

Property of
Dartmouth College

(G. 207) E 1008
Drang

W. M. H.

1 bl

22.4.36

H.



LIBRERIA INTERNAZIONALE

GIANOTTI

SIA TREVES DRUCKER
PADOVA - PALAZZO STORIONE - TEL. 26-120

Istit. di Diritto Pubblico
dell'Università di Padova

Proc. Civ.

Q

g

2(3^{ed.})

Q, g. 2

3^a ed

3. Abg.

v. Gömmel

RUB-ANT. B. 19
PRE 28884

Eigenum
der
Akademie für Deutsches Recht
Öffentl.-Recht. Röm. - 3 Reiches
Haus des ...
München

Inventar-Nr. 1140

D. Wilh. Aug. Friedrich Danz,
weiland Regierungsraths und Hofgerichts-Assessors
zu Stuttgart

Grundsätze
der
summarischen
Prozeſſe,

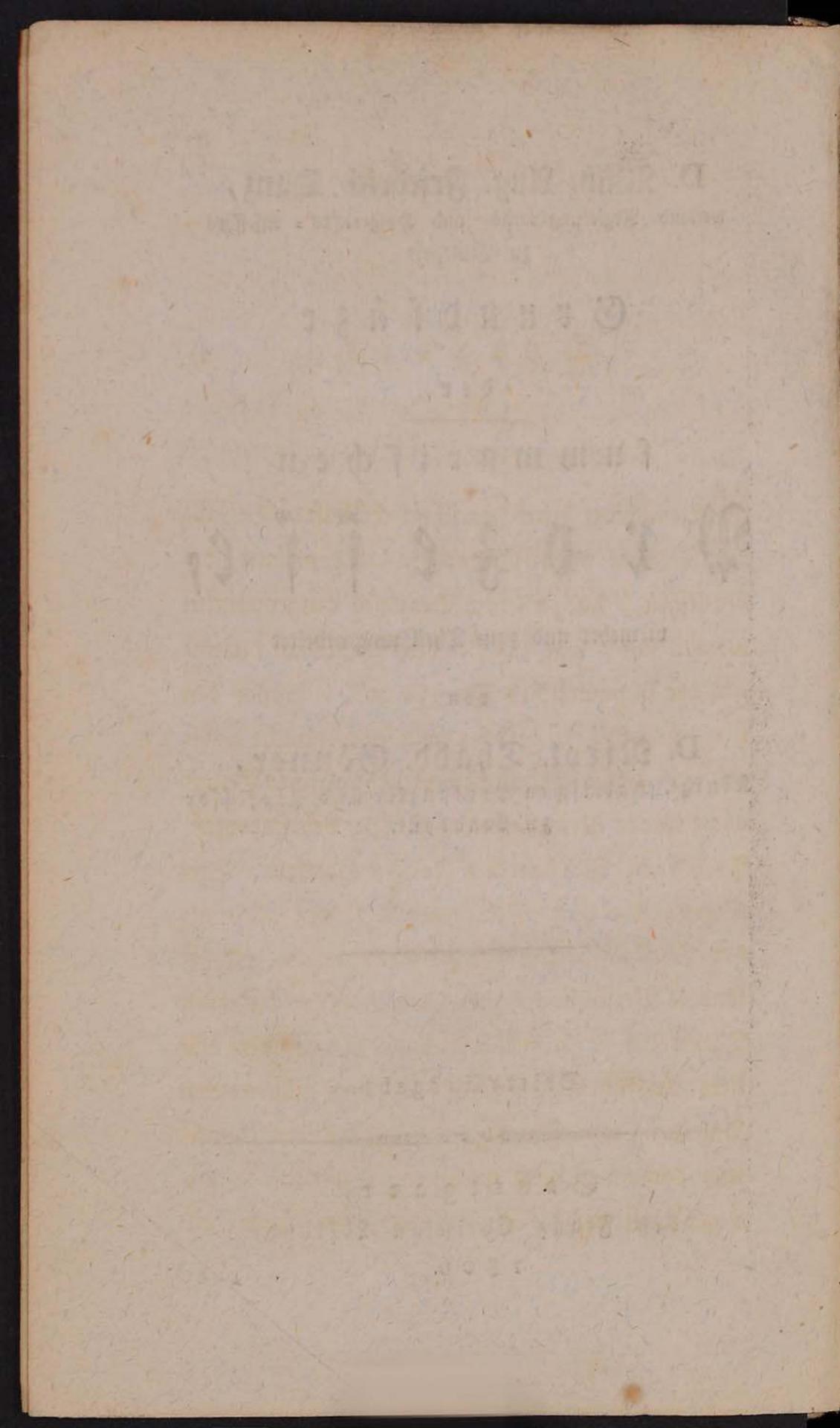
vermehrt und zum Theil umgearbeitet

von

D. Nicol. Thadd. Gönner,
Königl. Bairischen Prokurator und Professor
zu Landshut.

Dritte Ausgabe.

Stuttgart,
bey Franz Christian Lüflund,
1806.



V o r r e d e .

Aufgemuntert durch den schmeichelhaften Beifall,
mit welchem meine Grundsätze des gemeinen, or-
dentlichen, bürgerlichen Prozesses aufgenommen
worden sind, lege ich hier dem Publikum diejeni-
gen der summarischen Prozesse vor. Außer den
hier ausführten giebt es zwar noch manche ande-
re, von dem gewöhnlichen prozessualischen Gange
abweichende Prozeßarten, z. B. Lebensprozeß,
Prozeß in Bergwerks - Forst - Handels - See-
Schiffarts - Handwerkssachen u. s. w.; allein ei-
nes Theils gründen sich dieselben zu sehr auf be-
sondere Verfassungen und Einrichtungen, andern
Theils sind sie zu wenig wichtig, als daß eine nä-
here Ausführung derselben in einer allgemeinen
Anleitung zum Prozeß eine Stelle finden könnte,
und dann wollte ich auch mein Buch um so we-
niger damit vergrößern, als ein jeder, der die all-

gemeinen Grundsäze des ordentlichen und summarischen Prozesses gut inne hat, und darneben mit der einschlagenden Rechtstheorie vertraut genug bekannt ist, gar leicht sich selbst helfen kann.

Der peinliche - sowohl Anklage-, als Untersuchungs-, als gemischte Prozeß macht freilich, genau genommen, eine eigene, von dem bürgerlichen, ordentlichen und summarischen in wesentlichen Stücken abweichende Prozeßart aus; allein alle meine Vorgänger haben ihn zugleich mit den summarischen Prozessen abgehandelt, diesem Beispiele bin ich gefolget, und hielte es daher für überflüssig seiner auf dem Titel besonders Erwähnung zu thun.

Das Werk des Herrn Professor Dablow's von Halle: Versuch einer ausführlichen systematischen Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. Halle 1792. erhielte ich erst, nachdem der Druck meiner Abhandlung über diese Materie bereits vollendet war, und konnte daher keinen Gebrauch davon machen.

Das Register hat auch diesmal wieder mein Freund, der geschickte Herr Kanzleiadvokat Oster-
tag

tag von hier zu ververtigen die Güte gehabt,
wofür ich ihm den gebührenden Dank hiemit öff-
entlich zolle.

Den Reichsgerichtsprozeß zu erlernen hatte
ich durch mehrjährigen Aufenthalt an dem Wohn-
sitz des Kammergerichts gute Gelegenheit, nad
auch nachher habe ich, theils durch mein Amt,
theils durch andere Verhältnisse und praktische
Arbeiten veranlaßt, einen beträchtlichen Theil
meiner Zeit darauf verwendet: ich bin daher ent-
schlossen, denselben eben so, wie den gemeinen
zum Behufe meiner Vorlesungen auszuarbeiten.
Von der Muse, die meine Berufsgeschäfte mir
übrig lassen, wird die Beschleunigung, oder
Verzögerung der Ausführung dieses Vorsatzes
abhängen.

Oft schon vermißte ich, und gewiß mit mir
viele andere eine zweckmäßig ausgesuchte Samm-
lung kleiner Abhandlungen über prozessualische
Gegenstände. Mit vieler Mühe und Kosten habe
ich nun eine nicht unbeträchtliche Zahl derselben
zusammen gebracht, und meine Verbindungen und
Verhältnisse lassen mich hoffen, diese bald noch

ansehnlich vermehren zu können. Dürfte ich da-
her auf die Unterstüzung des Publikums rech-
nen; so würde ich eine solche Sammlung, ge-
ordnet nach dem Plane meiner Lehrbücher, ger-
ne veranstalten, und Theils durch sorgfältige
Auswahl, Theils durch zweckmäßige Abkürzun-
gen der einzelnen Schriften, Theils durch Auf-
nahme ungedruckter Abhandlungen über einzelne,
noch nicht befriedigend bearbeitete Materien das
Werk möglichst brauchbar zu machen nach Kräf-
ten mich bemühen. Dieß könnte dann die Stelle
eines vollständigen Kommentars über den ganzen
Prozeß vertreten, der, meines Erachtens, einem
jeden Geschäftsmanne gewiß gute Dienste leisten
würde.

Die Belehrung Sachkundiger Männer werde
ich allzeit, durchdrungen von dem Gefühl der
Unvollkommenheit meiner Arbeiten, eben so dank-
bar benutzen, als der Beifall des Publikums
mir freuen und aufmuntern wird. Geschrieben
im Juli. Stuttgart 1792.

Der Verfasser.

Vor-

Vorrede zur zweiten Ausgabe.

Gebessert und verändert ist in dieser neuen Ausgabe manches; auch von den neueren Schriften Gebrauch gemacht. Zusätze von Bedeutung aber vermied ich absichtlich, damit akademische Lehrer das Buch schiklich bei ihren Vorlesungen zum Grunde legen können. Geschrieben im Juli.
Stuttgart 1797.

Der Verfasser.

Vorrede zur dritten Ausgabe.

In Revision der summarischen Prozesse des, den Wissenschaften zu fr̄ühe entrissenen, Gelehrten befolgte ich dieselben Grundsäze, welche ich mir in Revision des ordentlichen Prozesses zum Gesetz gemacht hatte. Es sollte nämlich der Originalität des verdienstvollen Verfassers nichts entzogen, und dennoch sein Werk nach den inzwischen gemachten wissenschaftlichen Fortschritten verbessert werden. Der bloße Zufall erwirkte, daß derselbe Grundsatz in den summarischen Prozessen zu einer größeren Umarbeitung führte, als im ordentlichen Prozesse; denn schon in der Ansicht über das Verhältniß jener zu diesem, folglich in der Grundlage

lage war eine Umänderung nothwendig, welche zu anderen Abänderungen unaufhaltbar führte: nebstdem waren einige summarische Prozeßarten ganz ausgelassen, welche eine Ergänzung forderten. Dennoch war ich so weit entfernt, mein Handbuch über den Prozeß hier etwa in einen Auszug zu bringen, daß ich vielmehr von Danz unverändert beibehielt, was mit dem Ganzen bestehen konnte, und daß ich in jenen Fällen, wo ich eigene Ansichten hatte, diese nur in nachgesetzten Paragraphen vortrug, ohne den Lesern die Ansichten meines zu früh verblichenen Freundes zu entziehen, wie die Lehre von Besitzstreitigkeiten und Konkurs der Gläubiger bewährt.

Die litterarischen Ergänzungen des peinlichen Prozesses verdanken die Leser einem würdigen Landsmann des seeligen Verfassers, dem Herrn Cand. Feuerlein aus Stuttgart, der einige Jahre seiner akademischen Laufbahn mit rühmlicher Thätigkeit zu Landshut größtentheils in meinem Hause zubrachte, und unter meinen Augen diese Zusätze, so wie das vollständige Register
fer:

fertigte, ein junger Mann, dem ich das Zeugniß ausgezeichneter Talente, gründlicher Kenntnisse und eines vortrefflichen Charakters, so wie die Versicherung meiner Freundschaft hier mit Vergnügen öffentlich ertheile. Landshut in Baiern, im März 1806.

Dr. Nicol. Thadd. Gönner.

Anzeige

Anzeige des Inhalts.

Einleitung.

Seite 1 — 5.

Erstes Hauptstück.

Allgemeine Grundsäze von den summarischen Prozessen.

S. 6 — 9.

Zweites Hauptstück.

Von dem unbestimmten summar. Prozesse. S. 9 — 19.

Drittes Hauptstück.

Vom Berichtsprozeß. S. 19 — 24.

Viertes Hauptstück.

Von dem Provokationprozeß. S. 24 — 47.

Fünftes Hauptstück.

Von dem Rechnungsprozeß. S. 48 — 55.

Sechstes Hauptstück.

Von dem Theilungs- und Absonderungsprozeß. S. 56 — 61.

Siebentes Hauptstück.

Von dem possessorischen Prozeß. S. 62 — 89.

Achtes Hauptstück.

Von dem Mandats-Prozeß. S. 90 — 109.

Neuntes Hauptstück.

Von dem Executiv-Prozeß. S. 110 — 129.

Zehntes Hauptstück.

Von dem Wechsel-Prozeß. S. 130 — 153.

Elftes

Eilftes Hauptstück.

Von dem Arrestprozeß. S. 153 — 178.

Zwölftes Hauptstück.

Von provisorischen Verfügungen und Sequestrationen. S. 179 — 187.

Dreizehentes Hauptstück.

Von dem Kriegsprozeß. S. 188 — 201.

Vierzehentes Hauptstück.

Von dem Konsistorialprozeß. S. 201 — 217.

Fünfzehentes Hauptstück.

Von dem Konkursprozeß. S. 218 — 319.

Sechzehentes Hauptstück.

Von dem peinlichen Prozeß. S. 320 — 475.

A.) Von der gegen anwesende Verbrecher üblichen Verfahrungsart. §. 205 — 270.

I. Von dem einfachen Untersuchungs-Prozeß.
§. 206 — 267.

II. Von dem Anklage-Prozeß. §. 268, 269.

B.) Von der gegen abwesende Verbrecher üblichen Verfahrungsart. §. 270.

E i n l e i t u n g.

§. 1.

S u m m a r i s c h e r P r o z eß.

Der ordentliche Prozeß ist nach der Wesenheit seines Begriffes auf den Zweck der richterlichen Gewalt im Staate und das Princip jeder rechtlichen Verfahrungsart darinn berechnet, daß derselbe 1) eine vollständige Rechtsvertheidigung zu einem peremptorischen Zustand bezweckt, 2) vordersamst und allein auf wechselseitige Rechtsvertheidigung vor irgend einer nachtheiligen Verfügung wider eine Parthen die Richtung hat, 3) jeden Anspruch eines Subjekts an das Andere isolirt und unabhängig von den Ansprüchen anderer gegen eben das Subjekt berechtigten Subjekte verhandelt und vollstreckt, anbey 4) einen so bedächtigen und formlichen Gang des Verfahrens vorzeichnet, wie derselbe auf alle gewöhnliche bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nach ihrer denkbaren Wichtigkeit und Ver-

Einleitung.

worrenheit passen kann (a). Den Gegensatz des ordentlichen Prozesses macht der summarische Prozeß aus, worüber das römische (b) sowohl als das kanonische Recht (c) nebst den Reichsgesetzen (d) manche Verordnungen liefert, obgleich die Vernunft nach dem Gesetze der Zweckgemässheit nicht nur die in diesen Quellen zerstreuten Fragmente zu einem Ganzen ausschilden, sondern auch manchen dieser Prozeßarten einen eigenthümlichen Geist einprägen müste, deren Resultate wir in den Werken der Rechtsgelehrten und im Gerichtsgebrauche erkennen, wornach der letzte besonders als eine vorzügliche Quelle des summarischen Prozesses erscheint.

a) Danz ordentlicher Prozeß §. 58. Gönner Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses (zweite Ausgabe, Erlangen 1804. u. 5.) B. II. Abh. 29. und B. IV. Abh. 70. Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. (2. Aufl. 1803.) §. 77.

b) L. 40. D. ad L. Aquil. L. 5. §. 8. D. de agnosc. et alend. lib. L. 1. §. 9. D. de stipulat. prætor. L. 3. §. 4. D. de Carbon. ed. L. 3. §. 1. D. ut in poss. legat. L. 9. §. 6. de interrogat. in jure fac. L. 1. §. 14. D. de ventre in poss. mitt. L. 3. §. 9. D. ad exhib. L. 15. §. 4. D. de re judic. L. 7. §. 1. D. de hered. petit. L. 1. C. quor. appellat. L. 14. C. de agric. et cens. L. un. C. si de momentan. possess. L. 4. C. si contra jus vel utilit. publ. L. 12. 13. C. de judic. L. 9. §. 5. L. 10. D. de dolo malo. Nov. 17. Cap. 3. Nov. 69. Cap. 1. L. 3. C. quor. honor. §. 8. J. de interd. L. 47. D. de negot. geit. L. 178. §. 2. D. de verbor. signif. L. 11. §. 6. D. ad L. Jul. de adulter. L. 1. C. si per vim vel alium mod. L. 5. C. de naufrag. Joh. Ge. Estor Anweisung zu dem im Reiche üblichen summarischen, insonderheit dem protocollar, possessorischen und spoliens Processe. Marburg 1746.

Vor-

Vorrede S. 22. folg. Casp. Henr. Horn Diss.
de processu summario ex §. 8. Resol. Saxon.
Noviss. Vitemb. 1709. §, 3 4. Just. Hen.
Boehmer Doctrina de actionib. Sect. 1. Cap.
11. §. 20. seq.

- c) Clem. 2. de verbor. signif. Clem. 2. de judic.
- d) Hierher gehören z. B. alle Verordnungen die, die unbedingten sowohl als bedingten Strafbefehle betreffen.
- e) Von dem, was besondere Landesgesetze hierüber enthalten; was in einem einzelnen Falle die streitenden Theile verabreden, oder der Regent besonderer Umstände wegen verordnet, ist hier die Rede nicht. Meine Grundsätze sc. §. 55. 49.

§. 2.

Rechtfertigungsgründe und Eintheilungen der summarischen Prozeßarten.

Ergiebt sich aus dem gesagten, daß Vernachlässigung der Formlichkeiten das Unterscheidungszeichen der summarischen Verfahrungsart vom ordentlichen Prozesse nicht sey, jene vielmehr in einer eigenthümlichen nach dem Zwecke der richterlichen Gewalt mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse einer Streitsache abgemessenen, und vom gewöhnlichen Laufe nothwendig abweichenden Verfahrungsart bestehe, so kann auch nur aus dem Gegensatz der wesentlichen Merkmale des ordentlichen Verfahrens der Rechtfertigungs- und Eintheilungsgrund der summarischen Prozeßarten entnommen werden. Wo nun I. der Gegenstand einer Verhandlung nicht das streitige Recht unmittelbar ist, sondern wo es mehr auf Einleitung zum Verfahren über die Hauptsache oder auf Nebenpunkte kommt, da hatten die Gesetze einen Unratungsgrund

Einleitung.

zu einer Abweichung vom ordentlichen Verfahren; daher werden alle Provocationen, Litisdenunciationen, Verhandlungen im Berichtswege, Incidentpunkte auf eine eigene, vom ordentlichen Prozesse abweichende, Art verhandelt. II. Der längere Zeitraum, bis mit Zulassung aller Vertheidigungsgründe zuerst unter den Parteien verhandelt, dann entschieden und hernach vollstreckt wird, würde in vielen Fällen die reelle Sicherung des Rechts gefährden, in manchen Fällen zum Nachtheil des Nationalreichthums seine Realisirung zu lange aufhalten: daher muß in denselben die Rechtshülfe auf eine ungewöhnliche schnellere Art geleistet werden; und hierin liegt der Grund, wegen welchem manche Streitigkeiten über den Besitz, Arreste, provisorische Verfügungen, Mandatssachen, liquide Schuldforderungen, Wechsel eine außerordentliche Verfahrungsart, meistens zu einem interimistischen Rechtszustand begründen. III. Sobald das Vermögen eines Schuldners zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hinreicht, würde der Richter das Recht der übrigen Gläubiger verletzen, wenn er einem derselben seine Forderung realisiren wollte; der allen Bürgern schuldige gleiche Schutz der Rechte fordert in diesem Falle, daß das gesammte Vermögen des Schuldners unter alle seine Gläubiger nach geistlicher Ordnung verteilt werde. Hierdurch geht im Ganzen eine wichtige Veränderung an der gewöhnlichen Rechtshülfe vor, und es bildet sich eine solche Mischung verschiedener gerichtlicher Handlungen, daß nur in einer ungewöhnlichen Verfahrungsart der Zweck erreicht werden kann. Concurs der Gläubiger muß demnach eine außerordentliche Prozeßart seyn. IV. Endlich mußten die Gesetze, wie sie das ordentliche Verfahren bedächtlicher und

förm.

förmlicher vorgezeichnet hatten, bald darauf zurückkommen, daß dieser mit Aufwand von Zeit und Kosten verbundene Gang in vielen Fällen als zwecklos oder zweckwidrig, wenigstens als unräthlich erscheint, sie haben es also zwar im Ganzen bey der Richtung des ordentlichen Verfahrens belassen, aber auf dessen Abkürzung oder sonstige nöthige Modificationen ihr Augenmerk gerichtet. Hieraus entstand nicht nur der unbestimmte summarische Prozeß, sondern auch der Rechnungsprozeß, der Prozeß bey Auseinandersetzungen der Erbschaften, Societäten und Gemeinheiten, der Consistorial-Kriegsprozeß u. d. m. erhielten eine besondere Verfahrungsnorm. V. Diesem unbestimmten summarischen Prozesse sind die bestimmten insoweit entgegengesetzt, als sie nicht eine bloße Nachbildung des ordentlichen Verfahrens sind, und dessen Richtung besonders in Zulassung aller Vertheidigungsgründe ohne außerordentliche Rechtshülfe, sondern einen eigenthümlichen Geist und deswegen eine besondere Verfahrungsart in sich haben, obgleich ihr Geist sich auch in einem besondern Namen ausspricht, wodurch sie sich von andern Prozeßarten auszeichnen.

Erstes Hauptstück.

Allgemeine Grundsäfe von den summarischen Prozessen.

§. 3.

Jeder summarische Prozeß muß einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund für sich haben.

Jeder summarische Prozeß muß I. als Ausnahme von der Regel aus einem gültigen Grunde gerechtfertigt werden; welcher 1) in positiven Gesetzen, oder 2) in der Natur der Sache liegen kann, soferne diese ein besonderes Verfahren gebiehet. II. Als Ausnahme von der Regel findet zwar eine ausdehnende Erklärung der hierüber bestimmenden Gesetze nicht statt, wo jedoch die Gesetze bei Einführung einer außerordentlichen Prozeßart nicht die Absicht hatten, eine Person zu begünstigen, da gehtet die Sphäre des Gesetzes soweit, als der Grund desselben. III. Die Bürger haben auf die gesetzliche Verfahrungsart ein Recht, daher ist ein landesherrlicher Befehl kein Rechtfertigungsgrund eines summarischen Prozesses in einer einzelnen Sache (a).

(a) Heinr. v. Schelhas d. j. über die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in Klagen zwischen den mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Obrigkeit (Stuttgart 1795. 8.) S. 122, Gönner Hdb. B. I. Abth. I. §. 8.

Allgem. Grundsäze von den summ. Prozessen. 7

S. 4.

Wieweit die Parthenen auf das Daseyn eines summarischen Prozesses wirken können.

Willkür der Parthenen kann I. auf jene summarische Prozeßarten nicht wirken, welche entweder 1) das einzige mögliche und erlaubte Mittel sind, eine Rechtssache in ihrer gegebenen Lage zu endigen, z. B. der Concursprozeß: oder 2) welche von den Gesetzen aus einer höheren Staatsrücksicht zunächst ex privilegio causæ zu einem besondern Verfahren verwiesen wurden. II. Andere summarische Prozeßarten gehören zu den veräußerlichen Rechten der Parthenen, welche einen Verzicht zulassen; nur muß darauf gesehen werden, ob blos der Kläger, oder blos der Beklagte oder ob jeder von beyden Theilen darauf ein Recht habe, denn nach diesem Unterschied genügt bald der ausdrückliche oder stillschweigende Consens einer Parthey, bald muß der Consens bey der Theile vorhanden seyn (a). III. Eben diese Fälle lassen auch einen Vertrag zu, worinn die Parthenen eine bestimmte ordentliche oder summarische Verfahrungsart festsetzen.

- a) Ueber die Wahl der Prozeßart Gönner Handb. B. II. Abh. 30.

S. 5.

Beobachtung aller wesentlichen Stücke des Verfahrens.

Jeder summarische Prozeß muß alles an sich tragen, was zur Wesenheit des gerichtlichen Verfahrens überhaupt gehört; darum muß I. auch die Einleitung zur wechselweisen Rechtsverteidigung selbst bey jenen summarischen Prozeßarten geschehen, welche eine außerordentliche schleunige Rechtshilfe bezielen: darum finden

finden II. nicht nur alle Einred-^en und Vertheidigungs-mittel statt, welche mit dem Zwecke einer bestimmten Verfahrungsart vereinbar sind (a), sondern auch III. Einreden, welche die Gültigkeit des Verfahrens be-treffen, ob sie gleich im ordentlichen Prozesse als ver-zögerliche Schuzreden vorkommen; daher werden auch IV. Rechtsmittel gegen richterliche Verlelzungen, als wesentliche Bedingung zur Sicherung der Rechte, bei summarischen Prozeßarten nicht ausgeschlossen, ob-gleich die auf dem Verzug haftende Gefahr der Su-spensivkraft entgegensteht (b).

- a) Clem. 2. de Verbor. signif. „non sic tamen ju-dex litem abbreviet, quin probationes neces-sariae et defensiones legitimae admittantur.“
- b) Ordentl. Proz. §. 426. Gönnner Handb. B. III. Abb. 61.

§. 6.

Möglichste Annäherung an die Regeln des ordentlichen Prozesses.

Damit die Ursache und Wirkung in richtigiger Proportion bleiben, muß I. jedes summarische Verfahren, welches eine ungewöhnliche schnellere Rechtshilfe be-zielet, nicht nur 1) genau nach dem Grade der ob-schwebenden Gefahr abgemessen werden, sondern auch 2) diese Verfügung, als etwas provisorisches, die vollkommene Rechtausführung unter den Parthenen ungekränkt erhalten, welches 3) zuweilen durch einen ausdrücklichen Vorbehalt geschiehet, der sich jedoch ver möge der Natur solcher Prozeßarten von selbst verste-het. II. Auch muß jedes summarische Verfahren die Regeln des ordentlichen Prozesses zu seinem Vorbilde

ans-

annehmen, welches 1) nicht nur von wesentlichen Bestandtheilen und Vertheidigungsgründen, sondern sogar 2) von Förmlichkeiten gilt, insbesondere 3) von denjenigen, welche zur Abkürzung der Weitläufigkeiten sogar im ordentlichen Prozesse eingeführt wurden z. B. peremptorische Termine. II. Dass auch Einreden gegen die Zulässigkeit einer summarischen Prozeßart statt finden, lässt sich wegen ihrem wichtigen Einfluss auf die Rechte der Partheyen wohl nicht bestreiten (a).

a) Neberhaupt gehört zu diesem Hauptstück Groilmann Theor. des ger. Verf. §. 227. Gönner Hand. B. IV. Abb. 70. §. 8 — 13.

Zweites Hauptstück.

Von dem unbestimmten summarischen Prozesse.

§. 7.

Fälle, in welchen er statt findet.

Nicht jedes schleunige Verfahren gehört zu dem unbestimmten summarischen Prozesse (§. 2. N. IV. u. V.) die Rechtsgelehrten, indem sie jene Gegenstände, worin bey obschwebender Gefahr eine schnellere Rechtshilfe geleistet wird, allgemein zum unbestimmten summarischen Prozesse zogen, konnten die Fälle, welche zu diesem gehörten, nicht richtig verzeichnen, und daher stammt die irrite Meinung, man könne sie nicht aufzählen, und fast alles bleib's dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen (a). Die Gesetze haben ent:

entweder auf die Qualität der Sache oder der freitenden Theile oder auf die Lage des Prozesses Rück-
sicht genommen. I. Wegen Qualität der Sache gehörten hieher 1) alle geringfügige (Bagatell-) Sa-
chen: 2) die Streitigkeiten, welche vor Untergerichten
verhandelt werden, ohne jedoch bey verworrenen oder
wichtigen Gegenständen das ordentliche Verfahren aus-
zuschliessen. 3) Consistorialsachen über Ehe- und Spon-
salienstreitigkeiten, 4) Handwerks- und Zunftsachen,
5) Familienzwiste, 6) alle Fälle, worin außer Bes-
itzstreitigkeiten Interdicte statt finden, 7) Dienstbothens-
sachen in Ansehung des Dienstes und Lohns; 8) bes-
ondere Landesgesetze haben hiezu noch verschiedene Fälle
gezogen, z. B. Sachen des Handels, der Schiffart,
Bergwerke u. dgl. 9) Aus dem gemeinen Rechte kann
weder für fiscalische, noch für Steuer- und Contri-
butionssachen, oder für Streitigkeiten über Gehente, oder
wo Gefahren auf dem Verzuge haftet, bewiesen
werden (b). II. Begünstigte Personen sind 1) mit-
leidswürdige Personen (personae miserabiles) (c)
2) Reisende, 3) Studierende während ihres Aufent-
halts auf Bildungsanstalten, 4) Soldaten, 5) Berg-
leute. Bey dinglichen Klagen hört diese Begünstigung
allgemein auf. III. Nach der Prozeßlage gehörten
hieher 1) alle präparatorische und Incidentpunkte: 2)
alles was bey der Execution zu untersuchen und zu
entscheiden ist: 3) Gesuche um Wiedereinsetzung in den
vorigen Stand gegen verabsäumte Termine: 4) Cau-
tionsgesuche (d).

- a) Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß B. 3.
Hauptst. I. §. 1. 2. Estor Anweisung zum summa-
rischen Prozeß. Hauptst. 3. §. 31. folg. Derselbe
Anweisung für die Beamten und Gerichtsverwalter in
den

Von dem unbest. summarischen Prozesse. 11

den gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshändeln auch zu den summarischen Prozessen. Thl. 2. Marburg 1762. §. 1017. folg. Zanger de Except. P. I. C. I. n. 60. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Proleg. §. 11. seq. Sieber Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. 2. Abschn. 1. §. 294. 295. Ludovicus Einleitung zum Civilprozeß. Kap. 7. §. 4. folg. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1437. folg. Am weitläufigsten hat sich hierüber verbreitet Claproth summar. Proz. §. 4. Man siehe hierüber Gönner Hdb. B. IV. Abb. 71. §. 3 — 10.

b) Anderer Meinung ist zum Theil Claproth a. a. D.

c) Worunter jedoch bloße Arme nicht gerechnet werden, Jo, Ant. Feuerbach an ex quatenus privilegia miserab. personarum pauperibus denerari possint. Giess. 1778. Gönner Hdb. B. I. Abb. 24. §. 2. das Gegentheil behauptet Leyser Med. spec. 78. m. 1. vergl. Müller obs. ad Leyser T. I. f. 11. S. 205, ff.

d) Die Präjudicialpunkte als Hauptsache können nicht hier gezählt werden Gönner Hdb. B. I. Abb. 25. §. 13. das Gegentheil behauptet Claproth a. a. D.

§. 8.

Versahrungsart. I. Allgemeine Regeln.

Ueber das Verfahren liefert das kanonische Recht (a) eine sehr ausführliche Verordnung, welche vereint mit der Natur der Sache folgende Regeln bewahrt: I. Als Surrogat des ordentlichen Prozesses, womit der unbestimmte summarische Prozeß in Zweck und Grundlage übereinstimmt, muß sich derselbe mehr, als jedes andere Verfahren, nicht blos in wesentlichen Stücken, sondern auch in Formalitäten dem ordentlichen Prozesse annähern (b); daher finden II. in Ansehung des Rich-

Richters; der streitenden Theile, die hier Implorant, Implorat, Impetrant, Impetrat genannt werden; der Beistände und Stellvertreter dieser; des Auktuars und übrigen Nebenpersonen hier durchaus die nämlichen Grundsätze statt, die auch beim ordentlichen Prozeß zur Richtschnur dienen. Werden diese vernachlässigt; so zerfällt das ganze Verfahren als unheilbar nichtig in sich selbst. III. Aus eben diesem Grunde müssen illiquide Einreden, nicht schleunige Beweismittel zugelassen werden. IV. Was im ordentlichen Prozeß unter dem Gewande einer Formalität zur Einleitung der wechselweisen Rechtsverteidigung abzielt, muß auch hier entweder beybehalten, oder dafür ein Surrogat hergestellt werden. V. Termine und Folgen ihrer Verabsäumung dauren in dieser Prozeßart fort, sogar werden die Termine kürzer und früher mit Präclusivkraft angezeigt. VI. Insbesondere bedient man sich wo möglich mündlicher protokollarischer Verhandlungen, um weitschweifige Communicationen abzuschneiden und das Ende des Prozesses früher heranzuführen. VII. Des Richters Thätigkeit ist im Gebrauche der Rechtsmittel wie im ordentlichen Prozeß bedingt, doch kann er im Schlusse der Verhandlungen durch passende Fragen an die Partheyen zur Erforschung der Wahrheit, durch Abschneiden unnützer Aussführungen nützlich seyn (c).

a) Clem, 2. de Verb. signif.

b) Grolman Theor. des ger. Verf. §. 227.

c) Alles vernöge der angef. Clem. 2. vergl. überhaupt Gönner Hdb. B. IV. Abb. 71. §. 12 — 15.

S. 9.

II. Besondere Regeln. A) Vor dem Beweisverfahren.

Was die einzelnen Theile des Verfahrens, und zwar erstens vor dem Beweisverfahren angehet, so ist I. ein formliches Klageschreiben hier nicht erforderlich. Ein jeder mündlicher (a), oder schriftlicher Vortrag (b), wenn aus demselben nur erhellet, was der Implorant für Forderungen an den Imploraten macht, welche Thathandlungen diese veranlaßt haben, auf welchen rechtlichen Gründen sie beruhen, und wie der Implorant will, daß der Richter in der Sache verfahren (c) und erkennen soll (d) ist schon hinreichend (e). II. Nur bei Personen von Stande ist eine schriftliche Ladung nothwendig, sonst ist eine mündliche hinreichend (f). Haftet Gefahr auf dem Verzuge; so können solche Sachen auch an Ferien vorgenommen werden, und die Fristen und Termine sind so kurz zu bestimmen, als es der nothigen Vertheidigung wegen möglich ist. Auf die übrigen innere und äußere Bestandtheile einer Ladung aber muß auch hier Rücksicht genommen werden (g). III. Verzöggerliche Einreden, die, wenn ihnen nicht abgeholfen wird, eine Nichtigkeit des Prozesses nach sich ziehen (h), müssen zugelassen werden, und sind nicht gerade an den ersten, zu der Verhandlung auf die Klage anberauimten, oder erstreckten Termin gebunden (i). IV. Läßt man gleich bei diesem außerordentlichen Verfahren eine summarische Einlassung zu (k); so wäre doch der Bedürferung der Sachen und des eigenen Besten der Partien wegen sehr zu wünschen, daß, so bald der Rechtsfall in den Thatumständen einigermaßen verwickelt ist, die Richter auch hier eine besondere Einlassung fordern möchten

ten (l). V. Aller, an sich zulässiger zerstörlicher Einschreben (m) kann der Implorat sich bedienen, und seine receptivische Notdurft sowohl schriftlich einreichen, als auch mündlich zum Protokoll geben (n). VI. Die zur Aufklärung der Streitfrage nthigen Schriftsätze, Replik, Duplik u. s. w. müssen zwar auch hier den Partien gestatten werden (o); aber an eine gewisse Schriftenzahl ist dann doch der Richter nicht gebunden, sondern kann, so bald er die Sache zum Spruch reif findet, ohne die Hinterziehung von Seiten der streitenden Theile abzuwarten, ein Urtheil fällen (p).

- a) Clem. 2. de V. S. Nov. 17. cap. 3. Nov. 82. cap. 5. Einen solchen mündlichen Vortrag muß der Richter zu Protokoll nehmen. Gute Anleitung dazu giebt Estor Anweisung für die Beamten. Thl. 2. §. 1055. folg. Derselbe Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. II. §. 12. Hauptst. IV. §. 41. folg.
- b) Ein Promemoria, ein Handschreiben, eine Rechnung u. s. w. können die Stelle eines förmlichen Klageschreibens vertreten.
- c) Ist gleich bei den meisten Gerichten außerhalb Sachsen das Gesuch wegen des Prozesses in der Regel nicht mehr üblich; so ist doch nicht ratslich bei diesem außerordentlichen Verfahren es auszulassen. Meine Grundsätze v. §. 72. Nur muß der Implorant sich hüten, solche Ausdrücke zu gebrauchen, die es zweifelhaft machen könnten, ob der ordentliche, oder summarische Prozeß angestellt worden sey. Auf Kriegsbestätigung darf er daher seine Bitte nicht richten, sondern auf Einlaßung und Antwort, oder am sichersten, auf summarische Antwort. Netzelbladt Anleitung zu der ganzen prak. Rechtsgelehrtheit. §. 806. Schamburg Princip. prax. jurid. jud. Lib. I. Cap. I. § 3. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VII. §. 12. Werner

her P. VI. Obs. 388. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß B. III. Hauptst. I. §. 3.

- d) Formlich braucht dieses Gesuch in Ansehung der Hauptsache nicht zu seyn. Es ist genug, wenn aus den vorgetragenen Thatumständen und dem Rechtegrunde die Absicht des Imploranten von selbst erhellert. Schaumburg l. c.
- e) Clem. 2. de V. S. Meine Grundsäze ic. §. 60.
- f) L. 17. §. 1. C. dignitat. Meine Grundsäze ic. §. 97. Als seltene Ausnahme von der Regel kann, wenn höchste Gefahr auf dem Verzug haf tet, der Richter auch ohne vorgängige Ladung eine Verfügung erlassen. Mevius P. II. Decis. 237.
- g) Clem. 2. de V. S. L. 1. 2. 3. L. 3. 5. 10. C. deferiis. Meine Grundsäze ic. §. III.
- h) Meine Grundsäze ic. §. 159. folg.
- i) Ebenda selbst §. 168. Schaumburg l. c. §. 6. Sonner Hdb. B. IV. Abb. 71. §. 13. behauptet, daß seitdem vermöge des J. N. A. verjährliche Schutzreden mit der Litiscontestation verbunden werden müssen, folglich den Streit nicht mehr aufhalten, auch diese ungeachtet der entgegenstehenden Clem. 2. in dieser Prozeßart zulässig seyen.
- k) Meine Grundsäze ic. §. 176.
- l) Ebenda selbst §. 178, folg. §. 485. Schaumburg l. c. §. 7. Clem. 2. de V. S.
- m) Meine Grundsäze ic. §. 185. folg.
- n) Ebenda selbst §. 195.
- o) Ebenda selbst §. 211. folg.
- p) Ebenda selbst §. 400. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 5, No. 13,

§. 10.

B) Bey dem Beweisverfahren.

Der Satz: daß hier Bescheinigungen (Demonstrationes) an die Stelle förmlicher Beweise treten (a) ist nach Vernunft und Gesetzen (b) falsch; beide liefern vielmehr folgendes Resultat: I. Was die Gesetze bey einem Beweismittel fordern, damit es juristische Gewißheit hervorbringe (Zahl- und Glaubwürdigkeit der Zeugen, Vorlage der Originalurkunden u. dgl.) gilt auch hier, weil es von einer schleunigeren Verfahrungsart unabhängig ist; II. daher können auch eigentliche Beweismittel, unter welche das Vernehmen der Partheyen zur Erhaltung eines Geständnisses, Aussenschein und Sachverständige nicht zu rechnen sind, vom Richter unaufgefordert nicht gebraucht werden. III. Der Beweistermin ist hier gesetzlich peremtorisch, wenigstens als solcher vom Richter anzusezen, welches auch als Regel für alle Termine im Beweisverfahren gilt. IV. Die Beweismittel müssen vor ihrer Aufnahme dem Produkten bekannt gemacht werden, damit er dagegen seine etwanigen Einreden vorbringen kann, wodurch ein Produktionsverfahren veranlaßt wird. V. Daß der Richter die übermäßige Anzahl der vorgeschlagenen Zeugen vermindere (c), ist wohl nur insoferne rechtlich, als dem Producten auf den Fall, daß die verminderte Zeugenzahl den Beweis nicht herstellt, vor Eröffnung der Zeugenaussagen eine neue Auswahl verstattet wird. VI. Die erhobenen Zeugnisse doch ohne Notel, Besichtigungsprotokolle und Parere der Sachverständigen müssen den Partheyen vor Absafzung des Urteils zur Kenntniß gebracht werden, es genügt aber, wenn ihnen Einsicht derselben verstattet wird.

Von dem unbest. summarischen Prozesse. 17

wird. VII. Impugnations- oder Salvationsschriften sind nur dann zuzulassen, wenn der Product die Kraft der Beweismittel impugniren will.

- a) Meine Grundsäze ic. §. 244. Ernst Gottfried Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. Leipzig. 1791. §. 22. folg. Struben R. V. Thl. V. §. 18. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. I. § 8. seq. Renneri Meditation. ad h. l. p. 157. Horn Diss. citat. de processu summario. §. 5. 49. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozess. B. III. Hauptst. I. §. 5. Nettelbladt Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelehrtheit. §. 807. Sieber Anleitung zum gerichtl. Prozess. §. 298. folg. Estor Anweisung zu den summarischen Prozess. Hauptst. II. §. 22. folg. Gribiner Princip. proc. judiciar. Lib. II. Cap. I. §. 5. seq.
- b) Clem. 2. de Verb. sign. Gönnner HdB. B. IV. Abh. 71. §. 14.
- c) Die angef. Clem. 2.

§. II.

C) Nach dem Beweisverfahren.

I. Das erste sowohl in solchen Sachen zu füllende Urtheil (a), als die übrigen richterlichen Erkenntnisse werden, ohne die sonst üblichen Feierlichkeiten zu beobachten (b), eröffnet. Sie können schriftlich verfaßt, und statt der Publikation den Partien durch den Gerichtsdienner zugestellt werden (c). II. Demjenigen, der durch die richterlichen Verfüungen und Aussprüche beschwöhret ist, stehtet der Gebrauch aller in den Gesetzen vergönnten Rechtsmittel zu (d). III. Auch in den höheren Instanzen werden bei solchen summarischen Sachen die sonst üblichen Formlichkeiten nicht

beobachtet, wenn die Verfassung des Gerichts nicht ein anderes mit sich bringt (e). IV. Die Vollstreckungsart rechtskräftiger Urtheile kommt mit derjenigen im ordentlichen Prozesse vollkommen überein (f), nur daß auch hier möglichste Beschleunigung der Sache das erste Gesez für den Richter seyn muß. V. Gegenklagen (g), Litisdenunciationen (h) und Interventionen endlich (i) finden auch hier statt.

- a) Meine Grundsäze ic. §. 216. folg.
- b) Anhang zu meinen Grundsäzen ic. §. 94. folg.
- c) Clem. 2. de V. S.
- d) Meine Grundsäze ic. §. 403. folg. Mevius P. II. Decis. 366. P. III. Decis 237, Schamburg I. c. §. 12.
- e) Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VII. §. 15. Mevius P. II. Decis. 366. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse. §. 5. N. 28.
- f) Meine Grundsäze ic. §. 444. folg.
- g) Ebenda selbst §. 467. folg.
- h) Ebenda selbst §. 471. folg.
- i) Ebenda selbst §. 477. folg. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1432.

* In Sachen, bei welchen höchste Gefahr auf dem Verzug hafstet, z. B. in Baustreitigkeiten, Begräbnissachen, Handelssachen, Teichsachen, Handwerkssachen, u. s. w. wie auch in solchen Sachen, die besonders begünstigte Personen angehen, z. B. Studenten, Reisende, Bauern u. s. w. bindet sich der Richter nicht immer an die oben angegebene Regeln, sondern erläßt die dem augenblicklichen Bedürfniß angemessene Verordnungen, und entscheidet nicht selten in wenig Stunden einen Rechtssstreit. So nothwendig und zugleich wohlthätig sowohl für den Staat, als die einzelnen Unterthanen dieses

dieses häufig ist, so sehr muß doch der Richter sich hüten, daß dieses sein willkürliches Verfahren nicht in ein tumultuarisches ausarte. Meine Grundsätze ic, §. 55.
58. Schamburg l. c. §. 13.

Drittes Hauptstück.

Vom Berichtsprozeß.

§. 12.

Berichtsprozeß.

Unter den vorbereitenden Prozessen verdient der vom gemeinen Rechte (a) anerkannte Berichtsprozeß (b) die erste Stelle. Sein Zweck ist blos Aufklärung des Richters, nicht eigentlich Rechtsvertheidigung der interessirten Theile. Nur bey einigen simplen Beschwerden des Richters erscheint seine Vertheidigung in Form eines Berichtes. Nebst einigen Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit werden Berichte besonders in Klagen wider eine Obrigkeit und in weitaussehenden zweifelhaften Streitsachen mit entschiedenem Nutzen abgesondert (c).

- a) Die Römer kannten ihn in ihren *relationibus ad Principem* Lauterbach Coll. theor. pract. Lib. 49. Tit. 1. §. 23. diese wurden zwar in der Nov. 125. cap. 1. abgeschafft, das kanonische Recht hat die Berichtsabforderung wieder gesetzlich eingeführt cap. 68. X. de appellat.
- b) Ueber den ganzen Berichtsprozeß verbreitet sich Piller Diss. continens delineationem praxeos Camerae imperialis novissimae circa litterarum
B 2 in-

III. Hauptstück.

informatorialium redemtionem vulgo Berichtsauslösung. Marburg 1789. Gönner Hdb. B. IV. Abb. 72.

e) Die Reichsgesetze bestimmen manche Fälle, wo Berichtsauforderung bei den Reichsgerichten notwendig ist, sie können aber, als auf die Eigenheiten der reichsgerichtlichen Verfassung berechnet nicht eigentlich als Quelle des gemeinen Prozesses angesehen werden. Gönner Hdb. B. I. Abb. 2.

§. 13.

Verfahren. I. Berichtsauforderung.

Der Anfang des Verfahrens geschiehet I. mit der Auforderung des Berichts, welche in der reichsgerichtlichen Kanzleisprache Schreiben um Bericht genannt wird. II. Der Berichtsauforderung werden die Vorstellungen desjenigen, der sie veranlaßte, beigelegt, und die im Berichtsverfahren einkommenden Schriften sind Theil der Akten. III. In simplen Beschwerden gegen den Richter hat die Berichtsauforderung die Kraft einer Ladung (a), eben dieses tritt ein da, wo von der Gegenpartei der Bericht gefordert war, außerdem ist die Verbindlichkeit zur Berichtserstattung unbedingt.

a) Nur soweit der Oberrichter die ausschende Staatsgewalt gegen die Unterbehörden ausübt, kann auch hier die Verbindlichkeit zur Berichtserstattung unbedingt seyn,

§. 14.

II. Ungehorsam in Erstattung des Berichts.

Wenn I, der Bericht im angesezten Termine nicht erstattet wurde, so wird noch ein neuer Termin zur Berichtserstattung angesezt, und entweder sogleich oder bei

bey dem dritten Termine die Folge des ferneren Ungehorsams angedrohet, welche sodann vollzogen wird. II. War der Bericht der Gegenparthen abgesondert, so muß die Nichterstattung desselben als ein Verzicht auf die Rechtsverteidigung im präparatorischen Verfahren angesehen werden, und es ist nichts angemessener, als die gebethenen Prozesse, wenn dem Gesuche nichts anderes im Wege steht, in contumaciam non informantis zu erkennen. III. Ausser diesem Falle muß überall, wo die Verbindlichkeit zur Berichtserstattung unbedingt ist, anfangs mit Geldstrafen in angemessenen Gradationen vorgeschritten werden, am Ende können schärfere Zwangsmittel in Anwendung kommen; in contumaciam judicis non informantis gegen den Appellaten Appellationsprozesse zu erkennen, ist allemal widerrechtlich, da man einen Unschuldigen mit den Folgen des von einem Dritten begangenen Ungehorsams belegt.

§. 15.

III. Der Bericht selbst.

Der Bericht muß enthalten I. eine zusammenhängende Geschichtserzählung über den in Frage stehenden Gegenstand, womit die für die Wahrheit der Erzählung sprechenden Belegen nützlich verbunden werden. II. Einreden, Litigatestation und alle Folgen eigentlicher Streitverhandlungen fallen hier hinweg; die mit Bericht vernommene Parthen giebt ihm die Stellung, daß der Gegner kein Recht habe, folglich mit seinem Gesuche abzuweisen sey: ein berichtender Dritter muß alles ohne besonderen Rechtsanträge der Beurtheilung des Oberen überlassen, nur bey frevelhaften oder fälschen

schen Beschwerden gegen den Unterrichter fügt dieser das Gesuch um Bestrafung des Beschwerdeführers hinzu. III. Die Berichtsabforderung erwirkt wohl eine Prävention des Gerichtsstandes, aber der Bericht kei-
ne Litispendenz.

§. 16.

IV. Auf wessen Kosten der Bericht zu erstatten ist?

Nach dem Verhältnisse, in welchem der Berichtsteller stehen kann, muß bestimmt werden, auf wessen Kosten der Bericht zu erstatten sey. I. Wenn als Parthey Bericht abgesondert wurde, kann nach dem Grundsatz, daß keine Parthen ihrem Gegner die Kosten vor- schießen müsse, auch keine Berichtsgebühren fordern. II. Wenn aber dem Richter, als solchem, wo er nicht als Parthen zu betrachten ist, Bericht abgesondert wurde, da muß derjenige, welcher ihn veranlaßt, die Gerichtsgebühren dafür erstatten. II'. Im Zweifel wird der berichtenden Stelle anbefohlen, den Bericht bis zur erfolgenden Entscheidung unentgeldlich (einst- weilen gratis, erga annotationem) zu erstatten,

§. 17.

V. Nach eingelangtem Bericht.

Abgerechnet jene Fälle, wo der Richter als Parthen sich gegen eine Beschwerde in Berichtsform rechtfertigte, wo also auf Bericht und den alleinfalligen Gegenbericht eine Hauptentscheidung folgen kann, muß man von dem Satze ausgehen, daß der Berichtsprozeß nur auf präparatorischem Wege die Frage bezielet, ob das zur Hauptentscheidung führende Verfahren durch Erkennung der gebethenen Prozesse einzuleiten
sey.

sen. Diesem Gesichtspunkt zufolge muß I. der Bericht, als eine die Rechte der Partheyen betreffende Sache zu ihrer Kenntniß gebracht werden, es mag durch Mittheilung zum Gegenbericht oder zur Nachricht oder durch verstattete Einsicht geschehen. II. Wenn der Bericht alle Zweifel über die Sache hebt, so werden auf Bericht die gebethenen Prozesse erkannt oder abgeschlagen, III. Ist die Sache nach dem Berichte entweder zweifelhaft oder wenigstens nothwendig, dem Impetranten eine Vertheidigung über die darin enthaltene Behauptung zu verstatten, so wird der Bericht zum Gegenberichte mitgetheilt. Weitere Communicationen sind im Berichtsprozeß unzweckmäßig. IV. Bleibt nach eingelangtem Gegenberichte die Sache noch zweifelhaft, so führet eben dieser zweifelhafte Zustand zur Nothwendigkeit, die streitigen Rechte im förmlichen gerichtlichen Verfahren auseinander zu setzen, d. h. die Prozesse zu erkennen. V. Die Abschlagung der Prozesse, sollte sie auch auf Bericht und Gegenbericht erfolgt seyn, ist ein simples Dekret, das in Rechtskraft nicht übergeht, ausgenommen die Dekrete, worin ein gebrauchtes Rechtsmittel wider Urtheile verworfen wird. VI. Sind nach erstattetem Berichte die Prozesse zu erkennen, so ist es schlechthin unerlaubt, den Bericht als Exceptionsschrift zu betrachten, und ad replicandum mitzutheilen, denn er hat im Zwecke und in seiner Gestalt nichts, was zur Uebertragung einer im vorbereitenden Wege gegebenen Aufklärung in das zur Hauptentscheidung führende Hauptverfahren als förmliche Rechtsvertheidigung berechtigte. VII. Ordinationen können auf Bericht und Gegenbericht desto zweckmäßiger erkannt werden, weil der Richter durch diese

Aüs-

Aufklärungen einen näheren Aufschluß über die Verhältnisse der Sache erhalten hat (a).

- a) Neben Ordinationen sehe man Claren de eo,
quod justum est circa rescripta de emendando
ieu Ordinationes, Goett. 1798. Gönner Hdb.
B. III, Abb. 69.
-

Viertes Hauptstück.

Von dem Provokationsprozeß.

§. 18.

Provokationsprozeß.

Wennemand von einer Seite her Ansprüche besorgt, ohne daß er durch Anstellung einer eigenen auf seine Nichtverbindlichkeit zielenden Klage die Nachtheile eines besorgten Anspruches und seiner verzögerten Entscheidung vor Gericht beseitigen kann, so gebietet die Vernunft, ihm den sorgenfreien Genuss seines Eigentums oder die Erhaltung seiner durch Verzögerung der Klage gefährdeten Rechte durch ein Rechtsmittel möglich zu machen, womit der Andere in die Nothwendigkeit versetzt wird, die Klage zeitig anzustellen, oder sein Recht gegen den andern aufzugeben. Hieraus entstehen Aufforderungen zur Klage (Provocationes ad agendum) (a). Die Regel, daß niemand wider seinen Willen zur Anstellung einer Klage gezwungen werden könne (b), ist nicht nur überhaupt

so

so zu verstehen, daß ein absoluter Zwang hiezu nicht statt finde, sondern sie hat noch verschiedene Ausnahmen, insbesondere 1) wenn jemand sich zur Anstellung einer Klage ausdrücklich oder stillschweigend verbindlich gemacht hat (c): 2) wenn jemand durch Gesetze (d) oder 3) durch Amtspflicht, z. B. als Fiscal oder Wormund dazu verbunden ist (e). Insbesondere leisten die Praktiker 4) den Fall einer nachtheiligen Rühmung eines Anspruchs (ex Lege diffamari) und 5) des bevorstehenden Verlustes einer Einrede (ex Lege si contendat) als besondere Provokationsfälle aus dem römischen Rechte (f) ab; und wenn gleich nicht geläugnet werden kann, daß nur eine irrite Erklärung jener Gesetzstellen diese Darstellung erzeugte (g), so ist doch dieser Irrthum sogar in die Reichsgesetze (h) eingedrungen, wodurch jedoch der Provokation im Ganzen das Siegel der Rechtmäßigkeit aufgedrückt wurde (i). Da indessen beide Gesetze gar nicht als spezielle betrachtet werden können, vielmehr ihr Grund nur in dem Bestreben liegt, Feden gegen Schaden zu sichern, der aus Verzögerung eines gerichtlichen Anspruchs entstehen kann, so muß auch die Provokation in allen Fällen erlaubt seyn, auf welche dieser Grund paßt, um da mehr, als kein Gesetz ihren Gebrauch auf die zwey Fälle der mißverstandenen Gesetze beschränkt (k). Die Provokationen müssen demnach auch nach dieser allgemeinen Ansicht zuerst behandelt werden, ehe man das Verfahren in den angeführten zwey Provokationsfällen darstellt.

a) Man sehe hie von Meister de falsa probatione processus provocatori ex jure romano. Goett. 1742. in dessen Opusc. T. I. N. 2. Hofmann de genuino remediorum provocatoriorum eorum-

rumque actionum annexarum usu práctico. Jenae 1753. Berger Electa processus provocatori. Reuter de foro compet. provocatum. Halæ 1751. Koch de foro competente provocationis ex legę diffamari. Gissl. 1777. Gönner Hdb. V. IV, Abh. 73.

- b) L. un. C. ut nemo invitus. L. 20. C. de pignor. et hypothec. L. 5. §. 6 D. de doli mali exceptione. L. 42. D. de regul. jur.
- c) Meister cit. Diff. Cap. III. Jo. Henr. Berger Electa processus provocatori. §. 1. 2. 3. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 267. Meine Grundsäze ic. §. 41.
- d) So versteht Berger a. a. D. §. 2. u. 3. die Fälle in L. 2. D. de L. Rhodia L. 13. §. 30. D. act. emt. vend. L. 60. §. 5. D. locati L. 75. §. ult. D. de Legatis I. L. 26. C. de adm. tut. vel. curator.
- e) Claproth a. a. D. §. 267.
- f) Jene aus dem L. 5. C. de ingenuis manumissis, diese aus L. 28. de fidejussi. die Benennungen sind aus den Anfangsworten dieser Gesetze entstanden.
- g) im L. 5. C. de ingen. manum. hatte ein freyer Mensch gegen die Anfechtungen seiner Freyheit vom Praeses Provinciae wegen der Contumaz seines Gegners einen günstigen Anspruch erhalten, und nun befiehlt das Gesetz, daß er gegen alle weitere Unbild seiner Gegner in Schutz genommen werden müsse — im L. 28. D. de. fidejussi. ist entschieden. daß die Except. divisionis bei Mithürgen ihre Kraft behalte, wenn die Mithürgen zur Zeit der Einrede zahlbar waren, aber erst nachher insolvent wurden. Meister l. c. Cap. IV. §. 8. u. ff. und diese Gesetze sollen die Quelle, diese Fälle ausschließend zur Provokation geeigenschaftet seyn!
- h) R. A. von 1530. §. 93. R. A. von 1531. §. 32. sonst 35. R. A. von 1532. Art. 3. §. 2. Landfriede von 1548. Art. 14. §. 8. R. G. D. Thl. II. Tit. 25. R. K. G. D. Thl. II. Tit. 27. §. R. A. §. 83. Püt-

Pütter Nova epitome processus imperii. §. 127. seq. Severin Theodor Neurodes Pragmatische Erläuterung des jüngern Reichsabschiedes. S. 339. folg. Benjamin Ferdinand Nohl Versuch eines Systems der Gerichtsbarkeit des kaiserl. Reichskammergerichts. Thl. I. Tübingen 1791. §. 89. folg. Tafinger Institutiones jurisprudentiae camerale. §. 597. seq. Gail Lib. I. Obs. 9. 10. Vinc. Hanzenly Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 691. ff. Jo. Christ. Koch Diss. de foro competente provocationis ex lege diffamari tam secundum jus commune quam ordinationem cameralem. Giss. 1777. Cap. II. Vergl. Meine Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses. §. 260. folg.

I) Meister Diss. citat. Cap. IV. Berger l. c. §. 4 - 7. Vergl. Pufendorf Tom. III. Obs. 193.

k) Gönner a. a. D. §. 1 - 7.

§. 19.

Erfordernisse und Wirkungen der Provokation im Allgemeinen.

Provokation im Allgemeinen und ohne Beschränkung auf die bekannten zwei aus den Gesetzen abgeleiteten Fälle fordert I. von Seite des Provokanten ein Interesse, daß ein Gegenstand seiner Rechtsverhältnisse nicht länger ohne gerichtliche Entscheidung bleibe; hierüber aber ist eine Bescheinigung destoweniger notwendig, je inniger auf der einen Seite das Interesse mit dem Zwecke einer Aufforderung verbunden ist, und je weniger auf der andern Seite der Provokat bey früherer Aufstellung der Klage verliehren kann. II. Den Provokaten zwingt sie, früher, als er sonst gethan hätte, sein Recht bey Gericht geltend zu

zu machen, aber sie erzeugt weder eine Prävention des Gerichtsstands, noch hindert sie den Provokaten, in jeder auch privilegierten Prozeßart seine Ansprüche zu verfolgen. III. Nur bey Verhältnissen, wo eine Klage des Provokaten gedacht werden kann, ist eine Provokation möglich, Rühmung eines Anspruchs darf mit üblen Nachreden nicht verwechselt werden. IV. Als außerordentliche Rechtshülfe ist sie unstatthaft, wenn der Provokant selbst seine Freiheit von fremden Ansprüchen als Kläger verfechten kann (a). V. Niemals ist die Provokation eine Anerkennung, daß dem Provokaten ein Klagerrecht zustehe. VI. Der Provokationsprozeß ist ein präparatorischer, soferne er entweder zur Verhandlung der Hauptsache den Weg bahnen, oder diese auf immer abwenden soll (b); hiernach ist auch der Gerichtsstand zu beurtheilen (§. 23.)

a) z. B. *actio negatoria*, die Condictio eines Schuldbriefes wegen Nichtauszahlung des Anlehens. L. 7. C. de n. n. p. *Hülow* und *Hagemann* praktischer Erörter. B. IV. S. 33.

b) Berger l. c. §. 8. Claproth a. a. D. §. 269.

§. 20.

A) Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung.

Die Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung (*provocatio ex L. dissamari*) ist dasjenige Rechtsmittel, wo derjenige, welcher sich gerühmt hat, es stehe ihm gegen uns, oder auf unsere Sachen eine Klage zu, aufgesondert wird, entweder diese Klage behörig anzustellen, und auszuführen, oder aber sich zu gewärtigen, daß ein ewiges

ewiges Stilleschweigen ihm werde aufgeleget werden — Das Wort diffamare bedeutet zwar im allgemeinen so viel als — bekannt machen — vulgare — und also nicht immer etwas böses, oder nachtheiliges (a); allein nach dem juristischen Sprachgebrauch bezeichnet es allzeit so viel — als eine Behauptung ausspreuen, die, wenn sie wahr wäre, zum Nachtheil eines andern gereichen würde (b). Das übrigens ist gleichgültig, ob die Aussprengung öffentlich, oder im stillen (c), ob sie absichtlich, oder aus Irrthum geschiehet (d), und daß in derselben eine Beschimpfung liege ist gar nicht nothwendig (e). — Derjenige, welcher gegen den andern etwas nachtheiliges aussprenget, und nunmehr zu Anstellung der Klage aufgefordert wird, heißt Diffamat und Provokat; derjenige aber, gegen den etwas nachtheiliges ausgesprengt worden ist, und der den andern nunmehr zu Anstellung der Klage auffordert, wird Diffamat und Provokant genannt.

a) Jo. Matth. Gessner In novo linguæ et eruditio[n]is romanæ thesauro Tom. II. p. 159. Car. du Fresne In glossario ad scriptores mediæ et infimæ latinitatis. P. II. p. 108.

b) de Cramer System, process. imper. Sect. II. Tit. 9. §. 954. Koch Diss. citat. §. 1. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 4. (Der Ausdruck Diffamation, übersetzt durch nachtheilige Ausspreuungen als übler Nachreden, hat wesentliche Irrthümer veranlaßt, man kann darunter nichts als die Rühmung eines Klagerechts verstehen.)

c) Leyser Spec. 81. M. 2. Koch l. c. Siche jedoch: Guil. Roding Pandectæ juris cameralis, Lib. I, Tit. 14, §. 8. Fratr. Beemannorum

rum Consil. et Decis. P. I. Argum. 38, n. 6.
7. 8.

d) L. 5. C. de ingen. manumiss. Berger Electa
processus provocatorii. §. 9. Schaumburg
l. c.

e) Leyser l. c. M. I. Koch l. c. Schaumburg
l. c. Mevius P. VII. Decis. 360.

§. 21.

Erfordernisse zu dieser Aufforderung.

Aus dem von der Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung gegebenen Begriff (§. 20.) ergiebt sich, daß dieselbe nur dann statt findet, wenn 1) der Diffamant sich eines gegen uns, oder auf unsere Sachen zustehenden Rechtes und Klage gerühmet hat. Enthält mithin die Aussprengung eine bloße Injurie; so tritt jene Aufforderung nicht ein, sondern das den Verhältnissen angemessene, ordentliche Rechtsmittel muß ergriffen werden (a). Außerdem kann 2), wenn dem Diffamaten eine Klage zusteht, die derjenigen, welcher der Diffamant sich gerühmet hat, gerade entgegen gesetzt ist, und welche zu dem nämlichen Zwecke führet, den die Provokation beabsichtigt, von dieser, als einem außerordentlichen Rechtsmittel die Rede nicht seyn (b). 3) So bald die in Frage stehende Rechtsache einmal vor Gericht angebracht ist, lässt sich eine Aufforderung als statthaft nicht mehr gedenken (c). 4) Betrifft endlich die Diffamation das Recht eines Dritten; so ist die Aufforderung für zulässig nicht zu achten (d). Bei einer bedingten Aussprengung hingen findet die Provokation sogleich statt, ohne daß es nothig wäre, die Erfüllung der Bedingung abzuwarten (e).

a) Koch

- a) Koch Diff. cit. §. 3. Berger Eleccta processus provocatorii. §. 12. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 4. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 270. Das Gegentheil behaupten: Richter P. II. Decis. 100. n. 108. Mevius P. I. Dec. 144. Carpzov Prax. crim. P. II. qu. 97. n. 68. Adolph Dietrich Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin und Wismar 1789. Abhandl. IV. S. 45. — Einige glauben, diese Provokation sey alsdann von Nutzen, wenn der Diffamat, durch die Verjährung ausgeschlossen, die Injurienklage nicht mehr anstellen könne, oder gegen die Erben des Injurianten klagen wolle. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. V. §. 25. — Häufen kann man diese Aufforderung mit der Injurienklage nicht. Berger l. c. §. 13. 14. Carpzow Lib. II. Responsi. 57. n. 4. Jo. Andr. Hofmann Diff. de genuino remediorum provocatoriorum eorumque actionum annexarum usu practico. Jenæ. 1753. §. 39. seq.
- b) Koch l. c. Berger l. c. §. 15. Leyser Spec. 81. M. 7. et Cor. 2. Das Gegentheil behauptet: Ludovici a. a. D. §. 18.
- c) Koch l. c. Berger l. c. §. 18. Werner P. X. Obs. 344. Richter P. II. Decis. 100. n. 24. Lynker P. III. Decis. 1448. Schaumburg l. c.
- d) Berger l. c. §. 17. Koch l. c. Jac. Blum Proceß. cameral. Tit. 36. n. 24.
- e) Gmelin und Elsäßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band IV. No. XVII. §. 164. S. 242. Berger l. c. §. 15. 16. Das Gegentheil behauptet: Ludovici a. a. D. §. 6.

§. 22.

Streitende Partien.

Der Provokationsprozeß ist ein blos vorbereitender, der der Verhandlung der Hauptsache den Weg bahnet, bei ihm ist der Provokant und Diffamat Kläger, der Provokat und Diffamat aber Beklagter. Bei der Verhandlung der Hauptsache hingegen kommt alles in den gewöhnlichen Gang zurück, der Provokat und Diffamat nämlich tritt in die Stelle des Klägers, der Provokant und Diffamat aber in diejenige des Beklagten (a). Die Erben des Diffamaten sind in alle Wege berechtigt, diese Provokation anzustellen, die Erben des Diffamanten hingegen können nur dann belanget werden, wenn sie die nachtheilige Aussprzung auch ihrer Seits fortgesetzt haben, oder der Verstorbene sich bereits auf die Provokation eingelassen hat (b).

a) Berger Electa processus provocatorii. §. 19.
Koch Diss. cit. Cap. I. §. 4. 5. Schamburg
Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI.
§. 3.

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 272. Adolph Dietrich Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin und Wismar 1789. Abhandl. IV. §. 43. — Andere wenden hier die Grundsätze, welche in dieser Hinsicht von der Injurienklage gelten, an, und behaupten demnach, daß diese Provokation weder den Erben zuständig sei, noch wider die Erben statt finde, wosfern nicht mit dem Verstorbenen die Einlaßung bereits geschehen ist. Textor ad Rec. Imper. nov. Disp. V. th. XI. Martini Commentat. for. Tit. I. §. 5. n. 85. Andere unterscheiden, ob die Nachrede eine eigentliche Injurie ausmache, oder nicht. In dem ersten Fall geben sie der Anwendung der Grundsätze

sähe von der Injurienklage statt, in dem zweiten Falle hingegen, lassen sie den Übergang der Klage auf die Erben, und wider dieselben zu. Johann Ludwig Schmidt Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Jena 1786. §. 273. 274. Noch andere endlich halten dafür, diese Provokation habe eigentlich einen sogenannten Quasikontrakt zum Grunde, und gehe folglich ohne Unterschied active und passive auf die Erben über. Berger l. c. §. 44. (Diese Meinung ist auch die richtigste; sobald man von dem richtigen Standpunkte ausgehet, daß eine Diffamation hier nur Rühmung eines Klagerechts, nicht aber eine üble Nachrede als Beleidigung bedeutet, und man durch Provokation weder Nach noch Genugthuung fordert, sondern nur Schaden abwenden will.)

§. 23.

Welcher Richter ist als der zuständige anzusehen?

Der Zweck des Provokantens bei unserem Rechtsmittel geht blos dahin, von den Ansprüchen des Diffamanten sich zu befreien, und auf immer dagegen sich sicher zu stellen; außerdem aber ist der Provokationsprozeß ein blos vorbereitender der also von der Hauptsache abhängt. Nach der Natur der Sache mithin sowohl, als auch nach den in der Mitte liegenden Reichsgesetzen (a) ist der gehörige Richter des Provokantens und Diffamatens als der zuständige in dem Provokationsprozeß anzusehen (b), so jedoch, daß die Aufforderung in Ansehung der Hauptsache keine Prävention wirkt, der Provokat und Diffamat folglich unter mehreren zuständigen Richtern des Provokantens und Diffamatens ganzfreie Wahl behält (c).

a) R. R. G. D. Thl. II. Tit. 27. Koch Diff. citat. Cap. II. §. 15. Tafinger Institutiones jurisprudentiae cameralis. §. 603. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 129.

- b) Koch l. c. Cap. I. §. 10. Joach. My n s i n g e r Cent. 6. Obs. 90. n. 3. Gail Lib. I. Obs. 9. n. 3 Leyser Spec. 81. M. 3. 4. Sch a u m b u r g Principia praxeos juridicæ judiciariæ. Lib. II. Cap. 6. §. 3. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 271. Andere halten einen jeden Richter, der nur den Zweig der Gerichtsbarkeit, zu welchem die Hauptsache gehöret hat, wenn er gleich sonst weder in Anschung des Diffamaten, noch auch des Diffamanten der gehörige ist, für zuständig. Berger Electa processus provocatorii. §. 20. 21. Mevius P. III. Dec. 212. 313. Carp z o v Lib. III. Decis. 213. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. §. 3. Wernher P. I. Obs. 314. P. V. Obs. 109. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 5. §. 2. Andere endlich schen den gehörigen Richter des Diffamanten und Provokaten als den einzigen zuständigen an. Jo. Hartwich. Reuter Diff. de foro competenti provocationum ex practica L. diffamari u. C. de ingen. manumiss. et L. si contendat. 28. D. de fidejussoribus. Hal. 1751. (Richtiger ist wohl die Meinung, daß weil eine Provokation nicht nothwendig ein Hauptverfahren herbeiführt, die Provokation sowohl bei dem Richter des Provokanten als des Provokaten angebracht werden könne.)
- c) Mevius P. VI. Dec. 9. n. 6. Wernher P. I. Obs. 211. Berger l. c. §. 22. Sch a u m b u r g l. c. §. 8. Meine Grundsäze ic. §. 39. No. 4. S. 103.

§. 24.

Provokationschrift.

In der dem Richter einzureichenden Provokationschrift macht 1.) die Erzählung der geschehenen nachtheiligen Aussprengung den Anfang; 2.) eine gleichbalige Bescheinigung der wirklich geschehenen Diffamation ist unumgänglich nothwendig (a); 3.) bei eintretendem

tendem Zweifel steht die Ausführung, daß die Aussprengung so geartet sey, daß sie die Aufforderung zur Klage begründet hier an ihrem rechten Orte (b); 4.) nach Befinden der Umstände kann die Bemerkung, daß der Provokat derjenige sey, gegen den die Aufforderung statt findet, mit Stillschweigen nicht übergangen werden; eben so ist 5.) allenfalls wegen der Zusständigkeit des angegangenen Richters das ndthige zu bemerken 6.) das Gesuch endlich geht dahin: dem Diffamanten aufzugeben, das angemahnte Recht binnen einer gewissen Frist vor dem gehörigen Richter lagend gebührend anzubringen, oder aber sich zu gewärtigen, daß ein ewiges Stilleschweigen ihm werde aufgelegt werden.

a) K. R. G. O. Thl. II. Tit. 27. pr. §. R. A. §. 83. Berger Electa processus provocatoriū. §. 26. 27. 28. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 273. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 5. §. 4. Sudorvici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. V. §. 12. Wernher P. I. Obs. 228. Mevius P. III. Decis. 393. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 5.

b) Claproth a. a. O. §. 274.

* Die Rubrik der Provokationsschrift ist also einzurichten!

Gemüßigte Aufforderung zur Klage
von Seiten
NN. Provokantens und Diffamantens an einem
wider

NN. Provokaten und Diffamanten an anderen
Eine ungegründete Aussprengung
betreffend.

§. 25.

Verfügung des Richters auf die eingereichte Provokationschrift.

Der Richter muß die ihm übergebene Provokationschrift von allen Seiten sorgfältig prüfen, wenn die bisher angegebenen Erfordernisse nicht vorhanden sind, die Aufforderung als unstatthaft verwiesen, oder die Wegräumung der allensfalls eintretenden Zweifel, besonders in Ansehung der Bescheinigung der angeblichen Aussprengung wie auch der Begründung der Gerichtsbarkeit mittelst passender Vorbescheide aufzulegen. Stehet hingegen der Zulässigkeit der Provokation nichts im Wege; so ist die eingereichte Aufforderung dem Provokaten mitzutheilen, und demselben zugleich zu befehlen, die angesprochene Klage binnen der gegebenen Frist hörig anzustellen; oder aber sich zu gewärtigen, daß ihm ein ewiges Stilleschweigen werde aufgelegt werden.

§. 26.

Der Provokant erscheint in dem von dem Richter anberaumten Termine nicht.

Hat der Richter etwa zu der mündlichen Vernehmlassung der Partien einen Termin anberaumet und der Provokant läßt denselben ungehorsam verstreichen; so dringet der Provokat mit Recht auf Entbindung von der Instanz, und den Ersatz der Kosten (a). Eben dieses tritt dann auch in dem Fall ein, wenn der Provokant nach der von dem Provokaten eingereichten Vernehmlassung (b) mit seiner weiteren Handlung ungehorsam zurückbleibt (c).

a) Meine Grundsätze re. §. 119. 457.

b) Siehe unten §. 30.

c) Meine

c) Meine Grundsätze ic. §. 459. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 280. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 5. §. 5. Berger Electa processus provocatorii. §. 29.

§. 27.

Der Provokat läßt die von dem Richter anberaumte Frist ungehorsam verstreichen.

War die von dem Richter dem Provokaten zu Einreichung seiner Vernehmlassung anberaumte Frist gleich Anfangs eine peremtorische (a), und jener läßt solche, ohne daß er eine Erstreckung erhalten hat, ungehorsam verstreichen; so bleibt dem Richter nichts mehr übrig, als, auf die von dem Provokanten ausgebrachte Ungehorsams Beschuldigung, die angedrohte Strafe des ewigen Stilleschweigens nun wirklich zu erkennen. In dem entgegen gesetzten Falle aber müssen die gewöhnlichen weiteren Frist Ertheilungen jenem endlichen Erkenntnisse freilich vorangehen (b).

a) (Da Auflegung eines ewigen Stilleschweigens ein Verlust des Klagerechts ist, so kann hiezu so wenig als zur Verurtheilung des Beflagten wegen seinem Ungehorsam der erste Termin als peremtorisch angesehen werden, denn es steht wohl nicht in des Richters Gewalt, nach Willkür peremtorische Termine anzusezen.)

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 281. Berger Electa processus provocatorii. §. 30-35. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 5. §. 6. Vergl. noch Leyser Spec. 81. M. 8. et Cor. 3. — Die Formel eines solchen endlichen Erkenntnisses kann diese seyn: Daß Provokat an Anstellung seiner Klage, wenn er gleich deren eine wider Provokanten haben möchte, sich versäumet, derowegen damit ferner nicht zu hören, sondern es wird ihm nunmehr ein ewiges Stilleschweigen vertheilt.

eschweigen billig auferlegt, er ist auch die auf diesen Prozeß verwandte Kosten, nach vorgehenden deren Ansatz und richterlichen Ermäßigung, Provokanten zu erstatten schuldig.

§. 28.

Der Provokat erscheint, und erklärt sich zu Anbringung der angesprochenen Klage bereit.

Mit dem Augenblick, wo der Provokat die in Frage stehende Klage behändig anbringt, hat auch der Provokationsproß, als ein blos präparatorischer sein Ende. Erkennet der Provokant mehrere gleich befugte Richter über sich; so kann der Provokat unter diesen wählen und er erfüllt die ihm obliegende Verbindlichkeit, wenn er dem von dem Provokanten angegangenen Richter, im Fall dieser nicht selbst gewählt worden, die getroffene Wahl behändig bekannt macht. Ist hingegen derjenige Richter, bei dem die Aufforderung angebracht worden ist, auch in Ansehung der Hauptsache der einzige zuständige; so hat der Provokat keinen andern Ausweg, als vor diesem die angesprochene Klage sogleich anzustellen, oder zu Anbringung derselben eine Frist sich zu erbitten (a).

- a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, §. 277. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 3. §. 8. Berger Electa processus provocatorii. §. 45. 46.

§. 29.

Der Provokat erscheint, und läugnet die vorgebliche nachtheilige Aussprbung.

Nicht selten läugnet der Provokat die von dem Provokanten angegebene nachtheilige Aussprbung ganz und

und setzt diesen dadurch in die Nothwendigkeit, die bei der Einreichung der Provokationsschrift noch nicht befriedigend geführte Bescheinigung nun noch zu ergänzen (a), und jenes allenfallsige Gegenbescheinigung zu gewärtigen.

a) R. R. G. O. Thl. II. Tit. 27. §. 1. I. R. A. §. 83.
Claproth Einleitung in sämtliche summarische Pro-
zeße. S. 278.

§. 30.

Der Provokat erscheint und schützt Einreden gegen die Auflorderung vor.

Bei der Vernehmlassung des Provokaten ist vorzüglich darauf Rücksicht zu nehmen, daß derselbe keine Gründe einmische, die nur die Hauptsache, nicht aber die Statthäufigkeit der Auflorderung betreffen. Von verjährlichen Einreden können blos solche zugelassen werden, die das Wesen des Provokationsprozesses angehen, und weil der Provokant Beklagter in der Hauptsache ist, so kann der Provokat Sicherheit wegen der Wiederklage und Kosten von ihm nicht fordern (a), überhaupt aber ist bei Vorschützung der verjährlichen Schutzreden in diesem Falle alle Vorsicht um so mehr nothig, da der Provokat, wann der Richter dieselben offenbar unstatthaft findet, der Strafe des Ungehorsams sich aussetzt (b). Die zerstörlichen Ausflüchte, die die Verwerfung der Auflorderung als unstatthaft beweisen, können nur aus den im vorhergehenden angegebenen Erfordernissen dieses Rechtsmittels abgeleitet werden (c).

a) Berger Electa processus provocatorii. §. 25.

b)

b) Leyser Spec. 81. M. 5.

c) Berger l. c. §. 38. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 279. Mevius P. VII. Decis. 53.

§. 31.

Endliche richterliche Entscheidung.

Die Partien brauchen nach der von dem Provokaten eingereichten Vernehmlassung nur dann noch weiter gehört zu werden, wenn durch diese die Sache noch nicht hinreichend aufgekläret ist. Findet nun der Richter entweder gleich jetzt, oder nach den vorgängigen weitern Handlungen der streitenden Theile die angebrachte Aufforderung offenbar unstatthaft; so verwirft er sie. Hat hingegen der Provokant seine Provokation gegen alle Einwendungen des Provokaten nothdürftig vertheidigt; so erfolget ein dem Gesuche jenes entsprechendes Erkenntniß (a).

a) Die Formel kann z. B. diese seyn: dieweil Provokat auf die erhobene Provokation sich eingelassen, und der selben nothdürftig überführt worden; so ist er seine Hauptklage binnen — anzustellen verbunden, in Verbleibung dessen wird er mit den Ansprüchen, so er wider Provokanten zu haben vermeinet, ferner nicht gehörert, sondern ihm ein ewiges Stilleschweigen billig auferlegt.

* Lässt der Provokat die in dem Endurtheil anberaumte Frist ungehorsam verstreichen; so treten die oben vorgetragenen Grundsätze ein. Mevius P. III. Decis. 55.

** In Ansehung der Rechtsmittel gegen die richterlichen Verfügungen ist hier nichts besonderes anzumerken. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1416.

§. 32.

§. 32

Wirkung des dem Provokaten von dem Richter aufgelegten Stilleschweigens.

Sezet der Provokat, des ihm aufgelegten Stilleschweigens ohngeachtet, die nachtheilige Aussprengung und Verühmung fort; so ist es die Pflicht des Richters, durch nachdrückliche Befehle, und unter Androhung angemessener Geld- oder Gefängnissstrafen solches zu verbieten, auch bei fortbauerndem Ungehorsam die angedrohten Strafen zu vollziehen, und in der Folge verhältnismäßig zu erhöhen (a) Klagen kann der Provokat nun nicht mehr, noch auch das ehemals angesprochene Recht, wenn er von dem Provokanten beläget wird, mittelst Vorschüzung einer Einrede gerichtlich verfolgen (b) Das alles jedoch trifft blos die streitende Partien, und kann den Rechten eines Dritten nicht nachtheilig werden (c).

- a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, §. 281.
- b) Textor ad Rec. imper. nov. Disp. V. th. 45.
Berlich P. II. Decis. 271. n. 16. 17.
- c) Lynker P. II. Decis. 695. Berger Electa proceßus provocatorii, §. 42.

§. 33.

B.) Aufforderung wegen einer dem künftigen Beklagten zum Nachtheile gereichenden Verzögerung der Klage.

Die Aufforderung wegen einer dem künftigen Beklagten zum Nachtheile gereichenden Verzögerung der Klage (provocatio ex L. si contendat) ist dasjenige Rechtsmittel,

mittel, wo derjenige, gegen welchen einem Dritten ein Klagerecht zusteht, diesen auffordert, seine Klage gleich jezo gebührend anzubringen, weil bei längerer Verzögerung ihm, dem künftigen Beklagten, irgend ein Nachtheil zuwachsen würde, den er auf keine andere Art, als durch diese Aufforderung abwenden kann. Die streitenden Theile führen die Namen Provokant und Provokat.

§. 34.

Erfordernisse zu dieser Aufforderung.

Die Aufforderung wegen einer dem künftigen Beklagten nachtheiligen Verzögerung der Klage leistet zwar 1.) hauptsächlich dann Nutzen, wenn dem Beklagten eine, oder mehrere, auf die Entscheidung der Hauptsache Einfluß habende Einreden zustehen, von welchen er fürchten muß, er werde sie nach einiger Zeit ganz verliehren, oder sie werden doch für ihn unbrauchbar und wirkungslos werden; allein 2.) es lassen sich doch noch mehrere Fälle denken, wo dem Provokanten, als künftigem Beklagten aus guten Gründen sehr viel daran gelegen ist, eine Streitigkeit gleich jezo beigelegt zu sehen, und in allen solchen Fällen gestattet der Gerichtsbrauch die Provokation (a) Außerdem ist aber 3.) nothwendig vorauszusezen, daß dem Provokanten solche Einreden zustehen, die gültig hätten vorgeschützt werden können, wenn der Provokat freiwillig seine Klage erhoben hätte (b). Nicht weniger muß 4.) der Provokat schon jezo ein Klagerecht haben, wenn nicht etwa, in so ferne blos von den Befugnissen des Provokanten die Rede ist, dieser durch das Anbringen der Provokation seinen Rechten selbst entzogen (c). Endlich 5.) tritt diese Aufforderung, als ein-

aus

ausserordentliches Rechtsmittel nur dann ein, wenn der Provokant den ihm bevorstehenden Nachtheil auf keine andere Art von sich abwenden kann. (d)

- a) Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1407. Schamburg Principia prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 9. Wernher P. V. Obt. 72. Berger Electa processus provocatorii. §. 50. 51. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 285. 286. Brunnemann ad L. 28. D. de fidejussor. No. 1. 2.
- b) Hofmann a. a. D. §. 1420. Stryk Introductio ad praxin forensem. Cap. V. §. 7. Brunnemann l. c. No. 4. Gribner Principia processus judicarii. Lib. II Cap. VIII. §. 3. Berger l. c. §. 52. Schilter Exercitat. 13. Th. 19. Schamburg l. c. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VI. §. 6. Gottl. Wernsdorf Diss. de remedio provocatorio ex L. si contendat., in processu executivo. Vitemb. 1773. Bernh. Fried. Lauhns Nutzbarer Gebrauch des wider klare Brief und Siegel anzustellenden remedii provocatorii, welches ex L. si contendat 28. D. de fidejussoribus ohne allen Grund hergescit worden. Leipzig 1746.
- c) Hofmann a. a. D. §. 1420. Stryk l. c. §. 9. Schamburg l. c. Berger l. c. §. 51. Brunnemann l. c. No. 10. 11.
- d) Claproth a. a. D. §. 285. 286.

§. 35.

Streitende Partien, und Richter.

Der rechtmäßig Beklagte in Ansehung der Haupt-
sache ist der Provokant, und derjenige, dem ein Klä-
gerrecht wirklich zusteht, der Provokat. Gleich nach
angebrachter Hauptklage und also geendigtem Provo-
kationsprozeß aber tritt ein jeder in seine eigentliche
Stelle

Stelle zurück. Bei Beurtheilung der Zuständigkeit des Richters sind die Grundsätze, die bei der Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung statt finden durchaus anwendbar (a).

a) Brunnemann ad L. 28. D. de fidejussor. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. S. 283.

§. 36.

Provokationschrift.

In der von dem Provokanten einzureichenden Provokationschrift wird 1.) des dem Provokaten zustehenden Klagerechts Erwähnung gethan; sodann 2.) der Grund umständlich angegeben, aus welchem die Befugniß des Provokanten, auf die gleichbaldige Anstellung der Klage zu dringen, fliesset; hierauf 3.) die Statthaftigkeit der Provokation selbst außer Zweifel gestellt auch 4.) das nöthige wegen der streitenden Theile sowohl, als auch wegen der Zuständigkeit des Richters bemerkt; und endlich 5.) das der Lage der Sache, und den Absichten des Provokanten angemessene Gesuch beigefüget. In allen Fällen geht zwar dieses dahin, daß dem Provokaten befohlen werde, binnen einer gewissen Frist seine Klage anzubringen; allein auf den Fall der Nichtbefolgung hat nicht einerlei Witte statt. So kann z. B. gebeten werden, daß die angegebenen Schutzreden gegen die Ansprüche des Provokaten auf immer für kräftig und wirksam mögen erklärt werden; daß der Provokant zum Beweise seiner Einreden möge zugelassen werden, daß der in Frage stehende Umstand für eingestanden, oder die beigebrachten Urkunden für anerkannt mögen erklärt werden; daß der Provokat mit

mit seinen Ansprüchen ab, und zur Ruhe möge verwiesen werden u. s. w (a).

a) Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1418.
Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 287. Berger Electa processus provocatorii. §. 48. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VI. §. 12. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 11. Wernher P. VII. Obs. 287. Sieber Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. 366. 367.

* Die Rubrik der Provokationschrift kann diese seyn:
Gemüthigte Aufforderung zur Klage
von Seiten
NN. Provokantens an einem
wider
NN. Provokaten am andern Theil.
Wegen verzögter Klage.

** Es ist eine ganz irrite Vorstellung, wenn einige glauben, diese Provokation sey eigentlich eine Aufforderung zu Beibringung der Replik, nicht aber der Klage, und das Anbringen einer Klage sey daher überflüssig. Auf diese Weise wird eines Theils der Begriff unseres Rechtsmittels zu sehr verengt, §. 85. No. 1. 2.), andern Theils aber müßte nothwendig die größte Unordnung entstehen, wenn die Verhandlung der Hauptsache mit der Replik ihren Anfang nähme. Claproth a. a. D. §. 286.

§. 37.

Verfügung des Richters auf die eingereichte Provokationschrift.

Neben dem, daß in Ansehung der streitenden Theile und der Begründung der Gerichtsbarkeit alle Zweifel beseitigt seyn müssen hat der Richter vorzüglich darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Provokant eine gegründete Ursach zur Aufforderung habe, und der Provokat zu gleich halbjähriger Anbringung seiner Klage rechtlich

rechtlich gehalten sey. Fehlt es an einem, oder dem andern dieser Erfordernisse offenbar; so ist die angebrachte Provokation sogleich abzuschlagen. Bleibet hingegen die Sache, so wie sie vorlieget noch zweifelhaft; so kann durch Erlassung zweckmäßiger Vorbescheide ein Versuch, die Bedenklichkeiten zu heben gemacht werden. Stehet aber endlich dem Gesuche des Provokanten nichts im Wege; so muß der Richter demselben entsprechen, und cas den Umständen beurtheilen, ob auf den Fall der Nichtbefolgung des richterlichen Bes�hls gleich jezo eine Strafe anzudrohen sey, oder nicht (a).

a) Claprotth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 288. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1421.

§. 38.

Der Provokat erscheinet auf den an ihn erlassenen richterlichen Befehl.

So bald der Provokat auf den an ihn erlassenen richterlichen Befehl die Hauptklage entweder wirklich anstelle, oder doch zu Anstellung derselben sich bereit erklärt, hat auch der Provocationsprozeß ein Ende. Bestreitet hingegen derselbe die Zulässigkeit der Aufforderung; so muß der Richter durch seine Entscheidung dem Zwist ein Ende machen (a).

a) Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1423. 1424. Claprotth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 289. 290. 291.

§. 39.

§. 39.

Der Provokant, oder der Provokat sind gegen die richterliche Verfügung ungehorsam.

Der Ungehorsam des Provokanten gegen die eingegangene richterliche Verordnung ziehet auch hier die Folge nach sich, daß der Provokat auf sein Anhalten von der Instanz entbunden wird. Läßt hingegen der Provokat die anberaumte Frist fruchtlos verstreichen, so wird entweder sogleich oder nach weiter gegebenen Terminen auf die im Fall der Nichtbefolgung angedrohte Strafe erkannt (a).

a) Hofmann Deutsche Reichspraxis. Th. II. §. 1422.
 Claproth summar. Prozeß. §. 292. Hommel
 Deutscher Flavius. S. 570. Siehe noch Lauter-
 bach de remedio L. si contendat de fidejuss.
 Tübing. 1668, in Vol. III, Dissertat.

Fünftes Hauptstück.

Von dem Rechnungsprozeß.

§. 40.

Begriff des Rechnungsprozesses.

Nicht nur im administrativen Theile des Staatsdienstes, sondern auch im bürgerlichen Leben unter Privat-ten kommen Verrechnungen sehr häufig vor, und die eigenthümliche Rechnungsform, der Geist des Rech-nungswesens bringen in einem darüber entstehenden gerichtlichen Verfahren soviele Eigenthümlichkeiten her-vor, daß es nothwendig ist, das Verfahren in Rechnungssachen (a) als eine besonders modifi-cirte Art des summarischen Prozesses besonders abzu-handeln. Wenn man dasjenige abrechnet, was zur Theorie des Privatrechts (Pflichten der Administrato-ren) oder zur Praxis (Rechnungsform) oder zur Staatsaufsicht gehört, so muß das gerichtliche Ver-fahren unter zwey Gesichtspunkte gestellt werden, wie nämlich A) vom Verfahren über Stellung der Rechnung, oder B) nach der Rechnungsablege über die gestellte Rechnung die Rede ist,

a) Lange vom Rechnungswesen. Bayreuth 1776.
Elaprot's Grundsäze von Verfertigung und Abnah-me der Rechnungen. Göttingen. 1783. Neumann von dem gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Rechnungsangelegenheiten. Erlang. 1789. Gönnex Hafdb. B, IV^s Abh. 75.

§. 41.

A) Verfahren über die Stellung der Rechnung.

Das Verfahren über die Rechnungsablage ist I. ein präparatorisches, folglich an sich schon summarisch, und man kann II. auf Rechnungsablage nicht nur 1) in einem abgesonderten Verfahren dringen, sondern 2) sogar eine Cumulation der Klage auf Leistung der hieraus resultierenden Verbindlichkeiten bringt als eine blos successive Klagenhäufung am schleunigen Verfahren rücksichtlich des ersten Punktes keine Aenderung hervor. III. Das Verfahren beginnt mit dem Antrage auf Ablage der Rechnung, womit nach dem Grade der etwa vorhandenen Gefahr Nebengesuche um eine Provisionalverfügung verbunden werden können IV. In der Regel setzt der Richter, wenn die Verbindlichkeit zur Rechnungsablage bescheinigt ist, durch ein unbedingtes Mandat einen Termin zur Rechnungsablage an, seine Provisionalverfügungen richten sich nach den unten anzugebenden allgemeinen Regeln. V. Besteitet der Gegentheil seine Verbindlichkeit, Rechnung abzulegen, so bildet dieses eine Präjudicialsache, welche in einem der Hauptsache angemessenen Verfahren erledigt werden muß. VI. Mit der Rechnungsablage hat das präparatorische Verfahren ein Ende. VII. Läßt der Rechnungssteller zwey Termine fruchtlos verstreichen, so wird ihm der letzte Termin unter dem Präjudiz angesetzt, daß zur Herstellung der Rechnung auf des säumigen Theiles Kosten jemand von Umts wegen aufgestellt werden solle. VIII. Das Subjekt benennt der Richter aus den Rechnungsverständigen, doch kann sich der Administrator das ernannte Subjekt verbitten. IX.

Seiner Widersprüchlichkeit in Herausgabe der Materialien zur Rechnungsstellung an das ernannte Subjekt kann nur durch gerichtlichen Zwang mit wirklicher Abnahme der einschlagenden Aktion und Rechnungsbelegen begegnet werden. X. Wenn durch Entweichung oder Bosheit der Verwalter keine Materialien vorhanden sind, so legt man die letzte Rechnung oder das Inventarium zum Grund, und sucht die wirkliche Einnahme und Ausgabe im Untersuchungswege durch öffentliche Vorladungen aller, welche zu einer Verwaltung etwas bezahlt, oder daraus erhalten haben, zu erforschen. XI. Wirkt endlich der Administrator zur Rechnung, welche der von Amtswegen ernannte Sachverständige ablegte, nicht bey, so wird sie ihm in Duplicat zu etwanigen Nachträgen und Verbesserungen unter der Verwarnung mitgetheilt, daß bey Verstreitung des Termins die Rechnung als von ihm genehmigt angesehen werden solle.

§. 42.

B) Verfahren über eine abgelegte Rechnung, 1) ob die Rechnung als Klage oder als Einrede zu betrachten sey?

Die Rechnung erscheint im Rechnungsprozesse als die erste Schrift, weshalb auch viele Rechtslehrer (a) sie als den ersten Satz ansehen. Allein da der Rechnungssteller das Subjekt ist, von welchem die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gefordert wird, so muß derselbe als Beklagter, und die Rechnung als Exceptionssatz angesehen werden. Bey dem klaren Rechte des Eigenthümers, die Berechnung über die Einnahme zu fordern, wird sehr oft eine besondere Klage auf Stellung der Rechnung und Leistung des Rezesses für überflüssig angesehen. Was daher der Rech-

Rechnungssteller als wirkliche Einnahme aufstellt, ist Bekenntniß seiner Verbindlichkeit, folglich *Litis contestation*, und zwar für dasjenige, was er nicht vereinnahmt, eine negative, die hier weder specificisch noch ausdrücklich seyn muß; soferne der Rechnungssteller Aufrechnungen vorträgt, welche die reine Einnahme mindern, enthält die Rechnung *zur stöhrlichen Vorbringen* (b).

- a) Claproth a. a. D. S. 60.
- b) Gönnner a. a. D. §. 9.

§. 43.

2) Weiteres Verfahren nach mitgetheilter Rechnung.

Die Rechnung wird I. dem Eigenthümer zur Einreichung seiner Erinnerungen (Monita, Defectatorium, Bedenken) innerhalb eines angemessenen Termins mitgetheilt. II. Ist die Rechnung so verworren, daß man sich aus derselben nicht finden kann, so wird auf Zurückgabe derselben angetragen, man kann auch aus den angesetzten Posten eine bessere Rechnung aufstellen. III. Nach Ordnung der Rechnungsrubriken (Titel der Einnahme und Ausgabe) werden theils allgemeine, theils besondere Erinnerungen gemacht, die entweder den Calcul oder einzelne Rechnungsposten angehen; allemal muß der Grund jeder Erinnerung bestimmt angegeben werden. IV. In Besprechung einzelner Rechnungsposten bestehen die Erinnerungen rücksichtlich 1) der Einnahme in der Behauptung des Klägers, daß mehr eingenommen wurde oder wenigstens eingenommen werden sollte, als vereinnahmt ist: 2) in Rücksicht der Ausgabe bestreitet

män entweder das Faktum der Zahlung oder die Aufrechnungsbefugniß, das letzte entweder durch Ableugnung dessen, was der Rechnungssteller vorbrachte, oder durch Aufstellung neuer Behauptungen. V. Die Bedenken werden dem Rechnungssteller zur Beantwortung mitgetheilt, womit sich, als mit der Duplik, das erste Verfahren endigt. VI. Die Beweislast wird im Rechnungsverfahren sehr oft dadurch auf den Rechnungssteller gewälzt, daß er durch besondere Instructionen an besondere Formen der Beweismittel und selbst zum Beweise, daß gerade soviel, als er angiebt, eingeschlossen wurde, verbunden werden kann; doch bleibt im Mangel solcher speciellen Bestimmungen die Regel von der Beweislast auch im Rechnungsprozeß aufrecht. VII. In dem Urtheil wird 1) alles Nichtmögliche als unstreitig und richtig angesehen; 2) eben dieses geschiehet in Unsehung der vom Rechnungssteller zugestandenen Bedenken. 3) Beruhet die Entscheidung des Streitigen auf Regeln des Rechnungswesens, so wird die Benutzung von Rechnungsverständigen nothwendig. VIII. Rücksichtlich der Appellationsbefugniß ist nichts besonderes zu bemerken. IX. Nach rechtskräftigem Urtheil wird ein Termin zur Finalberechnung angesetzt, von welcher die Basis in der Rechnungsbilanz bestehet, zu welcher beygesetzt wird, was dem Rechnungsleister vermöge der gegründeten Erinnerungen zur Last fällt, und wovon man abziehet, was ihm etwa aus Rechnungsverstößen oder Nachträgen von Ausgaben zu gut geht,

§. 44.

3) Herstellung eines respectiven Liquidums.

Im Rechnungsprozeß liegt I. kein Grund, denselben als ein *Ezekutivverfahren* anzusehen und den Satz: *liquidi cum illiquidu nulla est compensatio* zu dem Ende in Anwendung zu bringen, daß die in Einnahme gestellte Posten als liquide Schuld betrachtet und der Rechnungssteller zu ihrer Zahlung an gehalten werden müsse, wenn nicht seine Aufrechnungen eben so liquid sind. II. Von dieser Regel ist ausgenommen 1) das *respective Liquidum*, wenn nämlich nach der Rechnung, während man streitet, ob der Rechnungssteller nicht mehr schulde, ausgesmittelt werden kann, wieviel er nach seinen eigenen Ansätzen gewiß schulde; dieses kann als unbestritten sogleich exequirt werden; es ist jedoch wohl zu merken, daß alle illiquide Aufrechnungen des Rechnungstellers demselben hier zu gutem gerechnet werden müssen, und nicht der Rechnungssteller mit seinen Abrechnungen, sondern der Eigenthümer mit seinen Forderungen zur weiteren Verhandlung hingewiesen werden müsse. 2) Wenn nach besonderen Rechnungsinstruktionen zum Rechtsbestand einer Aufrechnung besondere Bedingungen vorgeschrieben sind, und ohne deren Erfüllung Aufrechnungen vorkommen, so werden diese nicht als zweifelhaft (*illiquid*), sondern als offenbar unzulässig gestrichen. 3) Eben dieses geschiehet, wenn ganz wider den Geist des Rechnungswesens der Rechnungssteller Posten in Aufrechnung bringen will, welche außer der geführten Verwaltung liegen, denn hier kann er seine liquide Rechnungsschuld mit einer Gegenforderung aus einem fremdartigen Geschäfte nur

nur dann compensiren, wenn diese sogleich liquid gemacht werden kann (a).

a) Man siehe hierüber Gönnner Handb. B. IV. Abb. 75. §. 14.

§. 45.

4) Anfechtung justificirter Rechnungen.

Sehr bestritten ist die Frage, ob gegen eine geprüfte und justificirte Rechnung eine neue Anfechtung statt finde (a). I. Ist die Rechnung außergerichtlich geprüft und anerkannt worden, so kann diese Handlung als Privatquittung sowohl wegen Betrug als wegen Irrthum angeschlagen werden, wenn nicht entweder ein Transact unterlief, oder die Absicht eines Nachlasses zum Grunde lag (b). II. Ist aber im Rechnungsprozesse über die Rechnung erkannt worden, so kann 1) wegen einem streitigen Aufrechnungsgrunde oder wegen Mangel an Beweisen das ergangene Eikenntniß rechtskräftig werden, und hier ist eine weitere Anfechtung nur durch außerordentliche Rechtsmittel, Nullitätsklage oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, erlaubt (c); 2) kommt es auf einen bloßen Fehler in der Zusammenrechnung (error calculi, computationis) an, so kann dessen Verbesserung noch in dreißig Jahren gefordert werden (d); 3) der Fiscus kann gegen justificirte Rechnungen solange klagen, bis die vierzigjährige Verjährungszeit erloschen ist (e). 4) Minderjährige und Kirchen müssen nach den besondern ihnen zustehenden Rechtswohlthaten beurtheilt werden (f).

a) Die verschiedenen Meynungen der Gelehrten s. bei Rebmann a. a. D. S. 172 — 187.

b)

- b) L. un, C. de errore calculi. L. 8. D. de administr. rerum ad civit. pertinent.
- c) L. 1. §. 1. D. quæ sentent. fine appell. rescind.
 „— quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur — si vero ideo, quoniam et alios species viginti quinque fuisse dixerit, appellationi locus est,, eine sehr merkwürdige Stelle.,
- d) Die angeführten Gesetze; doch macht Claproth a. a. D. §. 12. und 25. die richtige Beschränkung, wenn nicht über den Rechnungsverschluß gestritten und rechtskräftig erkannt wurde.
- e) L. 13. pr. et §. 1. de divers. tempor. praescr. Die hier angesetzte Verjährungszeit von 10. und 20. Jahren ist durch die später erweiterte Verjährungszeit gegen den Fiscus aufgehoben. Lange u. Rebmann a. a. D.
- f) L. 2. C. si tutor vel curator intervenerit, überh. s. Gönner a. a. D. §. 17.

Sechstes Hauptstück.

Von dem Theilungs- und Absonderungsprozeß.

§. 46.

Gegenstände desselben.

Bey den verschiedenen Theilungen und Auseinandersetzungen mehrerer an einer Sache berechtigten Individuen, welche durch den Richter geleitet werden, durchkreuzen sich die Geschäfte und gerichtliche Handlungen auf eine so mannichfaltige Weise, daß diese Theilungen, ob ihnen gleich der ordentliche oder unbestimmte summarische Prozeß zum Vorbilde dienen muß, als eine eigenthümliche Verfahrungsart erscheinen (a). Hierher gehören A) Erbschafts-Theilungen, B) Sonderung des Lehens oder Stammguts vom Allodium, C) Separationen bey Kaufmännischen Societäten, D) Abtheilung der Gemeindegüter.

a) Man sehe hievon überhaupt Gönner Handb. B. IV. Abb. 76.

§. 47.

A) Erbschaftstheilungen i) wenn das Miterbrecht streitig ist.

Ist bey Erbschaftstheilungen das Erbrecht selbst entweder überhaupt oder wegen der Größe des Anteils streitig,

streitig, so werden 1) hierüber im gewöhnlichen Laufe Verhandlungen gepflogen, wobei jedoch auch possessio-
rische Rechtsmittel (z. B. quorum bonorum, remed.
ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo) statt
finden können. 2) Die zur Erhaltung der Erbschafts-
stücke oder sonst nötige provisorische Verfügungen
richten sich nach den hierüber unten vorzutragenden all-
gemeinen Regeln; auch kann 3) da, wo bey einem
an sich unbestrittenen Miterbrecht nur der Anspruch
auf einen grösseren Anteil den Streitgegenstand aus-
macht, wegen den wechselweis als unstreitig zugestan-
denen Anteilen, als einem respectiven Liquidum (§.
44.), während des Streits über den höheren Anteil
zur Execution geschritten werden.

§. 48.

2) Wenn das Miterbrecht unbestritten ist.

Ist das Miterbrecht ganz unbestritten, und zu-
gleich 1. unter den Interessenten weder über das Ver-
theilungsobjekt noch über die Theilungsprincipien ein
Streit, so müssen über die Vertheilung der nach Ab-
zug aller Schulden, Legate und Prällegate übrigen
Masse Theilungslöse vom Richter gefertigt
werden, worin jedem Miterben die Stücke, welche
seinen Anteil ausmachen, mit einer bestimmten Be-
rechnung angewiesen sind. II. Gewöhnlicher ist aber
der Fall, daß bey einer gerichtlichen Theilung auch
Streitigkeiten vorkommen, welche eine Verhandlung
und Entscheidung fordern. Sie betreffen entweder 1)
die Richtigstellung der Masse durch Streitigkeiten über
Conserenden, Edition des Inventars, Manifestations-
eid, Administrationsrechnungen, oder 2) die Art der
Theis-

Theilung, Vorwahlrecht, tarmäßigen Zuschlag eines Erbschaftsstückes oder 3) die Berechnung und Auszeichnung der Anteile selbst. III. Allemal gilt bey solchen Streitigkeiten 1) als Grundsatz, daß sie ein Judicium duplex seyen, wobei jeder Interessent nach Verschiedenheit einzelner Ansprüche bald des Klägers, bald des Beklagten Rolle vertritt. 2) Bey jedem entweder der Zahl oder der Sache nach weitschichtigen Erbschaftsstreit muß bey den Verhandlungen über einzelne Streitpunkte eine genaue Sonderung beobachtet werden. 3) Jeder streitige Punkt wird als Klage betrachtet, und je nachdem er verwickelt ist oder nicht, im ordentlichen oder unbestimmten summarischen Prozesse verhandelt; 4) ebenso erfolgt über jeden Punkt ein besonderes Erkenntniß, und werden auch mehrere Punkte in einem Urtheil zugleich entschieden, so müssen sie dennoch rücksichtlich der Rechtsmittel als besondere Urtheile angesehen werden. 5) Rechtsmittel haben dagegen sowohl als gegen das ganze Theilungsgeschäft allerdings Platz (a). Ist alles berichtiget, so wird über das ganze Theilungsgeschäft ein Theilungsprozeß gefertigt, und jedem Theilhaber sein besonderes Loos zugesellt (b).

a) Gebauer de hereto cito ob inæqualitatem in melius reformando. Götting. 1738. in dessen Exercit. Vol. I. N. 14.

b) Ebenso wird bey Abtheilung der Familienfideikommissione verfahren, nur magt der Gemeinwille der berechtigten Familienglieder, die Ergänzung der Einwilligung berechtigter Minorennen, öfters auch der landesherrliche Consens mehrere Vorarbeiten nothwendig. Die Grundsätze hierüber samt vollständigen Vorträgen über die wirkliche Auflösung eines solchen Fideikommisses s. in Gönnner auserles. Rechtsfällen B. I. S. 359 — 442.

§. 49.

B) Sonderung des Lehens oder Stammguts vom Allodium.

Wenn bey Streitigkeiten über Sonderung des Lehens oder Stammguts vom Allodium I. die Lehens- oder Stammgutseigenschaft am Objekte im Ganzen oder in seinen Pertinenzstücken angefochten wird, so muß über diese wichtige Präjudicialfrage im ordentlichen Prozesse verhandelt werden. II. Eben dieses gilt, wenn dem Prätendenten die Legitimation bestritten wird. III. In Ansehung der Meliorationen und des hiemit verbundenen Retentionsrechtes muß jener, der Meliorationen behauptet, als Kläger angesehen werden, dem der Beweis über die Wahrheit einer solchen Melioration, deren Ersatz der Gegner leisten muß, obliegt (a).

a) über die Frage, wem während des Streits der Besitz gehörte, s. Gnner Hdb. B. IV. Abh. 76. §. 8 — 10.

§. 50.

C) Separation bey kaufmännischen Societäten.

Bey kaufmännischen Societäten muß I. über die Vorfrage, ob ein Socius nicht zur Unzeit auf Theilung dringe, wenn darüber gesritten wird, im ordentlichen Prozesse verhandelt werden. II. Einzelne Ansprüche aus einer Societät bedürfen über ihre Verhandlung keiner besondern Regeln. III. Ist aber die Handelsocietät im Ganzen unberichtigt und zweifelhaft, so kommt alles zunächst 1) auf Ausmittlung des Societätsvermögens mit Rücksicht auf dasjenige, was der Socius bereits erhoben oder aus Verschulden in

in die Masse zu conferiren hat, und 2) auf die Vertheilung des Societätsvermögens an. Die Leitung dieser Abtheilung ist nach der Analogie des Rechnungsprozesses und der Erbschaftstheilungen, woraus es zusammengesetzt ist, in der Verhandlung und Beendigung zu beurtheilen.

§. 51.

D) Abtheilung der Gemeindegüter.

Wenn Gemeindegüter und Huthypläze vertheilt werden sollen (a), so ist entweder I. unter den theilenden Subjekten ein eigentliches Miteigenthum (Condominium) vorhanden, wo denn die Condomini die gemeinschaftliche Sache nach ihren Eigenthumsraten abtheilen. Streitigkeiten über das Miteigenthum oder die Größe des Anteils werden im ordentlichen Prozesse verhandelt. Oder II. der Eigenthümer will sich von dem Servitutsberechtigten abtheilen, hier muß dem letzten ein seiner Servitut nach ihren rechtmäßigen Gränzen gleicher Anteil zugewiesen werden. Oder III. die Gemeindemitglieder wollen ein Gemeindegut (bonum universitatis) unter sich vertheilen. Hier muß 1) über die Frage, welche Subjekte berechtigt seyen, ob sie wenigstens der Mehrzahl nach die Abtheilung wollen, und nach welchem Maasstab die Abtheilung geschehen soll, als über Präjudicialfragen verhandelt werden. 2) Ist dieses berichtigt; so wird unter Zusichtung von Sachverständigen und nach einer Vermessung des Distrikts der Ausschlag der Theile gemacht, wobei nicht blos auf die Quantität, sondern auch auf die Qualität des Platzes, um wirkliche Gleichheit der Anteile zu erreichen, Rücksicht genommen werden muß.

Von dem Theilungs- u. Absonderungsprozeß. 61

muß. 3) Die abgesteckten Theile werden im Mangel gütlicher Übereinkunft am besten durch das Loos ihren Eigenthümern angewiesen. 4) Am zweckmäßigsten ist es, über das ganze Abtheilungsgeschäft einen Separationsrezeß zu fertigen.

- a) Neben diesen Gegenstand sind in neueren Zeiten viele Schriften erschienen, Nun d e Beiträge B. I. Abh. 1. Krüll Prüfungen 1. u. 4. Bd. G ö n n e r über Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden in rechtlicher und staatswirthschaftlicher Rücksicht. Landsh. 1803. 8. Grundsätze der Gemeintheilungs- Ordnung für das Fürstenthum Lüneburg mit einer Vorr. vom Hofr. Jacobi in Celle. Hannover 1803. F. v. Ende vermischt jurist. Abh. Thl. I. No. 10. Jacobi Beschäftigungen mit Gemeintheilungs-Materien, Hannover 1803. 8. M a y e r über die Gemeintheilung. Thl. I - III. Celle. 1801-1805. 4. G a u d l i z de finibus inter jus singulorum & universitatis regundis, Lips. 1804.
-

Siebentes Hauptstück.

Von dem possessorischen Prozeß.

§. 52.

I. Theorie von Danz.

Verschiedene Arten des possessorischen Prozesses. Natur derselben im Allgemeinen.

Der possessorische Prozeß (a), je nachdem er entweder die Erlangung oder die Wiedererhaltung des verlohrnen, oder die Beibehaltung des Besitzes (nach den Interdictis adipiscendae, recuperandae vel retinendae possessionis) betrifft, ist dreifach, hat aber in allen Fällen das eigene, daß er 1) ein summarischer ist, in welchem die bey dem ordentlichen petitorischen Prozeß üblichen Formalitäten nicht durchaus beobachtet werden (b); 2) daß bey demselben immer nur von dem Besitze, niemals von dem Rechte selbst die Frage ist (c); und daß er eben deswegen dem Kläger manche Vortheile gewährt, die der ordentliche petitorische Prozeß nicht mit sich führt (d).

- a) Die Lehre vvm Besitz besonders in Ansehung der possessorischen Rechtsmittel und Streitigkeiten liegt für das in Deutschland geltende Recht, wenn seine verschiedenen Quellen in ein Ganzes zusammengefaßt werden, noch sehr im Dunkeln; nach römischem Rechte haben wir sehr wichtige Rückschlüsse durch die gelehrte neuere Arbeiten erhalten, insbesondere verdienen eine Aus-

Auszeichnung Cuperus de natura possessionis, Leid. 1789. 4. und nach der neueren Ausgabe von Thibaut 1804. 8. Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. 8. F. E. v. Savigny das Recht des Besitzes. Gießen. 1803. 8.

- b) Jo. Henr. Berger Elect. process. possess. §. 1. Just. Henn. Boehmer D. de vero usu remedii possess. ordinarii et summ. Cap. I. §. 7. in Exercit. ad Pand. Tom. V. p. 633. Schilter Exerc. ad Pand. Exerc. 13. Th. 10. Schaumburg Princ. prax. jud. Lib. II. Cap. 4. §. 2. Leyser spec. 409. m. I. Hofmann teutsche Reichspraxis. Th. II. §. 1444. In Ansehung des ordentlichen possessorischen Prozesses behaupten das Gegenthil Carpzov P. I. Resp. 9. n. 10. Wernher P. VII. Obs. 44. vergl. jedoch dessen vorhergehende Obs. 43.
- c) L. I. §. 3. D. uti possidet. §. 4. J. de interdict. Boehmer I. c. Cap. II. §. 8. Schilter I. c. Exerc. 47. Th. 6t. Leyser Spec. 499. M. 4. 5. Ueber die Häufung des Rechts- und Besitzstandes, und des ordentlichen und jüngsten Besitzes siehe Meine Grundsätze ic. §. 80. 85. Boehmer I. c. Cap. I. §. 10. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 34. Berger I. c. §. 40. seq. Schaumburg I. c. §. 1. Schilter I. c. Exercitat. 13. Th. 14.
- d) L. 16. C. de probat. L. 24. D. de rei vindicat. L. 28. C. de rei vindicat. L. 11. C. de petit. hered. §. 4. J. de interdict. L. 11. D. de adquir. vel amitt. possess. §. 35. J. de rer. divis. L. 18. pr. D. de probat. Boehmer I. c. Cap. I. §. 6. Berger I. c. §. 39.

§. 53.

A) Possessorischer Prozeß zur Erlangung des Besitzes.

Betrifft der Gegenstand des Streites die Frage, ob der Implorant in einen Besitz, den er nie gehabt, und in dem ein anderer gegenwärtig sich befindet, zu setzen sey; so ist dieses ein possessorischer Prozeß zu Erlangung des Besitzes (*processus adipiscendæ possessionis*). Die Natur der einzelnen hierher gehörigen Rechtsmittel wird in der Theorie entwickelt a), darinn jedoch kommen alle überein, daß sie auf Einräumung des Besitzes gehen, und darauf sich gründen, daß der Implorant ein vermutlich besseres Recht zu dem Besitz (*jus possidendi*) habe, als derjenige, der gegenwärtig in demselben sich befindet (b). Der Lauf des possessorischen Prozesses zu Erlangung des Besitzes kommt mit demjenigen des unbestimmten summarischen Prozesses fast ganz überein. Nur folgende nähere Bestimmungen verdienen hier angemerkt zu werden: 1.) auf Einreden, die das Recht betreffen, und einer weiteren Ausführung bedürfen, wird keine Rücksicht genommen (c) 2.) Alle an sich zulässige Rechtsmittel gegen richterliche Erkenntnisse finden statt, und haben, wenn sonst nichts im Wege steht, sowohl devolutive, als suspensive Wirkung (d) 3.) Die Sachen dieser Art sind häufig zu bedingten, oder unbedingten Strafbefehlen geeigenthet (e).

a) Claprot h Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 174: 233. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summar. Prozesse. § 119 - 179. Joh. Ludw. Schmidt Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 161 - 168. Boehmer Doctr. de actionibus, S. II, Cap. III.

b)

- b) Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechts-gelahrtheit. §. 840.
- c) L. 2. 3. C. quor. bonor. L. un. C. uti possidet. L. 3. §. 5. D. de adquir. vel amitt. possess. Boehmer Diff. cit. de vero usu remedii possessorii ordinarii et summarii. Cap. II. §. 8. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 146. Schilter Exercitat. ad Pand. Exerc. 47. Th. 61. Leyser Spec. 499. M. 4. 5.
- d) c. 10. 15. x. de rest. spoliator. c. 11. x. de appellation. Clem. un. de causs. propr. et possess. Boehmer Diff. citat. Cap. I. §. 8. 9. Clapz roth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 199. Schmidt Theorie der summar. Prozesse. §. 127.
- e) Boehmer Doctr. de action. Sect. II. Cap. IV. §. 6. seq. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechts-gelahrtheit. §. 841.

§. 54.

B.) Possessorischer Prozeß zu Wiedererhaltung des verlohrnen Besitzes.

Streiten die Partien darüber, ob derjenige, der in dem Besitz gewesen, aus demselben aber verdrungen worden, in denselben wieder zu setzen sey; so ist dies ein possessorischer Prozeß zu Wiedererhaltung des verlohrnen Besitzes, oder der Spoliens-prozeß (processus recuperandæ possessionis). Von den einzelnen hierher gehörigen Rechtsmitteln (a), und den verschiedenen Grundsätzen des römischen und kanonischen Rechts in Ansehung der Besitzentsetzung (b) wird in der Theorie gehandelt. Auf eine zweifache Weise indessen kann der Entsetzte sein Recht verfolgen. Er kann

entweder die Spolienklage anstellen, oder die Ausflucht der Entsezung vorschützen (c).

- a) Boehmer Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. IV. §. 32. seq. Joh. Ludw. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 201 - 218. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 211 - 219.
- b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 90. Just. Hen. Boehmer Diss. de depravato exceptionis spolii. statu. §. 1 - 9. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. pag. 662. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1849. seq. Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. §. 686.
- c) c. 2. x. de ordine cognition.

§. 55.

Spolienprozeß veranlaßt durch Vorschützung der Ausflucht der Entsezung.

Die Einrehe der Entsezung, wenn nur der Beweis derselben binnen 15. Tagen, von der Zeit an, da das den Beweis auflegende Urtheil in die Rechtskraft übergegangen ist, angetreten wird, ist in jedem Theile des Prozesses zulässig, und hemmt in allen Fällen den Lauf der Hauptsache (a). Sie kann einer jeden Klage, wenn diese gleich mit ihr in ganz keiner Verbindung steht, entgegen gesetzt werden (b), findet jedoch gegen einen dritten Besitzer in gutem Glauben nicht statt (c), und wird in der Absicht vorgeschützt, daß der Kläger nicht gehöret werde, bis der Beklagte völlig in den vorigen Stand hergestellt ist (d). Darthun muß der Beklagte die geschehene Entsezung (e), wozu er aller, an sich zulässiger Beweismittel, auch der Eideszuschreibung sich bedienen kann, so jedoch, daß nach der Art aller

Von dem possessorischen Prozeß. 67

aller summarischen Sachen kein förmlicher Beweis erfordert wird, sondern Bescheinigung schon hinreichend ist (f).

- a) Meine Grundsäße ic. §. 166.
- b) Ebenda selbst §. 154. Not. i. Das Gegentheil behauptet Mevius P. IV. Decis. 70.
- c) c. i. de restitut. spoliator. in 6. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 13. §. 16. 17. Das Gegentheil behauptet Mevius P. IV. Decis. 69.
- d) c. 2. x. de ordine cognit. Boehmer l. c. §. 19. Meine Grundsäße ic. §. 154. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Th. II. §. 1516. folg. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 92. Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. X. §. 224. folg.
- e) Siehe den folgenden §.
- f) Estor a. a. D. §. 306-333. Wernher P. I. Obs. 350. Schamburg Princip. prax. jur. judiciar. Lib. I. Sect. I. Mem. I. Cap. IV. §. 7. Rettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelehrtheit. §. 845. Siehe noch Boehmer Diss. cit. de depravato exceptionis spolii statu. §. 9. seq.

§. 56.

Spolienprozeß veranlaßt durch das Anbringen der Spolienklage.

Die Spolienklage kann nicht nur gegen den Entseizer, sondern auch gegen einen jeden dritten Besitzer, der von der Entsezung Wissenshaft hat (a), nicht aber gegen denjenigen, der in gutem Glauben besitzt, anzustellen werden (b), und dauert dreißig Jahre (c). Der Implorant muß darthun, daß er in dem Besitz sich befunden

funden habe (d), und aus demselben durch irgend eine widerrechtliche Handlung verdrungen worden sey (e). Nicht nur auf die Wiedererstattung der Hauptsache, sondern auch auf den Ersatz aller erhobenen und, im Fall vorhandener Arglist, oder Gewalt, zu erheben geswesener Nutzungen, und aller bei Gelegenheit der Entsezung zugesfügter Schäden und Kosten ist das Gesuch zu richten (f). Von der Rechtmäßigkeit des Besitzes ist hier die Frage nicht, und der Entsezte ist nur dann, wenn eine aus dem gemeinen Rechte entspringende Vermuthung gegen ihn streitet, den gesetzlichen Grund seines Besitzes anzugeben verbunden (g). Alle Einreden daher, die die Beschaffenheit des Besitzes, oder das Recht selbst betreffen, werden hier, in der Regel, nicht zugelassen, und der Implorant muß sorgfältig sich hüten, daß er auf Einreden der Art sich nicht einläßt indem er sonst dem Spoliensprozeß stillschweigend entsteigt (h). Die Verfahrungsart übrigens kommt mit derjenigen bei dem unbestimmten summarischen Prozeß vollkommen überein (i); beide Partien können der art sich zulässigen Rechtsmittel gegen die richterlichen Verfügunghen sich bedienen (k), und nicht selten qualifizieren sich diese Sachen zu bedingten, oder unbedingten Strafbefehlen (l).

a) c. 18. x. de restitut. spoliator. can. redintegranda 3. C. 3. qu. 1. Leyser Spec. 504. M. 6. 7. 8. 9. 12. 13.

b) Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 13. §. 7. seq. Ge. Lud. Boehmer Princ. jur. canon. §. 691. Das Gegentheil behauptet Mevius P. VIII. Decis. 383.

c) Just. Hen. Boehmer l. c. §. 13. Hoffmann Deutsche Reichspraxis, Thl. II. §. 1505. Wern-

Von dem possessorischen Prozeß. 69

Wernher P. VII. Obs. 54. Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. X. §. 256.

- d) L. 1. §. 24 26. 34. D. de vi et vi armata. Eine Spoliensklage, in welcher des Besitzes nicht Erwähnung geschiehet, ist als unschicklich zu verwerfen. Wernher P. VI. Obs. 379. Hofmann a. a. D. §. 1500.
- e) c. 17. x. de restitut. spoliator. c. 10. x. de officio et potest. judic. deleg. Estor a. a. D. §. 233.
- f) L. 6. D. de vi et vi armata. L. 9. C. unde vi. c. 7. II. 16. x. de restitut. spoliator. c. 7. x. de his quæ vi metusque causia fiunt. Ge. Lud. Boehmer I. c. §. 692. Claprotth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 96. Mevius P. VIII. Decis. 387. Die Rubrik eines solchen Klageschreibens kann füglich diese seyn: — Spoliensklage (von Seiten) u. s. w.
- g) c. 2. de restitut. spoliator. in 6.
- h) c. 2. x. de ordine cognit. c. 1. 2. 5. 6. x. de restitut. spoliator. c. 22. x. de officio jud. deleg. Clem. un. de causs. poss. et proprietat. c. 6. x. de causs. poss. et propriet. Ge. Lud. Boehmer I. c. §. 4. 5. Wernher P. X. Obs. 357. Leyser Spec. 504. M. 10. II. Mevius P. VIII. Decis. 388. Estor a. a. D. §. 262. Hauptst. XI. §. 299. Hofmann a. a. D. §. 1509. Claprotth a. a. D. §. 103.
- i) Estor a. a. D. Hauptst. X. §. 264. folg. Hofmann a. a. D. §. 1510. folg. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelehrtheit. §. 844.
- k) Estor a. a. D. §. 271. 272. Hofmann a. a. D. §. 1513. Mevius P. I. Decis. 25. von Erasm er Wezlarische Nebensünden. Thl. 27. Abhandl. I. Derselbe Beiträge Thl. III. S. 14. folg. Andere gestatten dem Impleraten keine Rechtsmittel mit der suspensiven Wirkung. Claprotth a. a. D. §. 106. Ernst

Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 113. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. I. §. 7. 13.

D) Siehe das folgende Hauptstück.

§. 57.

C.) Possessorischer Prozeß zu Weibehaltung des Besitzes.

Macht endlich der unter den Partien streitige Punkt die Frage aus, ob ein jetziger Besitzer, der von einem andern gesildret wird, ein besseres Recht zu dem Besitz habe, als der Stöhrer; so ist dieses ein possessorischer Prozeß zu Weibehaltung des Besitzes (processus retinendæ possessionis). Von den einzelnen hierher gehörigen Rechtsmitteln zu handeln, ist hier der Ort nicht (a). Aber das verdient angemerkt zu werden, daß je nachdem die streitenden Theile entweder über den älteren und rechtmäßigen Besitz, oder blos über den jüngsten und gegenwärtigen Besitz rechten, diese Prozeßart wieder in den ordentlichen (possessorium ordinarium, plenarium, summarium) und summarischen possessorischen Prozeß (possessorium summarissimum, momentaneum, summarium, provisionale) zerfällt (b).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 233 - 267. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 179 - 211. Johann Ludwig Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 168 - 201. Boehmer Doctr. de actionibus. Sect. II, Cap. IV. §. 13 - 32. §. 42 - 62.

b) Meine Grundsäze u. §. 57. Berger Electa processus possessor. §. 4. Boehmer Diff. de vero usu remedii possessor. ordinari. et summar. Cap. II, §. 2. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. p. 639. Schilter Exercitat. XII. Th. 12.

§. 58.

Ordentlicher possessorischer Prozeß.

In dem ordentlichen possessorischen Prozeß wird über das Alter, die Beschaffenheit und Rechtmäßigkeit des Besitzes gestritten. Nur derjenige kann daher als Implorant hier auftreten, der das Recht, oder die Sache, von welcher die Rede ist, als die seinige entweder wirklich körperlich inne hat, oder doch körperlich zu besitzen die Gewalt hat, und zugleich in Anschung seines Gegners rechtmäßig, das heißt, nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise, nicht in bösem Glauben besitzet (a). Nicht allein aber den älteren, rechtmäßigen Besitz, sondern auch die unerlaubte Stöhrung von Seiten des Imploranten muß der Implorant behörig darthun. Eine jede Thathandlung, durch welche der freie Gebrauch des Rechts, oder der Sache gehindert wird, ist als eine Stöhrung anzusehen, und der Implorant kann sowohl durch Zeugen, als Urkunden, als Eideszuschreibung den ihm obliegenden Beweis führen (b). Der Erbe des Gestöhrten kann hier nicht klagen, und gegen den Erben des Stöhrers kann nicht geklaget werden (c). Das Gesuch geht dahin: dem Imploranten alle Beeinträchtigungen in dem Besize zu untersagen, und obrigkeitlichen Schutz dagegen zu ertheilen (d); dann ihn zu Leistung hinreichender Sicherheit für die Zukunft (e), und den Ersatz alles durch die Stöhrung zugefügten erweislichen Schadens (f) anzuhalten. Eins reden, die das Recht selbst betreffen, finden hier nicht statt, und das weitere Verfahren kommt mit demjenigen in dem unbestimmten summarischen Prozeß vollkommen überein (g). Weil indessen die Partien fast gewöhnlich in den Rechtsstand sich einlassen, und diesen so sehr erschöpfen,

schöpfen, daß das Recht selbst eines weiteren Beweises nicht mehr bedarf; so wird dieser ordentliche possessorische Prozeß sehr häufig ganz nach den Regeln des ordentlichen petitorischen Prozesses verhandelt (h).

a) L. 3. §. 6. 7. 8. 12. 13. L. 6. §. 1. L. 9. L. 21.
 §. 1. L. 23. §. 2. L. 30. §. 6. D. de adquir.
 vel amitt. possess. L. 1. §. 5. L. 3. §. 8. L. 4. D.
 uti possidet. L. 6. §. 2. D. de precar. L. un. C.
 uti possidet. L. 1. §. 2. D. de superfic. Boeh-
 mer Diss. citat. de vero usu remedii possessorio
 ordinarii et summarii. Cap. II. §. 4. 5. in Exer-
 citat. ad Pand. Tom. V. p. 640. Diese Mängel
 schaden nicht, wenn der Implorant nicht in Ansehung
 seines Gegners, sondern eines Dritten auf diese feh-
 lerhafte Weise besitzet. L. 17. D. de precar. L. 1.
 §. 9. L. 2. L. 3. pr. et §. 10. D. uti possidet.
 Claproth Einleitung in sämtliche summarische Pro-
 zesse. §. 234.

— b) Boehmer l. c. §. 6.

c) L. 23. pr. D. de adquir. vel amitt. possess. Boehmer l. c. §. 7. Schilter Exerc. XV.
 Th. 17. Exerc. XLVII. Th. 57. Berger
 Electa processus possessor. §. 34. 35. Franc.
 Car. Conradi Pr. An. possessio apud Germanos
 sine corporali apprehensione transeat ad
 heredes? Helmstad. 1737. Fr. Christ. Jo-
 nath. Fischer Das erbschaftliche Versendungerecht
 ohne Besitzergreifung aus dem Kameralechte des Mit-
 telalters beleuchtet und aus dem Europäischen, Deut-
 schen und Preußischen Privatrechte erwiesen. Negens-
 burg 1786. Sichtbar hat das kanonische Recht, da
 es die Spolienklage zu einer bloßen sachverfolgenden
 (rei persecutoria) umschuf, dieser römischen Spiz-
 ifindigkeit derogirt. Leyser Spec. 508. med. 12.
 Pfotenbauer über das gerichtliche Verfahren in
 Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 13.

d) L. un. C. uti possidet.

e) L.

- e) L. 7. D. de aqua cottidiana. L. 7. 12. D. si servit. vind. Die nach dem L. un C. uti possidet. von dem Imploranten zu leistende Sicherheit ist heut zu Tage nicht mehr im Gebrauche. Schilter Exerc. 47. Th. 60. Boehmer I. c. §. 9. Claproth a. a. D. §. 235. Berger I. c. §. 36.
- f) L. 3. §. 11. D. uti possidet. L. 3. 4. D. de interd. Claproth a. a. D.
- g) L. 8. C. unde vi. L. 3. §. 4. D. de Carbon. edict. L. 1. §. 14. D. de ventre in possess. mitt. L. 2. in fine C. ubi in rem. L. 3. 4. C. de interd. Berger I. c. §. 1. Schilter Exerc. 13. Th. 10. Exerc. 47. Th. 26. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 12. §. 7. Idem Diff. cit. Cap. I. §. 7. Cap. II. §. 10. Mevius P. II. Dec. 236. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1444. In dem Urtheil muß der Richter den Rechtsstand allezeit vorbehalten. Sollte er jedoch desselben keine Erwähnung gethan haben; so bleibt er den Partien demohngeachtet offen. Est vor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. VII. §. 156. folg. Hauptst. VIII. §. 173. folg. Hofmann a. a. D. §. 1449, 1454. §. 1483 = 1488.
- h) Siehe die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller. Dann noch Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit, §. 838. Ludovicus Einleitung zum Civilprozeß. Kaz. II. §. 20. folg. Egid. Henr. Schmidt Diff. de raro ex exiguo usu processus possessorii ordinarii per sententium in possessorio summarissimo latam reservati. Erford. 1735. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 80.

§. 59.

Summarischer possessorischer Prozeß.

Bei dem summarischen possessorischen Prozeß wird blos untersucht, welche Partie die jüngste, ruhige Besitzhandlung für sich habe, damit der Richter durch eine provisorische Verfügung bestimmen kann, welcher

von

von beiden Theilen während der Zeit, bis in dem ordentlichen Besitz - oder Rechtsstande die Sache weiter erörtert ist, in dem Besitz einstweilen zu schützen sey (a). Darans nun ergeben sich folgende Sätze: I.) nur dann, wenn beide Partien Besitzhandlungen für sich anführen, beide über Stöhrungen klagen, es also vor der Hand noch ungewiß ist, wer Besitzer, wer Stöhrer sey, mithin, da jeder Theil gewöhnlich bei seinem anmaßlichen Besize sich zu schützen sucht, die öffentliche Ruhe störende Gewaltthätigkeiten zu befürchten sind, findet diese Prozeßart statt (b). II.) Ein jeder Besitzer, auch der bloße Inhaber kann hier, da von dem bloßen Besitzstande, nicht von der Beschaffenheit und Rechtsmäßigkeit des Besitzes die Rede ist, als Partie auftreten (c). III.) Auf das Alter und die Dauer des Besitzes wird hier keine Rücksicht genommen (d), die letzte, ruhige Besitzhandlung vielmehr allein ist entscheidend (e). IV.) Gegen den Landesherrn kann in Ansehung der Hoheitsrechte, wie auch überhaupt in Ansehung anderer Sachen, die zu besitzen, in der Regel, Unterthanen nicht fähig sind, der jüngste Besitz mit Wirkung nicht angeführt werden (f) V.) Eine jede Partie kann hier Klägers, oder Bellagtens Stelle vertreten (g) und nicht selten behauptet noch ein dritter, er befindet sich in dem von den streitenden Theilen angesprochenen Besize, und tritt daher als Intervent auf (h). VI.) Der Erbe des Gestorbenen kann hier nicht als Implorant auftreten, und gegen den Erben des Stöhrers kann nicht geklaget werden (i). (VII.) Rechtsmittel gegen die richterliche Entscheidung finden hier nicht statt, wenn diese nicht eine solche Beschwerde mit sich führet, die in dem ordentlichen possessorischen, und petitorischen Prozeß nicht wieder gut gemacht werden kann

kann (k). VIII.) Nicht mit dem Rechtsstande, wohl aber mit dem ordentlichen Besitzstande kann dieses Recht, mittel verbunden werden (l). IX.) Die Kosten dieses Prozesses sind zwar in der Regel entweder auszusezen, oder doch zu vergleichen, jedoch können die eintretenden Nebenumstände, besonders die Art und Ursach der Stöhrung eine Ausnahme rechtfertigen (m).

- a) Berger Electa process. possessor. §. 2. Boemer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 13. §. 7. Idem Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. IV. §. 14. Mevius P. I. Dec. 139. P. II. Dec. 236. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 4. §. 5.
- b) Diss. mea Constitutionis imperii specialis super litigiosa possessione disquisitio. Stuttgart. 1789. §. 3. Joh. Heinr. Christ. von Selchow Concepte der Reichskammergerichtsordnung auf Befehl der jüngsten Visitation entworfen. Tbl. II. S. 150. (de Borié) Diss. jur. publ. et cameral de litigiosa possessione ad P. II. Tit. 21. Ordinat. cameral. veter. jus simul ac processum fistens. Wezlariae 1745. 1783. Sect. I. §. 1 - 7. Pfankuch de summarissimo possessorio, Lib. I. Cap. IV. N. 7. p. 15. et Cap. VII. No. 3. p. 68. seq. de Cramer System. process. imper. Sect. II. Tit. VIII. §. 937-938. Es ist also nicht nothwendig, wirklich bevorstehende Gewaltthätigkeiten besonders zu erweisen. So bald der Besitz einmal freistig ist; so ist auch zu befürchten, die Partien möchten gewaltthätige Handlungen sich erlauben. Diss. mea citat. §. 5. 8. 9. 21. (de Borié) Diss. cit. de Sect. I. §. 29. p. 20. de Cramer l. c. §. 934. 939. Wenn Gewaltthätigkeiten mit der höchsten Wahrscheinlichkeit bevorstehen, kann der Richter durch Sequestrationen, Inhibitionen, oder andere passende schleunige Mittel den Ausbruch derselben verhindern. Diss. mea citat. §. 18. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 7. No. 5. p. 68. de Cramer l. c. §.

446. von Selsow a. a. D. §. 147. (de Borié) Diss. cit. Sect. II. §. 5. p. 25. Berger Electa processus possess. §. 3. 4. Boehmer Diss. cit. de vero usu remedii possessorii ordinarii et summarii. Cap. III. §. 1 - 7. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. p. 646. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 27. 31. Mevius P. II. Dec. 236. 239. Vergl. Meine Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses. §. 270. folg.

- c) Pfankuch l. c. Lib. I. Cap. VI. No. 11 Berger l. c. §. 21. 22. Boehmer Diss. cit. §. 8. Claproth a. a. D. §. 30. Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar. L. II. Cap. IV. §. 3. 4. Wernher P. II. Obs. 434. Leyser Spec. 508. M. 4. 5.
- d) c. 3. x. de causs. poss. et proprietat. c. 19. x. de jure patronat. Berger l. c. §. 22. Boehmer l. c. §. 8. Wernher P. I. Obs. 114. Mevius P. III. Decis. 91.
- e) Jedoch wird vorausgesetzt, daß diese Besitzhandlung nicht diejenige sei, die den Prozeß veranlaßt hat. Mevius P. VIII. Decis. 449. Nur in dem einzigen Fall reicht auch diese hin, wenn der Gegentheil ihr nicht widersprochen, vielmehr bei derselben sich beruhiget hat. Mevius P. VIII. Decis. 63. Wernher P. II. Obs. 400. Schaumburg l. c. Berger l. c. §. 23 - 26. Gottfr. Lud. Menken Diss. de qualitate possessionis in processu possessorio summarissimo, Lips. 1744.
- f) L. 1. §. 8. D. uti possidet. L. 5. §. 11. 12. D. de oper. novi nunciat. c. 7. de privileg. in 6. Berger l. c. §. 26. Claproth a. a. D. §. 32. Mevius P. IV. Dec. 210. Wernher P. II. Obs. 366. P. VIII. Obs. 439. Leyser Spec. 409. M. 8. 9. Hofmann Deutsche Rechtspraxis. Thl. II. §. 1454. 1455. Stryk U. M. Pand. Lib. II. Tit. 1. §. 27. 28. Aug. Gottl. Petermann Diss. de valore possessorii summarissimi contra principem S. R. J. regalia vindicantem a subditto

to instituti. Lips. 173^r. Goeckel Diss. possessorium summarissimum an et quatenus adversus principem a subditis possit institui? Erlang. 1798. 4. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 51. No. 1. Auch der Gesellschafter kann gegen seinen Mitgesellschafter, der Mitbesitzer gegen seinen Mitbesitzer, der Lehmann gegen den Lehnsherrn auf Schutz bei dem jüngsten Besitz klagen. Werner P. V. Obs. 230. P. VII. Obs. 200. Schaumburg l. c. Renneri Meditat. ad h. l. p. 175.

- g) L. 3. §. 1. D. uti possidet.
- h) In diesem Fall muß die Intervention allerdings zugelassen werden. Claproth a. a. D. §. 30. Boehmer l. c. §. 14. Mevius P. VII. Dec. 371. 372. Leyser Spec. 508. M. 13. 14. Meine Grundsätze ic. §. 481. No. 3.
- i) Sieh. die zu dem vorhergehenden §. Not. c. angeführten Schriftsteller, und Franc. Car. Conradi Pr. utrum possessorium summarium seu momentaneum etiam heredi possessoris competit: Helmstad. 1734.
- k) Das päbästliche Recht, welches in dem c. 10. 15. x, de restitut. spoliator das Gegentheil verordnet, befolget der Gerichtsbrauch nicht. Meine Grundsätze ic. §. 418. No. III. Berger l. c. §. 43. 44. Boehmer l. c. §. 15. Schaumburg l. c. §. 11. Claproth a. a. D. §. 52. Leyser Spec. 499. M. 3. Guil. Hier. Bruckner Diss. de remediis contra sententiam in judicio possessorio summarissimo latam. Erford. 1715. Jo. Gottl. Sieber Observationes de demonstratione in possessorio momentaneo et de remediis contra sententias in caussis possessoriis quo ad effectum suspensivum haud admittendis. Goetting. 1759. Gribner Princip. proc. jud. Lib. II. Cap. VII. §. 14. 15. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. I. §. 7. Kap. VII. §. 15. Jo. Godofr. Bauer Pr. de actore, an et quatenus, post O. P. S. R., in possessorio summarissimo remedio gaudeat suspensivo. Lips. 1754. (in Opusc. Tom. I. No. 38. p. 400.)

- l) Meine Grundsäge u. §. 85. Berger l. c. §. 40. 41. Boehmer l. c. Cap. I. §. 10. Claproth a. a. D. §. 34. Schilter Exercitat. XIII. Th. 14. Hofmann a. a. D. Thl. II. §. 1453. Hier. Frid. Schorch Pr. de cumulatione possessorii et petitorii in uno libello. Erford. 1745. Nächlich ist jedoch eine solche Häufung, in der Regel, nicht. Bergl. unten §. 66.
- m) Mevius P. VII. Dec. 335. Struben N. B. Thl. I. B. 10. Claproth a. a. D. §. 31. Schaumburg l. c. §. 10. Berger l. c. §. 39. Leyser Spec. 499. M. 10. II.

§. 60.

Versahrungsart bei diesen Sachen.

I. Der Implorant muß, um künftigen Zweifeln vorzubeugen, da der richterliche Schutz nicht ausgedehnt werden kann, sondern streng auszulegen ist, den Gegenstand, worüber er geschützt seyn will, in seiner Geschichtserzählung so genau als möglich bestimmen (a). II. Nur einige wenige Besitzhandlungen, und zwar die neuesten, so daß der Gegentheil nicht wohl neuere angeben kann, sind anzuführen. III. Die Art der Stöhrung und die Umstände, die sie begleitet, müssen umständlich erzählet werden (b). IV. Das Gesuch gehet dahin: 1) den Imploranten bei dem Besitze so lange zu schützen, bis der Implorat ein anderes in dem ordentlichen Besitz - oder Rechtsstande dargesthan haben wird: 2) wenn die Stöhrung mittelst einer Pfändung geschehen ist, dem Imploraten zu befahlen, die abgepfändete Sachen zurück zu geben: 3) den Imploraten zu dem Ersatz aller verursachten Schäden, und der Erstattung aller aufgewendeten Kosten anzuhalten: 4) wenn den Umständen nach noch weitere

tere Stöhrungen zu befürchten sind, dem Imploraten Bestellung hinreichender Sicherheit für die Zukunft aufzulegen (c). V. Bringet die Verfassung des Gerichts, bei dem geklaget wird, nicht ein anders mit sich; so kann der Implorant seine Klage sowohl mündlich, als schriftlich anbringen.

- a) L. 6. D. de rei vindicat. Wernher P. VIII., Obs. 419.
- b) Berger Elect. process. poss. §. 33. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, §. 36.
- c) Sieh. oben §. 15. Note e. Mevius P. III. Decis. 193. Berger I. c. §. 36. 38. Schamburg Princip. prax. jurid. jud. L. II. Cap. IV. §. 5. Leyser Spec. 508, M. 15. 16. Wernher P. I. Obs. 290. Franc. Carol. Conradi Diss. de cautione de non amplius turbando in judiciis possessoriis usu fori recepta. Helmst. 1737. — Die Rubrik einer solchen Imploration kann folgende seyn: Gemüßigte Bitte um Schutz bei dem neuesten Besitz (von Seiten) ic. — Haftet Gefahr auf dem Verzuge; so ist es räthlich dieses auf der Rubrik mit den Worten — summum periculum in mora — Gefahr bei dem Verzuge — zu bemerken, allenfalls auch die Imploration dem Präsidenten des Gerichts unmittelbar zuzustellen. Claproth a. a. D. §. 37. 38.

§. 61.

Fortsetzung.

VI. Der Richter muß die ihm überreichte Imploration genau prüfen, und besonders die Zulässigkeit der gewählten Prozeßart sorgfältig erwägen. Nicht selten qualifizieren sich diese Sachen zu Strafbesfehlten (a), und bei höchst wahrscheinlich bevorstehenden

den Thätschkeiten hat die Obrigkeit vor allen Dingen für die Erhaltung des öffentlichen Ruhestandes zu sorgen. In der Regel muß jedoch auch hier der Implerat gehöret, und seine Vernehmlassung ihm abgesondert werden (b). VII. Bloß darüber, ob er die von dem Impleranten angegebene Besitzhandlungen, und behauptete Sichdrungen einräume, oder abläugne, hat der Implerat in seiner Einlassung sich zu erklären. VIII. Von verzögterlichen Einreden finden hier nur dieseljenigen statt, die das Wesen des gerichtlichen Verfahrens, und die umichtig gewählte Prozeßart angehen (c). Zerstörliche Schuzreden, die das Recht selbst, oder die Rechtmäßigkeit und Beschaffenheit des Besitzes betreffen, werden gar nicht zugelassen. (d) IX. Eine jede Partie kann hier als Kläger, oder Beklagter auftreten, der Implerat ist daher auch um Schutz bei dem jüngsten Besitz gegen die Beeinträchtigungen des Impleranten zu bitten berechtigt (e). X. Die Bescheinigung hat bei dieser Prozeßart folgende Eigenheiten: 1) ein vollständiger Beweis ist nicht erforderlich, und der Richter muß von Amtswegen die Wahrheit zu ersuchen nach Kräften sich bemühen (f); 2) die Gegenbescheinigung des Impleraten wartet hier der Richter nicht ab, sondern erkennet, so bald eine Partie den jüngsten Besitz hinreichend dargethan hat (g); 3) beeidigt müssen zwar in der Regel die Zeugen seyn (h), aber es werden doch auch bloße vor Notarien versiegte Notels zugelassen (i); wider die Personen der Zeugen können in der Regel keine Einreden vorgebracht werden; die Fragstücke fallen weg, und die feierliche Eröffnung des Notulus sowohl, als auch die Handlungen der Partien über den geführten Beweis finden nicht statt (k); 4) Bescheinigung endlich durch Urkunden

den sowohl (l), als durch Eideszuschreibung (m), als durch Vermuthungen (n) wird zugelassen. XI. In dem Urtheil muß der Richter dem Unterliegenden den ordentlichen Besitz- und Rechtsstand vorbehalten (o). XII. Ehe der Besitz dem obsiegenden Theile völlig wieder eingeräumet ist, braucht sich dieser auf den ordentlichen Besitz- oder Rechtsstand nicht einzulassen, und wenn einer von diesen erörtert werden soll; so ist das Anbringen einer neuen Klage nothwendig, es entsteht ein neues, eigenes Verfahren und besondere Akten (p).

- a) Siehe das folgende Hauptstück.
- b) Schamburg Princ. prax. jurid. judic. Lib. II. Cap. IV. §. 6. Berger Electa proc. possessor. §. 5. Boehmer Diff. citat. de vero usu remedii possessorii ordinarii et summarii. Cap. III. §. 9. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. p. 654. Mevius P. I. Dec. 139. P. II. Dec. 237. 238.
- c) Leyser Spec. 506. M. I. von Cramer Neubestunden. Thl. 78. S. 51.
- d) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 43.
- e) Claproth a. a. D. §. 44-49.
- f) Berger l. c. §. 1. 28. Leyser Spec 508. M. I. 2. 3. 7. 8.
- g) Boehmer l. c. §. 12. Grüber Princip. process. judiciar. L. II. Cap. VII. §. 10. Leyser Spec. 608. M. 9. 10. Schamburg l. c. §. 7. Berger l. c. §. 28.
- h) Berger l. c. §. 28. 29. Schamburg l. c. §. 8. de Cramer Tom. I. P. I. Obs. 121. §. 10. Tom. II. P. I. Obs. 569. 572. Wernher P. IX Obs. 95. Mevius P. IV. Dec. 293. P. VIII. Dec. 492. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. II. §. 10.

- i) Schaumburg l. c. Gribner l. c. §. II.
- k) Schaumburg l. c. §. 9. Boehmer Diff. cit. §. 10.
- l) Berger l. c. §. 30. Mevius P. IV. Dec. 293. Leyser Spec. 453. M. I. 2. Wernher P. I. Obs. 117.
- m) Berger l. c. §. 31. Boehmer Diff. cit. §. II. Das Gegenthil behauptet Hoffmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1446. Sieb. noch Joh. Paul. Schroeter Pr. num in possessorio summarissimo juramenti delatio locum habeat? Vitemb. 1727. Gribner l. c. §. 13.
- n) Berger l. c. §. 32. Leyser Spec. 453. M. 3. Spec. 508. M. 6. Wernher P. II. Obs. 433. Pufendorf Tom. II. Obs. 112. Schaumburg l. c. §. 8.
- o) Boehmer l. c. §. 13. Berger l. c. §. 38. Hat es jedoch der Richter unterlassen: so schadet dieses den Rechten der Partie nicht. c. 7. 8. x. de causs. possess. et proprietat, c. I. x. de sequestrat, posse. et fruct.
- p) Claproth a. a. D. §. 51. Vergl. noch Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. V. VI. Ferd. Aug. Hommel Diff. de processu possessorio summarissimo quæstiones duodenæ. Lips. 1748. Gebh. Christ. Bastineller Observationes ad processum possessoriis summarissimi. Vitemb. 1736. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelehrtheit. §. 832-838. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 151. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 78. folg.

§. 62.

II. Revision dieser Theorie. Verschiedene Arten possessorischer Streitigkeiten.

Der Ausdruck Prozeß, welcher hier als Grund der Eintheilung der possessorischen Prozesse vorgesetzt ist, kann entweder den Gegenstand des Streites, oder die Verfahrungsart bezeichnen: die Verwechslung beider hat in dieser wichtigen Lehre eine unüberschbare Reihe von Controversen und Irrthümern hervorgebracht, und was noch fehlte, daß bewirkte die falsche Darstellung, daß man die eigenthümlichen Ansichten des deutschen Rechts über Besitzstreitigkeiten entweder ganz vernachlässigte, oder wenigstens durch ihre Stellung als bloße Modifikationen des römischen Rechts nicht nach Würde berücksichtigte. Neben der oben (§. 52.) bemerkten Eintheilung der possessorischen Rechtsmittel müssen nach den vom kanonischen und deutschen Rechte gebilligten Ansichten die Streitigkeiten über Besitz nach dem Objekte eingetheilt werden, 1) in Streit über den Besitz als *bloßes Faktum* — summarischer jüngster Besitz *possessorium summarium* oder nach einigen *summarissimum* — 2) in Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit des Besitzes — 3) in Streitigkeiten über das Recht zu besitzen (a).

a) Die ausführliche Entwicklung s. in Gönnner Hdb., B. IV, Abb. 81 §. 1 = II,

§. 63.

A) Streitigkeiten über den jüngsten Besitz.

Bey Streitigkeiten über den jüngsten Besitz (a) wird derselbe I. blos als Factum im Gegensatz der unerlaubten Selbsthilfe oder Stöhrung betrachtet; daher sind sie II. allemal zu einer außerordentlichen Rechts-
hülfe und eben darum nothwendig zu einer besonderen Verfahrungsart qualificirt. III. Ist der Besitz als Factum litigios, so, daß jeder Theil Besitzhandlungen für sich hat (b), so kann 1) bei naher Gefahr einer öffentlichen Ruhestöhrung der Richter von Amts wegen einschreiten; 2) Außerdem muß er auf vorhergehenden Antrag einer Partien nach den beiderseitigen Bescheinigungen der Besitzhandlungen prüfen, wem der jüngste ruhige Besitz zur Seite stehe, welchem sodann die possessio momentanea mit Vorbehalt des ordentlichen Possessoriums eingeräumt wird. 3) Fordert diese Untersuchung einige Zeit und sind Ruhestöhungen zu fürchten, so verhängt der Richter nach Beschaffenheit des Streitgegenstands eine Inhibition oder Sequestration, oder weiset, wo dies nicht thunlich ist, die Partien zum friedfertigen Gesammtbesitze an. IV. Bei eigentlichen Stöhrungen des nicht litigiosen Besitzes (c) beginnt das Verfahren 1) mit der Imploration, worin der letzte ruhige Besitz vor der Stöhrung oder der Entsetzung samt der Turbation und den Mitteln, beides zu bescheinigen, angeführt und um Manutenenz gegen Stöhrungen oder um Einsetzung in den entzogenen Besitz gebeten wird. 2) Die richterliche Verfügung besteht, wenn die Bescheinigungen schon vorhanden sind, in einem unclausulirten Mandate, außerdem ist zweckmäßig eine Temporalinhibition mit

mit Ansetzung eines engen Termins zur Verhandlung der Sache zu verbinden. 3) Der Ungehorsam des Impleraten hat nach vorausgegangener Androhung eine Paritoria in contumaciam zur Folge. 4) Führt der Implerat seine Vertheidigung, so kann er von verderblichen Schuzreden nur jene anwenden, welche das Wesen des Prozesses betreffen. 5) Besondere Rücksicht verdient die Einrede, daß der Implerant aus dem jüngsten Besitz, wenn er ihn auch hat, keine Rechte ableiten könne (d). 6) Auf die faktischen Behauptungen seines Gegners muß er bestimmt antworten. 7) Läugnet er die vom Gegner angeführten Besitzhandlungen, so werden die von diesem angezeigten Beweismittel erhoben. 8) Von zerstöhrlichen Einreden findet nichts, was das Petitorium angehet, statt, eben dieses sollte 9) nach dem kanonischen Rechte auch von demjenigen gelten, was die Rechtmäßigkeit des Besitzes betrifft, mehrere Praktiker aber lassen aus Mängeln, die sich auf den Impleraten beziehen, Einreden zu. 10) Das hierauf erfolgende Urtheil kann durch alle Rechtsmittel, jedoch ohne Suspensivkraft, angefochten werden (e).

a) Pfotenhauer über das gerichtl. Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. Leipzig, 1797. 8.

b) Danz Constitutionis super litigiosa possessione disquisitio. Stuttg. 1789. 4. Gönner Handb. B. IV. Abh. 79. §. 20 - 23.

c) Gönner a. a. D. Abh. 81. §. 10 - 12. und 22 - 28.

d) Wo immer das Precarium vor Augen liegt, oder die Sache so beschaffen ist, daß aus dem bloßen Fazitum des Besitzes gar nichts folgt, z. B. bei Unterthanen

thanen gegen den Regenten wegen Herrscherrechten, da erzeugt eine schiefe Einleitung in den possessorischen Weg unübersehbare Nachtheile. Ein merkwürdiges Beispiel eines Missbrauchs des summarischen Possessoriums im Privatverhältniß s. in Gönner Rechtssällen B III. No. 39. Bei Lehenstreitigkeiten in Fällen, wo der Prätendent seine Abstammung vom ersten Erwerber nicht documentirt, oder wo weibliche Abkömmlinge succediren wollen, ehe sie die Qualität eines Weiberlebens documentirt haben, und wo jener oder diese sich in den Besitz eindringen, muß hierauf besonders gesehen werden. Vergl. Gönner Deduction unter dem Titel: beurkundete Ausführung der Rechte des Hochfürstl. und Hochgräfl. Gesamthauses Löwenstein Wertheim gegen die Freiherrn von Berlichingen aus der Jagsthäuser Linie auf das heutigefallene Wertheimische Lehen Hungheim, mit Beilagen 1804. in §. und ohne Beilagen in dessen Rechtsfällen. B. IV. N. 41.

*) L. un. C. si de moment. possess. Gönner Hdb. B. III. Abb. 61. §. 4-8. B. IV. Abb. 81. §. 12. woselbst ein bestimmendes Urtheil des Reichshofraths vom J. 1799. angeführt ist. Mehrere übereinstimmende reichsgerichtliche Erkenntnisse findet man in derselben Beobacht. über verschiedene Rechtsmaterien im jurid. Archive B. III. IV. u. V.

§. 64.

B) Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit des Besitzes.

- I. Die Gründe im Streit über die Rechtmäßigkeit des Besitzes bestehen entweder darin, daß der Besitz des Impleraten vitioös sey, oder daß der Implerant, von diesen Mängeln abgesehen, einen vorzüglicheren Anspruch auf den Besitz habe (a).
- II. Zwischen beiden ist zunächst der Unterschied, daß I) nur dasjenige zum Beweise eines vitiosen Besitzes gelte, was sich auf die streitenden Theile unter sich beziehet (b), dagegen ein stärkeres Recht zu besitzen (c) nach

nach der streng bindenden Analogie der publicianischen Klage auf dieses Wechselverhältniß nicht beschränkt sey; 2) daß eine Klage aus Mängeln des Besitzes die nachherige Klage wegen einem stärkeren Rechte zu besitzen nicht ausschließe. III. Das Verfahren ist in beiden Fällen aus sovielen Handlungen, Vertheidigungsgründen und Bescheinigungen zusammengesetzt, daß ohne außerordentliche Rechtshilfe, etwa die incident vorkommende provisorische Verfügungen, abgerechnet, der ordentliche oder unbestimmte summarische Prozeß demselben anpaßt.

- a) Das letzte verdient als eine bisher verkannte, aber aus allen reichsgerichtlichen Erkenntnissen sprechende Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts in der Lehre vom Besitz besondere Auszeichnung; ausführlich handelt davon Gönner Hdb. B. IV. Abb. 81. §. 13-17.
- b) L. I. §. 5. *Uti possidetis.* „*Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: quod nec vi, nec dam, nec precario ab illo possides.*“ Das nämliche verordnet L. I. §. 9. eod. Aber nach der Analogie der publicianischen Klage passt dieses Gesetz nur auf einen Streit über Mangel des Besitzes.
- c) *Possessio magis titulata, fortior.* Cramer Observ. Jur. Univ. T. I. p. 821, T. III. p. 145. Wie insbesondere der ältere Besitz den Vorzug habe, untersucht Gönner a. a. D. §. 15, 16.

§. 65.

C) Streitigkeiten über das Recht zum Besitze.

Wenn das Recht zu besitzen, ohne daß etwas faktisches am Besitze eingemischt wird, den Streitgegenstand ausmacht, so besteht I. die Natur solcher Rechtsmittel überhaupt darin, daß 1) die hier statt findenden Rechtsmittel zur Erlangung des Besitzes alle Gründe

Gründe überwiegen, womit sonst possessorische Streite geführt werden: 2) daß der Implorant nicht schuldig ist, sich auf petitorische Einreden einzulassen: 3) daß das Petitorium dem unterliegenden Theile vorbehalten bleibt, und 4) Rechtmittel gegen das Urtheil, sogar in der Regel mit Suspensivkraft statt finden (a). II. Es ist wohl ein großer Irrthum, wenn man behauptet, daß bei diesen Streitigkeiten allemal im ordentlichen oder wenigstens unbestimmt summarischen Prozesse verfahren werde (b), vielmehr zielen mehrere Rechtsmittel, namentlich 1) auf den Besitz einer Erbschaft, aus einem von sichtbaren Mängeln freyen Testamente (c), 2) auf den Besitz im Namen einer Leibesfrucht (d), 3) bei Verschollenen (e), 4) aus dem salvianischen Interdicte auf eine außerordentliche Rechtshilfe ab (f).

a) Gönner a. a. D. §. 18.

b) ebend. §. 30.

c) L. ult. C. de Edicto D. Hadriani tollendo, Gönner a. o. D. §. 31.

d) Tit. Pand. de Ventre in possess. mittendo. Schmidt summarischer Prozeß. §. 151. u. ff. Gönner Hdb. B. IV. Abb. 80. §. 4.

e) Schmidt a. a. D. §. 160. ff. Gönner Abb. 81. §. 33. u. ff.

f) In dieser Beziehung ist die eigentlich aus der Rechts-theorie entlehnte Ausführung über jedes einzelne Interdict bei Claproth summar. Prozeß. §. 174. u. ff. schägbar.

§. 66.

Cumulation des Petitoriums mit dem Possessorium.

Der als Regel angenommene Satz das Petitorium könne nicht mit dem summarischen, sondern nur mit dem ordentlichen Possessorium cumulirt werden, steht I. mit dem kanonischen Rechte im Widerspruch (a), welches vielmehr diese Cumulation unbeschränkt erlaubt. Nur II. Ausnahmsweise kann eine Cumulation nicht geschehen, 1) wenn der Besitzer sich im jüngsten Besitz zu erhalten sucht, und eine petitorische Klage so beschaffen ist, daß sie nur vom Nichtbesitzer gegen den Besitzer angestellt werden kann; doch steht hier nichts im Wege, wenn der Implorat im Exceptionssache petitorische Einreden vorbringen und der Implorant sich darauf einlassen will. 2) Wenn der Implorat den jüngsten Besitz seines Gegners zwar anerkennen muß, aber vor dem petitorischen Streite den Besitz wegen der Rechtmäßigkeit oder einem Vorzugsrechte (im sogenannten Possessorio ordinario) verfolgen kann und will, als in welchem Falle sein Gegner durch Cumulation des jüngsten Besitzes mit dem Petitorium die Rechte des Imploraten verletzen würde (b).

a) cap. 3. 4. de caussa possess. et propriet. J. L. Boehmer princip. jur. canon. §. 683. Cramer Observ. Jur. Univ. T. III, p. 347.

b) Gönner Hdb. a. a. D. §. 39.

Achtes Hauptstück.

Von dem Mandats-Prozeß.

§. 67.

Mandat. Verschiedene Arten desselben.

Ein Mandat ist diejenige richterliche Verfügung, durch welche blos auf des Klägers Vorbringen, ohne den Gegentheil gehöret zu haben, diesem mit, oder ohne Androhung einer gewissen Strafe, eine Handlung untersaget, oder anbefohlen, oder eine bereits unternommne wieder aufgehoben wird: und die zugleich die Ladung an ihn enthält, vor Gericht zu erscheinen, um entweder die geschehene Befolgung des Mandats anzugezeigen, oder aber seine den Gesetzen nach zuläßigen Einreden dagegen fürzubringen. Je nachdem daher der Richter eine gewisse Handlung verbietet (mandata inhibitoria), oder gebietet (mandata præceptiva), oder eine bereits unternommne wieder aufhebt (mandata revocatoria, s. cassatoria, s. restitutoria) erhalten seine Befehle auch verschiedene Namen; am wichtigsten aber ist die Abtheilung derselben in bedingte und unbedingte (mandata sine clausula, mandata cum clausula). Die ersten sind alsdann vorhanden, wenn der Richter dem Beklagten nichts übrig lässt, als entweder dem erlassenen Ge-

bote

bote Gehorsam zu leisten, oder Einreden des erschlichenen Befehls (exceptiones sub - et obreptionis) beizubringen, und mittelst derselben zu zeigen, daß der Richter durch Auslassung wahrer, wesentlicher Umstände, oder durch Ausführung falscher, wesentlicher Thatsachen sey hintergangen worden, und daß er mithin nicht so würde erkannt haben, wenn ihm die wahre Lage der Sache bekannt gewesen wäre. Unter den letzteren hingegen, den bedingten nämlich, verstehtet man diejenigen, wo der Richter dem Beklagten gestattet, nicht blos Einreden des erschlichenen Befehls (exceptiones sub - et obreptionis), sondern auch alle übrigen, der Natur der Sache nach zulässigen Ausschüte vorzuschützen, und mittelst derselben die Gründe anzugeben, um welcher willen der Befehl nicht hätte erlassen werden sollen, und er also auch denselben zu befolgen sich nicht schuldig erachte. — Besteht endlich die eingeklagte Thatsache aus mehreren, ihrer Natur nach trennbaren Punkten, deren einige zu einem unbedingten, andere zu einem bedingten Gebote geeigneschafft sind; so muß auch der Richter theils unbedingt, theils bedingt befehlen, und ein solcher Befehl wird ein gemischter (mandatum mixtum) genannt (a).

a) Vergl. überhaupt zu diesem Hauptstücke: Meine Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses. Stuttgart 1795. §. 281 = 302.

§. 68.

Verschiedenheiten zwischen den unbedingten und bedingten Mandaten.

Schon aus der Natur der Sache, und den Begriffen von unbedingten und bedingten Befehlen ergeben sich folgende Verschiedenheiten zwischen beiden: 1) die ersten können nur in wenigen, durch die Gesetze ausdrücklich, oder stillschweigend bestimmten Fällen erkannt werden; die letztere hingegen sind in so enge Gränzen nicht eingeschlossen (a): 2) bei den ersten können nur Einwendungen, die die Thathandlungen, so wie sie von dem Kläger erzählet sind betreffen, vorgeschützt werden; bei den letzteren hingegen finden Ausflüchte aller Art, ohne Ausnahme statt: 3) eben deswegen weichen beide der Form nach ganz von einander ab, indem den ersten die justifikatorische Klausel (b) nicht einverleibet ist, wohl aber den letzteren (c): 4) gegen einen jeden, wider welchen bedingte Befehle statt finden, können auch unbedingte erkannt werden, nicht aber umgekehrt (d).

a) Siehe die beiden folgenden §. §.

b) Nach dem Reichsgerichtlichen Stile heißt es in einem unbedingten Mandate also: Wir heischen und laden euch daneben von berührter unserer kaiserlichen Macht, auch Gerichts- und Rechts wegen hiermit, auf den dreißigsten Tag, den nächsten nach Ueberantwort- und Verkündigung dieses, deren wir Euch zehn für den ersten, zehn für den andern, zehn für den dritten, letzten und endlichen Rechtstag setzen und benennen peremptorie, oder ob derselbe kein Gerichtstag seyn würde, den nächsten Gerichtstag hernach durch einen gevoollmächtigten Anwalt an diesem unserm kaiserlichen Kammergericht zu erscheinen, glaubliche Anzeige und Beweis zu thun, daß diesem unserm kaiserlichen Ge-
bot

hat alles seines Inhalts gehorsamlich gelebt seyn, oder wo nicht, alsdann zu schen und hören, euch um eures Ungehorsams Willen in vorgemeldte Pön gefallen seyn, mit Urtheil und Recht sprechen, erkennen und erklären; oder aber beständige erhebliche Ursachen und Einreden, ob ihr einige hättet, warum solche Erklärung nicht geschehen solle, in Rechten gebührlich vorzubringen, und endlichen Entscheids darüber zu gewarten. Wenn ihr kommet und erscheinet alsdann also oder nicht; so wird doch nichts desto weniger, auf gegen heiliges Anrufen und Erfordern, hierin in Rechten mit gemeldter Erkenntniß, Erklärung und andern gegen euch verhandelt und procedirt, wie sich das der Ordnung nach gebühret. Geben ic. Sieh. Pütter Nova epitome processus imperii ambo-rum tribunalium supremorum. Goetting. 1786. §. 157. p. 176. Dasselben Versuch einer näheren Erläuterung des Prozesses beider höchsten Reichsgerichte, in einer praktischen Sammlung ganz neuer Kammergerichts- und Reichshofrathssachen. Götting. 1768. §. 47. Vincenz Hanzenly Grundriß des Reichshofrathlichen Verfahrens in Justiz- und Gnaden Sachen mit den nöthigen Formeln. Band I. Stuttgardt 1786. No. 204. 205. S. 390.

- c) Nach dem Reichsgerichtlichen Stile geben bei bedingten Strafbefehlen vor den Worten; Wir heischen und laden euch ic. (Siehe die vorhergehende Note b) folgende her: Im Fall ihr aber durch dieses unser kaiserliches Gebot beschweret zu seyn, und warum denselben anbefohleren massen nicht zu geleben wäre, erhebliche und beständige Ursachen zu haben vermeinen solltet; alsdann so heischen und laden wir euch von berührter unserer kaiserlichen Macht, auch Gerichts- und Rechts wegen hiemit auf den sechzigsten Tag, den nächsten nach Ueberantwort- und Verkündigung dieses, deren wir euch zwanzig für den ersten, zwanzig für den andern, zwanzig für den dritten, letzten und endlichen Rechtstag sehen und benennen peremtorie, oder ob derselbe kein Gerichtstag seyn würde, den nächsten Gerichtstag hernach durch einen gevollmächtigten Anwalt an diesem unserm kaiserlichen Kammergericht zu erscheinen, solche eure beständige Ursachen und Einreden

den dagegen in Rechten gebührlich vorzubringen; darzu auf der Sachen und allen ihren Gerichtstagen und Terminen bis nach endlichem Beschlusß und Urtheil auszuwarten ic. Pütter I. c. §. 169. p. 189. Dasselben Versuch einer näheren Erläuterung ic. S. 75. J. F. W. de N. de W. Principia processus judicij imperialis aulici hodierni cum differentiis processus cameralis. Nebst einem vollständigen Formularbuch des heutigen Reichsprozesses bei den beiden höchsten Reichsgerichten. Francof. et Lips. 1747. No. 81. S. 163. Frieder. Guil. Tafinger Institutiones jurisprudentiae cameralis. Tübing. 1776. §. 533.

d) Dieses ist besonders bei den beiden höchsten Reichsgerichten merklich. Hier kann gegen denjenigen, der das Recht der Austräge hat mit Uebergehung dieser zwar ein unbedingter, niemals aber ein bedingter Strafbefehl, wenn nicht die Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte nach einer andern Hinsicht in erster Instanz gegründet ist, erkannt werden. Pütter I. c. § 171. Christ. Lud. Koch Disquisitio de austragis S. R. I. Procerum cumprimis serenissimorum Landgraviorum Hassiae. Giss. 1749. Sect. I. §. 9. 10. 12. 13. 14. 16. 24. 29. de Ludolf Commentat. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 5. seq. Joh. Heinr. Christ. von Selchow Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. II. Tit. 52. §. 8. K. 3. S. 3. O. Thl. II. Tit. 25. pr. und §. 4.

§. 69.

Fälle, in welchen unbedingte Mandate erkannt werden können.

Nach der Natur der Sache, der gesunden Vernunft, den positiven gemeinen Rechten (a) und Reichsgesetzen (b) ist es immer eine seltene Ausnahme von der Regel, wenn der Richter gegen jemand, den er noch gar nicht gehöret hat, mit Befehlen, besonders unbedingten (c) hervorgehet. Vier Fälle zählen die Reichs-

Reichsgesetze ausdrücklich auf, wo solche unclausulirte Gebotbriefe erkannt werden sollen: 1) wenn die Sache und Handlung, über welche der Befehl nachgesucht wird, an ihr selbst von Rechts-, oder allgemeiner Gewohnheit wegen verboten, und wo dieselbige begangen, auch ohne einige weitere Erkenntniß für strafwürdig, oder unrechtmäßig zu halten (factum nullo jure justificabile): 2) wenn durch die eingetragene Sache und Handlung dem anrufenden Theile eine solche Beschwerde auferlegt und zugefügt würde, die nach begangener That nicht wieder zu bringen (damnum irreparabile): 3) wenn die Sache und Handlung wider den gemeinen Nutzen wäre (detrimentum reipublicæ): 4) wenn die Sache und Handlung keinen Verzug leisten möchte (periculum in mora) d). Die Absicht der Gesetzgeber aber war hierbei nie, den Richter an diese Fälle genau zu binden und in keinem andern Falle ihm die Erkennung eines unbedingten Befehls zu gestatten (e). Auch die gemeinen Rechte bestimmen hierüber nichts ganz genau (f), es ist daher eine vergebliche Mühe, wenn einige Rechtsgelehrten alle einzelnen Fälle haben aufzählen wollen, in welchen unclausulirte Mandate zu erkennen sind (g). Folgende allgemeine, aus der Natur der Sache abgeleitete Regeln vielmehr können bei allen einzelnen, vorkommenden Fällen zu der sichersten Richtschnur dienen: wenn nämlich 1) der Implorant von seiner Seite ein unwissprechliches Recht, und 2) von Seiten seines Gegners eine, dieses Recht offenbar verlezende, und, vorausgesetzt, daß die von dem Imploranten erzählten Thatsachen nach ihrem ganzen Umfange vollkommen richtig sind, 3) durch keine Schutzreden zu vertheidigen

gen mögliche That, oder Unterlassung zu bescheinigen im Stande ist, dann muß der Richter ihm durch einen unbedingten Befehl zu Hülfe kommen (h). — Als Regel endlich lässt der Satz sich wohl aufstellen, daß unclausurirte Gebote nur auf den Besitz, nicht aber den Rechtsstand gehen; allein diese Regel leidet dann doch nicht wenige Ausnahmen (i).

a) L. 58. D. de re judic. L. 1. C. de execut. rei judicat. Meine Grundsätze ic. §. 93.

b) A. A. G. O. Thl. II, Tit. 25. pr.

c) Ebenda selbst.

d) Ebenda selbst — Der zweite Fall ist von dem vierten dadurch verschieden, daß in jenem ein ganz unerlässlicher, in diesem aber ein nur schwer ersehlicher Schaden vorausgesetzt wird — Gemeiniglich behauptet man, der erste Fall sei der Hauptfall, und in den drei übrigen finde niemals ein unbedingter Befehl statt, wenn nicht eine schon an sich nicht zu rechtfertigende That eintrete. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß bei dem zweiten und vierten Falle eine unjusitieirliche Handlung zum Grunde liegen muß; allein diese braucht doch hier, wegen der mit eintretenden besonderen Umstände, nicht so strenge dargethan zu werden, als in dem ersten Fall, und in Hinsicht auf den dritten Fall ist eine schon an sich nicht zu rechtfertigende That nicht jedesmal nothwendig erforderlich. Joh. Jac. Moser Einleitung in den Reichshofrathsprozeß, Tract. I. Kap. 2. §. 2-6.

e) A. A. G. O. Thl. II. Tit. 25. pr. und §. 2. J. R. A. §. 79. V. A. von 1713. §. 9.

f) Elaprost Einleitung in sämtliche summarische Prozeße. §. 9.

g) Joh. Jac. Blum Process. camerał. Tit. 34. No. 74-108. de Ludolf Com. system. de jure camerałi. Sect. 1. §. 10. No. 46. seq. Moser a. a. O. §. 9. folg. Guil. Roding Pandectæ juris camerałis, Lib. I. Tit. XII. §. 40 seq. Joh.

Joh. Heinr. Christ. von S elchow Einleitung in den Reichshofratsprozeß. Thl. I. Tit. 42. §. 2. folg. S. 466. Frider. Guili. Ta finger Institutiones jurisprudentiae cameralis. §. 550 - 572. Vincenz Hanzely Anleitung zu der neuesten Reichshofathspraxis. §. 763 - 775.

- h) Pütter Nova epitome processus imperii amborum tribunalium supremorum. §. 149.
- i) Pütter l. c. §. 152 - 157. und §. 167. Ta finger l. c. §. 563. de Ludolf I. c. No. 48. Aug. Conr. Dan. Sippmann Systema jurisdictionis supremæ in Imperio R. G., præcipue illius, quæ a Cameræ imper. judicio exercetur. Francof. 1758. P. II. Tit. V. §. 75. Not. b. p. 201.
- *) Man hat sehr irrig in den Bescheinigungen, womit das Mandatgesuch belegt sehn muß, den Grund aufgesucht, warum Mandate ohne den Imploraten zu hören, rechtmäßig seyn sollen. Der Grund liegt in der Qualität des Anspruchs nach dem Zwecke einer außerdörflichen Rechtshülfe, und in der Gewiheit, daß in Voraussetzung der Wahrheit eines Factualums dem Begehrn des Klägers keine rechtliche Einrede nach den Gesetzen entgegen stehen kann; daher sollten auch nur unclausulirte Mandate erkannt werden, die clausulirten sind ein fatales Mittelding. Nebrigens sind Mandate niemals ein Urtheil, und sie sollten allemal mit einer Ladung des Imploraten verbunden seyn, wie Grolmann in Martin's Magaz. Heft 2. sehr schön bewiesen hat; doch kann man die Ladung als stillschweigend im Mandate enthalten ansehen. Gönner Hdb. B, I, Abh. 7. §. 10.

S. 70.

Fälle, in welchen bedingte Mandate erkannt werden könnten.

Noch weniger als in Ansehung der unbedingten Befehle haben die Gesetze bestimmt, in welchen Fällen

G

bedingte

bedingte erkannt werden sollen (a). Fruchtlos ist das her die Bemühung einiger Gelehrten, alle einzelne denkbare Fälle aufzählen zu wollen, in welchen klausulirte Gebotbriefe statt finden (b). Folgende, aus der Natur der Sache abgeleitete Regeln vielmehr geben die sicherste Richtschnur bei Entscheidung einzelner Fälle ab: wenn der Implorant 1) von seiner Seite ein an sich unwidersprechliches Recht und 2) von Seiten seines Gegners eine dieses Recht zwar verlehrende, aber doch, selbst vorausgesetzt, daß die von dem Imploranten vorgetragenen Thatsachen ihrem ganzen Umfang nach wahr sind, durch Einreden noch zu rechtsfertigen mögliche That, oder Unterlassung behörig dazuthun im Stande ist; so kann der Richter einen bedingten Befehl ihm nicht abschlagen (c). — Gewöhnlich zwar geht auch diese Art richterlicher Verfügungen nur auf den Besitzstand; allein da Einreden aller Art dabei zulässig sind; so erschöpfen die Partien nicht selten auch den Rechtsstand, und es macht mithin auch dieser gar häufig einen Gegenstand der endlichen richterlichen Entscheidung aus (d).

a) R. R. G. D. Thl. II. Tit. 25. Thl. III. Tit. 42.
J. R. A. §. 81.

b) de Ludolf Com. system. de jure camerali.
Sect. I. §. 10. No. 29 - 42. Jo. Jac. Blum Pro-
cess. cameral. Tit. 34. No. 39 - 54. Guil. Ro-
ding Pandectæ juris cameralis. Lib. I. Tit. 12.
§. 7 - 36. Frider. Guil. Tafinger Institu-
tiones jurisprudentiæ cameralis. §. 572 - 578.

c) Pütter Nova epitome processus imperii, §.
168.

d) Tafinger I. c. §. 572,

§. 71.

§. 71.

Verfahrungsart bei unbedingten Mandaten.

I. Der Impator, der sich Hoffnung machen will, einen unbedingten Befehl zu erhalten, muß nothwendig alle in seinem Klageschreiben erzählte, wesentliche Thatumstände, wenn gleich nicht vollständig erweisen, doch mit der höchsten Sorgsalt und Genauigkeit behörig bescheinigen (a). Nicht weniger muß II. bei dem mindesten eintretenden Zweifel ausgeführt werden, daß der vorliegende Fall zu einem unbedingten Befehle eigentlich gehört sey. III. In dem Gesuche wird billig auf das genaueste bestimmt, was der Richter dem Impator eigentlich befehlen solle (b). IV. Erscheinet der Impetrat innerhalb der ihm anberaumten Frist und zeiget an, daß er dem an ihn erlassenen Mandate Gehorsam geleistet habe, ist auch der Impetrant mit der angezeigten Parition zufrieden; so hat der ganze Prozeß ein Ende. Beruhigt sich hingegen V. der Impetrant bei der angeblichen Gelebung des Befehls nicht, indem er sie für gar nicht, oder doch nicht für hinreichend geschehen ausgiebt; so entsteht über diesen Punkt ein eigener Schriftwechsel, dem der Richter durch seine Entscheidung ein Ende machen muß. Erkläret sich VI. der Impetrat zu der Parition zwar bereit, schützt aber Umstände vor, die ihm solche vor der Hand noch unmöglich machen (c); so muß der Richter diese Anzeige entweder sogleich als unzulässig verwerfen, oder den Impetranten darüber hören, allenfalls die Güte versuchen, endlich aber in Entstehung dieser das nöthige verfügen.

a) I. R. A. §. 79. V. A. von 1713. §. 9. Pütter Nova epitome process. imperii. §. 151.
G 2 Claps

Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozeſſe. §. 10. Tafinger Institutiones jurisprudentiae cameralis. §. 894.

- b) Claproth a. a. D. 12. Pütter l. c. §. 158. — Die Rubrik einer solchen Imploration kann füglich diese seyn: Gemäligte Bitte um einen unbedingten Befehl (von Seiten) ic.
- c) Bei Schuldsachen z. B. kommt dieser Fall gar nicht selten vor.

§. 72.

Fortſetzung.

VII. Gewöhnlich erscheinet der Impetrat und fechtet durch seine Ausflüchte den richterlichen Gebotbrief an. Von verzöggerlichen Einreden finden hier allein solche statt, die das Wesen des gerichtlichen Verfahrens betreffen; diejenige der unrichtig gewählten Prozeſſart indessen verdienet besondere Rücksicht, und die vermischten Schuzreden, wenn sie anders einer weitläufigen Erörterung nicht bedürfen, werden auch hier zugelassen (a). Als zerstörliche hingegen können nur folgende Einwendungen angebracht werden: 1) diejenige des erschlichenen Befehles (exceptiones sub- et ob-reptionis), mittelst deren die Geschichtserzählung, so wie der Impetrant sie vorgetragen hat, angefochten wird (b); 2) alle übrigen, die besonders befreit sind, und sogleich liquid gemacht werden können (c). VIII. Alle Einreden müssen bei Strafe des Verlustes auf einmal und zusammen, in der Regel vorgebracht werden (d); selbst die den Gerichtsstand ablehnenden (e) gewiesen hier des ihnen sonst zugetheilten Vorrechtes nicht (f), und nur folgende zwei Ausnahmen billigen die Geseze (g): 1) wenn der Impetrant in der Replik

plik etwas neues fürgebracht, und den Impetraten dadurch zu dem Dupliciren veranlasset hat: 2) wenn der Impetrat erst nachher Wissenschaft von seinen Einreden erlanget hat, und dieses entweder behörig beschreibt, oder eidlich erhärtet (h).

- a) R. R. G. O. Thl. III. Tit. 42. §. 1. Vincenz Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 603. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 17. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 158. 168. — Von einer Kriegsbefestigung kann die Frage nicht seyn, da eine richterliche Entscheidung schon in der Mitte lieget. Claproth a. a. O. §. 18.
- b) Einige Rechtsgelehrte machen in Ansehung des Beweises folgenden Unterschied: wenn der Impetrat behauptet, der Impetrant habe falsche wesentliche Umstände erzählet (*exceptio subreptionis*); so sey der Krieg eigentlich verneinend befestigt, der Impetrant müsse daher den Beweis über sich nehmen; wenn hingegen der Impetrat behauptet, der Impetrant habe wahre wesentliche Umstände verschwiegen (*exceptio obreptionis*); so sey der Krieg bejahend befestigt, mithin müsse auch der Impetrat den Beweis seiner Einrede übernehmen. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. L. I. Tit. 3. §. II. Die Gesetze aber kennen diesen Unterschied nicht, überlassen es vielmehr lediglich dem Ernissen des Richters — wem, ob dem Impetranten, oder dem Impetraten — der Beweis aufzulegen sey. Z. R. A. §. 80. Sieh. Car. Otto Graebe Disquisitio de exceptionibus sub et obreptionis earumque probatione. Rintel. 1788.
- c) R. R. G. O. Thl. II. Tit. 42. §. 1. Pütter-Nova epitome processus imperii. §. 160. de Ludolf Com. system. de Jure cameral. Sect. I. §. 10. No. 18. Joh. Jac. Moser Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Tract. 1. Kap. 3. §. 26. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 186.

d) 3.

d) J. R. A. §. 78.

e) Meine Grundsäze II. §. 160. 168. 170.

f) de Cramer Systema processus imperii. Sect. II. Tit. 2. §. 610. Der jelbe Nebenstunden. Thl. IV. Abhandl. 5. Thl. IX. Abhandl. 4. Thl. LXXIX. S. 30. (von Balemann) Visitationsschlüsse die Verbeßerung des kaiserlichen Reichskammergerichtlichen Justizwesens betreffend. Lemgo 1770. S. 247. Tafinger Institut. jurisprud. cameral. §. 907. Das Gegenthil behauptet: Pütter I. c. §. 164. Idem Diff. de exceptionibus fori declinatoriis in processu mandati S. C. speciatim an rejectis iis adhuc locum habeant exceptiones sub - et obreptionis? Goetting. 1760. (in Opuscul. p. 147.)

g) J. R. A. §. 78. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 161.

h) Um der Gleichheit des Grundes willen sind noch folgende Fälle hierher zu zählen: 1) wenn die Einreden erst nach dem ersten Termine erwachsen; 2) wenn sie so beschaffen sind, daß wederne ihnen nicht abgeholfen wird, eine Richtigkeit des Prozesses daraus entschiet: 3) wenn dieselbe wider fortduernde Beschwerden gerichtet sind: 4) wenn sie aus einer rechtmäßigen Ursache, mittelst Wiedereinführung in den vorigen Stand vorgebracht werden. von Selchow Einleitung in den Reichshofratsprozeß. Thl. II. Tit. 52. §. 14. S. 730. Vergl. Meine Grundsäze II. §. 168. 189.

§. 73.

F o r t s e z u n g .

IX. Die von dem Impetraten eingebrochenen Schuzreden muß der Richter sorgfältig prüfen. Findet er sie ganz unzulässig; so muß er sie sogleich verwerten, und die Gelebung des Mandats wiederholt befehlen (a). Sind dieselben hingegen erheblich und an sich zulässig; so sind sie dem Impetranten zu Einreichung seiner Verpflichtung.

plik mitzutheilen (b). X. Mit der Replik schliesst sich in der Regel das gerichtliche Verfahren (c), und diese Prozeßart hat das auszeichnende, daß dem Impetranten in allen Fällen der letzte Satz zustehet (d). XI. So bald durch den Schriftwechsel der Partien die Sache behörig erörtert ist, tritt das Amt des Richters ein, der entweder auf Beweis erkennen oder endlich sprechen muß. In dem letzteren Fall hebt er entweder seinen Befehl wieder auf, oder bestätigt denselben entweder seinem ganzen Inhalte nach, oder doch zum Theil (e).

a) J. R. A. §. 76.

b) J. R. A. §. 77.

c) J. R. A. §. 77. Es wird zwar hier verordnet, daß der Termin zur Replik so viel möglich eingezogen werden soll; allein dessen ohngeachtet kann der Richter doch, nach Besinden der Umstände, diesen Termin allerding um so mehr erstrecken, da, in der Regel, der Impetrant es ist, dem an Geförderung der Sache am meisten gelegen seyn muß. Wofer Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. I. Tr. I. Kap. 3. §. 44. von Selchow Einleitung in den Reichshofrathprozeß. Thl. II. Tit. 52. §. 2. 3. S. 718.

d) Pütter Nova epitome processus imperii. §. 161. Vergl. Meine Grundsätze u. §. 211.

e) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozeße. §. 20 & 23.

S. 74.

F o r t s e h u n g .

XII. Das Gesuch des Impetranten, wenn er um Verlängerung des Terminges zu Einbringung seiner Einreden bittet, verwerfen die Gesetze als unzulässig (a).

Dem

Dem Richter bleibt daher nichts übrig, als die Lebung des Mandates wiederholt zu befahlen und auf diese Weise die Beibringung der Schuzreden, die jetzt immer noch statt hat, zu befördern (b). XIII. Leistet der Imperator dem an ihn erlassenen Befehle keine Folge, erscheinet auch in dem anberaumten Termine nicht; so wird das Gebot ein-, auch, nach Verschiedenheit der Umstände, wohl mehrmalen wiederholt, und endlich die Vollstreckung desselben verfüget (c). XIV. So bald der Imperator dem richterlichen Befehle völlig Genüge geleistet hat, ist er allerdings berechtigt, entweder in dem ordentlichen Besitz- oder in dem Rechtsstande vor dem gehörigen Richter seine Befugnisse auszuführen (d). XV. Erlaubt sich der Imperator nach schon erkanntem Mandate neue, zu einem unklausus Kirten Gebote geeignete Thathandlungen; so kann, je nachdem diese mit den vorhergegangenen, bereits eingeklagten von einerlei Gattung und Gegenstand sind oder nicht sind, entweder um Erstreckung des schon erkannten Mandates auf die neuen Thathandlungen, oder um Erkennung eines neuen Gebotes nachgesucht werden (e). XVI. Wiederklage kann, nach der Natur des Mandatsprozesses, als eines schleunigen und sehr befreiten, in der Regel nicht statt finden. Das vernünftige Ermessen des Richters ist jedoch hier nicht ausgeschlossen, sondern darf, nach Beschaffenheit der Umstände, eine Ausnahme wohl zulassen (f). XVII. Der Zulässigkeit der Intervention endlich stehtet, wenn sie nur einer weitläufigen Erörterung nicht bedarf, und bei der Hauptsache nicht Gefahr auf dem Verzuge haf tet, nichts im Wege (g).

- a) I. N. A. §. 76.
- b) Pütter Nova epitome processus imperii. §. 162. Tafinger Institutiones jurisprudentiae cameraleis. §. 904. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. II. §. 4. No. 6. Clap-rotth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 23. Mevius P. II. Decis. 183.
- c) Bis zur Vollstreckung hin kann der Impetrat immer noch erscheinen, und, wenn er dem Impetranten alle Schäden und Kosten ersetzt, seine Einreden vorbringen. Tafinger l. c. §. 902. 903. Pütter l. c. §. 165. — Ob der Richter seine wiederholtten Befehle unter Androhung erhöhter Geldstrafen erlassen will, hängt von seinem Ernassen ab. — Läßet es der Impetrat zur wirklichen Exekution kommen; so werden die verwirkteten Geldstrafen billig auch mit beigetrieben.
- d) R. N. G. D. Thl. II. Tit. 25. §. 1.
- e) Vincenz Hanze ly Anleitung zur neusten Reichshofratspraxis. §. 826. 829.
- f) Der Impetrant z. B. hat auf eine mit allen nöthigen Eigenschaften versehene Schuldverschreibung einen unbedingten Befehl erhalten, der Impetrat belanget ihn dagegen um eben so viel, oder um eine noch größere Summe, und zeiget zugleich, daß er schwer zu belangen ist, oder daß die Gegenklage ganz fruchtlos seyn würde, wenn er einmal befriedigt worden. Moser Einleitung in den Reichshofratsprozeß. Thl. I. Dr. I. Kap. 3. §. 46. von Selchow Einleitung in den Reichshofratsprozeß. Thl. II. Tit. 52. §. 4. S. 719. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 26. Meine Grundsätze u. §. 469.
- g) Moser a. a. D. §. 48. von Selchow a. a. D. §. 6. S. 719. Meine Grundsätze u. §. 481. N. 32.

§. 75.

Verfahrungsart bei bedingten Mandaten.

I. Der Implorant muß die in seinem Klageschreibe angeführten wesentlichen Thatumstände nach Möglichkeit bescheinigen (a). Außerdem II. darthun, daß die Sache zu einem bedingten Befehle geeigenthet sey. Endlich aber III. mit möglichster Bestimmtheit sein Gesuch auf das richten, was er will, daß seinem Gegner aufgegeben werde (b). IV. Erscheinet der Impletor und zeiget an, daß er dem Mandate Gehorsam geleistet habe, oder doch leisten wolle; oder bittet er um Verlängerung des Terminges zu Beibringung seiner Einreden; oder bleibt er ungehorsam ganz aus; so wird eben so wie bei den unbedingten Geboten versfahren (c). V. Erscheinet hingegen der Impletor, und bringet, welches freilich der gewöhnlichere Fall ist, seine Einwendungen vor; so kann er 1) alle verzöggerlichen Einreden, die das Wesen des Prozesses betreffen, vorschützen, und unter andern ist diejenige der unrichtig gewählten Prozeßart besonders wichtig für ihn. 2) Die den Gerichtsstand ablehnenden Schuzreden können hier allein vorgebracht werden, und der Richter muß über sie besonders erkennen (d). 3) Die bedingten Mandate enthalten im Grunde blos ein alternatives Gebot, entweder zu pariren, oder Gründe anzuführen, die von der Nothwendigkeit der Paritionsleistung befreien, schon der Natur der Sache nach müssen daher alle an sich, je nachdem nämlich vom Besitz- oder dem Rechtsstande die Rede ist, zulässige zerstörlichen Einreden auch hier statt haben (e). VI. Findet der Richter bei der angestellten Prüfung die vorgebrachten Einreden offenbar unzulässig; so muß er mit

mit ihrer Verwerfung dem Impetraten zugleich die Gelebung des Mandates nun unbedingt aufgeben. Bei dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen ist der Impetrant mit seiner Replik allerdings zu hören (f). Dem Ermessen dieses aber ist es VII. überlassen, ob er den ihm entgegen gesetzten Schutzreden blos im allgemeinen widersprechen, oder eine Widerlegung dagegen einreichen will (g). VIII. Mit der Duplik schließt sich das ganze Verfahren, und ohne besondere richterliche Erlaubniß werden weitere Schriftsätze nicht zugelassen (h). IX. Bei der Beweisführung müssen der Richter und die Partien immer nur das vor Augen behalten, daß hier von einer summarischen Prozeßart die Rede ist, und daß, weil für den Impetranten ein schon erwiesenes Recht streitet, dem Impetraten hauptsächlich der Beweis oblieget (i). X. Nach vollendetem Schriftwechsel der Partien tritt das Amt des Richters ein, der bei seiner endlichen Entscheidung, nach Verschiedenheit der Umstände, dem unterliegenden Theile die weitere Ausführung des ordentlichen Besitz- oder Rechtsstandes vorbehalten muß. XI. Ge genklagen werden hier nicht so leicht zugelassen (k), der Statthaftigkeit einer Intervention hingegen steht an sich nichts im Wege. Aus dem allen endlich ergibt sich XII. wie irrig die Vorstellung einiger Gelehrten ist, wenn sie annehmen, daß ein jeder bedingter Befehl, so bald der Impetrat Einreden vorbringe, in eine bloße Ladung verwandelt werde, und ganz nach den Regeln des ordentlichen Prozesses zu behandeln sei (l). Auch der bedingte Mandatsprozeß ist seiner Natur nach allzeit ein summarischer, und es ist blos die Schuld des Impetranten, wenn er bei seinem liquiden Klagerecht in weitläufige Erörterungen sich einlässt,

lässt, oder, in soferne blos von dem Besitzstande die Rede ist, in den Rechtsstand eingehet. Die Wirkung des Mandats ruhet nur so lange, bis der Richter über die Erheblich- oder Unerheblichkeit der Schutzreden erkannt hat (m).

- a) Der J. R. A. §. 79. und der V. A. von 1713. §. 9. sprechen zwar namentlich nur von unbedingten Befehlen; allein um der Gleichheit des Grundes willen sind diese Verordnungen allerdings auch auf die bedingten Mandate auszudehnen.
- b) Elaporth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 143. 144. Die Rubrik einer solchen Impetration kann diese seyn: Gemüthiges Gesuch um einen bedingten Befehl (von Seiten) ic.
- c) Pütter Nova epitome processus imperii. §. 170. Tafinger Institutiones jurisprudentiae camerale. §. 922. 923.
- d) Tafinger l. c. §. 924. (von Balemann) Visitationsschlüsse die Verbesserung des kaiserl. Reichskammergerichtlichen Justizwesens betreffend. Lemgo. 1779. S. 247. Vergl. oben §. 24. No. VIII. — Aus der Kriegsbefestigung, wenn sie gleich keine formliche zu seyn braucht, muß doch genau erhellen, was der Imperat in Ansehung der von dem Imperanten erzählten Thatsachen einräumet, was er abläugnet,
- e) Tafinger l. c. §. 921. Elaporth a. a. D. §. 151. 152.
- f) J. R. A. §. 81.
- g) Ebendaselbst.
- h) Ebendaselbst. Tafinger l. c. §. 925.
- i) J. R. A. §. 82. Tafinger l. c. §. 926. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 26. 27. Elaporth. a. a. D. §. 153.
- k) Pütter l. c. §. 170. de Ludolf l. c.

I) Pütter l. c.

- m) de Ludolf l. c. No. 24-29. Tafinger l. c. §. 922, 928. Claproth a. a. D. §. 153. Schilter Exercitat. XLVII. Thes. 5. 6. Siebneth Petrus Fridericus Mindanus Tr. de processibus, mandatis, et monitoriis in imperiali camera. Francof. 1618. 1620. 1660. 1696. Wezlar. 1737. Thom. Maulius Tr. de mandatis et monitoriis judicialibus. Francof. 1635. 4. Frid. Gerdes Diff. de mandatis cum et sine clausula. Gryphisw. 1667. Eug. Gottl. Rink Diff. de mandatis cum et sine clausula. Altorf. 1697. Jo. Alb. Ruland Diff. de differentiis quibusdam mandatorum sine et cum clausula. Gif. 1737. Jo. Pet. Banniza Diff. de mandatis cum et sine clausula eorumque processu in supremis imperii dicasteriis usitissimo. Wirsing. 1739. Christ. Aug. Reichel Diff. de rite constituendis quatuor casibus circa mandata sine clausula vulgo auf die vier Fälle, quæ coram summis tribunalibus S. R. I. frequentantur. Erford. 1746. G. Frid. Püls Diff. de jure exceptionum fori declinatoriarum in processu mandati. Bamberg. 1780. Christ. Frid. a Freisleben Diff. mandato sine clausula poenali ob exceptionis sub - et obreptionis impune non pareri. Goetting. 1754. Boehmer Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. IV. §. 6-12. Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. 15. §. 353. folg. Derselbe Anweisung für die Beamten. Thl. II. §. 1575. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1523. folg.

Neuntes Hauptstück.

Von dem Exekutiv-Prozeß.

S. 76.

Exekutivprozeß.

Der Exekutivprozeß ist derjenige, wo der Implorant alle wesentliche Stücke seiner Imploration so gleich bei ihrer Einreichung durch Urkunden behändig darthut, und wo daher der Richter dem Imploranten aufgiebt, über die vorgelegten Urkunden ohne weiteres sich zu erklären. Dieser Prozeß weicht also von dem gewöhnlichen Verfahren darin ab, daß die Beweishandlung gleich mit der Klage verbunden wird, mithin, wenn der Richter in der Folge den geführten Beweis für hinreichend hält, die Verdammung des Imploranten und, im Fall es nöthig ist, die Vollstreckung des richterlichen Erkenntnisses ohne alle Umschweife erfolget. Von dem Mandatsprozeß ist derselbe verschieden, da er mit der Beweishandlung seinen Anfang nimmt, jener hingegen mit einem Befehle sogleich beginnet. Zu Gunsten des Klägers, der seine ganze Klage sogleich behändig erweisen kann, ist derselbe hauptsächlich eingeführet, von jenem daher hänget es ab, ob er sich dieser Begünstigung bedienen, oder gleich anfänglich den ordentlichen Prozeß wählen (a), oder doch in der Folge Handlungen, die mit der Natur dieser

dieser befreiten, schleunigen Verfahrensart streiten, z. B. Kriegsbefestigung, Vorschübung solcher Einreden, die einer weitläufigen Erörterung bedürfen, u. s. w. zulassen, und eben dadurch seinem Rechte stillschweigend entsagen will (b). Dem Imploraten hingegen kann sein Unternehmen nicht gelingen, wenn er in der Absicht den Wirkungen des Executivprozesses zu entgehen, und der Aufzüglichkeiten des ordentlichen Prozesses zu geniessen, den Imploranten zu Anstellung der Klage auffordert, oder seine illiquiden Schutzreden in dem Gewande einer Klage fürbringe (c). Auf allgemeinen, in ganz Deutschland geltenden bestimmten Gesetzen übrigens beruhet dieser Prozeß nicht (d), und eben deswegen ist die Verfahrensart bei demselben in den einzelnen teutschen Provinzen gar sehr verschieden (e). Aus der Natur der Sache indessen sowohl, als auch aus dem Gerichtsbrauche lassen sich doch füglich allgemeine Grundsätze ableiten, die so lange zur Richtschnur dienen können, bis nähere Bestimmungen aus besonderen Gesetzen, oder Gerichtsobstatzien dargebracht werden (f).

a) Leyser Spec. 276. M. 5.

b) Leyser l. c. M. 6. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. 3. §. 16.

c) David Mevius Kommentarius von württembergischen Kontrakten. Stade 1673. Thl. II. Kap. 11. §. 20. S. 166. Berger Electa processus executivi. §. 46. 47. Leyser l. c. Cor. I. Spec. 123. M. 6. Das Gegenthil nimmt an Schilter Exercitat. XIII. Th. 19. Das aber ist außer Zweifel, daß der Implorat seine illiquiden Einreden, die in dem Executivprozeß nicht zugelassen werden, besonders anzubringen und auszuführen wohl berechtigt ist. Werner P. IV. Obs. 1. No. 105. seq. Schau-

Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar.
Lib. I. Cap. 2. §. 2. Sich. unten §. 37.

- d) Bei den Römern wurde zwar in klaren Schuldssachen auch summarisch verfahren. L. b. C. Theod. de denunciat.; aber der heut zu Tage übliche Executivprozeß war ihnen doch gar nicht bekannt. Jo. Godof. Bauer Progr. de processu executivo ob causam legati non admittendo. Lips. 1758. (in Opuscul. Tom. I. No. 44. p. 447.) Schilter Exercit. XIII. Th. 15. seq. Berger I. c. §. 5. Der J. R. A. §. 174. verordnet bloß im allgemeinen, es soll im Fall des Sammels, auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldner verfahren werden. Bauer I. c. Mevius a. a. D. Thl. I. Kap. III. §. 12. folg. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1630. folg.
- e) Mevius a. a. D. Thl. I. Kap. II. §. 5.
- f) Derselbe a. a. D. Thl. I. Kap. III. §. 9.

§. 77.

Geschäfte, bei welchen der Executivprozeß statt findet.

Die Absicht, den Kredit durch schleunige Justizverwaltung zu erhalten, hat dem Executivprozeß sein Daseyn gegeben. Aus diesem Grunde war, und ist derselbe noch heute vorzüglich dann, wenn von Geldvorschüssen (mutuum) die Rede ist, im Gebrauche (a). Genau genommen indessen beruhet er dann doch auf allgemeineren Gründen, darauf nämlich, daß derjenige, der alle wesentliche Stücke seiner Klage sogleich behörig darthun kann, mit den Umschweifen des ordentlichen Prozesses billig zu verschonen ist. In dieser Hinsicht läßt sich, in Ermangelung besonderer Gesetze, oder Observanzen, mit Grunde nicht zweiflen, daß derselbe bei allen Arten von Geschäften, sie seyen eins

einseitige, oder zweiseitige (b), die producirten Urkunden mögen einen Vertrag (*pactum obligatorium*) enthalten, oder nicht (c), wenn nur sonst alle Erfordernisse eintreten, statt haben muß.

- a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 156. 157. 160. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. I. Kap. 3. §. 1. folg. Gönner Hdb. B. IV. Abb. 77. §. 3.
- b) Berger Electa processus executivi. §. 29-36. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 2. §. 7. Mevius a. a. D. Thl. II. Kap. I. §. 5. folg. Claproth a. a. D. §. 160. Wernher P. I. Obs. 149. P. III. Obs. 172. P. VII. Obs. 37. Pufendorf Tom. III. Obs. 210. Tom. IV. Obs. 33. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 42. Struben R. B. Thl. IV. B. 34. Andere wollen bei zweiseitigen Geschäften den Exekutivprozeß nicht zulassen, weil dem Imploranten hier immer die Einrede des nicht erfüllten Kontraktes im Wege siehe. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. III. §. 2. No. 5. §. 3. 4.; allein da nach dem Begriff des Exekutivprozesses vorausgesetzt werden muß, daß der Implorant auch die von seiner Seite geschehene Erfüllung des Vertrages, als ein wesentliches Stück seiner Klage dazuthun im Stande ist; so zerfällt dieser Einwurf von selbst.
- c) Leyser Spec. 381. M. 2. seq. Schamburg l. c. Not. h. Car. Ferd. Hommel Rhaps. Obs. 4. Wernher P. I. Obs. 105. P. IV. Obs. 93. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XXX. §. 43. Das Gegenthii behauptet Joan. Godofr. Bauer Pr. de processu executivo ob cauſam legati non admittendo. Lips. 1785. (in Opuscul. Tom. I. No. 44. p. 450.)

§. 78.

Beschaffenheit der Urkunden, die den Executivprozeß begründen.

Mit Urkunden muß der Implorant nothwendig alle wesentliche Stücke seiner Klage belegen, denn mit einer andern Beweisart wird er durchaus nicht zugelassen (a). Diese Urkunden nun müssen A), was ihre äußerliche Form betrifft, folgende Eigenschaften an sich haben: 1) ob der Implorat sie ganz geschrieben, oder blos unterschrieben, ob er sie selbst geschrieben, oder unterschrieben, oder durch andere schreiben, oder unterschreiben lassen, ob er sie untersiegelt hat, oder nicht, ist an sich gleichgültig (b), nur kann die Untersiegelung allein, ohne Unterschrift, für hinreichend nicht gehalten werden (c). 2) Alle wesentliche Stellen der Urkunden müssen ohne sichtbare Mängel seyn. In denselben darf daher nichts ausgestrichen, ausgekratzt, überschrieben, auf den Rand geschrieben, durchschnitten, zerrissen seyn (d). 3) Einen vollständigen Sinn müssen die Urkunden enthalten, solche daher, die auf andere sich beziehen, ohne die wesentlichen Stücke aus denjenigen, auf welche sie sich beziehen, zu enthalten, werden hier nicht zugelassen (e). Eben so wenig kann ein bloses Blanquet, wenn es nicht alles wesentliche, was zur Begründung der Verbindlichkeit gehöret, in sich fasset, bei dieser schleunigen Verfahrensart zum Grunde gelegt werden (f). 4) Jahr und Tag der Ausstellung muß in den Urkunden nothwendig ausgedrücket seyn (g). Endlich ob 5) die beigebrachten Urkunden öffentliche, oder privat Urkunden sind, ist an sich gleichgültig. Die ersten indessen bedürfen einer Anerkennung nicht (h), und

begründen daher, wenn es an den übrigen Erfordernissen nicht mangelt, den für den Imploranten noch vortheilhafteren Mandatsprozeß (1).

- a) Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. III. §. 5. Schaumburg Princ. prax. jurid. judic. Lib. II. Cap. II. §. 2. Berger Electa proc. executivi. §. 8. Wernher P. I. Obs. 36. P. III. Obs. 198. Hoffmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1648. Vergl. Meine Grundsäße ic. §. 187. No. 5. Andere lassen jedoch auch die Eideszuschiebung zu. Leyser Spec. 135. M. I. 2. Spec. 276. Cor. 3. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 162.
- b) Berger I. c. §. 20. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 3. §. 11, folg. Claproth a. a. D. §. 160. No. 5. 6.
- c) Wernher P. II. Obs. 416. P. IV. Obs. 206. Schaumburg I. c. §. 4. Das Gegentheil behauptet Berger I. c. §. 20. Betrifft die Sache eine, mit einem öffentlichen Siegel versehene Gemeinheit, oder Kolleg; so ist die Untersiegelung allein hinreichend. Struben R. V. Thl. IV. V. 77.
- d) Schaumburg I. c. §. 3. Claproth a. a. D. No. 2. 3. Berger I. c. §. 21. Ludovici a. a. D. §. 2. Wernher P. VI. Obs. 407.
- e) Wernher P. II. Obs. 362. Mevius a. a. D. §. 18.
- f) Wernher P. VI. Obs. 260. Schaumburg I. c. §. 3. Ludovici a. a. D. §. 29.
- g) Leyser Spec 275. M. I. seq. Claproth a. a. D. No. 7.
- h) Meine Grundsäße ic §. 330.
- i) Schaumburg I. c. §. 3. Berger I. c. §. 24. (es ist gegründeten Zweifeln ausgesetzt, ob hier ein Mandat statt finde, und ob hierdurch der Kläger einen besonderen Vortheil erreiche. Die Reichsgerichte

erkennen Mandate, aber nur deshalb, weil bei ihnen der Executivprozeß nicht üblich ist.)

§. 79.

Fortsetzung.

Außer der äußerlichen Form verdienet aber auch B) der wesentliche Inhalt der beigebrachten Urkunden vorzügliche Rücksicht. Hierbei kommen nun folgende Punkte in Betracht: 1) der Schuldner und Gläubiger müssen bestimmt angegeben und benannt seyn (a). 2) Summe und Münzsorte müssen angeführt seyn, so daß an der genannten Bestimmung der Forderung selbst kein Mangel ist (b). 3) Der Rechtsgrund der Forderung (*caussa debendi*) darf nicht fehlen, ob er aber namentlich und ausdrücklich, oder stillschweigend durch Worte, die keine andere Auslegung wohl zulassen, ausgedrückt worden, ist an sich gleichgültig (c). 4) Auf die Bestimmung der Zeit der zu leistenden Zahlung muß hier nothwendig Rücksicht genommen werden. Auf eine Urkunde daher, in welcher der Termin der zu leistenden Zahlung nicht angegeben ist (d, oder auf ein Geschäft, dessen Verbindlichkeit von der Existenz einer Bedingung erst noch abhänget (e), kann der Executivprozeß nicht gegründet werden. 5) Enthält die Beschreibung widerrechtliche Punkten; so kann wenigstens in Ansehung dieser executivisch nicht geklaret werden (f). 6) Daß die in den Gesetzen zu der Verjährung der Aussicht des nicht gezahlten Geldes vorgeschriebene zwei Jahre verstrichen seyen, ist nicht nothwendig, indem diese Einrede, wenn sie nicht so gleich erweislich ist, in dem Executivprozeß nicht statt findet, sondern in die Widerklage zu dem ordentlichen Ver-

Verfahren zu verweisen ist, wo jedoch die gesetzlichen Vortheile derselben allerdings noch statt haben müssen (g). 7) Die exekutivischen Klauseln (h) brauchen in den Urkunden nicht ausgedrückt zu seyn (i), denn wenn dieses der Fall ist; so können, vorausgesetzt, daß alle übrigen Erfordernisse eintreten, unbedingte Befehle erkannt werden (k) — Urkunden nun, die die bisher aufgezählten innere und äußere Eigenschaften an sich tragen, aus denen folglich sogleich erhellet, was, wie viel, aus welchem Rechtsgrunde und zu welcher Zeit einer dem andern etwas schuldig ist, mittelst deren also alle wesentliche Stücke l) der Imploration sogleich dargethan werden können, heißen *garantigirte* (m), oder *klare Brief und Siegel*, und begründen den Exekutivprozeß.

a) Wenn es also in der Urkunde blos heißt: ich bekenne: daß ich 1000 Thlr. Anlehnsweise schuldig worden bin, und verspreche solche an Michaelis dieses Jahres wieder zu bezahlen — oder — Nachdem Titius 1000 Thlr. geliehen; so sollen selbige Michaelis wieder bezahlt werden; so findet der Exekutivprozeß nicht statt. Auch nicht dann, wenn gleich in der Urkunde des Besitzers Meldung geschehen ist. z. B. verspreche den Inhaber dieses Scheins zu bezahlen. Berger Electa processus executivi §. 10.

b) L. 6. D. de reb. credit. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 3. §. 6. 8.

c) z. B. haar erhalten, verspreche wieder zu bezahlen u. s. w. Berger I. c. §. 10. 11. Schamburg Princip, prax. jutid. judiciar. Lib. II. Cap. 2. §. 6. Renner Meditat. ad h. I. p. 162. Mevius a. a. D. §. 3. 4. 5. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. III. §. 3. Ist der Grund der Forderung weder ausdrücklich, noch stillschweigend ausgedrückt; so muß der Gläubiger zu dem ordentlichen Prozeß verwiesen werden, wo er denselben durch andere

dere Beweismittel darthun kann. Leyser Spec. I32. M. I. 2. Claprotth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 161. Carl. Matth. Daegener Diss de declinanda recognitione documentorum propter deficientem causam debendi in processu executivo. Lips. 1721. Carpzow P. I. Const. 17. Defin. 39. seq.

- d) Haben die Partien eine Loskündigung verabredet; so muß der Implorant, daß diese geschehen, behörig darthun — Kommt in der Schuldverschreibung zu Gunsten des Gläubigers die Klausel vor: wann ich es fordern werde — so hindert das den Exekutivprozeß nicht — Verspricht hingegen der Schuldner die Wiederbezahlung ehestens, so bald man könne, bei Gelegenheit u. s. w. so kann der Exekutivprozeß nicht eintreten, da hier, wenn die Partien sich nicht vereinigen können, der Richter zuvor einen Termin anberaumen muß. Berger l. c. §. 13. Schaumburg l. c. §. 5. Wernher P. VII. Obs. 187. P. IX. Obs. 86. Mevius P. I. Dec. 73. P. III. Dec. 144. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 784.
- e) Kann der Implorant darthun, daß die Bedingung wirklich eingetreten ist; so steht der Zulässigkeit des Exekutivprozesses nichts im Wege. Berger l. c. §. 12. Schaumburg l. c. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 2. §. 4.
- f) Claprotth a. a. D. §. 161. Mevius a. a. D. §. 9.
- g) Gmelin und Elsässer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band II. Abhandl. 2. S. 19. Schaumburg l. c. §. 11. Finckelthaus Obs. 119. Schilter Exerc. XXII. Th. 19. 20. Boehmer Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. 8. §. 61. Hellfeld l. c. §. 787. Berger l. c. §. 43. 44. Das Gegentheil behauptet Ludovici a. a. D. §. 2.
- h) Z. B. mit oder ohne Recht, mit Gericht oder ohne Gericht, ihres Gefallens in- und außerhalb Rechtness sich zu ergreifen, und andere ähnliche. Roding Pan-

Pandectæ juris cameralis. Lib. I. Tit. 12. §. 104.
seq. A. A. G. D. Thl. II. Tit. 25. §. 5. folg.

- i) Mevius a. a. D. Thl. I. Kap. 3. §. 8.
- k) A. A. G. D. Thl. II. Tit. 25. §. 5. folg. Pütter
Nova epitome processus imperii amborum tribu-
nalium supremorum. §. 153. 154. Claproth
a. a. D. §. 160. (Diese Bemerkung hat nur bei den
Reichsgerichten wegen Umgehung der Ausstragalinstantz
einen Werth.)
- l) Wenn daher nur ein einziger wesentlicher Umstand,
der zu der Entscheidung der Sache etwas beiträgt,
aus den beigebrachten Urkunden nicht erhellst; so fin-
det der Exekutivprozeß nicht statt. Nebenverbindlich-
keiten hingegen brauchen nicht nothwendig durch die
Urkunden sogleich erwiesen zu werden. Leyser
Spec. 276. M. I. 2. Berger I. c. §. 7. Schaum-
burg I. c. §. 2. Ludovici a. a. D. §. 3.
- m) Diese Benennung kommt von dem altdeutschen Wort —
Waren. cavere, War, cautio her. Wach-
ter Glossar. German. V. Gewer, War, Waren.
Du Fresne Glossar. med. et infim. latinitat.
v. Warantus. Schilter Exerc. XIII. Th. 15.

§. 80.

Eigenschaften des Impleranten bei dem Exekutivprozeß.

Nicht nur derjenige, der in der beigebrachten Ur-
kunde als Gläubiger ausdrücklich benannt ist (§. 32.
No. 1.), sondern auch ein jeder anderer, auf welchen
das jenem zustehende Klagerecht auf eine gesetzmäßige
Weise übergegangen ist, kann des Exekutivprozesses
sich bedienen. Nur muß die Legitimation zu der Sache
(a) durch unverdächtige Urkunden sogleich in das
reine gebracht werden. Ist dieses nicht thunlich, so
wird das exekutivische Verfahren so lange aufgeschoben,

bis

bis dieser wesentliche präjudicielle Punkt behörig berügt ist (b).

a) Meine Grundsätze ic. §. 124. 125.

b) Berger Electa processus executivi. §. 15. 16.
36. Schamburg Princip. prax. jurid. judicari. Lib. II. Cap. 2. §. 4. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß Kap. III. §. 6. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 4. Joh. Godofr. Bauer Pr. an et quando assignatio processui executivo locum det? Lips. 1758. (in Opuscul. Tom. I. No. 45. p. 454).

§. 81.

Eigenschaften des Impleraten bei dem Exekutivprozeß.

Ausser dem in der Schuldverschreibung ausdrücklich benannten Schuldner kann ein jeder, der in die Stelle jenes auf eine rechtsbeständige Weise getreten ist, exekutivisch belangen werden. Die Passivlegitimation (a) muß jedoch durch unverwerfliche Urkunden so gleich liquid gemacht werden, wenn nicht der Exekutivprozeß bis zu der Berichtigung dieses Punktes verschoben werden soll (b).

a) Meine Grundsätze ic. §. 124. 125.

b) Berger Electa processus executivi. §. 17. seq. §. 36. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 5 Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Lib. II. Cap. 2. §. 4. Carl Ferd. Hommel Rhapsod. Obs. 12. Obs. 155. Wernher P. III. Obs. 54. Mevius P. VII. Decis. 124.

§. 82.

§. 82.

Verfahrungsart bei dem Exekutivprozeß.

- I. Die Geschichtserzählung in der Imploration darf keine wesentlichen Thatsachen enthalten, die nicht aus den, wenigstens in Abschrift, beigelegten Urkunden (a) hinreichend erhellen.
- II. Dass die Verbindlichkeit des Imploranten jetzo schon mit voller Wirkung eintrete, dass z. B. die Loskündigung geschehen, dass die Zeit verflossen, dass die Bedingung eingetreten sey u. s. w. darf mit Stillschweigen nicht übergangen werden (b).
- III. Den Grund der Klage umständlich auszuführen ist in der Regel zwecklos, da es sich von selbst versteht, dass der Implorat dasjenige, was er in den beigelegten Urkunden versprochen hat, leisten muss.
- IV. Bei dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen ist es ratslich, die Zulässigkeit des Exekutivprozesses in dem vorliegenden Falle händig darzuthun.
- V. Die Bitte geht dahin: dem Imploranten die Imploration samt Beilagen mitzutheilen, einen Termin zu Vorlegung der Urkrisften, und zu deren Anerkennung, oder eidlichen Abbläugnung anzuberaumen, den Imploranten dazu unter der Verwarnung, dass im nicht Erscheinungsfall die Urkunden als richtig angenommen werden sollen, vorzuladen, auch derselben frei zu lassen, alle in diesem Prozesse zulässigen Einreden acht Tage vor dem Termine vorzubringen (c) — Dafür muss der Implorant sich sorgfältig hüten, dass er nicht auf Einlassung, Antwort, Kriegsbefestigung von Seiten des Imploranten antrage, indem er sich sonst stillschweigend der Vortheile des Exekutivprozesses begiebt (d).
- VI. Der Richter dagegen muss die eingereichte Imploration nach den im vorhergehenden vorgetragenen

Grund-

Grundsäzen sorgfältig prüfen. Ist der Exekutivprozeß unrichtig gewählt, so ist die Klage, immassen sie angebracht, zu verwiesen, und dem Imploraten binnen der gewöhnlichen Frist die exceptivische Nothdurft abzufordern. Stehet hingegen der Zulässigkeit dieser schleunigen Verfahrensart nichts im Wege; so wird die Ladung, wie sie gebeten worden, ausgesertigt, und es hänget blos von dem Herkommen bei einem jeden Gerichte ab, ob gleich die erste Ladung unter der Verwarnung erlassen wird, daß im nicht Erscheinungsfalle die beigebrachten Urkunden für richtig erkannt werden sollen.

- a) Das Gesuch um Herausgabe der Urkunden kann mit demjenigen um Anerkennung derselben in dem nämlichen Klageschreiben hier nicht verbunden werden. Berger Electa processus executivi. §. 45. Schaumburg Princip. prax. jurid. judic. Lib. II. Cap. II. §. 8. Wernher Suppl. ad P. VIII. Obs. 355. p. 765. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 2. §. 1. Vergl. Meine Grundsäze ic. §. 315.
- b) Vergl. Meine Grundsäze ic. §. 70. 79.
- c) Es gereicht sehr zur Förderung der Sache, wenn der Implorat vor dem anberauimten Termine seine exceptivische Nothdurft einreichen muß. Clapoth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 166.
- d) Berger l. c. §. 22. Schaumburg l. c. Wernher P. III. Obs. 358. P. VI. Obs. 388. — Die Rubrik dieser Imploration kann folgende seyn: — Exekutivische Klage (von Seiten) u, s, w.

§. 83.

Fortsetzung.

VII. Erscheinet der Impetrant in dem zu Vorlesung der Urschriften (a) anberaumten Termine nicht; so ziehet er sich die Strafe der Desertion zu, die Urkunden werden für verloren erklärt (b), und der Impetrat, wenn er nicht durch Vorschübung und behörige Bescheinigung seiner Einreden auf Entbindung von der Klage dringen kann (c), muß auf sein Verlangen von dem angestellten Exekutivprozeß entbunden werden (d). VIII. Der Ungehorsam des Impetraten hat, wenn die erlassene Ladung eine peremtorische war, die Wirkung, daß die beigebrachten Urkunden für richtig und anerkannt, die Schuld also für eingeräumt angenommen wird, die Verdamnung mithin nothwendig erfolget, so jedoch, daß bis zu der Vollstreckung hin dem Impatoraten immer noch frei steht, seine, nach der Natur der gewählten Prozeßart zuläßigen Einreden vorzuschützen (e). IX. Von verzögterlichen Einwendungen werden hier nur diejenigen zugelassen, die das Wesen des Prozesses betreffen, und diejenige der unrichtig gewählten Prozeßart ist für den Impetraten besonders wichtig (f). X. Von einer eigenlichen Kriegsbefestigung ist hier die Frage nicht, aber statt dieser muß der Impetrat über die beigebrachten Urkunden sich erklären. Von dieser Verbindlichkeit befreien ihn blos diejenigen Gründe, um welcher willen auch in dem ordentlichen Prozeß die alsbaldige Einlassung in Ansehung der Hauptsache unterlassen werden kann (g) Nur müssen, wegen der besonderen Natur dieser Prozeßart, alle Einreden sofort liquid seyn. XI. Frei ist die Wahl des Impetraten, ob er die beigebrachten Urkunden anerkennen,

oder

oder eidlich abläugnen will, und der Impetrant kann hier der in dem ordentlichen Prozeß zulässigen Mittel, das eidliche Ablaugnen abzuwenden (h), sich nicht bedienen (i). XII. Die Anerkennung der Urkunden ist nach dem den nämlichen Grundsätzen, wie in dem ordentlichen Prozeß zu behandeln (k); nur kann bei dieser befreiten Verfahrungsart die Erklärung in Ansehung des Inhalts und der Unterschrift allein in dem Fall getheilet werden, wenn der Impetrat seine Behauptung einer untergelaufenen Arglist sogleich höchst wahrscheinlich zu machen im Stande ist (l) XIII. Auch in Ansehung der eidlichen Ablaugnung der Urkunden ist hier nur das besondere anzumerken, daß sie durch Gewissensvertretung nicht abgewendet werden kann (m). Das übrigens ist außer Zweifel, daß der Impetrant nach geendigtem exekutivischen Verfahren mit dem Beweise eines begangenen Meineides in dem ordentlichen Prozeß noch gehobet werden muß (n).

- a) Von der Zulässigkeit der Abschriften handeln Schauburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II, Cap. 2. §. 9. Berger Electa processus executivi. §. 25. Meivius Von wuchersichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 9. §. 6. Vergl. Meine Grundsätze n. §. 326.
- b) Schauburg l. c. Meine Grundsätze n. §. 324. (In einer neuen Anmerkung zu diesem §. wurde in den Grunds. des ordentlichen Prozesses gezeigt, daß im Urkundenbeweis die Verabsäumung des ersten Termins für keinen Theil die Desertion oder Agnition nach sich ziehe; eben dieses muß auch im Exekutivprozeß angenommen werden. Gönner Hd. B. II. Abb. 54. §. 7.)
- c) Dieses muß eben so wie in dem ordentlichen Prozeß statt finden. Meine Grundsätze n. §. 459.
- d)

- d) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 170. Dem Imporanten steht daher immer noch frei in dem ordentlichen Prozeß seine Gerechtsame weiter auszuführen, nur kann er hier der einmal angegebenen, und zur Strafe des Ungehorsams für verlorenen erklärten Urkunden sich nicht mehr bedienen.
- e) Schaumburg l. c. et §. II. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. III. §. 18. Meine Grundsätze ic. §. 324. 331. Claproth a. a. D. sagt: es können keine andere Einreden mehr vorgebracht werden, als welche entweder das Wesen des Prozesses betreffen, jezo erst entstehen, oder zu den privilegierten gehören, oder endlich nach vorgängiger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand annoch zugelassen werden.
- f) Ludovici a. a. D. §. 15. Claproth a. a. D. §. 167. Wernher P. VII. Obs. 233. Leyser Spec. 34. M. 7. Schaumburg l. c. §. 10.
- g) Meine Grundsätze ic. §. 182. Claproth a. a. D. §. 168.
- h) Meine Grundsätze ic. §. 336.
- i) Schaumburg l. c. §. 12. Berger l. c. §. 26. et in program. ad hunc spum, pag. 63. Wernher P. I. Obs. 104. et in Suppl., ad hanc Observat. Vol. VII. p. 110. Joh. Ludw. Schmidt Hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien. Band II. Leipzig 1795. No. 103. Nur dann, wenn aus höchst wahrrscheinlichen Gründen ein Meineid zu besürchten ist, leidet diese Regel eine Ausnahme. Sieber Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 332.
- k) Meine Grundsätze ic. §. 331. folg.
- l) Claproth a. a. D. §. 171. Berger l. c. §. 27. Schaumburg l. c. §. 10. Wernher P. III. Obs. 229. P. IV. Obs. 77. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 333. (Dieser Satz läßt sich aus der Natur dieser privilegierten Prozeßart nicht vertheidigen. Kann

Kann der Implorat dasjenige, was nach allgemeinen Grundsägen die eidliche Abläugnung des Inhalts zulässig macht, nicht durch liquide Mittel beweisen, so unterliegt er im Exekutivprozesse, und kann sein Recht im Wege einer Nachklage verfolgen.)

- m) Ludovici a. a. D. §. 23. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 334. (Richtiger ist die Meinung Großmanns Theor. des ger. Verf. §. 243. daß der Kläger zwar nicht im Exekutivprozesse die Mittel zur Abwendung der eidlichen Abläugnung, welche der ordentliche Prozeß angibt, brauchen könne, daß er aber mit Verzicht auf den Exekutivprozeß sich derselben zu bedienen befugt sei. Nur müssen auch alle illiquide Vertheidigungsgründe des Beklagten zugelassen werden.)
- n) Schamburg l. c. §. 12. Ludovici a. a. D. §. 24. Mevius P. VI. Decis. 278. Das Gegenthell behauptet Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1890. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 335.

§. 84.

Fortsetzung.

XIV. Als zerstörliche können hier nur folgende Einreden vorgeschützt werden: 1) die verneinenden (a). 2) Diejenigen, welche der Absicht des Imploranten ein verbietendes Gesetz entgegen stellen, oder auch in einem Gesetze sich gründen, das den Imploraten unmittelbar gegen jenes Forderung in Schutz nimmt. 3) Solche, die der Gegenthell gerichtlich eingestanden hat. 4) Diejenigen, deren Grund gerichtskundig ist (b). Endlich 5) diejenigen, die durch Urkunden oder auch durch eine Besichtigung ohne Zeugenverhöhr sogleich erwiesen werden können. Beweis durch Zeugen hingenommen, oder durch Zuschreibung des Hauptheides, oder durch Vermuthungen findet, da die Rechte beider Partien

tien gleich seyn müssen (c), auch die Berichtigung der klaren Forderungen des Imploranten durch Einreden des Imploraten, die einer weitläufigen Erörterung bedürfen, nicht aufgehalten werden darf (d), durchaus nicht statt(e), und der Implorat kann seinen Beweis auch nicht auf Urkunden gründen, die er noch nicht besitzet, sondern auf deren Herausgabe er erst klagen will (f). XV. Alle Einreden, die unter keine von den angegebenen Klassen gebracht werden können, gehören nicht hierher, sondern in die Widerklage, wo der Implorat sie auszuführen allerdings berechtigt ist (g). XVI. Ist durch die von dem Imploraten auf die gegen ihn eingereichte executivische Klage gegenüber Erklärung die Streitfrage hinreichend entwickelt, so muß die richterliche Entscheidung auch jeso sogleich erfolgen. Bei dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen sind die Partien noch weiter zu hören, und der Impetrant muß hier immer nur seine vorzügliche Aufmerksamkeit dahin richten, daß er nicht in umständliche Erörterungen eingehet, die mit der Natur dieser befreisten Verfahrensart sich nicht vertragen (h) XVII. Der an sich zulässigen Rechtsmittel gegen die richterlichen Erkenntnisse endlich können beide Theile, der Implorant sowohl als der Implorat sich bedienen (i).

a) Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 155. 187. und oben §. 30. folg.

b) Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 187.

c) Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 40. und oben §. 32.

d) Sieh oben §. 29.

e) Berger Electa processus executivi. §. 37 - 45.
Schamburg Princip. prax. jurid. judicior.
Lib. II. Cap. 2. §. II. Schilter Exercitat.

XIII. Th. 15. seq. Wernher P. I. Obs. 36. 42. 332. P. III. Obs. 198. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 2. §. 19. 20. Andere lassen alle Beweismittel zu, wenn nur der Beweis binnen der Frist, die dem Schuldner bis zur wirklichen Vollstreckung doch gelassen werden müßte, vollführt werden kann. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 169. Mevius Von wucherlichen Kontrakten Thl. II. Kap. 11. §. 13-20. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. 3. §. 18. folg. Vergl. noch Jo. Christ. Schroeter Diss. de probatione per testes et præsumptiones itemque juramento judiciali et necessario in processu executivo locum habente. Jenæ 1723. S. P. Gasser Diss. singularia juris Anhaltini de rebus creditis et de processu executivo Ernest. Jo. Frider. Manzel Diss. de processu executivo maxime quoad delationem juramenti litis decisorii. Rost. 1749. de Cramer Opuscula. Tom. IV. No. 24. Meine Grundsätze ic. §. 187. (Wenn eine Urkunde noch nicht zwey Jahre alt ist, so kann zwar darauf eine Spekulativklage gebaut werden, weil sie erst durch den wirklichen Gebrauch einer Einrede ihre Beweiskraft verliehrt. Beruft sich aber der Beklagte auf die Einrede des nicht bezahlten Geldes, so muß der Kläger, wenn er den Vortheil des Spekulativprozesses geniessen will, die Numeration sogleich liquid machen; der Beklagte, welcher überhaupt bei dieser Einrede von der Beweislast frey ist, ist wohl noch weniger verbunden, liquide Beweise beizubringen! Gönner Hdb. B. IV. Abh. 77. Das Gegentheil behauptet nebst den meisten in der Note e. angeführten Rechtslehrern (Gmelin und Elsässer) gemeinnützige Beobacht. und Rechtssäle B. II. Abh. 2. No. 10. der richtigern Meinung pflichtet bei Thibaut System des Pandektenrechts Thl. I. §. 69.)

f) Schaumburg l. c. Berger l. c. §. 39. Das Gegentheil behaupten Claproth a. a. D. Mevius a. a. D. §. 16.

g)

- g) Schaumburg l. c. Berger l. c. §. 37. 48.
Vergl. Meine Grundsätze u. §. 468. und oben
§. 29.
- h) Claproth a. a. D. §. 172. Berger l. c. §.
49. Mevius a. a. D. Kap. 12. §. 5. folg.
- i) Knorr a. a. D. §. 22. Schaumburg l. c.
§. 13. Mevius a. a. D. Kap. 14. §. 1. folg.
Hofmann Deutsche Reichspraxis Thl. II. §. 16. 49.
Ludovici a. a. D. §. 27. Andere behaupten, daß
Imploranten stünden die Rechtsmittel nur in Ansehung
der weiteren Untersuchung, nicht in Ansehung der
Hemmung der Rechtskraft zu, Claproth a. a. D.
§. 173.
- * Alles illiquid Vorbringen wird im Endurtheil zur be-
sonderen Ausführung verwiesen oder vorbehalten. Ist
dieses nicht ausdrücklich geschehen, so muß man dar-
auf sehen, ob der Entscheidungsgrund im Mangel ei-
ner Qualifikation des Vorbringens zu dieser befreiten
Prozeßart, oder im absoluten Ungrund des Vorbrin-
gens lag: im ersten Fall findet eine besondere Ausfüh-
rung im Wege des gewöhnlichen Verfahrens noch statt,
welche im zweiten Fall unzulässig ist. Ad. Ditt.
Weber Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und
Einreden Studie I. N. 6.
- ** Das Verfahren bei Prozeßhindernden Einreden (ex-
cept. litis ingressum impedientes) ist als der um-
gewandte Exekutivprozeß zu betrachten. Man sehe
hierüber Gönner Handb. B. IV. Abh. 78. welchem
Grolmann Theorie des ger. Verfahrens. §. 245.
beißtint.

Zehentes Hauptstück.

Von dem Wechselprozeß.

§. 85.

Wechselprozeß.

Ein Wechselbrief ist eine das Wort Wechsel (a) in sich haltende Schrift, in welcher der Ausgeber entweder sich selbst zu Bezahlung einer gewissen Summe gegen den Gläubiger verbindlich macht, oder einem andern austrägt, dem Vorzeiger des Wechsels eine gewisse Summe zur bestimmten Zeit zu bezahlen (b). Wechselprozeß ist diejenige Verfahrungsart, wo der Implorant seine Imploration mit einem Wechselbriebe belegt, und der Richter dem Imploraten aufziebt, über diesen sogleich sich zu erklären, auch in der Folge, wenn die übernommene Wechselverbindlichkeit mit stichhaltigen Gründen nicht aus dem Wege geräumet werden kann, nach Wechselstrenge verfährt. Wechselstrenge aber besteht darin, daß der Wechselschuldner, wenn es ihm gleich an Vermögen, das zu der Befriedigung des Gläubigers hinreicht, nicht fehlet, doch nach eingetretenem Zahlungstermin dem persönlichen Arrest bis zu der würtlich geleisteten Zahlung sich unterwerfen muß (c), von dem exekutivischen Verfahren ist daher der Wechselprozeß wesentlich

verschieden (d). So wenig indessen bei der großen Verschiedenheit der einzelnen Wechselordnungen, Landesgesetzen und Gerichtsobservanzen, ein allgemeines Wechselrecht, weder in Absicht auf die sämtlichen europäischen Staaten, noch auf das deutsche Reich sich behaupten lässt (e); eben so wenig beruhet der Wechselprozeß auf allgemeinen, durch ganz Deutschland geltenden Gesetzen. Es bleibt daher nichts übrig, als theils aus der Natur der Sache, theils aus der Anologie, theils des summarischen, theils besonders des exekutivischen Prozesses allgemeine Grundsätze abzuleiten, die dann so lange zur Richtschnur dienen müssen, bis aus besonderen Gesetzen, oder einem erwiesenen Herkommen nähere Bestimmungen dargethan worden. — Hier übrigens ist blos von dem rechtlichen Verfahren in Wechselsachen die Rede, nicht aber von dem Wechselgeschäfte selbst. Die Natur dieses, und die gesetzlichen Grundsätze in Ansehung desselben werden, als aus der Theorie bekannt, vorausgesetzt.

- a) Dieses Wort ist so wesentlich nothwendig, daß in dessen Ermangelung ein wahrer Wechsel sich nicht denken lässt. *de Cramer Observationes juris universi. P. I. Obs. 196. Jo. Ludw. El. Puttmann Grundsätze des Wechselrechts. Leipzig 1784. §. 11. Just. Fried. Runde Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts. Göttingen 1791. §. 224.* Das Gegentheil behauptet: *E. F. Knorr Entscheidung der Frage: ob das Wort Wechsel, Wechselbrief, als ein wesentliches Stück eines Wechselbrieff anzusehen sey? in A. F. Schott's Jurist. Wochenblatte. Thl. IV. S. 114.*
- b) Nicht aller Orten gilt Wechselstrenge, es lässt sich daher auch ohne sie ein Wechsel gedenken. *Jo. Heinr. Christ. de Selchow Elementa juris Germanici privati hodierni. Goetting. 1787. §. 488.* *Jo.*

Jo. Andr. Hofmann Diff. de differentiis juris cambialis inter leges I. R. G. easque ordinum imperii, quæ rigorem cambialem continent, ac statuta bremensia. Marburg. 1767. (in Bescke Thesaur. jur. cambial. P. II. Sect. III. No. 61. p. 1188.)

- c) In denjenigen Ländern, in welchen Wechselstrenge nicht eingeführet ist, werden behörig abgesetzte Wechselbriefe doch als garantirte Urkunden angesehen, und begründen nicht nur den Executivprozeß, sondern auch unbedingte Strafbefehle. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 54. Pütter Nova epitome processus imperii amborum tribunalium supremorum. §. 154. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XXII. Tit. IV. §. 47. Tafinger Institutiones jurisprudentiae cameralis. §. 567. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 52. p. 134.
- d) Ernst Christ. Westphal das teutsche und Reichständische Privatrecht. Thl. II. Abhandl. 62. §. 1. folg.
- e) Das wenige, was die Reichsgesetze hierüber in dem I. R. A. §. 107. und dem Reichsschluß von 1671. (in der Neuen Sammlung der Reichsabschiede. Thl. IV. §. 76.) verordnen, reicht zu Aufstellung eines allgemeinen Wechselrechtes bei weitem nicht hin. Westphal a. a. D. Hofmann Diff. citat. Christ. Gottl. Ricci Septendecim Exercitationes in universum jus cambiale directæ. Goetting. 1782. Exerc. I. §. 35. p. 51. seq. Püttmann a. a. D. §. 6. Das Gegentheil behauptet: Runde a. a. D. §. 226.
- * Neben den eigentlichen Grund des strengen Wechselrechts verdienen nachgelesen zu werden: I. G. Büsch Abhandlung vom wahren Grunde des Wechselrechts; sammt einem Beitrage zur Geschichte desselben, in sci-

ner Handlungsbibliothek. Band I. S. 377. folg. Runde a. a. D. 229. 230. 231. Sieh. noch Philipp Peter Guden Vom Wechsel und römischen Rechte über Schuldverschreibungen und ihrem Einflusse auf den Wohlstand der Einwohner. Götting. 1790. Vergl. überhaupt noch zu diesem Hauptstücke: Mein Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. Band II. S. 224 = 252.

§. 86.

Wann findet Wechselprozeß statt.

Wechselprozeß kann nur unter folgenden Voraussetzungen eintreten: I. wenn ausdrückliche Gesetze, oder ein erwiesenes Herkommen ihn billigen. Auf allgemein verbindlichen Rechten beruhet diese schleunige Verfahrensart nicht (§. 85.), und da Prozeßordnungen einem fremden Richter niemals zur Norm dienen, so kann man sich nicht einmal dann auf dieselbe berufen, wenn der Wechsel zwar an einem Orte, wo Wechselrecht gilt, ausgestellt worden ist, nunmehr aber an einem Orte, wo Wechselrecht nicht in Gebrauche ist, eingeflöget wird a). II. Den Personen, die das Wechselgeschäfte eingegangen haben, dürfen die nöthigen, gesetzlichen Eigenschaften nicht fehlen (b). III. Der Wechselbrief endlich selbst muß gehörig abgefasset seyn (c).

- a) Hat ein Fremder einen Wechsel mit der Klausel ausgestellt: „aller Orten, wo ich anzutreffen bin;“ so muß er sich gefallen lassen, daß auch an Orten, wo Wechselrecht sonst nicht im Gebrauche ist, nach Wechselstrenge gegen ihn verfahren wird. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 54. Westphal Das deutsche und Reichständische Privatrecht. Thl. II. Abschn. 62 §. 4. 5. 6. 7. Runde a. a. D. §. 251. Riccius Exercitat. I. de jure can-

cambiali. §. 31. p. 48. Andere behaupten, die Partien könnten in allen Fällen, wenn nicht ausdrückliche Gesetze im Wege stehen, durch ihre ausdrückliche, freiwillige Verabredung den Wechselprozeß begründen. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. I. §. 21. 22. Schauburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. I. Cap. 3. §. 2. Vergl. noch Leyser Spec. 73. M. 4. Hommel Rhapsod. Obs. 409. W. G. Bangerow Entwurf des Wechselrechts nach den Grundsätzen der preussischen Staaten. Halle 1773. §. 43 = 51. Werner P. II. Obs. 471.

- b) Davon wird in der Theorie gehandelt. Sieh. indes sen Ludovici a. a. D. K. I. Schauburg l. c. §. 3. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 28. folg. Godofr. Lud. Mencken Diss. de personis cambialiter contrahere prohibitis. Viteb. 1734. (in Besekē Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. V. No. 28. p. 614.) Jo. Büchner Diss. de illis, qui cambialiter se obligare possunt. Giss. 1778. G. D. Hoffmann Diss. de opifice et rustico cambiante. Tübing. 1761. (in Besekē Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. V. No. 35. p. 697.) Runde a. a. D. §. 232. de Selchow Elementa juris germanici privati hodierni. §. 489.
- c) Es ist hier der Ort nicht, die Bestandtheile eines Wechselbriefes aufzuzählen. Sieh. Püttmann a. a. D. §. 11. folg. und §. 68. folg. Ludovici a. a. D. Kap. II. §. 4. folg. Schauburg l. c. §. 8. Claproth a. a. D. §. 59. Runde a. a. D. §. 233. 234.

§. 87.

Geschäfte, bei welchen der Wechselprozeß statt findet.

Die Wechselverbindlichkeit ist kein für sich selbst bestehender, sondern immer nur ein Nebenvertrag, der dem Hauptkontrakte zu mehrerer Sicherheit des Gläubigers beigefüget wird. Es können daher nicht nur über

Dar-

Darlehen, sondern auch über rücksändige Kaufgelder, Pachtgelder, Miethzinsen u. s. w. Wechsel ausgestellt werden. Ja wenn gleich Wechselbriefe gemeinlich nur über baares Geld ausgegeben werden, so ist es doch ihrer Natur nicht zuwider, solche auch über andere Sachen z. B. Wein, Getraide u. s. w. auszustellen. Eben so wenig läßt sich aus zureichenden Gründen bezweifeln, daß man sich zu Leistung einer gewissen Handlung nach Wechselrecht verbindlich machen kann. Weil indessen in allen solchen Fällen das Objekt der Wechselklage häufig nicht sogleich durch sich selbst und aus dem Wechselbriefe genau bestimmt werden kann; so ist es räthlicher, sich von dem Schuldner auf den Fall, daß er sich der übernommenen Verbindlichkeit nicht freiwillig zu bestimmter Zeit entledigen würde, eine Konventionalstrafe nach Wechselrecht verschreiben zu lassen, wo dann aus einer solchen Beschreibung wider den Aussteller unstreitig nach Wechselrecht verfahren werden kann (a).

- a) Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 9. 10.
 Andere sehen die Wechselverbindlichkeit als einen eigenen, für sich bestehenden, keinen Hauptkontrakt nothwendig vorausgehenden Vertrag an. F. A. Hommeli Pr. cambium ad quam conventionum speciem sit referendum? (in Beseke Thes. jur. camb. Tom. I. No. 63.) Andere wollen bei zweiseitigen Geschäften den Wechselprozeß nicht zulassen. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. II. §. 1. 2. 3. Vergl. oben und besonders Riccius Exercitat. II. de contractu cambiali. §. 35. seq. p. 36. seq.

§. 88.

Wer kann als Implorant hier auftreten?

Nicht nur derjenige, auf den der Wechsel als den Erheber des Geldes gestellt ist, sondern auch ein jeder andere, der in die Rechte dieses auf gesetzmäßige Weise eintritt, kann die von dem Schuldner übernommene Wechselverbindlichkeit flagend verfolgen. Der Erbe also sowohl, als derjenige, dem der Inhaber des Wechsels sein Recht entweder mittelst einer gemeinen Cession, oder mittelst eines formlichen Indossaments (a) überlassen hat, ist als Implorant aufzutreten berechtigt. Erfolget die Indossation durch eine wahre Cession, so ist der Indossant wie ein Aussteller zu betrachten (b), und dem Indossaten können, in der Regel, von dem Wechselfschuldner die nämlichen Einreden entgegen gehalten werden, die dem Indossanten auch im Wege stehen (c). Bei wiederholten Indossationen bleibt ihm wesentlichen das Verhältniß immer das nämliche (d), und weil die Legitimation zur Sache, als ein wesentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens nicht nur nicht vernachlässigt werden darf (e), sondern auch nach der Natur dieser schleunigen Verfahrensart so gleich im reinen seyn muß, so ist ein Indossament in Bianko nur dann für hinreichend zu achten, wenn dasselbe vor Anstellung der Wechselklage behörig ausgesfüllt worden ist (f).

a) Eine gemeine Cession ist von dem Indossament in Ansicht der rechtlichen Verhältnisse und Wirkungen wesentlich verschieden. Westphal Das deutsche und Reichsständische Privatrecht. Thl. II. Abhandlung. 4. §. 1. 2. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 25.

b) h.

- b) H. W. von Günderode Beantwortung der Frage: ob der Indossat gegen den Indossanten eines mit Protest zurückgekommenen Wechsels, nach Wechselrecht klagen könne, in seinen Beiträgen zur Rechtsgelehrsamkeit. Gießen 1788. S. 102. und in seinen von Posselt herausgegebenen Werken. Band II. S. 202. folg. Unde Grundsäge des allgemeinen deutschen Privatrechts. §. 235. Püttmann a. a. D. Das Gegentheil behauptet Wernher P. I. Obs. 172.
- c) Wernher P. VII. Obs. 130. 131. P. V. Obs. 114. P. X. Obs. 397. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 6. Jo. Christ. Koch s. Joan. Dan. Rumpel Diss. quatenus indossatario exceptiones ex persona indossantis opponi queant. Giss. 1773. (in Beske Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 51. p. 992.) God. Dan. Hoffmann Diss. de effectu indossationis cambii proprii. Tübing. 1767. (in Beske Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 48. p. 975. Vergl. unten. Das Gegentheil behauptet Leyser Spec. 202. M. I. seq.
- d) Unde a. a. D. Westphal a. a. D. §. 3. Püttmann a. a. D. §. 143,
- e) Meine Grundsäge ic. §. 125.
- f) Püttmann a. a. D. §. 23. Westphal a. a. D. §. 4. 5. 6. Sieh. überhaupt noch Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. III. §. 8. 13. Kap. IV. §. 20. folg. Ricci Exercitat. VI. jur. cambial. de indossatione cambiorum proprietorum. Caproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 63.

§. 89.

Gegen wen findet der Wechselprozeß statt.

Den Erben des Wechselschuldners kann man das spatium deliberandi und das beneficium inventarii nicht versagen, und gegen sie kann zwar exekutivisch auf

auf die Bezahlung, nicht aber auf persönlichen Arrest geklagt werden, weil mit dem Tode des Wechselschuldners die Strenge des Wechselrechts erloscht (a). Mehreren Hauptwechselschuldndern steht die Rechtswohlthat der Theilung, und den Bürgen diejenige des Ausklangens ganz nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu (b). Den letzteren übrigens, wenn die Bürgschaft nicht in einer besondern Urkunde geschehen, sondern dem Wechselbriefe selbst beigefüget worden ist, liegt Wechselverbindlichkeit ob, und sie können daher eben so wie der Hauptschuldner selbst nach Wechselstrenge belanget werden (c). Bei eigenen Wechseln ist in Ansehung des Schuldners weder Präsentation noch Acceptation nothwendig, beides aber darf nicht unterlassen werden, wenn der Negreß gegen den Endossanten (§ 88.) nicht verloren gehen soll. Bei trassirten Wechseln hingegen ist Präsentation und Acceptation zu Begründung des Wechselprozesses durchaus wesentlich erforderlich, und wenn der Negreß gegen einen dritten bei dem Wechselgeschäfte offen bleiben soll; so muß in allen Fällen die Einlegung des Protestes nicht versäumet werden (d). — Der Wechselgläubiger, der seinen Schuldner in Arrest hält, kann an dessen Güter zugleich sich nur dann halten, wenn die Wechselverbindlichkeit durch Unterpfand, oder Güterverschreibung verstärkt worden ist (e), und die Klage auf Personalarrest findet, des über das Vermögen des Gemeinschuldners ausgebrochenen Konkurses ohngeachtet, doch noch statt (f). In dem Konkurse selbst übrigens haben die Wechsel eines Vorrechtes sich nicht zu erfreuen, sondern werden wie andere bloße Handschriften auch klassificirt (g) — Die Wechselverbindlichkeit ist eben so wie alle andere Ansprüche unter

Privatpersonen der Verjährung unterworfen. Diese beginnet, mit der Verfallzeit des Wechsels, und wenn solcher ein- oder mehrmalsen prolongiret worden, mit dem Ablauf der letzteren Prolongation. In Ermangelung besonderer Gesetze müssen die gemeinen Rechte hier angewendet werden, und es findet daher auch keine andere Verjährungszeit als dreißig Jahre statt. Die meisten Wechselordnungen aber enthalten hierüber besondere Bestimmungen, wobei nur das angemerkt werden muß, daß, wenn gleich die in diesen anberaumte kürzere Verjährungszeit verstrichen ist, doch die Wechselbriefe als guarentigirte Urkunden den Exekutivprozeß noch begründen. Selbst dann, wenn Wechselordnungen nach Ablauf der festgesetzten Frist den Wechselbrief für ganz erloschen erklären, ist doch bei eigenen Wechseln die Forderung selbst nicht für verjähret zu achten, sondern der Gläubiger kann blos des Wechselbriefes bei dem Beweise sich nicht mehr bedienen, und muß daher durch andere Mittel seine Ansprüche darthun (b). Auf die Ausflucht der Verjährung übrigens hat der Richter auch unaufgerufen, von Amts wegen Rücksicht zu nehmen (i).

a) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar.
Lib. II. Cap. 3. §. 5. Püttmann Grundsäge des
Wechselrechts. §. 62. 63. Berger Electa proces-
sus executivi. §. 50 No. 1. Das Gegenthil behauptet
Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß.
Kap. I. §. 16. Sich. noch Vincent. Bau-
mann Diss. de obligatione heredis ex cambio
defuncti debitoris. Ultraj. 1752. (in Beske
Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 45.
p. 922.)

b) Schaumburg l. c. §. 4. Püttmann a. a. D.
§. 42. 142. Das Gegenthil behauptet Berger I.
c.

- c) Püttmann a. a. D. §. 50. No. 2. Ludovici a. a. D. Kap. X. §. 10. II.
- c) Püttmann a. a. D. §. 142. Schaumburg l. c. Nunde Grundsäze des allgemeinen deutschen Privatrechts. §. 238. Das Gegenthel behauptet Berger l. c. §. 52.
- d) Schaumburg l. c. §. 7. Westphal Das deutsche und Reichständische Privatrecht. Thl. II. Abhandl. 65. 67. Gmelin und Elsässer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtssätze. Band III. Abhandl. 14. S. 215. Ricci Exercitat. X. jur. camb. de cambiis traffatis vel indossatis eorumque personis et protestatione. Nunde a. a. D. §. 239. 249. Püttmann a. a. D. §. 98.
- e) Püttmann a. a. D. §. 190. Ludovici a. a. D. Kap. II. §. 16. Leyser Spec. 133. M. 1r. Das Gegenthel behaupten Westphal a. a. D. Abhandl. 69. §. 2. 3. Hommel Rhapsod. Obs. 768.
- f) Nunde a. a. D. §. 250. Püttmann a. a. D. §. 192. folg. Berger Elect. disceptat. for. Tit. 5. Obs. 1. Suppl. P. I. Obs. 53. Jo. Brunemann Präl. publ. de processu concursus creditorum cum notis Sam. Strykii Cap. I. §. 8. Not. f. p. 15. Leyser Spec. 490. M. 5. Westphal a. a. D. Abhandl. 70. §. 3. Das Gegenthel behauptet Schaumburg l. c. §. 9. Ludovici a. a. D. Kap. II. §. 15.
- g) Nunde a. a. D. §. 250. Püttmann a. a. D. §. 191. Westphal a. a. D. Abhandl. 70. §. 4. Joh. Ge. Mönckenberg Diff. listens adumbrationem Juris cambialis in concursu creditorum. Goetting. 1788. Sixt. Jac. Käpf Diff. de locatione cambii proprii in concursu creditorum. Tübing. 1767. (in Besekē Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 47. p. 964.) Andr. Flor. Rivini Diff. de prærogativa creditorum cambialium præ chirographariis. Vitemb. 1749. (in Besekē Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 43. p. 876.) Gmelin und Elsässer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und

und Rechtsfälle. Band V. No. 12. S. 229. Henr. Brockes Obs. de cambio in concursu creditorum singulari privilegio non gaudente. (in Observat. for. N. 311. p. 361.) Christ. Gottl. Gmelin Die Ordnung der Gläubiger bei dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gantprozesse. Franfk. und Leipz. 1783. Kap. IV. §. 25. folg. S. 340. de Selchow Elem. jur. german. priv. hod. §. 493. Ricci Exerc. XVII jur. camb. de processu cambiali. Sect. V. p. 70. Ludovicia a. a. D. Kap. XVI.

- b) Westphal a. a. D. Abhandl. 68. S. 373. folg. Püttmann a. a. D. §. 148. folg. Hommel Rhapsod. Obs. 91. Ricci Exerc. XV. jur. camb. de præscriptione litterarum cambialium. Schaumburg l. c. §. 9. Gottfr. Wilh. Kuestner Diff. de menstrua et annali præscriptione litterarum cambialium. Lips. 1711. (in Besekē Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 39. p. 782.) Ludovicia a. a. D. Kap. XI. §. 3. folg.
- i) Hommel Rhapsod. Obs. 277. Püttmann a. a. D. §. 162. Das Gegentheil behauptet Kuestner l. c. §. 53.

§. 90.

Gerichtsstand in Wechselsachen.

Die Wechselklage kann in den allgemeinen Gerichtsständen des Geburts- und Wohnortes (a), oder in dem an die Stelle dieser tretenden befreiten Gerichtsstände des Wechselschuldners (b), oder in dem besondern Gerichtsstande des geschlossenen Kontraktes (c), oder auch demjenigen des angelegten Arrestes (d) angestellt werden. In den meisten Ländern jedoch sind Wechselsachen an besondere Gerichte ausschließlich gewiesen, deren Rechte und Verhältnisse sodann an einem jeden Orte erlernt werden müssen (e).

a)

- a) Meine Grundsäze ic. §. 27.
- b) Ebenda selb st. §. 34.
- c) Ebenda selb st. §. 31.
- d) Ebenda selb st. §. 32.
- e) Riccii Exercitat. XVII, jur. cambial. de processu cambiali. Sect. II. p. 20. seq. Püttmann Grundsäze des Wechselrechts. §. 164. 165. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 56. a). Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. V.
- * In Ansehung der Rechte und Verbindlichkeiten, die aus dem Wechsel selbst entspringen: ist auf den Ort der Ausstellung; in Ansehung derjenigen, die aus der Acceptation entspringen, auf den Ort der geschehenen Ausnahme; in Ansehung derjenigen endlich, die aus der Indoßirung entspringen, auf den Ort, wo diese geschehen, Rücksicht zu nehmen. Hommel Rhapsodiæ. Obs. 409. Riccius l. c. §. 14. Not. p. 33.

§. 91.

Wechselflage.

Die Wechselverbindlichkeit ist kein für sich bestehender Vertrag (§. 87.), bei Ausstellung der Wechselflage muß daher nochwendig auf den zum Grunde liegenden Hauptkontrakt Rücksicht genommen, und nach der Natur dieses die Klage eingerichtet werden. Andres muß mithin der Implorant seine Forderung ausführen, wenn er aus einem eigenen, anders wenn er aus einem trassirten Wechsel flaget; anders, wenn er gegen denselben, auf den der Wechsel gestellt ist, austritt, anders wenn er gegen den Aussteller, oder denjenigen, der diesem gleich geachtet wird, seinen Negreß nimmt — kurz die Natur des Hauptvertrages allein kann der Wech-

Wechselklage die gehörige Richtung geben — Schriftlich übrigens sowohl als mündlich kann, in Ermangelung besondere Gesetze, die Wechselklage angebracht werden, und das schleunige Verfahren nach Wechselrecht tritt nur dann ein, wenn alle wesentliche Stücke derselben durch unverfehlige Urkunden sogleich dargesthan werden. Wird daher zugleich auf den Ersatz der Schäden und Kosten geklaget, so sind diese nicht nur zu verzeichnen, sondern auch mit den gehörigen Beweisen zu belegen, und in allen Fällen müssen die Urkunden, auf welche die Wechselklage gegründet wird, mit dieser abschriftlich sogleich übergeben werden. Eben so muß aus der Klage erhellen, daß die Verbindlichkeit des Impleraten mit voller Wirkung jezo schon eintritt, denn sonst kann die Absicht des Impleranten durch die Einrede des Zuvielbittens leicht vereitelt werden (a)

a) Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 169.
Ricci Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. III. p. 40. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. VI.

* Die Rubrik des Klageschreibens kann diese seyn: Gemüßigte Wechselklage (von Seiten) u. s. w.

S. 92.

Verschiedene Verfahrensart in Wechselsachen.

Im allgemeinen lässt sich in Wechselsachen eine dreifache Verfahrensart gedenken: (A) der Wechselgläubiger übergiebt mit der Wechselklage den Wechsel in Abschrift, bittet den Impleraten zu Anerkennung des in dem anzuberaumenden Termine beizubringenden Originals vorzuladen, sodann aber denselben zu Bezahlung der Wechselsumme samt Zinsen und Kosten nach

nach Wechselrecht anzuhalten. — Hier wird ganz wie in dem Exekutivprozeß verfahren (§. 83. No. VII. bis XIV., nur die Vollstreckung der rechtskräftigen richterlichen Entscheidung geschiehet allzeit mittelst der Kaptur des Wechselschuldners (§. 85.) (a). B) Der Wechselgläubiger bittet, den Schuldner mündlich vorzuladen zu lassen. — Erscheinet dieser in dem abesraumten Termine nicht; so muß der Implerant mit der Ungehorsams Beschuldigung so lange fortfahren, bis nach der Verfassung des Gerichts die Realladung, oder Holung desselben verfügt wird. — In diesem Falle nun sowohl, als auch wenn derselbe dem an ihn erlassenen Befehle gemäß freiwillig sich stellt, bringt der Gläubiger seine Klage mündlich an (§. 91.), legt den Wechselbrief, und die allenfalls noch weiter dazu gehörigen Urkunden in der Urschrift vor, verlanget deren Aneikennung, und bittet sodann, den Schuldner zu Bezahlung des Hauptstammes, nebst Zinsen und Kosten nach Wechselrecht anzuhalten. Läßt hierauf der Implerat die beigebrachten Urkunden eidlich ab, so wird er von der angestellten Wechselklage entbunden. Erkennt er sie hingegen an, und schützt auch keine zuläßigen Einreden vor, so wird er bei nicht erfolgender Zahlung ohne Verzug in Verwahrung gebracht, und darin so lange behalten, bis er den Gläubiger entweder befriedigt, oder mit ihm sich vergleicht (b). C) Der Gläubiger legt sogleich das Original des Wechsels in dem Gerichte vor, bittet den Schuldner zu arretiren, oder ihm, wenn es sein Stand erfordert, die Wache zu setzen, und so lange in dem Arrest zu behalten, bis er die Hauptschuld nebst Zinsen und Kosten entrichtet hat — Findet nun der Richter weder in Anschung der Richtigkeit des Wechsels,

Wechsels, noch in Unsehung der Legitimation zur Sache, oder Prozeß, noch sonst nach irgend einer Hinsicht ein gegründetes Bedenken, verpflichtet sich auch der Implorant zur Verpflegung des Wechselschuldners; so wird gegen den Imploraten entweder sogleich die Realladung verfüget, oder, wenn sein Stand die alsbaldige Holung nicht gestattet, eine Gerichtsdeputation mit dem nothigen Gefolge in seine Wohnung abgeschickt. In einem wie in dem andern Falle muß so dann derselbe die ihm vorgelegten Originalurkunden entweder eidlich abläugnen, oder anerkennen. Geschicket das Letztere so erfolget, wenn nicht zulässige Einreden vorgeschützt werden, unausbleiblich die Arrestierung, die dann bis zu der wirklichen Zahlung, oder einem erzielten Vergleiche fortdauert (c) — Ob nun unter diesen verschiedenen Verfahrungsarten der Implorant die Wahl habe, oder ob er sich nur einer derselben, und welcher bedienen könne, darüber muß die besondere Wechselordnung eines jeden Landes, und das Herkommen eines jeden Gerichts die Entscheidung geben.

a) Püttmann Grundzäge des Wechselrechts. §. 170.
Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 16.

b) Derselbe a. a. D. §. 171.

c) Derselbe a. a. D. §. 172. bis 180.

*) In allen Fällen, wo nach wirklich geschehener, oder für geschehen angenommener Anerkennung der bei der Wechselflage zum Grunde liegenden Urkunden, in dem Falle der nicht Zahlung, ohne Aufschub mit der Kaptur des Schuldners verfahren wird, muß dieser, wenn er sich nicht die Strafe des Ungehorsams zuziehen will, in dem zur Anerkennung, oder eidlichen Abläugnung anberaumten Termine nothwendig in Person

erscheinen, und ein Gewalthaber ist nach der Natur der Sache nicht zulässig. Schamburg l. c. §. II. Gribner Principia processus judicarii, Lib. II, Cap. 5. §. 1.

** Der Wechselgläubiger, der seinen Schuldner in Verhaft nehmen lässt, muss die nothwendigen Allimentgelder und Wachkosten vorschießen. Weigert er sich dessen; so wird der Arrestirte wieder entlassen. Schamburg l. c. Wernher P. IX. Obs. 129. Püttmann a. a. D. §. 177. bis 180. Riccii Exercitat. XVII jur. cambial. de processu cambiali. Sect. IV. §. 29-33. p. 65. seq. An einigen Orten jedoch kann gegen diejenigen, die durch ihr Verschulden in Vermögens-Rückstand gekommen sind, auf den öffentlichen Schuldthurm geplaget werden. Püttmann a. a. D. §. 189.

*** Wird durch den persönlichen Arrest die Befriedigung des Gläubigers nicht bewirket so bleibt freilich am Ende nichts übrig, als das Vermögen des Schuldners anzugreifen. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit, §. 811.

§. 93.

Versfügung des Richters auf die eingereichte Wechselklage.

Nach eingereichter Wechselklage (§. 91. 92.) muss der Richter sorgfältig erwägen, ob auch der Wechselprozeß statt finde (§. 86.). Ist zwar die Sache nicht zu diesem, aber doch zu dem Exekutivprozeß geeignschafstet (§. 85.); so ist es die Pflicht des Richters, die Sache gleich jeso behörig einzuleiten, und ungefähr also zu erkennen: „Auf die von N. N. Implorenten wider M. M. Imploraten allhier übergebene Wechselklage nebst Anlage wird hiemit erkannt, daß die Klage, immassen sie angebracht, nicht statt habe. Indessen da der vermeintliche Wechsel doch als ein guarentigirtes Instrument angesehen werden kann, als wird

wird Termin zu dessen Anerkennung, oder eidlichen Abzäugnung auf den ic. wird seyn der ic. anberaumt, beide Theile aber Kraft dieses vorgeladen, besagten Tages Vormittags um zehn Uhr in hiesigem Gerichte zu erscheinen, und ist Implerat das vom Impleranten übergebene Instrument entweder anzuerkennen, oder eidlich abzuläugnen schuldig; widrigenfalls aber zu gewärtigen, daß das Instrument zur Strafe des Ungehorsams für anerkannt angenommen werde; Implerant aber, wie dieses geschehe, mit anzusehen. Darneben aber wird dem Impleraten befohlen, längstens acht Tage vor dem Termin alle seine etwa habenden verzögerlichen und zerstdrlischen Schuzreden einzubringen, und zugleich die Bescheinigung derselben auf eine in diesem Prozeß zulässige Art anzutreten; worauf ferner ergehet, was Recht ist (§. 82.)." — Qualificirt sich die Sache auch nicht einmal zu dem Exekutivprozeß, so muß der Richter die Klage, inmassen sie angebracht, verwiesen, und dem Impleraten die exekutive Nothdurft binnen der gewöhnlichen Frist absordern (a). — Stehet aber endlich der Zulässigkeit des Wechselprozesses nichts im Wege; so erläßet der Richter die dem Gesuche des Impleranten angemessene Verfügung, in so ferne jenes mit den vorhandenen Wechselordnungen, und dem Herkommen des Gerichts übereinstimmt (§. 92.) (b).

a) Ricci Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. II. §. 26. seq. p. 37.

b) Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 12. Ludovic's Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. VII. Riccius I. c. Sect. IV. §. 1 - 17. p. 46. seq.

§. 94.

Vernehmlaßung des Impleraten.

In Ansehung der Vernehmlaßung des Impleraten auf die wider ihn eingereichte Wechselklage finden durchaus die nämlichen Grundsätze statt, die oben bei dem Exekutivprozeß angegeben worden sind (§. 77. 83. 84. No. XIV. bis XVI. Bergl. auch §. 89. 90. 92.)

(a). Nur das verdient noch angemerkt zu werden: 1) die Einrede des nicht bezahlten Geldes kann dem Wechselgläubiger nur dann entgegen gesetzt werden, wenn der Valuta in dem Wechsel nicht gedacht ist, und solche gleichwohl nach der Wechselordnung des Ortes, wo der Kontrakt geschlossen worden (§. 90. Not. *), ein wesentliches Stück des Wechsels ausmacht, dieser auch in den Händen des ersten Empfängers sich noch befindet. Ist hingegen die Valuta entweder ausgedrückt, oder macht sie doch keinen wesentlichen Theil des Wechsels aus so kann jene Einrede nur dann Platz greifen, wenn sie sogleich dargethan wird, und so bald ein dritter, an den der Wechsel richtig indossirt ist, klaget, so wird auf dieselbe, wenn sie gleich sofort erweislich wäre, ganz keine Rücksicht genommen (§. 79. No. 6.) (b). 2) Die eingewandte Schuzrede des verschafften Wechselbriefes kann nur dann dem Wechselverfahren Anstand geben, wenn hinlängliche Anzeigen und gegründeter Verdacht vorhanden sind (c). 3) Erscheinet der Implerat zwar in dem anberaumten Termine (§. 93.), will sich aber ohne hinreichende Gründe weder zu der Anerkennung, noch zu der eidlichen Abläugnung des Originalwechsels bequemen so wird sogleich mit dem Personalarrest gegen ihn verfahren (d).

a) Ric-

- a) Riccii Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. IV. §. 17-29. p. 53. seq.
et Sect. II. §. 29. p. 39. Püttmann Grund-
sätze des Wechselrechts. §. 180. 184. Westphal
Das deutsche und Reichständische Privatrecht. Thl. II.
Abhandl. 66. S. 358. Schamburg Princip.
prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 13. 14.
Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. IX.
X. XI. Claproth Einleitung in sämtliche summar.
Prozesse. §. 68. 69. §. 72. 76. Gribner Principia
processus judicatii. Lib. II. Cap. 5. §. 6. seq.
Hofmann Deutsche Rechtspraxis. Thl. II. §. 1679.
folg.
- b) Außer den in der vorhergehenden Note angeführten
Schriftstellern sieh noch: Reichsschluß von 1671. (in
der neuen Sammlung der Reichsabschiede. Thl. IV.
S. 76.) Püttmann a. a. D. §. 181. Knorr
Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. § III. Hauptst. 3.
§. 6. Joh. Henr. Berger Diff. de exceptione
non numeratae pecuniae adversus cambium. Vi-
teb. 1700. (in Besekes Thesaur. jur. cam-
bial. P. I. Cap. VI, No. 37. p. 741.) Stryk U.
M. Pand. Lib. XIX. Tit. 4. §. 15.
- c) Püttmann a. a. D. §. 182.
- d) Knorr a. a. D. §. 4. Gribner l. c. §. 3.
Leyser Spec. '33. M. 8. 9. War der anbe-
raumte Termin ein dilatorischer so ist der Zweck des
Arrestes, den Imploraten zu der Anerkennung, oder
eidlichen Abklärung zu bewegen. Ist hingegen schon
ein peremptorischer Befehl des Richters voran gegangen;
so wird der Wechsel für anerkannt erklaret, und der
Arrest macht nunmehr das Vollstreckungsmittel aus.
Schamburg l. c. §. 13. Ludovici a. a. D.
Kap. XII. § 5. Überhaupt gehören noch hieher:
Sam. Frid. Willeberg Diff. de exceptione
doli in cambiis cessante. Gedani. 1730. (in Be-
sek. Thesaur. jur. camb. P. I. Cap. VI. No.
36. p. 719. de Ludolf Observat. for. P. II.
Obs. 179. Aug. Frid. Hurlebusch Diff. de
exceptione SCti Vellejani et Auth. si qua mu-
lier in cambio jure Brunsvicensi cessante. Göt-
ting.

ting. 1778. Jo. Phil. Behm Diss. de natura et
indoles exceptionum in causis cambialibus oc-
currentium. Götting. 1783. Beermannorum
Consilia et responsa. Tom. I. p. 435. Runde
Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts. §.
237.

* Eine Wiederklage kann hier nur dann zugleich mit
der Vorklage verhandelt werden, wenn sie eben so
privilegiert ist, wie diese. Ist dies der Fall nicht;
so hat eine angebrachte Gegenklage blos die Wirkung
der nothwendigen Erstreckung der Gerichtsbarkeit.
Claproth a. a. D. §. 70. Ludovici a. a. D.
Kap. XV. Meine Grundsätze ic. §. 468. 469.

§. 95.

Weiteres Verfahren.

I. Erbietet sich der Implerat zu der eidlichen Ab-
läugnung des Wechsels so steht dem Impleranten
frei, nach erstatteten Kosten den Wechselprozeß fallen
zu lassen, und die Richtigkeit der von ihm beigebrach-
ten Urkunden in dem ordentlichen Prozeß auf andere
Art behörig darzuthun (a). II. Schwört hingegen
der Implerat den Wechsel wirklich ab so wird er
von der angestellten Klage sogleich entbunden, und
der Implerant darneben in die Kosten verdammt (b).
III. Erleget der Schuldner die Hauptsumme nebst Zin-
sen, Schäden und Kosten so ist er nicht nur sogleich
aus dem allenfalls schon verhängten Arreste zu entlas-
sen, sondern es muß ihm auch, ehe er zu der wirkli-
chen Zahlung angehalten werden kann, der ausgestell-
te Wechselbrief eingehändigt werden (c). IV. Erklä-
ret sich der Schuldner zwar zu der Bezahlung der
eingeklagten Summe bereit, äußert aber, er wolle
seine illiquiden Einzeden in der Wiederklage besonders
aus-

ausführen, und dringet deswegen gegen den Implo-
ranten, der mit unbeweglichen Grundstücken, oder
diesen gleich geachtetem Vermögen nicht angesehn ist
auf Sicherheitsstellung, oder Niederlegung des Ge-
des so muß der Richter den letzteren darüber hören,
und wenn die Einreden an sich zulässig, auch einiger
massen wahrscheinlich gemacht sind, dem Gesuche des
Imploraten willfahren (d). V. Schützt der Implo-
rat Einreden vor, die nach der Natur dieser schleunig-
en Verfahrungsart nicht zulässig sind (§. 94); so
verwirft solche der Richter, und verweiset sie zu der
besonderen Ausführung (e). VI. Gründet sich hingegen
der Imporat auf an sich zulässige Schutzreden
(§. 94.); so ist dem Imporanten seine Erklärung dar-
über abzufordern, und, je nachdem diese aussfällt, sind
entweder weitere Verhandlungen der Partien nothwen-
dig, oder es erfolget sogleich ein verdammendes, oder
losprechendes Erkenntniß. Repliken, die nicht sofort
liquid sind, sondern ein weiteres Verfahren erfordern,
werden hier nicht zugelassen, sondern zu der besondern
Ausführung in dem ordentlichen Prozeß verwiesen (f).
VII. In zweifelhaften Fällen, wenn von eigentlichen
Handlungsgeschäften die Rede ist, leisten von erfah-
ren Kaufleuten ausgestellte Gutachten, Pareres ge-
nannt, guten Nutzen (g). VIII. Nach den Wechsel-
ordnungen der meisten Provinzen und Städte kann
durch die Einwendung der Rechtsmittel die Vollstrei-
ckung der richterlichen Aussprüche nicht gehemmt wer-
den, und außerdem ist der Gebrauch dieser nicht sel-
ten noch auf gar mancherlei Weise eingeschränkt (h).
Nach den gemeinen Reichsrechten hingegen fällt die
suspensive Wirkung an sich zulässiger Rechtsmittel nur

dann

dann weg, wenn von eigentlichen, in Handlungssachen ausgestellten Wechseln die Rede ist (i).

- a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 75. Riccii Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. VI. §. 8. p. 89. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 184.
- b) Püttmann a. a. D. Nach anderer Meinung sollen die Kosten verglichen werden. Riccius l. c. §. 7. p. 88.
- c) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 14. Wernher P. III. Obs. 85. Püttmann a. a. D. §. 185.
- d) Schaumburg l. c. §. 14. Püttmann a. a. D. §. 186.
- e) Riccius l. c. §. 7. p. 88. Claproth a. a. D. §. 79.
- f) Schaumburg l. c. §. 15. Claproth a. a. D. §. 76. Berger Electa processus executivi. §. 48. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. XII.
- g) Reichsschluß von 1671. (in der neuen Sammlung der Reichssabschiede. Thl. IV. S. 76.) Püttmann a. a. D. §. 187. Ludovici a. a. D. §. 4.
- h) Riccius l. c. Sect. VII. p. 91. seq. Ludovici a. a. D. Kap. XIII. §. 1-7. Schaumburg l. c. §. 16.
- i) Z. N. A. §. 107. Reichsschluß von 1671. (in der neuen Sammlung der Reichssabschiede. Thl. IV. S. 76.) von Selchow Einleitung in den Reichshofsrathsprozeß. Band II. Tit 46. §. 1. 2. 3. 4. S. 565. Hanzelh Anleitung zur neuesten Reichshofsrathspraxis. §. 1161. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 184. Not. a. Meine Grundsätze ic. §. 413. Andere lassen jedoch überhaupt, und ohne Unterschied die suspensive Wirkung nicht zu. Ludovici a. a. D. §. 7. 8. 9. Riccius l. c. §. 14.

§. 14. 24. Claproth a. a. D. §. 80. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 3. §. 21. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 76. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1653. 1683.

Elftes Hauptstück.

Von dem Arrestprozeß.

§. 96.

Arrestprozeß.

Der Arrestprozeß ist diejenige Verfahrungsart, wo der Richter in der Absicht seine Gerichtsbarkeit zu begründen, oder doch zu bestätigen auf Ansuchen des Gläubigers entweder die Person des Schuldners in Verhaft bringen, oder dessen bewegliche Güter, oder die demselben an andere zustehende Forderungen in Beschlag nehmen lässt, und sodann nach den vorgängigen nothwendigen Handlungen der Partien über die Rechtmäßigkeit des angelegten Arrestes erkennet (a). Der Arrest ist diesemnach entweder ein persönlicher, oder ein dinglicher, oder ein gemischter, je nachdem er über die Person des Schuldners, oder über sein Vermögen, oder über beides zugleich verhängt wird. Der Arrestprozeß selbst aber ist allzeit nur ein vorbereitender (b), der eigentlich allein daz hin abzwecket, daß dem Gläubiger sein angesprochenes Recht weder vereitelt, noch auch die Verfolgung desselben

selben erschweret werde. Die Reichsgesetze verwerfen blos widerrechtliche, mittelst eigenthätiger Gewalt angelegte Arreste, billigen hingegen solche, die in rechtlicher Ordnung verhänget worden sind (c).

- a) Sieh. Meine Grundsätze xc. §. 32. Einige halten die Anlegung und Aufhebung des Arrestes für Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit, und wollen daher von einem Arrestprozeß, als einer besonderen Art der summarischen Prozesse nichts wissen. Netzelbladt Anleitung zu der ganzen prakt. Rechtsgelehrtheit. §. 914-919.
- b) Der Arrestprozeß zielt offenbar auf eine außerordentliche Rechtshilfe, und kann darum als ein vorbereitender nicht angesehen werden, weil er nicht eine Bedingung des künftigen Prozesses, sondern nur Bedingung zur Erhaltung des Rechts ist.
- c) R. A. von 1570. §. 84. R. A. von 1594. §. 82. 83. R. R. G. D. Thl. 2. Tit. 24. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 147. Hanzeley Anleitung zu der neuesten Reichshofratspraxis. §. 938. folg. Tafinger Institutiones jurisprudentiae cameralis. §. 518. seq. Benjamin Ferdinand Mohl Versuch eines Systems der Gerichtsbarkeit des kaiserlichen Reichskammergerichts. Thl. I. Tübingen. 1791. §. 63. folg. Meine Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses. §. 280.
- * Manche mit den Arresten zwar verwandte, von denselben aber doch wesentlich verschiedene Materien, z. B. die gerichtliche Versiegelung, Niederlegung und Verwahrung gewisser dem Schuldner zustehender Gelder, oder beweglicher Sachen die gerichtlich veranstaltete Verwahrung unbeweglicher Güter, oder Personen u. s. w. gehören nicht hierher. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 108. David Mevius Synoptica tractatio de arrestis. Rostoch. 1646. Cap. I. No. 13. seq. Tafinger l. c. §. 526. seq.

§. 97.

Wer kann um Anlegung des Arrestes bitten?

Der Arrestprozeß beginnet gewisser maßen mit der Vollstreckung (§. 96.), tritt daher nur in wenigen Fällen, als Ausnahme von der Regel ein (a). Ein jeder übrigens, der an einen andern eine gültige Forderung hat, kann um Verhängung des Arrestes bitten (b); nur muß die Legitimation zu der Sache jedesmal eben so im reinen seyn, als die Legitimation zu dem Prozeß in der Regel nothwendig durch die Beibringung einer besonderen Vollmacht zu berichtigen ist (c).

- a) Mevius Tract. de arrestis. Cap. II. No. 7. 8.
9. Cap. III. Cap. IV. Sich. unten §.
- b) Mevius l. c. Cap. VII. No. 1 - 22.
- c) Mevius l. c. No. 22. seq. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 119.
Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VII. §. 3. Leyser Spec. 475. M.
6. Spec. 522. M. 5. Vergl. Meine Grundsätze ic.
§. 124. folg. Andere halten einen allgemeinen Auftrag für hinlanglich. Wernher P. VI. Obs. 284.
332. P. IX. Obs. 46.

§. 98.

Gegen wen kann ein Arrest verhängt werden?

Gegen einen jeden, der wahrer Schuldner ist, auf welchem Rechtsgrunde auch die Schuld selbst beruhen mag, kann Arrest erkannt werden (a); nur der persönliche findet gegen folgende Personen nicht statt: 1) Geistliche können nur dann, wenn sie sich schon auf die Flucht begeben haben, oder doch wegen derselben

höchst

höchst verdächtig sind, mit Arrest bestricket werden, und der weltliche Richter, der denselben nur in dem Fall, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, zu erkennen besugt ist, muß den Arrestirten dem geistlichen gehörigen Richter bald möglichst übergeben (b). 2) Wirklich im Dienst begriffene Soldaten können nicht arrestirt werden; nur durch Verbrechen allein, wenn sie z. B. rauschen und plündern, machen sie sich dieses Vorrechts unwürdig (c). 3) Gesandte dürfen in dem Staate, wo sie als solche angenommen sind, so lange ihre Gesandtschaft währet, mit keinem Arrest belegt werden (d). 4) Der Schuldner, welcher der Rechtswohlthat der Uebertragung der Güter sich bedienet hat, ist von dem Arreste frei (e). 5) Auch ein erhaltener eiserner Brief, und ein gegebenes sicheres Geleit schützen gegen den Arrest, wenigstens so lange, als nicht bereits getroffene Anstalten eine vorhabende Flucht höchst wahrscheinlich machen (f). 6) Kinder, die an ihre Eltern Forderungen haben, können nur, wenn höchste Noth sie drücket, auf Verhängung des Arrestes dringen, und um ähnlicher Verhältnisse willen tritt das nämliche bei dem Lehnmanne in Ansehung des Lehnherrn ein (g).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. VIII. No. 1-77.

b) Idem l. c. No. 86 - 95. Gail Lib. II. Obs. 44. No. 2.

c) Mevius l. c. No. 104 - 114.

d) Idem l. c. No. 114 - 123. Meine Grundsätze 2c, §. 34.

e) Mevius l. c. No. 148 - 170. Cap. XXV. No. 32. seq.

f) Idem l. c. Cap. VIII. No. 170 - 173. Cap. XXV. No. 39.

g)

g) Berlich P. I. Conclus. 50. num. 9. seq.
 Carpzov P. I. Const. 29. Def. 28. Mevius
 l. c. Cap. VII. No. 175-181. Claproth Ein-
 leitung in sämmtliche summarische Prozesse. §. 120.

§. 99.

Welche Sachen können in Beschlag genommen werden?

Alle bewegliche Sachen, in so weit sie dem Schuldner ganz, oder zum Theil zustehen, können beschlagen werden; nur ist für sich klar, daß die vorher von einem dritten an solchen Sachen schon erworbene Rechtsame ungekränkt bleiben müssen (a). Bei unbeweglichem Vermögen ist eine Verkümmierung nicht denkbar, die Untersagung der Veräußerung kann aber die Stelle derselben vertreten (b). Eben so wird zuweilen statt des Arrestes die Benützung gewisser Rechte untersagt (c), und wenn von aussichtenden Schulden die Rede ist so verbietet der Richter bei Strafe des doppelten Zahlens, demjenigen, gegen welchen die Arrestverhängung nachgesuchet wird, Zahlung zu leisten (d) — Bei der Beschlagnahmung übrigens selbst wird dasjenige Vermögen billig zuletzt angegriffen, dessen der Schuldner zu seinem nöthigen Unterhalt, oder zu Erziehung des Geschäftes, das ihm Nahrung giebt, bedürftig ist (e).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. IX. No. 1-25.

b) Idem l. c. No. 25-32. Ein solches Verbot begründet jedoch die Gerichtsbarkeit desjenigen Gerichts nicht, welches dasselbe hat ergehen lassen. Hoffmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1556. Not. a.

c)

- c) Mevius l. c. No. 32-35. Hierher ist die vorhergehende Bemerkung zu wiederholen.
- d) Idem l. c. No. 35-53. Leyser Spec. 244. M. II. Pufendorf Tom. III. Obs. 168. 170.
- e) Mevius l. c. No. 53-62. Pufendorf Tom. IV. Obs. 257.

§. 100.

Forderungen, die ein Arrestgesuch begründen.

Eine jede Verkümmерung setzt schon ihrem Begriff nach eine Forderung voraus. Diese nun muß 1) jezo schon beigetrieben werden können. Vorher findet Arrest nicht statt, wenn nicht etwa der Schuldner sichtbar in Abnahme seines Vermögens verfällt, oder sonst Gefahr auf dem Verzuge haf tet, als in welchen Fällen wenigstens vorerst auf Sicherheitsleistung mit Recht gedrungen werden kann (a). 2) Die Forderung muß auch an dem Orte, wo das Arrestgesuch angebracht wird, eingeflaget werden können (b). 3) Geringfügiger, unbedeutender Forderungen wegen wird billig zu einem so harten Mittel, als die Verkümmерung ist, nicht geschritten. Die Umstände müssen hierbei das vernünftige Ermessen des Richters leiten. 4) Die Existenz der Forderung endlich braucht zwar nicht vollständig erwiesen, muß aber doch höchst wahrscheinlich gemacht werden; den Betrag derselben hingegen sofort liquid zu machen ist nicht nothwendig (c).

- a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. X. Nn. 19-29.
- b) Sieh. den folgenden §.
- c) Mevius l. c. 32-53. Schamburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VII. §. 2. Leyser Spec. 475. M. I. 2. 5. Wernher P. IX. Obs. 9. P. X. Obs. 431. Gribner Princip.

Princip. processus judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 2.
 Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VI.
 §. 2. Struben R. V. Thl. I. Bed. 74. Elap-
 roth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse.
 §. 115. Müller ad Struvium Exercitat.
 XXVI. T. 2. Not. E. de Cramer Tom. I.
 Obs. 413.

§. 101.

Zeit, zu welcher, und Ort, wo das Arrestgesuch angebracht werden kann.

Der Arrest kann, bei eintretender Gefahr, zu allen Zeiten, auch an Ferien und Festtagen gesucht und angeleget werden. Nur Kaufleute und ihre Waaren sind während der Messzeit von der Verkümmnerung befreit. Es wäre dann, daß sie den Messfreiheiten ausdrücklich entsagt hätten, oder der Flucht wegen höchst verdächtig wären. Außer den Kaufleuten kann jedoch niemand dieses Vorrecht ansprechen, es dauert auch nur so lange, als die Messzeit währet, und darf auf Fahr- und Wochenmärkte nicht ausgedehnet werden (a). — Blos an dem Orte, wo der Schuldner wegen der in Frage stehenden Forderung in Anspruch genommen werden kann, ist es erlaubt eine Verkümmnerung anzulegen. Boshafté Schuldner jedoch, die ihren Gläubigern zu entgehen suchen, oder ihr Vermögen verprassen, oder flüchtig geworden sind, müssen an allen Orten, wo sie, oder ihre Sachen angetroffen werden, persönlichen sowohl, als dinglichen Arrest sich gefallen lassen (b).

a) L. un. C. de nundin. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XI. de Selchow Elementa juris Germanici privati hodierni. §. 208. Orth Ausführliche Abhandlung von den zweien Reichsmessen, so

zu Frankfurth am Main jährlich gehalten werden.
Frankfurth 1765. S. 242. Pfeffinger ad Vitrarium Tom. III. Lib. III. Tit. 2. §. 39.
p. 194.

b) Mevius l. c. Cap. XII.

§. 102.

Welcher Richter kann Arrest verhängen?

So wie überhaupt alle eigenthümige Gewalt verboten ist, so darf auch kein Gläubiger, wenn nicht höchste Gefahr auf dem Verzuge stehet, und die richterliche Hülfe so geschwind nicht erlanget werden kann, weder die Person seines Schuldners anhalten, noch auch seiner mit sich führenden Sachen sich bemächtigen, sondern muß vielmehr den zuständigen Richter angehen (a). Der Richter des Orts aber, wo der Schuldner wegen des in Frage stehenden Anspruchs Recht zu geben verbunden ist, ist als der gehörige anzusehen, und sollten an dem nämlichen Orte mehrere Gerichtsstellen seyn so muß nach der besonderen Ortsverfassung bestimmt werden, vor welche dieser Geschäftszweig gehöret. Flüchtig gewordene Schuldner jedoch, und diejenige, die sich verbergen, um den rechtlichen Ansprüchen ihrer Gläubiger zu entgehen, oder die ihr Vermögen verprassen, kann ein jeder Richter eben so anhalten, wie er ihr Vermögen zur Sicherheit der Gläubiger in Beschlag zu nehmen befugt ist (b).

a) Meine Grundsätze r. §. 3. No. VII.

b) Mevius Tr. de arrestis, Cap. V. Meine Grundsätze r. §. 32. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 117. Pufendorf Tom. I, Obs. 167. Gmelin und Elsässer

ser Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle Band V. No. 13 S. 249.

* (Der Arrest, wenn er auch eine außerordentliche Rechtshilfe bedeutet, darf sich soweit als möglich von den Regeln des ordentlichen Verfahrens entfernen; so lange daher derjenige Richter, dessen Jurisdiction in der Hauptsache fundirt ist, den Arrest mit gleicher Wirkung erkennen kann, so lange darf man sich an einen andern Richter nicht wenden. Grolmann Theorie des ger. Vers. §. 240.)

§. 103.

Ursachen, um welcher willen Arrest erkannt werden kann.

Eine Verkümmierung enthält eine höchst nachtheilige Verfügung gegen eine noch nicht gehörte Person, sie kann daher nur besonderer Gründe und Verhältnisse wegen erkannt werden. Bei Erwägung und Beurtheilung dieser Gründe tritt zwar hauptsächlich das Ermessen des Richters ein, welches immer durch den allgemeinen Grundsatz geleitet werden muß, daß nur augenscheinliche Gefahr, der Gläubiger werde seinen Anspruch ganz vereitelt, oder doch die Verfolgung des selben sehr erschwert seien, die Anlegung eines Arrestes rechtfertigt; allein es lassen sich dann doch mancherlei besondere Gründe angeben, von welchen also dann auf andere ähnliche Fälle leicht geschlossen werden kann. Diese besondere Gründe sind: 1) wenn der Schuldner auf die Flucht bereits sich begeben hat, oder doch derselben wegen höchst verdächtig ist, und gleichwohl kein Vermögen zurückläßt, an dem der Gläubiger sich erholen könnte. Besonders gehobt hierher auch der Fall, wenn mit einem Reisenden ein Geschäft eingegangen worden ist, und dieser, ohngeach-

tet ihm kein Credit gegeben worden, weder Zahlung leistet, noch auch Sicherheit bestellte (a): 2) wenn der Schuldner sein Vermögen verschwendet, sichtbar in Rückstand kommt und daher zu fürchten ist, der Gläubiger möchte am Ende um seine Ansprüche gar gebracht werden (b): 3) persönlicher Arrest macht nicht selten die öffentliche Strafe des Ungehorsams aus (c), und wird auch zuweilen als Vollstreckungsmittel gebraucht (d): 4) wenn an dem Orte, wo der Schuldner eigentlich belanget werden sollte, besonderer Verhältnisse wegen, z. B. wegen Krieges, Gerichtsstillstandes u. s. w. richterliche Hülfe nicht erlangt werden kann, und der Schuldner gleichwohl den Gläubiger in Güte nicht befriedigen will. — So lange übrigens durch dinglichen Arrest der Gläubiger noch sicher gestellt werden kann, muß man zu dem persönlichen, als einem härteren Mittel, nicht schreiten, und außer dem Wechselprozeß wird auf die Verabredung, mittelst deren eine Partie der persönlichen Verkümmерung sich unterwirft, keine Rücksicht genommen (e).

a) Leyser Spec. 475. M. I. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 110. de Cramer Tom. III. Obs. 958. Boehmer Tom. II. Consultat. 473. n. 20.

b) Claproth a. a. D. §. 111. Leyser l. c. M. 5.

c) Meine Grundsätze n. §. 456.

d) Ebenda selbst §. 448. No. 3.

e) Claproth a. a. D. §. 107. 114. Sieh, überhaupt noch Mevius Tr. de arrestis. Cap. VI.

§. 104.

Arrestgesuch.

In dem dem Richter einzureichenden Arrestgesuche führet man 1) die an den Imploraten zustehende Forderung behörig an, und bescheinigt ihre Existenz; zeigt sodann 2) die bevorstehende Gefahr, diesen Anspruch entweder gar bereitst, oder doch die Verfolgung desselben sehr erschweret zu sehen (a); bemerkt 3) das nthige wegen der Legitimation zu der Sache und zu dem Prozeß; entfernet 4) den allenfalls eintretenden Zweifel, ob gegen den Imploraten ein Arrest verhängt werden könne; begründet 5) bei der mindesten eintretenden Bedenklichkeit die Gerichtsbarkeit des Richters, den man angehet, und zeigt, daß auch die Zeit eingetreten sey, wo der Verhängung des Arrestes nichts mehr im Wege steht; bezeichnet 6) die Art der Versammlung, die dem Imploranten die beste Sicherheit gewähret; und füget endlich 7) das Gesuch um Erkenntung dieser bei (b).

- a) Macht der Arrest das Vollstreckungsmittel aus; so muß der deswegen zu überreichende Schriftsaß freilich anders eingerichtet werden. Meine Grundsätze u. c. §. 449.
- b) In der Rubrik muß die Absicht des Imploranten namentlich und bestimmt ausgedrückt werden. Z. B. Gemüthiges Gesuch um Verhängung des persönlichen Arrestes — Beschlagung des beweglichen Vermögens — der aussiehenden Schulden — Untersagung der Veräußerung unbeweglicher Güterstücke u. s. w. — Nach erkanntem Arrest erhalten die Partien gewöhnlich die Namen — Arrestant und Arrestat — weil aber diese Benennungen auch von wegen Verbischen, oder Vergleichen gefänglich Eingezogenen gebraucht werden so ist es besser der Ausdrücke — Impetrant und Impetrat sich zu bedienen.

§ 2

§. 105.

§. 105.

Versfügung des Richters auf das eingereichte Arrestgesuch.

Der Richter, welcher ohne die im vorhergehenden angeführten Erfordernisse zu beobachten einen Arrest verhängt, setzt sich der Injurien. (a) oder Syndikatsklage, oder einer actioni in factum aus (b); sein ganzes Verfahren zerfällt außerdem als nichtig in sich selbst (c); er macht sich noch darneben verdächtig und die Partien können ihn daher sich verbitten (d). Dagegen schützt ihn das nicht, wenn er die Verkümmерung unter der Klausel — auf Gefahr des bitten den Theils, oder, — so viel von Rechtswegen geschehen kann — erkannt hat (e). Auf der andern Seite aber kann derselbe allerdings auch auf Entschädigung belanget werden, wenn er einen gebetenen Arrest dann zu verhängen Anstand nimmt, wo derselbe doch nach den bisher angeführten Grundsäzen billig erkannt werden sollte (f) — Aus dem allen also ergiebt sich, daß der Richter bei angebrachten Arrestgesuchen mit der höchsten Vorsicht zu Werk gehen muß. Treten die nothigen Erfordernisse offenbar nicht ein; so ist die gebetene Verkümmierung gerade zu abzuschlagen. Bei eintretenden Zweifeln hingegen, sind entweder Vorbescheide, die die Begräumung der Bedenklichkeiten be zwecken zu erlassen, oder es kann allenfalls auch der Implorat auf mündliche Vorladung kurz vernommen werden (g). Haftet hingegen sichtbar Gefahr auf dem Verzuge, so daß die vorhandenen Bedenklichkeiten vorst noch nicht gehoben werden können so bleibt nichts übrig, als den Imploranten zu gehöriger Sicherheitsleistung wegen allenfallsiger Entschädigung des Richters sowohl, als des Imploraten anzuhalten, und sodann den gebetenen Arrest zu verhängen (h).

a) L.

- a) L. 32. D. de injur. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXIII. No. 21-24. Guil. Hieron. Brunknech Diss. de actione injuriarum ob arrestum contra debitorem solvendo existentem dolose impetratum, competente. Jenæ 1725.
- b) Mevius l. c. No. 24-30. Meine Grundsätze ic. §. 24. Not. c.
- c) Rivenus Tit. 51. Enunc. 5.
- d) Leyser Spec. 475. M. 3. Spec. 67. M. 4. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. IV. §. 4. Meine Grundsätze ic. §. 24. §. 57.
- e) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 116. Ludovici a. a. D. §. 4.
- f) Claproth a. a. D. Ludovici a. a. D. §. 6. Mevius l. c. Cap. IV. No. II. Wernher P. VII. Obs. 220. Sammlung merkwürdiger am kaiserlichen Reichskammergerichte entschiedener Rechtsfälle mit ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen. Thl. II. Lemgo 1789. No. 6. 8.
- g) Claproth a. a. D. §. 125. 126.
- h) Struben R. B. Thl. I. B. 74. Carpzov P. I. Const. 29. Def. 25. 26. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VII. §. 2.

§. 106.

F o r t s e z u n g .

Achtet der Richter die Sache zu Eikennung des Arrestes geeigneschaffet so leuchtet A), in so ferne von Verhängung der persönlichen Verkümmierung die Frage ist, von selbst in die Augen, daß der bloße Befehl an den Imploraten, sich nicht zu entfernen, die Gefahr der Flucht und des Verlustes der Forderung nicht aufhebet (a). Es bleibt mithin nichts übrig, als Personen

souen geringen Standes in ein leidliches, öffentliches Gefängniß bringen zu lassen, Personen von Stand aber einen, oder eiliche Männer in ihrem Hause beizugeben, die dieselben beständig unter Auge behalten müssen. Sollen hingegen B) bewegliche Sachen in Beschlag genommen werden: so sind solche, nach Verschiedenheit der Umstände, entweder bei Gericht in Verwahrung zu nehmen, oder an einen eigenen, besonderen Ort zu bringen, und allenfalls zu bewachen; oder es ist demjenigen, bei dem sich dieselben befinden, unter der Verwarnung, daß er dafür stehen müsse, zu befehlen, solche, ohne vorgängige richterliche Erlaubniß, niemand auszuhändigen. Sollten die Sachen dem Verderben ausgesetzt seyn, oder ihre Aufbewahrung zu vielen Aufwand heischen, und darneben der Implorat abwesend seyn, so kann der Richter füglich, nach vorgängiger gehöriger Schädigung, die Veräußerung derselben veranstalten, und das erlobte Geld gerichtlich niederlegen. Will endlich C) der Richter austesthende Forderungen des Imploraten beschlagen; so ist ein Befehl an die Schuldner, ihrem Gläubiger, bei Strafe des doppelten Zahlens, keine Zahlung zu leisten der natürlicheste Weg (b) — Neben der Arrestverhängung selbst aber muß der Richter zugleich einen Termin zu Rechtfertigung der angelegten Verkümmernung anberaumen, der nach den verschiedenen Verhältnissen der Partien, und der Natur der Sache bald kürzer, bald länger seyn kann. Sind dem Imploranten, der abwesend, und einem andern Richter unterworfen ist, seine Güter in Beschlag genommen worden so muß demselben, mittelst der gewöhnlichen Nachsuchungsschreiben (c), das von dem Imploranten eingereichte Arrestgesuch und die darauf ergangene richterliche

terliche Verfügung zugesertigt werden. Nach Besin-
den der Umstände kann auch wohl eine öffentliche Las-
dung nothwendig seyn (d).

- a) Einen solchen bloßen Befehl hält gleichwohl für hin-
reichend: Mevius Tr. de arrestis. Cap. XIII.
Vergl. auch Cap. XIV.
- b) Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VI.
§. 7. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 127.
- c) Meine Grundsätze u. §. 101. folg.
- d) Ebenda selbst §. 94. Mevius l. c. Cap. XVI.
No. 1-8.

§. 107.

Wirkungen eines angelegten Arrestes.

Die erlassene richterliche Verordnung muß derje-
nige, an den sie ergangen ist, wenn er sich nicht die
Strafe des Ungehorsams zuziehen will (a), auf das
genaueste befolgen, und alles in dem Zustande lassen,
in welchem es zu der Zeit der verhängten Verkümmi-
rung war (b). Ist der Schuldner so arm, daß er wäh-
rend des Arrestes seinen nothdürftigen Unterhalt auf-
zubringen nicht im Stande ist; so lieget dem Implo-
ranten ob, die nothwendigen Ausgaben vorzuschießen,
oder sich gefallen zu lassen, daß der Arrest aufgehoben,
wird (c). Bei beschlagenen Sachen hingegen blei-
bet, wenn der Implorat den nothwendigen Aufwand
zu Verwahrung derselben nicht bestreiten kann, am
Ende nichts übrig, als zur Veräußerung, so weit
es nöthig ist, zu schreiten. Nach gemeinen Rechten
giebt die Verkümmierung kein Pfand überhaupt kein
Vorzugsrecht vor andern Gläubigern (d); nur auf die

in Beschlag genommenen Sachen, wenn sie durch die Beschlagnahmung erhalten worden sind, macht derjenige, der diese veranlasset hat, mit Recht vor allen andern Gläubigern Ansprache (e). In der Regel kann zwar nur derjenige Richter, vor welchem der Implerat in Ansehung der von dem Imploranten angesprochenen Forderungen nach den Gesetzen Recht zu geben verbunden ist, einen Arrest erkennen; allein in außerdentlichen Fällen ist doch ein jeder Richter berechtigt, die unter seinem Gerichtszwange sich befindende Personen und Sachen, wenn es gleich nur reisende Personen, oder durchgehende Sachen sind, in Beschlag zu nehmen, und alsdann begründet die Anlegung des Arrestes in Rücksicht auf die Forderung in Ansehung welcher derselbe angeleget wird, sie sey eine persönliche, oder dingliche, die Gerichtsbarkeit des Richters, die ihn erkennt (f).

- a) Sieh. davon den folgenden §.
- b) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XV. No. 1-5.
No. 13-15. No. 41-44.
- c) Mevius l. c. No. 6-9. Cap. XXV. No. 23.
24. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 110. No. 4.
- d) L. 12. pr. D. de reb. auctor. judic. L. 10. C. de bon. auctor. judic. Wernher P. VII. Obs. 204.
- e) L. 10. §. 16. D. quæ in fraudem creditor. L. 5.
6. D. qui potior. in pign. Leyser Spec 475.
M. 7. 8. 9. Mevius l. c. No. 9-13. et Cap.
XIX. No. 19. seq. Claproth a. a. D. §. 139.
- f) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar.
Lib. II. Cap. VII. §. 1. Claproth a. a. D. §.
118. Struv Exerc. q. th. 42. Mevius l. c.
No.

No. 144. Gmelin und Elsaßer Gemeinküßige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band II. No. IX. S. 90. Meine Grundsätze ic. §. 32. (Aus unzureichenden Gründen behauptet Krüll Pruf. einzelner Theile des posit. Rechts. Bd. 4. Abh. 3. die Arrestiverfügung begründe an und für sich keinen eigenen Gerichtsstand.)

§. 108.

Folgen des gebrochenen Arrestes.

So bald der Richter von dem von dem Impetraten gebrochenen Arreste Nachricht erhält, muß er vor allen Dingen des Entflohenen, oder der weggebrachten Sachen wieder habhaft zu werden sich bemühen. Ist dieses nicht möglich; so bleibt nichts übrig, als eine öffentliche Ladung, oder die nthigen Nachsuchungsschreiben an den Richter, unter dessen Gerichtszwang der Entwichene, oder dessen Sachen sich befinden, zu erlassen. Strafe verdient der Ungehorsam des Impetraten in alle Wege, die aber, als in den Gesetzen nicht bestimmt, dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, und nicht wohl eine andere, als eine den Umständen angemessene Geldstrafe seyn kann (a). Ein Dritter, der dem Impetraten zu seiner Entweichung, oder Wegschaffung seiner Sachen behülflich ist, nimmt eben dadurch die Verbindlichkeiten, dieses auf sich, und kann daher von dem Impetranten allerdings belanget werden (b). Daß endlich gegen den Richter, der bei der Verhängung des Arrestes die gebührende Sorgfalt nicht angewendet hat, subsidiarisch auf Entschädigung geklagt werden kann, leidet wohl keinen Zweifel.

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXIV. No. 1-36. Pufendorf Tom. II. Obs. 20. 21.

b) Idem l. c. No. 36-42.

§. 109.

Rechtsmittel gegen die Verhängung des Arrestes.

Richterliche Erkenntnisse, die eine fortwährende Beschwerde enthalten, wie dieses der Fall bei einem widerrechtlich angelegten Arreste ist, werden zwar nicht rechtskräftig; es kann auch gegen eine richterliche Verfügung, durch welche jemand vor Gericht geladen wird, wenn diese, wie z. B. eine Nealladung, für den Geladenen höchst nachtheilige Folgen hat, ein Rechtsmittel allerdings ergriffen werden; allein da Arreste immer doch nur erkannt werden, wenn Gefahr auf dem Berzuge haftet, dem Impetraten auch Bege genug offen stehen, seine Gerechtsame zu verfolgen, und das ihn allenfalls angethanen Unrecht zu rächen, so lässt der gemeine Gerichtsbrauch gegen verhängte Verkümmernungen Rechtsmittel nicht zu (a) und das wenigstens lehrt schon die Natur der Sache, daß, wenn man dieselben auch für zulässig achten will, doch der Arrest, bis zu der eingelangten Verordnung des Obersrichters nicht aufgehoben werden darf (b).

- a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXI. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 129. — Ob gegen dasjenige richterliche Erkenntniß, welches nach geschehener Rechtfertigung der Verkümmierung in der Hauptsache selbst ergehet, ein Rechtsmittel gültig ergriffen werl kann, muß nach den allgemeinen Grundsätzen von der Statthaftigkeit der Rechtsmittel beurtheilet werden, indem der verhängte Arrest hierinn gar nichts ändert.
- b) Auch in Arrestsachen sind die Urtheile nicht inappellabel, selbst gegen die Erkennung oder Versagung des Arrestes finden Rechtsmittel statt, welche in der Regel zwar keine Suspensivkraft haben, obgleich auch diese aus hinreichenden Gründen dem Rechtsmittel zugestanden

gestanden werden kann. Gönner Hdb. B. III. Abb. 61. §. 25. wirklich hat auch das K. R. K. G. am 16. Jun. 1801. über die Frage, ob der Arrest zu erkennen gewesen oder nicht, auf Bericht und Gegenbericht völliche Appellationsprozesse erkannt. S. dessen Beobacht. im jurid. Arch. B. III. S. 227.

^a Von Interventionen und Adhäsionen in Arrestsachen handelt: Mevius l. c. Cap. XIX.

§. 110.

Der Impetrant erscheint in dem zu Rechtfertigung des Arrestes anberaumten Termine nicht.

Läßet der Impetrant, ohne daß er aus rechtmäßigen Ursachen um Erstreckung gebeten hat, oder allgemein kundiger maßen so verhindert ist, daß alle Schuld von seiner Seite wegfällt, den zu Rechtfertigung des angelegten Arrestes anberaumten Termin ungehorsam verstreichen so ist der erschienene Impetrat auf Aufhebung der verhängten Verkümmерung, wie auch den Ersatz der verursachten Kosten und Schäden zu dringen allerdings berechtigt (a).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XVI. No. 8-11.
Cap. XVII. No. 1b. 17. Cap. XXV. No. 25-32.
Andere geben der Strafe der Erlösung nicht statt.
Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1576.
1577.

§. 111.

Der Impetrat bleibt in dem zu Rechtfertigung des Arrestes anberaumten Termine aus.

Das ungehorsame Aussenbleiben des Impetraten in dem von dem Richter zu Rechtfertigung des erkannten Arrestes anberaumten Termine kann den Besuchern

nissen des Impetranten nicht nachtheilig seyn; es verfahrt daher dieser mit der ihm obliegenden Rechtfertigung eben so, als wenn jener erschienen wäre (a).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XVII. No. 16.
Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozeße. §. 132. Hofmann Deutsche Reichspraxis. §. 1578.

§. 112.

Rechtfertigung des Arrestes.

In dem von dem Richter anberaumten Termine hat der Impetrant vor allen Dingen die bei Verhängung des Arrestes etwa unterzelaufenen Fehler, wenn durch sie an hinreichender Sicherheit es gebricht, anzugezeigen, und auf Verbesserung derselben zu dringen. Diesem vorgängig muß er, wenn dieses vorhin noch nicht geschehen seyn sollte, die Rechtmäßigkeit des angelegten Arrestes nach den bisher vorgetragenen Grundsäzen umständlich darthun, besonders aber den Grund seiner Forderung, wie auch die, die Werkümerung veranlassende Gefahr sorgfältig ausführen, und sodann die Vernehmlassung des Impetraten, mitstet eines seinen Ansprüchen angemessenen Gesuchs, fordern (a).

a) Sieber Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 358.
Mevius Tr. de arrestis. Cap. XVII. No. 12-16.

§. 113.

§. 113.

Vernehmlassung des Impetraten auf die eingetragte Arrestklage.

Kann der Impetrat den angelegten Arrest mit stichhaltigen Gründen als widerrechtlich anfechten so muß er diese umständlich ausführen, und wenn der Richter blos der erkannten Verkümmierung wegen, sonst aber nach keiner andern Hinsicht in der Sache zuständig ist, in die Hauptsache selbst sich gar nicht einlassen, indem in diesem Falle die Einrede des widerrechtlich angelegten Arrestes, als eine den Gerichtsstand ablehnende anzusehen ist (a). Ist hingegen die Gerichtsbarkeit des angegangenen Richters schon an sich, auch ohne die Verkümmierung, in Unsehung der Hauptsache gegründet so kann die Schuzrede des widerrechtlich angelegten Arrestes nur als eine gemeine verzdgerliche, welche die von dem Richter erlassene Verfügung betrifft, angesehen werden (b), und es muß daher mit derselben die Einlassung in Unsehung der Hauptsache allerdings verbunden werden (c). In beiden Fällen übrigens ist der Impetrat nicht nur auf Aufhebung des Arrestes zu dringen berechtiger, sondern auch besfugt, mittelst einer Widerklage wegen der zugefügten Beschimpfung Genugthuung, und wegen der verursachten Schäden Ersatz von dem Impetranten zu verlangen (d). Läßet sich aber endlich gegen den erkannnten Arrest etwas erhebliches nicht einwenden (e) so bleibt dem Impetraten, der gerne der Verkümmierung entledigt seyn möchte, nichts übrig, als, in so ferne blos von einem persönlichen Arrest die Rede ist, gehührende Sicherheit, sich jedesmal vor Gericht stellen zu wollen (*); in so ferne aber von einem dinglichen Arreste

Arreste die Frage ist, dem ergangeneu Urtheil ein Ge-
nüge leisten zu wollen, rechtsgemäßlich zu bestellen (f).
Ueber diese angebotene Sicherheitsleistung wird der Im-
petrant billig veruommen, und den unter den Partien
darüber entstandenen Streit schlichtet am Ende der
Richter. Durch Bürgen, oder Pfänder muß in der
Regel diese Kautio[n] bestellt werden (g), und eine
blos eidliche Versicherung ist nur dann für hinreichend
zu achten, wenn der Impetrat ein sehr glaubwürdiger
Mann ist, von dem allen Umständen nach sich nicht
erwarten läßt, daß er sein gegebenes Wort brechen
werde (h).

- a) Meine Grundsäge ic. §. 160. 170.
- b) Ebenda selbst §. 165.
- c) Ebenda selbst §. 170.
- d) L. 5. §. 1. D. qui satisdare cogantur. Mevius
Tr. de arrestis. Cap. XXIII. No. 1-17. Clap-
roth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse.
§. 133. Vergl. oben §. 105. Hierher gehört auch
der oben zum §. 105. Not. a angeführte Bruckne[f].
- e) Die Sicherheitsstellung enthält jedoch an sich niema-
len eine stillschweigende Genehmigung des verhängten
Arrestes. Es kann vielmehr der Impetrat, der solche,
um der Verkümmерung desto geschwinder entledigt zu
werden, bestellt, auch nachher noch wegen des wider-
rechtlich angelegten Arrestes gegen den Richter sowohl,
als gegen den Impetranten Klage führen. Mevius
l. c. Cap. XXIII. N. 17-21.
- * Da der Arrest nicht blos die Rechtsverfolgung, son-
dern selbst die Realisirung des Rechtes bezwekt, und
die Sicherheit allemal diese Richtung haben muß, auch
der persönliche Arrest vom dinglichen nicht im Zwecke,
sondern nur in der zufälligen Verkümmerungsart un-
terschiedet, so muß zur Abwendung auch des persön-
lichen

lichen Arrestes eine dem bishinigten Anspruch gleiche Sicherheit geleistet werden.

- f) Die Kautionssumme kann jedoch hier nicht höher angesetzt werden, als der Werth der beschlagenen Sachen sich belauft. *Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXV. No. 40-67.* Allemal muß dem Impetraten unter mehreren Objekten des Arrestes die Wahl freistehen, sobald er nur dem Gegner hinreichende Sicherheit stellt.
- g) *Mevius l. c. Cap. XXV. No. 67-96.*
- h) *Idem l. c. No. 96-102. Claproth a. a. D. §. 136.*

** Zwischen der Aushebung eines Arrestes wegen Mangel an hinreichendem Grunde des Arrestgesuches und zwischen der Verwandlung des Arrestes in ein anderes Sicherheitsmittel ist der wesentliche Unterschied, daß dort alle Wirkungen des Arrestes, insbesondere des *forum arresti*, hinwegfallen, welche hier fortduern. |

§. 114.

Fortsetzung.

Siehet der Impetrat sich veranlaßt in die Haupt-
sache selbst einzugehen, so muß die Art seiner Vernehm-
lassung der Natur dieser gemäß eingerichtet werden.
Der angelegte Arrest hat hier ganz keinen Einfluß,
sondern die gewöhnlichen Grundsätze des ordentlichen,
oder nach Befinden der Umstände summarischen Prozeß-
ses finden ihre volle Anwendung (a).

- a) *Pufendorf Tom. II. Ob. 91. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XVI. No. 18. seq. Cap. XVIII. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 134.*

§. 115.

§. 115.

Vorführung des Richters auf die Vernehmlaßung des Impetraten.

Ueberzeuget sich der Richter, daß der Arrest weder rechtlich verhängt worden ist, und ist die erkannte Verkümmerniß der einzige Grund seiner Zuständigkeit so muß er diese sogleich wieder aufheben, und zugleich dem Impetranten, wenn dieser nicht höchst wahrscheinliche Ursachen für sich anzuführen vermag, den Erfaß aller erweislich verursachten Schäden und Kosten aufzulegen. Ist hingegen der Arrest zwar offenbar unstatthaft, der Impetrat aber doch in Ansehung der eingeklagten Forderung vor dem angegangenen Richter zu Recht zu stehen verbunden so lieget diesem ob, die Verkümmerniß zwar aufzuheben, aber doch auch in Ansehung der Hauptsache zugleich dasjenige zu versüßen, was die gewöhnliche Ordnung des Prozesses heischt. Die endlich von dem Impetraten allenfalls angebotene Kautionsleistung hat der Richter von allen Seiten zu prüfen, und, wenn die Partien zuvor nothdürftig gehörret sind, bei seiner Entscheidung wohl zu erwägen, daß es eben so wichtig ist, dem Impetranten hinlängliche Sicherheit zu verschaffen, als den Impetraten nicht ohne Noth zu beschweren. Ueberhaupt, aber gehet derselbe bei Aufhebung des Arrestes sowohl als bei Erkennung der Fortdauer desselben billig um so vorsichtiger zu Werk, als er, wenn nicht hinreichende Gründe ihn rechtsfertigen, in dem ersten Falle von dem Impetranten auf Entschädigung belanget werden kann (a); in dem zweiten Falle aber den Impetraten veranlaßset, bei dem Oberrichter um Befehle wegen Aufhebung des Arrestes, und, nach Befinden der Umstände,

stände, wegen Leistung hinreichender Genugthuung einzukommen (b).

- a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XX. No. 8. seq.
Cap. XXV. No. 11 - 14.
- b) Idem Cap. XXV. No. 44 - 54. Sieber Ver-
such einer Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 354.
355.

§. 116.

Fortsetzung.

Läßet sich aus der Vernehmlassung des Impetranten über die Stathhaftigkeit des angelegten Arrestes mit Zuverlässigkeit noch nicht urtheilen, so ergiebt sich die Nothwendigkeit, die Partien noch weiter zu hören, von selbst. Erachtet hingegen der Richter die Verkümmernung für unzulässig, kann aber doch vorerst mit Gewissheit noch nicht beurtheilen, ob der Impetrant nicht hinreichende Gründe zu Nachsuchung derselben gehabt habe, so muß er den Punkt wegen des allenfallsigen Schadensersatzes noch unentschieden lassen, und dem Impetraten die Nothdurft deswegen vorbehalten (a). Ist endlich die Forderung des Impetranten, in Ansehung deren der Arrest erkannt worden ist, so geeigneschafft und so vollständig erwiesen, daß nichts als die Vollstreckung mehr übrig bleibt so muß zu dieser auf die gewöhnliche Weise nach den Regeln des ordentlichen Prozesses geschritten werden und der Impetrat kann in diesem Falle, wider Willen des Impetranten, durch Sicherheitsbestellung der Verkümmernung sich nicht entledigen (b).

- a) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 137. Leyfer Spec. 475. M. 12. 13. Mevius P. III. Decis. III.
- b) c. 23. x. de verbis. signif. Claproth a. a. D. §. 138. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXV. No. 102 - 106. Vergl. auch Cap. XXII. Leyfer Spec. 475. M. 10. II. Noch verdienstlich nachgesehen zu werden: Jo. Halbritter Diff. de arrestis, sive manuum injectionibus. Tübing. 1597. Dav. Magirus Conclus. de arrestis, ex jure communi saxonicoque, et moribus nostris, sacri que romani imperii constitutionibus de promulgatae. Tübing. 1612.
-

Zwölftes Hauptstück.

Von provisorischen Verfügungen und Sequestrationen.

§. 117.

Begriff der provisorischen Verfügungen.

Neben jenen Verfahrungsarten und Rechtsmitteln, welche unter den Partheien einen provisorischen Zustand ihrer Natur nach bezielen, daher bei einer relativ endlichen Bestimmung doch nur ein provisorisches Resultat herbeiführen (a), zeichnen sich mit wesentlichem Unterschiede die provisorische Verfügungen (b) aus, welche bei einem, auf einen anderen Zweck berechneten, Streite zur Abwendung einer Gefahr vom Richter erlassen werden, und in verschiedenen Gestalten, der Temporalinhibitionen, Sequestrationen, verschiedenen Auflagen, auch nach Beschränktheit der Gegenstände unter verschiedenen Schattierungen bei Alimenten, Ehesachen, Dienstsachen, Baustreitigkeiten u. dgl. erscheinen, daher auch nicht nur in allen Prozeßarten, sondern sogar in allen Stadien des Prozesses vorkommen können (c). Ihr wichtigstes Merkmal ist nebst dem angeführten darin zu suchen, daß sie weder für den gegenwärtigen noch einen künftigen

tig möglichen Rechtsstreit einiges Präjudiz, oder am eigentlichen Besitze eine Veränderung hervorbringen (d).

- a) Dies ist der Charakter aller, auf eine außerordentliche Rechtshilfe abzielender, oder auf besondere Vertheidigungsmittel beschränkter Prozeßarten, z. B. des Mandats = Exekutiv = Wechselprozesses, der possessorischen Streitigkeiten u. dgl.
- b) Jo. Fr. Harpprecht a Harpprechtstein de utilitate et necessitate remed. provis. in jud. imp. aul. et camer. Alt. 1731. Schneidt resp. Heffner Meditat. de remediis provisorii quantum sunt juris privati. Wirceb. 1789. 4. Gönner Handb. B. IV. Abb. 79.
- c) Ueber den Unterschied zwischen den auf einen provisorischen Zustand ihrer Natur nach abzielenden Prozeßarten und zwischen provisorischen Verfügungen sehe Gönner a. a. D. §. 2-6. Darum gehört auch der reichshofrathliche Inhibitivprozeß als eine Abart des Mandatsprozesses nicht zur letzten Classe.
- d) Selbst die Reichsgesetze erkennen es im K. K. G. O. Thl. II. Tit. 22. §. 4. „und so das geschehen, soll alsdann keinem Theil an seinem Inhaber oder Besitz in Rechten nachtheilig seyn.“

§. 118.

Rechtsverhältniß der provisorischen Verfügungen.

Abwendung einer dringenden Gefahr, die man vom Ausgang eines Rechtsstreites nicht erwarten kann, ohne den Verlust seines Rechtes, oder dessen erschwerte Realisirung oder sonst einen bedeutenden Nachtheil zu erfahren, ist der Grund aller Provisionalien, woraus auch ihr Rechtsverhältniß im allgemeinen (a) bestimmt werden muß. I. Gedes Provisorium bedarf, als Ausnahme von der Regel, eines besonderen Rechtfertigungsgrundes; daher muß es II. genau nach dem

Grade

Grade der vorhandenen Gefahr abgemessen, und III. zunächst auf eine beiden Theilen gleich unschädliche Art, wo möglich gerichtet seyn, wobei auch insbesondere IV. darauf zu sehen ist, daß nicht unter dem Gewande eines Provisoriums der Besitzstand einer Partei vernichtet (b), und ebensowenig V. dem Provisorium ein Umfang gegeben werde, der nach den Gesetzen nur im Gefolge einer eigenen auf außerordentliche Rechtshülfe berechneten Verfahrungsart stehen kann. VI. Die Gefahr und die in deren Voraussetzung ein Provisorium begründenden Thatumstände müssen beseinigt seyn. VII. Auch muß in der Regel ein ausdrücklicher Antrag desjenigen vorausgehen, welchem an Erlaßung eines Provisoriums liegt, wenn nicht VIII. die Gesetze, wie sie in vielen Gegenständen thaten, dem Richter zum Recht und zur Pflicht gemacht haben, von Amtswegen zur Abwendung einer Gefahr einzuschreiten (c). IX. Uebrigens finden provisorische Verfugungen bei allen Streitgegenständen, in allen Prozeßarten und in allen Stadien des Verfahrens statt, sie können zu jeder Zeit erkannt, aber auch zu jeder Zeit wieder aufgehoben werden, je nachdem eine Gefahr eintritt oder aufhört.

- a) Hierüber ist zu vergleichen Gönnner a. a. D. §. 8 - 15.
- b) Gönnner Rechtsfälle B. I. S. 277 - 304.
- c) Die besonderen Erfordernisse der Provisorien in Sachen des streitigen Besitzes, des Landfriedensbruches, in Pfandungen, Granz-Bau-Begräbniß-Alimenten-Chestreitigkeiten, Erklärungen des Blöd- und Wahnsinns, der Prodigalität bei Vormundschaften und Erbschaften behandelt Gönnner im ang. Handb. B. IV. Abb. 79. §. 19 - 40.

§. 119.

Verfahrungsart.

Wenn nicht der Richter zur Erlassung eines Provisoriums von Amtswegen berufen ist, so beginnet das Verfahren (a) I. mit dem Gesuche um eine Provisionalverfügung; in demselben wird die Gefahr dargestellt, das Recht und dessen Sicherungsmittel angeführt, das faktische, wo möglich bescheinigt, und um Erlassung des Provisoriums gebeten (b). II. Findet der Richter das Gesuch nicht ganz grundlos, so theilt er dasselbe dem Impetraten mit, weil diesem nur durch die Communikation die Rechtsverteidigung möglich gemacht wird. III. Wo das Gesuch bescheinigt, und sonst seiner Rechtmäßigkeit nichts im Wege steht, da verbindet der Richter mit der Communikation sogleich die provisorische Verfügung. IV. Außerdem kann der Richter, wenn der Erkennung des Provisoriums entweder überhaupt, oder in der gebetenen Art ein Zweifel im Wege steht, entweder durch Vernehmung des Impetraten oder durch ein Prälocut suchen, den Zweifel zu entfernen, womit jedoch eine Verfügung zur Entfernung der augenblicklichen Gefahr (meistens eine eigentliche Temporalinhibition) verbunden wird. V. Demjenigen, wider welchen ein Provisorium erlassen wurde, liegt zwar auf der einen Seite die Verbindlichkeit auf, dasselbe bis es aufgehoben ist, zu respectiren, und er wird, wenn er ihm entgegenhandelt, zu seiner Befolgung gezwungen, aber es steht ihm auch VI. das Recht zu, dagegen seine Vertheidigung zu führen, wozu er die Gründe bald aus dem Nichtdaseyn einer Gefahr, oder eines Rechts, bald aus dem Mangel an Bescheinigung, bald aus der Art der provisorischen

Maas.

Maasregeln entnimmt, oder ihre Folgen durch ein minder beschwerliches Sicherheitsmittel abwendet. VII. Das richterliche Dekret für oder gegen das gebethene Provisorium wird zwar in dem Sinne niemals rechtskräftig, daß es der Richter, wenn er es einmal abgeschlagen oder erkannt hat, nicht abändern könnte. Vielmehr kann nicht nur im Verfolge nach Veränderung der Umstände bei verminderter oder erneuerter Gefahr daran jede zweckgemäße Veränderung statt finden, sondern auch der Richter kann dasselbe bei gewonnener besserer Einsicht auf wiederholte Vorstellungen erkennen oder aufheben; VIII. dennoch können auch gegen das Dekret Rechtsmittel ergriffen werden (c) und zwar 1) vom Imploranten gleich nach dem abschlägigen Dekrete (d), 2) der Implorat aber ist verbunden, zuerst durch Einreden gegen die Statthafstigkeit des erkannten Provisoriums sich bei dem Richter zu vertheidigen (e), und dann erst, wenn diese Vorstellung fruchtlos war, ist er zur Ergreifung eines Rechtsmittels befugt, ohne daß man das Dekret, worin die Einwendungen verworfen werden, als einen Inhaftivbescheid, und darum das Rechtsmittel als unzulässig ansehen dürfte (f).

- a) Hierüber im ganzen s. Gönner a. a. D. §. 16-18. und in Anwendung auf die besondern §. 118. not. c. ausgezeichneten Gegenstände §. 20-40.
- b) Man kann dieses Gesuch mit der Hauptchrift verbinden, allein es ist allemal räthlicher, dasselbe dann wenigstens in einer besonderen Vorstellung vorzutragen, wenn im Verlaufe der Verhandlungen um ein Provisorium gebethen wird.
- c) Jedoch ohne Suspensivkraft. Gönner Handb. B. III. Abh. 61. §. 24.
- d)

- d) Ebend. V. III, Abh. 57. §. 4.
- e) Ebend. Abh. 56. §. 5.
- f) Ebend. Abh. 61. §. 13 = 20.

§. 120.

Insbesondere von Sequestrationen.

Zu den provisorischen Verfügungen gehören auch die Sequestrationen (a), soferne sie nicht als ein zum Vortheil des Schuldners mit Partialzahlungen verbundenes Executionsmittel erscheinen. Vom römischen Sequester, der durch übereinstimmenden Willen der Interessenten entstand, und die Natur eines Depositums (b) hatte, sind die heutigen Sequestrationen wesentlich verschieden, welches besonders daraus sichtbar ist, daß keine gerichtliche Sequestration den Civilbesitz aufhebt (c). Da Sequestrationen als Executionsmittel nichts Provisorisches bezielen, vielmehr zur Schonung des Schuldners gereichen, daß mit er theils durch strengere Dekonomie, theils durch Partialzahlungen (d) von seinem Untergang gerettet werde, so ist hier nur von Sequestrationen als Sicherheitsmitteln zu handeln,

- a) Trendelenburg Exerc, de sequestratione curatius finienda Bützow 1775. Gönner HdB. V. IV, Abh. 80,
- b) L. I, §. 37, L. 5, §. 1, D. Depositī.
- c) Zwischen L. 17. §. 1. D. depositi und L. 39. de adquir. v. amitt. poss' ist nur ein scheinbarer Widerspruch, der sich durch den Begriff des römischen Sequesters hebt. Wasmuth de sequestro non possidente. Hannov. 1748. Cocceji J. Contr. Lib. XVI, T. 3. q. 19, und Emminghaus das. Lhi-

Thibaut über Besitz und Verjähr. Thl. I. §. 9.
Gönnner a. a. D. §. 14.

- d) Wie in Deutschland aus Veranlassung des J. R. A. §. 174. unter Beistimmung der Vernunft allgemein anerkannt ist. Von diesen Sequestrationen, welche allemal mit einer Administration verbunden sind, und auf Kosten des Schuldners geschehen, zu dessen Vortheil sie gereichen s. Gönnner a. a. D. §. 10. u. ff.

§. 121.

Verschiedene Arten und Fälle der Sequestrationen.

Nimmt man die Eintheilung der Sequestrationen I. vom Objekte, so kann bald eine Person, bald eine Sache, und hier entweder das gesammte Vermögen oder Theile desselben, mit oder ohne Ausdehnung auf die Früchte ein Gegenstand derselben seyn. II. Siehet man auf den Grund einer Sequestration, so liegt er entweder A) in speciellen Bestimmungen der Gesetze für besondere Fälle (a), worunter auszuzeichnen sind 1) die Aufsicht über eine Weibsperson, von deren Zustand der Schwangerschaft Rechte abhängen (b), 2) bei Reclamirung der Kinder (c), 3) wenn sich mehrere um eine Braut streiten, und zu besorgen ist, daß sie sich zur Kränkung der Rechte eines Bräutigams mit einem andern fleischlich vermische (d): 4) bei streitigem Besitze 5) bei unmittelbarem Staatsschutz für Blödsinnige, Verschwender u. dgl. 6) bei einem Concurse der Gläubiger: oder er ruhet B) in allgemeinen Grundsätzen über provisorische Verfügungen in der Anwendung auf Umstände, wo eine Sequestration zur Abwendung der Gefahr besonders zweckmäßig erscheinet. Die Fälle der ersten Classe werden ihren besonderen gesetzlichen Bestimmungen überlassen, die Fälle der letzten Art sind hier zu behandeln,

a)

- a) Man sehe hievon Gönner a. a. D. §. 4=8.
- b) t. t. D. de inspicio ventre custodiendoque partu.
- c) L. 3. §. 4. de liberis exhibendis.
- d) cap. 14. X. de Sponsal.

§. 122.

Grundsätze von Sequestrationen.

Sequestrationen sind der höchste Grad von Beschränkung der dem Besitzer zustehenden Rechte, und schon dieser Gesichtspunkt rechtfertigt die gesetzliche Verordnung (a), welche die Sequestrationen nur Ausnahmsweise, und nur da zuläßt, wo in ihnen das einzige schikliche Mittel zur Abwendung einer Gefahr liegt. Neben den allgemeinen Sätzen von provisorischen Verfügungen (§. 118.) ist über Sequestrationen insbesondere zu bemerken: 1) Je nachdem die Gefahr nur die Hauptsache, oder nur die Früchte betrifft, kann die Sequestration auch nur auf jene oder diese verhängt werden, und es fällt in die Begriffe, daß bei Kapitalien oder Grundstücken eine Sequestration der Früchte lästiger wird, als wenn sie die Hauptsache affizirt, aber doch dem Besitzer die Früchte überläßt. 2) Insbesondere ist bei beweglichen Sachen Sequestration der Sache selbst gewöhnlicher, als bei unbeweglichen. 3) Sequestration der Früchte kann blos darum, weil der Besitzer wahrscheinlicherweise zu ihrem Ersatz zu verurtheilen seyn wird, und wegen ihnen keine Sicherheit bestellen kann, nicht verhängt werden (b), wenn nicht entweder eine Prodigalität des Besitzers sie rechtfertigt, oder die Cautionsleistung bei einem nichtsuspenſiven

Bon prov. Verfugungen u. Sequestrationen. 187

ven Rechtsmittel die Bedingung der Execution ausmacht (c).

a) L. un. C. de prohibita sequestrat. pecun. cap. I, X, de sequestrat. possess. et fructuum.

b) Wie Claproth summar. Proz. §. 112. irrig behauptet.

c) cap. 2. u. 3. X. de sequestr. poss. et fruct. fordert ein „Dissipare“; man vergl. L. 21. §. 3. D. de appellat. Cramer Obs. Jur. Univers. Tom. IV, obs. 1141. Gönner a, d, D. §. 9.

Dreizehentes Hauptstück.

Von dem Kriegsprozeß.

§. 123.

Kriegsprozeß.

Der Kriegsprozeß ist die, in vor die Kriegsgerichte gehörigen, und diesen unterworfenen Personen betreffenden Rechtsstreitigkeiten übliche Verfahrensart. Möglichste Beschleunigung ist hier das erste Gesetz, es werden daher, mit Beiseitigung aller Formalitäten, nur die wesentlichen Bestandtheile eines jeden gerichtlichen Verfahrens beobachtet (a).

a) Karl Gottlieb Knorr Gründliche Anleitung zum Kriegsprozeß. Halle 1754. Hauptst. V. §. 1. Mevius P. VIII. Decis. 92. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1731.

§. 124.

Gesetze, die den Kriegsgerichten zur Norm dienen.

Bei der Behandlungsart sowohl als Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten haben die Kriegsgerichte I. vor allen Dingen auf die besonderen Kriegsartikel, und andere den Soldatenstand betreffende Gesetze, Statuten, Privilegien, Gewohnheiten eines jeden einzelnen Landes Rücksicht zu nehmen (a); II. eben so, wenn von Reichs-

Reichstruppen die Nede ist, die einschlagenden Reichsgesetze, wie auch Kreisschlüsse und andere gültige Verordnungen der Art zu befolgen (b): III. in Erwähnung solcher besonderen Entscheidungsquellen aber endlich nach den besonderen Orts-Landesgesetzen, Statuten und Gewohnheiten, wie auch den allgemeinen Reichsrechten zu sprechen (c).

a) Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. IV. §. 1-5. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. VIII. §. 1-4.

b) Die ältesten Reichskriegsgesetze sind unter Maximilian dem IIten auf dem Reichstag zu Speier 1570 verfertigt, nachher aber durch den Reichsabschied von 1641. verbessert worden. In der Folge sind auf dem Reichstag zu Regensburg 1672. neue Gesetze gemacht, sodann im Jahr 1682. verbessert und vermehret, und im Jahr 1703. wiederholt bestätigt worden. Sieh. Joh. Christ. Lünig Corpus juris militaris des H. R. Reichs. II. Theile. Leipz. 1723. (Auch diese Reichsgesetze reden nur von der Reichsarmee, und es giebt nicht eigentlich einen gemeinen deutschen Kriegsprozeß. Martin Lehrb. §. 282.)

c) Knorr a. a. D. §. 5-8. Ludovici a. a. D. §. 4. 5. Georg Friedrich Müller Das Kriegs- oder Soldatenrecht. Berlin 1789. Band I. Thl. I. Kap. I. §. 3. folg. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1732. Vergl. noch: Joh. Heinr. Beermann's Grundsätze des heutigen deutschen Kriegsrechts. Ersten Theils erste Abtheilung. Ersten Theils zweite Abtheilung. Lemgo 1795.

§. 125.

Verfassung der Kriegsgerichte.

Die innere Verfassung und Einrichtung der Kriegsgerichte, die Art ihrer Besetzung, ihre Unterordnung unter einander, die ihnen anvertraute Geschäftszweige,

die

die Gränzen ihrer Gewalt — — das alles ist in den einzelnen teutschen Provinzen so verschieden bestimmt, daß sich etwas allgemeines darüber durchaus nicht angeben läßt. So hat man General- Ober- Unter- Gar- nisons- Regiments- Geistliche- Bürgerliche- Peinliche- Ordentliche- und Außerordentliche- Kriegsgerichte — Nach der Verfassung eines jeden Landes muß man daher hierüber mit vorzüglicher Sorgfalt sich erkundigen (a).

- a) Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptstück I. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1734. 1754. Ludovicus Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. I. V. VI. Joh. Gottl. Laurentius Abhandlung von den Kriegsgerichten der alten Teutschen, besonders in Ansehung der peinlichen Gerichtsbarkeit, von den ältesten Zeiten bis zu dem zehnten Jahrhundert. Gotha 1753. Der selbe Gründliche Abhandlung von der Kriegsgerichtsbarkeit in peinlichen Fällen. Gotha 1742. Der selbe Abhandlung von den Kriegsgerichten zu unsren Zeiten, besonders in Ansehung der peinlichen Gerichtsbarkeit. Altenb. 1757. Pufendorf Tom. IV. Obs. 128.

§. 126.

Personen, die den Kriegsgerichten unterworfen sind.

Nicht nur wirkliche Soldaten, die in die Rölle eingeschrieben sind und zu der Fahne geschworen haben, nebst Weibern, Kindern und andern zu ihren Familien gehörigen Personen, sondern auch alle diejenige, die der Armee, oder dem Regemente folgen, z. B. Auditeurs, Sekretäre, Kommissarien, Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Marquetender, Kausleute, Pferdehändler, alles was zu dem Troß und Bagage gehöret u. s. w. stehen unter den Kriegsgerichten (a). Selbst blos geworbene

worbene Soldaten, die noch nicht in die Rolle eingeschrieben sind, auch zu der Fahne noch nicht geschworen haben, werden, nach dem gemeineren Gerichtsbrauche, dieses befreiten Gerichtsstandes schon theils häufig geachtet (b). Diejenigen, die zu der Landmiliz gehören, sind, wenn sie nicht wirklich in dem Dienste sich befinden, in den meisten Ländern ihrer ordentlichen Obrigkeit unterworfen (c). Die Feldprediger müssen bei den Evangelischen gewöhnlich die Kriegsgerichte über sich erkennen, bei den Katholiken hingegen werden ihre Rechtsangelegenheiten an den ordentlichen geistlichen Richter verwiesen (d). Daß endlich mit dem Augenblick, wo einer aus den Verhältnissen, in welchen er mit dem Soldatenstand sich befand, tritt, auch sein befreiter Gerichtsstand wegfällt, ist vor sich klar (e).

- a) Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptstück II. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. II. §. 1-10. Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band I. Thl. I. Kap. 4. 9.
- b) Ludovici a. a. D. §. 10.
- c) Derselbe a. a. D. §. 13-16.
- d) Derselbe a. a. D. §. 16-25. Vergl. Meine Grundsätze u. §. 35.
- e) Ludovici a. a. D. §. 26. Mevius P. III Decil. 72. P. IV. Dec. 273. Vergl. Meine Grundsätze u. §. 34-36.

§. 127.

Sachen, die vor die Kriegsgerichte gehören.

Alle bürgerliche Rechtssachen den Kriegsgerichten unterworferner Personen gehören, wenn nicht durch Landesgesetze besondere Bestimmungen gemacht sind,
vor

vor jene (a). Eben so ist es außer Zweifel, daß die Untersuchung und Bestrafung derjenigen Verbrechen, welche die Soldaten als solche begehen (*delicta militaria*) den Kriegsgerichten ausschließlich zustehen (b). Ob aber auch solche Verbrechen, die mit den besonderen Verhältnissen des Soldaten, und den vermeidigen seines Standes übernommenen Verbindlichkeiten nicht nothwendig zusammenhängen, sondern auch von andern begangen werden können, (*delicta communia*), vor die Kriegsgerichte gezogen werden dürfen, darüber lassen sich bei der so sehr abweichenden Verfassung der einzelnen Länder, allgemeine Grundsätze unmöglich aufstellen (c). Die Frage endlich, ob auch in geistlichen und Chесаchen Kriegsgerichte zu erkennen befugt seyen, kann bei den Katholiken, weil bei diesen der ordentliche geistliche Richter nicht ausgeschlossen werden darf, nicht vorkommen. Bei den Evangelischen aber ist auch hierin die Verfassung der einzelnen Länder verschieden, indem vergleichenden Sachen bald an die ordentlichen Konsistorien gewiesen, bald den gewöhnlichen Kriegsgerichten anvertrauet, bald besonders niedergesetzten Kriegs-Konsistorien überlassen sind (d).

- a) Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptstück III. §. 10. 11. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. III. §. 4-8. 14. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1757.
- b) Ludovici a. a. D. §. 8. 9. Knorr a. a. D. §. 12. 13. Ge. Jac. Frid. Meister Principia juris criminalis. §. 104.
- c) Ludovici a. a. D. §. 10-14. Knorr a. a. D. §. 13. 14. Leyser Spec. 75. M. 9 10. von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. XXIX. Abhandl. 7. S. 108. folg. Hofmann a. a. D. §. 1754. 1759. 1760. Vergl. Meine Grundsäze u. §. 28. d)

- d) Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band II. Thl. 2. Kap. 2. §. 3. S. 80. folg. Kap. 3. S. 133 folg. Car. Aug. Boehmer Tr. de jure militum ecclesiastico. Hal. 1729. Knorr a. a. D. §. 2 = 10. Ludovici a. a. D. Kap. II. §. 16 = 25. Kap. III. §. 2. 3. Johann Georg Bertoch Das besondere Recht in Ehe- und Schwangerungssachen der Soldaten. Bittau 1729.

§. 128.

Versahrungsart in bürgerlichen Sachen.

Der Kriegsprozeß ist eine außerordentliche Prozeßgattung, bei welcher alle Formlichkeiten wegfallen. Es wird mithin I. gar häufig ein bloß mündliches Verfahren der Partien zum Protocoll, dem die richterliche Entscheidung sogleich nachfolget, eingeschlagen. II. Nur in wichtigen Sachen gestattet man den streitenden Theilen schriftliche Verhandlungen. Ein formliches Klageschreiben wird jedoch auch in diesem Falle nicht erfordert, sondern eine jede Erklärung, woraus die Absicht des Imploranten, und der Grund derselben erheischt, reicht schon zu. III. Wenn der Gegenstand des Streites nicht sehr beträchtlich ist, oder der Stand der Partien ein anders mit sich bringet; so geschiehet die Ladung bloß mündlich, durch den Gerichtsweibel, oder, in dessen Ermangelung, durch einen Unterofficier, oder gemeinen Soldaten. In jedem Falle aber ist, die Ladung mag nun eine mündliche, oder schriftliche seyn, die anzuberaumende Frist möglichst zu beschränken. IV. Zwischen den erschienenen Partien versucht der Richter vor allen Dingen die Güte, schlägt diese nicht an; so muß der Beklagte auf die wider ihn angebrachte Klage antworten. Als verzögerliche können nur solche Schuzreden eingewendet werden, die das Wesen

des Prozesses betreffen; eine förmliche Kriegsbefestigung ist nicht nothwendig, und die zerstörlichen Einreden dürfen zu allen Zeiten, selbst noch bei der Hulfsvollstreckung vorgeschützt werden (a). V. Wird Beweisführung nothwendig; so umgehet man auch hier alle Weitläufigkeiten, lässt Artikel und Fragestücke nur in wichtigen Sachen zu, gestattet keine Handlungen der Partien über die Kraft und Stärke des geführten Beweises, sondern der Richter prüft diese und erkennt den Akten und Rechten gemäß. VI. Gegen die erlassene richterliche Entscheidung können zwar alle in den besonderen Landesgesetzen, oder gemeinen Rechten gegündete Rechtsmittel ergriffen werden, aber auf die Beobachtung der Nothfristen und Feierlichkeiten wird hier so genau nicht gesehen (b). VII. Die Vollstreckung des in die Rechtskraft übergegangenen richterlichen Erkenntnisses geschiehet unter der Leitung des Auditeurs zuerst in den beweglichen Sachen, dann auch in den unbeweglichen, zuletzt in dem Solde des Ueberwundenen, so jedoch, daß diesem so viel gelassen werden muß, als sein nothdürftiger Unterhalt heischet (c).

- a) L. 1. C. de *jur.* et *facti ignorantia.*
- b) Mevius P. I. Decis. 150. Leyser Spec. 57. M. 4. 5. Burgl. jedoch L. 20. §. 2. D. de *appellation.* L. 9. §. 1. D. de *jur.* et *facti ignorantia.*
- c) L. 4. C. de *executione rei judicatæ.* L. 6. pr. L. 18. D. de *re judicata.* L. 3. §. 13. L. 14. §. 1. D. de *militibus.* Leyser Spec. 476. M. 1. 2. Ueberhaupt aber gehören noch hierher: Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. V. VI. VII. Hoffmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1761-1775. Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band II. Thl. 2. Kap. 4. S. 143, folg. Johann Friedrich Werther

ther Anleitung zum allgemeinen Kriegsrecht. Jena 1787. Kap. XXX. §. 456. folg. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. X. XII. Friederich Andreas Gottlieb G n ü g e Gründliche Anleitung zum Kriegsrecht. Jena und Leipzig 1750. Buch III. Hauptst. 4. §. 739. folg. Vergl. Meine Grundsäße ic. §. 114. Not. f.

§. 129.

Versahrungsart in peinlichen Sachen.

A) Außerordentliche.

Geringere Vergehungen, besonders wenn sie die Dienstverhältnisse betreffen, werden als Disciplinsachen angesehen, und daher ohne vorgängige Untersuchung und förmliches Erkenntniß sogleich bestraft. Auch dürfen nicht selten Inhalts der Kriegsartikel, oder besonders erlassener Befehle, vorzüglich in Kriegszeiten, gewisse Verbrechen von den dazu aufgestellten Personen auf der Stelle mit Leibes- oder wohl gar Lebensstrafen belegt werden. Außerdem aber wird zuweilen die sonst in den peinlichen Kriegsgerichten übliche Versahrungsart besonderer Gründe wegen nicht beobachtet, sondern ohne vorgängige vollständige Untersuchung mit möglichster Eile zu der Bestrafung geschritten — Dies ist der Fall bei dem Standrechte — Als Ausnahme von der Regel tritt dieses unter folgenden Voraussetzungen ein: 1) Gefahr muß auf dem Berzuge haften, und eine schleunige Strafe nothwendig seyn, um einem größeren Uebel vorzubeugen. 2) Das Verbrechen darf kein übernachtetes, das heißt, es dürfen nicht vier und zwanzig Stunden nach Begehung desselben verstrichen seyn. 3) Die Richtigkeit des wirklich begangenen Verbrechens muß außer Zweifel gesetzt,

mithin weitere umständliche Untersuchung und Beweis nicht nothwendig seyn. 4) Das in Frage stehende Verbrechen endlich muß zu denjenigen gehören, die nach den Kriegsartikeln diese außerdentliche Beifahrungsart zulassen — Diese aber ist folgende: der Auditeur erfasst den versammelten, in einem Kreise stehenden Gerichtspersonen die Ursach ihrer Zusammenberufung, alle schwören sodann den gewöhnlichen Richtereid, und der Auditeur ruft, diesem vorgängig, aus — Wer ist, der Recht begehrret? — Hierauf nähert sich der Provos mit dem Delinquenten dem Kreise, beide treten in diesen ein, jener bringet seine Anklage vor, dieser wird mit seiner Verantwortung, so weit es zu Untersuchung der That nothwendig ist, gehört, und beide werden sodann aus dem Kreise wieder entlassen. Der Auditeur trägt nun dem Gerichte den Fall mit allen Umständen noch einmal vor, bemerkt die in den Kriegsartikeln auf das vorliegende Verbrechen gesetzte Strafe, und fordert die Gerichtsglieder zu Fällung eines Urtheils auf. Diese treten sodann Klassenweis zusammen, rathschlagen über die zu gebende Stimme, machen solche, wenn sie sich darüber vereinigt haben, dem Auditeur bekannt, welcher dieselben sich bemerket, diejenige des Präses, und seine eigene hinzusetzt, und sodann nach der Einstimmigkeit, oder Mehrheit der abgegebenen Stimmen das Urtheil angiebt. So bald dieses zu Papier gebracht, dem Befehlshaber, der das Standrecht veranlaßt hat, kund gemacht und sofort genehmigt worden, säumet man, ohne alle Rücksicht auf die etwa eingelegte Berufung, mit der Eröffnung der Vollstreckung nicht mehr (a).

a) Gnüge Anleitung zum Kriegsrecht. Buch III.
Hauptst. 2. §. 714. folg. Hofmann Teutschsche Reichspraxis.

pratis Thl. II. §. 1810. folg. Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. I. §. 17. 18. Hauptst. VIII. Müller Kriegs - oder Soldatenrecht. Band II. Thl. 2. Kap. 4. S. 159. Kap. 5. S. 241. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. VII. Werther Anleitung zum Kriegsrecht. Kap. XXXII. §. 579. folg.

§. 130.

B) Ordentliche.

Der in Kriegsgerichten an einigen Orten übliche peinliche Anklageprozeß hat folgende Eigenheiten: 1) die Anklage bringet entweder eine Privatperson freiwillig, oder derjenige, den sein Amt dazu verpflichtet, vor. Der letztere ist bei Oberkriegsgerichten gewöhnlich entweder der Generalgewaltige oder Kriegsfiskal, bei Unterkriegsgerichten aber der Regimentsgewaltige, oder Gerichtswebel. 2) Die Termine zu Einbringung der Vernehmlassungen, wie auch zu Führung des allenfalls nothigen Beweises werden so viel möglich abkürzet. 3) Advoakaten und Sachwalter werden in vielen Ländern gar nicht zugelassen, sondern der Ankläger und Angeklagte handeln gewöhnlich mündlich, zuweilen schriftlich in einigen Säzen gegen einander, und sobald die Akten zum Spruche reif sind, wird dem kommandirenden General, oder dem Kommandeur des Regiments in der Absicht davon Nachricht ertheilet, um nunmehr ein formliches Malefizgericht niederzusetzen. Giebt man aber auch dem Angeklagten einen Vertreter bei; so muß dieser doch möglichste Kürze vorzüglich sich angelegen seyn lassen, und alle Weitläufigkeiten, und außerwesentliche Feierlichkeiten umgehen. 4) Die Art der Abfassung des Urtheils. der Eröffnung und Vollstreckung

streckung desselben kommt mit der in dem Untersuchungsprozeß herkömmlichen überein (a)

- a) W e r t h e r Anleitung zum allgemeinen Kriegsrechte.
Kap. XXXI. §. 525-542. H o f f m a n n Deutsche
Reichspraxis. Thl. II. §. 1781. 1792. 1793. 1794.
1796. K n o r r Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst.
IX.

S. 131.

Fortsetzung.

So wie überhaupt bei allen Kriegsgerichten die Leistung des Prozesses dem Auditeur oblieget, so ist es auch vorzüglich seine Pflicht, bei den vorkommenden peinlichen Untersuchungsprozessen die Erforschung der Wahrheit durch zweckmäßiges Verfahren sich angelegen seyn zu lassen. Folgende Regeln müssen ihm dabei zur Norm dienen: 1.) er ist nicht selbst Richter. Kann daher für sich nichts thun, sondern muß in allen Fällen, es mag nun von Verhängung der Inquisition, oder von Anlegung des Arrestes, oder von Besichtigungen und Haussuchungen, oder von der Erlassung der Ediktalladung, oder von der Anordnung eines Kriegsrechts die Nede seyn, die Befehle seines Vorgesetzten sich erbitten und abwarten. 2.) Die Abschneidung aller außerwesentlichen Feierlichkeiten, wie auch aller Verzögerung muß er sich vorzüglich angelegen seyn — Die Verfahrensart selbst kommt mit der in anderen Gerichten üblichen im wesentlichen fast durchaus überein, und hat nur folgende Eigenheiten: 1.) mit der Raptur, oder Arrestanlegung verfährt man hier leichter, als bei andern Gerichten. 2.) Die Ediktalladungen werden nicht öffentlich angeschlagen, sondern

dern mündlich unter Trommelschlag und Trompetenschall verkündet. 3) Gegen flüchtig gewordene Verbrecher, deren man nicht habhaft werden kann, wird ein Kriegsgericht niedergesetzt, und wenn die Sache nach Möglichkeit nothdürftig untersucht ist, die eintretende Strafe an dem Bildniß, oder Namen des Entwichenen vollstreckt. 4.) Zu den mit dem anwesenden Verbrecher anzustellenden Verhören werden einige Beisitzer gezogen, bei deren Wahl auf den Stand des Beschuldigten Rücksicht zu nehmen ist. 5) Besondere Vertheidiger werden in manchen Ländern gar nicht, oder doch nur, wenn von sehr schweren Verbrechen die Rede ist, zugelassen, und in allen Fällen vermeidet man nach Möglichkeit alle Verzögerung und Weitläufigkeit. 6.) So bald die Untersuchung so weit gediehen ist, daß ein richterliches Erkenntniß erfolgen kann, werden die verhandelten Akten dem kommandirenden General, oder dem Kommandeur des Regiments zugestellt, um ein förmliches Kriegsrecht nun niederzusezen. 7) Den erschienenen Gerichtsgliedern eröffnet der Präsident, oder Auditeur die Ursach ihrer Zusammenberufung, und alle schwören den gewöhnlichen Richtereid. Der Auditeur macht sodann einen umständlichen Vortrag über den in Frage stehenden Fall, füget an, wie das Verbrechen nach den Gesetzen allenfalls zu bestrafen seyn dürfte, hält dem hierauf vorgeführten Missethäter sein Verbrechen nochmals vor, befragt ihn, ob er solches begangen, was er zu seiner Entschuldigung noch anzuführen wisse, und ob er gegen das eine, oder das andere der Gerichtsglieder etwas zu erinnern habe, und ersucht sodann, diesem vorgängig, und nachdem der Inquisit wieder abgeführt worden, die letztere mittelst Abgabung ihrer Stimmen sich eines Urthels zu vergleichen.

gleichen. 8) Die Beisitzer treten hierauf ab, bereden sich Klassenweise über die von ihnen zu gebende Stimmen, und legen sodann diese, gewöhnlich von unten hinauf, unter Anführung der Gründe ab. 9) Findet der Auditeur, daß ein gegebenes Votum den Rechten nicht gemäß ist; so muß er die Votanten nochmals über die Beschaffenheit des in Frage stehenden Verbrechens sowohl, als auch über die darauf passende gesetzliche Verordnungen belehren; wenn dieselbe aber nichts desto weniger dabei beharren, solches niederschreiben, und kann zu seiner Sicherheit nur allenfalls bemerken, daß die von ihm dagegen gemachte Vorstellungen fruchtlos gewesen seyen. 10) Nach der Einmündigkeit, oder Mehrheit der Stimmen (a) fasset der Auditeur, mit Beisezung der wichtigsten Entscheidungs-, auch allenfalls Zweifelsgründe, das Urtheil ab, liest solches dem versammelten Gerichte vor, und bedankt sich sodann gegen den Präsidenten und die Beisitzer wegen des übernommenen Richteramtes. 11) Ist die zuerkannte Strafe eine Lebens oder schwere Leibesstrafe, oder geht dieselbe auf den Verlust der Ehre; so muß das gefällte Urtheil dem Oberen, der nach der verschiedenen Verfassung und den übrigen Verhältnissen bald der Kriegsherr, bald der kommandirende General, bald, ein anderer Vorgesetzter seyn kann, zur Bestätigung eingeschickt werden. 12.) Erst wann diese erfolget ist, wird endlich auf die herkömmliche Weise zu der Vollstreckung geschritten (b).

a) In dem Fall der Stimmengleichheit ist diejenige des Präsidenten entscheidend.

b) Werther Anleitung zum allgemeinen Kriegsrechte. Kap. XXXI. §. 540 - 579. Gnüge Anleitung zum Kriegs-

Kriegsrecht. Hauptst. V. §. 796. folg. Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. X. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1782-1792. 1793-1810. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. XI. Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band II. Thl. 2. Kap. 5. 6. Sich. noch Karl Fried. Wilh. Zinkens Anleitung zur Kriegsrechtsgelahrtheit, von Eisenhart aufs neue herausgegeben, Helmstadt 1782.

Vierzehentes Hauptstück.

Von dem Konsistorialprozeß.

§. 132.

Konsistorialprozeß.

Der Konsistorialprozeß im allgemeinen ist die, in vor die evangelische geistliche Gerichte gehörigen, oder diesen unterworfenen Personen betreffenden Rechtsstreitigkeiten übliche Verfahrungsart. Bei den Katholiken sind der geistlichen Gerichte so viele, ihre Verhältnisse, Unterordnung unter einander, ihre ganze innere Verfassung und Einrichtung sind so mannigfaltig, und eben deswegen ist auch die bei ihnen herkömmliche Verfahrungsart so abweichend, daß man allgemeine Regeln nicht wohl angeben kann. Die Evangelischen hingegen haben gewöhnlich keine andere geistlichen Gerichte, als ihre Konsistorien, und wenn gleich auch die Verfassung dieser in den einzelnen Provinzen sehr verschieden ist so kommt doch die bei ihnen übliche Verfahrungsart

art in den wesentlichen Stücken so ziemlich überein, und eben daraus erhellet der Grund, warum die letztere den Namen — Konsistorialprozeß — führet (a).

a) Nettelsbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelehrtheit, §. 869 - 872. Neben den Ursprung der Konsistorien sieh. Ludovicis Einleitung zum Konsistorialprozeß, Kap. II. Ge. Lüd. Boehmer Princ. jur. canon. §. 177. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Protest. Lib. I. Tit. 28. §. 11 - 17. Pufendorf Tom. I. Obs. 166. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1340 - 1354. Sieh. auch unten §. 136. und Schnaubert Grundsäße des Kirchenrechts der Protestant en in Deutschland. Jena 1792. §. 127 - 133. und 378 - 381.

§. 133.

Verfassung der Konsistorien.

Besondere Verträge zwischen den Landesherrn und ihren Landständen und Unterthanen, wie auch der Besitzstand des Entscheidjahres, der den evangelischen Unterthanen katholischer Landesherrn nicht selten zu statthen kommt, machen die Niedersezung eines Konsistoriums häufig nothwendig (a). Ausser diesen beiden Fällen hingegen lässt sich keinesweges behaupten, daß evangelische Landesherrn gezwungen werden könnten, Konsistorien zu errichten (b), es hängt vielmehr von ihnen ab, wem sie die Verwaltung der geistlichen und Kirchensachen anvertrauen wollen, und eben deswegen kann man über die Besetzungsart der Konsistorien, ob sie nämlich aus geistlichen und weltlichen, oder blos aus weltlichen Gliedern bestehen (c); desgleichen über die Gränzen der ihnen überlassenen Geschäfte und Gewalt (d); wie auch über ihre Unterordnung unter einander (e); oder ihre Verhältnisse gegen die übrigen höheren

höheren Gerichtsstellen im Lande (f) allgemeine Grundsätze, die in allen einzelnen deutschen Provinzen anwendbar wären, nicht aufstellen — So wie übrigens die weltliche Gerichtsbarkeit auch in die Hände von Privatpersonen kommen kann, eben so muß dieses nicht minder in Ansehung der geistlichen statt finden (g).

- a) I. P. O. Art. V. §. 31. §. 48. Art. VII. §. 1. Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. §. 198. seq. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. I. §. 1339. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. I. Tit. 28. §. 25. 43. 46. Struben Nebenstunden. Thl. II. Abhandl. 6. Thl. III. Abhandl. 15.
- b) Just. Hen. Boehmer l. c. §. 17-25. Ge. Lud. Boehmer l. c. §. 178. seq. Mevius P. III. Decis. 415. Pufendorf Tom. III. Obs. 97. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. II. §. 11. folg.
- c) Just. Hen. Boehmer l. c. §. 30-38. Mevius P. IV. Decis. I. Ludovici a. a. D. Kap. III. §. 1-11.
- d) Just. Hen. Boehmer l. c. §. 44. 45. 47-53. Mevius P. III. Decis. 257.
- e) In einigen Ländern sind Unter- und Oberkonsistorien.
- f) Ge. Lud. Boehmer l. c. §. 181. Just. Hen. Boehmer l. c. §. 38-42. §. 53-57. Ludovici a. a. D. Kap. III. §. 11-23. Hofmann a. a. D. §. 1334-1339. §. 1354.
- g) Ge. Lud. Boehmer l. c. §. 178. Just. Hen. Boehmer l. c. §. 27-30.

§. 134.

Gesetze, die den Konsistorien zur Norm dienen.

Bei der Entscheidung sowohl, als Behandlungsart der den Konsistorien vorkommenden Rechtsstreitigkeiten

keiten macht 1) das positive göttliche Recht die erste Entscheidungsquelle aus. Dann muß 2) auf die einheimische deutsche Reichsgesetze, allgemeine wohlhergebrachte Gewohnheiten, und besondere geistliche, oder weltliche Verordnungen einzelner Länder und Städte Rücksicht genommen werden. 3) Auch das kanonische Recht findet in all den Fällen, wo die Grundsätze der katholischen und evangelischen Kirche mit einander übereinstimmen, oder durch neuere Gesetze keine Aenderung gemacht worden ist, volle Anwendung. Eben so lässt sich 4) die Anwendbarkeit des römischen Rechts mit Gründen nicht bezweifeln. Bieten endlich 5) alle diese Entscheidungsquellen nichts dar so muß das Naturrecht zu Hülfe genommen werden (a).

a) Aug. Lud. Schott Einleitung in das Ehrerecht. Nürnberg. 1786. §. 46. folg. Dan. Nettelbladt Abhandl. von den wahren Gründen des protestantischen Kirchenrechts. Halle 1783. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. VII. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestantten in Deutschland. §. 60 - 71.

S. 135.

Personen, die den Konsistorien unterworfen sind, und Sachen, die vor dieselben gehören.

Die Gerichtsbarkeit der Konsistorien begründet entweder die Natur des Gegenstandes des Rechtsstreites selbst, oder die Beschaffenheit der streitenden Theile. In der letzteren Hinsicht gilt in den meisten Ländern die Regel: daß die Geistlichen in allen bürgerlichen persönlichen Sachen, in allen geringen Vergehüungen, und in allen Verbrechen, deren sie sich als Geistliche schuldig machen, von der weltlichen Gerichtsbarkeit durch-

durchaus befreit sind, und nur die über sie gesetzten Konsistorien für zuständig erkennen (a). In der ersten Rücksicht aber muß alles, was nach dem kanonischen Recht als Kirchensache angesehen wird, auch in der protestantischen Kirche in der Masse dafür geachtet werden, daß die Evangelischen in solchen Sachen keinen andern Richter, als ihre Kirche, und keine andere Richtschnur, als die Grundsätze ihrer Kirche, zu erkennen haben. Und wenn gleich die Verfassung und Eichrichtung der Konsistorien in den verschiedenen deutschen Provinzen gar sehr abweicht, wenn gleich dieselben nicht selten aus bloß weltlichen Personen bestehen (§. 133.) so ändert doch dies die Geistlichkeit der Sachen selbst nicht (b). Eben aus diesem Grunde machen die Ehesachen, in so ferne von Eingehung, Festhaltung, oder Trennung, also von dem Wesen der Ehe die Rede ist, gewöhnlich einen vorzüglichen Geschäftszweig der Konsistorien aus (c).

- a) Meine Grundsätze u. §. 35. Ludovici Einleitung zum Consistorialprozeß. Kap. V. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1355-1363.
- b) Pütter Institut. jur. publ. german. §. 426. Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. §. 240. 241. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. II. §. 14-33. Ludovici a. a. D. Kap. VI. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland. §. 104-112.
- c) Ge. Lud. Boehmer I. c. §. 340. seq. Aug. Lud. Schott Einleitung in das Eherecht. Nürnberg. 1786. §. 34-46. Christ. Christ. Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der deutschen Christen. Halle 1792. §. 16-22.

§. 136.

Verschiedene Arten des Konsistorialprozesses.

Die den Konsistorien vorkommende weltliche Sachen der ihnen unterworfenen Personen haben in ihrer Behandlungsart nichts eigenes, müssen vielmehr nach den allgemeinen Regeln des ordentlichen, oder summarischen Prozesses behandelt werden (a). Alle bei den Konsistorien vorkommende geistliche Sachen hingegen werden summarisch verhandelt (b), und eben deswegen führet die bei diesen übliche Verfahrungsart den Namen — Konsistorialprozeß im eigentlichen Sinne — Weil jedoch in dem letzteren Falle entweder von Ehesachen, oder von andern geistlichen und Kirchensachen die Rede seyn kann so verdienet die weitere Abtheilung in den Eheprozeß und den gemeinen Konsistorialprozeß allerdings noch angemerkt zu werden.

- a) Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 2. §. 2. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. VIII. §. 5. Kap. IX. §. 2. Hoffmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1363.
- b) Clem. 2. de judic. Ludovici a. a. D. Kap. VIII. §. 2. Knorr a. a. D. §. 1. Mevius P. III. Decis. 217. Brunnemann Jus eccl. Lib. III. Cap. 11. §. 1. seq. Carpzov P. IV. Const. 23. Def. 14.

§. 137.

Gemeiner Konsistorialprozeß.

Der gemeine Konsistorialprozeß kommt mit dem unbestimmten summarischen fast ganz überein, folgende wenige Bemerkungen werden daher hinreichend seyn:
 1.) ein förmliches Klageschreiben ist nicht nothwendig, und bei vielen Konsistorien ist es sogar erlaubt, alles münd-

mündlich zu verhandeln (a). 2.) Gewöhnlich werden die Ladungen schriftlich abgesaffet, enthalten nur kurze Fristen, und die Einhändigung derselben geschiehet in der Regel durch den ganzen, den Konsistorien angewiesenen Gerichtssprengel unmittelbar, ohne daß eine besondere Ersuchung der gewöhnlichen, ordentlichen Ob rigkeiten nothwendig wäre (b). 3.) So wie der Richter überhaupt berechtigt ist aus rechtmäßigen Ursachen einer Partie aufzugeben, daß sie in Person, oder allein ohne einen Fürsprecher erscheinen soll, so kann auch den Konsistorien diese Befugniß nicht abgesprochen werden (c). 4.) Ausser den in andern Prozeßarten üblichen Strafen des Ungehorsams (d) wird hier zuweilen auf Einsetzung in die Güter, Sequestirung der Einkünften, auch Geldstrafen erkannt (e). 5.) Die Sicherheitsbestellung von Seiten des Klägers der Kosten und Wiederklage wegen kann auch hier, wenn alle übrigen Erfordernisse eintreten, nothwendig werden (f). 6.) Von verbor gerlichen Einreden werden nur diejenigen zugelassen, die das Wesen des Prozesses betreffen (g), eine formliche Kriegsbefestigung wird nicht als nothwendig erfordert, und alle an sich zulässige zerstörlische Schutzreden finden auch hier statt (h). 7.) Formlicher, feierlicher Beweis wird nicht geführet, sondern an nothdürftiger Bescheinigung genüget es schon (i). Alle sonst an sich zulässige Beweismittel übrigens können auch hier gebraucht werden, und wenn eine Partie Geistliche als Zeugen aufführet; so sind diese die Leistung des Zeugeneides zu verweigern nicht berechtigt (k). 8.) Ueber die Kraft und Stärke des geführten Beweises wird den Partien ein kurzes Verfahren gestattet. (l) 9.) In Ansehung der Rechtsmittel gegen die rich terlichen Erkenntnisse, und der Unterordnung der Konsistorien

sistorien unter einander, oder ihrer Verhältnisse gegen andere Gerichtsstellen im Lande, müssen die besondere Landes- und Ortsverfassungen in den einzelnen Provinzen die nöthige Aufklärung geben (§. 101.) (m). 10.) Die Vollstreckung der in die Rechtskraft übergegangenen richterlichen Entscheidungen endlich ordnen die meisten Konsistorien außerhalb Sachsen auch unmittelbar selbst an (n).

- a) Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. V. III. Hauptst. 8. §. 3. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. IX. §. 3. 8.
- b) Knorr a. a. D. §. 4. 5. Brunnemann Jus ecclesiast. Lib. III. Cap. 2. §. 11. Ludovici a. a. D. Kap. X. §. 2 - 10. Gribner Princip. process. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 2. Berger Electa processus matrimonialis. §. 13. 14. Vergl. Meine Grundsäze II. §. 114. Note f.
- c) Brunnemann l. c. §. 13. Gribner l. c. §. 3. Berger l. c. §. 16. Vergl. Meine Grundsäze II. §. 43. 44. 112. 150. (Sogar macht bei Konsistorien in Sponsalien, oder Ehesachen die persönliche Erscheinung eine Art von Censura ecclesiastica aus, und giebt ihr einen Charakter, den sie in andern bürgerlichen Prozessen nicht an sich trägt.)
- d) Sieh. Meine Grundsäze II. §. 454. folg.
- e) Brunnemann l. c. §. 18. 19. 20. Ludovici a. a. D. Kap. XI. §. 5 - 8.
- f) Schilter Exercitat. ad Pand. Exerc. VII. Th. 16. Knorr a. a. D. §. 8. Berger l. c. §. 21. 22. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Th. II. §. 1373. Gribner l. c. §. 5. Vergl. Meine Grundsäze II. §. 464.
- g) Ludovici a. a. D. Kap. XII. Brunnemann l. c. Cap. III. §. 2.

h)

- b) Ludovici a. a. D. Kap. XIII. Brunnemann l. c. Cap. VII. §. 8. seq.
- i) Ludovici a. a. D. Kap. XIV. §. 2.
- k) Derselbe a. a. D. §. 9. Schilter Exercitat. XXIII. Th. 32. Hofmann a. a. D. §. 1375. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 310.
- l) Ludovici a. a. D. §. 10. Hofmann a. a. D. §. 1376. Brunnemann l. c. Cap. IV. §. 21.
- m) Ludovici a. a. D. Kap. XVIII. Hofmann a. a. D. §. 1378-1381. Brunnemann l. c. Cap. X. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 418.
- n) Ludovici a. a. D. Kap. XIX. Hofmann a. a. D. §. 1381. Brunnemann l. c. Cap. XI.

§. 138.

Eheprozeß.

Im Ganzen genommen sind zwar die Grundsätze des unbestimmten summarischen und des geweinen Konsistorialprozesses auch bei dem Eheprozeß anwendbar; allein dieser hat doch manche erhebliche Eigenheiten, die besonders aufgezählt zu werden verdienen. 1) In mehreren Ländern werden artikulierte Libelle in Ehesachen noch zugelassen (a), und der Gebrauch der Satzstüke ist bei denselben nicht außer Uebung (b). 2) minderjährige und Weiber können hier allein, ohne ihre Vormünder gültig handeln (c). 3) Mit der bloßen Bescheinigung ist man nicht zufrieden, sondern verlangt starken, vollständigen Beweis (d). 4) Auch Eltern, Geschwister, andere nahe anverwandte und Haushoffnossen werden als Zeugen hier zugelassen, und verdienen besonders alsdann Glauben, wan von der Nähe der Verwandt- oder Schwägerschaft, und überhaupt von solchen Thatsachen die Rede ist, die Fremden nicht

wohl bekannt seyn können (e). 5) Wenn der Prozeß die Vollziehung der Ehe betrifft, oder die Aufrechthaltung der schon bestehenden Ehe bezwecket, oder die Frage davon ist, ob die Ehe wirklich vollzogen sey, findet Eideszuschreibung allerdings statt. Auf der andern Seite hingegen kann dieselbe dann nicht für zulässig geachtet werden, wann der Prozeß auf die Fortsetzung der bereits vollzogenen Ehe gehet, und der Eid gegen die Ehe gerichtet ist, so daß wenn derselbe von demjenigen, welchem er zugeschoben worden, geschworen würde, die streitenden Theile, die bisher in einer gültigen Ehe gelebt, nun von einander getrennet werden müßten (f). 6) Eben so darf der Richter auf den Erfüllungseid nicht erkennen, wenn dessen Leistung die Trennung der Ehe nach sich ziehen würde. Der Stathäftigkeit des Reinigungseides aber steht, wenn sonst alle Erfordernisse eintreten, nichts im Wege (g).

- a) Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. IX. §. 5. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1370. Meine Grundsätze ic. §. 64.
- b) Ludovici a. a. D. §. 7. Brunnemann Jus ecclesiast. Lib. III. Cap. 4. §. 3. Mevius P. IV. Dec. 108. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 485.
- c) c. 14. x. de restitut. spoliator. c. 3. de judic. in 6. L. 20. D. de ritu nuptiar. Brunnemann 1. c. Cap. III. §. 1. Berger Electa proceß. matrimon. §. 17-21. Mevius P. IX. Dec. 16. Ludovici a. a. D. Kap. XII. §. 9. Das Gegentheil behauptet Pufendorf Tom. I. Obs. II. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 40.
- d) Ludovici a. a. D. Kap. XIV. §. 3; Mevius P. IV. Dec. 108. No. 10.
- e) c. 3. x. qui matrimon. accusare possunt. c. 10. x. de probat. Ludovici a. a. D. §. 4. Brann-

nemann l. c. Cap. IV. §. 15. 16. Berger l. c. §. 30. Hofmann a. a. D. §. 1374. Puffendorf Tom. I. Obs. 15. 16.

- f) Nettebladt Anleitung zu der prakt. Rechtsge-
lahrtheit. §. 875. Ludovici a. a. D. Kap. XV.
§. 2-6. Berger l. c. §. 23-32. Schilter
Exerc. XIII. Th. 13. 14. Brunnemann
l. c. Cap. V. Leyser Spec. 135. M. g. Grib-
ner Princip. process. judicar. Lib. II. Cap. 3.
§. 5. Wernher P. III, Obs. 216. Casp. Matth.
Mueller Diff. de juramenti delatione contra
matrimonium. Rost. 1708. Jo. Sam. Stryk
Diff. de delatione juramenti in matrimonialibus.
Hal. 1702. Diet. Herm. Kemmerich Pr. an
juramenti delatio contra matrimonium locum
habeat? Jen. 1740. Jo. Balth. Wernher Diff.
de vi et efficacia juramentorum in confirman-
dis caussis matrimonialibus. Witteb. 1716. Vergl.
Meine Grundsäze ic. §. 370. — Der allgemeine
Grund ist, weil die Aufhebung der Ehe nicht von der
Willkür der Partien abhängen kann. c. 10. x. de
transact. c. 7. x. de sentent. et re judic. Vergl.
noch: Meister Praktische Bemerkungen. Thl. II.
No. 3.
- g) c. 34. x. de jurejur. c. 1. 4. 8. 10. 16. x. de
purgat. canon. Ludovici a. a. D. §. 6-10.
Berger l. c. §. 32-37. Brunnemann l. c.
§. 5. seq. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Pro-
zeß. Buch III. Hauptst. 8. §. 11. 12. 13 14. — Auf
die Vernachlässigung der anberaumten Faist zu der Er-
klärung über den zugeschobenen, oder auferlegten Eid,
wird in den Ehesachen so genau nicht gesehen. Vergl.
Meine Grundsäze ic. §. 373. und den vorher ange-
führten Ludovici a. a. D. §. 10. und Berger
l. c. §. 37. — Der allgemeine sowohl, als besondere
Eid für Gefährde muß, nach Besinden der Umstände,
auch in geistlichen Sachen geschworen werden. Vergl.
Meine Grundsäze ic. §. 366. c. 2. x. de juram.
calumn. und c. 1. §. 1. de juram. calumn. in 6.
Ludovici a. a. D. §. 11. Brunnemann
l. c. §. 14. seq.

§. 139.

Fortsetzung.

7) Das Unvermögen in Ansehung des ehelichen Beschlafes kann nicht wohl anders, als durch Besichtigung von Kunstverständigen erwiesen werden (a). Geben nun diese die Wirklichkeit des vollen, unheilbaren Unvermögens als gewiß und unbezweifelbar an, widerspricht auch der beschuldigte diesem nicht; so wird die Ehe für nichtig erklärt, und der unschuldige Theil hat die Freiheit, eine andere einzugehen (b). Ist hingegen das Urtheil der Kunstverständigen nicht zuverlässig genug, oder widerspricht der Ehegatte der vorgeblichen Unvermögenheit; so wird eine neue Besichtigung nothwendig. Fällt diese ganz entschieden aus; so findet nunmehr die Nichtigkeitserklärung statt: bei dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen, ist die in den Gesetzen vorgeschriebene dreijährige Probe das letzte Mittel. Beide Eheleute nämlich müssen noch drei Jahre beisammen leben, und ihre Kräfte mit einander versuchen. Dauern nach dem Ablaufe dieses Zeitraumes die Klagen über das Unvermögen fort, und der Beschuldigte behauptet noch immer seine Tüchtigkeit, so wird der klagende Theil zu dem Erfüllungssiede zugelassen. Räumet hingegen auch der Beschuldigte sein Unvermögen ein, so müssen nun beide Partien ihr Vor-geben noch eidlich bestärken (c).

- a) Selbst das Geständniß des Beschuldigten verdinnet an sich und allein keine Rücksicht, weil der Fall sich gar wohl gedenken läßt, daß mißvergnigte Eheleute eine geheime Verabredung treffen, um von einander los zu kommen. — Die Behauptung einiger, die Unvermögenheit des Mannes könne nur durch Eid, die Unstüchtigkeit der Frau aber durch Besichtigung erwiesen werden,

den, ist ohne Grund — Eben so unrichtig ist es, wenn andere, durch einige Stellen des kanonischen Rechts c. 4. 14. x. de probat. c. 6. x. de frigid. et malefic. veranlaßt, annehmen, die Besichtigung des Ehemannes könne zwar von Ärzten geschehen, zu der Besichtigung der Frau aber müßten erfahrene Weibspersonen gebraucht werden — Alle Besichtigungen der Art werden heut zu Tage durch beeidigte Ärzte und Geburtshelfer verrichtet, deren Zeugniß auch weit zuverlässiger ist, als dasjenige der über diesen Punkt selten genugsam erfahrenen geschworenen Frauen — Das ehemals hin und wieder gewöhnlich gewesene Mittel, die Cheleute, in Gegenwart des Richters, oder gerichtlicher Abgeordneten, den Beischlaf versuchen zu lassen, war eben so obscur, als zweckwidrig — Frank Medizinische Polizei. Band I. S. 389.

b) c. 1. 2. 3. 5. 6. x. de frigid. et malefic.

c) L. 10 C. de repud. Nov. 22, c. 6. C. 2, caus. 33. qu. 1. c. 1. 5. 7. x. de frigid. et maleficiat. Berger Electa process. matrimonial. §. 53. Aug. Ludw. Schott Einleitung in das Eherecht. Nürnberg 1786. §. 82. 83. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. IV. Tit. 15. §. 24 - 36. Wernher P. II. Obs. 392. Berger Respons. P. II. Resp. 57. Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der deutschen Christen. §. 277.

* Die Klage wegen des Unvermögens ist an eine gewisse Zeit nicht gebunden, sondern findet auch dann noch statt, wenn gleich die Ehegatten schon mehrere Jahre mit einander gelebt haben. c. 6. x. de frigid. et malefic. Boehmer l. c. §. 23. Schott a. a. D. §. 84. Andere behaupten unter Beziehung auf C. 3. caus. 33. qu. 1. und c. 1. 5. x. de frigid. et malefic. das Gegentheil. Wernher P. III. Obs. 56. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1261.

§. 140.

F o r t s e z u n g .

8) Der Beklagte ist dem Kläger diejenigen Urkunden auszuantworten schuldig, die für die Verbindlichkeit zu Festhaltung der Ehe einen Beweis abgeben können (a). 9) Eben so wird auch noch nach Ablauf der anberaumten Beweisfrist Beweis zugelassen, wenn derselbe die Fortsetzung der Ehe bezwecket (b). 10) Richterliche Erkenntnisse, durch welche wegen Voraussetzung einer falschen Thatsache eine Ehe getrennet, oder eine absolut verbotene für gültig erkannt wird, beschreiten nie die Rechtskraft (c). 11) Werden die Akten zu Einholung eines Urthels versendet; so ist es häufig noch üblich, sie an theologische und juristische Fakultäten zugleich zu verschicken (d). 12) Soll die Ehe wegen boshafter Verlassung getrennet werden; so muß vorerst kein Verdacht einer geheimen Verabredung beider Eheleute vorhanden seyn, mithin für die Unschuld des als verlassen flagenden Theils gute Vermuthung geheget werden können. Außerdem aber ist auch von Seiten des weggelassenen Gatten der Vorsatz der Verlassung zu erweisen (e), oder durch rechtliche Vermuthung darzuthan. Eine solche Vermuthung tritt dann ein, wenn ein Ehegatte ohne Ursach von dem andern entwichen ist (f), eine geraume Zeit, ohne Nachricht zu geben, abwesend bleibt (g), und der unschuldige Theil von seiner Seite auch alles angewendet hat, um Erkundigung einzuziehen (h) — Ist nun nothdürftiger Beweis oder eine solche rechtliche Vermuthung wirklich vorhanden; so kann gegen den Verlassenden je nachdem der Ort seines Aufenthalts bekann ist oder nicht, die gebetene Privat- oder Ediktalladung ohne

An-

Unstaud erkannt werden. Diese wird nach ihrem verschiedenen Zwecke dreimal wiederholet, nämlich zur Einlassung, zur Bescheinigung der Hindernisse wegen des Richterscheinens, und endlich zur Anhörung des Scheidungsurtheils (i). — Rkehret der abwesend gewesene Gatte vor gesprochenem Scheidungsurtheil wieder zurück; so muß die Ehe zwar fortgesetzt werden, aber der unschuldige Theil kann doch von jenem, nach Beschaffenheit der Umstände, die Leistung des Reinigungs- eides verlangen, damit auf diese Weise der Verdacht eines allenfalls begangenen Ehebruchs gehoben werde (k). 13) Erkennet endlich der Richter auf Vollziehung oder Fortsetzung der Ehe, so wird, in der Regel, zum absoluten Zwang des widerspenstigen Theiles nicht geschritten (l).

a) Berger Electa process. matrimon. §. 38.

Schott Einleitung in das Therecht. §. 228. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. XVI.

§. 4. Brunnemann Jus eccl. Lib. III. Cap.

4. §. 10. Meine Grundsätze ic. §. 318.

b) Berger I. c. §. 40.

c) An sich also gehen auch in Ehesachen die richterlichen Entscheidungen, sie mögen nun für, oder wider die Ehe sprechen, in die Rechtskraft über. c. 4. x. de restitut. in integr. c. 6. x. de probat. c. 9. 40. x. de testib. Schott a. a. D. §. 221. 228. Berger I. c. §. 44 - 48. Ludovici a. a. D. Kap.

XVIII. §. 15. Gail Lib. I. Obs. 112. Brunnemann I. c. Cap. IX. §. 7. 8. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 405. — Einige behaupten, unter Beziehung auf das c. 7. x. de dol. et contumac. auch ein Urtheil, das geistliche Beneficien betreffe, welche nie rechtskräftig. Ludovici a. a. D. Brunnemann I. c. §. 9.: allein das c. 32. x. de elect. zeigt die Unrichtigkeit dieser Behauptung. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 27. §. 40.

Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III.
Hauptst. 8. §. 16. Christ. Ludov. Stiegliz
Pr. de exceptions rei judicatae in ecclesiasticis.
Lips. 1772.

- d) Ludovici a. a. D. Cap. XVII. §. 2. Brunnemann l. c. Cap. IX. §. 2. seq. (Hierbei auf die Religionseigenschaft der Facultäten zu sehen, welche mit den Parthenen oder dem Streitgegenstand in der Religion übereinstimmt, ist wenigstens der deutschen religiös-politischen Verfassung und den rechtsgerichtlichen Erkenntnissen gemäß. Göttsche Beobacht. No. XXXI, im jurid. Archiv B. III. S. 366.)
- e) Besteht sich der verlassende Ehegatte an dem nämlichen, oder wenigstens an einem bekannten Orte und erklärt die Absicht der Desertion gerade zu; so ist es leicht diesen Beweis zu führen.
- f) Gegen einen Ehegatten daher, der wegen Amts- oder Gewerbe geschäften abwesend ist, und seine Rückkehr nicht unndthig verzögert, kann keine Desertionsklage statt haben.
- g) In Ansehung der anzunehmenden Zeit der Entfernung tritt, in Ermangelung besonderer Gesetze, das richterliche Erneissen vorzüglich ein. Nach Bestehen der Umstände kann eine halbjährige Trennung schon hinreichend seyn. c. 5. x. de sponsal.
- h) Dieses muß durch die sogenannten Diligenzscheine erwiesen werden,
- i) Berger l. c. §. 50-53. Mevius P. IV. Dec. 7. Dec. 223. Hommel Rhapsod. Obs. 612. Derselbe Deutscher Flavius. Art. Desertionsprozeß. Wernher P. I. Obs. 204. Schott a. a. D. §. 221. Brunnemann l. c. Lib. II. Cap. 17. §. 27. seq. Knorr a. a. D. §. 18. Nettelesbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 876. Wolfg. Ad. Schoepf Tr. de processu in contumaciam in causis ecclesiasticis, in primis de processu desertionis. Tübing. 1731. Idem Tr. de processu unilaterali cum primis contumaciali. Tübing. 1748.

k)

k) Leyser Spec. 314. M. 4. 5.

l) Nettelbladt a. a. D. §. 875.

§. 141.

Verfahrungsart in den vor die Konsistorien gehörigen peinlichen Sachen.

Die Verfahrungsart in vor die Konsistorien gehörigen peinlichen Sachen hat nichts eigenes, sondern man kennet auch hier den Anklage-, Untersuchungs- und gemischten Prozeß (a).

- a) Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. Lib. IV. P. II. §. 857. seq. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. V. Noch gehören hierher: Bened. Carpzov Definitiones consistoriales s. jurisprudentia ecclesiastica. Lips. 1665. et cum addition. Andr. Bergeri Ibid. 1724. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 362. folg.
-

Fünfzehentes Hauptstück.

Von dem Konkurs-Prozeß.

§. 142.

Begriff des Konkursprozesses.

In allen bisherigen Prozeßarten lag das unterscheidende Merkmal, daß jeder Anspruch eines Subjekts gegen das andere als isolirtes und von anderen Ansprüchen an das verpflichtete Subjekt unabhängiges Recht ergriffen wurde. Eben dieses Verhältniß bleibt, wenn entweder ein Subjekt gegen ein anderes überschuldet ist, oder wenn es zwar mehrere Creditoren, aber hinreichendes Vermögen zur Befriedigung derselben hat. Daher bringt weder die Insolvenz allein, noch die Concurrenz mehrerer Gläubiger allein am Verfahren einen Unterschied hervor. Sobald hingegen das Vermögen eines Subjektes zur Zahlung seiner mehreren Gläubiger nicht hinreicht, so wird eine Förderung durch die andere beschränkt, und die Nothwendigkeit gesetzt, daß gesammte überschuldete Vermögen unter sämtliche Gläubiger nach gesetzlicher Ordnung zu vertheilen. Hieraus entsteht der Begriff des Konkursprozesses (Gantprozeß, Konturbationsprozeß, processus concursus creditorum, processus cridæ) als derjenigen Verfahrensart, wo ausgesetzt wird, daß die Gläubiger auf das Vermögen des Schuldners nach einer bestimmten Vorschrift aufgeteilt werden.

gemacht wird, wie mehrere Gläubiger eines Schuldners aus dessen überschuldetem Vermögen nach der gesetzlichen Ordnung befriedigt werden sollen (a). I. Zum Daseyn eines Konkurses wird daher 1) Insufficienz der Masse und zugleich 2) Konkurrenz der Gläubiger erforderlich. II. Nicht in der Polizeigewalt, sondern in der richterlichen Gewalt ruhet der Entstehungsgrund des Konkursverfahrens, da es offenbar der letzten an sich obliegt, bei einem überschuldeten Vermögen jedem Gläubiger nur soviel, als die Koexistenz der übrigen Gläubiger verstattet, zuzusprechen. III. Die Hauptgeschäfte des Konkursverfahrens beziehen sich 1) auf Sicherstellung, Berichtigung und Verwaltung der Masse, 2) auf die Richtigkeit der Forderungen (*punctum liquidii*), 3) auf Bestimmung des Vorzugs, welcher einer Forderung vor der andern zukommt (*punctum prioritatis*). IV. Derjenige, dessen Vermögen unter die Gläubiger zu vertheilen ist, heißt Gemeinschuldner (*Creditorius, Ganthierer*), sein Vermögen Konkursmasse (b).

a) Manche Rechtsgelehrte bezeichnen den Zustand eines überschuldeten Vermögens mit dem Namen Konkurs; allein dies ist sehr irrig, da man, wie unten mit wichtigen Folgen gezeigt wird, den Konkurs sich nur als gerichtliches Verfahren denken kann. Auch unterscheidet das Merkmal des gerichtlichen Verfahrens den Konkurs von den unter Kaufleuten sehr üblichen Akorden.

b) Als Schriften über den Konkurs sind auszuzeichnen: Salgado de Samoza *Labyrinthus creditorum concurrentium* Francof. 1663. Brunnemann *processus concursus creditorum cum notis Stryckii* Francof. ad Viadr. 1737. 1745. 4. Ludovici *Einführung zum Konkursprozeß*, Halle

1749. Kraft Anmerkungen über den Konkursprozeß. Erlangen 1786. Schmid Grundsätze vom Konkursprozeß. Nürnberg 1794. Kornemann kurzgefaßte theoret. prakt. Abhandl. vom Konkursprozeß. Marburg 1797. Hasche Erläuter. der Hamburg. Galliten-Ordnung 2 Bd. Hamburg 1798. 1800. Dablow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger 3. Bde. Halle 1792 - 95. 8. Zweite Ausgabe unter dem Titel: ausführliche Entwicklung der Lehre ic. Halle 4. Happel in mehreren besonderen Abh. 1) Anleitung zum Verfahren, Konkursprozesse abzuwenden. Giessen 1797. 2) Beobachtungen beim Ausbruch eines Konkurses und bei Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräußerten Vermögens. Ebend. 1801. 3) Vom Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichretischen Versäße bei ausgebrochenem Konkurse. Ebend. 1802. 4) Erörterung der beim Konkursprozeß vorkommenden wichtigsten Gegenstände. Ebend. 1803. Götter Handb. B. IV. Abh. 82.

S. 143.

Geist und Quellen des deutschen Konkursprozesses.

Dem römischen Rechte war das Wesen des Konkursprozesses nicht fremd, und ehe verschiedene Forderungen einen gesetzlichen Vorzug erhielten, lieferte diese Gesetzgebung, besonders nachdem sie einige schädliche Formeln verbannt hatte, ein ziemlich consequentes Resultat (a). Als aber verschiedene Forderungen mit einem Vorzugsrechte begabt, und von der Allgemeinheit ausgeschieden wurden, welche nur unter den chirographischen Gläubigern aufrecht blieb, war das Princip der Allgemeinheit in Ansehung der Vermögensstücke sowohl, als der Gläubiger, und mit ihm die vernunftgemäße Consequenz im Konkursverfahren wesentlich vernichtet. Das deutsche Recht stellte das Princip der Universalität, sowohl was das Vermögen, als was

die

die Ansprüche betrifft, in seiner reinen, unbedingten Vollkommenheit her, und hieraus ergiebt sich, in wie weit das römische Recht im Konkursverfahren als Quelle (b) gelten kann. Es ist nämlich I. die Grundlage des Verfahrens nach den Forderungen der Vernunft rein deutschen Ursprungs und aus dem römischen Rechte nicht abzuleiten, daher die Darstellung falsch, wenn man in der Grundlage das römische Recht als Regel, das heutige Verfahren als Modifikation oder Einschränkung ansehen will. II. Römische Gesetze, deren Anwendung von dem Prinzip der Allgemeinheit nicht abhängt, (z. B. über Cessio bonorum, Vorzug der Gläubiger, Adjudication der Güter im Mangel annehmlicher Käufer) finden, so wie III. jene römischen Verordnungen, welche den Grundsatz der Allgemeinheit an sich tragen, auch noch heutzutage vollkommene Anwendung. Dahingegen können IV. jene römischen Gesetze, welche auf Isolirung einzelner Gläubiger abzielen, auf den deutschen Konkurs nicht übertragen werden (c).

- a) Die Geschichte der römischen Legislation liefert ausführlich Dabellow a. a. D. S. 22. u. ff. in gedrängter Kürze Gönnner a. a. D. §. 2.
- b) Gmelin vom materiellen Konkurse der Gläubiger, Erlangen 1775. 8. §. 7. Walch D. de jure prioritatis in fraudem creditorum impetrato, Jena 1790. 4. §. 1 - 5.
- c) Gönnner a. a. D. §. 3. 5. woselbst auch §. 6. die abweichenden Eigenheiten des deutschen Konkursverfahrens als Folge des Prinzipis der Allgemeinheit abgeleitet sind.

§. 144.

Eintheilungen des Konkurses nach Danz, in den Immobilien, Materiellen und formlichen Konkurs.

Von der Zeit an, wo der Schuldner unvermögend ward, seine Gläubiger zu befriedigen, bis dahin, wo er sein Vermögen den Gläubigern abgetreten hat, oder wo diese in dasselbe eingewiesen worden sind, ist ein imminenter Konkurs vorhanden (a). Mit des Schuldners freiwilligen Abtretung seines Vermögens an die Gläubiger, oder des Richters Einweisung derselben in jenes aber nimmt der materielle Konkurs seinen Anfang, und dauert bis zu Eröffnung des Konkursprozesses durch die Erlassung der Ediktalladung (b). Von Erlassung der Ediktalladung an endlich bis zum Ende des Konkursprozesses währet der formliche Konkurs (c).

- a) Schaumburg Princip. prax. jurid. judicior. Lib. II. Cap. 8. §. 1. Johann Heinrich Steff Systematische Lehre vom Kontradicitor bei einem formlichen Schuldenswesen über das Vermögen sowohl mittelbarer als unmittelbarer Personen. Nürnberg 1791. §. 15. sagt, der imminente Konkurs fange mit der Zeit an, wo der Schuldner einsah, daß er unvermögend sey, seine Gläubiger zu befriedigen; allein auf die Einsicht und Überzeugung des Schuldners, die ohnedem in den meisten Fällen schwer zu erweisen seyn dürfte, kann es hierbei nicht ankommen, sondern der Zeitpunkt, wo das Aktivvermögen des Schuldners zu der Befriedigung seiner Gläubiger nicht mehr reicht, ist vielmehr derjenige, wo der imminente Konkurs mit allen seinen Wirkungen beginnet. Dieser Zeitpunkt muß nun von den Gläubigern, die sich darauf berufen und einen Vortheil daraus ziehen wollen, bestimmt angegeben und erwiesen werden. In vielen Fällen ist dieser Beweis schwer, dann aber leicht, so bald mehrere Gläubiger wider den Schuldner, welcher nicht mehr

mehr bezahlen kann, sich gerichtlich gemeldet haben, und also eben deswegen, weil nicht alle befriedigt werden können, nun schon zweifelhaft wird, wer von ihnen zuerst sein Geld aus des Schuldners Vermögen erheben soll.

b) Schaumburg l. c. Stepf a. a. D. §. 14.

Gmelin in der Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger nimmt nur zwei Konkursarten an, den materiellen nämlich und formlichen. Der erstere beginnet seiner Meinung nach mit dem Zeitpunkt, wo mehrere Gläubiger wider den Schuldner, welcher nicht mehr bezahlen kann, sich gerichtlich gemeldet haben, und kommt daher fast ganz mit demjenigen überein, den wir den imminenten nennen. Bei dieser Behandlungsart aber entsteht vorerst eine Lücke, indem die freiwillige Abtretung des unzulänglichen Vermögens des Schuldners an die Gläubiger, oder die richterliche Einweisung dieser in jenes, die doch manche sehr wichtige und erhebliche rechtliche Wirkungen erzeugen, und die gewöhnlich auf das Andringen mehrerer Gläubiger vor Gericht folgen, und der Erlassung der Ediktalladung vorangehen, ganz unberührt bleiben, oder doch wenigstens nicht sorgfältig genug abgesondert werden. Außerdem aber ist auch schon der Zeitpunkt, wo die Insolvenz des Schuldners erweislich ist, wenn gleich mehrere Gläubiger ihre Forderungen noch nicht gerichtlich eingeklagt haben, für die Kreditorschaft höchst wichtig, und verdient eben deswegen vorzügliche Rücksicht.

c) Schaumburg l. c. Gmelin a. a. D. §. 5.—

Die Meinungen der Gelehrten über den Anfang des Konkurses übrigens sind äußerst getheilt. Einige behaupten, der Konkurs fange erst alsdann an, wenn der Schuldner sich erklärte hat, er wolle seine Güter den Gläubigern hingeben. *Franciscus Salgado de Samoza in regali Cancellaria Vallisoletana Senatoris, Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam Tomi duo. Francosurti 1663. P. I. Cap. 1. §. 6. Mevius P. VI. Decis. 104.* Andere nehmen an, der Konkurs werde nicht früher begründet, als bis ein Pfleger der verschuldeten Güter

ter aufgestellt worden. Boenigke Practica practicata. Cap. 38. Andere sehen den Augenblick, wo mehrere Gläubiger bei einem und eben demselben Schuldner auf die Bezahlung gerichtlich dringen, als den Anfang des Konkurses an. Gribner Principia processus judicarii. Lib. II. Cap. 9. §. 1. Noch andere endlich wollen den Konkurs erst dann angefangen wissen, wenn die Ediktalladung erlassen ist. Leyser Spec. 478. M. 5. Gottl. Euseb. Oelze Diff. de creditore sibi vigilante. Jen. 1770. §. 4. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1813. Vergl. noch Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. I. §. 14. Car. Frid. Walch Diff. de jure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato. Jen. 1790. §. 8. Klüber Kleine juristische Bibliothek. Stück 23. No. 75. S. 339. Jo. Frid. Gab. Schulin Meditationes ad selectas quasdam differentias juris communis et Brandenburgico-Baruthini. Mogunt. 1787. §. 2. 3. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. S. 293. Aug. a Balthasar Collatio juris communis cum saxonico, lubencensi, mecklenburgensi et speciatim pomeranico qua classificationem creditorum in concursu. p. 2. Wernher P. IV. Obs. 146. C. G. de Winckler Adversaria juris judicarii in primis quod concursum creditorum. Lips. 1785. Adnot. Ima. Albert. Phil. Frick Libellus singularis de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminenti, aut moto concursum judicio. Helmst. 1777. §. 4. p. 7. Christ. Christi. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. Halle 1792, §. 8 = 12.

§. 145.

Wirkungen des imminenten Konkurses.

So lange, bis einem jeden einzelnen Gläubiger eine gewisse Stelle, wo er befriedigt werden soll, von dem Richter angewiesen ist, verursacht ein jeder Konkurs

Kurs eine gewisse Gemeinschaft unter allen Kreditoren, die aus den verschuldeten Gütern bezahlt seyn wollen, und gerade diese Gemeinschaft ist der Grund aller derjenigen Rechte, die dem Konkurs eigen sind. Durch dieselbe werden indessen die besondere Rechte und Vorteile, die einem jeden Gläubiger seiner Forderung wegen zukommen, keinesweges aufgehoben, es können auch die einzelnen Kreditoren als Streitgenossen deswegen nicht angesehen werden, sondern alle Gläubiger haben nur in so ferne ein gemeinschaftliches Interesse, daß sie sich vereinigt entgegen setzen können, wenn entweder von dem Richter, oder von dem Schuldner etwas für sie nachtheiliges vollzogen werden will. Die weiter in dem Konkursprozeß vorkommenden Handlungen, als die freiwillige Abtretung des Vermögens von Seiten des Schuldners, oder die richterliche Einweisung in dasselbe, oder die Erlassung der Ediktalladung u. s. w. befestigen theils diese Gemeinschaft nur noch mehr, theils erzeugen sie noch manche besondere rechtliche Wirkungen, die in der Folge angegeben werden sollen (a) — Hier jezo von den Wirkungen des imminenteren Konkurses — Des imminenten Konkurses ohngeachtet bleibt der Gemeinschuldner in Rücksicht seines Vermögens noch in Thätigkeit, kann dasselbe unter Händen behalten, gültig veräußern, und das Eigenthum sowohl als andere Rechte ohne Anstand auf andere übertragen (b). Nur dafür haben die Gesetze gesorgt, daß derselbe nicht arglistiger Weise zum Nachtheil seiner Kreditschaft Güter veräußern, oder überhaupt über sein Vermögen disponiren darf (c), und haben deswegen zwei Rechtsmittel, ein possessorisches (d) und petitorisches (e) gegeben, mittelst deren die Gläubiger Veräußerungen, oder andere Verfügungen,

gen, die, um sie zu hintergehen, vollzogen worden, anfechten, und zu dem Besitze der veräusserten Sachen gelangen können.

a) Gmelin. Die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 9. 10. 11. Berger Electa discep-tat. for. Tit. 34. Obs. 7. p. 806.

b) L. 15. C. de donation. Gmelin a. a. D. §. 12. Oelze Diff. cit. de creditore sibi vigilante. §. 10. Conr. Sigism. Car. Hænlein Diss. de actionis Paulinianæ natura, requisitis et usu forensi. Erlangæ. 1785. §. 3. Es ist daher irrig, wenigstens ganz unbestimmt, wenn Schamburg Princip. prax. jurid. judicizir. Lib. II. Cap. VIII. §. 1. lehret, daß der Schuldner, so bald einige Gläubiger wider ihn aufgetreten sind, über sein Vermögen nicht mehr nach Willkür disponiren können. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1227.

c) L. 1. D. quæ in fraud. creditor.

d) L. 10. pr. L. ult. §. 4. 6. D. quæ in fraud. cre-dit. Der Prätor nämlich hat das interdictum frau-datorium, welches restitutorium ist, oder eine besondere actionem in factum aus diesem Interdict verstattet. L. 67. D. ad SCT. Trebell. L. 96. §. 1. D. de solut. L. 60. D. mand. Selten kommt zwar dieses Rechtsmittel vor, kann aber doch zuweilen mit Vortheil gebraucht werden. Z. B. wenn die Gläu-biger geschwind zu dem Besitz der veräusserten Sachen gelangen wollen, damit der Besitzer, der nachher viel-leicht unvermögend ist, ihnen den Werth derselben zu ersezzen, sie unterdessen nicht wieder veräussere. Hän-lein Diss. cit. §. 2. §. 22. Gmelin a. a. D. §. 14. Not. b. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 112.

(e) Dies ist die Paulianische Klage, von welcher gleich weiter gehandelt werden wird. Dabelow a. a. D. §. 81-98. (IX. Aufl. S. 375 ff.)

§. 146.

Fortsetzung.

Daraus, daß gleich nach eingetretenem imminentem Konkurs eine gewisse Gemeinschaft unter den Kreditoren begründet wird, und daß von nun an der Schuldner zum Schaden seiner Gläubiger über sein Vermögen arglistiger Weise keine Verfüungen mehr treffen darf, ergeben sich folgende Sätze, I. wenn von Seiten des Schuldners, oder Veräußerers betrügerische Absicht am Tage liegt, dieser unerlaubte Endzweck auch erreicht wird, und die Kreditoren also wirklich Schaden leiden (a), auf der andern Seite aber die Erwerbung entweder durch einen lukrativen Titel geschehen ist, oder, wenn sie durch einen beschwerlichen geschehen seyn sollte, der Erwerber Anteil an dem Betrugs hat; so zerfällt das ganze Geschäft als ungültig, und die Gläubiger gelangen durch die Paulianische Klage zu den veräußerten Sachen, oder verlohrnen Rechten wieder (b). Allen Kreditoren ohne Ausnahme, welchen eine solche arglistig unternommene Veräußerung zum Nachtheil gereicht, wie auch ihren Erben und Nachfolgern steht dieses Rechtsmittel zu (c). Gewöhnlich wird dasselbe im Namen aller Gläubiger von dem Güterpfleger erhoben, niemals aber von dem Kontraktor, weil dieser die Stelle des Schuldners vertritt (d). Von demjenigen, welcher die veräußerte Sache durch einen beschwerlichen Titel erlangt, und Theil an dem Betrugs des veräußernden Schuldners gehabt hat, kann dieselbe zurückverlangt werden, auch ohne denselben zu entschädigen, wosfern nicht das, was er dafür gegeben hat, noch in dem Vermögen des Schuldners vorhanden ist (e). Besitzet

derselbe die veräusserte Sache nicht mehr; so ist er den Werth derselben zu ersetzen schuldig, und wenn er sich arglistiger Weise des Besitzes derselben entledigt hat, auch das Interesse (f). Wider den, welcher die Sache durch einen lukrativen Titel erlangt, und um den Betrug des Schuldners gewusst hat, findet die Paulianische Klage mit denselben Wirkungen statt, wie gegen den, der in bösem Glauben durch einen beschwerlichen Titel erworben hat. Der Besitzer durch einen lukrativen Titel in gutem Glauben hingegen ist nur so viel herauszugeben verbunden, als er durch den Erwerb der Sache reicher ist (g). Auch die Erben aller bisher genannten Personen sind nur in so weit tenent, als der Erwerb auf sie gekommen ist (h), und endlich gegen den betrügerischen Schuldner selbst kann zwar nicht auf einzigen Ersatz, aber doch auf Bestrafung mittelst der Paulianischen Klage gedrungen werden (i). Alles, wodurch die Gläubiger wirklich vervorteilet und hintergangen worden sind, wird durch dieses Rechtsmittel zurückfordert; dahin gehören nicht nur die veräusserte Sache selbst mit allem Zuwachs, Vermehrung und immittelst genossenen Nutzungen, sondern auch dieseljenigen Nutzungen, welche der arglistige Besitzer hätte genießen können; jedoch darf derselbe die zur Noth darauf verwendeten Kosten davon abziehen. Dieses gilt wider jeden Besitzer, der Theil und Mitwissen an dem Betruge des Schuldners hat, er mag die Sache durch einen lukrativen, oder beschwerlichen Titel besitzen. Der aber, welcher in gutem Glauben durch einen lukrativen Titel Besitzer ist, eisehet nur so viel, als er dadurch reicher ist, und zwar von Nutzungen das, was zur Zeit der Kriegsbefestigung wirklich vorhanden ist; von dieser Zeit an aber alle genossenen und diejenigen, welche

welche er hätte geniessen können (k). Binnen vier Jahren, von der Zeit an, wo die Unzulänglichkeit der Maße zu Bezahlung der Schulden sich ergab, muß diese Klage angebracht werden (l); nach Ablauf dieses Zeiträumes kann jedoch dasjenige, was der Beklagte durch jene Veräußerung gewonnen hat, oder hätte erhalten können; wenn er es nicht arglistig verhindert hätte, durch eine, dreißig Jahre hindurch wirksame actionem in factum gefordert werden (m). Nützlich endlich kann man die Paulianische Klage (actio pauliana utilis) noch in folgenden drei Fällen anstellen: 1) wider diejenigen Legatarien, welchen der Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger etwas vermachte, und welchen sein Erbe solches ausgezahlet hat (n). 2) Wenn der Erbe des Schuldners, welcher wider seinen Erbschaftsantritt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangte, vorher, um die Gläubiger zu hintergehen, Veräußerungen vorgenommen hat. Ist die Erbschaft ohne Vorwissen der Gläubiger angetreten worden; so können diese auch diejenigen Sachen, welche der Erblasser selbst in gleicher Absicht veräußerte, zurückfordern (o); nicht aber alsdann, wenn der Antritt der Erbschaft mit ihrem Vorwissen geschehen ist, und sie also durch ihr Stillschweigen den Erben für ihren Schuldner anerkannt haben (p). 3) Wenn der Schuldner, um seine Gläubiger zu hintergehen, ein ihm zustehendes Pfandrecht nachgelassen, oder solches zu behaupten unterlassen hat. (q).

- a) L. 1. pr. et §. 2. L. 10. §. 1. L. 17. §. 1. D. quæ in fraud. creditor. Nur dann also, wenn eine Handlung vorgenommen worden ist, durch welche das Vermögen vermindert wird, findet die Paulianische Klage statt. Dieses geschieht aber nicht, wenn jemand eine

eine Gelegenheit etwas zu erwerben unbenuzt vorbeizässt, folglich auch nicht, wenn ein Schuldner eine ihm angetragene Erbschaft ausschlägt. — L. 6. pr. §. 1 - 4. D, quæ in fraud. creditor. L. 134. pr. D. de regul. jur. Hen. Godofr. Bauer Pr. de actione Pauliana. Lips. 1782. p. 4. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 116 - 127. — Zuverlässig kann man nur dann wissen, ob die Gläubiger durch die Veräußerung Nachtheil gesitten haben, wann dieser die Unzulänglichkeit der Maße zu Bezahlung der Schulden, und daß solche durch die Veräußerung entstanden, oder vermehret und befördert worden, darthun. Dieser Beweis muß daher nothwendig geführet werden. L. I. C. de revocandis his, quæ in fraud. cred. Lauterbach Coll. theor. pract. Lib. XLII. Tit. 8. §. II. Gmelin Die Lehre vom materiellen Konkurs, §. 14.

- b) L. 6. §. 8. 10. 11. 12. L. 10. §. 2. 3. 5. D. quæ in fraud. creditor. — Besitzet der Beklagte die Sache aus einem lukrativen Titel; so hat der Kläger in Hinsicht auf jenen seinen Klagegrund dargethan, wenn er zeigt, daß derselbe die Sache blos aus Gewinnsucht nicht herausgehen will. Besitzet derselbe hingegen aus einem beschwerlichen Titel; so muß der Kläger freilich die schlimme Absicht desselben, die Gläubiger zu betrügen, erweisen. Schwer ist dieser Beweis, in den meisten Fällen, kann aber doch auch durch Vermuthungen geführet werden, wobei dem richterlichen Ermessen viel überlassen bleibt. Hänlein Diss. cit. de actionis Paulianæ natura, requisitis et usu forensi. §. 13. — So viel indessen erhellet aus dem angeführten, daß der Grund der Paulianischen Klage im allgemeinen nicht in einer unerlaubten Handlung, in die unrechte Absicht nämlich, welche beide Theile bei der Veräußerung hatten, gesetzt werden kann, sondern daß er vielmehr auf einer von den Gesetzen unmittelbar auferlegten Verbindlichkeit beruhet.
- c) Nicht aber dem Eichen des arglistigen Schuldners, wenn schon derselbe einer von den Gläubigern selbst wäre, L. 4. C. de revoc. his quæ in fraud. creditor. ; und

und eben so wenig denjenigen Gläubigern, deren Da-
lehen neuer, als die Veräußerung sind, woferne nicht
mit ihrem Gelde ältere Gläubiger befriedigt worden.
L. 10. §. 1. L. 15. 16. D. quæ in fraud. creditor.

- d) Haenlein Diff. cit. §. 16. Wernher P.
IV. Obs. 68. P. IX. Obs. 15. Gmelin a. a. D.
§. 15. Hoffmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II.
§. 1246.
- e) L. 8, D. quæ in fraud, creditor.
- f) L. 9. D. eod.
- g) L. 6, §. 11. D. eod.
- h) L. 10, §. 25. L. 11. D. eod. Haenlein l. c.
§. 17. Nach der Praxis jedoch läßt man, wenn der
Erblasser Theil an dem Betrug gehabt hat, die Klage
auf alles zu, was die Erbschaft vermag. Haenlein
l. c. §. 25. Voetius Commentar. ad
Pand. Lib. IV. Tit. 3. §. 12.
- i) L. 1. pr. D. quæ in fraud. creditor. Die Strafe
besteht gemeinlich darin, daß der Schuldner wegen
seiner betrüglichen Absichten der rechtlichen Wohlthat
der Abtretung seiner Güter für verlustig erklärt, und
nach dem Schaden, den er seiner Kreditorschaft durch
die Veräußerung zugefügt hat, bald mit einer kürzen,
bald mit einer längeren Gefängnisstrafe belegt
wird. Gmelin a. a. D. §. 14. Haenlein
l. c. §. 18.
- k) L. 10, §. 20. 22. L. ult. §. 4. D. quæ in fraud.
cred. L. 18. §. ult. L. 19. D. de jure fisci. Berger
Oeconom. juris. Lib. II. Tit. 2. §. 34. Not.
2. Gmelin a. a. D. §. 15. Haenlein l. c.
§. 20. Bauer Pr. cit. pag. 10. seq.
- l) L. 1. L. 10, §. 22. D. quæ in fraud. creditor. L.
ult. C. de temporibus in integrum restitutionis.
Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1832.
Just. Hen. Boehmer Introductio in jus dige-
storum. Lib. IV. Tit. 1. §. 6. Andere bleiben bei
den Worten des Gesetzes, und geben nur ein nützli-
ches

ches Jahr, das mithin erst von der Zeit an zu rechnen ist, wo die Gläubiger erfahren haben, daß sie durch die Veräußerung arglistiger Weise vervotheilt worden. Haenlein l. c. §. 21.; allein der von dem nützlichen Jahre bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hergenommene sehr richtige analogische Grund macht diese Behauptung verwerthlich. Andere behaupten, die paulianische Klage sey heut zu Tage, wie das prätorische Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt, als eine *actio perpetua* zu betrachten, die in 30. Jahren allererst erlösche. Christ. Frid. Glück Diff. de vita petendæ restitutionis in integrum prætoriæ. §. 37. (in Opuscul. jur. civil. Fascic. II. pag. 288.)

m) L. 10. pr. und §. 24. D. quæ in fraud. credit. Auch Rechte und Ansprüche, welche der Schuldner nachgelassen hat, können, wenn alle oben angegebene Voraussetzungen eintreten, von den Gläubigern binnen eben der Zeit, in welcher jenem solche zugestanden, und das Recht darauf zu klagen gebührt hätte, zurückgefordert werden. L. 10. §. 23. D. quæ in fraud. creditor.

n) L. 6. §. 13. D. eodem.

o) Und zwar durch die actionem Paulianam directam.

p) L. 10. §. 10. D. quæ in fraud. creditor.

q) L. 18. D. eodem. Vergl. L. 2. D. eod. — Über diesen ganzen § verdienen noch nachgesehen zu werden: Christ. Guilielm. Wehrn Diff. de actione Pauliana. Erford. 1781. §. 1-4. §. 15. 16. 17. Stepf Systematische Lehre vom Kontradicitor. §. 15. §. 70-78. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 316. Joh. Ludw. Schmidt Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 447. folg. Leonh. Hen. Ludov. Ge. de Cannegiesser Decis. supremi tribunalis appellationum Hasslo-Cassellani. Tom. IX. Decis. 236. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl I. §. 98-102. §. 108-112. (11. Aufl. S. 408. ff. S. 647. f.)

§. 147.

Fortsetzung.

II. Wenn der Schuldner unter mehreren gleich wachsamen Gläubigern einen derselben zum Nachtheil der übrigen durch Befriedigung begünstigt; so findet die Paulianische Klage dahin statt, daß die bezahlte Summe unter ihnen allen nach dem Verhältniß ihrer Forderungen vertheilet werde (a). Hat hingegen der Schuldner gerade denjenigen vorgezogen, der unter den Gläubigern der saumseligste war; so wird durch das nämliche Rechtsmittel darauf gedrungen: daß die ganze empfangene Summe zurückgegeben und in die Konkursmasse eingeworfen werde (b). Eben so wenig darf zum Nachtheile des Fiskus eine Bezahlung geschehen (c), und wenn gewisse Sachen an Zahlungsstatt sind gegeben worden; so steht den hypothekarischen Gläubigern wegen der ihnen verschrieben gewesenen Sachen auch gegen den befriedigten Kreditor die hypothekarische Klage zu (d).

- a) L. 6. §. 2. D. de reb. author. judic. possidend.
- b) L. 6. §. 2. eod. L. 6. §. 6. 7. L. 2. 4. D. quæ in fraud. creditor. L. 21. D. de pecul. Gmelin a. a. D. §. 19.
- c) L. 3. C. de revocand. his quæ in fraud. credit. L. 1. 5. C. de privil. fisci. L. 18. §. 10. L. 19. 20. L. 45. pr. D. de jure fisci. Dabeiow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 113-116. §. 127.
- d) L. 16. §. 3. D. de pignor. L. 20. L. 98. D. de solut. L. 22. D. quæ in fraud. creditor. L. 22. §. 6. C. de jure deliber. — Ausser diesen Fällen bleibt es bei der Regel, daß der wachsame Gläubiger seine erhaltene Befriedigung gegen alle Ansprüche der übrigen

gen Gläubiger sicher behaupten kann, wenn er gleich das Unvermögen des Schuldners, und daß die übrigen Gläubiger darunter leiden würden, recht gut gewußt hat. L. 6. §. 6. 7. L. 24. D. quæ in fraud. credit. L. 21. D. de pecul. — Sieh. noch: Henr. Godofr. Bauer Pr. cit. de actione Pauliana. pag. 7. Gmelin die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 18. 19. 36. Gottl. Euseb. Oeltze Diff. de creditore sibi vigilante. Jen. 1770. §. 23. seq. Haenlein Diff. cit. de actionis Paulianæ natura, requisitis et usu forensi. §. 15. Frick Diff. cit. de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminenti, aut moto concursus judicio. §. 22. Wehrn Diff. cit. de actione Pauliana. §. 14. Struben R. B. Lhl. I. Bed. 105. Car. Frid. Winckler Diff. de creditore sibi vigilante. Kilon. 1758. Dabelow a. a. D. §. 102 = 105. (11 Aufl. S. 422. ff.)

§. 148.

Fortsetzung.

III. Begünstiget der Schuldner absichtlich zum Nachtheil seiner übrigen Gläubiger diesen, oder jenen Kreditor mit Ertheilung eines Pfandrechts, welches derselbe vorher nicht hatte, oder auch, statt der bisherigen Privathypothek, mit einer öffentlichen, oder gesetzlichen; so kann, es mag nun der begünstigte Gläubiger um die Gefahrde mit gewußt haben, oder nicht, dieses Unternehmen mittelst der Paulianischen Klage angefochten werden (a).

- a) L. 6. §. 8. 11. L. 10. §. 12. 13. L. 13. L. 22. D. quæ in fraud. cred. L. 4. §. 29. 30. 31. D. de doli mali et met. except. Adolph Dietrich Weher Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin und Wismar 1789. Abhandl. VII. S. 84. Gust. Bernh. Beckmann Diff. de

de debitore obærato in præjudicium debitorum non adquirente. Götting. 1774. p. 7. Brunnemann ad L. 10. D. quæ in fraud. creditor. Berlich P. I. Decis. 118. Walch Diff. cit. de jure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato. §. 9. seq. hält das erworrene Pfand- oder Vorzugsrecht nur dann für ungültig, wann der Kreditor, der sich solches erworben mittelbar, oder unmittelbar die übrigen Gläubiger böslicher Weise verhindert hat, sich auf eine ähnliche Art vorzusehen, und ein ähnliches Vorzugsrecht zu erwerben. — Nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten sollen auf diesen Fall eben die Grundsätze anwendbar seyn, die von der wirklichen Zahlung gelten. (Sieh, den vorhergehenden §.) Voetius Comment. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 8. §. 18. Leyser Spec. 495. M. 8. Oeltze Diff. cit. de creditore sibi vigilante. §. 26. Frick Diff. cit. de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminentि aut motto concursus judicio. §. 22. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 105 - 108. (11 Aufl. S. 431. ff.)

§. 149.

F o r t s e z u n g .

IV. So bald einmal mehrere Gläubiger ihrer Forderungen wegen bei dem Richter sich gemeldet haben, entsteht unter ihnen eine gewisse Konkurrenz, es kann mithin der Schuldner keinen einzelnen derselben zum Nachtheil der übrigen besonders begünstigen (a); ein Recht, welches einer der Kreditoren gegen den Cantmann erhalten hat, kommt zuweilen auch den übrigen zu statthen, so daß diese öfters ex jure tertii gültig recipire können (b); soll einem der Gläubiger zum Nachtheil eines andern irgend ein Vortheil eingeräumt werden, so kann dieser mittelst der Intervention, als welche auch eines von denjenigen Rechten ist, die

unmittelbar durch den Konkurs erzeugt werden, seine Gerechtsame waren (c); die etwa schon anhängigen Executivprozesse werden von nun an gehemmt, und auch die in Rechtskraft bereits übergegangenen Urtheile können nicht mehr vollstreckt werden (d); das einfache, mit keinem Pfandrechte verknüpfte Retentionsrecht der Pfandgläubiger findet nicht mehr statt (e), wohl aber kann ein Schuldner bei dem Konkurs seines Gläubigers auf eine vorgegangene, an sich zulässige Kompen-sation mit Bestand Rechtes sich berufen (f).

- a) Leyser Spec. 495. M. 10. II. Gmelin Die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 21.
- b) Wenn z. B. der Schuldner auf das beneficium cessionis, oder competentiae sich beruft; so können die Gläubiger, welche diese Rechtswohlthaten ihm nicht zugestehen wollen, auch daraus eine Exception hernehmen, wenn der Schuldner gegen diesen, oder jenen seiner Gläubiger arglistig und betrüglich gehandelt hat. Gmelin a. a. D. §. 22.
- c) Gmelin a. a. D. §. 23. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. V. §. 6.
- d) Gmelin a. a. D. §. 24. 25. Struben N. B. Thl. IV. Bed. 37. — Andere behaupten, des Konkurses ohngeachtet könnten die Gläubiger mit Recht auf die befreite Prozeßarten sich berufen, es könnten also z. B. gegen garantiierte Urkunden keine Ausschlüsse, die auf weiterer Ausführung beruhen, vorgebracht werden. Berger Elect. discept. for. Tom. VI. Obs. I. Not 3. Wernher P. I. Obs. 305. n. 44. Obs. 308. P. II. Obs. 403. P. IV. Obs. I. n. 122. Der Gerichtsbrauch aber sowohl, als die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten sind dieser Behauptung zuwider. Pufendorf Tom. IV. Obs. 33. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1815. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 3. 13. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. VII. §. 3. Brunemann Process. concurs.

- caus. creditor. cum notis Strykii Cap. III. §. 4. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. S. III. Hauptst. 7. §. 15. Gribner Princip. process. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 5. Metzelsbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 817. Vergl. auch oben §. 42.
- e) Das qualifizierte Retentionsrecht bleibt ungekränkt. Gmelin a. a. D. §. 26 - 29. Mevius P. VII. Decis. 250. de Cramer Obs. Tom. I. Obs. 336. Ernst Christ. Westphal Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrecht. Leipzig 1791. Kap II. §. 10. S. 37. Ge. Lud. Boehmer Diss. de jure retentionis ejusque effectu. Götting. 1773. §. 15, 16. Jo. Flor. Rivinus Problem. jur. de jure pignoris moto concursu. Lips. 1728. Jo Ad. Theoph. Kind Diss. de retentione pignoris in concursu creditorum secundum jus Saxonum electorale exule. Lips. 1785. Andere behaupten, das Retentionsrecht des Pfandgläubigers werde in allen Fällen durch den entstandenen Konkurs aufgehoben, und es müsse daher allzeit das zur Sicherheit gegebene Faustpfand zur Konkursmasse ausgeliefert werden. Traugott Thomasius Progr. de jure retinendi pignus in concursu creditorum. Lips. 1774. Leonh. Henr. Ludov. Ge. de Cannegiesser Dec. supremi tribunalis appellationum Hasslo-Cassellani. Tom. IX. Decis. 248. Vergl. jedoch Tom. II. Decis. 64. Schamburg l. c. §. 10. Vergl. noch: Versuch einer systematischen Darstellung des Retentionsrechts. Halle 1790. §. 25, 26. Dasselbe unter folgendem Titel: Joh. Ge. Wilh. Fassellius Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte. Zweite stark vermehrte Auflage. Halle. 1793. Paul Wilh. Schmidt Diss. de jure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante. Jen. 1759. Pufendorf Tom. III. Obs. 60. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. Halle. 1792. §. 142 = 158. (11 Aufl. S. 682.) Vergl. noch Happel oben §. 142. angef. Schrift num. 3. Man sehe jedoch dagegen Gönnner a, a, D, §. 10,

f) Gme-

f) Gmelin a. a. D. §. 30 - 36. Car. Frid. W a l c h
Diff. de compensatione creditorum in concursu.
Jen. 1764. Pufendorf Tom. I. Obs. 79. Da-
below a. a. D. §. 129 - 142. (11. Aufl. S. 685)

§. 150.

Wirkungen des materiellen Konkurses.

Mit dem Augenblick des eingetretenen materiellen Konkurses höret der Schuldner auf Eigenthümer seines Vermögens zu seyn, er wird daher in Hinsicht auf dieses ausser aller Thätigkeit gesetzet, und kann über dasselbe eben so wenig disponiren, als der gerichtlich erklärte Verschwender, oder der Minderjährige ohne Vormund über das seinige. Alle Veräußerungen sind mithin durch sich selbst nichtig, die veräusserten Sachen können von jedem Besitzer, er mag nun in gutem oder bösem Glauben besitzen, er mag durch einen beschwerlichen, oder lukrativen Titel erworben haben, vindiciret werden, und eben so zerfallen alle übrige Handlungen des Gemeinschuldners, die auf die Vermögensverwaltung sich beziehen als Krafts- und Wirkungslos in sich selbst (a).

a) L. 6. §. 7. D. quæ in fraud. cred. Gmelin Die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 10. 17. 20. Schulin Diff. cit. Meditationes ad selectas quasdam differentias juris communis et Brandenburgico - Baruthini in materia de concursu creditorum. §. 4. Bauer Progr. cit. de actione Pauliana. p. 5. Anton Faber Lib. XX. Conjecturar. Cap. 14. Schilter Exercit. XLVI. §. 51. Der L. 9. L. 15. L. 17. D. quæ in fraud. creditor. sind diesen Grundsägen nicht zuwider. Dablow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläu-

Gläubiger. Thl. I. §. 28 - 53. §. 80, (II. Ausg. S. 381.)

- * Die übrigen rechtlichen Wirkungen der freiwilligen Güter-Abtretung, oder der richterlichen Einweisung in dieselben gehören nicht hierher.

§. 151.

Wirkungen des formlichen Konkurses.

Der formliche Konkurs erzeuget folgende, ihm eigene Wirkungen: I. alle besondere Konkurse, die unter dem nämlichen Landes- oder Gerichtsherrn sich befinden, fallen zum allgemeinen Konkursgerichte, alle Gläubiger müssen hier sich einfinden und ihre Ansprüche gegen die übrigen in Richtigkeit sezen (a); der Lauf aller bei andern Gerichten des nämlichen Landes oder Gebietes anhängigen Prozesse, in so ferne sie Forderungen an den Gemeinschuldner betreffen, wird schlechterdings gehemmt, und das allgemeine Konkursgericht ziehet solche in demjenigen Zustand, in welchem sie zur Zeit des eröffneten Konkurses waren, in der Masse an sich, daß es zwar einem Gläubiger das Recht, welches er in besonderen Gerichten schon erhalten, nicht entziehet (b), aber auch nicht zuläßet, daß zum Nachtheil vorzüglicherer und besserer Rechte anderer Gläubiger etwas vollzogen werde (c). II. Das sämtliche Vermögen des Schuldners wird jezo allen Gläubigern, sie seyen bekannte, oder unbekannte gemein, es kann mithin keinem einzelnen Kreditor, ohne Einwilligung der übrigen Zahlung geleistet werden, bis allen insgesamt durch den richterlichen Ausspruch die Stelle, wo sie ihre Befriedigung erlangen sollen, angewiesen ist (d). III. Nach den Gesetzen mancher Länder

der laufen von nun an die Zinsen nicht mehr (e). Endlich IV. das jus offerendi kann kein Gläubiger zu seinem Nutzen mehr gebrauchen (f).

a) Von den besonderen Konkursen wird unten ausführlich gehandelt.

b) Mevius P. IV. D. 142. P. VI. Dec. 105. P. VII. Dec. 22. Dec. 40. Brunnemann *Processus concursus creditorum, cum notis Strykii Cap. I. §. 8. n. 1.*

c) L. 54. D. de judic. L. 12. D. de reb. auct. jud. possid L. 10. C. de judic. c. 3. de rescript. in 6to. Wernher P. X. Obs. 297. Hellfeld *Jurisprudentia forensis*. §. 1814. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. I. §. 4. 5. Schamburg *Princip. prax. jurid. judiciar.* Lib. II. Cap. 8. §. 2. Sam. de Cocceji *Jus civile controversum.* Lib. XLII. Tit. 5. qu. 16. §. 6. Leyser Spec. 478. M. 8. 9. Omelin *Die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger.* §. 21. Walther Vincent Wiese *Diff. de concursu creditorum* lites alibi pendentes non turbante. Rostoch 1789, behauptet: auch nach entstandenem Konkurs müssen, der Regel nach, die anderswo anhängigen Prozesse in dem bisherigen Gericht fortgesetzt und entschieden werden; und nur zum Zweck der Exekution sind sie alsdann an das Konkursgericht zu remittiren, wann das Erkenntniß Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners fordert. Dabelow *Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger.* Thl. I. §. 57-70. II. Aufl. S. 720.

d) Brunnemann l. c. n. 5. de Cocceji l. c.

e) Schulin *Diff. cit. Meditationes ad selectas quasdam differentias juris communis et Brandenburgico-Baruthini in materia de concursu creditorum.* Differ. . §. 7. II. Differ. VII. Omelin a. a. D. §. 37. Mevius P. VII. Dec. 245. Brunn-

Brunnemann l. c. No. 2. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 297.

- f) Brunnemann l. c. n. 3. de Coccejil l. c. Mevius P. IV. Decis. 158. Vergl. Hellfeld l. c. §. 1097. Orth Sammlung merkwürdiger Rechts-händel. Thl. V. Abhandl. 3.

§. 152.

Revision dieser Eintheilungen.

Diese den Gesetzen unbekannte ganze Eintheilung, von welcher man unzählbare Rechtsfolgen abhängig machte, erscheint von darum als logisch unrichtig, weil man den Ausdruck Konkurs bald als den Zustand eines verschuldeten Vermögens (in dem imminenten Konkurse) bald als das gerichtliche Verfahren annahm; andere Irrthümer entstanden aus der falschen Behauptung, daß der materielle Konkurs mit der Güterabtreitung oder der richterlichen Immision, und der formelle mit der Ediktalladung anfange. Der ganze Standpunkt einer wichtigen Lehre war durch diese Eintheilung verrückt. Die Gesetze kennen nur die paulianische Klage als eine Folge des verfallenen Vermögensstandes, ohne daß man hierdurch berechtigt wäre, dasjenige, was das Objekt des gerichtlichen Verfahrens werden kann, als das imminente, oder, wie andere sagen, materielle gerichtliche Verfahren zu nennen, oder mit Rechtsfolgen zu betrachten (a).

a) Sonner a. a. D. §. 16. 17. vergl. mit §. 14. über die Darstellung v. Almendingen.

§. 153.

Paulianische Klage.

Um dasjenige, was unter den Wirkungen des so genannten imminenten Konkurses vorgetragen wurde, nach dem achten Sinne des römischen Rechtes darzustellen, wird es dienlich seyn, die Sätze von der paulianischen Klage hier kurz zusammenzufassen (a). Sobald nämlich A. das Konkursverfahren seinen Anfang genommen hat, so sind alle zum Nachtheil der Gläubiger unternommene Dispositionen des Schuldners nichtig. Ist hingegen B. nur die Insufficienz des Vermögens der Grund, schädliche Handlungen des Schuldners vor dem Anfang des Konkursfahrens anzusehen, so hat das römische Recht hiefür zwei rescissorische prætorische Rechtsmittel, nämlich die Actio Pauliana und das Interdictum fraudatorium, eingeführt, von welchen das letzte in den Erfordernissen mit dem ersten übereinstimmt. Diese ganze Verordnung gehet nur I. auf Verringerung des Vermögens (§. 146.), und das bloße Ausschlagen eines Erwerbs, sogar den Unfall eines ipso jure erworbenen Rechtes, der durch Missbilligung mit rückwirkender Kraft vernichtet werden kann, ist hierunter nicht begriffen (b). II. Verringerte der Schuldner sein Vermögen, gleichgültig ob die Insolvenz schon vor der verringernden Handlung oder erst durch sie existirte, so können 1) Handlungen, welche der Schuldner in gutem Glauben unternahm, mit der paulianischen Klage nicht angefochten werden; war er aber 2) in bösem Glauben, so können die Gläubiger die schädliche Handlung a) bei einer unentgeldlichen Veräußerung unbedingt, auch wenn der Empfänger ohne Arglist war, anfechten; b) eben dieses findet statt,

statt, wenn der Schuldner einem Gläubiger, um ihn widerrechtlich zu begünstigen, Zahlung leistet, oder für eine vorhandene Schuld ein Pfandrecht constituiert (§. 147. 148.); c) der Fiscus hat sogar das Vorrecht, jede ihm schädlich gewordene Zahlung, wenn sie auch ohne Arglist, jedoch zur Zeit der Insolvenz geschah, anfechten zu können; d) War die arglistige Veräußerung oneros, so muß der Empfänger, wenn anders nicht der Fiscus klagt, gleichfalls in bösem Glauben gewesen seyn. III. Die Wirkung der paulianischen Klage, welche zu den persönlichen gehört, und gegen einen dritten Besitzer nicht statt findet (c), bestehet in Rescission des schädlichen Geschäfts und Herstellung in den vorigen Stand, wobei 1) der Besitzer in gutem Glauben nur, so weit er bereichert ist, und nur wegen der zur Zeit des Erwerbs hangenden, dann nach der Einlassung erhobenen Früchte, 2) der Besitzer in bösem Glauben aber undedingt wegen der Sache, ihres Werths, aller gezogenen und vernachlässigten Früchte, so wie des Interesse haftet.

- a) größtentheils der Kürze wegen nach Thibaut Pandektenrecht erster Aufl. §. 718. 719.
- b) L. I. §. 6. si quid in fraudem patroni. L. 67. §. I. ad SC. Trebell. L. 6. pr. quæ in fraudem creditor. Dabeiow S. 452. u. ff. behauptet bei einem Erwerbe, worauf der Schuldner ein Recht hatte, das Gegentheil; Glück resp. de Sellentin D. de debitore obærato hereditatem sibi delatam aut legatum relictum bonis ejus a creditoribus possessis omittente. Erlang. 1804. hat die gemeine Meinung dagegen in Schuß genommen, und vor entstandenem Konkurse, soferne von der paulianischen Klage die Rede ist, sind seine Gründe unumstößlich. Vergl. noch oben §. 146. not. a.

c) L. q. quæ in fraudem creditor. Dabelow S. 390 - 408. Thibaut Versüche B. II. S. 45.

§. 154.

Beranlassung und Entstehungsgrund des Konkursverfahrens.

Jeder Konkurs bringt nicht nur für den Schuldner und die Gläubiger wichtige Rechtsfolgen hervor, sondern er verändert auch die ganze Natur der Rechtsstreitigkeiten, indem er die an sich isolirten Rechtsansprüche in ein Ganzes vereinigt, die sonst unstatthaftie subjektive Klagenhäufung zur Nothwendigkeit erhebt, und selbst die Gläubiger, deren jeder nur sein Recht verfolgen kann, unter sich in ein ganz neues Rechtsverhältniß setzt. Schon die Erwägung dieser wichtigen Folgen bewog die Rechtslehrer zu der Warnung, der Richter müsse in Verhängung eines Konkurses die höchste Sorgfalt und Vorsicht anwenden (a), ohne daß sie mit hinreichender Schärfe bestimmt hätten, welche Subjekt eigentlich durch seine Handlungen dem Konkurse seine Existenz geben könne? Bei dieser wichtigen Frage muß man die Beranlassung von dem eigentlichen Entstehungsgrunde unterscheiden. A. Die Beranlassung kann in mancherlei Umständen ruhen: I. Wenn jemand, der notorisch mit Schulden beladen ist, die Flucht ergreift (b): II. Wenn der Schuldner selbst seine Unzahlbarkeit anzeigt, oder sich der Wohlthat der Güterabtretung bedienen will. III. Wenn wider einen Gerichtsunterthan sich mehrere Schulden hervorhun, so, daß er allem Ansehen nach sie zu bezahlen nicht vermag: IV. Wenn die Gläubiger den Richter zur Verhängung des Konkurses auffordern. B) Da aber zu einem Konkurse zwei Stücke, Insufficienz

ficienz des Vermögens und Konkurrenz der Gläubiger, erfordert werden, da beide Umstände als Voraussetzungen des Konkurses erst eine Prüfung des Richters und über ihr Daseyn einen richterlichen Ausspruch nothwendig machen, so kann wohl nur dieser Ausspruch des Richters dem Konkurse sein Dasein geben, ohne daß die Veranlassung dieses Ausspruches einen wesentlichen Unterschied hervorbrächte (c), und der wichtige Grundsatz ist erprob't, daß ein Konkurs nur durch einen richterlichen Ausspruch, wie immer sein Anlaß seyn mag, entstehen könne (d).

- a) Selbst Danz gab in der vorigen Auflage §. 125. diese Warnung.
- b) Einige zählen hieher den Fall, wenn Jemand gestorben ist, dessen Erben und Gläubiger unbekannt sind. Allein, daß hier Versiegung des Vermögens und Ediktkalladung statt finden, macht noch keinen Konkurs aus.
- c) Daher behaupten alle Rechtslehrer einstimmig, der Richter müsse die Veranlassung zu Eröffnung des Konkurses im Protokoll zu seiner Rechtsfertigung bemerken: die wirkliche Erkennung geschehe mittelst eines förmlichen Bescheides, wogegen Rechtsmittel ergriffen werden können. Claproth summar. Prozeß. S. 295. Netzelbladt Anleitung zu der prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 815. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1222. Wernher Obs. P. V. Obs. 87, Gmelin vom mater. Konk. §. 16. Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 1. Brunnenmann Concursus creditor. cum notis Stryckii. Cap. I. §. 3. 7.
- d) Gönner Handb. a. a. D. §. 7. 8.

§. 155.

Unterscheidung des präparatorischen und des Hauptverfahrens.

Wenn gleich die Eintheilungen des Konkurses in materiellen, formellen und, wie einige wollen, immensen logisch unrichtig und die Quelle vieler praktischen Irrlehren sind, so bahnt dennoch der vorige §. den Weg zur richtigen Entscheidung jener wichtigsten Frage, wenn der Konkurs mit seinen rechtlichen Folgen den Anfang nehmen? Da der Konkurs nur durch einen Akt der richterlichen Reflexion sein Dasein erhält, welcher eine Prüfung über die Voraussetzungen eines Konkurses vorangehen muß, so lassen sich am Konkursverfahren zwei Epochen unterscheiden, I. das Präliminarverfahren über das Dasein der Voraussetzungen eines Konkurses, nämlich der Insufficienz des Vermögens und der Gläubigerkonkurrenz; II. Das Hauptverfahren über die Richtigkeit und den Vorzug jeder einzelnen Forderung; jedes von beiden hat seinen eigenthümlichen Zweck, seinen bestimmten Anfang und Ende, seine besondere Folgen; Nur nach diesem Unterschied läßt sich der Anfang des eigentlichen Konkursverfahrens mit seinen Folgen scharf bestimmen (a), und es ist wohl nur ein oberflächliches Urtheil, wenn manche behaupten, dieser Unterschied zwischen präparatorischem und Hauptverfahren substituire blos andere Worte für die alte Streitsfrage.

a) Gönner a. a. D, §. 8. u. ff.

§. 156.

§. 156.

A) Präparatorisches Verfahren, sein Anfang, Ende und Wirkungen.

Das präparatorische oder Präliminare Verfahren (a) hat I. zum Objekte eine Prüfung über das Dasein der gesetzlichen Erfordernisse eines Konkurses, weshalb es 1) in jedem Konkurse vorhanden seyn muß, ob es gleich 2) bald aus wenigen Handlungen (z. B. wenn der Schuldner ohne weiters seine Insolvenz einbekent) bald 3) aus mehreren Handlungen bestehen kann, wenn der Schuldner die Insufficienz seines Vermögens bestreitet. II. Es beginnt mit dem Augenblick, wo dem Richter Umstände bekannt werden, welche ihm die Sufficienz des schuldnerischen Vermögens zweideutig und daher sein Einschreiten nothwendig machen (b), und endigt mit dem Ausspruche des Richters als dem Resultate seiner Prüfung über die Nothwendigkeit des Konkurses, welcher bei erkannter Insufficienz in dem Decreto de aperiundo concursu besteht. III. Die Wirkungen dieses präparatorischen Verfahrens von dem Augenblicke an, wo er den Schuldner über seinen Vermögensstand vernimmt, bestehen in folgenden: 1) In Rücksicht der Gläubiger werden nicht nur alle Executionen, sondern auch alle Prozesse sistirt, welche nur auf einen provisorischen Zustand abzielen. 2) Der Schuldner bleibt zwar noch Eigenthümer, Besitzer und Verwalter seines Vermögens mit der Befugniß, jede in seinem gewöhnlichen Verkehre liegenden Veräußerungen vorzunehmen, jedoch werden ihm 3) alle übrige Veräußerungen, Zahlungen, Hypothekbestellungen untersagt, sogar können 4) nach dem Grade der Gefahr Verfügungen eintreten,

ten, um Vermögensverminderungen an leicht durchzubringenden Sachen vorzubeugen. 5) Jedoch hat diese Beschränkung der Disposition des Schuldners nur die Qualität eines Provisoriums, wogegen 6) der Einwurf, daß es zur Ungültigkeit der gegen diesen richterlichen Befehl unternommenen Handlungen an einem äusseren Zeichen mangle, wodurch der Schuldner als veräußerungsunfähig kenntlich gemacht wird, nach den positiven Gesetzen nicht erheblich ist.

a) Gönner a. a. D. §. 21-24.

b) Das bloße Bevorstehen eines Konkurses wegen dem Vermögensversall hat außer der paulianischen Klage so wenig Wirkungen, als das Bevorstehen einer Klage.

§. 157.

B) Hauptverfahren, dessen Anfang und Wirkungen.

Das Decretum de aperiundo concursu endigt das präparatorische Verfahren, daher ist I. der Anfang des Hauptverfahrens 1) mit der Publikation dieses Dekretes wider den Schuldner und Gläubiger gesetzt, doch kann 2) in Ansehung der Gläubiger nur die Ediktalladung als die eigentliche Publikation angesehen werden. 3) Der Schuldner kann gegen das Decret Rechtsmittel ergreifen, welchen zwar die Suspensionskraft in so weit, als er die nothwendigen Sicherungsmaasregeln vereiteln wollte, versagt, auf der andern Seite aber die Sistirung der Inventur, Licitation, Liquidation zugestanden werden muß (a). II. Die Wirkungen (b) bestehen A) in Ansehung des Gemeinschuldners darin, daß er 1) die vorher nur provisorisch beschränkte Disposition über sein Vermögen nunmehr peremtorisch gänzlich verliehrt: 2)

aus

aus dem Besitze seines Vermögens gesetzt, dasselbe unter gerichtliche Verwahrung genommen und alles vor-gekehret wird, was zu dessen Verwaltung nothwendig ist; weshalb 3) alle zum Nachtheil der Masse gereiz-chende Handlungen des Gemeinschuldners als nichtig in sich selbst zerfallen (§. 150.). B) In Ansichtung der Gläubiger: 1) diese kommen insoferne in eine Ge-meinschaft, als sie die Konkursmasse als das Objekt ihrer Befriedigung betrachten müssen, daher bei allem, was deren Erhaltung und Vermehrung angehet, ein gemeinschaftliches Interesse haben (c): 2) Nunmehr hören alle Prozesse auf, welche ein Gläubiger zu einer außerordentlichen Rechtshülfe (z. B. Exekutiv- oder Arrestprozeß) wider den Gemeinschuldner erhoben hat (d). 3) Die Verordnung des römischen Rechts, daß ein Gläubiger vor dem andern aus der Masse nicht be-friediget werden dürfe (e), ist nur bei chirographari-schen Gläubigern wahr, als welche sich nicht vlos in der Gemeinschaft, sondern auch in einer gleichen Lage befinden (f).

- a) Gönner §. 25. Es ist übrigens ganz gleichgültig, welche Handlung der Richter zur Sicherstellung des Vermögens zuerst vornimmt, denn nur die Publika-tion des Dekrets über eröffnung des Konkurses ist we-sentlich.
- b) Vergl. oben §. 150. 151.
- c) über die oft missverstandene aktive und passive Repräsentation Dabelow S. 708-715.
- d) Auch Immisionen Puffendorf T. IV. obs. 83. Dabelow S. 680. Gönner §. 15.
- e) L. 6. §. 7. quæ in fraudem creditorum.
- f) Dabelow S. 680. Leyser spec. 479, in Co-roll, Gönner §. 27.

§. 158.

Erläuterung des Saches: Concursus est judicium universale I. in Rücksicht auf den Gerichtsstand.

Dass des Schuldners gesammtes Vermögen unter seine sämtliche Gläubiger nach rechtlicher Ordnung vertheilt werde, macht den Geist des deutschen Konkurses aus, den man mit den Worten Concursus est judicium universale, in der Allgemeinheit bezeichnet. In Anwendung auf den Gerichtsstand muss I. offenbar ein solcher gewählt werden, in welchem Klagen aller Art statt finden können, und dieser ist kein anderer, als der Gerichtsstand des Wohnorts des Schuldners, oder der an seine Stelle tretende befreite Gerichtsstand (a). II. Diejenigen Richter, unter deren Gerichtszwang Vermögensstücke des Gemeinschuldners sich befinden, werden von dem Konkursrichter ersucht, solche, wenn es bewegliche sind, einzuschicken, oder, wenn es unbewegliche sind, den aus dem Verkaufe derselben gemachten Erlös zu übersenden (b). III. Vermöge der Allgemeinheit des Konkursgerichtes müssen alle erst anhängig zu machende Forderungen im Konkursgerichte ausschliessend angebracht werden; aber IV. zu der Behauptung, dass das Konkursgericht alle schon bei andern Gerichten anhängige Rechtssachen an sich ziehe, um dort in der Lage, worin sie sich vorher befanden, fortgesetzt zu werden, mangelt es außer der gemeinen Meinung an einem hinreichenden Grunde (c); auf jeden Fall aber muss dieselbe eine Ausnahme leiden bei jenen Sachen, welche zu einer besondern, dem Konkursgerichte nicht zustehenden, Art von Jurisdiction gehören, oder in der höhern Instanz anhängig sind (d).

a)

- a) Brunnemann Proc. Concurs. cred. Cap. I. §. 2. Ludovici Konkursprozeß Kap. I. §. 10 - 14. Hofmann T. R. Prax. Thl. II. §. 1243. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 3. Dabelow S. 716. u. ff.
- b) Vergl. unten §. 162.
- c) Dabelow S. 720
- d) Wiese D. de concursu creditor. lites alibi pendentes non turbante, Rostoch. 1789. Gönner §. 13.

§. 159.

II. In Rücksicht auf das Vermögen.

Die Allgemeinheit des Konkurses wirkt auch in Ansehung des zum Konkurse gehörenden Vermögens dahin, daß I. Alles Vermögen, was die Gläubiger auf ihre Befriedigung zu verwenden berechtigt sind, die Konkursmasse ausmacht, wozu denn II. nicht blos das zur Zeit der Eröffnung vorhandene Vermögen, sondern auch was während des Konkursverfahrens anfällt, gerechnet werden muß (a). III. Wo der Schuldner sich der Wohlthat der Cessio bonorum bediente, da treten zwar in Ansehung des nach der Abtretung anfallenden Vermögens die Wohlthaten der Cession ein, aber in Beziehung auf die im Konkurs nicht aufgetretenen Gläubiger muß auch dieses Vermögen als Theil der Konkursmasse angesehen werden (b).

a) Dabelow a. a. D. S. 587. ff.

b) Wie Gönner a. a. D. §. 11, gegen Dabelow bemerkt.

§ 160.

III. In Rücksicht auf die Gläubiger.

Auch die Gläubiger sind in der Allgemeinheit des Konkurses eingeschlossen. Hierunter sind zwar I. jene Ansprüche nicht begriffen, welche blos die Person als caussæ personalissimæ betreffen, soferne nicht die Leistung des Interesse dabei betrachtet wird (a), aber sie erstreckt sich II. auf alle, welche an das Vermögen des Schuldners aus irgend einem Grunde, es sey dinglich oder persönlich, Anspruch machen (b), sogar III. bedingte oder erst in der Folge zu realisirende, doch jetzt schon begründete Forderungen, wofür ein der künftig möglichen Forderung gleiches Quantum anzusehen ist, sind darunter begriffen (c). IV. Windikanten, d. h. jene, welche Theile des schuldnerischen Vermögens als ihr Eigenthum ansprechen, müssen sich bei dem Konkursgerichte melden, nur wegen Dienstbarkeiten auf den Gütern des Schuldners ist dieses nicht nothwendig, wenn nicht die Ladung wegen ihrer allgemeinen Fassung auch darauf passt (d). V. Den Gläubigern, welche mit einem Retentionsrechte versehen sind, besonders den Faustpfand- und antichretischen Gläubigern wollen mehrere Rechtslehrer aus einer sehr schiefen Anwendung der Repräsentation der Gläubiger (§. 157.) den Vorzug beilegen, daß sie sich in den Konkurs einzumischen nicht schuldig seyen, sondern abwarten könnten, bis das Pfand von ihnen abverlangt wird, welches nicht eher als nach bezahlter Schuld geschehen könne (e). Allein da zwischen Hypothek und Faustpfand nur der Namen verschieden ist (f), da hypothekarische Gläubiger sich in den Konkurs einlassen müssen, da ferner in einem Konkurse auch die Gläu-

Gläubiger unter sich in Berühring stehen, von denen manche die zum Faustpfand gegebene Sache als potiores in pignore entwähren können, wos bei sie nicht als Repräsentanten der Konkursmasse mit der actio pigneratitia das Pfand abfordern, so verdient die Meinung den Vorzug, daß auch Faustpfandgläubiger in den Konkurs sich einlassen müssen, und ein Retentionsrecht nicht berücksichtigt werde (g). Auf keinen Fall aber können solche Gläubiger, wenn ihnen auch Landesgesetze einen, dem gemeinen Rechte unbekannten, Vorzug zugestehen, die Ablieferung des Faustpfandes verweigern, um mit Vorbehalt ihres Vorzuges aus dem Erbse befriedigt zu werden (h).

- a) Dabelow a. a. D. S. 527. Leyser Spec. 490. med. 4.
- b) (Friedr. Carl v. Trüffeler) die Lehre von der Præclusion bei entstandenen Konkursen der Gläubiger. Leipz. 1781. 8. Abschn. II. Abth. I. §. 26. (Derselbe) Versuch einer genauen Bestimmung des Rechts wiederkauflicher und ableglicher Zinnse bei entstandenen Konkurs der Gläubiger. Altenburg 1778.
- c) Dabelow S. 527. not. l. Trüffeler a. a. D. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 4.
- d) (Trüffeler) a. a. D. §. 31-35. Claproth summar. Prozeß. §. 379. Ludovici Konkursprozeß. Kap. XIV. §. 3. 4. Schamburg Princip. prax. judiciar. Lib. II. Cap. VIII. §. 19. die Gründe wegen den Vindicanten. s. Gönnner §. 9.
- e) Vergl. oben §. 149. not. e. der neueste Schriftsteller, welcher diese Meinung vertheidigt, ist Happe Vom Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichretischen Verfäge bei ausgebrochenem Konkurse. Gießen 1802. 8.
- f) Wie L. 5. §. 1. de pignor, wörtlich sagt,

g)

- g) Dabelow a. a. D. S. 682. Kind de retentioⁿe pignoris in concursu creditorum cecundum jus Sexonicum electorale exule, Lipsiæ. 1785. 4. Gönner §. 10.
- h) Gönner a. a. D. §. 10. am Ende.

§. 161.

Allgemeiner, besonderer Konkurs.

Der allgemeine Konkurs ist derjenige, welcher die sämtliche, nicht besonders ausgenommene Haasbe des Gemeinschuldners begreift, und unter allen Gläubigern desselben gemein ist. Unter dem besonderen Konkurs hingegen verstehtet man denjenigen, der nur auf einen Theil der Güter des Schuldners eingeschränkt, und nur unter gewissen Gläubigern desselben anhängig ist (a).

- a) Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. S. 12. hat den Partikularkonkurs verworfen, denselben aber in der II. Aufl. S. 769. angenommen. Vergl. noch Gönner §. 12.

§. 162.

Wenn findet der besondere Konkurs statt?

Die Gesetze haben I. besondere Fälle genannt, in welchen Partikularkonkurse statt finden, namentlich 1) wenn ein Kaufmann an verschiedenen Handelsplätzen besondere Läden, oder am nämlichen Orte verschiedene getrennte Handelsgewerbe getrieben hat, und in Ansehung derselben verschiedene Schulden vorhanden sind (a); 2) bei Gläubigern, welche mit einem Haushohne über militärisches Peculium contrahirten (b); 3) bei Lehen- und Stammigutsgläubigern; 4) bei Gläubigern eines Erbs

Erblässers, welche nicht verbunden sind, sich in das Vermögen des Erben einzulassen (c). Allein daß die Gesetze andere Fälle nicht ausschließen (d), so tritt so oft ein Partikularkonkurs ein, als eine Güterabsonderung rechtlich gefordert werden kann (unten §. 174.) III. Daß aber ein Partikularkonkurs dadurch begründet werde, wenn die Güter des Gemeinschuldners in verschiedenen Territorien liegen, ist nicht nur durch neuere reichsgerichtliche Erkenntnisse (e) verworfen, sondern auch der Rechtstheorie deswegen entgegen, weil jeder Gläubiger, der nach der Qualität seiner Forderung auf eine Separation keinen Anspruch hat, die Realisierung seines Rechtes nicht weiter begehrn kann, als hiermit die Forderungen der übrigen Gläubiger bestehen, dieser Punkt aber nur bei dem allgemeinen Konkursgerichte beurtheilt werden kann, und die Lage der verschuldeten Güter die Qualität der Forderungen abzuändern offenbar unfähig ist (f).

- a) L. 5. §. 15. 16. de tributor. act.
- b) L. 7. de peculio castrensi. L. 9. de separat.
- c) L. 1. §. 6. L. 5. de separat.
- d) Schmidt von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen. Jena 1783.
- e) vom Jahre 1787. 1789. in Gönners jurist. Abh. Thl. II. S. 275.
- f) Das Gegenthell behaupten (nebst Danz in der vorigen Ausl. §. 121.) Jo. Aug. Reichardt Diss. de effectu fori concursus creditorum universalis ratione bonorum territorii alieni. Jen. 1775. §. 6. seq. Struben R. V. Thl. I. V. 118. Thl. V. V. 27. Just. Hen. Boehmer Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 414. Leyser Spec. 122, M. 7. Jo. Fr. Wahl Diss. de judice

judice in concursu creditorum competente. Götting. 1750. Smelin und Elsäßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band II. No. IX. §. 61. S. 97 Leonh. Henr. Ludov. Ge. de Cann Giesser Decisiones supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani. Tom. I. Decis. 5. Tom. VIII. Decis. 224. — Man sehe dagegen Wolfg. Ad. Schoepf Diss. de concursu creditorum particulari. Tübing. 1753. §. 13-16. Gail Lib. I. Obs. 32. 57. Auch, jedoch unter gewissen Einschränkungen Pufendorff Tom. I. Obs. 217. Rivinus de except. dilat. Cap. 18. n. 5. 6. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap 8. §. 3. Dabelow S. 746-763. Sonner Handb. a. a. D. §. 13. — Mehrere Richter, die den nämlichen Landesherrn über sich erkennen, müssen auf Ersuchen des Richters des Wohnungsortes des Schuldners die unter ihrem Gerichtszwang beständlichen Güter zur allgemeinen Konkursmasse einsenden, und die Gläubiger, welche auf solche Güter Forderungen haben, an den allgemeinen Konkurs verweisen, so daß niemals in einem und demselben Lande die Eröffnung besonderer Konkurse gestattet wird. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 294. Schoepf I. c. §. 16. Vergl. Meine Grundsätze u. §. 33.

§. 163.

Verschiedenheit zwischen dem allgemeinen und besonderen Konkurs.

Obgleich die allgemeinen Vorschriften des Konkurses auch den Partikularkonkurs treffen, so weicht er dennoch in wesentlichen Punkten vom allgemeinen Konkurse ab (a). 1) Der erste geht auf das ganze, nicht besonders ausgenommene Vermögen des Gemeinschuldners, ist allen Gläubigern desselben gemein, und kann nur vom Richter seines Wohnungsortes verhängt, und nach dessen Gesetzen entschieden werden; der letzte hingegen

gegen ist auf einen Theil des Vermögens des Schuldners eingeschränkt, nur unter besondern Gläubigern anhängig, und von jenem Richter zu verhängen, in dessen Gerichtszwange sich das separirte Gütercorpus befindet, daher auch nach dessen Gesetzen zu entscheiden. 2) Der erste kann nur dann eintreten, wenn das Vermögen des Gemeinschuldners zur Zahlung seiner Gläubiger nicht zureicht, der Partikularkonkurs aber setzt blos eine respektive Insufficienz des zu separirenden Vermögens voraus (b), wenn gleich die hier unbefriediget gebliebenen Gläubiger aus dem übrigen Vermögen des Schuldners annoch bezahlt werden können. Die Anwendung dieser Sätze auf Nachlaßverträge, verschiedenes Alter der hypothekarischen Forderungen u. d. zeigt das praktische Interesse dieser auch theoretisch reichen Eintheilung.

a) Schöppf in Diff. cit. §. 21. 22. Schamburg Princ. prax. jud. Lib. II. Cap. 8. §. 2.

b) Das Gegentheil behauptet Martin Lehrb. des teutsch. gem. Proz. §. 265. man sehe aber Gönner a. a. D. §. 12.

* Dasjenige, was bei einem besonderen Konkurs, nachdem alle zu diesem gehörige Gläubiger befriedigt sind, übrig bleibt, muß auf Ersuchen dem allgemeinen Konkursrichter allerdings verabfolget werden. Elap 10th Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 294.

** Ein jeder Gläubiger kann, in der Regel, bei dem allgemeinen und besonderen Konkursrichter seiner Forderung wegen zugleich sich melden, vorausgesetzt, daß der letztere nach der Natur der anzustellenden Klage zuständig ist — In einem solchen Fall aber muß ein jeder Richter dafür sorgen, daß ein Gläubiger nicht doppelte Zahlung erhalte, und nach Befinden der Umstände kann es daher nothwendig werden, Sicherheitsleistung zu fordern. Schoepff Diff. cit. §. 23.

Ela proth a. a. D. Bergl. (Fried. Carl von Trübschler) Die Lehre von der Præclusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipzig 1781. Abschn. V. S. 164. folg.

§. 164.

Konkursverfahren I. Präparatorisches.

Das præparatorische Verfahren (§. 156.) kann nach seinem oben angezeigten Zwecke I. sehr kurz seyn, wenn der Konkurs durch eine Handlung des Schuldners, entweder die Cessio bonorum oder Flucht veranlaßt wird; ebenso erscheint es II. abgekürzt, wenn nach den Klagen einiger Gläubiger der Richter die Insolvenz des Schuldners besorgt, ihn darüber constituirt, und dieser seine Insolvenz einbekannt. III. Weitläufiger ist es, wenn der Schuldner bei der Vernehmung über seinen Vermögensstand die Insolvenz läugnet, und den Konkurs von sich abzuwenden sucht. Hier muß der Richter 1) aus den Hypothekenbüchern, Vormundschaftstabellen, Kirchenrechnungen und andern ihm zu Gebot stehenden Materialien, dann den bisherigen Klagen den Schuldenstand erforschen, 2) dem Schuldner eine Vermögensdelegation, mit Angabe der Aktiven und Passiven abfordern; 3) denselben über die Ursache seiner Schulden, und 4) über die Mittel vernehmen, seine Gläubiger theils durch Verkauf der entbehrlichen Stücke zur Zahlung dringender Schulden, theils aus den künftigen Einnahmen, worauf aber nur fruchtbringende Vermögensstücke wirken, zu befriedigen. 5) Diese Angaben des Schuldners prüft der Richter durch pflichtmäßige Vernehmung der Ortevorsteher, allenfalls wird auch der Schuldentilgungsplan den bekannten Gläubigern zur Erinnerung vorgelegt. IV.

Diese

Diese Untersuchung zeigt, ob die Eröffnung des Konkurses nothwendig sey, worauf nach Umständen der Richter diese Präliminaruntersuchung durch einen Ausspruch endigt, indem er 1) entweder, um den Schuldner vom Konkurs zu retten, eine Sequestration seines Vermögens anordnet, oder 2) wo die Sufficienz des Vermögens erhellte, die Ansprüche der Gläubiger als einzelne isolirte Streitigkeiten ihrem Laufe überläßt, oder 3) den Konkurs durch das Dekret de aperiundo Concursu erkennt, wogegen 4) eine Appellation, doch ohne Suspensivkraft statt findet (§. 156.). V. Schon während der Untersuchung können nach dem Grade der Gefahr provisorische Verfügungen zur Sicherstellung des Vermögens geschehen; auch muß VI. wenn die Eröffnung des Konkurses nothwendig scheint, dem Schuldner Gelegenheit gegeben werden, seine Anträge auf Competenz u. d. zu stellen. VII. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß alles, was im präparatorischen Verfahren vorgehet, zu Protokoll niedergeschrieben werde (a). VIII. Zu eben diesem präparatorischen Verfahren gehören die Mittel, den Konkurs abzuwenden, wovon im Folgenden gehandelt wird.

- a) Man sehe hierüber Gönner a. a. D. §. 28. Hapfel Beobachtungen S. 31-40. über die Art, durch Administration den Schuldner zu retten, besonders Hapfel Anleitung Abschn. III.

§. 165.

Mittel, den Ausbruch des Konkurses abzuwenden,
A) Moratorien, Anstandsbriefe.

Das erste Mittel sind Anstandsbriefe (Indulta moratoria, „eiserne Briefe“, literae induciales.

dilatoriae, respirationis, securitatis) (a), deren Wirkung ist, daß der Schuldner innerhalb eines gewissen Zeitraums von seinen Gläubigern unangesuchten gelassen werden muß. I. Das Recht, sie zu ertheilen, steht dem Landesherrn zu, ein landesherrliches Moratorium verbindet im Lande zwar alle auswärtige Gläubiger, aber übrigens erstreckt es sich nicht über die Gränze seines Landes (b), und es müssen daher dieselben, die durch das ganze deutsche Reich wirksam seyn sollen, bei dem Reichshofrath nachgesucht werden, ohne daß eine kammergerichtliche Konkurrenz statt fände, weil die Befugniß Moratorien zu ertheilen zu den kaiserlichen Reservatrechten gehöret (c). II. Wer nun zu einer solchen Befreiung zu gelangen wünschet, muß 1) ein getreues Verzeichniß seines Vermögens und seiner Schulden übergeben (d); 2) bescheinigen, daß er durch Zufälle, deren Abwendung nicht in seiner Gewalt gestanden, in Rückstand seines Vermögens gekommen (e); 3) mit Gründen wahrscheinlich machen, daß er Aussichten habe in der Zwischenzeit sich erholen und seine Schulden tilgen zu können (f) — Alle diese Punkte muß der Regent durch den Richter sorgfältig prüfen, und hierauf das Gesuch entweder abschlagen, oder bessere Bescheinigung auflegen, oder Schreiben um Berichte erkennen (g), oder die Gläubiger vernehmen (h), oder endlich dem Gesuche willfahren (i). III. In dem letzteren Falle ist er an eine gewisse Zahl von Jahren nicht gebunden, sondern bestimmt nach dem Verhältniß der Schuldensumme, des Grades der Wahrscheinlichkeit, welchen der Schuldner in Absicht auf die Verbesserung seiner Lage für sich hat, und anderer Nebenumstände bald eine engere, bald eine kürzere Frist (k), setzt aber auch zugleich die Art und Weise der

zu leistenden Ration (l) fest, um die Gläubiger während jener Frist sicher zu stellen (m). IV. Moratorien heben keine Rechte auf, sie entfernen aber den Anfang des Verzuges, daher hemmen sie zwar nicht den angesangenen Zinsenlauf, entfernen aber dessen Anfang (n). V. Ein vom Regenten ertheiltes Moratorium schützt nur gegen die bei dessen Ertheilung vorhandenen, nicht aber gegen die erst nachher entstandenen Schulden (o), doch gegen die ersten unbedingt (p). VI. Den Erben des Schuldners kommen Moratorien nicht zu statthen, wohl aber den Bürgen (q). VII. Nach Ablauf der im Moratorium bestimmten Frist ist es zwar erlaubt, um die Erstreckung derselben zu bitten; allein jezo muß der Richter mit noch größerer Sorgfalt zu Werk gehen, muß untersuchen ob die nämlichen Verhältnisse noch vorhanden seyen, die ihn zu Ertheilung der ersten Frist veranlaßten, und ob der Schuldner von der ihm immittelst gegönnten Schonung guten Gebrauch gemacht habe.

- a) J. H. Boehmer de literis respirat. in Exercit. ad Pand. Tom. III. n. 44. C. P. Mühlzrakt. Beiträge zu der Rechtslehre von den Moratorien. Mannheim 1798. 2. Bd. 8. Happel Anleitung. Abh. I. Dabelow a. a. D. S. 151. ff.
- b) Pufendorf Tom. II. Obs. 22. §. 3.
- c) von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. 125. S. 99. Vincenz Hanzenly Anleitung zur neuesten Reichshofratspraxis, Frankfurt und Leipzig 1784. §. 1534. — Auch die Gläubiger können ihrem Schuldner nach Willkür Fristen (induciae moratoria s. pactum moratorium) ertheilen, und es ist hierzu eine gleichstimmige Entschließung aller nicht erforderlich, sondern bei einer Verschiedenheit der Stimmen wird nicht auf die Mehrheit der Personen, vielmehr auf die

die Grösse und Beschaffenheit der Forderungen gesetzen, ohne daß ein Unterschied zwischen den hypothekarischen Kreditoren und denen, welchen nur eine persönliche Klage zusteht, gemacht wird. L. 7. §. 19. L. 8. D. de pact. L. ult. C. qui bon. ed. possunt. Zuweilen kann ein solcher moratorischer Vergleich mit einem remissorischen (§. 166.) füglich verbunden werden. Moser Reichständisches Schuldenwesen. Thl. I. S. 322 - 393. Thl. II. S. 241. Thl. I. S. 141. Derselbe Reichsstädtische Regimentsverfassung. S. 297. 298. 303. Mader's Sammlung Reichsgerichts-List "Erkenntnisse in Reichsritterschaftlichen Angelegenheiten. Band X. S. 11. Moser's Patriotische Phantasien, Band I. No. 23.

- d) de Cramer System, proceſſ. imper. §. 2199. 2200.
- e) Idem l. c. §. 2201 - 2203. Augsburger Polizei-Reformation von 1548. Tit. 22. (Neue Sammlung der Reichsabschiede. Thl. II. S. 600.)
- f) de Cramer l. c. §. 2191 - 2193.
- g) Vergl. Meine Grundsätze ic. S. 91.
- h) Willig sollte dieses nie unterlassen werden.
- i) de Cramer l. c. §. 2197. 2198. 2209. 2210.
- k) Gemeinlich, besonders nach dem Gerichtsbrauche des Reichshofraths, werden höchstens fünf Jahre verstattet. Sollte kein gewisser Zeitraum in dem Rescript angegeben seyn; so muß der Ertheiler Erläuterung geben, und wenn der Zugang zu dieser Quelle unmöglich gemacht worden wäre; so ist für das Quintenium zu vermuthen. Pufendorf l. c. §. 5.
- l) Nach dem L. 4. C. de prec. imper. offerend. ist eine bürgschaftliche Kautio[n] erforderlich.
- m) Gemeinlich wird Sicherheitsbestellung nur dann aufgeleget, wenn die Gläubiger darum bitten; allein willig erkennet der Richter allezeit von Amts wegen, auch unaufgerufen darauf. de Cramer l. c. §. 2204 - 2208.
- n) de

- n) de Cramer l. c. §. 294. Sieh. noch: *Gmelin und Elsaßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle*. Band II. No. 12. S. 115.
Hanzellij a. a. D. §. 1535. ff. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 296.
- o) Boehmer l. c. cap. 5. §. 12.
- p) Alle von den Rechtslehrern angenommene Ausnahmen sind willkürlich Boehmer l. c. cap. 3. Mühl a. a. D. §. 68 - 109. Dabelow S. 502.
- q) Dabelow S. 175.

§. 166.

B) Nachlaßverträge.

Das zweite Mittel sind Nachlaßverträge (*pacta remissoria*), und zwar entweder freiwillig, wenn die gesammten Gläubiger dem Schuldner ungezwungen einen Nachlaß bewilligen, oder nothwendig, wenn einige Gläubiger durch die Einwilligung anderer gezwungen werden, sich einen Nachlaßvertrag gefallen zu lassen (a). Die letztere Art hat die Praxis durch Ausdehnung einer sehr singulären Verordnung des römischen Rechts (b) bei jedem Konkurse angenommen. Hier ist denn I. Grundsatz, daß die Majorität der Gläubiger die Minorität zur Einigung eines Nachlaßvertrages zwingen kann, wenn sie dabei einen gleichförmigen für alle geltenden Maßstab festsetzt, sowohl vor dem Konkurse, als während desselben, selbst wenn einem Gläubiger seine Forderung bereits zuerkannt ist (c). II. Ein jeder Gläubiger, der über seine Güter frei disponiren darf, wie auch der, welcher von dem Eigenthümer dazu bestellt ist, kann einen solchen Vergleich eingehen. Doch werden der Natur der Sache nach nur die Stimmen derjenigen gezäh-

gezählet, deren Forderungen liquid sind. III. Alle Gläubiger auf einmal zusammenzuberufen, ist nicht nothwendig (d), und die Mehrheit der Stimmen wird hier nach der Quantität und Summe der Forderung eines jeden Gläubigers, die Zinsen mitgerechnet, bestimmt. Sind auf beiden Seiten die Summen einander gleich; so entscheidet die größere Zahl der Personen, und halten die Summen, und die Zahl der Gläubiger auf beiden Seiten einander das Gleichgewicht, so gibt die gelindere Meinung, diejenige nämlich für den remissischen Vergleich, den Ausschlag (e). IV. Auch Gläubiger, die mit persönlichen Privilegien versehen sind (f), müssen eben so wie Wechselgläubiger, die weder durch Vertrag noch besondere Gesetze eine Hypothek erlangt haben (g), die Entscheidung nach diesen Grundsätzen sich gefallen lassen. Von den hypothekarischen Gläubigern hingegen lässt sich dieses nur dann behaupten, wann das Vermögen zu ihrer aller Befriedigung nicht reicht, und sie alle entweder gleiche Rechte und Vorzüge haben; oder die mindere widersprechende Zahl derselben geringere dingliche Rechte genießt, als die übrigen; oder der größere Theil gleich wichtiger, oder vorzüglicher Pfandgläubiger mit den Gläubigern, welche keine Pfandgerechtigkeit haben, übereinstimmt (h). V. Gewöhnlich lassen die Gläubiger einen gewissen einsförmigen Theil ihrer Forderungen fahren, in allen Fällen aber muß der Nachlaß nach einem gewissen angegebenen Verhältnisse genau bestimmt werden (i), und die richterliche Bestätigung ist nur dann erforderlich, wenn die Kreditoren zwiespältig sind (k). VI. Ist der Vergleich nicht in der Absicht eingegangen worden, daß dem Schuldner etwas von seinem Vermögen übrig bleiben soll (l); so können die Gläubiger ihren verhältnismäßigen

mäßigen Anteil an demjenigen Ueberschusse, welcher sich in der Folge in dem schuldnerischen Vermögen noch ergiebt, allerdings verlangen, und diejenigen Kreditoren, die in den Nachlaß nicht eingewilligt haben, sondern nur überstimmt worden sind, sind den Schuldner, wenn er in bessere Umstände gekommen ist, in der Folge noch in Anspruch zu nehmen wohl besugt (m).

- a) Man siehe hierüber J. H. Boehmer *Diss. de pacto remissorio moto concursu*. Halæ 1735. (in *Exercitat. ad Pand. Tom. V.* p. 603.) W. A. Lauterbach *Diss. de pacto præjudiciali remissorio majoris partis creditorum*. Tübing. 1662. (in *Dissertat. Vol. I. No 60.* p. 941.) Pau. Chr. Nic. Lembke *Diss. de pacto remissorio quoad creditorem non consentientem, ad statut. Lubec. Jen. 1784.* Joh. Tob. Richter *Processus pacti remissorii juris saxon. elector. kursächsischer Accordsprozeß*. Lips. 1758. Karl Friedr. Wilh. Freiherr von Böldern dorf und Waradein *Etwas von Nachlaßverträgen (pactis remissoriis)* Erlangen 1788. Schamburg *Princip. prax. jurid. judiciar.* Lib II. Cap. 8. §. 5. Jo. Ge. Weenberg *Diss. pactum remissorium majoris partis chirographariorum in concursu creditorum non esse juris romani*. Halæ 1729. G. Lenne p *Diss. de pacto quod vocant præjudiciali*. Marburg. 1745. Hofmann *Deutsche Reichspraxis*. Thl. II. §. 1215. Claproth *Einleitung in sämtl. summarische Prozesse*. §. 296. Franc. Anton. Diedrich Tr. *de quatuor præcipuis consilii imperialis aulici processibus*. Vienn. 1775. §. 48. de Cramer *Tom. I. Obs. 264.* Moser *Reichstädisches Schuldenwesen*. Thl. I. S. 656. Johann, Godofr. Bauer *Diss. de pacto remissorio ante concursum formalem in foro Saxoniæ Electoralis*. Lips. 1755. (in *Opusc. Tom. I. No. 39.* p. 405.) Wagler D. *de pactis remissoriis cum debitore obäerato*. Altorf. 1785. Hæppel *Anleit. zum Verfahren, Konkursprozesse abzuwenden*. Gießen 1799. Abschn. II. Dabelow S. 283. ff. u. S. 558.

b) L.

- b) L. 7. §. 17. 19. L. 8. 9. 10. D. de pact. L. 58. §. 1. D. mandati. Leyser Spec. 118. M. 4. Spec. 533. M. 13. Berlich P. II. Decis. 235. 236. Carpzov P. II. Conſt. 22. Def. 27. seq. Leonh. Henr. Lud. Ge. de Cann giesser Deſcioneſe ſupremi tribunaliſis appellationum Haſſo-Caſtellani. Tom. VI. Decis. 127. n. 11-19.
- c) Dabelow S. 568-572.
- d) L. 10. D. de pact. Berlich P. II. Decis. 236. n. 5. seq. Cann giesser l. c. n. 19-23. — Indeſſen iſt doch häuſig die Verſammlung aller Gläubiger, oder ihrer Bevollmächtigten an einem Orte das beſte Mittel zu einem geſchwinden und gedeihlichen Vergleiche. Vergl. (Fried. Carl von Truſchler) die Lehre von der Praktiſion bei entſtandenem Konkuſe der Gläubiger. Leipz. 1781. Abſchn. IV. S. 154.
- e) Wenn die in dem Termine ausgebliebene Gläubiger entweder allein, oder mit den zwar gegenwärtig geweſenen, aber widerſprechenden Gläubigern die Mehrheit der Stimmen ausmachen; fo muß diese als entscheidend angesehen werden, da die Einwilligung der Abweſenden im Zweifel ſich nicht vermuthen läſſet. L. 10. D. de pact.
- f) L. 10. D. de pact. de Cann giesser l. c. Tom. XI. Decis. 287. Voetius Com. ad Pand. Lib. II. Tit. 14. §. 29. Das Gegentheil behauptet, in Beziehung auf den L. 58. §. 1. D. mandati Mevius Discuſſ. levam. ipop. debitor. Cap. III. n. 178.
- g) de Cann giesser l. c. Tom. VI. Decis. 172. n. 23.
- h) Macht der mindere Theil gleich wichtiger, oder vorzüglicher Pfandgläubiger durch seine Verbindung mit ſolchen Gläubigern, welchen keine Hypothef zufieht, die mehrere Zahl aus; fo kann dadurch dem gröſſeren Theil der hypothekarischen Gläubiger kein Nachtheil zuwachsen.
- i) de Cann giesser l. c. n. 25. Wagler cit. Diff. de pactis remiſſoriis §. 13. 14.
- k) L.

k) L. 7. §. fin. D. de pact. Berlich P. II. Decis. 236. n. 11. de Cannegiesser l. c. n. 24.

l) im Zweifel kann dieses nicht vermutet werden.

m) Voetius l. c. §. 28. Andere behaupten, auch diejenigen Gläubiger, welche in den Vergleich eingewilligt haben, könnten den Schuldner in der Folge, wenn er in bessere Umstände gekommen, noch belangen. Berlich P. II. Decis. 245. n. 1. Wagner cit. D. §. 16. (*)

* Offenbar ist diese Meynung consequenter, als jene, welche Danz vorträgt, obgleich beide irrig sind. Ein Nachlaßvertrag, der freiwillig, wie der erzwungene, befreit als eine Schenkung den Schuldner von allen weiteren Ansprüchen, wenn nicht die Gläubiger einen Vorbehalt angehängt haben; es mag ihm aus seinem jetzigen Vermögen etwas übrig bleiben, oder erst nachher ein Vermögen zufallen. Auch kann bei nothwändigen Nachlaßverträgen die Minorität keinen Vorzug haben, da Societätsmäßig ihr Consens in der Majorität enthalten ist. Nur der Betrug des Schuldners kann eine Ausnahme bewirken. Dablow S. 574. Thibaut Pandektenrecht (1 Ed.) §. 711.

§. 167.

II. Hauptverfahren. Verschiedene Geschäftsarten, welche bei demselben vorkommen.

Der Zweck des Konkursprozesses ist, aus der genüglich bestimmten Vermögensmasse des Gemeinschuldners die Gläubiger nach der gesetzlich vorgeschriebenen Ordnung zu befriedigen (§. 155). Die Beschäftigungen des Richters zu Erzielung dieses Zwecks lassen sich daher füglich unter folgende vier Gesichtspunkte bringen: A) zuerst muß er sich beschäftigen mit Bestimmung, Erhaltung und Veräußerung der Konkursmasse. Dann hat er B) auf die Richtigkeit und Liquidität der einzelnen Schuldposten sein Augenmerk zu richten.

Hier-

Hierauf muß er sich C.) von dem Vorzugs- und Erstigkeitsrecht der einzelnen Forderungen unterrichten. Endlich D.) muß er durch das Lokationsurtheil einem jeden Gläubiger die Stelle anweisen, wo er seine Besiedigung erhalten soll — Die einzelne Geschäfte jedoch, die in diese verschiedene Klassen gehören, folgen nicht gerade unmittelbar auf einander, sondern gehen Hand in Hand, und dasjenige muß immer zuerst vor genommen werden, welches das eiligste ist (a).

a) Vergl. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, §. 298.

A.) Von der Bestimmung, Erhaltung und Veräußerung der Konkursmasse.

§. 168.

Besiegelung des Gemeinschuldnerischen Vermögens.

Mit dem Augenblick des erkannten Konkurses kommt der Gantmann in Ansehung seines Vermögens außer aller Thätigkeit, und unter den Gläubigern wird eine gewisse Gemeinschaft erzeuget (§. 157.) vor allen Dingen muß daher dafür gesorgt werden, daß von der noch vorhandenen Gütermasse nichts wegkomme. Dies geschieht durch eine ungesäumte gerichtliche Besiegelung. Der Richter nämlich entweder selbst, oder eine von ihm abgeordnete Deputation begiebt sich in die Wohnung des Gantmannes, und bedeutet hier diesen sowohl, als seine Frau, erwachsene Kinder und Gesinde, daß sie alles, was zum Vermögen gehöret, so anzeigen sollen, wie sie es, auf Verlangen, mittelst Eides zu erhärten im Stande sind. Diesem vorgängig werden

werden 1.) die Waarschaften aufgesucht, gezählt, nach der Summe und Münzsorte im Protokoll bemerkt, und zur gerichtlichen Verwahrung mitgenommen; nicht weniger 2.) alle Briefschaften, Haus- und Handlungsbücher in Paquete zusammen gebunden, versiegelt, und gerichtlich verwahret; auch 3.) dem Schuldner nur die unentbehrlichsten Kleidungsstücke, und nothdürftigen Nahrungsmittel auf einige Tage gelassen (a); ferner 4.) diejenige Sachen, die dem Verderb unterworfen sind, von den übrigen abgesondert, und in dem Protokoll besonders bemerket, damit ihre öffentliche Versteigerung bald möglichst angeordnet werden kann. Eben dieses geschiehet 5.) mit allen übrigen Naturalien, die sich nicht gut verwahren lassen, oder besonders viele Wartung und Aufsicht erfordern. Hierauf bringt man 6.) alle bewegliche Sachen in wohlverwahrte Behältnisse, die so versiegelt werden, daß sie sich nicht, ohne daß man es gewahr wird, öffnen lassen. Bemerkt 7.) in dem Protokoll die Stellen, wo Siegel angeleget worden sind, damit diese bei der Entsiegelung nachgesehen werden können (b). Verzeichnet 8.) unter Angabe aller Kennzeichen diejenigen Sachen in dem Protokoll besonders, die sich unter das Siegel nicht bringen lassen. Schliesset endlich 9.) das ganze Geschäfte damit, daß man allen im Hause wohnenden Leuten aufgiebt, an den gerichtlichen Siegeln sich nicht zu vergreifen, und wenn doch etwa eines, oder das andere abgestossen werden sollte, dem Gerichte unverzüglich davon die Anzeige zu machen.

a) Bittet der Gantmann, ihm an Kleidungsstücken, Rathshaften u. s. w. mehr zu lassen, als die unumgangliche Nothdurft erfordert; so kann diesem Gesuche

nur dann willfahret werden, wann er hinreichende Bürgschaft bestellt. Doch auch in diesem Falle sind diese Sachen genau zu verzeichnen, und allenfalls nach einem durch Schätzung ausgemittelten Werthe anzuschlagen.

b) So oft in der Folge eine Entseiegelung vorgenommen wird, ist jedesmal in dem Protokoll zu bemerken, ob man die Siegel unverletzt angetroffen, und daß und wo man sie nachher auss neue angeleget habe. Sich. überhaupt: Jac. Lembke Diss. de obsignatione judiciali. Rost. 1691. Car. Gottl. Knorr Diss. de obsignatione judiciali. 1722. 1738. Claprotb Theoretisch-praktische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. Götting. 1789. Abschn. II. Hauptstück 2. Tit. 15. §. 122. folg. Mettelbladt Anleitung zu der prak. Rechtsgelehrtheit. §. 922. folg.

§. 169.

Fortsetzung.

So bald die gerichtliche Versiegelung vollendet ist, ordnet der Richter die jezo schon nöthigen öffentlichen Versteigerungen an (a), verbietet entweder unmittelbar, oder mittelst der gewöhnlichen Ersuchungsschreiben den Schuldnern des Gantmannes, diesem, bei Strafe des doppelten Zahlsens, keine Zahlung mehr zu leisten, vielmehr alle verfallene Posten von nun an an das Gericht einzuliefern, und macht, wenn die Versiegelung etwa nicht hinreichende Sicherheit gewähren solle, durch Sezung einer Wache, oder sonst die noch nöthigen Anstalten (b).

a) Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. I. §. 13. Mevius P. II. Decis. 169. P. IV. Decis. 308.

b) Claprotb Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 299-304.

§. 170.

§. 170.

Bestellung eines Güterpflegers.

Ist das Vermögen des Gantmannes so unbedeutend, daß es der Richter entweder selbst, oder durch seine Untergebenen füglich verwalten kann: oder entschließen sich die sämtlichen Gläubiger zu der gemeinschaftlichen Verwaltung der Masse; so fällt die Bestellung eines besondern Güterpflegers (curator bonorum) von selbst weg (a). Tritt hingegen keines von diesen Verhältnissen ein; so bestellen die Gläubiger nach der Einmuthigkeit, oder Mehrheit der Stimmen einen Gütervertreter (b), und erst dann, wenn diese sich nicht vereinigen können, ist der Richter einen zu ernennen befugt (c). Einem der Gläubiger kann dieses Amt gar wohl übertragen werden (d), auch einem Unverwandten des Schuldners (e), selbst seiner Frau, wenn sie hinreichende Sicherheit bestellt (f), niemals aber ihm selbst (g). Auf eine geschickte Person ist vorzüglich Rücksicht zu nehmen, und die Geschicklichkeit läßt sich allein nach der Natur der bei der Verwaltung der Masse vorkommenden Geschäfte beurtheilen. Zuweilen heißen es die Umstände, mehrere Gütervertreter zu bestellen (h), und weil der Kreditorschaft an den Gütern solcher Verwalter kein stillschweigendes Unterpfand zusteht (i); werden sie billig zur Sicherheitsbestellung durch Bürgen, oder Pfänder angehalten, und daneben in Gewege der Gläubiger förmlich beeidigt. In der Regel kann niemand zu einer solchen Pflegschaft gezwungen werden (k), und selten fertigt man ein eigenes Kuratorium aus, sondern das über die Bestellung geführte, und mit dem Gerichtssiegel versehene Protokoll vertritt die Stelle desselben (l).

a) L.

- a) L. I. §. 1. D. de curat. bon. dand. Mevius P. II. Decis. 169. n. 9. Schamburg Prinzip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 9. Brunnemann Proces. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. 1. §. 11. Leyser Spec. 491. M. 1. 2. Wo der Richter zugleich die Konkursmasse verwaltet, muß er in seinen Handlungen, welche die Masse angehen, nicht als Depositor, sondern als Güterpfleger beurtheilt werden. Göttingen a. a. D. §. 34.
- b) L. 2. pr. L. 5. D. de curatore bonis dando. Es gereicht zur Ersparung der Kosten und Mühe, wenn gleich in der öffentlichen Ladung den sämtlichen Gläubigern aufgegeben wird, daß sie in dem Liquidationstermin einen Gütervertreter in Vorschlag bringen, oder sich gewärtigen sollen, daß von Amts wegen einer auf ihre Gefahr werde ernannt werden.
- c) Mevius P. IV. Decis. 257. Carpzov P. I. Const. 28. Def. 8. — Ist das schuldnerische Vermögen von der Art, daß es ohne allen Aufschub einer sorgfältigen Verwaltung bedarf; so kann der Richter vorläufig einen Pfleger wohl bestellen. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozeße. §. 304.
- d) L. 2. §. 4. D. de curator. bon. dand.
- e) L. I. §. 23. D. de ventre in possess. mitt.
- f) Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. IV. §. 4. Schamburg l. c. Brunnemann l. c. Leyser Spec. 491. M. 3.
- g) Schamburg l. c. Wernher P. VIII. Obs. 435. n. 1. Ludovici a. a. D. §. 2. Andere als Brunnemann l. c. §. 6. Leyser Spec. 491. M. 3. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1828., lassen zwar den Schuldner selbst alsdann zu, wenn er hinreichende Sicherheit bestellt; allein vorerst lässt sich dieses von einem Gantmanne nicht wohl denken, und dann dürfte doch auch durch geleistete Kautio[n] für die Sicherheit der Gläubiger nicht vollkommen gesorgt seyn.
- h) L. 2. §. 2. 5. L. 3. D. de curatore bon. dand.
- i) L.

- i) L. 22. §. 1. L. 24. D. de reb. auctor. judic. pos-
sidend.
- k) L. 2. §. 3 D. de curator. bon. dand.
- l) Ludovici a. a. D. §. 5. Claproth a. a. D. §.
305 = 308.

§. 171.

Amt und Pflichten des Güterpflegers.

Im allgemeinen hat der Gütervertreter alle diejenigen Rechte und Pflichten, die dem Pfleger eines minderjährigen auch zustehen, und obliegen. Er hat daher 1.) vor allen Dingen die Verfertigung eines Güterverzeichnisses zu besorgen; muß 2.) alle gerichtliche und außergerichtliche Handlungen, die die Berichtigung der Konkursmasse bezweken, verrichten; auch 3.) das ganze Vermögen zum Besten der Kreditorschaft nach den Pflichten eines guten Haussvaters verwalten, und von dieser seiner Verwaltung billig jährlich Rechnung ablegen; er darf 4.) eine Disposition über die Güter sich allein nicht anmassen, ohne Einwilligung der Gläubiger, oder wenigstens Vorwissen des Richters daher nichts veräußern, keinem der Gläubiger, ohne vorgängiges richterliches Dekret, Zahlungen leisten u. s. w.; endlich 5.) hat derselbe seiner Zeit die Güter behändig zur Veräußerung zu bringen, und die daraus erlösten Gelder zu erheben — Alle andere Geschäfte hingegen, die auf die Verwaltung der Konkursmasse keine Beziehung haben, liegen ganz außer den Gränzen seiner Obliegenheiten, er darf sich daher z. B. um die einzelne Schulden, die bei dem Konkurs liquidiert worden sind, um den Vorzug der Gläubiger unter einander, um die gesuchte Stundung oder Erlas-

S

fung

sung eines Theiles der Forderungen u. s. w. durchaus nicht bekümmern (a) — Umsonst übrigens ist der Kurator zu dienen nicht schuldig, es ist aber der Kreditschaft vorträglicher, wenn alle seine Arbeiten ihm einzeln bezahlt, oder ihm für seine Bemühungen überhaupt im Ganzen etwas gewisses ausgesetzt wird, als wenn man ihm einen jährlichen Gehalt auswirft (b).

a) Pufendorf Tom. I. Obs. 177. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 308. 309.

b) Joh. Heinr. Stepfs Systematische Lehre vom Kontraktor bei einem förmlichen Schuldwesen über das Vermögen sowohl unmittelbarer, als mittelbarer Personen. Nürnberg 1791. §. 191. 192. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 17. (II. Aufl. S. 579.)

§. 172.

Verfertigung des Güterverzeichnisses.

Das erste Geschäft des Güterpflegers nach seiner Bestellung ist die Sorge für die Errichtung eines Güterverzeichnisses. Unter öffentlichem Ansehen muß dies versorgt werden (a), und der Kurator kann eben so wenig, als der Vormund eines Unmündigen, oder Minderjährigen den Mangel desselben durch eine eidliche Spezifikation ersezen (b). Vor der Inventur bemerket man zum Protokoll, ob man alle angelegte Siegel unversezt, und alle außer der Versiegelung gebliebene Sachen wieder gefunden habe, erinnert auch den Gantmann, seine Gattin, Kinder und übrige Haushgenossen nochmals nachdrücklich, alle zu der Konkursmasse gehörige, ihnen bekannte Güterstücke so anzugeben, wie sie es mittelst des von ihnen vielleicht gefordert

fordert werdenden Offenbarungseides bestärken könnten (c). Diesem allem vorgängig schreitet man dann endlich zu der Aufzeichnung selbst (d).

- a) Der Gütervertreter erbittet sich eine Gerichtsdeputation, oder wenn er diese nicht erhalten kann, ziehet er einen Notar und Zeugen zu, kann allenfalls zu seiner Sicherheit auch darauf antragen, daß einige Gläubiger ihm beigegeben werden sollen.
- b) Car. Frider. Walsh Diff. de jurata specificacione loco inventarii exhibita. Jen. 1790. §. 7. 8. Wernher P. IX. Obs. 87. Andr. Homberg Consil. et respons. Helmstadiens. Consil. 118. p. 397. Einige ältere sächsische Rechtsgelehrte behaupten das Gegentheil. Carpzov P. II. Const. 11. Def. 6. Richter P. I. Decis. 58. Brunnenmann Process. concurs. credit, cum notis Strykii Cap. I. §. 11. Not. b.
- c) L. ultim. §. 10. C. de jure deliber. Jul. Frid. Malblanc Doctrina de jurejurando. §. 48. Ant. Phil. Glok Diff. de juramento manifestationis. Argentor. 1717. Jo. Henr. Conradi Diff. de juramento manifestationis. Marb. 1723. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 314. 315.
- d) Claproth Theoretisch-praktische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. Göttingen 1789. Abschn. II. Hauptst. 2. Tit. 15. §. 122. folg. Mettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelehrtheit. §. 926. folg.

§. 173.

Berichtigung der Konkursmasse durch Beitreibung desjenigen, was davon abgekommen ist.

Es liegt dem Gütervertreter ob, die Konkursmasse durch Beitreibung all derjenigen Güterstücke, die davon abgekommen sind, zu berichtigten. Er muß daher 1.)

erforschen, ob nicht der Gemeinschuldner, oder eines seiner Hausgenossen etwas unterschlagen hat, und wenn er das entdeckt, das Entwendete wieder herbei zu bringen sich bemühen; sodann 2.) dasjenige zurückfordern, was der Gantmann widerrechtlich veräussert, oder aus Begünstigung einem Gläubiger bezahlet, oder zum Pfand hingegeben hat; nebst dem 3.) nicht nur die aufstehenden Schulden bestreiten, sondern auch alles einfordern, was zu der Vermögensmasse gehöret, und nur in andern Händen gegenwärtig sich befindet, was z. B. ausgeliehen, zur Verwahrung gegeben, verpfändet worden ist u. s. w. (a).

a) Sieh. noch über alle diese Säge: Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 314-320. §. 325. 326. Stepf Systematische Lehre vom Kontraktor. §. 84-97.

§. 174.

Berichtigung der Konkursmasse durch Absonderung desjenigen, was zu derselben nicht gehöret.

Die Konkursmasse kann so lange für berichtiget nicht angesehen werden, als nicht alles dasjenige, was zu derselben nicht gehöret, davon abgesondert ist. Es lieget daher dem Gütervertreter ob, auch hierauf seine Aufmerksamkeit zu richten, und die Rechte der Kreditorschaft nach Kräften zu wahren. So sind I.) diejenige, die ihre unter dem Vermögen des Gantmannes befindliche Sachen oder Rechte mittelst der Eigenthumss oder einer andern dinglichen Klage, die Pfandschaftsklage allein ausgenommen, wenn sie auf ein Unterpfand, das erst der Schuldner bestellet hat, sich gründet, versorgen können, mit den eigentlichen Gläubigern, welche

che blos persönliche Klagen anstellen, in eine Gemeinschaft zu treten nicht schuldig, vielmehr berechtigt, das Ihrige ohne weitere Einmischung in den Konkurs, außer demselben zu fordern (a). Eben so können II.) die Gläubiger eines verschuldeten Kaufmannes, welcher an verschiedenen Handelsplätzen, oder auch an dem nämlichen Orte besondere Läden gehabt, oder verschiedene Handlungen getrieben, und in Ansehung dieser verschiedenen Schulden gemacht hat (b); nicht weniger III.) die Kreditoren eines Haussöhnes, die demselben in Ansehung seines Soldatensorobergutes (peculii castrensis) Darlehen vorgestreckt haben (c); wie auch IV.) die Gläubiger, die mit dem Schuldner in Ansehung der Lehen, die er besitzet (d), kontrahirt haben (e), eine Absonderung des Vermögens dahin verlangen, daß sie, ohne in eine vollkommene Gemeinschaft mit allen Gläubigern zu treten, aus denjenigen Gütern befriedigt werden, in Ansehung welcher sie eigentlich kreditsiret haben. Endlich sind V.) die Gläubiger (f) eines Erblassers mit den Kreditoren des Erben in Gemeinschaft zu treten nicht verbunden, sondern können, mit Ausschluß der letzteren, ihre Befriedigung aus dem Vermögen des ersten verlangen (g). Nur denjenigen jedoch, die ausdrücklich darum bitten, kommt diese Rechtswohlthat zu statten (h), binnen fünf Jahren, von Zeit der angetretenen Erbschaft an gerechnet, muß dieselbe nachgesucht werden (i), sie geht verloren durch Novation, wenn nämlich die Kreditoren des Erblassers ausdrücklich (k) dem Erben Kredit gegeben haben (l), und hat die Wirkung, daß die Gläubiger des Erblassers an das Vermögen des Erben nun keine Ansprache mehr machen können (m), alles hingegen,

gen, was nach der Befriedigung jener absteigt bleibt, der Kreditorschäf des Erben zu gute kommt (n).

- a) Joh. Heinr. Stepf Systematische Lehre vom Kontrollor. §. 97 - 100. §. 153 - 166. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. IX. Brunnenmann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. V. §. 5. seq. Schauburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. I. Cap. 8. §. 8. Leyser Spec. 479. M. I. 2. Christian Gottlieb Gmelin Die Ordnung der Gläubiger bei dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gantprozeß, nach den gemeinen und Wirtembergischen Rechten. Frankfurt und Leipzig 1783. (vierte Aufl. Ulm 1795.) Kap. I. §. 11 - 71. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1266. 1267. Jo. Frid. Ga. Schulin Meditationes ad selectas quasdam differentias juris communis et Brandenburgico-Baruthini in materia de concursu creditorum. Mognunt. 1787. Differ. II. III. IV. Dabekow Erläuterung der Lehre vom Kontrollor der Gläubiger. Thl. I. §. 18 - 27. Thl. III. §. 351. folg. (II. Aufl. S. 325.) Auch die Frau gehört oft hieher. Pfitzner Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bei einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer. 2. Bd. 8.
- b) L. 5. §. 15. 16. D. de tribut. action. Brunnenmann ad h. l. n. 2. seq. Idem Process. concurs. cred. cum notis Strykii Cap. V. §. 13. Not. f. Struv Exercitat. 20. Th. 46. Exerc. 54. Th. 66. ibique Müller in addition. Ludovici a. a. Q. Cap. XI. §. 7. Schauburg I. c. Schilter Exerc. 27. Th. 51. Wolfg. Ad. Schoepff Diff. de concursu creditorum particulari. Tübing 1753. §. 9. pag. 26. Orth Sammlung merkwürdiger Rechtshändel. Thl. VIII. Abb. 3. §. 9. Joh. Ludw. Schmidt Abhandlung von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen. Zerna 1788. Thl. 2. §. 35. S. 107. 108. Andere bleiben bei den Worten jener Gesetzstellen stehen, beschränken daher ihre Verordnung auf Haussöhne und Knechte, und wollen ihre Ausdehnung auf personas sui juris nicht

- nicht zulassen. Schoepff l. c. §. 7. 8. Orth a. a. D. §. 15. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XIV. Tit. 4. §. 5.
- c) L. 7. D. de peculio castrensi. L. 1. §. 9. D. de separat. Schoepff l. c. §. 7. No. III. Ludovicus a. a. D. §. 11. Schmidt a. a. D. §. 38. Aug. Corn. Stockmann Diff. de separacionibus edicto prætoris haud concessis. Lipsiae. 1788. §. 2.
- d) Eben dieses kann in Ansehung der Stammgüter, wie auch vieler Arten von Bauerngütern, eintreten.
- e) Stepf a. a. D. §. 101. 102. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. S. 320. Schoepff Diff. cit. §. 12. Ge. Lud. Boehmer Principia juris feudalis praesertim Longobardici quod per Germaniam obtinet Goetting. 1789 §. 322. Jo. Aug. Hellfeld Diff. de jure creditorum vasalli in percipienda ex fructibus feudi solutione. Jen. 1762. (in Opuscul. jur. civil. priv. No. 23. p. 533.) Idem Diff. de jure creditorum allodialium intuitu feudi et concursus feudalis. Jen. 1755. (in Opuscul. jur. civil. priv. No. 22. p. 505.) Joh. Aug. Neuß Teutschte Staatskanzley. Th. XVII. Abschn. 10. S. 306.
- f) Das nämliche gilt von all denjenigen, die nach dem Willen des Erblassers von dem Erben etwas zu fordern ein vollkommenes Recht haben. Z. B. von Vermächtnis- und Fideikommisnehmern. L. 6. D. de separat. Mevius P. VII. Decit. 246.
- g) L. 1. §. 1-9. D. de separat. Wernher P. VII. Obs. 4. b. Claproth a. a. D. §. 321.
- h) L. 1. §. 1. 16. D. de separat. Wernher P. VII. Obs. 4. n. 24. Struben R. B. Thl. IV. B. 101. Schmidt a. a. D. §. 1.
- i) L. 1. §. 13. D. de separat. Wenn jedoch die Separation leicht und möglich, das ist, wenn die Verschiedenheit der Güter entweder fundbar, oder doch auf irgend eine Art, z. B. durch ein Güterverzeichniß erweislich

weislich ist; so fällt die fünfjährige Verjährung weg.
 L. 12. 14. D. de separat. W. A. Lauterbach Diff. de separatione. Cap. I. Th. 2. Cap. II. Th. 3. (in Diff. Vol. 3. Diff. 126.) Wildvogel Resp. 147. n. 34. seq. Struv Exerc. 44. Th. 62. Mevius P. III Decis. 331. Orth a. a. D. Thl. IV. Abhandl. 3. §. 29. Andere wollen in jedem Fall auf die gesetzliche fünf Jahre genau gesehen wissen. Wernher P. VII. Obs. 5.

- k) Eine ausdrückliche Erklärung ist nothwendig, und nicht einmal die stärksten Vermuthungen reichen hin. L. 8. C. de novation. So kann z. B. von einem Gläubiger, der sich von dem Erben schlechthin Sicherheit hat bestellen lassen, oder Zinsen angenommen hat, nicht gesagt werden, daß er sich durch diese Handlungen des Absonderungsrechts verlustig gemacht habe. Brunnemann Centur. IV. Dec. 42. n. 4. Orth a. a. D. Thl. IV. Abhandl. 3. §. 30.
- l) L. 1. §. 10. 11. L. 15. D. de separat,
- m) Diese Regel findet dann keine Anwendung, wann 1) die Güter des Vürgen, von den Gütern des Hauptschuldners, der des ersten Erbe war, abgesondert worden sind. L. 3. §. 1. D. de separat. 2) wenn die Gläubiger des Erblassers aus Nebereilung um die Absonderung gebeten haben, und rechtmäßige Ursachen ihres Irrthums anführen. L. 1. §. 17. L. 3. §. 2. D. de separat.
- n) L. 5. D. de separat. Sieh. noch: Hellfeld Jurisprud. for. §. 1823. seq. Schaumburg l. c. Ludovici a. a. D. §. 1=6. Schoepff l. c. §. 11. Leyser Spec. 489. M. 1. seq. A. P. Frick Libell, singul. de debitoris demortui creditoribus hypothecariis ad separacionis beneficium admittendis. Helmstad. 1783.

§. 175.

Verwaltung des Konkursvermögens bis zu der Veräußerung desselben.

Es liegt dem Güterpfleger ob, das ihm anvertraute Vermögen des Gantmannes zum Besten der Kreditorschaft nach den Pflichten eines guten Haushalters zu verwalten. Er muß daher die Grundstücke durch Verpachtung und Vermietung (a), oder eigene Benutzung (b), und die vorrätigen Gelder durch Verborgung auf Zinsen zum Besten der Masse administriren, allen Aufwand, und außerwesentliche Ausgaben vermeiden, auch wichtige, zweifelhafte Fälle entweder den Gläubigern zur Entscheidung, oder dem Richter zur Ertheilung der nöthigen Verhaltungsbefehle vorlegen, und, billig alle Jahre, ordentliche Rechnung stellen (c).

- a) Es ist räthlich, dergleichen Verpachtungen nicht anders, als entweder mit Vorwissen der Gläubiger, oder doch mittelst öffentlicher Versteigerung vorzunehmen.
- b) Die Verpachtungen sowohl als Miethungen des Gantmannes hören des ausgebrochenen Konkurses wegen nicht auf. L. 8 §. 1. D. de reb. auctor. jud. possidend. Frid. Christ. Franc. Engelschall s. Rudolph. Christoph. Henne (oder eigentlich) Christ. Frid. Imm. Schorch Diss. an creditores orto concursu conductionem debitoris, qui bonis cessit, continuare teneantur? Erf. 1774. (et in Opuscul. Erford 1791. No. IX. p. 329.) Andere, als Ge. Lud. Boehmer Progr. de jure circa conductionem orto adversus conductorem obseratum concursu (in Elect. jur. civil. Exerc. XI.), behaupten, wenn der Miethmann in Konkurs versalle; so höre der Kontrakt auf. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I.

I. §. 48 - 53. (11. Aufl. S. 279.) welche Meinung auch den Vorzug verdient.

- c) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 322., 323., 326., 327.

§. 176.

Veräußerung des Konkursvermögens.

Wegen der mit der Verwaltung des Vermögens für die Kreditorschaft verbundenen Kosten und Gefahr, muß, so bald es thunlich ist, zur Veräußerung geschritten werden. Ohne Einwilligung, wenigstens des größern Theiles der Gläubiger, ist es dem Gütervertreter nicht erlaubt einen außergerichtlichen Verkauf vorzunehmen (a), sondern die Auktion sowohl der beweglichen Sachen, als die Subhastation der unbeweglichen Güterstücke muß unter richterlichem Ansehen vollzogen, ein besonderes Protokoll darüber geführet, und dieses nach der Ordnung des Güterverzeichnisses eingerichtet werden. Gläubiger, auch hypothekarische können bei solchen Versteigerungen als Käufer auftreten (b), aber das Kaufgeld müssen sie, wie ein jeder anderer zahlen, und können auf Kompensation nur dann sich berufen, wann ihre Forderungen ganz liquid sind, und darüber, daß sie aus der Masse werden bezahlet werden, ganz kein Zweifel ist (c).

- a) L. 1. 2. 3. D. de fide et jure hastæ fiscalis. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XLII. Tit. 5. §. 10. Voetius Lib. XLII. Tit. 5. §. 2. Pufendorf Tom. III. Obs. 69.

- b) L. 16. D. de reb. auctor. judic. possidend. L. 2. C. si in causa judicati. Jo. Christ. Koch Diss. de creditore hypothecario licitatore in subhastatione hypothecæ non excludendo. Gießl. 1774. §. 15.

§. 15. seq. Carpzov P. I. Conſt. 32. Def. 51. n. 7. seq. Berlich P. I. C. 81. n. 164. Brunnemann ad L. 2. C. si in cauſa jud. Anton Faber ad Cod. Lib. VIII. Tit. XVII. D. 2. n. 1. Joan. Philippi de Subhaftat. Cap. III. Com. 7. n. 17. Jeder Gläubiger geht andern Käufern, die gleiche Bedingungen anbieten, vor, und unter mehreren Gläubigern hat derjenige den Vorzug, der die stärkſte Forderung einzuflagen hat. L. 16. D. de reb. auctor. judic. poffidend.

c) Brunnemann Proceſſ. concurſ. creditor. cum notis Strykii Cap. VII. §. 10. Schauumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 10. Berger Electa diſceptat. fo- renſ. p. 348. Mevius P. III. Dec. 88. Leyfer Spec. 173. M. 4. Car. Frid. Walech Diff. de compensatione creditorum in concurſu. Jen. 1764. Sich. noch: Claproth Einleitung in sämtliche ſummarische Prozeſſe. §. 325. Derſelbe Theo- retisch-praktische Rechtswiſſenſchaft von freiwilligen Ge- richtshandlungen. Göttingen 1789. Abſchn. II. Hauptſ. 2. Tit. 14. §. 116. folg.

B.) Von der Richtigkeit und Liquidität der einzelnen Schuldposten.

§. 177.

Erlaſſung der Ediktaſſadung.

Während dem, daß die Konkursmaſſe berichtigt wird, hat der Richter zugleich auf die Richtigkeit und Liquidität der einzelnen Schuldposten sein Augenmerk zu richten. Damit nun die Gläubiger in den Stand gesetzen werden, ihre Ansprüche an den Gemeinschulda- ner behörig verfolgen zu können, muß vor allen Dings die öffentliche La d u n g bald möglichſt erge- hen. (*) In der Regel darf diese durchaus nicht unte- laffen

lassen werden, ohne sie sind die Kreditoren gegen fünfzige Ansprüche nicht gesichert, und der Richter setzt sich grosser Verantwortung aus. Nur dann kann sie allenfalls wegbleiben, wann aller Wahrscheinlichkeit nach unbekannte Gläubiger gar nicht vorhanden sind, wann z. B. der Gantmann sein Vermögen den Gläubigern abtritt, und ein vollständiges, eidlich bestarktes Güterverzeichniß zugleich mit übergiebt. Doch auch selbst in diesem Falle ist es ratslich, denjenigen Gläubigern, die ihre Befriedigung erhalten, Sicherheitsleistung dahin abzufordern, daß, wenn mit vorzüglicheren Gerechtsamen versehene Kreditoren in der Folge sich noch melden sollten, sie das Empfangene wieder erstatten wollen (a) — Nicht nur in dem Gerichtsbezirk des Konkursrichters übrigens, und in zwei verschiedener Herrn Landen (b), oder doch in zweien verschiedenen Gerichtsbezirken (c), muß die Ediktallazung an einem öffentlichen Orte angeschlagen, sondern in sehr vielen Ländern auch noch in eine Zeitung, oder ein anderes öffentliches Blatt eingerückt werden (d). Der Kürze wegen ist es ratslich, gleich auf einmal drei Termine, deren Dauer der Richter nach seinem Ermessens bestimmt, anzubereiten (e), und alsdann können auch sogleich diejenigen, die in dem Termin nicht erscheinen, mit der Abweisung von diesem Konkurs bedrohet werden (f)

* Gönner a. a. D. §. 29. Dabelow S. 519.

a) Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. III. §. 2. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 4. Elapoth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 329. 330. 336. von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. XI. Abhandl. 3. Thl. XXII. S. 127. Idem Tom. I. Obs. 221. p. 520.

b)

- b) Berger Electa disceptat. forens. pag. 1740. Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. II. §. 10.
- c) Gribner Princip. process. judiciarii. Lib. II. Cap. IX. §. 2.
- d) Schaumburg I. c. Claproth a. a. D. §. 334. Vergl. Meine Grundsäze ii. §. 94.
- e) Schaumburg I. c. Ludovici a. a. D. §. 9. 10. 12. 13. 14. Brunnemann l. c. §. 3. Meine Grundsäze ii. §. 100.
- f) Claproth a. a. D. §. 331. Es ist unschicklich, die Ungehorsamen mit Auflegung eines ewigen Stilleschweigens zu bedrohen. Pufendorf Tom. I. Obs. 176. Sieh. überhaupt noch: (Friedrich Karl von Trübschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenen Konkursen der Gläubiger. Leipz. 1781. Abschn. II. Abtheil. 1. §. 12. folg.

§. 178.

P r i v a t l a d u n g .

Die Ediktalladung, als eine subsidiarische (a) bindet diejenigen Gläubiger, die ihrer Forderungen wegen sich schon gemeldet, oder die der Schuldner angegeben hat, kurz — die bekannten nicht, an diese muß eine Privatladung ergehen (b). Es ist jedoch nicht nothwendig, für jeden einzelnen Gläubiger eine eigene Ladung auszufertigen, sondern ein und dasselbe Exemplar wird füglich allen bekannten Kreditoren, die an dem nämlichen Orte sich befinden, durch einen Umlauf mitgetheilet (c).

a) Meine Grundsäze ii. §. 94.

b) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 4. Brunnemann Process. concurs. creditor. cum. not. Strykii
-- cap. II.
§. 2.

§. 2. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß.
 Kap. III. §. 3-9. Frider. Guil. Tafinger Institutiones jurisprudentiae cameralis. §. 882. Andere halten die bloße Ediktalladung für hinreichend. de Coccceji Jus civ. controv. Lib. XLII. Tit. 5. qu. 16. §. II. Andere halten die Privatladungen wenigstens dann für entbehrlich, wann die Zahl der bekannten Gläubiger sehr groß ist, viele davon entfernt sind, und also die Insinuation besonderer Ladungen mit großer Beschwerlichkeit verknüpft wäre. Mevius P. VIII. Decil. 251. n. 3. 5. Vergl. noch: (Friedrich Karl von Trübschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurs der Gläubiger. Abschn. II. Abth. I. §. 16-21. Dabellow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. §. 158. folg. (11. Aufl. S. 531.) hält diese blos durch die Präpis eingeführte Privatladung für überflüssig. Wer Creditor ad alia notus sey, darüber s. Gönner §. 30.

c) Ludovici a. a. O. §. 14. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 333. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 114.

* Gläubiger, die unter einer gewissen, noch nicht eingetretenen Bedingung, eine Forderung zu machen haben, wie auch diejenigen, die ihre Ausprache erst nach Ablauf einer gewissen Zeit verfolgen können, müssen, wie andere, an dem anberaumten Termine erscheinen, und ihre Zuständigkeiten behörig ausführen. L. 4. D. de separat. Brunemann l. c. §. 7. Christ. Gottl. Gmelin Ordnung der Gläubiger. Einleit. §. 4.

** Diejenigen, die ihre unter dem Vermögen des Gantmannes befindliche Sachen, oder Rechte mittelst der Eigenthums- oder einer andern dinglichen Klage verfolgen können, brauchen an die an die Gläubiger erlassene Ladung sich nicht zu kehren, sondern sind, wenn auch der in dieser anberaumte Termin verstrichen ist, ihre Gerechtsame zu verfolgen noch wohl befugt. Gmelin a. a. O. Kap. I. §. 17. Brunemann l. c. §. 8.

§. 179.

Bestellung des Kontradicitors.

Ein Gantmann, der durch den ausgebrochenen Konkurs in Rücksicht seines Vermögens außer aller Thätigkeit gesetzt ist, kann eben so wenig, als ein gerichtlich erklärter Verschwender auf die gegen ihn eingeflagten Schuldforderungen gerichtlich antworten (a). Außerdem tritt nicht selten der Fall ein, daß derselbe gestorben, oder entwichen ist, und es läßt sich nach unserer Gerichtsverfassung, besonders bei weitläufigen und verwinkelten Konkursen, nicht erwarten, daß der Richter von Amtswegen bei allen einzelnen Posten die Stelle des Schuldners vertreten, und die Richtigkeit derselben mit der höchsten Sorgfalt untersuchen werde. Der Gerichtsbrauch, und die diesen zu Hülfe kommende Lehre der Rechtsgelehrten haben es daher eingeschöpft (b), daß bei allen nur einiger massen wichtigen und weitläufigen Konkursen (c) eine eigene Person (d) bestellt wird, die im Namen des Gemeinschuldners allen Gläubigern auf ihre Forderungen und Ansprüche antwortet, die nöthigen Einreden entgegen setzt und überhaupt alles das besorgt, was die Schuldensicherheit angehet. Diese Person heißt dann Kontradicitor, - Konkursvertreter (curator litis) — (e). Bisweilen werden der Weitläufigkeit der Geschäfte, oder anderer besonderer Verhältnisse wegen mehrere bestellt (f), und von dem Gütervertreter sind dieselben wesentlich verschieden. Diesem liegen alle diejenigen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte ob, welche die Beurtheilung der Konkursmasse betreffen, jene hingegen treten an die Stelle des Gemeinschuldners bei Untersuchung der Richtigkeit der einzelnen eingeflagten Forderungen (g).

- a) L. 17. pr. D. de recept. et qui arbitr. receper.
 L. 14. D. de rebus auctor. judic. possidend. L.
 7. §. 2. D. de jure deliber.
- b) Weder das römische, noch das kanonische Recht verordnet etwas von einem Kontradiktor. Wahrscheinlich jedoch ist es, daß bei den Römern die Prüfung der Schuldenrichtigkeit dem Gütervertreter zugleich mit übertragen gewesen ist. L. 2. §. 1. 2. L. 3. D. de curat. bon. dand. Joh. Heinr. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor bei einem förmlichen Schuldenwesen über das Vermögen sowohl mittelbarer als unmittelbarer Personen. Nürnberg 1791. §. 6-12. Eberh. Christ. Canz Diss. de contradictore in concursu creditorum. Tübing. 1769. §. 4.
- c) Ist die schuldnerische Haabe sehr unbedeutend, oder kommen bei den einzelnen Forderungen keine Zweifel von Erheblichkeit vor; so würde es eine unerlaubte Beschwerung der Konkursmasse seyn, wenn ein eigener Kontradiktor bestellt werden wollte. Der Richter besorget alsdann das nöthige von Amtswegen, und ziehet von dem Schuldner selbst, oder dessen Gattin, erwachsenen Kindern, die er deswegen besonders beeidigt, die nöthigen Nachrichten ein, um bei Untersuchung der Schuldenrichtigkeit die Nothdurft wahren zu können. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 337. Stepf a. a. D. §. 31 = 35. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VII. §. 11. Canz l. c. §. 11.
- d) Zu Ersparung der Kosten wird dem Gütervertreter nicht selten auch das Kontradiktoramt übertragen.
- e) Andere Bedeutungen des Worts Kontradiktor gehören nicht hieher. Sieh. davon Stepf a. a. D. §. 20. folg.
- f) Stepf a. a. D. §. 25. 26.
- g) Stepf a. a. D. §. 27-31. Jo. Frid. Hertel Diss. de differentiis curatoris litis et bonorum, Jen. 1738.

§. 180.

Fortsetzung.

Der Konkursvertreter muß, wie der Begriff des selben schon lehret, 1.) alle diejenigen Eigenschaften an sich haben, die zu Uebernahme des Fürsprecheramts tüchtig machen (a). 2) Trifft den Gantmann kein besonderer Verdacht einer böslichen Absicht, besitzet er auch sonst die erforderlichen Kenntnisse; so ist kein Grund, warum er nicht, versteht sich jedoch, nach vorgänger besonderer Beeidigung, zum Kontradiktor sollte bestellt werden können (b). 3) Einem Gläubiger vertraut man das Amt eines Konkursvertreters nicht gerne an, ohngeachtet er in Ansehung der übrigen Forderungen, die seinige ausgenommen, für unsfähig zur Uebernahme desselben nicht geachtet werden kann (c) — Vorschlagen darf der Gantmann eine gewisse Person zum Konkursvertreter, und der Richter nimmt billig auf diese besondere Rücksicht (d). Auch die Gläubiger sind, wenn der Gemeinschuldner entweder nicht anwesend ist, oder keinen Vorschlag thuu will, einen zu benennen besugt (e); aber die Bestätigung von Seiten des Konkursrichters ist in einem, wie in dem andern Falle nothwendig, und diesem steht immer frei, das vorgeschlagene Subjekt aus rechtmäßigen Gründen zu verwirfen, oder auch wenn der Gantmann und die Kreditorschafft keinen Vorschlag thun, sogleich von Amts wegen einen zu bestellen (f) — Ueblich und auch rathlich ist es, den Kontradiktor gleich nach seiner Ernennung mit einem körperlichen Eide dahin zu belegen, daß er sein Amt mit aller Treue verwalten wolle (g), von einer Sicherheitsleistung hingegen kann die Frage nicht seyn da er ja keine Güter zu verwalten hat.

Z

a)

- a) Canz Diff. cit. de contradicatore in concursa creditorum. §. 5. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 35=38. Vergl. Meine Grundsäze ic. §. 44.
- b) Canz l. c. §. 6. Stepf a. a. D. §. 36. Wernher P. VIII. Obs. 435. Hertel Diff. cit. de differentiis curatoris litis et bonorum. §. 14.
- c) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Proz. §. 339. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 11. Berger Econ. jur. Lib. I. Tit. 4. §. 6. n. 15. Schilter Exercitat. 46. Th. 50. Canz l. c. §. 7. Stepf a. a. D. §. 37.
- d) Canz l. c. §. 9. Andere behaupten, der Richter brauche den Vorschlag des Schuldners gar nicht zu achten. Stepf a. a. D. §. 39. 40. 41.
- e) Canz l. c. §. 10. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1816. Schaumburg l. c. Andere sprechen der Kreditorschaft diese Befugniß ab. Stepf a. a. D. §. 42.
- f) Canz l. c. §. 9. 10. Stepf a. a. D. §. 44. 45.
- g) Stepf a. a. D. §. 52=58. Canz l. c. §. 12. Schaumburg l. c. Claproth a. a. D. §. 340.

§. 181.

Amt und Pflichten des Kontradiktors.

Die Bestimmung des Kontradiktors ist, im Namen des Schuldners auf die Forderungen und Ansprüche der einzelnen Gläubiger zu antworten. Er muß das her 1) aus den Schuldbüchern, und übrigen Briefschaften des Gemeinschuldners, wie auch aus den über dessen Schulden bereits verhandelten Akten die nöthige Erkundigung einziehen; 2) den Gantmann selbst, oder, wenn

wenn dieser nicht vorhanden seyn sollte, dessen Frau, erwachsene Kinder, oder andere Personen, die, die bestreite Wissenschaft haben, über jeden Schuldposten den er erfähret, umständlich zu vernehmen nicht unterlassen; sodann 3) jedem Gläubiger, der seine Forderung einklaget, die nöthigen Einwendungen machen, und die zuständigen Einreden entgegen sezen. Hingegen darf er sich 4) um das Vorzugsrecht der einzelnen Gläubiger unter einander gar nicht bekümmern; noch auch 5) in die Verwaltung der Konkursmasse sich mischen (a) — Für seine Bemühung kann derselbe eine angemessene Belohnung mit Recht fordern, und es gereicht zum Vortheil der Kreditorschafft, wenn ihm etwas gewisses überhaupt ausgesetzt wird (b) — Ist er nachlässig in seinem Amte; so muß der Richter ihn erinnern, und wenn dies fruchtlos ist, seiner Stelle entsezten. Zum Nachtheil der Hauptsache kann seines Ungehorsams wegen nichts verfüget werden, sondern es finden vielmehr Geldstrafen, die er aus eigenen Mitteln bezahlen muß, statt (c).

a) Elaprot h Einleitung in sämtliche summar. Proz. §. 341-342. Canz Diff. cit. de contradicto-
re in concursu creditorum. §. 13-29. Ste pf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 62. 63. §.
103-108. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. L. II. Cap. VIII. §. 14. Leyser Spec.
491. M. 6. Wernher P. IX. Obs. 15.

b) Ste pf a. a. D. §. 188-194. Elaprot h a. a.
D. §. 344.

c) Elaprot h a. a. D. §. 343. Vergl. Meine Grundfälle ic. §. 458. Sieh. überhaupt noch: Ludovic's Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. IV. Brunnenmann Processus concursus creditorum cum notis Stryckii. Cap. III. Hofmann Deutsche

Reichspraxis. Thl. II. §. 1240. folg. Car. Henr. Breuning Diss. de curatore litis in concursu creditorum. Lips. 1768. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 16. (11. Aufl. S. 577.)

§. 182.

Liquidationstermin.

Hin und wieder ist es üblich, in den erlassenen Edikten und Privatladungen eine gewisse Frist anzuberaumen, innerhalb welcher alle Gläubiger ihre Forderungen bei dem Konkursgericht behändig anbringen sollen; allein auf diese Weise kommen nicht alle Gläubiger zusammen, um über den ihnen angetragenen Weg der Güte, und über andere gemeinschaftliche Angelegenheiten rathschlagen zu können. Ausser dem entsteht im Ansehung der Beweissführung grosser Aufenthalt und Unordnung, die Erklärung über die beigebrachten Urkunden kann nicht sogleich geschehen, sondern wird gewöhnlich bis nach ergangener Lokationsurtheil verschoben, wo dann nun häufig erst die Streitigkeiten über die Richtigkeit der Forderungen beginnen. Viel vortheilhafter daher ist es, wenn ein gewisser Termin festgesetzt wird, wo alle Gläubiger erscheinen, die Originalien der Urkunden, worauf sie sich stützen, beibringen, auch, wenn sie sich des Beweises durch Zeugen bedienen wollen, mit den nthighen Artikeln schon versehen seyn müssen (a) — Diesen Termin nun eröffnet der Richter damit, daß er den erschienenen Kreditoren die Beschwerlichkeiten des Konkursprozesses, seine Langwierigkeit, den großen Kostenaufwand, den er veranlaßt, mit lebhaften Farben vormahlet, und sie durch diese allgemeine Gründe sowohl, als

als durch besondere, aus dem einzelnen vorliegenden Fall hergenommene zu Eingehung moratorischer, oder remissorischer Vergleiche zu bewegen sucht. Sollte gar aus dem vorläufig gemachten Ueberschlag des Konkursvermögens (b) erhellen, daß dieses von einigen wenigen vorzüglichen Gläubigern, deren Forderungen außer Zweifel gestellt sind, erschöpft werden wird; so können nicht nur diese dem Fortgang des Prozesses widersprechen, sondern dem Richter liegt auch ob, gleich jezo von Umts wegen, einen solchen Konkurs in seiner Geburt zu erstiken (c) — Wollen hingegen die Gläubiger den Weg der Güte nicht betreten, lässt sich auch mit Gewißheit noch nicht voraussehen, welche von ihnen aus dem schuldnerischen Vermögen ihre Befriedigung erhalten werden; so macht nun die Bestellung und Beerdigung des Güterpflegers gewöhnlich das erste Geschäft aus. Dieser aber ist häufig bei seinen Geschäften an die Einwilligung der Kreditoren gebunden, und der Richter selbst kann ohne diese oft für sich allein nichts thun, bei weitläufigen Konkursen daher, wo die Zahl der Gläubiger beträchtlich ist, gereicht es gar sehr zur Befriedigung der Sache, wenn die Kreditoren gleich jezo aus ihrer Mitte einen engern Ausschluß mit der Gewalt ernennen, dasjenige, was das allgemeine Beste der Vermögensmasse und der sämtlichen Gläubiger betrifft, im Namen aller zu beschließen (d). Eben so ist schon bemerket worden, daß der Konradiktor, als solcher um das Vorzugsrecht der einzelnen Gläubiger unter einander sich gar nicht bekümmern darf: daher kommt es dann, daß der Erstigkeitspunkt in den verschiedenen Gerichten auf so mancherlei Weise behandelt wird, und zu so vielen Verwirrungen Anlaß giebt. Der sicherste Weg ist der,

wenn

wenn den Gläubigern gleich in der ersten Ladung aufgegeben wird, mit der Liquidation die Ausführung ihres Vorzugsrechtes zu verbinden, und dem Konkursvertreter zugleich gemeinschaftlich den Antrag zu ertheilen, einem jeden einzelnen Kreditor, der einen Vorzug behauptet, Namens der interessirten Gläubiger alle rechtlichen Einreden entgegen zu setzen, und nach Umständen, durch alle Instanzen, zu verfolgen (e).

- a) Brunnemann Procesc. concurs. credit. cum notis Stryki Cap. II. §. 4.
- b) Ueber die Nothwendigkeit im ersten Termine alle Gläubiger zur Anzeige ihrer Forderungen (die mit der Liquidation nicht zu verwechseln ist, und in Preussen Connotation heißt) vorzuladen, und hierauf eine Bilance zwischen dem heilaufigen Vermögens- und Schuldenstand zu ziehen. s. Gönnner §. 33.
- c) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 351. 352. de Cramer Observat. jur. univ. Tom. I. Obs. 337. 364. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1217.
- d) Claproth a. a. D. §. 353. 354.
- e) Derselbe a. a. D. §. 355.

§. 183.

Liquidation der Forderungen.

Die Veranlassung zu dem Streit über die Richtigkeit der Forderungen geben die Gläubiger durch ihre gerichtlichen Vorträge. — Schon angefangene, vor das allgemeine Konkursgericht gezogene Rechtshändel werden in dem Zustande fortgesetzt, in welchem sie sich zur Zeit des eröffneten Konkurses befanden, weder der Gläubiger, noch der Konkursvertreter dürfen von vornen wieder anfangen, sondern müssen vielmehr dieseljenigen

jenigen Handlungen nun nur noch nachholen, die zur Aufklärung des Streitpunktes nothwendig sind (a) — Diejenigen Forderungen hingegen, in Ansehung welcher gerichtlich noch nichts verhandelt worden ist, werden entweder mittelst einer kurzen Imploration, denn ein förmliches Klageschreiben ist nicht erforderlich, oder mittelst eines kurzen mündlichen Vortrags zu Protokoll eingeklagt. Zugleich übergebt man die in Händen habenden Urkunden, oder andere Beweismittel (b), und führet darneben die Thatumstände und Rechtsgründe, auf welchen das Vorzugsrecht des eingeklagten Postens beruhet, gebührend aus (c).

- a) Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. VII. §. 5. Elapoth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 358. 359.
- b) Ist jedoch den Gläubigern in der Ediktalladung nicht ausgegeben worden, zugleich mit der Imploration auch ihre Beweisthümer zu übergeben; so können dieselben das Beweisinterlocut ruhig abwarten. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 12.
- c) Ist der Konkursvertreter nicht ausdrücklich dazu bevollmächtigt, wegen der Ersigkeits die Rechte aller Gläubiger zu wahren; so bleibt nichts übrig, als den Liquidationspunkt von dem Prioritätspunkt zu trennen, nach geendigtem Liquidationsverfahren einen Termint zur Ausführung der Priorität anzusezen, dazu sämtliche Gläubiger vorzuladen, und sie mit ihren Handlungen gegen einander zu vernehmen — Sollte jedoch auch gar keine Ausführung des Vorzugsrechts geschehen seyn; so lieget dennoch dem künftigen Urthelsverfasser ob, auf das Vorzugsrecht eines jeden Gläubigers von Amtswege Rücksicht zu nehmen, und der Forderung entweder diejenige Stelle sogleich anzzuweisen, die ihr den Rechten und Akten nach gebühret, oder aber allenfalls den Beweis

weiss derjenigen Umstände aufzulegen, oder vorzubehalten, auf welchen das Vorzugrecht beruhet. Elaproth a. a. D. §. 363-366. — Die in Sachsen herkömmliche Einrichtungsart des Liquidationsprotokolls ist unstreitig die schlichtste. Man verzeichnet nämlich unter fortlaufenden Ziffern, oder Buchstaben blos die Vor- und Zunamen der sich meldenden Gläubiger, bemerket dabei die Summe ihrer Forderungen an Kapital und Zinsen, ohne jedoch des Rechtsgrundes und überhaupt der Liquidation dieser weiter zu gedenken, und leget dieses allgemeine Protokoll zu den allgemeinen Konkursakten. Sodann lässt man einen jeden einzelnen Gläubiger mit dem Kontradiktor auftreten, nimmt ihre Verhandlungen zu Protokoll, vermeidet, so lange es möglich ist, den Christwechsel, und leget diese besondere Protokolle zu den besonderen einzelnen Aktenfascikeln, die jedem einzelnen Gläubiger bestimmt sind. Schamburg l.c. Elaproth a. a. D. §. 357. — Ueberhaupt gehörten noch hierher: Ludovici a. a. D. Kap. II. VIII. Schamburg l.c. §. 14. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1244, 1248, 1250, 1251. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Haupst. 7. §. 3. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. §. 193. folg. (11. Aufl. S. 587. 657.)

§. 184.

Obliegenheiten des Kontradiktors bei der Liquidation der Forderungen.

Der Konkursprozeß ist eine besondere Art des summarischen Prozesses, der die Mittelstrasse zwischen dem ordentlichen und exekutiven hält, an sich daher eben so wenig die exekutive Verfahrungsart, als wenig die Weitschweifigkeit des ordentlichen Prozesses zulässt — Der Kontradiktor nun, indem er gegen die Gläubiger, die ihre Forderungen liquidiren, auftritt, muß vor allen Dingen von seiner Seite den Legitimationspunkt berichtigen, welches mittelst des ergangenen richterlichen

Ers.

Ernennungs oder Bestätigungsdekrets am füglichsten geschiehet (a). In Anschung derjenigen Forderungen, von welchen er, aller angewandten Müh: ohngeachtet noch keine Nachricht hat einziehen können, darf er sich, bei dem mindesten eintretenden Zweifel, nicht so gleich einlassen, sondern er bittet um Anberaumung einer kurzen Frist (b). Ist derselbe hingegen wegen des eingelagten Postens nothdürftig unterrichtet; so hat er vorerst sorgfältig zu prüfen, ob solcher nicht von diesem Konkurs abgewiesen werden müsse, und die adthigen Einwendungen deswegen vorzubringen (c). Als verzögerliche finden nur diejenigen Schuzreden statt, die das Wesen des Prozesses betreffen, und die Aussicht eines zu leistenden Vorstandes der Wiederklage und Kosten wegen kann, da die Gläubiger wider ihren Willen zum klagen aufgesordert werden, nicht zulässig seyn (d). Eine formliche Kriegsbefestigung ist zwar nicht nothwendig, aber alle wesentliche Thatsachen müssen doch behändig ins reine gebracht werden, und der Konkursvertreter darf eben so wenig eine Forderung, deren Grund aus den Akten nicht erhellt, einräumen (e), als wenig den guten Glauben verläugnen, und ohne Noth Weitläufigkeiten machen (f).

- a) Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 108.
- b) Derselbe a. a. D. §. 111 - 114. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 363.
- c) Die Gründe hierzu werden, als aus der Theorie bekannt, vorausgesetzt. Sieh. Claproth a. a. D. §. 369.
- d) Nettelsbladt Anleitung zu der prakt. Rechtsgeschärtheit. §. 817. Claproth a. a. D. §. 370 371. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. V. §. 225. Schanburg Princip, prax, jurid. ju-

judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 13. Das Gegentheil behaupten: Berger Electa disceptat. for. P. II. Supplem. Tit. 13. §. 1. Barth Hodeget. for. Cap. I. §. 36. Not. lit. B. Sieh. noch Stepfa. a. D. §. 115 - 129.

e) Räumen aber auch gleich der Gemeinschuldner, oder Konkursvertreter eine Forderung ein; so schadet doch dieses den dabei interessirten Gläubigern nicht, sondern diese können immer noch die an sich zulässigen Einwendungen dagegen vorbringen. Ludovici a. a. D. §. 6. Brunnemann Procesl. concurs. creditor. Cap. III. §. 8. q. Schamburg l. c. vergl. Christ. Ferd. Harpprecht Diff. de liquidatione in concursu cred. perconfessionem debitoris. Tübing. 1753.

f) Ludovici a. a. D. §. 5. Elaprost a. a. D. §. 374.

§. 185.

Fortsetzung.

Als zerstörliche finden alle an sich zulässigen Ausflüchte, auch diejenigen, die nicht sofort liquid sind, sondern einer weiteren Ausführung bedürfen, statt, (a). Mit der Replik und Duplik schliessen sich in der Regel die Verhandlungen, und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründete Wiederklagen müssen auch hier zugelassen werden (b). Die liquidirenden Gläubiger sowohl, als der Konkursvertreter, sind aller in den Gesetzen verdonnten Beweismittel sich zu bedienen befugt; nur folgende wenige Bemerkungen verdienen hier eine Stelle: 1. Das Geständniß des Gantmannes hat nur dann Beweiskraft, wann entweder 1.) die in Frage stehende Forderung sehr unbedeutend ist, und der Gläubiger seine Behauptung eidlich bestärkt (c); oder 2.) noch andre stichhaltige Vermuthungen hinzukommen; oder 3.) das

Ras.

Kapital außer Zweifel gestellet ist, und nur über die Richtigkeit einiger angeblich noch rückständiger Zinsen gestritten wird; oder 4.) sämtliche Gläubiger dahin überein gekommen sind, daß den Geständnissen des Gemeinschuldners Glauben beigemessen werden soll (d).

II. Die von Gläubigern beigebrachten Urkunden ist der Konkursvertreter nur nach seiner Ueberzeugung und Wissenschaft, oder gänzlichen Untkunde der Hand des Ausstellers derselben anzuerkennen, oder eidlich abzulängnen (*de credulitate vel ignorantia*) schuldig (e).

III. Der Kontradiktor kann, wenn ihm der Beweis oblieget, der Eideszuschreibung sich bedienen (f), es kann ihm aber auch ein Eid zugeschoben werden (g) und er ist, nach Umständen, diesen zurückzuschieben wohl berechtigt (h).

IV. Bei dem Beweis durch Zeugen verfährt man, wenn nicht besondere Wichtigkeit der Sache eine Ausnahme nothwendig macht, wie in andern summarischen Prozessen auch. Beweisartikel sind daher nicht schlechterdings nothwendig, Fragstükken werden nicht zugelassen, ein eigener Notulus wird nicht versiertiget, man läßt auch keine umständliche Verhandlungen der Partien über die Kraft und Stärke des geführten Beweises zu (i) — Die in den Gesetzen verordnete Strafen des Ungehorsams endlich (k) treffen ohne Zweifel auch die Gläubiger, der von dem Konkursvertreter begangene Ungehorsam aber kann, den interessirten Kreditoren zum Nachtheil, auf die Hauptache selbst nie Einfluß haben l).

a) Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor §. 129=138. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse, §. 375. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 13. Lupovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. VII. Struben R. B. Thl. IV. Bed. 37.

b)

- b) Brunnemann Proc. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. III. §. 12. Claproth a. a. D. §. 376. Stepf a. a. D. §. 149. Hofmann Deutsche Rechtspraxis. Thl. II. §. 1245. Ludovici a. a. D. Kap. VII. §. 7.
- c) Christ. Ferd. Harpprecht Diff. de liquidatione in concursu per confessionem debitoris. Tübing. 1753. §. 15. Man vergleiche hierüber Dabelow S. 584. Gönner §. 32. Es ist offenbar eine doppelte Uebertreibung, wenn einige Rechtslehrer dem Geständniß des Gemeinschuldners alle Beweiskraft absprechen, oder wenn Dabelow a. a. D. S. 584. ihm unbedingte Beweiskraft zuspricht. Neben die Modifikationen, unter welchen es einen Beweis ausmacht, s. Gönner a. a. D. §. 32.
- d) Idem l. c. §. 26. Stepf a. a. D. §. 112. 138. Ludovici a. a. D. Kap. VI. §. 3-11. Schaumburg l. c. §. 12.
- e) Claproth a. a. D. §. 372. Vergl. Meine Grundsätze u. §. 334.
- f) L. 17. §. 3. D. de jurejur. Ludovici a. a. D. Kap. VII. §. 4. Eberh. Christ. Canz Diff. cit. de contradicatore in concursu creditorum. Tübing. 1769. §. 23. Das Gegentheil behauptet: Brunnemann l. c. §. 13. — Daß der Konkursvertreter vorsichtig zu Werke gehen muß, und zu der Eideszuschließung nur in Ermangelung aller andern Beweismittel seine Zuflucht nehmen darf, ist vor sich klar. Vergl. Meine Grundsätze u. §. 368.
- g) L. 3. §. 1. L. 11. §. 3. L. 26. pr. D. de jurejur. L. 25. §. 7. D. ad L. Aquil. Harpprecht l. c. §. 3. Hofmann a. a. D. Thl. II. §. 1252. Wernher P. VIII. Obs. 469. P. X. Obs. 446. Schaumburg l. c. §. 12. Leyser Spec. 491. M. 10. 11. Brunnemann l. c. §. 13. Jedoch ist vorauszusezen, daß der Kontradiktor von dem Gegenstand, über welchen er schwören soll, sich einige Wissenschaft hat erwerben können, und auch in diesem Falle schwört er nur nach seiner Vermuthung, oder beteuert sein Nichtwissen (de credulitate vel ignorantia)

rantia). Kann hingegen der Kontrahent von dem in Frage stehenden Geschäfte schlechterdings keine Wissenschaft haben; so ist er zu verlangen berechtigt, daß der ihm zu- oder zurückgeschobene Eid dem Gemeinschuldner zu- oder zurückgeschoben werde. Elapoth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß. §. 333. Jul. Frieder. Malblanc Doctrina de iurjurando. Norimbergæ 1781. §. 42. pag. 126. Pufendorf Tom. II. Obs. 152. Stepf a. a. D. §. 143. — Weigert sich jedoch der Gemeinschuldner in einem solchen Fall den Eid zu schwören, und räumt die in Frage stehende Forderung ein; so steht, wenn nicht die oben angegebene besondere Verhältnisse eintreten, den interessirten Gläubigern frei, dagegen zu protestiren, und den Eid dem Referenten entweder zurückzuschieben, oder die eidliche Bestärkung des Schuldners, daß es mit der Forderung seine Richtigkeit habe, zu verlangen. von Devenar Theorie der Beweise im Civilprozeß. Magdeburg und Leipzig 1780. S. 95.

h) Canz l. c. Wernher P. VI. Obs. 350.

i) Stepf a. a. D. §. 142. Canz l. c. §. 22. Hofmann a. a. D. §. 1259. Vergl. Meine Grundsätze u. §. 244.

k) Sich. Meine Grundsätze. u. §. 454. folg.

l) Schaumburg l. c. §. 13. Wernher P. VI. Obs. 350. (Fried. Carl von Trüschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipzig 1781. Abschn. III. S. 125. folg.

§. 186

Personen, die in dem anberaumten Liquidationstermin zu erscheinen nicht verbunden sind.

Die Absicht der Vorladung der Gläubiger bei Konkursen geht hauptsächlich dahin, daß die sämtlichen Ansprüche an des Gemeinschuldners Güter zu des Richters

Richters Wissenschaft kommen, und dieser dadurch in den Stand gesetzet werde, die ganze noch übrige Haabe des Gantmannes, den Gesetzen gemäß, unter die Kreditorschaft zu vertheilen. Alle diejenige mithin, die an des Schuldners Güter Forderungen zu haben vermeinen, es mögen nun diese aus einem persönlichen, oder dinglichen Rechte, oder aus einem Verbrechen herühren; sie mögen bedingt, oder unbedingt, schon fällig, oder nicht fällig seyn; es mag deshalb schon geklagt seyn, oder nicht; es mag von solchen Schuldigkeiten die Rede seyn, die auf einmal getilgt werden können, oder von solchen, die auf lange Zeit, oder auf immer geleistet werden müssen, sind in dem anberaumten Liquidationstermine zu erscheinen verbunden (a). Auch derjenige Gläubiger, der mehr als eine Forderung an den Gemeinchuldner hat, muß eine jede besonders liquidiren, und die Zinsenrückstände sind jedesmal genau anzugeben, wenn man will, daß in dem Lokationsurtheil Rücksicht darauf genommen werden soll (b). Selbst diejenige die ihre unter dem Vermögen des Gantmannes befindliche Sachen, oder Rechte mittelst der Eigenthums- oder einer andern dinglichen Klage verfolgen können, müssen auf eine allgemeine, auch an sie, und nicht blos an die Gläubiger gerichtete Ladung erscheinen, und bei dem Konkurs sich melden, dagegen der Besitzer eines Faustspandes, so lange bis dieses von ihm zurück verlanget wird, ganz ruhig bleiben kann, und nicht nöthig hat in den Konkurs sich einzumischen (c). Diejenigen Forderungen, in Ansehung deren von dem Konkursrichter eine Befriedigung sich nicht erwarten läßt, sind auch zu einer Angabe bei dem Gant nicht geeigneschafet (d), und der, welchem Dienstbarkeiten, oder andere dingliche Rechte

te der Art auf in den Konkurs gezogene Güterstücke zustehen, braucht nur dann sich zu melden, wann die Ladung allgemein auf alle gefasst ist welchen Rechte an des Gantmannes Güter zustehen (e).

- a) (Fried. Karl von Trüsschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipzig 1781. Abschn. II. Abtheil. I. §. 26. (Derselbe) Versuch einer genauern Bestimmung des Rechts wiederkehrlicher und unableglicher Zinsen bei entstandenen Konkurs der Gläubiger. Altenburg 1778.
- b) (Trüsschler) Die Lehre von der Präklusion ic. a. a. D. §. 28.
- c) Derselbe a. a. D. §. 30.
- d) Dahin gehören alle sogenannte caussæ personalissimæ, z. B. Klagen auf Erfüllung eines Eheversprechens u. s. w. Leyser Spec. 490. M. 4. Kann jedoch eine Entschädigung an Geld gefordert werden; so gehören solche Klagen allerdings auch in den Konkurs.
- e) (Trüsschler) a. a. D. §. 31=35. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 379. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. XIV. §. 3. 4. Schamburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8, §. 19.

§. 187.

Ungehorsamsbeschuldigung der nicht erschienenen Gläubiger.

Eine von dem zuständigen Richter erlassene, behändig abgesetzte und bekannt gemachte peremptorische öffentliche oder Privatladung legt allen Gläubiger des Gantmannes, die von dem Konkurs nicht abgewiesen werden wollen, die Verbindlichkeit auf, in dem anberaumten Liquidationstermine sich ihrer Forderungen wegen zu melden. Mit dem Ablauf dieses erlöscher zwar

zwar genau genommen, daß Recht der nicht erschienenen Kreditoren an der Konkursmasse Theil zu nehmen durch sich selbst, und es ist, da die ergangenen Ladungen ihrer Natur nach blos monitorische sind (a), eine Ungehorsamsbeschuldigung nicht wesentlich nothwendig (b). Damit indessen dem Kontradiktor auch nicht die geringste Versäumnis vorgeworfen werden könne, ist es räthlich, auch üblich, das Geschäfte in dem Liquidationstermine; damit zu beschließen, daß der Ablauf desselben ausdrücklich angenommen, der Ungehorsam der nicht erschienenen Gläubiger feierlich angeklaget, und um ihre Abweisung von diesem Konkurs gebeten wird (c).

a) Brunnenmann Processt. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. II. §. 1. (Friedr. Karl von Trüschler) Die Lehre von der Prälusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Abschn. II. Abthl. I. §. 13. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 99.

b) (Trüschler) a. a. O. Abschn. II. Abthl. II. §. 5. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 454. Gönner §. 31. Dabelow S. 533.

c) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 378.

§. 188.

Prälusion der nicht erschienenen Gläubiger.

Genau genommen sollte mit dem Ablauf des Liquidationstermins das Recht der nicht erschienenen Gläubiger an der Konkursmasse Theil zu nehmen durch sich selbst erlöschen, allein der Gerichtsbrauch geht hier den gelindern Weg, und hält die Kreditoren wegen ihrer Forderungen noch so lange, bis entweder ein besonderes Prälusionsdecreet ergangen (a), oder das Lokat-

onsurthel erfolget ist (b). Die Strafe der Präklusion trifft alle diejenigen, die in dem Liquidationstermine zu erscheinen verbunden sind (c), und ihre Wirkung (d), ist die Ausschließung von der Theilnahme an der Konkursmasse, keinesweges aber die Erlösung des Rechts selbst (e).

- a) An vielen Orten ist es üblich, daß gleich bei dem Schluß des Liquidationstermines, oder doch, ohne daß man das Lokationsurthel abwartet, einige Tage nachher ein eigener Präklusivbescheid erlassen wird. Elapoth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 380. 381. (von Trübschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenen Konkursen der Gläubiger. Abschn. II. Abth. 2. §. 2. 4.
- b) G. H. Ayer Diff. de poena præclusionis in concursu creditorum. Goetting. 1743. pag. 31-63. Wolfg. Ad. Schoepff Diff. de processu in contumaciam in concursu creditorum eorumque præclusione. Tübing. 1732. Eiusdem. Tr. de processu unilaterali cum primis contumaciali. Sect. IV. §. 8. Stepf Systematische Lehre vom Kontradicitor. §. 167. 168. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 4. 19. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. XIV. §. 2. Brunnemann Process. concurs. creditor. Cap. III. §. 11. (Trübschler) a. a. O. §. 3. 4. — Gewöhnlich zwar wird den Lokationsurthelen die Präklusionsklausel angehängt; allein nothwendig ist es nicht, weil die Präklusion als stillschweigend geschehen angenommen wird. Sieh. die eben angeführten Schriftsteller.
- c) (Trübschler) a. a. O. §. 6-34.
- d) Es ist hier nicht von der uneigentlich sogenannten Präklusion die Rede, wo ein Gläubiger zwar seiner Forderung wegen in dem Liquidationstermine sich gemeldet hat, aber in der Folge ungehorsam ist, und sich also die gewöhnlichen Strafen des Ungehorsams, die bekanntlich, nach Umständen, in dem Verluste des

Rechts selbst bestehen können, zu ziehen. (Trüßscher
ler) a. a. D. Abschn. I. §. 8.

e) (Trüßscherler) a. a. D. Abschn. II. Abth. II. §.
34. folg. und Abschn. II. Abth. I. §. 11. Endovi-
ci a. a. D. Das Gegentheil behauptet gegen die Na-
tur der Sache und den Gerichtsbrauch Leyser
Spec. 490. M. I.

* Neben die Frage, welche Wirkungen die Präklusion in Ansehung der zum Konkurse nicht gezogenen Güter hervorbringt, sind die Meinungen von Trüßscherler Abschn. II. Abth. 2, §. 44. und Dabelow S. 536. getheilt, man sehe hievon Gönner §. 31.

§. 189.

Mittel, die Strafe der Präklusion abzuwenden.

Gegen ein in der Mitte ligendes förmliches widerrechtliches Präklusionsdecreet können eben so wie gegen das ungerecht präkludirende Lokationsurtheil alle in den Gesetzen wider beschwerliche richterliche Erkenntnisse vergröñnte Rechtsmittel, wenn anders die nothligen Erforschernisse eintreten, ergriffen werden. Es findet auch gegen den Richter, der, der Vorschrift der Gesetze nicht nachgekommen ist, eine Klage statt (a) so wie diejenigen Mitgliäbiger, die eben dadurch, daß der Präkludirte nicht klassificirt worden ist, zu einer Perception gelanget sind, zu welcher sie außerdem nicht gelanget wären, mit einer actions in factum allerdings in Anspruch genommen werden dürfen (b). subsidiazisch endlich, und wenn alle verursachte Kosten ersezet werden, kann man auch zu der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand seine Zuflucht nehmen. Es muß nur eine gesetzmäßige Ursach vorhanden, und die Lage der Sache so geartet seyn, daß sich in Ansehung dessen, der die Restitution sucht, alles noch in den Zustand

zurücksezzen läßt, in welchem es zu der Zeit des Liquidationstermines war. Ist daher das Lokationsurtheil zwar bereits ergangen, aber die Konkursmasse doch noch nicht vertheilet; so lieget es am Tage, daß die Restitution mit Erfolg gebraucht werden kann (c). Selbst dann aber auch, wann die Masse bereits vertheilet ist, kommt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Restituirten in so weit zu statten, daß er seine Forderung von denjenigen Gläubigern zurückfordert, die ihre Bezahlung nicht erhalten hätten, wenn seine Ansprüche vor der Distribution dem Richter bekannt gewesen wären (d).

a) Vergl. Meßne Grundsäze ic. §. 24.

b) (Fried. Karl von Trübschler) Die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Abschn. II. Abth. 3. §. 4 = II.

c) Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 19. Ge. Henr. Ayrer Diff. citat. de poena præclusionis in concursu creditorum. Götting. 1743. Cap. III. §. 5. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XLII. Tit. 5. §. 23. Leyser Spec. 490. M. 2. 3.

d) L. 19. §. 1. D. de condit. indebiti. L. 32. D. de reb. credit. Struben R. B. Thl. I. B. 67. Car. Frider. Walch Introductio in controversias juris civilis recentiores inter jurisconsultos agitatas. Jen. 1776. Sect. IV. Cap. 3. Membr. 2. Subs. 2. §. 24. pag. 502. Das Gegentheil behauptet Leyser Spec. 490. M. 2. Sieh. überhaupt noch über diesen §. (Trübschler) a. a. O. §. 11. folg. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 379. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. §. 158. folg. (11. Aufl. S. 538.)

C.) Von dem Vorzugs- und Erstigkeitsrecht der einzelnen.

§. 190.

Vorzugs- und Erstigkeitsrecht der einzelnen Forderungen.

Der Richter kann nach dem Zweck des Konkursprozesses unmöglich einem jeden Gläubiger die ihm nach den Gesetzen gebührende Stelle, wo er seine Befriedigung erlangen soll, anweisen, wenn er sich nicht neben der Richtigkeit der einzelnen Forderungen auch zugleich um das Vorzugsrecht derselben bemüht. Die Ausführung dieses Erstigkeitsrechts aber geschieht in jedem Falle mit der Liquidation Hand in Hand, und es ist deswegen schon oben das nöthige bemerket worden (a).

a) Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. VIII. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 14. Brunnenmann Procesc. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. IV. Hoffmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1260. 1261. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 817. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 7. §. 17.

D.) Von dem Lokationsurtheil.

§. 191.

Lokationsurtheil.

Das Lokations- Erstigkeits- Prioritäts- Klassifikations- Kollokations- Designationsurtheil ist dasjenige richterliche Erkenntniß,

niss, durch welches das nöthige in Anschung der wesentlichen Stüké des Konkursprozesses, sodann der Richtigkeit, wie auch des Vorzugsrechtes der eingeklagten einzelnen Forderungen bestimmet, und jedem Gläubiger der Ort, wo er seine Befriedigung erhalten soll, angewiesen wird (a). Durch dasselbe sind alle Sachen so viel möglich endlich, und zwar entweder schlechterdings, oder doch unter der Bedingung des noch zu führenden Beweises zu entscheiden, und es darf daher nicht früher und nicht später ergehen, als bis alle angebrachte Forderungen in Anschung der Richtigkeit und des Vorzuges so weit durchgesuchten sind, daß wenigstens auf Beweis erkannt werden kann (b). Nach gemeinen Rechten erhalten die Zinsen mit dem Hauptstuhle eine und dieselbe Stelle (c), die sämtliche durch den Konkurs zum Besten aller Gläubiger veranlaßte Kosten werden von der ganzen Vermögensmasse voraus abgezogen (d), und der innere Bau des Lokationsurthels kann füglich dieser seyn: 1.) der Eingang wird gemeiniglich also eingerichtet: In Konkurs- und Prioritätssachen sämtlicher sich angegebener Gläubiger des Nr. Liquidanten an einem, wider den in dessen Konkursache bestellten Kontradiktor N. Liquidaten am andern Theile, wird u. s. w. Hierauf folgen 2.) die in Anschung des Wesens des Prozesses, oder des Interesses der ganzen Kreditorschaft allenfalls nöthigen Verfugungen (e). Dann werden 3.) diejenigen aufgeführt, die vermöge eines Absonderungsrechtes das Ihrige aus dem Konkurs erhalten. Nach diesen werden 4.) die Konkurskosten gesetzt. Sodann schreitet man 5.) zu der Lokation der einzelnen Gläubiger fort, weiset jedem nach seiner Priorität unter fortlaufenden Zahlen, gemeiniglich ohne der Klassen zu gedenken (f),

bis

bis an die fünfte Klasse hin seine Stelle an (g), macht, wenn man an die fünfte Klasse kommt, den Uebergang also: wenn nun alle vorstehende Gläubiger befriediget sind, und von dem Vermögen sodann noch etwas übrig bleiben sollte; so werden auch folgende Kreditoren, jedoch ohne Ordnung der Zeit und nach Maassgabe ihrer Forderungen billig bezahlt, — und füget, wenn bei diesem oder jenem Posten, entweder in Ansehung der Richtigkeit, oder des Vorzuges noch etwas zu berichtigen ist, die nöthigen Auflagen bei. Endlich 6.) macht dann die Abweisung der zu diesem Konkurs nicht gehörigen, wie auch der nicht erschienenen Gläubiger, wenn nicht etwa ein besonderes Präklusionsdekret ergangen ist, den Beschlüß (h) — Dieses Lokationsurtheil wird, nach dem vorher ein Termin dazu anberaumet, und dieser entweder durch einen Umlauf, oder wenn jenes zugleich die Präklusionsklausur enthält, in öffentlichen Nachrichten, und durch einen offenen Anschlag an dem Orte des verhandelten Konkurses, bekannt gemacht worden, den Gläubigern und dem Kontradiktor auf die gewöhnliche Weise formlich eröffnet (i).

- a) In dem Lokationsurtheil werden mithin nur diejenigen Punkte berühret, die das Wesen des Prozesses, oder das Interesse der ganzen Kreditorsschaft, oder die Forderungen der einzelnen Gläubiger und deren Vorzug betreffen. Alle andere sonst bei Konkursen vorkommende Streitigkeiten hingegen sind durch besondere Urtheile zu entscheiden und gehören hierher nicht.
- b) Es ist zwar sonst Regel, daß unter einer Bedingung nicht erkannt werden darf, Elsäßer Anhang zu meinen Grundsätzen ic. §. 74.; allein bei der summarischen Verfahrensart im Konkursprozeß wird darauf nicht gesehen, und es entspringet daraus der merkliche Vortheil, daß mancher Gläubiger nun stehtet, daß er doch nichts

nichts bekommen werde, und daher die Kosten, die eine weitere Liquidation heischen würde, ersparen kann. Mancher Prioritätsstreit wird nun auch überflüssig, weil entweder beide streitende Theile leer ausgehen, oder beide befriedigt werden. Schaumburg Princip. prax. jurid. judicar. Lib. II. Cap. 8. §. 15. Nettelbladt Anleitung zu der prakt. Rechtsgeschäftshheit. §. 820. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 385. 386. Derselbe Grundsätze von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsakten, mit nöthigen Mustern. Götting. 1789. §. 177.

- c) L. 18. 20. D. qui potior. in pign. L. I. §. fin. D. de pact. Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. V. §. 73. Carpzov P. I. Const. 28. Def. 161. seq Idem Lib. IV. Resp. 42. seq. Schaumburg l. c. §. 16. Leyser Spec. 488. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. X. §. 71. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 421. Hellfeld Jurisprud for. §. 1821. Mevius P. VII. Dec 245. de Cramer Tom. I. Obs. 23. 102. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1231. Struben V. B. Thl. III. B. 39. Pufendorf Tom. I. Obs. 14. §. 6.
- d) L. 8. D. depositi. Schaumburg l. c. §. 17. Hellfeld l. c. §. 1818. Leyser Spec. 481. Mevius P. III. Decis. 353. Pufendorf Tom. II. Obs. 181. Tom. IV. Obs. 249. Claproth a. a. D. §. 389. Christ. Gottl. Gmelin Ordnung der Glaubiger. Kap. II. §. 1. Ludovici a. a. D. Kap. X. §. 11. Jo. Dan. Nettelbladt Diss. de sumtibus concursus creditorum. Halæ 1754.
- e) Z. B. wenn bei den erlassenen Ladungen ein Fehler vorgegangen, oder in Anschung der Sicherheit des Vermögens Verfügung zu treffen, oder wegen der Berichtigung der Masse, oder der Veräußerung derselben Anordnung zu machen ist u. s. w. Claproth Grundsätze von Verfertigung der Relationen. §. 178.

- f) Hierüber muß man sich jedoch nach dem Gerichtssit
erkundigen.
- g) Haben mehrere Gläubiger völlig gleiches Recht; so
ist es gleichgültig, welchen man vor - oder nachsetzt,
weil, wenn das Vermögen zu ihrer aller Besiedigung
nicht hinreicht, sie, was ihnen zufällt, nach dem
Verhältniß ihrer Forderungen theilen müssen. Es ist
daher das Kürzeste, wenn man diese alle unter eine
Nummer setzt, und die Klausel beifüget: sollte das
Vermögen zur Besiedigung aller dieser nichtzurei-
chen; so werden sie von dem für sie übrig bleibenden
Gelde, nach Maasgabe ihrer Forderungen, verhältniß-
mäßig bezahlt.
- h) Claproth a. a. D. §. 181. Der selbe Einleit. in
sämtl. summar. Prozesse. §. 424. Nettelbladt An-
leitung zur prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 821. Sieh.
überhaupt noch in Anschung der Lokation der einzelnen
Gläubiger, die hierher nicht gehört: Gmelin a. a. D.
Brunnemann l. c. Cap. V. Ludovici o. a.
D. Kap. X. Schamburg l. c. §. 15. Hof-
mann a. a. D. §. 1262-1290. Dabelow Erläu-
terung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger, Thl. II.
§. 202. folg.
- i) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Proz-
esse. §. 424.

§. 192.

Rechtsmittel gegen das ergangene Lokationsurtheil.

So oft das Lokationsurtheil einen den Punkt der
Richtigkeit der Forderungen betreffende beschwerliche Ver-
ordnung enthält, ist es die Pflicht des Kontradiktors,
das nach der Lage der Sache statt findende, zweckmäß-
igste Rechtsmittel zu ergreifen. Wenn daher z. B.
eine Forderung zugelassen worden ist, die nach rechtli-
chen Gründen von dem Konkurs hätte abgewiesen wer-
den sollen; oder eine Forderung als richtig angenom-
men

men worden ist, die eines weiteren Beweises noch bedurfte; oder der Beweissatz unrichtig bestimmt; oder einem unzulässigen Beweis statt gegeben; oder eine gegründete Einrede verworfen worden ist u. s. w.; so muß die den interessirten Gläubigern zugefügte Beschwerde durch die Ergreifung passender Rechtsmittel wieder gehoben werden. Vorsichtig indessen hat der Konkursvertreter hierbei zu Werk zu gehen, damit er sich eines Theils keine Vernachlässigung zu Schulden kommen lasse, andern Theils sich aber auch nicht den Vorwurf einer verwegenen Streitsucht zuziehe, und neben dem Verluste der Belohnung für seine Arbeit wohl gar noch gestraft werde — Auf der andern Seite stehtet aber auch in allen jenen Fällen einem jeden sich beschwert achtenden Kreditor die Ergreifung an sich zulässiger Rechtsmittel frei, und durch Intervention bei dem Rechtsstreite eines Dritten kann man nicht selten einen bevorstehenden Nachtheil noch von sich abwenden — Der Erstigkeitspunkt geht nur die Gläubiger unter einander, niemals den Kontrahenten als solchen an. Glaubet nun ein Kreditor in dieser Hinsicht sich beschweret; so ist er gegen den - oder diejenigen, welchen er den zuerkannten Vorzug aus rechtlichen Gründen streitig machen will, Rechtsmittel einzuwenden wohl befugt, und wenn mehrere aus dem nämlichen Grunde über einen, oder mehrere Gläubiger hinausfrüken wollen; so darf nicht ein jeder einzelner für sich, sondern alle müssen gemeinschaftlich ein Rechtsmittel ergreifen — In jedem Falle aber können solche Rechtsmittel nur auf diejenigen Forderungen wirken, in Ansehung deren sie eingewendet worden sind; bei allen andern Posten hingegen, die weder im Streit befangen, noch mit den im Streit befangenen unzertrennlich

trennlich verbunden sind, steht der Vollstreckung des in Rechtskraft übergegangenen Prioritätsurtheils nichts mehr im Wege. Nur in äusserst wichtigen Fällen, wo von dem Interesse der ganzen Kreditorschafft die Frage ist, kann der Unterrichter bei ergriffenen De-
volutivmitteln allenfalls die ganze Sache an den Ober-
richter einschicken, diesem aber liegt ob, durch Ver-
gleichsversuche wo möglich fernere Weitläufigkeiten ab-
zuschneiden, und wenn jene fruchtlos seyn sollten, die
Berichtigung der unbestrittenen Posten ohne Verzug
mittelst gemessener Befehle an den Konkursrichter zu
befordern (a).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Pro-
zesse. §. 425 - 431. Der selbe Grundsätze von Ver-
fertigung der Relationen aus Gerichtsakten. §. 182.
Stepf Systematische Lehre vom Kontradicitor. §. 171-
175. Brunnenmann Process, concursus cre-
ditor, cum notis Strykii Cap. VI. Ludovi-
ci Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. XII. Me-
vius P. I. Decis. 75. 210. P. III Dec. 223.
P. VI. Dec. 337. P. VII. Dec. 125. Schaum-
burg Princep prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap.
8. §. 18. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II.
§. 1290. 1291.

* Neben die oft nothwendige Adcitation der bei dem
Rechtsmittel interessirten Gläubiger s. Gönnner Hdb.
B. I. Abh. 19. §. 14.

§. 193.

Befolgung der in dem Lokationsurtheil erhaltenen Auflagen.

Der Richter rückt häufig in das Lokationsurtheil
sowohl in Ansehung des Ganges des Prozesses, als
auch in Ansehung anderer Angelegenheiten der ganzen
Kreditorschafft, und in Ansehung der Forderungen ein-
zelner Gläubiger gar mancherlei Verordnungen wegen
noch

noch zu berichtigender Punkten ein. Für die Befolgung aller dieser Auflagen muß nun derselbe theils von Amts wegen sorgen, theils auf die eingekommenen Ungehorsamsbeschuldigungen und übrigen Vorträge das nothige verfügen, auch nach Vollendung der nothwändigen Verhandlungen der Partien einen jeden einzelnen Rechtsstreit durch ein besonderes Urtheil entscheiden

— Ist nun auf die bisher beschriebene Weise die Konkursmasse völlig berichtiget, auch der Schuldenzustand in Anschung der Richtigkeit der einzelnen Forderungen sowohl, als des Vorzugsrechts derselben vollkommen im reinen; so ist zur gänzlichen Beendigung des Konkurses nur noch die Bertheilung des Vermögens unter die Kreditorschaft übrig. Vorher darf, in der Regel, keinem Gläubiger etwas ausgezahlet werden, folgende Posten, vorausgesetzt, daß sie völlig unbestritten und liquid sind, ausgenommen: 1) rückständige und während des Konkurses aufschwellende öffentliche Abgaben. 2) Dienstbotenlohn. 3) Alimentengelder, die aus dem Konkursvermögen entrichtet werden müssen. 4) Forderungen solcher Gläubiger, denen weder in Anschung der Liquidität, noch auch des Vorzugsrechtes ihrer Ansprüche der mindeste Zweifel mehr im Wege steht, und die zur Bezahlung zu gelangen, ganz gewisse Hoffnung haben (b).

- Ist nach irgend einer Hinsicht noch einige Ungewissheit vorhanden, es treten aber besonders dringende Umstände ein; so kann allenfalls ejnem Gläubiger, der höchster Wahrscheinlichkeit nach zur Hebung kommt, ein Theil seiner Forderung gegen Sicherheitsbestellung, alles, auf den Fall, daß die Lage sich ändern sollte, zurückgeben zu wollen, ausgezahlet werden. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 431. 435. Steffs Systematische Lehre vom Kon-

Kontradiktor. §. 175 - 178. Schaumburg Prinzip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 20.

§. 194.

Distributionsbescheid.

So bald zur gänzlichen Beendigung des Konkursprozesses nichts mehr übrig ist, als die wirkliche Vertheilung der Vermögensmasse, erläßt der Richter ohne Verzug den Distributionsbescheid. Dieser enthält 1) eine vollständige Nachricht von der bisherigen Verwaltung der Konkursmasse, und den Abschluß von dem reinen und wahren Betrage derselben. Diesem vorgängig werden 2) nach Anleitung des rechtskräftigen Klassifikationsurtheils diejenigen Gläubiger aufgeführt, die von dem reinen Ueberchusse befriedigt werden können und sollen. Hierauf wird 3) ein gewisser Termin anberaumet, auf welchen diejenigen Kreditoren, die zur Ziehung gelangen, um entweder selbst, oder durch einen Bevollmächtigten die Gelder in Empfang zu nehmen, darüber zum Protokoll zu quittiren, und die in Händen habenden Originalurkunden zurück zu liefern; diejenigen aber, die leer ausgehen, um zu sehen wie die Gelder aufgezahlet werden, und um die Konkursakten und Rechnungen einzusehen, vorgeladen werden. Räthlich ist es 4) den Kreditoren aufzugeben, ihre allenfallsigen Erinnerungen gegen den Distributionsbescheid eine geraume Zeit vor dem anberaumten Termine gehührend einzureichen. Zugleich wird 5) auf den Fall des nicht Erscheinens die Strafe der Präklusion von diesem Konkurs billig angedrohet (a). Endlich ist dann 6) der Distributionsbescheid nicht nur durch einen Umlauf, sondern auch durch einen offenen Anschlag an

an dem Orte, wo der Konkursprozeß verhandelt wird, und in öffentlichen Nachrichten behörig bekannt zu machen (b).

- a) (Friedrich Karl von Trübschler) Die Lehre von der Praktikation bei entstandenem Konkurse der Gläubiger, Abschn. III. §. 10. folg. S. 133. Schauburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 20. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, §. 441.
- b) Claproth a. a. D. §. 440. 442 - 450. Der selbe Grundsatz von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsakten. §. 183. a). Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. VII. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß, Kap. XIII. Hofmann Deutsche Reichspraxis, Thl. II. §. 1293.

S. 195.

Anordnung und Absonderung der Konkursakten.

Die Menge, die Verschiedenheit und die Vermischung der sich oft durchkreuzenden Geschäfte, welche bei dem Konkurse vorkommen, macht eine richtige Anordnung und Absonderung der Konkursakten zur unerlässlichen Nothwendigkeit (a). Damit alle zum Konkurs gehörigen Akten auf der einen Seite als ein Ganzes, das sie ausmachen, behandelt und dabei auf der andern Seite nach ihren verschiedenen Objekten richtig abgetheilt werden, müssen I. die Verhandlungen im Präliminarverfahren, da sie nur eine Tendenz haben, nämlich die Untersuchung, ob der Konkurs zu erkennen sey, ohne Sonderung nach chronologischer Ordnung bis zum Dekrete de aperiundo Concursu zu Protokoll genommen werden. II. Nach dessen Publikation tritt die Nothwendigkeit ein, die verschiedenen Objekte nach Aktenbünden

bünden zu sondern, wobei sich denn alles auf dren Hauptrubriken, 1) Berichtigung und Verwaltung der Konkursmasse, 2) Liquidation der Ansprüche, 3) Vorzugrecht der Gläubiger reducirt. III. In Ansehung der Konkursmasse können Unterabtheilungen statt finden, namentlich 1) Inventur, 2) Subhastation, 3) Verwaltung, 4) Rechnungsablege, 5) besondere Verfügungen über Vermögensstücke, 6) Beitreibung der zur Masse gehörigen Güter. IV. Bei Liquidation der Forderungen macht jeder Anspruch (b) einen besonderen Aktenbund aus. V. Ueber den Vorzug der Gläubiger wird ein eigener Aktenbund angeordnet, sogar kann, wenn neben dem allgemeinen Prioritätsverfahren unter besonderen Gläubigern eigene weitläufigere Verhandlungen statt finden, diesen noch ein besonderer Aktenbund gewidmet werden. VI. Damit nun diese besondere Akte bunde (Specialakten) in Ein Ganzes vereinigt werden, müssen ihnen Generalakten correspondiren, von welchen die Specialakten nur gleichsam die Beilagen aussmachen. Sie schließen sich 1) an die Präliminarakten an, und fangen eigentlich mit dem Dekrete de aperiundo concursu an, welchen 2) alles dasjenige beigesellt wird, was zu seiner Vollziehung geschah, z. B. Versiegelung des Vermögens, Aufstellung des Curators und Contradic-
tore, Edictalladung. 3) Aus dem Inventarium legt der Richter einen nach der Abschätzung summirten Auszug zu den Generalakten, welches auch nach der Versteigerung geschiehet. 4) Ein allgemeines Liquidationsprotokoll muß, wenn man auch die Connotation davon nicht trennen will, zu den Generalakten kommen, worin ohne Detail der Liquidation jede Forderung mit allgemeiner Anzeige ihrer Größe, des Gläubigers und des Forderungsgrundes eingetragen, und mit einer dem besondern Aktenbun-

de jeder Forderung gleichstimmenden Nummer versehen wird. 5) Die Ansetzung des Termins zum Prioritätsverfahren mit Hinweisung auf den besonderen Aktenbund gehört in die Generalakten. 6) Den Beschuß derselben macht das Lokationsurtheil, der Distributionsbescheid, und was zu seiner Vollziehung geschehen ist. VII. Sehr nützlich und in weitläufigen Konkursen nothwendig ist ein in Form eines Aktenprotokolls verfaßtes Diarium, in welchem alle bei einem Konkurse vorgenommene Handlungen nach ihrer Zeitfolge ohne objektive Sonderung angezeigt werden.

- a) Claproth summar. Prozeß. §. 345. Derselbe Von Berfert. der Relationen. §. 178. Dabelow §. 771. Martin u. Walch Magazin für den gemeinen Proz. B. I. Heft 1. S. 123. Gönner a. a. O. §. 35.
- b) Irrig ist es, wenn Martin a. O. die Aktenbünde nicht nach den Forderungen, sondern nach der Person des Gläubigers absondern will.

Sechzehentes Hauptstück.

Von dem peinlichen Prozeß.

§. 196.

Peinlicher Prozeß.

Der peinliche Prozeß ist die in peinlichen Sachen bei peinlichen Gerichten übliche Verfahrensart. Unter peinlichen Sachen aber versteht man diejenigen, die solche Verbrechen angehen, auf welche in Thesi eine Lebens- oder Leibes-, oder eine der letzteren gleich geachtete andere Strafe gesetzet ist (a).

- a) Um also beurtheilen zu können, ob eine wirklich peinliche Sache vorhanden sey, muß man blos auf die Strafe sehen, die auf das in Frage stehende Verbrechen in Thesi gesetzet ist, nicht auf diejenige, die in dem einzelnen jezo vorkommenden Fall, besonderer Verhältnisse und Milderungsgründe wegen, vielleicht eintritt. Es wäre dann, daß ein solcher bürgerlicher Richter mit dem peinlichen konkurrite, dessen Gerichtsbarkeit ausdrücklich so lange für begründet erklärt ist, bis ein vorkommendes Verbrechen auch in Hypothesi zu einer peinlichen Strafe sich qualifiziret. Jo. Christ. Koch Institutiones juris criminalis. Jen. 1791. §. 645. 646. Andere, wie z. B. Christ. Fried. Ge. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses in Deutschland. Thl. I. Göttingen 1766. Abschn. I. Hauptst. 2. §. 9. S. 41. Wernher P. I. Obsl. 286. behaupten gerade das Gegentheil und sagen — „soll

„soll eine Sache den Vorwurf der peinlichen Gerichtsbarkeit abgeben; so ist nicht genug, daß sie in Thess peinlich sey, sondern die Peinlichkeit muß in Hypothesi vorhanden seyn; das ist, zur Begründung der peinlichen Gerichtsbarkeit ist nicht hinreichend, daß das gegenwärtige Verbrechen seiner Art nach peinlich sey, sondern es müssen solche Anzeigen eintreten, woraus eine starke Wahrscheinlichkeit entspringet, daß auf das Gegenwärtige ebenfalls eine peinliche Strafe erfolgen werde“ — Allein die Frage, welche Strafe auf ein einzelnes vorkommendes Verbrechen in Hypothesi erfolgen müsse, lässt sich erst nach vorgängiger gesetzmäßiger Untersuchung beantworten, folglich kann, wenn davon die Rede ist, ob dieses, oder jenes Gericht für zuständig zu achten? ob der Angeklagte allenfalls durch Steckbriefe zu verfolgen, auch der Prozeß wider abwesende Verbrecher statt finde? ob auf die Güter ein Beschlag zu nehmen? ob das corpus delicti mit allen Förmlichkeiten und Feierlichkeiten zu untersuchen? ob zur gefängnischen Einziehung zu schreiten? ob die Specialinquistion statt finde? ob die Akten zu versenden? fast einzig und allein darauf Rücksicht genommen werden, ob der vorliegende Fall an und für sich in Thess für peinlich zu achten sey, oder nicht. Hingegen in dem Lauf des Prozesses selbst muß freilich bei sehr vielen Fragen, z. B. ob dem Angeklagten allenfalls von Amts wegen ein Sachwalter anzuordnen? ob zu der Territorial, oder peinlichen Frage zu schreiten sey? u. s. w. hauptsächlich darauf Rücksicht genommen werden, ob auch der besondere Fall, von welchem dermaßen nur die Rede ist, für peinlich zu achten sey oder nicht. Johann Christian Qui stor p Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Rostock und Leipzig 1789. Thl. II. §. 535. — Aus dem oben angegebenen Begriff indessen ergiebt sich, daß es im allgemeinen noch sehr schwankend und zweifelhaft ist, welche Fälle eigentlich zu den peinlichen gehören, und daß hauptsächlich die besondere Gesetze, und das Herkommen eines jenen Landes und Ortes, wie auch die etwa in der Mitte liegende besondere Verträge die Entscheidung hierüber an die Hand geben müssen, und daß daher von einem Lande auf das andere, von einer Stadt auf die andere, von einem Ort auf den an-

dern mit Sicherheit nicht geschlossen werden kann. Es hat zwar Koch l. c. §. 645. die Sache dadurch etwas genauer bestimmen wollen, daß er zu den peinlichen Fällen alle diejenigen zähle, wo von einem solchen Verbrechen die Rede ist, auf welches eine Lebens- oder Leibesstrafe, oder beständige Verbannung, oder beständige, oder doch wenigstens mehrere Jahre, oder Wochen dauernde Gefängnissstrafe, oder endlich eine Geldstrafe, die zehn Thaler übersteigt, in Theorie gesetzet ist. Allein ob eines Theils für diese nähere Bestimmung befriedigende Gründe sich angeben lassen, und ob andern Theils dieselbe bei der so sehr abweichenden Verfassung der einzelnen Provinzen, Städte und Dörfer in Deutschland von praktischer Brauchbarkeit sey, daran ist wohl noch sehr zu zweifeln — Eben die Schwierigkeit aber, den Begriff von peinlichen Sachen im allgemeinen bestimmt festzusezzen, ist wohl der Grund, warum die Gelehrten über diesen Punkt so verschieden sich aussern. Sieh. Car. Guil. Robert Diff. de diverso poenarum genere ex mente C. C. C. indeque oriente discrimine inter delicta civilia et criminalia nequaquam negligendo. Marburg 1779. Drei Briefe über die Robertische Dissertation. Vom Geheimenrath und Kanzler Koch. Beide Abhandlungen sind unter folgendem Titel zusammengedruckt: Neben civil und criminal Strafen und Verbrechen. Vom Revisionsrath und Professor Robert in Marburg, und Geheimenrath und Kanzler Koch in Giessen. Giessen 1785. Ge. Engelbrecht Diff. de jurisdictione superiori sive alta, et inferiori sive bassa secundum mores germanorum. Helmstad. 1709. Theod. Boendermaker Diff. de natura et indole delictorum civilium. Traject. ad Rhen. 1765. Leyser Spec. 648. Boehmer ad Carpzovium Qu. 102. Obs. 1. Qu. 109. Obs. 2. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 451.

Nimmt man den Ausdruck — peinliche Sachen — ganz im allgemeinen, im Gegensatz gegen bürgerliche, und begreift mithin alle diejenigen darunter, die ein begangenes Verbrechen, und die dadurch verwürkte, öffentliche Strafe betreffen; so ist der oben vom peinlichen

lichen Prozeß gegebene Begriff freilich zu eng. (Vergl. Eine Grundsäze ic. §. 56.) Allein es soll hier blos die in eigentlichen peinlichen Fällen in peinlichen Gerichten übliche Verfahrungsart beschrieben werden. Die Civilverbrechen werden von dem peinlichen oder auch dem Vogteirichter in den vor ihn gehörigen Fällen ganz summarisch untersucht und bestraft. Eben dies ist der Fall bei andern geringen Vergehungen, Disciplinsachen, wie auch Feld - Land - und Forstfreveln u. s. w. die nicht selten an besondere Gerichte, die sogenannten Rüge - Forstgerichte u. s. w. gewiesen sind. Claproth a. a. D. §. 452. 453. Jul. Frid. Malblanc Diss. de judiciis quæ Rügegerichte vocantur. Tübing. 1773. Derselbe Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weitern Schicksalen bis auf unsre Zeit. Nürnberg 1783. Kap. I. §. 8. S. 22. Meister a. a. D. Abschn. I. Hauptst. I. §. 16. 17. S. 21. Gustav Henr. Mylius Diss. de judiciis denunciatoriis Saxonici, Rügerichte dictis. Lips. 1737. Quistorp a. a. D. §. 532. Joh. Fr. Eberhard Von dem geschworenen Montage, oder den Rügegerichten an der Lahn. Marburg 1768. Koch I, c. §. 667.

S. 197.

Quellen des peinlichen Prozesses.

Die Quellen des peinlichen Prozesses sind 1) die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls des Vten. Der Verfasser derselben setzt das inquisitorische Verfahren als rechtmäßig voraus (a), betrachtet jedoch dasselbe als blos subsidiarisch, und behandelt den Anklageprozeß als den ordentlichen und gewöhnlichen. Indessen muß doch dasjenige, was darin von dem letzteren gesagt wird, auch auf den inquisitorischen angewendet werden, so lange die Verschiedenheit der Form keinen Grund zur Ausnahme darbietet (b). 2) Allgemeine, hinreichend erwiesene deutsche Gerichtsobservanzen, des

ren freilich aber nur wenige sind. 3.) Das kanonische Recht, welches vorzüglich wichtig ist, und dem römischen Recht im Zweifel allzeit vorgehet (c). 4.) Das römische Recht, das auch hier als ein Hülfsrecht, in so ferne nicht die veränderte Staatsverfassung eine Ausnahme nothwendig macht, zur Entscheidung diesen muß. 5.) Die Analogie des bürgerlichen Prozesses, verbunden mit den allgemeinen Rechtsgrundzügen, die allenenthalben Anwendung finden (d).

a) P. G. D. Art. 6. 10. 214. 219.

b) Sieh. vorzüglich: Jul. Fried. Malbant Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weiteren Schicksalen bis auf unsere Zeit. Nürnberg 1783. Christ. Thomassius Diss. de occasione, conceptione et intentione constitutionis criminalis carolinæ. Hal. 1711. Christ. Gottfr. Hofmann Diss. prænotiones de origine, progressu et natura jurisprudentiæ criminalis germanicæ. Lips. 1722. Sie ist mit Dasselben Tract. de insignioribus defectibus jurisprudentiæ criminalis germanicæ zu Frankfurt an der Oder 1757. zusammengedruckt wieder erschienen. Joh. Horst Wahre Veranlassung der peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. Mainz 1757. (Stehet auch bei der von Koch besorgten Ausgabe der P. G. D. abgedruckt) Joh. Christ. Koch Vorrede zu seiner Ausgabe der P. G. D. Gießen 1787. Jo Paul. Kreßs Præf. ad commen-tationem in C. C. C. Hannov. 1721. Jos. Ant. Rieggers Vormerkungen zur peinlichen Rechtsge-lehrsamkeit. Augsburg und Freiburg 1766. H. J. D. König's Vorbereitung zur gemeinen in Deutschland üblichen Criminalrechtsgelehrtheit. Halle 1783. Karl Frieder. Gerstlachers Corpus juris germanici publici et privati. das ist, der möglichst ächte Tert der deutschen Reichsgesetze, Reichsordnungen und anderer Reichsnormalien, in systematischer Ordnung mit Anmerkungen. Band I. Frankfurt und Leipzig 1783. Kap.

Kap. VII. S. 324. Der selbe Handbuch der deutschen Reichsgesetze, nach dem möglichst ächten Tert, in systematischer Ordnung. Thl. I. Carlsruhe 1786. Kap. VII. S. 37. und Thl. XI. Abth. I. Stuttgart 1793. Abth. II. Stuttgart 1794.

- c) Christ. Fried. Ge. Meister Diff. de juris romanis criminalis in German. foris maxime hodiern. auctoritate. Götting. 1766. (in Opuscul. P. I. No. I.) §. 32. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Thl. I. §. 11. Vergl. Meine Grundsätze u. §. 13.
- d) Vergl. Joh. Christ. Eschenbach Von den Eintheilungen und Quellen des Criminalprozesses. Rostock 1788.

S. 198.

Peinliche Gerichte.

Kaiser Karl der Vte will (a), daß alle peinliche Gerichte mit Richtern, Urtheilern und Gerichtsschreibern versehen seyn sollen. Da indessen das Recht, peinliche Gerichte anzuordnen, heut zu Tage ein Aussluß der Landeshoheit ist; so liegt der Grund der sehr abweichenden Form derselben in den einzelnen deutschen Provinzen von selbst am Tage. Folgendes jedoch läßt sich im allgemeinen anführen: 1) was von der Fähigkeit des Richters im allgemeinen gilt (b), findet auch hier seine Anwendung. Die peinliche Gerichtsordnung will nur fromme, ehrbare, verständige und erfahrene Personen zum kriminal Richteramt befördert wissen (c), und die Wichtigkeit der hierher gehörigen Sachen bringet es schon mit sich, daß dasselbe nicht einem jeden in gleichem Umfange verliehen werden kann. Es lehret daher die Erfahrung, daß in den meisten Gebieten Deutschlands die niederen peinlichen

Ges.

Gerichte niemals selbst sprechen dürfen, sondern die verhandelten Akten entweder an ihren Oberrichter, oder an Juristen Fakultäten und Schöppenstühle zu Einholung eines Urthels einschicken müssen (d). II. Bei den verschiedenen in dem peinlichen Verfahren vorkommenden Handlungen fordert die peinliche Gerichtsordnung (e) eine verschiedene Zahl von Schöppen. Nach dem heutigen Gebrauch aber müssen, in der Regel, wenn Nichtigkeiten vermieden werden wollen, zu allen Haupthandlungen, wohin man die Untersuchung des corporis delicti, das Verhör des Angeklagten, das Verhör der Zeugen, die Konfrontation, die Tortur, die Zerrition, die Ableistung des Reinigungseides, und die Formirung des peinlichen Gerichts bei Vollstreckung peinlicher Urtheile, rechnet, nothwendig zwei Schöppen, nicht blos der Formlichkeit, sondern des Beweises wegen gezogen werden (f). Bei Nebenhandlungen hingegen, das heißt bei all denjenigen Geschäftesten, die Nebenumstände angehen, wie auch denjenigen, die keinen unmittelbaren Einfluß auf die Verurtheilung des Angeklagten haben, z. B. bei der dem Vertheidiger gestatteten Einsicht der Akten, bei der Zurotulirung dieser, bei der Eröffnung des Urthels u. s. w. genüget die Gegenwart des Richters, oder eines Beisitzers und des Gerichtsschreibers (g).

a) P. G. O. Art. 1.

b) Meine Grundsätze ic. §. 24.

c) P. G. O. Art. 1. Vergl. damit Meister Aussführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses in Deutschland. Thl. I. Abschn. 1. Hauptst. 3. §. 7. folg Koch Institut. jur. criminal. §. 688 - 695. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Thl. II. §. 536 - 542.

d)

- d) Meister a. a. D. §. 3. S. 45. Koch l. c. §. 646.
- e) Sieh. z. B. P. G. D. Art. 12. 13. 46. 47. 48. 181.
- f) Diese Regel leidet nur dann eine Ausnahme, wenn entweder ausdrückliche Landesgesetze, oder ein unbestreitbarer Gerichtsbrauch das Gegenthell mit sich bringen, oder aber der Angeklagte bei seinen Aussagen standhaft beharret, und über ihm zugesetztes Unrecht sich gar nicht beschweret. „Schr. gelehrt haben von den Schöppen gehandelt Fr. Brummer de scabinis medii ævi & recentioribus. In Brummertianis n. II. und vorzüglich Ern. Blümner Scabini judiciorum criminalium ad Legem Carolinam poenalem descripti. Lips. 1794. 4.“
- g) Berger Oecon. jur. Lib. IV. Tit. 6. not. I. pag. 750. Leyser Spec. 70. M. 7. Meister a. a. D. Hauptst. 4. besonders §. 11. 12. 13. 14. Koch l. c. §. 688. Quistorp a. a. D. §. 542=546. Boehmer ad C. C. C. Art. 181. §. 3. p. 881. Idem Qu. 26. Obs. 3. Qu. 122. Obs. 5. Kress ad C. C. C. Art. 181. n. 5. p. 452. Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 508. Grolmann Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. II. Aufl. II. Thl. §. 413. not. c.

§. 199.

Fortsetzung.

III. Wenn gleich der allgemeine Gerichtsbrauch in dem Fall, wo der Richter zugleich ausdrücklich und namentlich als Auktuar mit verpflichtet ist, die Zuziehung einer besondern, beeidigten Person zu Führung des Protokolles eben so wenig, als statt dieser die Zuziehung zweier tüchtiger Zeugen als wesentlich nothwendig erfordert (a); so ist es doch theils der Wichtigkeit der Sachen, theils der gegenwärtigen Lehre so vieler angesehener Rechtsgelehrten wegen (b), besonders wenn Haupthandlungen vorgenommen werden sollen, nie rathlich,

lich, die Beziehung eines Gerichtsschreibers, oder wenigstens statt seiner zweier tüchtiger Zeugen zu unterlassen. Auch der peinliche Aktaar übrigens muß besonders mit einem Eide belegt seyn (c), und weil mehrere Gelehrte (d) es nicht für hinreichend halten, wenn derselbe erst nachher beeidiget, und der Eid mit auf die vorhergehenden Handlungen gerichtet wird; so ist es, um alle Einwendungen abzuschneiden, am besten, die Beeidigung nicht aufzuschieben, sondern solche gleich Anfangs, bei Eröffnung des Verfahrens vorzunehmen. Daß aber der Gerichtsschreiber zugleich ein geschworener Notar sey, ist nach gemeinen Rechten nicht nothwendig (e), nur muß in Ermangelung eines Aktaars ein Notarius zugezogen und besonders vereidet werden. IV) Dem peinlichen Richter stehen bei Ausübung seines Amtes folgende Personen zu Gebot: 1) der Nach- oder Scharfrichter. (Carnifex) „Unter ihm versteht man denjenigen, der die Strafe des Kopfens und Rades selbst vollziehet, die Vollziehung anderer Leibes- und Lebensstrafen aber, wie auch die Ausübung der Folter durch seine Leute unter seiner Aufsicht verrichten läßt. Man setzt denselben den Schinder, Caviller, Abdeker entgegen, welcher krepirtes Vieh abdeket, und alle Lebens- und Leibesstrafen, diejenige des Kopfens und des Rades ausgenommen, wie auch die Peinigungen vollziehet. Er ist, der richtigern Lehre nach (f), für anrüchig nicht zu halten, muß sich bei seiner Annahme zu einer getreuen Beobachtung seiner Amtsverrichtungen, und zum Gehorsam gegen den peinlichen Richter, eidlich verpflichten (g) und es ist räthlich, seine Rechte und Verbindlichkeiten, wie auch den ihm für seine Arbeiten gebührenden Lohn in einer genen Instruktion genan zu bestimmen (h).

a)

- a) Meine Grundsäße ic. §. 45.
- b) Koch I. c. §. 698. Quistorp a. a. D. §. 546. 547. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses. Thl. I. Abschn. I. Hauptst. 5. §. 1. §. 4-6. Grolmann a. a. D. §. 414. not. b.
- c) P. G. D. Art. 5.
- d) Meister a. a. D. §. 11. Koch I. c. §. 689. Quistorp a. a. D. §. 548. Boehmer ad C. C. C. Art. V. p. 31. Vergl. Meine Grundsäße ic. §. 45.
- e) Koch I. c. Meister a. a. D. §. 12. 13. Quistorp a. a. D. — Von den Pflichten eines peinlichen Gerichtsschreibers handeln die angeführten Schriftsteller umständlich. Vergl. P. G. D. Art. 5. 181-203. Meister Princip. jur. crim. §. 355. Von den nöthigen Qualitäten der zu einem gehörig besetzten Criminalgerichte wesentlich erforderlichen Personen handelt Grolmann a. a. D. §. 415.
- f) J. F. Plitt Diff. de levis notæ macula ex jure germanico. Marburg. 1784. §. 10. seq. Quistorp a. a. D. §. 553. Abr. Kästner D. de carnifice famia non laborante. Lips. 1745. Das Gegentheil behaupten: Meister a. a. D. Kap. VI. §. 11. Joh. Heinr. Christ. de Selchow Diff. selecta capita doctrinæ de infamia. Goetting. 1770. §. 11. (Steht auch in Desselben Elecotor. jur. germanor. publ. et priv. Lips. 1771. No. 8. pag. 441.)
- g) P. G. D. Art. 96. Ba. H. G. D. Art. 9.
- h) Kleider und andere Sachen von geringem Werthe, die der zum Tode vertheilte bei sich führet, fallen gewöhnlich dem Scharfrichter heim. Keinesweges aber ist derselbe berechtigt, auf andere Güter, die dem Verurtheilten zugehört haben, Ansprache zu machen. Quistorp a. a. D. §. 552. 553. Boehmer ad C. C. C. Art. 97. 98. pag. 305. Umständlichere Nachrichten von den Rechten und Pflichten des Scharfrichters giebt Meister a. a. D. Hauptst. VI.

§. 200.

Fortsetzung.

2) Der Gefangenwärter (commentariensis). Diesem liegt die Aufsicht über die Gefangenen, und die Sorge für ihre Verpflegung ob. Billig wacht der Richter mit höchster Sorgfalt darüber, daß derselbe das ihm übertragene Amt nicht durch eine unmenschliche, gefühllose Behandlungsart schändet, auf der andern Seite aber auch nichts sich erlaubet und zuläßt, was durch die Untersuchung und Bestrafung des in Frage stehenden Verbrechens vereitelt, oder erschwert werden könnte (a). 3.) Der Büttel, Gerichtsknecht (Lictor). Er legt den Gefangenen die Bande an, schließt solche, wenn es nöthig ist, wieder auf, führet die Angeklagten vor Gericht, entledigt dieselben während des Verhörs ihrer Banden, und führet sie nach dessen Beendigung geschlossen in das Gefängniß wieder zurück (b). 4) Der Gerichtsdienner (Pedell, apparitor) endlich wartet dem Richter während der Gerichtssitzung auf, und vollziehet diejenigen Aufräge, die für den Gefangenwärter und Büttel nicht gehören (c). — Billig werden alle diese Untergerichtsbedienten, besonders der letztere, der Gerichtsdienner nämlich, ausdrücklich mit dahin beeidigt, daß sie um alle Verbrechen, die vorsfallen, sich sorgfältig bekümmern, und solche dem Richter auf das geschwindeste und umständlichste anzeigen wollen.

a) P. G. D. Art. 180. Claproth Einleitung in sämtl. summar. Prozesse. §. 470. 476.

b) P. G. D. Art. 56.

c) Meine Grundsätze. ic. §. 48.

§. 201.

§. 201.

Fortsetzung.

V. Bei dem Anklage-, gemischten - wie auch zuweilen einfachen Untersuchungsprozeß (a) kommen peinliche Fiskale vor, die im Namen des Staates die Stelle der Kläger gegen Verbrecher vertreten (b). Sie sind, in der Regel, Agenten zu bestellen besugt (c), auch von der Kautionsleistung frei, und können zum Ersatz der Kosten und anderweitigen Genugthuung nur dann angehalten werden, wann sie aus eigenem Antrieb aufgetreten sind, ihre Kalumnie erwiesen ist, und es am Tage liegt, daß sie ohne genugsame Gründe verfahren haben. VI. Bei all denjenigen Handlungen, die die Hauptsache betreffen, und die ohne die persönliche Ge- genwart des peinlich Beklagten nich vorgenommen werden können, muß dieser jedesmal in Person erscheinen, und darf auch durch einen Sachwalter nicht antwor- ten (d). Wenn jedoch von gauzen Gemeinheiten (e), oder illüstern Personen (f) die Rede ist, so leidet diese Regel eine Ausnahme. Auch bei geringen Vergehun- gen, die nur mit Geld-, mäßigen Gefängniß-, Verban- nungs- oder andern Strafen, die an einem Abwesen- den vollzogen werden können, belegt zu werden pfle- gen, lässt man Sachverwalter zu (g). VII. Keinem Angeklagten endlich kann der Gebrauch eines Fürspres- chers verweigert werden, es muß vielmehr; wie unten an den gehörigen Orten gezeigt werden wird, der Richter allenfalls von Unitswegen für die Bestellung desselben besorgt seyn (h).

a) Das letztere kann dann der Fall seyn, wenn die zu den Akten gebrachte Vertheidigungsschrift des Inquisi- siten eine Widerlegung bedarf. Sieh. Meister Aus- führ-

führliche Abhandlung des peinlichen Prozesses in Teutschland. Thl. II. Abschn. I. Hauptst. 8. §. 22-25.

- b) Umständlich handeln von diesen Fiskalen Meister a. a. D. Hauptst. VIII. §. 1-31. Auch Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Thl. II. §. 550.
- c) P. G. D. Art. 12. Meine Grundsätze u. §. 43.
- d) Grolmann a. a. D. §. 543.
- e) L. 6. §. 1. D. quod cujusque universitat. nom. L. 18. §. 2. C. de re militari.
- f) L. 11. C. de injur.
- g) Koch Institut. jur. crimin. §. 704. Quistorp a. a. D. §. 551. Just. Hen. Boehmer Diss. de potestate procuratoris in caussis criminalibus. Hal. 1726. (in Exercitat. ad Pand. Tom. II. No. 32.) Meister a. a. D. Thl. III. Abschn. I. Hauptst. 9.
- h) Meister a. a. D. §. 31. folg. Phil. Thom. Köhler Diss. sistens meditationes quasdam de emendanda re criminali. Mogunt. 1787. Medit. I. p. 1-24. Leyser Spec. 562, M. 3. 7. 10.

§. 202.

Gerichtsstand in peinlichen Sachen.

Von den verschiedenen Gerichtsständen in peinlichen Sachen, und den Verhältnissen derselben gegen einander ist schon an einem andern Orte das nöthige bemerkt worden (a). Auch wegen der befreiten Gerichtsstände ist hier noch etwas anzuführen nicht nothwendig. (b).

- a) Sieh. Meine Grundsätze u. §. 28. 33. 53. 54.
- b) Ebenda selbst §. 34-38. Sieh. noch Koch Instit.

Instit. jur. criminal. §. 670. seq. Claproth
Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 454.
folg. Car. Aug. Brehm Diss. de delictis ex-
ceptis. Lips. 1788 Cap. I. Joh. Ludw. Klüber
Kleine juristische Bibliothek. Band II. S. 336. folg.
Vergl. hiezu überhaupt noch Grömann a. a. D.
§. 408 = 412.

§. 203.

Beschaffenheit der Gefängnisse, und Behandlungsart der
Gefangenen.

Ehe ein Angeklagter in das Gefängniß gebracht wird, muß er genau durchsucht werden. Alles was durch er am Leib, oder Leben sich schaden, oder die Flucht erleichtern könnte, wird ihm abgenommen, das Geld, das er bei sich führet, wie auch alle andere Sachen von Werth, sie mögen ihm nun eigen gehören, oder nicht, nimmt der Richter gleichfalls zur Hand um sie entweder dem wahren Eigenthümer zuzustellen, oder bis nach geendigtem Prozeß sie aufzubewahren oder auch sich ihrer zu Erforschung der Wahrheit zu bedienen — Die Gefängnisse, wenn sie zweckmäßig eingerichtet seyn sollen, (a) müssen dem Eingekerkerten die Flucht, so viel möglich ist, unthunlich machen, auf der andern Seite aber der Gesundheit durchaus nicht nachtheilig werden; Bande werden billig nur im Nothfall, und auch hier so gelinde als möglich angeleget; kranken Gefangenen darf es an nothwendigen Heilmitteln und sonstiger Pflege nicht gebrechen; überhaupt aber macht es sich ein jeder gewissenhafter Richter zur heiligen Pflicht, für die menschliche Behandlung der Gefangenen unermüdet zu sorgen, so daß der Schuldige nicht doppelte Strafe leide, und der Unschuldige am Ende seiner Gefangenschaft nicht doppelte Ursache habe,

habe, sein hartes Schicksal zu beseuzen. (b) Einem Gefangenen unschuldige Unterhaltung z. B. durch lesen, schreiben u. s. w. versagen zu wollen, ist grausam, und so lange es möglich ist, muß die Einrichtung so getroffen werden, daß ein jeder Gefangener abgesondert bleibt. Den ordentlichen Geistlichen, die mit dem Gefangenen die nämliche Religion bekennen, darf, besonders wenn dieser es verlangt, der Zutritt nicht verweigert werden, und Personen von Stand bewacht man, auf ihr Verlangen und Kosten, wenn nicht von einem sehr schweren Verbrechen die Rede ist, in ihrem Hause — Missbrauchet der Richter nach einer, oder der andern dieser Hinsichten die ihm anvertraute Gewalt, so führet der beschwerte Gefangene bei dem nächstesten Oberen mit Recht Klage, und von gerechten Regierungen ist schleunigste, nachdrücklichste Hülfe zu erwarten (c).

a) Wächter Neber Zuchthäuser und Zuchthausstrafen. Stuttg. 1786. Wagnig Neber die Verbesserung der Zuchthausgesangenen. Halle 1787. 8. Dasselben Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland. Halle 1791. 94. 2 Thle.

b) P. G. O. Art. II. „und ist dabei sonderlich zu merken, daß die Gefengnuß zu Behaltung, und mit zu schwerer geheimer Peinigung der Gefangenen sollen gewacht und zugericht sein.“ Eben so humano Bestimmungen enthält die L. I. De custod. reor. (IX. 4.)

c) Vergl. auch Claproth Einleitung in sämtl. summ. Prozesse, §. 476. folg.

§. 204.

Verschiedene Arten des peinlichen Prozesses.

In der Natur der Sache liegt es schon, daß der peinliche Prozeß gegen anwesende Verbrecher von demjenigen gegen abwesende gar sehr abweichen muß. Es soll daher zuerst, von der gegen gegenwärtige Verbrecher üblichen Verfahrungsart, dann auch von derjenigen gegen abwesende gehandelt werden.

A) Von der gegen anwesende Verbrecher üblichen Verfahrungsart.

§. 205.

Fortsetzung. 1) Ordentlicher, summarischer peinlicher Prozeß.

Beobachtet der Richter bei der Untersuchung eines Verbrechens alle in den Gesetzen vorge schriebene, oder durch den Gerichtsbrauch eingeführte Formlich- und Feierlichkeiten; so führet dieses Verfahren den Namen des ordentlichen peinlichen Prozesses. Werden hingegen mit Umgehung aller außer wesentlichen Formlich- und Feierlichkeiten nur die zu Erforschung der Wahrheit wesentlich nothwendigen Stücke beobachtet; so ist dieses der summarische peinliche Prozeß. Der erstere macht die Regel aus, setzt einen eigentlich peinlichen Fall voraus, und kann nur von dem peinlichen Richter verhandelt werden. Der letztere kommt bei geringeren Verbrechen, die mit Geldbuße, mäßigem Gefängniß, gemeinem Halseisen, Absezung vom Dienst, oder andern geringen Strafen geahndet werden, vor, und kann auch bei dem bürgerlichen Richter, in den

näm-

nämlich seinem Gerichtszwange unterworfenen Fällen, verhandelt werden. Bei ihm schränkt man sich auf die Hauptumstände des begangenen Verbrechens ein, und verbreitet sich über kleinere Nebenumstände der That nicht. Auch in Hinsicht der Bestellung der Gerichte der Verhaftnehmung, der Untersuchung des corporis delicti, der Zulassung einer besonderen Defension, der Mittel die Wahrheit zu erforschen, der Bestellung der Anwälde und Fürsprecher, und mehreren andern Dingen weicht derselbe von den ordentlichen ab (a). — Hier ist nur von diesem — nämlich dem ordentlichen peinlichen Prozeß die Rede.

- a) Joh. Christ. Eschenbach Progr. de Inquisitione summaria. Rost. 1785. Quistorp Grundzüge des deutschen peinlichen Rechts. §. 589.

S. 206.

Fortsetzung. 2.) Anklage- Untersuchungs- = gemischter Prozeß.

Geschiehet die Untersuchung und Bestrafung eines Verbrechens auf Verlangen eines Anklägers: so ist der Anklageprozeß vorhanden. Verfähret hingegen der Richter gegen einen Verbrecher ohne Anklage, vermöge seiner Amtspflichten; so tritt der Untersuchungs- oder Inquisitionsprozeß ein *). Wird endlich neben der Untersuchung und Bestrafung des begangenen Verbrechens selbst, bei dem peinlichen Richter auch noch auf Entschädigung dessjenigen dem durch ein Verbrechen Nachtheil, oder Beleidigung zugefüget worden, gedrungen; so heißt dieser gemischte, oder auch Adhäsions- unschicklich aber Denuntiationsprozeß (a). Dieser findet nicht nur dann statt,

statt, wann der Beschädigte als Ankläger auftritt, und sein Gesuch auf beide Fälle richtet, sondern auch bei der Inquisition und fiskalischen Anklage ja auch bei der von einem andern Privatmanne angeseilten Anklage (b) — Von ihm hier noch etwas weiter auszuführen ist nicht nothwendig — Der Anklageprozeß zerfällt wieder in den Wann- und Anklageprozeß im engern Sinne, wovon unten — Den Untersuchungsprozeß hingegen theilet man in den einfachen und gemischten oder fiskalischen ab. Bei dem ersten verfähret der Richter von Anfang bis an das Ende von Amts wegen. Bei dem letzteren aber wird nach geendigter Generalinquisition ein Ankläger von Amts wegen bestellt. Dieser kommt, so lange noch kein Ankläger ernannt ist, mit dem einfachen Inquisitionsprozeß ganz überein. So bald hingegen ein Ankläger auftritt, ist derselbe dem Anklageprozeß fast ganz gleich, und nur darin hauptsächlich von demselben verschieden, daß der Richter freiere Hände behält, die Anträge des Anklägers abändern, sie mehren und mindern kann (c) — Hier wird nur von dem einfachen Untersuchungsprozeß gehandelt. —

^{a)} Ueber den Werth des Untersuchungsprozesses verglichen mit dem Anklageprozeß, sind die Ansichten sehr verschieden. Man sche Kleinschrod in dem Archive B. II. St. 4. n. 1.

a) Sieh. Meine Grundsäze ic. §. 54. 56.

b) P. G. D. Art. 198. 207. 208. Joh. Christ. Eschenbach Von den Eintheilungen und Quellen des Kriminalprozesses. Rostock 1788. §. 7. S. 17. Herm. Besecke D. de tertia specie processus mixti scilicet s. denunciatorii &c. Rost. 1760, Kleinschrod

schrod theoria processus denunciatorii seu
potius adhaesisionis. Virceb. 1797.

c) Der gegebene Begriff vom gemischten Prozeß ist jedoch nicht aller Orten durchaus passend. In den einzelnen Provinzen sind in Ansehung der Verfahrensart bei demselben gar mancherlei Modifikationen eingeführet, und der Amtsankläger tritt entweder gleich nach geendigter Generalinquisition, oder erst später auf. Koch Institut. jur. criminal. §. 706. 780. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 589.

§. 207.

Ursprung des Anklage- und Untersuchungsprozesses.

Die Römer kannten blos den Anklage - nicht den Inquisitionsprozeß (a). Auch bei den alten Deutschen konnte, wie dieß der Fall fast bei allen unkultivirten Nationen ist, vermöge der Parömie — wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter — ohne einen Ankläger niemand bestraft werden, und allen Erforschungen von Amtswegen war der Weg versperrt. Die alten Sendgerichte, deren Bestimmung ursprünglich blos auf die Untersuchung und Bestrafung geistlicher Verbrechen ging, die aber bald, unter dem Vorwand der geistlichen Aufsicht über der Laien Lebenswandel, fast alle weltliche Vergehungen zu Sendfällen machten, führten zuerst das inquisitorische Verfahren ein. Zu ihrem Behuf waren eigene Synodalzeugen (exploratores criminum, promotores jurisdictionis episcopalis) angestellt, die über das Verhalten der Laien wachen, und alle ihnen bekannt gewordene Vergehungen der Send anzeigen mußten. Innocenz der IIIte. setzt daher schon das inquisitorische Verfahren der Bischöfse als eine bekannte

Sache

Sache voraus (b), schärft die fleißige Haltung der Sendgerichte und die Bestellung besonderer Exploratoren nachdrücklich ein (c), und gab auf diese Weise dem Gebrauche des Untersuchungsprozeß gesetzliches Ansehen (d). Bei den weltlichen Gerichten in Deutschland jedoch wollte der Inquisitionsprozeß lange keinen Fortgang gewinnen. Den Obrigkeitcn lag zwar die Verfolgung der Landfriedensbrecher von Amtswegen ob, auch war in den verrufenen westphälischen Gerichten das Verfahren nur gar zu inquisitorisch; allein in den übrigen weltlichen Gerichten ward doch noch in Ansehung der angesehenen Bürger und Unterthanen der Grundsatz — wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter — genau befolget, wozu der gerechte Abscheu für den Missbrauch der Send- und westphälischen Gerichte wohl viel beigetragen haben mag. Indessen fand doch auch in den weltlichen Gerichten, aller jener Hindernisse ohngeachtet, durch die vereinigten Bemühungen der damaligen Rechtsgelehrtn und Formelschreiber, der Untersuchungsprozeß nach und nach immer mehr Eingang. Der Nutzen, den er der gemeinen Sicherheit leistete, empfahl ihn von selbst, und der Verfasser der peinlichen Gerichtsordnung setzt ihn e) schon als rechtmäßig voraus, so jedoch, daß er den Anklageprozeß als den ordentlichen, den inquisitorischen aber als den subsidiarischen behandelt. Der Anklageprozeß gilt daher noch heute, und wird sogar, wenn ein Ankläger vorhanden ist, dem inquisitorischen vorgezogen, kommt aber, wegen der denselben begleitenden vielen Schwierigkeiten höchst selten vor (f). Der Untersuchungsprozeß hingegen ist nun schon seit langer Zeit in Deutschland der gewöhnliche und ordentliche, und heut zu Tage ist es keinem Zweifel mehr unterworfen, daß

der Richter auch von Amtswegen, ohne vorgängige Anklage, berüchtigte Uebelthäter einziehen, und ihre Verbrechen untersuchen und bestrafen kann, wie auch, daß derselbe, wenn schon ein Ankläger vorhanden wäre, dieser aber mit dem Thäter sich absindet wollte, doch nichts desto weniger mit der Untersuchung und Bestrafung zu verfahren berechtigt und schuldig ist (g). Nur wenige Verbrechen machen hiervon eine Ausnahme, und können nur auf Begehren des beleidigten Theils untersucht und bestraft werden. Dahin gehören: 1) der Diebstahl unter Ehegatten und den nächsten Erben (h); 2) wörtliche Injurien. Irrig hingegen ist es, wenn 3) einige auch den Ehebruch hieher rechnen (i).

a) Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Tom. IV. Lib. 5. Tit. 1. §. 81. seq. Christ. Thomasius Diss. de origine processus inquisitorii. §. 35. §. 38-46. Halæ 1711 in Vol. III. Diss. n. 8. — Eschenbach in der Fortsetzung zu Meisters vollständigen Einleitung zur peinlichen Rechtsgel. S. 26. folg. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 590. Koch Institut. jur. criminal. §. 707. Das Gegentheil behauptet: Leyser Spec. 560, M. 10.

b) c. 17. 24. x. de accusat.

c) c. 25. x. de accusat.

d) c. 10. 14. 16. 19. 21. de accusat.

e) p. G. D. Art. 6. 11. 12. 13. 14. 214. 219.

f) Koch I. c. §. 708. 709. Quistorp a. a. D. §. 591. Jul. Fried. Malbanc Geschicht der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weiteren Schicksalen bis auf unsere Zeit. Nürnberg 1783. Kap. II. §. 15. S. 58 - 71. Boehmer ad C. C. C. Art. 214. §. 3. Considere-

derazioni di Francesco Mario Pagan o sul Processo criminale, in Napoli 1787. C. VI. p. 28. seq.
Joh. Christ. Eschenbach Vom Begriffe der Generalinquisition. Rostok 1789. §. 1 = 7.

g) P. G. D. Art. II.

h) P. G. D. Art. 165.

i) Der Art. 120. der P. G. D. auf den man sich beruft, enthält von dieser Ausnahme kein Wort, und die Worte der Bambergischen Konstitution Art. 145. „Doch soll kein Richter den Ehebruch von Amtswegen zu strafen fürnehmen ohne wissentlich Zulassen und Bevelch unserer Hofrathen, können hierher nicht gezogen werden, da der Gesetzgeber gesissenschaftlich sie ausgelassen hat. Außerdem noch beweiset jene Stelle nicht einmal das, was sie beweisen soll. Sie verweiset die Untersuchung und Bestrafung des Ehebruchs an das Hofrathskollegium, ohne dieselbe bis zur Beschwerdeführung des beleidigten Theils aufzuschieben. Wie nachtheilig würden auch die Folgen seyn, wenn der Richter den Ehebruch alzeit bis zur Beschwerdeführung des beleidigten Gatten untersucht und unbestraft lassen wollte! Sieh. indessen Koch l. c. §. 710. Car. Aug. Brehm Diss. de delictis exceptis. Lips. 1788. Cap. III. Ge. Engelbrecht Pr. de crimini bus exceptis. Helmst. 1711. Grolman a. a. D. §. 426. vergl. mit §. 385. Das Partikularrecht hat, nach ihm, diesen Fällen noch mehrere, insbesondere die sogenannten fiskalischen Straffälle zugefügt, so wie im Gegentheil bei den an die Polizeigerichte gewiesenen Straffällen gewöhnlich nur die Form des Untersuchungsprozesses als zulässig betrachtet wird,

I.) Von

I.) Von dem einfachen Untersuchungsprozeß (§. 206.)

§. 208.

General-Specialinquisition.

Der Inbegriff derjenigen Handlungen im Untersuchungsprozeß, durch welche der Richter erforschet und bestimmet, ob gegen jemand die Specialinquisition angestellt werden müsse, macht die Generalinquisition aus. Der Inbegriff derjenigen Handlungen im Untersuchungsprozeß hingegen, durch welche der Richter erforschet und entscheidet, ob und wie eine wegen eines Verbrechens in Untersuchung gezogene Person zu bestrafen sey, heißt die Specialinquisition (a).

— Aus diesen Begriffen folget, daß die Specialinquisition nicht immer auf die Generalinquisition folget, daß aber auch in der Regel niemals ohne vorgängige Generalinquisition zu der Specialinquisition geschritten werden darf. Nur in dem einzigen Fall dürfte diese letztere Regel eine Ausnahme leiden, wenn eines Theils nicht nur das corpus delicti zur vollkommenen Gewissheit gebracht sondern auch andern Theils der Thäter schon mit volliger Zuverlässigkeit ausfindig gemacht ist (b) — In der Generalinquisition übrigens kommen folgende, nun, einzeln näher zu erörternde Gegenstände vor: 1) Veranlassung der Untersuchung; 2) Erkundigung der Wirklichkeit des Verbrechens; 3) Anstalten, sich derjenigen Personen zu versichern, deren man zur Fortsetzung der Untersuchung bedarf, im Fall man ihre Erfahrung besorget, oder sie sich entfernet haben; 4) Entdeckung des Thäters; 5) Entscheidung, ob gegen jemand mit der Specialinquisition verfahren werden solle.

a)

- a) Die Rechtsgelehrte geben gar verschiedene Begriffe von der General- und Specialinquisition. Sieh. z. V. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 592. Koch Institut. jur. criminal. §. 712. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelehrtheit. §. 1504. 1505. Derselbe Diss. de sententia condemnatoria sine prævia inquisitione speciali. Hal. 1774. Sect. I. §. 1. (Auch in Dessen Exercitat. academ. No. 28.). Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 499. Hier sind die von Joh Christ. Eschenbach Vom Begriff der Generalinquisition. Rostock 1789. §. 7. gegebenen Begriffe angenommen worden. Derselbe zählt die von andern gegebenen Erklärungen auf, und rechtfertigt zugleich die seinigen umständlich. Klein, Kleinschrod und Siemert über den Unterschied der General- und Specialinquisition in dem Archive. B. I. St. 1. n. 3.. B. III. St. 1. n. 2. B. V. St. 2. n. 4. Beinahe jedes der neuesten Compendien, z. B. von Meister, Feuerbach, Tittmann, Grolmann u. s. w. enthält eine eigenthümliche Bestimmung dieser Begriffe. Die neueste Schrift hierüber ist Hagemeisters Erörterungen über General- und Spezialinquisition. Berlin 1804. Grolmann hat seine Definition aus dessen Principien gefolgt.
- b) Quistorp a. a. O. Mevius P. V. Dec. 301. Koch l. c. §. 779.

§. 209.

I) Veranlassung der Untersuchung.

Will der Richter sich nicht einer Injurien- und Entschädigungsfrage anssezen (a); so darf er ohne hinreichende Veranlassung eine Untersuchung gegen niemand verhängen. Diese Veranlassung kann aber entweder in einer Denuntiation, oder in einem allgemeinen Gerüchte liegen (b). Die erste ist nichts anders, als die Anzeige eines begangenen Verbrechens, manchmal auch seines Urhebers, die dem Richter in der Absicht, die Untersuchung desselben zu bewirken, durch gewisse Umstände wahrscheinlich gemacht wird, und sie unterscheidet sich

sich durch die angegebene Absicht des Anbringers von dem letzteren. Dieß sind die zwei einzige denkbar Wege, auf welchen ein begangenes Verbrechen zu des Richters Wissenschaft gelangen kann, und es ist daher vergeblich, noch andere besondere Veranlassungsbursachen aussuchen zu wollen (c), so viel aber ist richtig, daß nicht sowohl die Denuntiation, oder das allgemeine Gerücht an und für sich, als vielmehr die mit beiden verbundenen Umstände und übrigen Anzeigen, die solchen den gehörigen Grad von Wahrscheinlichkeit geben, die Verhängung der Inquisition eigentlich begründen und rechtfertigen (d). In jedem Falle aber ist der Richter verbunden, zu seiner Legitimation sowohl, als zur Belehrung des künftigen Urtheilsverfassers die Veranlassung der verhängten Inquisition mit allen, auch den geringsten Nebenumständen sorgfältig zu Protokoll zu nehmen (e).

a) P. G. D. Art. 20, 6.

b) P. G. D. Art. 6,

c) Dies thun z. B. Hoffmann Deutsche Reichspraxis, Thl. II. §. 1834. folg. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse, §. 501. folg. Eben so ist auch Grodmann a. a. D. §. 554. Weniger bedenklich in Verhängung der Generalinquisition, gibt dann aber auch die nöthigen Vorsichtsmaßregeln hiebei an die Hand.

d) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Thl. II. §. 596. Ludovici Einl. zum peinl. Prozeß, Kap. I. §. 3. 4. Koch Institut. jur. criminal. §. 713.

e) P. G. D. Art. 7. Ludovici a. a. D. §. 5. 6.

§. 210.

Denuntiation eines begangenen Verbrechens.

Wenn man bedenkt, daß auch der unschuldigste Mensch, durch Bosheit gottloser und schadenfroher Leute, durch Härte seines Schicksals, durch Unvorsichtigkeit und Sorglosigkeit, durch eine seltsame Verbindung unglücklicher Umstände und Verhältnisse, in den Verdacht eines begangenen Verbrechens kommen kann, und darneben die fast unabsehbar nachtheiligen Folgen eines verhängten peinlichen Prozesses erwäget; so liegt von selbst am Tage, daß der Richter eine ihm gemachte Denuntiation, mit allen angegebenen Umständen auf das sorgfältigste zu prüfen verbunden ist. Er muß daher auf die Beschaffenheit des Denuntianten und seine Glaubwürdigkeit, auf die Gründe, die er seiner Angabe unterlegt, auf die Natur des angezeigten Verbrechens selbst, auf die Person des Denuntianten seine ganze Aufmerksamkeit richten, und aus all diesen Umständen zusammengenommen den Grad der erzeugten Wahrscheinlichkeit nach logischen Regeln beurtheilen (a). Alle ihm bekannten Umstände ist der Denuntiant auszugeben schuldig, und, nach Besinden der Umstände, auch verbunden, sein Vorgeben eidlich zu bestätigen (b). Zu dem Beweis der Richtigkeit seiner Angabe hingegen ist derselbe eben so wenig, als zu einer Sicherheitsleistung, oder zum Vorschuß der Untersuchungskosten gehalten (c). Die Verschweigung seines Namens verlangt er so lange mit Recht, als nicht der Denuntiat denselben zum Behuf seiner Vertheidigung zu wissen begehrte (d). Außer denjenigen Personen, die vermbge ihres Amts alle ihnen bekannt gewordene Verbrechen anzeigen müssen (e), legen die Reichsge-
setze.

seze (f) einem jeden die Verbindlichkeit zu der Anzeige auf, der einen des Hochverraths, oder Gotteslästerung Schuldigen anzugeben weiß, und einzelne Landesgesetze haben diese Obliegenheit nicht selten noch auf andere Verbrechen ausgedehnet (g). Diejenigen, die das ihnen durch die Gesetze aufgelegte Siegel der Verschwiegenheit brechen, handeln zwar, in der Regel, unrecht, und verdienen, nach Besinden der Umstände, Strafe, aber daß eine von ihnen gemachte Denuntiation niemals Veranlassung zur Verhängung der Untersuchung werden könne, läßt sich mit Gründen nicht behaupten, es hängt vielmehr alles von dem innern Gehalt der Anzeige selbst ab (h). Gegen den Inquisiten kann der Denuntiant nur dann einen gültigen, unverwerflichen Zeugen abgeben, wenn seine Anzeige durch die Aussage eines andern vollgültigen Zeugen, oder auf andere Art höchst wahrscheinlich gemacht wird, und er sonst auch nach der allgemeinen Lehre vom Beweis und von der Glaubwürdigkeit der Zeugen zugelassen werden muß (i). Wegen in der Folge erdichtet und falsch besundenen Angaben kann der Denuntiant, nach dem Maasse seiner Bosheit, oder wenigstens unentschuldbaren Nachlässigkeit nicht nur mit einer öffentlichen Strafe belegt werden, sondern ist auch dem Denuntirten zum Schadensersatz und sonstiger Genugthuung allerdings gehalten (k).

- a) Car. Frid. Walch Diss. de verisimilitudine criminis. Jen. 1785. Jos. Ernst. Lud. Püttmann Diss. de lubrico indiciorum. Lips. 1785. Christ. Jac. Heil Judex et defensor in processu inquisitionis. Lips. 1717. Cap. I. §. 1. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 13. Ludovici Einleit. zum peinlichen Prozeß. Kap. I. §. 7. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 4. 7. 8. 9. Neben die Requisite

- site einer glaubwürdigen Denuntiation vergl. auch Grolmann a. a. D. §. 535. not. c.
- b) Koch Institut. jur. criminal. §. 714. Leyser Spec. 560 M. 24. 26. Wernher P. III. Obs. 214. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Protestant. Tom. IV. Lib. 5. Tit. I. §. 100. seq. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 9.
- c) Mevius P. I. Dec. 41. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 595. Dessen Abhandlung, in wiefern ein Denuntiant zu den Kosten der Inquisition gehalten sey? (in Dessen Beiträgen No. IX. S. 138.) Joh. Lob. Carrach Rechtliche Annmerkungen von der Schuldigkeit, die Unkosten einer Inquisition zu tragen. Halle 1774. §. 7. Ludovici a. a. D. §. 10. Koch l. c. Wernher P. I. Obs. 156.
- d) P. G. D. Art. 20, 61. Just. Hen. Boehmer l. c. §. 96. 97. Jos. Lud. Ern. Püttmann Elementa jur. criminal. §. 765. Dem Richter jedoch müssen der Name und der Stand des Angebers niemals unbekannt seyn, indem die Angabe eines Unbekannten, in der Regel, keinen Glauben verdienet. P. G. D. Art. 63. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 6.
- e) Sieh, Claproth Einleitung in sämtliche summae Prozesse. §. 502.
- f) R. A. 1577, Thl. I. §. 4. G. V. Kap. 24. §. 9. 10.
- g) Car. Aug. Brehm Diss. de delictis exceptis. Lips. 1788. Cap. II. Claproth a. a. D.
- h) Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 5. Idem ad Carpzov. Qu. 108. Obs. 7. Vergl. Just. Hen. Boehmer l. c. §. 98. 99. Koch l. c.
- i) Der Ankläger ist durchaus unfähig, er würde Zeuge in eigener Sache seyn. Der Dissimant wird blos dann zugelassen, wenn er seine Beschuldigung aus Leichtsinn, keineswegs aber in der Absicht zu beleidigen, verbreitet hat. Leyser Spec. 560, M. 26.

27. Quistorp a. a. D. §. 594. Derselbe
bedeutliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechts-
gefahrtheit. Leipzig 1793. No. 71. S. 226. Gall.
Aloys Kleinschrod Diss. de delatorum in
caussa criminali testimonio. Würzburg. 1789.

k) Quistorp a. a. D. §. 595. Koch I. c. Me-
vius P. I. Dec. 41, von Cramer Nebenstunden.
Tl. 43. Abhandl. 5.

* Von dem Dissimanten ist der Denuntiant verschieden.
Der erstere streuet seine Beschuldigungen unter die Leu-
te aus, der letztere thut das nicht, sondern zeigt sie
dem Richter an — Der Ankläger dringet auf die öff-
fentliche Strafe, und verfolget diese seine Absicht
durch das ganze Verfahren hindurch, der Denuntiant
hingegen dringet nie auf die öffentliche Bestrafung, und
wenn ihn auch sein eigenes Interesse zu der Anzeige
bewegt; so sucht er doch blos Schadloshaltung, man
kann daher beide nicht mit einander vergleichen.

§. 211.

Allgemeines Gericht wegen eines begangenen Verbrechens.

Zrüglicher noch als Denuntiation ist das allge-
meine Gericht eines begangenen Verbrechens. Die Ge-
setzgeber selbst drücken sich hierüber also aus — vanæ
populi voces audiendæ non sunt — (a), und die
tägliche Erfahrung lehret, wie wenig man allgemei-
nen Sagen trauen darf. Es kommt hierbei alles auf
die Art und Beschaffenheit des angeblich begangenen
Verbrechens selbst, auf die Umstände, unter welchen es
begangen worden seyn soll, auf die Person des vor-
geblichen Verbrechers ob er nämlich ein solcher ist, zu
dem man sich der That versehen kann (b), auf seinen
Lebenswandel überhaupt, und besonders auf sein Be-
tragen, daß der That unmittelbar vorangegangen und
und auf dieselbe gefolget ist, wie auch nicht weniger
darauf,

darauf an, ob sich ein Beweggrund zu dem Verbrechen entdecken lässt, und so bald bei einem Umstände mehrere Ursachen denkbar sind, warum derselbe so ist; so darf man ohne hinreichenden Grund nie eine derselben für wahr annehmen. Billig achtet daher der Richter, so bald ein allgemeines Gerücht wegen eines begangenen Verbrechens entsteht, auf alle jene Punkte mit höchster Sorgfalt, vernimmt immer einen nach dem andern, der von der Sage gehöret haben will, um auf diese Weise, wo möglich, auf den ersten Ursprung zu kommen, und den Grad der Wahrscheinlichkeit des Grächts bestimmen zu können (c).

a) L. 12. §. 1. C. de poenis.

b) Das Sprichwort: *qui semel fuit malus, is semper præsumitur talis*, trüget oft, und kann höchstens nur bei Verbrechen von eben derselben Art angewandt werden.

c) P. G. O. Art. 6. 25. c. 9. 24. x. de accusat. Strubben R. B. Thl. V. B. 80. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Protestant. Tom. IV. Lib. 5. Tit. I. §. 90. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 4. Art. XXV. §. 1. seq. de Cramer Tom. III. Obs. 894. Eschenbach Ausführliche Abhandlung der Generaluntersuchung. Kap. 3.

§. 212.

2.) Erfundigung der Wirklichkeit des Verbrechens.

So bald der Richter zur Verhängung einer Untersuchung veranlasset ist, muß seine erste Beschäftigung die seyn, sich nach der Wirklichkeit und Existenz des angeblich begangenen Verbrechens zu erkundigen. Diese Wirklichkeit, oder Existenz eines Verbrechens pflegt das *corpus delicti* genannt zu werden (a), und

und die Wissenschaft von der Existenz eines begangenen Verbrechens aus einer andern Quelle, als aus dem bloßen Geständniß des Verbrechers erlangt, macht die Gewißheit des corporis delicti aus (b). Die Erforschung und Wichtigstellung des corporis delicti dienet, wie die Natur der Sache schon lehret, dem ganzen peinlichen Prozeß zur Grundlage, und heischet daher die höchste Sorgfalt des inquirirenden Richters. Die Gewißheit des corporis delicti aber hat freilich Grade, und muß der Wichtigkeit der Handlung, die gegen den Angeschuldigten in dem Prozeß vorgenommen werden soll, angemessen seyn. Sie kann bei Verbrechen, die keine Spuren zurückgelassen haben (delicta facti transeuntis) nur durch die Aussage gütiger Zeugen, oder durch andere rechtliche Anzeigen, oder durch Geständniß erlanget werden; bei Verbrechen hingegen, die Spuren zurückgelassen haben (delicta facti permanentis) kommt zu jenen noch ein anderes vorzügliches Mittel — Augenschein nämlich — hinzu (c). So lange blos von Verhängung der Generalsinquisition die Rede ist, genüget es an einer glaubwürdigen Denuntiation, oder an einem glaubwürdigen allgemeinen Gerüchte ohne daß man weiter auf die Gewißheit des corporis delicti zu sehen brauchet. Auch zur Gefangennehmung des Angeschuldigten und zur Verhängung der Specialinquisition ist ein geringer Grad der Gewißheit des corporis delicti schon hinreichend (d). Eben so kann die peinliche Frage erkannt werden, wenn starke Vermuthungen, und viele Wahrscheinlichkeit wegen der Wirklichkeit der verübten That vorhanden sind, obgleich eine vollkommene Gewißheit bei weitem noch nicht erzeuget ist (e). Leibes- und andere geringere Strafen dürfen aufgeleget werden,

wenit

wenn die Wirklichkeit der begangenen Missethat auf sehr vieler und großer Wahrscheinlichkeit beruhet, ob man gleich zu einem vollständigen Beweise nicht hat gelangen können. Um aber auf Lebensstrafen erkennen zu können, verlanget man mit Recht die höchste moralische Gewißheit des corporis delicti (f). Das bloße Geständniß des angeschuldigten an und für sich aber erzeuget diese nicht, sondern erhöhet und verstärket nur die übrigen, sonst aufgefundenen Gründe (g).

- a) Der Ausdruck — *corpus delicti* — ist vieldeutig, und bezeichnet, außer der schon angegebenen Bedeutung noch bald dasjenige, was durch das Verbrechen verletzt worden ist, bald dasjenige, wodurch das Verbrechen begangen worden ist, bald dasjenige, was durch das Verbrechen erzeugt worden ist. Nettelbladt *Diss. de sententia condemnatoria sine prævia inquisitione speciali.* Hal. 1777. (auch in Dessen *Exercitat. academ. No. 28.*) *Sect. I. §. 2.* Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 10.
- b) Ferd. Aug. Hommel *Diss. an et quatenus certitudo corporis delicti in processu criminali necessaria sit.* Lips. 1737. §. 3. v. *Justi Historische und juristische Schriften.* V. I. Abth. III. n. IV. §. 350. folg. *Biener delibata quaedam de corpore delicti capita.* Lips. 1801. *Stübel Ueber den Thatbestand.*
- c) Quistorp Grundsäge des deutschen peinl. Rechts. §. 597 = 599. Boehmer l. c. §. II. 12. Kleinschrodt Ueber den Beweis durch Augenschein und Kunstverständige. In dem Archive des Criminal-Rechts. B. V. St. 3. n. 1. und B. VI. St. 1. n. 1.
- d) Hommel *Diss. cit. §. 4-12.* Quistorp a. a. D. §. 599. Boehmer l. c. §. 13. Koch Institut. jur. criminal. §. 782.
- e) P. G. D. Art. 6. 17. 20. 35. 60. Hommel l. c. §. 12. = 16. Quistorp a. a. D. Koch l. c. §. 856.

f) L.

f) L. I. §. II. D. de quæstion. L. I. §. 24. D. ad
SCTum Silian. P. §. D. Art. 22. Wernher
P. IV. Obs. 4. Hommel l. c. §. 16. seq.
Boehmer l. c. §. 14. Quistorp a. a. D.
§. 601.

g) Boehmer l. c. §. 15, 16. Quistorp a. a. D.
§. 601.

§. 213.

Einnehmung eines Augenscheines.

Das beste und sicherste Mittel sich von der Wirklichkeit eines begangenen Verbrechens zu überzeugen, ist häufig die Einnehmung eines Augenscheines. Wenn daher I. ein Todtschlag begangen worden; so ist nach Vorschrift der peinlichen Gerichtsordnung (a), und deren durch den Gerichtsbrauch angenommenen ausdehnenden Erklärung die Besichtigung und Bergliederung des Leichnams (Leichenhau) in jedem Falle, selbst dann, wann wegen der Tödlichkeit der Wunden ganz kein Zweifel obwaltet, der Regel nach schlechterdings so nothwendig, das sogar ein bereits begrabener, noch nicht besichtiger Körper, wo möglich wieder ausgegraben, und besichtigt werden muß (b). Die Besichtigung und Bergliederung selbst aber wird also vorgenommen: der Richter verfügt sich mit zweien Schöppen und dem Gerichtsschreiber an den Ort, wo der Leichnam verwahret wird, übergibt diesen einem, oder mehreren beeidigten (c) Aerzten oder Wundärzten (d), lässt sich alle entdeckten Verleuzungen auf das genaueste beschreiben, und nimmt das alles, mit allen, auch den kleinsten Umständen, die die Sache aufklären können, zu Protokoll (e). Die Aerzte und Wundärzte stellen sodann ein sogenanntes Vilum repertum, in wel-

welchem sie ihre bereits zu Protokoll gegebenen Bemerkungen wiederholen, und ihr mit Gründen unterstütztes Urtheil über die Tödtlichkeit der Wunden, und die Todtesursache des Verstorbenen beifügen. Weichen ihre Meinungen von einander ab; so ist am räthlichsten, das Gutachten eines, oder mehrerer medicinischen Kollegien, oder Fakultäten einzuholen, und sollten auch diese sich nicht vereinigen können; so verdienet billig die gelindere Meinung, diejenige nämlich, daß die Verwundung an sich nicht die Ursache des Todtes sei, den Vorzug (f). Die Angaben der Aerzte bleiben selbst dann beweisend, wenn dieselben, auch ohne Beseyn des Richters, die Besichtigung vorgenommen haben (g).

a) P. G. D. Art. 147. 149.

b) Da jedoch die Besichtigung und Zergliederung des Leichnams blos ein Mittel ist, von der Wirklichkeit des begangenen Verbrechens sich zu überzeugen; so ist dieselbe zu Erkennung der Todesstrafe nicht schlechterdings nothwendig, sondern diese muß unstreitig auch damit statt finden, wenn die Gewißheit des corporis delicti durch andere Beweismittel hinreichend außer Zweifel gestellt ist,

c) Stehen diese in einem öffentlichen Amte; und sind im allgemeinen zu solchen Handlungen beeidigt; so ist es nicht nothig, die Beeidigung bei einem jeden einzelnen Falle zu wiederholen. Da gewöhnlich ist man schon damit zufrieden, wenn bei Erlangung einer akademischen Würde der Doktoreid auf solche Handlungen ausdrücklich mit gerichtet worden ist.

d) Die peinliche Gerichtsordnung spricht blos von Wundärzten, und erwähnet der eigentlichen Aerzte nicht. Nach dem Gerichtsbrauche aber wird heutiges Tages die Direktion der Sektion gewöhnlich dem Land- oder Stadtphysikus, oder einem andern ansässigen und bekannten Medicinä-Praktiko anvertraut, welcher sich dabei der Hülfe eines, gewöhnlich von Obigkeitswegen

bestellten Wundarztes bedienet — Sollte der Verwundete erst einige Zeit nach der Verwundung gestorben seyn; so ist es nicht rathlich, die Besichtigung und Zergliederung demjenigen Arzte und Wundarzte allein anzutrauen, der jenem während der Krankheit gewartet hat. Desto rathlicher aber ist es, ihn in Verbindung mit einem andern Arzte zuzuziehen. Steissler D. de medico vulnera curante a sectione cadaveris non excludendo. Helmst. 1749.

- e) Die Requisite dieses Protokolls s. bei Grolmann a. a. D. §. 477.
- f) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 519 - 531. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 602 - 608. Koch Inst. jur. crim. §. 722, 723. Boehmer ad C. C. C. Art. 147. — Bei diesen Schriftstellern findet man zugleich eine vollständige Litteratur — Sich. noch: Joh. Pet. Brinkmann Anweisung für Aerzte und Wundärzte, um bei gerichtlichen Untersuchungen vollständige visa reperta zu liefern: und wie die Rechtsgelehrten wissen können, ob von Seiten der Ersteren das gehörige beobachtet worden. Zweite verm. Auflage. Düsseldorf 1791. — Bei dem Kindermord kann außer der Besichtigung und Zergliederung des Leichnamis des Kindes, auch noch die Besichtigung der verdächtigen Weibsperson nothwendig werden, so wie dann auch die Lungenprobe, über deren Beweiskraft aber die Aerzte sehr verschieden denken, noch heute fast durchaus üblich ist — Daß bei Vergiftungen und andern ähnlichen Verbrechen das corpus delicti auch durch das Gutachten von Aerzten in Richtigkeit gestellt werden muß, ist vor sich klar. Ueber die Einrichtung der Sectionen s. Ploucquet von gewaltsamen Todesarten. Abschn. I. Kap. 2. Bei Kindermorden insbesondere Ploucquet a. a. D. Abschn. II. Kap. 1. Pet. Camper von den Kennzeichen des Lebens und Todes bei neugebohrnen Kindern. Frankfurt und Leipzig 1777. Chr. G. Büttner's Vollständige Anweisung, wie durch anzustellende Besichtigungen ein verübter Kindermord auszumitteln seie. Königslb. u. Leipzig. 1771.
- g) Die Gründe hiefsür gegen die Meinung anderer s. Grolmann a. a. D. §. 477.

§. 214.

F o r t s e z u n g .

II. Bei begangenen Diebstählen und Räubereien liegt dem Richter ob, die Beschaffenheit des Ortes, wo das Verbrechen begangen worden, die Größe der ausgeübten Gewalt, nebst allen übrigen Umständen auf das genaueste zu untersuchen; der allenfalls gebrauchten Instrumenten habhaft zu werden, wie auch die entwendeten Sachen zur Hand zu bringen sich zu bemühen; den Werth dieser entweder durch Hülfe der Schätzung von Kunstverständigen, oder durch eidliche Angabe des Bestohlnen, oder dessjenigen, der dieselben unter seiner Aufsicht gehabt, auszumitteln, und auf diese Weise die Wirklichkeit des begangenen Verbrechens behörig in Richtigkeit zu stellen (a). III. Bei Verfälschung und Beträgereien verfähret man auf ähnliche Art, und wenn es bei fleischlichen Verbrechen möglich ist, zurückgelassene Spuren derselben, z. B. Spuren der verübten Gewaltthätigkeiten u. s. w. zu entdecken; so müssen auch diese mit höchster Genauigkeit verzeichnet werden (b).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 531, 532. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 608. Koch Institut. jur. criminal. §. 720. Jo. Ludov. Eckhardt Progr. quaedam cautiones circa perficiendam corporis delicti in furto magno certitudinem adhibendas exhibens. Jen. 1789. Gewöhnlich wird der Thatbestand des Diebstals durch Häussehung (perscrutatio domestica) eruiert. Man s. hierüber Grömann a. a. D. §. 478.

b) Koch l. c. §. 721.

§. 215.

Summarische Vernehmung der Zeugen, Beurtheilung der Anzeigen, Geständniß.

Nicht immer kann man durch Augenschein zu der Gewißheit des corporis delicti gelangen, es bleibt daher nichts übrig, als entweder allein, oder doch Hülfsweise zu andern Beweismitteln, als zum Verhöre solcher Personen, die von der That Wissenschaft haben, oder zu rechtlichen Anzeigen, oder zu dem eigenen Geständniß des Verbrechers seine Zuflucht zu nehmen — Das erstere, das Zeugenverhöre nämlich, geschiehet hier nur ganz summarisch, in der Regel ohne vorgängige Beeidigung, blos mit der Erinnerung, die Aussagen so zu thun, daß die Zeugen solche, im Fall man es verlangen würde, eidlich bestärken könnten (a) — Von den rechtlichen Anzeigen wird unten das nöthige bemerkt werden, und daß das bloße Geständniß des Angeklagten an und für sich keine vollkommene Gewißheit des corporis delicti erzeuget, ist schon angeführt worden — Im allgemeinen aber ist nur das noch bezusezen, daß der Richter bei Untersuchung des corporis delicti auf Erforschung all derjenigen Eigenschaften, die nach den Gesetzen, oder dem Gerichtsbrauche zu dem in Frage stehenden Verbrechen unumgänglich erfordert werden, seine ganze Aufmerksamkeit richten muß.

a) Diese Regel leidet dann eine Ausnahme, wenn entweder Gefahr ist, einen vorhandenen Zeugen zu versetzen, oder wenn ein Zeuge, von dem es wahrscheinlich ist, daß er genaue Wissenschaft hat, mit der Sprache nicht heraus will. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 515. Ludovicus Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. I. §. 19. Heil

Heil Judex et defensor in processa inquisitoris. Lips. 1717. Cap. I. §. 12. Ueberhaupt gehörte besonders noch hierher: Pufendorf Tom. II. Obs. 154. Ueber das Verfahren beim Zeugenverhöre vergl. auch Grolmann a. a. D. §. 467. u. 482. Bereit sind von der Zeugenschaft Beichtväter, Kinder und Eltern, Mann und Weib gegen einander, der Vasall gegen den Lehensherrn.

§. 216.

- 3) Anstalten, sich derjenigen Personen zu versichern, deren man zu Fortzeug der Untersuchung bedarf, im Falle man ihre Entfernung besorget, oder sie sich entfernt haben.

Bei Erkundigung der Wirklichkeit des Verbrechens steht der Richter nicht selten auf Personen, die allen Umständen nach theils von der That selbst, theils von dem Thäter nähere Wissenschaft haben müssen. Diese sind nun nicht nur, so bald möglich summarisch zu vernehmen, sondern man kann auch, nach Bestinden der Umstände, ihre etwa vorhabende Entfernung verhindern. — Mit noch weit größerer Sorgfalt aber muß der Richter sich all derjenigen versichern, die mutmaßlich entweder die Verbrecher selbst, oder doch Hehler und Theilnehmer sind. Personen von geringem Stande, besonders solche, die keinen beständigen Wohnungsort haben, oder aber doch unter dem Gerichtszwange des inquirirenden Richters nicht ansässig sind, können auch wegen geringer Vergehungen, auf welche nur Relagation, oder Gefängniß- oder Geld oder eine andere ähnliche geringe Strafe gesetzet ist, so bald sie des ihnen beschuldigten Verbrechens aus genugsamem Anzeigen verdächtig sind, darneben auch zu befürchten ist, daß sie die künftige Urtheil durch die Flucht unwirksam machen

machen werden, wenn sie keine genugsame Sicherheit zu leisten im Stande sind, ohne Unstand gefänglich eingezogen werden. Sonsten aber setzt die Gefangennehmung 1.) nicht nur einen wirklichen peinlichen Foll voraus (a), sondern es muß darneben allen Umständen nach auch zugleich wahrscheinlich seyn, daß des gegenwärtigen Verbrechens wegen eine Lebensflesbes = oder dieser gleich geachtete Strafe statt finden werde (b). Außerdem wird 2.) erfordert, daß das corpus delicti behörig in Richtigkeit gestellet sey, und daß der Verdacht gegen denjenigen, den man als den Thäter einziehen will, auf tüchtigen und genugsam bewiesenen Anzeigen beruhe. Die peinliche Gerichtsordnung bestimmt zwar die Beschaffenheit und Größe dieser nicht, sondern spricht blos von gültigen Anzeigen (c) und eben deswegen, wie auch überhaupt, weil sich hierüber allgemeine und auf alle Fälle passende Regeln nicht wohl geben lassen, hänget das meiste von dem Ermessen eines vernünftigen Richters ab; allein dieses muß dann doch hauptsächlich durch den ganzen Inbegriff der vorhandenen Umstände, und durch die Eigenschaften und Verhältnisse der verdächtigen Personen geleitet und bestimmt werden (d).

a) P. G. D. Art. 6. II. Boehmer ad C. C. C. Art. XI. §. 2. Leyse; Spee. 563. M. 1-9. Gribner Principia process. judiciar. Lib. II. Cap. 10. §. 5. Koch Institut. jur. criminal. §. 758. Ludovic i Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. II. §. 5.

b) Lässt sich jedoch der Ausgang des Prozesses nicht mit Gewissheit voraussehen; so sieht der Richter um so mehr billig auf das Gegenwärtige, da eine unvorstige Gelindigkeit leicht die Flucht des Thäters zur Folge hat, und auf diese Weise sodann das Verbrechen unge-

ungestraft bleibt. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, §. 645, 646.

c) P. G. D. Art. 6. II. 218.

d) Koch I. c. §. 757. Boehmer I. c. §. 3. Ludovici a. a. D. §. 2. 3. 4. Quistorp a. a. D. §. 647. 648. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse, §. 536.

§. 217.

Fortsetzung. Mittel, von der Gefangenschaft sich zu befreien, (a) Kautionsleistung, und Ergreifung des Rechtsmittels der Berufung.

So oft entweder auf das in Frage stehende Verbrechen schon in Thesi eine geringere als eine Leibes- oder Lebensstrafe gesetzet ist, oder aber gleich Anfangs, oder doch in der Folge der Untersuchung aus allen Umständen sich ergiebt, daß in Hypothesi auf eine geringere, als eine Leibes- oder Lebensstrafe erkannt werden wird, darf der Richter zur Verhaftnehmung nicht schreiten, oder ist auch den bereits verhängten Arrest wieder aufzuheben verbunden, wenn der Angeklagte behörige Sicherheit, sich allezeit auf Verlangen stellen, und Urtheil und Recht abwarten zu wollen, leistet. Da man ist sogar, wenn eine gewöhnliche Kautions durch Bürgen, oder Pfänder nicht sollte bestellt werden können, mit einer blos eidlichen zufrieden, besonders bei solchen Leuten, die ihres vorigen Lebenswandels wegen nicht unbekannt und des Meineides halben nicht verdächtig sind. In eigenlichen peinlichen Sachen hingegen, wo von einer Lebens-, oder doch schweren Leibesstrafe die Rede ist, darf, in der Regel, Sicherheitsleistung nur dann zugelassen werden, wenn entweder das corpus delicti noch nicht gebührend berichtigt

tiget ist, oder die gegen den angeschuldigten streitenden Anzeigen nicht von der Art sind, daß ohne Bedenken zur Verhaftnehmung geschritten werden könnte (a). Doch auch in diesem Falle, so wie in jedem andern, wo die Freilassung eines Angeschuldigten und die Zulassung einer Kautions nach irgend einer Hinsicht nur einigermassen bedenklich ist, handelt der Unterrichter am vorsichtigsten, wann er ehe er einen Entschluß fasset, entweder seinen Oberrichter, oder ein Rechtskollegium befraget (b) — Gegen eine widerrechtlich verhängte Gefangennehmung kann, wenn ein Oberrichter vorhanden ist (c), das Rechtsmittel der Verurfung allerdings ergriffen werden (d), und derjenige Richter, der ohne hinlängliche Gründe zur gefänglichen Einziehung geschritten ist, oder auch den Angeschuldigten länger in der Gefangenschaft behalten hat, als es die Beschaffenheit der Sache zuläßt, ist jenem nicht nur Ersatz der Kosten und alles erweislich gehabten Schadens zu leisten verbunden, sondern auch, nach Beschaffenheit der Umstände, zur Abbitte und anderer Genugthuung gehalten (e).

a) *Heil Iudex et defensor.* C. II. §. 5.

b) *Ludovici Einleitung in den peinlichen Prozeß.*
Kap. II. §. II. *Mevius P. I. Decis. 4.* *Qui-*
stor p Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §.
645. 646. *Boehmer ad C. C. C. Art. XI. §.*
4. *Claproth Einleitung in sämtliche summarische*
Prozesse. §. 537. *Meister pr. jur. crim.* §. 383.
Nebenhaupt s. auch *Grolmann a. a. D.* §. 484=486.

c) *Sieh. Meine Grundsäze II. §. 418.*

d) *Ebend. §. 405. Ludovici a. a. D. §. 12.*

e)

e) L. 32. D. de injur. L. 13. D. de poen. Boehmer l. c. §. 5. Wernher P. I. Obs. 7. Quistorp a. a. D. §. 648.

S. 218.

Fortsetzung. b) Vertheidigung zu Abwendung, Nachlassung, oder Milderung des Gefängnisses.

Vertheidigung im peinlichen Prozeß ist eine jede mit Gründen unterstützte Ausführung, die dahin abzwecket, irgend eine nachtheilige Handlung, die dem Angeklagten bei der Untersuchung, oder Bestrafung eines Verbrechens bevorsteht, von diesem abzuwenden. Auch die peinlichen Richter sind Menschen, sie haben bei ihrem wichtigen Geschäfte allenthalben mit menschlichen Unvollkommenheiten, oft auch mit menschlichen Bosheiten zu kämpfen; sie sind häufig der Gefahr ausgesetzt, durch mehr als wahrscheinliche Beschuldigungen der Verläumding, durch boshaftes oder falsche und irrite Zeugnisse, durch einen wunderbaren Zusammenfluß höchst scheinbarer und dennoch grundloser verdächtiger Umstände, durch Irrsal und Stumpfsinn verleitet und getäuscht, Trugschlüsse auf Trugschlüsse zu häufen, und hierauf ungerechte Urtheile zu bauen; sie sind oft selbst boshaft genug, die Wahrheit erkennen zu wollen, um auf die unterdrückte Unschuld die Stützen der Macht und des Wohllebens zu gründen; oft sind ihre Leidenschaften durch den schwarzen Gedanken der zu rügenden Missethat zu sehr wider den Thäter erhitzet worden, als daß sie geneigt seyn sollten, das was zu seiner Entschuldigung dient, aufzusuchen, und unter der ironirigen Hülle des Verbrechers noch die Gestalt des Menschen mit allen seinen Rechten und Vorzügen zu entdecken — Die Notha-

wen

wendigkeit der Begünstigung der Vertheidigungen lieget daher von selbst am Tage, und es kann keinem Angeklagten die Führung einer Defension verweigert werden, wenn von einer Handlung die Rede ist, die ihm großen Nachtheil bringen würde. Dahin gehören Verhaftnehmung, Specialinquisition, Konfrontation, peinliche Frage, Territion, Reinigungseid, die Strafe selbst. Ja wenn von Lebens- oder schweren Leibesstrafen, oder der peinlichen Frage die Rede ist; so lieget dem Richter ob, wenn auch gleich der Inquisit freiwillig der Vertheidigung sich begiebt, einen Vertheidiger von Amts wegen zu bestellen (a).

a) P. G. D. Art. 47, 88, 151, 154, 155, 156. L. 13. D. ad L. Aquil. L. 3. D. de bon. eor. qui ante sentent. Boehmer ad C. C. C. Art. 47. §. 1. Phil. Thom. Koehler Diff. sistens de emendanda de criminali meditationes quasdam. Magonunt. 1787, Med. 1. Phil. Jac. Sahler Diff. de necessitate defensorum. Argentor. 1766. p. 36. seq. de Cramer Diff. de favore defensionis et irrationalitate consuetudinis defensorum exclusivæ in caassis criminalibus. Marburg. (in Opuscul. Tom. IV. pag. 191. seq. und in Obs. Tom. III. Obs. 974.) (Joh. Fried. Hermann) Versuch einer näheren Anleitung zur gründlichen Abfassung der Vertheidigungsschriften für peinlich Angekladigte, Dresden u. Leipzig 1785. S. 3. folg. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. S. 652. Derselbe Abhandl. Wenn einem Angekladigten zu Führung seiner Vertheidigung ein besonderer Sachwalter von Amts wegen zuzuordnen sey? in Dessen Beiträgen No. 41. S. 594. folg. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses. Thl. II. Abschn. I. Hauptst. 8, §. 31-50. Desselben pr. j. crim. §. 387.

§. 219.

Fortsetzung.

Eben aus der Nothwendigkeit der Begünstigung der Vertheidigungen aber ergeben sich nun folgende Sätze: 1) selbst dem überwiesenen Verbrecher, wie auch demjenigen, der das Verbrechen bereits eingestanden hat, darf, ohne auf die Beschaffenheit des letzteren zu schen, die Vertheidigung niemals abgeschnitten werden (a). 2) Subsidiarisch ist der Richter die zu Führung der Vertheidigung nöthigen Kosten herzuschießen verbunden (b). 3) Der zu Einbringung der Defension anberaumte Termin ist niemals peremptorisch (c). 4) Nach Beschaffenheit der Umstände, wenn nämlich der Angeschuldigte einigermaßen wahrscheinliche Gründe für sich anzuführen vermag, kann selbst eine zweite, dritte u. s. w. Vertheidigung nicht abgeschlagen werden (d). 5) Dem angeklagten muß die Wahl seines Vertheidigers ganz frei bleiben, wenn nur diese auf kein ganz unsfähiges Subjekt fällt (e). 6) In zweifelhaften Fällen endlich überwiegt die Vermuthung für die Unschuld, oder Entschuldigung allezeit diejenige für die Schuld, oder größere Anschuldigung (f) — Auf der andern Seite jedoch darf die Begünstigung der Vertheidigung nicht zur Beugung der Justiz, und zum Verschleiß der Gerechtigkeitspflege missbraucht werden, worüber der Richter billig mit aller Sorgfalt wacht (g).

a) Mevius P. II, Decis. 321. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. VIII, §. 3. 4. 5. 7. 8. 9.

b) V. G. D. Art. 47. 154. Boehmer ad C. C. C. Art. 47. §. 4. 5. Ludovici a. a. D. §. 7.

- c) P. G. D. Art. 155. Leyser Spec. 562. M. 18.
Ludovici a. a. D. §. 11.
- d) Boehmer I. c. Art. 77. §. 1. Ludovici a. a. D. §. 12.
- e) P. G. D. Art. 88. Ludovici a. a. D. §. 6.
- f) Nebenhaupt gehören hierher: Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 653 - 657. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses. Thl. II. Abschn. 1. Hauptst. 8. §. 31 - 50. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 552.
- g) Leyser Spec. 562. Quistorp a. a. D. §. 660.

§. 220.

Fortsetzung.

Ohne eine vollständige Kenntniß aller, auch der kleinsten Umstände der That, lässt sich eine gründliche Vertheidigung nicht führen. Dem Defensor kann daher die Einsicht der bereits verhandelten Akten eben so wenig (a), als eine mündliche Unterredung mit dem Angeklagten verweigert werden (b). In dem letzteren Falle jedoch muss, wenn schädliche Insinuationen zu befürchten sind, der Richter entweder selbst anwesend seyn, oder doch eine Gerichtsperson beordnen (c). Die Gründe zur Vertheidigung selbst aber sind entweder aus der fehlerhaft eingeschlagenen Verfahrungsart, oder aus der Natur der Sache selbst, weil es nämlich entweder an der Gewissheit des begangenen Verbrechens mangelt, oder doch der Angeklagte der Thäter nicht ist, oder wenigstens keine Zurechnung bei ihm statt findet, oder endlich die ordentliche Strafe nicht eintreten kann, herzunehmen (d).

- a) Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Pro-

Prozesses, Thl. II. Abschn. I. Hauptst. 8. §. 50-53. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 657. Koch Institut. jur. crimin. §. 77c. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß, Kap. VII. §. 10. Mevius P. II. Decis. 321. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciat. Lib. II. Cap. 9. §. 17. Die entgegen stehende Behauptung einiger Rechtsgelehrten verdienet keine Rücksicht. Grömann a. a. D. §. 509. not. c. beschränkt die Einsicht der Akten darauf, daß der Defensor während der Untersuchung den Angeklagten mit dem Inhalte der Akten nicht bekannt machen dürfe.

- b) Meister a. a. D. §. 53. 55. Quistorp a. a. D. Koch l. c. §. 768 Kleinschrod lieber die Nothwendigkeit, den Defensor zu einer Unterredung mit dem Inquisiten anzuhalten. Im Archiv Band II. St. 2. nr. 9. Biedermann im Archive B. II. St. 3. nr. 7.
- c) V. G. D. Art. 14. 73. Meister a. a. D. §. 54. Boehmer ad C. C. C. Art. 14. §. 2. Quistorp a. a. D.
- d) Meister a. a. D. §. 56-65. Koch l. c. §. 767. Derselbe Anleitung zu Defensionsschriften nebst Mustern. Giessen 1775. S. 1-13. Joh. Fried. Herrmann Versuch einer näheren Anleitung zur gründlichen Absaffung der Vertheidigungsschriften für peinlich Angeklagte. Dresden und Leipzig 1786. Kirchhof von den Advokaten und ihren Pflichten, besonders in peinlichen Fällen. J. Ch. Koch Anleitung zu Defensionsschriften. Giessen 1779. Alex. Ockhart Anweisung zu Defensionsschriften. Leipzig 1780. Versuch einer näheren Anweisung zur gründlichen Absaffung von Vertheidigungsschriften für peinlich Angeklagte. Dresden und Leipzig 1786. A. E. Wolters Ein Wort über Defensionen, Hamb. 1805.

§. 221.

F o r t s e z u n g .

Den inneren Bau einer Defensionsschrift anlans-
gend; so macht man, ohne weiter einen Eingang vor-
auszuschicken, mit einer bündigen, zweckmässigen Erzäh-
lung der That und des bisherigen Prozesses den An-
fang. Alles überflüssige, zu der gegenwärtigen Absicht
nicht dienliche, lässt man weg, giebt sich alle Mühe
Licht und Schatten gehörig anzubringen, verwebet an
schiklichen Orten passende rechtliche Bemerkungen, und
bemühet sich auf diese Weise den Richter schon zum
voraus zu Gunsten des Angeklagten zu gewinnen.
Dann setzt man die Frage, auf welche es gegenwärtig
eigentlich ankommt, auf das genaueste fest; sichtet
die gesammelten Materialien sorgfältig, hebt aus dem-
selben dasjenige, was zu der gegenwärtigen Defen-
sionsführung nützt, heraus, trägt alles, was gegen
den Angeklagten spricht, vor, widerlegt dieses so
gut als möglich, stellet alle Gründe, die für den Un-
geschuldigten streiten, auf die einleuchtendste Art zu-
sammen, und ziehet aus dem allem das der voranges-
chickten Ausführung angemessene Gesuch. Die Schreib-
art muss mit der Wichtigkeit des Gegenstandes über-
einstimmen, mit der Stärke der Gedanken wächst
billig auch der Ausdruck an Stärke und Lebhaftigkeit,
die Sprache darf nicht niedrig, aber auch nicht zu
blühend und schwülstig seyn. Die Rubrik muss noth-
wendig nach der Verschiedenheit des Vertheidigungs
Thema's verschieden seyn, und häufig übergiebt man
die Defensionsschrift mittelst einer besondern Schedul,
in welcher man dem Richter für die Zulassung zu der
Defension, und die deshalb allenfalls vergönnten Fri-
sten danket (a).

a)

- a) Sieh. Meine Grundsäze ic. §. 72. Die Rubrik einer solchen Schedul kann diese seyn:
 Gehorsamste Ueberreichung
 bestbegründeter Defensionsschrift samt rechtlicher
 Bitte

Mein ic.

Pto. etc.

Ueberhaupt gehören hierher: Koß Anleitung zu Defensionsschriften §. 13. folg. Leyser Spec. 562. M. 27. und Cor. 3. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 658. 659. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses. Thl. II. Abschn. I. Hauptst. 8. §. 65. folg. vorzüglich aber, der schon mehr angeführte Versuch einer näheren Anleitung ic.

§. 222.

Fortsetzung.

Die Vertheidigung zu Abwendung, Nachlassung, oder Milderung des Gefängnisses insbesondere anlangend so müssen die Gründe zu derselben Theils aus den bisher vorgetragenen Grundsäzen des peinlichen Prozesses überhaupt, Theils insbesondere aus den über die Rechtmäßigkeit der Verhaftnehmung aufgestellten Principien hergewonnen werden, und wenn der Richter das mit stichhaltigen Gründen unterstützte Geschuch unerfüllt lassen sollte; so können, außer dem Rechtsmittel der Berufung, bei dem rechtmäßigen Obersen unbedingte, oder doch bedingte Strafgebote mit vollem Rechte nachgesuchet werden (a).

- a) Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts.
 §. 661. 662.

§. 223.

§. 223.

Fortsetzung. Versahrungsart gegen einen entwichenen mutmaßlichen Verbrecher.

Die Mittel entwichener mutmaßlicher Verbrecher habhaft zu werden sind; die Nachreile, die Ersuchungsschreiben, die Steckbriefe, die Aufzeichnung der Güter, die Haussuchung, die Ertheilung des sicheren Geleits und die öffentliche Ladung. Sie alle indessen finden, in der Regel, nur dann statt, wenn von eigentlich peinlichen Fällen die Rede ist, und der abwesende Angeklagte das ihm beschuldigte Verbrechen entweder bereits eingestanden hat, oder davon auf rechtliche Art überwiesen, oder doch vermidige ~~genugsam~~ dargethaner Anzeigen, die wenigstens einen halben Beweis ausmachen, höchst verdächtig ist (a).

a) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 822. 823. Bei geringen Vergehungen schreitet man, besonders wenn von der Bestrafung die Rede ist, niemals zur Nachreile, noch weniger zur Erlassung formlicher Steckbriefe, sondern lässt es höchstens bei Beschlagnahme des zurückgelassenen Vermögens bewenden. Ist hingegen noch nicht von der Bestrafung, sondern blos von der Untersuchung solcher geringer Vergehungen, die Rede; so kann man zwar Ersuchungsschreiben erlassen, auch allenfalls Haussuchung vornehmen, oder die zurückgelassenen Güter beschlagen, auf Verlangen auch ein sicheres Geleit ertheilen, aber die Nachreile und die Erlassung formlicher Steckbriefe findet durchaus nicht statt, und auch zur öffentlichen Ladung pflegt man nicht zu schreiten, wenn nicht ein besonderes Interesse des Beleidigten einschlägt, oder der Richter anderer Verhältnisse wegen sie nothwendig sieht.

§. 224.

§. 224.

N a c h e i l e.

Kein Richter darf, wenn er sich nicht einer Verlezung fremder Hoheit, oder Gerichtsbarkeit schuldig machen, und eben dadurch großen Unannehmlichkeiten auszusetzen will (a), flüchtige Verbrecher über die Gränzen seines Gerichtsbezirkes hinaus verfolgen. (Nachreile, Amtsfolge, Sequela praefectoria.) Diese Regel leidet nur dann eine Ausnahme, wenn entweder besondere Gesetze, (b), oder Verträge, oder Observanzen zwischen verschiedenen Landes- oder Gerichtsherrn in der Mitte liegen, oder aber der Missethäter gleich nach verübter That verfolget, da wo man ihn antrifft, ohne Gewaltthätigkeiten auszuüben, zur Hand genommen, sofort dem Richter des Ortes mit dem Ersuchen zur Verwahrung überliefert wird, denselben mit sich wegzuführen zu dürfen (c).

a) In diesem Falle pfleget die Mannschaft angehalten, und so lange in Verwahrung behalten zu werden, bis wegen des Vergangenen gebührende Genugthuung geleistet, und wegen der Zukunft hinreichende Sicherheit bestellt wird. Eben dieses pfleget bei einer eigenmächtigen Durchführung der Maliskanten durch fremde Gerichtsbarkeiten zu geschehen.

b) R. A. 1559. §. 22, 26.

c) Claprotth Einleitung in sämtl. summar. Prozesse. §. 539. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 824. Christ. Wildvogel Diff. de persecutione delinquentium. Jen. 1700. Mich. Christ. Müller Diff. de jure facinorosos sequela praefectoria persequendi. Altorf. 1714. Hoffmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1845. Die Reichsgesetze gestatten unter gewissen Einschränkungen die Verfolgung öffentlicher Friedbrecher in fremde Staaten

ten und Gerichtsbarkeiten. Die Handhabung des Landfriedens von 1495. Tit. Vom Nachteilen auf frischer That. R. A. von 1522. Tit. 27., von 1548. §. 20., von 1559. §. 23. folg., von 1555. §. 36. 37. Der veränderten Verfassung und Seltenheit des Verbrechens selbst wegen indessen, dürfen diese Gesetze heut zu Tage wohl selten mehr angewendet werden können. von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. XX. Abhandl. I. Koch Institut. jur. criminal. §. 945.

§. 225.

Ersuchungsschreiben.

Weiß der Richter den Aufenthaltsort des entwichenen Missethäters; so muß er mittelst Erlaßung besonderer Ersuchungsschreiben um die Auslieferung desselben bitten. Diese kommen in Anschung ihrer inneren Einrichtung mit den auch im bürgerlichen Prozeß üblichen (a) überein. Man erzählet nämlich das begangene in Frage stehende Verbrechen, führet die hauptsächlichsten Gründe, auf welchen der Verdacht gegen den Entflohenen beruhet, an, bittet diesen zu Hülfe Rechthabens, jedoch auf Kosten des requirirenden Richters, in Verhaft zu nehmen, und ihn sodann mit all denjenigen Sachen, die man bei ihm gefunden, nebst den abgehaltenen Protokollen auszuliefern, und füget die Versicherung bei, daß man die Auslieferung nicht aus einem gewissen zustehenden Rechte verlange auch in allen ähnlichen Fällen zu gleichen Gefälligkeiten bereit und willig sey. Ob und wann der ersuchte Richter zu der Auslieferung gehalten sey, ist an einem andern Orte ausgeführt worden (b), und hier daher nur noch das beizusezen, daß, wenn die in dem Requisitionsschreiben angeführten Gründe des Verdachts dem ersuchten Richter nicht hinreichend scheinen, dieser al-

lerdig's berechtiget ist, den Angeschuldigten allenfalls noch summarisch zu verhören, und wenn auch dabei kein genugsaamer Verdacht sich ergiebt, von dem requirienden Richter weitere Bescheinigung vorerst noch zu verlangen. Tritt hingegen keine solche Bedenklichkeit ein, oder ist dieselbe gehoben; so pfleget die Auslieferung, nach erhaltenem Versicherungsscheine, daß daraus keine Schuldigkeit gemacht, sondern es als eine Gefälligkeit angesehen, und jederzeit erwiedert werden solle, wie auch nach vorgängiger Erstattung aller gehabten Kosten, an der Gränze zu geschehen (c).

- a) Sieh. Meine Grundsäye ic. §. 103. Chr. Jac. Zwierlein Diff. II. de litteris requisitorialibus. Gött. 1758.
- b) Sieh. Meine Grundsäye ic. §. 28.
- c) Quistorp Grundsäye des deutschen peinl. Rechts, §. 825, 826,

§. 226.

Stekbriefe.

Ist der Aufenthaltsort des entwichenen Verbrechers zwar nicht bekannt, aber doch allen Umständen nach wahrscheinlich, daß derselbe entweder in der Nähe sich noch befindet, oder doch sonst leicht entdeckt werden kann; so erlässtet man Stekbriefe. Diese sind nichts anders, als offene, an keinem Richter namentlich gerichtete Ersuchungsschreiben, in welchen nur noch treffende Kennzeichen, an welchen der Entflohene erkannt werden kann, aufgezählt werden. Man pflegt sie durch eigends abgeordnete Boten an die benachbarten Gerichte zu schicken, oder auch, welches in neueren Zeiten besonders üblich ist, in öffentliche Blätter einzurüken (a).

Ma 2

a)

a) Henr. Sam. Eckhold Diff. de litteris incarcerationis patentibus seu arrestantoriis. Lipsiae. 1678. Jen. 1753. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 827. 828. Claproth Einleitung in sämtl. summ. Prozesse. §. 540. Ludovici Einleitung in den peinlichen Prozess. Kap. III. §. 2-6. Kleinschrod de literis, quæ fugitiivi cujusdam persecutionem petunt ac remissionem patentium. Virceb. 1795. In dessen Abhandlungen aus dem peinl. Rechte und Prozesse. T. II. n. XI.

§. 227.

Aufzeichnung der Güter.

Um eines Theils den Beschädigten sowohl wegen der ihm gehörenden Entschädigung als auch den Richter wege des Ersatzes der Untersuchungskosten, sicher zu stellen, andern Theils aber den entflohenen Verbrecher durch Mangel an Unterhalt zur freiwilligen Rückkehr zu bewegen, ist die Aufzeichnung und Beschlagnahmung seines zurückgelassenen Vermögens nothwendig (a). Diese Aufzeichnung lässt der Richter von dem Gerichtsschreiber in Anwesenheit zweier Gerichtsschöppen, und einiger der nächsten Blutsfreunde des Entflohenen verrichten; sorgte sodann für die gehörige Verwahrung der aufgezeichneten Güter (b); veräußert dasjenige, was sich nicht aufbewahren lässt, mittelst öffentlicher Versteigerung; verhütet daß dem Entwichen nicht etwas verabfolget werde; reichert demjenigen, welche der entflohe zu verpflegen verbunden ist, notdürftigen Unterhalt, und ersucht allenfalls auch auswärtige Richter, die unter ihrem Gerichtszwange befindlichen Vermögensstücke des Flüchtigen in den Beschlag zu nehmen (c).

a)

- a) P. G. D. Art. 206. Ist, nach Grodmans richtigster Theorie a. a. D. §. 491., einzige Sicherung der Exekution des künftigen Urtheils der Zweck der Beschlagnehmung (annotatio bonorum) so muß aus der Größe der Verbindlichkeiten, über welche in jenem Urtheile zu erkennen ist, beurtheilt werden, ob sich der Beschlag auf das ganze Vermögen erstrecken, oder einen Theil desselben beschränken müsse, und der Beschlag muß in diesem Falle, wenn dagegen hinlängliche Kaution bestellt wird, aufgehoben werden.
- b) Begehrte der Gatte des Entwichenen, oder einer feiner Blutsfreunde die Verwaltung der ausgezeichneten Güter; so pflegt diesem Gesuch, nach geleisiter, allenfalls auch blos eidlicher, Kaution, leicht willfahret zu werden.
- c) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 541. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 829. 830. Leyser Spec. 627. M. 18. Boehmer ad C. C. C. Art. 206. Kress ad C. C. C. Art. 206. Gal. Aloys. Kleinschrod Diff. de annotatione bonorum delinquentis. Wirzburg. 1791. in dessen Abhandl. Thl. II. n. 7. Klüber Kleine juristische Bibliothek. Stük 22. No. 27. S. 128.

§. 228.

Haußsuchung.

Läßet sich allen Umständen nach vermuthen, daß der mutmaßliche Verbrecher unter dem Gerichtszwange des Richters sich noch befindet, und sich nur verborgen halte; so wird eine Haussuchung nothwendig (a). Eine allgemeine Haussuchung, die sich über alle Orte und Personen des Gerichtszwanges erstrecket, kann, wenn gleich kein besonderer Verdacht vorhanden ist, ohne Bedenken vorgenommen werden. Eben dieses ist der Fall bei ganz schlechten, solcher Verbrechen, als das in Frage stehende ist, verdächtigen Leuten, wie

wie auch bei berüchtigten Wirths- oder andern öffentlichen Häusern, abgesondert liegenden Mühlen u. s. w. Eine besondere, auf gewisse Orte und sonst unbescholtene Personen eingeschränkte Haussuchung hingegen, setzt allezeit einen gegründeten Verdacht, der wenigstens einen halben Beweis ausmacht, voraus (b).

- a) Die Haussuchung übrigens kann auch dazu dienen, das corpus delicti zu erforschen, oder Mitschuldige zu entdecken, oder auf andere Umstände, unter welchen die That begangen worden, zu kommen.
- b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, §. 531. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, §. 610. Derselbe Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit, Leipzig 1793. No. 31 S. 122. Eine Haussuchung, die an den Orte, wo das Verbrechen aktenkundigermassen verübt worden, in der Absicht vorgenommen wird, von dem corpore delicti eine nähere Wissenschaft zu erlangen, ist niemand nachtheilig, und kann daher ohne Bedenken so oft vorgenommen werden, als der Richter es nöthig achtet. Diese Haussuchungen haben Meister Princip. jur. crim. §. 444. und Littmann in den Grundlinien der Strafrechtswissenschaft, §. 424. unter den Gesichtspunkt begleitender Handlungen der Amtsfolge gestellt. Da diese Haussuchungen nur als vorbereitende Mittel zur Citatio realis, welche den Gerichtsdienern obliegt, erscheinen; so ergiebt sich, daß bei derselben die Gegenwart des Richters nicht, wie bei den Haussuchungen, welche als Beweisaufnahmen vorkommen, erforderlich sei. Grolmann a. a. D. §. 487. not. c.

§. 229.

Sicheres Geleit.

Kann man der Person des entwichenen Missethäters sich nicht bemächtigen; so ist, damit doch die begangene That nicht ununtersucht und unbestraft bleibe, nichts

nichts übrig, als auf vorgängiges Ansuchen ein sicheres Geleit (*salvus conductus*) zu ertheilen (*). Dieses aber ist nichts anders, als eine von dem Richter unter dem Gerichtssiegel dem flüchtigen Verbrecher ausgestellte schriftliche Versicherung, daß wenn derselbe auf die jedesmal erlassene Ladung in dem Gerichte sich stellen werde, er, wenigstens so lange, bis etwas peinliches wider ihn erkannt worden, zur gefänglichen Haft nicht solle gebracht werden. Beschränkt sich diese Sicherheit auf die zur Erörterung des beschuldigten Verbrechens angesetzten Gerichtstage (a); so ist das ein allgemeines sicheres Geleit (b). Erstreckt sich dieselbe hingegen auf die ganze Zeit der Untersuchung, bis auf den Punkt hin, wo das Endurtheil gefällt; oder auf die peinliche Frage, oder doch die Bedrohung derselben erkannt wird; so heißt das, daß besondere sichere Geleit (c). Das letztere zerfällt wieder, je nachdem in dem ertheilten Geleitsbriefe die Dauer und die Wirkungen der versprochenen Sicherheit genau festgesetzt worden sind, oder nicht, in das bestimmte, oder unbestimmte (d).

(*) Kleinschrod Versuch einer vollständigen Theorie der Lehre vom sichern Geleite. In den Abh. Thl. II. n. q.

a) Nach einem allgemeinen Gerichtsbrauche versteht man hier unter dem Gerichtstage nicht nur den zu der gerichtlichen Verhandlung anberaunten Termin selbst, sondern auch den derselben vorangehenden, und den auf denselben folgenden Tag. Hieronymus Christ. Meckbach Anmerkungen über die peinliche Haftgerichtsordnung. Jena 1756. ad Art. 76. S. 175. Koch Institut. jur. criminal. §. 953. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 10. §. 18. Ludovisi Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. III. §. 8 - 11. §. 14.

- b) Mit einer öffentlichen Ladung ist das allgemeine sichere Geleit stillschweigend verbunden, und in der Regel ist bei diesem die Leistung einer Sicherheit nicht nothwendig — Andere verstehen unter dem allgemeinen sicheren Geleite dasjenige, daß von dem Landesherrn ertheilet worden, und in dem ganzen Staate seine Gültigkeit hat; unter dem besonderen aber dasjenige, das nur an einem gewissen Orte Sicherheit verschafft.
- c) Dieses ist das eigentlich so genannte sichere Geleit, welches auf einem ausdrücklichen, zwischen dem Richter und Angeklagten eingegangenen Vertrage beruht.
- d) Bei den Reichsgerichten wird das sichere Geleit entweder unter Androhung einer gewissen Strafe, oder ohne diese ertheilet. In dem ersten Fall wird dieses *salvus conductus in optima forma*, im letzteren aber *salvus conductus in forma communi* genannt. Tafinger Institutiones jurisdrudentiae cameralis. §. 624. Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofratspraxis. §. 1471. 1472. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1853. 1854. 1855. 1857.

§. 230.

Fortsetzung.

Der Zweck der Ertheilung eines sichern Geleits ist, ein Verbrechen, dessen mutmaßlichen Urheber man nicht zur Hand bringen kann, nicht ununtersucht und unbestraft zu lassen. Die Beschaffenheit und Größe des in Frage stehenden Verbrechens selbst macht daher hier keinen Unterschied, sondern hat blos auf die Bestimmung der Größe der Kautions Einfluß (a). Nur sehr berüchtigte Menschen, von welchen gefährliche Unternehmungen gegen den Staat, und dessen Glieder zu befürchten sind, oder die schon einmal ein ihnen ertheiltes sicheres Geleit verletzt haben, pflegen das gesetzene

betene sichere Geleit abgeschlagen, und statt desselben sogleich unmittelbar auf Erlassung der Stellbriefe erkannt zu werden (b).

- a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 537. Mevius P. I. Decis. 3.
- b) P. G. O. Art. 76. 156. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 836. Mevius P. III. Decis. 169. Hofmann Deutsche Reichsspraxis. Thl II. §. 1849. Boehmer ad C. C. C. Art. 156. §. 2.

§. 231.

F o r t s e z u n g .

Die Ertheilung eines sichern Geleits ist als ein Mittel, den peinlichen Gerichtszwang wirklich ausüben zu können, zu betrachten. Einen jeden peinlichen Richter, dem nicht durch besondere Landesgesetze die Hände gebunden sind (a), muß daher die Befugniß, eine solche Sicherheit zu ertheilen, allerdings zustehen. Der Meinung, und zwar der gewöhnlichen, daß der Richter hiezu in allen Criminaffällen die Befugniß habe, wenn er sich von keinem der bisher entwickelten Mittel, des Entflohenen habhaft zu werden, Wirksamkeit versprechen könne, steht die richtige Bemerkung entgegen, daß die Untersuchung nie als Zweck an sich und daher, wenn die sonstigen Bedingungen, für die Erreichung ihres Zweckes nicht vorhanden sind, auch nicht als etwas für den Staat vorzüglich wünschenswerthes zu betrachten sei, und daß der Staat sich herabwürdige, wenn er, durch Verträge mit Menschen, welche in der Folge, vielleicht wahrscheinlicher Weise, als Verbrenner erscheinen, von den gesetzlichen Bestimmungen über

über die nothwendige Verfahrungsart gegen Verdächtige abweicht und dadurch dem Gehorsam des, den Gesetzen unbedingt sich unterwerfenden Bürgers selbst als Thorheit charakterisiert. Wenigstens sollte doch diese Rücksicht den Richter bestimmen, daß sichere Geleit in solchen Fällen nur alsdann zu ertheilen, wenn der Entschogene sich auf zu erweisende Gründe für seine Unschuld, oder doch zur Minderung des vorhanden seien den Verdachts beruft, und selbst alsdann sollte er dasselbe doch nie anders, als unter der Bedingung, daß die Beweise für die angegebenen Gründe bis zu einer bestimmten Zeit erbracht würden und sich keine neuen Gründe für die Schuld ergeben, bewilligen. (b). Weil indessen diese außer dem Gerichtsbezirk des ertheilenden Richters nicht wirksam seyn kann; so ist es freilich räthlich den Landesherrn, oder das die Stelle dieses vertretende Kollegium anzugehen, und daß man bei dem zuständigen Oberrichter wegen eines widerrechtlich versagten sicheren Geleits Beschwerde führen kann, ist außer Zweifel (c).

a) Boehmer ad C. C. C. Art. 156. §. I. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1849.

b) S. Grolman a. a. D. §. 492.

c) P. G. D. Art. 76. 156. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 834. Mevius P. III. Decis. 169. P. IV. Decis. 211. Koch Institut. jur. criminal. §. 956. Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. III. §. 13. Hanzel Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 1475. de Cramer System. process. imper. §. 1224-1235. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 230. 256. 339. de Ludolf Commentat. system. de jure camerali. Sect. I. §. 12. No. 7. p. 161.

S. 232.

Fortsetzung.

Das sichere Geleit wird auf vorgängiges Ansuchen des Verdächtigen ertheilet. Dieses Gesuch bringet man gewöhnlich durch einen Bevollmächtigten an, und wenn der Angeschuldigte es unmittelbar selbst einbringen will; so darf er wenigstens den Ort seines Aufenthalts nicht angeben. In jedem Falle aber ist zwar eine umständliche Ausführung der Vertheidigungsgründe nicht nothwendig, wohl aber die Anführung und kurze Bescheinigung dessen, was etwa dem Inkulpaten besonders zu statten kommt, sehr rathlich weil dadurch nicht nur die Erlangung des sicherer Geleites erleichtert, sondern besonders auch der Richter zu Festsezung einer geringeren Rautionssumme bestimmt wird (a). Genugsame Sicherheit nämlich muß allezeit geleistet werden, und ehe dieses geschehen ist, pflegt man den Geleitsbrief nicht auszufertigen (b). Die Größe derselben setzt der Richter nach seinem Ermessen fest, und nimmt dabei auf die Beschaffenheit des Verbrechens selbst, und den Verdacht, der den Angeschuldigten drückt, Rücksicht. Durch Bürgen oder Pfänder ist dieselbe, in der Regel, zu leisten, und eine eidliche Raution lässt man nur dann zu, wann entweder von geringen Vergehungen die Rede ist, oder gegen den Angeschuldigten nur ein sehr entfernter Verdacht streift, oder auch der Verdächtige schlechterdigs nicht zur Hand gebracht, und doch von ihm eine dingliche Raution unmöglich geleistet werden kann (c). Gewöhnlich geht sie dahin, das der Vergeleitete auf ergangene Ladung sich jedesmal gebührend stellen, auch die ihm zu bezahlen aufgelegte Kosten entrichten solle. Nur bei

ges

geringen Vergehungen, die eine Geld- oder andere Strafe der Art nach sich ziehen, pfleget man dieselbe überhaupt, auch auf die punktliche Erfüllung alles desjenigen, was Urtheil und Recht mit sich bringen wird, zu richten (d).

- a) Quistorp Grundsäze des deutschen peinl. Rechts. D. 837. 843. Christ. Jac. Heil Judex et defensor in processu inquisitionis. Lips. 1717. p. 68. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1849. Mevius P. III. Decis. 196.
- b) Die Landesherrn ertheilen bisweilen auch ohne Sicherheitsleistung ein sicheres Geleit. Ludovici Einleitung in den peinl. Prozeß. Kap. III. §. 13.
- c) Ludovici a. a. D. §. 11. 12. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 17.
- d) Quistorp a. a. D. §. 839. 841. Koch Institut. jur. criminal. §. 955.

§. 233.

Fortsetzung.

Das sichere Geleit schützt gegen jede unrechtmäßige Gewalt, und so lange gegen den Vergeleiteten noch nichts peinliches erkannt ist, derselbe auch sich geleitlich verhält, das heißt, auf jedesmaliges Erfordern erscheinet, keine Anstalt zur Flucht macht, und keine neuen Verbrechen begeht, die die Gefangenennahme nothwendig machen (a), darf er gefänglich nicht eingezogen werden — Die Wirkungen des sicheren Geleites fallen mithin weg, wenn 1) auf die Tortur, oder die Bedrohung derselben, oder auf eine peinliche Strafe erkannt ist, wobei der Richter die zu Einwendung der Suspensionsmittel anberaumte zehentägige Nothfrist nicht ab-

abzuwarten braucht (b). 2) Wenn die Zeit, auf welche der Geleitsbrief ertheilet worden, abgelaufen ist 3) Wenn der Vergeleitete ein neues Verbrechen begangen, das durch sich selbst die Verhaftnehmung nothwendig macht. 4) Wenn der Vergeleitete den an ihn erlassenen Ladungen keine Folge leistet, besonders wenn er in dem zu Eröffnung des gefällten Urthels anberauften Termine nicht erscheinet. Wenn endlich 5) der Vergeleitete Anstalten zur Flucht, mithin allen Umständen nach zu fürchten ist, es werde die Absicht der Untersuchung ganz vereitelt werden.

- a) Quistorp Grundsäye des deutschen peinl. Rechts. §. 838. 840. 842. Boehmer ad C. C. C. Art. 156. §. 3. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. III. §. 15-18. §. 19-22.
 b) Ludovici a. a. D. §. 18. Koch Institut. jur. criminal. §. 958.

§. 234.

Offentliche Ladung.

Noch ein Mittel endlich des entwichenen Verbrechers habhaft zu werden ist — die Erlassung einer öffentlichen Ladung. So oft nämlich alle bisher angeführten Wege nicht eingeschlagen werden können, und keine Hoffnung ist, den Angeklagten auszumachen, oder es auch an Mitteln fehlt, diesem eine Ladung einhändig zu können, schreitet man, wiewohl selten mit günstigem Erfolge, zur Ediktalladung. In Ansehung ihrer innern Einrichtung und der Art ihrer Bekanntmachung kommt sie mit den in dem bürgerlichen Prozeß üblichen vollkommen überein (a), sie enthält allzeit, auch stillschweigend (b), ein allgemeines sicheres Geleit,

und

und wenn gleich derselben eine peremtorische Klausel das hin eingerückt zu werden pfleget, daß im nicht ErschienungsFalle der Gefadene für bekannt und überwiesen erklärt werden solle; so muß dieser dennoch in der Folge zu aller Zeit mit seiner rechtlichen Vertheidigung gehobet werden (c).

a) Meine Grundsätze ic. §. 94.

b) Nicht selten geschiehet es, daß man das allgemeine sichere Geleit ausdrücklich beifüget.

c) Koch Institut. jur. criminal. §. 950. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 831. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozeſſe. §. 542. Ludovici Einl. zum peinl. Prozeſſ. Kap. III. §. 6. 7. Schamburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 16. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1847. Leyser Spec. 628.

§. 235.

4) Entdeckung des Thäters.

Der Zweck der Generalinquisition läßt sich nicht erreichen, wenn der Richter nicht den Thäter des in Frage stehenden Verbrechens entdetet. Entdecken aber kann er ihn: I. durch Haussuchung. II. Durch Vernehmung all derjenigen Personen, die wahrscheinlich von der Sache Wissenschaft haben. Vorsichtig muß der Richter hierbei zu Werke gehen, er darf seine Untersuchung nicht gegen eine gewisse Person namentlich richten, noch den Zeugen Umstände in den Mund legen, vielmehr hat er seine Fragen ganz allgemein zu fassen, und mittelst solcher allgemeiner Fragen die That sowohl selbst mit allen Umständen, die sie begleitet haben,

ben, als auch den Thäter, seine Helfer und Heeler zu erforschen Giebt ein Zeuge, oder Denuntiant an, er wisse den Namen des Thäters nicht, kenne ihn aber, wenn er ihn sähe; so muß der Richter vorerst eine genaue Beschreibung seiner Statur, Sprache, Kleider u. s. w. sich geben, sodann denjenigen, gegen den einiger Verdacht vorhanden ist, mit mehreren andern Personen vertretenlassen, um auf diese Weise vielleicht näher auf die Spuhr zu kommen. Hat jemand schon einzigen, wie wohl sehr schwachen Verdacht gegen sich; so ist es nicht selten von gutem Nutzen, wenn derselbe als Zeuge vernommen, und auf diese Weise ein Versuch gemacht wird, ob er nicht durch seine eigene Aussagen, oder durch Verwirrung, in die er gerath u. s. w. näheren und stärkeren Verdacht begründet. Niemals aber darf eine solche verdächtige Person beeidiget, oder auch nur an Eidesstatt vernommen werden (a). III. Durch eigenes Geständniß. Endlich IV. durch nahe, oder entfernte Anzeigen.

- a) Koch Institut. jur. criminal. §. 730. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 534. 535. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 609. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. I. §. 19. 20. Pufendorf Tom. II. Obs. 155.

§. 236.

Anzeigen.

Jede That sache ist Folge einer vorangegangenen Ursache, alle sind durch eine Kausalverbindung an einander gereiht. Immer läßt sich also von einem bekannten Etwas (sei es factum oder Gang der Natur) auf das Daseyn oder Nichtdaseyn eines andern Etwas schließen

schliessen. Ist der Schluß aus der Verbindung zwischen einer aufgefundenen Thatsache, oder den aufgefundenen Thatsachen und derjenigen, welche als unmittelbarer Gegenstand des Beweises in Criminalsachen erscheint, ein nothwendiges; so ist der Beweis, welcher aus jener oder jenen Thatsachen für diese fließt, unter der Voraussetzung ein vollständiger, daß jene, wenn auch nur juridisch vollständig erwiesen seyen. Ist dagegen dieser Schluß nur möglich, nicht nothwendig, oder ist die mit der zu beweisenden nothwendig verbundene Thatsache selbst nicht vollständig erwiesen; so ist der Beweis, welcher sich dem Richter hieraus darbietet, nur ein unvollständiger, die aufgefundenen Thatsache mithin für die Gegenstände des Beweises unter eine Quelle von Vermuthungen und mithin zu den Indicien gehörig. Ist demnach eine Thatsache vorhanden, welche die Gründe enthält, woraus möglicher Weise auf andere Thatsachen geschlossen werden kann, von denen die Anwendung eines Strafgesetzes abhängt, so heißtt diß Anzeige (Indicium). Da nur a) das Daseyn eines Verbrechens überhaupt, b) das Daseyn der Schuld eines bestimmten Individuums und c) das Daseyn von Schärfungs- und Milderungsgründen Gegenstände des Beweises in Criminalsachen sind, so theilen sich die Anzeigen des Thatbestandes (indicia corporis delicti) Anzeigen des Thäters, (indicia auctoris s. delinquentis) und in Anzeigen der die Größe der Strafbarkeit bestimmenden Umstände (indicia qualitatis et quantitatis delicti) und in Hinsicht aller dieser Punkte können sowohl für die Anschuldigung, als für die Vertheidigung Beweisgründe aus der aufgefundenen Wahrheit

heit anderer Thatsachen, welche mit den bezeichneten in Verbindung stehen, abgeleitet werden (a).

a) Grolmann a. a. D. §. 448.

§. 236. b

F o r t s e h u n g .

Der Grund jedes Indiciums ist die Causalverbindung zwischen der bekannten und der daraus zu schließenden Thatsache, und nach dem verschiedenen Grade dieser Verbindung, je nachdem sich dieselbe der Nothwendigkeit des Geschlossenen annähert, oder davon entfernt, heißen die Indicien nahe, redliche, genügsame (indicia proxima) oder entfernte (indicia remota). Da übrigens diese Schlüsse, schon ihrem Begriffe nach auf blos wahrscheinlichen Gründen beruhen, blos möglich nicht nothwendig sind, so liegt von selbst am Tage, daß hier nicht von derjenigen Wahrscheinlichkeit, die nach der Vorschrift der Gesetze für Wahrheit selbst zu halten ist, (sonst auch prae sumptiones juris et de jure genannt) die mithin keine Grade hat, sondern vielmehr von dem Inbegriff derjenigen Gründe, aus welchen mehr Wahrheit als Unwahrheit erhellt, bei welchen also auch Grade vorhanden seyn müssen, die Niede ist. Beide aber, die nahen sowohl, als die entfernten Indicien können entweder bei allen Verbrechen ohne Unterschied vorkommen, oder treten nur bei gewissen einzelnen Arten von Verbrechen ein. Diese heißen gemeine (indicia communia), diese besondere Anzeigen (indicia propria) (a). Nach der Verschiedenheit der Verbindung der, als Indicium erscheinenden Thatsache mit dem Beweissache sind die Indicien wieder von dreierlei Art, 1) solche, von welchen die zu

beweisende Thatsache als Folge betrachtet werden kann (antecedirende Indicien). 2) Solche, welche als die Folgen der zu beweisenden Thatsachen erscheinen können (subsequente). 3) solche, welche als Folgen einer Ursache erscheinen, die man auch als Ursache der zu beweisenden Thatsache betrachten kann (konkurrente Anzeigen). Alle Indicien lassen sich hiernach erschöpfend classifiziren, alle möglichen einzelnen Indicien aber aufzuzählen, ist durchaus unmöglich und unnütz (b). Eben so lehrt die Natur der Sache und wird auch von den Gesetzen anerkannt (c), daß der Grad der durch vorhandene Anzeigen erzeugten Wahrscheinlichkeit nach gegebenen bestimmten Regeln unmöglich sich bewurtheilen lasse, sondern daß in einem jeden einzelnen Falle das vernünftige Ermessen des Richters vordringlich wirksam seyn müsse. Kaiser Karl V. hat nur Beispiele weise, in der Absicht die peinlichen Richter nicht ganz ohne Leitfaden zu lassen, in seiner Ordnung einzelne, sowohl gemeine als besondere, sowohl nahe als entfernte Anzeigen aufgezählt. Bei diesen uns aufzuhalten ist hier der Ort nicht (d), es mag daher an folgenden allgemeinen Bemerkungen nur noch genügen. Die Stärke oder Schwäche der Indicien hängt ab I. von dem Verhältniß derselben zu den entgegenstehenden Gegen-Indicien. Gemehr Gründe dem Indicium entgegenstehen, desto mehr wird es geschwächt, je weniger ihm entgegen stehen, desto größer ist die Vermuthung, II. hängt die Stärke der Indicien von dem Beweis derselben ab. 1) Ein Indicium kann den, aus ihm an sich hervorgehenden Grad des Verdachts nur dann begründen, wenn es selbst vollständig erwiesen ist. 2) Ist das Indicium nicht vollständig erwiesen, so sinkt der aus demselben an sich hervorgehende Verdacht,

dacht, um so viel, als an dem vollen Beweis der Anzeige mangelt (e). Eben daher darf a) der Richter auf abergläubische und nichtswürdige Indizien durchaus keine Rücksicht nehmen. b) Nicht einzelne Anzeigen abgesondert, sondern der ganze Inbegriff aller Anzeigen, der ganze Zusammenhang der entdeckten Umstände sind sorgfältigst zu erwägen, alle Gründe für und wieder auf das genaueste gegen einander zu halten, und erst dann, wann das alles geschehen ist, lässt sich ein richtiges Urtheil über den erzeugten Grad der Wahrscheinlichkeit fällen. c) Eine nahe vollständig erwiesene, wie auch mehrere nahe, wenn gleich nicht gerade vollständig erwiesene und mehrere entfernte sämtlich vollständig erwiesene Anzeigen machen zwar einen halben Beweis, daß das in Frage stehende Verbrechen von dem Angeklagten begangen worden, aus; allein in keinem Falle reichtet bloße, durch Anzeigen erzeugte Wahrscheinlichkeit, ohne Beweis zur Verurtheilung hin. Bloßer Verdacht macht noch kein Verbrechen, und nur dieses soll bestraft werden, mithin ist derselbe bei keinem Verbrechen zur Bestrafung zureichend, es mag solches ein grobes oder ein leichtes seyn, es mag Leibes- oder Lebens- oder eine der Ehre, oder Freiheit nachtheilige härtere Strafe darauf stehen. Dazu aber ist der Richter, nach Befinden der Umstände, wohl berechtigt, entweder den Angeklagten unter der Bedingung loszusprechen, daß derselbe den wieder ihn streitenden Verdacht durch einen Eid von sich ablehnen solle, oder er kann auch den verdächtigen Missethäter aus der Klasse der Bürger heraußsezzen, oder, um diese wieder ihn zu sichern, in Verhaft nehmen, und dieses selbst alsdann, wann derselbe die Tortur ausgestanden hat; denn das Gefängniß

zweckt nicht immer auf Bestrafung ab, und die Verweisung ist nicht immer Strafe (f).

- a) a. M. in Hinsicht auf diese Eintheilung ist Feuerbach a. a. D. §. 547.
- b) Grolmann a. a. D. §. 450.
- c) P. G. D. Art. 18. 24. 27. 28. 29. 31.
- d) Sieh, ausser den Kommentatoren über die peinliche Gerichtsordnung, wie auch den angeführten Abhandlungen des Walchs und Püttmanns, und andern bekannten Schriften über das peinliche Recht, vorzüglich noch Koch Institut. jur. criminal. §. 738-749. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 613-642. J. L. E. Püttmann Diss. de lubrico indiciorum. Lips. 1785. (in Opusc. jur. crim. pag. 221.) — Wolter Diss. quæ semiologiæ criminalis capita quædam summa tractat. Halæ 1790. — Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 544-565. Grolman Grundsätze der Criminallichtswissenschaft, §. 448-460.
- e) Vergl. hiemit Feuerbach a. a. D. §. 560. u. 564.
- f) Struben R. B. Thl. II. Be. 117. Jul. Frid. Malblanc Pr. de poenis ab effectibus defensionis naturalis etiam in statu civili probe distinguendis. Altorf. 1785. (Stehet auch in Plitt Anal. jur. crim. Tom. I. No. 2.) Walch Diss. cit. §. 15.
- * Dieser Meinung von Danz sind noch Quistorp in dem rechtlichen Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises - gegen Angeklagte zu verfahren sey? Rostock 1774. — Kleinschrod Neben die Wirkungen des unvollständigen Beweises in peinl. Sachen. In dessen Abh. B. I. n. 1. (Kleinschrod verwirft zwar die außerordentlichen Strafen, indem er aber Freiheitsbeschränkungen als Sicherungsmittel zulässt, verwirft er wie Danz dieselben nur dem Namen nicht der That nach) vorzüglich haben auf die Präzis

Praxis gewirkt die Entscheidungen der Höttinger Juris-
sensakultät bei Meister in den praktischen Bemerkungen. B. I. S. 1-30. und S. 213. f. Man s.
auch Kleins Annalen B. XIII. S. 217. Allein
unmöglich ist eine Meinung zu rechtfertigen, welche
den Verdacht als Verbrechen behandelt, (ein Ver-
fahren, welches selbst positive Gesetze Art. 22. d. P.
G. D. so ernstlich verbieten) und entweder den Un-
schuldigen mit unverdienten, oder den Schuldigen mit
nicht genügenden Nebeln, auf eine sehr inconsequente
Weise belastet. Allmählig gewinnt denn auch diese
richtigere Meinung das Übergewicht und nach den
Schriften von Holzschauder ab Harrlach
de poena extraordinaria deficiente plena cri-
minis probatione neuti quam decernonda. Alt.
1799. Feuerbach Revision. B. I. S. 64. und die
über die von Klein und Kleinschrod aufgestellte
Preisfrage über das Verfahren gegen höchst verdächtige
eingegangenen und in dem Archive abgedruckten Preis-
schriften von Eisenhardt, Zachariá und andern,
kann in solchen Fällen, wo größerer oder geringerer
Verdacht eintritt, nur Absolution von der Instanz und
keine andere Sicherheitsmaßregel statt finden, als eine
Aufforderung der Polizei zu besonders thätiger Aufsicht
über den Freigelassenen. In solchen Fällen aber, wo,
ohne das Daseyn außerordentlicher, nicht zu vermu-
thender Umstände, der Angeklagte als der Verbre-
cher betrachtet werden müste, und dieser nun zu sei-
ner Entschuldigung dergleichen Umstände angiebt, wel-
che sich nachher erwiesen als ungegründet darstellen,
würde es sich allerdings, als die natürliche Folge der
eigenen Schuld des Angeklagten, rechtfertigen las-
sen, wenn man denselben auf solange, als der im
Falle der Schuld verdienten Strafe desselben entsprä-
che, seiner Freiheit beraubte, wenn er nicht unter-
dessen an die Stelle seiner erdicteten Entschuldigung
eine andere, bewiesene oder wenigstens innerlich oder
äußerlich wahrscheinliche, zu sagen vermögend seyn
sollte. Sieh. über dieses alles Gräfman a. a. D.
§. 515.

§. 237.

Summarische Vernehmung.

Hat der Richter durch die bisher beschriebenen Vorlehrungen es so weit gebracht, daß eine gewisse gegenwärtige Person so viel Verdacht gegen sich hat, daß die Verhaftnehmung statt findet; so muß er, ehe er zur Specialinquisition schreitet, den Angeschuldigten vor noch summarisch vernehmen. Unter der summarischen Vernehmung aber, im Gegensatz gegen die artikulirte, wo der Befragte auf bestimmte, besonders entworfene Fragen bejahend, oder verneinend antworten muß, verstehtet man diejenige, wo der Befragte, ohne daß bestimmte Fragen vorher besonders entworfen worden wären, durch den Richter blos durch allgemeine Fragen veranlaßt wird in einer zusammenhängenden Erzählung die ihm von der Sachen Beschaffenheit beiwohnende Wissenschaft zu eröffnen. Ihr Zweck ist, eine deutlichere Erkenntniß der Wahrheit zu erlangen, sie darf daher, der Regel nach, nicht außer Acht gelassen werden (a), und da sie eine sehr wichtige Handlung des peinlichen Prozesses, ja sogar die Grundlage des ganzen weiteren Verfahrens ausmacht; so ist es vor sich klar, warum bei derselben gewisse Feierlichkeiten und große Vorsicht zu beobachten sind. Es muß nämlich 1) die Gerichtsbank mit Richter, Schöppen und Gerichtsschreiber behörig besetzt seyn (b). 2) Die Erkundigung nach der Herkunft, dem Alter, Lebenswandel, Verwandtschaft, Verbindung, in welcher der Angeschuldigte mit dem Bekleideten, Beschädigten, oder gleich Verdächtigen steht, nach den Vermögensumständen, Erwerbungsmitteln, nach der Ursache der Ladung, oder auch Verhaftnehmung pfleget allzeit die

Eins-

Einleitung zur Befehlung auszumachen (c). Hierauf folget 3) von Seiten des Richters die Ermahnung zum Geständnisse der Wahrheit, sehr oft verbunden mit Drohung und Verheißung (d). 4) Bei den Fragen selbst muß der Richter seinen Zweck, von dem Angeklagten selbst nämlich die Wirklichkeit des Verbrechens samt den dabei vorgekommenen Umständen, insonderheit auch, wo? wann? und bei welcher Gelegenheit alles geschehen, in Erfahrung zu bringen, vor Augen haben, mithin auf alles das seine Untersuchung richten, was zum vollständigen Begriffe der in Frage stehenden Missthat gehöret damit außer Zweifel gesetzt werde, ob es ein blos vorgehabtes, oder versuchtes, oder unvollendetes, oder völlig vollbrachtes Verbrechen sey (e) 5.) Alles nun, was auf diese Weise zwischen dem Richter und Angeklagten vorgehet, hat der Gerichtsschreiber auf das genaueste zu verzeichnen, und, um die höchst mögliche Genauigkeit zu beobachten, das Niedergeschriebene dem Angeklagten wieder vorzulesen (f). 6) Sollte der Inkulpat die deutsche Sprache nicht verstehen; so wird es nothwendig, zwei geschickte Dolmetscher zuzuziehen, und die gegebenen Antworten sowohl in der Muttersprache jenes, als in der Uebersetzung zu Protokoll zu nehmen. Bei Tauben und Stummen hilft man sich, wo möglich, so, daß man jenen die Fragen schriftlich vorlegt, und sie mündlich antworten läßt, diesen aber die Fragen vorsaget, und ihre Antworten sie niederschreiben läßt. Ist hingegen diese Verfahrensart nicht ausführbar, oder hat man mit Taub und Stummen zugleich, die entweder geschriebenes, nicht lesen, oder doch nicht schreiben können, zu thun; so kann man freilich, da die Zeichen- und Gebardenspra-

che

che immer sehr trüglich ist, selten die Untersuchung fortsetzen, sonder es bleibt gewöhnlich nichts übrig, als dafür zuorgen, daß dergleichen Personen in Zukunft nicht mehr schädlich werden können. Stelle der Angeklagte sich wahnsinnig, oder krank, oder taub, oder stumm; so muß man durch Aerzte, oder auf andere Art zu erforschen sich bemühen, ob es blose Verstellung, oder ein wirkliches Uebel sey (g).

- a) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 663. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. V. §. 2. Das Gegentheil behauptet Mevius P. V. Decis. 301.
- b) Karl Traugott Fischer Abhandlung von der summarischen Vernehmung im peinlichen Prozeß. Leipzig 1789. S. 28. folg.
- c) Fischer a. a. D. S. 42. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. S. 550.
- d) Fischer a. a. D. S. 43. folg. Claproth a. a. D. §. 543.
- e) Fischer a. a. D. S. 70. folg. Claproth a. a. D. §. 550.
- f) Fischer a. a. D. S. 80. folg.
- g) Claproth a. a. D. §. 544-550. Der selbe zweiter Nachtrag zu der Sammlung gerichtlicher Akten. Enthält Auszüge aus zweien Untersuchungskästen wider Taub- und Stumme, wie auch eine Beschreibung der Mannheimischen Torturbank, ingleichen des im preußischen erfundenen Troges. Mit einem Kupfer. Gött. 1791. Koch Institutiones jur. criminal. S. 797. 798.

798. Quistorp a. a. D. §. 672. Vergl. überhaupt: Joh. Christ. Eschenbach Ausführliche Abhandlung der Generalinquisition. Erster Theil. Schwerin und Wismar, 1795.

S. 238.

F o r t s e z u n g .

Gestehet gleich der Inkulpat bei der summarischen Vernehmung das Verbrechen mit allen Umständen; so darf doch, verausgesetzt, daß von einer Missethat die Rede ist, auf welche wenigstens die Strafe der Negation folget, die Specialinquisition niemals unterbleiben (a). Ehe jedoch der Richter zu dieser schreitet, muß er diejenigen Umstände, die durch das Verhör des Angeklagten noch nicht behörig im reinen sind vorerst noch möglichst zu berichtigen sich bemühen. Dies kann durch Besichtigung, Abhörung solcher Personen, die Wissenschaft von der Sache haben, Erfundigung bei auswärtigen Obrigkeit, und auf mancherlei andere Weise geschehen. Auch leisten Konfrontationen, von welchen unten weiter gehandelt werden wird, schon hier, als Ausnahme von der Regel, zuweilen guten Nutzen (b). Im Falle daß der Inkulpat zu keinem Geständnisse zu bringen ist, hat der Richter die einzelnen bewiesenen Punkte, in soweit dieses, ohne schädliche Suggestionen zu begehen, geschehen kann, durchzugehen und in Ansehung ihres sowohl die Mittel, welche zum Beweise des Ablaugnens des Inkulpaten gebraucht werden könnten, als auch die Einreden, welche denselben gegen die Beweismittel zustehen könnten, kennen zu lernen (c).

a) Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß, Kap. V. §. 2. Leyser Spec. 560. M. II. Dan. Net.

Nettelbladt Diss. de sententia condemnatoria sine prævia inquisitione speciali. Hal. 1777.
 (Auch in Dessen Exercitat. academ. No. 28.)
 Car. Frid. Walch Diss. de verisimilitudine criminis. Jen. 1785. §. II. Koch Institut. jur. criminal. §. 777.

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 551. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 664.

c) Grolmann a. a. D. §. 537.

§. 239.

5) Entscheidung, ob mit der Specialinquisition verfahren werden soll.

Auf die bisher beschriebene Weise vorbereitet, ist nun die Sache zu der Entscheidung, ob die Specialinquisition statt finde, oder nicht, reif. Diese beginnet mit dem artikulirten Verhör des Angeklagten, und so bald letzteres einmal vorgenommen worden ist, heißt der Inklupat — Inquisit — peinlich Beklagter. Zur Specialinquisition übrigens kann nur dann rechtmäßig geschritten werden, wenn I. das corpus delicti behörig in Richtigkeit gebracht (a); II. von einem eigentlich peinlichen Fall, auf welchem eine Lebens-Leibes, oder dieser gleich geachtete andere schwere Strafe siehet die Rede ist (b); III. der Inklupat das Verbrechen entweder selbst gestanden hat, oder dessen überwiesen, oder doch sehr starker Verdacht, daß er die Missethat wirklich begangen habe, gegen ihn vorhanden ist. Die Beurtheilung dieses überlassen die Gesetze dem vernünftigen Ermessens des Richters (c), gewöhnlich jedoch fordert man solche Anzeigen, die rechtlicher Art nach zum wenigsten einen halben Beweis ausmachen (d) — In der Specialinquisition selbst aber kommen folgende Handlungen;

lungen; vor: 1) das artikulirte Verhör; 2) verschiedene Vertheidigungen; 3) Beweis; 4) Konfrontation; 5) Mittel, die Wahrheit herauszubringen; 6) die Urtheil; 7) Rechtsmittel dagegen; 8) Vollstreckung (e).

- a) P. G. D. Art. 6. 20, 35. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 667. Car. Frid. Walch Diss. de verisimilitudine criminis. Jen. 1785. §. 10.
- b) P. G. D. Art. 6. Quistorp a. a. D. §. 665. 667. Boehmer ad C. C. C. Art. 20. §. 10. Koch Institut. jur. criminal. §. 782. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IV. §. 2. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 18. Leyser Spec. 560. M. II. seq. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1871-1876.
- c) P. G. D. Art. 6, 7.
- d) Koch I. c. Quistorp a. a. D. §. 667. Boehmer I. c. §. 1. 2. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 557.
- e) Nicht bei einer jeden Untersuchung indessen kommen gerade alle diese einzelne Handlungen vor.

§. 240.

Mittel, die Specialinquisition abzuwenden.

Die Verhängung der Specialinquisition hat für den Angeklagten höchst nachtheilige Folgen. So lange dieselbe dauert, und er seine Unschuld nicht dargethan hat, wird er für anrüchig gehalten, aus Zünften, Innungen und Gesellschaften ehbarer Männer ausgeschlossen, zu neuen Ehrenstellen nicht zugelassen, auch, wenn das Verbrechen die Verwaltung seines Amtes betrifft, oder die fernere Führung seines Amtes

tes Anstoß und Angerniß verursachen würde, von diesem einstweilen suspendiret (a). Nothwendig gehet daher der Richter bei Erkennung derselben höchst vorsichtig zu Werk und billig ist es, daß die Gesetze dem Angeschuldigten einige Mittel vergönnen, durch die er solche von sich abwenden kann. Diese sind: 1.) Vertheidigung zu Abwendung der Specialinquisition. Die oben von Vertheidigungen überhaupt angegebenen Grundsätze finden auch hier ihre volle Anwendung, und die gerade zu dieser Vertheidigung tauglichen Gründe ergeben sich aus dem bisher angeführten von selbst. Der Defensor muß nur immer den Zweck seiner Vertheidigung sorgfältig vor Augen behalten, und daher der Ausführung solcher Gründe sich enthalten, die blos dahin abzwecken, dem Missenthalter eine Milderung der ordentlichen, oder die Zuerkennung einer außerordentlichen Strafe zu erwürken (b). Trauet der Defensor seiner Vertheidigung nicht ganz, und ist doch höchst einleuchtend darzuthun im Stande, daß nach völlig geendigter Specialinquisition höchstens nur auf den Reinigungseid, oder eine Geldstrafe erkannt werden kann; so thut er wohl, wenn er jazo gleich erklärt, daß der Zeuge zu dem einen, oder der andern wirklich bereit sey (c).

a) Koch Institut. jur. crim. §. 781. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 674. Leyser Spec. 560. M. 18. seq. et Cor. 2. Boehmer ad C. C. C. Art. 20. §. 6.

b) Koch l. c. §. 784-788. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 10. §. 24. Quistorp a. a. D. §. 675. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 553. Eudorici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. IV. §. 3. folg. Boehmer l. c. §. 7-17.

c) Boehmer l. c. §. 18. Koch l. c. §. 788. §. 241.

§. 241.

Fortsetzung.

Ein weiteres Mittel noch, die Specialinquisition abzuwenden, ist die Abolition, oder Aufhebung der Untersuchung. Unter ihr verstehtet man nichts anders, als die Landesherrliche Verordnung, daß die wegen eines begangenen Verbrechens angefan- gene, aber noch nicht vollendete Untersuchung aufgehoben seyn soll. Ertheilet der Landesherr einer oder mehreren Personen aus eigener Bewegung eine solche Befreiung; so ist das eine allgemeine, oder öffentliche Abolis- sition; ertheilet er sie hingegen einem, oder mehreren auf vorgängiges Ansuchen; so wird es eine be- sondere, oder Privatabolition genannt. Eine jede Abolition kann entweder unbestimmt, oder unter mancherlei Einschränkungen; entweder in Ansehung al- ler von einer Prisen begangener Verbrechen, oder nur in Ansehung des einen, oder des anderen; entweder blos mit Endigung des angestellten Prozesses, oder auch zugleich mit Zerstörung des ganzen Andenkens der Sache (a); entweder mittelst bloßer Abforderung und Zurückbehaltung der Untersuchungsakten, oder mit- telst einer formlichen Begnadigungs- oder Aboliptions- urkunde (b) ertheilet werden. In jedem Falle aber hängt die Ertheilung der Abolition, als eine Gnaden- sache blos von der Willkür des Landesherrn ab, kein Richter, kein Kollegium, denn dieses Recht nicht ausdrücklich besonders ertheilet worden, kann dieser Be- fugniß sich annässen. Die Art und Beschaffenheit des Verbrechens selbst indeffen, wie auch die Lage der Sa- che kommen bei der Frage: ob eine Abolition zu erthei- len sey? nie in Betracht. In Ansehung aller Ver- brechen,

brechen, und in jeder Lage der Sache kann der Landesherr eben so sie ertheilen, wie die Bestimmung der Punktifikationen, unter welchen sie ertheilet werden soll, von seinem Willen abhänget. Will er jedoch gerecht seyn; so muß ihn eine rechtmäßige, erhebliche Ursach zu Ertheilung einer solchen Befreiung veranlassen, und jenes höchste Gesetz — die Erhaltung und Förderung der öffentlichen Wohlfarth — darf er auch hier nie außer Augen setzen. Eine einmal rechtmäßiger Weise mittelst einer öffentlichen Urkunde zugestandene Abolition aber darf niemals wiederrufen werden, es wäre dann, daß sie durch Erzählung falscher wesentlicher, oder Verschweigung wahrer wesentlicher Umstände erschlichen worden, oder daß die Bedingungen, unter welchen sie ertheilet worden, nicht in Erfüllung gegangen wären. Röhret die Abolitions von demjenigen Landesherrn her, in dessen Staaten das Verbrechen begangen worden; so wird dieselbe einem losprechenden Urtheil gleich geachtet, und ist mithin auch außer dem Lande des Ertheilenden wirksam. Hat solche hingen gen derjenige Landesherr ertheilet, in dessen Staaten der Angeschuldigte wohnet, oder wo dieser ergriffen und zur gefänglichen Haft gebracht worden; so ist sie über die Gränzen des Verleihenden hinaus nicht verbindlich. Im Ganzen aber sind die Wirkungen einer unbestimmt erlangten Abolition, da man solche einem rechtskräftigen Urtheil gleich achtet, diese, daß von einer Bestrafung nun die Föde nicht mehr ist, und alle aus dem angeschuldigten Verbrechen erwachsende Unzulänglichkeit verschwindet, der Angeschuldigte mithin sein Amt und Würde behält, oder in dieselbe wieder eingesetzt wird, zu neuen Ehrenämtern ihm der Zutritt offen steht, er zu dem freien Genusse aller bürgerlichen

hen Rechte wieder gelanget, und diejenigen, die ihm in der Absicht, ihn zu beschimpfen, das Verbrechen vorräken, mit der Injurienklage zu belangen berechtigt ist. Von der Bezahlung der bereits aufgelaufenen Untersuchungskosten befreit jedoch dieselbe nicht, auch dem beleidigten Theile kann sie in Ansehung der ihm gebührenden Genugthuung eben so wenig nachtheilig seyn, als wenig sie andere schon erworbene Rechte eines dritten auf irgend eine Weise schmählt (c).

- a) Die Abolition des Prozesses nützt nur demjenigen, dem sie ertheilet worden. Die auf die Zerstörung des Andenkens der Sache gerichtete Abolition hingegen kommt allen Mitschuldigen zu statthen, wenn sie gleich nur einem, oder dem andern besonders ertheilt seyn sollte.
- b) Die letztere ist eine formliche Abolition, die den Angeklagten vollkommen sichert, und auch den Nachfolger in der Regierung verbindet.
- c) Quistorp Grundsäze des deutschen peinl. Rechts. §. 850-861. Koch Institut. jur. criminal. §. 977-986. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 554. Leyser Spec. 626. Christ. Wildvogel Diss. de abolitionibus et jure tertii circa eas. Jen. 1727. Jo. Rud. Engau Diss. de abolitione Jen 1754. Jo. Theoph. Seger Diss. de abolitione veteri et hodierna. Lips. 1778. Boehmer ad C. C. C. Art. 15. §. 2. Brunquell Diss. de criminum abolition. Jen. 1714. — Püttmann in adversar. C. 15. — Die Litteratur über das Begnadigungsrecht s. in Pütters Litteratur des teutschen Staatsrechts. Thl. III. §. 1284. und Klübers Fortsetzung S. 411. ff.

§. 242.

F o r t s e z u n g .

IV. Mit dem Tode des Angeklagten höret in der Regel (a) das peinliche Verfahren auf. Die Erben

ben desselben können jedoch, in der Absicht, seine Unschuld gehörig darzuthun die Fortsetzung des Prozesses allerdings verlangen, und den Bekleideten und Beschädigten bleiben ihre Rechte gegen die Erben allzeit ungekränkt. V. Ein mit dem beleidigten Theile eingegangener Vergleich mildert zwar in manchen Fällen die Strafe, aber das peinliche Verfahren hebt er nicht auf, verstärkt vielmehr den wieder den Angeschuldigten bereits vorhandenen Verdacht (b). VI. Durch Ungehorsam im nicht Antwortenden endlich, oder durch die Aufrückerung des Denuntianten, oder Anklägers wegen einer nachtheiligen Aussprengung kann die Speciaalinquisition nicht abgewendet werden (c).

a) Das Verbrechen des Hochverraths macht eine Ausnahme, L. 6. 7. 8. C. ad Leg. Jul. Maj., und bei sehr schweren Misshalten kann die Strafe allenfalls an dem Leichnam des Verbrechers vollzogen werden. Koch Institut. jur. criminal. §. 95. 987. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 861.

b) P. G. D. Art. 31. 44. Koch I. c. §. 986. Quistorp a. a. D. §. 862. Hellfeld Jurisprud. for. §. 353. Leonh. Henr. Ludov. Ge. de Cannangiesser Decision. suprem. tribunal. appellat. Hasso-Cassellani. Tom. I. Decis. 3. p. 20. Schilter Exercitat. IX. Thes. 29. Der Richter darf sich, wenn die Strafe in den Gesetzen genau bestimmt ist, ohne landesherrliche Einwilligung, mit dem Verbrecher in Vergleichs-Unterhandlungen durchaus nicht einlassen. In solchen Fällen hingegen, wo von geringen Vergehungen, deren Strafe dem richterlichen Ermessen überlassen worden, die Rede ist, kann ein Vergleich mit dem Richter allerdings zulässig seyn. Wernher P. X. Obs. 418. Quistorp a. a. D. §. 104. El. Aug. Stryk Diss. de transactione super delictis. Hal. 1695. Marc. Rhod Diss. de transactione in delictis. Erford. 1700. —

Der

Der L. 3. C. ut intra certum tempus criminalis quæstio terminetur findet heut zu Tage keine Anwendung mehr. Koch l. c. §. 988. b. Quistorp a. a. D. §. 862.

- c) Koch l. c. §. 789. 790. Boehmer ad C. C. C. Art. 20. §. 17. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 555.

§. 243.

1) Artikulirtes Verhöre.

Kann durch die bisher angegebenen Mittel die Specialinquisition nicht abgewendet werden; so bleibt nun nichts mehr übrig, als zu dem artikulirten Verhöre zu schreiten (a). Zu dem Behufe dieses ziehet der Richter aus den über die Generalinquisition verhandelten Akten besonders aus dem sowohl mit den Zeugen als mit dem Inquisiten angestellten summarischen Verhöre die Inquisitionalartikel. Unter diesen verstehet man Fragen des Richters an den Inquisiten über seine persönlichen Verhältnisse und über die Umstände des ihm angeschuldigten Verbrechens. Sie müssen, wenn sie zweckmäsig eingerichtet seyn sollen, 1) kurz und deutlich seyn, und, in der Regel, nie mehr als einen Umstand enthalten: 2) nur auf solche Umstände des Verbrechens, die zur Entscheidung etwas beitragen, darf man sie richten; 3) weder blos Bejahungs- = oder Verneinungs- = sondern fragweise sind sie einzurichten, und dürfen daher mit wahr nicht anfangen; 4) alle dem Verbrechen vorangehende, dasselbe begleitende, auf dasselbe folgende Umstände, die eigentlich das Verbrechen ausmachen, und zu dem Wesen desselben gehören muss der Richter mit möglichster Genauigkeit zu erforschen sich bemühen, und nicht nur

auf dasjenige, was dem Missethäter zum Nachtheile, sondern auch auf das, was ihm zum Vortheile gereicht, mit gleicher Aufmerksamkeit achten; 5) Entdekung der Wahrheit ist hier der höchste Zweck, die Fragen dürfen daher nicht auf Schrauben gestellt seyn, auch nichts überflüssiges, oder verschängliches enthalten; 6) in der Regel können die Artikel nur auf dasjenige Verbrechen gerichtet werden, von welchem der Richter bereits durch die angestellte Generalinquisition hinreichend unterrichtet, und in Ansehung dessen ein gegründeter Verdacht gegen den Inquisiten vorhanden und bewiesen ist (b).

a) Kleinschrod über die Rechte, Pflichten und Klugheitsregeln des Richters bei peinlichen Verhören u. s. w. Archiv B. I. St. 1. u. 2.

b) Diese Regel leidet dann eine Ausnahme, wenn der Angeklagte ein solcher Mensch ist, zu dem man sich allerhand Missethaten versetzen kann. Hat der Inquisit das Hauptverbrechen, weßwegen er eigentlich in Inquisition gerathen, bereits gestanden; so darf man ihn beiläufig auch nach denselben Verbrechen fragen, in Ansehung deren es wahrscheinlich ist, daß er sie entweder selbst begangen, oder doch Theil daran genommen, oder doch Wissenschaft davon habe. V. G. D. Art. 20. Bei der Tortur darf der Richter nur dann beiläufig nach andern Verbrechen fragen, wenn die eingeholte Urtheil ihm solches erlaubet.

§. 244.

F o r t s e z u n g .

Vorzüglich muß 7) der Richter aller Suggestionen sich enthalten. Unter diesen versteht man diejenigen Fragen, welche das Vorsagen eines speciellen, mit dem Verbrechen in besonderer Verbindung stehenden Umstandes, oder das Nennen einer bestimmten Per-

Person enthalten, und dem Befragten dasjenige in den Mund legen, was man eigentlich von ihm zuerst, und ohne besondere Veranlassung hätte hören sollen. (a). Es ist zwar erlaubt, den Inquisiten durch an ihn gerichtete Fragen zu einer bestimmten Antwort zu verleiten, aber die Antwort selbst darf nie schon in der Frage liegen. Auch dürfen zwar die schon entdeckten Anzeigen, in so ferne sie auf die Person des Thäters gehen (*indicia delinquentis*); niemals aber, in so ferne sie auf das Verbrechen selbst gehen (*indicia delicti*), in die Artikel gebracht werden. Nicht einmal dann sind Suggestionen zu dulden, wenn sie gleich auf Vertheidigung des Inquisiten abzielen (b), oder wenn die suggerirten Umstände in den Akten gegründet sind (c), und der mutmaßliche Gehülfen eines Verbrechers darf nie in der Frage genannt werden, wenn gleich starke Anzeigen gegen ihn vorhanden sind (d). Das übrigens ist gleichgültig, ob die suggestiv Eigenschaft aus den Worten der Frage klar ist, oder ob sie blos aus andern Kennzeichen geschlossen werden kann, ob also die Suggestion eine klare, oder verstekte ist, und nur allein bei geringen, nicht eigentlich peinlichen Fällen, lassen suggestiv Fragen sich rechtfertigen. Sonst ist die Nichtigkeit der vorgenommenen Handlung die nothwendige Folge einer jeden Suggestion, der ganze Prozeß hingegen zerfällt nur dann als nichtig in sich selbst, wann der volle Beweis des Verbrechens ganz, oder hauptsächlich auf dem Geständnisse beruhet, und sich findet, daß gerade diejenige Frage suggestiv ist, von welcher alles abhieng, und das ganze Geständniß des Befragten herkam. Genau genommen sollte diese aus Suggestionen entspringende Nichtigkeit durch Wiederholung des Verhörs nie gehoben werden können (e);

allein der Gerichtsbrauch ist dagegen und nimmt an, daß durch Wiederholung des Verhörs, oder Prozesses das vorige Gebrechen geheilet werden könne. So viel indessen ist gewiß, daß, wenn auf die Suggestion nicht Bekenntniß, sondern Läugnen erfolget, nunmehr weder zur peinlichen Frage, noch zur Bedrohung derselben geschritten werden kann (f) — Nicht nur aber bei dem artikulirten, sondern auch bei dem summarischen, wie auch bei dem Zeugenverhör, bei der Tortur, bei der Bedrohung derselben, und bei Konfrontationen können Suggestionen vorkommen, und in jedem Falle haben sie die nachtheiligsten Folgen für die weitere Untersuchung (g).

- a) P. G. D. Art. 50. 56. 60.
- b) Unter Beziehung auf den Art. 47. der P. G. D. halten viele dieses für erlaubt.
- c) Nur gar zu häufig bedient man sich in diesem Falle der Suggestionen in der Absicht, um den Inquisiten vom Läugnen abzubringen, und ihm zu zeigen, daß die That dem Gericht doch bekannt sey, und er sich daher mit Läugnen nicht durchhelfen könne.
- d) Hommel Rhapsod. Obs. 853.
- e) Wiederholst der Inquisit das vorige Geständniß; so fehret mit solchem der vorige Zweifel wieder, ob er diese Umstände auch ohne Suggestion angegeben haben würde? und redet er das zweitemal verschieden; so entsteht daraus ein Widerspruch, welcher die in peinlichen Sachen nöthige Gewissheit, wenigstens einigermaßen, schwächt.
- f) Es würde bei denselben immer die Ungewißheit bleiben, ob nicht die Suggestivfrage die Ursach sey, daß das Geständniß gerade so erfolget ist. Es muß also hier, nach Bestinden der Umstände, eine Verwahrung des Inquisiten eintreten, und der Richter den Zeitpunkt abwarten, bis mehrere Anzeigen gegen den Beschuldigten eingehen.

schuldigten sich ergeben, wo alsdann mit besserem Grunde das Verfahren gegen denselben erneuert werden kann — Erstreckt sich jedoch der Verdacht nur bis zum Reinigungseide; so kann dieser, der Suggestion ohngeachtet, allerdings erkannt werden.

- g) G. A. Kleinschrod Ueber Suggestivfragen des Richters. Würzburg 1787. in den Abhandlungen Thl. I. No. 2. Peter Tschauaggio Versuch einer Abhandlung von der Suggestion im peinlichen Rechtsverfahren. Osen 1784. Jo. Chr. Koch In wie fern dem durch die Marter, oder Bedräzung derselben, erpreßten und nachher vom Inquisiten ratificirten Beekenntniß zu glauben sey, daß man denselben darauf verurtheilen könne? Giessen 1754. (Stehet auch in Siebenflees Magazin Thl. II. S. 326.) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 669, 670. Boehmer ad C. C. C. Art. 56. §. 1.

§. 245.

Fortsetzung.

8) Je nachdem die Inquisitionalartikel die persönlichen Verhältnisse des Inquisiten, oder das Verbrechen selbst, und die Umstände, unter welchen dieses begangen worden, betreffen, sind sie entweder allgemeine, oder besondere. Die ersten gehen auf den Namen, Alter, Herkunft, Erziehung, Lebensart, Gewerbe, Vermögensumstände, und wohl gar auf den ganzen Lebenslauf des Inquisiten, und sind eben so wie die letzteren entweder schon vor der wirklichen Vornahme des Verhörs entworfen, oder der Richter füget sie den bereits entworfenen während des Verhörs noch bei. Die besonderen zwecken dahin ab, alle Umstände der That, sie mögen nun für, oder wieder den Inquisiten streiten zu erforschen, und es ist daher nicht genug, wenn der Richter diesen am

Ende

Ende blos fraget, ob er noch etwas zu seiner Vertheidigung vorzubringen wisse? sondern er frage ihn besonders, was ihn zu der That bewogen? in was für einem Gemüthszustande er sich bei Vollbringung derselben befunden? in welchem Verhältnisse er mit den Zeugen stehe? ob er die vorhandenen Beweise, oder Vermuthungen durch entgegengesetzte entkräften, oder schwächen könne? u. s. w. — Aus dem allem nun ergiebt sich, wie große Vorsicht bei Entwerfung der Inquisitionalartikel erforderlich und wie weise die Errichtung ist, daß dasjenige Glied des Gerichts, das sie entworfen hat, solche dem versammelten Gerichte vorlegen muß, um die Erinnerungen der übrigen zu hören, und die allenfalls nöthigen Verbesserungen anzubringen (a).

- a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozeße. §. 560 = 564. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 668. Ludovici Einleitung in den peinlichen Prozeß. Kap. V. §. 1. folg. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1964. 1965.

§. 246.

F o r t s e h u n g .

Das Verhör über die Inquisitionalartikel selbst wird vor behändig besetztem Gerichte, in Gegenwart des Richters, der Schöppen und des Gerichtsschreibers vorgenommen. Persönlich muß der Inquisit sich stellen, selbst antworten, und es ist ihm eben so wenig erlaubt, sich eines Sachwalters, als eines Fürsprechers zu bedienen. Nicht nur beim Anfang des Verhörs, sondern auch in der Folge darf der Richter an dringenden Ermah-

mahnungen, die Wahrheit zu gestehen, es nicht er-
ermangeln lassen, auch zweckmäßige Drohungen und
Verheißungen sind zulässig. Zwangsmittel aber nur
dann anwendbar, wenn der angeschuldigte aus Hals-
starrigkeit gar nicht, oder doch ganz unbestimmt ant-
wortet, offensche Lügen sich zu Schulden kommen läs-
set, und wohl gar darneben noch in dem Gerichte uns
gebührlich sich beträgt. Doch auch in diesem Falle
dürfen die Zwangsmittel nicht zu hart, und müssen
der Größe des Verbrechens, von welchem die Frage
ist, angemessen seyn. Die Tortur, oder Bedrohung
derselben findet blos zu Beugung des Ungehorsams
nicht statt, und eben so verwerflich ist das Verspre-
chen der Straflosigkeit, oder auch der Milderung der
Strafe. Auf die Gemüthsbewegungen des Inquisi-
ten achtet der Richter billig mit möglichster Aufmerk-
samkeit, benutzt die Augenblicke der Rührung, Be-
stärzung, Verwirrung, begnüget sich mit allgemeinen,
unbestimmten Antworten nicht, sondern dringet mit
Recht auf bestimmte Erklärung, hält dem peinlich
Verklagten die Widersprüche, in die er sich allenfalls
verwickelt, nachdrücklich vor, lässt ein bloses Berufen
auf das summarische Verhöhr niemals registrieren, son-
dern verlangt auf die Inquisitionalartikel eine be-
stimmte Antwort, und macht es sich vorzüglich zum
Gesetz, den Inquisiten, der zu bekennen anfängt, nicht
leicht, und nicht ohne ganz besondere Ursachen zu un-
terbrechen — Der Gerichtsschreiber protokollirt die Aus-
sagen des Inquisiten mit aller Genauigkeit, behält,
so viel möglich, die eigenen Worte desselben bei, ver-
zeichnet darneben alle übrigen bemerkenswerthen Um-
stände, besonders auch das Benehmen des peinlich Ver-
klagten, ob er zittert, sich versäbt, stammelt u. s. w.
liest

Lieset demselben nach geendigtem Verhör das Protokoll deutlich vor, erinnert ihn genau Acht zu haben, um das Niedergeschriebene entweder schlechthin genehmigen, oder die nothigen Erklärungen geben zu können, und unterschreibt, diesem vorgängig, die verfaßte Registatur. (a).

a) An vielen Orten ist es üblich, daß auch Richter und Schöppen ein jedes einzelnes Protokoll jedesmal eigenhändig unterschreiben — Ueberhaupt gehören zu diesem J. P. G. D. Art. 71. 181. folg. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 671 - 674. Claparth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 564 - 567. Koch Institut. jur. crimin. §. 795 - 802. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. V. §. 7. folg. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1966 - 1968.

§. 247.

2) Beweis.

Das nächste Geschäft in der Specialinquisition ist die Beweisführung. Bei dem Begriffe von Beweis, und den Eintheilungen desselben in künstlichen und nicht künstlichen, in einfachen und zusammengesetzten, in vollständigen und unvollständigen, halben, mehr, oder weniger als halben; hier zu verweilen ist nicht nothwendig (a), es mag daher an folgenden Bemerkungen genügen: 1) die in peinlichen Sachen zulässigen Beweismittel sind: Geständniß, Zeugen, Urkunden, Anzeigen. 2) Auf die im bürgerlichen Prozeß bei der Beweisführung zu beobachtende Nothfristen wird im peinlichen Rechtsverfahren keine Rücksicht genommen (b). 3) Eine eigenlich peinliche Strafe kann nur dann erkannt werden, wenn vollständiger Beweis vorhanden ist,

ist, dieser mag nun auf einem verbindlichen Geständnisse, oder auf andern zulässigen Beweismitteln beruhen, denn das ausser einem vollständigen Beweise auch noch das eigene Geständniß des Missethäters zu dessen Verurtheilung erfordert werde, ist den Gesetzen nicht gemäß (c). 4) Bloße Wahrscheinlichkeit, ohne Beweis, reicht nie zur Verurtheilung wohl aber zur Losprechung hin (d). 5) Ein mehr als halber, oder halber Beweis hat die Wirkung, daß, bei schweren Verbrechen, auf Tortur, oder doch Bedrohung derselben, bei geringen aber auf eidliche Reinigung erkannt wird. Ist die peinliche Frage abgeschafft, oder findet sie doch wegen der persönlichen Verhältnisse des Inquisiten in einem einzelnen Falle nicht statt; so erfolget bei Verbrechen, die nach den Grundsätzen des peinlichen Rechts Todesstrafe nach sich ziehen, wenn starker Verdacht wegen bösen Lebenswandels bes Inquisiten hinzukommt, ewige Gefangenschaft (e), sonst aber, wenn es an einem solchen Verdachte mangelt, ein bis zweijährige gelinde Gefangenschaft, nach Ablauf dieses Zeitraums aber Losprechung von der Instanz, jedoch unter der Einschränkung, daß der Verdächtige hinreichende Sicherheit, vor Gericht allezeit auf Verlangen erscheinen zu wollen, durch Bürgen, oder Pfänder bestellen muß. Bei nicht tödlichen, jedoch schweren Verbrechen hingegen erkennet man, wenn die Tortur abgeschafft ist, oder nicht statt findet, nach Beschaffenheit der Größe der nach Grundsätzen des peinlichen Rechts in Ansehung der in Frage stehenden Missethat eintretenden Strafe, entweder auf halbjährige, oder jährige leidliche Gefangenschaft, nach ^{Wiederholung} ~~Verfügung~~ ^{der} wenn Sicherheit, ^{an} ~~zu~~ Verlangen sich allzeit stellen zu wollen, geleistet worden ist, auf Losprechung von der Instanz; oder,

oder, ohne weitere Bestrafung, auf Entbindung von der Instanz, und Kautionsbestellung (f). 6) Ein weniger als halber Beweis hat die Folge, daß, je nachdem der Angeklagte des Meineides wegen verdächtig ist, oder nicht, entweder auf Territorium, oder eidliche Meinigung, oder auch ohne daß weder das eine, noch das andere verangehet, blos auf Entbindung von der Instanz gesprochen wird (g). Diese letztere ist allerdings auch noch nach der Specialinquisition zulässig, denn kein Gesetz ist dagegen, und auch in diesem Zeitpunkte sind oft noch die Vermuthungen nicht stark genug, um etwas darauf erkennen zu können (h). Die auf Nahrung und Vertheidigung verwandten Kosten muß der von der Instanz Entbundene in jedem Falle tragen die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des peinlichen Prozesses aber nur dann bezahlen, wann er sie entweder durch sein Verschulden veranlaßt, oder durch unerlaubte Handlungen den Grund zum Verdachte selbst gelegt hat (i). 7) Wider den Angeklagten hat eben so wenig ein Erfüllungseid statt (k), als wenig die Eideszuschreibung hier Platz greifen kann (l) 8) Dem Angeklagten, oder seinem Sachwalter liegt zwar der Beweis der Vertheidigungsgründe ob; allein wenn diese nicht alles Behufige beibringen; so muß auch der Richter von Amts wegen nach den etwaigen weiteren Vertheidigungsgründen und Beweisen der Unschuld forschen (m).

a) Sieh. Meine Grundsätze ic. §. 236, 242, 243, 245.
249.

b) ^{c)} v. O. L. Art. 156. ^{c)} v. L. Koch Institut, jur. criminal, §. 807.

c) ^{c)}

- c) P. G. D. Art. 22. 67. 69. Leyser Spec. 641. Boehmer ad C. C. C. Art. 22. 69. Kreß ad C. C. C. Art. 22. 67. 69. Koch l. c. §. 808. 810. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts, §. 677. Der Art. 16. der P. G. D. sieht hier nicht im Wege — Die Pflicht des Richters indessen ist es immer, auch bei einem vorhandenen vollständigen Beweise, durch zweckmäßiges Zureden, und andere erlaubte Mittel den Inquisitoren zu einem aufrichtigen Geständnisse zu bewegen.
- d) Der Art. 22. der P. G. D. spricht blos von der Verurtheilung, nicht von der Losprechung. Koch l. c. §. 809. b. Sieh. auch: G. A. Kleinschrod Abhandlung über die Wirkungen eines unvollständigen Beweises in peinlichen Sachen. Würzburg 1786. §. 4 = 9.
- e) Diese muß jedoch hier nicht Strafe, sondern blos Mittel zur Sicherheit seyn.
- f) Kleinschrod a. a. D. §. 9 = 11.
- g) Der letzte Weg gewähret den Nutzen, daß die vorhandenen Anzeigen nicht, wie nach Abschwörung des Reinigungsteides, oder Ausdauer der Territorium, erwischen, sondern nur einige Zeit ruhen, und mit doppelter Kraft erwachen, so bald sie mit neuen Vermuthungen verbunden werden. Kleinschrod a. a. D. §. 21. 22.
- h) Kleinschrod a. a. D. §. 23. Boehmer ad C. C. C. Art. IX. §. 1. scheinet nur anderer Meinung zu seyn, ist es aber genauer betrachtet nicht.
- i) Kleinschrod a. a. D. §. 24. Quistorp Rechtliches Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises wider einen Angeklagten bei vorhandenem genugsamem Verdacht zu verfahren sey, besonders an denjenigen Orten, wo die Tortur abgeschafft worden. Rostock 1774.
- k) L. 25. C. de probat. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 24. §. 74. Meine Grundsäze u. §. 365.

l) Sieh, Meine Grundsäze ic. §. 370. No. 4.

m) Quistorp Grundsäze des deutschen peinl. Rechts.
§. 678.

§. 248.

Geständniß.

Der Begriff, der im bürgerlichen Prozeß vom Geständniße gegeben wird, die allgemeinen Grundsäze die in Ansehung desselben gelten, die Eintheilung desselben in wahres und vermuthetes (a), ausdrückliches und stillschweigendes, gerichtliches und außergerichtliches, bestimmtes und unbestimmtes, einfaches und qualifizirtes finden auch hier Anwendung (b), und es ist daher nur noch das zu bemerken: 1. Das Geständniß in peinlichen Sachen macht an sich und allein keinem vollständigen Beweis aus (c), sondern wenn auf dasselbe die Erkennung einer peinlichen Strafe sich soll gründen können; so wird erforderlich: 1) daß das corpus delicti behörig in Richtigkeit sey (d). 2) Dass es vor dem zuständigen, behörig besetztem Gerichte abgeleget werde. (e). 3) Dass es rein, deutlich und nicht umwunden sey (f), noch auch auf Suggestionen sich gründe 4) Dass es, in so fern es durch Zwangsmittel rechtmaßig erpreßt worden, außer der Marter, und wo der Inquisit von aller Furcht und von allem Zwange befreiet ist, bestätigt werde (g). 5) Dass es nicht in allgemeinen Ausdrücken, sondern bestimmt, mit Angabe aller, auch der kleinsten Umstände, die kein Unschuldiger sagen, noch wissen kann, gefaßt sey, und dass die angegebenen Umstände, wenigstens die Hauptumstände, die auf die Vollbringung des Verbrechens einen unmittelbaren Einfluß haben, und daher zur Entscheidung

dung dienen, entweder bei der vorhergehenden, oder doch daraus folgenden Untersuchung wahr befunden werden (h). 6) Eine formliche Annahme des Geständnisses ist weder von Seiten des Richters, noch auch von Seiten des beleidigten Theils erforderlich, und so bald einmal der Inquisit die Hauptumstände, auf welche er schon verurtheilet werden kann, eingestanden hat, pfleget man sich bei denjenigen Umständen und Verbrechen, die er läugnet, nicht weiter zu verweilen, wenn solche nicht etwa eine geschrätere Strafe nach sich ziehen. 7) Wendert der Inquisit sein einmal abgelegtes Bekenntniß wieder ab; so verdienet das zuletzt abgelegte vor dem ersten desto mehr Glauben, je weniger es den Zustand des Angeklagten verbessert, und je mehr es mit den schon auf andere Weise entdeckten Anzeigen und Umständen übereinstimmet. 8) Wenn nicht von einem auf widerrechtliche Art herausgebrachten, oder durch die Marter erpreßten Geständnisse die Rede, oder das Gegentheil hinreichend zu erweisen, oder doch wenigstens sehr wahrscheinlich zu machen ist; kann der bloße Wiederruf die Wirkung eines einmal abgelegten Bekenntnisses unmöglich zernichten (i).

- a) Das letztere nimmt man wegen der bewiesenen Halsstarrigkeit des Angeklagten bei dem angestellten Verhöre; wegen des freiwillig angebotenen Vergleichs; desgleichen wenn dem Vorgeben des Angeklagten, das er jedoch nicht beweisen kann, und wodurch er die begangene That zu beschönigen sucht, eine Rechtsvermuthung entgegen steht, und endlich wenn einer bei dem öffentlichen Vorwurf, oder Anschuldigung begangener Verbrechen schweigt und sich nicht vertheidigt, an — Ein solches vermuthetes Geständniß kann zwar bei ganz geringen Vergehungen zuweilen die Wirkung eines vollen Beweises haben; aber in eigentlich
pein-

peinlichen Fällen entsteht daraus nur eine bald mehr, bald weniger starke Anzeige. P. G. D. Art. 22. — Ueber die Lehre von Bekennnissen überhaupt s. m. noch J. G. Heineccius Diss. de religione judicantium circa reorum confessiones (Opusc. Ex. 17.) — G. A. Kleinschrod Ueber das Geständniß als Beweismittel in peinl. Fällen. (In dem Archive B. IV. St. 4. n. 3. Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft. B. I. S. 3. S. 239.

- b) Meine Grundsäge u. §. 292. folg.
- c) L. I. §. 17. 27. D. de quæstion.
- d) P. G. D. Art. 6. 20. 60. Quistorp Grundsäge des deutschen peinl. Rechts. §. 681.
- e) P. G. D. Art. 46. 181. Ein außergerichtliches Geständniß macht in eigentlich peinlichen Fällen nur einen halben Beweis aus. Bei geringen Vergehungen hin gegen kann es zu Zuverkennung einer geringen Strafe genügen. Koch Institut. jur. criminal. §. 817. Quistorp a. a. D. §. 682. Frid. de Grafen Diss. de confessione qualificata. Götting. 1769. Erford. 1783. Cap. II. §. 21.
- f) P. G. D. Art. 60. Quistorp a. a. D. §. 683. 684.
- g) P. G. D. Art. 53. 56.
- h) P. G. D. Art. 54. 60. Boehmer ad C. C. C. Art. 54. Quistorp a. a. D. §. 685. 686. Grafen I. c. §. 20.
- i) P. G. D. Art. 57. Quistorp a. a. D. §. 687.

§. 249.

Fortsetzung.

II. Das qualificirte Geständniß ist in so weit nach den in dem bürgerlichen Prozeß geltenden Grundsätzen
 (a) zu beurtheilen, als nicht die Natur der Verbrechen, als absolut verbotener Handlungen, andere Bes-

stimm

stimmungen nothwendig macht. Wenn nämlich nicht für die dem Bekenntnisse angehängte Limitation eine besondere Vermuthung streitet (b); so kann, weil nun schon einmal eine unerlaubte That eingestanden worden ist, das Geständniß getheilet, das Verbrechen nämlich für bekannt angenommen, und der Beweis der angehängten Limitation erwartet werden (c). Bringt nun der Inquisit diesen ihm obliegenden Beweis wirklich bei; so hängt es einzig und allein von der Art und Beschaffenheit der dargethanen Limitation ab, ob eine gänzliche Straflosigkeit, oder nur eine Milderung der Strafe eintritt. Kann hingegen derselbe mit seinem Beweise nicht aufkommen; so findet dessen ohngeachtet, wenn die Hauptumstände der That nicht auf andere Weise behörig dargethan sind die ordentliche Strafe nicht statt, sondern es muß, wenn auch durch die nach der Natur des Falls anwendbaren Mittel die Wahrheit zu erforschen, nichts weiter herausgebracht wird, allenfalls auf eine außerordentliche Strafe erkannt werden (d).

a) Meine Grundsätze ic. §. 297, 298.

b) Z. B. Ein der Blutschande Beschuldigter gestehet zwar die fleischliche Vermischung ein, läugnet aber gewußt zu haben, daß die Person, mit der er sich fleischlich vermischt, mit ihm in Blutsfreundschaft siehe. Hier ist, wenn die Verwandtschaft nicht notorisch ist, kein Grund vorhanden, aus dem eingestandenen Beichtse auf die Wissenschaft der Blutsfreundschaft zu schliessen, es kann mithin das Geständniß nicht getheilet, sondern es muß entweder so wie es daliegt angenommen, oder der Beweis der Unrichtigkeit der anhängten Limitation geführet werden.

c) Z. B. Eine Weibsperson, die ihre Schwangerschaft verheimlicht, heimlich geböhren und die Geburt verborgen

gen hat, aber behauptet, sie habe nicht gewußt, daß sie schwanger sey, oder das Kind sey natürlichen Todes gestorben, muß die angehängte Limitation erweisen. P. G. D. Art. 131. Das nämliche Verhältniß tritt bei eingestandenem Todschlag und behaupteter Nothwehr ein. L. I. C. ad L. Cornel. de sicar. P. G. D. Art. 161.

d) P. G. D. Art. 22. de Graffen Diff. cit. de confessione qualificata. Cap. II. §. 22. seq. Das Gegentheil behauptet Koch Institut. jur. criminal. §. 816. 818.

§. 250.

Beweis durch Zeugen.

Wenn hier von dem Beweise durch Zeugen die Rede ist; so wird nicht von der Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen gehandelt (a), sondern nur folgende Bemerkungen, als eigentlich in den peinlichen Prozeß einschlagend, gehören hierher: 1) die Beweisartikel (b) entwirft der Richter, nimmt den Stoff zu denselben aus den bereits verhandelten Akten, besonders dem schon vorgenommenen summarischen Verhöhr, fasst sie so bestimmt als möglich, richtet sie vorzüglich auf das Verbrechen und die Hauptumstände desselben, die etwas zur Entscheidung beitragen, sie mögen dem Zuquisiten nun nachtheilig, oder vortheilhaft seyn, bemühet sich mittelst derselben den Grund der Wissenschaft, ohne welchen kein Zeuge Glauben verdienet, zu erforschen, und leget die also entworfenen Artikel den versammelten Gerichte zu der allenfalls nothigen Verhörtigung vor. 2) Ueber zweckmäßige persönliche Fragstücke sind auch hier die Zeugen in jedem Falle zu vernehmen, und da Fragstücke überhaupt zur Vertheidigung dessjenigen, gegen den der Beweis geführet wird,

gez.

gehören; so kann die Einreichung derselben dem Inquisitoren nicht abgeschnitten werden, und wenn ihm der Weg zu der Uebergabe derselben entweder gar nicht geöffnet wird, oder die Zeugen über die überreichten zusätzlichen Fragstücke gar nicht verhört werden; so ziehet das unmittelbar die Nichtigkeit des Verhörs nach sich, und es muß daher dasselbe wiederholet werden (d). 3) So wie in dem bürgerlichen Prozeß (e), so werden auch hier die Zeugen entweder unmittelbar, oder mittelbar mittelst der nöthigen Erhörungsschreiben vorgeladen, billig jedoch giebt sich der Richter möglichste Mühe, sie alle zur Stelle zu bringen, und unmittelbar zu vernehmen, und daß wider die ungehorsamen Zeugen Zwangsmittel statt finden, wie auch daß alle Zeugen wegen des nöthigen Aufwandes Entschädigung verlangen können, ist außer Zweifel (f). 4) Beeidigen müssen sich alle Zeugen lassen (g). Dies geschiehet in Anwesenheit des Inquisiten und seines allenfalls schon bestellten Sachwalters, und die Vernehmung selbst wird bei förmlich mit dem Richter, den Besitzern, und dem Gerichtsschreiber besetztem Gerichte (h), eben so wie in bürgerlichen Sachen auch, vorgenommen (i). 5) Gut ist es zwar, die Zeugen Aussagen in einen förmlichen Notel zu bringen (k), aber nicht allgemein üblich, und die Eröffnung desselben (l), wie auch die Handlungen über die Kraft und Stärke des geführten Beweises (m) fallen in jedem Falle weg (n).

a) Sieh. unter andern hierüber: Leyser Spec. 283. Koch Institut. jur. criminal. §. 830 - 833. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 575. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 688 - 697. Kleinschrod de delatorum in causa criminali testimonio.

- Wirceb. 1789. In dessen Abhandl. aus dem peinlichen Recht und Prozesse. V. I. n. 6. G. A. Wiesand de ætate ad jurandum in causa criminali idonea. Witteb. 1791. (in obs. jur. crim. sp. III.)
- b) Meine Grundsäze ic. §. 277. folg.
- c) Ebend. §. 287.
- d) Ebend. §. 284. Koch l. c. §. 834. Quistorp a. a. §. 699. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 21. Boehmer ad C. C. C. Art. VIII. §. 4. Art. 71. §. 1. Hat der Angeklagte entweder noch keinen Sachwalter, oder begiebt sich dieser freiwillig der Beibringung förmlicher Fragstücke; so sind doch beide wenigstens darüber zu befragen, ob sie nicht etwas anzugeben wüssten, worüber die Zeugen ebenfalls zu vernehmen wären? ob sie etwa wider diesen, oder jenen Zeugen Einwendungen zu machen hätten? u. s. w.
- e) Meine Grundsäze ic. §. 300. 303. 312.
- f) Ebenda selbst §. 306. Koch l. c. §. 835-840 Claproth a. a. D. §. 577. Quistorp a. a. D. §. 701. 702. 703.
- g) Meine Grundsäze ic. §. 310. Claproth a. a. D. §. 579.. Quistorp a. a. D. §. 699.
- h) P. G. D. Art. 70. 71.
- i) Meine Grundsäze ic. §. 311. Quistorp a. a. D. §. 704.
- k) Meine Grundsäze ic. §. 387. 388.
- l) Ebend. §. 389. folg. Dem Angeklagten und seinem Sachwalter muß jedoch auf Verlangen Einsicht und Abschrift derselben verstattet werden.
- m) Meine Grundsäze ic. §. 394. folg. Der Inquisit ist jedoch seine Einreden gegen die Aussagen der Zeugen in einer besondern Defensionsschrift anzuhören und auszu führen wohl berechtigt.
- n)

n) Quistorp a. a. D. §. 700. Claproth a. a. D.
§. 581. Boehmer l. c.

§. 251.

Beweis durch Urkunden.

Auch in peinlichen Fällen sind, so wie in bürgerlichen Sachen (a), Urkunden ein tüchtiges zulässiges Beweismittel (b). 1) Für die Richtigkeit und Wahrheit der öffentlichen Urkunden streitet eine rechtliche Vermuthung, die nur durch den Beweis des Gegentheils aus dem Wege geräumet werden kann (c). 2) Bei privat Urkunden hingegen muß die Thathandlung, daß dieselben von ihrem angeblichen Urheber entweder selbst wirklich, oder doch von einem andern, mit dessen Wissen und Willen geschrieben worden seyen, dargestan werden (d). Rekognoscirt freilich der Inquisit die Urkunde selbst; so fällt dieser Beweis als überflüssig weg, und solche anerkannte Urkunden machen gegen ihn einen vollständigen Beweis aus (e). Ist dies aber der Fall nicht, es bezeugen hingegen zwei klassische Zeugen aus eigener Erfahrung die Richtigkeit der Urkunde; so hat das die nämliche Wirkung, welche die freiwillige Anerkennung von Seiten des Inquisiten mit sich führet (f). Bloße Vergleichung der Handschriften kann, wenn auch das Gutachten der Kunstverständigen für die Richtigkeit der Urkunde ausfällt, niemals einen vollständigen, sondern höchstens nur einen halben Beweis zu Wege bringen (g), und da eine eidliche Abläugnung von Seiten des Angeklagten durchaus nicht statt findet; so ergiebt sich von selbst, daß, wenn weder Beweis durch Zeugen geführt werden kann, noch Vergleichung der Handschriften statt

findet, auch der Inquisit zu einer freiwilligen Anerkennung sich nicht versehen will, die Größe des Verdachts nach der Stärke der mit eintretenden übrigen Anzeigen beurtheilet werden muß (h). 3) Die Urkunden beweisen entweder das Verbrechen unmittelbar, und machen daher das corpus delicti selbst aus, oder nicht. In dem ersten Fall kann, wenn die Richtigkeit derselben auf die eben angeführte Weise behrig dargethan ist, der Inquisit auch keine Einwendungen dagegen ausführt, ohne Anstand die Verurtheilung auf sie gegründet werden. In dem zweiten Fall hingegen, wo nämlich durch sie das Verbrechen nur mittelbar bewiesen wird, beziehen solche sich entweder auf ein noch zu begehendes, oder auf ein bereits vollbrachtes Verbrechen. Ist jenes; so kann unter den angegebenen Bestimmungen, das Vorhaben, das Verbrechen begehen zu wollen, als vollständig, oder als halb, oder als weniger als halb erwiesen angesehen werden. Ist hingegen das Letztere; so haben dergleichen Urkunden gewöhnlich die Wirkung eines außergerichtlichen Geständnisses, das dann nach Beschaffenheit der Umstände bald als vollständig, bald als halb, bald als weniger als halb erwiesen angesehen werden muß (i). 4) Auch blose Anzeigen des Verbrechens können durch Urkunden bald vollständig, bald halb, bald weniger als halb erwiesen werden, und daß endlich 5) andere Instrumenten, als Urkunden eben so, bald zum Beweise des Verbrechens selbst, bald des Vorhabens dasselbe begehen zu wollen, bald einer Anzeige desselben gebraucht werden können, ist außer Zweifel (k).

a) Meine Grundsätze II, §. 314. folg.

b) Wegen Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften

ten behaupten einige Rechtsglehrten das Gegentheil und sprechen wenigstens dann dem Beweise durch Urkunden alle Wirkung ab, wenn darauf die Verurtheilung des Angeklagten gebauet werden soll. Allein die Gesetze reden allgemein v. G. D. Art. 62. Kress ad h. a., und nach der Natur der Sache ist kein Grund vorhanden, aus welchem man die Urkunden verwiesen könnte. So viel indessen ist richtig, daß die Fälle sehr selten vorkommen, wo durch bloße Instrumenten der Thäter eines Verbrechens, der sich weigert, solche zu erkennen, vollkommen überführt wird. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 707. Reinhart de eo, quod circa probationem delicti per documenta justum est. Erf. 1732. Kleinschrod über den Beweis, durch Urkunden in peinl. Fällen. (In dem Archive B. V. St. II. n. 3.)

- e) Meine Grundsätze ic. §. 330.
- d) Ebenda selbst.
- e) Ebenda selbst §. 331 = 334. Quistorp a. a. D. §. 708.
- f) Meine Grundsätze ic. §. 339. 340.
- g) Ebenda selbst §. 337. 338. 339.
- h) Ebenda selbst §. 334 = 337. Quistorp a. a. D.
- i) Quistorp a. a. D. §. 709. Koch Institut. jur. criminal. §. 824 - 828.
- k) Koch l. c. §. 828. 829. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 582 = 587. Luvovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. VI. §. 5. 6. 7.

§. 252.

Geweis durch Anzeigen.

Von den Anzeigen, als dem letzten zulässigen Beweismittel in peinlichen Sachen endlich, ist bereits oben das nothige angeführt (a), und daß auch Einnehmung des Augenscheins (b), und Gutachten von Kunstre-

verständigen (c) in peinlichen Fällen nicht selten vorkommen, ist gelegenheitlich mehrmals schon bemerkt worden (d).

- a) Sieh. noch: Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 710-713. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 587.
- b) Sieh. Meine Grundsätze ic. §. 342. folg.
- c) Ebenda selbst §. 350. folg.
- d) Sieh. noch Claproth Einleitung in sämtl. summar. Prozesse. §. 588. 589.

§. 253.

3). Konfrontation.

Sollten die Zeugen in ihren Aussagen sich widersprechen, oder der Inquisit zu einem Geständnisse nicht bewegt werden können so wird nach dem Gerichtsbrauche (a) vorerst zur Konfrontation, Gegeneinandersetzung geschritten. Diese aber ist diejenige gerichtliche Handlung, wo zwei Personen, die in ihren Aussagen über eine Thathandlung und die Umständen derselben nicht einig sind, in der Absicht, die Wahrheit herauszubringen, einander entgegen gestellt werden. Sie findet in drei Fällen statt: I. zwischen den Zeugen unter sich; II. zwischen den Zeugen und den Inquisiten; III. zwischen Mitschuldigen — Zu der Konfrontation der Zeugen unter sich schreitet man, da sie der Ehre ganz unnachtheilig ist, so oft als eine Verschiedenheit ihrer Aussagen in Haupt- oder erheblichen Nebenumständen sich ergiebt, und man hoffen kann, durch dieses Mittel den vorhandenen Widerspruch zu heben. Die Zeugen noch einmal zu befragen ist überflüssig, man erinnert sie vielmehr an ihre

ren bereits geleisteten Zeugeneid, und konfrontirt immer zwei und zwei auf die den Umständen angemessenste Art. Durch sie wird nun nicht selten das erzielt, daß entweder eine blos scheinbare Verschiedenheit sich zeigt, und die Aussagen beider sich vereinbaren lassen, oder daß ein Zeuge seine Aussage ändert, mit, oder ohne Angabe der Ursache der vorigen Verschiedenheit (b), oder daß endlich einer von beiden durch äussere Merkmale ein böses Gewissen verräth — Die Konfrontation zwischen den Zeugen und den Inquisitoren ist also dann unbedenklich, und häufig von gutem Nutzen, wenn der Inquisit die That bereits gestanden hat, nur mit andern Umständen, als die Zeugen sie angegeben haben. Dann hingegen, wenn der Angeklagte geradezu läugnet, ist sie um so bedenklicher, als 1) da die Zeugen dem läugnenden Inquisiten ihre Aussagen eröffnen, Suggestionen zu befürchten sind (c), 2) dadurch die Ehre des Konfrontirten Nachtheil zugefüget wird, 3) außerdem noch durch Furcht und Mißtrauen leicht ein zweideutiges, Verdacht erregendes Vertragen veranlaßt werden kann. Sorgfältig muß daher der Richter alle Umstände und Verhältnisse prüfen, und erwägen, ob nicht dadurch, daß er die Aussagen der Zeugen, entweder ganz oder zum Theil, dem Inquisiten blos vorliest, der nämliche Zweck besser und sicherer sich erreichen läßt (d) — Eben so hat die Konfrontation zwischen Mitschuldigen keine Bedenklichkeit, wenn beide gestehen, aber in Angabe der Umstände abweichen. Läugnet hingegen einer von ihnen, und der andere gesteht; so hat die Gegeneinandersetzung viele Bedenklichkeiten, denn 1) sie ist dem guten Namen des Konfrontirten, der von einem gesündigen Verbrecher für mitschuldig erklärt worden ist, sehr

sehr nachtheilig, 2) Suggestionen sind gar sehr zu befürchten 3) auch Kollusionen nicht selten, indem der wirklich schuldige, aber läugnende Konfrontirte den andern durch sein beharrliches Läugnen, durch Mienen, oder Zeichen, und das Andenken an ihre vorige Bekanntheit leicht bewegen kann, sich sein Geständniß reuen zu lassen, daßlbe zu wiederrufen, und nun selbst hartnäckig zu läugnen. Es muß daher der Richter, ehe er zu dieser Gegeneinanderstellung schreitet, alles sorgfältig prüfen, und überlegen, ob nicht auch hier Vorlesung der Aussagen des Helfers zweitmäßiger sey (e) — Die Folgen der Konfrontation in den beiden letzteren Fällen sind 1) bald Geständniß, dessen Kraft und Glaubwürdigkeit nach den oben angegebenen allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist; 2) bald Beharrlichkeit im Läugnen, wo dann wann dieses das ganze Faktum betrifft, der wider den Läugnenden vorhandene Grad des Beweises das weitere Verfahren bestimmen muß wann solches hingegen nur einen, oder den andern Umstand betrifft, so gleich bald auf die ordentliche, bald auf eine außerdentliche Strafe erkannt werden kann; 3) Variation des schon vorher zum Geständniß gebrachten Konfrontirten, wo dann nach den Umständen zu beurtheilen ist, ob eine weitere Untersuchung nothwendig wird, oder die ordentliche, oder eine außerordentliche Strafe statt findet; 4) bald Verdacht wider die Zengen; 5) bald endlich Wiederruf des vorher geständigen Inquisiten, welcher fortgesetzte strengere Untersuchung nothwendig zur Folge hat — Daß der Gerichtsschreiber alles, was bei der Gegeneinanderstellung vorgehet, sorgfältig aufzuschreiben, und besonders auch auf die Gebärden, Gesichtszüge und das ganze äußere Betragen der ges-

gen

geu einander gestellten Personen aufmerksam seyn muß, braucht kaum noch angemerkt zu werden (f).

- a) In den Gesezen kommt von der Konfrontation nichts vor, und daß sie zum Wesen der Inquisition gehöre, lässt sich nicht behaupten. *Ludovici* Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. VII. §. 7. Koch Institut. jur. criminal. §. 844. *Quistorp* Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 713.
- b) Ob und in wie ferne in diesem Fall die Glaubwürdigkeit des Zeugen Abbruch leidet, muß nach den Umständen beurtheilet werden.
- c) In diesem Fall wird alsdann die Kraft des vielleicht bewirkten Geständnisses sehr gemindert, und diejenige der Zeugenaussagen eben nicht sehr vermehret.
- d) G. A. *Kleinschrod* Ueber Suggestivfragen des Richters. Würzburg 1787. §. 5. folg. *Idem* Diff. de restringendo confrontationum in causis criminalibus usu. Würceb. 1788. §. 17 - 20.
- e) Auch hierher gehören die in der vorhergehenden Note angeführten beiden Schriften, und Joh. Christ. Frölich von Frölichsburg Commentat. in Kaiser Karls V. und des heiligen R. R. peinliche h. G. O. Frankf. und Leipz 1733. B. II. Tit. 15.
- f) *Kleinschrod* Diff. cit. de restringendo confrontationum in causis criminalibus usu. §. 2 - 17. In dessen Abb. Tbl. I. n. 3. Koch I. c. §§. 847 - 851. *Quistorp* a. a. D. §. 715 - 722. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 516. 551. 580. *Ludovici* a. a. D. Kap. VII. Grolman a. a. D. §. 495 - 499.

§. 254.

F o r t s e z u n g .

Daraus, daß die Konfrontation zwischen dem Inquisiten und dem Mitschuldigen, oder Zeugen jenem sehr nachtheilig ist, ergeben sich folgende Sätze: 1) in der

der Regel (a) findet dieselbe erst nach angestelltem Verhöre über Inquisitional- oder Beweisartikel statt. 2) Gegen den Inquisiten muß wenigstens ein halber Beweis, den er zu entkräften nicht im Stande ist, vorhanden seyn. 3) An Wahrscheinlichkeit, durch dieselbe die Wahrheit besser erforschen zu können, darf es nicht fehlen 4) Ein eigentlich peinlicher Fall wird in der Regel (b) eben so, als 5) das vorausgesetzt, daß der Angeklagte weder die peinliche Frage, noch die Territorium überstanden, noch auch den Reinigungseid abgelegt hat. 6) Ist es nicht ganz außer allem Zweifel, daß die Gegeneinanderstellung statt findet; so kann dem Angeklagten auf sein Verlangen die Vertheidigung zu Abwendung derselben nicht abgeschnitten werden, und ein Unterrichter, der noch einigermaßen zweifelhaft ist, thut am besten, wenn er entweder seinen Oberrichter, oder in dessen Ermangelung ein Rechtskollegium fraget, weil er sich sonst leicht einer Injurienklage aussetzen kann. Die Defensionsgründe übrigens ergeben sich aus den bisher aufgestellten Grundsätzen von selbst, so daß es überflüssig wäre, deswegen noch etwas hinzuzusetzen (c).

a) Sieh. jedoch oben. §. 238.

b) Kann indessen auch bei geringen Vergehungen der Richter mit Grund vermuthen, daß durch eine angestellte Konfrontation die Wahrheit werde herausgebracht werden; so steht ihm, besonders bei Personen von geringem Stande, allerdings frei, dieselbe vorzunehmen, und sie hat alsdann nichts nachtheiliges für den Konfrontirten,

c) Jo. Christ. Eschenbach Progr. de defensione pro avertenda confrontatione. Rost. 1784. verwirft die Vertheidigung zu Abwendung der Konfrontation in jedem Falle als überflüssig und unzuständig.

hast. Sieh. noch Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 10. §. 39. 40.

§. 255.

4) Mittel, die Wahrheit herauszubringen.

Hat der Richter durch die bisher beschriebenen Bemühungen weder den Inquisiten zu einem Geständnisse bewegen, noch zu einem vollständigen Beweise gelangen können, hat auch der Angeklagte den wider ihn streitenden Verdacht zu entkräften nicht vermocht; so bleibt nun nichts mehr übrig, als zu einem Mittel, die Wahrheit herauszubringen, zu schreiten. Dahin gehören, die peinliche Frage, die Bedrohung derselben, der Reinigungseid.

§. 256.

Peinliche Frage.

Die peinliche Frage, scharfe Frage, Marter, Folter, Tortur (tortura, quæstio) ist diejenige gerichtliche Handlung, wo ein Zeuge (a), oder Inquisit mittelst dem Körper zugesetzter Schmerzen angehalten wird, die Wahrheit zu gestehen. In ältern Zeiten galt sie nur in demjenigen Theile Deutschlands, welcher sich römische Rechtsgrundsätze gefallen ließ, auch vornehmlich blos in Ansehung der Leibeigenen, gegen die man ursprünglich auf das grausamste, nach Einführung der christlichen Religion aber menschlicher verfuhr b). Gegen Ende des Mittelalters hin, wo geistliche und weltliche Gesetzgeber mit vereinten Kräften die Gottesurtheile abzuschaffen sich bemüthen, nahm man sie endlich mit dem in so großem Ansehen stehenden römischen Rechte allgemein auf, ohne jedoch dabei

dabei sich das zu denken, was die Römer dabei sich dachten, denn die Deutschen legten ihren Wunderglau-
ben dabei zum Grunde, und das römische Recht mußte diesem zur Schutzwehre dienen. Indem man die
Vorschriften dieses fremden Rechts befolgte, oder we-
nigstens zu befolgen scheinen wollte, gewann es das
Ansehen, als wenn die Härte und das Verwerfliche
der Gottesurtheile durch dieses Mittel die Wahrheit zu
erforschen, gemildert, oder hinweggenommen wäre —
Auf diese Weise hat das Ansehen des römischen Rechts
und der Glaube der Deutschen an Ordalien fast gleich-
viel zu Einführung der Folter in Deutschland beigetra-
gen (c) — Waren alle peinliche Gerichte so besetzt,
wie sie billig besetzt seyn sollten, würden darneben die
Vorschriften der peinlichen Gerichtsordnung nach ihrem
ganzen Geiste und Zusammenhange genau befolget; so
dürfte wohl die Geschichte weniger unglückliche Opfer
der peinlichen Frage aufzuweisen haben, und diese selbst
würde daher auch weniger heftige Gegner gefunden ha-
ben. So lange aber freilich jenes noch fromme Wün-
sche bleiben, darf allerdings die Marter nur mit der
höchsten Fürsicht, und so selten als möglich ist, ange-
wendet werden. Sie ganz abschaffen zu wollen, ge-
hört, so lange Richter unr Verbrecher Menschen blei-
ben, auch in Ansehung der Zucht und Gefängnißhäu-
ser nicht ganz andere Anstalten getroffen werden, zu
den unausführbaren Vorschlägen einiger neuerer Ide-
formatoren, und die Erfahrung lehret, daß in densel-
bigen Staaten, von welchen man röhmet, daß sie die
Folter nicht mehr kennen, nur nicht die Daumenschrau-
ben, die Beinstiefel u. s. w., wohl aber andere
Zwangsmittel, die nicht weniger schmerhaft und der
Gesundheit häufig viel nachtheiliger sind, noch immer
ange-

angewendet werden — Hier müssen wir bei den Vorschriften der peinlichen Gerichtsordnung, und den durch die Bemühungen menschenfreundlicher Gelehrten aufgestellten, und durch den neueren Gerichtsbrauch bestätigten Grundsätzen stehen bleiben (d).

a) Sieh. oben §. 250.

b) Schon in mehreren alten Gesetzbüchern der Deutschen geschiehet der Tortur ausdrückliche Erwähnung. Als in den salischen Gesetzen, Kap. 42. nach der Lindenbrog. Ausg., in den Gesetzen der Bojarier, Tit. 8. am Schlusse, der Westgothen Lib. VI. Tit. 1. Cap. 2 - 6. Lib. VII. Tit. 1. Cap. 1 - 5., in dem Edicta Reginis Theodoric. Kap. 100 - 102. bei Lindenbrog. S. 255., und in einem Kapitulare Lib. VI. Cap. 41. nach der Lindenbrog. Samml. der Kapitul. Im mittleren deutschen Rechte finden sich keine Spuren der Folter, obgleich die sächsischen und schwäbischen Landrechte und das Kaiserrecht verschiedenes aus dem peinlichen Rechte enthalten, und die Ordalien und das Kampfrecht nicht mit Stillschweigen übergehen. Eben dieses gilt von den alten Statuten, die noch unvermischt sind, die neuern hingegen aus dem 14ten und 15ten Jahrhundert beweisen, daß mit dem zunehmenden Gebrauche des römischen Rechts auch der Gebrauch der Marter häufiger geworden ist, und zwar im 14ten Jahrhundert weniger, als im 16ten und den folgenden.

c) Carl Otto Graebe Disquisit. de origine torturæ in Germania. Rintel. 1785. Berlinische Monatsschrift. Jahrgang 1783. August, September. Jahrgang 1784. Januar, Februar. Mai. Joh. Frid. Reitemeier Diff. de origine et ratione quæstionis per tormenta apud Græcos et Romanos. Goetting. 1783. Ernst Christ. Westphal Die Tortur der Griechen und Römer, eine zusammenhängende Erklärung der davon redenden Gesche. Leipzig 1785. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 722. Schröders Staatsanzeige. Band XVIII. Heft 69. Dec. 1792. No. 12.

d)

d) Von den fast zahllosen Schriften für und wider die Tortur führe ich nur folgende an: Gegen die Tortur sind: Jo. Graevius in tribunali reformato cum præfatione Jo. Ge. Pertschii Guelpherb. 1737. August. Nicolai Tr. an quæstione per tormenta criminum veritas elucescat? Arg. 1697. Jo. Christ. Thomasius Diss. de tortura ex foro Christianorum proscribenda. Hal. 1705. Schaller Diss. de tortura in christianorum republica non exercenda. Lips. 1742. Für die Tortur sind: Struben R. V. Thl. 2. V. 139. von Sonnenfels über die Abschaffung der Tortur. Süriph 1775. Leyser Spec. 630. Frid. Gottl. Zoller Diss. utrum tortura penitus abroganda, an tantum limitanda videatur. Lips. 1772. Banniza Disquisit. de tortura nec ex integro reprobata nec ex integro approbata. Lips. 1774. Jo. Goetz Diss. de tortura ejusque minis caute adhibend. Altorf. 1776. Jo. Christ. Woltaer Diss. quæ analæcta de tortura sistit. Hal. 1783. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. I. 723. Koch Institut. jur. criminal. §. 853. Vergl. L. 1. pr. §. 23. D. de quæst. L. 12. C. eod. Abhandlung über die Frage: Beleidigt die Peinigung die Gerechtigkeit, und führt sie zu dem Endzweck, auf den die Gesetze zielen? Bern 1785. Merkwürdige Rechtsfälle. Band I. Halle 1789. Jo. Warner Pelgrom Diss. de injustitia torturæ. Lugd. Batav. 1778. Mehrere Schriften über die Rechtlichkeit der Tortur findet man angeführt bei Gmelin Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. S. 397. vergl. auch Cæsar's vierte Anmerk. zu Valaze's Entwurf eines Strafcodeps.

§. 257.

Fortsetzung.

I. Die noch heut zu Tag üblichen gewöhnlichsten Torturinstrumente sind: der Daumennstok, oder die Daumenschrauben; die Beinstiefeln • oder Beinschraube, oder spanischen Stiefeln; die Leine, oder Schnüre; die

die Leiter mit, oder ohne gespülten Hasen; das mecklenburgische Instrument; das hambergische Instrument, die mannheimer Bank. Längst schon hingegen sind außer Uebung gekommen, der lühneburgisch Stuhl; der Halskragen; die pommersche Müze, oder Kranz; das doppelte spanische Fußband u. s. w. Heut zu Tage weiß man nichts mehr von gewissen Graden, sondern die Instrumente, mit welchen der Inquisit gepeinigt werden soll, pflegen in dem Urtheil namentlich angegeben zu werden, und zur Ehre unserer Zeiten ist man von demjenigen Torturarten ganz abgekommen, die entweder dem Körper und der Gesundheit des Gefolterten unheilbaren Nachtheil bringen, oder durch namlose Marter Schauer und Abscheu bei allen gebildeten Menschen erregen (a). II. Bei solchen Leuten, bei welchen man eine deutliche Kenntniß der Wahrheit nicht annehmen kann, als bei rasenden, wahnsinnigen, melancholischen Personen, Taub- und Stumm gebohrnen, Unmündigen, fällt Tortur, weil ihr Zweck sich nicht erreichen lässt, ganz weg (b). Eben dieses ist der Fall bei alten, kranken, sehr schwächlichen Menschen, die ohne die augenscheinlichste Lebensgefahr nicht gefoltert werden können (c). Nicht Geburt hingegen, nicht Geschlecht, auch kein Stand befreien von der peinlichen Frage, und nur das ist üblich, daß bei solchen Personen von vornehmer Geburt, oder vornehmem Stande, ehe man zu derselben schreitet, die Einwilligung des Landesherrn eingeholet wird (d).]

a) Koch Institut. jur. criminal. §. 863 - 866.
 Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozeße. §. 609. 610. 611. Der selbe zweiter Nachtrag zu der Sammlung gerichtlicher Akten. Enthält Auszüge aus zweien Untersuchungsakten wider Taub- und

und Sturme, wie auch eine Beschreibung der Mannheimischen Torturbank, desgleichen des im preußischen erfundenen Tropes. Mit einem Kupfer. Götting. 1791. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 724. 725. Petr. Im. Hartmann Diss. de medica tormentorum aestimatione. Helmst. 1762. Jod. Damhouderi Practica rerum criminalium. Venet. 1752. Cap. 27. I. l. Doeplers Theatrum pænarum, suppliciorum et executio-
num criminalium, oder Schauplatz der Leibes- und Lebensstrafen. Thl. I. Sondersh. 1693. Thl. II. Leipzig. 1697. S. 279 - 313. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 28 - 37. — Bei Be-
stimmung der Torturarten muß man hauptsächlich auf das Herkommen eines jeden Landes sehen, denn es kann kein Richter eine Art der Tortur zu erkennen,
die nicht in dem Lande gebräuchlich ist.

b) Quistorp a. a. D. §. 726. Leyser Spec. 632.
M. 7. 8. 9. 10. 11. 13. 14. 15.

c) P. G. Q. Art. 59. Der Richter muß hierbei erme-
sen, ob gar keine, oder nur gewisse Torturarten nicht
statt finden. Jo. Sam. Frid. Boehmer Diss. de
eo quod justum est circa torturam valetudina-
riorum. Hal. 1729. Struben N. V. Thl. III.
B. 107. Ludovici a. a. D. §. 46. 47. Leyser
I. c. M. 4. 5. 6. 11. Cor. 4. Quistorp a. a. D.
§. 727. Werden die Akten verschütt; so ist es noth-
wendig, in einer besondern Registratur die körperliche
Beschaffenheit des Inquisiten zu beschreiben, und jene
sodann den Akten beizulegen.

d) So hat sehr billig der Gerichtsbrauch die Verordnun-
gen des L. II. 12. C. de quaest. des L. 3. C.
ad L. Jul. Maj. und L. 10. C. de dignitat. modi-
ficaret. Boehmer ad C. C. C. Art. 59. §. 2.
Koch I. c. §. 858. Quistorp a. a. D. §. 728.
Leyser I. c. M. 1. 2. 3. Cor. 5.

§. 258.

F o r t s e z u n g .

III. Nur im höchsten Nothfalle, wenn auf keine andere Weise weder zum Geständnisse, noch zu einem vollständigen Beweise, oder aber zur Entdeckung der Mitschuldigen zu gelangen ist, findet die peinliche Frage statt. (a) IV. Das corpus delicti wird jederzeit als beßrig berichtigt vorausgesetzt (b). V. Allein bei eis gentlichen Kapitalverbrechen, worauf Todesstrafe sitzhet, kann die Folter eintreten (c), und die Meinung derjenigen, die solche auch bei densjenigen Verbrechen zulassen, auf welche nur eine schwere Leibesstrafe gesetzet ist (d), ist allerdings deswegen verwerflich, weil in diesem Falle das Mittel, die Wahrheit zu erforschen, wo nicht beschwerlicher, doch eben so beschwerlich, als die durch das Verbrechen verwürkte Strafe selbst ist. VI. Ein halber Beweis reicht zur Verhängung der Tortur nicht hin, sondern es muß ein Zusammensluß von Umständen, und so großer Verdacht, und so viele Anzeigen eintreten, daß rechtlicher Art nach mehr als halber Beweis vorhanden ist (e) und daß in dem Fall, wo die für und wider den Angeschuldigten streitenden Vermuthungen einander das Gleichgewicht halten, oder wo doch die nachtheiligen Anzeigen auf verschiedene Weise, und auch zum Vortheile des Inquisiten erklärert werden können, von der scharfen Frage die Rede nicht seyn kann, sondern auf eidliche Reinigung, oder höchstens die Bedrohung mit der Marter, oder eine außerordentliche Strafe erkannt werden muß; ist vor sich klar (f). VII. Die Größe der Marter muß mit der Größe des Verbrechens, und der Stärke des vorhandenen Verdachts jedesmal in ge-

Ge nauem

nauem Verhältnisse stehen VIII. Ein Richter, der ohne die gehörigen Erfordernisse zu beobachten, auf Tortur erkennt, handelt nicht nur nichtig, so daß das erpreßte Geständniß allzeit wiederrufen werden kann, sondern er setzt sich auch einer Klage auf Privatgenugthuung aus (g). IX. Die Vertheidigung zu Abwendung, oder Milderung der peinlichen Frage gehört zwar nicht zum Wesen des peinlichen Verfahrens, aber auf vorwärtiges Gesuch kann doch dieselbe, selbst wiederholt, nicht nur nicht abgeschlagen werden, sondern der Richter bestellt, in der Regel, auch von Amtswegen einen Defensor (h), und die Defension findet sowohl vor, als nach gefällter Urtheil, in welcher auf die Marter erkannt wird, statt (i). Die auszuführenden Vertheidigungsgründe ergeben sich aus den bisher aufgestellten Grundsäzen von selbst (k). X. Kein Unterrichter darf vor sich auf die Folter erkennen, sondern ist die zum Spruche reisen Akten an seinen Oberrichter, oder, in dessen Ermangelung, an ein Rechtskollegium einzusenden verbunden (l). Nur die dringendste Noth, die durchaus keinen Aufschub leidet, kann eine Ausnahme rechtfertigen (m).

- a) Bauer de modo tortura secundum leges habendo. Lips. 1772. cp. 7. 10.
- b) P. G. D. Art. 6. 20. 131. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 731.
- c) P. G. D. Art. 8. Struben R. B. Thl III. B. t43. Schilter Exercitat. 49. Th. 166. seq. Quistorp a. o. D. §. 732. In diesem Falle pflegt man auf eine außerordentliche Strafe zu erkennen. Leyser Spec. 630. M. 8. 12.
- d) Dieser Meinung sind: Koch Institutiones jur. criminal, §. 856. Elapoth Einleitung in sämtliche

liche summarische Prozesse. §. 600. Boehmer ad C. C. C. Art. VIII. §. 2. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 4. Vergl. auch Paul Wilh. Schmidt Diff. de tortura in causis civilibus et delictis levioribus regulariter exule. Jen. 1754. Leyser I. c. M. 12-18. Boehmer l. c. §. 3. Meister pr. jur. crim. §. 423.

- e) P. G. D. Art. 22. 23. 25. 26. 27. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. Koch l. c. §. 856. Quistorp a. a. D. §. 733.
- f) P. G. D. Art. 6. 20. 42. Boehmer l. c. Art. 34. §. 1. Art. 148. §. 2. Krefs ad C. C. C. Art. 20. §. 3.
- g) P. G. D. Art. 20. Boehmer ad h. Art. Quistorp a. a. D. §. 752. Leyser Spec. 630. M. 18. 19. Sieh. auch: Henr. Godofr. Bauer Pr. de effectu inficiationis sub tormentis in convicto. Lips. 1722.
- h) P. G. D. Art. 13. 28. 33. 47.
- i) Im Fall daher die Akten ohne geführte Defension versendet sehn, und erhebliche Vertheidigungsgründe aus denselben sich ergeben sollten; pflegt man in der Urtheil, worin auf Tortur erkannt wird, dem Inquisiten die Defension auf den Fall vorzubehalten, wenn er sich derselben vor der Vollstreckung der Urtheil noch bedienen wollte. Boehmer l. c. Art. 47. §. 1.
- k) Koch l. c. §. 859. Claproth a. a. D. §. 594. 595.
- l) An dasjenige Rechtskollegium, welches auf die Tortur einmal erkannt hat, dürfen die Akten, bei jezo zum erstenmal, oder auch wiederholt geführter Defension nicht wieder versendet werden. Ludovici a. a. D. §. 15. Koch l. c. §. 861.
- m) P. G. D. Art. 7. 28. 219. Leyser Spec. 631. M. 17. 18. 19. Quistorp a. a. D. §. 736.

§. 259.

F o r t s e z u n g .

XI. Will man zu Vollstreckung des Urthels, in welchem auf die scharfe Frage erkannt ist, schreiten; so muß dasselbe vorher bei förmlich besetztem Gerichte dem Inquisit behändig eröffnet werden. Den Grad der zuerkannten Tortur macht man jedoch diesem in keinem Falle, auch dann nicht, wann gleich auf alle gewöhnliche Grade gesprochen seyn sollte, bekannt, sondern liest die Urtheil nicht weiter als bis auf die Worte — „so ist er dem Scharfrichter dergestalt zu übergeben“ — vor (a). Diesem vorgängig ermahnet der Richter den Angeschuldigten nachdrücklich, die Wahrheit zu gestehen, läßt ihm noch einige Tage, wenigstens drei, zur Bedenkzeit (b), und sorget, wenn er nach den Umständen Nutzen davon sich versprechen kann, dafür, daß derselbe unterdessen von einem Geistlichen besucht werde. Beharrt aber dessen ohngeachtet der Inquisit beim Läugnen; so wird er an dem zur wirklichen Vornahme der Marter anberaumten Tage (c) vor besetztem Gerichte, unter nochmaliger zweckmäßiger Vorhaltung der wider ihn vorhandenen Anzeigen, abermals gütlich vernommen, bei fort dauerndem Läugnen dem Scharfrichter übergeben, der ihn dann in die Marterkammer (d), wohin auch der Richter, die Schöppen und der Gerichtsschreiber folgen, führet, ihm die vorhandenen Torturinstrumenten vorzeiget, und die Art, wie sie applicirt werden, erklärt. Kehret der Angeschuldigte sich hieran nicht; so wird dem Scharfrichter das Urtheil nebst den Entscheidungsgründen, in welchen gewöhnlich der Grad der Tortur ausgedruckt ist, zum Durchlesen mit der Erinnerung zugestellt, seiner Pflichten eingedenkt, die vor-

ge-

geschriebene Peinlichkeit auf das genaueste zu vollziehen. Hierauf läßt dieser den zu Marternden entkleiden, an die Leiter, oder die Bank festbinden, die Torturinstrumenten anlegen, und die Peinigung auf die an dem Orte herkömmliche Weise vollziehen (e). Während der Marter läßet der Richter an Ermahnungen es nicht ermangeln, ohne jedoch nach der That selbst, und ihren Umständen besonders zu fragen (f), beobachtet das Betragen des Inquisiten sowohl, als dasjenige des Peinigers, hält den Zusammenlauf von Zuschauern, so viel möglich, ab, läßt die Peinigung nicht länger als eine Stunde dauern, und sorgt überhaupt dafür, daß der Gepeinigte menschlich (?) behandelt wird. Dem Gerichtsschreiber liegt ob, alle Handlungen des Richters sowohl, als diejenigen des Gepeinigten und des Scharfrichters mit möglichster Genauigkeit und Umständlichkeit so zu verzeichnen, daß der künftige Reiserent die Handlung der peinlichen Frage mit allen Umständen sich ganz vergegenwärtigen kann — Erbietet der Gepeinigte sich zum Geständnisse; so läßt der Richter ohne Verzug Banden und Torturinstrumenten ihm abnehmen (g), den Scharfrichter und seine Helfer nebst allen Zuschauern weggehen, gönnet ihm eine mäßige Frist zur Erholung, leget ihm die im Urtheil vorgeschriebenen Fragen, die durchaus nicht suggestiv seyn dürfen, nebst den allenfalls nothwendigen Zusätzen und Abänderungen (h) zur Beantwortung vor (i), sorgt dafür, daß seine Antworten von dem Gerichtsschreiber genau niedergeschrieben, und ihm nachher wieder vor gelesen, werden, und läßt, wenn der Inquisit entweder gar nichts, oder doch nicht alle Hauptumstände der That, ohne deren zugestandene, oder erwiesene Richtigkeit kein Endurtheil gefällt werden kann, gesiehet,

die

die Peinigung fortsetzen, so jedoch, daß diese, die Zeit ihrer Aussetzung abgerechnet, nie über eine Stunde dauern darf (k).

- a) Koch Institut. jur. crim. §. 866. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 10. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts, §. 737.
- b) Bequemet sich der Inquisit nach geschehener Vermaßnung, oder während der Bedenkzeit zum Geständniß; so wird er nicht nur über die bei der Urtheil befindlichen Torturfragen, sondern vollständig, und auch über die kleinsten Umstände, die kein Unschuldiger wissen kann, vernommen. P. G. D. Art. 53. Auch muß er ein solches Geständniß nach drei Tagen wiederholen, weil dasselbe doch durch Drohungen herausgebracht worden ist. Claproth Einleitung in sämtliche sumtmarische Prozesse. §. 692, 603.
- c) Gewöhnlich wählet man frühe Morgens, oder späte Abendszeit, um das Zudringen der Leute zu verhüten.
- d) Ist keine besondere Marterkammer vorhanden; so kann die peinliche Frage ohne Bedenken auch in der gewöhnlichen Gerichtsstube vollzogen werden.
- e) Claproth a. a. D. §. 604 = 607. §. 609 = 612. Christ. Ulr. Gruppen Observat. jur. criminal. de adplicatione tormentorum. Hanov. 1754.
- f) P. G. D. Art. 58. Kress ad h. Art. Ferd. Aug. Hommel Diff. de reo sub tormentis specialiter non interrogando. Lips. 1754.
- g) P. G. D. Art. 58. Abrah. Kaestner Diff. de tortura remittenda, si delinquens confiteri velit. Lips. 1739. Außer diesem Fall, und wenn nicht etwa sonst ein anderer unabwendbarer Zufall das Aussehen nothwendig macht, darf der Richter für sich die Tortur nie theilen, und solche erst in verschiedenen Tagen zu Ende bringen.

h) Leyser Spec. 631. M. 9. 10. II. 12.

i) P. G. D. Art. 48. 50. 51. 52. 56.

k) Ueberhaupt gehören noch hierher; Quistorp a. a. D. §. 738-742. Claproth a. a. D. §. 612. Koch l. c. §. 867-875. Ludovici a. a. D. §. 16-28. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 10. §. 50=56.

§. 260.

F o r t s e g u n g .

XII. Ein bloses durch die Marter erpreßtes Ja! verdienet keine Rücksicht, sondern wenn auf das gethanen Geständniß die Erkennung einer peinlichen Strafe gebauet werden soll; so muß dasselbe alle oben angegebene Eigenschaften an sich tragen, und die Gesetze machen es dem Richter vorzüglich zur Pflicht, eine sorgfältige Untersuchung anzustellen, ob er mit Grunde der Aussage des Inquisiten trauen könne, und ob diese mit den schon beigebrachten, oder jezo erst beizubringenden Beweisen übereinstimme (a). Ergiebt sich, daß die von dem Inquisiten angegebenen Hauptumstände falsch sind; so wird die Marter wiederholet (b).

XIII. Aber auch das umständlichste unter der Marter, oder auch blosen Bedrohung derselben abgelegte Geständniß reicht zur Verurtheilung nicht hin, wenn es nicht nachher, frei von Furcht und Zwang wiederholt und bestätigt wird (c). Nach zweien nämlich, dreien, oder auch, nach Befinden der Umstände mehreren Tagen (d) läßt der Richter den Inquisiten an die gewöhnliche Gerichtsstelle, wo weder der Schärfrichter, noch die Torturinstrumente mehr befindlich seyn dürfen (e), führen, ihm die unter der Marter gemachten Fragen und darauf ertheilten Antworten,

in

in Gegenwart der Schöppen, von dem Gerichtsschreiber vorlesen, und verlanget eine deutliche und unumwundene Bestätigung, oder doch begründete Berichtigungen und Zusätze (f). XIV. Läugnet der Inquisit bei diesem Verhöre, welches die Ur'g i c h t genannt zu werden pfleget, die eingestandenen Verbrechen, oder wenigstens, das schwerste derselben wieder ab, und kann rechtmäßige Ursachen des Wiederrufs behändig darthun (g); so wird die Peinigung nicht wiederholet, sondern er freigesprochen (h). Zu solchen rechtmäßigen Ursachen aber zählet man: 1) wenn der Inquisit das Gegentheil von dem, was er bekannt hat, beweisen kann; 2.) wenn der Richter, der ihn gepeinigt hat, entweder nicht der zuständige, oder aber ohne genugsame, begründete Anzeigen zur Marter geschritten ist, oder die ihm vorgeschriebenen Gränzen bei der Peinigung überschritten hat; 3) wenn das Geständniß auf unzulässige Suggestionen sich gründet, oder durch verschraubte, verfängliche Fragen, oder andere unerlaubte Mittel erhascht worden ist (i). XV. Kann hingegen der Inquisit den Wiederruf seines Geständnisses durch solche rechtmäßige behändig dargethanen Ursachen nicht rechtfertigen; so wird, nach eingereichter neuer Vertheidigung (k), und eingeholter neuer Urtheil, die Tortur wiederholet (l). Man fängt hierbei mit dem ersten Grad wieder an, und pfleget, wenn nicht neue Anzeigen sich ergeben haben, weder die zuerst zuerkannte Marter zu schärfen, noch auch auf härtere Grade zu erkennen (m). XVI. Sollte der Inquisit sein bei der Wiederholung der Peinigung abermals gethanes Geständniß nochmals wiederrufen; so schreitet man, unter den nämlichen Voraussetzungen wie bei der ersten, auch zu der Zweiten Wiederholung. Die dritte hingegen ist nicht zulässig, sondern

dern statt derselben wird auf eine außerordentliche, den Umständen angemessene Strafe erkannt (n). XVII. Wiederruf der peinlich Beklagte auch sein in der Urgicht ratificirtes Geständniß; so kann die verwirkte Strafe nicht vollzogen, sondern es muß eben so wie in den vorhergehenden Fällen des Wiederrufs, zur Wiederholung der Peinigung geschritten werden (o).

- a) P. G. D. Art. 20. 54. 60. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 743. J. o. Chr. Koch In wie fern dem durch die Marter, oder Be- dräuung derselben, erpreßten und nachher vom Inquisi- siten ratificirten Bekenntniß zu glauben sey, daß man denselben darauf verurtheilen könne? Giessen 1754. (Stehet auch in Siebenkees Magazin, Thl. II. S. 326.
- b) P. G. D. Art. 55. Claproth Einl. in sämtliche summarische Prozesse. §. 614. Koch Institut. jur. criminal. §. 877.
- c) P. G. D. Art. 48. 56. 100. Leyser Spec. 638. M 14. 15. Ferd. Aug. Hommel Diss. de ra- tificatione confessionis per tormenta extortæ. Lips. 1739.
- d) P. G. D. Art. 56. Von den verschiedenen Mei- nungen der Gelehrten hierüber sieh. Koch I. c. §. 878. Quistorp a. a. D. §. 742. Boehmer ad C. C. C. Art. 56.
- e) P. G. D. Art. 56.
- f) Claproth a. a. S. §. 615.
- g) Können die angeführten rechtmäßigen Ursachen des Wiederrufs zwar nicht bewiesen, aber doch wahrscheinlich gemacht werden; so pfleget man die Tortur nicht zu wiederholen, sondern den Inquisitoren sofort außer- ordentlich zu bestrafen.
- h) P. G. D. Art. 20. 67.
- i) Quistorp a. a. D. §. 744. Koch I. c. §. 881. k)

k) Sollte jedoch der Inquisit die neue Vertheidigung nicht besonders verlangen; so können auch ohne vor-gängige Vertheidigung die Akten versendet werden.

l) P. G. D. Art. 57.

m) Quistorp a. a. D. §. 745. Koch I. c. §. 882.

n) Quistorp a. a. D. §. 746. Koch I. c. §. 882.

o) P. G. D. Art. 57. 91. Struben R. B. Thl. III,
B. 27. 82, Thl. V. B. 144. Leyser Spec. 639.
Quistorp a. a. D. §. 747. Ludovici Einleitung
zum rechtlichen Prozeß. Kap. IX. §. 42-45. Koch
I. c. §. 885. Claproth a. a. D. §. 616. Jo.
Frid. Falckner Tr. de eo quod justum est
circa inquisitum variantem. Lipl. 1729. Knorr
Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst.
10, §. 56-62.

§. 261.

F o r t s e z u n g .

XVIII. Hat der Inquisit, ohne ein Geständniß ab-zulegen, die Tortur überstanden; so ist er nun gänzlich und endlich loszusprechen, alle wieder ihn vorhanden gewesenen Anzeigen erlöschen, und können weder einzeln noch zusammen genommen, je wieder gegen ihn gebraucht werden, er ist in alle seine Rechte wieder einzusezen, und in die Untersuchungskosten nur dann zu verdammen, wenn er durch unerlaubte Handlungen Anlaß zu dem Verdacht gegeben hat (a). Als Ausnah-me von der Regel kann er jedoch zuweilen relegirt, oder in Verhaft gebracht werden; demjenigen auch, welchem eine Klage auf Schadensersatz, oder die Erhal-tung anderer bürgerlichen Rechte zusteht, wird durch die ausgestandene Tortur an seinen Besugnissen nichts benommen (b); eben so ist, wenn in der Folge neue genug-

genugsame Anzeigen sich ergeben, die Untersuchung, auch wohl Peinigung von neuem wieder anzufangen, und daß derjenige, der die Tortur ausgehalten und nichts gestanden hat, in der Folge aber freiwillig ein gültiges Geständniß ableget, doch noch verdammt werden kann, leidet keinen Zweifel (c).

a) P. G. D. Art. 61.

b) L. 4. C. de ord. judic. L. un. C. quomod. ci-
vil. act. crimin. præjud. c. 12. x. de præsumt.

c) Leyser Spec. 640. Boehmer ad C. C. C.
Art. 61. Quistorp Grundsäze des deutschen peinl.
Rechts. §. 848 - 853. Koch Institut. jur. crim.
§. 875. 876. Ludovici Einleitung zum peinlichen
Prozeß. Kap. IX. §. 41. Jo. Florent. Rivini
Diss. de effectu confessionis superatis tormentis
sponte factæ. Lips. 1739. Frid. Gottl. Zoller
Pr. an ob sponteam delinquentis, post tor-
menta superata, confessionem pœna ordinaria
locum habeat? Lips. 1769.

§. 262.

Bedrohung der peinlichen Frage.

Die Bedrohung der peinlichen Frage (terrictio), als das zweite Mittel die Wahrheit herauszubringen, unterscheidet sich von der Tortur selbst dadurch, daß bei ihr zwar Unstalten zur förmlichen Marter gemacht, dem Körper aber keine wirkliche Schmerzen zugefügt werden. Läßt man es dabei bewenden, daß dem Inquisiten die Torturinstrumenten, unter Beschreibung ihrer schrecklichen Wirkungen von dem Scharfrichter blos vorgezeigt werden; so heißt das — wörtliche Bedrohung (terrictio verbalis) — Schreitet man hingegen zur wirklichen Entkleidung

des

des peinlichen Beklagten, leget ihm auch, ohne ihm jedoch Schmerzen zuzufügen, die Marterinstrumenten wirklich an; so wird dies — die thätliche Bedrohung (*territio realis*) — genannt — Alles nun, was von den, der wirklichen Peinigung vorangehenden, dieselbe begleitenden und auf dieselbe folgenden Handlungen in dem vorhergehenden angeführt worden ist, leidet auch hier, in so ferne die Natur der Sache selbst nichts ändert, seine volle Anwendung, und der Richter muß billig dafür sorgen, daß die ganze Einrichtung so getroffen werde, der Scharfrichter mit seinen Helfern sich auch so betrage, daß der Inquisit sehr geschrekt, und immer in der Furcht, es werde zur wirklichen Peinigung kommen, erhalten werde — Nur dann übrigens darf man zur Bedrohung der schärfsten Frage schreiten, wenn 1) ein peinlicher Fall vorhanden, 2) das corpus delicti behörig in Richtigkeit ist, und 3) es entweder an den zur Tortur erforderlichen Anzeigen mangelt, oder wegen eines zu befürchtenden Meineides auf den Reinigungseid nicht erkannt werden kann. Ob aber auf thätliche, oder blos wörtliche Territion zu erkennen sey, hat der Richter nach den Umständen zu bestimmen, und muß hierbei auf die Stärke der vorhandenen Anzeigen, und auf die für den Inquisit streitenden Gründe Rücksicht nehmen (a).

a) Christ. Perner Diff. de territione. Giss. 1669.
 Jo. Heinr. Meyffarth Diff. de differentia
 torturæ et territionis. Giss. 1707. Koch Institut.
 jur. criminal. §. 886 - 889. Quistorp
 Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 733. 754.
 Claproth Einleitung in sämtliche summarische Pro-
 zesse. §. 607. 608. Ludovici Einleitung zum pein-
 lichen Prozeß. Kap. IX, §. 29. 30. 31. 48. 49. 50.
 Sieh, noch: Dul. Fried. Malibanc Geschichte der
 pein-

peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weitern Schicksalen bis auf unsre Zeit. Nürnberg 1783. S. 162. folg.

§. 263.

Reinigungseid.

Das letzte Mittel endlich, die Wahrheit herauszubringen, ist der Reinigungseid (tortura spiritualis, purgatio canonica, juramentum purgatorium) (a). 1) Nach der peinlichen Gerichtsordnung (b) werden sogar Unmündige zu demselben zugelassen, der Gerichtsbrauch aber schließt solche, die nicht wenigstens das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, davon aus (c). 2) Die Ableistung derselben hat für den guten Ruf desselben, der ihn schwört, nachtheilige Folgen, es wird daher die Beurtheidigung zu Abwendung derselben nicht leicht abgeschnitten. 3) Bei geringen Vergehungen pfleget man, wenn genugssamer Verdacht vorhanden ist, lieber auf eine außerordentliche Strafe, als auf den Reinigungseid zu erkennen. Bei eigentlich peinlichen Fällen aber kann derselbe als ein so gefährliches, bedenkliches Beweismittel, nur dann eintreten, wann weder die peinliche Frage, noch die Bedrohung derselben statt findet, und der Angeklagte eine solche Person ist, die wegen ihres Standes und der guten Zeugnisse ihres bisherigen Lebenswandels die Vermuthung für sich hat. Sonsten erkennet man, nach Beschaffenheit der eintretenden Umstände, auf eine außerordentliche Strafe, oder, nach geleisteter Sicherheit sich allezeit vor Gericht stellen zu wollen, auf Entbindung von der Instanz (d). 4) Ist nun auf den Reinigungseid erkannt; so ist es üblich, vor dessen wirklicher Abnehmung dem Angeklagten einige Tage Besdenk-

denkzeit zu lassen, in dem zur Abschwörung anberaumten Termine selbst aber, eine nachdrückliche Verwarnung vor dem Meineide vorangehen zu lassen, und zu diesem Behuße einen, oder einige Geistlichen zuzuziehen, auch, um den Eindruck bei dem Schwörenden zu erhöhen, manche Feierlichkeiten zu beobachten (e), bei welchen man sich jedoch nach dem Herkommen des Gerichts erkundigen muß, indem der Inquisit mit Grunde sich beschweret, wenn ungewöhnliche Formlichkeiten gebraucht werden (f). 5) Die Eidesformel ist zweimäßig abzufassen (g), nur auf das angeschuldigte Verbrechen und die abgeläugneten Hauptumstände desselben einzuschränken, und in dem Urtheil, in welchem auf den Reinigungseid erkannt wird, bestimmt man nicht leicht zum voraus, wie es zu halten, wenn der Angeschuldigte nicht schwören sollte (h). 6) Dem Richterschreiber liegt ob, die ganze Handlung der Eidesleistung mit allen Umständen auf das genaueste zu verzeichnen, und besonders auch auf das Betragen des Schwörenden genau zu achten. 7.) Leistet der Inquisit den ihm zuerkannten Reinigungseid wirklich; so hat er sich zwar dadurch von allem Verdacht gereinigt, alle bisher vorhandenen Anzeigen sind erloschen, und er muß unbedingt freigesprochen werden; allein der Beweis des begangenen Meineides, und das Verfahren wegen neuer gegründeter Anzeigen wird doch dadurch nicht aufgehoben, und hat der angeschuldigte durch sein strafbares Benehmen, oder doch durch eigene Unvorsichtigkeit die Untersuchung veranlaßt; so wird er allerdings mit Recht zu Bezahlung der Kosten angehalten (i). 8) Verweigert hingegen der Inquisit den ihm zuerkannten Eid; so wird er, wenn von geringen Vergehungen die Rede ist, und er den

vorhandenen Verdacht nicht abzulehnen vermag, für bekannt und überwiesen angenommen, und solchergestalt bestraft (k). Ist aber von schweren Verbrechen die Frage; so will zwar die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten (l), daß die Tortur eintreten soll; allein besser und zweckmäßiger ist es, nach dem Vorschlage anderer Gelehrten (m), auf eine außerordentliche Strafe zu erkennen.

- a) Sieh. Meine Grundsätze u. §. 362, 365.
- b) Art. 164.
- c) Hommel Rhapsod. Obs. 205. Wernher P. VII. Obs. 210. Boehmer ad C. C. C. Art. 164.
- d) Bei einem solchen Freisprechen von der Instanz wird die Sache keinesweges für abgethan angesehen, sondern man verwahret vielmehr die verhandelten Akten sorgfältig, und hat auf das Vertragen des Angeschuldigten genaue Acht, um bei sich ergebendem begründetem Verdacht auf das neue wider ihn verfahren zu können. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 618. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 758. 759. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. V. Tit. 34 §. 27. 28. Jul. Frid. Malblanc Doctrina de iurejurando. Norimbergæ 1781. Lib. IV. Cap. IV. §. 108. seq. p. 459. G. Al. Kleinschrod Diss. de absolutione ab instantia in processu inquisitorio. Wirzburg. 1788. Christ. Ferd. Harpprecht Com. de absolutione ab instantia in civilibus et criminalibus. Tübing. 1747. Jo. Frid. Moegling Diss. de dimissione reorum sine sententia. Tübing. 1741. Boehmer ad C. C. C. Art. 99. Kress ad C. C. C. Art. 99.
- e) Z. B. man legt die aufgeschlagene Bibel, und ein ausgezogenes Schwerdt auf den mit schwarzem Tuch bezogenen Tisch, zündet Lichter an, stellt dem Schwertenden

renden einen Todtenkopf vor Augen, öffnet die Fenster, und läßt auf der eröffneten Bibel den Eid ab schwören u. s. w. Boehmer l. c. §. 26. Clap- roth a. a. D. §. 620. Vergl. Meine Grundsätze ic. §. 384.

f) Quistorp a. a. D. §. 760. Koch l. c. §. 890. Ludovici Einleitung in den peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 51.

g) Sieh. Meine Grundsätze ic. §. 373.

h) Claproth a. a. D. §. 619. Quistorp a. a. D. §. 761.

i) c. 8. x. de purgat. canon. P. G. D. Art. 61. Struben R. B. Thl. I. B. 61. Quistorp a. a. D. §. 763. Claproth a. a. D. §. 620. Koch l. c. §. 894.

k) Struben R. B. Thl. V. B. 61. Wernher P. IV. Obs. 204. Koch l. c. §. 894. Clap- roth a. a. D. §. 620.

l) Koch l. c. Claproth a. a. D.

m) c. 10. x. de purgat. canon. Struben R. B. Thl. V. B. 136. Just. Hen. Boehmer Diss. de usu juramenti purgatorii in criminalibus. §. 27. (in Exercitat. ad D. Tom. III. n. 48.) Quis- torp a. a. D. §. 764.

§. 264.

5) Urtheil.

Hat der Richter auf die bisher beschriebene Art alle Beweise für und wider den Inquisiten zusammengebracht; so bleibt nun, um die Sache zum Urtheil zu instruiren, nichts mehr übrig, als zur Vertheidigung zu schreiten. Diese ist in eigentlich peinlichen Fällen so nothwendig, daß wenn der Inquisit derselben auch freiwillig sich begiebt, der Richter doch von Amts wegen

wegen einen Defensor bestellet, und Rechtskollegien pflegen, wenn vor einem verdammenden Endurthel (a) die Frage, und noch keine Vertheidigung geführet ist, die Akten ohne Urthel mit der Erinnerung zurück zu schicken, daß der Richter vorher einen Defensor bestellen solle (b) — die Vertheidigung selbst wird in diesem Falle entweder auf die Ausführung der vollen Unschuld (defensio pro deducenda plenaria innocentia), oder auf Milderung der Strafe (defensio pro mitiganda poena) gerichtet. Die Vertheidigungsgründe aber sind Theils aus der Theorie des peinlichen Rechts, Theils aus den bisher aufgestellten Grundsätzen des peinlichen Prozesses herzunehmen, und daß der Vertheidiger, wenn er vor der Hauptvertheidigung neuen Defensionalbeweis noch führen will, mit diesem vorerst gehdret werden muß, leidet keinen Zweifel (c) — Hier jezo etwas von Urtheln in peinlichen Sachen überhaupt — I. Diejenige richterliche Entscheidung, die bei einem vorhandenen verbindlichen Geständnisse, oder rechtsgenüglichen Beweise entweder die Strafe des Angeschuldigten bestimmet, oder denselben freispricht, nennt man ein Endurthel, welches dann schon seinen Begriffe nach entweder ein Verdannungsurthel oder Entbindungsurthel ist. In dem letzteren Falle wird der Angeschuldigte entweder ganz frei gesprochen und für völlig unschuldig erklärt, oder es wird nur das weitere erklärt, oder es wird nur das weitere Verfahren wider ihn so lange ausgesetzt, bis sich entweder mehrere Anzeigen ergeben, oder doch besserer Beweis entdeckt wird. Das letztere Erkenntniß heist — Entbindung von der angestellten Untersuchung — (d). Bestimmt der Richter blos dasjenige, was zur Ordnung des Prozesses gehdret; so wird die

ses ein bloßes Zwischenurtheil (sententia interlocutoria mera): erkennet er hingegen auf ein Mittel zu Erforschung der Wahrheit; so wird dieses ein gemischtes Zwischenurtheil (sententia interlocutoria mixta) genannt (e). II. Die peinliche Gerichtsordnung macht es zwar den peinlichen Richtern nirgends gerade zur Pflicht, die Akten an Rechtskollegien zu Einholung eines Urtheils, auch unaufgefordert, von Amts wegen einzuschicken; allein durch einen veralteten Gerichtsbrauch ist es dann doch eingeführet, daß niedere Gerichte, die an keinen bestimmten Oberrichter gewiesen sind, in eigentlich peinlichen Fällen, wenn von Fällung eines Endurtheils, oder Anordnung eines Mittels, die Wahrheit herauszubringen, die Rede ist, nie selbst sprechen, sondern die Akten allzeit an ein Rechtskollegium, gegen das der Angeklagte nicht protestirt, und das auch über den Punkt, von welchem gerade die Frage ist, noch nicht erkannt hat, versenden (f). III. Von der Versendung der Akten selbst, wie auch der Abschrift des Urtheils hier noch etwas anzuführen, würde überflüssig seyn (g). IV) Das eingegangene Urtheil ist der Richter eigenmächtiger Weise abzuändern in keinem Falle befugt, sondern nur berechtigt dasselbe, wenn er es den verhandelten Akten zuwider, oder auf falsche Entscheidungsgründe gebauet achtet, an seinen Oberen einzusenden, und von diesem weitere Verhaltungsbefehle sich zu erbitten (h). V. In vielen Ländern ist verordnet, daß alle und jede in peinlichen Sachen eingeholten Urtheile, ehe sie vollstreckt werden, an die Landesregierung zur Bestätigung, oder allenfallsigen Abänderung eingesendet werden müssen; aber auch außer diesem Fall ist eine solche Einsendung jedesmal nothig, so oft auch die peinliche Frage, oder eine Lebensoder

oder schwere Leibes - oder andere dieser gleich geachtete Strafe, z. B. auf Festungsbau, Landesverweisung, Zucht- und Spinnhaus- kurz, so oft auf eine solche Strafe, deren Folgen hauptsächlich von der Bewilligung des Landesherrn abhängen, erkannt ist (i). VI. Ein Entbindungsurtheil, wie auch ein Verdammungsurtheil, in welchem nur auf eine Leibesstrafe erkannt wird, wird dem angeschuldigten sogleich eröffnet. Von dem Verdammungsurtheil hingegen, das ein Todesurtheil ist, giebt der Richter demselben, vorerst nur den wesentlichen Inhalten nach entweder selbst, oder durch einen Gerichtsbedienten, oder durch einen Geistlichen (k) Nachricht, und schreitet, gewöhnlich erst nach dreien Tagen (l), zur formlichen Eröffnung und Vollstreckung. Der Grund hiervon ist, damit der Verdammte nicht nur überlegen könne, ob es nicht möglich sey, die Strafe von sich abzuwenden, sondern daß mit er auch wegen seines Vermögens, oder sonstiger Verhältnisse die nöthigen Verfügungen treffen, und zum Tode sich vorbereiten könne (m).

- a) Erhellest aus den Akten die völlige Unschuld des Angeschuldigten; so kann ein losprechendes Endurtheil sogleich ergehen, ohne daß es nöthig wäre, Vertheidigung vorher zu verlangen, oder abzuwarten.
- b) Koch Institut. jur. criminal. §. 899. Schol. Kress ad. C. C. C. Art. 47. §. 5. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 590.
- c) Claproth a. a. D. §. 591. 592. 593.
- d) Zwischen der Entbindung von der angestellten Untersuchung und der Loslassung ohne Urtheil ist im Grunde kein Unterschied. Koch I. c. §. 901. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 776.

- e) Quistorp a. a. D. §. 765. Koch I. c. §. 899.
Bergl. Meine Grundsäze II. §. 216. 217. 218.
- f) P. G. D. Art. 219. Vor allen Dingen muß man sich nach der Verfassung eines jeden Landes erkundigen. Christ. Fried. Ge. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses in Deutschland. Thl. V. S. 601. folg. Struben R. V. Thl. II. V. 112. Pufendorf Tom. II. Obs. 69. Kress ad C. C. C. Art. 28. 57. Koch I. c. §. 904. 905. Quistorp a. a. D. §. 768. 769.
- g) Sieh. Elsäßer Anhang zu Meinen Grundsäzen. Auch Meine Grundsäze II. §. 219. folg. Clap-rot Grundsäze von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsakten. Göttingen 1789. Hauptst. X. §. 187. folg. S. 279. Derselbe Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 596. 600. Quistorp a. a. D. §. 770-773. Koch I. c. §. 906. 907.
- h) Ferd. Aug. Hommel Diss. de cauta publicatione sententiæ criminalis. Lips. 1741. §. 3. Christ. Thomasius Diss. de judice sententiam criminatem in caussis criminalibus ab actis removenle. Hal. 1709. Quistorp a. a. D. §. 773. Koch I. c. §. 900.
- i) Quistorp a. a. D. §. 774. a. Koch I. c. §. 908.
- k) Diese Benachrichtigung von dem Inhalte der Urtheil nennt man — die Intimation der Urtheil —
- l) P. G. D. Art. 79. Bergl. Grozman a. a. D. §. 514=519.
- m) Koch I. c. §. 908. Quistorp a. a. D. §. 774. b. §. 777. Nebenhaupt gehören noch hierher: Ludovic's Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. 10. §. 1-15. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1974-1978.

§. 265.

6) Rechtsmittel gegen das ergangene Urtheil.

I. Ein in peinlichen Sachen ergangenes verdammendes Urtheil wird zum Nachtheil des Kondemnierten nie rechtskräftig, und die Ausführung der Unschuld ist keiner Verjährung unterworfen (a). II. Ein unbedingtes Entbindungsurtheil hingegen wird mit dem Augenblick seiner Eröffnung rechtskräftig, alle bisherige Beweise und Vermuthungen erlöschen, der Freigesprochene kann dasselbe als eine zerstörende Schuzrede unter allen Umständen für sich anführen, er wird in alle seine Rechte wieder eingesetzt, nach Befinden der Umstände wird ihm eine Ehrenerklärung und ein Zeugniß seiner Schuldlosigkeit unter gerichtlichem Siegel erscheinen, auch zuweilen der Regress wider das Gericht, das die Untersuchung gehabt hat, besonders vorbehalten, um wegen der erlittenen Schmach, Schäden und Kosten auf Genugthuung klagen zu können (b). III. In die höchsten Reichsgerichte kann in peinlichen Fällen nicht appellirt werden (c), wohl aber findet die unheilbare Nichtigkeitsklage statt (d). IV. In den Reichsständen muß man sich vorerst nach den besonderen Gesetzen und dem Herkommen erkundigen, in deren Ermangelung aber ist es Regel, daß zwar bei dem Anklage-, nicht aber dem Untersuchungsprozeß Berufung zugelassen wird. Neue Vertheidigung verzerrt hier die Stelle der Rechtsmittel, und diese kann, auf vorgängiges Gesuch des Kondemnierten, wenn dieser nur einige scheinbare Ursachen anzuführen vermag, selbst zum dritten und viertenmale nicht abgeschnitten werden (e). V. Von denjenigen, die entweder nach ausgestandener Gefängniß - Zuchthaus - Festungsstrafe los-

losgelassen; oder ohne vorgängige Strafe von der Untersuchung freigesprochen; oder aber relegirt werden, pfleget man nicht selten die eidliche Versicherung zu verlangen, daß sie eigenmächtiger Weise an dem Richter, dem Ankläger, den Zeugen, oder sonst jemand sich nicht rächen, und, wenn sie verwiesen sind, auch binnen der gesetzten Zeit nicht zurückkehren wollen (f). Diese eidliche Versicherung heißt — Urphede (g) — und wenn gleich die Gesetze einige Fälle angeben, in welchen dieselbe geleistet werden soll (g); so ist doch dabei dem richterlichen Ermessen das meiste überlassen. Unmündige, Studenten, Blinde, wie auch solche, die nach dem mit ihnen angestellten summarischen Verhöre freigesprochen werden, pfleget man gewöhnlich zu Ableistung der Urphede nicht anzuhalten, und es findet dieselbe überhaupt dann nicht statt, wenn allen Umständen nach gar nicht zu besorgen ist, daß der Angeklagte nach seiner Freilassung an dem Richter, oder sonst, unerlaubter Weise Nachte nehmen, oder sich der Urtheil nicht gemäß bezeigen werde (h). VI. Daß endlich der Kondemnirte bei dem Landesherrn um Begnadigung, Milderung, oder Umänderung der Strafe bitten, und dem Richter um Restitution ex capite justitiae angehen kann, ist außer Zweifel (i).

a) Meine Grundsäye ic. §. 403. No. 3.

b) Quistorp Grundsäye des deutschen peinl. Rechts, §. 775. Meine Grundsäye ic. §. 403. No. 3. und §. 24. — Die erhaltene Absolution steht jedoch demjenigen nicht entgegen, der wegen eines gewissen Verbrechens blos civiliter flaget. L. I. C. quando ci-vil. act. crim. præjud.

c) Meine Grundsäye ic. §. 418. No. 1.

d)

d) Ebend. §. 435. No. 4.

e) Ebend. §. 418. No. 1. Struben N. G. Thl. IV. S. 147. Mevius P. II. Decis. 272. P. VIII. Dec. 83. Gail Lib. I. Obs. 18. n. 28. Pufendorf Tom. I. Obs. 152. Koch Institut. jur. criminal. §. 907-914. Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. XI. Hefmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1978.

f) P. G. D. Art. 20. 108.

(*) Ueber den Ursprung dieses Wortes s. Boehmer ad Art. 108. §. 1. Walch in glossario voce: Urphede. Gundling diatribe ex jure feud. atque publ. de feudo vexilli. Halæ 1750. p. 150.

g) P. G. D. Art. 157. 161. 164.

h) Koch l. c. §. 915-923. Leyser Spec. 652. Quistorp a. a. D. §. 138-143. v. Bülow und Hagemanns prakt. Erörter. Thl. I. n. 49. In vielen Landen ist indessen die Urphede darum mit Recht ausser Gebrauch gekommen, weil es theils eine Bekleidigung für rechtliche Bürger ist, sie ohne Eidesableistung künftiger illegalen Handlungen für verdächtig zu halten, theils es gegen die Würde des Staats läuft, in dem eidlichen Abgeltb. nisse von Verbrechern Sicherheit zu suchen. Worte des knigl. preussischen Rescripts, welches die Urphede aufhebt, bei Klein in den Annalen. Bd. XV. S. 359. s. Groiman a. a. D. §. 520.

i) Leyser Spec. 653. Joan. Adolph. Hugo Fredericus Lentin Diff. de restitutione ex capite justitiae in causis criminalibus. Erford. 1783. Quistorp a. a. D. §. 848. 849.

§. 266.

7) Vollstreckung des ergangenen Urthels.

I. Der Vollstreckung des ergangenen Urthels können mancherlei Hindernisse sich in den Weg stellen.
 1) Wenn der Kondemnirte sein gethanes Geständniß, auf welchem die Verurtheilung beruhet, entweder in dem Gefängnisse, oder vor gehegtem peinlichem Halsgericht, oder auf dem Richtplatz widerruft; so wird die Exekution aufgeschoben, neue Vertheidigung gestattet, und Versendung der Akten veranstaltet. Bei dem sodann abzufassenden Erkenntnisse kommt alles darauf an, ob befriedigende Gründe des Widerrufs dargethan worden sind, oder nicht. In dem letzteren Falle pflegt gewöhnlich erkannt zu werden, daß die verwirkte und erkannte Strafe an dem Verurtheilten nunmehr wirklich zu vollziehen, und auf einen etwaigen nochmaligen ungegründeten Widerruf gar nicht mehr zu achten sey (a). 2) Ergiebt sich neuer Verdacht gegen den Kondemnirten, der zu keiner Todesstrafe verurtheilet ist (b), daß er noch schwerere Verbrechen begangen habe, als diejenigen sind, von welchen man bisher Wissenschaft gehabt; so ist es üblich, bis zu weiterer Aufklärung, der Vollstreckung Anstand zu geben. 3) Dem Kondemnirten gönnet man vor der Vollstreckung hinreichende Zeit, um seine Geschäfte in Ordnung bringen, und, wenn Todesstrafe zuverckt ist, auf den Tod sich vorbereiten zu können (c). 4) Ist mit Grund bei der öffentlichen Vollziehung eines Todesurthels Aufruhr und Tumult zu befürchten; so kann die Vollstreckung desselben entweder aufgeschoben, oder als Ausnahme von der Regel (d), nach vorher ein

eingeholter Einwilligung des Landesherrn, heimlich vollzogen werden. 5) Bei schwangeren Personen wird die Vollstreckung der Lebens-, oder auch einigermassen schweren Leibesstrafen bis nach ihrer Entbindung, und noch etwa sechs Wochen nachher aufgeschoben. Eben so verhindern Krankheiten gewöhnlich die Vollziehung peinlicher Leibesstrafen, diejenige der Lebensstrafen hingen nur dann, wenn sie den Gebrauch der sinnlichen Empfindungen, oder auch des Verstandes beseitigen (e).

- a) P. G. D. Art. 91. Boehmer ad C. C. C. Art. 91. Car. Frid. Walch Diff. de revocatione confessionis capite damnati in die ejus suppliciis destinato. Jen. 1783. Kress ad C. C. C. Art. 91. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 781. 782. — Gründet sich die Verurtheilung auf einen vorhandenen vollständigen Beweis; so ist, im Fall der Kondamnierte das Verbrechen läugnet, die Vollstreckung, mit Gestattung neuer Vertheidigung und Versendung der Akten, nur dann aufzuschieben, wenn einige neue, wenigstens Scheingründe angeführt werden, die gänzliche Losprechung, oder doch Milderung der Strafe veranlassen könnten. Quistorp a. a. D. §. 783. Koch Institut. jur. criminal. §. 930. Not. *
- b) Ist auf Todesstrafe erkannt; so schreitet man zur Vollstreckung fort, wenn nicht etwas das Wohl des Staats, oder die Entdeckung der Mitschuldigen einen Aufschub nothwendig macht.
- c) Will der Kondamnierte sich nicht bekennen; so wird ohne weiters zur Vollstreckung geschritten.
- d) Josias Ludewig Ernst Püttmann über die öffentliche Vollstreckung der Strafen. Ein Sendschreiben an Herrn Benjamin Rush. Leipzig 1792. S. 65. folg.

e) Koch I. c. §. 928. Ludovici Einleitung zum
peinlichen Prozeß. Kap. X. §. 9 = 19.

§. 267.

F o r t s e z u n g .

II. Stehet der Vollziehung der verwirkten und zuerkannten Strafe kein Hinderniß mehr im Wege; so werden 1) Leibesstrafen auf die den Gesetzen, dem Herkommen, der Natur des Verbrechens und dem Zweck der Strafe gemäße Art vollzogen. 2) Bei Lebensstrafen hingegen bringet man, nachdem dem Kondemnirten der Inhalt des Urthels im allgemeinen bekannt gemacht worden, diesen in einen leidlicheren Aufenthaltsort, entlediget ihn so viel möglich der allenfalls angelegten Banden, reichert ihm bessere Nahrung, und gestattet seinen Verwandten, Freunden und Bekannten den Zutritt. 3) Diesem vorgängig besorget der Richter alles zur Exekution nothwendige, bestellen nämlich den Scharfrichter und seine Gehülfen, lässt den Ort, wo die Vollstreckung geschehen soll, behändig zu bereiten (a), und stellet nothige Wache auf, um die Exekution zu decken, und Unordnungen zu verhüten (b). 4) Die Bestimmung des Tages der Vollstreckung ist dem richterlichen Ermessen überlassen, nur darf er, in der Regel, keine Fest- und Feier - wie auch nicht solche Tage wählen, die öffentlichen Freudensbezeugungen und Lustbarkeiten gewidmet sind, und gewöhnlich wird der Dienstag, oder Freitag gewählt (c). 5) Der wirklichen Exekution geht noch heute an den meisten Orten die feierliche Hegung des sogenannten hochnoth-peinlichen Halsgerichts voran, die dabei üblichen Feierlichkeiten aber sind nach dem verschiedenen Ortsherkommen

men sehr abweichend (d). Geröhnlich begiebt sich der peinliche Richter mit dem Gerichtsschreiber und sieben oder acht Schöppen an den zu Haltung dieses Gerichts bestimmten Ort, nimmt hier mit diesen um die mit schwarzen Tuch behangene Tafel, auf welcher das Gerichtsschwert und der Stab liegen, Platz, heget das peinliche Gericht formlich, lässt den Kondemnirten vorführen, solchem die das wesentliche seines Verbrechens betreffenden Artikel vorlesen, und nachdem er diese bejahet, das Todesurtheil öffnen, zerbricht hierauf den Stab, und übergiebt den Verurtheilten dem Scharfrichter, um an ihm zu vollziehen was Urtheil und Recht mit sich bringet (e). 6) Darauf folget der Zug zu dem Richtplatz, wohin der zu Equirende entweder geht, oder entweder Schwächlichkeits halben, oder zu Vermehrung der Schande auf einem Karren, oder einer Schleife, oder einer Kühhaut gefahren wird. In jedem Falle aber muß der Richter ihn gegen alle Mißhandlungen der Begleitenden sichern, da derjenige, an dem man eine öffentliche Strafe vollziehet, unter dem vorzüglichsten Schutze der Obrigkeit steht. 7) Auf dem Richtplatze selbst sorget der Richter wieder für Erhaltung der Ordnung, wachet darüber, daß der Scharfrichter seiner Schuldigkeit ein Genüge leistet, und lässt, wenn gleich bei der Enthauptung der Hieb mißlingen, oder der Strick, woran einer gehangen werden soll, brechen sollte u. s. w. nichts destoweniger die Strafe sogleich und ohne allen Aufschub völlig zur Ausführung bringen (f). 8) Nach vollendeter Execution fraget der Nachrichter den peinlichen Richter, ob er recht gerichtet habe? worauf dieser, nach Verschiedenheit der Umstände, seine Zufriedenheit, oder Misbilligung zu erkennen giebt (g), auch dem Scharfrichter,

richter, auf Verlangen, ein förmliches, mit dem Gerichtssiegel bestärktes Attestat darüber ausstelle. 9.) Die Leichname der Enthaupteten werden gewöhnlich auf dem Gerichtsplatze selbst, oder nicht weit davon in einem Sarge eingescharrt, die Gehängten hängen bleibn gewöhnlich an dem Galgen hängen, die Geradbrechten flechtet man auf das Rad, und die Körper der Geviertbeilten bleibn vor jedermanns Augen an den öffentlichen Landstraßen liegen. Die Landesherrn indessen machen hierüber nicht selten besondere Verfügungen, und erlauben entweder das Begraben der Leichname, oder gestatten die Auslieferung derselben an die Anatomen (h). 10.) Ist der Kondemnierte flüchtig geworden, und kann auch nicht wieder zur Hand gebracht werden; so geschiehet die Vollstreckung der Strafe zuweilen im Bildnisse. Dies geschiehet entweder durch sinnliche Vorstellung des Verbrechers, oder durch bloße Aufzeichnung seines Namens auf eine Tafel, oder durch beides zugleich (i). Nur bei schweren Verbrechen findet diese Strafe statt, und selten schreitet man dazu. Gewöhnlich zählt man drei Arten von Verbrechen auf, wo sie anwendbar seyn soll, Hochverrath nämlich, Blasphemie und Keterei; allein heut zu Tage rechnet man auch noch gewöhnlich Zweikampf und militärische Desertion dahin. Ist übrigens die Strafe am Bildnisse vollstrecket, und wird man des Verbrechers nachher habhaft; so kann derselbe allerdings noch mit der wahren Strafe belegt werden, so jedoch, daß man ihm, auf Verlangen, zuvor eine abermaltige Defension gestattet (k). 11.) Ueberhaupt liegt zwar dem Richter allerdings ob, sich in Ansehung der bei öffentlicher Vollziehung der Todesstrafen zu beobachtenden Feierlichkeiten nach dem Ortsherkommen zu richten;

richten; allein billig denkt er doch darauf, die ganze Handlung so einzurichten und zu vereinfachen, daß keinem Schwärmer der Lust wohl kommen kann, eines gleichen Todes zu sterben (1), und möchte doch die Verfahrungsart in allen Gerichten so seyn, daß die Strafe schnell genug auf das Verbrechen folget, daß mit dieses noch in frischem Andenken ruhe, und der Eindruck jener mithin nicht gemindert werde! (m).
 12) Die Pflicht des Gerichtschreibers ist es, die ganze Handlung der Exekution mit allen derselben vorangehenden, dieselbe begleitenden, und auf dieselbe folgenden Umständen, Feierlich- und Formlichkeiten auf das genaueste zu verzeichnen. Der Richter aber erstattet gewöhnlich über die geschehene Vollstreckung an seinen Oberen Bericht, und sehr heilsam ist es, wenn alle peinliche Strafen in die gedruckten öffentlichen Nachrichten, mit umständlicher Erzählung der begangenen Verbrechen, eingerückt werden.

a) Hier muß der Richter theils durch kluges Betragen, theils durch zweckmäßige Strenge die Schwierigkeiten, die die Handwerker nicht selten in den Weg legen, zu überwinden suchen. Bald legt er selbst zuerst Hand an das Werk, bald läßt er alle zu der Arbeit nöthigen, an dem Ort befindlichen Handwerker zusammen kommen, und sie entweder alle arbeiten, oder durch das Loos einige aus ihnen wählen. P. G. D. Art. 215. 216. 217.

b) Koch Institut. jur. criminal. §. 925 - 928. Cla proth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 623 - 631. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 788 - 791.

c) Quistorp a. a. D. §. 791.

d) P. G. D. Art. 82 - 98. Neben diese Solennitäten s. Carpzov Q. 136. C. F. Walch de ritibus

bus judiciorum criminal. in C. C. C. Art. 100. abrogatis. Jen. 1784. — Ausführliche Beschreibung der Regierung des hochnotpeinlichen Halsgerichts. Heilbr. und Leipz. 1798.

- e) Claproth a. a. D. §. 631 - 634. Quistorp a. a. D. §. 792 - 796. Koch l. c. §. 929. 930. Pet. Mascoy Discursus juridicus de clamore violentiae. vulgo Zetter-Geschreyen. Gryphiswald. 1674. C. A. Beck de solenni fractionis baculi ritu in exequenda Supplicii capitalis Sententia. Jen. 1751.
- f) Quistorp a. a. D. §. 796. Koch l. c. §. 931. Der Scharfrichter, der absichtlich, oder doch aus unentschuldbarer Nachlässigkeit sein Amt schlecht vollziehet, verdienet schwere Strafe, die bald Landesverweisung, bald eine Geldstrafe, bald eine andere seyn kann. Claproth a. a. D. §. 634. 635. Neben die Hinrichtungs-Solennitäten überhaupt vergl. Heil Judex & defensor. p. 459 - 486.
- g) P. G. D. Art. 98.
- h) Quistorp a. a. D. §. 797. 798. Koch l. c. §. 932.
- i) Diese Strafe ist verschieden von der Vollstreckung an dem Leichnam des Verbrechers, der entweder gestorben ist, oder sich selbst entlebet hat. Koch l. c. §. 95. Auch Errichtung der Schandäulen ist etwas anderes. Dies ist Denkmal begangener Verbrechen, nicht bloße Vollstreckung.
- k) Koch l. c. §. 97. a. §. 934. §. 960. a. 960. b. Car. Frid. de Winckler Pr. de executione poenae repräsentativa. Lips. 1787. Quistorp a. a. D. §. 93. 94. J. W. von Archenholz Geschichte des siebenjährigen Kriegs in Deutschland vom Jahr 1756. bis 1763. S. 242.
- l) Ist es ratsam, Missethäter durch Geistliche vorbereiten, und zur Hinrichtung begleiten zu lassen? Berlin. Demler Der Prediger bei Delinquenten und Molefikanten. Jena 1775. Kap. 2. Neben die Gewohnheit, Miss-

Misseihäter durch Prediger begleiten zu lassen. Hamburg 1784.

- m) C. Filangieri System der Gesetzgebung. Thl. III.
Kap. 24. Jos. Ludw. Ernst Püttmann Ueber die
öffentliche Vollstreckung der peinlichen Strafen. Ein
Sendschreiben an Herrn Benjamin Rush. Leipzig.
1792. S. 54, folg.

II.) Von dem Anklageprozeß.

§. 268.

Anklageprozeß.

Der Anklageprozeß hat das meiste mit dem ordentlichen bürgerlichen, vieles mit dem Untersuchungsprozeß gemein, und nur wenige Eigenheiten. Die letzteren sollen hier angegeben werden. I. Die Anklage wird entweder von dem öffentlich bestellten Ankläger, oder dem Fiskale erhoben, oder von einer Privatperson aufgestellt (a). Dieser muß alsdann auftreten, wenn es an einem Privatankläger mangelt, und bei der Beurtheilung der Zulässigkeit dieser hat der Richter nicht sowohl auf den Stand und das Geschlecht des Anklägers zu sehen, als vielmehr auf den Grund der Anklage, und das Leben und den Wandel der Person, von der sie herröhret, Rücksicht zu nehmen (b). Diesen mehrere auf; so wählet der Richter aus ihnen den Tüchtigsten, oder befiehlt ihnen, ihre Sache durch einen gemeinschaftlichen Anwalt zu betreiben (c), und heut zu Tage kann keine Privatperson mehr wider ihren Willen zur Anklage gezwungen werden (d). II. Der formliche Anklageprozeß setzt einen eigentlich peinlichen Fall voraus, findet auch nur dann statt, wenn

in dem Untersuchungsprozeß die Specialinquisition ohne Anstand verhängt werden könnte e), und da er für den Angeklagten eben so nachtheilige Folgen hat, als diese; so muß der Richter bei Annahme einer Anklage allerdings mit der höchsten Vorsicht zu Werk gehen, und sich sowohl die eigentliche Beschaffenheit des ange schuldigten Verbrechens bekannt machen, als auch untersuchen, ob der Grund der Anklage wo nicht bewiesen seyn, doch wenigstens auf vieler Wahrscheinlichkeit beruhe (f). III. Privatankläger können, nach Besin den der Umstände, von dem Richter nicht nur zu Abschwörung des Eides für Gefährde angehalten werden (g), sondern sind auch, so lange sie den Grund der Anklage zu beweisen nicht vermögen, Sicherheit wegen Fortsetzung der Klage, der Beschimpfung, der Schäden und Kosten zu leisten verbunden. Wer diese Sicherheit nicht bestellen, auch mit dem Beweise des Grundes der Anklage nicht aufkommen kann, muß, bis eines, oder das andere geschiehet, einstweilen in das Gefängniß wandern (h).

a) P. G. D. Art. 214.

b) L. I. 2. 3. D. de accusat. et inscript. L. 3. §. 2.
D. ad L. Jul. de annon. Carpzov Qu. 104.
n. 23. seq.

c) Idem l. c. n. 47. 48.

d) P. G. D. Art. 214. Kress ad C. C. C. Art.
214. Mevius P. V. Decis. 300. Brunne man
ad L. I. D. de SCto. Silan. Wern her
P. I. Obs. 156. Schaumburg Princip.
prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 8.
Quistorp Grundsäze des deutschen peinl. Rechts.
§. 800.

e)

e) P. G. D. Art. II.

f) Kress l. c. Art. II. Quistorp a. a. D. §.
801.

g) Meine Grundsätze u. §. 366.

h) P. G. D. Art. 12. 13. 14. 15. 181. Sicherheit wegen Fortsetzung der Klage muß jedoch der Ankläger in jedem Falle leisten. Sieh. den angeführten Art. 15. der P. G. D. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 9. §. 7. Deffentliche Ankläger sind von der Sicherheitsleistung, in der Regel, frei. Quistorp a. a. D. §. 802. Schamburg l. c. Koch Institut, jur. criminal, §. 939.

§. 269.

Fortsetzung.

IV. Das Klageschreiben wird hier, so wie im bürgerlichen Prozeß (a), förmlich abgefaßt, alle Umstände werden in demselben genau erzählet (b), es wird entweder schriftlich über-, oder mündlich zu Protokoll gegeben (c), und es darf an vielen Orten artikulirt seyn (d), brauchet auch kein bestimmtes Gesuch zu enthalten (e). V. Zu der Verhaftnehmung des Angeklagten wird unter den nämlichen Voraussetzungen geschritten, unter welchen solche auch in dem Untersuchungsprozeß statt findet. VI. Auf die erhobene Anklage muß der Angeklagte mündlich und in Person in dem Gerichte antworten, er kann hier alle verzögerlichen und zerstörlischen Einreden vorbringen, und da seine Erklärung die Stelle der Kriegsbefestigung vertritt; so muß dieselbe alle Eigenschaften dieser an sich tragen (f). VII. Befestigt der Angeklagte den Krieg verneinend, oder wird derselbe zur Strafe des Ungehorsams für verneinend befestigt erklärt (g); so liegt dem Anklä-

ger der Beweis seiner Behauptung ob, so wie es die Sache des Angeklagten ist, seine vorgesetzten Einreden behörig darzuthun. Von einer zerstörlichen Beweisfrist indessen weiß man auch hier nichts (h), und die Zuschiebung des Hauptes sowohl, als die Auflegung des Erfüllungsseides fallen ganz weg (i). VIII. Kommt der Ankläger mit dem Beweise seiner Behauptung nicht auf, oder hat der Angeklagte diesen durch seinen geführten Gegenbeweis wieder entkräftet; so erfolget ein Entbindungsurtheil. Bei einem vorhandenen unvollständigen Beweise hingegen erkennet der Richter auf ein Mittel die Wahrheit herauszubringen, so wie in dem Fall eines beigebrachten vollständigen Beweises ein Verdammungsurtheil ergehet (k). IX. Von den Rechtsmitteln gegen das ergangene richterliche Erkenntniß ist bereits oben das nöthige bemerket worden, und der Ankläger darf von der Fortsetzung des Prozesses nur dann ablassen, wenn er seine Anklage unrichtig finden sollte, von deren Rechtmäßigkeit er vorhin aus genugsaamen Gründen überzeuget war (l).

a) Meine Grundsäze ic. §. 60. folg.

b) Dieß ist gerade in peinlichen Sachen am allerwichtigsten. Der Angeklagte ist daher auch die Angabe des Orts, des Tages und der Stunde zu verlangen berechtigt, wenn er vielleicht daher einen Vertheidigungsgrund nehnien kann. Gail Lib. I. Obs. 64. n. 11. Carpzov Qu. 106. n. 35. L. 3. pr. D. de accusat. et inscript.

c) Bei höheren Gerichten ist das erstere die Regel. P. G. Q. Art. 89.

d) Meine Grundsäze ic. §. 64.

e) Gail Lib. I. Obs. 61. n. 9. Schaumhurg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 9. Quis.

Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts.
§. 803. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II.
§. 1877. 1881. Vergl. Meine Grundsätze II. § 72.
folg.

- f) Eben daselbst §. 173. folg. Quistorp a. a. D.
§. 804. Schaumburg I. c. §. 10.
- g) Meine Grundsätze II. §. 458.
- h) P. G. D. Art. 186.
- i) Quistorp a. a. D. §. 805. Koch Institut.
jur. criminal. §. 942. Hofmann a. a. D. §.
1882.
- k) Schaumburg I. c. §. II. Hofmann a. a.
D. §. 1883 = 1945.
- l) Quistorp a. a. D. §. 806. In dem entgegen ge-
setzen Fall, wenn nämlich der Ankläger zum Nachtheile
und zur Beleidigung des Angeklagten von der erhobe-
nen Klage abstehen sollte, ist dieser auf Genugthuung
wegen der zugesagten Beleidigung, und auf Ersatz der
erlittenen Schäden und Kosten zu dringen allerdings
berechtigt. P. G. D. Art. 12. 201. — In dem ei-
nen Fall aber wie in dem andern bleibt deswegen das
Verbrechen nicht ungerügt, sondern die Pflicht des
Richters ist es, nunmehr von Amts wegen wider den
Angeklagten zu verfahren. Vergl. noch Quistorp
a. a. D. §. 807.

B.) Von der gegen abwesende Verbrecher übli-
chen Verfahrungsart.

§. 270.

Verfahrungsart gegen abwesende Verbrecher.

Von den Mitteln, entwichener mutmaßlicher Ver-
brecher wieder habhaft zu werden, ist bereits oben das
ndthige angeführt worden; hier ist daher nur von der
Gg 2 gegen

gegen entflohene Verbrecher üblichen Verfahrungsart selbst die Rede. — I. Ist das peinliche Verfahren so weit gediehen, daß nichts als die Fällung des Verdammungsurtheils mehr übrig ist, oder ist dieses wohl gar schon ergangen; so werden diejenigen Strafen, deren Vollziehung auch gegen einen Abwesenden möglich ist, wirklich vollstrecket; diejenigen hingegen, die sich gegen einen Abwesenden nicht vollstrecken lassen, zuweilen im Bildnisse vollzogen. Ist aber das peinliche Verfahren entweder noch gar nicht angefangen, oder doch noch nicht so weit gebracht, daß die Sache zum Urtheil reif ist; so kann zwar bei geringen Vergehnungen, deren Strafe auch gegen einen Abwesenden sich vollstrecken lässt, gegen die Ungehorsamen verfahren, und, nach Umständen, auf das vermutete Geftändniß die Zuverkennung der verwirkten Strafe gehauet werden; allein so bald von schweren peinlichen Fällen, auf welchen eine Lebens- oder Leibesstrafe steht, die Rede ist, ruhet nach gemeinen Rechten, das Verbrechen des Hochverraths allein ausgenommen, nachdem alles, was zu der Generalinquisition gehört, vollendet ist, das weitere Verfahren so lange, bis der Angeklagte zur Hand gebracht wird (a) — II. Nur an einigen wenigen Orten ist noch heute bei eigentlichen Kapitalverbrechen, wenn der entflohene Angeklagte mit genugsamem Verdacht beladen ist, der so genannte Bann- oder Achtssprozeß üblich. 1) Der öffentliche, oder privat Ankläger nämlich übergibt seine Anklage, bittet um die Anstellung eines nothpeinlichen Halsgerichts, und die Erlassung einer Ladung. 2) Ist nun das begangene Verbrechen ein übernachtes, das heißt, sind von der Zeit seiner Begehung an, oder von der Zeit an, da der Verwundete gestorben

ben ist, vier und zwanzig Stunden bereits verstrichen; so wird in dreier Herrn Landen eine öffentliche Ladung angeschlagen, und das erstmal dahin gerichtet, daß der Gefallene in dem anberaumten Termine erscheinen, die Anklage anhören und darauf antworten; das zweite mal dahin, daß er rechtmäßige Entschuldigungsursachen seines Aussenbleibens, bei Vermeidung der Acht anführen solle, und darauf erfolget dann, wenn auch dieser Termin wieder fruchtlos verstreicht, die wirkliche Verdammung in die Acht, oder Unteracht. Zu Anhörung dieses Urthels wird der Angeklagte öffentlich vorgeladen, dieses auch, nachdem es in dem anberaumten Termine eröffnet worden, an einem öffentlichen Orte ein Jahr lang angeschlagen. Die Wirkung hiervon ist, daß der Angeklagte für bekannt und überwiesen geachtet wird, in dem Gerichtsbezirk des Richters, der die Acht erkannt hat, mit Sicherheit sich nicht mehr aufhalten kann, sondern von einem jeden ergriffen, und dem Richter übergeben werden darf. Nach Ablauf jener Jahresfrist wird der Geächtete abermals vorgeladen, seine Ehehaftem vorzubringen, und sodann, wenn dies fruchtlos ist, in die Oberacht, oder Aberacht verdammt. Dies hat die Folge, daß der Geächtete nunmehr für ehrlos gehalten wird, alle Bürgerrechte verlieret, in dem ganzen Lande, wo der Richter ist, der die Acht erkannt hat, sich mit Sicherheit nicht mehr aufhalten kann, und daß darneben sein ganzes Vermögen, das Heurathgut der Frau und den Pflichttheil der Kinder ausgenommen, dem Fiskus unwiderstehlich zufällt. 3) Ist hingegen das begangene Verbrechen kein übernachtetes, das heißt, sind von der Zeit seiner Begehung an, oder von der Zeit an, da der Verwundete gestorben ist, noch nicht vier und zwan-

zig Stunden verstrichen; so ergehet, nach vorgängiger Anklage, und gehegtem nothpeinlichem Halsgerichte, sogleich die Ladung, die entweder den in dem Hause des Entflohenen befindlichen Personen, oder seinen nächstesten Verwandten eingehändigt, oder an einem öffentlichen Orte angeschlagen wird, und dem Geladenen aufgielt, daß er an dem nämlichen, oder doch dem folgenden Tage erscheinen solle. Erscheinet er nicht; so wird er zu Beibringung hinreichender Entschuldigungssachen wegen des Aussenbleibens, unter Bedrohung der Acht, vorgeladen, und wenn er auch nun noch nicht erscheinet, auf die eben beschriebene Weise, in die Acht und sofort in die Überacht erklärt. 4) In jedem Falle aber darf, wenn der Verbannte nach erfolgter Achtserklärung in dem Gerichte sich stelle, keinesweges sogleich zur Bestrafung geschritten, sondern es muß derselbe vorher mit seiner Vertheidigung gehörret, und allenfalls mittelst der Tortur zum Bekennnis der Wahrheit gebracht werden (b).

a) p. G. D. Art. 206. Koch Institut. jur. criminal. §. 961. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. III. §. 22 - 26. Boehmer ad C. C. C. Art. 155. §. 2. Kress ad C. C. C. Art. 155. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechte. §. 844.

b) Die peinliche Gerichtsordnung spricht von dem Bannprozeß nicht. Nur in dem Art. 155. geschiehet der Mordacht Erwähnung. Die Bambergische Halsgerichtsordnung hingegen handelt von dem Achtsprozesse Art. 228 - 265. weitläufig. Ueberhaupt gehören hierher: Koch I. c. §. 964 - 971. Quistorp a. a. D. §. 845 - 848. Schamburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 3 - 8. Knorr. Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 9. §. 12 - 18. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl.

Ehl. II. §. 1945 = 1956. Ludovici a. a. D. §. 26 = 47. Wolfgang. Ad. Schoepff Disl. de processu in contumaciam in caassis criminalibus. Tübing. 1733. Stehet auch verbessert und vermehrt in Dasselben Tr. de processu unilaterali. Tübing. 1748 Sect. II. p. 94. seq. Ge. Keyser Prax. crim. P. II. Anweisung zum Achtsprozeß Altenburg 1710. Bened. Carpzov Peinlicher Inquisitions- und Achtsprozeß. Leipzig. 1733. Estor's Gründl. Unterricht von geschilfter Abfassung der Urtheile Kap. XXXV. Ueberhaupt über das Contumacialverfahren s. Kleinschrod in dem Archive B. I. St. II. n. 19.

§. 271.

Kosten des peinlichen Prozesses.

I. Diejenigen Kosten, die zu der Vertheidigung und Verpflegung des Angeklagten aufgewendet werden, muß dieser in der Regel tragen (a). II. Aller der sicheren Aufbewahrung des Angeklagten, oder der Vollziehung der peinlichen Urtheil wegen, es mag nun von der Marter, oder der Strafe selbst die Rede seyn, nothwendige Aufwand fällt, in der Regel, dem Gerichtsherrn, der ja auch die Benützungen beziehet, welche die Gerichtsbarkeit abwirft, zur Last (b). III. Die eigentlich peinlichen Prozeßkosten, das heißt diejenigen, die der nothigen Untersuchung halben verwandt werden, sie mögen nun gerichtliche, oder aussgerichtliche seyn (c), tråget der Ankläger, der den Grund seiner Anklage durch gültige Beweise, oder Anzeigen zu rechtfertigen nicht vermocht hat (d). Kann dieser nicht zahlen; so muß der peinliche Richter solche übernehmen, und auf den Angeklagten fallen sie nur dann, wenn dieser entweder nach geführtem genugsamem Beweise verurtheilet, oder aber zwar freigesprochen wor-

den

den ist, durch sein strafwürdiges Betragen, oder eige-
ne Unvorsichtigkeit jedoch gegründeten Anlaß zu dem
Verdacht gegeben hat. Ist auf ein Mittel die Wahr-
heit herauszubringen fruchtlos erkannt worden; so wer-
den in der Regel zwischen dem Ankläger und Ange-
klagten die Kosten verglichen. IV. Hat der Richter
ohne redliche Anzeigen, und ohne gegründeten Ver-
dacht die Inquisition erhoben; so fallen ihm allein die
Prozeßkosten zur Last (e). In dem entgegen gesetzten
Falle aber, wo nämlich die verhängte Untersuchung
auf rechtlichen und genugsaamen Anzeigen beruhet,
kommt alles darauf an, ob der Angeschuldigte wirk-
lich schuldig, oder unschuldig befunden wird. Ist jes-
ses; so ist es außer Zweifel, daß er, ohne auf die
Beschaffenheit der ihm zuerkannten Strafe zu sehen,
alle Untersuchungskosten allein tragen muß. Ist aber
dieses; so hat man weiter noch darauf Rücksicht zu
nehmen, ob derselbe durch eigenes Verschulden, oder
durch ungebührliche, oder wenigstens verdächtige Hand-
lungen die Inquisition veranlaßt hat, oder nicht. In
dem ersten Falle hat er, ohne zu unterscheiden, ob er
vor, oder nach der Specialinquisition, ob er nach ei-
nem überstandenen Mittel die Wahrheit herauszubrin-
gen, oder ohne dieses, ob er mit, oder ohne Bedin-
gung freigesprochen worden, ob er das Ende der Un-
tersuchung erlebt hat, oder ob er darüber hin gestor-
ben ist, die gesammten Inquisitionskosten, ohne Aus-
nahme allein zu tragen. In dem zweiten Falle hin-
gegen fallen sie dem Richter zur Last. V. Ein nach
den bisher aufgestellten Grundsätzen in die Kosten ver-
dammter Verbrecher ist auch diejenigen Untersuchungs-
kosten zu bezahlen schuldig, die auf seinen Mitgehül-
fen verwendet worden, in so ferne dieser nichts, oder
nicht

nicht genug im Vermögen hat, und nicht etwa während der Untersuchung eine neue unerlaubte Handlung sich zu Schulden kommen läßt, die neue Kosten veranlaßt hat (f). VI. Bei einem entstandenen Zusammenlaufe der Gläubiger über das Vermögen des Angeschuldigten stehen zwar die Geldbußen allen andern Forderungen, ohne Unterschied, nach; allein die Prozeßkosten, wie auch diejenigen, welche auf die Verpflegung und Vertheidigung verwendet worden sind, werden allen Forderungen solcher Gläubiger, die blos persönliche und keine ältere dingliche Rechte haben, und überhaupt allen andern Schulden, die jünger und nicht besonders befreit sind, vorgezogen (g). VII. Subsistiarisch fallen alle diejenigen Kosten, die der Ankläger, oder Angeschuldigte nicht aufzubringen vermögen, dem peinlichen Richter zur Last (h). VIII. Von den Rechtspflichtigen ist der peinliche Richter den Ersatz der aufgewendeten kriminalen Kosten nur dann zu verlangen berechtigt, wenn ausdrückliche Verträge, oder besonderes Herkommen ihm diese Befugniß zutheilen, und in keinem Falle leiden solche Verträge, oder ein solches Herkommen eine ausdehnende Erklärung (i).

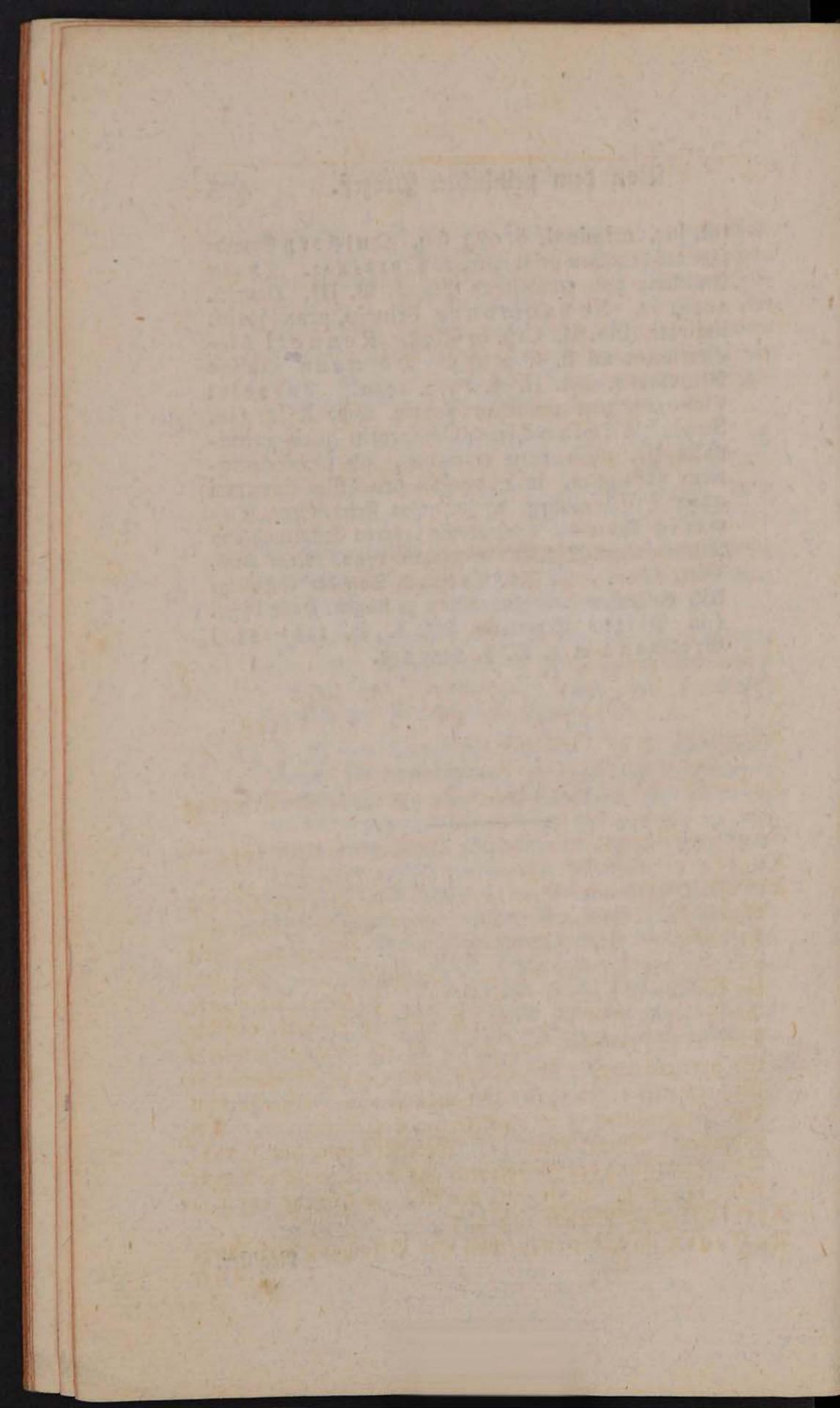
a) P. G. D. Art. 61. 153, 206. Die zur Verpflegung des Inculpaten nöthigen Kosten heißen gewöhnlich die *Azungskosten* — Unter den Vertheidigungskosten werden hier blos diejenigen verstanden, die es im eigentlichen Sinne sind, nicht also diejenigen, welche die angestellte Besichtigung, die Einholung der Urtheil und die Leistung des Reinsigungseides erfordert haben.

b) P. G. D. Art. 61. 204. 215. 216. Kress und Boehmer ad C. C. C. Art. 204. Dies gilt jedoch nur von solchen Kosten, die nicht lediglich des gegenwärtigen Vorfalls halben verwendet werden müssen, sondern die auch auf künftige Fälle einen bleibenden Nut-

zen haben. Z. B. die Errichtung eines neuen Galgens, neuen Richtplatzes, neuen Gefängnisses, einer Marterkammer, die Anschaffung neuer Torturinstrumenten u. s. w. Diejenigen Kosten hingegen, die lediglich eines gegenwärtigen Prozesses halben verwendet werden, und für die Zukunft keinen Nutzen mehr siessen, werden mit den eigentlich peinlichen Prozeßkosten nach gleichen Grundsätzen beurtheilet.

- c) Unter den gerichtlichen versteht man diejenigen, die den Gerichtsgliedern und Advokaten, unter den aussergerichtlichen aber diejenigen, die den Zeugen, Verzett, Wundärzten u. s. w. bezahlet werden müssen.
- d) In diesem Falle kann der Angeklagte auch den Ersatz derjenigen Kosten verlangen, die seiner Vertheidigung und Verpflegung wegen aufgewendet worden sind.
- e) Ja unter solchen Umständen kann der Angeklagte sogar seine Azungs- und Vertheidigungskosten wieder fordern, und überdies noch wegen der zugesfügten Schmach auf Genugthuung klagen.
- f) Z. B. der Mitgehülfe erschwert durch hartnäckiges Lügen die Untersuchung; er giebt mittelst erdichteter Vorstellungen zu einer weitschweifigen Korrespondenz mit weit entfernten Obrigkeitkeiten Gelegenheit; er verzögert durch allerlei Verdrehungen, zweideutige Ausdrücke und Widerrusungen die Untersuchung u. s. w. Gmelin und Elsaßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band IV. Abhandl. 5. S. 67. Der gegentheiligen Meinung sind: Werner Tom. II. P. 8. Obs. 45b. Tom. II. P. 4. Obs. 54. Hommel Rhapsod. Obs. 45^r.
- g) L. 17. 37. 46. §. 3. D. de jure fisci. L. 2. C. in quib. caus. pign. L. un. C. pœn, fiscal, creditor, præfer. P. G. D. Art. 157.
- h) P. G. D. Art. 47. 61. 154. 176. 219.
- i) Neberhaupt gehörten hierher: Just. Henr. Boehmer Diff. de expensis criminalibus. Hal. 1716. (in Exercitat. ad D. Tom. V.) Jo. Christ. Eschenbach Progr. de expensis criminalibus stricte sic dictis. Rostoch, 1781, Koch Institut.

tut. jur. criminal. §. 989. seq. Quistorp Grund-säße des deutschen peinl. Rechts. §. 812, 822. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 10. §. 62. Schamburg Princip. prax-jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 28. Renneri Meditationes ad h. I. p. 214. Hofmann Deutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1979. 1980. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. XII. Ge. Steph. Wiesandius Observatio juris criminalis III. num reus criminis, ob præscriptio-nem absolutus, in expensas processus damnari queat? Vitemberg. 1790. Jac. Fried. Georg Em-merich Ueber die Prozeßkosten, deren Erstattung und Kompensation. Thl. II. Göttingen 1792. Neue Aufl. Gott. 1802. J. Tob. Carrach Von der Schuldig-keit, die Kosten einer Inquisition zu tragen. Halle 1774. (in Plitt's Repertorio Thl. I. S. 128 = 153.) Grolmann a. a, D. §. 545 = 548.



R e g i s t e r

für die summarischen Prozeße.

Die Ziffer bedeutet die Paragraphenzahl.

A.

- A**bolition 239 u. f.
Absonderungen in der Konkursmasse 174.
Absonderungsprozeß s. Theilungsprozeß.
Abtheilung der Gemeindegüter 51.
Anfechtung justizirter Rechnungen 45.
Aufklage: Prozeß in peinlichen Sachen 206. sein Ursprung
207. Theorie desselben 268.
Anordnung und Absonderung der Konkursakten 195.
Anzeigen, ihre Beurtheilung 215. Begrif 236.
Arrest: Prozeß 96. Wer kann um Anlegung des Arrestes
bitten 97. Gegen wen 98. gegen welche Sachen 99.
Forderungen, die einen Arrestgesuch begründen 100. Zeit
und Ort des Anbringens dieses Gesuches 101. Richter,
der den Arrest verhängen kann 102. Ursachen hiezu 103.
Arrestgesuch selbst 104. Verfügung des Richters auf die
Einrichtung desselben 105 u. f. Wirkungen des angelegten
Arrestes 107. Folgen des gebrochenen Arrestes 108.
Rechtsmittel gegen seine Verhängung 109. Ungehorsam
des Impetranten beim Rechtfertigungsstermin 110. Un-
gehorsam d. Impetraten 111. Rechtfertigung des A. 112.
Vernehmlassung des Impetraten auf die eingereichte Arrest-
klage 113 u. f. Verfügung des Richters hierauf 115 u. f.
Artikulirtes Verhör 243 u. f.
Auflagen im Lokationsurtheil und Besorgung vers. 193.

Register

Aufzeichnung der Güter verdächtiger Verbrecher 227.
Augenschein des begangenen Verbrechens 213.

B.

Bedenken bei Rechnungen 43.
Berichtsprozeß 12. Verfahren dabei 13. Berichtsabsforderung ebend. Ungehorsam in Erstattung dessel. 14. Bericht selbst 15. Auf wessen Kosten der Bericht zu erstatten ist 16. Verfahren nach eingelangtem Bericht 17. Berufung gegen die Gefangenenschaft 217. Besitz s. possessorischer Prozeß. Beweis in Kriminal-sachen 247. durch Zeugen 250. durch Urkunden 251. durch Anzeigen 252.

D.

Denuntiation eines begangenen Verbrechens 210. Distributio scheid im Konkurs 194.

E.

Ediktalladung im Konkurs 177. Eheprozeß 138 u. f. Entdeckung des Thäters eines Verbrechens 235. Entscheidung des Richters im Provokationsprozeß 31. Erbschaftstheilungen s. Theilungsprozeß. Ersuchungsschreiben wegen verdächtiger Verbrecher 225. Erstigkeitsrecht der Gläubiger im Konkurs 190. Executivprozeß 76. Geschäfte, wo er statt findet 77. Beschaffenheit der Urkunden, die ihn begründen 78 u. f. Eigenschaften des Imporanten bei diesem Prozeß 80. des Imporaten 81. Verfahrungsart dabei 82 u. f.

F.

Formlicher Konkursprozeß 144. Wirkungen 151. Forderungen, die einen Arrestgesuch begründen 100. Frage, peinliche 256. Bedrohung damit 262.

G.

Gefängnisse, wie müssen sie beschaffen seyn 203. Gefangene, ihre Behandlungsart 203. Gefangenschaft, Mittel sich zu befreien 217. Vertheidigung zu ihrer Abwendung, Nachlassung oder Milde rung 218.

Ge:

Register.

- Gemeindegüter, deren Abtheilung 51.
Gemischter peinlicher Prozeß 206.
General-Inquisition 208.
Gerichte, peinliche 198.
Gerichtsstand in Wechselsachen 90. in peinlichen Sachen 202.
Gericht, allgemeines, wegen eines begangenen Verbrechens 211.
Geständniß bei peinl. Verbrechen, Beurtheilung desselben 205. Begriff 218.
Güterpfleger beim Konkurs 170. sein Amt und seine Pflichten 171.
Güterverzeichniß im Konkurs 172.

H.

- Hauptverfahren beim Konkursprozeß 155. 157.
Haussuchung bei Verbrechen 228.

I.

- Imminenter Konkursprozeß 144. Wirkungen 145.
Inquisition, Eintheilung in General- und Special-Inquisition 208.
Justizizirte Rechnung, ihre Anfechtung 45.

K.

- Kaufmännische Societäten und deren Abtheilungen 50.
Kautionsleistung als Mittel, sich von der Gefangenschaft zu befreien 217.
Konfrontation 253.

- Konkursprozeß Begrif 142. Geist und Quellen 143.
Eintheilung nach Danz in den imminenten, materiellen und formellen 144. Wirkungen des imminenten 145 u. f. des materiellen 150. Neuere Theorie 152. Paulianische Klage 153. Veranlassung und Entstehungsgrund des K. Verfahrens 154. Unterscheidung des präparatorischen und Hauptverfahrens 155. Anfang, Ende, Wirkungen des präparatorischen Verfahrens 156. Hauptverfahren, dessen Anfang und Wirkungen 157. Erläuterung des Sakes: Concursum est judicium universale 158 u. f. Allgemeiner, besonderer Konkurs 161. Wann findet letzterer statt 162. Unterschied beider 163. Konkursverfahren a) präparatorisches 164. Mittel, den Ausbruch abzuwenden 165. Nachlaßverträge 166. Hauptverfahren

Register.

ren im Konkurs 167. Bestimmung, Erhaltung und Veräußerung der Konkursmasse 168 u. s. Richtigkeit und Liquidität der einzelnen Schuldposten 177 u. s. Vorzugs- und Erstigkeitsrecht der einzelnen Gläubiger 190. Locationsurtheil 191. Distributionsbescheid 194. Anordnung und Absonderung der Konkursakten 195.

Konsistorialprozeß 132. Verfassung der Konsistorien 133. ihnen unterworfenen Personen 135. Arten dieses Prozesses 136. Gemeiner 137. für peinliche Sachen 141.

Kontradicteur im Konkurs 179. Amt und Pflichten 181. bei der Liquidation der Forderungen 184.

Kosten des peinlichen Prozesses 271.

Kriegsprozeß 123. Gesetze für die Kriegsgerichte 124. Verfassung der letztern 125. ihnen unterworfenen Personen 126. Sachen 127. Verfahrensart in bürgerlichen Sachen 128. in peinlichen 129.

L.

Landung, öffentliche, bei verdächtigen Verbrechern 234.

Liquidations-Termin im Konkurs 182, wer hat in diesem Termin nicht zu erscheinen 186, Liquidation der Forderungen 183.

Locations Urtheil im Konkurse 191, Rechtsmittel dagegen 192, Befolgung der im L. U. enthaltenen Auflagen 193.

M.

Mandats-Prozeß 67, Mandat u. s. Arten ebend., bedingte, unbedingte Mandate 68. Wo können letztere erkannt werden 69, wo die bedingte 70, Verfahrensart beim unbedingten Mandate 71, u. s. Verfahrensart beim bedingten 75.

Materieller Konkurs-Prozeß 144. Wirkungen 150. Monita bei Rechnungen 43.

N.

Nacheile 224.

Nachlaßverträge 166.

P.

Paulianische Klage 153.

Peinlicher Prozeß 196. Quellen 197. Peinl. Gerichte 198. Gerichtsstand peinlicher Sachen, 202. Arten des peinl.

Register.

- peinl. Prozesses 204. ordentlich summarischer peinl. Prozeß 205. Anklage Untersuchung, gemischter peinl. Prozeß 206. General Special Inquisition 208. Veranlassung der Untersuchung 209. Verfahrensart gegen einen entwickeleñen mathmaslichen Verbrecher 223. Peinl. Frage 256. p. Urtheil 264. Kosten des peinl. Prozesses 271. Petitorium s. possessorischer Prozeß.
Possessorischer Prozeß. ältere Theorie, Arten und Natur desselben 52. Possessoris. Prozeß zur Erlangung des Besitzes 53. P. Prozeß zur Wiedererhaltung desselben 54. Spoliien Prozeß und dessen Veranlassung 55. 56. P. P. zur Beibehaltung des Besitzes 57. ordentlich p. P. 58. summarisch p. P. 59. Verfahrensart bei diesen Sachen 60 u. f. Neuere Theorie des P. P. Arten 62. Streit über den jüngsten Besitz 63. Streit über die Rechtmäßigkeit des Besitzes 64. Streit über das Recht zum Besitz 65. Cumulation des petitoriums mit dem possessorium 66.
Præclusion der nicht erschienenen Gläubiger im Konkurse 188. Mittel sie abzuwenden 189.
Præparatorisches Verfahren bei'm Konkurs: Prozeß 155. Anfang, Ende, Wirkungen desselben 156.
Privat Ladung im Konkurse 178.
Provisorische Verfügungen, Begrif 117. Rechtsverhältniß derselben 118. Verfahrensart 119.
Provokations Prozeß 18. Erfordernisse und Wirkungen der Provokation im allgemeinen 19. Provocatio ex Lege distamari 20. Erfordernisse dazu 21. Streitende Parthieen dabei 22. welcher Richter ist hier der zuständige? 23. Provokationschrift 24. Verfügung des Richters auf ihre Einreichung 25. Ungehorsam im Termine a) des Provokanten 26. b) des Provokaten 27. Erscheinen und Bereitwilligkeit zur Klagen Anbringung des Provokaten 28. Sein Erscheinen und Läugnen der nachtheiligen Aussprengung 29. Sein Erscheinen und Vorschüßen von Einreden gegen die Aufforderung 30. Endliche richterl. Entscheidung 31. Wirkung des dem Provokaten von dem Richter aufgelegten Stillschweigens 32. Provocatio ex Lege si contendat 33. Erfordernisse zu dieser Aufforderung 34. Streitende Parthieen und Richter 35. Provokationschrift hiebei 36. Verfügung des Richters auf ihre Einreichung 37. Erscheinen des Provokaten hierauf 38. Ungehorsam des Provokaten oder Provokanten 39.

Register.

Prozeß, summarischer 1. Rechtsfertigungs Gründe und Eintheilungen der summarischen Prozeßarten 2. Jeder summarische Prozeß muß einen gesetzlichen Rechtsfertigungsgrund für sich haben 3. Wie weit die Partheien auf das Daseyn eines summarischen Prozesses wirken können 4. Wesentliche Requisite zum summarischen Prozeß 5. unbestimmt summ. Prozeß wenn er statt findet 7. Verfahrensart dabei 8. Berichtsprozeß 12. Provokationsprozeß 18. Rechnungsprozeß 40. Theilungs- und Absonderungsprozeß 46. Possessorischer Prozeß 52. Mandatsprozeß 67. Executivprozeß 76. Wechselprozeß 85. Arrestprozeß 96. Kriegsprozeß 123. Konsistorialprozeß 132. Eheprozeß 138. Konkursprozeß 142. Peinlicher Prozeß 196.

Q.

Außen des Konkurs-Prozesses 143. des peinlichen 197.

R

Rechnungs-Prozeß, Begrif 40. Verfahren über die Stellung der Rechnung 41. Verfahren über eine abgeselegte Rechnung 42. über die mitgetheilte 43. Herstellung eines respective Liquidums 44. Anfechtung justifizirter Rechnungen 45.

Reinigungs-Eid bei Verbrechen 263.

Rechtsmittel gegen das ergangene Locationsurtheil 192.

R. M. der Berufung gegen die Gefangenschaft 217. gegen das peinliche Urtheil 265.

Respective Liquidum s. Herstellung.

S.

Separation bei kaufmännischen Societäten 50.

Sequestration s. auch provisorische Verfüzung 120 Arten und Fälle 121 Grundsätze 122.

Sicheres Geleitz 229. u. f.

Sonderung des Lehens vom Allodium 49.

Special Inquisition 208. Entscheidung, ob damit verfahren werden soll 239. Mittel sie abzuwenden 240 u. f.

Stekbriefe 226.

Stellung der Rechnung, Verfahren darüber 41.

Streitende Partheien beim Provokations-Prozeß 22. 35.

Suggestionen 244.

Summarischer Prozeß 1. das übrige hievon s. bei Prozeß, summarische Vernehmung bei Verbrechen 237. u. f.

E.

Register.

X.

Territorialf. Frage.

Theilungs- und Absonderungs-Prozeß, sein Gegenstand 46. Erbschaftstheilungen bei bestrittenen 47. bei unbestrittenem Miterbe-Recht 48. Sonderung des Lehens oder Stammgutes vom Allodium 49. Separation bei kaufmännischen Societäten 50. Abtheilung der Gemeinde Güter 51.

Torturf. Frage.

II.

Ungehorsam in Erstattung des Berichts 14. U. des Provakanten 26. des Provokaten 27. U. des Impetranten im Rechtsfertigungs-Termine beim Arrest 110. des Impetranten 111. U. Beschuldigung der nicht erschienenen Gläubiger im Konkurse 187.

Untersuchungs-Prozeß in peinl. Sachen 206. sein Ursprung 207. Veranlassung der Untersuchung 209.

Urkunden, wie müssen sie beschaffen seyn um den Executiv-Prozeß zu begründen 78. u. s.

Urtheil im peinlichen Prozeß 264. Rechtsmittel dagegen 265. seine Vollstreckung 266.

V.

Veräußerung des Konkursvermögens 176.

Verbrechen seine Denuntiation 210. allgemeines Gericht wegen eines begangenen Verbrechens 211. Erkundigung seiner Wirklichkeit 212. Augenschein desselben 213. Vernehmung der Zeugen 215.

Verfahrensart beim unbestimmten summarischen Prozeß 8. V. A. vor dem Beweisversahren 9. bei — 10. nach demselben 11. V. A. beim Berichtsprozeß 13. V. A. über die Stellung der Rechnung 41. über eine abgeschlegte 42. über die mitgetheilte Rechnung 43. beim provisorischen Prozeß 60. beim unbedingten Mandate 71 u. s. beim bedingten 75. beim Executivprozeß 82. bei Wechselsachen 92. bei provisorischen Verfügungen 119. V. A. bei Kriegsgerichten in bürgerl. Sachen 128. in peinl. Sachen 129. gegen einen verdächtigen Verbrecher 223. gegen abwesende Verbrecher 270.

Verhaftrechnung bei Verbrechen 216.

Vernehmung der Zeugen bei Verbrechen 215. summarische Vernehmung des Verbrechers 237.

Berste:

Register.

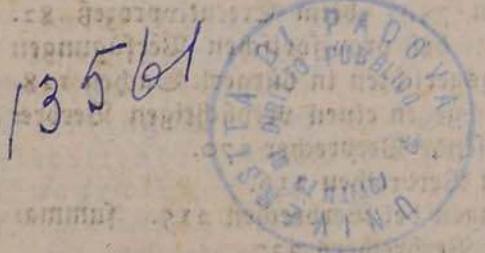
- Versiegelung des gemeinschuldnerischen Vermögens 168.
Vertheidigung zu Abwendung, Nachlassung oder Milderung des Gefängnisses 218.
Verwaltung des Konkursvermögens 175.
Vorzugsrecht der Gläubiger im Konkurse 190.

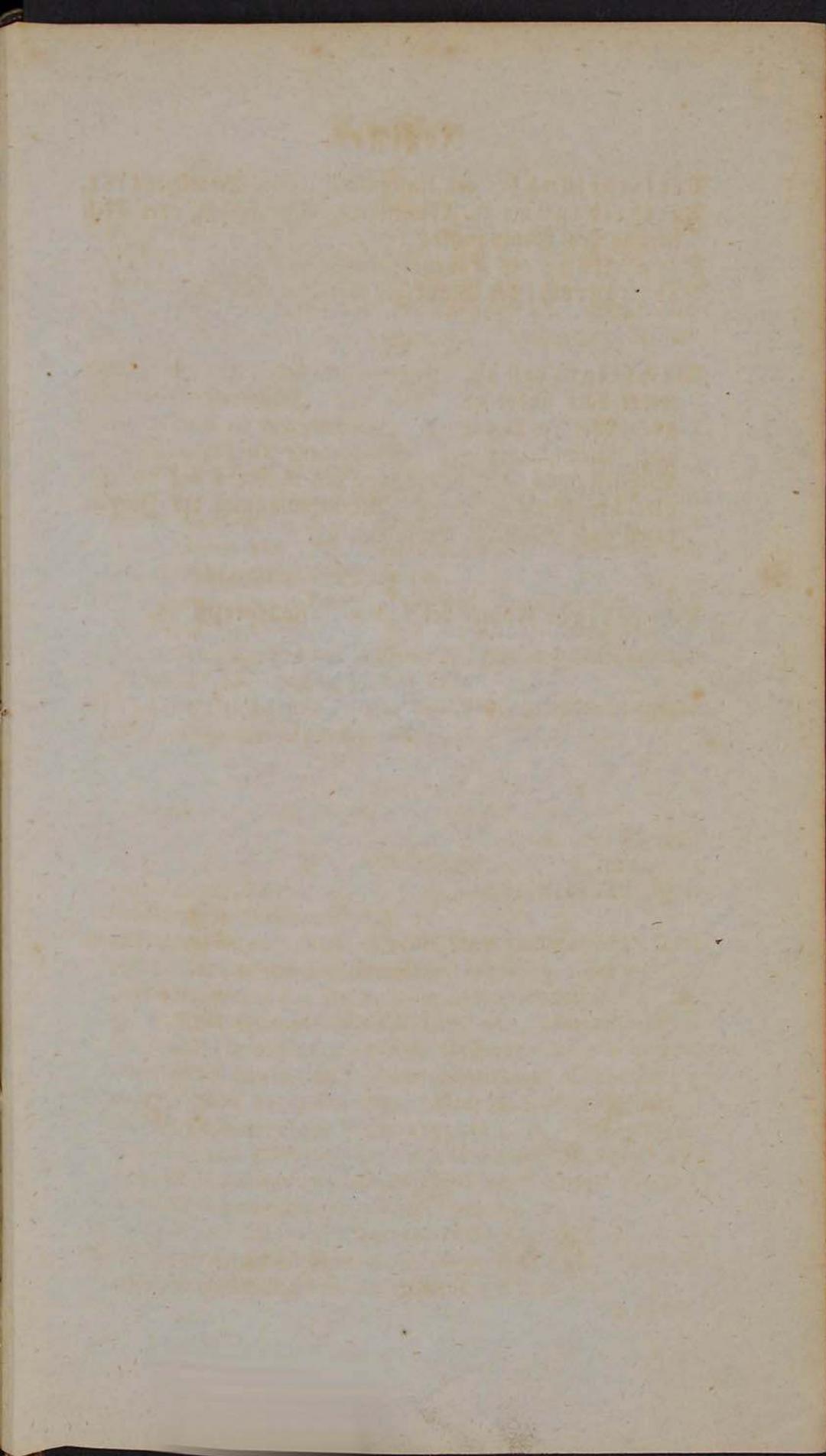
W.

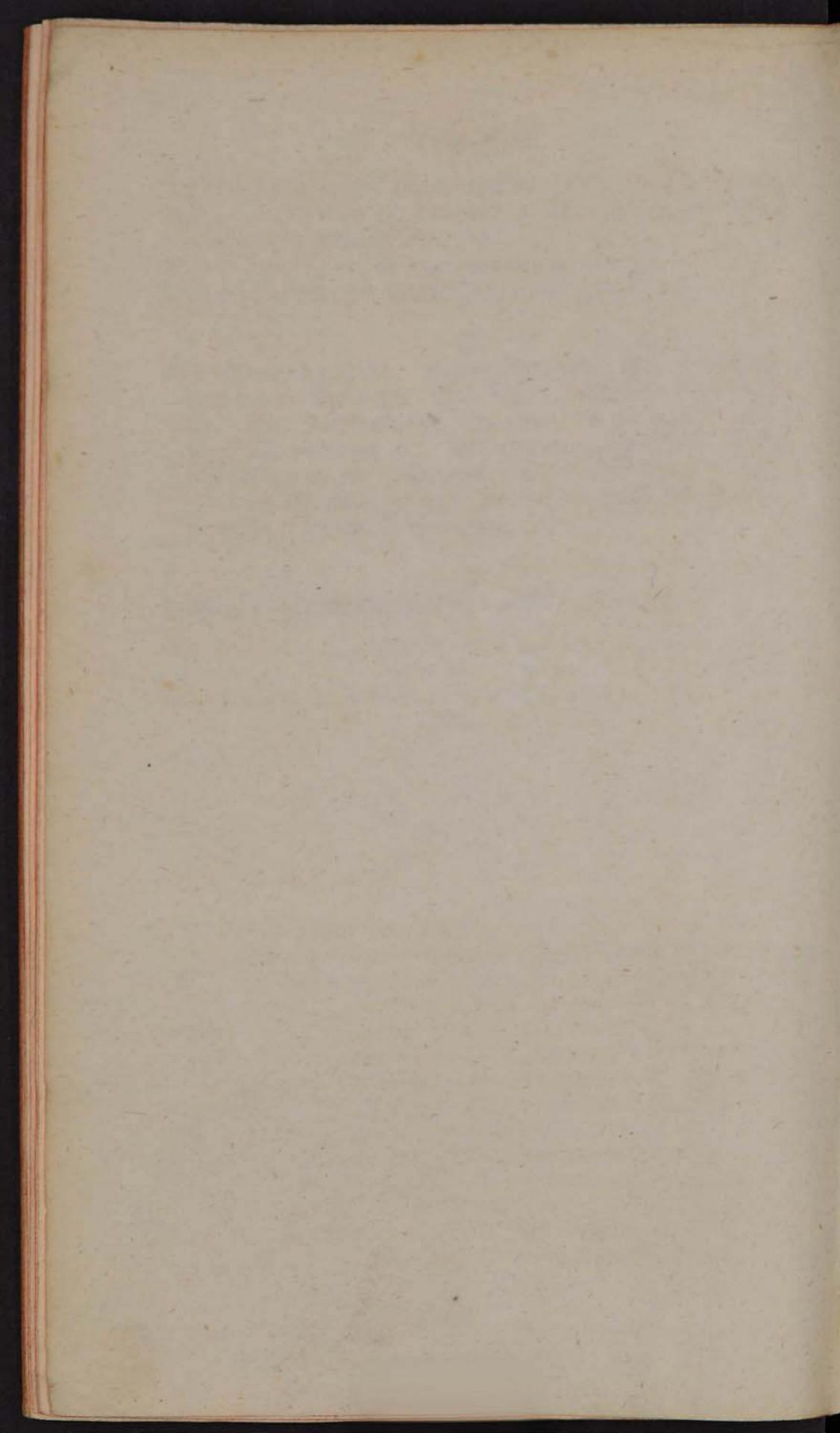
- Wechselprozeß 85. wenn er statt findet 86. Geschäfte, wo er statt findet 87. Wer kann Implerant dabei seyn 88. Wer Implerat 89. Gerichtsstand in Wechselsachen 90. Wechselklage 91. Verschiedene Verfahrensart in Wechselsachen 92. Verfügung des Richters auf die eingereichte Wechselklage 93. Vernehmlassung des Impleraten 94. Weiteres Verfahren 95.

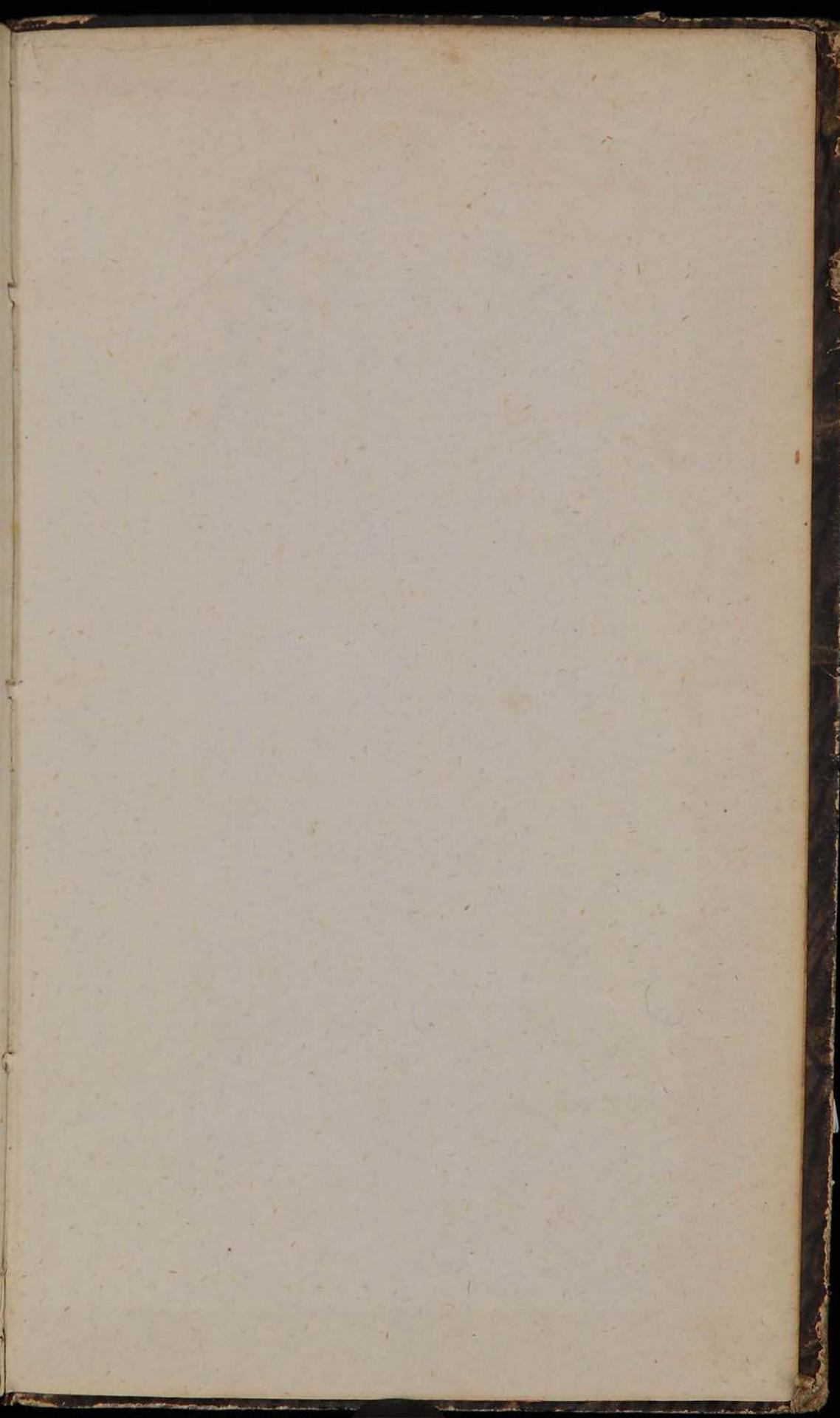
3.

- Zuständiger Richter beim Provokationsprozeß 23.









Università di Padova

Università di Padova

Danz's

summariesche

Prozeßs

3.

Proc. Civ.

Q

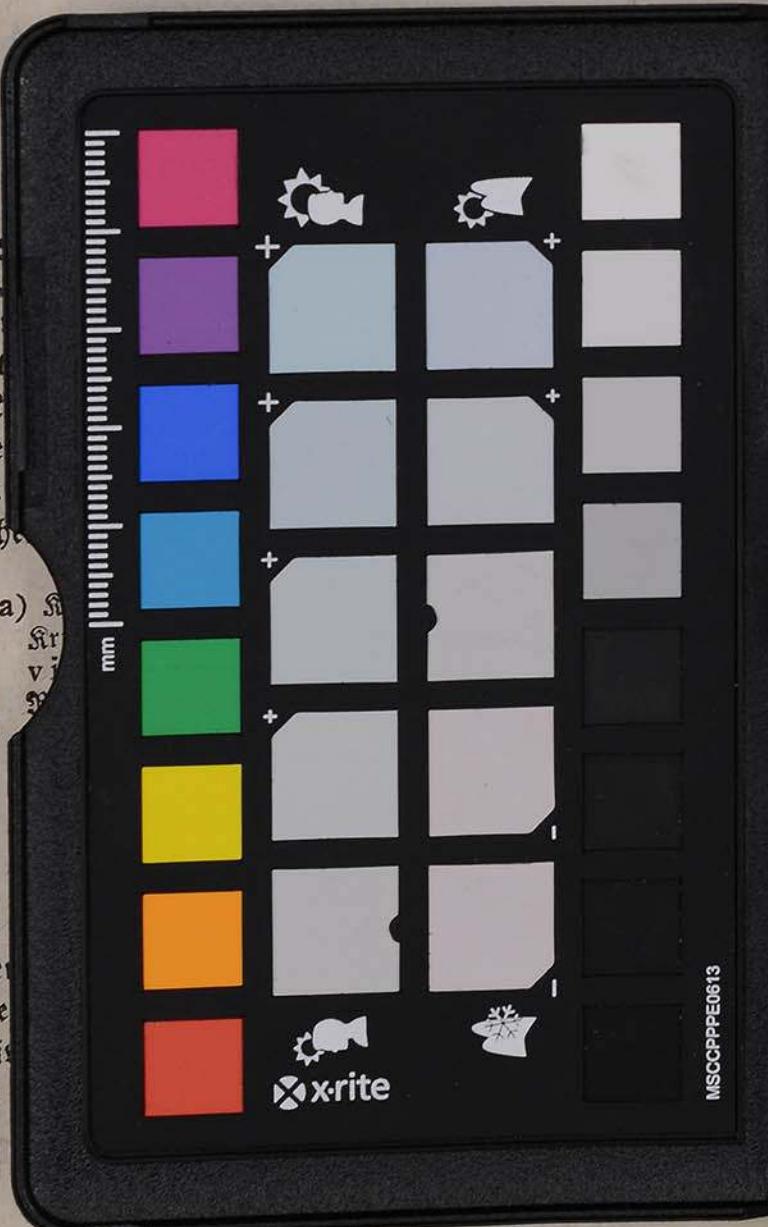
g

Dreizehentes Hauptstück.

ge
bet
M
we
nu
lich

a) K
Kri
vi
sp

der
aller
dere
Pris
des



Reichstruppen die Nede ist, die einschlagenden Reichsgesetze, wie auch Kreisschlüsse und andere gültige Verordnungen der Art zu befolgen (b): III. in Erman- gelung solcher besonderen Entscheidungsquellen aber endlich nach den besonderen Orts-Landesgesetzen, Staatsstufen und Gewohnheiten, wie auch den allgemeinen Maßnahmen zu handeln (c).

