

DIE
ACTIO AD EXHIBENDUM.

Inaugural-Dissertation,
zur Erlangung der
Würde eines Doctors beider Rechte

der
hohen staatswissenschaftlichen Facultät
der Universität Zürich

vorgelegt und öffentlich vertheidigt

den 19. August 1859

von

Joseph Bühler,
von Büron, Kt. Luzern.

Luzern,
Meyer'sche Buchdruckerei.
1859.

DIE
ACTIO AD EXHIBENDUM.

Inaugural-Dissertation,
zur Erlangung der
Würde eines Doctors beider Rechte
der
hohen staatswissenschaftlichen Facultät
der Universität Zürich
vorgelegt und öffentlich vertheidigt
den 19. August 1859
von
Joseph Bühler,
von Büron, Kt. Luzern.

Luzern,
Meyer'sche Buchdruckerei.
1859.

Die Actio ad exhibendum.

Quellen:

Dig. tit. X, 4.

Cod. tit. III, 42.

Litteratur:

Cujacius, Recit. solemn. ad Tit. Dig. ad exhib. — Oper. omn. Tom. VII, p. 601 seq.

Donellus, Com. Jur. Civ. Lib. XX, Cap. IX.

Glück, Commentar XI, p. 167 seq.

Einert, Tractatus de act. ad exhib. Lips. 1816.

§. 1.

Einleitung.

Es bedarf wohl kaum einer Rechtfertigung, wenn ich das materielle Recht der actio ad exhibendum zum Gegenstand einer Dissertation gewählt habe. Denn aus dem ganzen römischen Recht, das schon so unzähligen Dissertationen Stoff geliefert, ist mir kein irgend bedeutendes Thema bekannt, das weniger der Aufmerksamkeit gewürdigt worden wäre, als unsere Klage. Und doch nimmt dieselbe im römischen Actionenrecht nicht eine untergeordnete Stelle ein und hatte, wie wir aus dem betreffenden Digestentitel und aus zahlreichen zerstreuten Andeutungen ersehen, eine bedeutende Anwendungssphäre. Der Grund dieser Erscheinung mag theils darin liegen, dass die actio ad exhibendum

heutzutage ihre römische Bedeutung verloren hat¹⁾, theils aber auch in der etwas mangelhaften Behandlung derselben durch unsere Quellen²⁾. Die Folge aber ist eine gewisse Unklarheit in der Theorie, zufolge welcher die actio ad exhibendum bald als präparatorisch und als Hauptklage angesehen, bald als Gattungsbegriff in mehrere Klagen mit verschiedenen Voraussetzungen aufgelöst³⁾, auch nicht immer scharf von verwandten exhibitorischen wie restitutorischen Rechtsmitteln getrennt wurde. Wiewohl mir kein neues bisher unbenutztes Quellenmaterial bekannt geworden, so habe ich es dennoch versucht, das Recht auf Exhibition durch sorgfältiges Studium des Vorhandenen mit Rücksicht auf die allgemeinen Prozessgrundsätze, unter deren Einfluss jenes Recht im Zustand der Rechtsverfolgung, d. h. in der actio ad exhibendum sich befindet, in seinem Wesen, seinen Voraussetzungen und Wirkungen mir klar zu machen; und wenn es mir nicht gelungen ist, die Einsicht in diese Lehre zu fördern, so hoffe ich doch, das Resultat des heutigen Standpunktes ausführlicher zusammengestellt zu haben.

§. 2.

Wörterklärungen.

Ulpian sagt in l. 3 §. 8 D. de lib. hom. exhib. (43, 29): exhibere bedeute eigentlich extra secretum habere; es scheint also das Wort von extra und habere zusammen-

¹⁾ Siehe das Ende dieser Dissertation.

²⁾ So nennt Einert l. c. p. 116 d. Dig. Tit. X, 4 eine „mangelhafte Compilation“.

³⁾ Wozu die griechischen Bearbeitungen verleiten konnten, vergleiche z. B. bei Theophilus, tit. I, §. 29, und Basil. XV, cap. 6.

gesetzt zu sein und etymologisch übersetzt werden zu müssen mit: »Etwas aus dem dasselbe Umgebenden setzen«¹⁾. Ueber diese etymologische Bedeutung ging aber der römische Sprachgebrauch hinaus und das Wort *exhibere* kommt zur Bezeichnung verschiedener Begriffe vor, z. B. in l. 17 D. 2, 4; l. 10 pr. D. 16, 2; l. 4 §. 16 D. 44, 4; l. 1 §. 2 D. 1, 12²⁾.

Den technischen Sinn des Wortes in unserer Lehre geben verschiedene Legaldefinitionen. Vergleiche Ulpian l. c.: *hominem exhibere esse producere et videndi tangendique ejus potestatem præbere*; derselbe in l. 3 §. 8 D. de tab. exhib. (43, 5): *tabulas exhibere est materiæ ipsius deprehendendæ copiam facere*; Gaius in l. 22 D. de V. S.: *exhibere est corporis præsentiam facere*, und endlich Paulus l. 2 h. t.: *exhibere est facere in publico potestatem ut ei, qui agat, experiundi sit copia*. Es bedeutete also *exhibere* den Römern in unserer Lehre: einem Andern eine bestimmte einzelne Sache vorzeigen, so dass er in die unmittelbare Gegenwart derselben gelangen kann.

Zur nähern Beleuchtung dieser Bedeutung wird es dienen, wenn wir die mit *exhibere* verwandten Begriffe bezeichnenden Worte: *restituere*, *edere* und *sistere* in Gegensatz stellen.

Restituere wird dem *Exhibere* gegenübergestellt in l. 22 de V. S.: *Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam exhibere est præsentiam corporis facere, restitutio est etiam possessorem facere fructusque reddere*; ferner definiert in l. 246 §. 1 D. eod. *Restituere* nun im technischen Sinn wird gebraucht bei der Rückkehr einer bestimmten einzel-

1) S. a. Einert l. c. p. 2.

2) Eine Menge anderer Stellen siehe bei Heumann, Handlexikon des römischen Rechts, sub v. »*exhib.*«.

nen Sache in unsern Besitz, im weitern Sinne (namentlich bei actiones in rem, aber auch bei persönlichen Klagen), oder der Herstellung unseres verminderten Vermögens¹⁾. Exhibere dagegen hat nie Besitzesübertragung oder Vermögensherstellung zum unmittelbaren nächsten Zweck. Unrichtig ist es, wenn Cujacius²⁾ und auch Glück³⁾ behaupten, dass zuweilen im Dig. tit. ad exhibendum selbst exhibere und restituere einerlei Bedeutung haben, und sich dafür auf l. 9 §. 5 D., l. 5 §. 2 D. h. t. und den §. 2 J. quib. alior. lic. berufen. Denn der §. 2 J. cit. sagt nur, dass bei einer Verurtheilung in das Interesse der Erfolg der exhibitorischen Klage derselbe sei, wie bei der restitutorischen, wenn nämlich letztere selbst den Masstab der Abschätzung des Interesse's bildet; l. 9 §. 5 D. hoc tit. beschreibt nur den Umfang der Exhibition, der nach dem Prozessrecht mit dem Umfang der Restitution betreffend die Sicherung der Verurtheilung nach der Litiscontestatio übereinstimmt; es wird aber in jenem Umfang nur exhibirt, nicht restituirt. Endlich aus l. 5 §. 3 seq. cit. erhellt nur, dass oft die siegreiche exhibitorische Klage genügt zur Erlangung der Restitution, wenn nämlich jetzt diese vom besiegten Beklagten freiwillig zugelassen wird⁴⁾.

Exhibere und sistere werden einander gegenübergestellt in l. 246 pr. de V. S., ohne dass mit der Ausnahme einer Labeo's Definition von exhibere tadelnden Bemerkung von Pomponius näher in den Unterschied beider Begriffe eingegangen wird; eben so wenig beleuchtet Cujacius die Sache in seinem Commentar ad h. t.

¹⁾ Savigny System. V, p. 127 u. 128.

²⁾ Comm. ad l. 22 u. 246 §. 1 D. de V. S. (VII. Bd.)

³⁾ Comment. XI, p. 174 seq.

⁴⁾ Näheres hierüber unten.

Es scheint, dass *sistere* sich bloss auf die Gegenwart im Prozess bezieht und gebraucht wird, wenn eine Partei gegenwärtig ist, so dass nicht bloss das Corpus, sondern eine prozessualische Persönlichkeit vorhanden ist; dagegen *exhibere* eine auch ausser dem Prozess bewirkte Anwesenheit bezeichnet und zwar immer nur einer Sache, eines Prozessobjects, oder einer nicht als eigentliches Prozesssubject angesehenen Person. Uebrigens nehmen die römischen Juristen *exhibere* vielfach geradezu synonym mit *sistere* cf. z. B. l. 17 D. 2, 4; l. 4 D. 2, 6; l. 28 §. 2 D. 12, 2 etc.

Exhibere und *edere* stehen einander am nächsten, unterscheiden sich aber scharf dadurch, dass letzteres gebraucht wird, wenn etwas Unkörperliches, z. B. der Inhalt einer Klage, einer Urkunde u. s. w. dem innern Sinn eines Andern vorgelegt wird; ersteres dagegen eine körperliche Berührung (*potestas tangendi*) und einen körperlichen Gegenstand (*materiae corporis presentia*) voraussetzt¹⁾. Bei Rechnungsbüchern kommen beide Ausdrücke vor l. 4 D. de edendo und l. 19 D. h. t. Dieselben werden *exhibirt*, wenn sie lediglich vorgelegt werden, wobei dann auch der Zweck der Edition erreicht werden kann. Sie werden *edirt*, wenn ihr Inhalt abschriftlich oder durch Vorlesen mitgetheilt wird.

Hiemit dürfte die Wortbedeutung von *exhibere* für unsern Zweck hinlänglich beleuchtet sein.

§. 3.

Historisches über die *actio ad exhibendum*.

Die römischen Juristen in ihrem Bestreben, mehr eine antiquarische als historische Kenntniss des Rechts in ihren

¹⁾ S. a. Cujacius *Observ. Lib. X, Cap. 14 in f.*

Schriften zu geben, lassen uns mit ihren Notizen, soweit sie im Corpus juris enthalten sind, über den Ursprung und die Geschichte der actio ad exhibendum beinahe gänzlich im Ungewissen. Den einzigen Anhaltspunkt gibt eine Notiz Ulpian's am Anfang unseres Digestentitels: hæc actio propter vindicationes introducta est. Es ist desshalb nicht zu verwundern, dass man vielfach sich gar nicht die Mühe nahm, die historischen Momente der actio ad exhibendum zu erforschen, und wo man sich dabei nicht beruhigte, in Controversen gerieth, die sich aber lediglich um die grössere oder geringere *Wahrscheinlichkeit* einer *Hypothese* drehen können.

Schon in den Ansichten über die Rechtsquelle, aus der unsere Actio geflossen, begegnen wir einer grossen Spaltung unter unsern Schriftstellern. Während Noodt¹⁾ Commentar ad h. t., Heineccius in Pandectis h. t. und Hellfeld unter unsern Aeltern, und Thibaut System der Pandecten Thl. 2 §. 578, Savigny System V p. 130, und Keller röm. Civilprozess p. 119 unsere Klage für eine prätorische halten, wird ihre Einführung von Cujacius Observ. Lib. IX Cap. 19, Einert l. c. p. 88 seq., von Vangerow Lehrb. d. Pand. III p. 666, und Unterholzner Schuldverhältnisse II p. 142 dem Civilrecht zugeschrieben; endlich Faber error. Pragmat. XCII err. 5 und Glück a. a. O. p. 192 legen ihr gar den Charakter einer prätorischen und Civilklage zugleich bei, je nachdem sie mit Rücksicht auf eine Civilklage z. B. der rei vindicatio oder wegen einer prätorischen Klage z. B. der Actio Publiciana angestellt

¹⁾ Dieser fingirt sogar die Stelle im Edict folgendermassen: Ad exhibendum si agetur ab eo, qui rem iudicio petiturus est, ob id quod sua intersit, neque ea res arbitrio iudicis ei exhibeatur; adversus eum, qui eam possidere dicetur, quanti ea res erit, iudicium Dabo.

werde. Dass letztere Ansicht durchaus zu verwerfen sei, leidet gar keinen Zweifel; denn eine Klage wird eine prätorische oder civile genannt nach ihrem Ursprung und nicht mit Rücksicht auf den Gebrauch oder sonst was Anderem; jener Ursprung aber kann nur Einer sein und eine Klage, die eine civile und prätorische zugleich wäre, gibt es nicht.

Die Gründe, die man für die erste Ansicht geltend macht, sind ungefähr folgende: Die *actio ad exhibendum* hat meistens einen prozessualischen Zweck und gleicht andern präparatorischen und exhibitorischen Rechtsmitteln, die ohne allen Zweifel prätorischen Ursprungs sind. Allein auch das Civilrecht traf prozessualische Bestimmungen und daraus, dass die exhibitorischen Interdiete vom Prätor herühren, folgt doch gewiss nichts für die *actio ad exhibendum*.

Nicht beweisender ist das Argument, dass in l. 3 §. 13 h. t. die *actio ad exhibendum* in Gegensatz gestellt wird zu dem *directum iudicium*, und falsch der Schluss, also sei unsere Klage ein *iudicium extraordinarium*, was gar keiner nähern Ausführung bedarf.

Man hat auch behauptet, es gebe keine *actio ad exhibendum utilis*, sich berufend auf l. 16 h. t. Die Aufstellung lediglich einer *actio in factum* sei aber besonders das einzige Auskunftsmittel für die praktische Rechtserweiterung gewesen, wenn eine prätorische Klage (die schon selbst in *factum* war) über ihre ursprüngliche Gränze ausgedehnt werden sollte. Desshalb sei die *actio ad exhibendum* eine prätorische Klage. Allein die l. 16 cit. beweist nicht, dass es eine *utilis actio ad exhibendum* überall nicht gebe, sondern nur, dass man im besprochenen Fall das Bedürfniss der Rechtserweiterung nicht gefühlt habe, denn sonst hätte man ja auch eine *actio in factum* geben können.

Auch die Verweisung auf die *naturalis æquitas* und das Princip: *quod tibi non nocet et alteri prodest*, ad id es obligatus, das als Motiv der Einführung der *actio ad exhibendum* zu Grund liege¹⁾, beweist die *prætor*. Quelle nicht, indem unbestritten auch das Civilrecht, schon die XII Tafeln, Bestimmungen enthielt, die aus der sog. *naturalis æquitas* geflossen sind, z. B. im Nachbarrecht.

Die entgegengesetzte Ansicht, welche den Ursprung unserer Klage ins Civilrecht setzt, wird von folgenden Erwägungen geleitet:

Die l. 9 §§. 5 u. 6 D. h. t. deute darauf hin, dass die Klage auf Exhibition aus den XII Tafeln herstamme; denn es sei mit den Worten „*secundum legem*“ ohne Zweifel das XII Tafelgesetz mit seiner Vorschrift über die Computation der Früchte gemeint²⁾. Allein jene angezogenen Worte beziehen sich offenbar nicht auf das *judicium exhibitorium*, sondern auf das *judicium directum* (*intentio suscepta*), das der mit der *actio ad exhibendum* Beklagte auf sich nehmen muss), wenn er in *judicio exhibitorio* absolvirt werden will, und ihr Sinn ist: trotz der Usucapion müssen dann die Früchte ganz nach dem Gesetz geschätzt werden, wie wenn keine Usucapion eingetreten wäre³⁾.

Ferner sei die *actio ad exhibendum propter vindicationem* eingeführt worden und deshalb stamme sie aus dem Civilrecht — ein Grund, der durchaus nichts beweist. Denn wie manche interrogatorische Klage gibt es z. B., die eine Civillklage präparirt und doch wie alle interrogatorischen Klagen *prætorisch* ist!⁴⁾

¹⁾ Heineccius Instit. pag. 561.

²⁾ Cujac. Observ. IX cap. 19.

³⁾ Vergleiche übrigens über diese Stelle noch §. 8 dieser Diss.

⁴⁾ Siehe dag. Einert l. c. pag. 88.

In der ganzen Lehre von der *actio ad exhibendum* sehen wir stets die Worte wiederkehren: *ad exhibendum agere possunt, quarum interest* und die ganze Untersuchung der römischen Juristen bei der Frage der Zulässigkeit unserer Klage drehe sich um die Anwendbarkeit jener Worte auf den concreten Fall. Deshalb wohne jenen Worten eine gewisse gesetzliche Autorität inne, was eine *lex* als Quelle der *actio* andeute, und letzteres finde seine Bestätigung in den bekannten Worten Alfens bei der Anwendung unserer Klage: *non oportere Jus civile calumniari*¹⁾. Es leuchtet aber ein, dass diese Argumentation auf schwachen Füßen steht; denn jene betonten Worte sind eben die rechtliche Voraussetzung unserer Klage und deshalb müsste ihre Anwendbarkeit auf den concreten Fall stets geprüft werden, sie konnten aber ebenso gut im prätorischen Edict stehen (s. die Fiction von Noodt not. 1 pag. 8); ferner ist das *Jus civile* in jenem Ausspruch Alfens in einem weitern Sinne gemeint, das seine Quelle auch im prätorischen Edict hat.

Nichts desto weniger glauben wir, die *actio ad exhibendum* sei aus dem Civilrecht entsprungen, und zwar werden wir dabei von folgenden Erwägungen geleitet und halten folgenden Entwicklungsgang für wahrscheinlich:

In jeder Rechtsordnung wird es sich zeigen, dass oft den Rechtsansprüchen Hemmungen entgegenstehen, die aus den räumlichen Verhältnissen einer Sache und nicht gerade einem rechtswidrigen Willen entspringen. An sich ist derjenige, der diese Verhältnisse beseitigen kann, deswegen noch nicht dazu verpflichtet; weniger förmliche Gesetzgebungen, wie viele heutige, werden dem Richter, der über einen dergestalt gehemmten Rechtsanspruch urtheilt,

¹⁾ Einert l. c. pag. 88 seq.

die Befugniss geben, diese Hemmnisse selbst so gut es eben geht mit Hinwegsetzung über das strenge Recht zu beseitigen; eine streng positiv rechtliche Anschauung aber, wie die römische war, sieht sich genöthigt, positiv eine Pflicht desjenigen, der es kann, zur Hinwegräumung dieser Hindernisse zu statuiren. Im römischen Rechte, wie in andern Rechten, werden sich aber jene Hemmnisse besonders bei der Vindicatio zeigen, als der Hauptklage zur Verfolgung von Rechtsansprüchen an Sachen; daher sagt auch Ulpian l. 1 h. t.: hæc actio maxime propter vindicationes introducta est. Diese Hemmnisse verschwinden, wenn der Berechtigte in die Gegenwart der Sache gelangen kann und wegen des geringen Præjudices für denjenigen, der diess bewirken kann, stellte das römische Recht eine allgemeine Rechtspflicht zur Exhibition demjenigen gegenüber auf, der ein rechtliches Interesse daran hat. Diess war besonders ein Bedürfniss¹⁾ im alten Vindicationsprozess, als die räumliche Abwesenheit der Sache den Ansprecher in der Verfolgung seines Anspruches hemmte, weil die körperliche Gegenwart des Vindicationsobjectes vor Gericht erfordert war. Letzterm konnte man nun allerdings durch gewaltsames Ergreifen des Objectes nachkommen, welches den Besitzer nöthigte hervorzutreten und die Vertheidigung zu übernehmen²⁾. Aber diess war doch nur möglich, wenn der Kläger aussergerichtlich in die Gegenwart der Sache gelangte, was selten der Fall war und wenn die Sache nicht etwa als Theil mit einer andern verbunden war. Dem Empfinden dieser Bedürfnisse ist die Einführung der actio ad exhibendum zuzuschreiben, die wir desshalb auch in eine frühe

¹⁾ S. a. Wetzell a. a. O. pag. 49. Koch das Recht der Forderung III, pag. 120.

²⁾ Wetzell der römische Vindicationsprozess pag. 83.

Zeit hinaufsetzen müssen. Ist aber letzteres der Fall, so konnte sie nicht durch den Prätor eingeführt worden sein, der bekanntlich erst seit der Lex Aebutia seine grossartige legislative Thätigkeit entfaltete ¹⁾ und zuvor bloss durch das Mittel einer ausserordentlichen Cognition oder erzwungener Sponsionen nicht im Jus civile anerkannten Ansprüchen Geltung verschaffen konnte, wovon sich bei der actio ad exhibendum keine Spur findet. Dieser Ursprung der actio ad exhibendum im Jus civile scheint denn auch in einzelnen Andeutungen unserer Quellen bestätigt zu sein, z. B. in der l. 16 D. de præsc. verb.: si post exemptionem cretæ replevero, nec patieris, me cretam tollere, tum agam *ad exhib.* permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem; sevi nec pateris me fructus tollere. Nullam *Juris civilis* actionem Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse, *sed* erit de dolo. Hier wird die actio ad exhibendum indirect juris civilis genannt und der actio de dolo, einer prätorischen Klage gegenübergestellt ²⁾. Ebenso in l. 14 §. 3 D. eod., wo die Worte: non sibi occurrere actionem legitimam die wegen mangelnden Dolus (s. l. 63 D. de leg. II) nicht zulässige actio ad exhibendum unzweifelhaft auch im Auge gehabt haben müssen. Endlich hätte gewiss der Dig. tit. X, 4, worin unsere Klage ex professo behandelt war, die Stelle des Edicts wörtlich angeführt, worin die Klage zugesichert worden wäre.

Es muss nach allen Eindrücken, die wir bei Lesung unsers Digestentitels empfangen, angenommen werden, dass das Gesetz sich allgemein ausdrückte: iis quorum interest u. s. w. Der Praxis und der Theorie blieb es überlassen, im Sinne und Geiste jenes Gesetzes, dessen anerkannter

¹⁾ Cf. a. Puchta *Cursus*, der Institut. I pag. 324 ff.

²⁾ S. a. Einert l. c. pag. 95. Cujacius ad h. c. comment.

Zweck es war ¹⁾, Rechtsansprüche von Hemmungen, die aus zufälligen und räumlichen Verhältnissen einer Sache entspringen, zu befreien, die Anwendbarkeit auf den einzelnen Fall zu prüfen; und daher immer die Berufung auf die *æquitas* ²⁾ *exhibitionis*, worin eine einschränkende Interpretation lag. In der ältern Praxis wurde der Anspruch auf Exhibition ohne Zweifel realisirt durch die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, deren Beschreibung bei Gaius uns leider verloren gegangen ist ³⁾. Ihrer bediente man sich ja, wenn ein objectiv schwankendes und bildsames Verhältniss durch einen billigen und verständigen Drittmann zurecht gesetzt werden sollte. Ein solches Verhältniss lag in der *actio ad exhibendum* und die Erforschung des nöthigen Interesses war Sache eines Arbiters. Es ist sehr wahrscheinlich, dass man ursprünglich nur dann das Interesse, die Sache zu sehen, für ein rechtliches und dem Geiste des Gesetzes genügendes ansah, wenn der Rechtsanspruch auf die Sache selbst ging; eine spätere Theorie musste diese Beschränkung als ungerechtfertigt verwerfen ⁴⁾, hielt aber gerechterweise andere Einschränkungen, die aber nur mit Rücksicht auf die Gesetzesworte als solche erscheinen, fest. I. 19 D. h. t. 10, 4.

Mit dem Wegfallen des alten Sponsionsprozesses hat die *actio ad exhibendum* zur Bewirkung der Gegenwart der Sache nicht an Anwendung verloren; denn letztere war nicht nur zur Zeit des Sponsionsprozesses wegen

¹⁾ Savigny Syst. I, pag. 236.

²⁾ Ueber die *æquitas*: Albrecht, die *æquitas* des römischen Rechts u. besonders pag. 60 seq. und Wächter Würtemb. Priv.-R. II, pag. 62.

³⁾ Cf. über diese *Legis actio*: Keller römischer Civilprozess pag. 60 seq.

⁴⁾ Das Nähere siehe in §. 5.

Ertheilung der Vindicien erforderlich, sondern diente auch im petitorischen Verfahren wie früher als die natürlichste Bezeichnung des Streitobjects¹⁾. Ja durch Schöpfung vieler neuen Klagen durch den Prätor vervielfältigten sich die Fälle des rechtlichen Interesses und erweiterte sich somit die Anwendungssphäre der *actio ad exhibendum*. Die Ausbildung einer ordentlichen materiellen Rechtstheorie bis zu einem hohen Grade von Vollendung auch bei den *arbitriis* in der Zeit nach Cicero²⁾ kommt auch der *actio ad exhibendum* zu gut; die genauere Entwicklung im Princip schon früher vorgekommener Prozessregeln³⁾ durch die römischen Juristen und endlich gar die Einführung des sog. *Dolus præteritus* durch das *SCt. Juventianum* unter Hadrian, ausgedehnt auch auf die *actio ad exhibendum*, führten unserer Klage eine Menge neuer Fälle praktischer Anwendbarkeit zu, worin sie sogar den Zweck einer restitutorischen Klage erreichte. So haben wir im Entwicklungsgang der *actio ad exhibendum* auf der einen Seite eine zwar dem Zwecke des Gesetzes entsprechende, die Worte desselben einschränkende Interpretation, auf der andern Seite aber ein bis an jene Schranke gehendes Bestreben, das Rechtsmittel so praktisch als möglich zu machen und es im Leben zu verwerthen. Die Folge war eine juristische Ausbildung der *actio ad exhibendum* im römischen Rechte, wie wir sie in keinem andern Rechte finden.

¹⁾ Wetzell a. a. O. pag. 83.

²⁾ Keller a. a. O. pag. 385.

³⁾ Savigny Syst. VI, pag. 52.

§. 4.

Natur und Wesen der actio ad exhibendum.

Ulpian sagt in l. 3 §. 3 D. h. t. von der actio ad exhibendum: est autem personalis hæc actio und man sollte meinen, bei dieser Notiz sei es leicht, auf die Natur des der Klage zu Grunde liegenden Rechtes zu schliessen und von hier aus, da die Klage nichts Anderes ist, als das jus persecuendi iudicio, quod sibi debetur, eine richtige Einsicht hinwiederum in das Wesen unserer Klage zu erzielen. Allein einerseits ist die persönliche Qualität unserer actio nicht unbestritten und andererseits hat das ihr zu Grunde liegende Recht einen nicht ganz gewöhnlichen Charakter, wesshalb ein näheres Eingehen erforderlich ist.

Vor Allem leugnet Donellus ¹⁾, dass die actio ad exhibendum eine actio in personam sei, und die Ansicht einer solchen Autorität ist mit den wegwerfenden Bemerkungen Wissenbach's und Glück's nicht widerlegt. Donell's Argumentation ist ungefähr folgende: Der Ausspruch Ulpian's beweist nicht, dass die actio ad exhibendum eine actio in personam ist; denn das Wort personalis hat nicht lediglich den letztern Sinn, sondern wird auch gebraucht zur Bezeichnung einer höchst persönlichen Beziehung von Rechten, die daher auf die Erben weder activ noch passiv übergehen, z. B. in l. 27 Cod. de revoc. don. 8, 56, und l. ult. Cod. de præsc. 30 vel. 40 annor. 7, 39. Nun wird gerade Letzteres von Paulus l. 22 §. 6 D. h. t. von der actio ad exhibendum behauptet; desshalb muss das Wort personalis bei unserer Klage in letzterm Sinne genommen werden, um

¹⁾ Comment. XIII, pag. 63 seq. (Ausgabe v. König u. Bucher 1830.)

so mehr, als ohne jenen Ausspruch Ulpian's Niemand zögerte, nach allgemeinen Principien unsere Klage zu den *actiones in rem* zu rechnen. Letzteres folge aus zwei Momenten: einmal habe die *actio ad exhibendum* ein Merkmal an sich, das nur den dinglichen Klagen eigenthümlich sei; sie gehe nämlich gegen jeden Besitzer; sodann wiesen »*fundamentum, perseverantia et transmissio in heredes*« auf ihren dinglichen Charakter. Was nämlich das *fundamentum* anlange, so liege ihr eine Obligation weder aus einem Contract oder Quasicontract noch aus einem Delict oder Quasidelict zu Grunde; betreffend die *perseverantia*, so erlösche eine persönliche Klage nur durch Zahlung oder was ihr gleichkommt, die *actio ad exhibendum* aber durch Besitzverlust, und endlich bezüglich der *transmissio*, so gehen die persönlichen Klagen in der Regel auf die Erben über, nicht aber die *actio ad exhibendum*.

Die Widerlegung Donell's ist in der Darstellung und Begründung der entgegengesetzten und richtigen Ansicht, die auch heutzutage die allgemein herrschende ist, von selbst enthalten. Der Ausspruch Ulpian's l. c. könnte nur dann zweideutig sein, wenn wir gar keine bezügliche Andeutungen mehr hätten; aber der §. 31 J. de act. führt ausdrücklich unter der *actio in perseverantia* die *actio ad exhibendum* auf. Auch wäre nicht ersichtlich, welches dingliche Recht ihr zu Grunde läge, da weder Eigenthum noch andere bekannte dingliche Rechte die Bedingung ihrer Statthaftigkeit sind.

Ist aber die *actio ad exhibendum* unzweifelhaft eine persönliche Klage, so muss ihr vor der *Litiscontestatio* eine eigentliche Obligation zu Grunde liegen ¹⁾. Welchen Charakter hat nun aber diese vor der *Litiscontestatio* vor-

1) Savigny Syst. V, pag. 16.

handene Obligation? Einige¹⁾ lassen sie aus einem Quasi-contract entspringen, aber mit Unrecht, da kein Factum bei dem Recht auf Exhibition vorliegt, das mit einem wahren Contract Aehnlichkeit hat; Andere²⁾ nehmen ein Quasidelict als causa obligationis an; nun ist nicht zu leugnen, dass die actio ad exhibendum in ihrer Richtung gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere den Charakter einer Delicts-klage hat und auf die Erben übergeht bis zum Belauf der Bereicherung l. 12 §. ult. D. h. t.; allein hier ist dies Folge eines ausser dem normalen Verhältnisse liegenden Dolus, auch erst später gesetzlich eingeführt, und die gewöhnliche Verpflichtung zur Exhibition lässt sich mit einer aus unerlaubten Handlungen entspringenden durchaus nicht vergleichen. Aber eine Obligation entsteht nicht bloss aus einem Contract oder Quasicontract, aus einem Delict oder Quasidelict, worauf Donellus seine Argumentation auch stützt, l. 1 pr. D. de O. et A., sondern das Gesetz selbst ist eine Quelle von Obligationen, was heutzutage nicht mehr bezweifelt wird, und so ist denn die Obligation, die der actio ad exhibendum zu Grund liegt, ohne Bedenken zu den nach den Principien der höhern Gerechtigkeit von einer allgemeinen Rechtsregel selbst begründeten zu zählen, wofür auch die communis opinio³⁾.

Diese der actio ad exhibendum zu Grunde liegende Obligation hat aber insofern noch einen eigenthümlichen Charakter, als der Inhalt des Rechts auf Exhibition ein aus

¹⁾ Accursius ad l. 3 D. h. t. Meyer Colleg. Arg. I Tit. ad exhib. §. 3. Noodt Comment. ad h. l. pag. 244.

²⁾ S. die Aeltern bei Einert pag. 68; unter den Neuern wieder Unterholzner »Die Schuldverhältnisse« II. pag. 142.

³⁾ S. über die Aeltern Einert pag. 72 u. 73; unter den Neuern: Einert l. c. pag. 72, Koch das Recht der Forderung III, pag. 119, vergl. Vangerow III, pag. 666, Wächter in seinen Vorlesg. n. A.

einem *Zustande entspringendes* ¹⁾ persönliches Recht ist. An reine Thatsachen sind vom Gesetz ein Recht und eine Verpflichtung angeknüpft — auf der einen Seite an die Thatsache des Habens eines gehörig gearteten Interesses ²⁾, auf der andern an den Zustand des Innehabens des zu exhibirenden Gegenstandes. Die Eigenthümlichkeit begründet eine gewisse Verwandtschaft mit den Theilungsklagen; denn auch diese beruhen auf einer Obligation, welche durch einen Zustand, dingliche Gemeinschaft, bedingt ist; daher wohl auch die Stellung der *actio ad exhibendum* mit den Theilungsklagen in demselben Digestentitel allein. Die angeführte Besonderheit aber hat ihre eigenthümlichen Folgen.

Der Obligirte ist nicht eine individuell bestimmte Persönlichkeit, sondern der jedesmalige Besitzer der Sache; und hiemit verschwindet auch das Bedenken Donell's wegen des Umstandes, dass die *actio ad exhibendum* gegen den Besitzer gehe. Daher wird durch den Uebergang des Besitzes nur die bestimmte Individualität aus der Obligation entlassen, der objektive Bestand der Obligation aber erlöscht nicht und wird nicht novirt, sondern setzt sich in dem seiner Individualität für den der Obligation gleichgültigen, farblosen Besitzer ganz unverändert fort. Daher können auch Handlungsunfähige obligirt sein, l. 46 de O. et A., auf Seite des Berechtigten ist das Recht auf Exhibition seiner innern Natur nach kein beliebig auf Andere übertragbares Recht, sondern es klebt am gehörig gearteten Interesse unablösbar. Daher endlich ist die *actio ad exhibendum* weder activ noch passiv vererblich ³⁾; denn

¹⁾ Ueber diese Art von Obligation im römischen Rechte siehe Puchta Pand. §. 262.

²⁾ Wie überhaupt im römischen Rechte auch unbest. Pers. Gläubiger werden konnten, zeigt z. B. l. 40 de vulg. sub. l. 18 inf. de adopt. u. A.

³⁾ Natürlich ist hier die Zeit vor der Litiscontestation gemeint.

der Erbe ist nur zur Exhibition verpflichtet resp. berechtigt, wenn er die *facultas exhibendi* hat resp. ein gehöriges Interesse, sonst nicht, dann ist er aber eben als Besitzer resp. Interessirter und nicht als Erbe verpflichtet, beziehungsweise berechtigt. Auch die sonst bei Obligationen immer vorkommende Haftpflicht wegen culpa oder doch wenigstens dolus kann hier der Natur der Sache nach nicht praktisch sein; denn der Inhalt der Obligatio geht lediglich auf Exhibition; diese Verbindlichkeit kann dolos oder culpos lediglich durch Aufgeben der *facultas exhibendi* verletzt werden, im selben Augenblick aber, in dem die *facultas exhibendi* aufhört, ist der sie Aufgebende nicht mehr im obligatorischen Verhältniss. Daher bedurfte es einer speziellen gesetzlichen Bestimmung über den dolus praeteritus und das Dasein einer Obligatio kann wegen der Nichtexistenz einer Haftpflicht vor dem S.Ct. Juvent. nicht bestritten werden.

Jene Eigenthümlichkeiten der der actio ad exhibendum vor der Litiscontestatio zu Grunde liegenden Obligation machen die Klage zu einer in *rem scripta*.

Der eigentliche (juristische) Gegenstand der actio ad exhibendum ist die Exhibition einer Sache ¹⁾ d. h. das Vorzeigen einer Sache, so dass ein Anderer in die unmittelbare Gegenwart derselben gelangen kann, beziehungsweise die Leistung einer Entschädigungssumme wegen Nicht-Exhibition. Daher ist die actio ad exhibendum wie alle auf Exhibition oder Restitution gerichteten freien Klagen ²⁾ im römischen Recht eine *actio arbitraria* ³⁾.

¹⁾ Wie diese Exhibition geschehen muss, darüber s. §. 9.

²⁾ Savigny Syst. V. p. 126.

³⁾ Da wir heutzutage keine *actio arbitraria* mehr haben (siehe Savigny Syst. V p. 145), so fällt diese Qualification heute weg.

So ist also die *actio ad exhibendum* ihrem Wesen nach die persönliche, freie und arbiträre Klage, womit das durch eine allgemeine Rechtsregel an das Haben eines gehörig gearteten Interesses geknüpfte Recht auf Exhibition einer Sache gegen Jeden, der exhibiren kann, verfolgt wird.

Dieses Wesen ist in allen Fällen ihrer Anwendung dasselbe und desshalb auch die *actio ad exhibendum* überall nur eine und dieselbe; ihre Theorie (s. d. folgd. §§) gilt für ihre ganze Anwendungssphäre. In dieser Beziehung ist etwas Wahres in der Ansicht von Donellus ¹⁾, die er am angeführten Ort verfißt. Das Schiefe ist nur, dass er diese Einheit und Identität aller Fälle der *actio ad exhibendum* in ihrem Klage präparatorischen Charakter findet, denn einmal werden durch die *actio ad exhibendum* in vielen Fällen keine Klagen präparirt, sogar nicht im vulgären Sinn dieses Wortes, so in den Fällen des l. 5 §. 3 seq., so in den Fällen, wenn der Beklagte in das Interesse verurtheilt werden muss; und dann, von diesen Fällen abgesehen, ist die Präparatio oft nicht die eigentliche, worunter die römischen Juristen gewisse Handlungen der Einleitung einer uns bereits zustehenden Klage verstehen. (Cf. l. 2 §. 1, l. 7 D. 5, 2 und l. 36 §. 2 Cod. 3, 28.)

Durch nichts gerechtfertigt aber ist die Auffassung Einerts l. c. p. 98 sq., der die Einheit unsrer Klage durch Aufstellung von vier Species mit verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen zerstört. Denn wenn auch nicht zu läugnen ist, dass die Thätigkeit des Verpflichteten in verschiedenen Fällen eine verschiedene ist; so ist diess doch lediglich eine Folge faktischer Umstände, der faktischen verschiedenen Hindernisse, die dem Gelingen des Berech-

¹⁾ Commentar. pag. 67.

ten in die unmittelbare Gegenwart der Sache im Wege stehen und deren Wegräumung eben Sache des Verpflichteten ist. So muss der Beklagte in den Fällen der Verbindung der zu exhibirenden Sache mit einem Andern das Hinderniss der Verbindung durch Trennung beseitigen, in andern Fällen auf das dem Gelangen eines Andern zur Sache entgegenstehende Jus prohibendi verzichten u. s. f. und in den Fällen der eigentlichen Präparation einer Klage ist er lediglich aus Zweckmässigkeit verpflichtet, gleichsam den negotiorum gestor des Klägers zu machen und auf des Letztern Kosten (l. 4 §. 1 h. t.) die Darstellung der Sache beim Gericht zu bewirken. Auch der Zweck, den der Kläger mit unserer Klage *mittelbar* zu erreichen sucht, ist in verschiedenen Fällen ein verschiedener. Aber weder die aus den faktischen Hindernissen der Exhibition entspringende faktisch verschiedene Thätigkeit des Beklagten in den verschiedenen Fällen der Anwendung der actio ad exhibendum, noch das verschiedene über den rechtlichen Zweck der Klage hinausliegende Ziel, auf das der Kläger mittelbar lossteuert, rechtfertigen die Aufstellung von vier Species¹⁾ mit eigenen Theorien so wenig als die Besitzstörungsklage verschiedene Species hat, jenachdem der Beklagte gehalten wird, nicht mehr über ein Grundstück zu gehen oder zu fahren, oder aber eingeschlagene Pfähle wieder wegzunehmen u. s. f.

¹⁾ S. bei Einert: einer actio ad exhib. præparatoria p. 101 seq., eine actio ad exhibendum, quæ optionis causa datur p. 170 seq. einer actio ad exhib., quæ interditur, ut tollatur, legatur p. 185 seq. und endlich einer actio ad exhib. quæ valet ad exclud. vel separ. p. 211 seq. Diese Eintheilung ist zudem weder erschöpfend, da die Fälle der l. 9 §. 4 h. t., l. 27 de pignor. u. A. unter keine jener 4 Kategorien gehört; noch logisch da der actio ad exhib., qua option. c. datur, entweder der actio ad exhibendum præpar. oder qua intend. ut tollatur subordinirt ist.

Rechtliche Erfordernisse der actio ad exhibendum.

§. 5.

A. Rücksichtlich des Klägers.

Ulpian sagt in l. 3 §. 9: *Actionem ad exhibendum competere ei, cujus interest rem exhiberi.* Aehnlich lauten andere Stellen l. 3 §. 4 und 12. Unmöglich aber kann das Recht nur die Dienerin des Interesse's sein; daher ist im Sinne und Geiste der Gerechtigkeit eine Einschränkung jener Worte nöthig, desshalb fügt denn auch Neratins l. 3 §. 12 noch bei: *judicem hactenus cognoscere an actor justam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret*, und endlich Gaius präcisirt das Interesse nach einer andern Seite hin mit den Worten: *hæc actio ei creditur competere, cujus pecuniariter¹⁾ interest.* Zur actio ad exhibendum ist als legitimirt derjenige, der ein pecuniäres auf eine justa causa basirtes Interesse an der Exhibition hat. Wann ein Interesse vorhanden ist, wird sich in jedem einzelnen Fall leicht ergeben und die juristische Theorie braucht sich nicht damit zu befassen, wohl aber mit der nöthigen Qualifikation des Interesse's, die jetzt untersucht werden soll.

1. Das Interesse muss auf eine justa causa basirt sein; wann diese justa causa vorhanden sei, drücken sich die Römer *principiell* nicht aus, sondern begnügen sich mit der Aufzählung der hauptsächlichsten Fälle, in denen eine justa causa dem Interesse an der Exhibition innewohnt

¹⁾ pr. die Vulg., die Basiliken und die communis opinio; über den Streit in den Lesearten, da die Florentina *peculiariter* hat, s. Glück a. a. O. p. 176 folg.; Einert vertheidigt *peculiariter* pag. 163.

und einiger Beispiele, in denen das Interesse an der Exhibition ohne *justa causa* wäre, und überlassen dann das Uebrige dem Takt und Gerechtigkeitssinn des Arbiters. Jene hauptsächlichsten Fälle aber, in denen die Römer ein auf *justa causa* basirtes Interesse annahmen, sind folgende: wenn man eine Klage bereits hat, deren glücklicher und vollständiger Erfolg aber durch die Exhibition bedingt ist, so bisweilen bei der *rei vindicatio* und andern dinglichen Klagen l. 3 §§. 1, 3, 4, um die Identität und Merkmale der Sache bestimmen zu können, wie diess nach l. 4 pr. D. de R. V. nöthig ist; oder um ungestrafte und heimliche Deteriorationen während des Prozesses zu verhindern ¹⁾; bei Noxalklagen, um den schuldigen Sklaven oder auch Mitschuldige herauszufinden l. 3 §. 7 l. 20 D. h. t.; bei Diebsklagen, um sich der Identität oder des Werthes des gestohlenen Objectes zu versichern, bei *actiones ex testamento*, wenn die Wahl einer Species des Testators oder fremder Sachen vermacht ist, um dort den Gegenstand der Hauptklage zu bestimmen, hier das Schätzungsobject §. 4 J. de legat. 2, 20. l. 3, §. 6. und 10 D. h. t., verglichen mit l. 14 §. 2 D. de legatis III; bei Contractsklagen, wenn der Gegenstand der Leistung der Wahl des Creditors überlassen ist, arg. l. 3 §. 6 D. h. t. ²⁾; endlich auch bei Criminalklagen l. 2 cod. h. t., bei Interdicten l. 3 §. 5 u. 12 D. h. t. ³⁾ Aber auch dann nahmen die Römer ein mit *justa causa* versehenes Interesse an, wenn nach der höhern Gerechtigkeit ein Rechtsanspruch an der Sache existirt, aber die Existenz einer bezüglichlichen Klage durch die Exhibition der

¹⁾ Donnellus a. a. O. p. 71.

²⁾ Einert p. 171 seq.

³⁾ Vergl. darüber Savigny Besitz p. 478 und 496. — Glück a. a. O. p. 182. — Cujacius Observ. III p. 120 dagegen versteht unter dem *interdicturus* nur der mit dem *interdict.* versehene.

Sache bedingt ist. Hieher gehören die zahlreichen Fälle, in denen durch Verbindung meiner Sache mit einer andern, die der meinigen gegenüber als Hauptsache erscheint, der Eigenthümer der letztern ein *dominium revocabile ex nunc* an meiner Sache bekömmt und erst bei der Trennung (durch Exhibition) mein Eigenthum wieder entsteht l. 6, l. 7 §. 1 u. 2 D. h. t., aber auch die Fälle der l. 9 §. 4 h. t. l. 27. D. de pignor. u. A. Endlich wenn die Ausübung eines Rechtes an der Sache durch ein *zufälliges* räumliches Verhältniss der Sache¹⁾ gehemmt ist, so sahen darin die Römer ein gerechtes Interesse an der Exhibition, wodurch das aus jenem räumlichen Verhältniss der Sache entspringende *Jus prohibendi* eines Dritten beseitigt wird l. 5 §. 2, 3, 4 u. 5, l. 9 §. 1, l. 18 D. h. t. Ein Dolus des Verpflichteten kann natürlich das Interesse an der Exhibition, beziehungsweise deren Geldwerth, nur noch gerechter und grösser machen.

Ausser diesen ausdrücklich aufgeführten einzelnen Fällen sagt Ulpian noch l. 3 §. 9: *sciendum est autem, non solum iis, quos diximus, competere actio ad exhibendum, verum ei quoque, cujus interest exhiberi*, und wollte damit andeuten, dass durch die Aufzählung nur Fingerzeige gegeben, keine Vollständigkeit erstrebt worden sei.

Auf der andern Seite werden warnende Beispiele aufgestellt in l. 3 §. 11 und besonders in l. 19, wo es heisst: *ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere, hæc actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni ejus interesset?*²⁾ Respondit, non oportere *jus civile ca-*

¹⁾ Z. B. durch den Wind oder durch Ueberschwemmung sind Sachen von mir in eines Andern Haus oder Grundstück gekommen.

²⁾ Die Zusammenstellung des vorliegenden Interesses mit demjenigen eines Studirenden am Lesen fremder Bücher beweist, dass man hier keinen Rechtsanspruch unterstellen darf, der durch die Exhibi-

lumniari, neque verba captari sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire; nam illa ratione etiam studiosum alicujus doctrinae posse dicere sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, quum eos legisset, doctior et melior futurus esset.

Mit Rücksicht auf die einen und andern von den römischen Juristen angeführten Fälle lässt sich als Princip der Satz aufstellen: ein mit justa causa versehenes Interesse an der Exhibition ist vorhanden, wenn ein *Rechtsanspruch durch räumliche Verhältnisse einer Sache gehemmt ist*¹⁾ und durch die *Exhibition dieser Sache von diesen Hemmnissen befreit werden kann*. Es ist nicht nöthig, dass der Rechtsanspruch gerade auf die zu exhibirende Sache gehe und ein Habenwollen dieser im Hintergrunde stehe, wie meistens angenommen wird.²⁾ Das zeigen aufs Deutlichste l. 3 §. 9 u. l. 20 §. 7 D. h. t., l. 4 u. 6 cod. h. t.; l. 3 §. 14 D. h. t. beweist nichts dagegen, da hier nicht deswegen die actio ad exhibendum versagt wird, weil ein Rechtsanspruch nicht auf die zu exhibirende Sache geht, sondern weil hier gar kein Rechtsanspruch vorliegt.

Diess ist nur etwas concret mit Rücksicht auf den besonders denkbaren Fall des Eigenthums am Papier ausgedrückt. Wenn aber im citirten Falle dessenungeachtet eine actio in factum gegeben wird, so beweist das die Richtig-

tion von den Hemmnissen seiner Realisirung befreit würde, sondern entweder blosse Neugierde, oder den Wunsch eines leichtern Beweises.

1) Die etwas grössere Schwierigkeit des Beweises ohne Exhibition kann aber noch nicht als Hemmung angesehen werden.

2) Donnellus a. a. O. p. 78. — V. Koch a. a. O. p. 119. — V. Unterholzner a. a. O. p. 143. — V. Glück a. a. O. p. 189. — Vangerow a. a. O. p. 666. — Puchta Pandekten, p. 538. — Aber gewiss ist diess der häufigste Fall der justa causa.

keit unsers Principis für die eigene *actio ad exhibendum*, aber auch das Vorkommen von Ausnahmefällen, wo der Prätor in der Exhibition ein besonderes Gebot der Billigkeit sah. Diese Ausnahmefälle aber liegen ausserhalb dem Bereich einer juristischen Theorie. Principiell reicht ein Interesse ohne rechtliche Beziehung, z. B. blosse Neugierde, zur Exhibition in keinem Falle hin ¹⁾. l. 19 D. 10, 4 u. l. 3 §. 11.

Daher fehlt z. B. die *justa causa*, wenn wegen culposen Aufgebens des Besitzes der Kläger in *judicio exhib.* schon das Interesse erhalten hat, und er kann nun nicht wieder aus demselben Grunde gegen den Besitzer klagen, weil er auch die *Vindicatio* nicht mehr hat, arg. l. 63 u. l. 46 u. 47 de R. V. Dagegen kann die *actio ad exhibendum* beim dolo sen Aufgeben des Besitzes gegen den wirklichen Besitzer auch noch nach erlangtem Interesse angestellt werden, weil auch die *rei vindicatio* zulässig ist, l. 69 de R. V. Daher kann ferner der *dolo possid. desin.* nur desswegen, weil er auf Exhibition belangt wird, nicht die *actio ad exhibendum* gebrauchen; eben dasselbe ist der Fall beim *fur* und *raptor*. So kann endlich ein Erbe in Bezug auf eine in fremder Detentio befindliche Sache des Erblassers lediglich wegen seines Erbrechts nicht mit der *actio ad exhibendum* auftreten, wenn dieselbe seinem Miterben prälegirt

¹⁾ Derselben Ansicht über das nöthige Interesse Savigny Syst. I, pag. 236 und Besitz pag. 496, Einert a. a. O. pag. 50 seq., auch Keller in seinen Vorlesungen: „die *actio ad exhibendum* hat eine *justa causa*, wenn eine Klage durch die Exhibition mehr oder weniger bedingt ist.“

Der Grundsatz: *Nemo contra se edere tenetur* bei der Urkundenedition ist nicht eine Modifikation unsers Principis, sondern findet erst Anwendung, wenn die Edition nicht mit der *actio ad exhibendum* gefordert werden kann. Vangerow III, pag. 674.

ist ¹⁾; aber gewiss kann er diess, wenn die Sache gestohlen war und die *actio furti* etwa angestellt werden kann.

2. Das Interesse muss ein pecuniäres sein, l. 13, was bekanntlich nicht bei allen Klagen zu ihrer Begründung erforderlich ist, cf. l. 6 u. 7 D. 18, 7, l. 54 pr. D. Mand. 17, 1. Daher ist im Fall der l. 13 D. h. t. die *actio ad exhibendum* nicht zulässig, weil es sich hier um die widerrechtliche Detention eines freien Menschen handelt, an dessen Loslassung mit Ausnahme seines Vaters oder Patrons der Kläger, da Jeder aus dem Volke klagen konnte, l. 3 §. 9 D. de lib. hom. exhib., nur ein Affectionsinteresse hatte. Wohl aber war die *actio ad exhibendum* zulässig im Falle der l. 12 pr. D. eod., wo der Vater an der *vindicatio in libertatem* seines Sohnes und der Patron an der seines Liberten, dort wegen der Erwerbung des Sohnes und dem Niessbrauch an den Adventitien, hier wegen der Dienste des Liberten und dem Erbrecht an Letzterm pecuniär interessirt waren.

Weitere Erfordernisse als die angeführten sind zur Activlegitimation bei der *actio ad exhibend.* nicht nöthig, so z. B. die von Unterholzner a. a. O. II, pag. 146 geforderte Voraussetzung, dass eine dingliche Klage nicht stattfinden könne. Wir werden unten sehen, dass die *actio ad exhibendum* bisweilen mit der *rei vindicatio* concurrirt. In einer Note bemerkt er, in dieser Subsidiarität sei übrigens die Ursache gelegen, wesshalb die Vorweisungsklage manchmal nicht stattfinden könne, so lange die Vorweisung möglich ist, sondern erst nach eingetretener Unmöglichkeit. Aber man sollte doch meinen, dass, wenn die Pflicht zur Exhibition nicht existirte, dieselbe durch doloses Aufgeben des zu exhibirenden Gegenstandes unmöglich entstehen kann. Die l. 14 D. h. t., worauf er sich beruft, beweist für

¹⁾ Donellus pag. 85, Noodt a. a. O. pag. 249.

seine Behauptung durchaus nichts; wohl wahr aber ist, dass oft erst in Folge verschuldeter Unmöglichkeit der Exhibition von Seite des Verpflichteten das Interesse zur Anstellung der actio ad exhibendum treibt.

Obige Activlegitimation muss aber sowohl zur Zeit der Litiscontestation als des Urtheils vorhanden sein, l. 7 §. 7 D. h. t., wobei auch für das heutige Recht die Modifikation des canonischen Rechts Cap. 3 de sent. in 6to (2, 14) kein Einfluss ausübt, da bei der actio ad exhibendum diese Activlegitimation gleich im Anfang des Prozesses entwickelt werden muss.

§. 6.

B. Rücksichtlich des Beklagten.

Ulpian sagt in l. 5 pr.: eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri, l. 5 u. 6, l. 7 §. 3 h. t.; also lediglich die Thatsache, dass man die zu exhibirende Sache exhibiren kann, begründet die Passivlegitimation. Es kommt daher weder auf juristischen Besitz noch Detention an und für sich an; aber es leuchtet ein, dass ein solches Verhältniss in der Mehrzahl der Fälle die exhibendi facultas bedingt¹⁾. Aber diese facultas kann auch ohne jenes Besitzes- resp. Detentionsverhältniss vorhanden sein, und diess ist oft dann der Fall, wenn die Wegräumung der Hindernisse, die dem Kläger zum Gelangen in die unmittelbare Gegenwart der Sache entgegenstehen, daher also die Exhibition lediglich in dem Verzicht auf das Jus prohibendi des Inhabers eines Grundstückes²⁾ besteht; ferner in l. 5 pr., wo hor-

¹⁾ Daher l. 3 §. 15, l. 4, l. 5 §. 1 D. h. t. Daher werden wir statt der facultas exhib. uns wie die Römer nur des Ausdrucks »Besitz« bedienen.

²⁾ Nicht eines Hauses; hier wäre immer Detention vorhanden.

rearius möglicherweise nicht einmal detentor ist ¹⁾, certe est qui possit exhibere. Auf der andern Seite hat der Besitzer nicht immer sogleich die facultas exhib. l. 5 §. 6, desshalb kann er jetzt zur Exhibition nicht verurtheilt ²⁾ werden; weil er aber jene facultas doch einmal bekommt, so geht der richterliche Exhibitionsbefehl auf Leistung einer Caution, dass er exhibiren werde, sobald er könne. Wegen mangelnder facultas exhib. wird auch in l. 15 die eigentliche actio ad exhibendum abgesprochen, weil derjenige, auf dessen Grundstück ein Schatz vergraben ist und der weder den Ort seiner Existenz noch überhaupt seine Existenz weiss, nicht die facultas hat, praesentiam thesauri faciendi. Weil er aber doch wenigstens Ein Hinderniss zum Gelingen in die Gegenwart des Schatzes, das jus prohib., beseitigen kann, so ist er wenigstens dazu mittelst einer actio in factum anzuhalten, dem Geiste der Rechtspflicht der Exhibition gemäss. Sind Besitz und Detention nicht bei Einer Person vereinigt, so kann der Kläger unter ihnen wählen l. 8 §. 3 D. 33, 5; er wird sich aber an den Detentor halten, wenn der juristische Besitzer die facultas exhibendi wegen eines Rechtsverhältnisses sich nicht sogleich verschaffen kann. Eine laudatio auctoris kann bei der actio ad exhibendum nicht erlaubt sein, weil diess wegen des geringen Praejudices für den juristischen Besitzer und auf der andern Seite wegen der Möglichkeit ungerechter Verzögerungen höchst unpassend wäre ³⁾.

¹⁾ Darüber, dass hier von einem Pfandrechte keine Rede ist, siehe Sintenis, Pfandrechte pag. 340.

²⁾ Unrichtig bezieht Einert die Worte »ad exhibendum non teneri« auf die Execution pag. 151.

³⁾ S. a. Thibaut civ. Archiv 18. Bd. pag. 340 »es wäre ganz unpassend, wenn man demjenigen, der nur vorzuzeigen hat, was sich in seiner Tasche befindet, den Einwand erlauben wollte, dass er es nur

Ist die zu exhibirende Sache mit einer andern verbunden, so hat ohne Zweifel der Innhaber der zusammengesetzten Sache die *facultas exhibendi*, wenn eine Trennung möglich ist; daher l. 6 u. l. 7 §. 2 u. 3 D. h. t. Eine Trennung und somit wirkliche Exhibition wird aber nicht als möglich angenommen, wenn eine Sache an eine andere von eben derselben Materie angeschmiedet wird, l. 23 §. 5 D. de R. V., wenn fremde Pflanzen mit einem Grundstück verwachsen sind; denn das römische Recht geht von der Ansicht aus, dass im erstern Falle nur eine Zerstörung die Folge der Exhibition ist und im letztern die fremden Pflanzen durch Aufsaugen an Nahrung aus dem Boden ganz andere geworden, l. 26 §. 2 D. de acquir. rer. dom. Ueber die *tigna ædibus juncta*, bei denen die *facultas exhibendi* von Natur vorhanden ist, siehe die folgenden Paragraphen.

Dieser entwickelte Zustand der *facultas exhibendi* muss aber zur Zeit der *Litiscontestatio* vorhanden sein; dann genügt es zur Beklagtenqualität (nicht aber zur Verurtheilung siehe unten). Jedoch wird der Kläger auch nicht abgewiesen, wenn nur vor der Sentenz der Besitz beim Beklagten eintritt und was diesem Fall zufolge der rechtlichen Fiction der Einheit der Personen gleich steht, der Erbe des nicht besitzenden Beklagten die *facultas exhibendi* hat l. 8 h. t. vgl. mit l. 27 §. 1 de R. V. Der Grund dieser Bestimmung wird von Ulpian l. 30 pr. 15, 1 dahin angegeben, dass vom Besitz nichts in der *Intentio* stehe, wesshalb der Mangel jenes Verhältnisses die Richtigkeit der Klage nicht ausschliesse. Der innere Grund aber ist Vermeidung einer unnöthigen Verschleppung, die in der Nothwendigkeit einer neuen Klage läge¹⁾. Das Vorhandensein aber jenes Zustandes *alieno nomine* in der Tasche habe und es desswegen nicht aus derselben herausbringen könne.

¹⁾ Savigny Syst. VI, pag. 78.

des auszumitteln, dienten die interrog. in jure¹⁾, heutzutage die gewöhnlichen Beweismittel.

Normal ist also lediglich derjenige, der die facultas exhibendi hat, zur Exhibition verpflichtet; jedoch haben wir die auch bei andern Klagen vorkommende bedeutende Modification unserer Regel zu erwähnen, dass unter gewissen Umständen auch derjenige, der gar keine facultas exhibendi hat, rechter Beklagter ist, indem zufolge eines Dolus der Besitz fingirt wird nach einer allgemeinen Rechtsregel des spätern römischen Rechts: *dolus pro possessione est cf. l. 157 §. 1 de R. J.* Diess ist:

1. der Fall, wenn Jemand vorgibt, er habe die facultas exhibendi l. 13 §. 13 (5, 3). Diess ist zwar bei der actio ad exhibendum nicht ausdrücklich bemerkt; aber die Natur der Sache und die Allgemeinheit der Regel sprechen für diese Ausdehnung. In diesem Falle haftet er aus seinem Dolus²⁾ und daher nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn er den Kläger zu verleiten beabsichtigte, einen falschen Beklagten zu wählen³⁾. Wann er diese Täuschung bewirkte, erst in jure oder schon vorher, ist gleichgültig. Dagegen wird er mit der Einrede, der Kläger habe den wahren Sachverhalt wohl gekannt, gehört, l. 25 de R. V., l. 26 eod., l. 45 de H. P.;

2. wenn der Besitzer vor dem Prozess den Besitz

¹⁾ Keller a. a. O. pag. 223 seq.

²⁾ Ueber doloses Erbieten zum Prozess s. Wetzell a. a. O., p. 211 seq.

³⁾ Wenn er jedoch vor der Litiscontestation seinen Nichtbesitz eingestehe, so nehmen Wetzell a. a. O. p. 215, Wächter Erörterung s. 3 p. 128 trotz seiner Absicht Absolution an; dagegen wohl mit Recht Vangerow §. 332 p. 734 und l. 27 pr. D. de R. V.

dolos aufgab, l. 5 cod. h. t. 1). Dieser zweite Fall hat bei der actio ad exhibendum eine sehr grosse praktische Bedeutung und auf ihn stützt sich eine Reihe von Anwendungsfällen, in denen sonst wegen mangelnder facultas exhibendi keine Klage zulässig wäre, s. l. 14 D. h. t., l. 9 §§. 1, 2, 3 u. 4, l. 12 §. 3 eod., l. 11 in f. de reb. cred., l. 27 de pignor., l. 1 §. 2 de tign. juncto., l. 7 §. 1 l. 13, 1, l. 13 43, 16, l. 4 cod. crim. expil. hered. u. s. f.

Das Aufgeben der facultas exhibendi kann durch Veräusserung, Umwandlung, untrennbare Verbindung mit einer andern Sache, Vernichtung und Dereliction geschehen, l. 9 h. t. Der Dolus²⁾ aber setzt das Bewusstsein voraus, dass dadurch einem Andern Unrecht geschehe oder doch eine grobe Nachlässigkeit, ohne die man die aus dem Aufgeben des Besitzes für einen Andern entspringenden Rechtsnachtheile hätte einsehen können. Einen sehr interessanten Fall von culposen Besitz aufgeben erzählt Ulpian aus Marcellus, l. 9 §. 4 D. h. t. Der Erblasser hat dem A. unter einer Bedingung eine Summe Geldes vermacht und dem B. den Niessbrauch davon unbedingt. Beim Eintreten der Bedingung gehört dem A. das Geld und überdiess nach l. 6 D. de usuf. ear. quæ usu der Niessbrauch an der Hälfte der vermachten Summe. Vor Eintreten der Bedingung nun hat der Erbe dem B. die ganze Summe ausbezahlt, ohne Caution zu fordern, dass

1) Die Ausdehnung des Scit. Juvent. durch die Theorie auf die actio ad exhibendum Wetzell p. 133 und Vangerow §. 332 p. 734 sehen darin eine Zusammenziehung der actio ad exhib. mit der actio judic. mut. c.; dagegen Schirmer die prätor. Judicialstipulation p. 169.

2) Ueber den Begriff der arglistigen Besitzentäusserung siehe Wächter, 13. Erört. p. 128 u. 129.

die Hälfte davon beim Eintreten der Bedingung und später Alles an den A. restituirt werde; das Geld ist consumirt; was will nun der A. machen, wenn er sich nicht die cautio legat. servand. vom Erben bestellt hatte? Hier entscheidet nun Marcellus für die actio ad exhibendum gegen den Erben auf Schadenersatz dafür, dass das Geld nicht in specie vorgezeigt werden kann, weil dieser, wenn er die Existenz des Legates an A. kannte, culpos gehandelt hat.

Die actio ad exhibendum ist zufolge der entwickelten Grundsätze in der Regel auch auf Seite des Beklagten nicht vererblich, weil in der Person des Beklagten ein wirklicher gegenwärtiger Besitz vorausgesetzt wird, der Besitz aber durch Erwerbung des Erbrechts nicht übergeht¹⁾. Wenn also der Erbe des Besitzers nicht zufällig den Besitz derselben Sache erworben hat, so geht gegen ihn die Klage nicht. Nur wenn der Erblasser den Besitz in unredlicher Absicht aufgegeben hatte, wurde im römischen Rechte die Klage gegen den Erben angestellt bis zum Belauf der Bereicherung l. 12 §. 6 D. h. t. l. ult. Cod. ex del. defunct. Heutzutage geht die Klage bis zum Belauf der Erbschaft²⁾.

§. 7.

C. Rücksichtlich des Gegenstandes der Exhibition.

1. Der Gegenstand der Exhibition kann nur eine körperliche Sache sein, weil bei unkörperlichen Dingen eine facultas exhibendi im technischen Sinne nicht vorhanden sein kann. Exhibere heisst ja Einem etwas vorzeigen, so dass er in die unmittelbare Gegenwart davon gelangt; diess ist der Natur der Sache nach nur bei körperlichen Sachen

¹⁾ Savigny Besitz §. 28.

²⁾ Sintenis, prakt. Civilrecht pag. 787.

möglich. Zudem sagen Gaius und Ulpian l. 3 §. 8 D. de tab. exhib. u. l. 22 D. de V. S. ausdrücklich, es handle sich bei der Exhibition nur um eine *corporis sive materiae praesentia seu adprehensio* ¹⁾).

Ganz ungenau ist Glück S. 209, wenn er sagt: „Kommt es nicht gerade auf Vorzeigung einer Sache an, sondern die Klage ad exhib. wird auf Herausgabe oder Ersatz einer schuldigen Sache gerichtet (!), so kann jede Sache, auch eine *unkörperliche*, der Gegenstand dieser Klage sein.“ Der *juristische* Gegenstand ist nie eine körperliche Sache, sondern ein Thun, die Leistung der Exhibition oder deren Surrogates, des Interesses; der *materielle* Gegenstand aber dieser Leistung, wovon es sich lediglich hier handelt, ist stets eine körperliche Sache.

2. Der körperliche Gegenstand müsse eine bewegliche Sache sein, wird fast allgemein behauptet ²⁾. Aus der Natur der Sache folgt diese Besschränkung nicht, wie diess bei der obigen der Fall war. Sowohl die *facultas exhibendi* als ein rechtliches Interesse lassen sich an der Exhibition von unbeweglichen Sachen denken. Was nämlich das Erstere betrifft, so ist nicht einzusehen, wesshalb man nicht auch eine unbewegliche Sache zeigen und einen Andern in ihre unmittelbare Gegenwart gelangen lassen kann. Und bezüglich des Letztern, so ist ein rechtliches Interesse an der Exhibition gewiss vorhanden, wenn mir z. B. eines von zwei

¹⁾ S. a. §. 2 dieser Dissertation Cujacius Observ. X, cap. 14, in f., und Einert pag. 10.

²⁾ S. ausser dem bei Glück Angeführten noch Donnellus a. a. O. pag. 86, Noodt a. a. O. pag. 244, Koch a. a. O. pag. 118, Puchta Pand. pag. 538, Arndt's Pand. pag. 504, Keller in seiner Vorlesung.

Auch ist diese gemeine Meinung in einige Gesetzbücher übergegangen.

Häusern oder der *Ususfructus* eines von 2 Zimmern nach meiner Auswahl legirt sind.

Ist also jene Ansicht richtig, so muss sie auf eine besondere positive Bestimmung basirt sein. Im Digestentitel X, 4 findet sich dieselbe nicht, da hier nirgends eine Beschränkung des *corpus* auf ein *corpus mobile* sich ausgedrückt findet. Vielmehr heisst es auch z. B. in l. 3 §. 6 ganz allgemein: *si optare velim servum vel quam aliam rem, cujus optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat*. Dieses Schweigen spricht daher für die entgegengesetzte Ansicht und ganz schief ist es, wenn Glück a. a. O. daraus etwas zu seinen Gunsten ableiten will. Es liegt übrigens eine indirecte Andeutung der Statthaftigkeit der Exhibition bei unbeweglichen Sachen schon in dem Verbot der Exhibition bei *tigna ædibus juncta* aus *Gründen der Polizei*. Denn da ja jene Baumaterialien im Zustande ihrer Verbindung mit dem Hause Immobilien sind (Wächter Würtemb. Privatrecht II, pag. 221), so würde ja deren Exhibition ohnehin nicht verlangt werden können, wenn wirklich bei Immobilien keine Exhibition stattfände. Dass die concreten Fälle der Exhibition im *corpus juris* sich fast alle auf *res mobiles* beziehen, erklärt sich leicht daraus, weil in der überwiegenden Mehrzahl der Anwendungsfälle der *actio ad exhibendum* der Natur der Sache nach der materielle Gegenstand der Exhibition eine bewegliche Sache sein wird, in den Immobilien „*latere facile non possint*“ l. 2, Cod. 10, 34. Es müssen also, soll jene gemeine Meinung die richtige sein, andere Stellen angeführt werden, welche eine Beschränkung rechtfertigen, und daher beruft man sich auf l. 56 D. de *procurat.*, l. 22 D. de *V. S.*, end-

1) Glück a. a. O. pag. 206 u. 208.

lich l. 38 in f. D. de judic.¹⁾ Vor Allem ist zu bemerken, dass, wenn diese Stellen nicht unbedingt mit der im Digestentitel ausgesprochenen Allgemeinheit im Widerspruche stehen, sie die Beschränkung nach meiner Ansicht nicht beweisen, weil zur Annahme einer legislativ durchaus nicht zu rechtfertigenden Beschränkung des Zweckes eines Institutes uns nur ganz bestimmte Zeugnisse bestimmen können, besonders wenn sie nicht im Titel, der die Materie *ex professo* behandelt, stehen. In l. 56 D. cit. wird die Frage behandelt, ob ein zur *rei vindicatio* gegebenes Mandat auch zur *actio ad exhibendum legitimire* und bejaht. Die hier vorkommende *Exhibition* hat den Zweck, die *rei vindicatio* zu präpariren, und da wird sie nur bei beweglichen Sachen vorkommen können, weil sich nur hier *ein Interesse am Beschen* der Sache denken lässt. L. 38 cit. behandelt die *fora* bei Legatsklagen und den Ort der Leistung. Bei persönlichen Klagen *ex testam.* ist das *forum domicilii* competent, die Leistung aber muss am Ort der gelegenen Sache geschehen, ausser wenn *Dolus* die Sache entfernt hat oder das Legat ein *leg. generis* ist; in diesem Falle müsse die Leistung am Ort der Klage geschehen. Bei einer dinglichen Klage aber müsse geklagt werden, wo die Sache sich befinde, und endlich noch ein dritter Fall trete ein, wenn *ad exhibendum* geklagt werde und die Sache eine *Mobilie* sei; hier kann am *Domicil* des Beklagten geklagt werden, die Sache aber muss dorthin transportirt werden auf Kosten des Klägers. Natürlich kann dieser dritte Fall nur bei einer *Mobilie* eintreten. L. 22 de V. S. cit. beweist gar nichts für, im Gegentheil gegen Glück, da lediglich das allgemeine Wort *corpus* gebraucht wird, welches auch *Immobilien* umfasst, und ferner indem unter Voraussetzung der Richtigkeit der Glück'schen Ansicht gerade auch der Unterschied von *restituere* und *exhibere* hätte angeführt wer-

den müssen, dass jenes nur bei Mobilien, dieses auch bei Immobilien Anwendung finde.

Wohl aber erregt noch l. 4 cod. crim. expil. hered. Bedenken. Diese Stelle bespricht das Surrogat der act. expil. hered. und findet es bei dolosem Aufgeben einer entwendeten Sache in der actio ad exhibendum. Dass nur von beweglichen Sachen die Rede ist, erklärt sich aus der Beschränkung der act. expil. hered. auf *Mobilien*, nach deren Surrogat gefragt wird.

So können wir denn nach der Natur der Sache und der Prüfung unserer Quellen uns nicht zur communis opinio hinneigen und müssen das Requisit der Beweglichkeit verwerfen ¹⁾.

3. Die res muss certa ²⁾ sein, wie bei der rei vindicatio; daher kann ein Genus, z. B. ein Pferd, ein Schaaf, nicht Gegenstand der Exhibition sein, sondern nur eine bestimmte Species. Dessgleichen können Quantitäten fungibler Sachen, z. B. gewisse Geldsummen, nicht exhibirt verlangt werden, wohl aber die einzelnen Geldstücke. Nur diess scheinen mir die vielbesprochenen Worte in l. 3 pr. D. h. t. ³⁾ zu fordern.

4. Der Gegenstand muss vom Gesetz nicht als solcher bezeichnet sein, bei dem die Exhibition verboten ist; ein solcher Gegenstand aber sind schon nach den XII Tafeln die tigna ædibus juncta ⁴⁾; Baumaterialien und Rebpfähle im Zustande ihrer Verbindung mit dem Gebäude resp. Weinberg, sind also nicht Gegenstand der Exhibition l. 6, l. 17 pr. D.

1) S. ausser dem bei Glück Angeführten Einert pag. 8 und pag. 227 seq., auch Vangerow a. a. O., Unterholzner a. a. O., insofern sie keine Beschränkung ausdrücklich bemerken.

2) Donnellus a. a. O. pag. 86.

3) Vgl. Glück a. a. O. pag. 203, Einert, pag. 106 seq.

4) Ueber ihren Begriff l. 1 §. 1 de tign. ædib. junct. 47, 3.

h. t. Was aber von demjenigen, der *dolos* die Exhibition solchermassen vereitelte, am Ende des vorigen Paragraphen bemerkt ist, gilt natürlich auch hier, l. 1 §. 2 (47, 3).

§. 8.

Der Erfolg¹⁾ der *actio ad exhibendum*.

Aus der Natur der *actio ad exhibendum* als einer *actio arbitraria* folgt, dass der günstige Erfolg derselben materiell²⁾ vor Allem einen günstigen *arbitratus* voraussetzt, der von einer freiwilligen Exhibition oder einer Condemnation gefolgt ist.

Der günstige *arbitratus judicis* wird bedingt durch einen gelungenen Beweis der rechtlichen Voraussetzungen der Klage und durch das Nichtvorhandensein von tauglichen Einreden.

Wird eine Voraussetzung der Klage bestritten, so muss sie bewiesen werden; aber dieser Beweis muss nicht ein vollständiger sein, sondern trägt die Natur einer Bescheinigung³⁾ an sich, worüber der Richter summarisch cognoscirt l. 3 §. 9 h. t. Denn durch die Exhibition geht kein Recht verloren, wenn man wirklich eines hat, und die Kosten der Exhibition werden vom Kläger getragen. Durch Forderung eines strengen Beweises aber würde der Vor-

1) Ueber die Sicherung desselben während des Prozessverlaufes bei den dinglichen Klagen, wozu prozessualisch unsere *act. ad exhib.* gehört, eine *stipul. judic. solvi* im römischen Prozesse s. Savigny Syst. VI, pag. 27 und Wetzell, pag. 99 seq.

2) Denn prozessualisch tritt im Fall eines freiwilligen Gehorsams auf den *Arbitratus Absolutio* ein.

3) „dicere et ostendere debet“ l. 3 §. 1 h. t. a. Keller in seinen Vorlesungen.

theil der Exhibition wesentlich gemindert. Diese Bescheinigung muss neben dem Interesse besonders auch auf die *justa causa* sich beziehen, also auf den Rechtsanspruch, dessen Hemmung durch die Exhibition beseitigt werden soll.

Die zweite Bedingung eines günstigen *arbitratus* ist das Nichtvorhandensein von tauglichen Einreden, die dem Beklagten zur Seite stehen. Die Einreden können sich beziehen entweder auf die der Klage zu Grunde liegende *justa causa*, die daher auch bei dem *directum judicium* wieder geltend gemacht werden können, oder lediglich auf die geforderte Exhibition, die bei *directum judicium* nicht mehr in die Waagschaale fallen können. Der Natur der Sache entsprechend ist es nun, dass jene nur in *judic. exhibit.* berücksichtigt werden, wenn sie *liquid* sind, diese aber unter allen Umständen. So denn auch l. 3 §. 13 ¹⁾. Zu den letztern können Stoff geben, z. B. ein *pactum*, dass man nicht auf Exhibition klagen wolle; ein *Dolus*, indem z. B. der Kläger lediglich deshalb die *actio ad exhibendum* anstellt, weil er hofft, vom Beklagten einen Vortheil zu erlangen, oder wenn der Kläger den Beklagten selbst zum dolosen Besitzaufgeben hinterlistig verleitet hatte u. s. f., ein Eid, den der Beklagte in *jure* geschworen, dahin gehend, dass er zur Exhibition nicht verpflichtet sei oder die Sache nicht mehr besitze, weil sie durch Zufall zu Grunde gegangen; eine *res judicata*, wenn bereits früher das Exhibitionsbegehren unter denselben Personen aus demselben Grunde

¹⁾ S. a. Einert pag. 140 seq. Donnellus, pag. 83, sieht den Grund, warum die in l. cit. aufgeführten Einreden unter allen Umständen berücksichtigt werden müssen, darin, dass sie *ex facto actoris nascuntur, quæ auctori suo perpetuo nocere debent*. Dieser Grund ist durchaus unstichhaltig, indem dann noch viele andere Einreden zur Sprache kämen. Ebenso auch Glück a. a. O. pag. 201; über andere Ansichten ebendieselbe pag. 202.

und mit Bezug auf dieselbe Sache abgewiesen worden war, l. 12 §. 2 D. h. t., l. 3 cod. h. t.; eine Klagenverjährung, wenn seit der Nativität derselben Klage, die angestellt wird, 30 Jahre verflossen sind ¹⁾ u. s. f.

Die entwickelte Theorie gilt von allen Fällen der actio ad exhibendum, wenn die *Exhibition selbst möglich ist* und die Unterscheidungen Einert's pag. 140 seq. und 202 seq. scheinen uns durchaus ungerechtfertigt. Denn entweder bestreitet der Beklagte das nach Anstellung der actio ad exhibendum zu verfolgende Recht und dann kommt es zu einem judicium directum, wo er seine illiquiden Einreden vorbringen kann, oder er legt sich selbst kein eigenes die Ausübung des Rechtes des Klägers modificirendes Recht bei und bestreitet auch die Existenz des klägerischen Hauptanspruches nicht; dann hat er auch andere als lediglich auf die Exhibition bezügliche Einreden nicht vorzubringen. Der Natur der Sache nach, worauf auch einige Andeutungen hinzeigen, muss jedoch dann von der entwickelten Theorie eine Ausnahme aufgestellt werden. Diess ist der Fall, wenn die Lage der Dinge so beschaffen ist, dass die *Exhibition selbst nicht möglich ist*, sondern anstatt derselben eine Geldentschädigung geleistet werden soll. Dann ist eine eigentliche Condemnatio, ein sehr präjudicirliches Endurtheil nöthig, und das kann gewiss nicht anders als auf vollständigen Beweis hin und nach Anhören auch der auf den Hauptrechtsanspruch bezüglichen Einreden ausgefällt werden. S. l. 3 §. 9 h. t., wo es nicht heisst: et sic condemna vel absolve, sondern et sic jubere vel exhibere vel non, also die einleitende Verfügung im Auge gehalten ist und l. 3 §. 13, wo es heisst: differendam

¹⁾ Die actio ist nata, sobald das rechtliche Interesse vorhanden; bei tigna ædibus juncta beim Aufhören der Verbindung mit dem Haus,

in *directum iudicium*; wenn aber kein *directum iudicium* vorkommt, so kann nicht in *directum iudicium* verschoben werden¹⁾.

Mehr als das oberhalb Angeführte ist zu einer günstigen *Pronuntiatio* nicht nöthig, namentlich weder die Fortdauer des Interesse's, noch des Besitzes auf Seite des Beklagten, weil der Ausspruch ob schuldig, wie bei den *iudicia* auf den Zeitpunkt der *Litiscontestatio* dirigirt wurde, l. 23 de *iudic.* 5, 1, Keller a. a. O. p. 291 not. 801. Aber eine günstige *Pronuntiatio* zieht noch nicht einen günstigen Erfolg der *actio ad exhibendum* nach sich, wesshalb der Verlauf des Prozesses noch ferner ins Auge zu fassen ist.

Der *Exhibitionsbefehl* legt dem Beklagten auf entweder darzuthun, dass er den Besitz schuldlos verloren, dass der Kläger kein Interesse mehr an der *Exhibition* habe u. s. f., oder aber innerhalb einer gestellten Frist die *Exhibition* vorzunehmen. Durch die im Hintergrund stehende ungünstige Geldcondemnation und andere Nachtheile²⁾ bewogen, wird in den meisten Fällen der Beklagte gehorsam zu Willen geworden sein oder durch ein sonstiges Uebereinkommen mit dem Kläger, sich die Zustimmung desselben zur Absolution verschafft haben, cf. l. 20 §. 1; l. 14 de *dolo.* Hiebei entsteht aber die wichtige Frage, wie und wo muss der Beklagte exhibiren. Die Frage nach dem Umfang der *Exhibition* behandeln l. 9, §§. 5, 6, 7, 8 D. h. t. Vor Allem gilt auch hier der allgemeine Prozessgrundsatz: es muss exhibirt werden, wie die Lage der Dinge zur Zeit der *Litiscontestatio* war: quan-

¹⁾ Siehe der Hauptursache nach auch Savigny in seiner Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VI. p. 236.

²⁾ S. a. Keller p. 287 u. 288.

tum autem ad hanc actionem attinet, exhibere est in eadem causa præstare, in qua fuit, quum iudicium acciperetur, ut quis copiam rei habens possit exequi actionem quam destinabit, in nulla causa¹⁾, quam intendit læsa, quamvis non de restituendo sed de exhibendo agatur. Die Aufhebung einer inzwischen eingetretenen Usucapio, wobei auch der Prätor durch Ertheilung einer nach der von den Parteien vereinbarten Formula gebildeten actio fictitia mitwirken musste l. 9 §. 6 und 7 D. h. t. konnte nur dann im Begriff der Exhibition liegen, wenn diese dadurch eine nichtssagende würde, z. B. wenn die actio ad exhibendum zum Zweck der Präparation einer rei vindicatio ange stellt wurde. Hat der Kläger dasselbe Interesse, auch die Früchte und Accessionen exhibirt zu sehen, so müssen natürlich auch diese mit der Hauptsache exhibirt werden. Diess wird in den meisten Fällen vorhanden sein, besonders aber wenn der Kläger mit der actio ad exhibendum unmittelbar seinen Endzweck zu erreichen hofft²⁾ l. 9 §. 7 D. h. t. und §. 3 J. de offic. judic., aber auch unter Umständen bei der Präparatio der rei vindicatio, z. B. um Unterschlagung von Früchten zu verhindern; und bei der Optio eines Legates, da die bereits vorhandenen Früchte bedeutend auf die Wahl einwirken können. Ist durch eine verschuldete zu späte Exhibition ein Vorthail entgangen, so verlangt der juristische Begriff der Exhibition, dass eine das Interesse umfassende Geldsumme zugesetzt werde l. 9 §. ult. D. h. t. Dagegen schliesst Deterioration des Exhibitionsgegenstandes den Begriff der Exhibition nicht aus; eine actio in factum aber steht dem Kläger zu, wenn ihm durch die Verschlechterung der Sache ein Schaden erwachsen

¹⁾ Ueber die verschiedenen Lesearten, Glück p. 149.

²⁾ S. unten.

ist l. 17 D. h. t., l. 7 cod. h. t., s. auch Wetzell a. a. O. p. 27. Wenn der Beklagte das Recht des Klägers an der Sache, die er inne hat, nicht bestreitet, noch ein eigenes dessen Ausführung modificirendes Recht behauptet, so erfolgt nach der Exhibition Ueberlassung der Sache und Erreichung des Hauptzweckes: Realisirung des vorher gehemmten Rechtsanspruches, indem der Beklagte die *thatsächliche* Anerkennung des Rechtes, das er mit Worten nicht bestreitet, nicht verweigern darf. In diesem Fall erreicht die *actio ad exhibendum* den Zweck einer *rei vindicatio*¹⁾, einer *actio pignoratitia*, einer Besitzesklage²⁾ etc.

Die Exhibition muss in der Regel an dem Ort geschehen, wo die Sache zur Zeit der Litiscontestation sich befindet l. 11 §. 1 D. h. t.; bei Immobilien ist diess zugleich die einzige Möglichkeit. Bisweilen, namentlich bei der Präparation einer Klage und wenn es überhaupt dem Arbitrer zweckmässig erscheint, muss die Sache vor Gericht exhibirt werden l. 2 D. h. t. l. 11 §. 1. Jedoch trägt der Kläger die Kosten der Exhibition; sie können zuweilen bedeutend sein cf. z. B. l. 3 D. de publicanis 39,4. Nur wo der Beklagte *dolos* die Sache entfernt oder mit einer andern verbunden hat, trägt er selbst die Kosten der Exhibition l. 11 §. 1 D. cit. Der Kläger muss aber überdiess Caution leisten wegen allfällig verursachten (z. B. beim Herüberfallen des zu exhibirenden Gegenstandes) oder zukünftigen Schadens l. 9 §. 3 de damno inf. l. 15 §. 4 D. h. t., s. a. Seuffert Archiv IV Nro. 11, und die einmal gewährte Exhibition vollständig benutzen, damit die Angelegenheit dem Beklagten so wenig als möglich lästig werde, l. 5 §. 3 D. h. t., l. 7. §. 2, l. 9 §. 2 D. de damn.

¹⁾ S. l. 5 §. 2 seq., l. 9 §. 7, l. 15.

²⁾ L. 3 §. 12, l. 5 §. 1 und Linde's Zeitschrift XIII p. 236.

infect. Gegründete Rechte des Beklagten an der Sache sollen durch die Exhibition nicht verletzt werden, daher bleibt z. B. der in possessionem missus in seiner Detention, wenn auch das durch die Exhibition zu verfolgende Recht des Klägers nicht bestritten wird l. 5. §. 1 D. h. t.

Exhibirte nun aber der Beklagte nicht auf die angeführte Weise, so blieb ihm noch die andere oben angeführte Alternative, nämlich das Recht darzuthun, dass das rechtliche Interesse zur Zeit nicht mehr vorhanden l. 7 §. 7, oder die facultas exhibendi schuldloser Weise verloren gegangen l. 7 §. 5 D. h. t. Ist sie nur theilweise verloren gegangen, so muss exhibirt werden soweit sie sich noch erstreckt l. 11 §. ult. D. h. t. Wenn die Exhibition schuldloser Weise zwar nicht ganz aber doch innerhalb der höchstens bis zum Ablauf der Prozessverjährung zu verlängernden Exhibitionfrist unmöglich ist, so dient eine cautio de exhib. zur Aushilfe §. 1 J. 3, 18, l. 5 §. 6 D. h. t. Diess ist z. B. der Fall, wenn der Sklave, dessen Exhibition verlangt wird, auf der Flucht begriffen ist, oder die zu exhibirenden Sachen durch einen abwesenden Haussohn besessen werden l. 5 §. 6 D. h. t., l. 12 §. 5 D. eod. Wann aber ist das Verlieren der facultas exhibendi nicht schuldlos? Wenn der Besitzverlust eine Folge des Dolus oder einer culpa des Beklagten nach der Litiscontestatio ist ¹⁾. Denn die obligatorische Natur des Letztern verpflichtet den Beklagten, die Sache mit grösster Sorgfalt zu verwalten s. l. 12 §. 4 D. h. t. Ja sogar, wenn der Untergang der Sache ²⁾ nur Folge eines Zufalls ist, so findet sich auch bei unserer Klage unter Umständen eine Unent-

¹⁾ Vom dolus praeteritus, s. schon §. 6 gegen das Ende.

²⁾ Nicht aber ein anderer Besitzverlust. Römer »das Erlöschen des klägerischen Rechts« p. 69.

schuldbarkeit ausgesprochen, jedoch ohne nähere Angabe jener Umstände in l. 12 §. 4 D. h. t. Ohne Zweifel sind aber die Bedingungen der Haftpflicht dieselben wie bei der rei vindicatio: also entweder unredlicher Besitz¹⁾ des Beklagten oder Mora desselben²⁾. Das Dasein Beider ist quæstio facti³⁾. Die Mora ist auch bei der actio ad exhib. bald anzunehmen schon vor der Litiscontestation, bald erst bei der aussergerichtlichen Aufforderung, bald später, im äussersten Fall freilich mit der Verweigerung des Gehorsams auf den Exhibitionsbefehl, Savigny Syst. p. 34 u. 35. Jedoch befreit den Beklagten in den meisten Fällen von der Haftpflicht der Nachweis, dass die Sache, auch wenn sie rechtzeitig exhibirt worden wären, doch zu Grunde gegangen und auch vom Kläger nicht verkauft sein würde; nicht aber immer, so z. B. dann nicht, wenn der Kläger nur an einem momentanen Sehen des Gegenstandes Interesse hatte. Mit der angenommenen Haftpflicht des Beklagten für casus scheint im Widerspruch zu stehen l. 7 §. 5 D. h. t.; diess kann jedoch um so weniger angenommen werden, als derselbe Ulpian in l. 15 §. 3 de rei vindicatione unsere entwickelte Theorie aufstellt. Desshalb muss entweder das Wörtchen quamvis in l. 7 cit. die Bedeutung von nisi haben, wie auch in l. 2. §. 2 D. de præst. stip. 46, 5, l. 75 §. 6 de V. O.⁴⁾, oder die Stelle ist lediglich auf den eigentlichen Besitzverlust ohne Untergang der Sache zu beziehen, wie Wächter

1) Dagegen freilich Wächter 13. Erörterung p. 132.

2) Es liegt in den Wörtern tanto magis nichts als eine besondere Bekräftigung des Ausspruches für den hier bezeichneten Fall. Savigny Syst. VI p. 193.

3) Siehe Wächter Erörterungen, Heft 3 p. 106 u. 108.

4) S. diese Erklärung bei Cujacius Recit. solem. ad l. 7. §. si quis. Noodt a. a. O. II. p. 248 a. Die Uebersetzung wäre dann: obwohl es der Fall sein kann, dass u. s. w.

13. Erörterung p. 127 not. 83 und Römer a. a. O. p. 68 annehmen. Die Erklärung Einert's von l. 7. cit. geht von einer unbewiesenen Voraussetzung aus, nämlich von der Annahme, dass sich diese Stelle lediglich auf seine dritte Species, ut excludatur, separetur beziehe und dass wegen eines gewissen Odium, welches dieser Species anlebe, die Lage des mörosen Schuldners eine bessere gewesen sei. S. Einert p. 223.

Unterbleibt nun die Exhibition, weil der Beklagte entweder verschuldetermassen nicht exhibiren kann oder nicht will, so tritt eine eigentliche Condemnation, oder im neuen Recht ¹⁾ beim letztern Fall, wenn der Kläger es vorzog, eine zwangsweise Execution des Exhibitionsbefehls ein l. 68 de R. V.

Die Condemnatio muss in das Interesse geschehen, das der Kläger an der Exhibition hätte. Dieses Interesse fällt natürlich durchaus nicht immer zusammen mit dem Werthe des zu exhibirenden Gegenstandes: bald wird es grösser, bald geringer sein, als dieser, l. 9 §. 7 D. h. t. Es ist z. B. grösser, wenn Urkunden exhibirt werden müssen, wenn ein Sklave seine Mitschuldigen angeben soll, auch wenn wegen Nichtexhibition eines Sklaven die Erbschaft verloren gegangen ist, l. 11 pr. D. h. t. u. s. f.; dagegen kleiner, wenn eine ganze Sklavenfamilie nur Eines schuldigen Sklaven wegen vorgestellt werden soll, wenn die Exhibition einer gestohlenen Sache verlangt wird, um die actio furti anzustellen, l. 7 §. 1 D. 13, 1, wenn die actio ad exhibendum zum Zwecke einer Optio angestellt wird u. s. f. Im letztern Falle ist das Interesse nur gleich dem Werthe einer

¹⁾ Darüber dass es im ältern Recht nicht so war, s. gegen eine abweichende Meinung Wetzell a. a. O. p. 121. Savigny Syst. V. p. 123.

der zu exhibirenden Sachen, wenn durch die verzögerte Exhibition die Frist zur Wahl (l. 10, l. 6 D. de opt. et elect. leg.) verstrich und bloss die Differenz zwischen der gewählten und einer bessern Sache, wenn die Wahl ohne Exhibition geschah. Würde die Exhibition den Zweck der Restitution erreicht haben, so ist das Interesse gleich dem Interesse wegen nicht erfolgter Restitution; ebenso, wenn durch die Nichtexhibition die Hauptklage verloren gegangen ist; doch wird wohl auf die grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit ihres Erfolges Rücksicht genommen werden müssen.

Uebrigens wird das Interesse durch das *juramentum in litem* des Klägers liquidirt *judice quantitate taxante*¹⁾ l. 3 §. 2 D. h. t. und l. 1 D. in lit. jur., wenn die Nothwendigkeit einer Schätzung Folge eines Dolus oder der Contumacia ist. Der Richter ist aber der Natur des Schätzungseides als eines Beweises gemäss daran nicht gebunden, l. 5 §. 2 D. de in lit. jur., und wenn lediglich eine culpa der Grund der Nichtexhibition ist, taxirt der Richter selbst.

§. 9.

Die actio ad exhibendum und ähnliche exhibitorische und restitutorische Rechtsmittel.

Wir haben im Bisherigen das Wesen, die Voraussetzungen und Wirkungen der actio ad exhibendum dargestellt; wir haben ihre Anwendungssphäre so gross gefunden, dass man glauben sollte, sie genüge für alle derartigen Bedürf-

¹⁾ Eine weitläufige Widerlegung der Ansicht Faber's, dass die Worte *judice taxante* eine Tribon. Emblem sei, s. bei Einert pag. 128 seq.

nisse. Und doch finden sich noch andere exhibitorische Rechtsmittel; warum diess und wie gränzen sie sich gegen die *actio ad exhibendum* ab?

Auf der andern Seite sind uns verschiedene Fälle der Anwendbarkeit unserer Klage vorgekommen, in denen uns dieselbe insofern als überflüssig erscheinen könnte, als man denselben Zweck mit den viel näher liegenden Hauptklagen erreichen zu können glauben sollte. Welches ist nun das praktische Verhältniss unserer Klage zu diesen Hauptklagen? Diese beiden Punkte sollen jetzt noch kurz erörtert werden.

In ersterer Beziehung haben wir besonders einzelne *Interdicte* hervorzuheben, welche denselben Zweck wie die *actio ad exhibendum* zu haben scheinen, nämlich die *interd. de tab. exhib.*, *de lib. exhib.*, *de libert. exhib.*, *de lib. hom. exhib.*, wenn die Exhibition einen präparatorischen Zweck hat, und die *interd. de glande legenda*, *propter Tiberis inund.* und *de thesauro effodiendo*, wenn es sich um Beseitigung des der Ausübung eines Rechtes entgegenstehenden *Jus prohibendi* handelt. Im Allgemeinen ist zu bemerken, dass, wo eine Concurrenz dieser Rechtsmittel mit der *actio ad exhibendum* stattfindet, die *Interdicte* wegen des Strafbefehls die Sache weit häufiger zu Ende bringen, dass aber ihre Verjährungszeit sehr kurz ist; ihre Einführung neben der *actio ad exhibendum* aber ist dem Umstand zuzuschreiben, dass bei den angeführten Fällen, auf welche die *Interdicte* beschränkt sind, privatrechtliches Interesse so sehr mit polizeilichem gemischt war¹⁾. Im neuesten römischen Rechte haben jene Unterschiede durch das materielle Hinüberwachsen der *Interdicte* in entsprechende Klagen keinen Werth mehr. Im Einzelnen noch Folgendes:

1) S. a. Bethmann-Hollweg Civilprozess pag. 387.

Das Verhältniss der *actio ad exhibendum* und der *Interdicta de tab. exhib.* behandeln l. 3 §. 8 D. h. t., l. 3 §. 5 und 10 D. de tab. exhib., l. 3 D. testam. quem. aper. Wenn eine Testaments-Urkunde lediglich des Einsehens wegen verlangt wird, so konnte derjenige, der aus der Urkunde etwas zu erwarten hat, l. 3 §. 10 D. de tab. exhib. den Strafbefehl in Anspruch nehmen, wesshalb er nicht die *actio ad exhibendum* anstellen wird; er konnte aber ohne Zweifel auch Letzteres thun.

Die *Interdicta de lib. und libert. exhib.*¹⁾ präparirten die *Interdicta de liberis und libertis ducendis*. Sie concurrirten mit der *actio ad exhibendum*, wie wir aus l. 12 pr. D. h. t. ausdrücklich ersehen; war das annus utilis noch nicht abgelaufen, so wird der Kläger die *Interdicta* gewählt haben, sonst musste er zur *actio ad exhibendum* seine Zuflucht nehmen.

Ueber das Verhältniss des *Interdicts de lib. hom. exhib.* s. oben gegen das Ende.

Ueber das Verhältniss der *actio ad exhibendum* zum *Interdictum de glande leg.* spricht Ulpian in l. 9 §. 50 h. t.: Das *Interdict* bezweckt die Erlaubniss, je am dritten Tage unter einen benachbarten Baum gehen zu dürfen, um aufzulesen, wenn der Herbst da ist, sollte auch nichts gefallen sein. Bei der *actio ad exhibendum* muss eine Bescheinigung des Vorhandenseins der Früchte geleistet werden; die *actio* steht auch zu gegen den *dolos Consumirenden*, das *Interdictum* nur gegen den Nachbar, und ist unnütz, wenn die Früchte bereits weggekommen sind. Endlich ist das *Interdictum* auf die Zeit des Herbstes beschränkt.

Das *Interdictum propter Tiberis inundationem* l. 9 §. 1

¹⁾ Ihre Gleichstellung s. in l. 2 §. 1 D. 43, 1. §. 1 J. de interd. 4, 15.

D. 39, 2 concurrirt in dem einen Falle, wenn die Sachen noch vorhanden sind, mit der actio ad exhibendum l. 5 §. 4 D. h. t., war aber wegen des Strafbefehls günstiger. Ebenso das Interdictum de thesauro effodiendo.

Betreffend den zweiten Punkt, das Verhältniss zu den Hauptklagen, ist Folgendes zu erinnern: Wo die Hauptklage concurrirt, und diess ist unterm Anderm der Fall in den Fällen der l. 5 §. 2 seq.¹⁾ und in andern mehr, ist die Prozessführung mit der actio ad exhibendum leichter und sicherer, weil nur eine Bescheinigung und oft mühsame und kostspielige Beweisführungen erspart und überflüssige Umwege beseitigt werden. Gegenüber den persönlichen Hauptklagen hat sie überdiess noch den Vortheil, dass sie gegen Dritte geht.

§. 10.

Heutige Anwendbarkeit der actio ad exhibendum.

Es lässt sich nicht leugnen, dass die actio ad exhibendum, deren usus quotidianus die römischen Juristen bezeugen, heutzutage sehr viel von ihrer praktischen Bedeutung verloren hat.

In den Ländern des gemeinen Rechts ist das materielle Recht der actio ad exhibendum noch ganz praktisch²⁾; in prozessualischer Beziehung jedoch ist mit dem Verschwinden der actio arbitraria das aus ihrer Qualität als actio ar-

¹⁾ Es ist gewiss nicht richtig, wenn Koch a. a. O. pag. 123 bei zufälligem Gelangen einer Sache in fremden Gewahrsam das Dasein eines materiellen Klagerechtes ausser unserer actio leugnet.

²⁾ S. a. Sintenis prakt. Civilrecht II, pag. 786 seq., Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands IV, pag. 10.

bitraria entspringende Eigenthümliche mit Ausnahme des Juramentum in litem unpraktisch¹⁾. Aber die Theorie des römischen Rechtes über die wahre Exhibition gewährt den Vorthail, dass wir daraus lernen, worauf die Verurtheilung gerichtet werden muss, wenn es zu einer solchen kommt. Savigny a. a. O. VI, pag. 50. Die Praktiker lassen eine Cumulation mit der Hauptklage²⁾ oder eine blossе Im-
ploration zu³⁾.

In den Ländern der Codification ist die Bedeutung der actio ad exhibendum meistens viel geringer, theils weil sich bei veränderten Rechtssätzen das Bedürfniss in man-
chen Fällen der Anwendung der actio ad exhibendum im römischen Rechte ganz verloren hat, z. B. im französischen Rechte die Præparatio der Vindicatio von Mobilien, in an-
dern Rechten die Exhibition von herüber gefallenem Obst, theils weil das Bedürfniss auf eine andere, wenn auch un-
förmliche Art befriedigt wird⁴⁾. Im Einzelnen: Das bür-
gerliche Gesetzbuch von *Oesterreich* hat unser Rechtsmittel, welches noch in das westgalizische Gesetzbuch aufgenom-
men worden war, fallen gelassen, insofern es zur Vorberei-
tung einer rei vindicatio diente, weil man es für eine Un-
zukömmlichkeit ansah, dass der Besitzer einer Sache ge-
zwungen werden solle, seinem Gegner selbst die Waffen in
die Hände zu liefern; siehe Zeiller Commentar zu öst-
reichischen Gesetzbüchern II, pag. 142 u. 143⁵⁾. Allein
mit Recht bemerkt Unger⁶⁾: Es scheint doch, dass man

1) Savigny Syst. V, pag. 145.

2) Gröllmann Theorie im gerichtlichen Verfahren §. 167.

3) Schmidt, Lehrbuch der Klagen und Einreden §. 13 seq.

4) Das Motiv der actio ad exhibendum findet sich bei allen
neuern Gesetzbüchern in der Urkundenvorzeigung.

5) Aehnlich dem Motive zum neuen sächsischen Gesetzbuch p. 84.

6) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für Sachsen pag. 200.

mit dieser Argumentation, sowie in dem Streben nach materieller Gleichheit zu weit gegangen sei; denn durch das Vorzeigen der streitigen Sache wird nur das Streitobject gesichert, am Rechte selbst aber und an dem Beweise des Eigenthums auf jenes Object nicht das Mindeste geändert. Durch die *actio ad exhibendum* werden überflüssige Umwege beseitigt und oft kostspielige und mühsame Beweisführungen, welche auf das Eigenthumsrecht selbst von gar keinem Einflusse sind, abgeschnitten. So viel scheint uns daher sicher, dass die Gleichstellung allein kein hinreichender Grund ist, jenes praktische Rechtsmittel, das die römischen Juristen, denen Takt für die gleiche Behandlung beider Parteien sicher nicht fehlte, so sehr preisen, in Wegfall zu bringen.

Die *actio ad exhibendum* zur Sicherung gegen Verschlechterung während des Prozesses wird durch die Sequestration ersetzt (G.-O. §. 293, Zeiller a. a. O. pag. 143 not.). Das Bedürfniss der Trennung bei der Vindication eines Theils einer Sache, welches im römischen Rechte durch die *actio ad exhibendum* befriedigt wird, existirt auch im österreichischen Rechte §§. 414 und 415 und Stubenrauch, das bürgerliche Gesetzbuch von Oesterreich I, pag. 739, aber der Richter erkennt auf Trennung ohne besondere Klage bei der *rei vindicatio*, da der österreichische Gesetzgeber in seiner römischen Auffassung eine Subtilität sah (Zeiller a. a. O. pag. 144 not.). Die Klage auf Entscheidung der §§. 416 und 417 ist nichts Anderes, als die römische *actio ad exhibendum* gegen das *dolo malo possid. desinens*. Endlich die *actio ad exhibendum optionis causa* wird „nach der Natur der Sache“ zugelassen (Zeiller a. a. O. pag. 144 not.) und so wird wohl in manchen andern Fällen die Praxis einen Vorzeigungsanspruch „nach der Natur der Sache“ begründet finden.

Auch das preussische Landrecht erwähnt unserer Klage nicht ausdrücklich; Koch a. a. O. p. 122 bemerkt: in der preussischen Gerichtspraxis ist das Bedürfniss dieses Rechtsmittels nur selten, denn man hilft sich gewöhnlich mit der Hauptklage allein, selbst in Fällen, wo die Exhibition vorher wenigstens sehr nützlich, wenn nicht nothwendig wäre, wie z. B. bei einem Vermächtniss der Wahl, indem man hier sehr unpraktisch die Anstellung der Wahl oder die Bestimmung des Interesse's in der Executionsinstanz zu verweisen pflegt, wo man mitunter auf Schwierigkeiten kommt, die man so gut oder übel es gehen will, zuweilen etwas unförmlich zu überwinden sucht oder auch wohl unerledigt lässt. Aber weniger als selten ist der Gebrauch davon keineswegs, namentlich wird sie bei der *actio ad exhibendum* angewendet in den Fällen, wenn Jemand durch Zufall eine Sache in seinen Gewahrsam bekommen hat, bei Auslieferung von nach §. 289 h. t. abgehauenen Aesten.

Das französische Recht kennt die *actio ad exhibendum* nicht. Das Bedürfniss derselben zur Präparation des *rei vindicatio* von Mobilien fällt weg, weil in der Regel bei Mobilien eine Vindication ausgeschlossen ist. Auch das französische Recht Art. 568 und 573, übereinstimmend mit dem preussischen und österreichischen, verlangt Trennung bei der Vindication des Theiles einer fremden Sache, aber eine besonders auf Trennung gerichtete Vorklage gibt es nicht. Baurittel, Handbuch des badischen Rechts I, p. 1512. In den Fällen, wo die Exhibition unentbehrlich ist, wird die Praxis nachhelfen.

Dagegen behandelt das bayer'sche Landrecht die *actio ad exhibendum* Thl. II, Cap. II §. 12 pr. und Nr. I seq. und II Cap. III §. 16 wesentlich in römisch rechtlicher Gestalt, s. Krüll Handbuch des bayer'schen Rechts II p. 64.

Von den schweizerischen Gesetzbüchern erwähnt meines Wissens nur das Zürcherische Gesetzbuch der actio ad exhibendum, das aber auch seiner Vollständigkeit wegen allen Uebrigen zum Vorbild dienen könnte, s. die §§. 1816 — 1822. In den übrigen Kantonen wird man sich zur Begründung der Exhibitionspflicht in Fällen, wo die Exhibition einer Sache sehr nothwendig zur Realisirung eines Rechtsanspruches ist, „auf die Billigkeit und das natürliche Recht“ berufen.

Thesen.

1. Wo der Grundsatz Platz greift: errantis nulla est voluntas, kommt es auf Entschuldbarkeit des Irrthums nichts an.
 2. Die Zeit der Verpfändung ist auch bei der Verpfändung einer res debita an Mehrere für die Priorität massgebend.
 3. An den Papieren auf dem Innehaber ist die Vindication in gewöhnlichem Umfange statthaft.
 4. Die Verjährung der Verbrechen lässt sich nur historisch erklären.
 5. Nach luzernerischem Rechte ist die Tödtung eines Einwilligenden straflos.
 6. Ein strafrechtliches Urtheil bildet im Civilprozeesse keinen Beweis.
 7. Oeffentlich-mündliches Verfahren ohne Beweistheorie im Strafprozeesse ist ohne Geschworne verwerflich.
 8. Die Ministri des hl. Sacraments der Ehe sind die beiden Ehegatten.
 9. Auch der Verkehr mit Staatspapieren kann productiv sein.
 10. Der Bund ist nicht befugt, durch Staatsverträge mit dem Ausland die Kantone in einer Sphäre zu binden, in der ihm auch keine gesetzgebende Gewalt zusteht.
-

