

Na. 136⁵



2

Zweyter Beytrag
zur Rechts-Theorie
über die Erstattung
der Proceß-Kosten.

Von
Postdirector Hennemann
in Schwerin.


Schwerin,
im Verlag der Wddnerschen Buchhandlung.
1792.

Zweiter Theil

der Geschichte

des Reichs

der Provinz

in Sachsen

in

der Provinz

in Sachsen





§. I.

Herr Professor Weber hat bey der zweyten Auflage seiner Abhandlung über die Proceß-Kosten, deren Vergütung und Compensation ¹⁾ die Zweifel zu heben gesucht, welche ich wider seine Theorie ²⁾ geäußert habe. Jeder Freund der Wahrheit muß ihm für diese Bemühung Dank wissen. — Vollständiger steht nun sein System in Stärke und Schwäche da! Das wird immer für die Wissenschaft Gewinn werden. — Man wird nun leichter über Recht und Unrecht urtheilen können. — Ich will zu diesem

1) Schwerin und Wismar 1790.

2) Siehe meinen Beytrag zu der Rechts-Theorie von Erstattung der Proceß-Kosten. Schwerin und Wismar 1789.

diesem Urtheile, da ich von allem dem Scheinbaren, was in des Herrn Professors Antworten liegt, nicht überzeugt bin, durch meine jetzige weitere Ausführung die Sache völlig reif machen.

§. 2.

Einig ist mit mir mein Herr Gegner darin³⁾, daß wir bey der Frage:

Was ist in Ansehung der Proceß-Kosten, deren Vergütung und Compensation den Rechten gemäß?

Vor allen Dingen darauf Rücksicht zu nehmen haben, was die Vorschriften der positiven, in Deutschland geltenden Gesetze in dieser Hinsicht mit sich bringen; daß nur, wo uns diese ganz verlassen, oder wenigstens keine ausdrückliche oder bestimmte Auskunft geben, in der Analogie des Bürgerlichen Rechts — und sodann in den Grundsätzen des Natur-Rechts die Quelle der Entscheidung zu suchen sey. Wir sind also darin einig, daß die erste Betrachtung, welche wir anzustellen haben, diese ist:

Was sagen, wegen Erstattung der Proceß-Kosten, die positiven Gesetze?

§. 3.

3) P. 23 der 2ten Auflage.

§. 3.

Aber von nun an findet man uns im gerade-
sten Widerspruche:

Herr Professor Weber glaubt, nach den
Vorschriften der gemeinen Rechte behaupten zu
können 4): Der verlierende Theil müsse,
der Regel nach, die Kosten bezahlen, diese
Regel leide zwar Ausnahmen, welche aber
in den Gesetzen so wenig genau bestimmt
seyn, daß wir nothwendig auf die Natur
der Sache, und die allgemeinen Grund-
sätze von der Schadens-Ersetzung zurück
gehen, und darnach die Zulässigkeit der
Ausnahmen bestimmen müssen. Unter
diesen Ausnahmen will er insbesondere die
nicht gelten lassen, daß dem verlierenden
Theile kein böser Vorsatz, oder keine *su-
pina negligentia* zur Last falle, sondern es
soll Alles darauf ankommen, ob der ver-
lierende Theil sich mit Recht auf einen
gänzlich Schuldlosen Irrthum
dergestalt berufen könne, daß er deshalb
auch von der Verbindlichkeit, den Gegner
in Ansehung der Kosten zu entschädigen,
sich loszählen dürfe —

A 3

Nach

4) l. c. p. 23 und feruer.

Nach meiner Meinung hingegen ist der gesetzliche Grund aller Kosten = Erstattung die Calumnie oder ein solcher Grad des Leichtsinnes und der Nachlässigkeit, welcher der Calumnie gleich gesetzt werden muß — Die Gesetze vertheilen, wie ich dafür halte, zur Kosten = Erstattung nur den, von dem aus den Acten erhellt, daß er wissenschaftlich eine unrechtfertige Sache durchzusetzen gesucht habe, oder dem eine vom bösen Vorsatz fast nicht zu unterscheidende grobe Nachlässigkeit zu Schulden kommt, dahingegen sie den, der *in bona fide* war, von der Kosten = Erstattung freysprechen.

Unser Streit beruhet demnach eigentlich auf folgenden zwey Fragen:

- 1) Sehen die Gesetze die Regel feste: daß ein im Proceß Unterliegender als ein solcher, dem Gegner die Proceß = Kosten bezahlen solle — sehen sie dies feste, ohne auf etwas weiteres als das Unterliegen — ohne auf die Calumnie — oder eine ihr gleich zu achtende grobe Nachlässigkeit des Unterliegenden Rücksicht zu nehmen?

oder

oder

2) setzen sie vielmehr, wenn sie von einer Kosten: Erstattung reden, allemal den Fall der Calumnien, oder einer groben Nachlässigkeit — und bestimmen sie wol gar ausdrücklich eine Freyheit von der Kosten: Erstattung für den, der für einen solchen, welcher aus Ueberzeugung von seinem guten Rechte processirt hat, angenommen werden muß?

Die erstere Frage geht die Wahrheit der Theorie des Herrn Professors Weber — die zweyte die der meinigen an. —

Ich kann daher wol auch mit Recht für die Bejahung der erstern Frage die Beweise von meinem Herrn Gegner erwarten, wie ich mich bescheide, sie für die Bejahung der zweyten liefern zu müssen —

§. 4.

Natürlich führt der Faden der Untersuchung uns zuerst zum Römischen Rechts: System —

Herr Professor Weber meint wirklich, daß es darin Gesetze gebe, welche — ohne Rücksicht

sicht auf den Fall einer Calumnien als Regel fest stellen, daß der Unterliegende die Proceß-Kosten bezahlen müsse —

Wir wollen sie einzeln erwägen — Nach Ihm enthält ²)) zuvörderst

l. 13. §. 6. C. de judic.

die Vorschrift:

„Omnes iudices sciant victum in expensarum causa victori esse condemnandum“ —

Und

3) p. 25. — Ich bitte mir zu verzeihen, daß ich mich hier einer vielleicht egoistisch scheinenden Anmerkung nicht enthalten kann. Ich habe in meiner ersten Abhandlung gesagt p. 24: Herr Prof. Weber führe als die Grund-Bestimmung, von der man ausgehen müsse, aus l. 13. C. §. 6. de iudiciis die Worte an:

Omnes iudices sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum,

und glaube darin den Satz:

daß jeder Unterliegende in die Kosten zu verurtheilen sey,

als Regel gegründet, davon aber die vorher von mir erläuterten Gesetze (l. 79. ff. de judic. §. 1. J. de poena temere litigantium) die Ausnahme — Aber das will der Herr Professor p. 26. der neuesten Ausgabe seiner Abhandlung nicht gelten lassen — er macht mir vielmehr den Vorwurf, nicht ganz richtig, aus seiner Schrift referirt zu haben, und ergreift

Und eine wirklich, kurz und gut so lautende
Vorschrift würde unstreitig ihm sehr zu statten
kommen — Aber ich habe schon in meiner vor-
rigen Abhandlung bemerkt, daß die Stelle so
heißt:

live autem alterutra parte absente live
utraque praesente lis fuerit decisa, omnes
judices sciant (victum) in expensarum
causa victori esse condemnandum quantum
pro solitis expensis litium juraverit.

U 5

Ich

greift diese Gelegenheit, um sich wegen der ihm von
mir zur Last gelegten unvollständigen Anziehung des
S. 6. l. cit. 13. C. durch Retorsion zu rächen. —

Ob seine Beschuldigung richtig sey, das verstelle
ich zum Urtheile des Lesers. Der Herr Professor
hatte p. 10 seiner älteren Schrift zu fördern geäußert:

„Zu den vielen Mißbräuchen, welche in Hinsicht
der Kosten-Erstattung nach und nach in den Ge-
richten eingeschlichen sind, findet sich hauptsächlich
ein gedoppelter Anlaß. Einmal fehlt es an aus-
drücklichen Gesetzen, welche in vorkommenden Fäl-
len allemal zur gewissen Richtschnur dienen könnten.
Es kommt meistens darauf an, den Abgang be-
stimmter Vorschriften durch Vernunft-Gründe und
mit Hülfe der Analogie zu ergänzen. Und da scheint
zweitens die Lehre vom Ersatz der Proceß-Kosten
noch nicht von allen Seiten die Betrachtung gefun-
den zu haben, und noch nicht sorgfältig genug auf
die:

Ich berufe mich nun auf jedes Gefühl: ob es ihm einerley dünke, dies Ganze oder das Stücklein der Stelle, welches Herr Gegner anzieht, zu lesen?

Man wird, denke ich, zugeben müssen, daß, wie in jenem Stücklein der Satz klar begründet wäre, — daß

der Ueberwundene dem Sieger die Kosten erstatten müsse, —

dieser

„diejenige Haupt-Materie im Systeme des Rechts, welche eigentlich die wahren Analogischen Gründe dazu hergibt, zurück geführt zu seyn“ —

Diese Hauptsäze entwickelt er nun weiter — er sagt:

„L. 13. §. 6. C. de judiciis enthält zwar die
 „Vorschrift: Omnes iudices sciant victum in
 „expensarum causa victori esse condemnandum“ — (Das verstehe ich so: l. 18. §. 6. C. de judic, gibt zwar einen Grundsatz der Pflicht der Kosten-Erstattung — den, daß der Ueberwundene dem Sieger die Kosten erstatten müsse) „alle in
 „es sind damit noch einige andere Gesetze zu verbinden“. (Dies erkläre ich: — man muß mit der Regel jener l. 13. C. noch die Bestimmungen oder Ausnahmen einiger anderen Gesetze in Verbindung setzen.) „In l. 79. D. de judiciis heißt es: Eum quem temere (Cursiv gedruckt) adversarium suum in iudicium vocasse constitit, victica,

dieser Satz mindestens weit minder klar in der im ganzen Zusammenhange betrachteten Stelle liege. — Die ganze Stelle angesehen und vor der Hand so interpunctirt und übersetzt, wie sie Herr Gegner interpunctiren und übersetzen würde, sagt:

Der Proceß mag aber in Abwesenheit einer Party, oder in Gegenwart beyder Theile entschieden seyn; so sollen, alle Richter wissen, daß der Ueberwundene im Puncte der Kosten dem Sieger zu verurtheilen sey auf so hoch, als er die gewöhnliche Kosten beschworen haben wird.

So

„tica litisque sumtus adversario suo reddere oportebit, und in §. 1. J. de poena temere litigantium lauten die Worte also: *Improbos* (ebensfalls Cursiv gedruckt) *litigator et damnum, et impensas litis inferre adversario suo cogatur*. — Der Gegensatz — *Ulein es sind, ic.* dann der Cursiv = Druck der Worte *temere* — *improbos* ließen mir keinen Zweifel übrig, daß Herr Professor Weber diese Gesetze als zu näheren Bestimmungen und Ausnahmen, mindestens dem Anscheine nach, führend — daß er sie als Beschränkungen der l. 13. §. 6. de judic. angezogen habe. Vielleicht urtheilen auch Andere also. Wenigstens wird man nicht finden, was Herr Professor Weber meint, daß jeder, in der angezogenen Stelle finden werde, daß

So bestimmt sie aber wol so deutlich bey weitem nicht die Verbindlichkeit des Unterliegenden zur Proceßkosten-Erstattung, als das jenseits hingeschriebene Stücklein,

Alle Richter sollen wissen, daß der Ueberwundene im Puncte der Kosten dem Sieger zu verurtheilen sey,

solche bestimmen würde. Bey der ganz gelese-
nen und erwogenen Stelle muß es, so oben-
hin man sie auch betrachtet, wenigstens pro-
blematisch scheinen, ob darin Anweisung gege-
ben

daß er nicht sowohl in der alleinigen l. 13. §. 6. C. de judic. als vielmehr in verschiedenen andern dort angeführten Gesetzen seine Behauptung gegründet habe. — Denn 1) deutlich zieht er als die Regel die Stelle aus l. 13. §. 6. C. de judic. an. Mit dieser verbindet er 2) die andern angeführten Gesetze durch einen Gegensatz; so pflegte man Dinge, die einander bestärken sollen, nicht in Verbindung zu setzen — und 3) in diesen andern Gesetzen läßt er Worte *Cursiv* drucken, die doch die Allgemeinheit des Satzes, den er behauptet, und den die ex l. 13. §. 6. de jud. hingeschriebene Stelle beweisen würde, mindestens zweifelhaft machen. — Selbst in der angeführten Stelle des Visitations-Abschiedes vom Jahre 1713. §. 82 hat er die Worte, ohne genugsame Ursachen *Cursiv* drucken lassen — so daß man sie, für zur Beschränkung der Allgemeinheit der Pflicht der Kosten-Erstattung angeführt halten muß.

Ben worden, darüber, daß der Ueberwundene dem Sieger die Kosten bezahlen solle oder nicht vielmehr darüber, daß der Richter im Kosten-Puncte den Ueberwundenen nicht in weniger Kosten, als der Sieger beschworen habe, verurtheilen solle — ob also nicht ohne eine Verbindlichkeit des Ueberwundenen zur Kosten-Erstattung hier festzustellen, vielmehr bloß das bestimmt sey, daß er — seine Verbindlichkeit die Kosten zu bezahlen, vorausgesetzt — nicht in weniger als der Sieger verwandt zu haben, beschwört, verurtheilt werde? — Eine genauere Erwägung aber dürfte für die letztere Deutung hoffentlich in folgenden Gründen sogar das Uebergewicht finden. —

a) Das in der Stelle

omnes iudices sciant (victum) in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit

vorkommende Wort:

victum

ist nur aus Verbesserungen der Herausgeber in den Text gekommen, wie das bekannte Laursellische Zeichen der Parenthese beweiset. Ob
irgend

irgend ein alter Coder es habe, oder ob die Verbesserung bloß aus dem Gutfinden des Verbesserers entstanden sey, stehet dahin. — Genug, daß man es nicht ungezweifelt als ein Wort des Textes annehmen kann. — Aber wenn mit Ausfalle dieses Wortes die Stelle heißet:

omnes iudices sciant in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis iuraverit,

wer kann dann noch wol zweifeln, daß hier gar von der Frage:

ob der Besiegte in die Kosten zu verurtheilen sey?

nicht, sondern bloß davon die Rede sey:

Wie viel im Kosten: Puncte zuerkannt werden müsse?

vorausgesetzt, daß dieser Punct in Ansehung der Frage: Ob? sonst schon seine Bestimmung erhalten habe.

b) Aber auch selbst dann, wenn man mit Aufgabe jener Bemerkung das Wort victum dem Texte lassen müßte, bleibe der angegebene Sinn des Gesetzes der einzig gedenkbare.

Ich

Ich lese sodann :

omnes *judices* sciant victum in expensarum causa, victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit,

bezeichne also die Worte:

victum in expensarum causa,

als zusammen gehörig, durch ein dahinten gesetztes Comma, und so kommt die Verordnung heraus:

Alle Richter sollen wissen, daß der im Kosten-Punct Ueberwundene, dem Sieger auf so hoch zu verurtheilen sey, als dieser beschworen haben wird.

Es kann kein Einwand seyn, daß die Ausgaben des *Corporis juris* ein solches Comma nicht haben; denn da bekanntlich dieses Unterscheidungs-Zeichen jünger als Justinians Zeitalter ist: so hat es von jedem Schreiber und Herausgeber seines Gesetzbuches abgehangen, wie freigebig, oder sparsam, er damit umgehen wollen; Und so steht es, begreiflich, noch einem Jeden frey, nach seinem critischen und hermenevtischen Gefühle darunter Abänderungen zu treffen. Man dürfte wol schwerlich mit Herrn Profes-

sor

for Weber dies critische Hülfsmittel hier vergeblich — und den victum in expensarum causa sehr gezwungen finden. Nicht vergeblich das critische Hülfsmittel, da es einen ganz guten Sinn gibt — nicht gezwungen den victum in expensarum causa, da sonst das

in expensarum causa

ganz überflüssig seyn würde. Es wäre ja hinlänglich mindestens weit natürlicher, wenn es hiesse
omnes iudices sciant, victum victori etiam esse condemnandum, quantum pro solitis expensis victor iuraverit.

Wider meine Leses: Art und Erklärung redet übrigens die Fassung des Gesetzes so wenig, daß vielmehr daher ein neues Argument für ihre Richtigkeit kommt —

Das Gesetz fängt an:

sive autem alterutra parte absente, sive utraque praesente lis fuerit decisa — (nicht sit decidenda).

„Der Proceß mag in Abwesenheit eines Theils, oder in Gegenwart beider Theile entschieden seyn — nicht entschieden werden sollen“ — Das Gesetz nimmt also den Fall schon entschiedener

bener nicht erst zu entscheidenden Processen an.
 — In diesem Falle nun sagt es:

sciunt omnes iudices victum in expensarum
 causa victori condemnandum — quantum
 pro solitis expensis litium iuraverit,
 es soll mithin,

nachdem schon die Sache entschieden ist,
 der, wider welchen entschieden — der, welcher
 überwunden worden ⁶⁾, im Kosten-Puncte ver-
 urtheilt werden, auf so hoch

als der Steger beschworen haben wird. —

Aber die Verurtheilung in die Kosten an sich,
 kann nicht nach entschiedener Sache; sie
 muß, vermöge bekannter Gesetze, mit der Ent-
 scheidung der Hauptsache zugleich gesche-
 hen ⁷⁾. Aller Antrag auf Kosten fällt sonst
 weg ⁸⁾. Die Verurtheilung im Kosten-Puncte
 mithin, wovon unser Gesetz redet, daß sie nach
 entschiedener Sache, wider den Ueberwun-
 denen geschehen soll, kann keine Verurtheilung
 in

6) Ich abstrahire hier von dem Zusatz in expensarum
 causa als zu dem Worte Victum gehörig.

7) l. 3. C. de fructibus et litium expensis, VII. 51.

8) l. 1. cit.

in die Kosten an sich seyn. — Es muß viel mehr diese Verurtheilung als mit Entscheidung der Hauptsache zugleich schon geschehen, angenommen werden. — Die Verurtheilung in die Kosten, die, wie das Gesetz will, noch nachher, die nach der Entscheidung der Hauptsache noch geschehen soll, muß folglich nur die Bestimmung der Quantität enthalten — nur eine Verurtheilung in die beschworne Quantität seyn — (*victori esse condemnandum quantum iuraverit*).
 „Wenn der Proceß entschieden, und der eine Theil in die Kosten verurtheilt ist: so sollen alle Richter wissen, daß der Ueberwundene im Kosten: Punkte dem Sieger auf so hoch (auf nicht weniger) zu verurtheilen sey, als dieser beschworen haben wird.“ — Das rechtfertiget denn unwidersprechlich meine Lesart und Erklärung. — Mit sich selbst müßte auch sonst das Gesetz in Widerspruch treten. Nach §pho desselben soll ja, wenn beyhm Ausbleiben des Klägers für diesen erkannt wird, er gleichwol zur Strafe dem sonst überwundenen Beklagten, also nicht dieser ihm, — es soll in diesem Falle dem Ueberwundenen der Sieger die Kosten erstatten. — Damit würde es offenbar contrastiren, wenn §pho 6, nach jenseitiger Meinung gesagt wäre:

Es

Es solle der Ueberwundene, der Proceß
 möge in Abwesenheit eines Theils,
 oder in Gegenwart beyder entschieden seyn,
 Dem Sieger zu den Kosten verurtheilt
 werden.

Ganz verträglich ist hingegen mit dem §pho 3
 der §phus 6. nach meiner Deutung — wenn
 nämlich er über die Kosten: Erstattung selbst
 Nichts — sondern blos das bestimmt:

daß der im Kosten: Puncte Untergelegene
 — welches in der Regel zwar der in der
 Hauptsache untergelegene, im Fall des
 §phi 3 eben des Gesetzes aber der in der
 Hauptsache gesiegt habende und nur un-
 gehorsamlich ausgebliebene Kläger ist —
 dem Sieger im Kosten: Puncte, in Rück-
 sicht auf die Quantität der Kosten, auf so
 hoch verurtheilt werden solle — als der
 Sieger beschworen haben werde.

2) Das zweenyte Gesetz, welches mein Herr
 Gegner anzieht, ist l. 5. C. de fructibus et litium
 expensis 2). Dies Gesetz ist nicht glossirt. Ich
 habe aber Nichts dawider, daß dasselbe zur
 Vervollständigung des Römischen Rechts: Sys-
 tems in dem Puncte, worüber wir streiten, in

B 2

Erz

9) VII. 51.

Erwägung gezogen werde. Nur muß ich das sonderbar finden, daß Hr. Prof. Weber sich auf das Gesetz mit Recht berufen zu können meint, um einen seiner Regel gemäßen Sinn zu beweisen ¹⁰⁾; in so fern aber, als eben dies Gesetz zu einer seine Regel beschränkenden Ausnahme führt, sehr sorgfältig erinnert: „daß die Verordnung, da sie zu den nicht glossirten Gesetzen gehört, überhaupt in Rücksicht auf gerichtliche Anwendung nicht weiter in Betracht komme, also in Ermangelung anderer gültiger Vorschriften die Sache lediglich nach Vernunftgründen und rechtlicher Analogie zu bestimmen sey ¹¹⁾. Kann das Gesetz gebraucht werden, den Sinn des Römischen Rechts wegen der Regel darzustellen; so muß es auch gebraucht werden können, ihn wegen der Ausnahmen, das ist, wegen der Bestimmungen der Regel darzustellen, da ja sonst eine unbeschränkte Regel statt einer beschränkt gedachten, eine Regel ohne die Ausnahmen entstehen würde, welche eben das Gesetz dachte, das die Regel setzte — Was sagt denn nun aber das Gesetz für die Regel des Herrn Professors? Der Herr Professor läßt es sagen:

Qui-

10) p. 29 der 2ten Ausgabe.

11) *ibid.* p. 68.

Quivis iudex in sententia sua jubeat, victum factos in iudicio sumptus praestare¹²⁾.

Danach sollte man glauben, dies Gesetz verordne:

Daß jeder Richter in seiner Sentenz befehlen solle, daß der Ueberwundene die im Gerichte aufgewandte Kosten bezahlen müsse.

Und Herr Professor Weber scheint dieser Meinung zu seyn, indem er unmittelbar, nach Ausfüßung jener Worte, hinzusetzt:

„Was kann deutlicher seyn, als die allgemeine Vorschrift gleich zu Anfange des Gesetzes? Unstreitig enthält sie die Regel, wornach der Richter verfahren soll, mithin gerade das, was ich behaupte.“

Aber auch bey Anführung des Gesetzes sind von dem Herrn Professor Weber einige Worte übersehen, die den Inhalt minder bestimmt, nehmen lassen.

Das Gesetz sagt:

Constitutio praecipit ut quivis iudex in sententia sua jubeat, victum factos in iudicio sumtus praestare.

§ 3

Das

12) p. cit. 29.

Das Gesetz verordnet also nicht, daß der Richter in seiner Sentenz befehlen solle, daß der Ueberwindene die Kosten bezahle — es erzählt, daß eine andere Constitution das vorschreibe. Und wenn man nun herumfiehet, welche Constitution damit wol gemeint seyn könne, wenn man das relatum zum referens sucht, ohne welches man dieses Sinn selten ganz versteht; so kann wol keine andere Constitution verstanden seyn, als die der Kaiser Honorius und Theodosius¹³⁾:

„es solle nach entschiedener Sache keine
 „Klage, wegen der Kosten Statt haben,
 „wenn nicht der Richter, der in der Hauptsache das Urtheil gesprochen, auch in Gegenwart der Parteyen im gerichtlichen
 „Auspruche erklärt habe, daß dem Sieger in der Hauptsache die Kosten erstattet werden müßten, oder ihm deshalb eine
 „Klage rechtlich zukomme.“

diese Constitution, die dergestalt bestimmt, daß der Richter, wo er will, daß dem Sieger die Kosten erstattet werden sollen, dies in seinem Urtheile ausdrücken müsse. Gehörig verstanden sagt demnach l. 5. C. eod. in den angezogenen Worten Nichts weiter als dies:

13) l. 3. C. eod. VII, 51.

Die Constitution (l. 3. C. cod.) schreibt vor, daß jeder Richter in seiner Sentenz es ausdrücklich setzen solle (jubeat), daß der Ueberwundene die im Gerichte aufgewandte Kosten bezahle. (Versteht sich, wenn er ihn dazu pflichtig hält.)

Das jubeat, von dem bekannt ist, daß es bey Weitem nicht immer von Befehlen zu übersetzen sey¹⁴⁾, ist hier so viel: als expresse statuat, oder wie l. 3. C. cod. ausdrückt, *juridica pronuntiatione significet*. Und so ist denn Nichts weniger in diesem Gesetze, als die Regel enthalten, daß der Unterliegende in die Kosten zu vertheilen sey. — Wäre sie indessen darin enthalten; so zerstört doch wiederum die Ausnahme, die geständlich eben das Gesetz hat, alles Nützliche, was für den Herrn Professor Weber die Regel hätte: —

Si quis vero *bona fide* solverit aut actor a lite destiterit — aut etiam judex inveniat *eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem* hic evitabit impensarum condemnationem. —

§ 4 „Wenn

14) Mit dem Griechischen in den Basilicis vorkommenden Wort *κελευειν* hat es eben die Bewandnis.

„Wenn jemand (der verklagt ist) *bona fide* zahlt,“
 (d. h. zahlt, so bald er vom Klagegrunde Ueber-
 zzeugung hat) „oder als Kläger von der Klage
 „*bona fide* zurück tritt,“ (die Klage fahren läßt,
 so bald er ihren Ungrund gewahr wird,)
 „oder“ (wenn er zwar den Proceß zu Ende führt)
 „der Richter aber findet ihn nicht als *Chican-*
 „*neur*, (non *Calumniatorem*)“ sondern über
 eine zweifelhafte Sache streitend, (de re dubia
 litigantem) „der wird der Verurtheilung in die
 „Kosten entgehen.“

Klärer kann doch wol nichts gesagt werden,
 als hier es gesagt ist, daß *bona fides* — der
 nach, von seinem Unrechte, erhaltener Ueber-
 zzeugung, zahlenden Beklagten, oder von der
 Klage abstehenden Kläger von der Kosten-
 stattung befreye — und daß so gar der, der
 seinen Proceß bis zum gerichtlichen Erkenntnis
 fortführe, und dann unterliege, von den Kosten
 frey sey, wenn der Richter finde, er habe nicht
 aus *Chicane* gestritten. Immerhin habe das
 Gesetz also die Regel:

Der Ueberwundene muß die Kosten bezah-
 len. —

In der gleich angeführten Ausnahme
 wer aber nicht als *Chicaneur* gefunden
 wird, wer über eine zweifelhafte Sache —
 wer

wer bona fide — und nur so lange, als diese bona fides angenommen werden kann — gestritten hat, der wird nicht in die Kosten verurtheilt,

in dieser Ausnahme liegt nach den Grundsätzen einer gesunden Vernunftlehre eine solche Einschränkung der unbestimmt vorgetragenen Regel, daß es völlig einerley ist, ob ich sage, ein in der Hauptsache Unterliegender muß die Kosten bezahlen —

ausgenommen, wenn er bona fide, wenn er ohne Calummie gestritten hat,

oder

der erstattet die Kosten, der nicht bona fide, der nicht ohne Calummie gestritten hat,

oder

nur der erstattet die Kosten, der aus Calummie, der nicht bona fide gestritten hat. —

Allemaal hört die Regel auf, eine Regel zu seyn, die ohne Rücksicht auf Calummie, oder bona fides dem Unterliegenden blos auf dem Grunde des Unterliegens die Kosten-Erstattung zur Last brächte.

das Wenig Glück wird der Einwand machen ^{14b}).

Man müsse die auf die Ausnahme

si cum iudex non inveniatur calumniatorem

folgende Worte:

sed de re dubia litigantem

wol erwägen. Diese zeigten im Zusam-

hange des ganzen Gesetzes deutlich genug,

daß die Absicht nicht sey, nur dem eigent-

lichen Calumniatori allein die Verbind-

lichkeit der Kosten-Bezahlung aufzulegen."

Ich denke, jene Worte — eben im Zusammenhange des Gesetzes — zeigen das gerade Gegentheil — sie zeigen in diesem Zusammenhange, daß nur dem Calumniatori die Verbindlichkeit der Kosten-Erstattung aufzulegen sey. — Die Worte sed de re dubia litigantem sind eine Definition des non Calumniatoris — sind hingesezt um deutlich zu machen, was mit dem Sate: si iudex cum non inveniatur calumniatorem, gesagt seyn solle. Es ist von einem im Proceß Unterliegenden die Rede; dieser stritt über eine klare, oder über eine zweifelhafte Sache. Im ersten Falle findet ihn der Richter als einen Calum-

114b) p. 30 der neuesten Aufl. der Weberschen Schrift,

Calumniatorem, im zweyten findet er ihn non Calumniatorem. — Wer über eine zweifelhafte Sache streitet, den kann man ja nicht pro Calumniatore nehmen. Diese Deutung bestätigt gerade der Zusammenhang. Wer verklagt, bona fide zahlt, zahlt, so bald er von seiner Schuld überzeugt ist. — Wer bona fide von der angestellten Klage absteht, sie fallen läßt, so bald er ihren Ungrund einsehen kann — der ist nach dem Anfang der Stelle von der Kosten: Erstattung frey. Das gibt ja schon einen analo- gischen Schluß, daß wer zwar den Proceß bis zur Endschafft fortführt, aber als in bona fide geblieben angenommen werden muß, auch von der Kosten: Erstattung frey sey — welcher Schluß denn die Erklärung, daß die im Gesetze folgende Worte, es sey auch der frey, quem iudex non invenit calumniatorem, quem invenit de re dubia litigantem — gerade das besagen, rechtfertigt — So ist natürlich; Unnatürlich hingegen mit Herrn Professor Weber den de re dubia litigantem für einen vom non calum- niatore Unterschiedenen, für einen solchen zu nehmen, welchem die ungerechte Proceß: Füh- rung gar nicht zur Last fallen könne¹⁵⁾, für einen, der über eine That: Sache, die er mit
Recht

15) p. 31 der letzten Auflage der Weberschen Schrift.

Nicht ignoriren können, gestritten habe.
 Wenn dergestalt das

de re dubia litigantem

einen ganz anderen als den non calumniatorem
 — Wenn es einen noch Schuldloseren als diesen anzeigen sollte; wie unnützlich — wie so offenbar blos um Misverstand zu erregen wäre dann überhaupt des non calumniatoris gedacht? Warum denn nicht blos

aut iudex eum inveniat de re dubia litigantem;

Warum

aut iudex eum inveniat non calumniatorem sed de re dubia litigantem?

Und — was berechtigt wol den
 de re dubia litigantem

für einen solchen zu nehmen, dem die Proceßführung gar nicht zur Last fallen kann —
 Was den Ausdruck:

de re dubia

von That-Sachen, die der Unterliegende ignoriren dürfe, und nicht auch vom streitigen Rechte zu verstehen? Ist, soviel die erstere Idee betrifft — etwa zweifelhaft und unerforschlich einerley? ist nicht von einer Sache die

16) p. 67 und 68 der Weberschen Schrift.

die Rede, die durch Urteilspruch entschieden wird, also auszumachen, zu erkennen war, bey der folglich völlige Schuldlosigkeit des Unterliegenden schwerlich gedenkbar ist? Und in Betref der zweenen Idee — haben wir nicht einen ganzen Titel in den Pandecten, der *de rebus dubiis* überschrieben ist, und größtentheils zweifelhafte Fragen des Rechts entscheidet? Warum soll denn in unsern Gesetze unter dem

de re dubia litigante

einer verstanden werden, der über zweifelhafte Thatsachen, aber ja nicht der, der über zweifelhafte Rechtsfragen gestritten hat? Zudem ist in den Basilicis, woraus die Stelle genommen ist, der Ausdruck gebraucht:

ἐπὶ ἀμφίβολῳ πρᾶγματι διὰζόμενον,
das muß nicht nothwendig, wie Cujaz es übersetzt hat, übersetzt werden: *de re dubia litigantem*; es kann eben so wol heißen,

in lite dubia litigantem

oder

de causa dubia litigantem,

welches denn gewiß keinen auf zweifelhafte Thatsachen beschränkten Sinn gäbe. Am wenigsten ist ein Grund da, die Stelle von solchen zweifelt

zweifelhaften That-Sachen zu erklären, welche
der Unterliegende mit Recht ignoriren
könne — Darauf weist Nichts. —

Aber, sagt Herr Gegner, aus der Allge-
meinheit der Vorschrift

victum factos in iudicio sumtus praestare
debere

folgt, daß nicht der non calumniator sogleich
ausgenommen seyn könne, sondern daß in den
Worten

de re dubia litigantem

eine größere Schuldlosigkeit gemeint seyn müsse?
Wer findet dies außer Ihm? Hindert die All-
gemeinheit der Regel eine Ausnahme des

de re dubia litigantis

nicht; so sehe ich nicht, wie sie gerade die
Ausnahme des

non calumniatoris

unmöglich mache. Der eine ist ja per hypo-
thesin so gut überwunden, mithin an sich von
der Allgemeinheit der Regel so gut ergriffen wie
der andere. Diese kann also durch die eine
Ausnahme nicht unzutreffender werden als die
andere. Der Grund der einen Ausnahme ist
wie der Grund der andern, die Willkühr des
Gesetz-

Gesetzgebers, von seinem Gefühle der Billigkeit geleitet.

3) Das dritte Gesetz, womit Herr Gegner seine Meinung zu begründen suchet, ist Ulpian's Ausspruch

l. 79. D. de judiciis 17).

Eum quem temere adversarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumtus adversario suo reddere oportebit. Alles kommt hier auf die Frage an, was heißt

quem temere adversarium in iudicium vocasse constitit?

Herr Professor Weber sagt: „Daß hier nicht „blos derjenige gemeint sey, dem ein böser Vorsatz zur Last fällt, sondern überhaupt ein Jeder, welcher eine Sache vor Gericht durchzusetzen gesucht hat, die am Ende wider ihn ausgefallen ist, wird man mir zugeben müssen.“

Allein gerade dies gebe ich ihm nicht zu. Ich verstehe überhaupt unter einem temere Processirenden — unter dem quem temere adversarium in iudicium vocasse constitit einen frevelhaften Processführer, einen solchen, der entweder mit wirklichem bösen Vorsatze, oder einem

17) V, I.

Leichtsinne, welcher gesetzlich einem bösen Vorsatz gleich gilt, unrechtfertig Proceß geführt hat. Und ich hoffe, daß ich mich hierüber mit den Römischen Rechtsgelehrten und den Gesetzen des Römischen Rechts sehr wol vertragen werde.

Aus ihnen ist die Unrichtigkeit der Behauptung ersichtlich, „daß die Alten unter temere handeln immer nur so viel verstanden haben, als vergeblich handeln — und das Prädicat eines temere litigirenden nach dem wahren und ächten Sprachgebrauche mit Recht demjenigen bengelegt werde, welcher vergeblich gestritten, das ist, vor Gericht etwas durchzusehen gesucht habe, was er am Ende nicht erreichen konnte, sondern durch Urtheil und Recht verworfen werden mußte“¹⁸⁾. — Temere handeln heißt — in seiner eigentlichsten Bedeutung frevelhaft, leichtsinnig, ohne Ursache handeln — Wenn z. B. Jemand beim Genius des Fürsten, daß er nicht schuldige, geschworen, und falsch geschworen hatte (si pejeraverit) oder wenn er mittelst Eides versprochen hatte, zu zahlen, und zahlte dennoch nicht; so sollte er mit Prüegeln gezüchtigt werden unter dem Zuruf: *temere ne jurato*¹⁹⁾! Sichtlich heißt

18) S. die Webersche Schrift, 2te Aufl. p. 32—33.

19) l. 13. §. 6. D. de jurejur. XII, 2.

Hier temere wider besser Wissen falsch, frevelhaft, leichtsinnig. Das temere ne jurato hielt die Ursache der Strafe, die einen Meineid ahndete, dem Verbrecher vor! Die Idee des Vergeblichen hat hier nicht Statt — Ein entlaufener Knecht hatte, aus Furcht zu seinem Herrn zurückkehren zu müssen, sich selbst als einen Mörder angegeben, und, um der Angabe Glauben zu verschaffen, so gar Complicen zu haben vorgebildet — auf der Tortur kam heraus, daß die angegebene Complicen mit ihm Nichts zu schaffen gehabt, et ipsam de se temere commentum²⁰⁾. — Was heißt hier temere? Etwas vergeblich — wie nach Hn. Weber es immer heißen soll? oder heißt es nicht frevelhaft, fälschlich, wider besser Wissen? Quisquis sagt der Kayser in l. 7. ad l. Jul. de vi privata²¹⁾ probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit. Wird hier mit dem Verluste der Forderung und wie die folgende l. 8. eod. sagt — mit dem Verluste des dritten Theils des Vermögens und der

20) l. 1. §. 27. D. de quaest. XLVIII, 18.

21) XLVIII, 7.

22) XIV IX. Iniqui T. m. C. R. or 2. 1. (S. 11)

Infamie das bestraft — daß man Sachen, die dem Schuldner gehören, vergeblich besitzt — oder daß man ohne gerichtlich eingewiesen zu seyn, frevelhaft eigenmächtig sich in Besitz gesetzt hat? — Von einem, der ein durch Verjährung erloschenes Verbrechen eingeklagt, also eine Klage angestellt hatte, deren Ungrund sich von Anfang an übersehen ließ, wird gesagt, er sey eines größeren Hasses würdig, *qui temere ad tam improbam accusationem processisset* 22). Hier kann wol wiederum das *temere* nicht anders, als frevelhaft, aus Gefährde, boshafter Weise, übersetzt werden. Es kann wol nicht gesagt seyn sollen, der Ankläger sey eines größeren Hasses würdig, da er vergeblich, ohne es durchsetzen zu können, zu einer so unrechtfertigen Klage geschritten sey. —

Es ist aber vor jetzt schon genug, wenn, wie ich bewiesen habe,

temere nicht immer so viel, als vergeblich, sondern auch — mindestens zuweilen — so viel als frevelhaft, wider besser Wissen — anzeigt, um den Beweis des Hn. Professors aus der l. 79. D. de iudiciis zu entkräften. — Denn wie will er behaupten, daß unter dem

quem

22) l. i. §. 10. ff. ad Sctum Turpill. XLVIII, 18.

*quem temere adversarium in jus vocasse
constitit*

nicht sowol der gemeint sey, dem ein böser Vor-
satz zur Last fällt, als vielmehr überhaupt jeder,
der eine Sache vor Gericht durchzusetzen gesucht
hat, die am Ende wider ihn ausgefallen ist?
Wenn das *temere* auch nur zuweilen so viel,
als frevelhaft, wider besser Wissen, gefährdender
Weise, bedeutet, womit ist dargethan, daß es
in jener Stelle nicht dies, sondern vergeblich —
Effectlos bedeute? — angenommen, es habe
auch zuweilen diesen letzteren Begriff. —

Doch wäre diese Annahme eine Frengeligkeit,
die ich mir auf Kosten der Wahrheit nicht er-
lauben darf.

Im Gegner, den bey dieser Gelegenheit nach-
zusehen mir Herr Gegner anrät, finde ich so-
wenig, daß die Alten auch nur zuweilen unter
temere handeln, vergeblich — ohne Effect han-
deln — verstanden haben, als aus den beyden
gegenseitig angezogenen Gesetzen

l. 1. §. 17. D. de separat. l. 1. §. 5. D. ad
Sect. Turpill.

ersichtlich ist, daß das *temere* Streiten — und
das Unterliegen einerley sey. —

Im Gefner heißt es:

temere (adverb.) casu, item stulte et inconsulte.

Unter mehreren Beyspielen, die er diesen Begriff zu bestätigen anführt²³⁾, findet man solche, welche den im Grunde in jenem Begriff enthaltenen:

sine causa

geben. — Aber unüberlegt, thöricht — ohne Ursache handeln — das fällt sichtlich unter die Notion des Frevelhaften, oder des Leichtsinrigen, das dem Frevelhaften gleich gilt. — Von den genannten Gesetzen hat das erstere l. I. §. 17. de Separat. die Worte:

si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt *justissima scilicet ignorantia causa allegata,*

und

23) *Temere et nullo consilio administr.* Cic. de Invent. 1, 58. c. 34. *Inconsulte ac temere dicere aliquid* Idem de Natura Deorum. 1, 43. c. 16. *Temere et imprudenter facere aliquid* Cœf. ad Cic. att. 10. 9. Non pot. *temere* est quod tu tam times Terent. Heaut. 4, 1. 7. (Non præter causam aliquam est, vide Fabri Thesaurum edit Cellarii voce temere). Non *temere* (non sine causa) fama nasci solet. Auctor ad Herenn. 2, 12. c. 8.

und ich gebe zu, daß hier Jemand etwas temere gesucht, und gleichwol die gerechteste Ursache der Unwissenheit vor sich gehabt haben könne; damit aber gebe ich nicht zu, daß temere hier so viel, als vergeblich, ohne Effect — an-
deute, noch weniger, daß hier gar von einem temere Processirenden die Rede sey, und fest-
gestellt werde, daß man temere Processiren, und doch in gerechtester Ungewißheit seyn könne. —

Es ist vorher im citirten Gesetze gesagt, daß Gläubiger eines Verstorbenen, nachdem sie um Separirung seines Vermögens von dem Vermögen des Erben zum Zweck ihrer Befriedigung nachgesucht haben, nachmals nicht begehren können, auch zu dem Vermögen des Erben mit ihren Forderungen zugelassen zu werden. Denn die Absonderung, welche sie nachgesucht, habe sie davon ausgeschlossen. Von dem Sake wird in den folgenden Worten die Ausnahme gemacht. Wenn sie aber temere die Absonderung nachgesucht haben; so können sie, falls sie gerechte Ursachen ihrer Unwissenheit angeben können, Restitution erhalten. —

Daß hier temere nicht „vergeblich — nicht „so viel als — ohne es durchsetzen zu können,“ anzeige — sondern, daß es „sich zum Nach-
C 3 „theil,“

„theil,“ überseht werden müsse, lehrt der Augenschein. Wäre vergeblich — wäre, ohne es durchsetzen zu können, die Absonderung nachgesucht: so blieben die solche Suchende von selbst unter den Gläubigern des Erben, und es bedürfte einer Restitution nicht — zu dieser Restitutions: Suchung war das erste Erforderniß, daß die Separation wirklich und mit Nachtheil erreicht war — daß die Güter des Verstorbenen weniger Hoffnung zur Bezahlung gaben, als die Güter der Erben. Das will hier das

si temere separationem petierunt,
sagen. Das zweite Erfordernis war, daß man aus sehr gerechten Ursachen zu dem Irrthum verleitet worden, die Erbschaft des Verstorbenen zur Zahlung hinlänglich, die des Erben hingegen unzulänglich zu halten, und so die Absonderung zu bitten. Darauf geht das: *justissima ignorantia causa allegata.* — Das Wort *temere* steht also hier in seiner zweiten Bedeutung für

zum eigenen Nachtheil.

Da unüberlegte, thörichte Handlungen zum eigenen Nachtheil des so Handelnden auszuschlagen pflegen: so ist diese zweite Bedeutung des Wortes *temere* entstanden²⁵⁾. Ein, in dieser Bedeu-

25) Cicero pro Cæc. cap. 12. Ovid. 8. Met. v. 407.

Bedeutung temere etwas Suchender — d. i.
ein zu eigenem Nachtheil Suchender — kann
denn freylich gar wol das aus einer Unwissen-
heit thun, wozu er gerechte Ursachen hatte.
Damit wäre denn also zwar erwiesen, daß das
Wort temere auch den Begriff

zu eigenem Nachtheile,
zuweilen ausdrücke —
Von dem Begriff des
blos hin Vergeblichen
aber ist so wenig eine Spur, als wenig von
der Bedeutung des

temere
in Verbindung mit dem
Proceßführen — litigiren —
von der Bedeutung des
temere - litigirens

überhaupt die Rede ist. — Der Fall, der
hier vor ist, ist der, da temere eine Absonde-
rung gebeten, temere zu einer Rechtswohlthat
Zusucht genommen ist — das kann ohne allen
Proceß — ohne allen Streit geschehen — Die
l. 1. §. 5. D. ad sc. Turpill. ist mir weit mehr
als dem Herrn Professor Weber vortheilhaft —
Sie fängt an:

§ 4.

Accu-

Accusatorum *temeritas* tribus modis
 detegitur, et tribus poenis subicitur; aut
desistim calumniantur aut *praevaricantur* aut
tergiversantur; *calumniari* est, falsa cri-
 mina intendere; *praevaricari* vera crimina
 abscondere; *tergiversari* in universum ab
 accusatione desistere.

Unter dem Begriffe der *temeritatis* werden hier
 dreyerley Arten von Verbrechen der Ankläger
 begriffen, die alle wahre Verbrechen, d. i., mit
 Vorsatz begangene, sind, und an deren Spitze
 Calumnie oder Anklage, wegen falscher Ver-
 brechen steht. Schon eine Rechtfertigung
 meiner Uebersetzung des *temere* durch frevelhaft,
 leichtsinnig — und meiner Behauptung, daß
 mit jenem Worte, — wenn es von Processiren-
 den gebraucht wird, — entweder Calumnie,
 oder eine ihr gleich zu schätzende Fahrlässigkeit
 bezeichnet werde!

§. 2. *Calumniatoribus poena lege Remnia*
irrogatur. Bekanntlich ward nach diesem Ge-
 setze die Stirn des Ehigedösen Anklägers mit
 einem Buchstaben, wahrscheinlich einem K, ge-
 brandmarkt. —

§. 3. *Sed non utique qui non probat, quod*
intendit, protinus calumniari videtur.

Diese

Diese Bemerkung ist, da von einer peinlichen Strafe die Rede ist, doppelt nothwendig. Man kann aus Irrthum so gut, wie aus Vorsatz, eine unerweisliche Klage angebracht haben. Das, daß man nicht bewiesen hat, ist zur Annahme der Calumnie, die peinlich bestraft wird, nicht genug — Ob man der Calumnie schuldig sey —

ejus rei inquisitio arbitrio cognoscentis committitur, qui, reo absoluto, de accusatoris incipit consilio quarere, qua mente ductus ad accusationem processit —

Also — der über die Anklage urtheilende Richter, untersucht neben dem, daß er in der Hauptsache den Angeklagten frey spricht, noch, aus welcher Gesinnung der Ankläger angeklagt habe — ob aus Irrthume — oder aus Calumnie —

et si quidem justum ejus errorem repererit, absolvit eum; si vero in *evidenti calumnia* eum deprehenderit, legitimam poenam ei irrogat. —

Wenn er bey dieser Untersuchung den Ankläger in einem glaublichen Irrthume findet: so spricht er ihn von der Strafe frey. Wenn er ihn aber in offenerer Calumnie findet: so legt er ihm die gesetzliche Strafe auf.

§. 4. Eines von beyden wird durch die Formel des Ausspruchs deutlich erklärt, (*Quorum alterutrum ipsis verbis prononciationis manifestatur*). Für die Freysprechung war die Formel: „Du hast nicht bewiesen.“ (Nam si quidem ita prononciavit, *non probasti pepercit ei*). Für die Verurtheilung, die, „du hast aus Bosheit — aus Gefährde fälschlich angeklagt,“ (*sive autem prononciavit calumniatus es condemnavit eum*). Da dies die hergebrachte Formeln waren, aus denen man erkannte, ob der Kläger strafwürdig war, oder nicht; so war es allerdings

§. 5. der Frage werth: Wenn der Richter keine von beyden Formeln, sondern etwa diese gebraucht hatte, „Lucius Titius scheint temere angeklagt zu haben,“ ob er damit ihn des Verbrechens der Calumnie schuldig und so der darauf gesetzten Strafe werth erklärt habe. (*Quaeri possit si ita fuerit interlocutus: Lucius Titius temere accusasse videtur, an calumniatorem prononciasse videatur*). Indem der Jurist dafür hält, daß bey der gebrauchten Formel: Lucius Titius scheinem temere angeklagt zu haben, es gefragt werden könne, ob dadurch nicht das Daseyn der Calumnie erkannt sey — indem gibt er zu erkennen, sie sage mehr als die Formel:
Du

Du hast nicht bewiesen — und es könnte zweifelhaft gehalten werden, ob sie nicht mit der, du hast chicanirt, gleich bedeutend sey. — Es ist also aufs Neue klar, daß temere-Anklagen, mehr sagen wolle, als eine Anklage vorbringen, mit der man nicht durchkommen können. — Nun wird freylich, unter Auctorität des Papinian, die Frage dahin entschieden, „das gebräuchte Wort: temere“ (das, wie oben erwähnt ist, im Allgemeinen einen Leichtsinns, der bald Calumnie und Bosheit, bald hohe in Civilfällen ihr gleich geltende Unvorsichtigkeit, unter sich faßt, anzeigt), „scheine hier eine Verzeihung des Leichtsinns zu enthalten,“ (et Papinianus: temeritatem facilitatis veniam continere). In einem Falle, in dem nicht die gesetzliche Formel calumniatus es, sondern statt deren ein Ausdruck gewählt worden, der zwar auch die Calumnie bezeichne, (l. c. princ.) aber eben sowol von großer Unüberlegtheit gebraucht werde, die im Criminalfalle dem Vorsatze nicht gleich zu setzen sey, müsse man sagen, es sey nicht deutlich auf das Daseyn der Calumnie gesprochen — „auch sey bey einer übereilten, Hitze keine boshafte Absicht — keine Calumnie anzunehmen — und so könne die Strafe der l. Remnæ, die eine offenbare Calumnie voraus-

„voraussetzt, (§. 3. l. cit.) nicht statt haben.“
 — (et inconsultum calorem calumniae vitio carere, et ob id hunc nullam poenam subire oportere). — Aus dieser Entscheidung folgt ganz nicht, was Herr Professor Weber daraus schließt, daß Calummie und Temerität sich contradictorisch entgegen stehen; sie ist blos ein Beweis, daß der Begriff der Temerität, außer der Calummie, auch eine hohe Unüberlegtheit unter sich begreife, und darum nicht gleich, zumal in Criminal-Fällen, in welchen der Vorsatz zum Wesen des Verbrechens gehört, da, wo die Temerität gesetzt worden, auch Calummie angenommen werden müsse. — Im übrigen Inhalte spricht das Gesetz offenbar für meine Erklärung des Wortes temere wider den Herrn Professor Weber! —

Nichts ist mithin sicherer, als daß l. 79. de judiciis, wenn sie den in die Kosten verurtheilt wissen will

quem temere adversarium in iudicium
 vocalle constitit

schon mit dem Worte temere genugsam anzeige, daß sie hier nicht jeden unterliegenden Kläger, verstehe — sondern einen Kläger, der ohne Ursache — der wider besser Wissen, oder doch
 äußerst

äußerst leichtsinnig den Gegner im Proceß verwickelt hat. Man zergliedere auch nur etwas genauer, den ganzen Ausdruck

in *judicium* quem temere adversarium in *judicium* vocasse constitit.

Wozu zusehenderst diese weitläufige, Misdentungen unterworfenen, Phrase, wenn das einzige deutliche Wort:

victum

hinreichend — und ihr gleich bedeutend war? —

Die Worte in *judicium vocasse* sind zweytenfalls Worte, welche die erste Klagenbringung bezeichnen. Man muß hier das Wort *judicium* nicht in dem engeren Sinne nehmen, da es die Untersuchung der Sache, nach der *litis*: *Contestatio* und der Entlassung von dem Tribunale des *Praetoris* — vor den gegebenen Richtern anzeigt. Dahin luden sich die Parteien nicht. *Judicium* heißt hier in weiterer Bedeutung der Proceß. Die *Basilica* haben das Wort *litium*, das offenbar Proceß im Allgemeinen bedeutet — Die Stelle zielt also auf die bekannte *vocationem in jus*, womit der Proceß anhub; sie spricht vom temere vor Gericht — zum Proceß — fordern,

setzt also den Fall, daß man

temere vor Gericht gefordert hatte,

d. i.

d. i. daß schon das vor Gerichtfordern temere geschah. — Kann hier temere so viel als „vergeblich — ohne daß man es durchsetzen können,“ heißen? Will die Stelle sagen, wer jemanden vor Gericht gefordert hat, ohne es durchsetzen zu können, daß er sich stelle? Spricht sie nicht vielmehr von dem, der leichtsinnig vor Gericht gefordert hat, d. i. der zur Zeit der Klaganstellung den Ungrund der Forderung wußte, oder leicht einsehen konnte? Ist dies nicht desto unwidersprechlicher, da sie drittens nicht sagt:

qui temere adversarium in jus vocavit,
sondern

quem constitit temere adversarium in jus
vocasse

mithin voraussetzt, daß es klar geworden sey, daß man seinen Gegner temere vor Gericht gefordert habe? Wie tautologisch dies

constitit

wenn das Unterliegen genug, wenn jeder Unterliegende ein temere Proceßirender und mithin die Kosten zu erstatten verpflichtet war ²⁶⁾.

§. 5.

26) Daß Ulpian nicht die Erstattung der Kosten für eine Pflicht des Unterliegenden in der Regel hielt, und in der eben erklärten l. 79. de judiciis lehren wollte,

§. 5.

So ist denn gewiß, aus den Römischen Gesetzen läßt sich die jenseitige Theorie nicht erweisen — Zugleich aber auch ist dem Beweise der Meinigen aus diesen Gesetzen schon Manches vorgearbeitet. Ich liefere jetzt den Beweis:

- 1) Zuerst bleibt es für meinen Grundsatz, die Calumnie oder eine ihr gleich zu schätzende grobe Nachlässigkeit des Unterliegenden sey die Bedingung der Pflicht zur Kosten-Erstattung, — sehr wichtig, daß kein Gesetz auf:

wollte, das ergiebt sich deutlich aus der l. 3. §. 2. de legat. 3. XXXII. Hier sagt er, „wenn derjenige, der ex stipulatu eine Sache schuldig sey, sie dem, dem er sie schuldige, vermache; so könne er sie mit keinem Fideicommiss belegen, obwol es scheine, daß der Legatar aus dem Vermächtnisse Vortheil habe, weil derselbe so gleich das Eigenthum erhalte und die Sache nicht erst mit der Klage ex stipulatu fordern dürfe. Vielleicht könne auch Jemand sagen, der Legatarius gewinne die Kosten, welche er haben würde, wenn er ex stipulatu klagte. Aber es gehe dennoch nicht an, daß ihm ein Fideicommiss aufgelegt werde.“ — Ulpian würde nicht geäußert haben:

Vielleicht könne Jemand sagen, der Legatarius gewinne die Kosten, welche er gehabt haben würde, wenn er ex stipulatu klagte,

daferne

aufgewiesen werden kann, welches, indem es die Kosten: Erstattung auflegt, nicht der Calumnie oder des Leichtsinnes dessen, den es zu den Kosten verurtheilt, erwähnte — Wenn gleich der Satz, mit dem sich hier Herr Gegner loszuwinden sucht, quod unius positio non sit alterius exclusio philosophisch richtig ist, und auch zu dem Effecte in Anwendung kommen mag — daß also aus jener Bemerkung alleine nicht ganz nothwendig folgt, daß nirgends, als wo Calumnie oder grobe Nachlässigkeit des Ueberwundenen zu zeigen ist, zur Kosten: Erstattung Schuldigkeit sey; so ist doch damit bey Weitem die Bemerkung nicht ganz entkräftet. Dennoch erhält aus ihr meine Theorie Höhe, der Gewis:

Daferne der Unterliegende in der Regel die Kosten hätte erstatten müssen — Denn dann müßten ja dem ex stipulato Klagenden die Kosten wieder werden, und so wer der Einwand der Nothe, und der Beachtung eines solchen Rechtsgelehrten, wie Alpius war, ganz unwerth. — Nur dann verdiente der Einwand in Betracht zu kommen, wenn in der Regel — außer dem Falle der Calumnie keine Kosten: Erstattung Statt hatte — dann schien in Legato doch ein Vortheil zu stehen, obwol derselbe als ein nicht aus dem Vermögen des Erblassers kommende negative und bloß zufällige Vortheil nicht berechtigten konnte, die außer dem Legate dem Legatario gebührende Sache zu beschweren.

der Temerität erwähnten, an ihre Allgemeinheit auch außer diesem Falle nicht gedacht — und entweder die zu Misdeutungen Anlaß gebende Bestimmung des Falles der Temerität weggelassen, oder doch eine und andere die Pflicht in ihrer Allgemeinheit lehrende Stelle aufgenommen haben? Muß man also nicht schon dieserhalb es äußerst wahrscheinlich finden, die Kosten:Erstattung sey nicht in der Regel die Pflicht des Unterliegenden gewesen; daher habe das Gesetzbuch des Falles der Temerität als der Ausnahme, in der sie blos Statt gefunden, erwähnt?

Aber

2) es sind klare Gesetze, die auf den Fall der Gefährde und des Leichtsinns die Kosten:Erstattung so bestimmt einschränken, daß nicht blos von einem Sehen in diesem Falle, bey dem des andern Falles Nicht:Ausschließung gedenkbar bliebe — die Rede seyn kann. —

a) Wie oben schon vorgekommen ist; so sagt Ulpian ²⁷⁾, daß derjenige, von dem es klar geworden sey, daß er seinen Gegner leichtsinnig vor Gericht gefordert habe, diesem die Kosten des Processes erstatten müsse.

27) l. 79. D. de iudiciis.

müsse. Die bestimmte Characterisierung des zu den Kosten zu verurtheilenden Subjects, derjenige, von dem es klar geworden sey, daß er seinen Gegner leichtsinnig vor Gericht gefordert, zeigt, daß die Pflicht der Kosten-Erstattung abhängig von dem leichtsinnig vor Gericht fordern sey, weil dies als klar geworden vorausgesetzt wird. Und so kann man wol mit Recht schließen, daß der, von dem es nicht klar ist, daß er seinen Gegner leichtsinnig vor Gericht gefordert habe, von Erstattung der Kosten frey sey. — Man wird dies um so unwidersprechlicher halten, da Ulpian's Ausspruch nicht etwa Antwort auf einen vorgetragenen individuellen Fall ist, in welchem der Jurist die Bestimmung, wie sie sich fände, annähme; sondern da der Ausspruch ein Lehrsatz ist, den Ulpian in seinem Buche de Officio Proconsulis gibt, wo mithin die Bestimmung von ihm abhing, daher denn eine mit so viel Energie ausgedruckte Voraussetzung als eine Bedingung, ohne welche nicht angenommen werden muß. Man vergleiche damit, was aus der l. 3. §. 2. de leg. 3. über Ulpian's Meinung von

D 2

der

der Proceß: Kosten: Erstattung nota 26,
ausgeführt worden.

b) Die lex 78. §. 2. de legatis 2. enthält:
„Auch die Republik müsse vom Fideicom:
„nisse nach dem Verzuge Zinsen zahlen.
„Aber den dadurch entstandenen Schaden
„müssen diejenigen ersetzen, die nach ab:
„geurteilter Sache das Zuerkannte zu zah:
„len gezaudert haben. Anders werde es
„auch nicht wegen der Proceß: Kosten ge:
„halten werden, wenn kein Grund zum
„Processiren gewesen sey, denn mit
„denen, welche blos ihre Nachlässigkeit
„vorschütten, könne man keine Nachsicht
„haben.“

Hier wird die Verbindlichkeit, die Proceß: Kos:
sten zu erstatten, deutlich an die Bedingung
geknüpft:

wenn kein Grund zum Processiren war —
also die Regel gegeben, die Kosten des Proceß:
ses sind zu erstatten,

wenn man keinen Grund zum Processiren
hatte.

Herr Segner sagt ²⁸⁾, hier sey zuorderst gar
nicht von einer im Urtheile zu verfügenden Com:
pens

28) p. 68 der neuen Ausgabe.

pensation der Kosten die Rede, sondern das Ge-
 setz bestimme nur, daß der Sachfällige Theil,
 welcher, einen Rechtskräftigen Anspruch zu
 erfüllen, versäume, alle Kosten, die dadurch
 erwachsen seyn, vergüten solle; es wäre denn,
 daß er rechtmäßige Gründe zu seiner Rechtfertig-
 ung angeben könne — Zweitens komme es
 doch immer erst auf die Frage an: Was den
 Rechten nach zum Zweck einer Vergleichung
 der Kosten als hinlängliche ratio litigandi gelten
 könne, worüber das Gesetz selbst keine Auskunft
 gebe. — Der erste Einwand hat jedoch wenig
 auf sich. Der Ausdruck Compensation der
 Kosten kommt freylich in der Stelle nicht vor,
 der ist aber auch gar kein gesetzlicher Ausdruck.
 Genug, die Sache kommt vor, es kommt der
 Fall vor, wo der Unterliegende die Kosten nicht
 bezahlen soll, das nennen wir, wo die Kosten
 compensirt werden. Dieser Fall ist hier nun
 freylich nicht der Fall einer Freysprechung in
 einem Urtheile — es ist der Fall der Uebersetzung
 mit den Kosten, die durchs Processiren nach
 dem Urtheile entstanden sind. Aber eine Beding-
 ung, die die Pflicht der Kosten-Erstattung,
 wegen des nach dem Urtheile noch geschehenen un-
 nützen Processirens beschränkt, muß wol gewis
 diese Pflicht, wegen des vor dem Urtheile geschehe-

nen Processirens beschränken. Wenn also ein
nach dem Urtheile unnüß Streitender die Process-
Kosten erstattet

si ratio litigandi non fuit;

so muß der vor dem Urtheile gestritten habende
durch dasselbe Verurtheilte gewis nur die Kosten
zu erstatten schuldig seyn

si ratio litigandi non fuit.

Uebrigens kann die Stelle: „damnum quod ex
ea re secutum fuerit ab his sarcindum est, qui
post dictam sententiam iudicatum solvere super-
federunt, nec aliud servabitur in litis sumtibus

si ratio litigandi non fuit.“

nicht überseht werden,

daß der Sachfällige Theil, welcher einen
Rechtskräftigen Ausspruch zu erfüllen ver-
säume, alle Kosten, die dadurch erwachsen
sind, vergüten solle, es wäre denn, daß
er rechtmäßige Gründe zu seiner
Rechtfertigung angeben könnte.

Wörtlich sagt das Gesetz, der Unterliegende;
soll die Kosten ersetzen, wenn kein Grund
zu Processiren war.

Folglich, wenn man ihm die Kosten-Erstattung
zumuthen will; so muß gefunden seyn:

daß kein Grund zu Processiren da war.

Dies

Dies

daß kein Grund zu Proceßiren da war,
ist das Fundament der Kosten: Erstattung —
das unterscheidet sich wesentlich von der Pflicht,
die Kosten erstatten zu müssen,

es wäre denn, daß man rechtmäßige
Gründe zu seiner Rechtfertigung angeben
könnte. —

Es ist einmal nicht einerley, ob das Gesetz sagt,
wie es im vorliegenden Fall thut,

man solle die Kosten ersetzen, *si ratio liti-*
gandi non fuit.

Hier muß der, der die Kosten ersetzt haben will,
oder der darin verurtheilen will, zeigen:

quod ratio litigandi non fuerit,

oder, ob das Gesetz sagt, wie es hier nicht thut,

man solle die Kosten ersetzen, *nisi ratio*
litigandi fuerit.

Hier wäre wirklich etwas dafür, daß der Un-
terliegende das Daseyn der *rationis litigandi*
darthun müßte; obwol im Grunde auch selbst
in diesem Falle davon nicht einmal die Rede seyn
könnte, da der in der Sache selbst urtheilende
Nichter aus den Acten zugleich zu bestimmen
hätte, ob der Unterliegende Grund zu Proceß-
siren gehabt habe. Von

D 4

rechte

rechtmäßigen Gründen zur Rechtfertigung, die der Unterliegende sollte zeigen können,

liefert man vollends gar Nichts; die lassen sich bey einem Unterliegenden, der nach der Urtheil die Erfüllung verweigert, desfalls streitet, aber zur Erfüllung angehalten wird, schwerlich denken. — Die ratio litigandi — und dies beantwortet zugleich den zweyten jenseitigen Einwand — die, wenn man im Proceß untergelegen ist, in Rücksicht auf den Unterliegenden zugegeben werden kann, ist die Unmöglichkeit einer sicheren Voraussicht, er werde den Proceß verlieren — also eine solche Wahrscheinlichkeit seines Rechts, daß ihm die Prozeßführung nicht verargt werden kann; mit einem Worte, Mangel der Ehre und des Leichtsinns. Solch eine ratio litigandi kann man bey einem, der verurtheilt, abgewiesen ist, nur höchstens annehmen. Dadurch ist es erklärbar, daß das Gesetz etwas Speciellles, wegen der rationis litigandi nicht bestimmt. Der Richter, der die Sache so sorgfältig betrachtet, daß er über Recht und Unrecht entscheidet, wird bey der Abwägung beyderseitiger Gründe leicht finden, ob der, welchem er Unrecht gibe, wol Grund zu processiren, ob er so viel vor sich hatte, daß er hoffen konnte, ein gutes

funden haben, in einem besonderen Gesetze zu verordnen^{28 c)}, daß gewalthätige und intitulierte Besitzer — so wie die Kläger, wenn ihre Klagen Chicanös erkannt worden, die Kosten erstatten sollen —

Und es bedarf wol keiner Ausführung, daß ein Gesetz, welches festsetzt, daß die Kosten erstattet werden sollen, wenn die Klage als Chicanös erkannt worden, zugleich festgesetzt hat, daß da, wo keine Chicanerie ist, die Kosten nicht erstattet werden. Wenn die Bedingung wegfällt, fällt das unter ihr Gesetz weg. —

d) Es ist weiter besprochenen Geistlichen zu Gute in einer Verordnung, die ihnen der Vorzüge sonst so viele gibt²⁹⁾, nur in dem Falle der Calumnie oder des Leichtsinnes, die Erstattung der Proceß-Kosten aufgelegt.

„Ueber dies, damit nicht Jemandem sein Leichtsin, (*temeritas*) vortheilhaft, und damit die unverschämte Kühnheit der Chicanirender im Zaum gehalten werde,“ (*ut impudens calumnciantium refrenetur audacia*), „besehlen wir, daß wenn
„die

28 c) Cod. Theodos. Lib. IV. Tit. 18. l. 1.

29) l. 31. §. 8. C. de episcop. et cleric.

mit, diejenigen, welche Geistliche belangt haben,
 und nach untersuchter Sache überwies-
 sen sind, daß sie ohne rechtmäßige
 Ursache und Gesezliche Bitte sie belan-
 get haben, sie angehalten werden sollen,
 den Beklagten alle Gesezmäßige Ausgaben
 und Kosten zu erstatten, wovon es klar ge-
 worden seyn wird, daß die Beklagte sie von
 Anfange des Streits an durch Bener Bos-
 heit gehabt haben, (quos ab initio con-
 troversia ipsorum vitia tolerasse eos con-
 stiterit) damit durch die Furcht für
 diese gerechteste Abndung abgehalten,
 diejenigen, die stets mit böshafter Pro-
 ceßführungen beschäftigt sind, (qui
 improbis²⁹ b) assidue conflictationibus oc-
 cupantur) sich beruhigen, und wenn einmal
 das Geschrey der vorgewesenen Zänkereyen
 aufgehört hat, (sopitis clamoribus jurgio-
 rum³⁰) sie in Zukunft durch den widrigen
 Ausgang der Kosten: Erstattung belehrt,
 (magistra deinceps necessitate³¹) sich im
 Zaum zu halten gewöhnt werden mögen.“
 Ein

29 b) E. N. 34.

30) Ovid. Libr. I. factor. v. 74.

31) Faber thesaur. erud. schol. voce necessitas
 ibi; necessitas etiam calum et adversitatem,
 V. Mag. sicut ob ill. in. J. 1712 in

Ein Gesetzgeber, der dem bevorzugtesten Stande im Staate wider Chicanöse und leichtsinnige Anstellungen dadurch Sicherheit zu schaffen sucht, daß er auf diese Anstellungen die Kosten:Erstattung setzt, der dabei äußert, daß er diese Kosten:Erstattung zu dem Ende aufbehalte, damit durch Furcht für diese Abhandlung mit chicanösen Processen sich stets Beschäftigende zurück gehalten werden, sagt ders nicht unverkennbar, daß nicht die Kosten des bona fide geführten Processes zu erstatten sind? — Sagt er dies nicht, da dem bona fide Processirenden keine Furcht, die ihn zur unzeitigen Verlassung seines Rechtes bewegen könnte, nach andern klaren Stellen seines Gesetzbuches eingejaget werden soll ³¹b).

e) Fast noch entscheidender spricht die auch schon oben angeführte l. 5. C. de fructibus et litium expensis: Sie verordnet, daß dersjenige

den der Richter nicht als Chicaneur, sondern als einen wegen einer zweifelhaften Sache

in quam incidimus denotat. Gesner thesaur. lingu. lat. voce necessitas: ibi; de adversitate.

31 b) l. 40. pr. ff. de heredit. petit. V. 3.

Sache Processirenden finde, der Verurtheilung in die Kosten entgehe.

Damit verordnet sie ja, daß nur der, der aus Calumnie, oder ihr gleichem Leichtsinne processirt hat — denn eines von beyden kann man von dem Unterliegenden, der über eine nicht zweifelhafte Sache processirt hat, sagen — die Kosten zu erstatten habe —

Ihr Inhalt ist

f) man erlaube mir einen, in Rücksicht auf die folgende Gesetzstelle chronologischen Sprung, wesentlich in der Novelle 82. c. 10. wiederholt. — Wie die Novelle auf das Gesetz des Zeno, — d. i. jene l. 5. C. de fructibus et litium expens. insoferne in dessen Eingange wegen der dem Richter obliegenden Untersuchung der Kosten-Rechnung Erwähnung geschehen ist — Bezug macht, und die Verordnung des Gesetzes in diesem Puncte aufnimmt: so gibt sie eben dem Gesetze gemäß die Ausnahme

Wenn aber der Richter sehe, daß keiner in die Kosten zu vertheilen sey, wegen Zweifelhaftigkeit der Sache: so solle er das in seiner Sentenz ausdrücken.

Si iudex eum invenerit, de re dubia litigan-
tem sagt das Gesetz des Zeno — propter
negotii varietatem — sagt die Novelle; Ne-
gotii varietas heißt Zweiseitigkeit der Sache,
die Beschaffenheit der Sache, daß sie ver-
schieden angesehen werden kann.

Im Griechischen lauten die Worte:

δια το της ὑποθέσεως ἰσως ποικίλον.

Ποικίλος, η, ον, heißt bunt, vielfarbigt, da-
mit stimmt der lateinische Ausdruck varietas
überein, der, wie ein großer Kenner der
Sprache bemerkt, zunächst von verschiedenen
Farben gebraucht wird³¹⁾. Also — wegen
Vielfarbigkeit, bunter, verwickelter Beschaf-
fenheit der Sache — oder mit dem Zeno
zu reden — weil wegen einer zweifelhaften
Sache gestritten worden — soll die Verur-
theilung in die Kosten unterbleiben, die mit-
hin offenbar blos und allein da, wo das Un-
recht des Unterliegenden klar, wo leichtsinnig
gestritten ist, erkannt werden soll.

g) Mit dem allen harmonirt der Titel der In-
stitutionen de poena temere litigantium aufs
Beste³²⁾. Er

32) Ernesti in Clave Cicer. voce varietas ibi: va-
rietas proprie in disparibus coloribus dicitur.

33) IV, 16.

Er sagt: für die Klage wegen der Calumnie sey eingeführt, daß der Chicanöse Proceßführer (*improbus litigator*) gezwungen werde, dem Gegner die Proceß-Kosten zu erstatten³⁴).

Und Theophilus in paraphrasi institutio-
num drückt dies, wie schon in meiner vorigen
Abhandlung bemerkt ist, so aus:

es seyn auch andere Strafen, wodurch die
Calumnie der Kläger im Zaum gehalten
werde — es sey an die Stelle der Klage
wegen

34) Wenn ich das *improbus litigator* durch Chicanösen Proceßführer (in dem Sinne, daß hier, wo bloß von einer nicht peinlichen Sache die Rede ist, unter solcher Benennung der leichtsinnige Proceßführer mit begriffen sey,) überseze: so kann ich deshalb wol keinen Widerspruch besorgen, falls man nur daran denkt, daß *improbus* das Entgegengesetzte des Wortes: *probus* ist. Auch lehren den Begriff klare Gesetze. *Lex 2. §. 6. C. de iurejur. propter calumniam II. 59.* nennt *improbum litigatorem* den, der das *iuramentum calumniæ* verweigert — *lex 31. C. de liberali causa VII, 16.* läßt dem *cui servitutis improbe quaestio mota fuit, de calumnia* zu klagen — *lex 11. §. 8. D. de interrog. XI, 1.* sagt, Jemand, der durch ein vorhandenes Testament verfährt, sich für einen Erben ausgegeben habe, habe nicht *improbe* sich dafür ausgegeben, obwol sich nachher gefunden, daß das Testament falsch, oder sonst ungültig war.

Kaum

wegen der Gefährde eingeführt, daß der Chicane Proceßführer (improbus litigator) dem Gegner die Kosten und Schäden erstatten müsse, worin er durch leichtsinniges frevelhaftes Proceßführen ihn gesetzt habe (in quas temere litigando eum coniecit).

Deutlich ist dergestalt gesagt:

daß die Kosten-Erstattung eine Züchtigung der Chicane sey — daß die Kosten von dem erstattet werden, der aus Chicane gestritten hat —

daß

Raum bedarf der Einwurf einer Antwort, es könne mit der Bestimmung des §. 1. J. de poena temere litigantium

der improbus litigator zahle dem Gegner die Kosten,

nicht bloß der aus Chicane Streitende gemeint seyn, da nach eben dem Spho von allen Streitenden zu Anfange des Processes der Eid für Gefährde genommen werde, welches für diesen Vorwurf hinlänglich sichere, die Verurtheilung des Chicaneurs in die Kosten also so gut, wie vergeblich mache, (p. 35. seqq.) Der Eid für Gefährde hat zur Absicht, die Calumnie zu verhüten. Aber wird jede Absicht erreicht? Bedenkt jeder seinen Eid? Findet des Eides für Gefährde ohngeachtet, man dennoch nicht oft Calumnie? Hier ist man denn improbus litigator, und Calumnie, die durch den Eid nicht verhütet ist, wird mit Erstattung der Kosten verhäßt.

daß dies eingeführt worden statt der alten
Klage wegen der Gefährde,

als etwas, das die Gefährde voraussetzt —

Wenn man nun noch den ganzen Zusammen-
hang dieses Titels der Institutionen mit den
vorausgehenden Titeln sich zurückerinnert —
wenn man erwägt, daß wie Theophilus in
paraphrasi Lib. IV. Tit. 6. den Plan an-
gibt — bis zum 6ten Titel des IVten Buchs
von den Rechten der Personen und Sachen,
insbesondere von den Verbindlichkeiten ge-
handelt worden — von diesem Titel an aber
der practische Theil der Rechts-Gefährtheit,
oder der Proceß in der Lehre von den Klagen

Tit. 6. bis 12.

von den Einreden

Tit. 13.

von der Replik, Duplik

Tit. 14.

von den Interdicten

Tit. 15.

vorgetragen ist — und hierauf nun der Titel
de poena temere litigantium

Tit. 16.

folgt — der gleich am Anfange sagt, „Nun
„müssen wir erinnert werden, daß diejenigen,
E „welche

„welche das Recht aufrecht hielten, sehr wach-
 sam darauf gewesen sind, damit die Menschen
 nicht leicht zu Processen hervorsprechen,
 worauf auch Wir (Justinian) Unsere Sorg-
 falt richten;“ Wenn man also sieht, daß
 nach Entwicklung der Lehre vom Prozesse ein
 eigener Titel hinzugesetzt wird, der die Mittel
 angeben soll, wodurch das unnütze Processi-
 ren verhütet wird — und dennoch nur Stra-
 fen und Nachtheile, welche die Verhütung
 der Temerität im Processiren zum Gegen-
 stande haben, und unter diesen insbesondere
 die Kosten:Erstattung als eine Pflicht des
 Chicaneurs, aufgeführt findet, da das unnütze
 Processiren weit leichter verhütet werden wür-
 de, falls nicht blos der Chicaneur, sondern
 jeder Unterliegende die Kosten bezahlen müß-
 te: — Wenn man dies Alles, sage ich, zu-
 sammen nimmt, und überdenkt, wer kann
 da noch zweifeln, daß in der Bestimmung,
 „der Chicaneur zahle die Kosten,“ eine Aus-
 schließung des bona fide Gestrittenhabenden
 von dieser Schuldigkeit enthalten sey? Und
 wird nicht diese Ueberzeugung noch dadurch
 vergrößert, daß in einem Buche, welches die
 Grundsätze zur Erlernung der Rechtsgelahr-
 heit liefern soll, man möglichst bestimmte Vor-
 schrift:

Schriften erwarten darf, also nicht annehmen kann, daß darin bey solcher Gelegenheit gesagt seyn werde, es sey eingeführt, daß der Chicanöse Streiter dem Gegner die Kosten bezahlen solle, daferne es Rechtsens gewesen wäre, daß jeder Unterliegende sie dem Gegner bezahlen müßte!

§. 6.

Ich schmeichle mir, Jeder Unbefangene werde den Verweis für vollführt halten, daß nach Römischen Gesetzen Calumnie und Leichtsinns das Fundament der Proceß-Kosten-Erstattung gebildet³⁵⁾. Was sagen aber nun weiter die Gesetze des Canonischen Rechts und die Teutschen Reichsgesetze? Enthalten die vielleicht eine Abänderung des Römischen Rechts?

E 2

§. 7.

35) Vielleicht ließe sich die Anzahl der hiefür sprechenden gesetzlichen Stellen noch durch folgende vermehren —

Im 2ten Capitel der 112. Novelle hat Justinian eine Caution für die Proceß-Kosten, die gleich zu Anfang des Processus geleistet werden soll, nur eingeführt, *ad excludendas calumniosas moventium intentiones*.

Sollte daraus nicht folgen, daß außer dem Falle der Calumnie keine Kosten-Erstattung Statt habe? Eben dieser Kayser sagt in der l. 12. §. 4. C. de rebus creditis (IV, 1.) daß im Falle geleisteten, oder

Wegen der Gesetze des Canonischen Rechts könnte ich im Voraus erinnern, daß bey der großen Verschiedenheit der Meinungen über die Autorität desselben im Collisions-Falle mit dem Römischen Rechte noch nichts Entscheidendes damit gewonnen seyn würde, wenn auch die Gesetze des Canonischen Rechts, im Puncte der Proceß-Kosten-Erstattung, mit den Römischen im Widerspruche wären.

Aber ich werde dieser Ausflucht nicht bedürfen.

So gewiß Herr Professor Weber zu seyn glaubt³⁶⁾, daß die von ihm angeführte Gesetze des Päpstlichen Rechts seine Grundsätze unterstützen,

oder verweigerten oder zurück geschobenen Eides, es zum Ermeßsen des Richters stehen solle: ob die Proceß-Kosten von beyden Theilen, oder von einem allein getragen werden müssen, (*expensis propter hujus modi causam praestandis officio judicis trutinandis, an ab utraque parte an ab altera oporteat eas dependi*). Das könnte nicht verordnet seyn, wenn jeder Unterliegender die Kosten erstatten müßte — Noch dürfte es zur Unterstützung meiner Theorie gereichen, wenn ich den Leser überhaupt an die Vorzüge, welche der bonae fidei im Römischen Rechte beygelegt werden, erinnerte — Aber ich halte die Aussprüche der Gesetze hinlänglich, um der Analogie nicht zu bedürfen.

36) p. 36.

stüßen, so leichte hoff' ich den Ugrund dieser
Vorstellung zu zeigen.

Das c. 4. X. de poenis, auf welches Er
hauptsächlich sein Vertrauen setzt, ist zusör-
derst der Rechttheit wegen nicht jedem Zweifel
entnommen, da es der Ueberschribe nach auf
dem Consilio Turonensi erlassen seyn soll, dies
aber ungegründet ist³⁷). Dann lautet das
Gesetz also:

Das Kayserliche Rechte (sanctio impe-
rialis) zähmt die Calumnie und Kühn-
heit der leichtsinnig Streitenden,
(caluminiam et audaciam temere litigan-
tium) indem es in die Kosten verurtheilt;
und durch andere vielfache Mittel. Weil
nun das mit den Geistli-
chen Einrichtungen überein-
kommt: (Quoniam igitur sacris insti-
tutis consonare dignoscitur;) so befehlen
Wir, daß der übrigen in Geld: Sachen
Unterliegende dem Sieger in die Kosten
verurtheilt werden soll, ausgenommen,
wenn wie (in eben dem Kayserlichen
E 4 Rechte)

37) Anton Augustini Episcopi Herdens. antiquae
collectiones decretalium. Barcinon. 1752. ad
c. 5. X. de poen.

Rechte) verordnet ist, für den Abwesenden gesprochen wird.

Die Worte:

so verordnen wir, daß der übrigen in Geld: Sachen Unterliegende dem Sieger in die Kosten verurtheilt werden soll außer ihrem Zusammenhange angesehen scheint es freylich, es sey in solchen die Verurtheilung jedes Unterliegenden in die Kosten als Regel gegründet. — Aber, wenn man sie im Zusammenhange betrachtet — wenn man betrachtet, daß vorangeschickt wird

das Kayserliche Recht zähme die Calumnien und Kühnheit der leichtsinnig Proceßirenden durch die Verurtheilung in die Kosten —

daß also als Grundsatz des Kayserlichen Rechts angenommen wird —

auf Calumnien und Temerität stehe die Kosten: Erstattung ^{37 b)},

daß nun kein Gedanke die Kayserliche Sanction durch weitere Erstreckung der Pflicht der Kosten: Er-

37 b) Dies wäre denn ein Beweis, daß man damals die Römischen Gesetze in der Materie der Proceßkosten so erklärte und verstand, wie ich sie erkläre und verstehe.

Erstattung abändern zu wollen geäußert, sondern gerade darum,
weil die Setzung des Kayserlichen Rechts mit den Grundsätzen des Geistlichen Rechts übereinkomme,

befohlen wird:

daß der Ueberwundene dem Sieger in die Kosten verurtheilt werden soll,
daß hievon wiederum die Ausnahme des Kayserlichen Rechts gemacht wird

wenn für den Ausgebliebenen die Sentenz gesprochen ist, —
wenn man so, sage ich, Alles im Zusammenhange betrachtet; so wird man klar die Absicht, eine der Setzung des Römischen Rechts gemäße Verordnung zu geben, finden, wird die Verordnung

der Ueberwundene solle dem Ueberwinder in die Kosten verurtheilt werden
aus dem Grunde, warum sie gegeben ward, weil nemlich das Römische Recht auf Calumnie und Leichtsin die Kosten:Erstattung setze, und dies mit den Grundsätzen des Canonischen Rechts übereinstimme, erklären, wird also zugeben, daß der unbestimmte Ausdruck:

der Ueberwundene soll in die Kosten verurtheilt werden,

nach dem Gange des Raisonnements, und nach der Supposition des Nebenden von dem aus Muthwillen und Leichtsinne gestritten habenden Ueberwundenen zu verstehen sey. — Mächtig unterstützt eine solche Erklärung der Umstand, daß das Capitulum noch jetzt unter dem Titel

de poenis

steht — und in der älteren Concilien: Sammlung, woraus es eigentlich ins Corpus juris canonici gekommen ist, unter dem Titel

de dolo et contumacia et calumnia alterius partis punienda

stand³⁸⁾, welche Ueberschriften denn hinlänglich zeigen, daß für den Straf und Abdingungslosen Fall, da Jemand zwar unterliegt, ihm aber weder Calummie, noch Leichtsinne vorgeworfen werden kann, hier keine Bestimmung gegeben werden sollen. — Von den übrigen gegenseitig angeführten Stellen des Canonischen Rechts fällt das C. 27. C. 2. Qu. 6. von selbst aus. Denn da die verbindliche Kraft des decreti Gratiani davon abhängt, in wie fern der Gebrauch ihm zur Seite tritt; so ist jene Stelle, welche sagt, daß ein Appellant, dessen Appellation

38) Anton Augustini ad cap. 5. X. de poenis.

lation ungerecht erklärt wird, dem Appellaten die Kosten vierfach erstatten solle, bey der Offenständigkeit der Nichtobservanz unerheblich. — Die C. 36. X. de testibus, 59. X. de appellat. 3. X. de eo qui mittitur reden von Proceß; Kosten: Erstattung im Allgemeinen gar nicht. — Sie bestimmen solche blos in besondern Fällen, welche nicht dazu geschickt zu seyn scheinen, daß aus ihnen über die Materie, im Allgemeinen, Regeln abstrahirt werden könnten. Das C. 36. X. de testibus erzählt: der Abt und die Mönche eines Klosters auf der einen, und die Aebtissin und die Nonnen eines andern Klosters auf der andern Seite waren in einem Rechtsstreit über ein gewisses Priorat verwickelt; die Nonnen hatten das petitorium erhoben, und darin Zeugen producirt, bald aber mit Aussetzung des petitorii das possessorium angestellt. Es war erkannt, daß ihnen dies frey stehe. Sie gründeten sich nun darin, daß ihre Vorweserinnen des Besizes gewaltthätig entsetzt worden. Von beyden Seiten waren Zeugen abgehört, und schon sollte die Publication der Zeugen: Aussagen geschehen. Die Nonnen baten, nur die übers Possitorium aufgenommene Aussagen zu publiciren; Die Mönche widersprachen, und behaupteten, daß

E 5

das

das petitorium, das zuerst angefangen sey, auch zuerst entschieden werden, oder daß wenigstens die Publication der Aussagen im petitorio und possessorio zugleich erfolgen müsse. In der Folge setzten sie hinzu, die Nonnen hätten auf Zeugen:Abhörnung im petitorio Verzicht gethan. Da dies die Nonnen läugneten: so ward erkannt, daß die Zeugnisse im possessorio publicirt werden, wegen der Entsagung der Nonnen auf die Zeugen:Abhörnung im petitorio hingegen die Mönche Beweis führen sollten. Davon appellirten die Mönche. Und der Pabst befiehlt: „daß, wenn der Abt und die Mönche,“ (wie sie bey Rechtfertigung der Appellation unter andern angegeben haben müssen,) „die 4te Zeugen:Abhörnung im possessorio mit Erbietung zum Eide für Gefährde nachgesucht, und dieserhalb binnen 10 Tagen nach der, die Publication ankündigenden Sentenz appellirt haben: so solle man sie (daserne nicht das weitere Zeugen:Verhör etwa abgeschlagen worden, um die übergroße Menge von Zeugen einzuschränken³⁹⁾, zur 4ten Production nach Ableistung des Eides für Gefährde zulassen, „sie

39) Ueber 40 Zeugen sollen nicht producirt werden nach dem C. 36. X. de testibus, welches älter ist, wie das C. cit. 35. eod.

„sie aber auch, wenn sie nicht bewiesen,
 „in die Gesetzmäßige Kosten vertheilen,
 „wenn übrigens man nicht in petitorio so weit
 „fortgeschritten sey, daß das Eigenthum völlig
 „klar geworden; so solle man das possessorium,
 „zu dem mit Recht die Nebtiffin und die Non-
 „nen übergegangen wären, zunächst entschei-
 „den, und hernach in dem Streite wegen des
 „Eigenthums fortfahren, im entgegen gesetzten
 „Falle aber beydes zugleich entscheiden.“

Gesetzt, daß hier die Stelle, welche in dem
 erklärten Capitulo über den Kosten-Punct vor-
 kommt, nicht blos die Kosten der 4ten Zeugen-
 Production beträfe, sondern von den gesammt-
 ten Proceß-Kosten zu verstehen wäre; so ist doch
 in dem vorhandenen Falle an der mala fide der
 in die Unkosten zu Vertheilenden nicht zu zweifeln. — Leute, die belangt sind, wegen unter-
 nommener gewaltthätiger Depossidierung — die
 im Beweise unterliegen, das heißt, das Funda-
 ment der Klage, die gewaltthätige Depossidi-
 rung haben zugeben und den Beweis einer Ein-
 rede übernehmen müssen, den sie nicht führen
 können — nicht führen können, obwol sie zur
 4ten Zeugen-Vorführung zugelassen sind, es
 also an Zeugen nicht fehlt — die die Publica-

tion

tion der Zeugen: Verhöre im possessorio alleine nicht zugeben wollen, also im Voraus zu erkennen geben, daß sie die Aussagen sich nicht günstig vermuthen — diese sollen in die Kosten verurtheilt werden! Kann man sie für andere als mala fide Streitende nehmen?

Das C. 59. X. de Appellat. betrifft den Fall, da von einer interlocutoria appellirt worden. Bekanntlich war davon nach Römischen Rechten keine Appellation zulässig, das Canonische Recht gestattete sie. Die Päbste fühlten jedoch die Verzögerung der Gerechtigkeit bald, die nun durch die von jedem Schritte des Richters mögliche Berufungen entstand. Sie suchten dem Nachtheile vorzubeugen zuvörderst dadurch, daß sie festsetzten: Wer von einer Interlocutoria appellire, solle dem solche erkannt habenden Richter die die Appellation rechtfertigende Ursache anzeigen, damit dieser, wenn er sie gegründet fände, sein Erkenntnis ändern könnte, in welchem Falle denn die Appellation wegfiel ⁵⁹ b). Die Appellation konnte also nur fortgehen, wenn der Richter erster Instanz auch in der durch die Darstellung der vermeinten Beschwerde veranlasseten neuen Prüfung des Decrets, (bey welcher schon die Betrachtung, daß

39 b) c. 59 et 60. X. de Appellat.

zeugung von dem Ungrunde der Appellation hinlänglich erklärt hatte, wodurch der Appellant wol hätte zur genauesten Erwägung erwekket werden sollen. Wenn auf den Fall einer solchen Appellation, der offenbar ein Fall ist, in welchem man sich den Appellanten schwerlich anders als auf bloße Verzögerung der Sache ausgehend gedenken kann — die Kosten-Erstattung gesetzt ward: so folgt unmöglich hieraus, daß der Unterliegende in der Regel die Kosten erstatten müsse! — Nach dem C. 3. X. de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae war Jemand von dem Abte eines Klosters, wegen einer Besizung vor dem päpstlichen Legaten besprochen, und dieser hatte gewissen Richtern aufgetragen, die Sache den Rechten und des Landes I**ö**bl**i**ch**e**r Gewohnheit nach zu entscheiden. Wie diese aber bloß den Rechten nach, ohne Rücksicht auf die vom Beklagten angezogene Gewohnheit, verfahren wollten; so appellirte letzterer an den Pabst, indem er beschwerlich hielt, daß die Richter über die Form des Auftrages hinauszufragen gemeint waren. Die Richter immittirten immittelst, wie wider ungehorsamlich Ausbleibende Rechts war ⁴⁰⁾, den Kläger in die streitige Besizung

40) c. 5. X. ut lite non contest.

sſung, rei ſervandae cauſa, alſo, daß, wenn
 der Beklagte binnen Jahr und Tag de iudicio
 ſiſti Caution machen, und dem Kläger, we-
 gen der Koſten 30 Pfund erſtatten werde, er
 den Beſitz wieder erhalten ſollte. Nun kam
 der päbſtliche Legat an den Ort, und vor ihm
 erbot ſich der Beklagte zu der Caution, auch
 nachher zu den Koſten, jedoch nur auf Sechs
 Pfund, da ſie ſich nicht höher belauſen könn-
 ten — da hingegen der Abt auf 30 Pfund be-
 ſtand. Der Pabſt reſcribirt zween Biſchöfen,
 „daß der Beklagte gegen die angebotene Cau-
 tion wiederum in die Beſitzung einzufetzen ſey,
 „und daß, wenn die von ihm angezogene Ge-
 „wohnheit, eine löbliche ſey, da alsdenn er mit
 „Recht appellirt habe“ (ſolglich nicht ungehor-
 ſam geweſen,) „er gar keine Koſten — wenn
 „aber ſie die Gewohnheit verwerflich fänden.
 „da alsdenn er auſzöglich appellirt habe — er
 „die Koſten, welche ſein Gegner dieſerhalb noth-
 „wendig im Proceß, nemlich erſter Inſtanz,
 „aufgewandt habe, zu bezahlen angehalten wer-
 „den ſolle.“

Es iſt ſichlich, daß hier von den Contumacia-
 l: Koſten, von den Koſten, welche die Im-
 miſſion in poſſeſſionem rei ſervandae cauſa ver-
 urſacht,

ursacht, und deren Erstattung der Ausbleibende, bevor er wieder in den Besitz gesetzt werden konnte, nach einem ausdrücklichen Gesetze zuvor zu leisten hatte, geredet wird — sichtlich das bestimmt wird, der Appellirt — und unter dem Vorwande dieser Appellation die Bestellung verweigert habende solle die Contumacial-Kosten nicht erstatten, wenn er mit Recht appellirt habe, folglich nicht ungehorsam gewesen, er solle sie hingegen erstatten, wenn er mit Unrecht appellirt habe, weil dann seine Appellation keine Ausflucht wider das Gesetz geben konnte, das die Inmischung in das Object des Processus wider den, das Gericht stehenden Beklagten, versordnete — zugleich ist aber auch sichtlich, wie wenig dieser Fall wiederum taugt, die Regel wegen Erstattung der Proceß-Kosten herzugeben. — Mehrere Gesetze führt der Herr Gegner für sich nicht an; Damit ist denn klar, daß das Canonische Recht keine Abänderung der Römischen Gesetze zu Gunsten seiner Theorie enthalte.

§. 8.

Mit nicht besserem Erfolge sucht der Herr Professor bey den Teutschen Reichs-Gesetzen Hülfe. Ich habe in meiner vorigen Abhandlung

lung schon gezeigt, daß der Visitatione: Abschied
von 1713. §. 82. in dem er sagt:

damit auch keine Partey an diesem höch-
sten Reichs:Gerichte sonder sattsa-
men Grund eine Rechtfertigung
führe oder verfolge, und dadurch dem
Collegio Camerali unnöthige Mühe,
denen andern Parteyen Verzögerung ihrer
rechtmäßigen Sachen, seinem Gegentheil
aber ungehörliche Kosten und Aufenthalt
desselben Befugniß mache: so soll die
Vergleichung der Kosten ohne ge-
nugsame Ursachen in denen Urthei-
len nicht geschehen, sondern vielmehr der
verlierende Theil in dieselbe verurtheilt,
und der obsiegende dazu gebührend ver-
holfen werden —

Nichts weiter als dies ordne, daß ohne genugsame
Ursachen keine Compensation der Kosten
geschehen — vielmehr da, wo es an genugsamer
Ursache zur Compensation fehle, der Unterlie-
gende in die Kosten verurtheilt werden solle,
daß aber darüber,

was genugsame Ursachen der Compensar-
tion sind,

nichts Neues — nichts das gemeine Recht Ab-
änderndes festgesetzt, folglich es hierüber bey
I dessen

dessen Verordnungen, also bey dem Grundsatz
gelassen sey,

daß der Ueberwundene in die Kosten ver-
theilet werde, wenn er nicht bona fide die
Rechtfertigung führte.

Im Begriff und Wesen einer Reichs: Cammer:
Gerichts: Visitation liegt es auch schon, daß sie
bestimmt sey, Fehler und Gebrechen des Gerichts,
das heißt, Verhältnisse und Handlungen, die
den vorhandenen Gesetzen zuwider sind, zu un-
tersuchen, und Verordnungen, welche die Con-
formität mit den Gesetzen herstellen, nicht aber
neue Gesetze, zu machen. Die Gesetzgebung —
auch in Rücksicht aufs Reichs: Cammer: Gericht
— gehört vor dem Reichstag, nicht vor der
Visitation, es wäre denn, daß sie derselben in
einzelnen Fällen ausdrücklich aufgetragen wor-
den — Dies ist zuweilen z. B. im Reichsabs-
chied de 1594 und 1598 geschehen, wo der
dermaligen Visitation (dem zur Handhabung
des Landfriedens angeordnetem Reichs: Depu-
tations: Convente) freigestellet ward, die so ge-
nannte dubia cameralia, und alles Andere, so
zur Erhaltung und Verbesserung des Reichs:
Justizwesen gereiche, zu erledigen. Aber das
macht keine Folge auf jede Visitation. Gerade
die Visitation, von welcher der Abschied von

1713 herrührt, hatte weit beschränktere Rechte. Die Reichs: Instruction gab ihr nur die Befugnis, ein Gutachten an Kayserl. Majestät und das Reich abzufassen, wie die dubia ceremonialia abzuthun ⁴¹⁾. Schon darum ist mithin nicht zu erwarten, daß in der Stelle ihres Abschiedes, wegen der Proceß: Kosten, etwas Mehreres, als eine Bestätigung des gemeinen Rechts — daß darin eine neue, die Verurtheilung in die Kosten, auf andere, als die bisher gesetzliche Fälle, ausdehnende Gesetzgebung von ihr selbst beabsichtigt sey. — Indessen auch das Gegentheil — eine neue Verordnung in diesem Visitations: Abschiede angenommen — damit hätten wir doch immer keine allgemein verbindliche Abänderung des gemeinen Rechts. — Beym Reichs: Cammer: Gericht wäre nun, was sie sagte, gesetzlich! Aber auch in den Landen der Teutschen Reichsstände? Bey weitem nicht! Herr Professor Weber äußert, er könne nicht dafür, daß ich nicht auf den 137sten Spben des jüngsten Reichsabschiedes Rücksicht genommen habe! — Ich kann aber wahrlich eben so wenig dafür, daß er mehr darin sieht, wie darin steht! — Der Reichsabschied sagt nichts mehr,

§ 2 als

41) Reichs: Instruction für die Visitatoren de 1706, Art. 24.

als dies. Nach den Jphis 134, 135, 136 soll das Concept der Cammer: Gerichts: Ordnung von der nächsten Visitation revidirt und also eingerichtet werden, daß man es auf nächst künftigem prorogirten Reichstage völlig erledigen könne — Nun heißt es §. 137 weiter:

Es sollen auch Churfürsten, Fürsten und Stände des Reichs bey ihren Unter: Gerichten die Verordnungen thun, damit so viel möglich, bey denenselben die *N o r m a* des Cammer: Gerichtlichen *P r o c e ß* observirt werde, jedoch mit diesem ausdrücklichen Vorbehalt, daß fern bey solchen Judiciis ein anderer *Modus* eingeführt, und bis dahero beständig hergebracht worden, daß es auch dabey sein ohnabgeändertes Verbleiben haben soll.

Hier wird von der bey den Untergerichten der Fürsten, zu beobachtenden *Norma* des Cammer: Gerichtlichen *Processus* geredet. Das heißt, wie man noch mehr aus der nachfolgenden Ausnahme,

wenn bey solchen Judiciis ein anderer *Modus* eingeführt seyn mögte,

siehe —

sieht — es wird davon geredet, daß der Proceß bey diesen Gerichten, wie bey dem Cammer-Gericht, geführt werden solle. Oder soll vielleicht unter Norma des Cammer-Gerichtlichen Processus ein bestimmtes Gesetz verstanden werden: so wäre offenbar die nach den vorhergehenden Spheren ins Kleine zu bringende Cammer-Gerichts-Ordnung gemeint, die noch bis jetzt zu den frommen Wünschen gehört. An die künftige Visitations-Abschiede, und eine diesen selbst dann, wenn sie Etwas ganz Neues, bisher nicht Gesetzliches anordnen wollten, zuzusichernde verbindende Kraft für jedes Landesgericht in Teutschland, ist gewis nicht gedacht. Das kann nicht seyn, da eben der Reichsabschied will, daß die nächste Visitation, welche er im Auge hatte, die Cammer-Gerichts-Ordnung revidiren, und zu dem dem Reichstage vorbehaltenen Erledigung vorbereiten; also nicht etwas Neues Gesetzliches festsetzen sollte — Auch ist l. c. nicht gesagt, daß die Norma des Cammer-Gerichtlichen Processus sofort, und ipso jure für die Gerichte der Fürsten verbindlich seyn, daß sie in denselben so gleich beobachtet werden solle. Nein — die Fürsten sollen die Verordnung thun, damit sie in ihren Gerichten beobachtet werde — folglich ist selbst die

F 3

Reichs-

Reichs: Cammer: Gerichts: Ordnung (wie viel weniger also ein Visitatione: Abschied) an und für sich kein, die Gerichte der Fürsten verbindendes, d. i., außerhalb des Reichs: Cammer: Gerichts, kein Reichs: Gesetz. Erst wann und wo die Landesherrn die Verordnung erlassen haben, deren der Reichs: Abschied gedenkt, wird die Norm des Reichs: Cammer: Gerichtlichen Processes zu einer Norm für die Gerichte der Fürsten. Man sieht dies noch mehr daraus, daß nicht schlechtthin und unbedingt die Fürsten jene Verordnung thun sollen, sondern sie solche nur thun sollen, damit jene Norm

so viel möglich

so viel nach Lage und Umständen ihnen gut dünkt, und

insofern nicht ein anderer Modus schon eingeführt, als woben es sein unabgeändertes Bewenden behalten soll;

d. i., daß sie in Fällen, die ihre Bestimmung nicht schon haben, observirt werde, womit denn eines Theils Alles der Beurtheilung der Fürsten anheim gestellt — andern Theils der Abänderung bisheriger Landesrechte vorgebeuget ist — Wie wenig folgt mithin aus dem 137sten

Spähen

Spßen des jüngsten Reichs: Abschiedes die allgemeine Verbindlichkeit einer Abänderung der sonst Geseklichen Theorie von Erstattung der Proceß: Kosten, wenn der Visitations: Abschied dergleichen so gewis hätte, als er sie nicht hat. —

§. 9.

Fest steht demnach noch immer jene Theorie, wonach nur der die Proceß: Kosten zu erstatten schuldig ist, der aus Chicanen oder grober Nachlässigkeit unrechtfertig gestritten hat. —

Bei diesen Umständen könnte ich mich der Mühe überheben, die Erinnerungen zu rechtfertigen, welche ich dem Systeme des Herrn Professors Weber, insoferne es auf der Analogie, oder wol gar auf Principien des Natur: Rechtes gebauet ist, entgegen gesetzt habe. Wo die positiven Gesetze unverkennbar deutlich reden, da kann ja Nichts darauf ankommen, was in Ermangelung ihrer Analogie und Natur: Recht bestimmen.

Indessen wünscht doch vielleicht ein oder anderer meiner Leser zu wissen, in wie fern ich meine in dieser Hinsicht geäußerte Zweifel geboben halte. —

Ich will also auch darauf noch meine Betrachtung richten.

§. 10.

Herr Prof. Weber setzt zum 1sten Grunde des Satzes, daß Jeder Unterliegende die Kosten erstatten müsse, die Hypothese, daß die Proceß-Kosten: Erstattung eigentlich Schadens: Ersetzung sey, jedermann aber außer Contracten Schuldigkeit haben, den auch durch die kleinste Nachlässigkeit verursachten Schaden zu vergüten. —

Ich finde dawider gleich Anfangs noch immer den Einwand erheblich, daß sehr zu bezweifeln sey, daß die Proceß-Kosten nach Römischen Rechten als Schäden, und die Grundsätze zu deren Erstattung als einerley mit den der Schadens: Erstattung zu betrachten seyn.

Dem einmal das Römische Recht wendet nirgends die Grundsätze des Aquilischen Gesetzes und der Schadens: Erstattung auf die Erstattung der Proceß-Kosten an, verweist nirgends bey den über die Erstattung der Proceß-Kosten gegebenen Entscheidungen auf das Aquilische Gesetz, und die Lehre von Erstattung der Schäden. Ist es glaublich, daß dies unterblieben

de

† †

blieben wäre, wenn wirklich die Erstattung der Proceß: Kosten aus den Grundsätzen der Schadens: Ersekung ihre Bestimmung erhielte, und die Proceß: Kosten als Schäden, die der Uebervundene verursacht, anzusehen wären? — Welches Beispiel zur Lehre von der Schadens: Erstattung mußte den Gesetzgebern gegenwärtiger seyn, als das der Proceß: Kosten, wenn dies eines abgäbe, da ja alle Gesetzgebung Verhütung oder Entscheidung der Proceße zum Gegenstande hat, folglich man die Erstattung der Proceß: Kosten auf keinem Augenblick aus dem Gesichtskreise verlieren konnte. —

Was Herr Prof. Weber hiewider erinnert, scheint zur Entkräftung nicht hinlänglich. — Er meint erstlich, bey Dingen, welche die Natur der Sache mit sich bringe, könne es wol keine Schwierigkeiten machen, wenn wir sie nicht gerade auch mit ausdrücklichen Worten im Römischen Rechte anträfen. Das Wesen der Sache nun bringe mit sich, daß die Proceß: Kosten zu den Schäden gehören; Daß aber derjenige, der einen Andern mit Unrecht in Schaden setze, diesen Schaden vergüten müsse, das sey schon vor Roms Erbauung der gesunden Vernunft gemäs gewesen. Wir könnten also

F 5 auch

auch ohne die Buchstäbliche Leitung des Römischen Rechts hier sehr wol fortkommen ⁴²⁾. — Ich muß aber bitten, zu bedenken, daß wir ein positives Rechtssystem in den Römischen Gesetzbüchern einmal angenommen haben — daß diese Gesetzbücher um mehr als ein Jahrtausend älter sind, wie wir — daß sie aus Zeiten, und von Verfassern herrühren, deren Art zu denken und zu philosophiren sich von der Art unsers Zeitalters so unendlich unterscheidet, als unendlich verschieden von den Grundsätzen, welche die Philosophie darbietet, die Gesetzliche Bestimmungen nach Bedürfnis und Verhältnis des Staats oft ausfallen müssen, daß man folglich, was wir der Natur und dem Wesen der Dinge gemäß finden, — ja was der Natur und dem Wesen der Dinge wirklich gemäß seyn mag, theils damals nicht immer also fand, theils nicht in das Rechtssystem übertragen konnte — daß mithin die Resultate unseres Nachdenkens und unserer Untersuchung nicht so geradezu als Sätze, die dem unter uns Gesetzlich gewordenen Römischen Rechte anpassen, angenommen werden können. — Offenbar ist insbesondere die Theorie des Römischen Rechtes vom Begriff der Schäden, und der Schuldigkeit zu ihrer

Er

42) p. 15. 16.

Erstattung bey weitem nicht die reine Theorie des Naturrechts. Die Gesetze der XII Tafeln bestimmten blos in dem Falle, da man gewaltsam thätig geschadet hatte, die Pflicht der Ersetzung. Und weiter scheint diese Pflicht auch durch die spätere bis auf das Aquilische Gesetz gefolgte Gesetzgebung nicht erstreckt zu seyn. Denn das Aquilische Gesetz, das an die Stelle aller seit den Gesetzen der XII Tafeln über unrechtfertig verursachte Schäden gegebenen Gesetze getreten ist⁴³⁾, schränkt sich noch blos auf jene Arten von Schäden ein⁴⁴⁾. Dies Gesetz sieht überhaupt die Schäden aus dem Gesichtspuncte der Verbrechen, und die deshalb Statt habende Klage als eine aus Verbrechen kommende an. — Nur bey Contracten hat das Versprechen präciser Leistung, und die engere Verbindung, worin die Contrahenten getreten sind, eine Verbindlichkeit zur Erstattung der bey den Objecten derselben sich zugetragenen Versehen hervorgebracht, die mit der Klage aus dem Contracte, gleichsam als stillschweigend mit versprochen, gefodert werden konnte — Späterhin gab der Prator, der so oft in Fällen der Billigkeit das Recht ergänzte, auch wegen außercontractlicher Schäden

43) l. 1. pr. D. ad l. Aquil. IX, 2.

44) l. 2. pr. 1. 27. §. 5. D. ad l. Aquil.

Schäden, auf welche die lex Aquilia nicht paßte, dann wenn ihm deuchte, daß man nach Billigkeit eine Klage haben sollte, eine Actionem in factum S. praescriptis verbis. Schon hieraus erhellt, wie wenig das Römische Recht die allgemeine Schuldigkeit kenne, jeden Schaden erstatten zu müssen, den man verursacht hat — wie gewis es nicht genug sey, daß nach dem Rechte der Natur jeder Verlust, dessen Veranlassung ein Anderer war, unter den Gesichtspunct eines zu erstattenden Schadens gebracht werden könne — um eben diese Betrachtungsart für dem Römischen Rechte gemäs zu halten. Dies wird sich noch mehr aus folgenden Bemerkungen ergeben.

a) Da das Römische Recht in Contracten die Grade der Schuld unterscheidet und Regeln festsetzt, welche Grade der Schuld man prästiren soll; so befreit es in Contracten von der Pflicht des Ersatzes, wenn ein kleinerer Grad der Schuld vorhanden ist.

b) Bey außercontractlichen — den Contracten ähnlichen Geschäften nimmt eben das Recht auch ähnliche Grundsätze an, wovon ich unten weiter reden werde.

c) In

c) In mehreren einzelnen außercontractlichen Fällen hat gar keine Schadens-Erstattung Statt — Ich will hier nur einige aufzählen — Ein possessor bonae fidei erstattet den Schaden nicht, welchen er vor der litis-Contestation der von ihm besessenen fremden Sache auch durch seine Schuld zufügt ⁴⁵⁾. Er erstattet so gar nichts, wenn er die Sache ganz verzehrt, ver-
nichtet hat, falls er dadurch nicht reicher ge-
worden ist ⁴⁶⁾. Und als possessor rei singu-
laris erstattet er selbst die verzehrte Früchte nicht,
durch die er reicher geworden ⁴⁷⁾.

Ein Landmesser, welcher ein falsches Maaß
angegeben hat, vergütet den dadurch entstande-
nen Schaden nicht, falls er nicht bösslich han-
delte ⁴⁸⁾. Und um auch in diesem Falle nur
ihn dazu anhalten zu können, fand der Prätor
nöthig erst eine Actionem in factum zu propor-
niren ⁴⁹⁾; es ist also selbst erst seitdem die Verz-

45) l. 25. §. II. D. de hered. petit. l. 31. §. 3.
D. eod.

46) l. 22. l. 23. pr. l. 25. §. II. D. de hered. pet.
l. 23. §. 5. D. de rei vindic. l. 23. de rebus
creditis.

47) §. 35. J. de rerum divis. §. 2. J. de offic.
jud. l. 4. §. 2. fin. regund. l. 40. D. de admin.
rer. domin.

48) l. I. §. I. D. si mensor. XI, 6.

49) l. c. pr.

bindlichkeit, oder doch das Rechtsmittel sie geltend zu machen, entstanden. Wenn man ein schadhaftes Haus nicht reparirte, dies niederfiel und Schaden anrichtete: so war man nicht schlechthin schuldig, den Schaden zu erstatten⁵⁰⁾; der Beschädigte konnte nur, wenn er sich Caution wegen besorglichen Schadens machen lassen, aus dieser Sicherheits-Bestellung klagen. War aber keine Caution bestellt, und dies nicht durch Weigerung des Gegners nach gerichtlicher Anweisung zur Caution-Bestellung oder durch Zögerung des Richters, sondern dadurch unterblieben, daß darum nicht angefragt worden: so hatte man, wenn man darum nachzusuchen verhindert war, die Besugnis anzutragen, daß der Herr des eingefallenen Gebäudes, das Eingefallene wegnehme, und dagegen wegen des entstandenen und der künftigen Schäden Sicherheit mache, oder das schadhafte Haus aufgebe; wenn man aber aus bloßer Nachlässigkeit die Caution zu begehren unterlassen hatte, so gar nur das bloße Zurückhaltungs-Recht an dem Schutte, durch den die Beschädigung geschehen war⁵¹⁾. Das Alles mußte

50) l. 7. §. 1. ff. de damno inf. XXXIX, 2.

51) l. 7. §. 2. et l. 8. ff. de damno infecto XXXIX, 2.

müßte sich anders verhalten, wenn der Satz des Naturrechts, man müsse jeden Verlust, wovon man auf irgend eine Art die Veranlassung gewesen, als einen widerrechtlich verursachten Schaden sich zurechnen lassen, ins Römische Recht übergegangen wäre. Hat aber das Römische Recht eine andere Theorie von der Schadens-Erstattung, wie das Recht der Natur: so genügt in Deutschland, wo das Römische Recht die erste Erkenntnisquelle der Privat-Rechte und Befugnisse ist, in der Materie von der Schadens-Erstattung und in denen, die man auf jene Materie zurückführen will, unmöglich, daß dies oder jenes vor Roms Erbauung natürlichen Rechts war. — Seit Roms Erbauung und seit Annahme seiner über die Schadens-Erstattung anders verordnenden Gesetze in Deutschland ist eine ganz andere Theorie die Gesetzliche geworden! Wie könnte denn nun aus der im Römischen Rechte nicht angenommenen Theorie des Naturrechts Entscheidung kommen? Selbst in Fällen, welche die Gesetze nicht ausdrücklich bestimmen, muß die Analogie dieser Gesetze den Satzungen des Naturrechts vorgehen. Wenn man also die Proceß-Kosten-Erstattung nach den Grundsätzen der Schadens-Erstattung zu beurtheilen unternimmt; so ist unwidersprechlich

lich notwendig zu zeigen, daß diese Betrachtungsart der Römischen Theorie von der Schadens:Erstattung angemessen sey. — Und hier muß es wol allerdings wichtigen Zweifel machen, wenn man weder bey Abhandlung der Lehre von der Schadens:Erstattung diese auf die Proceß:Kosten:Erstattung angewandt noch in den Stellen, welche von Erstattung der Proceß:Kosten handeln, irgend einen Bezug auf die Lehre von der Schadens:Erstattung findet; so viel einzelne Fälle auch vorgeführt sind, um die Anwendlichkeit oder Unanwendlichkeit der Lehre von der Schadens:Erstattung zu zeigen. —

Umsonst wendet Herr Professor Weber noch weiter ein, das Aquilische Gesetz habe nicht alle Arten der Beschädigungen, sondern nur gewisse Gattungen zum Vorwurfe gehabt, wohin die Proceß:Kosten gar nicht gehörten⁵²⁾. Und so sey ihrer bey Gelegenheit dieses Gesetzes nicht erwähnt. Es ist jedem Leser der Römischen Gesetze zu einleuchtend, daß wenn gleich ursprünglich das Aquilische Gesetz nur gewisse Beschädigungen, die nämlich, welche corporelichen Sachen zugefügt worden, zum Gegenstande gehabt hat, dennoch die Titel der weit

neues

neueren Römischen Gesetzbücher, welche von gedachtem Gesetze handeln, auf diese Art der Schäden keinesweges sich beschränken, vielmehr wird, seitdem die lex Aquilia dadurch ergänzt war, daß wegen der Beschädigungen nicht körperlicher Sachen die Actio in factum gegeben ward — unter dem erwähnten Titel die Lehre von Erstattung der mit Unrecht verursachten Schäden im Allgemeinen vorgetragen. So faßt zum Beispiel Iphus 16. J. de lege Aquilia alle mit Unrecht zugefügte Schäden. Er unterscheidet die Fälle, da man

A. einer körperlichen Sache;

a) mit seinem Körper;

b) nicht mit körperlicher Gewalt,

oder

B. da man weder einer körperlichen Sache noch mit seinem Körper, sondern auf andere Weise Jemanden Schaden gethan hat.

Offenbar fällt hier jede gedenkliche Art des Schadens zwischen diese Fälle.

Im ersten Hauptfalle gibt der Iphus Actionem legis Aquiliae directam oder utilem — Im zweyten sagt er, daß wider den, der zur Erstattung schuldig sey (qui obnoxius fuerit) Actio in factum

Ⓞ

factum

factum zu geben' sey. — Wenn also die Proceß: Kosten nach der Theorie von Schäden zu beurtheilen wären; so gehörten sie allerdings unter dem Titel de lege Aquilia. — Und allenfalls würde ich mein Argument nur etwas anders fassen dürfen. Ich würde nur sagen dürfen: Wenn die Erstattung der Proceß: Kosten nach den Grundsätzen der Schadens: Erstattung zu beurtheilen wäre: so sey unbegreiflich, daß die Römischen Gesetzbücher weder bey Abhandlung der Lehre von den Schäden und deren Erstattung diese auf die Proceß: Kosten: Erstattung angewandt, — noch bey den Entscheidungen wegen der Proceß: Kosten auf die Grundsätze von der Schadens: Erstattung hingewiesen haben, so viele einzelne Beyspiele bey der Theorie von der Schadens: Erstattung auch angeführt und entschieden worden. —

Ein anderes Argument wider die Herbenziehung der Lehre von der Schadens: Erstattung bleibt mir dies: Wenn die Proceß: Kosten als Schäden anzusehen und die Grundsätze ihrer Erstattung einerley mit den der Erstattung sonstiger Schäden wären: so müßte man eine Klage haben, mit welcher man sie principaliter fordern könnte, sie fordern könnte, sie mögten von dem die Hauptsache

sache entscheidenden Richter zuerkannt seyn, oder nicht. Denn wegen aller Schäden, deren Erstattung gesetzliche Pflicht ist, hat man eine Klage, *Actionem legis Aquiliae* oder *Actionem in factum* — Aber wegen der Proceß-Kosten soll man gar keine Klage haben, wenn nicht der Richter bey Entscheidung der Hauptsache sie zuerkannt hat⁵³). Ein deutliches Zeichen, daß nicht die Idee von Schäden, die man etwa als von einem Jeden Unterliegenden in den Kosten verursacht annehmen müßte, oder die Theorie von der Schadens-Erstattung, die jedem Unterliegenden als einem solchen obläge, sondern das Erkenntnis des Richters, das er nach Erwägung der Probabilität der Intention des Unterliegenden fällt, der Grund der Kosten-Erstattung sey. — Sollte hier wol die Distinction aus-
helfen, welche Herr Professor Weber unter dem Rechte des obsiegenden Theils, in Ansehung der Proceß-Kosten selbst — und der Befugnis, dies Recht gerichtlich zu verfolgen, oder unter dem nächsten, und entfernteren Klages-Grunde macht? Immerhin sey nur wegen gerichtlicher Verfolgung des Rechts, die Proceß-Kosten erstattet zu begehren, bestimmt, daß solche ohne vorgängiges Erkenntnis des Richters

B 2

als

53) l. 3. C. de fructib. et litium. expens. VII, 51.

als den nächsten Klage-Grund nicht Statt haben solle — Auch dies noch bleibt der Theorie, welche die Proceß-Kosten-Erstattung auf die Lehre von der Schadens-Ersetzung zurückbringt, ungünstig. Wenn nach den Grundsätzen der Schadens-Erstattung der im Proceß Ueberwundene für einen, der unrechtfertig Schaden verursacht, und also diesen Schaden, d. i., die Proceß-Kosten zu erstatten Verbindlichkeit habe, anzusehen wäre, warum sollte es denn nicht, um ihm diese Kosten abzufordern, genug seyn, daß das Urtheil ihn überwunden erklärte? Warum sollte noch zur Abforderung der Kosten notwendig seyn, daß der Richter außer dem, daß er ihn für überwunden erklärte, ihn auch zur Kosten-Erstattung schuldig, oder wenigstens das erklären müßte, daß der Sieger wider ihn eine Klage auf Kosten-Erstattung habe? Ist nach den Grundsätzen der Schadens-Erstattung, jeder, der Schaden thut, zur Erstattung verpflichtet — und nach eben solchen Grundsätzen der, welcher im Proceße überwunden wird, für einen, der vermöge der verursachten Kosten, Schaden gethan hat, zu halten: so ist ja in dem Erkenntnisse, das ihn verurtheilt oder abweist, d. i., für überwunden erklärt, schon stillschweigend mit erkannt, daß er

er die Kosten zu erstatten habe. Die gleichwol im Gesetze geschehene Erforderung ausdrücklichen Erkenntnisses, wegen der Pflicht die Kosten zu erstatten, neben der Verurtheilung in der Hauptsache, und zwar als einer Bedingung, ohne welche nicht, bleibt mithin unerklärlich.

Diese Seltsamkeit hebt der Grund des Gesetzes

post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est, litem alteram conflagere ex litis primae materia

nicht. Er ist vielmehr bey der Hypothese des Herrn Professors Weber ganz unpassend. Es könnte ja bey derselben durch die Kosten-Forderung kein Proceß aus der Materie des vorigen, wenigstens nicht mehr entstehen, wie dann entstehen könnte, wenn erkannt wäre, daß der Sieger eine Klage auf Kosten habe, in welchem Falle das Gesetz die Kosten-Forderung noch nach geendigtem Proceße zugibt. Daß der Ueberwundene überwunden worden und so unrechtlich processirt habe, das beruhete ja in richterlicher Entscheidung! Darüber könnte also nicht noch Proceß geführt werden, das stände ja ohne weitere Rücksicht auf die Materie des vorigen Processes — nach förmlichem Rechte fest; Der Buchstab des Urtheils gibt hierüber Ge-

wisheit — Daß der Ueberwundene als ein un-
rechtlich processirt habender, nach den Grund-
sätzen der Schadens: Erstattung die Kosten er-
statten müsse, das wäre per hypothese eine
Folge dieser Grundsätze, also stillschweigend mit
erkannt, könnte mithin wiederum keinen Pro-
cess mehr veranlassen; insbesondere könnte das
nicht als ein Gegenstand eines Processus der
aus NB. der Materie des vorigen
Rechtshandels entstände, angesehen werden,
da die mit der Materie des vorigen Processus
Nichts zu thun habende Theorie, daß wer un-
terliegt als ein unrechtfertiger Beschädiger die
Kosten zu erstatten habe, hier Alles bestimmte.
In einem ganz andern Lichte erscheinen Gesetz
und Grund des Gesetzes, wenn nicht die Theo-
rie von der Schadens: Erstattung, sondern die
Größe der Schuld des Unterliegenden das Fun-
dament der Kosten: Erstattung ist — dann ist
es nicht genug, daß man überwunden sey —
nicht genug, daß der Richter in der Hauptsache
wider uns erkennet habe — damit ist wegen
unserer Verbindlichkeit zur Kosten: Erstattung
noch Nichts erkannt; der Richter muß auch
sagen, daß er uns in dem bestimmten besondern
Grade der Schuld, an den die Kosten: Erstat-
tung geknüpft ist — (nach meiner Hypothese in
dem

dem Falle der Calumnien oder einer ihr gleichen groben Nachlässigkeit) gefunden habe. — Und so muß außer der Verurtheilung in der Hauptsache, noch ausdrücklich die Verurtheilung in die Kosten, oder das Erkenntnis, daß der Sieger darauf Klage habe, erfolgen — Dann erst kann eine Klage auf die Kosten gegeben werden. (Nulli Actio super sumtuum petitione praestetur nisi &c.) Dies Erkenntnis muß von eben dem Richter kommen, der die Hauptsache entscheidet. Er kann am besten wissen, ob der Unterliegende Grund gehabt habe zu processiren — Aus dem, was vor ihm vorgegangen ist, aus den vor ihm verhandelten Acten ist der Grad der Schuld des Unterliegenden zu entnehmen. — Die Frage darüber ist mit dem entschiedenen Prozesse wesentlich verwebt, gehört zur Materie dieses Processes

post absolutum vero dimissumque iudicium, nefas est litem alteram consurgere ex liti primae materia.

Darum muß dann wegen der Kosten kein Antrag zugelassen werden, wenn keine Vertheilung, oder kein Erkenntnis, daß man darüber eine Klage habe, geschehen ist.

Mein drittes Argument wider den Versuch, die Erstattung der Proceß-Kosten auf die Grundlage der Schadens-Erstattung zurückzuführen, hat das Unglück gehabt, dem Herrn Professor Weber so gar aller Verantwortung unwerth zu scheinen. Die bloße Ausführung, meint er, sey Widerlegung. Ich muß mich aber beklagen, daß Er meinen Ideengang nicht ganz dargestellt hat — Er sagt, ich habe mich so angedrückt: „Der Existential Grund der Kosten ist ja offenbar der eigne Wille dessen, der sie verwendet. Es stand ja bey ihm, ob er diese Kosten verwenden wollte oder nicht. Er konnte ja freywillig nachgeben und nicht processiren. Folglich kann er eigentlich nicht sagen, daß der verlierende Theil ihn in Schäden und Kosten gesetzt habe.“ Und wider dies so vorgetragene Argument kann denn freylich — zumal wenn man den Standpunct, woraus man es ansehen soll, ein wenig verrückt, und nicht nach den Principien des Römischen Rechts die Sache beurtheilt, sondern den Leser unvermerkt auf die Gefühle des natürlichen Rechts zurück bringe — es kann, sage ich, wider das so vorgetragene Argument wol die kurze Antwort wichtig scheinen, mit der Herr Weber es abfertigt — „Ich denke es bleibt dabey, daß derjenige mich
 „aller

„allerdings in Schaden setzt, der mich durch
 „eine ungerechte Handlung zu Ausgaben nöthi-
 „get, die ich sonst nicht würde gehabt haben.
 „Oder soll etwa auch ein Verwundeter das Arzts
 „und Heilerlohn nicht auch unter die Schäden
 „rechnen, weil es ja sein eigener Wille war, sich
 „nicht curiren zu lassen“⁵⁴⁾. Wahrscheinlich
 aber wird nicht leicht Jemand diese Antwort
 hinlänglich, geschweige eine eigentliche Beant-
 wortung ganz überflüssig finden, wenn er mein
 Raisonnement im Zusammenhange ansieht —
 Ich habe wörtlich dies gesagt⁵⁵⁾. „Es hält
 „an sich schwer, die Begriffe eines von dem
 „Unterliegenden verursachten Schadens den
 „Proceß: Kosten des Siegers anzupassen.“
 (Man denke immer daran, daß man sich in den
 Geist der Römischen Gesetze zu versetzen hat).
 „Der Existential: Grund dieser Kosten ist ja
 „offenbar der Beschluß, der Wille des, der
 „sie verwendet: Er überlegt, beschließt, ob er
 G 5 „ver-

54) Doch paßt selbst das angezogene Beispiel nicht, da
 es den Fall einer unmittelbaren positiven Beschädi-
 gung enthält, zu deren Gutmachung der Beschädigte
 verbunden ist, die aber nicht anders, als vermittelt
 der Heilung, entstehen kann; daher denn die Erstat-
 tung der darauf verwandten Kosten unbestreitbare
 aus unmittelbarer Beschädigung folgende Pflicht ist.

55) p. 34. seqq. meiner Abhandlung.

„verwenden wolle?“ (das heißt, die nächste Ursache der Verwendung ist der Wille des Verwenders. Sein Gegner hat durch keine positive Handlung ihm die Kosten unmittelbar abgenommen. Also ist im Sinne der Römischen Gesetze hier nicht der Fall *quod victus damnum dedit*. Die Gesetze unterscheiden aber sehr genau den Fall, da Jemand den Schaden selbst gethan hat, von dem, da er nur die Ursache und Veranlassung des Schadens prästirt hat. Der erstere Fall ist hier nicht, — wie siehst mit dem letzteren? gab der Ueberwundene Veranlassung zum Schaden, und in wieferne gab er sie? Ich antworte:) „die Klage des Gegners, oder, „falls der Sieger Kläger ist, die Weigerung „des Gegners zu thun, was man fodert, ist „Beweg = Ursache, jene Verwendung zu „machen. Aber ein Rath bewegt auch oft „zu unnützen Verwendungen, ohne daß man „diese Verwendungen als Schäden ansähe, die „dem Rathenden zum Effect der Schuldigkeit, „sie ersetzen zu müssen, zur Last kämen⁵⁶⁾, (das heißt, nicht jede Beweg = Ursache bringt wider den, der sie gab, die Idee verursachten Schadens auf. Vielleicht ist jedoch das Benehmen des Ueberwundenen, der dem nachmals für Recht

er:

56) l. 47. ff. de div. reg. jur. antiq. L. 17.

erkannten Verlangen des Siegers sich nicht fügen wollte, oder der eine nachmals verworfene Forderung vor Gericht brachte, als ein Benehmen zu betrachten, das die Kosten-Verwendung nothwendig machte!) „Aber 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 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 verweigert ward, nicht zu klagen, dann hatte er die Kosten nicht.“ (Also eine absolute nothwendige Folge des Benehmens des nachmals Uebervundenen war die Kosten-Verwendung nicht. Es kam alles darauf an, ob der nachmalige Sieger sein Recht gerichtlich durchsetzen wollte. Hier bricht Herr Professor Weber den Faden meines Raisonnements ab — knüpft hier gleich als von mir gemacht, die Folgerung an, „folglich kann der Sieger nicht eigentlich sagen, daß der verlierende Theil ihn in Schaden und Kosten gesetzt habe,“ und diese Folgerung schlägt er dann mit dem Ausspruche zu Boden, er denke, es bleibe dabey, daß derjenige ihn allerdings in

Scha:

Schaden setze, der durch eine ungerechte Handlung ihn zu Ausgaben nöthige, die er sonst nicht würde gehabt haben. Doch habe ich gerade dies Nöthigen, diesen Zwang in dem, was in meiner, bey weitem nicht geendigten Betrachtung unmittelbar folgt, insbesondere erwogen.) „Will man einwenden, in der un-
 „rechtlichen Weigerung liege doch ein Zwang
 „zu Klagen, in der unrechtlichen Klage ein
 „Zwang, sich zu vertheidigen, da man befürch-
 „ten mußte, die Forderung ohne Klage nicht
 „zu erhalten, oder ohne Vertheidigung ver-
 „urtheilt zu werden — nun so wäre doch der
 „Zwang kein physischer, sondern höchstens ein
 „moralischer Zwang. Es wäre eine Art des
 „Zwanges, die nicht alle Freyheit des Will-
 „ens aufhobe, wenigstens von den Gesetzen,
 „nach welchen alle unter solchem Zwange ge-
 „schlossene Geschäfte an und für sich bestehen,
 „nicht für die Freyheit des Willens aufhebend
 „angesehen wird. Man kann also Verwen-
 „dungen, die unter solchem Zwange geschehen,
 „unmöglich ohne weitere Umstände dem, dem
 „man den Zwang Schuld gibt, gleich seinen
 „eigenen Handlungen, zur Last bringen.“ (Die
 Verwendung bleibt immer eine Handlung des
 Verwenders; der ihm angethane Zwang war
 nicht

nicht so groß, daß er ohne Willen war, sich wie beim physischen Zwange, als bloßes Instrument des Gegners verhielte! — Wenn also die Idee des Zwanges der Grund werden soll, warum die Verwendung vom Gegner wieder zu erstatten ist: so muß erhellen, daß die Gesetze sie diesem eben sowol, als hätte er durch physischen Zwang sie abgedrungen, zur Last legen.)

„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 (und die Abnötigung der Verwendung als eine Beschädigung) ansehen, und so Klage auf Ersatz geben. Dies ist hier nicht der Fall. Wenn gleich nach ausgeführter Sache für den Obliegenden, daß er Recht habe, erkannt wird: so wird doch damit keinesweges erkannt, daß der Untertiegende vor ausgeführter Sache sich dem Rechte des Siegers schon hätte fügen sollen — daß in seiner bona fide geschenehen Anstellung einer Klage, die der Richter selbst nicht schon zur Zeit der Anstellung, sondern erst, nachdem zur Urteil beschloffen worden, Verwerfungsfähig fand, oder in seiner bona fide geschenehen Weigerung eine nicht

„liqui

„liquide Ansprache vor deren Ausmachung zu
 „erfüllen, eine Unrechtfertigkeit“ — (ein Un-
 rechtfertiges Abnötigen — Abdringen vergeb-
 licher Kosten) „eine unrechtfertige Gewalt ge-
 „legen habe. Gibt doch bona fides in allen
 „den Fällen, in welchen die Gesetze ausdrücklich
 „ein Anderes nicht verordnen, dem Besizenden
 „das, was die Wahrheit der Sache gibt“⁵⁷⁾,
 „daher denn Vertheidigung des Besizes bis zur
 „Evidenz des Unrechts, und damit Weigerung
 „gegen eine noch nicht zur Liquidität gebrachte
 „Klage, bis zur geschenehen Ueberzeugung er-
 „laubt seyn muß. Erklären doch die Gesetze
 „ausdrücklich, daß auf die bona fide angestellte
 „Klage der Begriff unrechtmäßiger Gewalt
 „ganz unanwendlich sey“⁵⁸⁾. — Sollte das
 alles wol wirklich unter aller Antwort seyn,
 sollte es mit dem Ausspruch abgefertiget werden
 können, „es bleibt dabey, daß mich allerdings
 „der in Schaden setze, der mich durch eine un-
 „gerechte Handlung zu Ausgaben nöthiget,
 „die ich sonst nicht würde gehabt haben?“ Das
 ist ja eben gerade die Frage: Ob die Römischen
 Gesetze eine Klage oder eine Vertheidigung, die
 am Ende durch einen Urteils-Spruch verworfen
 wird,

57) l. 136. ff. de divers. reg. jur. L. 17.

58) l. 63. l. 155. ff. §. 1. de div. reg. jur. L. 17.

wird, überhaupt für eine unrechtliche Handlung halten, und für eine Handlung, welche den Sieger zu den verwandten Kosten unrechtlich genöthiget hat — ob also in dem Begriff dieser Gesetze der, welcher ohne Frevel processirt aber verlohren hat, für einen, der den Sieger in Schaden gesetzt habe, gilt? — Ich läugne, daß diese Betrachtungsart den Gesetzen gemäs sey — Der Sieger muß in dem Falle, wo der Unterliegende in bona fide war, die Nicht:Evidenz seines am Ende freylich klar gewordenen Rechtes als Ursache der Verwendung anklagen — dieser Nicht:Evidenz wegen hat er die Kosten verwenden müssen — sie entschuldigt den Unterliegenden und läffet dem Sieger die Kosten zur Last. — Alles dies wird, wie ich in meiner vorigen Abhandlung weiter ausgeführt habe — „noch einleuchtender durch den „Unterschied zwischen wahren und förmlichem „Rechte, den Herrn Professor Weber mit vielem „Grunde eingeschärft. Das Urtheil macht „nur förmliches Recht unter den Parteyen — „daraus folgt aber nicht, daß das, was es „Recht macht, auch würlliches Recht sey „und war als der Streit anging.“ Wer nach dem Urtheil, seitdem es, was es sagt, zu förmlichen Rechte gemacht hat, diesem

diesem nicht gemäs handete, der handelt offen-
bar unrecht, aber wer vor dem Urtheil nicht
thut, was durch dasselbe nachmals förmlicher
Rechtens geworden ist, der kann nach eigent-
lichem Rechte Rechte gehabt haben, und das
förmliche Recht existirte noch nicht. Es ist
also unmöglich, des nachherigen Urtheils wegen
sein Benehmen vor solchem, und die dadurch
seinem Gegner gegebene Veranlassung Kosten
zu verwenden, als eine unrechtmäßige Beschä-
digung desselben zu betrachten⁵⁹).

b) Deut-

39) Herr Professor Weber hat auf diese letztere Bes-
trachtung, jedoch an einer ganz andern Stelle, de-
nemlich, wo er nicht mehr vom Princip der Kosten-
Erstattung, sondern von dem einzelnen Falle streitig
gewesenen Rechts redet, mancherley erwiedert, —
„das Urteil, sagt er, macht nicht erst Recht, sondern
„es bestimmt, was den Gesetzen und Rechten, wo-
„nach der Richter sprechen muß, unter den Parteyen
„gemäs sey.“

Zu denke aber, es bleibt dabei, das Urteil macht
Recht unter den Parteyen. Das sagt ausdrücklich
l. 3. pr. ff. de agnosc. et aliend. liber. XXV, 3.
l. 17. §. 1. D. de inoff. test. V, 2. daher kommt
nach dem Urtheil nichts weiter darauf an, wenn auch
wider den Verurtheilten gar keine Klage in Rechten
gewesen war, l. 3. §. 11. D. de pec. XV, 1. —
In so fern man das Urteil als eine Bestimmung des
Verhältnisses des Falles zu den Gesetzen denkt, ist
es auch unrichtig zu sagen, das Urteil bestimme, was
den

d) Deutlich sondern daher viertens die Gesetze von sonstigen Schäden — von Schäden aus übler Verwaltung des Streit: Objectes die Nachtheile ab, welche blos aus der Proceß: füb:

den Gesetzen und Rechten, wonach der Richter sprechen muß, unter den Parteyen gemäs ist, — das Urtheil bestimmt vielmehr, was der Richter den Rechten und Gesetzen unter ihnen gemäs hält. Dies lehrt schon die Benennung: Urtheil, Sentenz, — dies lehren auch die Formeln, deren man sich bediente, si quid mei iudicii est — mihi videtur — Brissolinus de formulis et solemnibus populi Romani edit. Conradi Libr. V. N. CLXVIII p 433. Cujacius in Observat. Libr. III. Observ. 26. Die Deutsche Formel: „Wir erkennen für Recht,“ sagt eben das. Eine solche Meinung des Richters nun macht unter den Parteyen Recht, weil sie in der Litis = Contestation seinem Urtheile sich zu fügen, versprochen hatten. — „Es ist sehr richtig,“ sagt Herr Weber weiter, „daß das förmliche Recht nicht immer wirkliches Recht ausmacht. Aber die Gesetze wollen, und der ganze Zweck der Justiz = Pflege erfordert es, daß dasjenige, als wirklich Recht angesehen und behandelt werde, was einmal Rechtskräftig, so und nicht anders entschieden worden ist.“ Wenn Er dies von der Zukunft, d. i. von dem Aussprüche und der Rechtskraft an, versteht: so gehe ich es zu. Die Parteyen sind, wie schon gesagt ist, in der Litis = Contestation übereingekommen, das befolgen zu wollen, was ausgesprochen und Rechtskräftig wird. — „Diese Rechts = Kraft,“ fährt mein Herr

Führung dem Sieger erwachsen sind, und wollen, daß der Ueberwundene, der mala fide processirt hat, nicht der, der in bona fide war, diese erstatte ⁵⁹ b). Zu den Nachtheilen aber aus

Herr Segner fort, „schlichtet den bisherigen „Streit.“ Wiederum wahr, in dem Verstande, daß, seitdem sie da ist, der Recht hat, für den sie spricht. — Wenn er aber weiter sagt: „Die „Rechts-Kraft entscheidet, ob mit Recht geklagt „worden, oder ob Beklagter mit Recht dagegen „gestritten habe, folglich muß auch die Wirkung „des Rechtskräftigen Urtheils nicht bloß als eine „Nichtschur für die Zukunft angesehen, sondern auf „den Anfang des gerichtlichen Streits zurückgezogen „werden:“ so ist das unrichtig. Die Formel des Urtheils ist, man erkenne für Recht, daß die Klage nicht Statt habe, — daß Beklagter davon zu entbinden, — daß Beklagter schuldig, das Haus, die Erbschaft, mit den Früchten herauszugeben, — das eingeklagte Capital mit, oder ohne Zinsen zu bezahlen. Diese Formel bestimmt offenbar, was jetzt Recht seyn soll, — jetzt Recht gefunden wird, — jetzt geschehen soll, — Sie sagt nichts davon, daß zu Anfange des Processus das Recht gewesen, schon als Recht zu erkennen gewesen, nicht einmal das sagt sie, daß man schon zu Anfange des Processus schuldig, oder nicht schuldig gewesen. Mit einem Worte — das Urtheil bestimmt, ob dem Kläger das Object des Streits werden solle, oder nicht, aber es schweigt davon, ob mit Recht geklagt, und dawider gestritten worden, ob ihm das Object des Streits beym An- fange

59 b) l. 40. pr. ff. de heredit. pet.

aus der Proceßführung könnte man äußersten Falles nur die Proceß-Kosten rechnen — so daß also sie immer nicht für Schäden gelten könnten, die dem bona fide Streitenden zur Last kämen.

§ 2

Es

fange des Proceßes schon gebührt, oder nicht gebührt habe. Und, wenn man wegen des in der Litis-Contestation geschenehen Contracts das, was nun einmal ausgesprochen ist, verbindlich seyn lassen muß; so würde doch bey der klaren Annahme der Gesetze, daß der richterliche Ausspruch oft wider Recht fallen könne, es sonderbar seyn, das Versprechen in der Litis-Contestation, daß man erfüllen wolle, was ausgesprochen wird, — dies zur Endigung des Proceßes hinlängliche Versprechen in das unnützige zu verwandeln, das, was das Urtheil ausspricht, und oft unrecht seyn kann, als schon zu Anfange des Proceßes Recht gewesen, anzusehen. Dies zeigt nicht nur nicht, wie doch Herr Professor Weber meynt, die Natur der Sache; Es wird auch nicht im mindesten, wie eben Er glaubt, durch die Gesetzliche Vorschriften von den Wirkungen der Litis-Contestation bestätigt. Deraebens beruft sich mein Herr Gegner zuörderst auf l. 10. C. de praescriptione longi temporis. Dies Gesetz sagt blos, dem possessori bonae fidei könne das, daß die praescriptio longi temporis, immittelst er die Litis-Contestation verzögert habe, vollständig geworden, nicht zu Statten kommen, weil nach erhobenem Streite die Verjährung, nach der Vergangenheit, nach dem Zeitverlaufe vor der Streit-Erregung beurtheilt werde (quia in praeteritum aestimetur).

Mit

Es ist auch

e) fünftens unverkennbar, daß die Auflage der Kosten:Erstattung in Rücksicht auf den, der sie zu leisten hat, im gemeinen Rechte als eine Strafe angesehen werde — Man lese a) den

Mit dem Streite hört der Lauf der Verjährung auf. Wie sie zu Anfange des Streits ist, vollständig oder unvollständig: so bleibt sie. Von Zurückziehung eines Urtheils ist keiner Rede. — Eben so wenig redet für diese die bekannte Lehre, daß der possessor bonae fidei nach der Litis-Contestation pro praedone gehalten werde, und daß der Sachfällige Theil dem Obssiegenden vergüten müsse, was dieser gehabt haben würde, wenn Jener gleich Anfangs nachgegeben hätte. — Ich will dem Herrn Professor Weber wegen dieses Arguments nicht entgegen setzen, daß viele Rechts-Lehrer mit Brockes in *diff. de litis contestatione malam fidem non inferente* den Satz, daß die Litis-Contestation in *malam fidem* setze — als in Römischen Gesetzen gegründet, nicht anerkennen, und so auch die in diesen Gesetzen vorkommende Anweisung, daß man, nach erhobener Klage, *fructus percipiendos* erstatten, und alles vergüten müsse, was der Kläger gehabt haben würde, wenn gleich Anfangs nachgegeben wäre, von dem Falle erweislich schon zu Anfange Statt gehabten Bewußtseyns des Unrechts erklären. Denn aufrichtig gesagt, bin ich dieser Meynung nicht, und ich halte es nicht für erlaubt, mich anderer Gründe zu bedienen, als die ich selbst für wahr erkenne. — Ich will mich blos auf die richtigeren Grundsätze meines unvergeßlichen Lehrers, des wapl. Hofraths Gustav Bernhard Beckmann

Den Titel der Institutionen de poena temere litigantium (IV. 16.) Schon die Ueberschrift dieses Titels lehrt, daß in demselben von der Bestrafung des temere-Litigirenden geredet

§ 3 werde —

mann in Göttingen beziehen, die in der ganz in seinem Geiste geschriebenen vortreflichen Inaugural-Disputation des Herrn Doctoris Hasse de litis contestatione an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur Goetting, 1780 entwickelt worden. Danach bildet sich Alles so:

- 1) Seitdem in dem Antrage des Kaisers Hadrian l. 40. pr. ff. hered. petit. V, 3, und dem darauf erfolgten Beschlusse des Römischen Senates l. 20. §. 6. ff. de hered. petit. l. 1. C. de petit. hered. III, 31. wegen Erbschaften festgesetzt ist:

daß nach der Litis-Contestation, oder vielmehr von Zeit zur Wissenschaft des Beklagten gekommener Klage dem Kläger, wenn er obsiege, geleistet werden solle, was er haben würde, falls zur Zeit der Klage die Erbschaft herausgegeben wäre; —

und seitdem dieß auf die vindication einzelner Sachen ausgedehnt worden — l. 27. ff. de rei vindic. VI, 1. — seitdem ist in natürlicher Folge der bonae fidei possessor in Rücksicht auf die Sorgfalt, die er nun auf die Erhaltung der Sache und deren möglichst vortheilhafte Benutzung anzuwenden hat, dem malae fidei possessori gleichgesetzt. Wenn auf der einen Seite man dem possessori bonae fidei nicht zumuthen will, der Klage halber den Besitz, von dessen Rechtmäßigkeit er sich überzeugt hält, zu verlassen; so soll auf der andern die Fortsetzung des

werde — Nun wird im Titel selbst verordnet, daß der improbus litigator dem Gegner die Kosten erstatten solle; die Kosten-Erstattung ist also für eine Strafe erklärt — Damit stimmt auch

des Besitzes doch seinem Gegner auf den Fall, da das Urtheil nachmals für diesen ausfällt, auch möglichst unschädlich werden; der Besitzer soll, da er weiß, daß die Sache angesprochen wird, nicht mehr so, wie er thun durfte, so lange er im ruhigen Besitz und unwidersprochenen Glauben seines Rechts war, die Sache und ihre Früchte vernachlässigen, verderben, verschenden dürfen; er soll nun, nachdem er doch die Möglichkeit denken muß, daß wider ihn erkannt werde, die Sache als eine solche ansehen, die doch vielleicht dem Andern zugesprochen werden kann, folglich nun gehörige Aufmerksamkeit und Fleiß auf sie wenden, mithin ihre Substanz nicht verändern, von Abhänden bringen und für die Früchte nicht nur, die er genossen hat, sondern auch die er hätte genießen können, haften, das heißt, wegen der Verwaltung des im Streit seyenden Gegenstandes, und dessen Herausgabe, soll der possessor bonæ fidei dem possessori malæ fidei seit erhobener Klage gleich geachtet werden — Aber damit

- 2) ist der natürliche Unterschied zwischen beyden nicht aufgehoben. Klage und Litis-Contestation heben nicht die Ueberzeugung rechtlichen Besitzes auf. Nur civiliter wird der possessor bonæ fidei dem possessori malæ fidei gleich gesetzt. Und dies nur bey Real-Klagen, — und auch da noch nicht gänzlich, sondern, wie gesagt, nur im Puncte der auf die Sache und deren Früchte zu verwendenden
- Sorg-

auch des Titels übriger Inhalt überein — Zu-
 forderst wird vorausgeschickt: *Temeritas tam
 agentium, quam eorum, cum quibus agitur,
 modo pecuniaria poena, modo jurisjurandi reli-*

§ 4 gione,

Sorgfalt. In manchen Stücken bleibt auch nach
 der *Litis-Contestatio* ein Unterschied unter beyden.
 So prästirt der *b. f. possessor* es nicht, wenn ein
 Unglücksfall die Sache bey ihm trifft, der solche bey
 Kläger, wäre sie diesem herausgegeben, nicht ge-
 troffen haben würde, *l. 40. pr. de heredit. petit.*
 Ueberhaupt

- 3) stieß die Gleichsetzung nicht aus der *Natur* der
Litis-Contestatio. Sie ist geschichtlich durch
 ein, lange nachher, da diese Art im Gerichte zu con-
 trahiren schon bekannt war, gegebenes *Senatus con-*
sultum gesetzlich geworden — Auch hat sie ja schon
 vor der *Litis-Contestatio*, schon von da an Statt,
 da man rechtliche Wissenschaft von der Klage erhielt.
 Am wenigsten aber
- 4) folgt aus jener Gleichsetzung, daß das Urtheil im
 Allgemeinen auf den Anfang des Processes, und die
Litis-Contestatio zurück zu ziehen und in jedem Ur-
 theile das Unrecht des Unterliegenden, als schon zu
 Anfange der Sache, insbesondere schon zur Zeit der
Litis-Contestatio Statt gefunden habend erkannt
 wäre. Die Gesetze geben als den Grund der Gleich-
 setzung nirgends die Zurückziehung des Urtheils, son-
 dern das an, daß der *bon. fid. possessor* den An-
 spruch erfahren habe, also nun nicht mehr den Vor-
 zug des ungestörten Besitzes genießen, nicht mehr
 die Sache als unstreitig sein ansehen und behan-
 deln

gione, modo infamiae metui coercentur. Die
 Lemeritat wird durch dreyerley Strafen, Geld-
 bue, Eid für Gefährde, Infamie, im Zaume
 gehalten. Im §. 1. werden nun die Geldbußen
 und der Eid für Gefährde, §. 2. die Infamie,
 welche mit einigen judiciis verbunden ist, beson-
 ders

desu könne, sondern als eine im Streit befangene
 betrachten, mithin den Fall, daß sie dem Kläger zu-
 erkannt werde, als möglich denken, folglich auch billig
 sorgen müsse, daß dem Kläger die Vorenthaltung des
 Besizes nicht schädlich werde. Man nehme hier die
 Bemerkung des Bynkershoek in Obf. jur. Rom.
 Lib. 8. c. 12. hinzu, daß der Kläger bey der Klage
 alle Instrumente beybringen mußte, deren er sich im
 Prozesse bedienen wollte, daher der nachmals unter-
 liegende Beklagte gemeinhin durch die Proceß-Erhe-
 bung schon in den Fall beträchtlicher Zweifel an seinem
 Rechte kam. —

Daß die Zurückziehung des Urtheils keine gesetzliche
 Idee sey, ergibt sich aus Folgendem :

a) Nur von *possessoribus* bon. fid. also von
 Beklagten, die im Besitze einer Sache sind, und nur,
 wenn sie mit Real-Klagen belanget werden, ist der
 Satz zu verstehen, daß sie in Rücklicht auf die der
 Sache und den Früchten zu widmende Sorgfalt den
bonae fidei possessoribus gleich gesetzt werden. Von
 Klägern, die nachmals unterliegen, von Beklag-
 ten, die keine Besizer fremder Sachen sind,
 die mit Personal-Klagen belangt, und demnächst
 verurtheilt werden, sagt kein Gesetz eben die. Wenn
 die Zurückziehung des Urtheils eine rechtliche Idee
 wäre ;

ders betrachtet. Alle diese als auf die Calumnie und den Leichtsinm der Processirenden folgend hergezählte Nachteile sind folglich als Strafen vorgestellt — Kann Herr Professor Weber dies mit dem Begriffe von Strafen vielleicht darum nicht reimen, weil ihn der Eid für Gesährde

§ 5

wäre; so müßte von allen Streitern, die unterliegen, eben das gesagt seyn.

b) Auch das widerspricht der Zurückziehung des Urtheils auf den Anfang des Streits, daß nach der l. 40. ff. de hered. petit. der doch nachmals verurtheilte possessor bon. fid. den Unglücksfall nicht trägt, der die Sache während des Processes bey ihm trift, und sie nicht betroffen haben würde, wäre sie dem Kläger herausgegeben. — Würde das Urtheil zurückgezogen: so wäre der Besitzer schon zur Zeit der Klage die Sache herauszugeben schuldig gewesen, und so läge in seiner widerrechtlichen Weigerung der Grund des Verlustes, den er billig zu tragen hätte —

c) Insbesondere kann die litis = Confession keine Zurückziehung des Urtheils zur Folge haben, weil sonst der Antrag des Hadrians an den Senat, festzusetzen, daß bey der hereditatis petitione der Kläger erhalten solle, was er gehabt haben würde, wenn ihm die Erbschaft sofort herausgegeben wäre, und das den Antrag bewilligende senatusconsultum überflüssig gewesen wäre.

d) Klar lehren endlich die Gesetze, l. 18. §. 1. l. 36. §. 4. ff. de heredit. petit. daß das Urtheil nur erkenne, was zur Zeit des Ausspruchs Rechtens gehalten werde.

fährde irrt: so höre er den Theophilus in paraphrasi: Est igitur, sagt derselbe, haec maxima poena quod simul et in perjurium cadat, et debitum tamen convictus exsolvat. — Bey den Geldstrafen nun, die §. 1. abgehandelt werden, kommt die Kosten:Erstattung vor. Daß sie ihnen beygezählt wird ist also augenscheinlich — auch redet da für das, daß die decima des Streit: Objects, welche mit der alten Klage für Gefährde, Statt der Kosten gefodert ward, eine unstreitige Geldstrafe war (Actio calumniae in partem decimam litis Actores multabat) an die Stelle dieser decimae aber eingeführt ist, daß der böshafte Streiter Schaden und Kosten des Processes erstatten solle. Das Surrogat hat in der Regel die Natur des Dinges, dem es surrogirt wird. — Und allen Zweifel verdrängt wiederum des Theophilus Paraphrasis! Nachdem er von Bestrafung der Beklagten durch die Leistung des Eides für Gefährde, oder durch die bey einigen Klagen Statt habende Verurtheilung ins Zweyfache oder Vierfache geredet hat: so sagt er sunt et poenae quibus actorum calumnia coercentur.

Er spricht hier deutlich von Strafen in der mehreren Zahl; Indem er aber im Verfolge zu jenem Satze die Beyspiele angibt, nennt er blos
zwey

zwey Nachteile, den Eid für Gefahrde und die Erstattung der Proceß:Schäden und Kosten; er rechnet folglich die Erstattung der Proceß:Schäden und Kosten offenbar zu den Strafen.

b) Die lex 33. §. 8. C. de episcop. nennt die Verurtheilung zur Kosten:Erstattung *cenfuram iustissimam* (eine gerechte Verurtheilung).

Sie spricht so gar von einer *formidine* (einer großen Furcht), welche jene Strafe Streitsüchtigen einjagen soll, woraus sich abnehmen läßt, daß das Gesetz die Kosten:Erstattung für eine gar harte Strafe gehalten habe.

c) Es ist oben schon vorgekommen, daß auch im Canonischen Rechte die Kosten:Erstattung als Strafe angesehen werde. (§. 7.) Ich füge hier noch c. 2. & 5. X. de dolo & contum. und c. 3. & ult. X. de rescript. bey.

d) Ob nun diese Betrachtungs- und Benennungsart eine eigentliche oder uneigentliche sey, das hängt vom Begriffe des Wortes *poena* ab. Und da hat Herr Professor Weber Recht, daß, wenn man seinen Begriff annimmt

Strafe (*poena*) sey ein Uebel, welches außer der Vergütung des angerichteten

teten Schadens mit der Uebertretung
des Gesetzes verknüpft sey,

gegen diesen Begriff gehalten, die Kostens
Erstattung wol nicht eigentlich eine Strafe, eine
poena heißen könne. Allein er selbst gibe zu,
daß die Gelehrten diesen Begriff bisher nicht so
gegeben haben, also seine Definition nicht die
gewöhnliche sey. Und der Römische Begriff
des Wortes poena — auf den es bey einer Rö-
mischen Betrachtungsart wol hauptsächlich an-
komme — lautet sicher ganz anders.

Lex 131. ff. de verborum significatione
sagt: Poena sine fraude esse non potest,
Poena est noxa vindicta. Fraus et ipsa
noxa dicitur,

und §. 1.

Poena est generale nomen, omnium de-
lictorum coercitio,

Danach ist poena jedes Uebel, was Jeman-
den darum aufgelegt wird, weil er vorsäch-
lich Schaden, vorsächlich Unrecht gethan hat.
Und so kann denn gar wol das, daß man einen
verursachten Schaden aus dem Seinigen ersetzen
muß, ohne von der Zufügung des Schadens
Vorthail gehabt zu haben, als eine Poen be-
trachtet werden, besonders, wenn auffer dem
Falle

Falle des doli eben der Handlung wegen keine Klage auf Ersatz Statt hatte, der Ersatz mithin nur als eine Züchtigung des doli verordnet worden. Daß die Römer so dachten, ist unstrittig. — Oft bestrafte sie aus Bosheit unternommene unrechliche Handlungen mit der Schadens-Ersetzung, und behandelten dann diese ganz als Strafe — Wider den qui jus dicenti non optemperavit ging die Klage ad id, quanti ea res est, und doch enthielte sie bloße Strafe ⁶⁰⁾. — Die Klage wider den Landmesser, der böstlich ein falsches Maaß angegeben hatte, obwol man durch sie nur Ersatz erhielt, war poenal ⁶¹⁾. Das war auch die Klage wider den, der böstlicher Weise den vom Prätor in einem Güter-Besitz Gesezten gehindert hatte, in diesem Besitze zu seyn, ohngeachtet sie nur auf das gerichtet war, was dem Inmittirten daran gelegen war, diesen Besiß zu haben ⁶²⁾. Poenal war weiter die Klage wider den, der böstlich gehindert hatte, daß sich Jemand in judicio stellte, und doch verschafte diese nur das,
was

60) l. i. §. 4. ff. si quis jus dicenti II, 3.

61) l. i. §. 1. l. 3. §. 5. D. si mensor. XI, 6.

62) l. i. §. 5 et §. 8. D. ne vis fiat ei qui in possess. XLIII, 4.

was verlohren war⁶³⁾. Wenn Jemand, da er in eine Sache immittirt war, sie bösslicher Weise verschlechtert hatte; so gab der Prätor wider ihn eine Klage auf Ersatz, die poenæ nomine wie das Gesetz sich ausdrückt, gefast ward⁶⁴⁾. Die Klage wider den, der sich fälschlich für einen Vormund ausgegeben und so Schaden gethan hatte, auf Erstattung war poenal⁶⁵⁾. Alle diese Klagen heißen nicht blos, sie sind im eigentlichsten Verstande Poenal — denn sie haben alle den Character der Poenal: Klagen, daß sie nicht wider Erben gehen. So wie aber in ihnen die Pflicht des Ersatzes eine Poen seyn kann; so kann die im Fall aus Calumnie oder ihr gleicher groben Schuld erregten Processus bestimmte Kosten: Erstattung gar wohl eine Poen seyn. Hindert an der Poenal: Eigenschaft jener Klagen nicht, daß rei persecutoriae sonst die Klagen heißen, womit wir das verfolgen, was uns aus unserm Vermögen entzogen ist: so hindert dieser Begriff eben so wenig an der Poenal: Qualität der Klage wegen Erstattung
der

63) l. 1. §. 4. l. 3. pr. ff. de eo per quem factum erit. II, 10.

64) l. 9. pr. et §. 8. D. de rebus autoritate judicis XLII, 5.

65) l. 7. §. 2. et l. 9. §. 1. D. quod falso tutore XVII, 6.

der Proceß: Kosten. Der anscheinende Wieder-
 spruch hebt sich in dem einen, wie in dem an-
 dern Falle dadurch, daß in Rücksicht auf den
 Schuldigen Strafe seyn kann, was in Rück-
 sicht auf seinen Gegner als Schadensersatz be-
 trachtet werden muß, daß folglich eine Klage, die
 in Rücksicht auf den Kläger rei persecutoria ist,
 in Rücksicht auf den Beklagten gar wol pönal
 seyn kann — Daher die Zwitter: Natur dieser
 Klagen — daß sie, obwol sie als in Rücksicht
 auf das subjectum passivum Pönal nach Art
 aller Pönalklagen nicht wider Erben gehen, doch,
 da sie in Hinsicht auf das subjectum Activum
 rei persecutoria sind, den Erben gegeben wer-
 den ⁶⁶). Laßt uns dies auf die Proceß: Kosten:
 Erstattung anwenden und man wird es sehr
 gut reimen können, daß sie für eine Pön in
 den Gesetzen angesehen wird, obschon der, dem
 sie geschieht, nichts wieder erhält, als was er
 verlohren hatte ⁶⁶ b). —

III:

66) I. II. D. de rebus autoritate iudicis XLII, 5.

66 b) Ich fürchte bey dieser Vorstellungs- Art nicht
 sehr, was Herr Professor Weber besorgt, man werde
 den unrichtigsten Behauptungen in Ansehung mehrer
 Rechts- Fragen nicht ausweichen können, wenn man
 die Proceß: Kosten: Erstattung als eine Strafe be-
 handelt (p. 21. 22. seiner Abhandl. n. U.) Wenig-
 stens

Indessen auch angenommen, die Proceß-Kosten-Erstattung könne nach den Grundsätzen der Schadens-Erstattung beurtheilt werden, so habe ich 1) mit vollem Rechte behauptet, der Satz sey nicht ganz außer Zweifel, daß außer Contractlichen Verhältnissen, die geringste Unachtsamkeit vergütet werden müsse. Mein Herr Gegner führt für solchen ein Gesetz des Römischen Rechts an. In lege Aquilia sagt er mit der l. 44. D. ad l. Aquil. & levissima culpa venit. Aber das ist mir noch kein Beweis.

Jene

stems glaube ich, mit den Beispielsweise von ihm angeführten ganz wohl fertig zu werden. — So hängt die Entscheidung der ersten Frage: ob mehrere Theilnehmer eines Verbrechens, in Ansehung der Kosten in solidum gehalten sind, meiner Meynung nach von dem Unterschiede: Ob die Kosten-Erstattung Schadens-Ersatz, oder Strafe sey, gar nicht ab, sondern sie ist in beyden Fällen — in dem einen nach der Natur der Strafe, — in dem andern nach der Natur einer aus Verbrechen kommenden Pflicht zum Schadens-Ersatz, die nicht minder wider mehrere in solidum geht — bejahend zu geben. — Die zweyte Frage: Ob und in wiefern die Erben die Kosten bezahlen müssen, deren Erstattung ihrem Erblasser oblag, ist ebenmäßig sowol zu bejahen, wenn die Kosten eine Strafe, als wenn sie Schadens-Ersatz ist — denn die litis-Contestatio hat der ursprünglichen Poenal-Eigenschaft, die, einer Contract ähnlichen- auf Erben gehenden Verbindlichkeit hinzuge-
 than

Gene Stelle sagt wörtlich nichts mehr, als das: „die Poenal-Verordnung der l. Aquiliae „ahndet auch die leichteste Schuld.“ Dies auch leitet ganz natürlich auf die Voraussetzung solcher Fälle, in denen nach sonstigen Grundsätzen die leichteste Schuld zu prästiren war. — Es soll keine Einrede wider die Schuldigkeit, getödtete oder beschädigte Thier u. nach dem höchsten Wehrte, den sie binnen einem Jahre oder 30 Tagen gehabt hatten,

Thau und dieser letztern Umstand hindert; so viel endlich die dritte Frage betrifft — auch, daß nicht, wie sonst wegen Strafen Rechtens ist, die Proceßkosten im Concurs hinter allen Gläubigern zu classificiren sind. — Ohne dies würde vielleicht schon der Betracht nicht zulassen, daß die Bezahlung der Kosten, die dem Unterliegenden als eine Poen obliegt, doch in Rücksicht auf seinen Gegner kein bloßer Gewinn ist, sondern in Rücksicht auf diesen auch als Schadens-Ersatzung angesehen werden kann, der Grund mithin, warum Strafen den das Ubrige fordernden Gläubigern nachstehen müssen, hier nicht zutreffen würde. — Diese Entscheidungen wird Herr Professor Weber nicht unrecht nennen; sie fallen gerade so, wie sie nach seiner Theorie fallen würden. — Ich erwehne nicht, daß, wenn sie nach den Grundsätzen der Poenal-Qualität anders ausfielen, das kein Argument wider diese Qualität werden würde, da wol nicht das Princip aus der Folge, sondern die Folge aus dem Princip berichtigt werden muß.

ten, vergüten zu müssen, daher genommen werden können, daß man nur die geringste Nachlässigkeit begangen habe, wenn sie unter Umständen begangen ward, in denen man sich auch diese nicht zu Schulden kommen lassen durfte, z. B. wenn man eine Kunst profitirte, und sich da ein kleines Versehen erlaube hatte. — Wäre der Sinn jener Stelle, „wegen jeder durch die kleinste Nachlässigkeit erfolgten Beschädigung steht Actio l. Aquiliae zu“: so wäre, da diese Klage auch wegen Schäden, die in Contractis-Fällen erfolgt sind, Statt hat, damit ja ein Widerspruch wider die gelindere Lehre anderer Gesetze eben des Rechts von Prästirung der Schuld in Contracten festgestellt. Das darf man wol nicht annehmen. — Dann beschränkt die Stelle das, was sie ordnet, auf das Aquilische Gesetz. Im Aquilischen Gesetze kommt auch die geringste Schuld in Betracht. Aber die lex Aquiliae spricht ja bey weitem nicht von allen auffer-contractlichen Schäden — sie ahndet ja in ihrem ersten Capittel nur den Fall, da Jemand einen fremden Knecht, oder Sclaven, oder Vieh unrechtfertig tödtet⁶⁷⁾ und im dritten Capittel — (das 2te ist bekantlich unserm Gesetzbuche nicht mehr ein:

67) l. 2. pr. D. ad l. Aquil. IX. 2.

eingerückt) den Fall, da Jemand einem andern
 dadurch Schaden thut, daß er gebrandt, ge-
 brochen, verdorben hat, auffer dem Falle der
 Erödung eines Menschen oder Viehes⁶⁸⁾;
 also kann das, daß lex Aquilia die kleinste
 Schuld beahndet, keine Regel für die unter ihr
 nicht gehörige, das ist, keine Regel, für alle
 auffer contractliche Beschädigungen geben.
 So lange es nicht erlaubt ist, vom Einzelnen
 einen Schluß aufs Allgemeine zu machen —
 beweiset folglich l. 44 ad l. Aquil. für die
 Prästirung der leichtesten Schuld in auffer: con-
 tractlichen Fällen in der Regel nichts. Vielleicht
 beweiset sie eher für das Gegentheil. Denn
 wozu die Bemerkung „in l. Aquilia komme
 „auch die kleinste Schuld in Betracht“ wenn
 auffer Contracten dies immer Statt hatte? —
 In besonderer Rücksicht auf die Materie, wor-
 über wir streiten, die Erstattung der Proceß-
 Kosten, muß jenes Ges. desto unwichtiger seyn,
 da Herr Gegner, wie schon einmal bemerkt ist,
 selbst behauptet⁶⁹⁾: „Das Aquilische Ges.ß
 „habe nur gewisse Gattungen von Schäden zum
 „Vorwurfe, wohin gerade die Proceß: Kosten
 „gar nicht gehörten.“

§ 2

Wenn

68) l. 27. § 5. D. ad l. Aquil. IX. 2.

69) p. 15. der neuen Ausgabe.

Wenn man die Grundsätze für diejenigen Fälle, der auffercontractlichen Beschädigungen aufsucht, in welchen die Actio legis Aquiliae nicht Statt hat: so ist es allerdings erheblich, daß man in diesen die prätorische Actionem in factum anstellen mußte. Jedermann ist darüber einig, daß damit nur Erstattung dessen, was man durch die Beschädigung wirklich verlohren hat, erhalten werde, und in sofern ist denn schon diese Klage gelinder, wie die Actio legis Aquiliae. Sie ist es aber sicher auch in Absicht der Schuld, wodurch der Schade, den sie bebtreibt, entstanden ist. Der Prätor gab die Klage — er gab sie, um das Recht zu vervollständigen, wie er oft in Fällen that, in welchen keine Klage gesetzlich war, und gleichwohl auffallende Billigkeit heischte, daß eine Klage gegeben wurde. Ihr Name Actio in factum zeigt schon, daß sie eine Klage war, die wegen einzelner Fälle, gegeben wurde — dann gegeben wurde, wenn eine Thatsache dem Prätor so beschaffen schien, daß daraus billig eine Klage kommen sollte. Sollte er dies wohl von Schäden gedacht haben, welche durch den geringsten Grad der Schuld entstanden waren? Dies ist dem Geiste der Prätorischen Amtsverwaltung, die nie auf Spizen des Rechts, die nie auf Kleinigkeiten sahe, gewiß nicht ange-

ge

gemessen. Ohnehin da in Contracten, in welchen doch das präcise Versprechen die natürliche Verbindlichkeit zur Sorgfalt verstärkte — nicht jede Nachlässigkeit zur Schadens: Erstattung verpflichtet — so ist es nicht wahrscheinlich, daß außer Contracten, wo nur die natürliche Verbindlichkeit Statt fand, es billig geschienere haben könne, bey der geringsten Nachlässigkeit eine Klage zu geben. Und oben haben wir schon mehrere Beispiele Prätorischer Actionum in factum in Schadens: Fällen, außer Contracten gesehen, (not. 61, 62, 63, 64, 65.) die insgesamt ausdrücklich voraussetzen, daß der Schade aus Bosheit, oder grober Nachlässigkeit verursacht seyn müsse, schlechthin in Fällen geringerer Nachlässigkeit nicht gegeben wurden. Liegt nicht daraus, bis Beweise des Gegentheils vorgebracht werden, zu Tage, daß der Prator nicht wegen jeder Schuld, die Schadens: Erstattung auslegte? — In den Fällen insbesondere, welche den Contracten ähnelten, nahm er wegen Vergütung der Schuld, die in Contracten gewöhnliche Grundsätze an — Dies ist klar aus der l. 17 §. 2. D. de praescr. verbis. Statt dieses Gesetzes war in meiner vorigen Abhandlung irrtümlich gedruckt l. 16. §. 2. D. de praescr. verbis, und freylich mag

Herr Professor Weber davon wohl sagen, die Anweisung, welche ich auf l. 16. §. 2. d. tit. „ertheile, werde immer mit Protest zurück gehen, „und den Leser nie befriedigen; das Gesetz enthalte durchaus gar Nichts, was irgend hieher „gezogen werden könne“ — Indes hätte eben das, daß das Gesetz gar nichts hieher gehöriges enthält, noch mehr aber das, daß es gar keinen 2ten Sphum hat, wol einen Druckfehler in der Zahl vermuthen lassen, und so auf den 2ten Sphum des unmittelbar folgenden Gesetzes aufmerksam machen sollen, der gewiß recht viel hieher Gehöriges sagt. In diesem Spho eines Gesetzes, welches offenbar von der Actione in factum redet, die hier keine andere, als die Pratorische seyn kann, da das Gesetz aus Ulpian's Commentar über das Edictum perpetuum genommen ist, in diesem Spho kommt gerade der Fall eines auffer contractlichen Schadens vor. Es kommt der Fall vor, da ich Jemanden eine Sache zu besetzen gegeben habe, und dieser nun sagt, sie sey verlohren. Hier sagt das Gesetz, habe man die Actionem praescriptis verbis (oder in factum) wenn man wirklich nicht wisse, wo die Sache sey. Dabey unterscheidet es denn „ob man die Sache Jemanden zu besetzen „gegeben, des Empfängers, oder beyder „wegen

„wegen, dann sey dem Eigenthümer dolus
 „und culpa zu prästiren, nach Maasgabe
 „des Nutzens (propter utilitatem ^{69a)}“
 d. i. wenn blos des Empfängers wegen
 ihm die Sache hingegeben worden, culpa
 levissima, sonst culpa levis in abstracto)
 „Aber kein Unglücksfall — Wenn aber
 „blos zum Nutzen des Eigenthümers die
 „Sache zu besetzen gegeben worden: so
 „werde ihm nur dolus prästirt, weil
 „dann das Geschäfte sich dem deposito
 „nähere.“

Bedarf es einer Entwicklung, daß hier
 eben die Grundsätze wegen Prästirung der
 Schuld, die bey Contracten obwalten, zur
 Norm angewiesen sind, daß hier ebenfalls die
 Nützlichkeit zum Criterium bestimmt — und
 daneben auf die Ähnlichkeit des Geschäftes mit
 einem der bekannten Contracte hingewiesen wor-
 den. — Ist aber dergestalt Prästirung des
 höchsten Fleisses bey auffer Contractlichen
 Schäden nicht die Regel: so kann schon
 aus diesem Grunde ein Processirender
 seinem Gegner zum höchsten Fleisse nicht
 gehalten seyn. „Aber, sagt Herr Professor
 „Weber, Thomafius habe in der bekannten

I 4

„Abz

69 a) f. Gesner thesaur. lingu. latin. voce propter

„Abhandlung über das Aquilische Gesetz aus:
 „geführt, daß heutiges Tages die Lehre von der
 „Schadens-Ersetzung nicht lediglich auf die
 „erwähnte Römische Verordnung, sondern auf
 „die Vorschriften des Natur-Rechts gebaut
 „werden müsse; desto weniger sey seine obige
 „Behauptung von Prästirung auch der kleinsten
 „Schuld irgend einen Zweifel in der Anwen:
 „dung unterwerfen, da es den Grundsätzen des
 „Vernunft-Rechts ungleich gemäßer sey, daß
 „derjenige, dem auch nur ein geringes Ver:
 „sehen zur Last falle, den Schaden büße, als
 „daß ein anderer durch fremdes Versehen
 „Schaden leide. — “

Ich antworte: Thomastius hat in der Abhand:
 lung: *larva Legis Aquilia detracta Actioni de*
damno dato auszuführen gesucht, daß nach na:
 türlichem Rechte man verbunden sey, den ver:
 ursachten Schaden ohne Rücksicht darauf, daß
 man nur eine ganz geringe Nachlässigkeit be:
 gangen habe, zu erstatten — und daß diese
 Erstattung durch bloße Vergütung des Werths;
 den die Sache zur Zeit des Schadens hatte,
 aber auch vom Erben beschafft werden müsse.
 (S. 1 — 13.) daß von diesen Grundsätzen die
Actio legis Aquilia ganz abweiche, die zwar
 auch

auch im Falle kleinster Nachlässigkeit — aber da sie pönal sey, auf mehr als die bloße Erstattung des Werths — und nicht gegen Erben gegeben werde; (§. 16 — 30.) daß dahingegen das Canonische Recht wiederum nur Erstattung des Schadens verordne, und diese auch von den Erben fordere; (§. 30 — 37.) daß im Sachsen- und Schwaben: Spiegel ebenmäßig nur Erstattung des Werths der beschädigten Sache — jedoch daneben im Falle offenbaren Muthwillens eine, jedoch von der der legis Aquilia, sehr verschiedene, Geldbuße verordnet sey. — (§. 38 — 41.) Aus dem Allen schließt er denn, daß die Actio l. Aquilia in Teutischland außer Gebrauch — an deren Stelle aber die Klage ex jure Canonico gekommen sey, (§. 51.) welche den Grundsätzen des Rechts der Natur folge. — Und damit meint er bewiesen zu haben — daß mithin alle Eigenschaften der l. Aquilia nicht weiter Statt hätten, (§. 58.) insbesondere auch, die nicht, daß die Klage nicht wider Erben gehe, (§. 58.) wenn gleich er nicht läugnen kann, daß das klare Gegentheil des letztern Punktes im Schwaben: Spiegel steht. (§. cit. 58.)

Ich will hier eine Menge von Einwendungen nicht machen, welche schon in der Thomasischen

Abhandlung, obwol schwach bekämpft sind. Nichts will ich davon sagen, daß die angeführten Stellen des Canonischen Rechts gar nicht von Fällen, auf welche *actio legis aquiliae* paßte — sondern von Fällen, in denen *actio de vi bonorum raptorum*, oder *actio furti* Statt hatte, die noch dazu ziemlich deutlich zugelassen werden, (Can. in legibus C. 12. qu. 2.) reden; — Ich will nicht die Wichtigkeit der Autorität des Sachsen- und Schwaben-Spiegels, in so fern sie als Quellen des heutigen allgemeinen Deutschen Rechts betrachtet werden wollen, rügen; — ich will mich blos auf diese Bemerkung beschränken: Thomastius sucht zu beweisen, wir haben nicht die Römische *Actionem legis Aquiliae poenalem* — wir haben die Klage *ex jure Canonico* angenommen, die auf bloßen Ersatz, und so gegen Erben geht, folglich mit dem Rechte der Natur, das Beydes fodert, übereinkommt. Gesetzt nun, ihm sey der Beweis geglückt; — warum verkennt er in der *Actione juris Canonici*, welche die Stelle der *Actionis legis Aquiliae* einnimmt, die Römische *Actionem in factum*, die auch auf bloßen Ersatz, und so gegen Erben ging, in *jure Canonico* also auf die Fälle der *legis Aquiliae* ausgedehnt wäre? Oder folgt es etwa, wir haben die Römischen *Actionem legis Aquiliae*

Aquilæ nicht — also auch nicht die Römische Actionem in factum? Wir haben Actionem l. Aquilæ nicht, weil wir nur auf bloßen Erfas der Schäden erkennen, diese aber auch den Erben auslegen, welches jener Klage widerspricht — also haben wir auch die actionem in factum nicht, der Beydes gemäß ist? — Wenn wir aber die Römische actionem in factum haben, wie kann man denn sagen, daß die bey solcher Statt gefundene Römische Theorie von Prästirung der Grade der Schuld aufgehört habe? — Aber auch weiter angenommen, wir haben eine ganz neue Klage des juris Canonici bloß auf Erfas, und gegen Erben, eine Klage also, die in beyden Puncten mit den Grundsätzen des Rechts der Natur übereinkommt — kann man schließen, also ist auch in einem dritten Puncte, in dem Puncte, daß auch die geringste Schuld, wodurch Schäden außer Contracten zugesügt worden, prästirt werden müsse, das Römische Recht dem Rechte der Natur gemäß abgeändert, obwol von einer Abänderung in diesem Puncte das Canonische, wie das Teutsche Recht schweigt? —

Doch es sey auch wegen Prästirung der Schuld außer Contracten Rechtens was da wolle, so ist es 2) unlängbar, daß die Schuld,
die

die dem Verlierenden Proceßführer, in Ansehung der Proceß-Kosten, bemessen werden kann, nicht außer, sondern in einem Contracte, oder Quasi-Contracte begangen worden ^{69b}). Man denke nur an die Folgen der Litis-Contestation, daß durch sie die kurze Zeit daurende Klagen im Sinne der Gesetze verewiget, die Pönal-Klagen auf Erben erstreckt werden, Veränderungen, welche nur aus einem vorgegangenen Contracte sich begreifen lassen. — In Contracten ist sicher Prästirung der Culpa levisima nicht die Regel —

Vielmehr, wenn man

3) etwa den Contract der Litis-Contestation als zum Vortheil des Gewinnenden geschlossen ansähe; so wäre nach sonstigen Grundsätzen offenbar nur dolus und culpa lata zu prästiren. Herr Gegner findet diese Betrachtungsart so seltsam, daß er sie unmöglich hält, daferne man nicht eine große Anlage zum Fingiren habe. — Er sieht aber immer aus seinem einmal gewählten unrichten Stand-Puncte; er nimmt immer an: Wer im Proceß obsiege, der habe auch Recht gehabt! Da hat denn freylich der Contract der Litis-Contestation ihm keinen Gewinn
ge

69b) I. 3. §. 11. D. de pecul. XV, 1. l. 29. D. de novat. XLVI, 2.

gebracht. Aber da nach den Gesetzen der
 Ausspruch des Richters, ohne Rücksicht auf
 wirkliches Recht, blos darum für die Par-
 teyen Verbindlichkeit hat, weil sie verheißen
 haben, das wider sich gelten zu lassen, was der
 Ausspruch des Richters bestimmt, folglich im
 Contracte der Litis-Contestation der Grund des
 Gewinnens oder Verlierens liegt: so kann ohne
 alle Fiction gesagt werden, der Contract der
 Litis-Contestation sey ein solcher, der blos zum
 Vortheil des Gewinnenden geschlossen worden.
 Dies kann am wenigsten auffallend in dem Falle
 seyn, da der Unterliegende weder in dolo noch
 Culpa lata war — der Richter folglich, daß der
 Unterliegende wider klares Recht gehandelt ha-
 be, nicht auszusprechen gewagt, mithin zu er-
 kennen gegeben hat, daß mehr seine, des Rich-
 ters Ueberzeugung von dem Uebergewichte der
 von den Gewinnenden vorgebrachten Gründe,
 als gänzlicher Mangel von Gründen auf Sei-
 ten des Verlierenden, d. i. mehr des Richters
 subjective Meinung, als sichere objective Wahr-
 heit der Grund des Gewinnens, oder Verlustes
 der Sache werde.

In den Gesetzen findet sich auch keine Spur,
 daß in dem Contracte des *judicii accepti* mehr
 als

als culpa lata, daß darin, wie Herr Gegner will, Culpa levissima prästiret werden müsse. Wegen der Verordnung, daß dem gewinnenden Theile von Zeit der litis: Contestation Alles das vergütet werden solle, was ihm nicht entgangen seyn würde, falls der Verlierende gleich zu Anfange des Streits sich zu dem bequem hätte, was jetzt Urtheil und Recht ihm zur Pflicht macht — ist oben bemerkt, daß solche nur bey Real-Klagen, also gar nicht im Allgemeinen, und auch dort nur wegen der streitigen Sache und deren Früchte eine Bestimmung gebe, welche andere Leistungen im Mindesten Nichts angeht. Und diese Bestimmung gibt sie nur etwa so, wie die Gesetze die Leistungen im Kauf: Contracte, im Mieths: Contracte präcise festsetzen. Wie aber der präcisen Festsetzung gewisser Leistungen im Kauf: und Mieth: Contract obnerachtet, nicht gesagt werden kann, daß damit Prästirung, auch der geringsten Schuld festgesetzt sey, vielmehr nach unbestritten klaren Gesetzen diese in jenen Contracten nicht prästirt wird, so folgt das eben so wenig aus der Gesetlichen Festsetzung, wegen dessen, was ein mit Real-Klagen besprochener Beklagter an Substanz und Früchten heraus zu geben hat. Bey festgesetzter Regel, daß man zu leisten habe, was der Kläger

Kläger gehabt haben würde, wenn man gleich zu Anfange des Processus die Sache herausgegeben hätte, bleibt es, wie bey der ähnlichen Festsetzung im Kauf- oder Mieths-Contracte, nach der Denkungs- Art der Römischen Gesetzgeber und Rechtsgelehrten, eine zur besonderen Betrachtung stehende Frage, welchen Grad der Schuld muß man in Ansehung der im Gesetze oder Contracte an sich bestimmten Pflichten prästiren — ? Befreyet es nicht, daß man sich keine grobe Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen — ? Muß man den höchsten Fleiß leisten, ob wol nicht angenommen werden kann, daß der Kläger diesen sich selbst geleistet hätte, folglich er ja mehr erhalten würde, als er gehabt hätte, wenn zu Anfange des Processus die Sache herausgegeben wäre ? Die Gesetze haben wirklich die Frage einer eigenen, und der Meinung des Herrn Gegners gar nicht günstigen Entscheidung werth gefunden — Qui in rem convenitur, sagt Gajus ^{69c)} etiam culpa nomine condemnatur. Bekanntlich wird, wenn die geringste Fahrlässigkeit bezeichnet werden soll, das Wort diligentia gebraucht. Das Wort ist hier nicht, und das gebrauchte Wort culpa schlechtweg begreift höchstens die Unterlassung

69c) I. 36. §. 1. D. de rei vind. VI, 1.

lassung des mittleren Fleisses. Selbst diesen aber meynt Gajus an der Stelle noch nicht. Denn Er erläutert, was er unter der Culpa versteht, folgendermaßen: *Culpa autem reus est, qui per insidiosa loca servum misit, si is perit et qui servum a se petitum in arena esse concessit, et is mortuus sit, sed et qui fugitivum a se petitum non custodit, si is fugit, et qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio perempta sit* — Das sind lauter Beyspiele des höchsten Grades der Schuld und der Unvorsichtigkeit, Beyspiele der Unterlassung desjenigen Fleisses, den der Unbekümmerste wol hat. Dahingegen ist nirgends gesagt, wie Herr Professor Weber behauptet: „Blos für den Schaden, der sich in eigentlichen Unglücksfällen gründet, solle der Verlierende Theil nicht haften“ — Wenn die Lex 40. D. de hered. petit. auf die er sich beruft, und die auch schon oben vorgewiesen ist, verordnet, daß ein bon. fid. possessor den Unglücksfall nicht erstatten soll, der die Sache nach der litis. Contestation trifft, obwol der Kläger sie hätte verkaufen können, also er den Schaden nicht gehabt haben würde — so heißt das so wenig, daß er blos für den Unglücksfall nicht haften soll — daß es vielmehr,
wie

wie ich oben bemerkt habe, heißt, daß, obwol das Processiren, und die Vorenthaltung der Sache während desselben, offenbar der Grund ist, daß der Kläger einen Schaden hat, den er, im Fall sofortiger Herausgabe nicht gehabt haben würde, die Gesetze dennoch diesen Schaden dem Beklagten nicht als einen durch Schuld verursachten Schaden beyzumessen, das Processiren mithin in Ansehung dessen, der zwar unterlieget, aber in bona fide war, für nichts culpöses und die dadurch verursachte Schäden für keine mit Unrecht verursachte anzusehen. Wenn aber die Gesetze so bey dem gänzlichen Verluste des Objectes des Streits urtheilen, der dem Processiren zuzuschreiben ist, wie gewiß werden diese milde Grundsätze in Rücksicht auf den kleineren Verlust der Kosten anzuwenden seyn. —

Endlich 4) würde in Erwägung zu ziehen seyn, daß selbst in Geschäften, worin die kleinste Schuld zu prästiren ist, Schuld gegen Schuld, Nachlässigkeit gegen Nachlässigkeit aufgeht. Wenn wider den im Proceß Unterliegenden also auch das zu sagen wäre, daß ob er gleich nicht aus Chicane gestritten, er dennoch nicht den höchst möglichen Grad des Fleißes in

K

Untere

Untersuchung der Sache angewandt habe: so wird doch dem Sieger auch wenigstens in den mehresten Fällen, als eine Nächstlässigkeit 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 Aufgebung eines Besitzes, oder Zahlung von dem Beklagten, im zweyten die Unterlassung einer in sich begründeten 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.

§. II.

Der 11te Grundsatz des Herrn Professors Weber ist der: „Derjenige müsse die äußerste „Sorgfalt beobachten, mithin culpam levissimam prästiren, welcher ein Geschäfte unternehme, das seiner Natur nach eine ganz besondere Behutsamkeit und Vorsicht erfodere⁷⁰⁾. „Dahin gehöre ohne Zweifel das Streiten vor „Gericht, weil der ganze Zweck der Rechtspflege darin bestehe, daß ein Jeder bey seinen „Rechten und Befugnissen geschützt, und alles „Un:

70) Hellfeld jurispr. forens. S. 324.

„Unrecht möglichst vermieden werde, diesem Zwecke sey das ungerechte Processiren geradehin zuwider. Wer sich also dieses zu Schulden kommen lasse, der misbrauche eine öffentliche, zum allgemeinen Wohl errichtete Anstalt zur Beförderung ungerechter Absichten, woraus von selbst fließe, daß ein jeder streitender Theil zu der höchst möglichen Sorgfalt verbunden sey, um dergleichen Mißbrauch seiner Seits zu verhüten, widrigenfalls aber, daß er den Schaden ersetzen müsse, der dem andern Theile dadurch zugefügt worden.“ Es scheint mir nicht, daß die folgende dawider gemachte Einwurfe entkräftet worden.

1) Will die Regel, welche Herr Professor Weber vorausschickt, sagen, was sie in dem Munde des Rechtslehrers, von dem sie entlehnt ist, sagt, derjenige, der NB. einem fremden Geschäfte sich unterzieht, das ohne den höchsten Grad des Fleißes nicht glücklich hinauszuführen stehe, müsse den höchsten Grad des Fleißes und also culpam levissimam prästiren: so ist sie zwar richtig, aber dann bestimmt sie nichts über die Schuld des im Proceß Unterliegenden in Rücksicht auf die Proceß-Kosten, da der Unterliegende den Proceß, der freylich

R 2

um

um glücklich hinausgeführt zu werden, Kunstkenntnis und Kunstfleiß voraussetzt, NB. als sein eigenes Geschäfte wider den Obfiegenden unternahm, mithin aus einer Regel, die die Uebernehmung fremder Geschäfte und die Verbindlichkeiten, welche dieserwegen der Uebernehmende dem Eigener des Geschäftes hat, betrifft, nicht beurtheilt werden kann. — Wider diese Bemerkung wendet Herr Professor Weber Nichts ein — und ich glaube auch, daß sich dawider nichts einwenden läßt. Aber vielleicht will

2) sein Satz so viel sagen: „Jeder, auch wer ein eigenes Geschäfte unternimmt, das einen Nachtheil eines Andern nach sich ziehen kann, falls nicht der höchste Fleiß angewandt wird, ist zum höchsten Fleiße verbunden.“ Dann ist unerweislich, daß dieser Satz in den Gesetzen gegründet sey —

Herr Gegner antwortet mir zwar durch einen Bezug auf den Cicero wiederum, das, was natürlichen Rechtens sey, bedürfe keiner besondern Verordnung. Aber ich wiederhole auch was ich dawider mehrmale erinnert habe, daß in der Materie von Prästirung der Schuld bey uns die Grundsätze des Römischen Rechts gelten,

ten, die nichts weniger als identisch mit denen des natürlichen Rechtes sind. — Also kommt es darauf an, ob das Römische Recht den in Frage seyenden Satz anerkennt? Das findet sich nirgends. Vielmehr habe ich in meiner vorigen Abhandlung schon ein Beyspiel angegeben, in welchem man bey einem Geschäfte, das leicht einen Nachtheil des Andern nach sich ziehen kann, falls nicht der höchste Grad des Fleißes beobachtet wird, nur zum mittlern Fleiße gehalten ist — den Fall eines mit Feuer und Licht umgehenden Miethsmannes. Herr Professor Weber weist ihn zwar als nicht hieher gehörig, darum weg, weil in dem erwähnten Contractlichen Verhältnisse die Gesetze selbst den Grad des Fleißes anders bestimmt haben. Aber Nichtsdestoweniger ist aus jenem Falle klar, daß der Grundsatz, es müsse der culpam levissimam prästiren, der ein Geschäfte unternahme, welches seiner Natur nach eine ganz besondere Behutsamkeit erfodere — nach unserem Rechts-Systeme mindestens nicht so allgemein wahr sey, wie ihn Herr Gegner gab. — In Contracten gilt er schon geständiglich nicht, sondern dort geht alles nach den bekannten Regeln von Prästirung der Schuld. Und es wird nicht schwer seyn, auch für außercontractliche Fälle

R 3

auf

auf ganz entgegengesetzte Grundsätze führende andere Instanzen anzugeben! —

Wenn ein Gläubiger in den Besitz der Güter des Schuldners gesetzt ist, und es brennen die Gebäude durch seine Schuld ab: so prästirt er nur dolum, nicht einmal, wie der Gläubiger, der die Sache aus einem Pfand-Contracte besitzt, auch culpam levem ⁷¹⁾. Vom Feuer hat Herr Wegner zugegeben, daß das etwas sey, was ohne die höchste Sorgfalt einen Nachtheil des Andern besorgen läffet. — Wenn ein Landmesser ein Maaß einer Sache angeben soll: so prästirt er vorhin gesagter Maaßen nur dolum und latam culpam ⁷²⁾, und doch ist abzusehen, daß, wenn er bey der Angabe nicht die höchste Sorg-

71) l. 9. §. D. de rebus Autoritate iudicis XLII, 5. Man kann nicht einmal sagen, dies sey eine von den Gesetzen gemachte Ausnahme. Das prätorische Edict, welches die Principien der Materie enthält, und pr. l. c. zu lesen ist, ist gar nicht so gefaßt, als wenn vorher eine stärkere Verpflichtung, sondern als wenn gar keine auf Seiten des immittirten Gläubigers da gewesen wäre — Der Prätor verspricht als wenn vorher gar keine Klage Statt gehabt hätte: si dolo malo deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re iudicium in factum dabo.

72) l. 1. §. 1. D. si mensor, XI, 6. Auch hier gilt die Bemerkung der vorigen Note.

Sorgfalt beobachtet, daraus Schade entstehen muß. — Wenn ich Wildgruben mache und Schlingen lege; so ist das so etwas, woraus für Anderer Vieh und selbst für Menschen Nachtheil entstehen kann, falls nicht die höchste Sorgfalt zu deren Abhaltung oder Warnung mit Warnungs-Pfosten u. s. w. angewandt wird. Aber den Befehl nach bin ich zu keiner Schadenshaltung verbunden, daferne ich die Wildgruben nur nicht im Wege⁷³⁾, sondern an solchen Orten, wo sie gemacht zu werden pflegen, gemacht — oder die Schlingen nur nicht an Orten, wo ich sie zu legen kein Recht hatte, gelegt habe⁷⁴⁾, das heißt, dafern ich keine culpam latam begangen habe. — Müßte ich den höchstest Fleiß beobachten; so würde ich denken müssen, daß auch dorthin vielleicht Jemand komme, daß man dort Gruben zu machen Schlingen zu legen pflege, daß ein Kind dahin kommen könne und so weiter. — Wenn ein Baumgärtner Zweige vom Baume wirft — eine Unternehmung, die wol sicher

R 4

schäd:

73) l. 28. pr. ad l. Aquil. IX, 2. Selbst in diesem Falle kann nur die Klage nach den Umständen gegeben werden, wenn es nicht vorher bekannt gemacht worden, oder man es vorher sehen können, daß Gruben angelegt seyn.

74) l. 29. pr. eod.

schädlich werden kann, daferne nicht die größte Vorsicht beobachtet wird: so ist er doch nur dann den Schaden zu erstatten schuldig, daferne er an Orten, durch welche ein ordentlicher Weg ist, nicht vorher gerufen hat. An Orten, wo kein Weg ist, prästirt er nur dolum, daß er nämlich nicht muthwillig auf die werse, sagt das Gesetz, die er vorübergehen sieht; culpa kann von ihm nicht gefordert werden, da er es nicht vorher wissen können, ob dort Jemand durchgehen werde⁷⁵⁾. Das heißt doch wol wiederum die höchste Sorgfalt hat er nicht zu leisten. Ein Mann, der die höchste Sorgfalt anwendet, läßt den wenn auch seltenern Fall nicht außer Acht, daß abwärts vom ordentlichen Wege Jemand, etwa ein Kind, gehe und so durchs Herabwerfen beschädiget werde — daß ein Wanderer gerade abwärts vom Wege unter dem Baume eine Lagerstatt suche. — Wer die höchste Sorgfalt leisten müßte, würde also auch hier, ehe er den Zweig herunterwerfe, schreyen müssen. —

Die positiven Gesetze beurtheilen die Prästirung des Fleißes nicht aus der physischen Beschaffenheit einer Handlung, daß

75) l. 31. D. ad l. Aquil. IX. 2.

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 für den Beschädigten, in
 Beyhalte 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 besugt
 wäre, jede Unterlassung des Fleißes ersetzt be-
 gehren müsse. Und hier nehmen sie insbeson-
 dere an, man müsse von dem, der die Sache,
 die er vernachlässiget, für seine eigene gehalten,
 und zu halten Ursache gehabt hat, nur den mitt-
 leren ihm sonst gewöhnlichen Grad des Fleißes
 begehren. Ein Dritter könne bey einem Ge-
 schäfte, 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
 — welche die Gesetze als eine Art der Culpæ lata

R 5

angesehen ⁷⁶⁾. Ein solcher Grad der Schuld würde mithin nur von dem im Proceß Unterliegenden zu leisten seyn, der sein Recht in Ausübung zu bringen glaubte, und so sehr von diesem Rechte überzeugt war, daß er diewendungen nicht scheute, welche ihm der Proceß gekostet hat. —

3) Hierin kann auch das keine Aenderung machen, daß, wie man gegenseitig glaubt, der Unterliegende, indem er sich ein ungerechtes Processiren zu Schulden kommen lasse, eine öffentliche zum allgemeinen Wohl errichtete Anstalt misbrauche — in Rücksicht auf diese aber man die leichteste Schuld prästiren müsse — denn es ist abereinst kein Gesetz da, welches, in Rücksicht auf öffentliche Anstalten, uns zu größerem Fleiße verpflichtete, als wozu wir, in Rücksicht auf das Privat-Interesse unserer Mitbürger verbunden sind; — in der Natur der Sache liegt aber kein Grund dafür. — Dann hat Herr Gegner nicht gewiesen, wie, ausser dem Falle, (da Jemand aus Chicanen processirt, von dem hier die Frage nicht ist,) das Processiren leicht in einen Mißbrauch einer zum öffentlichen Wohl gewidmeten Anstalt, die hier die Rechtspflege

76) l. 32. ff. de deposti XVI, 3.

pflege seyn soll, ausarten könne. Die Rechts-
 pflege ist eigentlich dazu da, zwischen Leuten,
 welche in den Meinungen von ihren Rechten
 und Schuldigkeiten abstimmig sind, zu entschei-
 den. — 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 Sa-
 che für wider Ueberzeugung sich abstimmig stel-
 lend angenommen werden muß, das ist in dem
 als hieher nicht gehörig, ausbeschiedenem Falle,
 da man aus Vorsatz oder grober Nachlässigkeit
 einen unrechtfertigen Proceß führt — In dem
 Falle, da man bona fide Recht zu haben glaubte,
 und für einen, der das glauben konnte, ange-
 nommen ward, war man wirklich vom Geg-
 ner abstimmig, hatte, gesetzt der Gegner siegte
 nachmals, Ursache abstimmig zu seyn, handelte,
 indem man stritt, nicht ohne Grund, und be-
 mühete mithin die Rechtspflege, der man die
 Beurtheilung seines Rechts unterwarf, nicht
 ohne Noth, ihrem Zwecke folglich nicht zuwider
 — In jedem Urtheile, das nicht bestimmt,
 man habe wider klares Recht gestritten —
 das folglich, wie schon einmal gesagt ist,
 blos darüber, daß des Richters subjectivisches
 Gefühl für den Sieger sey, entscheidet, nicht
 über

über objective Wahrheit, Gewisheit gibt —
 in jedem solchen Urtheile liegt Erklärung,
 daß der Unterliegende die Rechtspflege nicht mis-
 bräuchlich bemühet habe. —

§. 12.

Der IIIte Grundsatz des Herrn Professors
 war, „es sey eine an sich ungerechte Hand-
 „lung, wenn man Andere, es sey nun durch
 „gerichtliche Klage, oder durch Ausflüchte und
 „Eintreden, die am Ende durch Urtheil und Recht
 „verworfen werden, in Kosten setze, es könne
 „daher der Verlierende Theil als Urheber dieser
 „an sich ungerechten Handlung den Folgen ders-
 „selben nicht entgehen, woforne nicht klar
 „aus den Acten erhelle, daß ihm durchaus
 „keine widerrechtliche Proceßführung mit
 „Bestande der Gesetze und des Rechts zugerech-
 „net werden könne; er sey daher in der Regel
 „und im zweifelhaften Falle allemal in die
 „Kosten zu verurtheilen, wenn nicht rechtliche
 „Gründe vorhanden wären, die die Proceßfüh-
 „rung entschuldigeten.“ —

Jetzt hat der Herr Professor diesen Schlüssen
 das bloße Ansehen von Folgen aus den sein
 erstes

erstes Argument ausmachenden Grundsätzen von der Schadens: Erstattung gegeben 77) — Er hat dabey nichts auf meine Widerlegung, die schon von eben dem Gesichtes: Punkte ausging, erwidert — Ich kann mithin damit abkommen, wenn ich blos wiederhole. —

1) Es ist oben gezeigt, 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

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

Diesemnach

3) können die Kosten des Obstehenden nicht schlechtlin als Folgen einer in sich ungerechten Handlung des Unterliegenden angesehen werden — Wenn aber auch

4) sie

77) p. 50, 51. der neuen Auflage.

4) sie also anzusehen wären: so würde doch ihre Vergütung dem Unterliegenden nicht aus dem bloßen Begriff der Folge einer widerrechtlichen Handlung, sondern nur dann erst zur Pflicht werden, wenn bey der widerrechtlichen Handlung ein solcher Grad der Schuld obgewalter hätte, den zu leisten der Handelnde verbunden war. Denn nicht jede widerrechtliche Handlung vergüten wir, sondern nur die, in Ansehung deren uns eine Schuld zur Last kommt, deren Prästirung die Gesetze von uns fodern. Es bliebe also immer die Frage übrig, enthält die widerrechtliche Handlung, wodurch die Proceß: Kosten 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 Proceß: Kosten veranlaßt sind,

5) kein Princip zu behaupten, der Unterliegende sey in der Regel und im zweifelhaften Falle allemal in die Kosten zu verurtheilen, wenn nicht rechtliche Gründe für ihn vorhanden seyn. —

§. 13.

Damit mag denn nun über den Grundsatz der Proceß: Kosten Erstattung zum Urtheile der Kenner beschloffen seyn. —

Ich weiß, daß dasselbe schon hie und da in verschiedenen Recensionen zu Gunsten der neuesten Ausgabe der Weberschen Schrift gefällt ist — das wird aber sicher nicht abhalten, noch einmal die Sache und meine neuere Gründe der Prüfung werth zu finden. — Wird auch dann mein Grundsatz verworfen: so würde es unnützlich seyn, die Theorie der speciellen Fälle, die daraus abgeleitet werden muß, zu geben. — Nur dann erst kann ich auf dieser Entwicklung denken, wenn das Princip in Richtigkeit ist. — Manches Gute hat schon Herr Doctor Emmerich in seiner zu Göttingen im Jahre 1790 herausgekommenen Inaugural: Dissertation de litium expensis quoad causas civiles vorgetragen, nachdem er eben das Princip, welches ich vertheidige, aufgestellt und für dasselbe wider Hrn. Professor Weber mit Gründen gekämpft hat, die bis auf Stellung und Ausdruck ganz
die

die meiner älteren doch nicht genannten Abhandlung sind. — Wahrscheinlich ist in eben dieses Schriftstellers zur Ostermesse vorigen Jahres angekündigtem größeren Tractate von Proceß-Kosten, deren Vergütung und Compensation — den ich noch nicht habe erhalten können — mir eine noch kleinere Nachlese gelassen — Doch darüber zu seiner Zeit —

§. 14.

N. S. Indem meine Abhandlung bis hieher, und also eigentlich gänzlich abgedruckt ist, fällt es mir ein, daß ich da, wo von der Verordnung der Teutschen Reichs-Gesetze, über die Kosten-Erstattung geredet wird, dasjenige nicht hätte aus der Acht lassen müssen, was die H. H. O. Kayfers Carl des 5ten in Fällen peinlicher Anklage festgesetzt hat. Dies Reichs-Gesetz beschränkt unwidersprechlich klar im 12ten Artikel die Pflicht des Anklägers zur Kosten-Erstattung darauf, wenn er, der Ankläger, nicht, entweder die geklagte Missethat — oder aber redlich und genugsame Anzeigung und Vermuthung derselben dermaßen beweiset,

weist, daß der Richter es für genugsam
 erkennt —; es spricht also ihn von der Kos-
 ten: Erstattung frey, daferne er redliche
 und genugsame Anzeigen und Vermu-
 thung der geklagten Missethat bewiesen
 hat. Hierauf zielt ohne Zweifel Art. 201.
 mit dem: rechtmäßige Ursache zur Anklage
 gehabt haben, dadurch der Richter be-
 wegt werden mögte, die Kosten und
 Schäden aus redlichen gegründeten Ur-
 sachen zu compensiren und zu vergleichen.
 Nun sind redliche und genugsame An-
 zeigen und Vermuthungen der Missethat
 Nichts anders als solche Umstände, die das
 Verbrechen wahrscheinlich machen: folglich ist
 in der Hals: Gerichts: Ordnung Kayfers Carl
 des 5ten die Wahrscheinlichkeit des zum Klage:
 Grunde liegenden Verbrechens — oder —
 die Wahrscheinlichkeit des Klage: Grun-
 des — als der Entfreyungs: Grund von der
 Kosten: Erstattung bestimmt, — oder welches
 § einer:

einerley ist, es ist bestimmt, daß wenn der Ankläger bona fide glauben können, mit der Klage durchzukommen, ihn keine Kosten: Erstattung treffe,

Damit wäre denn bey peinlichen Anklägen gerade das Princip der Proceß: Kosten: Erstattung aufgestellt, was ich in bürgerlichen Händeln als gesetzlich behauptet habe — Und sollte man wol nicht mit Recht schließen können, da ein peinlicher Ankläger, dessen Anklage bloße Rache zum Zweck hat — und der, weil er auf Leib und Leben anklagt, billig nicht anders klagen soll, als wenn er unwidersprechlichen Beweis in Händen hat, doch von der Kosten: Erstattung frey ist, wenn die Wahrscheinlichkeit seines Klage: Grundes gezeigt worden: so muß der, der im Civil: Proceß das Seinige versicht — der also zu einem weit eher Nachsicht verdienenden und an sich unschädlicheren Zwecke han-

delte — gewis auch von der Kosten: Erstat-
tung frey seyn, sobald er nicht ohne Wahr-
scheinlichkeit gestritten hat. — Diese Wahr-
scheinlichkeit — oder das bona fide Streiten
wäre folglich den Teutschen Reichs: Gesetzen
nach, genugsame Ursache der Kosten: Verglei-
chung. Und dies dürfte vorzüglich zur Deu-
tung des §phi 82 des Bisttat. U. von 1713
dienen können.



Ko 2370

ULB Halle
006 229 28X

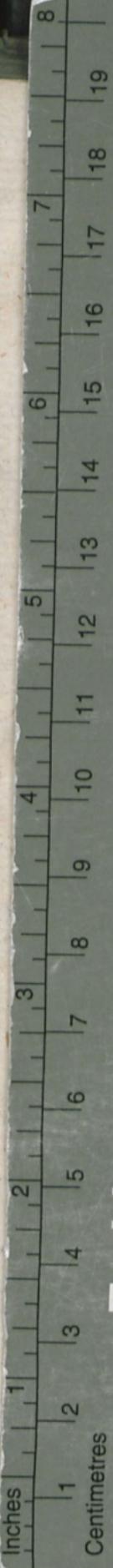
3



me







Farbkarte #13

B.I.G.

Blue	Cyan	Green	Yellow	Red	Magenta	White	3/Color	Black
------	------	-------	--------	-----	---------	-------	---------	-------

