsätze der Schadens-  
Erstattungen angiebt, eines der ältesten Römischen  
Gesetze ist — da sie, wie die noch übrigen Gesetze der  
Pandecten zeigen, so viele Commentatoren gehabt  
hat — da darüber in den Pandecten, im Coder, in  
den Institutionen so ausführliche Titel vorhanden  
sind, welche die Fälle in denen das Gesetz anwend-  
lich ist, erörtern; — da weiter die ganze bürgerliche  
Gesetzgebung am Ende Proceße oder deren Verhü-  
tung zum Gegenstande hat, folglich die Materie  
von der Erstattung der Proceßkosten den Gesetzge-  
bern, wie den Römischen Juristen stets vorschwe-  
ben mußte, wie sollte denn, wenn unter den  
Grundsätzen der Schadens Erstattung auch die der  
Proceßkosten begriffen wären, weder bey Erklärung  
des Aquilischen Gesetzes und der vielen Fälle, in  
welchen

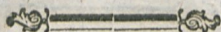


welchen dessen Anwendlichkeit gezeigt wird, die Anwendung desselben auf die Proceßkosten: Erstattung, noch bey der Lehre von dieser Kosten: Erstattung eine Verweisung auf die Grundsätze von der Schadens: Erstattung und das Aquilische Gesetz geschehen — wie vielmehr sogar gerade das Gegentheil dadurch zu erkennen gegeben seyn, daß der Proceßkosten: Erstattung nur in dem Fall des temerairen Proceßirens — und als einer Bestrafung desselben erwähnt wird?

Müßte man nicht zweitens, wenn die Proceßkosten als Schäden anzusehen, und die Grundsätze ihrer Erstattung einerley mit den der Erstattung sonstiger Schäden wären, eine Klage haben, mit welcher man sie principaliter fordern könnte, sie fordern könnte sie mögten von dem die Hauptsache entscheidenden Richter zuerkannt seyn, oder nicht? Hat man doch wegen zugesügter Schäden die Klagen der l. Aquiliae oder die actionem in factum praetoriam. Aber wegen der Proceßkosten soll man gar keine Klage haben; wenn nicht der Richter bey Entscheidung der Hauptsache sie zuerkannt hat. <sup>(33)</sup> Ein deutliches Zeichen, daß das Erkenntniß des Richters das Fundament, Kosten zu begeh-

(33) l. 3. C. de fructib. & litium expens. VII, 51.

E



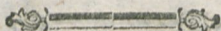
begehren ist, nicht die Theorie vom Schaden und dessen Erstattung. —

Drittens. Es hält an sich schwer, die Begriffe eines von dem Unterliegenden verursachten Schadens den Proceßkosten des Siegers anzupassen. Der Existential Grund dieser Kosten ist ja offenbar der Beschluß, der Wille des, der sie verwendet. Er überlegt, beschließt — ob er verwenden wolle? — was er verwenden wolle? Die Klage seines Gegners — oder falls der Sieger Kläger ist — die Weigerung seines Gegners, zu thun was er fordert, ist ihm Beweg Ursache jene Verwendung zu machen. — Aber ein Rath bewegt auch oft zu unnützen Verwendungen eines Andern, ohne daß man diese Verwendungen als Schäden ansähe, die dem Rathenden zum Effect der Schuldtigkeit sie ersetzen zu müssen zur Last kämen. <sup>(33b)</sup> So wenig man sagen kann, der gegebene unrichtige Rath habe die Verwendung zur nothwendigen Folge gehabt: so wenig kann man als nothwendige Folge der unrechtlichen Klage oder der unrechtlichen Weigerung die Kosten betrachten, welche man jene zu widerlegen, diese zu überwinden anwendet! — Es stand bey dem Beklagten, nicht zu antworten, stand bey dem, dem

(33b) l. 47. ff. de div. reg. jur. antiq. L, 17.



dem verweigert ward — nicht zu klagen — dann hatte er die Kosten nicht! Will man einwenden, in der unrechtlichen Weigerung liege doch ein Zwang zu klagen, in der unrechtlichen Klage ein Zwang sich zu vertheidigen, da man befürchten mußte, die Forderung ohne Klage nicht zu erhalten, oder ohne Vertheidigung verurtheilt zu werden? Nun so wäre doch der Zwang kein physischer, sondern höchstens ein moralischer Zwang. Es wäre eine Art des Zwanges, die nicht alle Freiheit des Willens aufhobe, wenigstens von den Gesetzen nach welchen alle unter solchem Zwange geschlossene Geschäfte an und vor sich bestehen, nicht für die Freiheit des Willens aufhebend angesehen wird. — Man kann also Verwendungen die unter solchem Zwange geschehen, unmöglich ohne weitere Umstände dem, dem man den Zwang Schuld giebt, als Folgen seiner Handlungen zur Last bringen. Es muß erst erhellen, daß die Gesetze den angeblichen Zwang für eine solche widerrechtliche Gewalt erklären, derentwegen sie den der ihn begangen haben soll, als Urheber der schädlichen Handlung ansehen — und wider ihn Klage auf Ersatz geben. Dies ist hier nicht der Fall. Wenn gleich nach ausgeführter Sache für den Obstehenden, daß er Recht habe erkannt wird: so wird



doch damit keines weges erkannt, daß der Unter-  
liegende vor ausgeführter Sache sich dem Rechte  
des Siegers schon hätte fügen sollen — daß in seiner  
bona fide geschehenen Anstellung einer Klage,  
die der Richter selbst nicht schon zur Zeit der Anstel-  
lung sondern erst nachdem bis zur Urtheil beschlossen  
worden, Verwerfungsfähig fand, oder in seiner  
bona fide geschehenen Weigerung eine nicht  
liquide Ansprache vor deren Ausmachung zu erfül-  
len eine Unrechtfertigkeit — vielweniger daß darin  
eine unrechtfertige Gewalt gelegen habe. Siehe  
doch, bona fides in allen den Fällen, wo die Ge-  
setze ausdrücklich ein anderes nicht ordnen, dem  
Besitzenden das, was die Wahrheit der Sache  
„gibt“; <sup>(34)</sup> daher denn Vertheidigung des  
Besizes bis zur Evidenz des Unrechts — und damit  
Verweigerung gegen eine noch nicht zur liquidität  
gebrachte Klage bis zur geschehenen Ueberzeugung  
erlaubt seyn muß. — Erklären doch die Gesetze  
ausdrücklich, daß auf die bona fide angestellte  
Klage der Begriff unrechtmäßiger Gewalt ganz  
unanwendlich sey. <sup>(35)</sup>

Diese Bemerkungen werden noch einleuchten-  
der durch den Unterschied zwischen wahrem und  
sörm-

(34) l. 136. ff. de divers. reg. jur. l. 17.

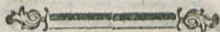
(35) l. 63. l. 155. ff. §. 1. de div. reg. Jur. l. 17.



förmlichem Rechte, den Herr Prof. Weber mit vielem Grunde einschärft. Die Urtheil macht nur förmliches Recht unter den Parteien — daraus folgt aber nicht, daß das, was sie Recht macht, auch wirkliches Recht sey — und war, als der Streit angien. Wer nach der Urtheil, seitdem sie, was sie sagt, zu förmlichen Rechte gemacht hat, diesem nicht gemäß handelt, der handelt offenbar unrecht, aber wer vor der Urtheil nicht thut, was durch sie nachmals förmlichen Rechts geworden ist, der kann nach eigentlichem Rechte Recht gehabt haben, und das förmliche Recht existirte noch nicht. Es ist also unmöglich der nachherigen Urtheil wegen sein Benehmen vor solcher und die dadurch seinem Gegner gegebene Veranlassung Kosten zu verwenden als eine unrechtmäßige Beschädigung desselben zu betrachten.

b) Gesezt aber man könnte die Grundsätze von der Schadens-Ersezung überhaupt auf die Proceßkosten-Erstattung anwenden: so ist 1) der Satz, daß außer contractlichen Verhältnissen die geringste Unachtsamkeit prästirt werden müsse, meines Ermessens so allgemein, wie ihn der Herr Prof. Weber vorträgt, nicht außer Zweifel. Er ist höchstens nur da richtig, wo die actio legis Aquiliae directa oder utilis Statt hat. Wenn dies Gesez,

C 3      das



das Gewaltthätigkeiten und Verderbungen körperlicher Sachen verhüten wollte, die es als Verbrechen betrachtete, die kleinste Nachlässigkeit nicht durchgehen ließ, sondern den höchsten Fleiß forderte: so folgt daraus auf Fälle von Verletzungen anderer Art Nichts. Wegen dieser geben die Gesetze *actionem in factum* s. *praescriptis verbis*, eine in jeder Hinsicht minder strenge Klage. Bey derselben haben im Betreff des Grades der Nachlässigkeit, welche ihr Fundament abgeben soll, eben die Regeln Statt, die bey Contracten Statt haben <sup>(36)</sup>. Man vergleicht das Geschäft, in dem der Schade geschah, mit einer der bekannten Contracts, Arten und deren Natur, untersucht zu wessen Vortheil es abzweckte — und findet so die Norm für die zu prästirende Schuld. Schon darum kann denn ein Processirender seinem Gegner zum höchsten Fleiß nicht gehalten seyn —

Aber 2) die Schuld, die dem im Proceß Unterliegenden in Rücksicht der dem Gegner verursachten Proceßkosten bemessen werden kann, ist auch nicht außer Contracten, sie ist in einem Contracte oder Quasi Contracte, begangen — sie ist in dem Contracte oder Quasi Contracte „die Sache  
„bis

(36) Arg. l. 16. §. 2. D. de praescriptis verbis XIX, 5.



„bis zur Endschaft vor dem Gerichte oder Richter,  
„vor dem sie angefangen worden, ausmachen, und  
„den zu erwartenden Ausspruch als richterliche  
„Sentenz betrachten zu wollen“ (<sup>37</sup>) begangen.  
Man denke nur an die Folgen der litiscontestation,  
daß durch sie die kurze Zeit daurende Klagen im  
Sinne der Gesetze verewigt, die Poenal Klagen  
auf Erben erstreckt werden — Veränderungen,  
welche nur aus einem vorgegangenen Contracte  
sich begreifen lassen (<sup>38</sup>). Was also auch wegen  
Praestirung der Schuld außer Contracten Rech-  
tens seyn mag, in unserem Falle mindestens  
gelten die milderen Regeln der Contracte (<sup>39</sup>).  
Ein zweyter Grund, warum von der culpa le-  
vissima die Rede nicht seyn kann.

3) Aus der letzten Bemerkung insbesondere  
scheint, da lediglich zum Vortheil des Gewinnenden  
der Contract oder Quasi-Contract geschlossen wird,  
zu folgen, daß in Verhalte sonstiger Grundsätze,

E 4

der

(37) l. 3. §. II. D. de peculio (XV., 1.) *sicut sti-  
pulatione contrahitur — — — ita a iudicio  
contrahi.*

L. 29. D. de novat. (XLVI., 2.)

(38) Hofacker in Inst. jur. Rom. §. 426. nennt den  
Contract Contractum iudicii accepti.

(39) l. 23. ff. de reg. Jur. L. 17.



der Unterliegende blos dolum und culpam latam zu prästiren habe.

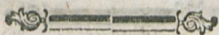
Dann verdienet 4) es nicht ganz aus der Acht gelassen zu werden, daß selbst in Geschäften, worin die kleinste Schuld zu praestiren ist, Schuld gegen Schuld, Nachlässigkeit gegen Nachlässigkeit aufgehe (<sup>40</sup>).

Wenn dem im Proceß Unterliegenden also auch das zur Last zu setzen wäre, daß, ob er gleich nicht aus Chicanen gestritten, er dennoch nicht den höchsten möglichen Grad des Fleißes in Untersuchung der Sache angewandt hat: so wird doch dem Sieger auch wenigstens in den mehresten Fällen als eine Nachlässigkeit bezumessen seyn, daß er seiner Klage oder seiner Einrede nicht diejenige Klarheit gegeben, die er ihr zu geben schuldig war, um im ersten Falle die Aufhebung eines Besizes oder Zahlung von dem Beklagten — im zweyten die Unterlassung einer in sich gegründeten Klage zu fordern, und so als ein guter Hausvater sich selbst für Proceß und Kosten:Verwendung zu sichern, oder den Gegner in den unstreitigen Fall der Kosten:Erstattung, in den Fall eines wider Ueberzeugung Streitenden, zu bringen. —

§. 10.

(40) I. II. pr. ff. ad l. Aquil. IX., 2.





## §. 10.

Der 2te Grund des Herrn Prof. Weber besteht in einer Schlussfolge, deren Stärke in der Unbestimmtheit des Vordersatzes zu beruhen scheint.

1) Will die Regel, welche ihn ausmacht, das sagen, was sie in dem Munde des Rechtslehrers (<sup>41</sup>), von dem sie entlehnt ist, sagt, „derjenige, der NB. einem fremden Geschäfte sich unterziehet, das ohne den höchsten Grad des Fleißes nicht glücklich hinauszuführen stehe, müsse diesen höchsten Grad des Fleißes und also „culpam levissimam prästiren“: so gebe ich die Richtigkeit derselben zu. Aber dann bestimmt sie Nichts über die Schuld des im Proceß Unterliegenden in Rücksicht auf die Proceßkosten, da der Unterliegende den Proceß, der freylich um glücklich hinausgeführt zu werden, Kunstkännniß und Kunstfleiß voraussetzt, NB. als sein eigenes Geschäfte wider den Obstegenden unternahm, mithin aus einer Regel, die die Uebernehmung fremder Geschäfte und die Verbindlichkeit, welche dieserwegen der Uebernehmende dem Eigener des Geschäftes hat, betrifft, nicht beurtheilet werden kann. Oder

C 5

2) will

(41) Helfeld in jurisp. forensi §. 324.



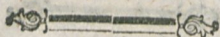
2) will der Satz des Herrn Professors so viel sagen: „Jeder, auch wer ein eigenes Geschäft unternimmt, das einen Nachtheil eines Andern nach sich ziehen kann, falls nicht der höchste Fleiß angewandt wird, ist zum höchsten Fleiße verbunden“. — Dann leugne ich, daß in den Gesetzen dieser Satz gegründet sey. — Man müßte sonst nie damit abkommen können, daß man bloß den geringsten oder den mittlern Grad des Fleißes prästire. Der Miethsmann müßte z. B. nicht bloß zum mittlern Fleiße gehalten seyn, sondern zum höchsten. Wie manche seiner Handlungen kann, ja muß — da er eine fremde Sache inne hat, dieser nachtheilig werden, wenn er nicht den höchsten Fleiß anwendet. Er gebraucht Feuer und Licht, Dinge, die ohne die äußerste Aufmerksamkeit, ihrer Natur nach gefährlich sind — Doch beschränken die Gesetze seine Verbindlichkeit auf den mittleren Fleiß. Die positiven Gesetze beurtheilen die Prästirung des Fleißes nicht aus der physischen Beschaffenheit einer Handlung, daß sie, wenn nicht dieser oder jener Grad des Fleißes angewandt wird, schädlich werden kann — sondern aus der Beschaffenheit des Geschäftes, bey dem die Handlung vorkommt und in dem der Fleiß zu prästiren ist, besonders auch aus dessen Nützlichkeit



keit für den Beschädigten, in Beyhalt der Grundsätze, daß, vermöge der Verhältnisse, worin die Einwohner des Staats gegen einander stehen, und der Rücksicht, die Einer heute der Andere morgen von dem Andern fordert, der Beschädigte nicht, wie er sonst nach absolutem Rechte der Natur befugt wäre, jede Unterlassung des Fleißes ersetzt begehren müsse. Und hier nehmen sie insbesondere an, man müsse von dem, der die Sache, die er vernachlässiget, für seine eigene gehalten und zu halten Ursache gehabt hat, nur den mittlern, ihm sonst gewöhnlichen Grad des Fleißes begehren. Ein dritter könne bey einem Geschäfte, das zunächst das Meinige war, einen größern Fleiß, als ich mir selbst bewies und wegen meines Interesse, ohne daß man mich dessen gänzlicher Vernachlässigung beschuldigen könnte, nur nöthig fand, in Rücksicht auf sein mit einschlagendes Interesse nicht erwarten. So leistet ein Socius culpam levem in concreto, die die Gesetze als eine Art der culpae latae ansehen (<sup>42</sup>). Diese culpa würde mithin nur von dem im Proceß Unterliegenden zu begehren seyn, der sein Recht in Ausübung zu bringen glaubte, und so sehr von diesem Rechte überzeugt war, daß er die Verwendungen nicht scheute, welche ihm der Proceß gekostet hat.

3) Will

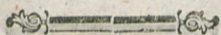
(42) l. 32. ff. depositi XVI., 3.



3) Will vielleicht endlich der Grundsatz des Herrn Professors sagen: Wer eine Handlung unternimmt, die in einen Mißbrauch einer zum öffentlichen Wohl gewidmeten Anstalt ausarten kann, der muß den größten Grad des Fleißes prästiren: so weiß ich zuvorderst abermal nicht, welches Gesetz das ordnet. Dann läugne ich — wenn ich den Fall, da jemand aus Chicanen processirt, ausnehme, von diesem ist aber keine Frage — ich läugne, daß das Processiren Etwas sey, das leicht in einen Mißbrauch einer zum öffentlichen Wohl gewidmeten Anstalt, die hier die Rechtspflege seyn soll, ausarten könne. — Die Rechtspflege ist eigentlich dazu da, zwischen Leuten, welche in den Meinungen von ihren Rechten und Schuldigkeiten abstimmig sind, zu entscheiden. Also kann sie nur ihrem Zwecke zuwider angewandt — und gemisbraucht werden, wenn man von dem Andern sich abstimmig stellt, es aber im Herzen nicht ist, oder wegen Klarheit der Sache für wider Ueberzeugung sich abstimmig stellend angenommen werden muß, das ist, in dem als hieher nicht gehörig ausbeschiedenen Falle, da man aus Vorsatz oder grober Nachlässigkeit einen unrechtfertigen Proceß führt.

In





In dem Falle — da man bona fide Recht zu haben glaubt, und für einen der das glauben konnte, angenommen wird, war man wirklich vom Gegner abstimmig, hatte, gesetzt der Gegner siegte nachmals, Ursache abstimmig zu seyn, handelte, indem man stritte, nicht ohne Grund — und bemühet mithin die Rechtspflege, der man die Beurtheilung seines Rechts unterwart, nicht ohne Noth, ihrem Zwecke folglich nicht zuwider. —

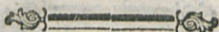
§. II.

Dem dritten Grunde des Herrn Professor Weber scheint dies entgegen zu stehen.

1) Es ist oben gezeigt, (§. 9. lit. a.) daß wenn man durch gerichtliche Klagen oder durch Ausflüchte und Einreden, die am Ende durch Urtheil und Recht verworfen werden, dem Andern Veranlassung gibt, Kosten zu verwenden, darum noch nicht gesagt werden könne, daß man ihn in Kosten gesetzt habe. Es ist eben daselbst

2) erwiesen, daß eine Klage: Anstellung oder die Vorbringung von Einreden, obwol man nachmals damit abgewiesen wird, (wenn man von dem Fall, da aus Chicanen gestritten wird, abstrahirt,) keine in sich ungerechte Handlung sey.

3) Die:



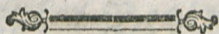
3) Diefemnach können die Koften des Ob-  
liegenden nicht ſchlechtſin als Folgen einer in ſich  
ungerechten Handlung des Unterliegenden ange-  
ſehen werden. Wann aber auch

4) ſie alſo anzufehen wären: ſo würde doch  
ihre Vergütung dem Unterliegenden nicht aus dem  
bloßen Begriff der Folge einer widerrechtlichen  
Handlung, ſondern nur dann erſt zur Pflicht wer-  
den, wenn bey der widerrechtlichen Hand-  
lung ein ſolcher Grad der Schuld obge-  
waltet hätte, den zu leiſten der Handelnde  
verbunden war — Denn nicht jede wider-  
rechtliche Handlung vergüten wir, ſondern nur  
die, in Anſehung deren uns eine Schuld zur Laſt  
kömmt, deren Präſtirung die Geſetze von uns  
fordern. Es bliebe alſo immer die Frage übrig,  
enthält die widerrechtliche Handlung, wodurch  
die Proceßkoften verurſacht werden, einen ſolchen  
Grad der Schuld des Unterliegenden, welchen zu  
leiſten er verbunden iſt? Bis dieſe beſtimmt  
worden, gibt die Widerrechtlichkeit der Handlung,  
wodurch die Proceßkoften veranlaßt ſind,

5) kein Princip, zu behaupten, der Unter-  
liegende ſey in der Regel, und im zweifelhaften  
Falle allemal in die Koften zu verurtheilen, wenn  
nicht rechtliche Gründe für ihn vorhanden ſeyn.

§. 12.





## §. 12.

Dies mag über den Grundsatz der Proceßkosten: Erstattung für jetzt genügen —

Eine weitere Ausführung und die besondere Betrachtung der hauptsächlichsten bey dieser Materie vorkommenden Fälle muß ich, zu andern Beschäftigungen abgerufen, einer zwoten Abhandlung vorbehalten.







Ko 2370

ULB Halle  
006 229 28X

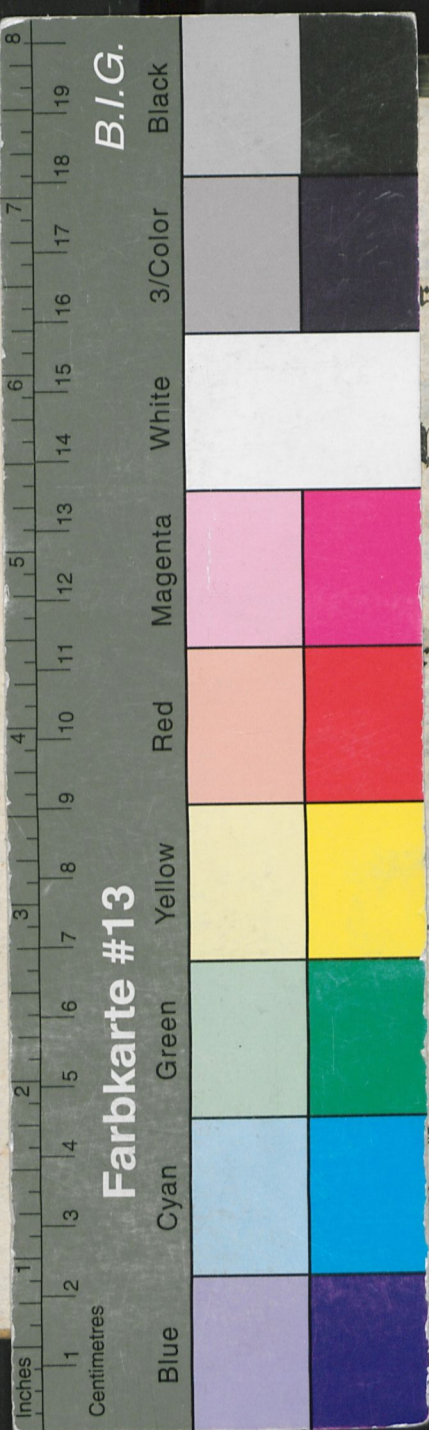
3



me







**Beitrag**  
zur Rechts- Theorie  
in Erstattung  
**Proceß- Kosten.**

Von  
Director Hennemann  
in Schwerin.

Schwerin 1789.