

**Querela**  
**non numeratae pecuniae,**

nach gemeinem und kurländischem Rechte.

Von

**Otto Brunnow,**

Candidaten der Rechte,  
aus Kurland.

---

**Mitau,**

gedruckt in der kurländischen Gouvernements-*Typographie.*

1857.

## § 1.

### **Begriff und ratio** der querela non numeratae pecuniae.

Querela non numeratae pecuniae, ein Erzeugniß römischen Constitutionen-Rechts, <sup>1)</sup> bezeichnet im Allgemeinen <sup>2)</sup> ein Rechtsmittel, das in prozessualischer Hinsicht drei verschiedene Formen: als *condictio sine causa*, als *exceptio non numeratae pecuniae* und endlich als *constestatio* annehmen kann.

Dieses Rechtsmittel bietet da, wo es stattfindet, dem dasselbe Gebrauchenden eine wirksame Waffe wider das eigene Geständniß, welches in einem schriftlichen Empfangsbekennniß, sei es zum Zweck der Entstehung oder der Aufhebung von rechtlichen Verpflichtungen, ausgesprochen ist. Denn hier wird ausnahmsweise, zuwider den allgemeinen Prozeß-Bestimmungen über Kraft der Urkunden, dem in einem solchen Documente liegenden Geständniß aller Beweis entzogen.

---

<sup>1)</sup> Die auch schon bei den classischen Juristen, wie bei Ulpian in l. 4. § 16. D. de doli mali et metus exceptione und l. 29. pr. D. mandati vel contra, vorkommende *exceptio non numeratae pecuniae* ist nur eine in *factum* cencipirte *doli mali exceptio* wider die formell bindende Kraft der *stipulatio*, und wenn auch historisch verwandt, so doch keinesweges zusammenfallend mit der *querela n. n. p.* des neueren Rechts, von der sie sich, besonders hinsichtlich der Beweislast, wesentlich unterscheidet. — Vgl. noch Gneist, die formellen Verträge des neueren römischen Obligationen-Rechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts. 1845. Abth. III. § 3 und § 4.

<sup>2)</sup> Gneist am a. D. Abth. I. § 8.

Der Grund für diese auffallende und eigenthümliche Bestimmung ist weder in dem Constitutionen-Titel „de non numerata pecunia“, noch sonst wo im römischen Gesetzbuch ausdrücklich angegeben, ein Mangel, der sich leicht schon dadurch erklärt, daß Festsetzung und Ausbildung dieser Quereel fast nur auf Rescripten beruhen, die, auf vorangehende Anfrage erlassen, nur den einzelnen vorliegenden Fall in Berücksichtigung zogen.

Diese an dem Einzelnen haftende Natur der Rescripte, die oft mehrfacher Deutung unterliegen, macht bei dieser Quereel die Kenntniß der ratio legis überaus wünschenswerth, weil man voraussetzen kann, daß dadurch die Interpretation eine festere, bestimmtere Richtung gewinnen würde. Daher ist denn auch die Erforschung dieser ratio von dem Anfange heutiger Rechtswissenschaft bis auf die Gegenwart versucht worden. Die meisten Rechtslehrer <sup>3)</sup> finden diesen Grund theils in der Behauptung Cocceji's: <sup>4)</sup>

„quod praesumptio sit contra actorem tum propter avaritiam creditorum, tum propter indigentiam debitorum: creditor enim, qui pecuniam in potestate habet, non praesumitur nec solet ante solvere, nisi prius cautio scribatur; — . — . — et debitor indigentia pecuniae coactus facile quasvis avari creditoris condiciones admittit, et ab eo desideratam cautionem ante numerationem emittit;“

theils, wie Hugo Donell, <sup>5)</sup> in der Unmöglichkeit, eine Negative zu beweisen, und stützen diese Ansicht auf c. 10. Cod. de non numerata pecunia:

„asseveratio debitum solutum contententis temporis diuturnitate non excluditur: nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata prius evanescat, quum inter eum, qui factum asseverans onus subiit pro-

<sup>3)</sup> Unterholzner über die exceptio non numeratae pecuniae im Archiv für die civilistische Praxis. Band 7. Abhandlung 1. S. 7. — Glück's ausführliche Erläuterung der Pandecten. Buch 12. Tit. 1. § 786. S. 105.

<sup>4)</sup> Cocceji, jus civile controversum. Lib. XII. Tit. I. de rebus creditis etc. qu. XXII.

<sup>5)</sup> Hugo Donellus, Commentarii de jure civili. Lib. XIV. Cap. XXXVII. § 14.

bationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitem ejus rei necessitatem transferentem magna sit differentia.“

Bei näherer Betrachtung erscheinen aber diese beiden Gründe theils unzureichend, theils unhaltbar. Denn die Begründung Cocceji's umfaßt nicht alle Fälle, in welchen die querela n. n. p. gebraucht werden kann, indem bei Anwendung dieses Rechtsmittels wider Quittungen und in Dotal-Instrumenten enthaltene Empfangsbekanntnisse von jener avaritia creditoris und indigentia debitoris nicht die Rede sein kann.

Den zweiten, aus c. 10. Cod. de n. n. p. hergenommenen Grund aber anlangend, so hat nur eine falsche Interpretation den durch neuere Prozeßlehrer <sup>6)</sup> unbestreitbar als unwahr erwiesenen Satz, daß eine Negative nicht bewiesen werden könne, in jener Constitution der Kaiser Diocletian und Maximilian gefunden. Denn die c. 10. Cod. cit. behandelt gar nicht, wenigstens nicht ex professo, die ratio der querela n. n. p., woher auch die Worte:

„negantis numerationem naturali ratione probatio nulla est,“ nur so beiläufig gebraucht erscheinen, daß eine gewissenhafte Interpretation darin Alles eher, als eine Singularität zu suchen verpflichtet ist. Dem entsprechend erscheint es, wenn man jene Worte in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Prozeßregeln dahin erklärt:

daß die Ablegung, valuta empfangen zu haben, als negative litiscontestatio natürlich nicht erwiesen zu werden braucht, weil der Kläger zum Beweise der geschehenen Numeration, da diese zum Klagefundament gehört, verpflichtet, die Schuldurkunde aber wegen der entgegenstehenden exceptio n. n. p. kein Beweismittel ist.

Diese Erklärung hat auch den Spruchgebrauch für sich, wonach negare zur Bezeichnung der negativen litiscontestatio gebraucht wird, wie sich ergibt aus einer Verordnung derselben Kaiser Diocletian und Maximilian in c. 23. Cod. de probationibus:

<sup>6)</sup> Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Zweite Ausgabe. Halle 1832. S. 132 bis S. 166. — Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozeßes. Fünfte Ausgabe. Heidelberg 1834. § 182. Anmerkung k. —

„actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla est.“ —

Es finden sich nun aber in den Quellen viele Fragmente, aus denen zu ersehen ist, daß sowohl beim Darlehn die Aushändigung des Schuldscheins an den künftigen Gläubiger vor Empfang der valuta, als in Dotal-Instrumenten die Bescheinigung, eine dos, die erst versprochen war, schon erhalten zu haben, häufig vorgekommen sei.

So Gajus lib. IV. Inst. § 116:

„si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim;“ etc.

Paulus in l. 30. D. de rebus creditis:

„qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat;“

und in l. 4. D. quae res pignori etc.:

„Titius quum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavet ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit, deinde, postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam;“ etc.

Ulpianus in l. 3. § 4. D. de senatusconsulto Macedoniano:

„si a filiofamilias stipulatus sim et patrifamilias facto crediderim;“ etc.

Scaevola in l. 6. D. eodem:

„contra etiam recte dicitur, si a filiofamilias stipulatus sis, credas postea patrefamilias facto.“

Die Kaiser Severus und Antoninus in c. 1. Cod. de non numerata pecunia:

„Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam adseris;“ etc.

Der Kaiser Alexander in c. 7. Cod. eodem:

„Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est;“ etc.

Die Kaiser Diocletian und Maximilian in c. 4. Cod. de conditione ex lege:

„Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti;“ etc.

Der Kaiser Justinian in c. 3. Cod. de dote cauta non numerata:

„In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, quum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit.“

Diese Auffassung der Quellen stimmt mit der Natur der Sache überein; denn gleichzeitige Aushändigung des Empfangsdocuments und Zahlung der valuta möchte, wenn auch an sich denkbar, praktisch doch nur höchst selten realisiert werden. Der eine oder der andere Theil wird mit seiner Leistung den Anfang machen müssen; und so geschah es denn, daß, wie die Quellen bezeugen, wenigstens bei gewissen Geschäften die Aushändigung des Documents häufig der Numeration voranging. In solchem Falle mußte nun aber natürlich die sonst in dem Documente liegende Beweisraft geschwächt, sogar ganz zerstört werden. So möchte wohl in der Sitte, vor Empfang der valuta das darüber sprechende Document auszuhändigen, die ratio der querela n. n. p. zu suchen sein, und es erscheint vollkommen gerechtfertigt, wenn das Gesetz einer Urkunde, deren Inhalt in der Regel mit dem Sachverhalt nicht übereinstimmt, die Beweisraft entzogen hat.

Diese ratio paßt gleichmäßig auf alle dieser Querel unterworfenen Fälle, — beim Darlehn, bei Quittungen und bei Empfangsbekennnissen in Dotal-Instrumenten.

Behält man nur dabei im Auge, daß dieses Institut eine Singularität ist, wobei eine stricte Interpretation geboten, jede analoge Anwendung nach l. 14. D. de legibus:

„quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias;“

unterjagt wird, so fällt auch gewiß der diesem Institute zuweisen gemachte Vorwurf grundloser Willkühr, ein Vorwurf, dessen Berechtigung nicht verkannt werden kann, sobald extensiv Erklärung und analoge Ausdehnung eine Singularität des römischen Rechts zu einer allgemeinen Rechtsregel verkehren.

§ 2.

**Formen und Wirkung**

der querela non numeratae pecuniae.

Ueber die Bedeutung der querela n. n. p. herrscht unter den Rechtslehrern große Meinungsverschiedenheit. Bis zum Erscheinen der bedeutenden rechtshistorischen und exegetisch kritischen Schrift von Gneist „über die formellen Verträge des neueren römischen Obligationen-Rechts“ bestanden drei Ansichten, von denen die erste in dem Ausdrucke „querela non numeratae pecuniae“ nur die Condition des Schuldscheins, die zweite <sup>1)</sup> nur die Einrede des nicht gezahlten Geldes, die dritte <sup>2)</sup> endlich eine besondere Klage zu finden glaubte.

Gneist hat nun aber durch genaue und vollständige Uebersicht des römischen Sprachgebrauchs in Betreff des Wortes querela die Unhaltbarkeit der drei referirten Ansichten erwiesen, und gewissermaßen eine Vereinigung derselben als positives Resultat seiner Forschung gewonnen, indem darnach, wie Gneist in der angeführten Schrift Abth. I. § 8 S. 76. sich ausdrückt:

„durch queri oder querela nie bezeichnet wird ein Akt bestimmter Form, sondern jede Behauptung eines Unrechts, geschehe die Anführung vor Gericht oder anderswo, in oder außer einem Prozeß, in Civil- oder Criminal-Sachen, in einer Klage, Einrede oder Replik.“

In Anwendung dieses Resultats auf die vorliegende Frage sagt nun Gneist a. a. O. S. 78:

„querela non numeratae pecuniae ist die Bezeichnung unseres Rechtsmittels seinem Wesen und seiner Wirkung nach: exceptio non numeratae pecuniae und contestatio die technische Bezeichnung der beiden Formen desselben.“

Hat nun Gneist unwiderlegbar festgestellt, daß quellengemäß querela n. n. p. der Gattungsname dieses Rechtsmittels ist, dessen Arten besondere technische Namen führen, so scheint von Gneist unter den Formen dieser Querel die Condition des Schuldscheins vergessen zu sein, indem kein Grund vorliegt, diese als etwas besonderes neben

<sup>1)</sup> Sugo Donellus. l. c. Lib. XIV. Cap. XXXVII. § 15.

<sup>2)</sup> Glück a. a. O. Buch 12. Tit. 1. § 786. S. 144 v. S. 145.

die querela n. n. p. zu stellen; um so weniger als ja der Ausdruck querela jede Behauptung eines Unrechts, auch die in Form einer Klage gekleidete, <sup>3)</sup> umfaßt. Daher ergibt sich, daß der Ausdruck querela n. n. p. der Gattungsname eines Rechtsmittels ist, welches in drei verschiedenen Formen mit besonderen technischen Namen auftreten kann. Diese Formen sind: die Condition des Schuldscheins, die Einrede des nicht gezahlten Geldes und die, gerichtliche oder außergerichtliche Manifestation.

Alle diese Formen haben nun die gemeinsame Wirkung, daß die Beweislast auf den Inhaber des Empfangsbekennnisses gewälzt wird, der durch andere Mittel, als das in seinen Händen befindliche Document, die geschene Numeration erweisen muß. Diese Wirkung ist für die Einrede des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich bezeugt in c. 3. Cod. de n. n. p.:

„si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam, quo non impleto, absolutio sequetur;“

und c. 10. und c. 14. Cod. eodem.

Die Condition des Schuldscheins anlangend, so haben zwar einige ältere Rechtslehrer, wie auch Cujacius, dieselbe jeder Zeitbeschränkung entnommen und den Beweis des nicht gezahlten Geldes dem Condicenten anferlegt.

Diese Meinung erscheint aber in den Quellen nicht begründet, denn die c. 4. Cod. de conditione ex lege:

<sup>3)</sup> vergleiche:

l. 25. § 2. D. de probationibus:

„sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat; sin autem pro parte queritur“; etc.

l. 43. D. de religiosis:

— — — „sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de jure domini queritur, aget.“

c. 2. Cod. de his, quae vj meliune causa gesta sunt:

„quum te non solum cavisse verum etiam solvisse pecuniam confitearis, qua ratione, ut vim passus restituui, quod illatum est postules, perspicui non potest, quando verisimile non sit, ad solutionem te properasse, ommissa querela de chirographo, utpote per vim extorto, nisi et in solvendo vim te passum dicas.“

„si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti, et necdum transiisse tempus statutum vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, reddi cautionem praesidiali notione postulare potes;“

spricht doch offenbar von der *Condictio* des *Schuldscheins*, und beweist daher deutlich, daß diese nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Frist nur dann noch stattfinden soll, wenn durch *contestatio* die *querela n. n. p.* perpetuirt ist. Also existirte auch für die *Condictio* des *Schuldscheins* eine bestimmte Frist, ein *tempus statutum*. Die Beweislast ferner anlangend, so muß freilich der Kläger nach allgemeinen Prozeßregeln den Klagegrund beweisen, und die Ansicht des *Cujacius*, wonach der *Condicens* zum Beweise der nicht erfolgten Numeration verpflichtet ist, wäre somit vollkommen richtig, wenn hier keine *praesumptio juris* dem Kläger zur Seite stände. Da nun aber die Gesetze unter gewissen Bedingungen wider die Wahrheit einer Empfangsurkunde eine *praesumptio juris* hingestellt haben, so braucht der *Condicens* doch nur zu beweisen, daß gegen das in den Händen seines Gegners befindliche Document eine solche *praesumptio juris* streite. Dieses geschieht, sobald Kläger darthut, daß jene Urkunde die Bedingungen, unter denen die *querela n. n. p.* stattfindet, in sich enthält. Dann ist aber der *Condicens* von jedem weiteren Beweise namentlich dem der nicht erfolgten Numeration befreit, weil eben dafür die *praesumptio juris* spricht.

Dieses Resultat möchte wohl auch in der Fassung der *c. 7. Cod. de n. n. p.* eine Bestätigung finden.

Diese Konstitution lautet:

„si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per conditionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.“

Die Zusammenstellung der Rückforderung des *Schuldscheins* mit der Einrede des nicht gezahlten Geldes in dieser Konstitution läßt vermuthen, daß für beide Formen dieselben Grundsätze gegolten haben, da entgegengesetzten Falles eine Erwähnung dessen, daß bei *condictio* des *Schuldscheins* der Beweis nicht erhaltener *valuta* vom *Condicens* zu führen sei, süglich nicht hätte unterbleiben können.

So hat denn bei dieser Querel sowohl die *Condictio* als die Einrede dieselbe Wirkung; und es bedarf nur noch die dritte Form der *querela n. n. p.*, die Manifestation, einer näheren Erwähnung. Diese ist ein *Privatact*, und heißt in den Quellen *denunciatio, contestatio*. In der *c. 14. § 4. Cod. de n. n. p.* wird dieser Act ausführlich beschrieben. Darnach soll dem Inhaber des Empfangsbekanntnisses noch innerhalb der gesetzlichen Frist schriftlich erklärt werden, man habe dasjenige, dessen Empfang bescheinigt worden, nicht erhalten. Ist aber der Inhaber der Urkunde nicht anwesend, oder hat es sonst besondere Schwierigkeiten, eine solche Erklärung ihm zukommen zu lassen, so wird eine gerichtliche Protestation gestattet, die seit der *Novelle 100* gleichfalls der schriftlichen Form bedarf.

Die Wirkung nun einer solchen rechtzeitig und in gehöriger Form geschehenen Manifestation besteht darin, daß nunmehr die *Condictio* des *Schuldscheins* so wie die Einrede des nicht gezahlten Geldes perpetuirt zu jeder Zeit wider den *Schuldschein-Besitzer* gebraucht werden können.

### § 3.

#### Subjecte

der *querela non numeratae pecuniae*.

Diese Querel, ein *beneficium*, nicht an die Person sondern an ein bestimmtes Verhältniß gebunden, ist außer dem Aussteller eines schriftlichen Empfangsbekanntnisses auch allen den Personen gestattet, die ein vermögensrechtliches Interesse an der Nicht-Existenz der beurkundeten Verpflichtung nachweisen können, so den Erben, den Gläubigern und Bürgen.

Dieses ist verordnet:

für die Erben in *c. 8. Cod. de n. n. p.*:

„si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus ejus heres habebit tam adversus creditorem, quam adversus ejus heredem;“

für die Gläubiger in *c. 15. Cod. eodem*:

„Si cui non numeratae pecuniae competere possit exceptio, — . — . — creditores ejus — . — . — possint in examinando negotio suis adversariis eandem non numeratae pecuniae exceptionem opponere;“

für den Bürgen endlich und Mandatar in c. 12. Cod. eodem:

„Tam mandatori, quam fideijussori non numeratae pecuniae exceptio exemplo rei principalis competit.“

Nur der Expromissor und Delegatus können sich dieser Querel nicht bedienen;

c. 6. Cod. eodem:

„Frustra opinaris exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum, quando, ut fateris, in ejus vicem, qui erat obligatus, substitueris te debitorem.“

Der Grund für diese Bestimmung liegt in der durch expromissio bewirkten Novation. Denn die novirende obligatio findet in der aufgehobenen ihre causa praecedens; Geschäfte, aber, die eine causa praecedens haben, sind nach

c. 5. u. c. 13. Cod. de n. n. p.

der Querel des nicht gezahlten Geldes entnommen.

Außerdem werden aber auch schon nach

l. 12. u. l. 19. D. de novationibus

bei einer Novation alle dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse zur Seite stehenden Einreden aufgehoben.

Anlangend nun endlich die Personen, wider welche diese Querel stattfindet, so gehört zu diesen nicht allein der ursprüngliche Inhaber des Empfangscheins, sondern selbstverständlich schon auch der Cessionar und der Erbe;

c. 8. Cod. de n. n. p.

§ 4.

Neuerer Umfang

der querela non numeratae pecuniae.

A. Gemeines Recht.

Die praktisch so wichtige Frage nach dem äußeren Umfange dieses Rechtsmittels ist von jeher controvers gewesen und bis auf den heutigen Tag geblieben. Die Unbestimmtheit der Ausdrücke in den Quellen gab Veranlassung und Fortdauer dieser Streitfrage, deren endliche Lösung, so lange nicht neue bestimmter redende Quellen-zeugnisse aufgefunden sind, unmittelbar wohl nicht von der Wissenschaft, nur von der Praxis zu erwarten steht. Diese aber erscheint bis heute leider noch schwankend, und so hat sich noch keine von den über diese Frage aufgestellten Theorien zu allgemeiner Anerkennung emporgerungen. Von diesen Theorien sind besonders drei hervorzuheben, die, gewissermaßen Haupt-Gruppen, alle anderen Meinungen in und um sich sammeln:

- 1) nach der ältesten Auffassung, — die von der Glosse, sogar schon von den Scholastikern, <sup>1)</sup> weiterhin von Hugo Donell <sup>2)</sup> vertheidigt, von vielen älteren und, so weit mir bekannt, wohl von den meisten neueren Rechtslehrern <sup>3)</sup> angenommen ist, — findet die querela n. n. p. außer bei Total-Instrumenten und Quittungen nur noch beim Darlehn statt;
- 2) nach der Meinung des Cujacius und seiner Anhänger <sup>4)</sup> ist diese Querel über das Darlehn hinaus bei allen benannten Real-Contracten anzuwenden;

<sup>1)</sup> Gneist a. a. D. Abth. III. § 5. S. 301 u. S. 302.

<sup>2)</sup> Donellus. l. c. Cap. XXXVII. § 9 — 19.

<sup>3)</sup> Gneist a. a. D. Abth. III. § 5. — Holzschuber; Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Leipzig 1847. Zweiter Band. Zweite Abtheilung. S. 447 u. 448. — Puchta; Pandekten. Dritte Auflage. Leipzig 1845. § 305. — Mühlenthal; Lehrbuch des Pandekten-Rechts. Zweite Auflage. Halle 1838. Zweiter Theil. § 376. — Götschen; Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Göttingen 1839. Zweiter Band. Zweite Abtheilung. § 477. S. 299.

<sup>4)</sup> Hansen; Versuch einer Beantwortung der Frage: bei welchen Rechtsgeheimnissen findet die 2 Jahre lang dauernde exceptio n. n. p. statt? im Archiv für die civilistische Praxis. Band 4. Abhandlung IX.

3) die dritte Ansicht endlich breitet das Gebiet dieses Rechtsmittels über das ganze Obligationen-Recht aus, so daß darnach jede Bescheinigung über den Empfang von Geldern oder Sachen, generell sowohl als individuell bestimmten, der querela n. n. p. unterworfen ist, mag ein Real- oder Consensual-Vertrag rechtliche Veranlassung zur Ausantwortung dieser Gegenstände gewesen sein.

Diese zuletzt referirte Ansicht, besonders von Unterholzner <sup>5)</sup> ausgeführt und vertreten, scheint mir am wenigsten begründet.

Unterholzner beruft sich dabei auf c. 14. Cod. de n. n. p. und findet in dem ganzen Zusammenhange dieser Stelle den Schluß: „daß dieser Justinianischen Verordnung die Voraussetzung einer allgemeinen Anwendbarkeit der exceptio n. n. p. gegen Urkunden aller Art zum Grunde liegt.“

Seine Gründe sind hauptsächlich:

- a) da Alle annehmen, daß der § 2 der angeführten Constitution bei Quittungen die exceptio n. n. p. ganz allgemein als Regel hinstellt, und diese Verordnung auch wirklich ganz allgemein spricht, so muß auch das principium dieser Stelle, welches ebenso allgemein von Contracts-Urkunden handelt, allgemein ausgelegt werden;
- b) die im § 1 gedachter Verordnung erwähnte Ausschließung der Depostenscheine berechtigt zu der Annahme, daß vor Erlaß dieser Constitution die exceptio n. n. p. ganz allgemein wider Urkunden aller Art gebraucht werden konnte.

Den ersten Grund nun anlangend, so mag immerhin die Auffassung der Rechtslehrer in früherer Zeit die Quittungen ganz allgemein dieser Querel unterworfen angesehen haben. Da aber diese Auffassung, wie ich weiterhin noch näher entwickeln werde, als begründet wohl nicht zu erachten ist, — weil der § 2 in der c. 14. Cod. de n. n. p. von Quittungen nicht ohne alle Unterscheidung redet, — so fällt denn mit dem Vorderzuge auch der Schluß Unterholzners: „daß das principium der c. 14. Cod. cit. allgemein anzulegen sei.“

Der zweite Grund aber enthält ein gewiß nicht zulässiges argumentum a contrario.

<sup>5)</sup> Unterholzner a. a. D.

Denn es scheint der § 1 der c. 14. Cod. de n. n. p. die Annahme Unterholzners vielmehr zu widerlegen als zu bestätigen, indem die Fassung zu Anfang dieser Constitution:

„Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur;“ etc.

wohl deutlich darauf hinweist, daß der Gebrauch dieser Querel wider Depostenscheine gesetzlich bisher nicht angeordnet, sondern von streitenden Parteien bisweilen versucht worden sei.

Wäre diese Querel vor dieser Constitution nach Recht und Gesetz wider Urkunden über Deposta statthaft gewesen, so hätte Justinian unmöglich sagen können „litigatores conantur“, und gleichfalls wäre es dann höchst ungeschicklich gewesen die instrumenta rerum depositarum und die securitates in dieser Beziehung zusammen zu stellen, indem es ziemlich stringent bewiesen <sup>6)</sup>, auch von Unterholzner <sup>7)</sup> anerkannt ist, daß wider securitates die querela n. n. p. vor der c. 14. Cod. cit. nicht sanctionirt war.

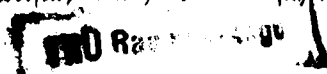
Ferner berechtigt selbst die Annahme, daß jene Constitution dieser Querel wider Depostenscheine als eines bisher geltenden Rechtes erwähnen sollte, doch höchstens zu dem Schluß, daß alle benannten Real-Contracte dieser Querel unterworfen waren. Eine weitere Ausdehnung aber mit Unterholzner zu folgern, scheint bei der so sehr verschiedenen Natur der Real- und Consensual-Verträge völlig unstatthaft.

Endlich aber halte ich im gegebenen Falle ein argumentum a contrario schon aus allgemeinen Gründen überhaupt für unzulässig. Denn es handelt sich bei der Querel des nicht gezahlten Geldes um ein singuläres Recht, dessen Umfang nur so weit reichen kann, als derselbe positiv festgestellt ist, der aber nie aus der Entziehung einzelner Fälle gefolgert werden darf. Denn sonst würde, wie dies bei der Erklärung Unterholzners geschieht, die Singularität verschwinden und ein beneficium zu einer allgemeinen Rechtsregel erhoben sein.

Und somit ist denn Unterholzners Erklärung, selbst wenn sie, was ich zu bezweifeln mir erlaube, sonst auch richtig und anwendbar wäre, im gegebenen Falle jedenfalls zu verwerfen, weil hier, wo es sich um

<sup>6)</sup> Oneiff a. a. D. Abth. I. § 4.

<sup>7)</sup> Unterholzner a. a. D. S. 22. Anm. 14.

PRO RA...  


Betrachten wir vor Allem die c. 5. und c. 13. Cod. de n. n. p.  
Die erste dieser Stellen, ein Rescript des Kaisers Alexander, lautet:

„adversus petitiones adversarii, si quid juris habes, uti eo potes: Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Quum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur an tunc, quum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit.“

Die zweite Stelle, eine constitutio generalis des Kaisers Justinus, besagt:

„generaliter sancimus ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere, quum suis confessionibus acquiescere debet;“ etc.

Hieraus sehen wir, daß die querela n. n. p. keine Anwendung finden soll auf Geschäfte, die eine causa praecedens haben.

Wenn nun die beiden citirten Gesetze, wie schon aus den Worten „cavere“ „cautio“ „promissor“ ersichtlich, von Stipulationen, und zwar schriftlichen, reden, so haben wir bei der causa praecedens an die Geschäfte zu denken, die schon vor Hinzutritt der Stipulation eine obligatio civilis oder naturalis in sich schlossen, daher causam praecedentem enthielten. Dazu gehörten vorzüglich alle Consensual-Verträge, weil der Consens, die einzige Bedingung für Perfection und Gültigkeit dieser Geschäfte, nothwendig immer der stipulatio voranging.

Bei den Real-Verträgen konnte sich dieses Verhältniß gleichfalls so gestalten, wenn nämlich zu einer bereits re contracta obligatio die Stipulation hinzutrat. Daher wird denn auch selbst beim Darlehn nach der jetzt wohl allgemein herrschenden Ansicht <sup>10)</sup> die Querel des nicht gezahlten Geldes versagt, sobald die Darlehns-Urkunde der

<sup>10)</sup> Holtzschuber a. a. D. Zweiter Band. Zweite Abtheilung. S. 443. — Buchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. Vierte Auflage. Leipzig 1855. § 305. — Gneist a. a. D. Abth. III. § 5. S. 292.

Numeration, als in einer bestimmten Vergangenheit bereits geschehen erwähnt; wenn sie also etwa so lautet: Die vor einem Jahre, Monate, Tage, oder selbst auch vor einer Stunde als Darlehn erhaltene Summe von u. s. w. verpflichte ich mich u. s. w. Denn eine solche Urkunde, bei den Römern meist mit der Stipulations-Formel versehen, bezeugt deutlich die causa praecedens des beurkundeten Geschäftes und bewirkt daher den Verlust der querela n. n. p., der selbst beim Mangel der Stipulations-Formel eintritt; weil schon im römischen Rechte die Grundsätze dieser, anfangs bloß wider Stipulations-Urkunden eingeführten Querel bald auch auf gewöhnliche Empfangsbekundnisse ausgedehnt wurden. <sup>11)</sup>

Die Real-Contracte enthielten indessen nicht, wie die Consensual-Verträge, nothwendig immer eine causa praecedens. Denn wurde in diesen Fällen mit der stipulatio der Anfang gemacht, oder ging die datio pecuniae vel rei der Stipulation nur kurze Zeit vorher, so präsumirte das römische Recht Gleichzeitigkeit als die Absicht der Parteien, und statuirte nur ein Geschäft, und zwar die stipulatio, die reelle Zahlung als Erfüllung der Stipulation betrachtend. Diese Auffassung ergiebt sich aus

l. 7. D. de novationibus:

„quum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri;“

und l. 6. § 1. D. eodem:

„quum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.“

Zwar sprechen die angeführten Stellen, wie auch die denselben Gedanken entwickelnde l. 126. § 2. D. de verborum obligationibus ausdrücklich nur vom Darlehn; es stände aber wohl dem Nichts entgegen, wenn man die bloß vom Darlehn redenden Quellenzeugnisse als beispielsweise gebraucht ansehen, und daher aus ihnen

<sup>11)</sup> Gneist a. a. D. Abth. III. § 6.

eine allgemeine Regel für alle benannte Real-Contracte, deren gleiche Natur leicht eine gleichmäßige Behandlung zuläßt, ableiten wollte.

Wenn demnach den Urkunden über Real-Contracte häufig *wenigstens* keine *causa praecedens* zu Grunde liegt, so könnte man die Anwendung der *querela n. n. p.* bei allen benannten Real-Verträgen wohl aus *e. 5.* und *e. 13. Cod. de n. n. p.* folgern. Dazu kommt noch die *e. 9. Cod. eodem*, die einer solchen Anwendung nicht widerspricht, vielmehr dieselbe bestätigen dürfte, und endlich die *e. 14. Cod. eodem*, deren Anfang: „in contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur,“ wie die im § 2. dieser Constitution vorkommende Wendung „vel si qua alterius cujuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est“ im Allgemeinen auf *negotia*, quae *datio*ne contrahuntur, also auf alle benannte Real-Contracte schließen lassen. Es ist indessen eine noch engere Interpretation möglich, die ich hier, wo es sich um singuläres Recht handelt, für die angemessenste halte. Diese Interpretation gestattet die *querela n. n. p.* nur wider Darlehns-Urkunden.

Die Darstellung und Begründung dieser Ansicht knüpfe ich an das bereits durch die vorhergehende Untersuchung gewonnene Resultat, wonach die *Querel* des nicht gezahlten Geldes bei allen Geschäften, die eine *causa praecedens* haben, daher unbedingt schon bei allen *Consensual-Contracten*, durch die *e. 5.* und *e. 13. Cod. de n. n. p.* ausgeschlossen ist. Daher handelt es sich jetzt nur noch um die Frage, ob diese *Querel* bei allen benannten Real-Contracten oder nur beim *mutuum* stattfindet.

Für Beschränkung dieser *Querel* wider Darlehns-Documente spricht ganz besonders die bereits citirte *e. 5. Cod. de n. n. p.*, indem die Worte dieses Rescripts:

„ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur;“

hier, wo jede extensive Erklärung unzulässig ist, wohl nur die Auslegung zulassen, daß unter „credita pecunia“ das Darlehn zu verstehen ist.

Der Ausdruck *credere* wird allerdings auch in weiterer Bedeutung gebraucht, so in *l. 10. — l. 12. D. de verborum signi-*

ficatione; im engeren Sinne aber liegt in dem Worte *credere* stets eine Beziehung zum Darlehn, als dessen technische Bezeichnungen das „mutuum“ „creditum“ und „pecunia credita“ wohl angesehen werden können. <sup>12)</sup>

Mit dieser wohl begründeten Annahme, daß in dem angeführten Rescripte die Worte „credita pecunia“ in der engeren, technischen Bedeutung zu verstehen sind, wäre die Streitfrage schon entschieden. Es giebt aber außerdem auch noch andere, diese Entscheidung wenigstens bestätigende Gründe. Zu diesen gehört die Fassung der *e. 14. § 1. Cod. de n. n. p.*, aus der sich, wie bereits schon bei Darstellung der Unterholzner'schen Theorie erhärtet worden ist, deutlich ergibt, daß vor Erlaß dieser Constitution beim *Depositum* wenigstens die *querela n. n. p.* gesetzlich nicht stattfand. Daraus aber rechtfertigt sich die Folgerung, daß diese *Querel* überhaupt nicht im Allgemeinen für alle Real-Contracte, sondern nur für die, denen sie speciell vom Gesetze verliehen war, sanctionirt, und daher nur beim *mutuum* statthaft gewesen sei, da nur bei diesem Real-Vertrage die Gesetze speciell dieser *Querel* erwähnen. Die Beschränkung dieses Rechtsmittels auf das Gebiet des Darlehns scheint ferner auch durch die in § 1 dieser Abhandlung ermittelte *ratio* der *querela n. n. p.* bestätigt zu werden. Diese gründet sich nach den dort angezogenen Quellenzeugnissen auf die oft vorkommende Sitte, bei manchen Geschäften das Empfangsbekentniß vor Zahlung der *valuta* anzuhändigen.

Alle jene Quellenzeugnisse sprechen nun aber bloß vom Darlehn. Es ist allerdings möglich, daß auch bei den anderen Real-Contracten ein dergleichen Verhältniß zwischen der den Empfang Bescheinigenden Urkunde und der *datio* stattfinden kann; ob aber dieses Verhältniß auch hier eine häufig vorkommende Sitte gewesen sei, bleibt ungewiß. Die Quellen wenigstens sprechen es nicht aus; und so bleibt es jedenfalls fraglich, ob hier auch eadem *ratio legis* vorhanden. Aber selbst wenn auch dieses Verhältniß bei den übrigen Real-Verträgen

<sup>12)</sup> *l. 2. § 1. l. 4. pr. — l. 16. D. de rebus creditis. — Dirksen, manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum; sub voce: creditum. § 2. — Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. Zweite Ausgabe. Jena 1851. sub voce: credere.*

gleichfalls eine häufig sich wiederholende Sitte, wenn demnach eadem legis ratio vorhanden war, so liegt doch hierin noch keine Berechtigung die Regel der Analogie: ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio“ in Anwendung zu bringen, da dieselbe bei singulären Rechtsbestimmungen nach l. 14. D. de legibus und l. 162. D. de regulis juris völlig untersagt ist.

Es giebt nun zwar in den, die querela n. n. p. behandelnden Constitutionen hin und wieder einige allgemeiner redende Ausdrücke, so namentlich in der c. 14. Cod. de n. n. p., die, wie auch schon bemerkt worden ist, leicht auf alle Real-Verträge bezogen werden können. Dies ist aber nicht nothwendig, indem jene Ausdrücke auch in beschränkterer Bedeutung aufzufassen sind, die hier schon deshalb entsprechender zu sein scheint, weil dann zwischen diesen und den offenbar eine Beschränkung des Rechtsmittels auf des mutuum enthaltenden Gesetzen kein Widerspruch hervortritt. So läßt sich das principium der c. 14. Cod. cit. „in contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur“ auch bloß von Darlehns-Contracten verstehen, indem der Ausdruck dare in technischer Bedeutung ein Geben zu Eigenthum bezeichnet.

Obwohl diese Bedeutung im Constitutionen-Latein nicht immer streng festgehalten wird, so rechtfertigt sich doch die Annahme derselben für diese Stelle, wo sie, außer durch die allgemeine Regel stricter Interpretation, auch durch die späteren, in der citirten Constitution vorkommenden Wendungen: „depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum“ und „non solutas sibi pecunias vel alias res dicere“ geboten zu sein scheint, indem diese Wendungen wohl nicht hätten gebraucht werden können, wenn das „dare“ zu Anfange dieser Constitution auch ein Geben zur Aufbewahrung, zum Gebrauch u., ausdrücken sollte.

Somit, scheint mir, streiten die meisten Gründe für eine Beschränkung der querela n. n. p. auf die Grenzen des Darlehns, und es findet demnach dieses Rechtsmittel Anwendung:

- I. wider Darlehns-Urkunden, mit Ausnahme solcher, in denen der Numeration, als in einer bestimmten Vergangenheit bereits geschehen erwähnt wird;
- II. wider Quittungen, also Empfangsbekanntnisse über Zahlungen zum Zweck der Aufhebung rechtlicher Verpflichtungen. Hier

scheint die querela n. n. p. erst von Justinian durch c. 14. Cod. de n. n. p. eingeführt zu sein. <sup>13)</sup>

Der § 2. dieser Constitution lautet:

„super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc foeneratitia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti foeneraticii promittentes, vel si qua alterius cujuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum significans, intra triginta tantummodo dies, post hujusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratae pecuniae posse objici;“ etc.

Früher ist, so weit mir bekannt, von allen Rechtslehrern angenommen worden, daß wider Quittungen aller und jeder Art das Rechtsmittel des nicht gezahlten Geldes statthaft sei. Gneist <sup>14)</sup> hat nun aber in seiner angeführten Schrift zuerst darauf aufmerksam gemacht, daß der § 2. der c. 14. Cod. cit. nicht ohne jede Unterscheidung von Quittungen handelt, sondern nur von solchen, denen ein noch in den Händen des Gläubigers befindlicher schriftlicher Schuldschein (adhuc foeneratitia cautione apud creditorem manente) entgegensteht. Wenn nun ferner die angeführte Constitutionen-Stelle sehr wohl nur von den Quittungen verstanden werden kann, welche den Beweis für die Aufhebung einer Darlehns-Schuld liefern, — indem zu Anfang dieser Stelle ausdrücklich von ejner foeneratitia cautio, also einem verbrieften zinsbaren Darlehn, die Rede ist, die spätere Wendung aber „vel si qua alterius cujuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est“ etc., sobald das Wort datio in technischer Bedeutung

<sup>13)</sup> Siehe die Anmerkung 14.

<sup>14)</sup> Gneist *l. a. D. Abth. I. § 4.*

genommen wird, ebenfalls auf ein Darlehn bezogen werden muß, — so rechtfertigt sich das von Gneist gewonnene Resultat: „daß in denselben Fällen, in welchen einem Schuldschein eine exceptio n. n. p. binnen zwei Jahren, — in denselben einem gegen diesen Schuldschein ausgestellten Reverse die Einrede binnen 30 Tagen opponirt werden kann;“

III. wider in Dotal-Instrumenten enthaltene Empfangsbekennnisse über eine dos.

Die darüber sprechenden Gesetzstellen sind die c. 3. Cod. de dote cauta non numerata und die Novelle 100.

Hier ist unter den Rechtslehrern streitig, ob das, von Neueren querela non numeratae dotis genannte Rechtsmittel nur wider Dotal-Instrumente, oder auch wider jede, über Empfang einer dos ausgestellte einfache Quittung anwendbar sei.

Die Vertheidiger <sup>15)</sup> der weiteren Theorie gehen von der Ansicht aus, daß dieses Rechtsmittel vor der Novelle 100 zwar nur wider Dotal-Instrumente, nachher aber wider jedes sonstige Empfangsbekennniß zulässig gewesen ist. Indessen scheint es mir nicht begründet, eine solche Erweiterung aus der Novelle 100 zu folgern. Denn diese Constitution behandelt gar nicht die Frage, wider welche Art von Urkunden dieses Rechtsmittel statt hat; woher denn auch dieser Gegenstand in so allgemeinen Ausdrücken abgehandelt wird, daß darin unmöglich eine Neuerung, vielmehr nur eine Hinweisung auf das bereits bestehende, in c. 3. Cod. de dote cauta non numerata bestimmte Recht enthalten sein kann, wonach denn die querela n. n. d. nur wider Dotal-Instrumente Anwendung finden soll. <sup>16)</sup>

<sup>15)</sup> Götschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Band 3. Buch 4. Kap. 1. § 690. S. 56.

<sup>16)</sup> Sehr ausführlich behandelt die vorliegende Streitfrage Gneist a. a. O. Abth. I. § 5.

### B. Furländisches Recht.

In den furländischen Rechtsquellen finden sich nur zwei, das Institut der querela n. n. p. betreffende Rechtsätze: einer in den furländischen Statuten, der andere in dem Instructorio des furländischen Prozesses. Die letztere Stelle behandelt nur Dauer und Wirkung dieses Rechtsmittels, daher sie nicht hier, sondern weiter unten zu berücksichtigen ist, die der Statuten aber verbreitet sich in allgemeinen Ausdrücken mehr über das ganze Institut, weshalb eine nähere Erörterung derselben schon an diesem Orte geeignet erscheint.

Der betreffende § 140 der furländischen Statuten lautet:

„si pecunia quoque promissa, nec numerata fuerit a creditore, omnis repetitio cessat, quae exceptio intra annum est opponenda, si modo opponi poterit.“

Ich finde hier das gemeinrechtliche Institut der querela n. n. p. in ganz allgemeinen Ausdrücken und etwas unlogischen Verbindungen nur kurz angedeutet, und daher bis auf die Frist-Verkürzung dieses Rechtsmittels von zwei auf ein Jahr unverändert beibehalten.

Denn hätten die Verfasser der furländischen Statuten sonst wesentliche Aenderungen oder feste Entscheidung der Controversen beabsichtigt, so hätte wohl ein bestimmter Ausdruck und eine detaillirte Erörterung dieser Rechtsmaterie nicht unterbleiben können. Weil die Verfasser aber eine solche Absicht nicht hatten, hielten sie es für genügend, das Institut kurz nur anzudeuten, wodurch sie gerade, wie mir scheint, das in Kurland subsidiär geltende gemeine Recht für den gegebenen Fall gewissermaßen ausdrücklich bestätigten. Daher kann denn auch der Umfang dieser Querel nur nach gemeinem Rechte bestimmt werden, wobei denn die schon dort behandelten Controversen wieder zur Sprache kommen, deren Lösung hier von der furländischen Praxis ausgehen muß.

Indessen ist meine Ansicht nicht unbestritten, denn Madai <sup>1)</sup> sagt in den Bemerkungen zum § 140 der furl. Statuten S. 70:

„Indem nun in unserem Artikel 140 der exceptio n. n. p. ganz allgemein, ohne specielle Beziehung auf ausgestellte Empfangscheine, als des angeblichen Klagegrundes des Gläu-

<sup>1)</sup> In den theoretisch practischen Erörterungen aus den in Civ-, Cst- und Kurland geltenden Rechten. Herausgegeben von v. Bunge und Madai. Zweiter Band. Abhandlung II.

bigers, gedacht wird, läßt sich die Vermuthung aufstellen, daß die Verfasser der kurl. Statuten die Absicht gehabt, das Gebiet der genannten exceptio über ihr ursprüngliches Terrain hinaus zu erweitern, und dieselbe nicht bloß gegen Empfangscheine, sondern auch gegen jedes andere Beweismittel des Gläubigers für anwendbar zu erklären. Eine nicht unwichtige Bestätigung dieser Vermuthung dürfte in Folgendem liegen. Das nicht lange nach Publication der kurl. Statuten abgefaßte sogenannte Derschause Landrecht, das zwar nie Gesetzeskraft erhalten, aber doch als eine Anzeichnung des damals in der Praxis geltenden Rechts nicht ohne wissenschaftliche wie practische Bedeutung ist, enthält unter anderen die Bestimmung, daß die exceptio n. n. p. ausgeschlossen bleibe, wenn der Schuldner vor 3 oder 4 glaubwürdigen Zeugen die geschehene Auszahlung des Darlehns bekannt hat. Offenbar also sah man eine ähnliche Erklärung vor zwei Zeugen als nicht genügend an, und gestattete gegen dieselbe den Gebrauch der exceptio n. n. p., verallgemeinerte mithin das ursprüngliche Gebiet derselben.“

Hiergegen scheint mir, wie ich schon bereits bemerkt, in der unbestimmten Fassung des § 140 nicht die Vermuthung einer Verallgemeinerung, sondern gerade ein Hinweis auf das ja in Kurland bekannte gemeine Recht zu liegen. Denn es wäre im höchsten Grade unpassend und zweckwidersprechend gewesen, wenn die Verfasser der Statuten unbestimmt sprachen, während sie das gemeine Recht ändern wollten.

Ebensowenig finde ich im Derschause Landrecht <sup>2)</sup> eine Bestätigung der Madaischen Vermuthung. Ich verkenne keinesweges den

Werth dieses Landrechts, kann aber trotzdem eine Interpretation des § 140 der kurländischen Statuten im Derschause Landrecht nicht finden, weil dieses in seinen Bestimmungen über das Rechtsmittel des nicht gezahlten Geldes nicht nur dem gemeinen, sondern auch dem, im erwähnten § 140 ausgedrückten provinziellen Rechte geradezu widerspricht. Dadurch verliert aber jenes Landrecht für die vorliegende Frage den Charakter einer auf Praxis beruhenden Interpretation.

Schon die im Landrechte wieder auf zwei Jahre gesteigerte Dauer dieser Einrede ergibt, daß darin über die vorliegende Rechtsmaterie gewiß nicht durchweg das in der kurländischen Praxis damals geltende Recht aufgezeichnet ist, weil unmöglich der im § 140 der Statuten auf ein Jahr festgesetzte Zeitraum von der Praxis ignoriert werden konnte.

Mir scheint überhaupt, daß der Verfasser des Landrechts bei diesem Institute sich weder an das Recht noch an die Praxis Kurlands gehalten, sondern gerade nur das gemeine Recht, freilich so wie es sich in seiner Auffassung darstellte, wiedergegeben hat. Dabei war es denn leicht möglich, daß der Verfasser bei dieser, überall von Controversen durchzogenen Lehre zu Resultaten gelangte, die, als unrichtig, von der Wissenschaft gegenwärtig gänzlich verworfen sind. Zu diesen Resultaten gehört ganz besonders die Sanctionirung der querela n. n. p. wider mündliche Erklärungen, die der Verfasser des Landrechts ebenso, wie manche andere ältere Juristen, <sup>3)</sup> im römischen Constitutionen-Rechte bereits finden, oder aus demselben nach dem Grundsatz „ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio,“ folgern konnte. <sup>4)</sup>

Erscheint somit der Derschause Landrechts-Entwurf unanwendbar zur Erklärung und Inhalts-Ausfüllung des § 140 der kurländi-

<sup>2)</sup> Landrecht des Herzogthums Kurland und Semgallen. Theil II. Buch II. Classis III. § 12. Wenn Jemand seine Obligation von sich gegeben, in Meynung, daß ihm die darin enthaltene Gelde gezahlt werden sollten, aber darauf nicht erfolget, und mit solcher Obligation vor Gerichte, ehe zwei Jahre verflehnen, besprochen wird, so kann er und seine Erben, auch Bürgen die exceptionem non numeratae pecuniae einwenden, und wird von solcher Schuld, wo der Creditor die Vlefferung des Geldes nicht probiren kann, absolviret, wo aber solche erwiesen wird, der Debitor in duplum condemniret. — § 15. Soll auch diese Exception in nachfolgenden Fällen keine Statt haben, als wenn einer für Gerichte, oder vor 3 oder 4 glaubwürdigen Zeugen, bekant hat, daß die numeration geschehen, ingleichen deme, der sich in seinem Testament vorzu bekant hat, item wenn auf

eigene Handschriften eigener Befänntniß über etliche Zeit eine andere Schrift nachfolgete, die solches bekräftiget, item wenn einer sich zu einer Summen bekennet, und dem Creditoren zugleich Pfand dafür eingestellet oder eingeaantwortet hätte.

<sup>3)</sup> Siehe die bei Gnelst a. a. O. Abth. I. § 1. S. 11, besonders Anmerkung 3 und 4 citirten Rechtslehrer.

<sup>4)</sup> Wider die Madaische Ausführung ist noch anzuführen Bunge, das kurländische Privatrecht. Dorpat 1831. § 80. Anmerkung a. Hier wird behauptet, daß Madais Ansicht die Praxis wider sich habe. Ich will es nicht bezweifeln, habe aber in den Archiven der kurländischen Behörden, so weit sie mir zugänglich waren, leider keinen Fall finden können, welcher der Praxis Gelegenheit geboten hätte, über die vorliegende Frage sich auszusprechen.

ſchen Statuten, ſo kommt, da das provinzielle Recht keine den Umfang mehrgedachter Querel beſtimmende Grenzen enthält, das gemeine Recht bei dieſer Frage auch in Kurland zur Anwendung. Die für das gemeine Recht weder von der Wiſſenſchaft noch von der Praxis bisher genügend gelöſten Controverſen kommen daher auch hier zur Sprache, wobei ich mich, da die wiſſenſchaftliche Erörterung dieſer Frage bei Darſtellung des gemeinen Rechts bereits verſucht worden iſt, jetzt nur noch zur kurländiſchen Praxis wende.

Bei ſorgfältiger Nachforſchung in den Archiven der kurländiſchen Behörden habe ich leider nur ein, den äußeren Umfang der querela n. n. p. betreffendes Urtheil finden können. Dieſes Urtheil iſt enthalten in einem vom Miſtauſchen Oberhauptmannsgerichte gefällten am 25. September 1842 publicirten Beſcheide, in welchem es heißt:

„wenn nun hieraus ſich ergibt, daß die Parteien darüber einverſtanden, daß die beregte Obligation nicht ihren Grund in einer Anleihe und Zahlung von Geld oder Geldeswerth oder vertretbaren Sachen, d. h. in einem Darlehn, ſondern lediglich in einem ganz beſonderen Rechtsgeſchäfte gefunden, das Citant in engern; Citatin dagegen in weiteren Grenzen eingegangen auführt, die exceptio n. n. p. aber Rechten nach nur beim mutuum, wo es ſich von Geld oder vertretbaren Sachen und einem wirklichen Geben und Empfangen und einer Eigenthumsübertragung handelt, Anwendung finden kann, cf. Cod. IV, 30. de non numerata pecunia“ etc.

Indeſſen glaube ich keinesweges mit Anführung dieſer Entſcheidung, deren Inhalte ich zwar beipflichte, den Beweis erbracht zu haben, daß von der kurländiſchen Praxis die Entſcheidung der Controverſe in dieſem Falle allendlich gelöſt worden ſei.<sup>5)</sup> Denn einmal iſt dieſe Entſcheidung bisher noch eine vereinzelte, und ſodann verweißt die ratio decidendi auf das gemeine Recht, wo eben die Controverſe noch bis heute unentſchieden iſt.

<sup>5)</sup> In der ſchwediſchen Praxis ſcheint die Controverſe gelöſt zu ſein. Zimmerberg über die Anwendung der exceptio n. n. p. in Livland; in den theoret. pract. Erörterungen aus den in Liv-, Eſth- und Kurland geltenden Rechten. Band IV. S. 157. „namentlich geſtattet das Poſgericht die Anwendung der E. n. n. p. nur in Darlehnsverhältniſſen.“

§ 5.

**B e i t r a u m**

der querela non numeratae pecuniae.

**A. Gemeines Recht.**

Die querela n. n. p. mit der ihr eigenthümlichen Wirkung, das in einem ſchriftlichen Empfangsbekennniſſe enthaltene Geſtändniß beweisunfähig zu machen, iſt an beſtimmte Zeitfriſten gebunden, die nach Verſchiedenheit der Empfangsbekennniſſe vom Geſetze verſchieden beſtimmt worden ſind. Der Anfang dieſer Friſten wird natürlich von Zeit der Ausſtellung des Empfangſcheins gerechnet.

I. Wider Darlehns-Urkunden iſt dieſe Querel zwei Jahre hindurch geſtattet.

c. 14. pr. Cod. de n. n. p.:

— . — . „non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem objicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor ejus, sed intra solum biennium, ut eo lapso nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit.“

II. Wider Quittungen kann dieſe Querel 30 Tage hindurch gebraucht werden.

c. 14. § 2. Cod. de n. n. p.:

— . — . „intra triginta tantummodo dies, post hujusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratae pecuniae posse objici.“

Sowohl bei Darlehns-Urkunden wie bei Quittungen findet wider den Ablauf dieſer Zeitfriſten die restitutio in integrum unter den gewöhnlichen Vorausſetzungen und Bedingungen ſtatt.

l. 14. pr. in fine Cod. de n. n. p.:

„his scilicet, qui propter aliquas causas, specialiter legibus expressas etiam lapso quinquennio in praeteritis temporibus adjuvabantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris.“

Bei dieſer Querel wider Dotal-Inſtrumente iſt die Reſtitution wider den Zeitablauf eigenthümlich beſtimmt. Dieſe in der Novelle 100 enthaltenen Beſtimmungen ſind ſub III. näher angegeben.

III. Wider in Dotal-Instrumenten enthaltene Empfangsbesenntnisse war vor der Novelle 100 die Querel des nicht gezahlten Geldes, so lange die Ehe bestand, ohne jede Zeitbeschränkung, nach Auflösung der Ehe aber durch Tod oder Scheidung, nur noch ein Jahr, von Trennung der Ehe an gerechnet, gestattet.

Nov. 100. praefatio:

— . — . — „quia enim omne tempus matrimonii dabatur viris, donec matrimonium constaret, queri de non data dote.“ etc.

c. 3. Cod. de dote cauta non numerata:

„in dotibus, — . — . — liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere — . — . — ita tamen ut intra annum tantum continuum, a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum, ea licentia detur.“

Justinian führte aber in der Novelle 100 eine andere etwas künftlichere Fristbestimmung herbei.

Darnach soll:

- 1) die querela n. n. p. noch ein Jahr nach Aufhebung der Ehe, wenn diese höchstens zwei Jahre gedauert hatte, stattfinden. War aber
- 2) die Ehe zwar nach zwei, aber doch noch vor Ablauf von zehn Jahren aufgelöst worden, so sollte diese Querel noch binnen 3 Monaten gebraucht werden können. Wenn aber endlich
- 3) die Ehe schon zehn Jahre bestanden hatte, so soll dieses Rechtsmittel ganz cessiren, außer wenn der Ehemann minderjährig war, indem ihm dann die restitutio in integrum gestattet ist, falls nur seit Anfang der Ehe noch nicht zwölf Jahre verflossen sind. Starb jedoch
- 4) der Ehemann innerhalb der Zeit, da ihm die Querel noch zustand, so ist dessen Erben, falls diese minderjährig sind, noch fünf Jahre hindurch nach dem Tode des Erblassers der Gebrauch dieser Querel gestattet, ohne Rücksicht aber darauf, ob sie innerhalb dieser Zeit die Volljährigkeit erreichen oder nicht.

Bei dieser Querel wider Dotal-Instrumente verdient noch eine Controverse Erwähnung. Es ist nämlich streitig, ob durch die Novelle 100 das alte römische Recht, wonach diese Querel, so lange

die Ehe bestand, an gar keine Zeit gebunden war, aufgehoben ist. Denn manche Rechtslehrer <sup>1)</sup> meinen, daß die Bestimmungen der Novelle 100 nur für den Fall der Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung berechnet sind.

Mir scheint diese Streitfrage durch die Vorrede der Novelle 100 zu Gunsten der Meinung entschieden zu sein, welche die Bestimmungen dieser Constitution anwendet, mag die Ehe noch bestehen oder schon getrennt sein.

Die Novelle 100 praef. in fine lautet:

„quia enim omne tempus matrimonii dabatur viris, donec matrimonium constaret, queri de non data dote, interpositio quoque major facta est etiam post mortem virorum, ut et post repudium intra annum daretur querela, ideo existimavimus brevi ac compendiosa lege velocem facere et pecuniae non numeratae super dote querelam, et liberare a probatione mulieres in talibus ex longo tempore.“

Hier wird nun zu Anfang dieser Constitution der älteren Rechtsbestimmungen über diese Querel sowohl bei Bestehen als bei Trennung der Ehe erwähnt, und darauf allgemein gesagt, daß der Kaiser es für gut befunden, die Zeitdauer dieses Rechtsmittels zu verkürzen. Daher scheint mir die Annahme natürlich, ja nothwendig, daß die Beschränkung gegen das ältere Recht in toto, nicht aber bloß gegen einzelne Theile desselben gerichtet sei, so daß nunmehr dieselben Fristen Platz greifen, mag die Ehe noch bestehen oder schon getrennt sein. Auf eine derartige Auslegung weist wohl auch die Fassung der Novelle hin, da dem mit „quia enim“ beginnenden, das ganze ältere Recht umfassenden Vordersatz der mit „ideo existimavimus“ anhebende, die Beschränkung aussprechende Nachsatz entgegengesetzt ist.

### B. Furländisches Recht.

In Bezug auf die Zeitdauer der querela n. n. p. enthält das furländische Recht nur beim Darlehn eine Abweichung von den gemeinrechtlichen Bestimmungen.

Denn bei dem Mangel provinzialrechtlicher Anordnungen über die Dauer dieses Rechtsmittels wider Quittungen und Dotal-Instrumente, tritt hier normirend natürlich das gemeine Recht ein.

<sup>1)</sup> Glück a. a. O. Theil 25. § 1239. S. 248. Anmerkung 100.

Die Frist aber für Anbringung dieser QuereI wider Darlehns-Urkunden ist auf ein Jahr herabgesetzt worden.

§ 140 der surländischen Statuten und Instructorium des surl. Prozesses Th. II. Cap. I. de processu executivo contra Nobiles et Landsassios § 18.

§ 6.

**Wirkung des Empfangscheins nach Ablauf der für die quereIa n. n. p. bestimmten Frist.**

**A. Gemeines Recht.**

Auf dem Gebiete des so überaus controversen Instituts der quereIa n. n. p. ist am lebhaftesten der Streit der Rechtsgelehrten bei der Frage nach der Wirkung des Empfangscheins nach Ablauf der für dieses Rechtsmittel bestimmten Frist angeregt gewesen, so daß man glauben sollte, der Schwerpunkt des ganzen Instituts sei in diese Frage gelegt. Von der Glosse an bis auf die Gegenwart theilt sich die Welt der Juristen bei diesem Streite in zwei große Lager; die Einen <sup>1)</sup> behaupten, nach Ablauf der Frist bewirke der Empfangschein einen so vollständigen und unwiderleglichen Beweis, daß der Aussteller desselben mit der Ausführung, valuta nicht empfangen zu haben, auch dann nicht

1) Johann Hieronymus Hermanns deutliche Erklärung der Institutionen des Kaisers Justiniani. Jena 1734. Lib. III. Tit. XXII. — Hugonis Donelli commentarii de iure civili. Editio sexta. Norimbergae MDCCCXXV volumen octavum. pag. 548 — 560. — Heineccius, elementa juris secundum ordinem Institutionum. Lib. III. Tit. XXII. § DCCXCIV. — Dr. Johann Ludwig Schmidts practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Achte Ausgabe. Jena 1823. § 888. — Schmidts theoretisch-practischer Commentar über seines Vaters Dr. J. L. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Zweite Auflage. Leipzig 1802. Viertel Band. § 7. § 8 u. § 9. — Bucher, das Recht der Forderungen. Zweite Auflage. Leipzig 1830. S. 327 bis S. 329. — Glück a. a. D. Theil 12. Buch 12. Tit. 1. § 786 u. § 787. — Ibhaut, System des Pandecten-Rechts. Siebente Auflage. Jena 1828. § 809. — Mühlensbruch, Lehrbuch des Pandecten-Rechts, Zweite Auflage. Halle 1838. Zweiter Theil. § 376. — Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Göttingen 1839. Zweiter Band. § 477 u. § 478. — Volkshuber a. a. D. Band II. Abth. II. S. 444 — S. 447. — Gneist a. a. D. Abth. I. § 9 u. § 10.

gehört werden soll, wenn er sich zum Beweise der nicht erfolgten Numeration erbietet; die Andern <sup>2)</sup> sagen dagegen, daß dem Aussteller des Empfangsbekanntnisses nach Ablauf der Frist immer noch der Beweis, valuta nicht empfangen zu haben, offen stehe.

Die erste Behauptung ist vielfach mit einem vermeintlich noch im Justinianischen Rechte vorhandenen Literal-Contracte in Verbindung gebracht worden, der, trotz Meurers <sup>3)</sup> Zeichenrede auf den neueren Literal-Contract nicht verschwand, und wohl erst jetzt nach den Forschungen Savigny's <sup>4)</sup> und Gneist's <sup>5)</sup> als beseitigt zu betrachten ist. Aber damit ist die Behauptung, daß der Empfangschein nach Ablauf der Frist unwiderleglichen Beweis wirke, also eine praesumptio juris et de jure sei, keineswegs gefallen, indem diese Meinung unter Andern auch von Gneist vertheidigt wird, der durch genaue Untersuchungen den Glauben an die Existenz einer literarum obligatio im Justinianischen Rechte vernichtet hat.

Indessen scheint mir die vorliegende Streitfrage gegenwärtig nur noch eine historische Bedeutung zu haben; sie ist jetzt zu einer Antiquität herabgesunken, da der von der Wissenschaft noch unerledigte Kampf schon seit Jahrhunderten von der Praxis zu Gunsten der Meinung entschieden ist, die auch nach Ablauf der Frist den Gegenbeweis gestattet. Damit hat der Streit jede praktische Bedeutung verloren; nur für den Antiquitäten-Sammler existirt noch die Controverse, und es bleibt unbegreiflich, wie die Rechtslehrer auch in ihren praktischen Schriften diese Streitfrage noch immer mit ganz besonderer Ausführlichkeit behandeln, da sie Alle <sup>6)</sup> doch, welcher Ansicht sie auch sein mögen,

2) Accursius und Bartolus ad tit. Inst. de literarum obligatione et c. 3. Cod. de n. n. p. — Joachimi Hoppii commentatio succincta ad Institutiones Justinianaeas. Editio V. Francofurti ad Viadrum MDCCV. Lib. III. Tit. XXII. pag. 662 u. 663. — Unterholzner im Archiv für die civilistische Praxis. Band 7. Abhandlung I. § 6. — Puchta's Pandecten. Dritte Auflage. Leipzig 1845. § 305. — Puchta's Vorlesungen über das heutige röm. Recht. Vierte Auflage. Leipzig 1855. Zweiter Band. § 305.  
3) G. Meurer; Juristische Abhandlungen und Beobachtungen. Leipzig 1780. Abhandlung 3.  
4) v. Savigny über den Literal-Contract der Römer; in den Abhandlungen der Berliner Akademie der Wissenschaften. 1819.  
5) Gneist a. a. D. Abth. IV.  
6) Siehe die in Anmerkung 1 und 2 citirten Schriftsteller.

einstimmig die angegebene Praxis bezeugen. Und diese Praxis ist wahrlich keine unberechtigte, oder bloß auf dem formellen Giltigkeitsgrunde „weil lange Zeit hindurch so geurtheilt worden“ beruhende, sondern sie hat unleugbar die Billigkeit, die Natur der Sache und die Uebereinstimmung mit den allgemeinen Rechtsregeln eben so für sich, wie sich im Widerspruche damit die der Praxis entgegengesetzte theoretische Ansicht befindet. Nimmt man z. B. an, es projektirt Jemand ein Darlehns-Geschäft; er bescheinigt in der Urkunde valuta erhalten zu haben, und übergiebt voreilig dieses Document seinem künftigen Gläubiger. Darauf zerschlägt sich das Geschäft, und der Inhaber der Urkunde übergiebt, da er diese im Augenblick nicht bei der Hand hat, dem Aussteller derselben ein Gegendocument, worin die Auflösung des Geschäfts und namentlich der Umstand, daß die Numeration nicht geschehen sei, bezeugt wird. Nach Verlauf von zwei Jahren klagt nun der Inhaber der Darlehns-Urkunde, und der Aussteller derselben, der mit dem, vom Kläger geschriebenen Documente den Gegenbeweis vollständig führen könnte, wird verurtheilt, weil er nicht innerhalb zweier Jahre die Querel angebracht hat, und daher jetzt nicht einmal mehr zum Gegenbeweise zugelassen werden darf.

Man sieht schon aus diesem Beispiele deutlich genug, wie unbillig die Meinung ist, welche wider den Empfangschein nach Ablauf der Frist jeden Gegenbeweis versagt. „Fiat justitia, pereat mundus“ heißt das Glaubensbekenntniß, das dieser theoretischen Ansicht auf die Stirne gedrückt ist.

Aber selbst wenn wirklich in den römischen Kaiser-Constitutionen, was ich indessen nicht zugebe, dieses unbillige Gesetz enthalten sein sollte, — so hat die Praxis es, im Einklange mit Vernunft und Recht, gehoben, und wenn jetzt auch die Wissenschaft sonnenklar den Beweis führte: „die Praxis hat das römische Recht bei dieser Frage mißverstanden; der Gegenbeweis ist nach Ablauf der Frist ausgeschlossen,“ so wird doch dieses Resultat der Wissenschaft nicht mehr im Stande sein, das Ansehen römischer Rescripte über das lebendige Rechtsbewußtsein der Gegenwart triumphiren zu machen; und so ist denn, wie ich schon vorhin bemerkte, diese Streitfrage für immer in das Archiv der Antiquitäten verwiesen.

Dieser durch die Praxis gewonnenen Lösung der Controverse ist indessen da, wo die Querel als Einrede auftritt, ein, den Quellen

jedenfalls fremder, unpässender Ausdruck gegeben worden, indem man nun zwischen einer *exceptio n. n. p. privilegiata* und *non privilegiata* unterschied und sagte, die Einrede sei vor Ablauf der Frist privilegiert, weil der Excipient vom Beweise befreit ist, nach Ablauf der Frist aber sei sie nicht privilegiert, da sie dann vom Excipienten bewiesen werden muß. In dem letzteren Falle läßt sich aber gar nicht mehr von einer Einrede, sondern nur von negativer *Litis-Contestatio* und directem Gegenbeweise sprechen.

Was endlich diesen Gegenbeweis anlangt, so muß noch bemerkt werden, daß derselbe, was schon in der Natur der Sache liegt, nie durch Eidesdelation geführt werden darf, indem demjenigen, der seine Behauptung bereits bewiesen hat, unmöglich noch zum Ueberfluß eidliche Erhärtung der schon bewiesenen Thatsache zugemuthet werden kann. Auch spricht dies ausdrücklich die *c. 14. § 3. Cod. de n. n. p.* \*) aus:

„Illo videlicet observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum, in his nec jurandum offerri liceat.“

### B. Kurländisches Recht.

Gleichwie im gemeinen Rechte die vorliegende Controverse durch die Praxis gelöst ist, ebenso hat auch die Praxis in Kurland in derselben Weise entschieden, daß nach Ablauf der Frist der directe Gegenbeweis noch gestattet sein soll. Diese Entscheidung ist schon in einer ausdrücklichen Bestimmung des der Praxis entstammten Instructorti des kurländischen Processes niedergelegt.

Dasselbst heißt es im Th. II. Kap. I. de processu executivo contra Nobiles et Landsassios. § 18.:

„Es müssen aber solche Einwendungen sofort per instrumenta und documenta et protocolia bewiesen werden, außer der *exceptio non numeratae pecuniae*, weil, wenn selbige intra annum opponirt wird, der Creditor pecuniam vere esse

\*) In dieser Stelle finde ich auch ein schlagendes Argument, daß die, den Gegenbeweis zulassende Praxis questengemäß ist, indessen hat Hugo Donell besonders aus dieser Constitution die entgegengesetzte Ansicht zu erweisen versucht.

solutam beweisen muß. Anders aber verhält es sich de jure Germanico, wenn post biennium der Debitor solche Exception opponirt, indem sie alsdann, wenn sie nicht intra biennium opponirt worden, von dem Debitor selbst bewiesen werden muß.“

Da ich bei dieser Stelle die Auffassung Neumann's <sup>1)</sup> durchweg theile, so gebe ich diese wörtlich hier wieder. Neumann sagt:

„Hier finden wir also — . — . — die Adoption der gemeinrechtlichen (de jure germanico) Praxis, daß nach Ablauf der für die privilegirte Einrede festgesetzten Frist zwar nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner die Beweislast obliegt, diesem letztern aber alsdann das Recht, seine Einrede zu beweisen, auch nicht abgeschnitten ist.“

Zum weiteren Belege dafür, daß diese Auffassung der furländischen Praxis entspricht, können noch ein paar Urtheile des Oberhofgerichts dienen.

So wird in einem, am 23. März 1835 publicirten Appellations-Urtheile des Oberhofgerichts der directe Gegenbeweis wider eine schriftliche Empfangsbescheinigung auch nach Ablauf der Frist gestattet. Dieses Urtheil beruft sich indessen nicht auf das Instructorium, sondern gründet das Decijum auf die c. 14. § 3. Cod. de n. n. p. und die Autorität bewährter Rechtslehrer.

Ferner heißt es in einem am 24. November 1842 publicirten Edictal-Urtheile des Oberhofgerichts:

„und hat sich die Praxis ganz entschieden dahin ausgebildet, daß die exceptio n. n. p. auch nach Ablauf derjenigen Frist, binnen welcher sie ihren singulären, die Beweiskraft eines schriftlichen Schuldbekennnisses vernichtenden Effect äußert, mit Erfolg opponirt werden könne, wosern nunmehr von dem Excipienten die unterbliebene Numeration erwiesen werde.“

Somit steht denn wohl auch für das furländische Recht außer allem Zweifel, daß wider schriftliche Empfangsbescheinnisse nach Ablauf der Frist der directe Gegenbeweis zulässig ist.

<sup>1)</sup> In den theoret. pract. Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Kurland geltenden Rechten. Herausgegeben von v. Bunge und Madai. Band 5. Abhandlung IX.

Daß dieser Beweis auch in Kurland nicht durch Eidesdelation geführt werden darf, beruht auf den, bei Darstellung des gemeinen Rechts schon angegebenen Gründen.

Ich hätte diese Erwähnung, als ganz überflüssig, unterlassen, wenn sich nicht in der furländischen Praxis eine, die Eidesdelation bei diesem Gegenbeweise zulassende Entscheidung vorfände. Dem das Urtheil des Oberhofgerichts in der eben angeführten Edictal-Sache lautet weiter:

„Zu dem Behufe (nämlich zum Erweise der unterbliebenen Numeration) könne aber derselbe (nämlich der Excipient) sich aller erlaubten Beweismittel bedienen, und da eines Theils die Provocanten solches dadurch gethan, daß sie dem Liquidanten den Eid über die stattgehakte Numeration der vollen Valuta deserirt,“ zc.

Aber diese Entscheidung vermag nicht, die im gegebenen Falle durch Gesetz und Natur der Sache, meiner Ansicht nach, gebotene Ausschließung der Eidesdelation aufzuheben; denn jene Entscheidung, einmal schon vereinzelt, ist besonders deshalb ohne diese Wirkung, weil sie sichtlich die in c. 14. § 3. Cod. de n. n. p. enthaltene gesetzliche Vorschrift nicht in Betracht gezogen.

### § 7.

### Verlust

#### der querela non numeratae pecuniae innerhalb der gesetzlichen Fristen.

Diese Querel kann auch zuweisen in den Fällen, wo sie sonst gestattet ist, noch vor Ablauf der gesetzlichen Frist verloren gehen.

Dieser Verlust tritt ein:

1) im Fall einer, nach Ausstellung der Empfangs-Urkunde geschehenen Anerkennung des daselbst bescheinigten Empfangs.

Die gewöhnliche Meinung <sup>1)</sup> macht dabei keinen Unterschied zwischen der bloß wörtlichen und der reellen, in theilweiser Zurück-

<sup>1)</sup> Glük a. a. D. Th. 12. Buch 12. Tit. 1. § 787. S. 151 u. S. 152. — Unterholzner a. a. D. S. 45 u. S. 46. — Puchta's Pandecten. § 305. Anmerkung m.

oder Zinsen-Zahlung sich offenbarenden Anerkennung. In beiden Fällen soll die Querel cessiren. Diese Folge statuirte man bei wörtlicher Anerkennung nicht wegen eines ausdrücklichen Gesetzes, sondern stützt sich dabei auf die Natur der Sache, „indem es“ — wie Unterholzner meint — „nicht vorauszusetzen ist, es werde derjenige, der zuerst schon in der Schuld-Urkunde den Empfang vorläufig bescheinigt hatte, (was sich erklären läßt), nochmals eine solche vorläufige Bescheinigung ausgestellt haben;“ — bei der reellen Anerkennung aber findet man den Verlust der Querel ausgesprochen in c. 4. Cod. de n. n. p.; wo es heißt:

„quum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris intelligis, de non numerata pecunia nimium tarde querelam te deferre.“

Bei der wörtlichen Anerkennung scheint mir nun die gewöhnliche Meinung schon durch die citirte Constitution begründet und vollkommen gerechtfertigt; die reelle Anerkennung dagegen bewirkt, glaube ich, nur in soweit den Verlust der Querel, als diese Anerkennung in der Zahlung sich manifestirt; daher mir bei theilweiser Zurückzahlung des Kapitals nur dieser zurückgezahlte Theil, bei theilweiser Zinsenzahlung nur eine, diesen Zinsen entsprechende Kapital-Quote anerkannt zu sein scheint. Denn der Schluß aus Anerkennung eines Theiles der Schuld auf die der ganzen, erscheint mindestens sehr gewagt, und in der citirten Constitution finde ich diese Folgerung nicht ausgesprochen. Ich glaube vielmehr, daß die c. 4. Cod. cit. den Verlust der Querel ganz allgemein bloß von der agnitio cautionis abhängig macht, dabei aber nicht bestimmt, daß diese agnitio durch Theilzahlung schon vollständig bewerkstelligt werde, indem die von Theilzahlung sprechenden Worte nur nebenbei als Zusatz, keinesweges aber als Bezeichnung der vollständig geschenehen agnitio gebraucht sein dürften. Dann aber wäre in dem Gesetze nicht näher bestimmt, auf welche Weise diese agnitio geschehen muß, um den Verlust der Querel zu bewirken; und es müßte einer jeden deutlich geschenehen Anerkennung, der wörtlichen sowohl als der reellen, diese Wirkung beigelegt werden. Somit stellt sich das Resultat heraus: daß der Wegfall der Querel bei späterer wörtlicher Anerkennung nicht allein in der Natur der Sache, sondern auch in

ausdrücklicher Gesetzes-Vorschrift gegründet ist; und daß ferner die c. 4. Cod. cit. aus der theilweisen reellen Anerkennung keine praesumptio juris für Anerkennung der ganzen Schuld gebildet hat.

2) Im Fall der Entfagung auf die Querel des nicht gezahlten Geldes.

Durch eine solche Entfagung wird die Querel allgemein als aufgehoben betrachtet, wenn dieser Verzicht späterhin, bereits nach Ausstellung der Empfangs-Urkunde, geschehen ist, da hier dieselben Gründe, wie bei einem späteren wörtlichen Erkenntniß, eintreten.<sup>2)</sup> Die in der Empfangs-Urkunde selbst enthaltene Entfagung aber wird, mit wenigen Ausnahmen,<sup>3)</sup> von fast allen Rechtslehrern für wirkungslos gehalten. Diese Meinung gründet sich nicht auf gesetzliche Vorschrift; und ich finde keinen Grund zur Rechtfertigung derselben; denn es liegt schon in der Natur der Sache, daß man einem Rechte entsagen kann, und zudem ist noch in l. 41. D. de minoribus etc. und c. 29. Cod. de pactis die allgemeine Giltigkeit der Verzichte, besonders wenn es sich um jura singularia handelt, anerkannt.

Daher scheint mir auch die in der Empfangs-Urkunde geschehene Entfagung auf die querela n. n. p. zu gelten, da kein specielltes Gesetz den Verzicht hier für wirkungslos erklärt. Denn die c. 16. Cod. de n. n. p., die von Glück zum Belege für die Ungiltigkeit selbst einer eidlichen Entfagung angeführt wird, kann nicht von einem Verzichte, sondern nur von dem eidlichen Versprechen, das Darlehen zurückzahlen, verstanden werden. Ein solches Versprechen kann nun die Querel nicht beseitigen, weil es unter der stillschweigenden Bedingung später erfolgender Numeration gegeben wurde.

<sup>2)</sup> Unterholzner a. a. D. S. 47. — Glück a. a. D. Theil 12. Buch 12. Tit. 1. § 787. S. 154 — S. 159. — Puchta's Pandecten. § 305. Puchta's Vorlesungen über das heutige röm. Recht. Zweiter Band. § 305. S. 165.

<sup>3)</sup> Puchta in den bei Anmerkung 2 citirten Stellen.

So cessirt denn die querela n. n. p. in dem Falle eines späteren Auerkenntnisses und des Verzichts; wobei sich aber von selbst versteht, daß dadurch dem Aussteller des Empfangsbekenntnisses die Möglichkeit, die unterbliebene Numeration zu erweisen, vom Gesetze offen gelassen ist.

3) In dem Fall, wenn das Empfangsbekenntniß in gehöriger Form eines Wechsels abgelegt ist. \*)

---

\*) Glüc a. a. D. Buch 12. Tit. 1. § 787. S. 163.

## T h e s e n .

---

- 1) Die c. 2. Cod. quae sit longa consuetudo verordnet, daß ein Gewohnheitsrecht nicht die Kraft haben soll, bestehende Gesetze aufzuheben.
- 2) Die Frage beim Diebstahl, ob ein großer oder kleiner Diebstahl vorliegt, kann nie allein durch eidliche Würderung des Bestohlenen beantwortet werden.
- 3) Wo die schriftliche Form nicht als eine nothwendige Bedingung für die Wirksamkeit eines bestimmten Geschäftes vorgeschrieben ist, da dient die auch auf ordinarem Papier geschriebene Urkunde als Beweismittel.
- 4) Der Mandatar hat eine Klage auf Belohnung gegen den Mandanten.
- 5) Dies interpellat pro homine.