

Blätter
für
Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

in Verbindung mit

**Christian Carl Glück, Friedrich Christian
Arnold, und Carl Friedrich Dollmann**

herausgegeben

Johann Adam Seuffert.

XIII. Band.

Erlangen 1848.

Bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Gebrudt bei S. N. Warfuß
in Erlangen.

Alphabetisches Register

zum

dreizehnten Bande der Blätter für Rechts- Anwendung.

	Seite
Ablösungsrecht: Unterschied vom Einlösungsrecht	75
Abrechnung: ein selbstständiger Forderungsgrund	141
Actio negatoria: Beweislast bei derselben nach bayer. R.	412
Actio Pauliana: außer dem Konkurs (Erforderniß und Beweislast)	86
Adhäsion: kann im Wege derselben eine Beschwerde gegen eine inappellable Verfügung an den Obergerichter gebracht werden?	363
Aedilitisches Edikt: über dessen Anwendung unter Kaufleuten	33
Gewähr der Mängel im Handelsverkehr	306
Aestern: deren Alimentationspflicht gegen die Kinder erlischt nach fränk. R. durch Grundheilung oder Erbablauf nicht	58
Alimentationsklage: gegen den angeblichen außerehelichen Vater eines in den ersten Monaten nach Verheirathung der Mutter mit einem Andern gebornen Kindes	222
Von Begründung der Klage auf Alimentation eines außerehelichen Kindes gegen subsidiär Verpflichtete	240
Anerkennung, s. Realrecht.	
Annuitäten: Verfahren nach §. 52 des Hyp.-Ges. bei deren Einflagung	191
Anwälte, s. Taggeslöhne.	
Anwaltskosten, s. Kompetenz.	
Arme: über die Verbindlichkeit zu deren Ernährung, und die Ansprüche der Armenpflege auf Ersatz der von ihnen verabreichten Unterstützungen	65, 81, 97
Arrest, s. Gerichtsstand.	
Aufbüdung von Gerichtskosten, s. Extrajudizialbeschwerte.	
Außereheliche Geschlechtsgemeinschaft: Rechtsverhältniß aus derselben vor den Gerichten der Rheinpfalz; kann die dort geltende Beschränkung solcher Ansprüche zur Begründung des Gerichtsstandes des Arrests bei einem Gerichte der 7 älteren Kreise dienen?	209
Au porteur-Schuldscheine: Hyp.-Bestellung in solchen	321
Bamberger Recht, s. Gewerbrechte, Handlohn.	
Bayerisches Recht: s. Actio negatoria, Jagdrecht, Retrakt, Schmerzensgeld, Zehentfreiheit.	
Berufung: deren Zulässigkeit gegen Erkenntnisse über den Editionsbeid	143
Vgl. auch Adhäsion, Devolution.	

	Seite
Berufungssumme: Fälle, in welchen sie bei Klagen auf Alimentation auferehel. Kinder in Betrachtung kommt	14, 331
Bgl. Devolution.	
Beschädigung durch Thiere, s. Schmerzensgeld.	
Beschleunigtes Verfahren, s. Zeugenverhör.	
Beschwerde, s. Adhäsion, Devolution, Extra-judizialbeschwerde, Verwahrung.	
Besitzklagen: Klagebegründung bei denselben	56
Possessorische Rechtsmittel bei Servituten	159
Besthaupt, s. Mortuarium.	
Betrug: Bemerkungen und Präjudizien über dieses Verbrechen	129, 150, 161, 193
Beweis, s. Ehebruch, Eigenthum, Hofmarkseigenschaft.	
Beweiseinreden: nachträgliche Vorlagen zu deren Be-seitigung	391
Beweisinterlokt: unerhebliche Umstände in demselben	157
Beweislast: bei der actio negatoria nach bayr. R.	412
bei der actio Pauliana	80
bei dem Handel nach Probe	345
wegen Handlohnbarkeit der Gemeinderechte	300
wegen angeblicher Suspensivbedingung.	251
wenn die Beobachtung der Testamentsförmlichkeit bestrit-ten wird	220
über die Fortdauer einer lehtwillig honorirten juristischen Person	302
Beweismittel: in Handelsprozessen	398
in Handlohnstreitigkeiten	74, 87
Beweisprüfung: wenn Akten Beweismittel sind	365
Beweissth: ohne Spezialisirung der Thatfachen	393
Bgl. auch Condictio indebiti, Lex Anastasiana.	
Bodenentlastungsgesetz v. 4. Juni 1848: dessen Nach-theile für die Hyp.-Gläubiger	289
Beiträge zur Erläuterung dieses Gesetzes	360
Bucheid: dessen Ableistung bei mehreren Handlungsgesell-schaftern	398
Bürge: der Hyp.-Gläubiger verliert gegen denselben seinen Regressanspruch dadurch, daß er von dem Einlösungsrecht keinen Gebrauch machte, nicht	63
Cession, s. Lex Anastasiana.	
Civilistische Bemerkungen u. Reserfrüchte	305, 385
Condictio indebiti: über Festsetzung des Beweisthages bei derselben	36
Congrua, s. Jahrtagsstiftungen.	
Constitutio Bertholdiana: über die Form der Te-stamente der Geistlichen im ehemal. Fürstenth. Eichstädt	134
Cura absentis	47
Darlehn: Rückzahlungsstermin bei dahin getroffener Be-stimmung, „wenn der Darleiher das Geld vonnöthen hat“	160
Was ist bezüglich der Rückzahlung bei eingetretener Münz-veränderung Rechtens?	367
Devolution: eine hinsichtlich des Kostenpunktes platzgrei-	

	Seite
fende Beschwerde devolviert eine Beschwerde in der Hauptsache, hinsichtlich welcher die erforderliche Summe fehlt, nicht mit zu dem Obergerichter	87
Diäten-Erzesse: Zuständigkeit hierbei, Befugniß der Einschreitung von Amtswegen	341
Diebstahl: zur Lehre vom ausgezeichneten Diebstahl	349
Dienstbarkeit, s. Servitut.	
Diffession: des Handelsbuchs	392
Domizil: Begriff und Unterschied von Heimath	270
Edelmanss Freiheit: in Bezug auf Jagdrechte in Bayern	154
Editionseid: Erkenntnisse über denselben sind appellabel	143
Ehebruch: dessen Beweis	234
Ehegatten, s. Erbrecht, Prozeßführung.	
Ehescheidungsgrund, wegen unverbesserlicher Böswilligkeit: desfallige Normirung des Beweisfages	393
Eichstädter Recht, s. Prozeßführung, Testamente.	
Eid: Richterklärung über einen unstatthaft zugesprochenen Eid	207
Ueber Rechtsbegriffe kann der Eid nicht deferirt werden	383
Nothwendigkeit des eigenen Wissens	388
Eidesdelation über ein Herkommen	400
Eidesnorm über Suspensionsbedingung	251
Eigenthum: vom Beweise dessen Erwerbs durch Erziehung	208
Eigenthumsvorbehalt beim Kauf	223
Eigenthums- u. Hypothekenvorbehalt können nicht nebeneinander bestehen	222
Einlassungs-Verweigerung auf die verbesserte Klage, wenn die dem Beklagten durch die zurückgenommene Klage verursachten Kosten noch nicht ersetzt sind	73
Einlösungsrecht: Unterschied vom Ablösungsrecht und Voraussetzung, unter welcher der das Einlösungsrecht ausübende nachgebende Hyp.-Gläubiger zur vollständigen Befriedigung des vorgehenden verpflichtet ist	75
Vgl. auch Bürge.	
Einstandsrecht, s. Retrakt.	
Empfehlung: im Handelsverkehr	319
Erbjagen	154
Erbrecht: der bürgerlichen Ehegatten in München	353
Erfüllungseid: über das Erforderniß der Wissenschaft bei demselben	137
Dessen Ableistung bei mehreren Streitgenossen	384
Erziehung: Beweis des Eigenthumserwerbs durch Erziehung	208
Servituten-Erziehung	287
Exceptio cautionis: von dem Privilegium derselben gegen Ausländer	225
Exceptio non impleti und non rite impl. contractus	408
Exceptio rei judicatae	253
Exceptio Senatusconsulti Macedoniani	139
Extinktiv-Verjährung: bei Reallasten	201
Extrajudizialbeschwerde: wegen Aufbürdung von Gerichtskosten	350
Fideikommiss: zu Gunsten von Verwandten des Erblassers, auf den Todesfall des Erben gestellt	219

	Seite
Fideikommiß in Ansehung des beim Tode des Fiduziars noch Uebrigen	221, 363
Fideikommißgüter: gehört der im Art. 15, Abs. 4 des Bodenentlastungsgesetzes v. 4. Juni 1848 bestimmte Handlohnsvortrag dem gegenwärtigen F.R.-Besitzer, oder fällt er der F.R.-Substanz zu?	380
Fiskus, s. Klagverjährung, Zinsen.	
Fixirung der Grundlasten, s. Grundlasten.	
Fränkische Landgerichtsordnung: als Urkunde von Rechtsgewohnheiten im vormal. Herzogth. Franken	163
Fränkisches Recht, s. Aelteren, Zinsgüter.	
Frauenpersonen, s. Interzession.	
Geistliche, s. Meineidsverwarnung, Testamente.	
Geldzahlungen: nach eingetretener Münzveränderung	307
Gemeinderechte, s. Handlohnbarkeit.	
Gerichtsdienner: deren Haftung für Unterschlagung ihrer Gehülfen	125
Gerichtskosten, s. Kosten.	
Gerichtsstand des Arrests: läßt er sich wegen der in der Pfalz beschränkten Ansprüche aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft bei einem Gerichte der 7 Ältern Kreise begründen?	200
Gerichtsstand des Wohnorts	270
Geschlechtsgemeinschaft, außereheliche: Rechtsverhältnisse aus derselben in der Pfalz	200
Geständniß: wird dessen Wirksamkeit dadurch entkräftet, daß der Richter, wegen Unterlassung der im §. 17 des Prozeßges. v. 1837 verordneten Belehrung, unter Aufhebung des erstirhtenl. Erkenntnisses, die Wiederaufnahme der Verhandlung anordnet?	205
Gewähr der Mängel: im Handelsverkehr	33, 305
Gewerbrechte: Beiträge zur Lehre v. d. dinglichen Gewerbrechten, mit besonderer Rücksicht auf die im ehemal. Fürstenth. Bamberg gültigen Verordnungen 145, 170, 177	280
Daraus, daß eine Gewerbsgerechtigkeit unter lästigem Titel erworben wurde, folgt nicht, daß sie eine reale sei	63
Gewohnheit: Beitrag zu dieser Lehre	43
Vgl. auch Fränkische LG-Ordnung.	
Gnomen	80, 90, 112, 144, 240, 288, 330, 308
Grundlasten-Fixirung: nach dem neuen Bodenentlastungsgesetz	376
Grundüberelignung: deutsche, besonders zu München	257, 275
Gutskäufe: deren Protokollierung nach furmannger Recht	13
Haftung, s. Gerichtsdienner, Schätzleute, Strafvollzugskosten, Verwaltungsbeamte.	
Handel nach Probe: Beweislast	245
Handelsbrauch: Zinsen von Zinsen	320
Handelsbuch: dessen Beschworung	308
Deffen Diffession	302
Handelsprozesse: Beweismittel in Handelsprozessen	308
Handlohn: bei Erbtheilungen der Descendenten nach Bamberger Recht	110
Von Häusern, desfallige Klagebegründung	92

	Seite
Vom Äquivalent für das Obereigenthum und das Hand-	
lohn nach dem neuen Bodenentlastungsgesetz	378, 379
Handlohnbarkeit der Gemeinderichte	132, 300
Handlohnprotokolle: ohne Unterschrift der Pflichti-	
gen, deren Beweiskraft	74
Handlohnstreitigkeiten: Beweis durch magistrati-	
sche Handlohnprotokolle und Rechnungen in dergl. Prozessen	87
Handlungsgesellschaft: ist bei Auflösung einer mit-	
telst Zirkulars bekannt gemachten Handlungsgesellschaft	
eine gleichartige Anzeige erforderlich?	204
Zur Lehre von der Handelsgesellschaft	310
Hauslohn: dessen Vertretung in Prozeß durch den Vater	47
Heimath: Unterschied vom Domizil	270
Heirathskauttionen, militärische: deren Natur	88
Herkommen: Eidesdelation hierüber	400
Hofamtsjagden	154
Hofmarkseigenschaft: deren Beweis	203
Hofmarksjagd: in nichtgeschlossenen Hofmarken	202
Holzreichniß: Anspruch darauf um die Forstare	288
Hypothekbestellung: in Schuldbriefen, welche auf	
jeden Inhaber lauten	321
Hypothekenbuch: Nichteintragung des speziellen Forde-	
rungsgrundes im H. Buche	105
Hypothekforderungen: deren Liquidation im Konkurs	267
Hypothekengesetz: Verfahren nach §. 52 desselben bei	
Einklagung von Annuitäten	101
Hypothekgläubiger, s. Bodenentlastungsgesetz,	
Eindlösungsrecht.	
Hypothekenklage: kann wegen einer ohne gesetzlichen	
Grund erfolgten Löschung nicht erhoben werden	218
Hypothekensachen: Richtigkeitsbeschwerde	317
Haftung der Schätzleute in Hyp.-Sachen	121
Hypothekvorbehalt: ist mit dem Eigenthumsvorbehalt	
unverträglich	222
Hypothekvormerkung: von deren Löschung	342
Jagdbrecht: Erb jagden, Hofamts jagden, Jagdbrecht der	
Edelmannsfreiheitsfähigen, nach bayer. R.	154
Hofmarksjagd in nicht geschlossenen Hofmarken	202
Jahresabstiftungen: deren Erträgnisse dürfen bei den	
nach den Verordnungen v. 1. u. 2. Dez. 1806 organisir-	
ten vormal. Klosterpfarreien in die denselben zugewiesene	
laare Kompetenz nicht eingerechnet werden	26
Immobilienverträge: deren gerichtliche Protokollierung	
nach der furmainzer B. von 1798	13
Ueber die Gültigkeit außergerichtlicher Immobilienverträge	
nach dem Remyer Statutarrechte	113
Interdictum uti possidetis: zur Abwehr von Dienst-	
barkeits-Anmachungen	158
Inerzession: desfallige Rechtswohlthaten d. Frauenpersonen	351
Inventarisirung: Anspruch des Pflichttheilsberechtigten	
auf Inv. des Nachlasses, nach preuß. Recht	348
Juristische Person, s. Beweislaß.	

	Seite
In solendi, f. Ablösungsberecht.	
Justiz- u. Verwaltungssachen	282
Kauf: Rescission wegen Verletzung über die Hälfte bei Verkauf eines Guts unter Vorbehalt einer lebenslänglichen Ausnahme	407
Käufer: dessen Verbindlichkeit zur Bewährung der dem Verkäufer zur Verfügung gestellten Waaren	344
Verzug des Käufers beim Lieferungskauf	385
Kautio: Privilegium der exc. praestandae caut. pro expens. u. de reconvent. gegen Ausländer	225
Fideikommissarische Kautio	303
Kempter Statutar-Recht, f. Immobilienverträge.	
Kirchen- u. Schulbaulast: deren Umfang	45
Die Kirchenbaupflicht des Patrons erstreckt sich auch auf den Orgelbau. (Preuß. N.)	127
Klagen: erfordern Klagen aus letztem Willen eine Erwähnung des Verfündungsaktes?	217
Vgl. auch Einlassungs-Verweigerung.	
Klagenverjährung: des Fiskus	247
Verjährung der Nichtigkeitsklage	216
Klosterpfarre, f. Jahrtagsstiftungen.	
Kollision der Gesetze	236
Kompetenz: in Vertreibung der Anwaltskosten	337
Bei Diäten-Erzessen	241
Zur Lehre v. d. Kompetenz des Konkursgerichts	413
Kompetenz der Schiedsgerichte	413
Konkurs: Liquidation der Hyp.-Forderungen	207
Haben die Gläubiger einer Gesellschaft in Ansehung des Societätsvermögens im Konkurse eines Theilhabers ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern desselben?	313
Konkursgericht, f. Kompetenz.	
Konsensbriefe: gilt die Erwähnung eines Realrechts in dergleichen Briefen als Anerkennung desselben?	287
Kosten: des Verfahrens über eine gesuchte Restitution	45
Der Beklagte ist auf eine nach G.D. IV, §. 13 überreichte verbesserte Klage sich einzulassen nur dann verbunden, wenn ihm die durch die zurückgenommene Klage verursachten Kosten ersetzt sind	73
Extrajudizialbeschwerde wegen Aufbürden von Gerichtskosten	350
Kostenkompensation wegen Pluvvetition	345
Vgl. auch Strafvollzugskosten.	
Kulturverordnungen, bayerische: deren Geltung in Schwaben	316
Kulturstreitigkeiten: sind administratio-kontentiös, auch wenn sie nach preuß. N. zu entscheiden sind	124
Laesio enormis	407
Laudemialgefälle: Äquivalent für dieselben nach dem neuen Bodenentlastungsgesetz	378, 379
Lex Anastasiana: Beweismittel; Anwendbarkeit bei zweifelhaften Forderungen	410
Lieferungskauf: Verzug des Käufers	385
Liquidation, f. Konkurs.	

Löschung , s. Hyp.-Klage, Hyp.-Vormerkung.	
Mainzer Recht , s. Immobililverträge.	
Manifestationseid : dessen Voraussetzungen	256
Meineidsverwarnung : Beziehung eines Geistlichen zu derselben	304
Militärische Heirathskautionen : deren Natur	88
Miszellen	111, 128, 170
Mortuarium : dessen Aufhebung durch das Bodenentlastungsgesetz	369
München , s. Erbrecht, Grundüberweisung.	
Mündliches Verhör : ist in Sachen desselben der §. 46 des Prozeßges. v. 1837 anzuwenden?	401
Münzveränderung : deren Einfluß auf Geldzahlungen	367
Nachträgliche Vorlagen zur Beseitigung von Verweisungen	391
Neubrucheigent : „noch nicht zur Erhebung gekommen“ im Sinne des Bodenentlastungsgesetzes	370
Richtigkeitsbeschwerde in Hyp.-Sachen	317
Richtigkeitsklage : deren Verjährung	216
Obereigenthum : Äquivalent für dasselbe und das Recht zu Laudemialgefällen nach dem Bodenentlastungsgesetz	378, 379
Öffentliche Treue u. Glauben : Thatbestand des Verbrechens deren Verletzung durch Staatsdiener	40
Orgelbau : als Ausfluß der Kirchenbaulast	127
Patron , s. Kirchenbaulast.	
Peculium adventitium irregulare	130
Pfalz : Rechtspflege in der Pfalz	111, 128
Bgl. auch außereheliche Geschlechtsgemeinschaft.	
Pflichttheilsberechtigte : deren Anspruch auf Nachlaß-Inventarisation (preuß. R.)	348
Pfründen : das im Bodenentlastungsgesetz bestimmte Äquivalent für Laudemialgefälle gebührt der Pfründe und nicht dem Pfründenbesitzer	381
Pluspetition : als Grund zur Kostenkompensation	345
Possefforische Rechtsmittel , s. Besitzklagen.	
Preussisches Recht , s. Bürge, Kirchenbaulast, Pflichttheilsberechtigte, Servituten, Vermächtniß.	
Privilegiatus c. aeque privilegiatum jure suo non utitur : über Anwendung dieses Rechtsfahes	80
Prokurator : über die Befugniß, als solcher bei Gericht aufzutreten	17, 32
Protokolle : über Handlohnverhandlungen, deren Beweiskraft	74, 87
Provokationsprozeß : dessen Einleitung durch Erlassung eines Mandats	128
Prozeßführung : des Vaters für den Hauslohn	47
Befugniß der Ehegatten zur Prozeßführung nach Eigenthümer Recht	91
Realgewerke , s. Gewerberechte.	
Reallasten : deren Exinktio-Verjährung	261

	Seite
Realrecht, kann dessen Erwähnung in Konsensbriefen als Anerkennung gelten?	287
Rechnungen: deren Beweisraft in Handlohnprozessen	87
Rechtsgewohnheiten, s. Fränkische LÖOrdnung.	
Rechtspflege in der Pfalz	111, 128
Rechtstitel: von Forderungen, deren spezieller Rechtstitel im Hyp.-Buche nicht eingetragen wurde	105
Rechtswohlthaten intercedirender Frauendpersonen	351
Res facti jure civili infirmari nequit	144
Restitution: Kosten wegen des Verfahrens hierüber	45
Nichtanwendung des Rechtsfazes privilegiatus c. aequo privilegiatum etc. bei Restitutionen gegen Fristablauf	80
Retrakt: der Käufer eines dem Retraite unterworfenen Guts wird dadurch, daß er dasselbe während des gesetzlichen Retraktstermins anderweit ganz oder zum Theil verkauft hat, von der Retraktsklage nicht befreit. (gem. u. bayr. R.)	30
Dem Verzicht auf das Einstandsrecht (bayr. R.)	42
Unvermögenheit des Retrahenten (bayr. R.)	54
Schäkleute: deren Haftung in Hypothekensachen	121
Schiedsgerichte: deren Kompetenz	413
Schmerzensgeld: wegen erlittener Beschädigung durch Thiere, nach bayr. R.	318
Schriftenvergleichung	410
Schuldbauflast: deren Umfang	127
Schuldbriefe: über Hyp.-Bestellung in Schuldbriefen au porteur	321
Schwaben, s. Kulturverordnungen.	
Senatusconsultum Macedonianum	130
Servituten: possessorisches Rechtsmittel zur Abwehr deren Annahmung	158
In welchen Zeitraum muß die zehnjährige Ausübung bei der Servituten-Eröffnung fallen?	287
Ueber notwendige Servitut nach preuß. Recht	208
Sponsalien: deren Form	236
Sprach-Reinheit und Richtigkeit im Rechtsleben	1
Statutarische Portion	201
Statuten-Kollision	230
Sterbhandlohn: nicht identisch mit Mortuarium	309
Strafvollzugskosten: für diese haben die alimentationspflichtigen Verwandten des Angeeschuldigten nicht zu haften	208
Streiteinfassung: deren Verweigerung nach G.D. IV, §. 13	73
Streitgenossen, s. Erfüllungseid.	
Suspensivbedingung: Beweislast; Eidesnorm	251
Taggelder der Anwälte	14
Testamente: der Geistlichen im ehemal. Fürstenth. Eichstädt	134
Legatdanfall aus einem wechselseitigen Testamente, nach preuß. R.	351
Fideikommiß auf das Uebrigbleibende, in einem wechselseitigen Testamente angeordnet	303
Beweislast, wenn die Beobachtung der Testamentsformlichkeiten bestritten wird	220

	Seite
Beweislast, die Fortdauer einer letztwillig honorirten jurist. Person betreffend	302
Erfordern Klagen aus letzten Willen eine Erwähnung des Verkündungsaktes?	217
Kann das dem überlebenden Ehegatten nach dem Münchener Statutarrecht zustehende Erbrecht durch einseitiges Testament entzogen werden?	353
Thierschaden, s. Schmerzensgeld.	
Todfallhandlohn: ist unter dem im Bodenentlastungsgesetz unentgeltlich aufgehobenen Mortuarium nicht begriffen	360
Un erhebliche Umstände im Beweis-Interlokt	157
Ungehorsam: der durch einen ungeeigneten Vertreter Erschienene kann nicht als ungehorsam ausgeblieben angesehen werden	94
Unterschlagungen: desfallsige Haftung der Gerichtsdiener für ihre Gehilfen	125
Untersuchungskosten: in wie weit die alimentationspflichtigen des Angeschuldigten hiefür haften	208
Unvorordentlichkeit	282
Urkunden: Verbindlichkeit zu deren Beilage im Prozeß	46
Der Proband ist erst dann verbunden, sich über den Beweis der Richtigkeit seiner Urkunde zu erklären, wenn solche auf Produktion des Originals und nicht auf bloße Abschriftmittheilung diffinirt worden ist	50
Amtliche Anordnung wiederholter Urkunden-Produktion	303
Vaterschaftsklage: gegen den angeblichen außerehelichen Vater eines von der Mutter in den ersten Monaten ihrer Verheirathung mit einem Andern gebornen Kindes	222
Fälle, in welchen bei Klagen auf Alimentation außerehelicher Kinder die Vaterschaftsfrage nicht dazu dient, die Rücksicht auf das Daseyn der Berufungssumme auszuschließen	14, 331
Verjährung, acquisitive, s. Ersitzung.	
extinctive: bei Reallasten	261
Vgl. auch Klagenverjährung.	
Verletzung öffentlicher Treue und Glaubens: über den Charakter dieses Verbrechens	40
Verletzung über die Hälfte	407
Vernachlässigte: zu Gunsten von Verwandten des Erblassers, auf den Todesfall des Erben gestellt	219
Beweislast bezüglich der Fortdauer einer mit einem Legat bedachten juristischen Person	302
Legat-Aussatz aus einem wechselseitigen Testament nach preuß. Recht	351
Verträge über Immobilien, s. Immobililverträge.	
Vertretung: über die Befugniß, bei Gericht als Prokurator aufzutreten	17, 32
Vertretung des Haussohns durch den Vater	47
Befugniß der Ehegatten zur Prozeßführung nach Eichstädter Recht	91

	Seite
Vertretung durch Nichtadvokaten, und desfallsige Folge	94
Verwahrung: die dadurch vorbehaltene Beschwerde gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide kann mit der Appellation gegen das nächste appellabl. Erkenntniß verbunden werden	382
Eine zwar rechtzeitig gewahnte Beschwerde kann, wenn sie in der Folge zwecklos geworden ist, nicht mehr gewürdigt werden	389
Verwaltungsbeamte: deren Haftung aus pflichtwidrigen Amtshandlungen	333, 346
Verwaltungssachen	282
Verzicht auf das Einspruchsrecht (bayer. R.)	42
Vollmacht: zur Lehre von der Sachwaltervollmacht	48
Vormerkung: deren Löschung im Hyp.-Buche	342
Vorzugsrecht, s. unter Konkurs.	
Weiderecht: ist nicht immer Grunddienbarkeit	158
Ueber die Bestimmung des Bodenmentlastungsgesetzes bezüglich der Ablösung der Weiderechte	374
Widerspruch: von dem Erfordernisse des speziellen Widerspruchs	61
Wohnort: desfallsiger Gerichtsstand	270
Zahlungstermin, s. Darlehn.	
Zehentfreiheit: der in Acker, Gartenland und Wiesen umgewandelten Waldungen, nach bayer. R.	303
Zeugen: deren nachträgliche nähere Bezeichnung	307
Zeugenverhör: ist das, was §. 46 hierüber verordnet, auch in Sachen des mündlichen Verhörs anzuwenden?	401
Zeugnisse: im Auslande ausgestellt	111
Zinsen: von Zinsen nach Handelsbrauch	320
Zinsenverbindlichkeit des Fiskus aus widerrechtlichen Handlungen	415
Zinsgüter: nach dem würzburger Recht	273

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung.

Erstes Kapitel. §. 3. Gerichtsstand des Wohnorts. 270. — §. 8. Gerichtsstand des Arrests. 200. — §. 10. Kompetenz in Beitreibung der Anwaltskosten. 337. — §. 13. a) Juriz- und Verwaltungssachen. 282. b) Zuständigkeit bei Diäten- Erzessen. 241. c) Kulturstreitigkeiten. 124.

Zweites Kapitel. §. 5. Taggelder der Anwälte. 14.

Drittes Kapitel. §. 6. Vertretung des Haussohns durch den Vater. 47.

Viertes Kapitel. §. 3. a) Ueber Verjährung der Klagen des Fiskus. 247. b) Verjährung der Nichtigkeitsklage. 216. — §. 5. Einleitung des Provokationsprozesses durch Mandat. 128.

— §. 7. a) Klagebegründung bei Besißklagen. 66. b) Abrechnung ein selbstständiger Forderungsgrund. 141. c) Klagen aus letzten Willen. 217. d) Begründung der Klage auf Alimentation eines außerehel. Kindes gegen den subsidiär Verpflichteten. 240. — §. 12. Urkunden-Beilegung. 46. — §. 13. Einlassung auf verbesserte Klage. 73. — §. 16. Sprach-Reinheit und Richtigkeit im Rechtsleben. 1.

Fünftes Kapitel. §. 10. Ungeeignete Vertretung hat nicht die Folgen ungehorsamen Ausbleibens. 94.

Sechstes Kapitel. §. 6. Exc. non impl. und non rito impl. contr. 408.

Siebentes Kapitel. §. 1. Sachwalter- Vollmacht. 48. — §. 4. a) Ueber die Befugniß, bei Gericht als Procurator aufzutreten. 17, 32. b) Vertretung des Haussohns durch den Vater. 47. c) Befugniß der Ehegatten zur Prozeßführung nach Ebst. R. 91. d) Vertretung durch Nichtadvokaten. 94.

Neuntes Kapitel. §. 1. a) Beweislast bei der act. neg. nach bayer. R. 412. b) bei der act. Paul. 80. c) beim Handel nach Probe. 346. d) wegen Handlohnbarkeit der Gemeinderichte. 300. e) wegen Suspensivbedingung. 251. f) wegen Beobachtung der Test.-Förmlichkeiten. 220. g) über die Fortdauer einer letztwillig honorirten jurist. Person. 302. — §. 4. Nachträgliche nähere Zeugen-Bezeichnung. 397. — §. 11. Nachträgliche Vorlagen zur Beseitigung von Beweisreden. 391. — §. 13. Beweismittel in Handelsprozeßen. 398. — §. 14. a) Beweisatz ohne Spezialisirung der Thatfachen. 303. b) Beweisatz bei der cond. indeb. 36. c) Beweis des Ehebruchs. 234. d) der Eigenthums-Erfindung. 208. e) der Hofmark-Eigenschaft. 203.

Elftes Kapitel. §. 1. Zeugnisse im Ausland ausgestellt. 111. — §. 2. Beweiskraft der Protokolle über Handlohn-Verhandlungen und der Rechnungen in Handlohnprozeßen. 74, 87. — §. 3. a) Beschwörung des Handelsbuchs. 398. b) Dessen Diffession. 392. — §. 5. a) Urkunden-Beilegung. 46. b) Anordnung wiederholter Urk.-Produktion. 393. c) Nachträgliche Vorlagen zur Beseitigung von Beweis- Einreden. 391. d) Beweisprüfung, wenn Akten Beweismittel sind. 366. — §. 8. a) Diffession des Handelsbuchs. 392. b) Urkunden- Rechtsbeweis. 59. c) Schriftenvergleichung. 410. — §. 9. Mangel der Unterschrift bei Handlohn-Protokollen. 74.

Zwölftes Kapitel. §. 1. Einfluß der Verhandlungs-Wiederaufnahme auf die Wirksamkeit eines bereits abgelegten Geständnisses. 205.

Dreizehntes Kapitel. §. 1. a) Zuziehung eines Geistlichen zur Meineidsverwarnung. 304. b) Eidesleistung bei mehreren Streitgenossen. 384, 398. — §. 2. a) Haupteid, nicht über Rechtsbegriffe. Eigenes Wissen. 383. b) Ueber Herkommen. 400. c) Eidesnorm über eine Suspensiv-Bedingung. 251. d) Richterklärung über einen unstatthaft zugeschobenen Eid. 207. — §. 3. a) Erfüllungseid, in wie ferne er auf eigener Wissenschaft beruhen soll. 137. b) Dessen Ableistung bei mehreren Streitgenossen. 384. — §. 5. Manifestationseid. 250.

Vierzehntes Kapitel. §. 11. Einnahme der abgeurtheil-

ten Sache. 253. — §. 12. Unerhebliche Umstände im Beweis-Interlokut. 157.

Fünfundzwanzigtes Kapitel. §. 3. Nichtdevolution der Hauptsache, wenn es bezüglich ihrer an der erforderlichen Summe fehlt, bei plaggreifender Beschwerde im Kostenpunkt. 57. — §. 5. Extrajudizialbeschwerde wegen Kostenüberbürdung. 350. — §. 9. Zur Lehre von der Abhäsion. 303.

Sechszehntes Kapitel. §. 1. Nichtanwendung des Rechts-sages *privilegiatus contra aequum privileg.* etc. bei der Restitution gegen Fristablauf. 80. §. 2. a) Verjährung der Richtigkeitsklage. 216. b) Richtigkeitsbeschwerde in Hyp.-Sachen. 317.

Siebenundzwanzigtes Kapitel. §. 2. Kompetenz der Schiedsgerichte. 413. — §. 4. a) Kosten des Restitutions-Vers. 45. b) Kostencompensation wegen Pluspetition. 345. (Vgl. auch Kap. 11, §. 5.)

Achtzehntes Kapitel. §. 7. Einlösungs- und Ablösungsrecht. 75.

Neunzehntes Kapitel. §. 2. Kompetenz des Konkursgerichts. 413. — §. 11. Liquidation der Hyp.-Forderungen. 207. — §. 17. Ablösungsrecht. 75. — §. 19. *Actio Pauliana*. 80.

B. Novelle v. 22. Juli 1819.

§. 8. Vom Privilegium der *exc. praestando cautionis pro expensis* und *de reconventione* gegen Ausländer. 225.

C. Novelle v. 17. Nov. 1837.

§. 10. Vom Erfordernisse des speziellen Widerspruch. 61. — §. 40. Ist dieser §. auch in Sachen des mündl. Verhörs anzuwenden? 401. — §. 51. a) Vorbehaltene Beschwerden. 382, 389. b) Deren Verfolgung im Wege der Abhäsion. 303. — §. 52. Zulässigkeit der Berufung gegen Erkenntnisse über den Editionseid. 143. — §. 57. a) Fälle, in welchen die Berufungssumme bei Klagen auf Alimentation außerebel. Kinder in Frage kommt. 14, 331. b) Die hinsichtlich des Kostenpunkts plaggreifende Beschwerde devolvirt eine Beschwerde in der Hauptsache nicht, wenn in Ansehung dieser die Berufungssumme fehlt. 57. — §. 63. S. oben §. 57 unter a.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren. a) Statuten-Kollision. 230. b) Geltung der bayer. Kulturverordnungen in Schwaben. 316. c) Zur Lehre von der Gewohnheit. 43. d) Fränkische Landgerichtsord. als Urkunde von Rechtsgewohnheiten im vormaligen Herzogth. Franken. 153. e) Unverdenklichkeit. 282. f) Beisfragen, Begründung. 50. g) Verjährung der Klagen des Fiskus. 247. h) Verjährung der Richtigkeitsklage. 216.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte. 1) **Eigenthum:** a) Beweis dessen Erwerbs durch Erfindung. 208. b) Eigenthumsvorbehalt. 222, 223. c) Deutsche Grund-sübereignung, besonders zu München. 257, 275. d) Jagdrechte in Bayern. 154, 202. e) Beweis der Hofmark-Eigenschaft. 203. — 2) **Gewerbörechte:** a) Beiträge zur Lehre von dinglichen Gewerbörechten, mit besonderer Rücksicht auf die im

ehemal. Fürstenthum Bamberg gültigen Verordnungen. 146, 170, 177, 288. b) Aus der Erwerbung eines Gewerbsrechts unter lässigem Titel folgt nicht, daß es ein reales sey. 63. — 3) Servituten: a) Ersetzung. 287. b) Nothwendige Servitut. (Preuss. N.) 268. c) Weiderecht ist nicht immer Grunddienstbarkeit 158. d) Possessorische RMittel gegen Servitut-Anmaßung. 158. e) Beweislast bei der actio negatoria, nach bayer. N. 412. — 4) Reallasten: a) Deren Extinctiv-Verjährung. 201. b) Liegt in der Erwähnung eines Realrechts in Konsensbriefen dessen Anerkennung? 287. c) Anspruch auf ein Holzreichtum um die Forsttaxe. 286. d) Handlohn von Häusern. 92. e) Handlohnbarkeit der Gemeinderichte. 132, 300. f) Handlohn bei Erbtheilungen unter Descendenten. (Bamb. N.) 140. g) Zehentfreiheit der in Aeder etc. umgewandelten Waldungen. 303. h) Ueber Zinsgüter nach würtz. N. 273. i) Das Bodenentlastungsgesetz und die Hyp.-Gläubiger. 289. k) Beiträge zur Erläuterung dieses Gesetzes. 309. — 5) Retrakt: Beiträge zu dieser Lehre, nach bayer. Recht. 30, 42, 64. — 6) Hypothekenrecht: a) Hypothekbestellung in Schuldbriefen au porteur. 321. b) Nichtentragung des speciellen Forderungsgrundes im Hyp.-Buch. 105. c) Hypothekvorbehalt. 222. d) Von Löschung einer Vormerkung. 342. e) Hypothekentlage wegen Löschung ohne gesetzlichen Grund. 218. f) Einlösungsrecht des Hyp.-Gläubigers. 75. g) Verfahren nach §. 52 des Hyp.-Ges. bei Eintragung von Annuitäten. 101. h) Nichtigkeitsbeschwerde in Hyp.-Sachen. 317.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeines. a) Abrechnung, ein selbstständiger Forderungsgrund. 141. b) Suspensivbedingung, desfallige Beweislast und Eidesnorm. 251. c) Zinsen von Zinsen nach Handelsbrauch. 320. d) Zinsenverbindlichkeit des Fiskus aus widerrechtl. Handlungen. 416. — 2) Verträge und verträgähnliche Verhältnisse. a) Ueber Anwendung des ädific. Edicts wegen Gewähr der Mängel im Handelsverkehr. 33, 305. b) Exc. non impl. und non rite impl. contractus. 408. c) Darlehens-Rückzahlungstermin, „wenn der Darleiher das Geld vonnöthen hat“. 100. d) Geldzahlungen nach eingetretener Münzveränderung. 367. e) Form der Immobilierverträge nach mainzer N. 13. Desgl. nach dem Rempter Statutarrecht. 113. f) Rescission wegen Verletzung über die Hälfte bei Verkauf eines Guts unter Vorbehalt einer lebenslänglichen Ausnahme. 407. g) Verbindlichkeit des Käufers zur Bewahrung der dem Verkäufer zur Verfügung gestellten Waaren. 344. h) Verzug des Käufers beim Lieferungskauf. 385. i) Handel nach Probe. 345. k) Lex Anastasiana; Beweisnorm; Anwendbarkeit bei zweifelhaften Forderungen. 410. l) Empfehlung im Handelsverkehr. 310. m) Von der Handelsgesellschaft. 310. n) Bekanntmachung ihrer Auflösung. 204. o) Bürgschaft für eine Hyp.-Forderung erlischt dadurch nicht, daß der Hyp.-Gläubiger von dem Einlösungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. 63. p) Rechtswohlthaten intercedirender Frauenpersonen. 351. — 3) Obl. aus Rechtsverletzungen. a) Schmerzensgeld wegen Beschädigung durch Thiere. 318. b) Haftung der Gerichtsdiener für Unterschlagungen ihrer Gehilfen. 126. c) Haftung der Schätzleute in Hyp.-Sachen. 121. d) Haftung der Verwaltungsbeamten aus pflichtwidrigen Amtshandlungen. 333.

340. — 4) Vermischte Fälle. a) Festsetzung des Beweis-sages bei der *condictio indebiti*. 30. b) *Actio Pauliana*. 80. c) Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft vor den Gerichten der Pfalz. 209.

D. Familienrecht. a) Alimentationspflicht der Aeltern, nach fränk. R. 68. b) Alimentationsklage gegen den angeblichen außerehelichen Vater eines in den ersten Monaten nach Verheirathung der Mutter mit einem Andern gebornen Kindes. 222. c) Begründung der Klage auf Alimentation eines außerehelichen Kindes gegen subsidiär Verpflichtete. 240. d) Ueber die Verbindlichkeit zur Ernährung der Armen und die Ersazansprüche der Armenverslegen wegen verabreichter Unterstützung. 65, 81, 97. e) *Exceptio Sen. consulti Macedoniani*. *Peculium adventitium irregulare*. 139. f) *Sponsalien*, Form. 236. g) Militär. Heirathscautionen. 88. h) Beweis des Ehebruchs. 234. i) Ehescheidungsgrund wegen unverbesserlicher Abneigung; Normirung des Beweis-sages. 203. k) *Cura absentis*. 47.

E. Erbrecht. a) Ueber das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten in München. 353. b) Vom Recht auf die statutarische Portion. 201. c) Anspruch der Pflichttheilsberechtigten auf Nachlaß-Inventarisation. (Pr. R.) 348. d) Testamente der Geistlichen im vormal. Fürstenth. Eichstädt. 134. e) Beweislast bei bestreitenen Testaments-Förmlichkeiten. 220. f) Beögl. über die Fortdauer einer letztwillig honorirten jurist. Person. 302. g) Muß in Klagen aus letzten Willen der Verkündungsakt erwähnt werden? 217. h) Fideikomnisse zu Gunsten von Verwandten des Erblassers, auf des Erben Todesfall gestellt. 210. i) Fideikommiß in Ansehung des beim Tode des Fiduziars noch Uebrigen. 221. 303. k) Legatanfall aus einem wechselseitigen Testament. (Pr. R.) 351.

III. Strafrecht und Strafprozeß.

A. Th. I des StGB. Zur Lehre vom ausgezeichneten Diebstahl. (Art. VI, Nr. 3 des Ges. v. 25. März 1810.) 349. — Art. 265. a) Gesehlich ausgezeichnete Betrügereien zweiten Grades. 129. b) Deren Uebersicht. 131. c) Erörterung der im Art. 265 unter I—III ausgeführten Fälle. 150. d) Habituelle Betrüger (Nr. IV. ib.) aa) Gewohnheitsbetrüger im engeren Sinn. 161. bb) Ausübung einer solchen Art des Betrugs, welche eine unbestimmte Menge mehrmals zu wiederholender Betrügereien umfaßt. 108. — Art. 260. Fälschung von Privaturkunden. 193. — Art. 340. Ueber den Thatbestand des Verbrechens der Verletzung öffentl. Treue u. Glaubens durch Staatsdiener. 49.

B. Th. II des StGB. Art. 408. Die Haftung der alimentationspflichtigen Verwandten des Inquisiten erstreckt sich nicht auf dessen Verpflegungskosten im Straforte. 208.

IV. Kirchenrecht.

a) Umfang der Kirchen- und Schulbaulast. 45. b) Die Kirchenbaupflicht des Patrons erstreckt sich auch auf den Orgelbau. (Pr. R.) 127. c) Jahrtagstiftungen bei organisirten vormaligen Klosterpfarreien. 20.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 1. Samstag, den 8. Jan. 1848.

Ueber Reinheit und Wichtigkeit der Sprache im
Rechtsleben 1).

1.

Wir Rechtsmänner sind mitunter ein sonderbares Völkchen! Wenn wir von einem Arzte ein Gutachten einholen, und dieser uns eine hochgelehrte mit griechischen und lateinischen Kunstausdrücken wohl ausgestattete Arbeit vorlegt, worin er uns ins Länge und Breite nachweist, wie er nur Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit dessen, worüber wir Gewißheit haben wollten, annehmen kann: so schütteln wir über die Menge der uns unverständlichen Kunstausdrücke bedenklich den Kopf, nehmen mißmuthig unser Wörterbuch zur Hand, und hegen den gerechten Wunsch, der gelehrte Herr möge in seinen Erörterungen sich mehr der deutschen Benennungen für Krankheiten oder Körpertheile bedienen haben; es hätte dieß ja wahrlich der

1) In der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Jahrgang 1845 Bd. II, Heft II, Nr. X, S. 254 ist zwar ein ähnlicher Aufsatz „Ueber deutsche Gerichtssprache mit besonderem Bezuge auf Strafgerichtsverfahren“ erschienen; allein Einsender dieses glaubte, da er den Gegenstand mit besonderer Rücksicht auf manche in der vaterländischen Rechtssprache noch sehr übliche fehlerhafte Ausdrücke behandelt, keine überflüssige Arbeit zu liefern.

Gründlichkeit und Gelehrsamkeit des Gutachtens keinen Eintrag gethan.

Recht löblich ist dieser Wunsch, lieber Rechtsmann! Aber ein paar Augenblicke später entwirfst Du auf den Grund dieses ärztlichen Gutachtens ein Erkenntniß, dessen Ausspruch und Entscheidungsgründe eben so mit lateinischen Kunstausdrücken Deiner Rechtswissenschaft gespickt sind, wie jene Arbeit des Arztes; unwillkürlich entschlüpfen diese Ausdrücke Deiner Feder, und Du denkst nicht daran, daß der rechtsunkundige Landmann, über dessen Schuld oder Unschuld Du die Entscheidung fällst, Dein Urtheil und dessen Gründe noch weniger versteht, als Du des Arztes gelehrte Erörterung!

Viel ist in dieser Beziehung allmählig besser geworden; die schwerfällige schleppende Fassung richterlicher Entschliessungen und Entscheidungen, wie sie in der alten Zopfzeit gebräuchlich war, hat einer reineren, verständlicheren, sich leichter bewegenden Sprache Platz gemacht: aber noch immer wimmeln die Schriften unserer Rechtsanwälte und die Verfügungen und Urtheile unserer Gerichte von einer Menge lateinischer Kunstausdrücke, welche zwar zum Theile deutsches Bürgerrecht erlangt haben, und auch dem Rechtsunkundigen verständlich sind, zum Theile aber recht gut durch einen deutschen Ausdruck ersetzt werden können, wollten wir uns nur die Mühe geben, statt des uns geläufigeren fremden Ausdruckes das einheimische Wort zu suchen.

Wahr ist es, unsere Rechtswissenschaft hat ihre Weihe von Rom empfangen und gern stimme ich in den Ruf an die Germanisten ein, welcher in No. 3 des XII. Bandes dieser Blätter enthalten ist; nichts ist natürlicher, als daß, weil unser gemeines Recht eben das römische ist, unseren Rechtsbeflissenen die römischen Kunstausdrücke schon

auf der Hochschule geläufig werden, und von ihnen ins Leben hinübergetragen werden. Allein bei aller Achtung für die feste Grundlage, welche das römische Recht in Schule und Leben uns gewährt, möchte es denn doch an der Zeit seyn, die Fremdwörter zwar nicht in der Schule, doch im Leben allmählig absterben zu lassen, und durch passende deutsche Worte zu übersetzen. Jetzt durchweht ein jugendlicher frischer Geist unser Rechtsleben: der Anwalt, der Richter, welche beide bald öffentlich vor dem Volke werden auftreten müssen, können nicht ihre Anträge und ihre Entscheidungen in das geheimnißvolle Dunkel einer fremden Sprache hüllen, sondern, damit das Recht Gemeingut des Volkes werde, sei ihre Sprache auch die jenes Volkes, welches vom Anhören der Verhandlungen und Entscheidungen nicht mehr ausgeschlossen seyn wird!

Darum bemühen wir uns jetzt schon, nicht nur Fremdwörter in die Rechtssprache so wenig als möglich einfließen zu lassen, sondern auch die Muttersprache in Rechtsgeschäften ganz regelrecht zu gebrauchen. Es dürfte dieß eine nicht unerhebliche Vorbereitung zur bevorstehenden Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege seyn!

Hauptsächlich sind es unsere jungen Leute, welche noch auf der Vorbereitungslaufbahn zum Staatsdienste sich befinden²⁾, die da glauben, sie müßten ihre Gutachten und Erkenntnißentwürfe mit allen erdenklichen Kunstausdrücken ausstatten, um zu zeigen, wie sehr sie die Rechtsgelehrsamkeit inne haben, und daß auf der Hochschule Gelernte ins Leben überzutragen befähigt seyen. Dieses Bestreben verdient alle Anerkennung, meine jungen Freunde! Ihr zeigt, daß Ihr Eure Zeit nicht unnütz vergeudet habt, und Eurem Stande Ehre

2) Für „Praktikanten“ und „Accessisten“ fehlt das deutsche Wort!

machen wollt. Ihr wollt im Rechtsleben Euren Namen einen guten Klang verschaffen, und die ohnehin so langwierige Laufbahn zur Anstellung zu verkürzen suchen, daran thut Ihr Recht! Aber Ihr habt dabei zu unterscheiden! Arbeitet Euer Gutachten ganz schulgeredt aus, und Jedermann wird Euch darum loben. Allein aus den Entscheidungsgründen Eurer Urtheile bestrebt Euch, Alles wegzulassen, was allzusehr nach Schulweisheit riecht! Stellt Eure Urtheile so hin, daß auch der Ungelehrte, um dessen Schuld oder um dessen Gut es sich handelt, einzusehen vermag, weshalb er denn schuldig oder nicht schuldig befunden wurde, weshalb er obsiegte oder unterlag. Darin liegt eben die große Kunst des ausübenden Rechtsgelehrten, die Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse und die Rechtsausführung in der Art zu geben, daß die Gelehrsamkeit, welcher sich der Rechtsmann vom Fache erfreut, nicht bei jedem Worte offen zur Schau getragen werde, dabei aber doch seine Ausarbeitung durchdringe und belehrend auf diejenigen fortwirke, denen er das Recht zu spenden berufen ist, daß also die Sprache verständlich und volksthümlich sei, gleichwohl aber die Darstellung zeigen muß, wie des Verfassers Rechtskenntnisse nicht geringer sind, wenn gleich die Ausführung nicht von Fremdwörtern strotzt.

Je weiter die Schulzeit hinter uns liegt, desto mehr werden wir ohnedieß den Regeln der todten Sprache entfremdet, und desto vorsichtiger müssen wir bei ihrem Gebrauche seyn, wenn uns nicht hie und da gar ein Schnitzer gegen die Sprachregeln entschlüpfen soll! Konnte ja doch selbst unser Gesetz vom 17. Nov. 1837 über einige Verbesserungen der Gerichtsordnung sich von einem lateinischen Schnitzer nicht rein halten, und hat uns im §. 70 einen „*Status activi et passivi*“ statt „*activorum et passivorum*“ aufgestellt, welcher durch den Gebrauch der deutschen

Worte: „Vermögens- und Schuldenstand“ vermieden worden wäre³⁾.

Warum also nicht lieber in der Muttersprache reden?

2.

Es läßt sich nicht läugnen, daß manche Fremdwörter ganz eingebürgert und auch dem Rechtskundigen verständlich sind, ja einige derselben sehr schwer oder gar nicht durch deutsche Ausdrücke ersetzt werden können. Selbst die deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815 Art. 7 und die Wiener Schlußakte vom 15. Mai 1820. Art. 15 konnte ja des fremden Ausdruck: „Jura singulorum“ nicht entbehren⁴⁾.

Jedermann weiß, was die Worte: „Prozeß, Advokat, Appellation, Hypothek, Akten“ bedeuten, und es ist daher nicht zu rügen, wenn diese Worte im Rechtsleben gebraucht werden. Konnte aber für die drei ersten Worte nicht eben so gut der deutsche Ausdruck: „Rechtsstreit, Rechtsanwalt, Berufung“ gewählt werden? — Schwieriger ist die Uebersetzung von „Hypothek“. Das altdeutsche Wort „Sagung“ ist veraltet, und das Wort „Grundpfand“ zur Zeit nicht gebräuchlich, wenigstens würde es der gemeine Mann, dem leider der Begriff von Hypothek mitunter nur zu sehr in Fleisch und Blut übergegangen ist, nicht so gut verstehen, als das Fremdwort. Für „Akten“ hat eine königliche Stelle den gutgewählten Ausdruck: „Schriftenbund“ zu gebrauchen angefangen. Daß

³⁾ Kreittmayr gebraucht in der OÖ. Kap. XVIII, §. 12, Nr. 4 den fehlerfreien Ausdruck: „Statum activorum et passivorum“; aber ebendasselbst §. 13, Nr. 3 den fehlerhaften: „Statum activum et passivum“, welcher sich auch a. a. D. §. 10, Nr. 4 und in den Anmerkungen zu dieser Stelle lit. m. und zu §. 12 lit. v. findet. — (Auch jener Ausdruck ist nicht römisch. Red.)

⁴⁾ Ueber die Unbestimmtheit dieses Ausdrucks s. übrigens K über öff. Recht des deutschen Bundes 3. Aufl. §. 129.

Wort „Protokoll“ erwartet noch immer vergebens eine gute Verdeutschung, auch „Instanz“ ist nicht gut zu übersetzen⁵⁾).

Andere Fremdwörter aber, die dem Rechts- und Sprachunkundigen nicht so leicht oder gar nicht verständlich sind, möchten immer vermieden werden, wo es gilt, belehrend auf den Laien einzuwirken.

Wenn Anwälte und Richter in ihren Arbeiten sich wechselseitig mit lateinischen Ausdrücken unferhalten, so mag dieß Nachsicht verdienen, da doch vorauszusetzen ist, daß sie sich verstehen. Eben so möge es nicht als Fehler angerechnet werden, wenn in wissenschaftlichen Arbeiten Fremdwörter ein Plätzchen finden. Wenn aber nur Ein Streittheil sich eines Rechtsanwalts bedient, der andere sich selbst zu vertreten wagt, und der Anwalt des Ersteren eine recht dickleibige mit fremden Worten durchspickte Schrift zur Verhandlungstagfahrt mitgebracht hat, so ist es die Pflicht des die Verhandlung leitenden Richters, dem Unkundigen den Sinn dieser Worte zu erklären, sie ihm auf faßliche Art zu verdeutschen und nöthigenfalls zu umschreiben, damit er in den Stand gesetzt sei, seine Gegenerklärung genügend abzugeben, welche dann in ungezwungener Rede in der Muttersprache zu Protokoll zu nehmen ist.

Wahrhaft ins Lächerliche geht es, wenn ein Richter im protokolларischen Verfahren das Vorbringen eines rechtsunkundigen Streittheils niederschreiben, und dabei den Gevatter Schneider und Handschuhmacher mit „litidkontestation, eventuell, respective, acceptiren, deseriren“ u. dgl. um sich werfen läßt; — oder wenn gar ein Untersuchungsrichter die Selbstvertheidigung eines des Lesens

5) Wieße sich nicht vom „ersten, zweiten, dritten Rechtsgang“ sprechen? Recht,

und Schreibens kaum kundigen Bauernjungen aufnimmt, und diesen ein Langes und Breites über „corpus delicti, dolus, culpa, Indizien, Spezialinquisition“ u. s. w. in gar gelehrten Rechtsausführungen schwätzen läßt!

Vergleichen Verirrungen der Unterrichter machen bei den höheren Gerichtsstellen nie einen guten Eindruck, und werfen auf dieselben nur den Schein, als ob sie mit ihrer Gelehrsamkeit prahlen, oder sich des von ihnen vertretenen Rechtsunkundigen in höherem Grade annehmen wollen, als es der richterlichen Unpartheilichkeit geziemt. Der Richter nehme das Vorbringen des ihm vertrauenden Rechtsunkundigen in ungeschminkter Darstellung auf, und vermeide möglichst die Rechtsausführung. Ist nur das Thatsächliche vollständig entwickelt, das hieraus fließende Recht muß ja der Richter ohnehin kennen, und der rechtsunkundige Betheiligte hat doch wahrlich ein Recht darauf, dasjenige zu verstehen, was der Richter statt seiner in die Verhandlungen niederlegt.

Gehen wir in Kurzem einige der gebräuchlichsten Fremdwörter durch, so begegnet uns zuerst das leidige Wörtchen „respective,“ mit welchem ein großer Unfug getrieben wird. Der Gebrauch dieses Wörtchens enthält stets eine Undeutlichkeit und Unbestimmtheit, und zeigt, entweder daß der Verfasser des Aufsatzes sich seines Gedankens nicht klar geworden, oder daß er zu karg mit Worten ist, und lieber Einen Satz undeutlich hinstellt, als ihn in zwei deutliche Sätze spaltet. Das Wörtchen läßt sich, wenn man klar denkt, jedesmal vermeiden. Am wenigsten zu rechtfertigen ist es in Urtheilsworten, wo es Verwicklungen ohne Zahl auf Kosten des wirklichen Rechts hervorzubringen geeignet ist. Oder ist es etwa nöthig, Beweis-Zwischenbescheide in der Art zu erlassen: „Kläger habe zu beweisen, daß er resp. sein

Besitzvorfahrer 10 Jahre lang über die in Frage stehende Wiese resp. den auf dem Grundrisse mit a bezeichneten Theil derselben gegangen sei" —

„daß A dem B 100 fl. resp. 120 fl. als Darlehen schuldig geworden sei;" —

„Beklagter: daß A dem B die eingeklagte Forderung erlassen resp. geschenkt habe?"

Ist in solchen Fällen das dem Urtheile zu Grunde liegende Vorbringen der Streittheile in thatsächlicher Beziehung deutlich, so wird auch ein Verweissatz ohne Undeutlichkeit und Unbestimmtheit sich bilden lassen: ist das Vorbringen undeutlich, so eignet es sich zur Abweisung in angesdachter Art, und kann keinen Verweisbescheid zur Folge haben. Somit möchten obige Verweissätze richtiger also lauten:

„daß Kläger oder sein Besitzvorfahrer, oder Beide nach einander, 10 Jahre lang über die in Frage stehende Wiese, oder doch über den auf dem Grundrisse mit a bezeichneten Theil derselben gegangen seyen;" —

„daß A dem B 120 fl. oder wie viel weniger, als Darlehen vorgestreckt habe;" —

„daß A dem B das eingeklagte Darlehen geschenkt, oder daß derselbe erklärt habe, solches gegen B nicht einzuklagen zu wollen."

Noch mehr Beeinträchtigung des wahren Rechtsbestandes bewirkt ein „resp." in einer Eidesformel, wobei ein gewissenloser oder leichtsinniger Schwurpflichtiger leicht einen Gedanken-Vorbehalt als Hinterspörtchen ausmachen, und wenn vielleicht gar im vorausgegangenen Verweisverfahren ein „resp." die Rechtskraft erlangt hat, darauf bestehen kann, daß die Eidesformel genau dem Verweissätze angepaßt, mithin das zweideutige „resp." in dieselbe aufgenommen werde. Warum soll B verurtheilt werden, bei Strafe von 10 resp. 20 fl.

über den Ueber des A. nicht zu gehen resp. zu fahren, und alle Kosten zu tragen resp. zu ersetzen? Ist es nicht besser, ihm die Auflage zu machen, bei Strafe von 10 fl. über den Ueber des A. nicht mehr zu gehen und bei Strafe von 20 fl. nicht mehr über denselben zu fahren, dann alle Kosten des Rechtsstreites allein zu tragen. Hierbei könnte höchstens noch der Beisatz zu machen seyn: „und die vom Gegner bestrittenen Kosten diesem zu ersetzen.“

Schleicht sich nun gar ein „resp.“ in eine Bestimmung eines letzten Willens ein, so scheitert öfter alle Auslegungskunst, und weder Ulpian noch Gajus mögen ausflügeln, was denn der Erblasser habe sagen wollen. —

Ein sehr gebräuchlicher, aber ganz zu vermeidender Ausdruck ist: „in concreto“. Setze man doch dafür: „Im vorliegenden Falle“ — „im gegebenen Falle.“ —

Mache man doch aus einem „Primrichter“ (den sinnlose Abschreiber sogar zu einem Reinsrichter entstellen) einen „Unterrichter“; lasse man eine Sache sich nicht „accrochiren“, sondern „es sich darum handeln“ oder „drehen“; gebe man keine „Exception, Replik, Duplik“ sondern eine „Bernehmlassung, Gegen- und Schlussklärung“ ab; drohe man kein „Compelle“ an (was dann wohl der Imperativ von compellere seyn soll?), auch kein „Präjudiz“, sondern „einen Rechtsnachtheil“; setze man keine „peremptorische“, sondern eine „abschließende“ Frist; lasse man sich nicht „contra lapsum fatalium in integrum restituiren“, sondern „gegen Ablauf der Nothfrist in den vorigen Stand einsetzen.“

Die zum Theil sehr fehlerhaft gebildeten Worte: „Probant, Probat, Produzent, Produkt, produktisch, Appellat, appellantis, exceptivisch“ u. s. w. sind zu vermeiden, wenn man durchgehend im

Rechtsstreit vom „Kläger und Beklagten“ spricht, und höchstens die Ausdrücke: „Beweisführer, Beweisgegner, Berufungsgegner“ u. dgl. gebraucht.

Selbst das unsere bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bis ins innerste Leben durchdringende Wörtchen „eventuell“ läßt sich verbannen. Man wird überall mit: „abgesehen hievon“ — oder: „im schlimmsten Falle“ u. dgl. durchkommen.

Im Fache der Strafrechtspflege sind Fremdwörter ohnehin schon seltener im Gebrauche.

Denken wir nur immer, so oft uns ein Fremdwort in die Feder oder in den Mund kommen will, schnell nach, welches deutsche Wort sich füglich an dessen Stelle setzen lasse; wir werden meistens so glücklich seyn, eines zu finden; gebrauchen wir es ungeschreit, nach und nach gewöhnen wir uns an den Wohlklang unserer Muttersprache im Rechtsleben.

3.

Aber auch diese schöne, kräftige, biegsame deutsche Sprache, wie oft wird sie im Rechtsleben mit Worten, Redensarten, Wortfügungen nicht bereichert, sondern entstellt, welche einer guten Darstellung unangemessen sind! Weit entfernt zu fordern, daß jede Schrift eines Anwalts, jedes Protokoll, jede Entschliebung, jedes Urtheil, ein Muster der Sprache sei, sollten wir uns doch möglichster Richtigkeit in Wortbildung und Wortsetzung befleißigen, und mehrere unsere Rechtsprache noch entstellende deutsche Ausdrücke ganz vermeiden. Schon sind die „intemalen und alldiweilen“ der Vergessenheit übergeben, die endlosen geistabspannenden; „In Erwägung, daß 1) . . . 2) . . . 3) . . . , 20) . . .“ u. s. f. werden seltener; aber noch gilt es der Ausmerzung mancher sehr verbreiteten Redensarten.

Was oben vom lateinischen „respective“ gesagt wurde, gilt vom deutschen „eigentlich“ und

„allenfalls“, es zeigt immer von Unklarheit, wenn diese Ausdrücke vorkommen, und es ist hierüber in diesen Blättern Bd. VI, S. 99, 402 das Geeignete bereits gesagt worden.

Ein häßlicher Ausdruck ist: „Jemanden einen Eid anwerfen.“ Bezeichnender als dieser könnte freilich kein Ausdruck für den jetzt herrschenden Gebrauch des Eides seyn, denn er verdeutlicht so recht, wie der Eid als Spielball mißbraucht, unter den Streitenden hin- und hergeworfen und der Heiligkeit des Beweismittels gespottet wird! Besser, jedoch der Sache nicht ganz würdig, ist der Ausdruck: „den Eid zu schieben, zurück schieben.“ Man übersehe die lateinischen Worte: „deferre, referre“ mehr wörtlich mit: „antragen, zurück geben“ und spreche bei nothwendigen Eiden von „auftragen“ durch den Richter, und man erhält eine der Sache angemessene Bezeichnung.

Unsinnig ist oft der Gebrauch des Ausdrucks: „diesem vorgängig“. Denn was mit diesen Worten eingeleitet werden soll, ist gerade einer andern Ausführung nicht vor-, sondern nachgängig. Die Redensart wird also verkehrt gebraucht, und muß heißen: „Dies vorgängig“ oder „dieß vorausgeschickt“⁹⁾ — oder: „hierauf, hiernächst.“ —

Seltam klingt jedenfalls auch der Ausdruck: „Hieraus entbricht sich“ statt: „hieraus folgt“ oder „geht hervor“.

Behalten wir uns ja nicht die Rechtsausführung über die Beweiskraft einer Urkunde „bevor“, sondern „behalten“ wir sie einfach „vor“.

„Lassen“ wir einem Ungeschuldigten einen Umstand oder Beschluß nicht „unverhalten“, sondern „eröffnen“ wir ihm solchen, „benachrichtigen“ wir ihn davon, „setzen wir ihn in Kenntniß“. Dieses „Unverhalten“ riecht nach der Geheimnißkrä-

⁹⁾ Auch gegen diese Ausdrücke walten Bedenken ob. Red.

merei jener Inquisitionögerichte, wo das „Verhalten“ der Anschulldigung dem Angeschulldigten gegenüber die Regel bildete, und er es sich gewissermaßen zur Gnade rechnen mußte, wenn ihm irgend ein Umstand „unverhalten“ blieb.

Nicht minder vermeide man Besonderheiten der Landes- oder Bezirksprache, es sei denn daß sie zur Bezeichnung eines in der Gegend üblichen Rechtsbegriffes oder zur genauen Darstellung einer von einem Zeugen oder einem Angeschulldigten ausgesagten Thatsache nöthig seyen. So ist es fehlerhaft, das Redewort „klagen“ mit dem vierten Falle: „den N. N. klagen“ statt „verklagen“ oder „gegen ihn klagen“ zu setzen: so gebrauche man nicht die Worte: „Verlust, dritterer, überhaupt“ sondern: Verlust, dritter, überhaupt.“

Doch genug über Einzelheiten: Ein Wörterbuch über die fremden Ausdrücke mit Beifügung der passenden Uebersetzung wird wohl Jeder von uns sich selbst anzulegen im Stande seyn.

Befleißigen wir uns, liebe Freunde und Amtsgenossen, die wir berufen sind, die Rechtswissenschaft ins Leben einzuführen, einer reinen und richtigen Sprache; bedenken wir, daß hiedurch ein nicht unwichtiger Beitrag geschieht, um die Kenntniß der Geseze dem Volke zugänglicher zu machen, daß mithin auch das Mittel der Sprachreinheit geeignet seyn mag, die Zahl der Rechtsstreite zu vermindern, und daß wir uns hierbei vorbereiten, um bei der bevorstehenden Oeffentlichkeit und Mündlichkeit an der Rechtspflege jene heilsamen Gesezesverbesserungen, denen wir hoffnungs- und freudenvoll entgegensetzen, recht wirksam ins Leben übergehen zu lassen!

Dr. L o ß.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Anwendung der Kurmainzer Verordnung vom 24. Mai 1798 über gerichtliche Protokollirung der Gutskäufe in den vormalß Mainzischen Gebietstheilen ¹⁾.

Hierüber äußert sich ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 27. Sept. 1844, Reg. Nr. 107^{41/42}: Die hier anwendbare Verordnung vom 24. Mai 1798 spricht aus, daß Kaufsverträge über Immobilien bei Strafe der Nichtigkeit dem Gerichte angezeigt, und von demselben bestätigt werden müssen. Im Falle der unterlassenen Protokollirung soll auf derlei für null und nichtig erklärte Handlungen in vorkommenden Klagsfällen bei gerichtlichen Erkenntnissen keine Rücksicht genommen werden. Es geht hieraus hervor, daß man diese Protokollirung als ein wesentliches Erforderniß der Vollständigkeit des Vertrags erklärt habe, und ohne dieses derselbe nicht als zu Stande gekommen betrachtet werde. So ist auch im proem. Inst. emti venditi (III. 2) bestimmt, daß, wenn die schriftliche Fertigung eines Kaufes nothwendig ist, nur durch dieselbe der Vertrag als vollständig erklärt werde, und vorher beide Theile ohne Strafe zurücktreten können. Der Grund des Gesetzes, Sicherheit der Eigenthumsverhältnisse, stimmt auch damit überein, und unrichtig ist die Behauptung, daß Traktate ein Klagrecht gäben, in welchem Falle das Gesetz geradezu umgangen werden könnte, und alle Wirkung verlöre. Hieran ändert der Umstand nichts, daß eine öffentliche Versteigerung statt fand, weil diese einer gerichtlichen Protokollirung nicht gleich zu achten ist, ja gerade bei solchen Versteigerungen die bedeutendsten Uebervortheilungen sich ereignen können. — Ebensowenig kann eine etwa ent-

¹⁾ S. M. f. N. N. Bd. IX, S. 33.

gegenstehende Observanz in Betracht kommen. C. 2 quae sit longa consuetudo. — Der Beklagte konnte dem Allen zufolge auch nicht zur nachträglichen Protokollierung gezwungen werden; es ist eine Klage weder auf diese, noch auf Entschädigung gegeben; der Kläger mußte die gesetzliche Bestimmung kennen, und hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er durch die Nichtachtung derselben in Schaden kommt ²⁾).

2.

Berufungssumme.

Wenn gegen die Eltern des verstorbenen Schwängerers auf Alimente geklagt wird, so gründet sich die Klage zwar auch auf die Vaterschaft des Verlebten; allein diese Vaterschaft ist nicht Klagsgegenstand, sondern solchen bildet nur die Alimentenforderung; nach deren Betrag ist sohin die Berufungs- resp. Revisionssumme zu bemessen.

DAUE. vom 21ten October 1844, Reg. Nr. 1556^{43/44}.

3.

Gegenerklärung zu dem Aufsatze „Taggelber der Anwälte“ in den Bl. f. RA. 1847, Nr. 25. Mittheilungen aus der Praxis. Ziff. 3.

Es wird hier die Ansicht aufgestellt, daß nach der großherz. Würzburgischen Tarordnung der Anwalt bei Abhaltung auswärtiger Termine nur 5 fl. als gesetzlich bestimmtes Taggeld, nicht aber auch noch 1 fl. für die Abhaltung der Tagfahrt selbst ansprechen könne.

2) Daß auf den Grund eines außergerichtlichen Vertrags über Immobilien, weil solchen die Mainzer Verordnung für gänzlich ungültig erklärt, auch keine Klage auf Vertrags-Protokollierung statt finde, wurde gleichfalls in dem DAUE. v. 29. Jan. 1847, RNr. 1231^{48/49} ausgesprochen.

Diese Ansicht dürfte erhebliche Bedenken gegen sich haben.

Die großherz. Würzb. Tarordnung vom Jahre 1812 (bekanntlich die allerniedrigste der im Königreiche Bayern bestehenden und für die gegenwärtigen Verhältnisse gar nicht mehr passenden Tarordnungen) — verwilligt dem Anwalte in Prozeßsachen für Abhaltung einer Tagfahrt d. h. für die Präsenz bei Gericht und für Pflanzung einer protokolларischen Handlung ein Honorar von 1 fl. — die Tagfahrt mag nun eine Viertelstunde, oder die ganze Vormittagszeit in Anspruch nehmen, sie mag einen einfachen Kontumazialantrag oder die Abgabe einer ausführlichen Vernehmungslage oder Replik betreffen, — der Anwalt erhält hiefür 1 fl., — somit ein Honorar, welches gewiß nicht zu den glänzenden gezählt werden kann.

Wenn nun der Anwalt eine Kommission bei einem, 6 — 8 Stunden von seinem Wohnsitz entfernten Gerichte abhält, so ist es gewiß nicht mehr als billig, daß die Partei, welche sich seines anwaltschaftlichen Beistandes bedient, ihm die Reiseauslagen und Zehrungskosten vergütet.

Hiefür ist ihm denn nun durch die Würzburger Tarordnung ein Taggeld von 5 fl. bestimmt.

Dieses Taggeld dient nun nicht bloß für Vergütung wirklicher baarer Auslagen für Zehrung des Anwaltes, sondern er muß hiezu auch noch den Unterhalt seiner Familie für diesen Tag bestreiten, da er ja, eben seiner Entfernung vom Hause wegen, sich durch Bearbeitung von Prozeß- oder anderen Schriften einen anderweitigen Verdienst nicht verschaffen kann.

Für die Abhaltung der Tagfahrt selbst aber hat der Anwalt gewiß auch ein Honorar anzusprechen, und hiefür ist die Tagfahrtsgebühr zu 1 fl. bestimmt.

Es ist auch bis jetzt noch nicht vorgekommen, daß man dem Anwalte diese Tagfahrtsgebühr entziehen wollte, vielmehr ist solche seither dem Anwalte stets verwilligt und gereicht worden.

Gewiß ist es demnach nicht zu billigen, wenn man dem

Anwalte jetzt erst diesen 1 fl. aus dem Grunde abstreiten will, daß der Anwalt, da er von der Parthei mit täglich 5 fl. besoldet werde, hiefür ihr auch etwas leisten müsse.

Ob der Anwalt durch das Taggeld zu 5 fl. gerade glücklich gemacht wird, steht sehr dahin; — nur in seltenen Fällen wird er einen oder einige Gulden hievon erübrigen können, und diese Erübrigung reicht bei weitem nicht hin, um den Anwalt für das Entgehen des Verdienstes während seiner Abwesenheit nur einigermaßen zu entschädigen.

Der Anwalt hat keine Besoldung, — er lebt von dem, was er, gar oft mühevoll genug, durch Berufsarbeiten sich erwirbt.

Ein Landrichter, ein Kreisgerichts-, ein Appellationsgerichtsrath erhält bei auswärtigen Kommissionen ein Taggeld von 5 — 8 fl., und es geht seine Besoldung deshalb dennoch fort, — nicht aber jene des Anwaltes, aus dem einfachen Grunde, weil er keine hat.

Deßhalb werden denn die Anwälte im ehemaligen Großherzogthume Würzburg von der Gerechtigkeits- und Billigkeitsliebe der Gerichtshöfe und Gerichte wohl auch erwarten dürfen, daß ihnen der Bezug des bestrittenen ein Gulden Tagfahrtsgebühr, wie seither, auch ferner werde belassen werden.

Ein Würzburger Anwalt.

Ankündigung.

Aus Anlaß mehrfacher Aufforderung hat sich die Verlags-handlung der Bl. f. N. A. entschlossen, dieser Zeitschrift zuweilen ein buchhändlerisches Anzeigebblatt, insbesondere für juristische und staatswissenschaftliche Schriften, beizugeben. Bei der großen Verbreitung der Bl. f. N. A., insbesondere auch unter den auf dem Lande wohnenden Rechtsgelehrten, dürfte die Benützung dieses Anzeigebblattes manchen Vortheil gewähren.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 2. Samstag, den 22. Jan. 1848.

Ueber die Befugniß, bei Gericht als Prokurator aufzutreten ¹⁾).

Von R. Bräuer.

In allen Ländern, welche den gemeinen Prozeß entweder vollständig oder doch als Grundlage ihrer Partikulargesetzgebungen beibehalten haben, ist es Regel, daß dem Advokaten zugleich die Rolle des Prokurators von seinem Klienten übertragen wird. In Bayern hatte dieses thatsächliche Verhältniß, das bereits Kreittmayr vorfand, als er die Gerichtsordnung entwarf ²⁾, zur Folge, daß der wesentliche juristische Unterschied zwischen jenen beiden Funktionen zunächst in der Gesetzgebung, dann in der Praxis nicht scharf genug aufgefaßt und durchgeführt wurde ³⁾. Ein seltsamer Verstoß, welchen Kreittmayr bei der Redaktion seines berühmten Werkes beging, hängt hiemit zusammen und mußte dazu beitragen, die Praxis irre zu führen. Das zweite Kapitel der GD. nämlich, das sich mit

¹⁾ Vgl. das in Bd. 12, S. 205 mitgetheilte DAGE.

²⁾ GD. Kap. 2, §. 5. annot. a. Vgl. auch Kap. 7. §. 5, N. 5.

³⁾ Selbst in der Terminologie zeigt sich dieß. Das Wort Anwalt, das noch in der GD. regelmäßig den Prokurator bezeichnet, ist jetzt synonym mit Advokat.

den „gerichtlichen Haupt- und Neben-Personen“ ausschließlich beschäftigt, enthält gleichwohl kein Wort von dem Institute der Prokuratoren und man findet die Bestimmungen über diese wichtige Klasse gerichtlicher Nebenpersonen erst im siebenten Kapitel gelegentlich der Lehre von der Vollmacht vorgetragen.

In den späteren Verordnungen vollends ist der Unterschied zwischen Anwaltschaft und Advokatur fast bis zur Unkenntlichkeit verwischt; allenthalben wird dort die Vereinigung beider Funktionen in einer Person — dem Advokaten — vorausgesetzt und dem Ausleger überlassen zu ermitteln, ob die gegebene Vorschrift für den Advokaten als solchen, oder für den Prokurator, oder für Beide gemeint sei.

Es kann unter solchen Umständen nicht befreunden, wenn die Frage: sind beide Funktionen juristisch gleichzustellen? in manchen Fällen, wo sie einer gründlichen Untersuchung wohl bedürftig wäre, gar nicht aufgeworfen, oder mindestens ohne Weiteres bejaht wird⁴⁾. Die O. D. spricht im Kap. 7, §. 4 pr. klar und deutlich den Satz aus: „Jedermann kann als Anwalt bei Gericht gebraucht werden, dem es nicht ausdrücklich in den Rechten verboten ist. Auch dieser Satz, welchen neuere Verordnungen nur modifizirt, nicht aufgehoben haben, wird in der Anwendung dadurch fast illusorisch, daß man die Verbote auf ihn bezieht, die gegen unbefugte Ausübung der Advokatie gerichtet sind; es scheint daher der Versuch nicht

4) Ist z. B. die Haftungsverbindlichkeit des Advokaten gegen seinen Klienten die nämliche, wie jene des Prokurators? Bedarf der Advokat als solcher einer Vollmacht? Inwieweit lassen sich die durch den Advokaten- eid und die Disziplinarverordnungen den Advokaten auferlegten Verbindlichkeiten auch auf deren Thätigkeit als Prokuratoren beziehen?

überflüssig, die Grenzen seiner Anwendbarkeit festzustellen und zu sichern.

Die O.D. versteht unter Anwalt den Procurator des gemeinen Rechts⁶⁾, während sie mit den Worten Procurator, Gerichtsprorator eine untergeordnete, seit dem Anfange dieses Jahrhunderts aufgehobene Klasse von Advokaten bezeichnet⁷⁾. Als Anwalt sollte nun, laut der eben angeführten Gesetzesstelle, von gewissen Ausnahmefällen abgesehen, Jedermann vor Gericht aufzutreten befugt seyn⁷⁾. Demungeachtet herrscht in der Praxis die Ansicht, es könne die Rolle des Procurators nur von einem verpflichteten Advokaten übernommen werden und man stützt sich hierbei theils auf das in der O.D. Kap. 2, §. 8 ent-

⁶⁾ Kap. 2, §. 5, annot. b. — Kap. 7, §. 1, annot. b, Kap. 7, §. 9, annot. c. Nach Kap. 7, §. 4 annot. i. hat es den Anschein, als verwechselte Kreittmayr den Begriff eines Anwaltes mit dem weit engeren eines Insignationsmandatars. Allein er wollte nur die auch jetzt noch richtige Bemerkung machen, daß man sich gewöhnlich höchstens zum Ehuse der Insignation eigener Procuratoren bediene, die übrigen Procuratursgeschäfte aber dem Advokaten zu übertragen pflege.

⁶⁾ Kap. 2, §. 5 annot. b. o. p. In annot. b. zu Kap. 7, §. 10 hat das Wort die gemeinrechtliche Bedeutung.

⁷⁾ Uebereinstimmend mit dem gemeinen Recht, abweichend von den besonderen für die Reichsgerichte gegebenen Normen. O.D. Kap. 7, §. 4 annot. a. Bei dem Kammergericht und Reichshofrath waren Procuratoren (Agenten) angestellt, durch deren Hände alle Prozeßschriften gehen mußten. Moser, Einleitg. zum Reichshofrathsproz. 2 Aufl. Thl. 4, S. 246. Datz, Grundr. des Reichsgerichtsproz. S. 224. Doch gestattete man den Partheien, sich nebenbei, z. B. bei gerichtlichen Vergleichsversuchen, anderer Procuratoren nach Gutdünken zu bedienen. Moser S. 370. 860; es war hauptsächlich darauf abgesehen, daß die technischen Formen des reichsgerichtlichen Verfahrens beobachtet und die privilegierten Anwälte in ihren Einkünften nicht ver-
fügt wurden, Moser S. 366.

20 Die Befugniß bei Gericht als Prokurator aufzutreten.

haltenes Verbot der Winkelagentie, theils auf neuere, dieses Verbot einschärfende Verordnungen.

Allein, was zunächst den *codex jud.* betrifft, so ist der angeführte §. 8 gegen Winkeladvokaten, keineswegs gegen Winkelanwälte gerichtet. Dafür spricht

1) die Ausnahme des Verbotes in ein Kapitel, daß, wie oben erwähnt, über die Rechtsverhältnisse der Anwälte durchaus keine sonstigen Bestimmungen enthält. Es mußte zum mindesten im Kap. 7, welches von den Anwälten handelt, auf diesen §. 8 Bezug genommen seyn, was nicht der Fall ist.

2) Die Winkelagenten werden in §. 8 „schädliche Beistände“ genannt, ein Ausdruck, der nur auf Advokaten anwendbar ist und angewendet wird^{a)}, da der Anwalt vielmehr als Vertreter seines Klienten auftritt.

3) Es ist nach §. 8 ein Kennzeichen der Winkelagenten, daß sich dieselben fälschlich für „Gerichts- und Rechts-Verständige“ ausgeben. Auf Winkelanwälte bezogen würde dieses Kriterium sinnlos seyn, da die Thätigkeit des Prokurators keine Rechtskunde erfordert^{b)}.

4) Der Winkelagent wird ferner in §. 8 dadurch charakterisirt, daß er nicht gerichtlich verpflichtet und beauftragt sei. Als Anwalt wird aber Niemand verpflichtet und beauftragt; die vorige Argumentation gilt daher auch hier.

5) Je mehr sich die Rechtskunde in eine dem Volk fremde Geheimlehre verwandelt hat, um so mehr mußte die juristische Thätigkeit des Advokaten neben der nichtjuristischen des Anwaltes an überwiegender Wichtigkeit gewinnen und um so

^{a)} *GD. Kap. 2, §. 5. annot. a. — Kap. 7, §. 5. annot. a.*

^{b)} *Bayer's Vorträge, 6 Aufl. S. 200 (195).*

ausschließender mußte die Fürsorge des Staates auf jene juristische Seite sich richten. Von Winkelanwälten ist Nichts zu fürchten, sobald man dem Treiben der Winkeladvokaten gesteuert hat¹⁰⁾. Diese Erwägung führt ebenfalls zu der obigen Interpretation des §. 8.

Es ist nun noch die neuere Gesetzgebung in's Auge zu fassen:

Nach der Advokatenordnung von 1769, §. 6. 7¹¹⁾ muß jede Prozeßschrift durch einen Advokaten unterzeichnet seyn. Diese Bestimmung schränkt das Recht der Partheien, jede beliebige Person als Anwalt zu wählen, in keiner Weise ein, setzt im Gegentheil daselbe voraus, war übrigens allerdings geeignet, die freiwillige Uebertragung der Anwaltschaft an Advokaten immer mehr zur Regel zu machen.

Die Verordnung vom 24. März 1802¹²⁾ §. 7 verbietet ausdrücklich den Partheien, die sich durch ihre Verwandten oder Bekannten vertreten lassen wollen, Advokaten an deren Stelle aufzudrängen. Zugleich wendet sie die in der O.D. Kap. 7, §. 4, Nr. 1, a. E. hinsichtlich der Beamten gegebene Ausnahmsbestimmung auf das gerichtliche Schreiberpersonal an, aus welchem ihre Anwälte oder Rechtsbeistände¹³⁾ zu nehmen den Partheien nicht gestattet seyn soll.

Nach der Verordnung vom 13. Aug. 1804¹⁴⁾

10) Oder: die Thätigkeit des Winkelagenten, der zu gleicher Zeit als Advokat und als Anwalt agirt, ist nur in der ersten, nicht in der zweiten Hinsicht gefährlich.

11) Generaliensamml. v. 1771, S. 34.

12) Novellen zur O.D. I, S. 152.

13) Gerade dieses letztere Verbot wird in der Praxis öfters übersehen, indem man selbst von Amtswegen den Partheien für gewisse Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Schreiber als Rechtsbeistände zutheilt.

14) Novellen zur O.D. II, S. 160.

dürfen „nur die ermächtigten Hofgerichtsbadvokaten bei den verschiedenen Landesstellen die Partheien vertreten.“ Es ist vor Allem zu bemerken, daß diese Verordnung lediglich in einem Provinzialregierungsblatte, mithin nicht gehörig¹⁵⁾ publizirt und ohne Gesetzeskraft ist. Zudem wurde die angeführte Vorschrift einzig für die Obergerichte und zu Gunsten der zufolge der damaligen Organisation den Landgerichtsprokuratoren gegenüberstehenden Obergerichtsbadvokaten gegeben. Auf die Vertretung bei Untergerichten läßt sie sich daher keinesfalls anwenden. Hinsichtlich der Obergerichte scheint die Verordnung von dem früheren Rechte auffallend abzuweichen. Erwägt man indeß, daß bei diesen Gerichten die mündliche Verhandlung einen noch engeren Spielraum hatte, als bei den unteren Instanzen, und daß jeder schriftliche Vortrag seit 1769 ohnehin von einem Advokaten unterzeichnet seyn mußte, so wird die Vermuthung fast zur Gewißheit, die Novelle habe nur beabsichtigt, jene ältere Vorschrift neu einzuschärfen und es sei in der Redaktion die gewöhnliche Verwechslung von Advokatur und Procuratur — daher der ungeeignete Ausdruck „vertreten“ — mit untergelaufen.

Was endlich das Ministerialreskr. vom 25. Mai 1813¹⁶⁾ betrifft, so ist in Seuffert's Komm. I, S. 294 nachgewiesen und in dem oben Note 1 allegirten oberstrichterlichen Urtheil anerkannt, daß dasselbe ebenfalls auf Gesetzeskraft keinen Anspruch hat. Will man indeß annehmen, es sei in diesem Reskripte die richtige Terminologie eingehalten, so spricht es mehr für als gegen die Identität der Begriffe „Winkelagentie und Winkeladvokatie“, indem es neben der „Beistands-

15) Seuffert's Comment. I, S. 7.

16) Novellen zur O.D. III, S. 144.

leistung“ zwar die Abfassung von Prozeßschriften, nicht aber auch die mündliche Vertretung vor Gericht als Winkelagentie behandelt.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist: Jeder kann nach wie vor als Prokurator vor Gericht auftreten, den nicht eine der speziellen in Kap. 7, §. 4, Nr. 1 der O.D. enthaltenen Ausnahmsbestimmungen trifft; nur müssen die Schriften, welche der Prokurator einreicht, von einem recipirten Advokaten unterzeichnet seyn. Wenn nun auch, wie schon erwähnt, die freiwillige Uebertragung der Prokurator an Advokaten dem Interesse der Prozeßführenden zu sehr entspricht, als daß sie nicht längst hätte zur Regel werden sollen, so ist doch ein Fall hervorzuheben, in welchem die erörterte Frage häufig zu praktischer Wichtigkeit gelangt: der Fall der Uebernahme von Prokuratorgeschäften durch Konzipienten. Er gestaltet sich meist so, daß der zugleich als Anwalt bevollmächtigte Advokat zu einer Verhandlung, welcher er verhindert ist persönlich beizuwohnen, seinen Konzipienten substituirt. Viele Gerichte weisen solche Substituten ab, aber — sofern die bisherige Deduktion richtig ist, — ohne gesetzlichen Grund. Denn, kann Jeder als Anwalt auftreten, warum gerade ein Konzipient nicht? Kann Jedermann ganze Prozesse ohne alle Mitwirkung eines Advokaten (von der Schriftenlegalisation abgesehen) als Anwalt durchführen, warum sollte der Konzipient nicht befugt seyn, einzelne Handlungen als substituirtter Anwalt durchzuführen? Vorausgesetzt wird, wie sich von selbst versteht, daß der Vollmachtspunkt berichtigt ist, entweder unmittelbar durch die Parthei, die etwa in dem Termine persönlich erscheint, oder durch den bevollmächtigten Advokaten, welcher von der ihm ertheilten Substitutionsbefugniß Gebrauch macht. Daß die Substitutionsklausel in ihrer herkömmlichen Fassung

schon hinreicht, die Substitution auch eines Nichtadvokaten zu rechtfertigen, unterliegt keinem Zweifel. Allerdings mögen Manche, indem sie ihren Advokaten ermächtigen, „einen anderen Anwalt zu substituiren,“ zunächst die Substitution eines anderen Advokaten deshalb im Sinne haben, weil gewöhnlich, wenn es die Umstände gestatten, ein solcher in der That substituiert wird. Dieses rein thatsächliche Verhältniß kann aber den juristischen Sinn des Wortes Anwalt nicht ändern, welches gleichbedeutend mit Prokurator ist. Auch kennen und erwägen nur Wenige genau den Umfang der Vollmacht, die sie ausstellen; offenbar unstatthaft wäre es, ihren Willensäußerungen auf bloße Möglichkeiten hin einen anderen als den geschlichen richtigen Sinn unterzustellen. Wer daher der Substituierung eines Konzipienten vorzuziehen wünscht, mag seinem Anwalt ausdrücklich die Beschränkung auferlegen, einen anderen Advokaten als Anwalt zu substituiren.

Es wurde oben dargethan, daß dem Gesetze der Begriff eines Winkelprokurators fremd sei, daß es nur Winkeladvokaten kenne. Aus dieser Unterscheidung ergab sich sodann das Recht des Konzipienten, Prokuratorgeschäfte zu übernehmen. Wäre indeß jene Argumentation eine unzulängliche und der Begriff der Winkelagentie auf Prokuratoren im Allgemeinen anwendbar, so würde selbst dann die Thätigkeit eines substituirten Konzipienten noch keineswegs als Winkelagentie erscheinen. Denn letztere charakterisirt sich

1) äußerlich dadurch, daß sie gewerbmäßig und um Lohn betrieben wird¹¹⁾. Der

¹¹⁾ Seuffert's Comment. I, S. 294. Vgl. das mehrmals allegirte oberstrichterliche Erl. Unzuverlässig ist das Merkmal der Heimlichkeit. Sollte man einen Winkelagenten, der sein Gewerbe öffentlich und unverholen übt, gerade um dieser Dreistigkeit willen gewähren lassen?

prokurirende Konzipient leistet nur Aushülfe und bezieht gewöhnlich kein Honorar, sondern dieses fällt dem Advokaten zu, für welchen er fungirt hat. Sollte es aber auch vorkommen, daß ihm der Advokat sein Honorar überläßt, so fehlt es doch noch immer an dem entscheidenden Kriterium der Gewerbmäßigkeit.

2) Noch weniger, wo möglich, treffen die Kennzeichen zu, welche das Treiben des Winkelagenten innerlich charakterisiren: Aufhebung, namentlich der unteren Klassen, zu muthwilligem Prozessiren, rücksichtslose Vertretung ungeredhter Ansprüche, Alles in gewinnsüchtiger Absicht¹⁸⁾. Niemand wird in dieser Schilderung den Konzipienten erkennen, der in einem ohne sein Zuthun, oft ohne sein Vorwissen entstandenen Prozeß diese oder jene Handlung vornimmt, nicht selten die Akten nur sehr unvollständig kennt, daher über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Sache kein Urtheil und jedenfalls keine andere Absicht hat, als den ihm ertheilten Auftrag gebührend zu vollziehen¹⁹⁾.

18) O. R. 2. §. 8. B. v. 13. Aug. 1804, Nr. 4. Man vergl. die in der Anm. zu §. 8 cit. abgedruckte Paraphrase eines älteren Schriftstellers, der die Winkelagenten Feinde Gottes, der Menschheit und der Gerechtigkeit, Ausgeburten des Teufels, die Quintessenz menschlicher Niederträchtigkeit nennt. Solche Prädikate auf den harmlosen Stand der Staatsdienstadtspiranten zu beziehen, wäre gewiß unbillig und in mancher Hinsicht bedenklich.

19) In der kürzlich erschienenen „Einleitung in den bayer. Civilprozeß“ von Dr. Plochmann findet sich S. 132 folgender Satz:

„Daher kann auch ein Prokurator für seinen Prinzipal nicht solche Handlungen vornehmen, welche zu dem Geschäft eines Advokaten gehören; dieß sind aber Handlungen, wozu besondere Rechtskenntnisse nothwendig

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Bei den nach den Verordnungen vom 1ten und 2ten Dezember 1806 (RB. 1806, S. 467. 1807, S. 39) organisirten vormaligen Klosterpfarreien dürfen in die diesen Pfarreien zugewiesene baare Kompetenz die Erträgnisse der bei diesen Pfarreien bestehenden Jahrtagsstiftungen nicht eingerechnet werden.

Zur Rechtfertigung dieser Behauptung ist in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 6ten Juli 1844 Nr.: 543^{42/43} angeführt:

1) Schon nach den Bestimmungen des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Februar 1803

dig sind, namentlich die Abfassung von Schriften und das mündliche Rezensiren. Thut er es dennoch, so macht er sich einer Winkelagentie schuldig.“

Dieser Satz unterliegt einigen Bedenken; der Advokat leistet Beistand durch Erörterung des Rechtspunktes, der Procurator handelt stellvertretend. In Schriften und mündlichen Rezensen spielen stellvertretende Handlungen eine eben so große Rolle, als Rechtsdeduktionen. So gehören z. B. die meisten Klagen, Exzeptionsrezepte, die sich auf negative Streiteinlassung beschränken, Beweisantretungen u. s. w. rein in die Klasse der stellvertretenden Handlungen, folglich in das Gebiet der Procuratur. Häufig sind beide Elemente gemischt, reine Rechtsdeduktionen sind selten. Nur von Letzteren darf man sagen, sie seyen ausschließlich dem Wirkungskreise der Advokaten zugetheilt. Schriften und Rezepte, die ausschließlich in das Bereich der Procuratur fallen, können von Jedermann abgefaßt, resp. zu Protokoll gegeben werden, natürlich unbeschadet der gesetzlichen Bestimmungen über Schriftenlegalisation. Bei Rezensen und Schriften anderen Inhalts endlich ist die Frage, ob Winkelagentie vorliege, nach der Individualität des Falles verschieden zu beantworten. Ein rezensirender Konzipient z. B. wird als Winkeladvokat in dem oben erörterten gesetzlichen Sinne des Wortes kaum jemals betrachtet werden können, er mag in seinem Rezens noch so viele „besondere Rechtskenntnisse“ entwickelt haben.

lag dem Staate die Verbindlichkeit ob, die zu den aufgelösten Clistern und Klöstern gehörig gewesenen Pfarreien aus Staatsmitteln zu fundiren, indem ihm nach §. 35 dieses Staatenvertrags das Vermögen der Stiftungen und Klöster nicht nur zur Erleichterung seiner Finanzen, sondern auch zum Behufe des Aufwands für den nothwendigen Gottesdienst überlassen wurde.

2) In den organischen Verordnungen vom 1ten und 2ten Dezember 1806 hat der Staat auch wirklich die sogenannten organisirten Pfarreien des vormaligen Bisthums P und des Kirchensprengels A mit einer aus der k. Staatskasse jährlich zu entrichtenden baaren Kompetenz fundirt, indem er in diesen Verordnungen ausdrücklich erklärte, mit Einvernehmen der bischöflichen Ordinariate die Dotation dieser Pfarreien auf das Staats-Aerar in der Art übernommen zu haben, daß den Pfarrern ihre Kompetenz bei den treffenden Rentämtern angewiesen worden sei.

3) Wäre es bei Organisirung dieser Pfarreien in der Absicht der k. Regierung gelegen gewesen, die den Pfarrern zu bestimmende jährliche Kompetenz zum Theil auch auf andere Zuflüsse, insbesondere auch auf die Erträgnisse der gestifteten Jahrtäge hinzuweisen, so hätte dieses um so mehr gleich bei Fundirung dieser Pfarreien ausgesprochen werden müssen, als der k. Regierung (s. unten Nr. 8) die Befugniß nicht zusteht, an der einmal festgesetzten Foundation späterhin einseitige Abänderungen zu treffen.

4) Daß die den organisirten Pfarreien ausgeworfene baare Kompetenz aus Staatsmitteln und nicht aus anderen Zuflüssen verabreicht werden solle, hat die k. Regierung auch faktisch dadurch anerkannt, daß sie, unerachtet sie in einer frühern Verordnung vom 3ten Februar 1804 angeordnet hatte, daß die Jahrtagsdeputate in die Pfarreien

künfte eingerechnet werden sollten, dennoch nach dem Erscheinen der mehrerwähnten organischen Verordnungen vom Jahre 1806 die volle Kompetenz derlei organisirten Pfarreien viele Jahre hindurch durch die k. Rentämter wirklich verabsolgen ließ.

5) Eine besondere Interpretation dieser organischen Verordnungen hat die k. Regierung in ihrer am 4ten Juli 1807 über die Jahrtagsdeputate erlassenen Verordnung dahin gegeben, daß diese Jahrtagsdeputate als in der ausgeworfenen Kompetenz mitbegriffen nicht betrachtet werden könnten, sondern den Pfarrern für die Haltung dieser Jahrtage nebst ihren übrigen Pfarreigefällen zufließen sollten.

6) Der k. Regierung stand über diese Jahrtagsdeputate gar kein Dispositionsbrecht zu, da sie keinen Bestand des Vermögens der aufgehobenen Klöster bildeten, sondern auf besonderen von den Klöstern und Stiftern verschiedenen Privatstiftungen beruhten, was k. Regierung gleichfalls faktisch wieder dadurch anerkannte, daß sie bei Inkammerung des Klostervermögens in das allgemeine Staatsvermögen diese Jahrtagsdeputate dem Staatsvermögen nicht einverleibte, sondern bis hieher gesondert verwalten ließ.

7) Diese Jahrtagsdeputate sind aber auch unverkennbar den eigentlichen Stolgebühen gleich zu achten, welche in den organischen Verordnungen den Vorstehern organisirter Pfarreien nebst ihrer jährlichen Kompetenz noch besonders zugewiesen sind, und welche, während die Kompetenz aus dem Pfarrvermögen für die eigentlichen pfarramtlichen Berrichtungen, als Spendung der heiligen Sakramente und Abhaltung des Pfarrgottesdienstes u. dgl. verabreicht wird, für Berrichtung besonderer kirchlicher Handlungen, nämlich der Seelenämter und Seelenmessen bestimmt wurden.

Schenk Inst. jur. canon. T. I, §. 310,
T. II, §. 696.

Walter's Kirchenrecht §. 202.

8) War aber einmal die Pfründe dieser organisirten Pfarreien mit einer auf die Staatskassa hingewiesenen baaren Kompetenz fundirt, dann stund der k. Regierung die Befugniß nicht mehr zu, durch Reskript des Finanzministeriums vom 20ten September 1815 hieran eine Aenderung zu treffen. Dem k. Finanzministerium fehlte es nicht nur überhaupt an der Kompetenz, eine von dem Ministerium des Innern nach Einvernehmung der Ordinariate regulirte Kompetenz wieder abzuändern, sondern die k. Regierung konnte überhaupt einseitig ohne Erholung der bischöflichen Einwilligung eine Veränderung hievon nach

cap. I X ut ecclesiastica beneficia sine diminutione conferantur.

Anmerkungen zum bayerischen Civilrechte Th. V,
Tit. 19, §. 17 lit. g, dann §. 30, Nr. 1.

Walter's Kirchenrecht §. 224 und 261

nicht treffen; um so weniger, als schon die Regulirung der Kompetenz nach Einvernehmung der treffenden Ordinariate geschehen war, und schon hiedurch die Natur eines vom Staate mit der Kirche abgeschlossenen Vertrages angenommen hatte.

9) Noch weniger konnte aber eine solche Aenderung nach dem Erscheinen der Verfassungsurkunde und dem mit demselben verbundenen Konkordate erfolgen.

Konkordat, Art. VIII. Verfassungsurkunde Tit.
IV, §. 9, Beilage V, §. 46.

So wie denn

10) überhaupt jede diminutio beneficii nach den Gesetzen als unzulässig erklärt ist.

L. III, Tit. 12, X ut ecclesiastica beneficia sine diminutione conferantur.

L. III, Tit. 39, X de censibus ex actionibus et procurationibus.

2.

Der Käufer eines dem Retrakt unterworfenen Guts wird dadurch, daß er dasselbe während des gesetzlichen Retrakts-termins anderweit ganz oder zum Theil verkauft hat, von der Retraktsklage nicht befreit.

(Oem. und bayer. Recht.)

Ueber die Natur und Eigenschaft der Retraktsklage, ob sie nämlich eine dingliche, oder rein persönliche Klage, oder doch als eine actio in rem scripta zu betrachten sei, sind die Meinungen der Rechtsgelehrten verschieden¹⁾.

In den Kreittmayr'schen Anm. zum bayer. Landrecht Th. IV, Kap. 5, §. 10, Nr. 3 wird gesagt: „die *Condictio ex lege vel consuetudine*, welche dem Retrahenten zusteht, sei, wo nicht gar *actio realis*, doch wenigstens zu jenen Personalklagen gehörig, welche zugleich in *rem scriptae* sind, und *contra quemcunque rei possessorem* instituit werden mögen.“

Dieser doktrinenen Ansicht entsprechen die Bestimmungen des Landrechts a. a. O. §. 5, Nr. 6, und §. 10, Nr. 3, 4. Die letztere Gesetzstelle verbietet dem Käufer innerhalb des *ad retrahendum* gesetzlich bestimmten Termins merkliche Veränderungen an der Sache zu machen, insonderheit sie zu veräußern, noch sonst etwas vorzunehmen, was zur ungebührlichen Beschwerde oder Schmälerei des Guts, oder zur Erschwerung des Einstandes gereichen würde; „indem Alles, was er sich gegen dieses Verbot erlaubt, nicht nur in Ansehung des Einstehens, sondern auch eines Dritten keine Kraft hat, und anbei jenem aller dadurch verursachter Schaden ersetzt werden muß.“

¹⁾ Baldy Näherrecht. Buch I, Spist. 4, §. 2, S. 233. (Ausg. 3.) Maurenbrecher deutsch. Privatrecht, §. 315, Note 4. (Ausg. 2.)

In den Anmerk. zu dieser Gesetzstelle wird sub lit. c noch insonderheit angeführt „daß man, ob schon das Landrecht nur von dem gefährlicheren weise verursachten Schaden spreche, deßfaß doch keinen Dolus mehr zu beweisen brauche, denn wer et was gegen ausdrückliches Verbot thue, sei *eo ipso in dolo*.“

In der andern Gesetzstelle (§. 5, Nr. 6) ist bezüglich der Erbfosung verordnet, daß wenn die Sache innerhalb des gesetzlichen Retraktstermins etwa durch mehrere Hände gehe, der Einstehet immer nur den Kauffchilling zu bezahlen habe, welchen jener, dem man von Freundschaftswegen einzustehen sucht, zu empfangen hatte.

Als Grund hievon wird in den Anmerkungen zu dieser Stelle lit. d angegeben, „theils weil gedachte Befreundte nur in den ersten, nicht in in den letzten Kauf eintreten, theils weil die weitere Alienation, welche noch intra dictum terminum geschehen ist, nach §. 10, Nr. 3, 4 ohne hin keine Kraft hat, mithin Retrahentibus weder Schaden noch nützen kann.“

Diesem Allen zu Folge ist der Umstand, daß der erste Käufer, gegen welchen die Retraktklage auf Abtretung des retrahirten Guts, gegen Erstattung des dafür gezahlten Kaufgeldes, angestellt wurde, daß Gut entweder gar nicht mehr oder nicht mehr vollständig besitzt, indem er dasselbe während des Retraktstermins ganz oder theilweise anderweit verkauft hat, irrelevant und es kann daraus, weil die Retraktklage immer nur gegen den Besitzer der retrahirten Sache anzubringen ist, kein Grund abgeleitet werden, einen Mangel der passiven Sachlegitimation des Beklagten anzunehmen und deßhalb die Klage angebrachtermaßen abzuweisen.

Denn der Retrahent hat dem Beklagten nur denjenigen Kauffchilling zu entrichten, um welchen dieser das Gut gekauft hat, und die vom

letztern während des gesetzlichen Retraktstermins vorgenommene Veräußerung ist ipso jure ungiltig, weil er hiebei in dolo versirte. Sie kann daher dem Kläger nicht präjudiziren.

Der Beklagte ist dessenungeachtet noch als Besitzer der Sache, resp. des Ganzen zu betrachten, weil er sich seines Besitzes dolose entäußert hat — dolo possidere desit — und in diesem Falle tritt der Rechtsgrundsatz ein: „dolus pro possessione est.“²⁾

Dieser Grundsatz gilt nicht bloß bei der *Rei vindicatio*³⁾ und *Hereditatis petitio*⁴⁾, sondern auch bei andern auf Herausgabe einer Sache gehenden Klagen, so namentlich bei der *actio ad exhibendum*⁵⁾, welche zu den *actionibus in rem scriptis* gehört⁶⁾, er muß daher auch bei der Retraktklage in Anwendung kommen, da dieselbe nach den Anmerkungen zum bayer. Landr. a. a. D. §. 10, Nr. 3 wenigstens dieser Art Klagen beizuzählen ist.

Nach dieser Ansicht wurde am 10. Juli 1847 oberstrichterlich erkannt.

MÜLLER Nr. 185 ⁴⁵/₄₀.

2) Fr. 131. 150. de reg. jur. *

3) Fr. 27, §. 3. de R. V. (6, 1.).

4) Fr. 13, §. 14, do H. P. (5, 3.)

5) Fr. 14 ad exhib. (10, 4.)

6) Glück Comment. Bd. XI, §. 743, S. 223 und 426.

Nachtrag zu Seite 22, Note 16.

Moriz bemerkt in seiner neueren Novellensammlung S. 918, er habe sich mit eigenen Augen überzeugt, daß das fragliche Rescript „von S. Majestät dem König Maximilian selbst erlassen“ sei. Diese Notiz dient jedoch keineswegs, wie Moriz glaubt, zur Berichtigung der im Kommentar aufgestellten Ansicht über die verbindende Kraft des Rescriptes. Denn für's Erste ist das Zeugniß einer Privatperson bei solchen Fragen ohne Gewicht und zweitens bleibt nach wie vor der Mangel der Publikation. Dabei nimmt auch das oben allegirte oberstrichterliche Erk. auf die Berichtigung von Moriz keine Rücksicht.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 3. Samstag, den 5. Febr. 1848.

Ueber die Anwendung des ädilischen Edikts unter
Käuflenten.

Es ist eine Handelsübsance, daß der Käufer sogleich nach Empfang der Waare sie zu untersuchen und, im Falle der Unzufriedenheit damit, dem Absender Nachricht zu geben habe, so daß, wenn dieß unterlassen wird, der Käufer als verzichtend auf den Gebrauch des ädilischen Edikts erscheint¹⁾.

Diese, auch durch handelsgerichtliche Urtheile anerkannte Gewohnheit will in der Praxis zuweilen dahin gedeutet werden, als wenn der Käufer aller sonstigen Schritte zur Geltendmachung der Ansprüche aus dem ädilischen Edikte, außer der gedachten Benachrichtigung, überhoben sei, so daß der Verkäufer sich noch nach Verlauf von Jahren die Heimschlagung der Waarensendung, oder die Preisverminderung dafür gefallen lassen müsse, wenn ihm nur anders die Unzufriedenheit des Empfängers gehörig erklärt worden.

Solcher Annahme dürfte jedoch ein Mißverstehen des fraglichen Handelsgebrauches zum Grunde liegen.

¹⁾ Vgl. Wittermaier's Grundsätze des gen. deutschen Privatrechts, §. 503, Nr. II (edit. VII.)

Gemeinrechtlich ²⁾ mag der Käufer sechs Monate und beziehungsweise ein Jahr zuwarten, bis er von der Befugniß Gebrauch macht, das Kaufsobjekt wegen eines in den Bereich des ädilitischen Edikts fallenden Mangels zu rehibiren, oder auf Minderung des Kaufpreises zu dringen.

Die Anwendung dieser gemeinrechtlichen Vorschriften über Verjährung würde aber dem Handel sehr schaden, weshalb sich *ex opinione necessitatis* die kaufmännische Gewohnheit gebildet, daß der Käufer seine Unzufriedenheit dem Verkäufer in weit kürzerer Frist, deren Verlauf sich nach dem Ortsgebrauche richtet ³⁾, zu erklären schuldig sei.

Der Verkäufer, zu dessen Vortheil allein die *Usance* geschaffen worden, soll dergestalt in den Stand gesetzt werden, sofort über die Sendung, wenn er die Bemängelung des Käufers für begründet erachtet, anderweit disponiren, und sich gegen die Chancen sicher stellen zu können, welche Wechsel der Preise und Moden für aufgelagerte Waaren im Gefolge haben.

Mit jener außergerichtlichen Mittheilung an den Verkäufer ist aber die Sache für den Käufer noch keineswegs abgemacht, vielmehr muß derselbe das betreffende Rechtsmittel auch binnen gesetzlicher Frist im Wege der Klage oder Einrede (vgl. *GD. VI*, §. 10) geltend machen, wenn er nicht an dem Einwande der Verjährung scheitern will.

Seine Verpflichtung ist in der fraglichen Beziehung eine doppelte, — eine merkantilrechtliche und eine gemeinrechtliche; die merkantilrechtliche Verbindlichkeit bringt es mit sich, daß er in

²⁾ *Seuffert's pr. PR. §. 206.* Nach preuß. Rechte besteht eine Frist von 6 Monaten oder 3 Monaten, je nachdem die Mängel die Sache selbst, oder nur äußere Eigenschaften betreffen. I, 5. §§. 343 u. 344.

³⁾ *Mittermaier a. a. D. Nr. IV.*

usancemäßiger Frist dem Verkäufer der Waaren seine Unzufriedenheit anzeige; die gemeinrechtliche Verbindlichkeit, daß er mit dem einschlägigen Rechtsmittel noch vor Ablauf der Verjährungszeit bei Gericht hervor trete.

Der Kaufmann, welcher seine Waaren absetzt, kann nicht schlechter gehalten seyn, als jeder andere Verkäufer; es würde dem kaufmännischen Verkehr, und dem Verkäufer von Handelswaaren zumal, dessen Vortheil doch — wie bereits erwähnt — die mehrbesprochene Handelsgewohnheit bezweckt, nicht nützen, sondern wesentlich schaden, wenn dieser nach Jahren noch den Ehnanen des Käufers ausgesetzt wäre, und mit demselben über die Mängel einer Waarensendung noch rechten müßte.

Die Gründe, welche für eine abgekürzte Verjährungszeit der Rechtsmittel aus dem ädilitischen Edikte überhaupt sprechen — Herstellung eines sicheren Rechtszustandes und Abschneidung von Prozessen über alte Händel — treten bei dem kaufmännischen Handel nur noch stärker hervor.

Eine außergerichtliche Mahnung, wenn man die Benachrichtigung des Verkäufers von der Unzufriedenheit mit seiner Sendung hiefür gelten lassen wollte, unterbricht auch nicht die Extinktion verjährung der Klage ⁴⁾.

Der Kaufmann wird dem Allen gemäß seine Unzufriedenheit mit der erhaltenen Waarensendung in usancemäßiger Frist dem Verkäufer anzuzeigen haben, wenn er nicht als verzichtend auf den Gebrauch des ädilitischen Edikts erscheinen will, gleich

⁴⁾ Seuffert's pr. PN. §. 29. Endres in Fr. v. Buz Rhein's Beitschrift f Theorie und Praxis des bayer. Rechts, Bd. I, S. 133 u. f.; Bl. f. RN. 12. S. 365 — 6. U. Pr. RN. I, 5, §. 345. „Läßt der Uebernehmer diese Fristen verstreichen, ohne die Klage wider den Geber gerichtlich anzumelden, so geht sein Recht verloren.“

wohl aber an die civilrechtliche Verjährungszeit mit dessen gerichtlicher Geltendmachung gebunden seyn.
Dr. Feust.

Ueber Festsetzung des Beweisfaßes bei der *condictio indebiti*.

Unsere Gerichtsordnung stellt im Kap. IX, §. 3 über Festsetzung des Beweisfaßes zwei Hauptregeln auf:

- 1) Soll man die Geschichte, nicht aber das Recht selbst beweisen,
- 2) Ist kein Theil schuldig, den Beweis dessen, was er schlechterdings verneint hat, auf sich zu nehmen.

Beide Sätze erleiden jedoch mancherlei Ausnahmen. Insbesondere ist der Grundsatz festzuhalten, daß, wenn das Civilrecht bei einem Rechtsverhältnisse eine besondere Bestimmung über Beweislast enthält, diese den Vorzug vor den Vorschriften der Gerichtsordnung habe, daher die Anwendung Letzterer ausgeschlossen ist, insofern sie mit den Gesetzen des Civilrechts nicht in Uebereinstimmung gebracht werden kann ¹⁾.

Zu 1) Es ist ohnehin nicht verwerflich, daß, wenn eine Thatsache durch einen gangbaren juristischen Ausdruck bestimmt bezeichnet wird, dieser Ausdruck zur Abkürzung in den Beweisfaß aufgenommen werde ²⁾. Wollte man die Regel, daß nur Geschichtliches in den Beweisfaß aufzunehmen sei, streng durchführen, und alle Rechtsbegriffe aus Beweisauflagen verbannen, so dürften selbst Beweisauflagen, wie diese:

¹⁾ Seuffert Komm. z. O. D. Bd. III, S. 20.

²⁾ Seuffert a. a. D. S. 7. — Bayer Vorträge zu Martin 7. Aufl. S. 432.

„Kläger habe zu beweisen, daß er dem Beklagten 300 fl. als Darlehen vorgestreckt habe;

Beklagter: daß Kläger ihm diese 300 fl. später geschenkt habe“ —

oder:

„Kläger habe zu beweisen, daß er dem Beklagten einen goldenen Ring geliehen habe“

sich nicht rechtfertigen lassen, denn die Worte: Darlehen, Schenken, Leihen, enthalten keine Thatfachen, sondern Rechtsbegriffe, die erst wieder durch Erzählen dessen, was bei Eingehung des Rechtsgeschäftes geschah, in die einzelnen Thatfachen aufgelöst werden müßten. Dessenungeachtet wird wohl Niemand die Zulässigkeit, Beweisfaße in obiger Art festzusetzen, bezweifeln: denn dergleichen Rechtsbegriffe sind allgemein bekannt, die Ausdrücke auch dem Rechtsunkundigen verständlich; die angeführte Stelle der Gerichtsordnung kann mithin nicht in der Ausdehnung zur Anwendung kommen, daß die Zerlegung jedes Wortes, welches einen Rechtsbegriff enthält, in die kleinlichsten thatsächlichen Umstände nöthig würde.

Bei dinglichen Klagen läßt sich schon nach O. Kap. IV, §. 7, Nr. 3 und den Anmerkungen hiezu eine allgemeinere Fassung des Beweisfaßes nicht vermeiden, eben so, wenn neben dem Klagegrunde noch die Sachlegitimation zu beweisen ist. Oder sollten etwa Beweisfaße, wie diese:

„Kläger habe zu beweisen:

- a) daß Titius dem Beklagten am 300 fl. als Darlehen vorgestreckt habe, und
- b) daß er Erbe des Titius aus dessen Testament geworden sei;“ —

oder

- a) „daß er Eigenthümer des Ackerb. Plan Nr. 1020 der Markung von H. sei, und
- b) von diesem Acker aus seit 10 Jahren über

den Acker des Beklagten. Plan Nr. 1021 gefahren sei;“
unzulässig seyn?

Zu 2) Verneinungen in den Beweisfaß mitaufzunehmen, wird hauptsächlich in den Fällen der *actio negatoria* (wosern der Beweis der Freiheit von der Dienstbarkeit vom Kläger gefordert wird) und der *condictio indebiti* nicht zu umgehen seyn. Besonders bei der letzten Klage wird gewöhnlich alle Kunst des Juristen scheitern, die Geseze des Civilrechts mit den Regeln des Prozeßes zu vereinen. Die Vorschriften nämlich, welche das Civilrecht über den Beweis bei der *condictio indebiti* gibt, sind von der Art, daß der Beweisfaß ohne Einstreuung von Rechtsbegriffen und Verneinungen gar nicht wird gefaßt werden können²⁾.

Zur Erläuterung diene folgender Fall:

Der Müller A. war dem Juden B. 1826 ein Darlehen von 400 fl. schuldig geworden, und hatte ihm 1828 eine Abschlagszahlung von 100 fl. geleistet. A. starb, und dessen Ehenachfahre H.⁴⁾ will nun durch falsche Vorpiegelungen des B. zu dem Glauben verleitet worden seyn, als sei A. dem B. noch mit 550 fl. nach Abrechnung obiger 100 fl. verhaftet gewesen; er zahlte daher an B. im Jahre 1833 abschlägig 170 fl. und 1836 nach dem Tode des B. an dessen Erben 380 fl. H. ward erst später darüber aufgeklärt, daß die Gesamtschuld des A. nicht 650 fl., sondern nur 400 fl. betragen hatte, forderte daher von den Erben des B. 250 fl. als gezahlte Nichtschuld zurück. Die

²⁾ Auch in dem in Gert's prakt. Erörterungen unter Nr. XXIV, S. 220—231 vorgetragenen Falle war es nicht möglich, den Rechtsbegriff „ohne Rechtsverbindlichkeit“ aus dem Beweisfaße wegzulassen.

⁴⁾ Der Fall ereignete sich an einem Orte, wo Gütergemeinschaft besteht.

Erben des B. läugneten die ihnen und ihrem Erblasser geleisteten Zahlungen nicht, wohl aber die Nichtschuld und daß H. durch falsche Vorspiegelungen ihres Erblassers zum Glauben an einen höheren Schuldbetrag gebracht worden sei; zugleich behaupteten sie, daß außer dem Darlehen von 400 fl. U. dem B. auf ein beim k. Landgerichte L. am 3. Sept. 1829 protokolliertes Schuldbekennniß noch weitere 250 fl. Darlehen schuldig geworden sei. Diese Schuld aber ward von H. um so mehr widersprochen, als sich das Originalprotokoll vom 3. Sept. 1829 in der Registratur des k. Landgerichtes L. nicht auffinden lassen wollte.

Vorerst ist es hier klar, daß die angestellte Klage jene auf Zurückzahlung einer Nichtschuld (*condictio indebiti*) ist. Sie findet gegen den Empfänger der Nichtschuld, hier die Erben des B., welche nach dessen Tode noch 380 fl. von H. in Empfang nahmen, statt⁵⁾. Die *condictio furtiva* kann, wenn auch der Kläger angab, durch betrügerische Vorspiegelungen des B. zur Mehrzahlung verleitet worden zu seyn, als angestellt nicht angenommen werden, weil nicht behauptet wurde, daß die Empfänger, nämlich die Erben des B., den von ihrem Erblasser angeblich gespielten Betrug gekannt haben⁶⁾.

Ueber Regulirung der Beweislast gibt hier aber daß fr. 25, §. 2 de cond. ind. Ziel und Maß:
 „Sin autem pro parte quaeritur, quod pars pecuniae solutae debita non est . . . ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit....⁷⁾“

⁵⁾ Fr. 49 de cond. indeb. (12, 6). Seuffert Pandkt. § 436. Glück Pand. Bd. XIII, §. 833, S. 111.

⁶⁾ Seuffert a. a. O. Nr. 4 a). (Kam nicht auch *condictio ob injustam causam* in Frage? R.).

⁷⁾ Glück a. a. O. S. 116 und Bd. XXI, §. 1143, S. 372.

Der Beweis der Ueberzahlung oder theilweisen Zahlung einer Nichtschuld haftet also nach klarer civilgesetzlicher Bestimmung auf dem Kläger. Dieser hat überhaupt bei der *condictio indebiti* drei Punkte zu beweisen: 1) daß eine Zahlung geschehen, 2) daß die Zahlung eine Nichtschuld gewesen, 3) daß sie aus Irrthum geschehen sei.

Der erste Punkt war im gegebenen Falle nicht widersprochen; der zweite Punkt ließ sich in Thatfachen nicht auflösen, denn in der Behauptung, mehr, als die Schuld betrug, gezahlt zu haben, liegt immer eine Verneinung, welche auf einen Rechtsbegriff geht. Der Mangel an thatsächlichem Vorbringen war auch nicht von der Art, daß die Klage angebrachtermaßen abzuweisen gewesen wäre, denn das Gesetz fordert zur Begründung der Klage mehr nicht, als die Behauptung der irrthümlichen Zahlung einer Nichtschuld. Die Negation konnte auch nur insoferne eingeschränkt werden, als die Beklagten selbst behaupteten, A. sei dem B., außer den im Jahre 1826 entnommenen 400 fl., noch weitere 250 fl. auf gerichtliches Protokoll v. 3. Sept. 1829 schuldig geworden. Der Beweis der Nichtschuld ließ sich also auf diese 250 fl. beschränken. Weiter aber ließen sich die prozessualischen Regeln über Feststellung des Beweisfaßes durchaus nicht anwenden, denn es war unmöglich, die Worte: „nicht schuldig“, welche sowohl einen Rechtsbegriff als eine Verneinung enthalten, der Beweisauflage zu entziehen.

Was den dritten Punkt angeht, so soll der Kläger nach fr. 25 cit. auch einen gerechten Grund seines Irrthums (*justam ignorantiae causam*) beweisen. Dieser Grund lag hier in der behaupteten Hintergehung des H., welcher von der ursprünglichen Eingehung der Schuld durch seinen Chefvorfahrer keine eigene Kenntniß hatte, und durch falsche Vorspiegelungen des B. zur Meinung

eines Mehrbetrags der Schuld gebracht worden seyn wollte.

Das einschlägige Appellationsgericht, welches nach O. D. Kap. I, §. 10, da die beklagten Erben in verschiedenen Untergerichtsbezirken wohnten, in erster Instanz urtheilte, legte dem Kläger den Beweis auf:

„a) daß A an B 250 fl. auf gerichtliches Schuldbekenntniß vom 3. September 1829 nicht schuldig geworden sei;

b) daß B ihm vorgespiegelt habe, er schulde nach einer von A geleisteten Abschlagszahlung zu 100 fl. an ihn noch 550 fl.“

Kläger ergriff die Berufung an den obersten Gerichtshof, weil er ganz vom Beweise frei seyn wollte, allein dieser bestätigte im Erkenntnisse vom 19. Mai 1846 (Reg. Nr. 1627^{43/44}) das Erkenntniß erster Instanz zu a), strich jedoch den Satz b), weil sich aus dem Vorbringen der Beklagten, daß noch eine am 3. Septbr. 1829 protokollierte Schuld bestanden habe, von selbst ergebe, daß, wenn diese Schuld nicht bestanden habe und dennoch Zahlung geschehen sei, die Zahlung selbst nach eigener Angabe des beklagten Theils irrtümlich erfolgt seyn müsse^{*)}.

Unser gemeines Civilrecht stammt aus einer Zeit, wo man förmliche Beweisinterlokute mit starrer Rechtskraft der abgemessenen gleichsam auf die Goldwage gelegten Worte des Beweisjahres nicht kannte; die Kollision desselben mit den Regeln des Prozeßes über Beweisaufgaben mag zeigen, wie nützlich es seyn wird, die jetzt üblichen Beweisinterlokute aus der künftigen Prozeßgesetzge-

*) Ueber die originelle Weise, wie der — allerdings höchst schwierige — Beweis des Klägers angetreten wurde, und ob eine Führung desselben in der versuchten Art zulässig oder möglich war, kann vielleicht später eine weitere Mittheilung folgen.

lung zu verbannen, und dem Beweisverfahren eine freiere Bewegung zu gönnen. Sehr beherzigendwerth erscheint, was in dieser Beziehung über die Rechtspflege in der Pfalz Bd. XII, S. 193—199 dieser Blätter vorgetragen ist. Dr. Loh.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Vom Verzicht auf das Einstandsrecht.

(Nach dem bap. Landrecht.)

Nach Th. IV, R. 5, §. 13, Nr. 2 wird für eine ausdrückliche Renunciation auf den Einstand erachtet, wenn der Retraktsberechtigte auf vorläufiges Anbot erklärt, daß er nicht kaufen wolle. Ein stillschweigender Verzicht desselben wird nach Nr. 4 ibid. aus seinem Stillschweigen in dem Falle angenommen, wenn er bei der Kaufabrede nicht nur gegenwärtig gewesen, sondern ihm auch dabei das Anbot ausdrücklich geschehen ist. Außer solchem Anbot aber schadet ihm (nach Nr. 5 ib.) weder die Gegenwart bei der Kaufabrede, noch das bloße Stillschweigen. — Bezüglich der Zeit des Einstands wegen Blutsverwandtschaft (Erblosung) bestimmt das Landr. a. a. D. §. 4, Nr. 5 und 6, daß, „wenn der getroffene und beschlossene Kauf dem Freund mit allen seinen Umständen einmal kund gemacht und angeboten worden ist, so läuft das Jahr gleich von selber Zeit an ohne Unterschied, ob die obrigkeitliche Insinuation und Extradition geschehen sei oder nicht. Ist aber jezt gedachtes Anbot und Verkündung nicht geschehen, so wird obverständener Jahrstermin verdoppelt und hat mithin Retrahens statt einem Jahre zwei zum Besten.“

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen geht hervor, daß die Bekanntmachung des geschlossenen

Kauf für sich allein nicht genügt, sondern nebst dieser auch die Anbietung des Kaufs an den Retraktberechtigten nothwendig erfordert wird. Es muß ihm der abgeschlossene Kauf mit allen seinen Umständen kundgemacht und angeboten werden. Geschieht ihm die Verkündung ohne das Anbieten, so ist er nicht verbunden, sich sofort wegen des Einstands zu erklären und es steht ihm dessen Ausübung so lange frei, bis die gesetzliche Frist abgelaufen ist.

Hiernach kann auch in dem Fall ein Verzicht nicht angenommen werden, wenn der Retraktberechtigte, nachdem ihm der Kauf zwar angezeigt, aber hiebei nicht ausdrücklich angeboten wurde, erklärt, daß er gegen den Kaufvertrag nichts einzuwenden finde, weil er damit noch nicht ausgesprochen hat, daß er nicht kaufen wolle, und seine erwähnte Erklärung unter diesen Umständen nur dahin zu verstehen ist, daß er gegen die Vertragsbedingungen und den Kaufpreis nichts zu erinnern gefunden habe.

Cf. MUG. v. 10. Juli 1847. Reg. Nr. 185⁴³.

2.

Bur Lehre von der Gewohnheit.

Es ist sehr erfreulich, wahrzunehmen, wie die Fortschritte der Wissenschaft in die Rechtsanwendung übergehen. Diese Bemerkung gilt von den Motiven eines MUG. vom 21. Juli 1847 (Nr. 787^{42/43}), aus welchen wir folgende Sätze entnehmen:

1) die Gewohnheit wird gestört, wenn zwischen den gleichförmigen Handlungen andere auf entgegengesetzter Regel beruhende vorgekommen sind. Dessenungeachtet bleibt es immer denkbar, daß ein anerkannter Rechtsatz zuweilen nicht angewendet wird, indem in dem einzelnen Falle eine irrige Meinung sich geltend macht, oder Unkenntniß diese Wirkung hervorbringt. Das Wesen der Sache redet

zirt sich darauf, daß durch die von der *consuetudo* abweichende gegentheilige Handlung keine (Volk's) Ueberzeugung indizirt sei, welche derjenigen, die der Regel zu Grunde liegt, widerstreitet.

2) Die Handlungen sollen sich lange Zeit hindurch wiederholen (*consuetudo inveterata, diuturna, longaevus usus*). Die Beurtheilung der Zeitdauer ist dem richterlichen Ermessen überlassen. Es kommt hier, wie bei der Mehrheit der Handlungen, — darauf an, zu verhüten, daß das Individuelle, Zufällige, Vorübergehende durch den täuschenden Schein, welchen es annehmen kann, fälschlich als Kennzeichen einer zum Grunde liegenden gemeinsamen Rechtsüberzeugung angesehen werde.

3) Daß Erforderniß der *opinio necessitatis* (der gemeinsamen Ueberzeugung der Handelnden) ist nicht so zu deuten, daß in jeder Handlung, welche als Erkenntnißmittel eines behaupteten Gewohnheitsrechtes gebraucht werden soll, diese Grundlage einer gemeinsamen Ueberzeugung positiv erkennbar und nachzuweisen seyn müsse; — vielmehr erscheint es als genügend, wenn nur bei einer Handlung, auf welche sich als auf eine Uebung des Rechtsfalles berufen wird, nicht schon an sich betrachtet, der Mangel einer rechtlichen Volksüberzeugung sich hervorthut.

4) Der Satz, es dürfe die Gewohnheit nicht auf einem Irrthume beruhen¹⁾, ist so zu verstehen: „Was ursprünglich auf keinem vernünftigen Grunde beruht, und doch durch Gewohnheit beibehalten ist, dient nicht zur auch für die Zukunft oder für andere Fälle beizubehaltenden Norm.“ Was auf Irrthum beruht, hat offenbar keinen vernünftigen Grund für sich. Immerhin muß jedoch

1) Vgl. fr. 39 de legibus mit const. 1 quae sit longa consuel. (8, 53).

der Irrthum von der Art seyn, daß er die die Gewohnheit bildende Ueberzeugung ausschließt.

5) Daß Erforderniß der Rationabilität der Gewohnheits-Norm ist nicht in einem positiven Sinn aufzufassen, es sollen vielmehr dadurch nur die ganz widersinnigen, dem sittlichen Gefühle widerstrebenden Gewohnheiten abgewehrt werden.

6) Man sagt ferner, die Handlungen, aus welchen das Daseyn eines Gewohnheitsrechtes nachgewiesen werden soll, müssen actus publici gewesen seyn. Hierbei wird nach der Natur der Sache nichts Anderes vorausgesetzt, als daß die fraglichen Handlungen nicht verheimlicht worden seyen. Diese Verheimlichung würde der Annahme der opinio necessitatis entgegenstehen.

7) Konsens des Gesetzgebers braucht nicht vorzuliegen, wenn nur nicht das Gegentheil erhellt.

3.

Von den Kosten des Verfahrens über eine gesuchte Restitution.

In den Motiven eines DAGE. v. 13. Juli 1840 (Nr. 755^{35/30}) kommt hierüber vor: „Das Gesuch selbst und die auf die Instruktion bezügliche Dekretur wurden offenbar nicht durch Verschulden des Imploraten hervorgerufen. Anders ist es jedoch mit der Protokollarverhandlung selbst. Hat nämlich der klagende Theil das von dem Gegner angebrachte Restitutionsgesuch widersprochen, während doch der Richter solches für begründet annahm, so ist er als Veranlasser der treffenden Verhandlung anzusehen. Bei diesen Verhältnissen mußten sonach die auf den Restitutionspunkt erslaufenen Kosten gemäß Nr. 3, §. 4, Kap. 17 der Gerichtsordnung verglichen werden.“

Vgl. Comment. über die G.D. Bd. 4, S. 214 — 215.

4.

Umfang der Kirchen- und Schulbaulast.

Unstreitig lag dem Staats-Merar die Bau-

pflcht hinsichtlich eines Schulhauses ob und die Frage, ob die Kosten der Vergrößerung des Schulhauses, welche durch Vermehrung der Glieder der Schulgemeinde nothwendig geworden, ebenfalls von dem Baupflichtigen zu bestreiten sind, wurde von dem treffenden Appellationsgerichte bejahend entschieden. Das Fiskalat appellirte und suchte besonders auch geltend zu machen, daß eine Analogie der Grundsätze über Kirchenbaulast hier nicht eintreten könne. Der oberste Gerichtshof bestätigte aber das appellationsgerichtliche Erkenntniß und sagte in den Entscheidungsgründen namentlich: Sobald die Baupflicht an ein Gebäude geknüpft ist, welches, wie hier das Schulhaus, einen bestimmten Zweck hat, so muß sie sich auch allen Veränderungen accommodiren, die zur Erreichung dieses Zweckes unvermeidlich werden, weil die Mittel dann von dem Zwecke unzertrennlich sind. Die aus den Grundsätzen über Kirchenbaulast entnommene Analogie ist nicht ausgeschlossen, weil es nicht auf den Entstehungsgrund der Last, sondern auf die durch den Zweck herbeigeführte Nothwendigkeit der Erweiterung anzukommen hat, die bei Schulen und Kirchen gleichmäßig eintreten kann¹⁾.

5.

Prozessualische Verbindlichkeit, einschlagende Urkunden beizulegen.

In einer Rechtsache gegen den kgl. Fiskus, Nachlaß an fixirtem Zehent betr., hatte es auf den Inhalt der abgeschlossenen Zehentfixationsverträge, so wie auf Voraussetzungen anzukommen, welche in kgl. Verordnungen über diesen Gegen-

1) DAGE. v. 25. Okt. 1847. 1128^{45/46}. — Bei Kirchen sind für die Baupflicht des im Allgemeinen Pflchtigen auch bei nothwendigen Erweiterungen: Reinshardt, über kirchliche Baulast, S. 90; Gründler, über die Verbindlichkeiten zum Beitrag der Kosten zur Erhaltung und Wiederherstellung der Kultusgebäude, S. 2.

stand vorgezeichnet waren. Von klägerischer Seite war unterlassen worden, der Klagschrift die Firationöverträge abschriftlich beizulegen, was den Vertreter des Fiskus zu dem Antrage auf Abweisung in der angebrachten Art veranlaßte. Dieser Antrag blieb ohne Erfolg. Beilegung von Urkunden „ist nach klarer Vorschrift der G.D. IV, §. 12 nur dann nothwendig, wenn sich der Kläger selbst auf Dokumente bezieht, wodurch der Streit ohne allen andern Beweis gehoben werden kann, was hier im Interesse der Kläger nicht der Fall ist, weil zur Begründung der Klage noch andere faktische Momente gehören, als welche aus den fraglichen Verträgen zu entnehmen sind. Wollte und glaubte der k. Fiskus, daß aus diesen Verträgen sich die sofortige Abweisung der Klage rechtfertigen lasse, so war es seine Sache, dieselben in Abschrift zu übergeben, da die von ihm selbst allegirte Stelle der G.D. XI, §. 5, Nr. 1 vorschreibt, daß Urkunden, worauf man sich in der Klage, Antwort, Rez und Duplik beziehe, sogleich unter der Kap. IV, §. 12 der G.D. enthaltenen Voraussetzung mit vorgelegt werden sollen, und es sich hier nicht um die Begründung der Klage, sondern um eine Einrede des k. Fiskus handelt. Es lag daher kein Grund vor, die Klage in der angebrachten Art abzuweisen.“

MOE. vom 7. Dec. 1846. Nr. 180^{43/44}.

6.

Vertretung des Haussohns durch den Vater. Cura absentis.

Es war wegen Defloration und Kindesnahrung gegen einen landesabwesenden Haussohn geklagt und auf Beiladung des Vaters angetragen. Der Beklagte, obwohl ihm noch die Ladung gehörig zugestellt worden, erschien zur Verhandlung nicht, wohl aber der Vater, welcher den Krieg befestigte und Einreden vorbrachte. In den Vorinstanzen wurde der beklagte Haussohn für ungehorsam erachtet, und mit Ausschuß der Einreden, auf Verweis des Klägers

grundes erkannt. Der oberste Gerichtshof reformirte, aus folgenden Gründen: „Der Beklagte steht noch unter väterlicher Gewalt, und es hätte demnach dessen Vater, wenn auch die Klägerin nicht auf Abcitation desselben angetragen hätte, doch von Amtswegen zur Verhandlung beigelesen werden müssen, weil der Sohn keine facultatem standi in judicio hat, und der Vater der gesetzliche Stellvertreter des Haussohns ist. **OD. Kap. III, §. 6 in notis.** Derselbe ist auch im Verhandlungstermine erschienen und hat nicht nur für sich, sondern auch für seinen Sohn eventuell excipirt. Dieser kann daher nicht für contumax angesehen werden, noch bedarf die Handlung des Vaters einer besonderen Vollmacht oder Ratifikation des Haussohnes, weil das Recht des Vaters zur Vertretung seines Sohnes schon im Gesetze liegt, und der Vater denselben jure proprio zu vertreten nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist. Daher kommen alle Einreden, welche der Vater im Verhandlungstermine vorbrachte, auch dem Sohne zu Statten.“

„Die Aufstellung eines Kurators für den abwesenden Haussohn war nicht nothwendig, weil der anwesende Vater gesetzlicher Vertreter seines Sohnes ist.“

DAUE. vom 27. Juli 1847, Nr. 674^{40/41}.

7.

Zur Lehre von der Sachwalter-Vollmacht.

Wurde eine Klage in der angebrachten Art abgewiesen, und nun zur Geltendmachung desselben Anspruchs eine neue Klage eingereicht, so bedarf es keiner neuen Bevollmächtigung des klägerischen Sachwalters, sofern die frühere Vollmacht überhaupt auf Verfolgung des in der früheren wie in der neueren Klage gleichmäßig erhobenen Anspruchs gerichtet war.

Bgl. DAUkt. Nr. 180^{42/41}.

Blätter

f b r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 4. Samstag, den 19. Febr. 1848.

Ueber den Thatbestand des Verbrechens der Verletzung öffentlicher Treue und Glaubens durch Staatsdiener. Art 340, I.

Öffentliche Beamte, welche sich durch absichtliche Verfälschung, Verfälschung oder Unterdrückung von Amtsprotokollen, oder anderer zu ihrem Amte gehörenden Urkunden oder Akten, eines Betrugs schuldig machen, sollen, es sei ein Schaden daraus entstanden oder nicht, die Absicht sei, welche sie wolle, nach Art. 340, I nebst der Dienstentsetzung in die nach Art. 337 angedrohte Strafe verurtheilt werden.

Hiernach fragt es sich, ob jede von einem Beamten an einem Protokolle oder sonstigen Aktenstücke begangene Fälschung, ganz abgesehen von dem Zwecke, zu welchem sie geschah, oder ob nur diejenige von derlei Fälschungen, welche vorgenommen wurde, um sich einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, oder um einen Andern in Schaden zu bringen, daß in margine des eben angezogenen Artikels benannte Verbrechen der Verletzung öffentlicher Treue und Glauben durch Staatsdiener bilde? Erwägt man, daß die hier im Art. 340 hervorgehobene von öffentlichen Beamten an zu ihrem Amte gehörigen Urkunden verübte Fälschung

sich nur im Subjekt von der durch einen Privaten verschuldeten Fälschung einer öffentlichen Urkunde unterscheidet, so folgt, daß Alles, was hinsichtlich des Verbrechens der Fälschung öffentlicher Urkunden von Seiten der Privaten gilt, auch auf das in diesem Art. 340 hervorgehobene besondere Verbrechen der öffentlichen Beamten in Anwendung zu bringen ist, daß das Gesetz auch bei diesem Verbrechen die Strafbarkeit der Handlung zunächst nach dem in ihr enthaltenen Angriffe auf den Staat abgemessen hat, und somit, was in diesem Art. noch besonders hervorgehoben ist, einen wirklich entstandenen Schaden zur Vollendung dieses Verbrechens nicht erfordert ¹⁾).

Wenn aber hiebei der eben erwähnte Artikel noch weiter anführt, daß dieses Verbrechen vorhanden sei, die Absicht der Fälschung sei gewesen, welche sie wolle, so kann der Gesetzgeber hier mit dem Worte Absicht nicht den Zweck, sondern nur den Beweggrund derselben haben bezeichnen wollen, wie dieses die Anmerkungen zum besagten Artikel Bd. III, S. 114 deutlich besagen, wo es heißt: „Es kommt daher nicht darauf an, welches der Beweggrund oder die Absicht der Handlung war, ob sie aus Günst, Haß oder Eigennutz herstamme u. s. w. —“

Allein immer wird nach dem weiteren Inhalte des fraglichen Artikels zum Begriffe dieses Verbrechens erfordert, daß sich ein Beamter durch eine Fälschung einer öffentlichen Urkunde eines Betrugs schuldig gemacht habe, d. h. daß er durch die Fälschung falsche Thatsachen für wahr ausgeben, oder wahre Thatsachen unterdrückt, oder vom fremden Betrüge Gebrauch gemacht habe, um sich selbst einen unerlaubten Vortheil

¹⁾ Anmerkungen zum StGB. Bd. III, S. 101 und 104, Nr. 6.

zu verschaffen, oder einen Andern in Nachtheil zu bringen (Art. 256, I). Nur unter Voraussetzung dieser Absicht oder dieses Zweckes ist ein Betrug in strafrechtlichem Sinne denkbar, und wollte man annehmen, der Art. 340 habe unter dem Beisatze, die Absicht sei, welche sie wolle, den Zweck der Handlung bezeichnen wollen, so würde dieser Artikel unverkennbar einen Widerspruch in sich selbst enthalten, indem er bei diesem Verbrechen einmal einen Betrug, sohin die Absicht oder den Zweck, sich einen unerlaubten Vortheil oder einem Andern einen Nachtheil zu erzeugen, voraussetzen, zugleich aber auch die entgegengesetzte Bestimmung dahin enthalten würde, daß es auf die Absicht oder den Zweck der Handlung bei diesem Verbrechen gar nicht anzukommen habe.

Wohl aber sind Beweggrund und Zweck oder Absicht einer Handlung an sich verschieden, und die in dem mehrerwähnten Artikel angeführten Handlungen können aus den verschiedenartigsten Beweggründen vorgenommen worden seyn, ohne daß die Absicht derselben auf Erlangung eines positiven Vortheils oder auf Benachtheiligung eines Andern gerichtet war²⁾. — Hieran ändern auch die Anmerkungen nichts, wenn sie Bd. III, S. 98 zum Eingange des Kapitels von Verbrechen wider öffentliche Treue und Glauben sagen, der Betrug als Privatverbrechen sei aufgefaßt worden nach dem Zwecke, wie er nämlich auf Beeinträchtigung am Privateigenthum oder an der Person abziele, der Betrug als Staatsverbrechen sei aber aufgefaßt nach dem Gegenstande, an welchem die Fälschung unabhängig vom Zwecke des Betrugs verübt werde. Denn nicht zu erwähnen, daß, wenn hiernach bei dem Verbrechen wider öffentliche Treue

²⁾ Bl. f. R. A. Bd. VI, S. 174.

und Glauben durch Staatsdiener von der best-
 trüglichen Absicht der Urkundenfälschung abge-
 sehen werden sollte, diese Stelle der Anmerkungen
 mit dem Texte des Gesetzes in Widerspruch treten
 würde, so dient diese Stelle der Anmerkungen als
 Einleitung zum ganzen fünften Kapitel, und
 hat sonach nicht sowohl das im Art. 340 speziell
 hervorgehobene als alle in dem erwähnten Kapitel
 angeführten Verbrechen zum Gegenstande, und will
 nur andeuten, daß und warum das Gesetz zwischen
 Fälschung von Privaturkunden und öffentlichen
 Urkunden einen Unterschied gemacht, und letztere
 härter bestraft habe. Dieß ergibt sich unverkenn-
 bar aus dem Zusammenhange dieser oben hervor-
 gehobenen Stelle der Anmerkungen, mit dem Fol-
 gefatze, welcher in unmittelbarer Verbindung sagt:
 „Daher ist ein zur Verkürzung der schuldigen Staats-
 abgaben, obgleich durch einen falschen Stempel ver-
 übter Betrug, wenn keine Fälschung öffentlicher
 Dokumente oder Siegel voranging, nicht nach dem
 gegenwärtigen Artikel zu bestrafen, dagegen wird
 derjenige, welcher zu einem Betruge wider das
 Eigenthum oder die Person eines Privaten
 eine Fälschung öffentlicher Dokumente begeht, nicht
 jenes Privatverbrechens des Betrugs, sondern des
 Staatsverbrechens schuldig. Immer wird daher ein
 Betrug vorausgesetzt.“ Es ist hiedurch deutlich
 genug, daß diese Stelle der Anmerkungen an dem
 im Art. 340 aufgestellten Begriffe nichts ändern
 wollte. Zwar wird, insoferne als nach Art. 23, I
 Verlust aller Würden, Staats- und Ehrenämter
 schon gesetzliche Folge der Zuchthausstrafe ist, nach
 der oben aufgestellten Interpretation der Staats-
 beamte, welcher sich einer Fälschung der ihm an-
 vertrauten öffentlichen Urkunden schuldig
 macht, in der Wirklichkeit nicht härter bestraft,
 als er auch abgesehen vom Art. 340 nach Art. 337
 schon bestraft werden mußte; allein der Zweck des

Art. 340 ist, daß von einem Staatsdiener an einem ihm anvertrauten Dokumente begangene Verbrechen der Fälschung als ein Amtsverbrechen zu bezeichnen, und die Strafe der Dienstentsetzung darauf zu setzen, welche Dienstentsetzung nach Art. 22, I zwar von selbst den Verlust aller Staats- und Ehrenämter zur Folge hat, allein überdies den selbstständigen Charakter einer Ehrenstrafe an sich trägt.

Von dieser Ansicht ausgehend hat der oberste Gerichtshof am 20. Juni 1845 (Nr. 96^{41/45}) ein loßsprechendes Erkenntniß erlassen, während in erster Instanz bei dem Mangel einer betrügerischen Absicht der Thatbestand des im Art. 340 bezeichneten Verbrechens angenommen und ein verurtheilendes Erkenntniß erlassen worden war. G.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Aus dem Umstande, daß eine Gewerbsgerechtigkeit unter einem lästigen Titel erworben wurde, folgt nicht, daß solche eine reale sei.

In dieser Beziehung äußert sich ein obersterliches Erkenntniß vom 28. Okt. 1844, Reg. Nr. 1192^{42/43}: Allerdings zeichnet sich eine reale Gewerbsgerechtigkeit von einer persönlichen dadurch aus, daß sie veräußert und vererbt werden kann. Allein dieses war bisher kein Hinderniß, daß auch persönliche Gerechtigkeiten in Form eines Kaufes, oder überhaupt cessionweise, und zwar in der Art veräußert wurden, daß der persönlich Berechtigte gegen Bezahlung einer gewissen Kaufs- oder Cessionssumme auf seine Gerechtigkeit zum Besten eines Dritten verzichtete, und die hiedurch erledigte Gerechtigkeit mit Bewilligung der Obrigkeit auf diesen Dritten überging, wie schon von

Reittmayr in seinen Anmerkungen zum Landrecht Th. V, Kap. 27, §. 21 litt. d erwähnt. — Aber auch nach der Verordnung vom 1. Dez. 1804, die Handwerksbefugnisse betreffend (Regierungsbl. v. J. 1805, S. 43), kann aus dem Umstande, daß eine Gerechtigkeit titulo oneroso erworben worden ist, noch nicht deren reale Eigenschaft gefolgert werden. In dieser Verordnung ist nirgends ausgesprochen, daß jede Gerechtigkeit, welche unter einem lästigen Titel erworben, als eine reale zu betrachten sei; wohl aber sind in ihr die selbst ursprünglich realen Gerechtigkeiten in verschiedener Hinsicht beschwert und beschränkt, indem solche ursprünglich reale Gewerbe um keinen höhern Preis verkauft werden sollten, als um welchen sie selbst erworben worden waren; ferner dieselben im Konkurse nicht zur Masse gezogen werden, und Cessionen einer solchen Gerechtigkeit selbst nur unter der Voraussetzung stattfinden sollten, wenn sie früher titulo oneroso erworben gewesen. Die Cession einer Gerechtigkeit setzte daher hiernach immer voraus, daß diese als eine reale anerkannt, und titulo oneroso erworben war, aus welchen Bestimmungen aber der Schluß, daß jede titulo oneroso erworbene Gerechtigkeit eine reale sei, nicht gezogen werden kann. Vgl. Bd. 11, S. 94.

2.

Bur Lehre vom Retrakt nach bayer. Recht.
(Unvermögenheit des Retrahenten.)

Nach dem bayer. Landrechte Th. IV, Kap. 5, §. 12, Nr. 4 soll der Einstand bei des Einstehers kundbarer Unvermögenheit nicht zugelassen werden. Nach den Anm. zum Landr. a. a. O. §. 5 lit. i ist es jedoch im Effekte einerlei, ob der Einstehrer mit selbsteigenem oder mit fremdem und aufgeborgtem Gelde retrahire; so fern er nicht etwa dadurch nicht sowohl für sich, als vielmehr für andere ein-

zustehen suchte, was nach §. 12, Nr. 5 unerlaubt ist, und ebensowenig dürfen auch die Kinder von ihren Eltern selbst, welchen sie in den Verkauf eintreten wollen, das Geld hiezu entleihen. Da es also, von diesen besonderen Fällen abgesehen, einerlei ist, ob der Einstreher mit eigenem oder mit erborgtem Gelde retrahirt, so kann unter der im oben allegirten Gesetze erwähnten, den Retrakt ausschließenden Unvermögenheit des Einstreher's nicht sowohl der Mangel eigenen Vermögens, sondern überhaupt die Unfähigkeit zur Aufbringung der Mittel, welche zur Prästation der dem Einstreher obliegenden Leistungen nothwendig sind, verstanden werden.

: Wenn daher der Beklagte die Einrede der Unvermögenheit des Retraktklägers bloß darauf stützt, daß das demselben gerichtlich ausgezeigte Vatergut die zu vergütende Kaufsumme nicht decke, wogegen Kläger erwiedert, daß er sich seiner Zeit über die erforderlichen Mittel schon ausweisen werde, so erscheint die in solcher Art vorgebrachte Einrede nicht hinreichend begründet.

In keinem Falle kann aber der Beklagte verlangen, daß sich Kläger schon vorläufig ausweise, daß er die Mittel zur Realisirung des Einstandes besitze oder aufzubringen vermöge. Zum Klagegrunde gehört bloß die Angabe des Verhältnisses, auf welchem der geltend gemachte Retrakt beruht, und das Faktum des Verkaufs, wodurch die Ausübung des Retrakts veranlaßt wurde ¹⁾.

Die Erfüllung der Kaufbedingungen, insonderheit die Vergütung dessen, was der Käufer vom Kaufschillinge bereits bezahlt und außerdem wegen des Kaufs aufgewendet hat, gehört nicht zum

1) Baldy Näherrecht. I. Bd. 4. Hauptst. §. 5, S. 238.
(Ausg. 3.) Schmidt Lehrb. v. Kl. u. Einreden. §. 917.

Klaggrunde, sondern zum künftigen Vollzug des Einstandes, welchem die rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe des retrahirten Guts an den Kläger gegen Erfüllung der diesem obliegenden Prästanda vorhergehen muß. (RN. a. a. D. §. 10, Nr. 1, 2.) Diese gegenseitigen Verbindlichkeiten kommen alsdann, wie die Ann. zu §. 5 lit. c am Ende sagen, Zug für Zug in Erfüllung und es kann die Extradition des Gutes nur gegen Bezahlung oder Deponirung der Vergütungssumme begehrt werden. So wenig Beklagter verbunden ist, dem Judikate vorher zu genügen, ebensowenig ist er berechtigt, die Zahlung vor der Gutsübergabe zu verlangen. Er kann also auch nicht fordern, daß Kläger sich schon vorläufig ausweise, die erforderliche Summe seiner Zeit bezahlen zu können.

cf. DAGE. v. 10. Juli 1847, Reg. Nr. 185^{43/40}.

3.

Auch bei Besißklagen genügt zur Klagbegründung die *causa proxima seu generalis*, und brauchen die einzelnen Handlungen, aus welchen sich der behauptete Besiß ergeben soll, in der Klage nicht angegeben zu werden.

(Vgl. Bd. VII, S. 107.)

Hierüber äußert sich ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 15. Nov. 1844, Nr. 1381^{42/43}: „Bei dieser Klage muß der Besiß, und die das possessorische Rechtsmittel um Schutz im Besitze mitbegründende Besißstörung unterschieden werden. Hinsichtlich des Besißes genügt die allgemeine Angabe des Klägers, daß die fraglichen Wald-distrikte sich von jeher in seinem Eigenthumbesitze (ordentlichen Besitze) befunden haben, vollkommen zur Begründung des erhobenen Interdicts *uti possidetis*. Denn der Besiß als solcher ist immer dinglicher Natur (Bayer. RN. Th. II, Kap. 1, §. 10 und Ann. hierzu, so wie zu Kap. 5, §. 1),

und so wie bei Realklagen die *causa proxima* seu *generalis* hinreicht,

Anmerkungen zur O. Kap. IV, §. 7, Nr. 3., so kann auch bei Besitzklagen vom Kläger spezielle Angabe derjenigen Handlungen nicht gefordert werden, aus welchen sich der behauptete Besitz ergeben soll. — Bei diesen possessorischen Rechtsmitteln als persönlichen Klagen bildet vielmehr die *causa remota* seu *specialis* die vom Verklagten ausgegangene Besitz = Störung, und als solche wurde vom Kläger bestimmt die im Monate November 1840 von der verklagten Gemeinde vorgenommene Handlung bezeichnet, nach welcher sie die Fuhrleute des Klägers verhindert haben soll, das gefällte Holz in den fraglichen Waldsdistricten abzufahren.“

4.

Eine hinsichtlich des Kostenpunktes platzgreifende Beschwerde bedovolt eine die Hauptsache betreffende Beschwerde, hinsichtlich welcher es an der erforderlichen Summe fehlt, nicht mit zu dem höhern Richter.

Hierüber kommt in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse v. 10. Decbr. 1844 (Nr. 1232^{43/41}) vor: „Der §. 58 des Gesetzes vom 17. Nov. 1837 enthält ein unbedingtes Verbot des Einflusses der Nebensache auf die Hauptsache bei Berechnung der Berufungssumme, was schon aus dem Schlusssatz: „Auch Zinsen, Kosten, Schäden, Früchte, als Nebensache zu oder aberkannt, kommen hiebei nicht in Anschlag „um so mehr hervorgeht, als überhaupt nur von der Berufungssumme schlechtthin ohne Unterschied zwischen Haupt- und Nebensache in den Gesetzen die Sprache ist. Ueberdies bleibt die Nebensache, mag auch ihr quantitativer Betrag den Werth der Hauptsache übersteigen, immerhin Nebensache im rechtlichen Sinne, und man würde gegen das Prinzip: *causa major minorem ad se trahit*, verstoßen, wollte man der über eine

Nebensache ad appellatorium erwachsenen Beschwerde die Wirkung beilegen, daß die über die an sich nicht appellable Hauptsache erhobene Beschwerde auch ad appellatorium devolvirt würde.

Bezüglich des Kostenpunktes, hinsichtlich dessen die Revisionssumme gegeben war, wurde aber in dem nemlichen oberstrichterlichen, wie auch schon in dem in B. X, S. 61 dieser Blätter erwähnten Erkenntnisse geschah, Berufung zugelassen, und zwar im Hinblick auf die O. Kap. 15, §. 4, Nr. 4, wo bestimmt ist, daß über die erkannte Kompensation der Kosten appellirt werden darf, woraus folgt, daß das Rechtsmittel der Appellation umsomehr auch jener Partei zustehen muß, welche in die alleinige Tragung der Kosten verurtheilt worden ist, womit dann auch die Doktrin

Jahrbücher der Gesetzgebung von Gönnner und Schmidtlein B. II, S. 211, Nr. 5.

v. Gönnner's Kommentar zum Gesetze vom 22. Juli 1819 und

v. Stürzer's Bemerkungen zum zivilgerichtlichen Verfahren S. 761.

übereinstimmt, und woran das Gesetz v. 17. Nov. 1837 §. 58 nichts geändert hat.

5.

Die Verbindlichkeit der Eltern zur Alimentirung ihrer Kinder erlischt nach fränkischem Rechte durch eine gepflogene Grundtheilung oder einen Erbablauf nicht.

In dieser Beziehung äußert sich ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 31. December 1844 (Nr. 1650^{42/43}):

Die nach gemeinem Rechte begründete Verbindlichkeit des Vaters zur Ernährung seines rechten ehelichen Sohnes kann, gestützt auf die kaiserliche Landgerichtsordnung Th. III, Tit. 90, §. 4, unter Voraussetzung des Erbablauf-Vertrags vom 12. Febr. 1801, nicht als erloschen angesehen werden. Denn

1) der Tit. 90 a. a. D. handelst von der Erbschaft der Eheleute, so im Ehestande Kinder miteinander erzeugt und sonst aus vorausgehender Ehe keine Kinder haben. Seine Aufgabe ist daher zunächst nur, das Erbrecht zu bestimmen, nicht aber die Alimentationspflicht zu normiren. Dieß geschieht im §. 3 nur gelegentlich in Bezug auf die Verpflichtung des Unterhalts aus dem gemeinen Gute und der §. 4, welcher sich hieran anschließt, spricht bloß als Folgesatz das Erlöschen der Pflicht der Alimentation aus dem gemeinen Gut mit der Abtheilung, keineswegs aber ein gänzlich und unbedingt Aufhören der Verbindlichkeit zur Ernährung der später in Dürftigkeit gerathenen rechten ehelichen Kinder an sich aus.

Daß unbedingte Wegfallen dieser Verbindlichkeit auf Seite der Eltern gegenüber den Kindern ist 2) um so weniger anzunehmen, als im Tit. 95, Abs. 1 a. a. D. den Eltern das Recht, von ihren natürlichen Kindern den nothwendigen Unterhalt zu fordern, selbst nach geschiederener Abtheilung zugesprochen wird, die Alimentationspflicht aber im Zweifel als eine gegenseitige anzusehen ist.

3) Die Pflicht zur Alimentation beruht nicht auf einem gegenseitigen Erbrechte, sondern auf dem zwischen den Betheiligten bestehenden natürlichen Verhältnisse, wie insbesondere aus Tit. 83, §. 1 und 3 a. a. D. erhellet. Ein Vertrag, welcher das gegenseitige Erbrecht aufhebt, enthält sohin noch keineswegs auch eine Aufhebung der Pflicht zur Alimentation.

G.

Der Proband ist erst dann verbunden, sich über den Beweis der Echtheit seiner Urkunde zu erklären, wenn solche auf Produktion des Originals und nicht auf bloße Abschriftsmittelheilung diffinitur worden ist.

Denn während die *GD. R. XI*, §. 5, Nr. 4

bestimmt, daß die Originaldokumente im ordentlichen Prozesse zur nämlichen Zeit, zu welcher zu dem Zeugenverhör geschritten wird, im Beiseyn des Gegentheils produziert werden sollen, verfügt dieselbe im §. 8, Nr. 1 l. c., daß, wenn der Gegentheil das produzierte Instrument diffitirt, der Produzent den Inhalt desselben auf andere Weise oder wenigstens die Echtheit desselben beweisen müsse. Schon hiernach hat das Gesetz vorausgesetzt, daß, bevor Produzent gehalten sei, den Inhalt oder die Echtheit des Dokuments auf andere Art zu beweisen, daßselbe dem Gegentheile im Originale produziert, und hierauf von demselben diffitirt worden sei.

Zwar bestimmt die O. D. auch im §. 7, Nr. 1 a. a. D., daß der Gegentheil nach geschehener Produktion oder Kommunikation allezeit gleich in der ersten Antwort sich erklären soll, ob er das Dokument recognosciren, diffitiren, oder sich weitere Erklärung bis zur Einsicht des Originals vorbehalten wolle, wonach es allerdings möglich ist, daß auf die bloße Abschriftsmitteltheilung die Diffession erfolgt, und Proband sich schon hierauf zur Stellung des Beweises in anderer Art erbietet. Allein wenn derselbe, bevor er die Last eines solchen Beweises übernimmt, besonders darauf anträgt, vorerst das Original dem Gegentheile produziren, und gewärtigen zu wollen, ob dieser auch nach geschehener Einsicht des Originals im Stande sei, dessen Echtheit zu widersprechen, dann entspricht es nicht nur den oben angezogenen Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. XI, §. 8, Nr. 1, sondern auch der Natur der Sache, daß diesem Antrage vorerst willfahret werde, da die Diffession nur das Resultat einer aus der Anschauung der Urkunde und der Vergleichung ihrer Schriftzüge entnommenen Wahrnehmung ist, und daher nur nach dieser Anschauung bestimmt und verläßlich ab-

gegeben werden kann. Selbst dem wirklichen Aussteller einer Urkunde kann das Faktum der geschehenen Ausstellung im Verlaufe der Zeit aus dem Gedächtnisse gekommen seyn, welches Faktum dann durch die Anschauung wieder in Erinnerung gebracht wird; noch leichter ist aber eine Unzuverlässigkeit der Erklärung über die Aechtheit einer Urkunde dann zu befürchten, wenn die Urkunde nicht einmal von dem Produkten selbst, sondern vom Erblasser desselben ausgestellt seyn soll.

DAUE. vom 3. Januar 1845. R. Nr. 95^{41/42}.

7.

Vom Erfordernisse des speziellen Widerspruchs.

(Novelle v. 1837 §. 19 und 21).

Der Käufer eines beträchtlichen Bauern-Gutes verspürte bald nach dem Abschlusse Neue, und suchte sich unter allerlei Vorwänden von seinen Verpflichtungen loszumachen. Der *actio venditi* auf Bezahlung des Kauffschillings von 11,500 fl. setzte er in seiner Vernehmlassung unter andern die *exceptio laes. enorm.* in der Behauptung entgegen: „Er sei durch den Vertrag in enormer Weise lädirt und der Preis von 11,500 fl. übersteige bei weitem das *Alterum tantum* des bloß in 4500 fl. bestehenden wahren Werthes“, der Preis müsse daher auf 4500 fl. ermäßigt werden.

Replikando wollte der klagende Verkäufer diese Einrede widersprechen und bestreiten, wozu er sich des Satzes bediente: „Er widerspreche, daß Gegner in einer enormen Weise lädirt sei, und der Preis von 11,500 fl. bei weitem das *Alterum tantum* des bloß in 4500 fl. bestehenden wahren Werthes übersteige, und der Preis auf 4500 fl. je ermäßigt werden könne.“ Hieraus wollte nun die Duplik ein Zugeständniß der *Exceptio laes. enorm.* herleiten, indem nirgend widersprochen, vielmehr selbst affirmative zu-

gegeben sei, daß der wahre Werth bloß in 4500 fl. bestehe, — widersprochen sei nur der Umstand, daß das *Alterum tantum* dieses zugestandenem wahren Werthes von dem Preise zu 11,500 fl. bei weitem überstiegen werde, — ein Satz, dessen Wahrheit sich übrigens durch eine einfache Kalkulation schon mit mathematischer Gewißheit ergebe.

Da das erstgerichtliche Erkenntniß jene Deutung der Replik nicht gelten ließ, sondern vielmehr die *Exceptio laes. enorm.* als widersprochen zum Beweise aussetzte, so wurde dieser Behelf vom Beklagten noch in 2ter und 3ter Instanz verfolgt, jedoch völlig vergebens. In dem bestätigenden oberstgerichtlichen Erkenntniß vom 21. Sept. 1846 (Nr. 73^{43/44}) bemerken die Entscheidungsgründe zu diesem Punkte:

„Als völlig grundlos zeigte sich die Beschwerde des Beklagten darüber, daß ihm seine Einrede der übermäßigen Verletzung zum Beweise auferlegt, und nicht vielmehr schon in Ermangelung eines gehörig beschaffenen speziellen Widerspruches als zugestanden angenommen wurde. Der klägerische Anwalt hatte, indem er den hieher bezüglichen Satz der Erzeption in einer verneinenden Phrase wiedergab, offenbar die Absicht, diejenigen Bewandnisse in jenem Vorbringen zu widersprechen, welche dazu geeignet waren, die fragliche Einrede zu begründen, d. h. einen solchen Minderwerth des Kaufs-Objectes, welcher nicht einmal die Hälfte des bedungenen Kaufpreises erreichte oder überstiege. Wenn er sich hiebei einer nicht sehr glücklich gewählten Konstruktion bediente, so kann ihm dieses an seinen reellen Absichten um so weniger Eintrag thun, als ein Geständniß nach der keineswegs aufgehobenen Stelle der *ÖD. Kap. XII, §. 1, 3^{to}* immer klar seyn muß, den *animus confitendi* voraussetzt, und es sinnlos wäre, wenn Kläger zuge-

ftanden, die Mühle fei nur 4500 fl. werth, — das bei aber läugnen wollte, der bedungene Kauffchilling von 11,500 fl. fei ein das Alterum tantum weit überfteigender Betrag. Der ſteife Formalismus, den Anwälte und andere Rechts-Vertreter aus der Nov. v. 1837 herzuleiten fuchen, wonach jede Antwort eine ſpezielle feyn muß, iſt dem Geiſte jenes Geſetzes ebenſo fremd, als den Gründen des Geſetzgebers. Die letzteren waren offenbar darauf gerichtet, durch jene Vorſchrift die Partheien zu verhindern, in einem allgemeinen Widerſpruche einzelne Fakta mit zu begreifen, und deren Beweis erforderlich zu machen, welche ſie zu leugnen gar nicht gemeint waren, oder die, geradezu in Abrede zu ſtellen, ein Ueberreſt von Schaamgefühl ihnen nicht erlaubt hätte. Allein nie konnte es in den Abſichten jener in ihrem Urſprunge ſo weiſen Beſtimmung gelegen ſeyn, hiedurch dem Gegner, der ſich über ein Vorbringen äußern ſoll, eine Falle zu ſetzen, in die ihn ſein Mangel an dialektiſchem Geſchicke führen, und ſeinen Worten eine Deutung unterſchieben ſollte, die ſeinem klar erkennbaren Wiſſen und Willen zuwiderliefe. Immer muß daher als Regel feſtgehalten werden, daß ein Geſtändniß, ausdrückliche wie ſtilſchweigend, — nur aus dem Zuſammenhange und nach dem natürlichen Verſtändniſſe der hiezu gebrauchten Worte erklärt werden muß.“

8.

Ein Hyp.-Gläubiger verliert dadurch, daß er von dem Eintösungsrecht keinen Gebrauch machte, ſeinen Negreßanſpruch gegen den Bürgen nicht.

Nach dem preuß. Landr. Th. I, Tit. 14, §. 300 kann ſich zwar der Gläubiger ſofort an den Bürgen halten, wenn über das Vermögen des Hauptſchuldners Konkurs eröffnet wird; es muß aber nach §. 302 der Gläubiger in der Regel ſeine Forderung bei dem Konkurse des Hauptſchuldners ſo lange verfolgen, bis der Bürge zu ſeiner Befriedigung rechtskräftig verurtheilt worden. — Hat

der Gläubiger seine Forderung bei dem Konkurse gar nicht angezeigt, und sich damit präkludiren lassen, so wird er seines Rechts gegen den Bürgen verlustig (§. 304). — Desgleichen fällt ihm, wenn er bei Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen, der daraus entstehende Schade zur Last (§. 328).

Es fragt sich, ob nach diesen Bestimmungen ein Hypothekgläubiger seinen Regreßanspruch an den Bürgen wegen der im Konkurse nicht befriedigten Forderung in dem Falle verliere, wenn er von dem nach §. 64 des bayer. Hyp.-Gefetzes gestatteten Einlösungsrechts bezüglich des Objekts, auf welchem die Forderung, wofür ihm Bürgschaft geleistet wurde, eingetragen war, keinen Gebrauch macht?

Die Frage wurde durch oberstrichterliches Erkenntniß v. 13. Nov. 1847, Reg. Nr. 1248^{15/16} aus nachstehenden Gründen verneinend entschieden:

„Die Ausübung des Einlösungsrechts ist eine Rechtswohlthat, welche jedem mit Verlust bedrohten Gläubiger vom Gesetz zwar gestattet, aber nicht zur Zwangspflicht gemacht ist. Der Gläubiger hat demnach keine Verbindlichkeit, aus Rücksicht gegen den Bürgen, von jener Befugniß Gebrauch zu machen und dadurch einen Kaufvertrag einzugehen, der ihm die Last aufbürdet, das Hypothekobjekt zu übernehmen, ohne bestimmt darauf rechnen zu können, daß er sich seine vollständige Befriedigung daraus verschaffen könne. Die unterlassene Anmeldung des Einlösungsrechts, durch dessen Ausübung sich der Gläubiger noch überdies des Regreßanspruchs aus der Bürgschaft begeben würde, kann daher mit Hinsicht auf das pr. Landr. I, 3, §§. 16 — 18 für kein Versehen, geschweige denn für ein grobes erachtet werden, wodurch sich der Gläubiger seiner Rechte gegen den Bürgen nach Lit. 14, §. 302 u. ff. u. 328 ib. verlustig machen könnte.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 5. Samstag, den 4. März 1848.

Ueber die Verbindlichkeit zur Ernährung der Armen, und die Ansprüche der Armenpflegen auf Er-
satz der von ihnen verabreichten Unterstützungen.

*Nilo metu vacuus, nomen mihi (dixit) Acoetes:
Patria Maeonia est: humili de plebe parentes:
Non mihi, quas duri colerent, pater arva ju-
venci,
Lanigerumque greges, non ulla armenta reli-
quit;
Pauper et ipso fuit, hinoque solebat, et hamis
Decipere, et calamo salientes ducero pisces.
Ars illi sua census erat: cum traderet artem,
Accipo quas habeo, studii successor et haeres,
Dixit, opes; moriensquo mihi nihil illo reliquit,
Praeter aquas; hoc unum possum appellare
paternum.*

Ovid.

Proletariat und Pauperismus — zwei inhaltsschwere Worte, welche die Aufmerksamkeit der Nationalökonomien und der Staatsmänner immer mehr in Anspruch nehmen, — zwei Uebelstände unserer Zeit, deren Erkennen bis jetzt noch leichter gewesen, als die Angabe probenhaltiger Mittel zu ihrer Beseitigung.

Allerwärts Klagen über zunehmende Verarmung, allerwärts gesteigerte Anforderungen an den Säckel der bemittelten Klassen, allerwärts in Besorgniß erregender Progression begriffene Exigenz-Stadt der Armenpflegen.

Ein solcher Zustand der Dinge kann nicht verfehlen, häufiger als sonst die Entscheidung der Frage über die Verbindlichkeit zur Ernährung ¹⁾ der Armen, sowie mehrerer damit zusammenhängender, untergeordneter Fragen zur Sprache zu bringen, weshalb auch eine Zusammenstellung der deßfaß von der Doktrin gewonnenen Resultate, und zumal der in den vaterländischen Rechten hierüber gegebenen Normen ein zeitgemäßeß Beginnen, und dem Praktiker, welcher sich nur in einzelnen, zerstreuten Verordnungen und Gesetzen, oft mühsam genug, Rathß erhalten kann und muß, vielleicht keine ganz unwillkommene Gabe seyn dürfte.

Eine solche, wenn auch in der ersten Anlage unvollkommene, selbst nicht von Fehlern freie Zusammenstellung gewährt doch immerhin einen Ueberblick der gesammten Rechtsmaterie, erleichtert deren Studium und setzt den Forscher eher in den Stand, das Lückenhafte durch eigenes Nachdenken zu ergänzen, das Mangelhafte zu sichten und zu verbessern. —

§. 1.

Es ist eine gute alte Sitte, mit der Definition des abzuhandelnden Gegenstandes zu beginnen, und so sei denn auch hier die Frage an die Spitze gestellt, was unter Armuth zu verstehen, — wer für arm zu halten sei.

Der Moralist wird denjenigen arm nennen, der deß Erwerbes und Besißeß nicht genug bekommen kann:

„Quis dives? qui nil cupiat; quis pauper? avarus.“

¹⁾ Der Ausdruck Ernährung wird in den nachfolgenden Erörterungen promiscue gebraucht, und bezeichnet sowohl die ausschließende, als die theilweise Unterhaltung deß zu Verpflegenden.

— eine treffliche Sentenz, die aber zur Erörterung der Rechtsfrage nicht paßt.

Nach der sprachlichen Bedeutung des Wortes wird der als arm zu gelten haben, der aller Habe bar und ledig ist, der des unentbehrlichsten Lebensunterhaltes sogar ermangelt.

Arm — im rechtlichen Sinne — ist derjenige, welcher die nothwendigen Bedürfnisse des Lebens aus eigenen Mitteln und durch eigene Kräfte, oder aus Mitteln von Unverwandten, auf welche er gesetzlichen Unterhaltungsanspruch hat, entweder gar nicht, oder nur zum Theil erwerben kann ²⁾.

Schon aus dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung ergibt sich, daß die Verpflichtung der Armenpfleger zur Ernährung der Armen nur eine subsidiäre sei, da der Mangel alimentationspflichtiger Unverwandten den Stand der Armuth bedingt.

Es dürfen aber auch nach der Natur der Sache nicht Dritte aus einem anderen Rechtsgrunde, als einem Familienverhältnisse, eine solche Verbindlichkeit haben, wenn von wirklicher Armuth die Rede seyn soll.

Die Verpflichtung der Armenpfleger zur Ernährung der Armen tritt daher erst alsdann ein, wenn weder privatrechtliche, noch Familienverhältnisse eine bestimmte Person ausschließlich dazu verpflichten, oder diese selbst unvermögend ist ³⁾.

§. 2.

Zunächst nun erscheint derjenige zur Ernährung eines Armen gehalten, welcher durch ein privatrechtliches Verhältniß dazu die Obliegenheit hat.

²⁾ Verordnung v. 17. Nov. 1816, das Armenwesen betr., Art. 15.

³⁾ Vgl. Glöser's Themis, Bd. II, S. 295.

Erst in Ermangelung eines solchen Rechtsverhältnisses tritt die Alimentationspflichtigkeit gewisser Klassen von Verwandten und der Armenpflege ein.

Denn im Grunde läßt sich, wie bereits angedeutet worden, von solchen Personen, welchen klagbarer privatrechtlicher Anspruch darauf zusteht, daß ihnen ein Anderer den Lebensunterhalt gewähre, gar nicht sagen, daß sie arm seien: *nomina quoque in bonis sunt* ¹⁾).

Die privatrechtliche Verpflichtung zur Ernährung eines Armen kann durch eine letztwillige Disposition ihre Entstehung erhalten, wie dieß z. B. bei dem mittelst einer solchen ausgesetzten *legatum alimentorum* der Fall, oder in einem Vertrage ihren Grund haben.

Einen Hauptfall der letzteren Entstehungsart bilden die s. g. Auszüge (Altentheile), wenn nämlich der Erwerber eines Grundstückes sich anheischig macht, seinen Eltern und unversorgten Geschwistern, oder auch dem mit ihm gar nicht, oder doch nicht in so naher Verwandtschaft stehenden Verkäufer und Besitzvorfahrer Wohnung und Unterhalt, — sei es auf Lebenszeit, oder bis zu einem gewissen Alter der zu Verspflegenden, — zukommen zu lassen.

Ehe-, Erb- und Einkindschafts-Verträge begründen auch nicht selten eine Verbindlichkeit zur Ernährung von Personen, zu deren Verspflegung außerdem der Ernährer nicht verpflichtet wäre ²⁾).

Ob nicht eine für den Armen eingegangene Bürgschaft ebenfalls eine solche Obliegenheit erzeuge, diese Frage verdient wohl wegen ihres prak-

¹⁾ Vergl. Heimathsgesetz v. 11. Sept. 1825, §. 5, Nr. 3.

²⁾ Vergl. Elver's Themiß a. a. D. S. 296—7.

tischen Interesse bezüglich auf das vaterländische Recht eine nähere Erörterung.

Den Gemeinden ist zwar in keinem für die Gebietstheile diesseits des Rheins erlassenen Gesetze ausdrücklich die Befugniß eingeräumt, die Aufnahme neuer Gemeindeglieder von der Bedingung abhängig zu machen, daß der zu Rezipirende einen Bürgen stelle, der im Falle seiner Verarmung dessen Verpflegung übernimmt, auch der Armenpflege die etwa desfalls bestrittenen Kosten ersetzt.

Wenn indessen eine solche Bürgschaft eingegangen worden, so dürfte deren rechtliche Wirksamkeit in Ermangelung einer *lex prohibitiva*, — eines entgegenstehenden, solche Bürgschaft für ungültig erklärenden Gesetzes, kaum mit Grund zu beanstanden seyn.

Alle Verträge, durch welche sich der eine Kontrahent zu etwas verpflichtet, was weder unmoralisch, noch gesetzlich verboten ist, bestehen auch zu Recht *).

Man wende hiergegen nicht ein, daß durch Erfordern solcher Sicherheitseleistungen ein unveräußerliches Menschenrecht, — das angeborene Recht, einen eigenen Herd zu gründen und zur bürgerlichen Selbstständigkeit zu gelangen, ohne welches das Individuum sich im Staate nicht völlig ausleben könne, — verkümmert werde, und daß solche Verkümmern schon aus höheren staatspolizeilichen Rücksichten nicht geduldet werden könne. Daß revidirte Ansässigmachungsgesetz räumt den Gemeinden bei Ansässigmachungen aus den im §. 2, Ziff. 4 angeführten Titeln einen absolut hindernissen den Widerspruch ein.

Ohne Angabe von *rationibus decidendi*, — *sic volo, sic jubeo*, — kann der Gemeindeausschuß, kann das Kollegium der Gemeindebevoll-

*) Senffert's pr. *PM.* §. 74, 82 n. 258.

mächtigten den Tagelöhner, den Fabrikarbeiter, den Literaten, welchen der wissenschaftliche Erwerb nähren soll, den Journalisten (*gentleman of the press*) zum lebenslänglichen Eölibate verurtheilen und mit ihm die von Liebe schmachtende Braut, bei welcher — nach des Dichters Ausspruch — der Heirathsantrag bald gar geworden, nöthigen, das Jungfern-Kränzchen für den Sarg aufzusparen; — was sollte mithin Unnormes, was Un-erhörtes daran zu finden seyn, und gereicht es nicht sogar zum Besten der Unsässigmachungs-Kandidaten, wenn die Gemeinden durch Bürgerschaftsleistung, durch Sicherstellung gegen etwaige Gefährdung des Armensäckels sich herbeilassen, von ihrem Widerspruchs-Rechte, von ihrem absoluten Veto keinen Gebrauch zu machen?!

Bei anderen Titeln der Unsässigmachung steht es zwar den Gemeinden nicht zu, einen Machtspruch zu thun; sie sind aber immer zur Abgabe von Erinnerungen befugt, auch berufungsbererechtigt, und wie förderlich es dem Supplikanten sei, wenn Erinnerungen und Berufung ausbleiben, solches liegt wohl klar am Tage.

Glaubt nun der Unsässigmachungs-Kandidat dadurch sicherer oder doch schneller zum Ziele zu gelangen, daß er der Gemeinde eine Bürgerschaft der gedachten Art anbietet, und nimmt diese solche an; so läßt sich auch hier durchaus nicht absehen, warum dem dergestalt begründeten Vertrags-Verhältnisse, welches weder gegen das Sitten-, noch gegen das Rechtsgesetz verstößt, die rechtliche Wirksamkeit abgehen solle: — *vigilantibus jura sunt scripta* ¹⁾.

¹⁾ Ein Funktionär bei einer Verwaltungsstelle hatte sich in einer Gemeinde, wo weder er noch seine Verlobte heimathsberechtigt gewesen, die Unsässigmachungs-Er-
laubniß ausgewirkt, nachdem er derselben eine namhafte

Ob die dergestalt aufrecht gemachte Bürgschaft sich nur auf jene Angehörige des neuen Gemeindegliedes erstreckt, die zur Zeit von deren Eingehung schon existirten, oder auch die später erzeugten Kinder desselben umfasse, ist zunächst nach dem Vertragshalte zu bemessen.

Im Zweifel, und obgleich Bürgschaften in der Regel auf das Strengste auszulegen, dürfte Letzteres anzunehmen seyn, da der Zweck solcher Bürgschaft doch kein anderer ist, als den Armenfädel der recipirenden Gemeinde vor jeder Unterstützungslastung an das betreffende Gemeindeglied und dessen Angehörige zu bewahren, — die Armenkasse gegen jede Gefährde zu sichern, und es desfalls gleichgültig erscheint, wann die Familie des Armen den Zuwachs bekommen.

Das *id quod actum est* gibt hier den Ausschlag zu Gunsten der Armenpflege *).

Nebstdem kann auch durch Delikt die Verpflichtung begründet werden, einem Armen den Lebensunterhalt zu verabreichen. Mittels der *actio legis Aquiliae* oder *in factum*, welche bei Körperverletzungen einer Person Statt findet, kann nämlich bekannter Maaßen der Beschädigte auch

Summe als milde Stiftung zugewendet, dann ein Staatspapier als Kaution zu dem Behufe hinterlegt hatte, daß er und seine Familie der Armen-Kasse nicht zur Versorgung heimfallen könnten.

Einige Zeit nach dem Ehevollzuge verlangte der Betreffende die als Kaution hinterlegte Obligation zurück, weil der Kautionsvertrag ungültig sei, indem die Gemeinden keine derartige Sicherheitsleistung von den zu recipirenden Gemeindegliedern fordern könnten.

Auf Weigerung der in Anspruch genommenen Gemeinde, das Kautionsdokument herauszugeben, führte derselbe bei der vorgesetzten Kreisregierung Beschwerde, welche Beschwerde jedoch zurückgewiesen wurde. — Vgl. Heimathsgesetz §. 7 in fine.

*) Vgl. Elver's Themis a. a. D. S. 296.

Ersatz für die Nachtheile fordern, welche er durch verursachte zeitliche oder beständige Arbeitsunfähigkeit erlitten hat, und noch erleiden wird; desgleichen steht der Frau und den Kindern eines Getödteten wegen Entziehung des Versorger's eine Entschädigungsklage zu ⁹⁾. Der Jagdliebhaber, welcher durch einen unvorsichtigen Schuß einen Tagelöhner zum Krüppel gemacht oder gar getödtet hat, muß daher die Ernährung des Verwundeten übernehmen, wenn dieser durch seine Arbeitsunfähigkeit zur Klasse der Armen herabgesunken, und gleiche Verpflichtung hat derselbe gegen die Frau und Kinder des Gefallenen, denen er ihren Ernährer entzogen. Kurkosten bei körperlichen Verletzungen sind darum auch zuerst von dem Beschädiger oder dessen Mitschuldigen, oder den aus andern Gründen (z. B. Strafgesetzbuch Th. I, Art. 79, §. 2) hiesfür haftenden Personen zu tragen ¹⁰⁾.

Hierher gehört ferner die Haftung dritter aus dem Grunde einer Uebertretung bestehender Polizei-Vorschriften, — insbesondere wenn ein Religionsdiener ohne obrigkeitliche Heirathsbewilligung eine Trauung vornimmt ¹¹⁾, — dann der Beamten, welche bei Bewilligung der Ansfässigmachung und Verhehlidung den ausdrücklichen Bestimmungen des desfallsigen Gesetzes zuwider handeln ¹²⁾. —

(Fortsetzung folgt.)

⁹⁾ Seuffert a. a. D. §. 402.

¹⁰⁾ Verordn. vom 27. Jan. 1818 (Handbibl. des bayer. Staatsbürgers, Bd. V, S. 48—49 (edit. II).

¹¹⁾ Heimathsgesetz v. 11. Sept. 1825, §. 5, Nr. 3. Das Gesetz über die Ansfässigmachung und Verhehlidung d. d. ood. §. 8, Nr. 6.,

¹²⁾ §. 9, Nr. 4 a. a. D.

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Der Verklagte ist auf eine nach der G.D. Kap. IV, §. 13 überreichte verbesserte Klage sich einzulassen nur dann verbunden, wenn ihm die durch die zurückgenommene Klage verursachten Kosten ersetzt sind.

Der Fall, in welchem Kläger seine bereits anhängige Klage auf dem Grunde der obigen Bestimmung der G.D. zurücknimmt, und eine neue verbesserte Klage überreicht, ist nicht gleichartig mit dem, in welchem die erste Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten abgewiesen wurde, und nun eine neue Klage erhoben wird. In diesem Falle kann der Verklagte aus dem ihm zuerkannten Kostenersatze eine dilatorische Einrede nicht dahin folgern, daß er die Einlassung auf die neue Klage insoweit verweigert, bis ihm die Kosten des ersten Prozesses ersetzt sind, sondern er muß in diesem neuen Prozesse sich sogleich der Einlassung unterwerfen, wobei es ihm dann überlassen bleibt, den ihm im Vorprozesse zuerkannten Kostenersatz in diesem Vorprozesse durch die geeigneten Exekutionsanträge weiter zu verfolgen. Durch die im Vorprozesse zuerkannte Kostenentschädigung ist diese Entschädigung nicht zur Vorbedingung einer neuen Klage gemacht, sondern es wurde nur die Verbindlichkeit des Klägers zum Kostenersatz überhaupt ausgesprochen, welcher Ausdruck dann als Folge eines jeden verurtheilenden Erkenntnisses nur die Befugniß giebt, dasselbe vom Richter vollziehen zu lassen.

Anderß verhält es sich dagegen in dem ersten Falle; denn, sagt ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 7. Aug. 1847 (Reg. Nr. 1027^{45/40}), in der oben erwähnten Gesetzesstelle Kap. IV, §. 13 ist eine Klageumutation nur unter den beiden Bedingungen gestattet, daß eine ganz neue Klage übergeben, und der Gegentheil wegen aller gehab-

ten Kosten entschädigt werde. Es ist hiemit nicht bloß die Verbindlichkeit zu dieser Ersatzeleistung, sondern zugleich auch die weitere Bestimmung ausgesprochen, daß nur unter der Voraussetzung dieser Entschädigung eine neue verbesserte Klage gestellt werden könne, woraus dann folgt, daß Verklagter auch befugt ist, insolange die Einlassung auf die neue Klage zu verweigern, bis dieser gesetzlichen Anordnung nachgekommen ist. Hiemit wird auch nicht ein vermögensloser Kläger rechtlos gestellt. Denn wenn das Gesetz von einem Kostenersatze als Vorbedingung der neuen Klage spricht, so hat es nur die Möglichkeit einer solchen Entschädigungsleistung im Auge, wogegen da, wo ausnahmsweise diese Bedingung der neuen Klage nicht erfüllt werden kann, es Sache des Richters ist, auch diese Unmöglichkeit der Bedingungs Erfüllung gehörig zu berücksichtigen.

Die oben angezogene Bestimmung der *QD.* beruht auf der Berücksichtigung, daß derjenige, welcher eine ungeschickte Klage angestellt und durch solche seinem Gegner vergebliche Kosten verursacht hat, sich in culpa befindet, folglich die Folgen dieser Fahrlässigkeit nur dann wieder abwenden kann, wenn er auch allen durch solche zugefügten Nachtheil beseitigt hat, und es tritt hier das in der *QD.* Kap. III, §. 5, Nr. 10 berührte analoge Rechtsverhältniß ein, nach welchem der in *possessorio summariissimo* obsiegende Theil auch nicht eher verbunden ist, auf die neue in *plenario* oder *ordinario* erhobene Klage zu antworten, bis dem Spruche in *summariissimo* vollkommen Genüge geleistet ist.

2.

Mangel der Unterschrift der Pflchtigen in Protokollen über Handlohnverhandlungen.

Es handelte sich von solchen Protokollen aus den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts in einem

Landestheile, in welchem damals keine besonderen Vorschriften über Abfassung von Urkunden dieser Art galten. Unter Hinweisung auf die Uebung der damaligen Zeit wurde der bezeichnete Mangel nicht als „wesentliche Lücke“, angesehen ¹⁾.

DAOE. v. 23. Juli 1847 (Nr. 787 ^{42/43}).

3.

Unterschied zwischen Einfösungsbrecht und Ablösungsbrecht. Der nachgehende Gläubiger ist bei Ausübung des Einfösungsrechts zur vollständigen Befriedigung des vorgehenden nur dann verpflichtet, wenn dieser sich ebenfalls zum Einfösungsrecht gemeldet hat.

Das Ablösungsbrecht (*jus delendi*), von welchem in der OD. XIX, §. 17, Nr. 2, im §. 37 des Prozeßgesetzes v. 22. Juli 1819 und im §. 101 des Prozeßges. v. 17. Nov. 1837 Erwähnung geschieht, kann in der Regel nur bei Verwerthung solcher Besitzungen, auf welchen keine Hypothek haftet, bei verhypothekirten Objekten aber nur ausnahmsweise in dem einzigen Falle vorkommen, wenn auf dieselben im zweiten Versteigerungstermin gar kein Angebot gelegt wurde ¹⁾.

Werden Immobilien, worauf Hypotheken haften, dem Zwangsverlaufe in oder außer dem Konkurse unterworfen, so muß, sofern das Meistgebot den Schätzungswerth erreicht, der Zuschlag sofort geschehen, außerdem kann nur noch eine zweite Versteigerung beantragt werden, und bei dieser muß der Hinschlag an den Meistbietenden ohne Rücksicht auf den Schätzungswerth erfolgen ²⁾.

Durch diese gesetzlichen Bestimmungen, wonach der Hinschlag unter den bemerkten Voraussetzungen von den Gläubigern nicht gehindert werden

¹⁾ Comment. über die OD. Bd. 3, S. 121 lit. e und Note 8.

²⁾ Senffert Comment. Bd. IV, S. 413.

³⁾ Hyp. Ges. §. 64, 69. Prozeßges. v. 1837. §§. 92 u. 98 – 100.

kann, ist das Recht, welches nach den älteren gesetzlichen Bestimmungen der O. D. und der Prozeßnov. v. 1819 a. a. D. den minderbevorzugten Gläubigern gestattet war, im Falle des nicht annehmbar befundenen Meistgebots eine nochmalige Versteigerung zu verlangen und nach Umständen das Abkäuferrecht in Ausübung zu bringen, aufgehoben worden.

Wenn nun im §. 114 des Prozeßges. v. 1837 auf die O. D. XIX und das Prozeßges. v. 1819 Abschn. X hingewiesen wird, so versteht sich dies nur mit der Beschränkung, so weit die allegirten Gesetze nicht durch neuere, insbesondere das Hyp.-Gesetz, abgeändert worden sind³⁾.

Nach §. 64, Abs. 2 des H. G. kann aber, wenn in den Versteigerungsterminen (deren jetzt nur noch zwei statt finden dürfen), ein den Schätzungswerth erreichendes Meistgebot nicht erzielt wird, jeder Hyp.-Gläubiger, welcher dadurch seine Forderung ganz oder zum Theil verlieren würde, verlangen, daß ihm das versteigerte Gut um das geschehene Meistgebot hingeschlagen werde, und in Ansehung dieses Einkaufsrechts hat der neuere vor dem ältern Hyp.-Gläubiger, jedoch nur gegen dessen vollständige Befriedigung, den Vorzug.

Nach §. 69 ib. kommen im Konkurse hinsichtlich des Zuschlags der mit Hypotheken behafteten Masse: Immobilien die Bestimmungen des §. 64 auch bei den übrigen mit einer Hypothek nicht versehenen Gläubigern zur Anwendung.

Die erwähnten beiderlei Rechte sind wesentlich von einander verschieden und zwar nicht nur hinsichtlich der Voraussetzungen, unter welchen die Ausübung eines jeden gestattet ist⁴⁾, hinsichtlich

³⁾ Senffert a. a. D. S. 412, Note 7.

⁴⁾ Das Einkaufsrecht tritt nach erfolgtem Zuschlag ein,

der Ordnung der Ausübung 6), und bezüglich des Gegenstandes 6), sondern auch besonders in Ansehung der dem Ausübenden obliegenden Leistungen.

Der Unterschied in letztgedachter Beziehung besteht darin, daß die Ausübung des Ablösungsbrechts zur Befriedigung aller gleich berechtigten und vorgehenden Gläubiger, ohne Rücksicht, ob auch sie die Ausübung dieses Rechts beabsichtigen haben oder nicht, verpflichtet; wogegen der das Einfösungsbrecht Ausübende nur das gelegte Meistgebot zu bezahlen, ein Mehreres aber nur insofern zu leisten hat, als es zur Befriedigung der ihm vorgehenden und durch das Meistgebot nicht gedeckten Gläubiger erforderlich ist, welche sich gleichfalls zur Ausübung des Einfösungsbrechts gemeldet haben 7).

Die Ansicht, daß der das Einfösungsbrecht ausübende Hyp.-Gläubiger die durch das Meistgebot

welchen die Gläubiger nicht hindern können. — Das Ablösungsbrecht kommt dagegen nur unter solchen Umständen zur Anwendung, unter welchen die Gläubiger, denen das Meistgebot nicht annehmbar scheint, den Hinterschlag verhindern dürfen. Seuffert a. a. O. S. 412, Note 5.

6) Diese Ordnung bestimmt sich beim Ablösungsbrecht vom letzten Gläubiger an aufwärts; wogegen das Einfösungsbrecht, unter den sich meldenden Gläubigern, von dem ältern abwärts zu dem jüngern seine Richtung nimmt.

7) Das Einfösungsbrecht hat immer nur bei Hypothekobjekten Statt. — Das Ablösungsbrecht erstreckt sich auf die ganze Gutmasse und bei Immobilien nur auf solche, welche entweder nicht verhypothekirt sind, oder als Hypothekobjekte bei zweimaliger Versteigerung ohne Angebot geblieben.

7) Gönner Comment. über d. Hyp. Ges. Bd. I, S. 535, Nr. 7. Lehner Lehrb. d. bayr. Hyp.-R. Bd. I, S. 118; S. 120, Nr. 2; S. 121, Nr. 4; Bd. II, S. 153. Seuffert Comment. Bd. IV, S. 284 und 412, Note 5. Rübner Handb. d. bayr. Hyp.- und Prior.-R. S. 80. Plochmann Einl. in den bayer. Civilproj. S. 324 und 359.

nicht gedeckten und ihm vorgehenden Hyp.: Gläubiger vollständig befriedigen müsse, wenn sie sich auch nicht zur Ausübung des Einlösungsbrechts gemeldet haben, steht mit dem Inhalt des §. 64 des H. G. im Widerspruch.

Nach dieser Gesetzstelle besteht das Einlösungsbrecht in der Befugniß eines jeden mit Verlust bedrohten Hyp.: Gläubiger, zu verlangen, daß ihm das versteigerte Gut um das geschehene Meistgebot hin geschlagen werde.

Wenn sich nun kein vorhergehender Hyp.: Gläubiger zu diesem Rechte meldet, so hat der daselbe ausübende, wenn auch nachgehende Gläubiger doch nichts weiter, als die Summe des Meistgebots zu bezahlen.

Die im Absatz 3 loc. cit. enthaltene Bestimmung, daß in Ansehung des Einlösungsbrechts der neuere Hyp.: Gläubiger vor dem ältern, jedoch nur gegen dessen vollständige Bezahlung, den Vorzug haben soll, setzt unverkennbar den Fall voraus, daß das Einlösungsbrecht von einem oder mehreren der ältern Hyp.: Gläubiger ebenfalls geltend gemacht wird, denn nur in diesem Konkurrenzfalle kann davon, wer den Vorzug haben soll, die Rede seyn, und hiebei können die übrigen Gläubiger, welche das Einlösungsbrecht nicht begehrt haben, in keine Berücksichtigung kommen.

Nach dem im H. G. aufgestellten Prinzip, daß sich unter den Hyp.: Gläubigern der Vorzug ausschließlich nach dem Zeitpunkt der Eintragung bestimmt, würde unter den mehreren Hyp.: Gläubigern, welche das Einlösungsbrecht ansprechen, eigentlich die Priorität für den ältern entscheiden, zumal da das Gesetz jenes Recht als einen Ersatz für den Verlust an der Forderung betrachtet; der neuere Gläubiger kann also den Vorzug nur dadurch verlangen, daß er den oder die ältern Gläubiger, welche das Einlösungsbrecht gleichfalls begehrt haben, voll:

ständig befriedigt, so weit hiezu das Meistgebot nicht hinreicht.

Hierin liegt, wie Gönner^{*)} bemerkt, der Grund des Gesetzes und in ihm die Rechtfertigung der daraus abgeleiteten Folgen.

Der ganze Absatz 3 des §. 64 wäre völlig überflüssig, wenn der Gesetzgeber, wie beim jus delendi, so auch beim Einlösungsbrechte, den daselbe ausübenden Gläubiger unbedingt hätte verpflichten wollen, alle ihm vorgehenden Gläubiger zu befriedigen, ohne Unterschied, ob sie sich zur Ausübung des Einlösungsbrechts ebenfalls gemeldet haben oder nicht.

Dies läßt sich auch daraus nicht folgern, daß der sich meldende Gläubiger mit seiner desfallsigen Erklärung auch sogleich die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachweisen muß.

Da das Gesetz im Absatz 2 den Ausdruck „vollständige“ Befriedigung nicht beifügt, so kann als Gegenstand der vorgeschriebenen Nachweisung zunächst nur die Summe des Meistgebots, aus welcher die vorhergehenden Gläubiger ihre Befriedigung zu suchen haben, verstanden werden. Abgesehen hievon, kommt auch noch in Berücksichtigung, daß die Gläubiger nicht, wie es bezüglich des Ablösungsbrechts vorgeschrieben ist, von Amtswegen zur Erklärung wegen der Ausübung des Einlösungsbrechts aufgefordert werden, sondern es hat das Gesetz eine unerstreckliche Frist festgesetzt, binnen welcher jeder mit Verlust bedrohte Hyp.-Gläubiger sich erklären muß, wenn er von dem Einlösungsbrecht Gebrauch machen will. Da nun der Fall möglich ist, daß sich mehrere Gläubiger zur Ausübung dieses Rechts melden, und in Folge dessen die Bestimmung des Abs. 3 l. c. zur

*) U. a. D. S. 537.

Anwendung gebracht werden muß, so würde, selbst wenn anzunehmen wäre, daß das Gesetz von dem spätern Gläubiger bei der gedachten Meldung den Nachweis der Mittel zur vollständigen Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger fordere, diese Vorschrift nur als ein Gebot der Eventualmaxime zu betrachten sein.

Wenn endlich im Konkurse nach §. 69 auch den mit Hypotheken nicht versehenen Gläubigern bezüglich der zur Konkursmasse gehörigen verhypothekirten Immobilien die Ausübung des Einlösungsbrechts gestattet ist, so ist die Verbindlichkeit des daselbe in Anspruch nehmenden Personalgläubigers zur vollständigen Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger, für welche das Meistgebot nicht zureicht, wieder nur an die Voraussetzung geknüpft, daß dieselben das Einlösungsbrecht ebenfalls in Anspruch genommen haben ^{o)}.

DAGE. v. 13. Nov. 1847, Reg. Nr. 1248 ^{43/40}.

4.

Ueber Anwendung des Rechtsfages: privilegiatus contra aequo privilegium non utitur juro suo.

Auf diesen Satz wurde in einem Rechtsstreite zweier Gemeinden Bezug genommen, um das wegen Fristversäumnis gestellte Restitutionsgesuch der einen als unbegründet darzustellen, jedoch ohne Erfolg. „Zenes Rechtsaxiom steht bei Restitutionen gegen den Ablauf von Fristen schon um deswillen dem Restitutionsucher nicht entgegen, weil solcher immer bezüglich der seine Rechtsvertheidigung bedingenden Formalität de damno vitando streitet.“

DAGE. v. 13. Juli 1840 (Nr. 755 ^{35/30}).

^{o)} Gönner a. a. D. S. 550—551.

G n o m e.

Man kann das Nehmen, wie das Schenken, nicht erzwingen; Traun! nichts verkehrter, als Wohlthaten aufzudringen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 6. Samstag, den 18. März 1848.

Ueber die Verbindlichkeit zur Ernährung der Armen, und die Ansprüche der Armenpfleger auf Ersatz der von ihnen verabreichten Unterstützungen.

(Fortsetzung.)

§. 3.

Kann der Arme von Niemanden kraft eines privatrechtlichen Verhältnisses die zum Lebensunterhalte erforderliche Unterstützung ansprechen; so trifft die Reihe jene seiner wohlhabenden Familienglieder, für welche die Ernährung armer Verwandten nicht bloß Liebespflicht, sondern von dem Gesetze als Zwangspflicht erklärt ist. Hiernach sind zur Alimentation gemeinschaftlich verpflichtet:

1) Die Ascendenten beiderlei Geschlechts und jeglichen Grades gegen die Descendenten, und zwar in Ansehung der ehelich erzeugten Descendenten zunächst der Vater oder der väterliche Großvater, subsidiär die Mutter oder deren Ascendenten ¹³⁾.

2) In gleicher Art sind die Kinder ihren dürftigen Ascendenten die Alimente schuldig ¹⁴⁾.

3) Ob auch Geschwister einander zu alimen-

¹³⁾ Mühlenbruch, *Pr.* §. 211, Nr. 1.

¹⁴⁾ Conf. l. 5, pr. §. 1. 2 *de agnosc. et alend. lib.* (25. 3.)

tiren verbunden seien, ist auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes streitig¹⁶⁾.

Das allgemeine preussische Landrecht erklärt Geschwister ersten Grades für verbunden, ihren Geschwistern, die sich selbst zu ernähren ganz unfähig sind, den nothdürftigen Unterhalt zu reichen¹⁶⁾.

4) Die unehelichen Kinder anbelangend, so ist es zunächst Sache des Stuprators, seine uneheliche Deszendenz zu ernähren; ist dieser unversmögend oder ungewiß, so liegt der Mutter die Alimentation ob, und nach dieser sind auch deren Eltern dazu verbunden¹⁷⁾.

Ob auch die Großältern väterlicher Seite in subsidium in Anspruch genommen werden können, ist nach gemeinem Rechte streitig¹⁸⁾: nach preussischem Rechte sind dieselben sogar vor der Mutter zur Ernährung der unehelichen Enkel in der Regel verpflichtet¹⁹⁾.

5) Endlich besteht zwischen den Ehegatten eine Alimentationsverbindlichkeit in der Art, daß die Frau von dem Manne standesmäßige Alimente fordern kann, während die Frau nicht schuldig ist, den Mann zu alimentiren²⁰⁾.

Entfernere Verwandte, oder verschwägte Personen sind nicht alimentationspflichtig, können jedoch in gewissen Fällen die freiwillig und ohne

16) Für die Affirmative erklärt sich Mühlenbruch a. a. O. Nr. 3. Die gegentheilige Ansicht wird vertheidigt Bl. für N. Bd. II, S. 411.

17) N. Th. II, Tit. 3, §. 15—21.

18) Seuffert, pr. P. R. §. 428.; Mühlenbruch, P. R. §. 211.

19) Mühlenbruch a. a. O. Rot. 9.; Bl. für N. Bd. II, S. 393—5.

20) N. P. N. Th. II, Tit. 2, §. 629.

20) Seuffert a. a. O. §. 448.; Mühlenbruch a. a. O. §. 516, Note 17. Vergl. N. P. N. II. 1, §. 185.

Vorbehalt geleisteten Alimente nicht wieder zurückfordern ²¹⁾).

Ob nun aus einem der bisher besprochenen Titel eine Ernährungsverbindlichkeit bestehe oder nicht, hierüber steht die Instruktion und Entscheidung dem Civilrichter zu, weil es sich dabei um Geltendmachung eines Privatrechts-Verhältnisses wider einen bestimmten, in entgegengesetztem Interesse betheiligten Gegner, auf dem Grunde einer bestehenden Rechtsnorm ²²⁾, also um eine Justizsache handelt: diese Entscheidungsnorm bildet das jeden Orts geltende Civilrecht.

Der Civilrichter ist es auch, welcher ein Provisorium wegen der einstweiligen Alimentenverabreichung dem Beklagten gegenüber zu erlassen hat, wenn nach den obwaltenden besonderen Verhältnissen die Sache zur Erlassung eines solchen gesetzlich geeignet ist ²³⁾).

§. 4.

Nediglich subsidiär, und wenn gar kein dritter, sei es kraft Vertrag, Delikt, letzten Willens, oder Familienverhältnisses, zur Ernährung des Armen die Obliegenheit hat, liegt den Gemeinden die Verpflegung der Armen auf ihre Kosten ob ²⁴⁾, und zwar der Heimathsgemeinde der betreffenden Individuen, indem die Heimath den Anspruch auf Wohnsitz und auf benöthigte Unter-

²¹⁾ Mühlenbruch a. a. D. §. 211. Vergl. M. P. R. I, 11, §. 1042.

²²⁾ Senffert Comment. Bd. I, §. 117. Mittermaier im Archiv für die Civil-Praxis, Bd. IV, §. 305 u. f. Bd. XII, §. 401 u. f.

²³⁾ Senffert a. a. D. Bd. II, §. 32—38.

²⁴⁾ Conf. Höllfeld, jurispr. for. §. 1290.

„Si vero nemo adest, cui (alendi) onus imponi potest, ex publico alimenta sunt praestanda. Quam in rem magistratus, cui politiae cura incumbit, praescita imperantis, ad pauperum sustentationem a personis suae subjectis jurisdictioni stipem colligere potest.“

stützung nach Maaßgabe der Verordnung v. 17. Nov. 1816 über die Armenpflege gewährt²⁵⁾).

Wo Jemand seine Heimath habe, ist nach dem Heimathsgesetze zu bemessen, welches eine erworbene, eine ursprüngliche, dann eine angewiesene Heimath kennt²⁶⁾).

Bei den klaren und decisiven Vorschriften dieses Gesetzes wird es nicht schwer halten, in den vorkommenden einzelnen Fällen zu beurtheilen, in welcher Gemeinde der Arme heimathlos, und somit auch unterstützungsbererechtigt sei²⁷⁾).

Die Zeitpacht eines Gutes begründet für sich allein keine Ansässigkeit, und sonach auch keine Heimathrechte (Instruktion zum Vollzug des Heimathgesetzes, zu §. 1 des Gesetzes, I, Nr. 2), daher der Zeitpächter, als solcher, dem Orte der Pachtung nicht zur Ernährung anheimfallen kann.

Ausnahmeweise tritt der Pflegeverband auch für die unzweifelhaft nicht angehörigen Armen dann in Wirkung, wenn ein auswärtiger Armer in dem Orte und Bezirke, wo er sich eben befindet, einer augenblicklichen dringenden Hülfe bedürftig wird²⁸⁾).

Die Pflegekosten für Personen, welche eine angewiesene Heimath haben, müssen aus Kreisfonds — von dem ganzen Kreise bestritten werden, welchem jene Gemeinde angehört²⁹⁾).

Staatsdiener, welche durch freiwilligen Verzicht auf den Staatsdienst, oder durch gesetzwidriges Betragen den Anspruch auf Pension verloren haben und verarmen, fallen nebst ihren Angehörigen

25) Heimathsgesetz vom 11. Sept. 1825, §. 5.

26) §§. 1—4 a. a. O. Verordn. v. 17. Nov. 1816, Art. 8.

27) Instruktion, die Behandlung des Armenwesens betr., §. 1.

28) Verordn. v. 17. Nov. 1816, Art. 8.

29) §. 5, Nr. 1 des Heimathsgesetzes, dann §. 7.

gen nicht der Gemeinde, sondern dem Staate zur Last ³⁰⁾).

Im Momente des dringenden unabweißlichen Bedürfnisses muß sich jede Gemeinde der in ihrem Bezirke vorhandenen Armen einstweilen annehmen, wenn gleich noch nicht ermittelt seyn sollte, daß die Betreffenden dem Pflegeverbande angehören, oder wegen des Daseyns ernährungspflichtiger Dritter die bloß subsidiäre Unterstützungs-Verbindlichkeit der Armenpflege nicht in Wirksamkeit zu treten hätte ³¹⁾).

Dieses Interimistikum ist von dem §. 3 in sine gedachten Provisorium wesentlich verschieden. Dort ist es der alimentationspflichtige Dritte, welcher durch eine Provisionalverfügung veranlaßt werden soll, dem Armen vorläufig und bis zum ausgemachten Alimentationsstreite den Unterhalt zu gewähren; hier gilt die interimistische Anordnung der Gemeinde, wo sich der Arme aufhält: das Erstere ist ein *provisorium juris privati*, das Letztere ein *provisorium juris publici*.

Ein richterliches Provisorium hat Erfordernisse, deren Nachweisung nicht immer so leicht zu bewerkstelligen, — es muß namentlich der Alimentations-Anspruch sofort mit Bescheinigung vertreten seyn, — und es wird daselbe deshalb in der Regel jedenfalls länger auf sich warten lassen: das polizeiliche Provisorium, bloß durch die unabweißliche Noth bedingt, hat solcher in der Zwischenzeit abzuhelpen, oder wenn ein richterliches Provisorium gar nicht zu erwirken seyn sollte, abschließend der momentanen Noth zu steuern.

Die Instruktion und Bescheidung der Ansprüche auf Gewährung des Pflegegenusses aus

³⁰⁾ Revidirtes Ansfähigmachungs-Gesetz §. 4, Nr. 3. Vgl. auch Heimath-Gesetz § 7, Nr. 2.

³¹⁾ Elver's Thema II, S. 296.

Armen- und Kreisfonds ressortirt — als Verwaltungssache — zur Kompetenz der Verwaltungsbehörden und Stellen ³²⁾.

§. 5.

Von besonderer praktischer Wichtigkeit erscheint die Frage, ob und in wie ferne Ansprüche der Armenpflegen auf Ersatz der von ihnen zur Unterstützung der Armen aufgewendeten Kosten statthaft seien.

Hierbei kann es sich um Ersatzansprüche gegen Dritte, oder um solche den Verpflegten selbst gegenüber handeln, welche beiden Fälle von einander sehr verschieden sind, daher auch einer gesonderten Erörterung bedürfen werden.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Erforderniß der actio Pauliana außer dem Konkurse ist Zahlungsunfähigkeit des ursprünglichen Schuldners.

Der Umstand, daß der Schuldner kein, zur Befriedigung des Gläubigers hinreichendes Vermögen habe, gehört zum Grunde der Paulianischen Klage, durch welche die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein Rechtsgeschäft erwirkt werden soll. Wie jede Restitution, so setzt auch diese voraus, daß der Kläger beschädigt sei, und daß er nicht mittelst einer andern Klage den Nachtheil von sich abzuwenden vermag. Diese Beweislast kann Kläger auch nicht deswegen von sich abwenden, weil es sich von einer Negative handelt.

³²⁾ Seuffert's Komment., Bd. I, S. 132—134. Ueber den Anspruch auf Alimentation auf dem Grunde des §. 4, Nr. 3 des Unsäsigmachungsgesetzes vergl. Kommentar a. a. O. S. 150.

Denn nach der *OD. Kap. IX, §. 3, Nr. 3* muß auch *probatio negativa* übernommen werden, wenn man sich darauf gründet, und in der Sache selbst mehr eine affirmative Behauptung enthalten ist. Dieses ist vorliegend der Fall, weil es auf den Beweis thatsächlicher Umstände ankommt, aus welchen auf die Armut des N. oder seiner Erben zu folgern ist.

MGE. v. 16. Nov. 1844. N. Nr. 262^{43/44}.

2.

Beweis durch Protokolle über Handlohnverhandlungen resp. durch Rechnungen.

In einer Rechtsache, den Umfang der Handlohn-Berechtigung einer Stadtgemeinde betreffend, wurde von dieser ein aufgelegter Beweis durch Vorlage von Protokollen über Handlohnverhandlungen resp. von Rechnungen zu erbringen gesucht. Der Beklagte machte die Einwendung, die vorgelegten Urkunden seien *scripta propria*, welche für den Schreiber nichts beweisen. Hiegegen bemerken die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe: die Handlohnverhandlungen wurden von der für dieses Geschäft zuständigen magistratischen Behörde gepflogen, und man muß daher nach *OD. XI, §. 2* von ihnen annehmen, daß sie *vi auctoritatis publicae* geschehen. Vgl. *Seuffert Romment. Bd. 3, §. 119 lit. a.* — Im Wesentlichen daßselbe gilt hinsichtlich der Glaubwürdigkeit von der Verrechnung der perzipirten Handlohngefälle durch den magistratischen Rechnungssteller, welcher sich über die von ihm perzipirten öffentlichen Gelder und deren Verwendung der ihm vorgesetzten Stelle auszuweisen hat. Es ist um so mehr anzunehmen, daß dasjenige, was er als perzipirt in die Rechnung stellte, von ihm eingenommen worden sei, als dieses resp. Bekenntniß nicht seinen Vortheil zur Folge hat, er vielmehr, wenn er etwas als eingenommen in die Rechnung stellte,

waß er nicht wirklich einnahm, hiefür zu haften hätte ¹⁾).

DUCE. v. 23. Jull 1847 (Nr. 787^{42/43}).

3.

Natur der militärischen Heirathskautionen.

Eine kön. bayer. Militärperson ließ auf ein ihr gehöriges Immobile bei ihrer Verheirathung eine Heirathskaution in das Hypothekenbuch (Rubr. III) eintragen. Weder die Kautionsurkunde noch der Eintrag in das Hypothekenbuch erwähnten einer Verpflichtung zu Zinsen aus dem Kautionskapital und eben so wenig war hier von einer auf das Immobile radizirten und nur im Kapitalanschlag in das Hypothekenbuch eingetragenen Rente die Rede. Die Militärperson starb mit Hinterlassung unverzogter Kinder im Stande der Ueberschuldung und in der über den Nachlaß eröffneten Gant verlangten die Kinder das Kautionskapital selbst, eventuell Zinsen hieraus vom Tode des Erblassers an und überdies die Befugniß zuerkannt, an dem Kapital selbst soviel successive aufzuehren zu dürfen, als zu ihrem standesmäßigen Unterhalt erforderlich sei.

Der oberste Gerichtshof setzte zwar im Erkenntniß vom 21. Dez. 1847 (N. Nr. 846^{41/42}) das Kautionskapital wegen der konstituirten Hypothek in die zweite Klasse, jedoch nur in der Art, daß die aus diesem Kapital zu erzielenden Zinsen den Kindern des Kridars für die Dauer des Kautionsverbandes gebühren, daß der Gantmasse eigenthümlich verbleibende Kapital aber nach Aufhören des Kautionsverbandes unbeschränktes Eigenthum der Masse wird.

Die Entscheidungsgründe gehen von der Natur der militärischen Heirathskautionen aus, wie

1) Vgl. hierüber Comment. über die GD. Bd. 3, S. 121, Nota 7 und S. 131.

solche aus den über diese Kautionen bestehenden in dem Justizministerialreskript vom 8. Febr. 1835 und in dem Kriegsministerialreskript vom 4. März 1835 beurkundeten Grundsätzen hervorleuchtet. Es werden nämlich hiernach die Heirathskautionen „zum Privatvortheil der dermaligen und künftigen Familie desjenigen geleistet, welcher die Ehelichungs-erlaubnis nachsucht“ (Just. Min. Reskr. v. 8. Febr. 1835), damit der Familie und insbesondere auch „nach dem Tode des Militärs der Wittve und den unversorgten Kindern der nöthige oder offiziersstandmäßige Unterhalt, jedenfalls ein ergänzender und ständiger Unterhaltsbeitrag während der vorgeschriebenen Dauer des Kautionsverbandes gesichert sei. Der Zinsen- und Rentenertrag der Kaution ist für den Unterhalt der Wittwen und der unversorgten Kinder zu verwenden“ (Kriegsminist. Reskr. vom 4. März 1835, S. 1).

Durch solche Kautionsleistung wird demnach das Eigenthum des Kapitals nicht auf Wittve und Kinder des Militärs übertragen, sondern nur der Genuß der Rente hierauf, so weit eine solche erzielt wird, denselben für die Zeit des Kautionsverbandes gesichert. In das Eigenthum der Kinder des Militärs kann das Kautionskapital nur aus besonderem Rechtstitel übergehen und hieher rechnet §. 2 und 6 des Kriegsministerialreskripts den Fall „wenn nach dem Tode des Kautionsstellers das Kautionsvermögen als Vater- oder Muttergut oder als sonstige Erbschaft unter die Hinterlassenen vertheilt wird“: hievon kann aber im gegenwärtigen Falle die Rede nicht seyn, weil der Nachlaß überschuldet, also eine Erbschaft nicht möglich ist. Das Kautionskapital war demnach nie Eigenthum der Kinder des Militärs und ist nie Eigenthum derselben geworden.

Ein Angreifen des Kapitals selbst zum Un-

terhalte der Kinder wäre gleichfalls gegen die Natur einer militärischen Heirathskaution. Zinsen und Renten des Kautionskapitals, nicht aber dieses selbst erklärt ganz sachgemäß das Kriegsministerialreskript als Gegenstand der Verwendung für die Relikten des Militärs. Die Kaution hat den Zweck, jenen Relikten den nothwendigen oder offizierstandmäßigen Unterhalt oder die Ergänzung desselben zu sichern und die Dauer dieser Kaution ist im erwähnten Reskript bezüglich der Kinder auf so lange angegeben, bis diese versorgt sind. Würde nun gestattet, für die Kinder successive auch Kapitaltheile zu verwenden, so würde die Kaution in demselben Grade geschwächt, in welchem die Verwendung des Kapitals geschieht, am Ende vielleicht das ganze Kapital verzehrt und sonach die Kaution entweder theilweise oder ganz vernichtet, der Zweck der Kaution ganz oder theilweise zu einer Zeit vereitelt, wo die Kaution noch volle Wirkung haben soll.

Da indessen die Kaution den Zweck hat, der Familie des Militärs eine Rente zum möglichst standesmäßigen Unterhalt zu gewähren, so ist es nothwendig, daß das Kapital so angelegt werde, daß daraus eine Rente entspringt ¹⁾ und deshalb

1) Zweckmäßiger wäre es, wenn die Kaution statt in der Verpfändung auf eine gewisse Summe oder in Eintragung einer Dispositionsbeschränkung in der Art geleistet würde, daß der Familie des Militärs für den treffenden Fall eine bestimmte jährliche Rente konstituiert und diese in einer entsprechenden Kapitalsumme (§. 19. 137 des Hyp. Ges.) im Hyp. Buch eingetragen wird. Will man aber primär bei dem Kapital bleiben, so ist es doch nothwendig, daß der Kautionsleister Zinsen aus diesem Kapital für den treffenden Fall und die treffende Zeit konstituiert und hierauf die Hypothek erstreckt, diese Erstreckung auch in das Hypoth. Buch eingetragen wird. Dadurch, daß im obigen Falle für Zinsen nicht gesorgt war, verlieren die Kinder die Rente vom Tage

spricht auch das Kriegsministerialreskript §. 4 von Verpfändung des Grundvermögens zur Sicherung eines verzinslichen Kapitals. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, nur eine Verpfändung wegen des Kapitals ohne ein Versprechen von Zinsen und ohne Bestellung einer Hypothek für Zinsen geschehen und das Kapital als ein verzinsliches im Hypothekenbuch nicht eingetragen ist, so kann auch nur ein Kapital als Kaution, keineswegs aber können Zinsen, die nicht versprochen sind, zuerkannt werden. Seinen Zweck als Sicherung für Renten zur Unterstützung der Kinder des Militärs erfüllt das Kapital, sobald es verzinslich angelegt wird: diese Anlegung aber und zu deren Behuf die Anträge auf Flüssigmachung des Kapitals, dann die Sicherung sowohl zum Besten der Kinder als hinsichtlich des Kapitals zum Besten der Massegläubiger, denen nach Aufhören des Kautionverbandes das Kapital unbeschränkt zufällt, müssen den Betheiligten überlassen werden.

4.

Befugniß der Ehegatten zur Prozeßführung nach Eichstädter Recht.

Hierüber äußert sich ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 9. August 1847, Nr. 1027^{45/46}: Die Befugniß, bei bestehender allgemeinen Gütersgemeinschaft über ein liegendes Gut durch Kauf, Tausch u. dgl. zu disponiren, ist von der Befugniß, den über einen solchen Vertrag entstandenen Prozeß zu führen, wesentlich verschieden. Wenn auch nach der Eichstädter Handlohnordnung vom Jahre 1689 der Mann ohne Einwilligung des Eheweibes eine Veräußerung liegender Güter rechtsgültig nicht vornehmen kann, so steht ihm doch

des Todes ihres Vaters bis zu dem Zeitpunkt, wo das Kapital flüssig gemacht und verzinslich angelegt seyn wird.

schon nach allgemeinem deutschen Privatrechte vermöge seines Mundiums unverkennbar die Befugniß zu, seine Ehefrau vor Gericht zu vertreten, und die Prozesse, welche das gemeinschaftliche Vermögen betreffen, allein, ohne Beziehung seiner Ehefrau zu führen.

Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts 1843, §. 401.

Da nun nach dem im vormaligen Fürstenthume Eichstädt geltenden Provinzialgesetze der überlebende Ehegatte die zwischen ihm und dem Verlebten bestandene Gütergemeinschaft mit den vorhandenen Kindern in der Art fortsetzt, daß er, er sei Vater oder Mutter, über das gemeinschaftliche Vermögen in derselben Art disponiren kann, wie der Mann während der Ehe disponiren konnte,

Arnold's Beiträge zur deutschen Gesetzgebung Bd. I, S. 345 in notis in Verbindung mit

Mittermaier a. a. O. §. 404,

so ergibt sich, daß Klagen, welche das gemeinschaftliche Vermögen betreffen, so wie zur Lebzeit des Mannes gegen diesen allein, so auch nach seinem Tode gegen seine die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens allein führende Wittib ausschließend und ohne Beziehung ihrer Kinder oder deren Vormundschaft erhoben und durchgeführt werden können.

5.

Handlohn von Häusern. Bei Klagen auf Handlohn von Häusern gehört es mit zum Klaggrunde, darzulegen, daß die geforderte Summe den letzten vor dem Jahre 1818 erhobenen Handlohnbetrag nicht übersteige.

In dieser Beziehung äußert sich ein obersterichterliches Erkenntniß vom 25. Okt. 1847, Reg. Nro. 864^{45/46}:

„Nachdem im §. 11 der VI. Beilage zur VII. ausgesprochen ist, daß das Handlohn vom Werthe der Häuser, wo es herkömmlich ist, nicht

erhöht werden darf, so bemißt sich die Größe des Handlohns bei Häusern unter Hinblick auf den hierüber von dem obersten Gerichtshof am 27. Febr. 1840 gefaßten Plenarbeschuß nicht mehr, wie bei andern handlohnbaren Objekten, nach dem Werthe des Objekts zur Zeit der Besitzveränderung allein, sondern nach diesem Werthe und nach dem letzten vor dem Erscheinen der Verfassungsurkunde erhobenen Handlohnbetrag.

Nach diesem Prohibitivgesetze kann das Handlohn bei Häusern nach ihrem gegenwärtigen Werthe oder nach dem diesem Werthe in der Regel gleichkommenden Kaufpreise nur dann gefordert werden, wenn der nach diesem Werthe sich berechnende Betrag des Handlohns den letzten vor dem Jahre 1818 erhobenen Handlohnbetrag nicht übersteigt; in allen Fällen aber, wo dieser früher erhobene Handlohnbetrag dem nach dem gegenwärtigen Werthe berechneten nicht gleich kommt, gibt nicht mehr der Werth oder Kaufpreis des Hauses, sondern das früher erhobene Handlohn den Maßstab für die Handlohngröße, und ebendeshalb wegen hat auch seit dem Erscheinen dieses Gesetzes der Kläger, der seine Forderung nicht nur in *quali* sondern auch in *quanto* darzulegen und nachzuweisen hat, in seiner Klage dieser beiden Faktoren seiner Forderung zu erwähnen.

Das erwähnte Prohibitivgesetz gibt nicht sowohl dem Verklagten eine eigentliche Einrede, durch welche das an sich begründete Klagrecht zum Theil wieder aufgehoben wird, als es vielmehr das Klagrecht selbst beschränkt, und dem Grundherrn hinsichtlich der Häuser ein Klagrecht auf Handlohn in keinem höhern Betrage gestattet, als er solches das letztmal von dem Jahre 1818 erhoben hat, so wie auch durch die *lex Anastasiana* dem Cessionar kein weiteres Klagrecht ein-

geräumt wird, als inwiefern er den Cedenten befriedigt hat.

Die von dem Verklagten in einem solchen Falle entgegengesetzte sogenannte *exceptio pluspetitionis* ist daher auch hier, wie in ihren meisten Fällen, nur eine negative Streitbefestigung, was sich insbesondere dadurch bestätigt, daß es zur Vertheidigung des Verklagten oder zur Darlegung des der Klage anlebenden Mangels genügt hätte, wenn Verklagter lediglich widersprochen hätte, nach den Bestimmungen des oben angezogenen konstitutionellen Edikts den vom Kläger in Anspruch genommenen Handlohnbetrag zu schulden.“

6.

Vertretung durch einen Nichtadvokaten. Der durch einen ungeeigneten Vertreter Erscheinende kann nicht als ungehorsam ausgeblieben angesehen werden.

In einer Rechtsache hatte der Richter erster Instanz die Beklagte durch Erk. v. 4. Juli 1845 mit allen Einreden gegen die Klage ausgeschlossen, diese als von der Beklagten abgeleugnet erachtet, und hiernächst den Klägern über mehrere Punkte Beweis aufgelegt. Der Kontumazialauspruch beruhte auf der Annahme, daß der Patrimonialrichter N., der ihm von der Beklagten erteilten Vollmacht ungeachtet, gesetzlich nicht berechtigt gewesen sei, die Beklagte in den zur Verhandlung angeordneten Terminen zu vertreten, und daß daher das angedrohte Präjudiz ¹⁾, da sie in den Terminen weder persönlich erschienen sei, noch einen öffentlichen Anwalt zu ihrer Vertretung abgeordnet habe, als verwirkt betrachtet werden müsse. Die Be-

¹⁾ Auf Burschweisung des erschienenen Bevollmächtigten in der Tagfahrt vom 7. April, wurde am 15. neue Tagfahrt zur Verhandlung auf den 10. Mai, unter Androhung des Präjudizes der anzunehmenden Klagablehnung und des Einredenverlustes — anberaumt.

klagte bestritt die Nichtigkeit dieser Annahme, indem sie befugt gewesen sei, sich durch den Patrimonialrichter R. vertreten zu lassen, und, wenn auch dieser zu ihrer Vertretung nicht habe zugelassen werden wollen, der Termin doch jedenfalls als salviert zu betrachten, sohin der Kontumazialauspruch nicht gerechtfertigt, und daher das erstrichterliche Erkenntniß als zu voreilig erlassen aufzuheben sei.

Nun ist zwar (sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe) die Behauptung der Beklagten, daß sie berechtigt gewesen sei, sich in den Verhandlungsterminen durch den gedachten Patrimonialrichter vertreten zu lassen, unrichtig, und mit Recht wurde dieser als zur Vertretung der Beklagten nicht berechtigt, den bestehenden Verordnungen gemäß von dem Instruktionskommissär zurückgewiesen ²⁾. Aber dessenungeachtet erscheint das erstrichterliche in 2ter Instanz bestätigte Erkenntniß vom 4. Juli 1845 nicht gerechtfertigt und als zu voreilig erlassen. Von einer Partei, welche zu ihrer Vertretung eine zur Besorgung sonstiger Rechtsgeschäfte geeignete und mit Vollmacht versehene Person abgeordnet hat, läßt sich nicht sagen, daß sie ungehorsam ausgeblieben, daß sie Demjenigen, welcher gar nicht erschienen, gleichzustellen sei, und es kann daher auch das für den Ungehorsam vorgeschriebene Verfahren nicht eintreten. Hiernach war, da die Beklagte als im Termine v. 7. April 1845 ungehorsam ausgeblieben nicht zu betrachten

²⁾ Diesem Ausdruck über die Unzulässigkeit der Vertretung bei protokolllarischen Verhandlungen durch Nichtadvokaten lag eine Rechtsansicht zu Grunde, welche der in einem DMGE. v. 27. März 1847 (Bl. f. RA. Bd. 12, S. 205) zur Anwendung gebrachten geradezu widerspricht. Eine Plenar-Entscheidung über diese höchst wichtige Kontroverse würde einem dringenden Bedürfnisse abhelfen. — S. auch oben S. 17 f.

ist, der in der Verfügung vom 15. April angedrohte Rechtsnachtheil noch nicht an der Zeit. Die mit diesem Dekret geschehene Vorladung des Beklagten zu dem anderweiten Termine vom 10. Mai konnte nur eine monitorische seyn, weil die Androhung des im §. 6 der Prozeßnovelle v. 22. Juli 1819 bestimmten Präjudizes durch das ungehorsame Nichterscheinen des Beklagten im ersten Termine bedingt ist;

Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837, §. 18, und erst, nachdem die Beklagte im Termine vom 10. Mai abermals weder persönlich erschienen, noch sich durch einen recipirten Anwalt hat vertreten lassen, konnte sie wegen ihres Ungehorsams zu einem neuen Termin unter Androhung des erwähnten Rechtsnachtheils vorgeladen werden.

Diesem zufolge mußte, da die Beklagte sich rechtzeitig verwahrt hat, so die Verfügung, welche das Präjudiz androhte, wie das Kontumazialerkenntniß als zu voreilig erlassen aufgehoben, und das Gericht erster Instanz angewiesen werden, den auf den 10. Mai 1845 angesetzt gewesenen Termin unter Androhung des im §. 6, Abs. 1 des Gesetzes v. 22. Juli 1819 bestimmten Rechtsnachtheils auf Kosten der Beklagten zu reassumiren, und sodann weiter zu verfügen oder zu erkennen, was Recht ist. Der Ausspruch, daß die Reassumtion des Termins auf Kosten der Beklagten zu geschehen habe, rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß dieselbe durch ihre Schuld die Reassumtion veranlaßt hat.

DAGE. vom 30. Dez. 1846, Nr. 919^{45/46}.

Gnomen.

Ist klar der Worte Sinn, so bleibe dabei steh'n,
Wenn volle Probe nicht für's Gegentheil gescheh'n.
Wenn aufgehört das Recht, aus welchem deines floß,
So folgt, daß dleß auch sein Daseyn jetzt beschloß.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 7. Samstag, den 1. April 1848.

Ueber die Verbindlichkeit zur Ernährung der Armen, und die Ansprüche der Armenpflegen auf Ersatz der von ihnen verabreichten Unterstützungen.

(Schluß.)

§. 6.

Die Gemeinden kommen durch das §. 4 besprochene Interimistikum nicht selten in den Fall, solchen Individuen, die nicht im Pflegeverbande stehen, oder doch der Armenpflege noch nicht zur Ernährung anheim fallen können, einstweilen Unterstützung angedeihen zu lassen, — wenn nämlich

a) die Heimath des Armen noch nicht ermittelt ist, und bis zur Beendigung des desfallsigen Verfahrens die Gemeinde, wo er zuletzt betroffen worden, und deren Behörde das Heimathsverfahren eingeleitet hat, ihn einstweilen ernähren muß.

b) Wenn ein Dritter aus privatrechtlichem Titel, oder kraft des bestehenden Familienverhältnisses den Armen zwar zu ernähren hat, dieser Verpflichtung aber nicht nachkommt, und von dem Civilrichter seine Alimentationsverbindlichkeit noch nicht anerkannt, auch noch kein Provisorium getroffen ist, mithin die Armenpflege einstweilen sich ins Mittel legen muß.

Auch die länger andauernde Hülfeleistung an solche ihrer bedürftige Angehörige anderer Gemeinden, deren Gesundheitszustand die Zurückweisung in die Heimath für längere Zeit nicht gestattet, und welche darum von der Armenpflege des augenblicklichen Aufenthaltes einstweilen unterstützt werden müssen³²⁾, kann eine Gemeinde zur Vorschussleistung für andere Pflegebezirke nöthigen.

In den gedachten Fällen kann Ersatz der aufgewendeten Kosten mittels der *actio negotiorum gestorum contraria* je nach Verschiedenheit des Falles von der Heimathsgemeinde, oder von dem Kreisfonde, oder von alimentationspflichtigen Dritten begehrt werden. Denn die Alimentation von Personen, welche man zu ernähren nicht verbunden ist, gilt als Geschäftsführung (s. g. *negotiorum gestio*), und der Geschäftsführer mag mit Recht Ersatz der gemachten nothwendigen und nützlichen Auslagen von dem Geschäftsherrn fordern³³⁾.

Nicht minder kann der Kreisfond Ersatz der bestrittenen Pflegekosten ansprechen, wenn nach erfolgter vorsorglicher Anweisung einer Heimath später noch die ursprüngliche oder erworbene Heimath des betreffenden Individuums entdeckt wird, in welchem Falle der Regreß an den einschlägigen Orts- oder Distrikts-Armenfond Platz greift³⁴⁾.

³²⁾ Instruktion über das Armenwesen §. 23, Nr. 4. Hat eine solche Unterstützung die Dauer von 7 Tagen nicht überschritten; so kann deshalb Ersatz von der Heimathsgemeinde nicht gefordert werden, weil die momentane Hülfe von den Gemeinden auch für die ihnen nicht angehörigen Armen geleistet werden muß. Wdg. vom 17. Nov. 1816, Art. 8. Ministerial-Ausschreiben vom 6. Dez. 1837 (Handbibliothek a. a. O. S. 42 u. 43).

³³⁾ Seuffert's pr. WR. §. 346, Nr. 2. Heimaths-Gesetz §. 5, Nr. 3. Wdg. v. 17. Nov. 1816, Art. 59. Instruktion über das Armenwesen, §. 23, Nr. 4 b.

³⁴⁾ Wdg. vom 31. Dez. 1834, Nr. 2, lit. a.

Die hier erörterten Ersatzansprüche gehören in den Fällen lit. a et b, als reine Civilrechtspunkte, vor die ordentlichen Gerichte ³⁶⁾. Im Falle der vorübergehenden Hülfeleistung an hülfsbedürftige Angehörige anderer Gemeinden aber ist die Instruktion und Entscheidung der Kuratelbehörde der in Anspruch genommenen Heimathsgemeinde zugewiesen, von deren Auspruch der Refus an die vorgesetzte Kreisregierung und an das Königl. Ministerium des Innern geht ³⁷⁾. Derartige Ersatzansprüche an den Kreis- oder Staatsfond sollen bei der zuständigen Behörde ³⁸⁾ angebracht werden ³⁹⁾.

§. 7.

Zweifelhafter dürfte es sein, ob der Alimantirte selbst, wenn er später hinreichendes Vermögen erwirbt, — *ad meliorem fortunam* kommt — das bezogene Almosen, die genossene Unterstützung der Armenkasse zurück erstatten müsse. Die Verordnung v. 17. Nov. 1816 über das Armenwesen läßt jene Frage unentschieden. Das natürliche Billigkeitsgefühl, — der Rechtsatz, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern könne, wird hier oft zu Gunsten der Armenpflegen geltend gemacht, mitunter auch die Ansicht geäußert,

³⁶⁾ Heimaths-Gesetz §. 8. Seuffert's Kommentar Bd. I, S. 152.

³⁷⁾ M. U. v. 6. Dez. 1837, vergl. mit dem Ausschreiben v. 12. Okt. 1831 (Handbibl. S. 41).

³⁸⁾ Man wollte, wie es scheint, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte weder geradezu in Abrede stellen, noch ausdrücklich anerkennen; daher der unbestimmte Ausdruck. Vgl. übrigens Bl. f. R. U. Bd. 12, S. 200.

³⁹⁾ M. U. vom 6. Dez. 1837, Nr. 25. Ueber die mit mehreren auswärtigen Staaten, wegen gegenseitiger Verpflegung erkrankender Staatsangehöriger ohne Ersatzleistung von Seite der Heimathsgemeinden, getroffenen Uebereinkommen vgl. man Handbibl. S. 44 u. f.

daß alle Armen-Unterstützungen, wie sich von selbst versteht, bloße Vorschüsse, nichts als Vorlehen seien; die der Unterstützte zurück zahlen müsse, falls es seine Kräfte gestatten.

Pflichtet man jenen Rechtslehrern bei, welche überhaupt eine Klage auf Zurückforderung verabreichter Alimente für statthaft erklären, wenn der Alimentat zu Vermögen kommt⁴⁰⁾; so wird man um so mehr den Armenklassen, welche als mildthätige Anstalten doch gewiß die vollste Berücksichtigung, und alle nur immer thunliche Begünstigung verdienen, eine solche Klage zugestehen müssen⁴¹⁾.

Die gefeiertesten Autoritäten⁴²⁾ stellen jedoch die Behauptung auf, daß der, welcher Alimente geben mußte, sie nachher, wenn der Alimentar Vermögen erwirbt, nicht zurückfordern könne.

„War — sagt namentlich Busch⁴³⁾ — der Alimentengeber zur Verabreichung der Alimente in dem konkreten Falle verpflichtet; so fällt, wenn auch der Alimentatus nachher hinreichendes Vermögen erwirbt, jede Zurückforderung derselben weg: denn er hat weder die *condictio indebiti*, weil keine Nichtschuld vorhanden ist, noch die *actio neg. gestor. contraria*, weil er seine eignen Geschäfte geführt, nämlich eine Verbindlichkeit erfüllt hat, zu welcher ihn Gesetze oder Verträge

⁴⁰⁾ Cf. Sellfeld l. c.: „Omnes quoque, praeter patrem, qui alimenta praestiterunt, eorum aestimationem condicere queunt, si is, qui illa accepit, ad meliorem peruenit fortunam.“ Das preuß. P.D. gesteht solches, was die alimentationspflichtigen Verwandten betrifft, bloß hinsichtlich der den Geschwistern verabreichten Unterstützungen zu. Th. II, Tit. 3, §. 21.

⁴¹⁾ Conf. Gottschalk disc. for. tom. I, c. 30.

⁴²⁾ Vgl. die Citate in Elver's Themis S. 509, Not. 9.

⁴³⁾ Ueber das Recht der Zurückforderung gegebener Alimente, in Elver's Themis II, S. 509 u. 510.

verpflichteten. Der *animus repetendi* scheint in diesem Falle gar nicht nachgelassen zu sein, weil die Darreichung der Alimente nicht von dem freien Willen des Gebers abhing, sondern die Folge des gesetzlichen Gebotes war.“

Die Armenpflegen sind aber auch kraft des Gesetzes zur Ernährung der Armen verbunden. Bei der Verabreichung von Almosen dürfte noch dazu der *animus donandi* zu präsumiren sein, da solche Spenden aus Mitleid und Nächstenliebe, in Erfüllung eines *officium pietatis*, dem Armen zufließen ⁴¹⁾, und dieser schlicht bekanntlich die *actio negotiorum gestorum* — die Zurückforderung des Gegebenen aus ⁴²⁾.

Diese Ansicht dürfte auch der vaterländischen Gesetzgebung zusagen. Hätte der Geber der Verordnung vom 17. Nov. 1816 die Absicht gehabt, den Armenpflegen ein solches Rückforderungsrecht bezüglich des verabreichten Almosen einzuräumen; so würde er gewiß dessen ausdrücklich erwähnt, namentlich in Art. 59 desselben gedacht haben. Lediglich ein, wenn auch etwas beschränktes Erbrecht hinsichtlich der Verlassenschaften der aus ihren Mit-

41) N. P. RM. I, 11, §. 1043: „Eben so wird bei dem, was einem Armen zu seinem Unterhalte gegeben worden, die Absicht solches zu schenken vermuthet.“ Erörterung prokt. Rechtsfragen v. Langenn und Kori I, S. 1—13, Nr. III; Glück's Kommentar §. 1290, S. 292 u. f. Vor nicht langer Zeit las man aus einer Stadt, wo das preuß. Recht gilt, eine öffentliche Bekanntmachung des Armenpflegschaftsrathes, daß alle Unterstützungen aus Armenfonds bloß unter dem Vorbehalte des Rückersatzes von dem Unterstützten selbst oder aus dessen Nachlaß gewährt würden, — wodurch wohl die gesetzliche Präsumtion des *animus donandi* beseitigt, und der *animus repetendi* ein für alle Mal proklamirt werden wollte!

42) Conf. l. 12 C. de neg. gest. (2. 19). Seuffert a. a. O. §. 344.

teln ernährten Personen hat derselbe den Armenpflege zur Entschädigung für den auf dieselben gemachten Aufwand eingeräumt⁴⁰⁾; von einer weiteren Entschädigung aus den Mitteln des Verpflegten findet sich keine Spur in dem Armengesetze⁴¹⁾.

Der Art. 43 enthält sogar eine Bestimmung, welche ein *argumentum a contrario* an die Hand geben dürfte, indem nach solchem die Armen-Anstalten auch die Kosten auf Anschaffung der nothwendigsten Arbeitswerkzeuge für arme vorzüglich befähigte Gewerbsanfänger, allenfalls gegen die Verbindlichkeit seinerzeitiger Vergütung zu bestreiten haben, — ein sprechender Beweis dafür, daß für sonstige Unterstützungen keine Erbschaftspflicht begründet sei.

Die Sache näher erwogen, ist es auch so unbillig nicht, daß bei gebesserten Vermögensverhältnissen des Unterstützten dennoch keine Rückerstattung der bezogenen Armenspenden von ihm gefordert werden könne. Denn was ist der Pflegeverband im Grunde anders, als eine Verbindung der Gemeindeglieder zur wechselseitigen Unterstützung im Falle der Verarmung, als eine gegenseitige Versicherung gegen Mangel und Noth, die im Gefolge der Armuth stets befindlich! Und sind es nicht die freiwilligen, oder die Pflichtbeiträge der Gemeindeglieder zumeist, welche die ständigen und

⁴⁰⁾ Wdng. vom 17. Nov. 1816, Art. 3.

⁴¹⁾ Die Erbrechts-Ansprüche der Armenpflege werden indessen den *ad meliorem fortunam* gelangten Alimentaten von selbst schon veranlassen, bei Lebzeiten die bezogenen Unterstützungen zurück zu erstatten, um dergestalt nach Beseitigung des bloß zur Entschädigung der Armen-Kasse eingeräumten gesetzlichen Erbrechts, in der Disposition über seinen Nachlaß nicht gehindert zu sein, oder doch seine Intestaterben gegen Erbschaftsprüche der Armenpflege sicher zu stellen.

hauptsächlichsten Einnahmen der Armenklassen bilden? Daß verarmte Glied der Gemeinde erhält daher aus dem Armensäckel eigentlich nicht so sehr ein Geschenk, als ein, freilich nicht zu beneidendes Gegenreichtniß für die Beiträge, die von ihm in besseren Tagen zum Armenfonde geleistet worden, es gelangt dasselbe zu einem unglückseligen Treffer für einen oft vieljährigen Einsatz.

Bloß in dem Falle kann den Armenpflegen ein Anspruch auf Zurückstattung der bezogenen Unterstützung gegen den Alimentirten durchaus nicht abgesprochen werden, wenn derselbe zu der Klasse der Scheinarmen gehörte, — wenn er sich fälschlich für arm ausgegeben und Almosen bezogen, während es ihm nicht an Mitteln gebrach, seinen Unterhalt selbst zu bestreiten. Denn unter solchen Verhältnissen ist es der *dolus* des Alimentarß, welcher ihn haftbar macht, und es steht der Armenpflege die *actio de dolo* oder in *factum* gegen denselben auf Rückstattung der durch falsche Angaben erschlichenen Armen-Unterstützung zu ⁴⁸⁾. Diesen Ersatzanspruch hat auch die Verordnung vom 17. Nov. 1816, Art. 52 (vgl. mit Art. 59) den Armenpflegen mit klaren Worten zuerkannt. —

§. 8.

Im Zusammenhange hiermit steht die weitere Frage, ob die Armenpflegen aus dem Nachlasse des Alimentarß Ersatz der von demselben genossenen Armen-Unterstützungen fordern können. Vorausgesetzt nun, daß der Unterstützte selbst zu solchem Ersatze nicht verbunden gewesen, wird man auch seinen Erben eine Verpflichtung hierzu nicht auferlegen können, da die Erben wohl in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers einzu-

⁴⁸⁾ Senffert a. a. D. §. 424.

treten haben⁴⁹⁾, aber nicht zu mehrerem, als dieser selbst es gewesen, gehalten sein können.

Bei dem Ableben eines Almosenengenossen wird es daher, was die Entschädigung der Armenpflege für die von dem Defuncten bezogenen Unterstützungen anbelangt, bloß darauf anzukommen haben, ob arme Nothherben vorhanden seien, oder nicht.

Letzteren Fall tritt das gesetzliche Erbrecht der Armenpflege in Wirksamkeit, und der Nachlaß fällt derselben gänzlich, jedoch nicht in solutum, sondern ex titulo hereditatis heim⁵⁰⁾.

Hinterläßt aber der Alimentar arme Nothherben; so hat die Armenpflege weder Erbansprüche an dessen Nachlaß, noch nach dem bereits Gesagten Ersahansprüche an die Erben wegen des von ihrem Erblasser bezogenen Almosen. Das Armengesetz hat den armen Nothherben nirgends eine solche Ersahverbindlichkeit auferlegt, und im In-

⁴⁹⁾ Conf. l. 37 D. de acquir. hered. (29, 2).

⁵⁰⁾ Wbng. v. 17. Nov. 1816, Art. 3, verbiis: „Sie treten als Erben ein in die Verlassenschaften der aus ihren Mitteln ernährten Personen, zur Entschädigung für den auf dieselben gemachten Aufwand.“ Dieser Beisatz enthält bloß verba enunciativa, und es kann aus solchen nicht gefolgert werden, daß die Armenpflege mehr nicht als die für den Erblasser bestrittenen Kosten aus dessen Nachlaß fordern könne. Abgesehen davon, daß eine derartige Beschränkung das im Eingange des Artikels der Armenpflege eingeräumte Erbrecht paralyisiren würde, hätte sich das Gesetz, um jene Annahme rechtfertigen zu können, mit den Worten „für den Betrag des auf dieselben gemachten Aufwands“ ausdrücken müssen. — Gemeinrechtlich kommt bloß — in Ermangelung aller Testaments- und Intestaterben — ein Intestaterbfolgerecht der Hospitäler oder Armenhäuser vor hinsichtlich des Nachlasses der Pfründner, welche darin ihre Verpflegung hatten. Seuffert a. a. D. Mittermaier's Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, S. 443. Ueber die einschlägigen Bestimmungen des Preuß. Rechts vgl. R. II, 19, S. 50 u. f., insbesondere S. 67.

teresse der Menschlichkeit, sowie der Armenpflege selbst wird man dieß nur billigen können.

Was dieselbe durch die schonungslose Geltendmachung derartiger Ansprüche momentan gewönne, müßte sie den armen Erben selbst, deren Nothstand und Elend sich durch die Verwendung solcher Armenverlassenschaften zur Almosenerstattung noch steigern würde, bald mit Mehrung wieder als Unterstützung zufließen lassen, so daß bei jener Manipulation keine effektive Einnahme erzielt, wohl aber durch Fortpflanzung, wo nicht Steigerung des Pauperismus bei den armen Hinterbliebenen eine den humanen Zwecken der Armenpflege geradezu widerstrebende Wirksamkeit geäußert werden würde. —

Dr. Feust.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Nichteintragung des speziellen Forderungsgrundes im Hypothekenbuche.

Es wurde im Hypothekenbuche eine Forderung zwar dem Betrage nach und mit Angabe des Namens des Gläubigers eingetragen, jedoch ohne Angabe des Rechtstitels der Forderung, und als die Hypothek in der Gant des Schuldners geltend gemacht werden wollte, wurde nicht nur der in der Liquidation angegebene Rechtstitel der Forderung widersprochen, sondern auch behauptet, daß der Hypothekeneintrag unwirksam sei, weil der Rechtstitel der Forderung nicht mit eingetragen wurde, und daß dieser Rechtstitel auf andere Art nicht mehr bewiesen werden könne.

Der oberste Gerichtshof hat jedoch diese Einsreden nicht für gegründet erkannt und das Erkenntniß bestätigt, welches die Forderung unter der Bedingung des Beweises der Liquidität, namentlich

des Rechtstitels der Forderung in die zweite Klasse gesetzt hat ¹⁾).

Die Gründe hiefür sind folgende:

Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß eine Hypothek, da sie nur ein accessorisches Recht ist, nur bestehen kann, wenn die Forderung besteht, für welche die Hypothek eingetragen ist ²⁾; es kann also auch der Schuldner eben so wie jeder später eingetragene Gläubiger den Beweis einer eingetragenen Forderung und des Rechtstitels derselben verlangen. Daraus folgt aber nicht, daß dieser Beweis nur durch das Hypothekenbuch geliefert werden könne; es ist im Gegentheil bekannten Rechts, daß bezüglich eingetragener Hypothekforderungen so vieles, was zur Geltendmachung der Forderung und der Hypothek erforderlich ist, auch auf andere Weise bewiesen werden kann. So kann z. B. bei bloß vorgemerkten Forderungen selbst im Konkursprozeß nicht nur das Recht zur Forderung, sondern auch das Recht zur Hypothek bewiesen werden ³⁾; es können die nicht eingetragenen Veränderungen in der Person des Gläubigers auch auf andere Art bewiesen werden u. s. w.

Nur soweit als von der Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs und deren Folgen die Rede ist, kann die oben erwähnte Frage hier von Einfluß sein. Das Wesen dieser Öffentlichkeit ist hinsichtlich der auf ein Objekt eingetragenen Schulden, daß jeder Gläubiger wissen kann, ob und welche Summen ihm vorgehen, und welche Sicherheit ihm sonach die Eintragung seiner Forderung gewähre. Ob die ihm vorgehenden Forderungen diesem oder jenem Gläubiger zustehen, ist ihm nicht von wesentlichem Interesse; eben so nicht, ob die seiner

1) DAGE. v. 17. Juli 1847, 38^{45/46}.

2) Hyp. = Ges. §. 2.

3) Hyp. = Ges. §. 74.

Forderung vorgehende Summe aus einem Darlehen oder aus einem Kauf herrühre, und eben deshalb muß er sich sogar gefallen lassen, daß wenn die ihm vorgehende Forderung getilgt, aber noch nicht gelöscht ist, der Schuldner dafür eine andere nur nicht größere Summe eintragen lasse, die ihm dann wieder vorgeht, obgleich sie auf einem ganz andern Rechtstitel beruhen, einem ganz andern Gläubiger zustehen kann⁴⁾.

Daß Hypothekengesetz hat in dem ersten Titel, wo von dem Rechte der Hypotheken (§. 1 bis 85) gehandelt wird, den Eintrag des Rechtstitels der Forderung nicht geboten, es kann also auch dieser Eintrag um so weniger als unbedingt nothwendig angesehen werden, als nicht einmal der Eintrag des Rechtstitels der Hypothek verlangt ist, welcher doch für das Bestehen der Hypothek wenigstens eben so wichtig als der Rechtstitel der Forderung ist. Insbesondere ist der Eintrag des Rechtstitels der Forderung nicht im Hyp.-Ges. §. 22, Nr. 8 verlangt, denn dort ist nur vorgeschrieben, daß in das Hypothekenbuch eingetragen werden muß a) der Betrag der Forderung nebst dem bedungenen Zinsfuß, wofür und b) der Name desjenigen, welchem die Hypothek erworben wird. Das Wort „wofür“ in jenem Gesetze bezeichnet also nicht den Rechtstitel der Forderung, sondern es ist damit nur gesagt, daß die Forderung, für welche und der Zinsfuß, für welchen die Hypothek erworben wird, eingetragen werden muß und eben weil das Gesetz nur den Betrag der Forderung und den Zinsfuß eingetragen verlangt, hat es deutlich an den Tag gelegt, daß es ganz der Natur der Sache gemäß nur die Summe und nicht den Rechtstitel als dasjenige angesehen hat, was unbedingt aus dem Hypothekenbuch er-

⁴⁾ Hyp.-Ges. §. 84.

hellen muß, um mit diesem die Folgen der Öffentlichkeit verbinden zu können.

Daß das Hypothekengesetz in dieser Art auszuliegen ist, geht auch aus Gönnert's Kommentar hierzu ⁵⁾ hervor, wo darauf besonders aufmerksam gemacht wird, daß das französische Gesetz (welches Art. 2148 unter Andern Nr. 4 den Betrag der Forderung und Nr. 3 das Datum und die Beschaffenheit des Titels einzutragen gebietet) durch das Gebot des Eintrags so vieler unwesentlicher Punkte einen Hauptfehler begangen habe, indem daraus so viele Wichtigkeiten hervorgehen.

Es ist zwar im Hypothekengesetz §. 145, Nr. 2 vorgeschrieben, daß in die dritte Rubrik nebst dem Betrag der Forderung auch „der Rechtstitel und dessen Datum“ einzutragen ist und in Gönnert's Kommentar hierzu Bd. II, S. 261 wird der Eintrag des Rechtstitels als absolut nothwendig erklärt ⁶⁾. Man darf indessen nicht übersehen, daß jener §. 145 im zweiten Titel des Hyp. Gesetzes enthalten ist, wo (§. 86 bis 176) vom Verfahren in Hypothekensachen gehandelt wird, wo demnach nicht wie im ersten Titel vorgeschrieben ist, was für das Hypothekenrecht wesentlich sei, sondern nur was zur gehörigen Führung der Bücher beobachtet werden soll. Gerade daraus, daß das bayerische Hypothekengesetz die verschiedenen Erfordernisse, welche das französische Gesetz in einen Artikel zusammengefaßt hat, nach Verschieden-

⁵⁾ Bd. I, S. 259, Note und S. 264 Note, dann Bd. II, S. 256.

⁶⁾ Es ist sehr zu bedauern, daß die Hypothekenämter die gehörige Genauigkeit in Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften zuweilen vernachlässigen und der Grund liegt gewöhnlich darin, daß das Vertrags- und Hypothekenwesen oft den Schreibern sogar ohne gehörige Kontrolle anvertraut wird.

heit desjenigen, was bei Vermeidung der aus dem Prinzip der Öffentlichkeit entstehenden Folgen einzutragen werden und nothwendig aus dem Hypothekenbuch erhellen muß und desjenigen, was zwar an sich ebenfalls erforderlich ist, aber nicht unbedingt nothwendig in das Hypothekenbuch gehört, getrennt und jenes in den ersten Titel vom Hypothekenrecht, das letztere in den zweiten Titel vom Verfahren gesetzt hat, gerade daraus erkennt man, daß das bayerische Hypothekengesetz den Fehler des französischen Gesetzes vermeiden und nicht die Nichtigkeit eines Eintrags auf Verzäumungen setzen wollte, welche für die Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs, worauf allein §. 22 des Hyp. Gesetzes sich bezieht, nicht erheblich sind.

Die Vorschrift im §. 145 des Hypothekengesetzes, daß der Rechtstitel einer Forderung eingetragen werden soll, ist nur darin begründet, daß eine Hypothek als accessorisches Recht ohne Forderung nicht bestehen und ein Hypothekengläubiger die Hypothek nur geltend machen kann, wenn die Forderung zugestanden oder bewiesen ist. Deshalb erklärt Gönnér im Kommentar zu jenem Paragraphen auch den Eintrag des Rechtstitels für absolut nothwendig: daß aber damit der Kommentator nicht sagen wollte, es könne der Beweis des Rechtstitels, wenn dieser nicht eingetragen, auf andere Art nicht geführt werden, das geht gerade aus Gönnér's Kommentar ¹⁾ hervor, wo gesagt ist, daß wenn bei einer Eintragung das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wurde, derjenige, der auf jenes Verfahren ein Recht hatte, die Eintragung anfechten und daß sogar eine Nichtigkeit des Eintrags daraus entstehen kann, jedoch keine absolute, sondern nur eine relative.

¹⁾ Wb. I, S. 230.

Wollte man übrigens sogar auch annehmen, es sei im Hyp. Ges. §. 22, Zif. 8 durch das Wort „wofür“ der Rechtstitel der Forderung angedeutet und es müsse sonach dieser Rechtstitel, wie der Eingang jenes §. 22 sagt „unter den im §. 25 und 26 bestimmten Rechtsfolgen“ eingetragen werden, so ist doch in diesen beiden §§. 25 und 26 nicht das Geringste enthalten, woraus sich ableiten ließe, daß der Eintrag einer Hypotheksforderung nichtig sei, wenn nicht der Rechtstitel der Forderung ebenfalls eingetragen ist, oder daß — was im Erfolg daselbe wäre — der nicht eingetragene Rechtstitel einer Forderung nicht auf andere Weise bewiesen werden könnte und also auf solche Art der Hypothekeneintrag unwirksam würde, weil der Rechtstitel der Forderung nicht eingetragen ist. Wenn ein Gesetz etwas gebietet und die Folgen der Nichtbeobachtung des Gebots ausdrücklich festsetzt, wie hinsichtlich der Vorschriften des §. 22 in den §§. 25 und 26 des Hyp. Ges. geschehen, und wenn unter diesen Folgen die der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Geschäfts und des Ausschlusses anderer Beweismittel nicht enthalten ist, so kann der Richter auch eine vom Gesetze nicht gedrohte Folge nicht aussprechen, um so weniger dann, wenn die im Gesetze ausgesprochenen Folgen die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts ausschließen^{a)}). Die Rechtsfolge der Unterlassung des Eintrags desjenigen, was im §. 22 des Hyp. Ges. angegeben ist, besteht, wie Gönnert^{b)} sagt, keineswegs in der Nichtigkeit der Eintragung, sondern darin, daß jedes auf das Hypothekenwesen sich beziehende Geschäft in Ansehung seiner Gültigkeit und Wirksamkeit nach demjenigen

a) Savigny, Pand. Bd. IV, S. 551. Glück, Pand. Bd. I, S. 105.

b) Kommentar Bd. I, S. 239, Zif. 2.

beurtheilt wird, was die Einträge in das Hypothekenbuch ergeben. Im vorliegenden Falle ergibt der Eintrag, daß den Liquidanten wegen 1500 Gulden Forderung eine Hypothek bestellt ist: es würde also selbst dann, wenn die Eintragung des Rechtstitels der Forderung im §. 22 geboten wäre, die Unterlassung des Eintrags dieses Titels nicht bewirken, daß das Eingetragene, nämlich die Forderung der Liquidanten zu 1500 Gulden, für nicht eingetragen zu achten wäre.

2.

Beugnisse, im Auslande ausgestellt.

Wenn ein Zeugniß den Gesetzen des Landes, wo es ausgestellt worden, entspricht, so ist ein solches nach den gesetzlichen Formen des fremden Staates ausgestelltes Zeugniß auch von den Gerichten des Inlandes als richtig und gültig anzuerkennen. Pütter das prakt. europ. Fremdenrecht. 1845, S. 36 fg.

Erk. des sächs. AG. zu Leipzig. (Wochenbl. merkiv. Rechtsfälle. 1848, S. 4).

Miscelle.

Wenn man auf dem Grunde statistischer Zusammenstellungen Vergleichen anstellen und Folgerungen daraus ziehen will, so darf es an dem *tertium comparationis* nicht fehlen. Wenn sich findet, daß in den 7 älteren Kreisen nach Verhältniß der Bevölkerung weit mehr Verbrechen vorkommen als in der Pfalz, so ist dabei wohl zu beachten, daß viele Handlungen nach der diesseitigen Gesetzgebung als Verbrechen erscheinen, welche nach dem französischen Strafgesetzbuch nur die Eigenschaft von Vergehen haben. Dies gilt insbesondere von der großen Kategorie der einfachen Diebstähle, Betrügereien und Unterschlagungen über 25 Gulden, indem nach den Strafgesetzen der Pfalz der Charakter des

Verbrechens durch die Höhe des Betrags nicht begründet wird; ferner von den dießseits im Verbrechensgrade vorkommenden Widersehungungen, welche sich in der Pfalz größtentheils nur als Vergehen darstellen. Gerade so verhält es sich bei Erwägung der Thatsache, daß die Zahl der Vergehen, welche im Laufe eines Jahrs in der Pfalz vorzukommen pflegt, ungefähr 3mal größer ist, als die Durchschnittszahl der jährlichen Vergehen in einem der dießseitigen Kreise ¹⁾. Unter der großen Zahl der Vergehen in der Pfalz sind nicht nur die einfachen Diebstähle, Betrügereien und Unterschlagungen über 25, sondern auch die Handlungen dieser Kategorien im Betrage von 5 fl. und darunter begriffen. Auch eine Reihe anderer Handlungen, welche nach den dießseits geltenden Gesetzen zur polizeiamtlichen Kognition gehören, steht nach der pfälzischen Gesetzgebung im Gebiete der Vergehen. Wie außerordentlich viel größer würde dießseits die Zahl der Vergehen erscheinen, wenn unser Strafgesetzbuch, wie das französische, die Rubriken „Vagabondage“ und „Mendicilé“ hätte? — Ein bestimmtes und zuverlässiges Resultat gewährt hingegen die Vergleichung der Thatsachen in Hinsicht auf den Erfolg der Untersuchungen und die Zeit ihrer Erledigung. Daß dieses Resultat den Einrichtungen der Pfalz in hohem Maße zur Empfehlung gereiche, wurde in unserer Zeitschrift (in den Aufsätzen über die Rechtspflege der Pfalz) ²⁾ ausführlich dargelegt.

¹⁾ Im J. 1845/46 sind in der Pfalz 4312, in den 7 dießseitigen Kreisen zusammen — 9862 Vergehen vorgekommen.

²⁾ Bd. 10, S. 1 f.; Bd. 11, S. 97 f.; Bd. 12, S. 177 f.

Gnomé.

Du rühmst, was jenes Gut an Früchten eingetragen?
Ich frage: hast du auch die Kosten angeschlagen?

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 8. Samstag, den 15. April 1848.

Ueber die Giltigkeit außergerichtlicher Verträge über Immobilien nach dem Kempter Statutar-Rechte.

Unter den in Schwaben und Neuburg geltenden Statutarrechten nimmt das Kempter Statutarrecht, welches in den ehemals dem Fürstbischof von Kempten unterworfenen Gebietstheilen dieser Provinz Anwendung findet, sowohl dem Umfange seiner Geltung nach, als auch wegen der Mannigfaltigkeit seines Inhaltes einen bedeutenden Platz ein.

Es gilt im Bezirke des königlichen Landgerichts Kempten in dem größern Theile der Landgerichte Grönenbach, Obergünzburg, Oberdorf und in mehreren Gemeinden der Landgerichte Weiler und Ottobeuren.

Wie die meisten Provinzialrechte, so enthält auch das Kempter Statutarrecht Bestimmungen über die Form der Immobiliäerverträge, welche von der gemeinrechtlichen Theorie abweichen.

v. Weber trägt in seiner Darstellung der Provinzial- und Statutarrechte Bd. IV, S. 115 bei Gelegenheit der systematischen Behandlung der Kempter Statuten vor:

daß Kontrakte über liegende Güter nur dann giltig und klagbar seien, wenn sie in Gegen-

wart von zwei Zeugen verabredet oder zu Papier genommen und zugleich unter Vermeidung der laut älteren Verordnungen angedrohten Annullirung derselben und einer willkürlichen Strafe innerhalb 14 Tagen dem Amt angezeigt und protokolliert worden sind.

Die Wichtigkeit dieser Bestimmung für den täglichen Verkehr und bei dem immer mehr überhand nehmenden Güterhandel leuchtet ein.

Bei unserem Rechtszustand, wo dem gemeinen Manne die gesetzlichen Bestimmungen über die wichtigsten Verkehrsmomente fremd sind, kommt es nun häufig, ja in der Regel vor, daß die Verträge über Immobilien, wenn sie auch vor Zeugen abgeschlossen, oder schriftlich abgefaßt worden sind, innerhalb 14 Tagen nicht zur gerichtlichen Anzeige und Protokollierung gelangen.

Die Folge davon sind häufige Prozesse, wobei es nicht fehlt, daß theils Gerichte, theils Anwältel solche Verträge für nicht klagbar erklären, weil sie nicht bei Gericht rechtzeitig angezeigt und protokolliert wurden.

Das königliche Landgericht Grödenbach zum Beispiel weist alle derlei Verträge resp. die auf sie gegründeten Klagen ab und stützt sich dabei auf appellationsgerichtliche konforme Entscheidungen dieser Frage, während das königliche Landgericht Rempten eine feste Praxis dagegen begründet hat und zur Klagbarkeit der Immobilienverträge nur entweder schriftliche Fertigung oder die Abschließung vor Zeugen verlangt.

Bei genauerer Betrachtung der jenen Entscheidungen und der v. Weber'schen Kompilation zu Grunde liegenden Gesetzesstellen wird man indes nicht lange darüber Zweifel hegen, daß die Anzeige und gerichtliche Protokollierung keineswegs zur Gültigkeit und Klagbarkeit der Immobilienverträge erforderlich ist.

Die ganze irrthümliche Praxis scheint überhaupt durch die v. Weber'sche Sammlung entstanden zu sein, denn früher wurde eingezogenen Erkundigungen zufolge nie nach dieser Ansicht bei den betreffenden Gerichten erkannt.

Die einzelnen Gesetzesstellen, woraus man die Nothwendigkeit der gerichtlichen Anzeige und Protokollirung der Immobilienverträge ableiten zu können glaubt, sind:

- a. der Art. 80 der Landesordnung des Fürsten Johann Erhard,
- b. die Verordnung vom 24. Mai 1765, Kenz'sche Sammlung Nr. 62, fol. 191,
- c. die Verordnung v. 24. Hornung 1744, Kenz'sche Sammlung Nr. 68, fol. 201,
- d. die Verordnung v. 20. Mai 1791, Kenz'sche Sammlung Nr. 53, fol. 173, endlich
- e. die Verordnung v. 27. Mai 1792, Kenz'sche Sammlung Nr. 130, fol. 343.

Alle diese fürstbischöflichen Verordnungen sprechen aber geradezu für die in diesen Blättern verteidigte Ansicht, wie sich aus nachstehender Beleuchtung der angeführten Statuten ergeben wird.

ad a. Der angezogene Art. 80 der Landesordnung handelt „von beschwerlichen Kontrakten der Tausch und Käuff, so nicht „öffentlich verkündet werden,“ enthält aber kein Wort von einer Verbindlichkeit der Kontrahenten, die Verträge zum Zwecke der Protokollirung bei Gericht anzuzeigen.

Er lautet wörtlich so:

„Es wirdt unsß glaublich angezeigt, wie daß „durch etliche unsern unterthanen beschwerliche „und wunderbarliche Contract im tauschen und „verkaufen zu ihrem höchsten verderben, und „nachtheil fügenohmen werden wollen, alsß „nemmlichen daß Sie unterweihlen gelegene „Felder an etliche fahrende haab, als roß,

„rinder, und andere neben auß- und hinaus-
 „gebung etlichen paaren gelts gegen- und wi-
 „der einander vertauschen, veralieniren und
 „versehen, und solche veränderungen letzlichen
 „dahin gerathen, daß der, so gegen der sah-
 „renden haab, was gelegen, an sich getaus-
 „schet, für erkauf, unangesehen daß es nicht
 „verkündet worden, haben und anziehen will,
 „dardurch dann letzlichen große rechtfertigung-
 „gen entspringen möchten;

„Solchem zu begegnen, und fürzukommen
 „wollen Wir nebst hieroben verlesenen arti-
 „cul, wie es derothalben gehalten werden
 „solle, wiederum erneuert, erhohlet, und bey
 „angeregter straff ernstlich gebotten haben,
 „daß hinfüro alle käuf, verkäuf, alienatio-
 „nes, verenderungen, vertauschungen, ver-
 „wedhlungen, und hingebungen, in was ge-
 „stalt die beschehen möchten, nach unser
 „stifts- und grafschaft Remyten ordnung, und
 „gebrauch, und von alter herkommen offent-
 „lich verkündet werden sollen, und wo auß-
 „halb dem durch jemand andern was fürge-
 „nommen, oder gehandelt, wollen Wir cas-
 „sirt und zu nichten gemacht haben, darnach
 „sich zu richten.“ —

Es ist also darin nur von solchen Veräußerungen die Rede, wodurch Jemand liegende Güter gegen fahrende Habe mit oder ohne Aufgabe von baarem Gelde vertauscht, und dadurch daß im Remptischen bestehende Retraktrecht verkürzt, von welchem im vorgehenden Artikel gehandelt wird. Ferner wird es nicht entgehen, daß nur die öffentliche Verkündung, keineswegß aber die Anzeige bei Gericht behuß der Protokollirung vorgeschrieben ist.

ad b. Die Verordnung vom 24. Mai 1765 hat lediglich die Veräußerung von Kirchen-
 ständen im Auge und schreibt hiefür allerdings

die gerichtliche Protokollierung bei Vermeidung der Nichtigkeit des Vertrages vor. Also auch hier kein Wort von Verträgen über Immobilien. Der gelehrte Sammler des Remptischen Statutarrechtes Hofrath Renz bemerkt vielmehr bei jenem Statute ausdrücklich Folgendes:

„diese Verordnung scheint nur auf den Fall einzutreten, wenn ein oder mehrere Kirchensstände ohne die Wohnung, zu der sie gehören, veräußert werden.“

Wir haben sonach hier ein ganz singuläres Gesetz, welches jede Ausdehnung auf andere darin nicht benannte Verträge ausschließt:

ad c. Nicht weniger singuläre Bestimmungen enthält die Verordnung vom 24. Hornung 1744 „die Bevogtung der Waisen und die sichere Verwaltung ihres Vermögens betreffend.“ Dieses Statut bezieht sich schon nach der bemerkten Ueberschrift und nach den dispositiven Worten des Einganges allein nur auf Veräußerungen von Immobilien Minderjähriger. Es kann daher eine allgemeine Regel für die Immobiliäerverträge Großjähriger nicht aus jener Bestimmung abgeleitet werden. Uebrigens scheint auch hier nach einer Anmerkung des genannten Sammlers die Nullität nicht unbedingt, sondern nur im Falle unterlaufener Gefahrde von der Praxis angenommen worden zu sein.

ad d. Die Verordnung vom 20. Mai 1791 trägt die Ueberschrift: „die Verbindlichkeit der Kontrakte vom Augenblicke der beiderseitigen Einwilligung an betreffend“, und hat die streitige Rechtsfrage zum besondern Gegenstand gesetzlicher Decision gemacht. Sie beginnt damit, daß sich bei den Gerichten Zweifel darüber erhoben haben, ob von Kontrakten über liegende Güter, Häuser und Grundstücke, von andern Geld oder Mobiliarvermögen betreffend

den, nach dem hiesigen allgemeinen Landrecht und Observanz der Protokollirung unterworfenen Kontrakten, von denen vor einer fürstlichen Kommission errichteten Vergleichen u. bloß aus der Ursache, weil ein solcher Kontrakt noch nicht protokollirt sei, resiliert werden könne, und verordnet sodann, daß, wenn immer der Gültigkeit eines Kontraktes von Seite der Kontrahenten und des Gegenstandes des Kontraktes kein Hinderniß im Wege liegt, alle Kontrakte, welche die Verkaufung oder anderwärtige Veräußerung unbeweglicher Güter, Häuser oder Grundstücke betreffen, gemäß der besondern fürstlichen Komptenschen Landrechte von dem Augenblick der wechselseitigen Einwilligung der Kontrahenten an vollkommen gültig und verbindlich seien, so daß kein Kontrahent ohne Einwilligung des Gegentheiles von dem einmal getroffenen Kontrakte zurückzugehen befugt sein solle.

Deutlicher kann die Gültigkeit außergerichtlicher Immobilierverträge nicht anerkannt werden. Würde aber noch irgend ein Zweifel obwalten, so verschwände er völlig bei Betrachtung des Schlusssatzes jener Verordnung, wornach ausdrücklich dem auf Protokollirung andringenden Kontrahenten ein Klagerrecht zu diesem Zwecke und auf Erfüllung des Vertrages eingeräumt ist. Gerade diese Bestimmung spricht für die richtige Ansicht, denn wenn außergerichtliche Immobilierverträge ohne die gesetzliche Protokollirung nichtig und rechtsunverbindlich wären, könnte auf sie auch kein Klagerrecht auf Protokollirung und Erfüllung gebaut werden. Endlich

ad c. Die Verordnung vom 27. Mai 1792 anbelangend, so ist sie nur eine Erläuterung der vorigen und erhält nur den Zusatz „daß, um die Unterthanen gegen die aus der Un-

gewißheit der getroffenen Kontrakte und dabei bedungenen besonderen Umstände entstehen mögenden Streitigkeiten und Prozesse sicher zu stellen, alle obenerwähnte Kontrakte um liegende Güter u. nur dann, wenn sie in Gegenwart von zwei unparteiischen Zeugen verabredet, oder zu Papier niedergeschrieben und von den Parteien selbst unterschrieben sind, gleich von Errichtung des Kontraktes an verbindlich seien, allein dessen ungeachtet unter Vermeidung willkürlicher pflegamtlicher Strafe inner nächsten vierzehn Tagen vom Tage der Zustandekommung des Kontraktes an zu rechnen bei dem betreffenden Pflegamte angezeigt und alsda zu Protokoll genommen werden sollen.“

Also auch hier kein Wort von Nichtigkeit eines Immobilienvertrages wegen Unterlassung der Anzeige und Protokollirung, sondern nur willkürliche Strafe ist darauf gesetzt, eine Bestimmung, welche indeß obsolet geworden ist und eingezogenen Erkundigungen gemäß bei keinem ehemals kemptischen Gerichte Anwendung gefunden hat oder noch findet.

Frägt man nun, wie sich bei einigen Gerichten jene dem Buchstaben des Kempter Statutarchtes geradezu widerstrebende Praxis eingeschlichen hat, so habe ich die Quelle oben bereits angedeutet. In mehreren mir vorliegenden Erkenntnissen, worin nach der irrigen Ansicht entschieden wurde, hat man aber namentlich auch auf die Menz'sche Sammlung selbst hingewiesen und sich auf die derselben vorausgeschickte „systematische Einleitung p. LIII, S. 62“ bezogen, worin über die Protokollirung der Immobilienverträge allerdings das gesagt ist, was uns v. Weber wahr-

scheinlich statt der Gesetze selbst jene Arbeit des Hofrathes Nenz benützend, als geltendes Rempster Recht darstellt. Allein abgesehen davon, daß man eine bloße wissenschaftliche Bearbeitung eines geltenden Rechtes nicht über den klaren Wortlaut des Gesetzes selbst stellen darf, klärt sich dieser auffallende, indeß nur scheinbare Verstoß des sonst sehr gründlichen Sammlers und Gesetzkenners Nenz ohne allen Zwang nicht nur auf, sondern fällt ganz weg, wenn man das Wörtchen „und“ nicht in kopulativer, sondern, wie es oft gebraucht wird, in disjunktiver Bedeutung nimmt. Zu dieser Auffassung führt uns auch der Umstand hin, daß er bezüglich der angeordneten Nullität auf die drei ersten der obenangeführten Verordnungen hinweist, die, wie gezeigt, nur für singuläre Fälle gegeben wurden. Hieraus geht am deutlichsten hervor, daß er die auf die unterlassene Anzeige und Protokollierung gesetzte Wichtigkeit nicht bei allen Immobilienverträgen, sondern nur bei den in den angezogenen Verordnungen hervorgehobenen besondern Verträgen als gesetzliche Folge dieser Unterlassung geltend wissen wollte.

Für die von mir vertheidigte Ansicht hat sich das Königliche Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg in zwei mir vorliegenden Erkenntnissen v. 14. Jan. 1845 und v. 9. Dez. 1845 ausgesprochen, während die gegentheilige Meinung, sich lediglich auf die von Weber'sche Darstellung stützend, in dem Appellationsgerichts-Erkenntnisse vom 6. März 1844 in Sachen Prestel contra Prestel adoptirt ist.

Daß die Rechtsunsicherheit in einer so wichtigen tief eingreifenden Materie Anlaß zu vielen Streitigkeiten gibt und nicht wenig dazu beiträgt, den Glauben an das Recht bei dem Landvolke zu vernichten, läßt sich denken, wenn der Anwalt schon im Voraus seinem Mandanten, der auf den

Grund eines außergerichtlichen Immobilienvertrages Klage erhoben haben will, sagen muß, daß der Vertrag nach seiner Rechtsansicht gültig sei, daß er aber von dem Untergerichte die Verwerfung der Klage zu erwarten habe, und daß es beim Obergerichte zweifelhaft sei, welche Ansicht den Sieg davon tragen werde, indem schon ein Mal dafür und ein anderes Mal dagegen entschieden worden sei.

Möchte ich durch diese Erörterung dazu beitragen haben, die Richter und Anwälte wenigstens zur Prüfung des Textes der betreffenden Verordnungen hinzuführen, und dadurch einer Wahrheit den Sieg zu verschaffen, die bloß aus Bequemlichkeit bisher nie an der Quelle gesucht wurde.

Advokat Hebberling in Memmingen.

Nachschrift der Redaktion. Von dem obersten Gerichtshofe wurde in einem vorgekommenen Falle (Nr. 1679^{42/43}) angenommen, daß Immobilien-Verträge in den Stift Remptischen Landes theilen der gerichtlichen Protokollierung zu ihrer Gültigkeit nicht bedürfen, sondern nur der Berathung vor 2 unparteiischen Zeugen oder schriftlicher Errichtung.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Haftung der Schätzleute in Hypothekensachen.

Hierüber enthält ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 13. April 1847 sub Nr. 77^{41/42} Folgendes:

„Die Instruktion für Schätzleute in Hypothekensachen vom Jahre 1823 (N. 6, S. 804) enthält in den §§. 9 u. 10 die ausdrückliche Bestimmung, daß es bei Schätzungen in Hypothekensachen

sachen nicht sowohl auf den gegenwärtigen Preis der Gebäude und Grundstücke als auf denjenigen Werth anzukommen habe, welcher sich in der Folge auf längere Zeit erhalten könne, dann daß die Schätzleute übertriebene zu hohe Werthangaben auf jede Art vermeiden sollen, wobei sie auf die nach den Gesetzen und Rechtsgrundsätzen stattfindende Verbindlichkeit, für die Richtigkeit ihrer Schätzungen mit ihrem Vermögen haften zu müssen, besonders aufmerksam gemacht werden.

Wenn nun hiemit auch nicht eine besondere Klage gegen die Schätzleute gegeben wird, und wenn man auch davon absehen will, daß es hier durch den Schätzleuten zur Pflicht gemacht ist, jede zu hohe Werthangabe zu unterlassen, daß aber schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für jeden aus einer pflichtwidrigen Handlung hervorgehenden Schaden Ersatz geleistet werden muß¹⁾, so ist jedenfalls in dem Pandekten Titel; si mentor falsum modum dixerit, eine Klage auf Ersatz eines durch dolus oder culpa lata zugefügten Schadens nicht nur gegen eigentliche mentores, sondern auch gegen andere diesen gleich zu achtende Sachverständige gegeben, als gegen Werkmeister, Baumeister, Kalkulatoren u. dgl.²⁾, welchen dann die bei uns in Hypothekensachen vorkommenden gerichtlich verpflichteten, den Römern aber unbekannt gewesenen Schätzleute beigezählt werden müssen³⁾, so wie dann auch diese Klage, wenn sie auch nach Anordnung des römischen Rechts⁴⁾ gegen die Erben versagt wurde, doch nach klaren Bestimmungen des kanonischen Rechts⁵⁾ unbedingt gegen die Erben Platz greift,

1) Scuffert's Pandektenrecht §. 400.

2) Fr. 7 si mentor falsum modum dixerit (11, 6).

3) Lautorbach Coll. theor. pract. Lib. XI, Tit. 6, §. 6.

4) Fr. 3, §. 5 si mentor.

5) cap. 14, X de sepulturis (3, 28); cap. 9, X de usu-

insoweit die Erbmasse zureicht, wie solches auch von mehreren Rechtsgelehrten ausdrücklich anerkannt wird⁹⁾.

Diese Verbindlichkeit zur Schadenersatzleistung erstreckt sich dann auch auf die mit dem Kapitale zu Verlust gegangenen Zinsen und auf die gehabtten Kosten, weil die hypothekarische Sicherstellung den Gläubiger gegen jeden Verlust gewahren soll, zu diesem Zwecke der Gläubiger sein Geld nicht bloß gegen einfache sondern gegen erhöhte, hier doppelte, Versicherung hingeliehen hat, und demselben, wenn die in Frage liegenden Realitäten den von den Schätzleuten angegebenen Werth wirklich gehabt hätten, auch weder am Kapitale noch an den Zinsen und Kosten irgend ein Schaden zugegangen wäre.

Dieser zugegangene Schaden ist auch nicht nach der im Konkurse des N. vor Veräußerung der fraglichen Realitäten neuerdings erhobenen Taxe, sondern nach dem wirklichen Erlöse dieser Realitäten zu bemessen, weil durch diese neuerliche Schätzung nur der bei der Versteigerung zu erwartende Preis bestimmt werden wollte, während die Schätzleute bei der Hypothekenerrichtung den beständigen und bleibenden Werth anzugeben hatten, und weil der bei einer öffentlichen Versteigerung erzielte Preis dem Wesen einer Versteigerung nach immer insoweit als der wahre Werth angenommen werden muß, als nicht besondere Umstände angegeben und nachgewiesen werden können, welche der Erzielung eines höhern Preises bei der Versteigerung hindernd entgegen traten.

In dem gegebenen Falle mußte aber der von

ris (5, 10): cap. 5, 10, X do raptoribus (5, 17); cap. 18, X do sententia et re iudicata (2, 27).

⁹⁾ Thibaut System des Pandektenrechts §. 867. Gluck's Kommentar d. Pandektenrechts Bd. XI, S. 382.

den Schätzleuten am 18. Sept. 1838 auf 4000 fl. angegebene Werth schon nach gegenwärtiger Altenlage als übertrieben angenommen werden, ohne daß es hierüber noch eines weitem Beweises bedurft hätte, weil eine Werthbestimmung zu 4000 fl., welche sich nach einer nur drei Jahre darauf vorgenommenen gleichfalls gerichtlich beschäftigten Schätzung nur auf 1900 fl. herausstellte, und sich bei der ein halb Jahr darauf im Wege gerichtlicher Versteigerung vorgenommenen Veräußerung nur im Betrage von 1300 fl. bewahrheitete, als eine wahre und bleibende im Sinne der oben angezogenen Instruktion nicht betrachtet werden kann, und die Beklagten besondere Ereignisse oder Umstände anzuführen nicht vermochten, welchen diese auffallende und in so kurzer Zeit eingetretene Werthminderung zuzuschreiben wäre. Auch darauf, um wie viel die Schätzung übertrieben wurde, hat es in diesem Falle nicht anzukommen, weil die Realitäten, auf welche 2000 fl. geliehen wurden, und welche auf 4000 fl. geschätzt waren, sich nur in einem Werthe von 1900 fl. oder 1300 fl. darstellten, so daß der Kläger schon in dem Augenblicke hintergangen oder beschädigt war, in welchem er in der Meinung, doppelte Versicherung seines Kapitals zu bekommen, nicht einmal eine einfache Deckung desselben erhielt.“

2.

Kulturstreitigkeiten sind administrativ-kontentiös, auch wenn sie nach preussischem Landrechte zu entscheiden sind.

Hierüber äußert sich ein D. U. G. v. 3. Mai 1847, Nr. 533^{43/41} in Folgendem:

„Es handelte sich in vorliegendem Streite nicht um das Recht der Schafshut, vielmehr wird solches von den Klägern den Beklagten ausdrücklich zugestanden: die Kläger haben sich nur deshalb zur Klage veranlaßt gefunden, weil die Beklagten

die Schaffhut in einer der Kultur der Grundstücke nachtheiligen Weise ausüben sollen. Sie verlangen, daß die Beklagten in jene Schranken zurückgewiesen werden, welche das allg. preuß. Landrecht Th. I, Kap. XXII, §. 107 ff., dann §. 161 ff., zum Schutze der Kultur und der Landwirthschaft gezogen hat. Der Inhalt der Klage und die zu ihrer Begründung angezogenen gesetzlichen Bestimmungen, welche nur dahin zielen, die Ausübung der Hutrechte mit der Kultur und freien Benutzung des Grundeigenthums möglichst in Einklang zu bringen, lassen keine Zweifel übrig, daß gegenwärtige Streitfache nur vom Standpunkte eines Kulturprozesses aus betrachtet werden könne.

Die Frage, welche Behörden zur Verhandlung und Entscheidung dieser Sache die zuständigen seien, findet ihre Lösung in dem allerhöchsten Reskripte v. 11. April 1812 (Döllinger Verord. Samml. Bd. XIV, S. 387), indem dasselbe verordnet: „daß die Entscheidung der Kulturprozesse in dem ehemaligen Fürstenthum Bayreuth zur Kompetenz des General-Kreis-Kommissariats gehöre, übrigenß in Materiellen bis auf Weiteres die preußische Gesetzgebung zu Grunde gelegt werden solle.“ —
L.

3.

Haftung der Gerichtsdienner für Unterschlagungen ihrer Gehülfen.

In einer Rechtsfache war die Frage zu entscheiden:

Ob der Landgerichtsdienner für seinen Gehülfen ohne Rücksicht darauf, ob derselbe für den Dienst verpflichtet wurde oder nicht, auch in dem Falle haftet, wenn der Gehülfe Amtsgelder, welche er entweder aus unmittelbarem Auftrage des Gerichts von den betreffenden Schuldnern zu erheben hatte, oder ihm von

einem Gerichtsmitgliede zur Verpackung und Ablieferung übergeben wurden, unterschlägt?

Diese Frage wurde oberstrichterlich bejaht. In den Motiven des NUG. vom 16. Juli 1847 (Nr. 1372 ²/₄₅) kommt vor:

„Daß Generalmandat vom 17. Nov. 1783 bestimmt Nr. 3:

Wird denen künftigen Gerichtsdiennern keine gewisse Anzahl Dienstknechte bestimmt, nicht minder aber solche Knechte verpflichtet, sondern jeder Gerichtsdienner soll schuldig und gehalten seyn, so viele taugliche Knechte zu halten, als ihm zur Vernehmung des anzuweisenen Gebietes nothwendig sind. Gleichwie den bemeldten Gerichtsdiennern die willkürliche Auf- und Abstellung der erforderlichen Knechte um so mehr überlassen wird, als sie auch für selbe durchaus salvo regressu haften müssen.

Mit dieser Bestimmung steht auch die allerhöchste Verordnung vom 24. März 1802, die Einrichtung der Landgerichte betreffend, im Einklange. In §. X dieser Verordnung heißt es:

Zu dem Dienste eines jeden Landgerichts soll am Sitze desselben ein Gerichtsdienner mit einer hinreichenden Anzahl von Knechten angestellt werden. Die Auswahl der Knechte bleibt dem Gerichtsdienner überlassen, für deren Dienste und Aufführung er verantwortlich ist.

Hiernach ist schon durch diese Verordnungen klar ausgesprochen, daß der Gerichtsdienner taugliche Knechte zur Verwendung im Dienste halten, und hiefür haften müsse, da ihm auch die Auswahl derselben überlassen bleibt. Diese gesetzliche Haftungsverbindlichkeit beschränkt sich aber nicht bloß auf jene Dienste, welche dem Knechte oder Gehülfen von dem Gerichtsdienner selbst übertragen werden, sondern erstreckt sich auf alle einem Gerichtsdienner obliegenden Amtsgeschäfte ohne Aus-

nahme, also auch auf Geldgeschäfte, wozu der Gehülfe vom Gerichte und resp. dem respizirenden Gerichtsmitgliede unmittelbar verwendet wird. Dieses geht schon aus der gesetzlichen Obliegenheit des Gerichtsdieners hervor, zum Dienste taugliche Gehülfen aufzunehmen und dem Gerichte vorzustellen. Durch die Vorstellung solcher Individuen gibt der Gerichtsdieners dem Gerichte zu erkennen, daß die selben seine Stellvertreter, seine Substituten seien, welchen eben so gut, wie ihm selbst, alle zum Geschäftskreise eines Gerichtsdieners gehörigen Dienste übertragen werden dürfen. Hierbei hat es nichts darauf anzukommen, ob der aufgenommene Gehülfe zum Dienste verpflichtet wurde oder nicht; indem in den Verordnungen vom 20. Sept. und 24. Okt. 1816 (Novellen zur G.D. Bd. 4, S. 127 und Geretische Gesetzes-Sammlung Bd. 6, S. 241) klar ausgesprochen ist, daß durch die Verpflichtung der Landgerichtsdieners-Gehülfen die den Gerichtsdienern obliegende Haftungen für dieselben nicht vermindert werden.“

4.

Die Kirchenbaupflicht des Patrons erstreckt sich auch auf den Orgelbau.

(Preuß. Recht.)

Schon im §. 179, Th. II, Tit. XI des A. R. ist bestimmt, daß die zum unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauch gewidmeten Sachen mit den Kirchengebäuden gleiche Rechte haben. — Der §. 699 „von Bau und Besserung der Kirchengebäude“ spricht im Allgemeinen von Unterhaltung der Gebäude und Geräthe, sonach von beiden, und es ist von keinem Einflusse, wenn in den folgenden §§. 710, 12, 20 nur von den Kosten zum Bau der Kirchengebäude im Allgemeinen gesprochen wird. — Eine protestantische Kirche ohne Orgel ist keine zum Gebrauche volle

dete Kirche, da der Gesang nach der Orgel eine Hauptfunktion bei dem Gottesdienste ist. Die Konkurrenzpflicht des Patronats ist daher im Allgemeinen — nämlich unter Voraussetzung der übrigen gesetzlichen Bedingungen — auch in Ansehung des Orgelbau's begründet.

DAGE. v. 22. Juni 1847, Nr. 1244^{43/44}.

5.

Einleitung des Provokationsprozesses durch Erlassung eines Mandats.

Die in Bd. VIII, S. 400 hierüber aus einem DAGE. mitgetheilten Fälle wurden neuerdings in einem Falle zur Anwendung gebracht, in welchem der Provokant zunächst auf Verhandlung der Sache angetragen hatte. Die Verhandlung „kann sich nur auf die Thatsache der Verübung beziehen, wird aber alsdann überflüssig, wenn die Verübung schon ex actis erhellt und sofort bewiesen ist.“

DAGE. v. 15. März 1847, Nr. 531^{45/46}.

Miscelle.

Notizen über die Rechtspflege der Pfalz im Geschäftsjahre 1840/47.

Bei dem AG. zu Breisbrücken waren in dem bezeichneten Jahre 185 Prozesse anhängig. — Von den bei den 4 Bezirksgerichten anhängigen 4230 Civilprozessen wurden 3836 definitiv erledigt (Rest = 394). In 268 zu diesem Rest gehörigen Sachen waren bereits präparatorische oder interlokutorische Urtheile erlassen. — Die 31 Friedensgerichte der Pfalz haben in Civilstreitigkeiten ihrer gewöhnlichen Kompetenz 15,992 Urtheile gefällt; darunter 1882 Prorogationsurtheile (von einem an sich nicht zuständigen, durch Einverständnis der Partheien bestimmten Richter). Bemerkenswerth ist der Umstand, daß von diesen 1882 Prorogationsurtheilen 1013 zwischen Israeliten und Christen, und 869 bloß zwischen Christen gefällt wurden.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 9. Samstag, den 29. April 1848.

Bemerkungen und Präjudizien über das Verbrechen des Betrugs.

(Fortsetzung des im vorigen Jahrgang abgebrochenen Aufsatzes.)

Im vorigen Jahrgang dieser Zeitschrift wurden Bemerkungen und Präjudizien über den Betrug im Allgemeinen und über jene Betrügereien insbesondere mitgetheilt, welche Privatverbrechen und nur dann vollendet sind, wenn aus der betrügerischen Handlung ein wirklicher Schaden entstanden ist. Es werden nun die übrigen Betrügereien abgehandelt.

XVII.

Die Reihe (vgl. vor. Jahrg. S. 289) trifft jene Privatverbrechen des Betrugs, welche schon mit Vollbringung der betrügerischen Handlung vollendet sind, ohne Rücksicht ob aus dieser Handlung ein wirklicher Schaden entstanden ist oder nicht ¹⁾. Immer wird zu einem solchen Betrug, eben weil

¹⁾ Vergl. StGB. I, 57, 256 Anmerk. Bd. II, S. 237, Nr. 1. — Eben weil ein wirklich entstandener Schaden nicht erforderlich ist, kann es auch auf eine Größe der Beschädigung nicht ankommen. Reskr. v. 20. Mai 1816. Speß, Samml. S. 37.

er ein Privatverbrechen ist, der Zweck des Thäters erfordert, entweder sich einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen oder einem Dritten Nachtheil zuzufügen (s. vor. Jahrg. S. 242).

Der Grund, aus welchem das Gesetz bei diesen Betrügereien die Vollendung auch dann schon annimmt, wenn die auf den erwähnten Zweck gerichtete Handlung begangen ist, beruht in der Gefährlichkeit solcher Betrügereien, welche bald eine Gefährlichkeit für einzelne Personen, bald eine Gemeingefährlichkeit ist, und es ist nicht immer gerade der Zweck des Betrügers, in solcher Art gefährlich zu sein, sondern es ist zuweilen eine Handlung in den Augen des Gesetzgebers gefährlich, während der Betrüger sehr zufrieden sein würde, wenn seine Handlung ungefährlich bliebe. Wer z. B. Lebensmittel verfälscht, der hat die Absicht nicht ²⁾, eine Gesundheit zu verletzen, im Gegentheil es wäre ihm sehr lieb, wenn Alle, die von diesen Lebensmitteln genießen, unbeschädigt blieben, damit sein Gewerbe ungestört, sein Betrug unentdeckt bleibe; sein Zweck ist nur, für die wohlfeileren falschen den höheren Preis ächter Waare zu erhalten. - Aber der Gesetzgeber straft ihn strenger um der Gefährlichkeit seines Betrugs willen.

Der Richter darf demnach bei Prüfung des zu jedem Betrug erforderlichen bösen Vorsatzes nicht verlangen, daß der Betrüger jene Gefahr vorsätzlich bezweckt habe, um derentwillen der Gesetzgeber die That ohne Rücksicht auf einen gestifteten Schaden für vollendet erklärt, wohl aber ist erforderlich, daß der Thäter jene Thatumstände oder faktischen Verhältnisse kannte, welche den Gesetzgeber bewogen haben, die Strafbarkeit oder höhere Strafbarkeit eintreten zu lassen. So ist z. B.

²⁾ Hätte er diese Absicht, so wäre von Vergiftung die Rede. StGB. I, 265, Nr. I a. E.

in dem vorhin erwähnten Falle der Verfälschung von Lebensmitteln erforderlich, daß der Betrüger wußte, daß die Lebensmittel, die er verkauft, entweder an sich oder wegen vorgenommener Veränderung oder Beimischung der Gesundheit schädlich sein können.

Die einzelnen Betrügereien, welche das StGB. für vollendet erklärt, sobald die auf den unerlaubten Zweck gerichtete Handlung begangen ist, es mag ein Schade entstanden sein oder nicht, und welche alle wie jedes Privatverbrechen des Betrugs Täuschung, Vorsatz und Zweck erfordern, sind ihrem Zwecke nach entweder gegen das Eigenthum oder gegen die Person, oder bald gegen Person bald gegen Eigenthum, oder zugleich gegen Person und Eigenthum gerichtet.

XVIII.

Jene Betrügereien, welche dem Zwecke nach entweder ausschließlich gegen das Eigenthum oder bald gegen Eigenthum, bald gegen Person, bald gegen beide gerichtet sind; hat das StGB. als ausgezeichnete Betrügereien zweiten Grades ³⁾ hingestellt, und es gehören hiezu nicht bloß die im Art. 265 benannten Verbrechen, sondern auch, wie die Marginalien zu den Artikeln 266, 269 durch das Wort „Fortsetzung“ andeuten und unten näher dargestellt wird, der Betrug durch Urkundenfälschung (Art. 266) und der Meineid in Civilsachen (Art. 269, 270), ferner wie der Inhalt des Art. 278 lehrt, der betrügerische Bankrott dritten Grades ⁴⁾. Die Betrügereien, welche ausschließlich gegen die Person gerichtet sind, führt das StGB. in den Artikeln 280 fg. auf und eben weil sie nicht gegen das Eigenthum

³⁾ Vgl. vor. Jahrg. S. 293, Note 77.

⁴⁾ Vgl. auch die Inhaltsanzeige Bd. II, S. VII der Anmerkungen.

gerichtet sind, kann schon der Natur der Sache nach bei ihnen die Vollendung des Verbrechens nicht davon abhängen, ob ein wirklicher Schaden entstanden ist oder nicht, was auch im Art. 256 durch die Ausnahme der Art. 280—294 ausgedrückt ist.

(Fortsetzung folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Handlohnbarkeit der Gemeinderedite.

In unsern Blättern Band II, S. 365. ist bereits die Ansicht aufgestellt, daß Gemeinderedite und vertheilte Gemeindegründe an sich nicht als Pertinenzien eines handlohnbaren Hauptgutes zu betrachten und daher auch nicht handlohnbar seien. Hinsichtlich der vertheilten Gemeindegründe hat diese Ansicht in dem Plenarbeschlusse des k. Oberappellationsgerichts vom 24. März 1846 NB. S. 211 ihre vollständige Bestätigung gefunden. Ueber die Frage, inwiefern Gemeinderedite, im Gegensatz von vertheilten Gemeindegründen, durch Herkommen handlohnbar werden können, äußert sich dagegen ein Erkenntniß des nämlichen obersten Gerichtshofes v. 14. Aug. 1847 (Nr. 1395^{4/5}) unter anderem wie folgt: „Einem Herkommen der bezeichneten Art steht die Verordnung vom 6. Oktober 1792 mit den angeregten spätern Verordnungen nicht entgegen, weil diese Verordnungen nur von den vertheilten Gemeindegründen, nicht aber auch von den hier in Frage liegenden Gemeinderediten handeln. Daß aber beide ihrem Begriffe nach verschieden sind und von der Handlohnbarkeit der letztern nicht auch auf eine solche der ersten geschlossen werden kann oder darf, ist schon in dem Plenarbeschlusse vom 24. März 1846 ausgesprochen.

Hinsichtlich eines in das Eigenthum eines Gemeindegliedes übergegangenen bestimmten Anthells des Gemeindegundes mag in diesen Verordnungen verfügt seyn, daß sie keine Pertinenz eines handlohnbaren Hauptgutes bilden sollen, hinsichtlich des vor der geschehenen Vertheilung des Gemeindegundes den einzelnen Gemeindegliedern zustehenden Benutzungsrechtes dieses Grundes ist aber in diesen Verordnungen nichts bestimmt, und dadurch, daß dieses Benutzungsrecht als Lehenspertinenz behandelt wird, wird nach dem erwähnten Plenarbeschlusse nicht auch der vertheilte Gemeindegund lehnbar.

Wenn es sich aber fragt, inwieferne dieses Benutzungsrecht, insolange es besteht, von seinem Inhaber lehnbar gemacht werden kann, dann muß, wie bemerkt, zwischen der Gemeinde als Eigenthümerin des unvertheilten Grundes und dem Inhaber des Benutzungsrechtes dieses Grundes um so mehr unterschieden werden, als dem letztern über dieses Benutzungsrecht eine unbeschränkte Dispositionsbefugniß zukommt und seine Handlungsweise der Gemeinde als Eigenthümerin des Grundes auch nicht im geringsten präjudizirt.

Allerdings kann die Grundherrschaft des Hauptgutes als solche über das Gemeindericht nicht verfügen, allein sie kann, wie jeder Andere, an diesem Gemeinderichte demjenigen gegenüber, der es zu benutzen hat, Rechte und selbst Anthelle an demselben erwerben, und zwar ohne die gesetzliche Nothwendigkeit, mit dem Erwerbe dieser Rechte auch einen Antheil der auf dem Gemeinderichte ruhenden Lasten zu übernehmen, da eine gleiche Vertheilung der Lasten nirgends zur Vorbedingung eines Kolonatsverhältnisses gemacht ist, und nicht selten, ja meistens bei solchen Kolonatsverhältnissen die von dem Grunde zu entrichtenden Lasten den Grundholden allein überbürdet zu werden pflegen.

Als unbillig mag es wohl erscheinen, wenn der Grundherr des Hauptgutes auch die Vortheile des Gemeindeverbandes zur Verhandlung zieht, von den Lasten dieses Gemeindeverbandes aber befreit bleibt, allein als ein durchaus nicht zu Recht bestehendes Verfahren, oder als ein schon von seinem Beginne aus unredlicher Besitzstand kann ein solches Verhältniß nicht betrachtet werden.

So unbezweifelt an dem Gemeindegrunde selbst ein grundherrliches Verhältniß durch Herkommen erworben werden kann, so unbezweifelt muß dieses auch an dem Benutzungsrechte dieses Grundes der Fall sein, weil dieses Benutzungsrecht nur einen Theil des der Gemeinde zustehenden Eigenthums bildet, und was vom Ganzen gilt, auch bei seinen Theilen in Anwendung gebracht werden muß.

Dadurch, daß ein solches Gemeinderecht durch Herkommen zum Pertinenzstück eines handloshbaren Gutes gemacht wird, wird es auch nicht einem doppelten Grund- oder Lehensverbande unterworfen, da das Gemeindeglied, welchem das Gemeinderecht zusteht, mit der treffenden Gemeinde nicht in einem Grund- sondern in einem Gemeindeverbande steht, und so wie dem Besitzer eines solchen grundbaren Hauptgutes nicht versagt werden kann, durch einen Vertrag das mit seinem Gute in Verbindung stehende Gemeinderecht seinem Grundherrn gegenüber und ohne Präjudiz der Gemeinde als eine Pertinenz seines Gutes zu erklären oder behandeln zu lassen, eben so gut muß auch dem Grundherrn dieses Hauptgutes die Möglichkeit eingeräumt werden, eine solche Pertinenz-eigenschaft durch Herkommen zu begründen.“

2.

Testamente der Geistlichen im ehemaligen Fürstenthum Eichstätt.

Im ehemaligen Fürstenthum Eichstätt ist den Geistlichen durch eine Verordnung des Bischofs

Berthold vom 12. Nov. 1364 gestattet, über ihr Vermögen, es sei welches es wolle, leztwillig vor zwei Zeugen zu verfügen¹⁾. Es wurde nun aus Veranlassung einer von einem Domkapitular in dessen Schreibpult hinterlassenen nicht vor zwei Zeugen errichteten oder anerkannten leztwilligen Verfügung behauptet, daß bei schriftlichen leztwilligen Verfügungen die Errichtung vor zwei Zeugen nicht erforderlich sei, insbesondere nicht insoweit, als in dem letzten Willen eine *pia causa* bedacht ist. Der oberste Gerichtshof hat in einem Erkenntnisse vom 12. Juli 1847 (Nr. 660²⁾/₄₁) ausgesprochen, daß die erwähnte Verordnung (*constitutio Bertholdiana*) auch bei schriftlichen leztwilligen Verordnungen zwei Zeugen erfordere; daß aber jene Verordnung für leztwillige Verfügungen *ad pias causas* keine Vorschrift enthalte, in Beziehung auf solche also daß zu Eichstädt subsidiär herrschende gemeine Recht in Anwendung komme, nach welchem der vom Gerichtshofe adoptirten Ansicht gemäß³⁾ in solch speziellem Falle zu schriftlichen leztwilligen Verordnungen die Beziehung von Zeugen nicht erforderlich ist. Die Gründe sind folgende:

1) Die Ansicht, daß Bischof Berthold³⁾ durch „testandi“ die schriftliche, dagegen durch „suum testamentum condendi“ die mündliche Testas-

1) Arnold, Beiträge zum deutschen Privatrecht, Bd. I, S. 304 fg.

2) DAGE. v. 31. März 1831, 994²⁰/₃₀.

3) Die Verordnung sagt: *indulgemus, ut omnes — clerici saeculares nostrae dioecesis disponendi et ordinandi de rebus suis mobilibus et immobilibus et easdem donandi, testandi, legandi, vel coram duobus testibus idoneis suum testamentum condendi, seu nominandi et accipiendi executores sui testamenti, qui de rebus ut praemittitur testantis disponere valeant, plena potestate gaudeant et liberam habeant facultatem* — Arnold a. a. O. S. 310.

mentberrichtung habe bezeichnen wollen, entbehrt jedes grammaticalischen Stützpunktes, indem „testari“ überhaupt nichts weiter als den Akt der letztwilligen Verfügung und „testamentum condere“ sowohl die schriftliche als die mündliche Form einer letztwilligen Verfügung bezeichnet. Wenn nun auch der zweite Absatz der constitutio Bertholdiana allerdings eine verschiedenartige Interpretation zuläßt, so wird es doch aus dem Eingange des nachfolgenden zweiten Absatzes unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber sowohl bei schriftlichen als mündlichen Testamenten der Geistlichen seiner Diözese die Adhibirung von zwei Solennitätszeugen für nothwendig erklärte, indem es daselbst heißt: *Si quis vero clericorum nostrae diocesis, ut praefertur, propriae salutis immemor, suum testamentum coram duabus personis fide dignis taliter non conderet, et intestatus decederet, volumus et statuimus — —* ⁴⁾. Hier ist lediglich von einem vor zwei Zeugen errichteten Testamente im Gegensatz des Versterbens ab intestato die Rede, woraus nothwendig folgt, daß die Zuziehung von zwei Zeugen oder glaubwürdigen Personen bei jeder Testamentberrichtung, sie mag schriftlich oder mündlich geschehen, ein unerläßliches Erforderniß sei. Noch unzweifelhafter findet diese Auslegung ihre Bestätigung in den von dem Bischofe Martin im J. 1700 gegebenen Erläuterungen, wo derselbe Ziff. II sagt: *In testamentariis autem duos de Confratribus Capituli adsciscat, coram quibus testator suam ultimam voluntatem oretenus exprimat, vel se ad suum chyrographum remittet* ⁵⁾. Aus dieser zweiten Alternative erhellet klar, daß der

⁴⁾ Arnold, a. a. D. S. 312.

⁵⁾ Arnold, a. a. D. S. 316.

Testator, um seinem letzten Willen Gültigkeit zu sichern, auch bei einem schriftlich errichteten Testament sich vor seinen Testamentarien ausdrücklich auf solches beziehen, d. h. vor denselben als zwei glaubwürdigen Personen erklären muß, daß die von ihm verfaßte Schrift seinen letzten Willen enthalte.

2) Es ist aber die *constitutio Bertholdiana* bezüglich der Errichtung der Testamente der Geistlichen in der Diözese Eichstätt ein generelles Gesetz und kann daher der speziellen Bestimmung des gemeinen Rechts über die Erfordernisse bei Testamenten *ad pias causas* nicht derogiren. Es ist auch gar kein zureichender Grund denkbar, warum die Bischöfe Berthold und Martin, welche den Geistlichen ihrer Diözese bei Errichtung ihrer letztwilligen Dispositionen den strengeren Bestimmungen des gemeinen Rechts gegenüber ein Privilegium durch Erleichterung der Formalitäten ertheilen wollten, denselben gerade in Bezug auf testamenta *ad pias causas* eine Begünstigung zu entziehen die Absicht gehabt haben sollten, welche gemeinrechtlich bei Testamenten dieser Art selbst die Laien genießen^{o)}.

3.

zur Lehre vom Erfüllungsbeid.

Zu den gesetzlichen Bedingungen des Erfüllungsbeides gehört nach Kap. XIII, §. 3, Nr. 3 der O.D., daß die zu beschwörende Sache so beschaffen sei, daß sie der schwörende Theil allem Vermuthen nach wohl wissen kann.

^{o)} Zweifelhaft bleibt die Richtigkeit dieser Ansicht um so mehr, als schon der Satz, daß nach gemeinem Rechte testamenta *ad pias causas* ein solches Privilegium genießen, bedeutenden Bedenken unterliegt, also die Bischöfe Berthold und Martin, besonders letzterer im J. 1700, Veranlassung hätten nehmen können, das Privilegium auszudrücken, wenn sie es hätten geben wollen.

Der Erfüllungseid ist zwar, wie die Anmerkungen zur alleg. Stelle in Note d lehren, ein Wahrheits- und kein Glaubenseid; allein das Erforderniß der Wissenschaft ist bei diesem Eide nicht so streng vom Gesetz verlangt, wie bei dem Streitentscheidungseid. Bezüglich dieses Eides sagt die O. d. a. a. D. §. 2, Nr. 2, „daß die Geschichte, worüber er statt finden darf, so beschaffen sein müsse, daß der Delat selbsteigene Wissenschaft davon haben kann.“ Es muß, wie die Anm. erläutern, der Schwörende „gutes Wissen von der Sache haben und in eigener Handlung begriffen sein, denn über fremde Handlungen, oder auch eigene, aber wegen Länge der Zeit schon aus dem Gedächtnisse entwichene Thatsachen hat gegenwärtiger Eid nicht statt.“

Eine solche auf unmittelbarer eigener Sinneswahrnehmung beruhende Wissenschaft fordert das Gesetz nach seiner Wortfassung bei dem Erfüllungseide nicht.

Ein desfallsiger Unterschied liegt auch in der Natur der Sache, weil der Streitentscheidungseid schon für sich allein den Ausschlag gibt. Es beruht hier der Ausgang des Prozesses ausschließlich auf der Moralität und Gewissenhaftigkeit des Schwörenden, und daher ist es nothwendig, daß er unmittelbare eigene Wissenschaft von der zu beschwörenden Thatsache haben müsse.

Anderß verhält es sich beim Erfüllungseid, weil dieser nur den unvollkommenen Beweis, welcher jedenfalls wenigstens halb geliefert sein muß, vervollständigen soll. Hier kann der Beweisführer unbedenklicher zum Eide gelassen werden, wenn nur die Wahrscheinlichkeit gegeben ist, daß er Gelegenheit hatte, von der zu beschwörenden Thatsache, beziehungsweise von deren Wahrheit sich Kenntniß oder Ueberzeugung zu verschaffen, gleichviel ob dieseß aus eigener sinnlicher Wahrnehmung,

oder mittelbar aus andern Erkenntnisquellen geschehen ist.

Die Anm. sagen zwar, „wer den Erfüllungseid ablegen will, muß dasjenige, was beschworen werden soll, aus eigenem leiblichen Sinne erfahren haben“; allein sie sprechen gleichwohl hier nicht, wie beim Streitentscheidungseid, von einem Begriﬀensein in eigener Handlung, und es kann ihnen, da sie einen Beisatz zum Texte machen, der vom alten summarischen Prozeß in die *QD.* nicht übergegangen ist, sondern weggelassen wurde, im fraglichen Punkte keine Auktorität beigelegt werden.

Die wissenschaftlich begründete Auslegung, welche der im Kap. XIII, §. 3, Nr. 3 der *QD.* enthaltenen Bestimmung in *Seuffert's* Comment. Bd. III, S. 316 gegeben wurde, verdient den Vorzug.

DUC. v. 18. Jan. 1848, Reg. Nr. 1424^{43/48}.

4.

Exceptio Senatusconsulti Macedoniani. Peculium adventitium irregulare.

Der von dem verklagten Haussohne eingewandten *exceptio SC. Macedoniani* wurde die Replik entgegengesetzt, Beklagter stehe als Geselle im Lohne seines Vaters, die Vorschrift des *SC. Macedonianum* leide auf denselben, als den Inhaber eines *peculium adventitium irregulare* keine Anwendung. Diese Replik hatte keinen Erfolg. „Wenn man auch annehmen wollte, daß der Lohn, welchen der Vater seinem unter väterlicher Gewalt stehenden Kinde zahlt, zum *peculium* der vorhin bezeichneten Art gehöre, so würde dem Kläger doch immer entgegenstehen, daß in den Rechtsquellen lediglich für das *peculium castrense*, nicht für das *adventitium extraordinarium*, eine Ausnahme von dem Verbot des *SC. Maced.* gemacht worden ist. Fr. 1, §. 3,

fr. 2 de SC. Maced. (14, 6). Kläger meint nun zwar, daß letztere peculium sei in dieser Hinsicht dem ersteren ganz gleich zu achten, weil der filiusfamilias bei jenem, wie bei diesem, als ein homo sui juris gelte. Allein diese Meinung beruht auf einer offenkundigen Nichtbeachtung eines bekannten Grundsatzes des Civilrechtes. Denn gerade darin besteht der Unterschied zwischen dem Rechtsverhältniß des filiusfamilias bei dem peculium castrense, und bei dem, demselben gleichgestellten quasi castrense auf der einen und dem adventitium irregulare auf der andern Seite, daß er nur bei den beiden ersteren, nicht aber auch bei dem letzteren einem paterfamilias gleichgeachtet wird. Pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. (II, 12). Marezoll in der Dießner Zeitschrift Bd. 8, S. 429 u. 431 f. Nun ist aber die Ausnahme, welche in den oben citirten Pandektenstellen von der Vorschrift des SC. Macedon. in Bezug auf das pecul. castrense gemacht wird, ausdrücklich darauf gegründet, quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrum-familiarum fungantur. Es hindert also schon diese ratio legis jene auch sonst nicht ganz unbefriedigende Ausdehnung der für das peculium castrense anerkannten Ausnahme auf das peculium adventitium irregulare.

Erf. des Appell. Ger. zu Dresden. (Wochenblatt für merkhw. Rechtsfälle. 1847, S. 415.)

5.

Handlohn. Erbtheilungen unter Descendenten. Bamberger Landrecht.

Succediren Descendenten in das handlohnbare Gut, so ist, weil jene in der dem Ascendenten gemachten Gutöverleihung begriffen waren, kein Handlohnfall gegeben. Wenn jedoch einer der Descendenten das handlohnspflichtige Gut gegen Hinauszahl

lung an die übrigen übernimmt, so ist hinsichtlich der abgekauften Antheile eine Veräußerung vorgegangen, und von der Abkaufssumme Handlohn zu entrichten. „Diese aus der Natur des Handelslohns hervorgehenden Bestimmungen“ sind im Bamberger Provinzialrechte positiv anerkannt. Handelslohnregulativ vom J. 1735, Nr. 10. Justus Veracius consuet. Princip. Bamberg. Quaest. VI. Weber Grundsätze des Bamberg. R. Th. II, Abth. II, S. 730 ff. — Der bezeichnete Handelslohnfall ist aber nicht gegeben, wenn ein Descendent Lehenstücke ohne Hinausgabe an die Miterben übernimmt, indem diese ihre Erbtheile in andern Vermögensstücken empfangen. Von Lehenstücken, welche einem Descendenten auf seinen Erbtheil bloß angedreht werden, ohne daß er darauf etwas herauszuzahlen hat, ist er Handelslohn zu entrichten in Ermangelung besonderer Observanz nicht verpflichtet.

DAGE. v. 13. Nov. 1840 (Nr. 778^{31/35} vgl. mit Nr. 787^{42/43}).

6.

Abrechnung ein selbstständiger Forderungsgrund 1).

Aus einer Schuldverschreibung, worin M. bekannt, daß er mit dem B. abgerechnet habe, und demselben kraft dieser Abrechnung ein Kapital von 1299 Thalern schuldig sei, klagt Letzterer wider den genannten Schuldner auf Zahlung des Kapitals. Der Beklagte entgegnet: Die der Klage zum Grunde liegende Urkunde beziehe sich auf eine frühere Berechnung, sei also ein instrumentum referens und nur in Verbindung mit dem rela-

1) Von vertragmäßiger Abrechnung ist die Rede, nicht von der Wirkung einseitiger Anerkennnisse, über welche zu vergl. Bl. f. R. u. Wd. 7, S. 113 f., 129 f.

tum von Gültigkeit, daher die angezogene Berechnung der Klage beizufügen, und da solches unterblieben sei, er nicht verbunden, auch nicht im Stande wäre, sich auf die Klage einzulassen; — wogegen der Kläger die Eigenschaft der mit der Klage vorgelegten Urkunde als instrumentum referens in Abrede stellt, da gerade, um ein für sich bestehendes Resultat zu erlangen und das Gedächtniß nicht weiter mit einzelnen Posten zu beschweren, nach vorgängiger genauen Prüfung der Abrechnung jenes Instrument gemeinschaftlich beliebt und niedergeschrieben worden sei. — Das OLG. zu Cassel erkannte am 24. Nov. 1824, daß die aus der unterlassenen Beifügung der fraglichen Abrechnung entnommene Einsrede als ungegründet zu verwerfen sei. Gründe: Eine Abrechnung, vermittelt welcher die Betheiligten ihre Forderungs- resp. Schuldverhältnisse gemeinschaftlich feststellen, erscheint als ein für sich bestehendes verbindliches Rechtsgeschäft, und daher in dem durch die Beilage zur Klagschrift beurkundeten Bekenntniß des Beklagten, daß er mit dem Kläger abgerechnet habe, und demselben kraft dieser Abrechnung die ausgedrückte Summe schuldig sei, — ein hinreichender Schuldgrund. Jene Urkunde erscheint ihrem Inhalte nach an und für sich selbst als vollständiges Schuldokument, indem darin nicht auf den Inhalt einer anderen Urkunde verwiesen, sondern der Schuldgrund und die schuldige Summe darin selbstständig angegeben, und der vorhergegangenen Abrechnung nicht als eines vorhandenen Instrumentes, sondern nur als eines Rechtsgeschäfts erwähnt worden ist, woraus sich die fragliche Schuld des Beklagten erhoben habe²⁾.

Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. 8, S. 93 — 95.

2) Wo eine Abrechnung vorhanden ist, findet die Behauptung des Ungrunds der in dieselben gezogenen Schuld=

7.

Bulässigkeit der Verufung gegen Erkenntniffe über den Editionseid.

Es war eine Klage gegen 35 Beklagte als Streitgenossen angestellt worden. Bei der Verhandlungstagsfahrt erklärten drei der Beklagten, daß sie im Falle des Unterliegens sich für alle Beklagte solidarisch haftbar hinstellen wollten, um die Weitläufigkeiten zu vermeiden, welche mit der Berichtigung des Vollmachtpunktes verbunden wären. Der Kläger hatte hiergegen nichts zu erinnern. Im Laufe des Verweisverfahrens beehrte derselbe von den Beklagten die Herausgabe mehrerer Urkunden. Das Gericht erster Instanz erkannte, daß der Editionseid von sämtlichen Beklagten zu leisten sei. Auf ergriffene Verufung erkannte das einschlägige Appellationsgericht: „daß der Editionseid nur von jenen drei Beklagten zu leisten sei, welche sich für Alle solidarisch haftend erklärt hatten.“ Dasselbe nahm an, daß gegen den untergerichtlichen Zwischenbescheid in Hinblick auf O. Kap. XI, §. 6, Nr. 5 und §. 52, Nr. 5 der Nov. vom 17. Nov. 1837 eine selbstständige Verufung zulässig sei, indem es hierbei keinen Unterschied mache, ob der Beschwerdegegenstand die Form der Eidesleistung oder die Personen, welche

verhältnisse im Allgemeinen nicht mehr statt. Jedoch steht die Abrechnung der Aufrechnung nicht im Wege, wenn sie gesetzlich verworfene Verhältnisse umfaßt, die auch durch spätere Genehmigung keine Wirksamkeit erlangen können; oder wenn die in der Abrechnung betheiligte Anerkennung auf einem entschuldbaren, die Anwendung des zugegangenen Nachtheils motivirenden Irrthume beruht. Nebstdem kann der Umfang des Abrechnungsfalles, ob derselbe gewisse Forderungen oder Zahlungen umfaßt habe oder nicht, Gegenstand von Streitverhandlungen sein. Vgl. über diese und andere einschlagende Fragen Pfeiffer a. a. O. S. 64—122.

den Eid leisten sollten, betreffe (Seuffert Romment. zur O.D. Bd. IV, S. 16, Note 39); in der Sache selbst aber glaubte das Gericht zweiter Instanz, daß jene drei Streitgenossen, welche sich mit Einverständnis des Klägers für solidarisch haftend erklärt hatten, nunmehr allein als die wirklichen Beklagten zu betrachten seien.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der Kläger die Revision, indem er glaubte, daß sämtliche 35 ursprüngliche Beklagte den Editionseid zu leisten schuldig seien; das k. OAB. erkannte aber unterm 31. Aug. 1846 (Nr. 1326^{43/40}): „daß eine selbstständige Berufung gegen das zweitrichterliche Erkenntniß nicht zulässig sei.“ Die Gründe sagen, daß Revision zwar zulässig sei, wenn auf Ableistung eines der im §. 52, Nr. 5 der Novelle von 1837 bezeichneten Eide erkannt worden; wenn dagegen auf Befreiung von der Eidespflicht, insbesondere in der Art erkannt worden sei, daß nicht eine größere Anzahl von Personen, sondern nur einige davon den Eid zu leisten haben, so erscheine ein solches Erkenntniß als ein Zwischenbescheid, gegen welchen eine selbstständige Berufung nicht stattfinde, da durch dasselbe ein Nachtheil nicht zugefügt werde, der nicht noch durch das Endurtheil beseitigt werden könnte. Insbesondere könne im gegebenen Falle die Eidesleistung durch jene Personen, welche nach dem zweitrichterlichen Erkenntniß davon befreit sein sollten, nachträglich immer noch Platz greifen, und hierauf mit der Berufung gegen das Endurtheil immer noch angetragen werden.

R.

Res facti jure civili infirmari nequit.

Was ein Gesetz verwirft, kann nicht zu Recht besteh'n;
Doch läßt sich, was geschah, nicht machen ungeschah'n.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 10. Samstag, den 13. Mai 1848.

Beiträge zur Lehre von den dinglichen Gewerbs- rechten,

mit besonderer Rücksicht auf die im ehemaligen Fürstenthume
Bamberg gültigen Verordnungen.

Vorwort.

Die Lehre von den dinglichen Gewerbsrechten ¹⁾ nach vaterländischer Gesetzgebung ist in diesen Blättern und in besondern Schriften schon mehrfach erörtert worden; allein da in den Gesetzen und Verordnungen nur einzelne Bestimmungen vorkommen, die sehr allgemein gehalten und bruchstückweise hingeworfen sind, so herrscht selbst über die allgemeinsten Grundsätze noch große Verschiedenheit der Ansichten: diese tritt besonders hervor, wenn es gilt, auf einen besondern gegebenen Rechtsfall die Gesetze und Verordnungen anzuwenden. Daß „Rechnen mit Rechtsbegriffen“ hat hier

¹⁾ Wenn es überhaupt passend erscheint, Ausdrücke in fremder Sprache im Rechtsleben möglichst zu vermeiden, und selbst für solche, welche eingebürgert sind, neue Ausdrücke in deutscher Sprache zu finden: so dürften für die Bezeichnungen: „reale“ und „radizirte Gewerbe“ die Ausdrücke: „dingliche und grundbare Gewerbsrechte“ wohl am rechten Orte sein (vgl. den Aufsatz in Nr. 1 dieses Jahrganges).

ein weites Feld zur Uebung: fast jeder Fall, der dem Praktiker in dieser Lehre aufstößt, gehört zu den schwierigen und verwickelten. In früheren Zeiten hat die civilrechtliche Seite des Gewerbswesens weniger Beachtung gefunden; in neuerer Zeit aber bei den veränderten Verhältnissen, wo einerseits jedem Gewerbsmanne daran liegt, sein Gewerbsrecht als dingliches wo möglich sich und seiner Familie zu sichern, andererseits die vielen Genossen eines und desselben Gewerbs die Dinglichkeit eines solchen Rechtes, wo es immer thunlich ist, zu bestreiten sich bemühen, wo ferner die Gesetzgebung den Grundsatz der Persönlichkeit und Unveräußerlichkeit der Gewerbsverleihungen als Regel aufstellt, die Entstehung neuer dinglicher Gewerbsrechte verbietet, und nur die früher bestehenden aufrecht erhalten wissen will, mehrten sich die Rechtsstreite in diesem Gebiete.

Es möge daher dem Verfasser dieses Aufsatzes vergönnt sein, einzelne Beiträge zu dieser Lehre zu liefern, welche größtentheils wirklich vorgekommenen Fällen entnommen sind. Weit entfernt, auf den hier aufgestellten Ansichten hartnäckig zu beharren, bezweckt der Verfasser nur, zur Aufhellung des manchenfachen Dunkels in dieser Lehre sein Scherflein beizutragen, und stellt dabei die Bitte:

„Si quid novisti rectius istis,
Candidus imperti.“

Horat. Epist. I. 6. 67.

Den Verfasser veranlaßte seine jetzige dienstliche Stellung, hierbei besondere Rücksicht auf die im ehemals bairisch-bambergschen Gebiete bestehenden Verordnungen zu nehmen. Diese Verordnungen scheinen nicht hinlänglich bekannt zu sein, sie finden sich weder in v. Weber's Kommentar zum Bamberger Landrechte und dessen neuer Ausgabe im I. Bande der Sammlung der Provinzial- und Statutarrechte Bayerns, noch in v. Spieß-Hand-

buch des Bamberger Provinzialrechts. Dennoch sind sie als Civilgesetze noch gültig. Daß im Jahre 1769 im Drucke erschienene Bamberger Landrecht enthält nicht alle damals im Bambergischen gültig gewesene und noch gültige Civilgesetze²⁾; andere sind erst später erschienen³⁾; die Publikation erfolgte durch Abdrücke der Gesetze und Verordnungen auf fliegenden Blättern, welche an die Behörden vertheilt wurden: eine allgemeine Sammlung, wie sie z. B. für das ehemals Würzburgische Gebiet in den drei Bänden von Landmandaten besteht, findet sich im Bambergischen nicht. Die einzelnen zerstreuten Erlasse scheinen bei den Aemtern nicht sorgfältig verwahrt worden und als vermeintliche Antiquität vielfach in Vergessenheit gekommen zu sein: bei den wenigsten Stellen und Behörden dürften vollständige Sammlungen anzutreffen sein: nur in manchen vorzüglichen Privatsammlungen über Bambergische Geschichte und Alterthümer finden sich auch diese Verordnungen in ziemlicher Vollständigkeit. Kein Wunder also, wenn beim Konstatirungsverfahren oder bei Civilprozessen in Gewerbßsachen die verschiedenartigsten Ansichten aufstauden, Gesetze und Verordnungen theils gar nicht gekannt sind, theils unrichtigerweise als aufgehoben erklärt werden.

§. 1.

Unter den Rechtsgelehrten sind noch die Ansichten darüber schwankend, ob persönliche, reale und radizirte Gewerbe drei verschiedene Arten von Gewerben seien, oder ob die realen und

2) So ist z. B. die Juden=Verordnung vom 23. Sept. 1761 darin nicht aufgenommen.

3) B. B. die Verordnung vom 3. Nov. 1770 über die Ungültigkeit der in Wirthshäusern geschlossenen Kaufgeschäfte.

radizirten Gewerbe nur zwei Unterarten von dinglichen Gewerben im weiteren Sinne seien? so wie darüber, ob die radizirten nicht auch persönlich sein können?

In den Jahrbüchern für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern Bd. III, S. 205 ff. wird die dreitheilige Gliederung der Gewerbdarten behauptet, und S. 219 auszuführen gesucht, daß die Vermuthung für die Realität der radizirten Gewerbrechte sei, woraus also zu folgen ist, daß auch radizirte Gewerbe existiren könnten, die nicht real sind⁴⁾.

Das Gesetz vom 11. Sept. 1825, die Grundbestimmungen für das Gewerbwesen betreffend, neigt sich dagegen zu dem Systeme der Abtheilung der Gewerbe in zwei Hauptarten, der persönlichen und dinglichen (realen), und begreift unter den Letzteren wieder zwei Unterarten, die realen im engeren Sinne und die radizirten. Dieß ergibt sich aus der Fassung des Art. IV, worin vom Realrechte der Gewerbe im Gegensatze zu der im Art. III behandelten Persönlichkeit derselben die Rede ist, und wo auch unter Nr. 2, 4 u. 5 von den radizirten Gewerben gehandelt wird, welche mithin als Unterart der realen betrachtet werden.

Diese Gliederung in zwei Arten und die Abtheilung der zweiten Art in zwei Unterarten erscheint auch als die logisch richtigere, und der Natur der Sache angemessenere.

Der Persönlichkeit und Unveräußerlichkeit steht nämlich als Gegensatz die Dinglichkeit und Veräußerlichkeit des Gewerbes entgegen. Hiernach ergibt sich logisch richtig die

⁴⁾ Dieser Ansicht scheinen auch die Entscheidungsgründe eines OLG. v. 20. März 1847, Nr. 1305^{41/43} E. N. 1725 zu huldigen.

Eintheilung der Gewerbbrechte in 1) persönliche und 2) dingliche. Die dinglichen Gewerbbrechte aber sind wieder doppelter Natur, nämlich a) frei veräußerlich, wie jedes andere Privateigenthum, oder b) auf Grund und Boden haftend und nur mit diesem veräußerlich. Erstere sind die realen Gewerbe im engeren Sinne, letztere die radizirten. Schon der Name „radizirt“ gibt es, daß ein solches Gewerbe nicht persönlich sein kann, da es von dem Grund und Boden, auf welchem es ausgeübt wird, und wo die Vorrichtungen dazu bestehen, nicht getrennt gedacht werden kann; es streitet also nicht bloß eine Vermuthung für die Realität der radizirten Gewerbe, sondern die Persönlichkeit eines radizirten Gewerbes läßt sich logisch gar nicht denken.

Mittermaier (im deutschen Privatrechte 6te Auflage Bd. II, S. 662, §. 523) lehrt: die realen Gewerbbrechte seien solche, welche einer Familie als vererbliche und veräußerliche zustehen, und theilt dieselben in a) radizirte, deren Betreibung auf dem Besitze eines gewissen berechtigten Hauses beruhe und b) nicht radizirte. Diese Einteilung des bewährtesten Germanisten ist auch unserer vaterländischen Gesetzgebung von 1825 ganz anpassend, und mit ihr lassen sich die Schwierigkeiten, welche bei Folgerungen aus unlogischen Einteilungen entstehen, insbesondere die Frage über die Zuständigkeit der Civilgerichte am besten lösen, wovon unten Näheres vorkommen wird.

Die natürlichste Einteilung der Gewerbbrechte ist daher:

- 1) persönliche Gewerbbrechte,
- 2) dingliche (reale) und diese
 - a) entweder reale im engern Sinne,
 - b) oder radizirte (grundbare).

Von Gewerbsprivilegien als Ausnahmen ist hier nicht die Rede. (Fortsetzung folgt.)

Bemerkungen und Präjudizien über das Verbrechen des Betrugs.

(Fortsetzung.)

XIX.

Die im Art. 265 aufgeführten Fälle des ausgezeichneten Betrugs zweiten Grades sind vollendet, es mag, wie der Eingang des Artikels sagt, „die Beschädigung erfolgt sein oder nicht.“ Sie erfordern wie jeder Betrug: Täuschung, Vorsatz und Zweck.

I. Bei dem Betruge, welcher mit Gefahr für Leben oder Gesundheit Anderer verbunden, besteht die Täuschung darin, daß unächte, verfälschte oder verdorbene Gegenstände für ächte oder gute gegeben werden; der Vorsatz ist nur dann anzunehmen, wenn der Thäter die schlechte Beschaffenheit seiner Waare kannte und der Zweck ist, wie schon oben S. XVII gesagt wurde, die Erreichung eines Vortheils, keineswegs aber die Gefährdung der Gesundheit oder des Lebens Anderer.

Das Gesetz spricht von jedem Betruge, welcher mit Gefahr für Leben oder Gesundheit Anderer verbunden ist und benennt zwar Beispiele von Gewerbsleuten, welche diesen Betrug begehen können, schließt aber dadurch andere Beispiele und namentlich andere Gewerbsleute nicht aus, weshalb auch mit Recht die Anmerkungen ⁵⁾ die Apotheker wegen der Arzneimittel für Kranke hieher rechnen. Insbesondere muß man hieher auch die medizinischen Pseudoscher dann, aber auch nur dann rechnen, wenn sie in dem Bewußtsein, daß ihre Heilmittel der Gesundheit oder dem Leben gefährlich sein können, Arzneien geben und dadurch das Leben oder die Gesundheit des Patienten in Gefahr

⁵⁾ Bd. II, S. 262, Nr. I.

setzen⁴⁾. Denn hier ist nicht wie im Art. 263, Nr. VI davon die Rede, daß lediglich der Uberglaube des Volks benutzt wurde⁵⁾; eine weit höhere Gefahr, welche zuweilen unheilbare Folgen für die Person haben kann, tritt ein, also auch die höhere Strafbarkeit nach Art. 265, Nr. I. Kann ein solcher Pfscher die Gefährlichkeit seiner Mittel nicht kennen, so kann ihm auch diese Gefährlichkeit nicht zur Schuld angerechnet werden: glaubt er selbst an die Heilkraft seiner Mittel, so ist er, wie im vor. Jahrg. S. 241 schon bemerkt wurde, kein Betrüger.

II. Diejenigen, welche sich zur gemeinschaftlichen Verübung mehrerer Betrügereien verbunden haben, sollen nach Art. 265, Nr. II als ausgezeichnete Betrüger zweiten Grades bestraft werden. Daß hier ebenfalls zur Vollendung des Verbrechens eine wirkliche Beschädigung eines Andern nicht erforderlich ist, das unterliegt nach dem Wortlaut des Artikels keinem Zweifel: allein man kann auch nicht annehmen, daß schon die Verbindung allein die Vollendung des Verbrechens bilde. Es bedingt vielmehr das Gesetz, wenn man es seiner Stellung nach und in Vergleichung mit den gesetzlichen Bestimmungen über Komplott und Banden (Art. 50 — 54), dann mit dem gesetzlichen Begriffe vom Betrug überhaupt (Art. 256, 257) und mit der Bestimmung über Vollendung eines Verbrechens (Art. 37, 38) betrachtet, zur Vollendung des Verbrechens, daß wenigstens eine betrügliche Handlung geschehen

⁴⁾ Vgl. DABL. 128^{26/27}.

⁵⁾ Der Fall des Art. 263, Nr. VI bei medizinischen Pfschern ist namentlich dann gegeben, wenn diese durch Kartenschlagen u. s. w. die Krankheit zu erkennen verspiegeln und dann gegen Belohnung Mittel geben, an welche der Pfscher selbst nicht glaubt, welche aber unschädlich sind. DABE. 128^{26/27}.

sei. Der ganze Art. 265 setzt wirklich und vorsätzlich verübte täuschende zu Erlangung eines unerlaubten Vortheils oder zur Beschädigung eines Andern begangene Handlungen voraus und so wie die bloße Eingehung eines Komplotts ohne Ausübung der That nur ein Versuch ist (Art. 52), bei Banden aber, welchen der vorliegende Fall ziemlich gleich ist, die Gesetze wider das Komplott überhaupt in Anwendung kommen (Art. 54), eben so muß dieß hier der Fall sein, wo, wie bei Banden die Verbindung zur Verübung mehrerer Verbrechen derselben Art eingegangen ist. Um also Nr. II des Art. 265 anwenden zu können, wird erfordert, daß a) zwei oder mehrere Personen wenigstens einen Betrug soweit begangen haben, daß von ihrer Seite Alles geschehen war, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen und daß b) diese Betrüger sich zu gemeinschaftlicher Verübung nicht nur dieß, sondern mehrerer Betrügereien verbunden haben, gleichviel aber, ob noch eine dieser andern Betrügereien ausgeübt oder ob der Zweck derselben erreicht war oder nicht. Die Verabredung zur gemeinschaftlichen Verübung mehrerer Betrügereien ist, wie die Anmerkungen^{*)} sagen, ein erschwerender Umstand des Betrugs, welcher nach dem Artikel die Strafe zu der des ausgezeichneten Betrugs zweiten Grades steigert.

III. Falsche Spieler werden als ausgezeichnete Betrüger zweiten Grades bestraft und zwar A. Spieler von Profession, welche zugleich falsch spielen. Es genügt also nicht, daß Jemand falsch spiele, sondern er muß zugleich Spieler von Profession sein. B. Inhaber falscher Lotterien und deren Kollekteurs. Falsche Lotterien sind nicht mit verbotenen (namentlich ausländischen) Lotterien zu

*) Bd. II, S. 263, Nr. II.

verwechseln *), sondern es sind darunter solche Lotterien zu verstehen, welche einen eigentlich betrügerischen ¹⁰⁾ Zweck haben, z. B. wenn der ausgegebene Plan das wahre Verhältniß nicht darstellt, nach welchem die Gewinnste regulirt werden oder wenn Jemand sich als Kollekteur einer wirklich bestehenden Lotteriestalt ausgibt, von der er nicht aufgestellt ist. — Nicht zu verwechseln ist damit der Fall, wenn ein wirklich aufgestellter Kollekteur die Einsätze, welche er empfangen hat, der Anstalt nicht verrechnet oder nicht ausliefert. Hier ist der Thäter kein Inhaber einer falschen Lotterie und seine That kann sich als Unterschlagung darstellen.

(Fortsetzung folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Die fränkische Landgerichtsordnung, als Urkunde der Rechtsgewohnheiten im vormaligen Herzogthum Franken.

In den Motiven eines Ansbacher AOG. vom 2. Juli 1823 (die Nürnberger Rechtsache Böhm gegen Böhm betreffend), aus denselben Gründen bestätigt durch DAOG. v. 15. Juni 1824, wurde die Ansicht ausgesprochen, in der Kaiserlichen Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken von 1618 seien die gemeinsamen Rechtsgewohnheiten des ostfränkischen Stammes niedergeschrieben, welche in und außer den Gränzen des Fürstbisthums Würz-

*) Lith. Nov. 45 vom 28. Juni 1814. Doppelmayr, S. 107. Auch abgedruckt in den Novellen zur Civilprozeßordn. Bd. II, S. 86.

10) Jede Lotterie täuscht gewissermaßen die Schwachen, welche auf Glück hoffen: aber der Plan zeigt dem Vernünftigen, daß seine Hoffnung eine ganz schwankende ist; es kann daher nicht jede Lotterie für eine falsche angesehen werden.

burg von Alsterß her überliefert waren. Daher sei auf die bezeichnete Landgerichtsordnung, als eine gewichtige Autorität, auch in andern als würzburgischen z. B. in nürnbergischen Rechtsachen, welche ein in Franken überhaupt einheimisches Rechtsinstitut z. B. die Einkindschaft betreffen, Rücksicht zu nehmen, um inebesondere die Lücken der in den einzelnen Gebietstheilen, von ihrer frühern Selbstständigkeit her, geltenden besondern Statuten geeignet auszufüllen.

Vgl. Consil. Tubingensia vol. VIII, cons. 107.

(Für Theile Frankens, auf welche sich nicht erweislich der Wirkungskreis des kaiserlichen Landgerichtes zu Würzburg erstreckt hat, möchte die fränkische Landgerichtsordnung als Autorität nur mit größter Vorsicht und mit sorgfältiger Beachtung der Folgerungen zu benützen sein, welche sich etwa aus den besonderen statutarischen oder herkömmlichen Rechten dieser Bezirke Frankens bezüglich der in Frage befindlichen oder in Zusammenhang damit stehender Rechtsinstitute ergeben. Red.)

2.

Erbjagden. Hofamtsjagden. Jagdrecht der Edelmannsfreihaltfähigen.

(Bayer. Recht.)

Obwohl die Jagd in Bayern zu den Regalien gerechnet wird,

Mandat vom 19. Juni 1673,

Mayr Gen. Samml. III, S. 90.

so kann doch das Jagdrecht auch Gegenstand des Vermögens von Privatpersonen sein. Der s. g. Erbjagden erwähnt die erklärte Landesfreiheit Th. III, Art. 18 mit dem Bemerkten, daß die vorausgehenden, die Jagdausübung betreffenden Bestimmungen Jenen, welche erbliche Jagden im

Gebrauch haben, an ihrer Berechtigung und altem Herkommen nicht präjudiziren sollen. Von diesen Erb jagden sagt Kreittmayr in den Anmerk. 3. B. II. Th. 2, Kap. 3, §. 3, Nr. 4 u. 7, daß sie *jure proprietatis*, so wie all andre eigenthümliche Sachen besessen werden, und daß der Jagdherr solche verleihen, verkaufen, vertauschen, und sonst nach Art und Maß, wie über anderes Erb und Eigenthum, darüber verfügen könne. Ein solches Jagdrecht kann, als vererb- und eigenthümliches Recht auch wie andere im Verkehr befindliche Sachen, durch Verjährung erworben werden; doch greift hier, da es sich von einem Regal handelt, gegen den Landesherren nur Inmemorialverjährung Platz.

B. Schmid semicent. II, 3, §. 1, 2.

Kreittmayr a. a. O. Nr. 9.

Verschieden von dem Erb- und eigenthümlichen Jagdrecht ist

1) das Jagdrecht, welches nach der alten, insbesondere durch das Mandat v. 29. Dez. 1667 Ziff. 2,

Mayr G. G. Bd. 3, S. 88,

bestätigten Landes-Observanz den adeligen Besitzern von Hofmarken auf den Hofmarks-Gründen in Ansehung der niedern Jagd zusteht. Wenn auch dieses Jagdrecht einerseits mit dem Besitze von Hofmarken verbunden, andererseits auf die zur Hofmark (dem vollen oder Obereigenthum nach) gehörigen Gründe beschränkt, und in so fern realer Natur ist, so ist dasselbe doch deshalb mehr für persönlich zu erachten, weil es nicht auf jeden Erwerber einer Hofmark übergeht, sondern nur von einem adeligen Besitzer ausgeübt, von einem nichtadeligen Erwerber einer Hofmark aber nur durch besondere landesfürstliche Verleihung erlangt werden kann, sonach auch den adeligen Hof-

marktsbesitzern nicht sowohl in Ansehung ihrer Hofmark als wegen ihres Adelsstandes zusteht.

Mandat vom 29. Dez. 1667, 3^{tes}

7. Juli 1729 (M. G. S. III, S. 100)

Chlingensperg jus hofmarch. cap. 41, §. 10

B. Schmid l. c. contr. 2, §. 1—4, 7.

Kreittmayr a. a. D. Nr. 7 lit. e.

2) Rein persönlich war ferner das Jagdrecht jener Hofmarkbesitzer, welchen die durch das Gesetz vom 20. April 1808 (Regbl. S. 113) aufgehobenen Privilegien der Edelmanns-Freiheit zustanden.

Kreittmayr Staatsrecht S. 440.

Kraft dessen waren dieselben befugt, auch ausser ihren Hofmarksgründen auf churfürstlichem und landgerichtlichem Boden die niedere Jagd unter gewissen Beschränkungen und in solchem Umkreise auszuüben, daß sie, wenn sie Morgens oder Nachmittags auf die Jagd ausgingen, Mittags oder Nachts wieder nach Hause zurückkommen konnten.

Mandat vom 29. Dez. 1667, Ziff. 1.

19. Juni 1673 (Mayr G. S. III, S. 87, 88, 91)

Chlingensperg l. c. §. 12 ff.

B. Schmid l. c. contr. 1, §. 10, 11.

Kreittmayr a. a. D. Nr. 23.

Uebrigens kann die Persönlichkeit des gesetzlichen, aus dem Besitze einer Hofmark und aus der Edelmannsfreiheit fließenden Jagdrechts für den adeligen Besitzer kein Hinderniß begründen, das Jagdrecht inner- oder außerhalb der Hofmarks-Grenzen, in realer Eigenschaft, als von obiger Beschränkung freie Pertinenz der Hofmark zu erwerben, indem ja das Jagdrecht überhaupt, wie sonstiges Eigenthum, Vermögens-Gegenstand sein kann.

Kreittmayr a. a. D. Nr. 8 lit. a.

Auß dem bisher Vorgetragenen ergibt sich aber die Folge, daß der Hofmarksbefitzer unvordenkliche Jagdübung auf Hofmarksgründen und das zwischen liegendem landgerichtlichen Boden für sich nicht hinreicht, das fragliche Jagdrecht als ein erb- und eigenthümlich zustehendes darzustellen. Will der Befitzer daselbe in dieser Eigenschaft anerkannt haben, so muß er besondere, diese Eigenschaft ausprägende Merkmale in der unvordenklichen Übung, auf welche er sich stützt, nachzuweisen im Stande sein.

Nach diesen Rechtsansichten hat der oberste Gerichtshof am 14. Okt. 1847 in der Rechtsache Nr. 538^{40/41} geurtheilt.

Vgl. auch DABlten Nr. 1725^{42/43}.

3.

Un erhebliche Umstände im Beweis-Interlocut.

In einer am 21. Okt. 1843 angebrachten Klage wurde behauptet, daß Beklagter der Klägerin vor vier Wochen öffentlich vorgeworfen, daß sie einen Diebstahl (welcher näher angegeben wurde) verübt habe. Das Wesen der Beweisaufgabe bildete die in der Diebstahlsbeschuldigung enthaltene Injurie. Die dem Beweisaufgabe beigefügte in der Klage angegebene Zeit der Beschimpfung konnte mit Hinsicht auf S. 659, Tit. 20, Th. II des im gegebenen Falle zur Anwendung kommenden preussischen Landrechts hauptsächlich nur den Zweck haben, um bemessen zu können, ob die Klage nicht verjährt sei. Erheblich war daher nur, daß die Injurie innerhalb dreier Monate vor erhobener Klage verübt oder der Klägerin bekannt wurde, wogegen es gleichgiltig ist, an welchem Tage innerhalb dieser Zeitperiode die Injurie vorkam, zumal da der Beklagte von einem andern Vorfall der Art zwischen ihm und der Klägerin

Nichts erwähnt hat. Da nun die Klägerin vollständig erwiesen hatte, daß ihr der Beklagte die ehrenrührige Beschuldigung in der Mitte Augusts 1843 gemacht, und dieser von den Zeugen angegebene Zeitpunkt in die gesetzliche Periode von drei Monaten vor Anstellung der Klage fällt, so war der Verweisauftrag im Wesentlichen Genüge geleistet worden.

DAVE. v. 12. Okt. 1847, Nr. 799^{44/45}.

4.

Daß Weiderrecht ist nicht immer Grunddienstbarkeit. Interdictum ulli possidetis zur Abwehr von Dienstbarkeits-Ansmaßungen.

Die Kläger hatten auf Schutz im Besitze ihrer Ländereien gegen die von der beklagten Stiftung, zur Ausübung angemessenen Weiderrechtes, unternommene Störung geklagt. In der ersten Instanz war Abweisung in der angebrachten Art erfolgt, weil bei Grunddienstbarkeiten das poss. ordinarium nicht Platz greife. Auch das Gericht zweiter Instanz erkannte auf Abweisung, weil es ein Rechtsmittel auf Schutz im Besitze der Freiheit des Eigenthums bezüglich einer Servitut nicht gebe. In dritter Instanz hingegen wurde der von den Klägern beantragte Schutz, durch Erlassung eines Verbotes an beklagten Theil, zuerkannt. Gründe:

1) Mit Recht hat der Richter voriger Instanz den Grund, aus welchem das Untergericht die angestellte possessorische Klage in der angebrachten Art abgewiesen hatte, verworfen. Denn die aus dem alten Landrecht Tit. 26, Art. 6 in die G.D. Kap. 3, §. 4, Nr. 2 übertragene Vorschrift über die Unstatthaftigkeit der Klagen auf Schutz im ordentlichen Besitze bezieht sich nur auf Grunddienstbarkeiten im eigentlichen Sinne.

Anmerk. zur G.D. a. a. D. lit. c.

B. Schmid comm. ad Tit. 26, Art. 6, Nr. 2,

wozu das Hutz und Weiderrecht an sich nicht gehört ¹⁾.

Eichhorn Einleit. in d. d. PrR. Ausg. 4, §. 179.

Mittermaier d. PrR. 6te Ausg. Bd. 1, S. 452.

Vgl. DABlt. Nr. 1520 ^{43/44}.

2) Der von dem Richter II. Instanz für die Abweisung der Klage aufgestellte Grund ist eben so wenig stichhaltig. Wohl gibt es kein eigenes Interdict zum Schutze im Besitze der Freiheit; wenn sich aber Jemand durch thätliche Eingriffe auf dem Gute eines Andern eine Servitut oder ein Realrecht anmaßt, so dient dem Eigenthümer das interdictum uti possidetis zum Schutz im Besitze der Sache.

Fr. 11 de vi (43, 16); fr. 5, §. 10 in f. de oper. nov. nunc. (39, 1); fr. 3, §. 2 uti possidetis (43, 17).

In dem zuletzt angeführten Gesetze deuten die Worte

„videris mihi possessionis controversiam facere“

nicht, wie

Mühlenbruch Lehrb. des PandR. 4te Ausg.

Bd. 2, S. 64, Note 10

annimmt, auf die Voraussetzung, als werde die Störung in der Absicht einer Anmaßung des Eigenthums-Besitzes begangen, sondern darauf, daß eine solche Störung einer Anmaßung des Eigenthums-Besitzes gleich zu achten sei. — Wenn sich der angeführte Schriftsteller weiter darauf beruft, daß nach manchen Gesetzstellen nicht das Interdict,

¹⁾ Indem dasselbe häufig einer juristischen Person oder gutsherrlichen Familie ohne Verbindung mit einem herrschenden, die Weidebefugniß als Bestandtheil eines Wirthschafts-Ganzen umfassenden Gute zusteht. Vgl. Senffert PandR. 2te Ausg. Bd. 1, S. 218 in der Note, S. 227, §. 171, Note 1.

sondern andere Klagen gegen Beeinträchtigung des Gebrauchsrechtes stattfinden,

Fr. 13, §. 7 de injur. (47, 10)

so ist nur damit die actio injuriarum gegeben, daß Interdikt aber nicht ausgeschlossen.

Auch die Duplicität, auf welche

Vangerow Iff. Bd. 1, §. 605

ein besonderes Gewicht legt, fällt insofern nicht absolut weg, als auch der Beklagte seiner Seite den Schutz im Besitze des Realrechts verlangen kann.

3) Daß *possessorium ordinarium*, als *remedium retinendae possessionis* erfordert zu seiner Begründung nur gegenwärtigen juristischen Besitz des Klägers,

Anmerk. zur O. III, §. 4 lit. a

und eine von dem Beklagten begangene Störung dieses Besitzes.

Diese beiden Momente, Besitz der Grundstücke und Störung des Besitzes durch deren Vernehmlassung sind in der Vernehmlassung nicht widersprochen; somit ist der Grund der Klage nach §. 19 des Gesetzes v. 17. Nov. 1837 zugestanden.

DAGE. vom 23. Mai 1845, Nr. 534^{42/43}.

5.

Rückzahlungstermin „wenn der Darleiher das Geld vonnöthen hat.“

Aus einer Verabredung solcher Art läßt sich nicht folgern, dem Gläubiger liege ob, das „Bonnothen haben“ zu beweisen, vielmehr ist anzunehmen, daß es dem Ermessen des Gläubigers anheimgestellt sei, ob und wann er die Zurückzahlung des dargeliehenen Geldes nöthig habe.

DAGE. vom 30. Dez. 1844, Nr. 365^{42/43}.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 11. Samstag, den 27. Mai 1848.

Bemerkungen und Präjudizien über das Verbrechen
des Betrugs.

(Fortsetzung.)

IV. Habituirliche Betrüger. Das Gesetz bezeichnet zwei Arten solcher Betrüger.

A. Gewohnheitsbetrüger im engeren Sinne, wo erfordert wird, daß der Thäter wegen wiederholten Betrugs sich als geübter gewohnter Betrüger zeigt. Wiederholung allein, also eine Mehrzahl von Betrügereien an sich genügt demnach nicht, sondern die Wiederholung muß den Thäter als einen geübten gewohnten Betrüger darstellen ¹¹⁾; der Thäter muß eine besondere Fertigkeit im Betrügen gezeigt haben ¹²⁾ und sonach als ein bössartiger gefährlicher Mensch erscheinen ¹³⁾. Keineswegs aber kann außer der schon aus den betrügerischen Handlungen erhellenden Bössartigkeit und Gefährlichkeit noch eine andere besondere Bössartigkeit oder Gefährlichkeit verlangt werden, denn

¹¹⁾ Anmerk. Bd. II, S. 264.

¹²⁾ Anmerk. Bd. I, S. 252.

¹³⁾ Anmerk. Bd. II, S. 264.

daß Gesetz sagt hievon nichts, sondern spricht nur von einem geübten gewohnten Betrüger¹⁴⁾).

Da der Grund der höheren Strafbarkeit des Gewohnheitsbetrugs ein subjektiver¹⁵⁾, nämlich die durch die Wiederholung von Betrügereien an den Tag gelegte Bössartigkeit und Gefährlichkeit ist, so entscheidet über den Charakter des Gewohnheitsbetrugs der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen nicht¹⁶⁾ und es kann sogar lediglich die Begehung mehrerer Betrugs-Vergehen ohne Verbrechen den Begriff des Gewohnheitsbetrugs begründen¹⁷⁾. Dagegen können Betrügereien, welche nur polizeilich strafbar sind, um deswillen nicht eingerechnet werden, weil Polizeübertretungen vom Kriminalrichter zwar als allgemeine Erschwerungsgründe zu berücksichtigen sind, keineswegs aber in eigentlich strafgerichtliche Komputation gezogen und als Merkmal des Begriffs eines Verbrechens angesehen werden können¹⁸⁾; auch die Analogie der unten vorkommenden lith. Nov. 45 über betrügerische Vorwände der Bettler spricht dafür, daß bloß polizeilich strafbare Betrügereien nicht in das Reich des Kriminalrichters gezogen werden sollen. Wohl aber können solche geringe Betrügereien dann, wenn

14) Vergl. Gönnner und Schmidtlein, Jahrbücher, Bd. III, S. 183. 184.

15) NÖG. 270^{38/39}.

16) Anmerk. Bd. II, S. 264, vergl. mit StGB. I, 85. Abs. 2. Gönnner und Schmidtlein, Jahrb. a. a. D. S. 185. NÖG. 270^{38/39}.

17) NÖG. 15^{38/39}. ^{380/1818}.

18) StGB. Th. I, Art. 2. Vergl. lith. Nov. 130 vom 4. Mai 1816. Doppelmayr, S. 51, dann StGB. Th. II, Art. 111 und lith. Nov. 137 und 162 vom 31. Mai 1816 und 4. März 1817. Doppelmayr, S. 193. — Daß StGB. I, 85. Abs. 2, worauf die Anmerk. Bd. II, S. 264 hinweisen, erfordert Verbrechen oder Vergehen.

schon eine Mehrheit von Betrugs-Verbrechen oder Vergehen vorliegt, insoferne von Einfluß seyn, daß sie bei der Frage, ob das Subjekt ein habituirlicher Betrüger sei, adminikulirend den Ausschlag geben¹⁹⁾).

Eben deshalb, weil der Grund der höheren Strafbarkeit des Gewohnheitsbetrugs ein subjektiver ist, kommt es, wie auch Art. 265 im Eingang sagt, nicht darauf an, daß die Beschädigung erfolgt sei; es ist also schon genügend, wenn die Betrügereien nur versucht waren: nur müssen die täuschenden Handlungen bereits geschehen sein, durch welche der Betrüger seinen Zweck erreichen wollte und ein bloß entfernter Versuch kann nicht hinreichen, Jemand als geübten Betrüger darzustellen; es können aber einige nächste Versuche auch ohne Konkurrenz einer vollendeten betrügerischen Handlung den Begriff des Gewohnheitsbetrugs begründen²⁰⁾).

Auß dem nämlichen Grunde, weil die durch Verübung mehrerer Betrügereien an den Tag gelegte Bössartigkeit und Gefährlichkeit des Betrügers den Gewohnheitsbetrug zum ausgezeichneten stempelt, kann es keinen Einfluß haben und das Gesetz nicht unanwendbar machen, wenn der Betrüger die verschiedenen Betrügereien nur gegen ein und dasselbe Subjekt ausgeübt oder versucht hat: seine Bössartigkeit und Gefährlichkeit, seine Gewohnheit ist dieselbe, wie wenn er sie gegen verschiedene Subjekte geübt hätte und eben so verhält es sich, wenn die verschiedenen Betrügereien denselben Zweck hatten. Da indessen StGB. I, 110 verordnet, daß wenn ein Verbrechen an demselben Gegenstande oder an einer und derselben Person mehrmals begangen wird, die verschiedenen

19) MGE. 15 38/39.

20) MGE. 71 27/28. 113 27/28.

daß Verbrechen fortsetzenden Handlungen für eine einzige That zu rechnen sind, so nimmt man hier und da auch an, daß in solchem Falle ein Gewohnheitsbetrug nicht vorliege²¹⁾. Allein es ist diese Annahme den Anmerkungen Bd. I, S. 253. 254 entgegen, wo ausdrücklich gesagt ist, daß Th. I, Art. 110 nur allgemeine Regeln für die Konkurrenzfälle enthält, daß StGB. aber für manche Verbrechen besondere Vorschriften aufstellt. Ein solcher Fall ist auch im Art. 265, Nr. IV gegeben, es kann also dieser besonderen Vorschrift die allgemeine Regel des Art. 110 nicht entgegenstehen.

Wie viele Betrügereien zum Begriffe des Gewohnheitsbetrugs erforderlich sind, hat das Gesetz ganz mit Recht nicht ausgedrückt, weil die Bössartigkeit und die Gewohnheit nicht mit Bestimmtheit aus der Zahl der Handlungen allein, sondern auch aus der Veranlassung zur That, aus den Verhältnissen, in welchen der Thäter zur Zeit der Begehung lebte und aus denen, in welchen er zu den Getäuschten steht, so wie zuweilen noch aus anderen Umständen zu erkennen ist. Die Anmerkungen Band II, S. 264 weisen deshalb auf die Analogie des StGB. I, 85, Abs. 2 hin, wo derjenige für einen gewerbmäßigen Begünstiger erklärt ist, welcher zuvor schon wenigstens bei zwei Verbrechen oder Vergehen sich einer Begünstigung schuldig gemacht hat. Die Praxis nimmt daher einen Gewohnheitsbetrug nicht an, wenn nicht wenigstens drei als Vergehen oder Verbrechen erscheinende Betrügereien begangen oder versucht wurden²²⁾ und es ist wohl auch natürlich, daß

21) Odner und Schmidlein, a. a. O. S. 183. DZGE. 47/1818.

22) DZGE. 15³⁸/39. 270³⁸/39. 20/1818. 317/1818. 179²⁸/29. 321⁴⁰/47.

man bei einer geringeren Zahl von einer Gewohnheit und von einer Bödsartigkeit im Sinne dieses Gesetzes nicht sprechen kann. Ob drei Betrügereien genügen, muß der Richter nach vernünftigem Ermessen und insbesondere nach den vorhin angegebenen Umständen entscheiden²³⁾. Die Zeit, in welcher die Betrügereien begangen worden, kann an sich nicht entscheiden: ein Betrüger kann in einer und derselben Stunde durch drei Betrügereien den vollkommenen Beweis liefern, daß er ein geübter gewohnter Betrüger, ein bödsartiger gefährlicher Mensch ist. Wenn aber Jemand in kurzem Zeitraum mehrere Betrügereien verübt um Geld zu erhalten, wenn er durch diese Betrügereien oder doch durch die ersten derselben seinen Zweck gar nicht oder doch nicht vollständig erreicht und wenn er diese Betrügereien so ziemlich gleichförmig ausübt, so wird der Begriff des Gewohnheitsbetrugs nicht anwendbar sein und man braucht nicht zu der oben erwähnten Anwendung des StGB. I, 110. wegen Fortsetzung eines Verbrechens seine Zuflucht zu nehmen. Wenn z. B. Jemand Geld bedarf und am nämlichen Tage dem A und dann dem B und hierauf dem C vorspiegelt, er sei von Jemand abgeschickt um für diesen Geld zu holen und wenn er vom A und B, vielleicht auch C kein Geld erhält, so hat er nur aus einer und derselben Geldverlegenheit sich durch Betrug helfen wollen; es zeigt sich hier keine Gewohnheit und die Gleichförmigkeit der Lüge zeigt an sich keinen geübten Betrüger²⁴⁾. Die Gleichförmigkeit des Betrugs ist aber auch an sich kein Beweis gegen den Gewohnheitsbetrug; sie kann vielmehr solchen begründen, wenn der Thäter auf

23) Bdauer und Schmidlein a. a. D. S 183.

24) DMGE. 337^{28/20}. 253^{28/20}. 29/1818. 49/1818.
71^{27/28}.

dieselbe Weise, aber nicht in einem zusammenhängenden Zeitraum und nicht zu demselben Zweck, sondern in verschiedenen Zeiträumen die Betrügereien verübt, z. B. medizinische Pfscher, welche auf betrüglische Weise zu verschiedenen Zeiten oder gegen verschiedene Personen handeln²⁵⁾).

Daß die höhere Strafe des Gewohnheitsbetrugs keine Rückfallstrafe, sondern eine Strafe des Zusammenflusses sei, das ist schon nach dem Wortlaute des Gesetzes klar²⁶⁾; eine andere Frage ist aber, ob zu den mehreren Betrügereien, welche zum Begriffe des Gewohnheitsbetrugs erforderlich sind, auch früher bestrafte Betrügereien eingerechnet werden dürfen? Diese Frage muß bejaht werden; sobald die früher bestraften und die jetzt zur Aburtheilung gekommenen Betrügereien zusammen den Begriff des Gewohnheitsbetrugs begründen, sobald ist ein Gewohnheitsbetrug vorhanden und ein solcher Betrüger kann der verdienten höheren Strafe nicht deshalb entgehen, weil er schon wegen Betrugs bestraft ist; im Gegentheil weil er trotz der früheren Bestrafung wieder betrogen und auf eine Weise betrogen hat, welche in Verbindung mit den früheren Betrügereien ihn als Gewohnheitsbetrüger und sonach als einen in dieser Hinsicht bössartigen und gefährlichen Menschen darstellt, eben deshalb muß ihn auch die höhere Strafe dieser Bössartigkeit und Gefährlichkeit treffen²⁷⁾. Selbst dann kann diese höhere

25) MGC. 310^{41/42}.

26) Anmerk. Bd. II, S. 264. Konkurriren mehrere ausgezeichnete Betrügereien, von welchen jede 4 bis 8 jährige Arbeitshausstrafe zur Folge hat, so kann weder wegen Zusammenflusses noch wegen Gewohnheitsbetrugs eine mehr denn achtjährige Arbeitshausstrafe — wohl aber Schärfung eintreten. MGC. 115^{45/46}. 374/1818.

27) S. diese Blätter Bd. VI, S. 113. MGC. 15^{38/39}. 20/1818. 290^{40/41}.

Estrafe eintreten, wenn zu zwei schon vorher bestrafte Verbrechen oder Vergehen des Betrugs nur noch ein neuer Betrug kommt²⁸). Eine Abrechnung der früher schon erlittenen Estrafe kann hiebei nur insoferne statt haben, als von Ausmessung der Estrafe innerhalb des Maximums und Minimums die Rede ist; insoweit aber wird sie oft begründet sein, denn wenn gleich derjenige, welcher schon früher wegen Betrugs bestraft war und wieder betrügt, strafbarer ist als derjenige, welcher noch nicht durch Estrafe gewarnt wurde, so hat doch auch der Richter zu verhüten, daß das Einrechnen der schon erlittenen Estrafe eines Betrugs in den Gewohnheitsbetrug nicht zu unverhältnißmäßiger Härte führe.

Die Einrechnung eines schon bestrafte Betrugs in den Gewohnheitsbetrug kann aber nicht statt finden, wenn der schon bestrafte Betrug schon als Gewohnheitsbetrug bestraft oder zum Begriff eines Gewohnheitsbetrugs genommen wurde: hier kann nur vom Rückfall in den Gewohnheitsbetrug die Rede sein, sonst würde der Regel entgegen gehandelt, daß Niemand wegen desselben Verbrechens doppelt gestraft werden soll²⁹). Dann aber, wenn nach bestrafte Gewohnheitsbetrug wieder neue Betrügereien begangen werden, welche (gleichviel jedoch, ob hievon ein Theil inzwischen schon gestraft worden) abermals einen Gewohnheitsbetrug bilden, ist ein Rückfall in den Gewohnheitsbetrug vorhanden³⁰).

Wenn unter jenen Betrügereien, welche den

²⁸) MUG. 270^{28/30}. — Vorausgesetzt wird jedoch, daß dieser neue Betrug wenigstens ein Vergehen sei.

²⁹) Const. 23, in uno Cod. de poenis (9, 47). Fr. 14, D. de accus. (48, 2).

³⁰) S. diese Blätter Bd VI, S. 113.

Gewohnheitsbetrug bilden, sich solche befinden, welche an sich schon eine höhere Strafe zur Folge haben, als auf den Gewohnheitsbetrug gesetzt ist, z. B. Fälschung öffentlicher Urkunden, so ist der Fall einer idealen Konkurrenz gegeben³¹⁾ und es muß die Strafe der schwersten Uebertretung, also hier die auf die Fälschung der öffentlichen Urkunde gesetzte Zuchthausstrafe in Anwendung gebracht und bei Ausmessung der Strafe innerhalb des Maximums und Minimums der Gewohnheitsbetrug als erschwerender Umstand berücksichtigt werden³²⁾.

Befinden sich unter jenen Betrügereien, welche den Gewohnheitsbetrug bilden, auch solche, deren Strafe von gleicher Höhe wie die des Gewohnheitsbetrugs ist, so liegt nicht der Fall einer idealen Konkurrenz vor, denn alle die einzelnen Betrügereien begründen zusammen den Kollektiv-Begriff des Gewohnheitsbetrugs und eben weil bei den einzelnen Betrügereien keine ist, welche eine schwerere Strafe als die des Gewohnheitsbetrugs zur Folge hat, so kann auch von Anwendung der schwersten Strafe der konkurrierenden Handlung und von Anwendung des Grundsatzes: poena maior absorbet minorem die Rede nicht sein. Die höhere Strafbarkeit des einen oder des andern einzelnen Betrugs wird bei Ausmessung der Strafe innerhalb des Maximums und Minimums der Strafe des Gewohnheitsbetrugs berücksichtigt³³⁾.

B. Dem Gewohnheitsbetruge ist gleichgestellt die Ausübung einer solchen Art des Betrugs, welche eine unbestimmte Menge mehrmals

31) S. 246. des vorigen Jahrgangs dieser Blätter.

32) StGB. I, 110 u. 95, Nr. 2. — DAGE. 371/1818, 244^{28/29}. — Der Gewohnheitsbetrug kann die Strafbarkeit nicht mindern, sondern nur erhöhen.

33) DAGE. 179^{28/29}, 223^{28/29}, 253^{28/29}.

zu wiederholender Betrügereien umfaßt. Auch hier werden eigentliche Betrügereien, Täuschungen erfordert, also Handlungen, Vorwände, welche den Andern in Irrthum setzen und von erheblichem Einflusse auf die Willensbestimmung des Andern sein können (Vd. 12. S. 231—233). Zu diesen Täuschungen darf man indessen die einfachen falschen Vorwände der Bettler und dergleichen Personen nicht rechnen, daß sie mit bedeutenden Krankheiten behaftet seien, großes Unglück gehabt hätten, oder für Abgebrannte oder sonst für Verunglückte sammeln ³¹⁾. Dergleichen Vorwände sind zwar vorsätzliche Täuschungen, um einen Vortheil zu erlangen, aber sie sind nicht von der Art, daß sie einen eigentlichen Irrthum des Andern erzeugen oder gar einen erheblichen Einfluß auf die Willensbestimmung des Andern haben könnten: es weiß Jedermann, daß dergleichen Angaben nicht zu trauen ist, und gewöhnlich giebt man dergleichen Leuten nur mit dem Bedanken, daß man auf jeden Fall ein Almosen gebe, es möge das Vorgeben wahr oder erdichtet sein. (Vergl. vor. Jahrg. S. 231).

Ganz anders verhält es sich, wenn dergleichen Leute nicht bloß falsche Vorwände machen, sondern wirklichen Betrug üben; wenn sie auf eine Weise täuschen, welche wirklichen Irrthum bei dem Andern zu erzeugen und erheblichen Einfluß auf seine Willensbestimmung zu üben im Stande ist, z. B. wenn sie falsche oder veränderte Zeugnisse gebrauchen, um sich als wirklich krank oder als wirkliche Sammler zu legitimiren. Hier wird ein eigentlicher Betrug geübt ³²⁾ und wenn nicht von einzelnen Handlungen solcher Art die Rede

³¹⁾ Lith. Nov. 60 und 65 v. 30. Nov. und 30. Dez. 1814. Doppelmayr, S. 107. 108.

³²⁾ Vorge dachte Nov. 65 v. 30. Dez. 1814.

ist, sondern von einem Bettler oder Sammler, bei welchem eine unbestimmte Menge mehrmals zu wiederholender Betrügereien der Zweck ist, so liegt ein ausgezeichneter Betrug zweiten Grades vor und dieses Verbrechen wurde auch Jemand für schuldig erklärt, welcher mittelst eines falschen amtlichen Zeugnisses Geld zur Fassung der Gebeine des heiligen Placidus und zur Herstellung eines Klosters gesammelt hatte ³⁰⁾.

(Fortsetzung folgt.)

Beiträge zur Lehre von den dinglichen Gewerbrechten.

(Fortsetzung.)

§. 2.

Im Gebiete des ehemaligen Fürstenthums Bamberg besteht eine Verordnung v. 16. Aug. 1753, die Handwerksstätten und Zunftgerechtsame betreffend, welche den Unterschied von dinglichen (radizirten und im engeren Sinne realen) und persönlichen Gewerben zwar nicht dem Namen, wohl aber der Sache nach kennt, und genaue Merkmale für jede dieser Gewerbsarten angibt. In dieser Verordnung ist bestimmt, daß

1) alle große Feuerstätten, welche, wie z. B. bei Bäckern und Bierbrauern, mit Holz unterhalten werden, mithin eine besondere kostbare Vorrichtung in den Häusern, Verwahrung der Nachbarn vor Feuergefahr und „noch mehr anders“ erfordern, und die um dieserwillen bei dem Steuer-

³⁰⁾ DAGE. 70^{28/29}. — Es lag in obenbemerkter That zwar auch Mißbrauch der religiösen Ansicht: allein wenn hier auch Art. 264 übertreten ist, so ist doch auch Art. 265 anwendbar und ideale Konkurrenz vorhanden, also die schwerere Strafe verwirkt.

besage der Häuser bereits in Aufschlag gekommen sind, in zukünftigen Zeiten, wie vorhin, beständig auf den Häusern, Wohnungen und Hofstätten haftende, folglich mit diesen auf jeden rechtmäßigen Besitzer mitübergehende Rechte und Gerechtigkeiten sein und verbleiben sollen;

2) dieselbe Beschaffenheit, sagt diese Verordnung, hat es unzweifelhaft mit den Gast- und Schildgerechtigkeiten, dann Mühlstätten jederzeit gehabt, und soll es in Zukunft dabei ebenfalls sein Verbleiben haben;

3) außerdem sollte es für die verfllossene Zeit dabei bewenden, daß diejenigen, welche ihre Handwerkstätte erweislich durch Kauf oder auf andere dergleichen Art mit Verwendung ihres Vermögens oder ihrer Baarschaft an sich gebracht, solche wieder an dritte Personen abgeben und veräußern dürfen, jedoch mit dem Vorbehalte, daß solche Veräußerungsfälle der Regierung angezeigt werden, damit hiebei weder zum Nachtheile des Käufers noch des Verkäufers einige Gefahrde gespielt, sondern deren allseitiger Nutzen befördert werde;

4) was aber jene Handwerksgenossen betrifft, welche ihre Zunft- und Werkstätte nicht durch Kauf, Tausch oder sonst mit Verwendung ihres Vermögens oder ihrer Baarschaft, sondern ohne Entgelt erlangt haben, so sollte es bei dem Verbote bleiben, mit den öffentlichen Handwerksstätten einen willkürlichen Handel zu treiben.

Es erhellet hieraus:

a) daß der Grundsatz der Persönlichkeit und Unveräußerlichkeit des Gewerbes schon damals als Regel unter Nr. 4 aufgestellt wurde,

b) daß aber auch dingliche Gewerbbrechte anerkannt wurden, und zwar

α) als reale im engern Sinne unter Nr. 3,

β) als radizirte unter Nr. 1 und 2;

o) daß nur die durch civilrechtlichen Titel bis dahin (entgeltlich) erworbenen Handwerksstätten veräußerlich sein sollten; daß aber für die Zukunft ein „Handwerk“ nicht mehr veräußerlich werden konnte;

d) daß dagegen die radizirten Gewerbe, zu welchen große Feuerstätten, Gast- und Schildgerechtigkeiten und Mühlen gezählt wurden, auf Grund und Boden haftend erklärt, sohin mit demselben veräußert werden können; wobei aber die Beschränkung eintritt, daß sie nicht auf andere Häuser oder Hofstätten übertragen (transferrirt) werden können, sondern für ewige Zeiten bei den Häusern und Hofstätten verbleiben müssen;

e) daß daher auch nach Bekanntmachung dieser Verordnung wohl noch neue radizirte, nicht mehr aber neue reale Gewerbe im engeren Sinne entstehen konnten.

Der Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Meisterrrechte wurde ferner durch eine fürstbischöfliche Verordnung vom 24. November 1781 eingeschränkt.

§. 3.

Am 10. Febr. 1797 erging jedoch eine „hochfürstliche Entschließung“, welche die Verordnung vom 16. Aug. 1753 einigermassen abändert⁵⁾: es wurde nämlich die Unveräußerlichkeit der Werkstätten aufgehoben und bestimmt: „daß künftig alle Werkstätten von jenen Handwerkern, von welchen eigentlich⁶⁾ in der Verordnung von 1753 die Rede ist, ohne Unterschied, ob sie je-

5) Diese Entschließung (nicht Verordnung) scheint nicht förmlich verkündet, sondern nur den Aemtern zur Nachachtung mitgetheilt, gleichwohl aber als allgemein gültige Norm bis zum Erscheinen der Verordnung vom 2. Dez. 1803 (s. unten) beobachtet worden zu sein.

6) Vgl. über diesen unbestimmten Ausdruck Bl. f. Kl. Bd. VI, S. 99 u. 402.

maß oder wann sie zum erstenmale veräußert wurden, ohne Einschränkung im Preise sollen veräußert werden dürfen.“ Der Fürstbischof setzt als Grund dieser Entschliebung bei, daß einertheils oft das ganze Vermögen einer Handwerkerfamilie in der Werkstätte bestche, welches durch die Unveräußerlichkeit für die Familie verloren würde, und daß anderntheils diese Anordnung ein gedeihliches Mittel sein sollte, die Gesellen an Sparsamkeit zu gewöhnen, um sich dereinst eine Werkstätte kaufen zu können: doch bezieht sich der Fürstbischof vor, den Kaufpreis nach seinem Gutbefinden zu ermäßigen und unter mehreren Bewerbern um dieselbe Werkstätte den tauglichsten auszuwählen.

Nach dieser Entschliebung wurde also die Dinglichkeit der Handwerkstätten wieder hergestellt. Die Entschliebung ist aber in Hinblick auf die Verordnung von 1753 korrektorischer Natur, daher strengstens auszulegen. Sie ist mithin nur auf jene Gewerbe anzuwenden, auf welche die Begriffe von Handwerk und Werkstätten passen, in deren Wesen es also liegt, daß der Gewerbsmann an einem bestimmten Orte Erzeugnisse des Kunstfleißes hervorbringt: Gewerbe, bei welchen dieses Merkmal fehlt, passen nicht in den Begriff von Handwerk; ihnen wurde also durch die Entschliebung von 1797 die Eigenschaft der Dinglichkeit nicht wieder gegeben. So möchte z. B. eine Waarenhandlung gewiß nicht ein Handwerk, und der Laden, worin sie betrieben wird, nicht eine Werkstätte zu nennen, also auch, wenn gleich unter der Herrschaft der Entschliebung von 1797 zum erstenmale ausgeübt, für real nicht zu erklären sein.

§. 4.

Durch die churpfälzbayerische Verordnung vom 2. Dez. 1803 (Regbl. für die churpf. Fürstenthümer in Franken v. 1803, Nr. 51, S. 325) wurde

aber die Unveräußerlichkeit der Gewerbe neuerdings als Regel aufgestellt und dabei festgesetzt, daß

1) für die Zukunft eine Realgerechtigkeit nie mehr verliehen werden könne, auch kein Meisterrecht mehr verkauft oder verpfändet werden dürfe, daher die vor dem 16. August 1753 oder nach dem 10. Februar 1797 unter civilrechtlichem Titel erworbenen Meisterrechte redimirt werden sollen; — worüber in der Verordnung die näheren Grundsätze enthalten sind; —

2) doch sollen die schon damals bestandenen Gewerbrechte, welche wegen des Bedarfs einer besonderen kostbaren Gewerbeeinrichtung oder wegen einer andern Polizeirücksicht auf Häusern verliehen worden sind, wenn diese Häuser deshalb mit einem besondern höheren Steuerbelege beschwert sind, zwar fernerhin noch real und mit dem Hause verkäuflich sein, gleichwohl aber, wenn zum Betrieb eines solchen Realrechts das Meisterrecht erforderlich sei, nicht der Besitz des Hauses, sondern die Verleihung des Meisterrechts zur Ausübung des Gewerbes berechtigen. Mithin sollten

3) nur die damals schon bestandenen Schild- und Gastgerechtigkeiten, da sie im Bambergischen nicht zünftig waren, ferner noch durch den bloßen Ankauf der damit berechtigten Häuser ausgeübt werden können;

4) Feuerrechte, Mülhrechte, Apotheken und Baderstubengerechtigkeiten aber nur von Handwerkern oder legal Approbirten betrieben werden können.

Hier kommt der Ausdruck „Realrecht“ im Texte der Verordnung selbst zum erstenmale vor, aber es werden die in der Verordnung vom 16. August 1753 gemachten Unterschiede hier nicht scharf beobachtet und untermischt von radizirten Gewerbrechten und Realgerechtsamen im engeren Sinne als Realrechten gesprochen.

Demungeachtet kann die genaue Unterscheidung, wie sie die Verordnung vom 16. August 1753 gemacht hat, durch die vom 2. Dezember 1803 nicht als aufgehoben betrachtet werden, da durch letztere laut deren Eingangsworte nur jene von 1753 erneuert werden sollte; sondern sie dient nur zur Erläuterung der früheren Verordnung, und es ist nur soviel bestimmt, daß

1) Realgewerbe (als Gattungsbegriff) nicht mehr neu erworben werden können;

2) was die radizirten Gewerbe betrifft,

a) zur Ausübung von Schild- und Gastgerechtigkeiten, die bisher schon bestanden haben, auch ferner noch der Besitz der Häuser, auf welchen sie ruhen, auch ohne Konzessionverleihung berechtigen solle,

b) Feuerrechte und Mühlgewerbe aber, wenn sie auch radizirt sind, nur dann ausgeübt werden können, wenn der Erwerber des Grund und Bodens, auf welchem sie haften, auch persönlich zum Betriebe eines solchen Gewerbes befähigt ist, und deshalb eine Konzession erhält.

3) Was die realen Gewerbe im engeren Sinne betrifft, so ist

a) die Nothwendigkeit gleicher Befähigung und Konzessionirung für Apotheker und Wader ausgesprochen;

b) alle realen Gewerbe aber, die nicht wegen besonderen Einrichtungen oder aus besonderen Polizeirücksichten auf Häusern vorher verliehen wurden, sollen gar nicht mehr stattfinden, sondern abgelöst (redimirt) werden ¹⁾.

¹⁾ Diese Ablösung (Redemption) der realen Gewerbrechte scheint nicht vollständig durchgeführt worden zu sein. — Der Umstand, daß ein als dinglich behauptetes Gewerbrecht abgelöst worden sei, ist als Thatsache nicht zu vermuthen, daher von einem Gewerbberechtigten, welcher durch die Behauptung der Ablösung das dingliche Ge-

§. 5.

Hieraus folgt weiter, daß im Bambergischen

1) Gast- und Schildgerechtigkeiten, Feuer- und Mühlenrechte immer nur als radizirt, nicht aber als real im engern Sinne konstatirt werden können, und ebenso im kontradiktorischen Verfahren nur das Radizirtsein (die Grundbarkeit) eines solchen Gewerbes Gegenstand des Streites sein kann; daß ferner zur Begründung des Konstatirungsgesuches sowohl als der civilprozessualischen Behauptung des Radizirtseins nothwendig ist, nachzuweisen, daß das Gewerbe auf dem Hause schon zur Zeit der Bekanntmachung der Verordnung vom 2. Dez. 1803 (nämlich den 22. Dez. 1803) geruht habe;

2) daß ein anderes Gewerbe als Realrecht unter gleichen Vorbedingungen nur dann konstatirt oder im Rechtswege durchgesetzt werden kann, wenn es eine besondere kostbare Gewerbeeinrichtung erforderte, oder aus besonderen Polizei-Rücksichten auf einem Hause verliehen wurde, oder noch nicht redimirt ist^{a)}.

(Schluß folgt.)

werbsrecht eines Andern anfechten will, im Widerspruchsfalle zu beweisen.

- a) Daß nicht redimirte reale Gewerbsrechte auch nach dem Erscheinen des Gesetzes vom 11. Sept. 1825 noch als real fortbestehen, möchte aus denselben Gründen zu behaupten sein, aus welchen der Plenarbeschuß des k. OAB. v. 26. Okt. 1842 die Verordnung v. 8. Febr. 1811 über Raduzität der Gewerbsrechte als durch das Gesetz vom 11. Sept. 1825 aufgehoben erklärt hat.

Miscelle.

Im Hinblick auf die Kommunisten-Bilder in den fliegenden Blättern scheint es angemessen, die Schriftsteller über gemeines Recht künftig nicht mehr als „Kommunisten“ zu bezeichnen.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Nr. 12. Samstag, den 10. Juni 1848.

Beiträge zur Lehre von den dinglichen Gewerbs-
rechten.

(Schluß.)

§. 6.

Die Verordnung vom 1. Dez. 1804 über die Handwerksbefugnisse ist nicht in allen Theilen Bayerns in Geltung. Sie ist ursprünglich im churpfälzbayerischen Regierungsblatte von 1805, Stück 1, S. 43 bekannt gemacht, und zwar, wie die Aufschrift S. 1 ausdrücklich zeigt, als „höchst-landesherrliche Verordnung für die Provinzen Bayern, Neuburg und die obere Pfalz.“ Damals bestund aber für die churpfälzbayerischen Fürstenthümer in Franken (Bamberg und Würzburg) ein eigenes Regierungsblatt; in dieses ist die erwähnte Verordnung nicht aufgenommen. Auch zur Zeit, als die authentische Auslegung des §. 8 der Verordnung vom 1. Dez. 1804 in jener v. 8. Febr. 1811, die Raduzität der öde liegenden Gewerbe betr. (Regbl. S. 233), erschien, hatte dieselbe im Bambergischen noch keine Gesetzeskraft. Sie wurde erst im Intelligenzblatte des vormaligen Mainkreises (zu welchem das Fürstenthum Bamberg gehörte) am 10. Januar 1812 (Nr. 3, S. 33) bekannt gemacht, und zwar durch ein Ausschreiben des Ge-
XIII.

neral-Commissariat vom 9. Dez. 1811, welches also lautet:

„Im Namen u. s. w. — Wird nachstehende allerhöchste Verordnung vom 1. Dez. 1804 (Regbl. 1805, S. 43), worauf sich die allgemeine Verordnung vom 8. Febr. l. J. (Regbl. S. 233), die Gewerbrechtereien betr. bezieht, hierdurch gegenwärtigem Blatte eingerückt.“

Dass sie Gesetzeskraft haben sollte, ist nicht ausdrücklich gesagt; indessen ward der Ausdruck: „wird gegenwärtigem Blatte eingerückt“ damals der gebräuchliche für Verkündung jener Gesetze und Verordnungen, welche in dem Mainkreise noch nicht galten. Die Verordnungen vom 1. Dez. 1804 u. 8. Febr. 1811 müssen daher vom 10. Jan. 1812 an als für das Bambergische Gebiet gehörig verkündet angenommen werden, und äußerten ihre Wirksamkeit bis zur Verkündung des Gesetzes vom 11. Sept. 1825; dieses hob dann die Verordnung vom 8. Febr. 1811 wieder auf, wie im Plenarbeschlusse des k. OAG. v. 26. Okt. 1842 (Regbl. S. 1333) ausgeführt ist.

Nach der Verordnung v. 1. Dez. 1804 aber sollten für künftige nur Mühlen und Brauereien als radizirte Gewerbe verliehen werden können; über die vorher bereits bestandenen radizirten Gewerbe verfügte sie Nichts: es hatte also desfalls bei den früheren Verordnungen sein Verbleiben.

Feuerstätten und Gasthäuser konnten mithin seit Verkündung der Verordnung von 1804 nicht mehr neu als radizirt erworben werden: bezüglich der Gasthäuser aber hat das Gewerbegesetz vom 11. Sept. 1825, Art. 4, Nr. 5 verfügt, dass die damals bestandenen für radizirt gelten sollen, insofern sie sich durch ihre Einrichtungen hiezu eignen, hat also die Verordnung von 1804 in dieser Beziehung wieder aufgehoben.

§. 7.

Mit Recht wurde daher eine im Jahre 1797 errichtete Apotheke im Konstatierungsverfahren ⁹⁾ als reales Gewerbe erklärt, nachdem nachgewiesen worden war, daß das Apothekergewerbe von jener Zeit an in demselben Hause ausgeübt wurde, die desfallsige besondere Einrichtung in dem Hause bestund, und überdies dem ersten Erwerber, welcher zugleich Landkrämerei trieb, in der Verleihungs-Urkunde die Erlaubniß erteilt wurde: „sich in dem Städtchen H. als Apotheker setzen und den Spezereihandel treiben zu dürfen. Die Verschiedenheit der Ausdrücke ist hier keine zufällige; das Wort „setzen“ deutet auf eine Niederlassung auf einem bestimmten Grund und Boden mit Einrichtungen zum Zwecke des Gewerbsbetriebs ¹⁰⁾).

§. 8.

Dagegen wurde das Gesuch um Konstatierung einer Gastgerechtigkeit als real abgeschlagen ¹¹⁾, jedoch das erneuerte Gesuch um Konstatierung derselben Gerechtigkeit als einer radizirten bewilligt ¹²⁾.

Bei solchen Gesuchen ist die genaue Bezeichnung der Art des Gewerbes um so nöthiger, als bei realen Gewerben im engeren Sinne die Uebertragung der Ausübung auf andere Verticlichkeiten (Transferirung) im Bambergischen nicht verboten ist, dagegen bei radizirten, als wozu Gasthäuser gehören, nach der Verordnung vom 16. Aug. 1753 unbedingt untersagt ist, indem dergleichen Gerechtigkeiten beständig auf den Häusern, worauf sie bisher ausgeübt wurden, verbleiben sollen.

⁹⁾ Beurkundungs-Verfahren möchte ein passender deutscher Ausdruck sein.

¹⁰⁾ DAGE. v. 3. März 1846, Nr. 995^{41/45}.

¹¹⁾ Erl. des UG. v. Oberfr. v. 31. Okt. 1845, Nr. 7316.

¹²⁾ Erl. des Kr. u. Stadtgerichts Bamberg v. 9. Dez. 1845.

Im Partheiverfahren, wenn ein Gastwirth dem andern die Realität seines Gewerbes bestreitet, kann daher, wenn auch die Partheien nur von Realität überhaupt reden, und den Ausdruck „radizirt“ nicht gebrauchen, es sich dennoch nur darum handeln, ob die Gastgerechtigkeit eine radizirte sei, oder nicht; der Ausdruck „real“ ist hier in dem weiteren Sinne der Verordnung vom 2. Dez. 1803 zu nehmen: mithin kann eine solche Gerechtigkeit, wenn sie auch als real konstatiert, oder im Prozeßwege als real erstritten ist, doch niemals transferirt werden, sondern ist nur mit dem Grund und Boden, auf welchem sie haftet, veräußerlich.

§. 9.

Da die Frage, ob eine Gewerbsgerechtsame eine reale oder radizirte sei, offenbar eine civilrechtliche ist, sohin zur Verhandlung und Entscheidung entweder im Konstatirungs- oder im Prozeßverfahren sich eignet: so ist auch die Frage über die Zulässigkeit der Transferirung einer radizirten Gerechtigkeit eine civilrechtliche. Denn hier walten nicht polizeiliche Normen und Rücksichten, ob, wie etwa bei Beurtheilung des Umfangs eines Gewerbes: sondern die Transferirung ist eine Handlung, wodurch über einen Vermögenstheil verfügt wird. Wenn daher ein Gleichberechtigter solche bestreiten und die Ausübung des Gewerbes auf dem Grundstücke, wohin die Transferirung geschah, nicht anerkennen will, so hat er seine Klage bei dem Civilgerichte zu stellen.

Sollte daher Jemand eine radizirte Gastgerechtigkeit erkaufte haben und solche in einem andern Hause ausüben, als in welchem sie bisher ausgeübt wurde, und sollte er hierzu auch wirklich die Erlaubniß der Polizeibehörde erschliden haben: so ist diese Erlaubniß den berechtigten Inhabern radizirter Gastgerechtigkeiten desselben Orts

gegenüber wirkungslos: diese haben das Recht zu verlangen, daß die Gastgerechtigkeit nur in dem Hause ausgeübt werde, auf welchem sie als radizirt ruht, daß mithin die Ausübung in einem andern Hause eingestellt werde. Sie können dieses Verbotungsrecht im Civilprozeß durchsetzen, indem sie ihrer Klage die Behauptung zu Grunde legen müssen, daß auf dem Hause, in welchem nunmehr die Gastwirthschaft betrieben werden soll, eine radizirte Gastgerechtigkeit nicht ruhe.

Anderß ist es bei Verleihung einer ganz neuen persönlichen Gastgerechtigkeit, gegen welche die Inhaber radizirter Gastrechte vor den Civilgerichten Einspruch zu erheben nicht befugt sind.

§. 10.

Die Erlöschung von realen und radizirten Gewerben im Bambergischen ist nach der oben erwähnten Verordnung vom 2. Dez. 1803 — und nur für die Periode vom 10. Jan. 1812 bis zur Verkündung des Gesetzes v. 11. Sept. 1825 nach den Verordnungen v. 1. Dez. 1804 und 8. Febr. 1811 — außerdem aber nach den im gemeinen Rechte überhaupt über die Erlöschung von Rechten geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Die im Gewerbegeße vom 11. Sept. 1825, Art. VI aufgeführten Erlöschungsarten beziehen sich nur auf die Erlöschung der persönlichen, von der Polizeibehörde zu ertheilenden Konzession, nicht aber auf das dingliche, dem Privatvermögen angehörige Recht des Inhabers eines realen oder radizirten Gewerbes. So kann insbesondere

1) eine dingliche Gewerbeberechtigung von den Erben des bisherigen Inhabers als Theil des Nachlasses gültig veräußert werden, — vorbehaltlich oben erörterter Beschränkung bei radizirten Gewerbechten.

2) Ein vor zuständiger Obrigkeit erklärter Ver-

zicht ist nach dem Grundsatz, daß Verzicht über-
haupt streng auszulegen sind, nur auf die Person
des Verzichtenden zu beziehen, hindert diesen also
nicht, sein dingliches Gewerbe-recht gültig zu ver-
äußern, wofür nicht der Verzicht sich auch aus-
drücklich auf das dingliche Recht erstreckt.

3) Fünfjährige freiwillige Unterlassung des
Betriebs hindert eben so nur die Person des jetzigen
Inhabers, das Gewerbe selbst auszuüben; in
Veräußerung des Gewerbes als Vermögens-rechts,
wofür solche nur sonst zulässig ist, wollte ihn
das Gewerbe-gesetz nicht beschränken.

4) Die Einstellung oder gänzliche Entziehung
der Gewerbe-konzession zur Strafe ist ohnehin nur
polizeiliche Maßregel, welche den dermaligen In-
haber trifft, hat also keinen Einfluß auf die Ver-
äußerungsbefugniß.

Diese Sätze ergeben sich, wenn man den Art.
VI des Gesetzes v. 11. Sept. 1825 mit dem Art. X,
Nr. 3 vergleicht, wonach Veräußerung, Erlöschung
und Verödung von dinglichen Gewerbe-rechten Ge-
genstände der civilrichterlichen Beurtheilung sind,
bei welcher es sich nicht um die nach polizeilichen
Normen zu beurtheilenden Umstände der persönli-
chen Befähigung zur Ausübung eines Gewerbes
und der hiernach dem Inhaber des dinglichen Rechts
zu ertheilenden persönlichen Ausübungsbefugniß,
sondern um das in der Dinglichkeit des Gewerbes
liegende Vermögens-recht handelt.

§. 11.

Was hier insbesondere die Frage betrifft, ob
und wie dingliche Gewerbe-rechte durch Nichtge-
brauch erlöschen: so ist diese sehr bestrittene
Frage¹³⁾ in einem Erkenntniß des O. A. vom
20. März 1847 (Nr. 1133^{41/45}) dahin entschie-

¹³⁾ Vgl. Bl. f. R. Bd. X, S. 49.

den, daß die Erlöschung durch dreißigjährige Nichtausübung eintritt. Es wird in den Entscheidungsgründen angeführt, daß die dinglichen Gewerbrechte als Ausnahme von der gesetzlichen Regel der Persönlichkeit als Privilegien zu betrachten seien, dabei wird aber bemerkt, daß die analoge Anwendung der Grundsätze von Erwerbung des Eigenthums und der Grunddienstbarkeiten durch Verjährung auf Gewerbrechte nicht anwendbar sei: der Erwerb gehe vielmehr nur dadurch vor sich, daß derjenige, gegen dessen Interesse sich Jemand ein Recht anmaßt oder ausübt, sein Klagerrecht im Zeitraum der Verjährung der Klage verliert¹⁴⁾. Wenn daher Jemand, der 30 Jahre lang sein dingliches Gewerbe nicht ausgeübt hatte, gegen einen andern Gleichberechtigten auf Einstellung des Gewerbes Klage erheben wollte, so würde ihm die Einrede entgegengesetzt werden können, daß er selbst durch dreißigjährigen Nichtgebrauch sich seines dinglichen Rechtes begeben habe, daher nunmehr gegen einen gleichfalls dinglich berechtigten Gewerberman nicht mehr klagend vor dem Civilgerichte auftreten könne. Wenn ferner Jemand nach dreißigjähriger Nichtausübung sein dingliches Gewerbrecht von Neuem auszuüben beginnen wollte, so würden die übrigen Gleichberechtigten ein Verbotungsbrecht haben, und wirksam eine Klage auf Einstellung des Gewerbes anstellen können.

§. 12.

Nach den Ministerial-Entschliefungen vom 28. Aug. und 30. Okt. 1835 ist es klar, daß das Konstatirungs-Verfahren nicht gegenseitige Verhandlungen im Parthei-Verhältnisse nach sich

¹⁴⁾ Unterholzner über Verjährung Th. I, S. 64, Th. II, S. 383. Thibaut über Besitz u. Verjährung §. 37, S. 113—116.

zieht, sondern daß auf einseitigen Antrag eines sich berechtigt Glaubenden die weiteren Erhebungen vom Gerichte aus eigener Thätigkeit gepflogen werden: daß daher die Nachweise des Rechtes nicht bloß von dem angeblich Berechtigten beizubringen, sondern auch von Amtswegen aufzusuchen sind; daß aber der Ausspruch in diesem Verfahren darüber, ob ein Gewerbe ein dingliches sei, nur die Natur einer gerichtlichen Beurkundung, eines gerichtlichen Zeugnißes, sohin eines Geschäftes der freiwilligen Gerichtbarkeit hat; daß mithin dem Gerichtsbeschlusse eine Rechtskraft nicht zukommt, für einen Gleichberechtigten ein Nachtheil hieraus nicht erwächst.

Daraus folgt nun weiter:

1) Im Konstatirungs-Verfahren kann nur a) entweder beurkundet werden, daß das Gewerbe ein dingliches (real im engeren Sinne oder radi- zirt) sei; b) oder das Gesuch um Konstatirung ist abzuweisen;

2) Ergänzung des Beweises durch Erfüllungseid des Gesuchstellers findet mithin nicht statt, sondern so lange sich der Richter von der Hinzulänglichkeit der ihm vorgelegten und der von ihm von Amtswegen beigeordneten Beweismittel nicht überzeugt, weist er das Gesuch ab.

3) Es gibt hier aber auch keine Eventual-*Maxime*; vielmehr kann der Gesuchsteller jederzeit, es mag das Verfahren noch im Laufe, oder ein abweisender Beschluß schon erfolgt sein, bessere Beweismittel beibringen. Da die Abweisung keine Rechtskraft erlangt, so ist sie immer nur als zur Zeit geschehen zu betrachten, und hindert also nicht eine wiederholte Anbringung desselben Gesuchs gestützt auf bessere Beweismittel, die entweder für sich oder in Verbindung mit den früheren den Richter von dem Begründetsein des Gesuchs zu überzeugen im Stande sind.

4) Die geschehene Beurkundung der Dinglichkeit eines Gewerbes hindert die gleich berechtigten Gewerbeleute, welche natürlich in dem einseitigen Konstatirungs-Verfahren nicht gehört worden sind, nicht, im Civilrechtsstreite die Dinglichkeit des konstatirten Gewerbes zu bestreiten und auf Einstellung desselben Klage zu erheben.

5) Da der Ausspruch über Konstatirung der Dinglichkeit eines Gewerbes nur die Natur eines gerichtlichen Zeugnisses hat, so ist es auch nicht nöthig, daß ein solcher Ausspruch bei Landgerichten, wenn solche gleich Kollegial-Verfassung haben, kollegialer Berathung unterstellt werde, vielmehr genügt die Außfertigung des Beschlusses durch den Gerichtsvorstand oder dessen gesetzlichen Vertreter in Form eines Zeugnisses ohne vorherigen kollegialen Beschluß. Denn die Landgerichte handeln hier nur als Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit¹⁵⁾; nach §. 14 des organischen Edikts über die Gerichtsbarkeit vom 24. Juli 1808 (Regbl. S. 1789) und der Verordnung vom 28. Juni 1809 (Regbl. S. 1228) haben aber die Landgerichts-Assessoren nur in Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit eine entscheidende Stimme¹⁶⁾. — Anderß verhält es sich bei Kreis- und Stadtgerichten, bei welchen in der Regel alle Justizgeschäfte, mithin auch Beschlüsse in der freiwilligen Gerichtsbarkeit in kollegialer Form behandelt werden müssen, in soferne sie von Rechtsrheblichkeit sind (Verord. vom 3. Dez. 1808 — Regbl. S. 2806 — §. 16 u. 17).

6) Gegen einen Beschluß im Konstatirungs-

¹⁵⁾ Minist. Entschl. v. 28. Aug. 1833 in Döllinger's Verord. Samml. Bd. XVI, S. 1522.

¹⁶⁾ Erf. des O. v. Obfr. v. 9 April 1845, Nr. 3101, bestätigt durch OAErf. v. 31. März 1846, RNr. 995^{41/45}.

Verfahren findet, da kein Gegner vorhanden ist, im Fall der Bewilligung des Gesuches weder von Seite der Polizeibehörde noch von Seite eines Gleichberechtigten eine Beschwerde statt; vielmehr sind die Ansprüche Gleichberechtigter zum Civilrechtswege zu verweisen; im Falle der gänzlichen oder theilweisen Abweisung aber findet Extrajudicialbeschwerde von Seite des Gesuchstellers statt.

§. 13.

Wie ist aber zu verfahren, wenn ein Civilgericht bei Konstatirung eines Gewerbes als eines dinglichen seine Befugnisse überschritten und in das Gebiet der Polizeibehörde übergegriffen hat?

Hier hat das für Kompetenz-Konflikte in der Verordnung vom 22. Juni 1813 vorgeschriebene Verfahren einzutreten. Setze man den Fall, die zuständige Verwaltungsbehörde habe Jemanden erst nach dem Jahre 1825 die persönliche Konzeption zur Ausübung des Apothekergewerbes erteilt, und zwar in einem Städtchen, wo vorher keine Apotheke bestanden hatte, also ein Realrecht nicht erworben werden konnte; der Inhaber sucht später bei dem einschlägigen Gerichte darum nach, diese Apothekergerechtsame als real zu konstatiren, und das Gericht geht gegen die klaren gesetzlichen Bestimmungen des Art. III. und IV, Nr. 2 des Gewerbegesetzes vom 11. Sept. 1825 auf diesen Antrag ein. Die Verwaltungsbehörde erfährt später, daß das Gericht ungesetzlich und außer den Grenzen seiner Zuständigkeit gehandelt habe. Der Verwaltungsbehörde steht in einem solchen Falle nicht zu, eine Beschwerde gegen das Verfahren des Untergerichtes bei dem Obergerichte zu erheben und auf Nichtigkeitserklärung des untergerichtlichen Beschlusses anzutragen, denn ein Rechtsmittel im prozessualischen Sinne gibt es für sie in diesem Verfahren nicht. Eben so wenig kann

daß Oberaufsichtsrecht des Obergerichts dahin ausgedehnt werden, daß es befugt sei, einen untergerichtlichen Beurkundungsakt zu kassiren. Das Obergericht kann, wenn die Verwaltungsstelle ihm einen solchen Fall anzeigt, höchstens eine Belehrung des Untergerichts versuchen, um nach Maaßgabe der Vorschriften vom 22. Juni 1813 den Kompetenzkonflikt in der Güte zu heben. Allein wenn das Untergericht auf seiner Ansicht beharrt, so ist ein affirmativer Kompetenzkonflikt vorhanden, dessen Entscheidung lediglich der allerhöchsten Person Seiner Majestät des Königs zusteht¹⁷⁾.

In einem solchen Falle erfolgte dann auch die allerhöchste Entschliebung dahin: „daß den Civilgerichten nicht zustehe, über die Eigenschaft des als persönlich verliehenen Apothekergewerbes zu P. eine andere Bestimmung zu treffen“¹⁸⁾.

§. 14.

Zur Aufsehtung der Dinglichkeit eines Gewerbes im Civilrechtswege sind nur jene aktiv legitimirt, welche gleichberechtigt sind. Die dinglichen Gewerbdsrechte als Ausnahme von der Regel der Persönlichkeit sind in dieser Hinsicht als Privilegien zu betrachten. Nur der Inhaber eines Privilegiums derselben Art, wie dasjenige, welches sich ein Anderer anmaßt, hat ein Verbiegungsrecht gegen diesen, und nur der Besitz des Privilegiums gewährt den privatrechtlichen Titel, auf welchem in Streitigkeiten dieser Art die Klage in Hinblick auf Art. X, Nr. 3 des Gewerbds Gesetzes von 1825 beruhen muß. Der Inhaber einer bloß.

¹⁷⁾ Allerh. Verordnung v. 9. Dez. 1825 die Formation der Ministerien betr. S. 56. — Instruction für den Staatsrath in Döllinger's Verord. Bd. II, S. 173.

¹⁸⁾ DAGE. v. 16. Mai 1843, RMr. 663^{41/42}; allerh. Entschliebung v. 3. Nov. 1844, Nr. 649.

persönlichen Gewerbkonzession kann sich gegen Beeinträchtigung durch Annahme eines dinglichen Gewerbdrehts nur durch Dazwischenkunft der Polizeibehörde schützen, und wenn diese sich veranlaßt sieht, die Dinglichkeit des Gewerbes in Zweifel zu ziehen, mag das Konstatierungsverfahren nach Maaßgabe der Min. Entschl. vom 28. Aug. 1835 herbeigeführt werden. Ist aber das von dem bloß persönlich Berechtigten bestrittene Gewerbe einmal als dinglich konstatirt, so steht ihm keine Beschwerde mehr zu.

Wer daher ein dingliches Gewerbdrecht im Civilrechtswege bestreiten will, muß seinerseits gleichfalls beweisen, daß er ein gleichmäßig dinglich berechtigter Gewerbdmann sei. Dieser Umstand gehört zur Aktivlegitimation und ist im Falle des Widerspruchs vom Kläger zu beweisen. Oft wird es sich daher treffen, daß beide Theile bezüglich der von ihnen angesprochenen Gewerbdrechte gleichen Beweis zu führen haben und der Prozeß ein wechselseitiger Streit um gleiches Recht wird. Unterliegt nun der Kläger, so hat er kein civilrechtliches Verbotungsrecht gegen den Beklagten, und kann sein Gewerbdrecht künftig nicht mehr als dingliches geltend machen; es kommt dann im Civilprozeß nicht mehr darauf an, ob der Beklagte den Beweis über die Dinglichkeit seines Gewerbes stellt. Stellen beide Theile den Beweis über die Dinglichkeit ihrer Gewerbe, so wird der Beklagte von der Klage entbunden; mißlingt der Beweis des Beklagten, während der des Klägers gelingt, so wird ausgesprochen, daß dem Beklagten ein dingliches Gewerbdrecht nicht zustehe.

Es sind also gleichmäßige Beweisauflagen, wie diese:

- „1) Kläger habe zu beweisen, daß auf seinem Hause zu E. Nr. 21 die reale Wadergerechtigkeit hafte;

2) Beklagter habe zu beweisen, daß auf seinem Hause allda Nr. 25 die reale Badergerechtigkeit hafte" —

möglich und zulässig ¹⁰⁾).

Für eine allgemein gehaltene Beweisaufgabe spricht hier die Analogie der Anmerkungen zur O.D. Kap. IV, §. 7, c., da ein dingliches Recht in Frage ist, und es bleibt dem Beweisverfahren überlassen, den Beweis auf Verleihung, Verjährung, Unvordenklichkeit u. s. w. zu richten.

§. 15.

In der Regel können Prozesse über dingliche Gewerbbrechte nur von solchen Personen gegen einander geführt werden, welche gleiche Berechtigung haben oder ansprechen, also von Inhabern oder Prätendenten realer Gewerbe im engeren Sinne gegen Inhaber oder Prätendenten derselben Art von Gewerbe, und eben so bei radizirten Gewerben. Ausnahmsweise lassen sich aber Fälle denken, wo Inhaber radizirter Gewerbe gegen den angeblichen Inhaber eines realen Gewerbes im engern Sinne klagen können. Man setze den Fall: die Badergerechtigkeiten einer Stadt im Bambergischen seien der Verordnung vom 16. Aug. 1753 entgegen irrig als real (im engeren Sinne) in das Gewerbekataster eingetragen, es zeigt sich später dieser Fehler, die Gewerbsgenossen lassen ihre Gewerbe als radizirt konstatiren, aber ein Gewerbsgenosse weigert sich, dem Konstatierungsantrag für das Radizirtsein beizutreten, und behauptet, sein Gewerbe sei nicht radizirt, sondern real; er versucht es daher bei der Polizeibehörde, die Transferirung desselben auf ein Haus zu erwirken, daß in einer ihm günstigeren Lage der

¹⁰⁾ Erf. des O.G. v. Döfr. v. 9. April 1845 Nr. 3383 bestätigt durch OAG. Erf. v. 20. März 1847, Nr. 11334^{1/2}.

Stadt sich befindet. Die übrigen Gewerbsgenossen können in diesem Falle unbedenklich eine Civilklage dahin stellen, daß das Backfeuerrecht des widerstrebenden Gewerbsgenossen als radizirt erklärt werde, denn ihre Privatrechte können durch ein Versehen der Polizeibehörde nicht gekränkt werden, und dem angeblich Realberechtigten kann ein gesetzlich unzulässiges höheres Recht, als den übrigen Genossen nicht zustehen: gegen dessen Ausübung haben die Genossen ein Verbotungsrecht: sie können die beabsichtigte Transferirung hindern, und die etwa schon geschehene sogar rückgängig machen, indem sie darauf klagen, daß der Widerstrebende gezwungen werde, sein Recht als radizirt erklären zu lassen. Sie haben ein Interesse zu dieser Klage, weil sie durch die ungesetzliche Verpflanzung des Gewerbes an einen zur Ausübung günstigeren Platz in Schaden versetzt würden, und dem Beklagten unerlaubter Vortheil zuginge, während sie selbst in Folge der Grundbarkeit ihrer Rechte mit dem Platze vorlieb nehmen müßten, auf welchem ihr Backhaus steht, es mag dieser für die Ausübung günstig sein, oder nicht.

Wenn mithin ein Civilgericht zuständig ist, über die Dinglichkeit eines Gewerbes überhaupt zu urtheilen, so ist es zu gleichem Ausspruche auch über das Maas der Dinglichkeit — ob radizirt oder nicht — befugt ²⁰⁾.

§. 16.

Was die Berufungssumme betrifft, so sind die früheren Beschränkungen, daß für ein dingliches Gewerbsrecht kein höherer Preis gefordert werden dürfe, als um den es erworben war, u. dgl. ²¹⁾,

²⁰⁾ Erf. des UG. v. Dtsr. v. 11. März 1843, Nr. 3382 und vom 4. April 1843, Nr. 4138.

²¹⁾ Jahrbücher der Gesetzgebung u. s. w. Bd. III, S. 206.

durch das Gewerbegeſetz von 1825 als aufgehoben zu betrachten, welches die freieſte privatrechtliche Verfügung über ſolche Gewerbe geſtattet. Es iſt mithin ein ſolches Recht unſchätzbar, da es ſo ſchwunghaft als möglich innerhalb der Grenzen der Befugniſſe betrieben werden darf und der Gewerbebetrieb immer vervollkommenet werden kann; daher die Berechnung einer Verfuſungs-Summe unmöglich iſt.

Befchwerden im Konſtatirungs-Verfahren ſind ohnehin als Extrajudizialbefchwerden an eine Summe nicht gebunden.

Dr. L o p.

Mittheilungen aus der Praxis.

Annuitäten. Verfahren nach §. 52 des Hypothekengeſetzes bei Einſchlagung derſelben.

Wenn Jemand zur Errichtung eines Gebäudes, in welchem ein feuergefährliches Fabrikgeſchäft betrieben werden ſoll, Geld hergeſchossen und zugleich die Gefahr der etwa in Folge des Fabrikbetriebs eintretenden Feuerbeſchädigungen übernommen hat, ſo kann er ſich höhere als die geſetzlichen Zinſen bedingen. Obwohl der das geſetzliche Maß überſchreitende Betrag der Zinſen nicht für die Benutzung des Kapitals gegeben wird, ſondern die Uebernahme der Gefahr des Kapitals vergüten ſoll, ſo wird doch der Geſamtbetrag unter den Geſichtspunkt der Zinſen geſtellt ¹⁾, und es läßt ſich daher nicht bezweifeln, daß der Gläubiger auch in Anſehung dieſes Mehrbetrags das im §. 52 des Hypothekengeſetzes beſtimmte Verfahren in Anſpruch nehmen kann. Nach Analogie dieſes Verhältniſſes hat man guten Grund anzunehmen,

¹⁾ Fr. 4—6 do naut. ſoon. (22, 2); C. 1 cod. (4, 33); C. 26, §. 1 do usuris (4, 32).

daß auch bei den Annuitäten, welche mit den Zinsen zugleich partielle Kapitalzahlungen enthalten, die unbedeutende Ueberschreitung des gesetzlichen Zins-Maximums, die sich etwa in den jährlich zu leistenden Zahlungen darstellt, einerseits nicht unzulässig sei, andererseits der Stellung des ganzen Jahresbetrags unter den Begriff der Zinsen nicht im Wege stehe, und daher eine Verabredung, daß dem Gläubiger zur Einforderung der Annuitäten das Verfahren nach §. 52 des H.G. zu Gute kommen solle, der Wirksamkeit nicht ermangle.

Vergl. das (im Resultate übereinstimmende)

RUFG. v. 18. Mai 1832, Nr. 661^{31/32}.

Das Gesetz v. 15. April 1840, die Revision des Bankgesetzes betr., bestimmt in Art. II: „der §. 52 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 findet auf den Vollbetrag verfallener Annuitäten Anwendung, so ferne in den von der Bank abgeschlossenen Darlehens-Verträgen diese Anwendung bedungen ist.“ Da die Annuitäten-Zahlungen bei den Bank-Darlehen im Ganzen nur 5 Pct. betragen, daher das gesetzliche Zins-Maximum nicht überschreiten, so wurde in dem angef. Gesetze, zur Abschneidung von Zweifeln, nur festgestellt, was ohnehin einer gründlichen Prüfung als das Richtige erscheinen mußte. Wie sollte der Schuldner, welcher sich wegen bedungener 5 Pct. reiner Zinsen dem §. 52 des H.G. unterwerfen muß, darin einen Einwand finden können, daß er durch jährliche Zahlung von 5 Pct. in einer Reihe von Jahren auch noch des Kapitals entledigt wird?

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 13. Samstag, den 24. Juni 1848.

Bemerkungen und Präjudizien über das Verbrechen
des Betrugs.

(Fortsetzung.)

XX.

Ueber den Betrug durch Fälschung von Privaturkunden (Art. 266) ist bereits in diesen Blättern ³⁷⁾ einiges erörtert worden; es wird daher hier nur noch folgendes darüber gesagt.

Nur die Fälschung von Privaturkunden ist das Verbrechen des ausgezeichneten Betrugs zweiter Klasse: die Fälschung öffentlicher Urkunden ist ein Staatsverbrechen ³⁸⁾. Privaturkunden sind nur solche, welche als Beweismittel über Rechte und Verbindlichkeiten dienen können und sie sind nicht zu verwechseln mit Privatzeugnissen ³⁹⁾, deren Fälschung ⁴⁰⁾ nur polizeiliche Strafen zur Folge hat.

Privaturkunden dienen zum Beweise entweder

³⁷⁾ Bd. I, S. 73 fg. 81 fg., vgl. Bd. II, S. 318, Note 1.

³⁸⁾ StGB. I, 268, 337.

³⁹⁾ S. diese Blätter Bd. I, S. 74, 75.

⁴⁰⁾ Wird ein gefälschtes Beugniß zu einem Verbrechen oder Vergehen mißbraucht, so tritt die Strafe dieses Verbrechens oder Vergehens ein, z. B. oben §. XVIII, Nr. 4, S. 169 das Sammeln mittelst gefälschten Beugnisses.

des Bestehens oder des Aufhörens von Rechten und Verbindlichkeiten: Beispiele sind außergerichtliche Testamente; Vertragsurkunden; Briefe, insofern solche ihrem Inhalte nach als Beweismittel über Rechte und Verbindlichkeiten dienen können⁴¹⁾; Bürgschaftsurkunden⁴²⁾; Schuldscheine⁴³⁾; Wechselbriefe⁴⁴⁾; schriftliche Aufträge⁴⁵⁾ oder Anweisungen; Blanketts⁴⁶⁾; ferner Postscheine, Lotteriefahzettel, Lotteriespiellisten⁴⁷⁾; endlich in Hinsicht auf das Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten vorzüglich Quittungen⁴⁸⁾.

Als Beweismittel über Rechte und Verbindlichkeiten muß die Urkunde erscheinen, wenn deren Fälschung als das Verbrechen der Privaturkundenfälschung soll angesehen werden können: daß sie als solches Beweismittel wirklich gelte, kann schon deshalb nicht gefordert werden, weil eine falsche oder gefälschte Urkunde nicht gelten kann.

Ihrem Inhalte nach muß demnach die Ur-

41) Litt. Nov. 156 v. 26. Nov. 1816. Doppelmayr, S. 108. — DAGE. 262^{38/39}, 238^{38/39}, 42^{28/29}, 134^{28/29}, 148^{28/29}, 242^{41/45}, 90^{42/43}.

42) DAGE. 140/1818.

43) DAGE. 164^{28/29}, 186^{28/29}.

44) DAGE. 70^{38/39}.

45) DAGE. 262^{38/39}, 244^{40/41}, 90^{42/43}, 242^{41/45}.

46) DAGE. 219^{41/45}. — Die Fälschung geschieht durch Ausfüllung in betrügerlicher Absicht. Anmerk. Bd. II, S. 267.

47) Post und Staatslotterie sind Staatsanstalten, welche bezüglich der Postaufgaben und Lotteriefahsätze zu den Aufgebern und Einsetzern in ein Privatrechtsverhältniß treten und hierüber keine öffentliche Urkunden, sondern bloße Bescheinigungen ausstellen lassen, welche aber Rechte und Verbindlichkeiten bekräftigen. DAGE. 135^{29/27}, 244^{38/39}, 269^{28/29}. Vergl. vor. Jahrg. S. 249. — Anders verhält es sich, wenn das Postamt oder eine eigentliche Lotteribehörde eine amtliche Urkunde ausstellt: solche Urkunden sind öffentliche.

48) DAGE. 210^{41/45}, 238/1818, 212^{11/12}, 59^{28/29}.

Urkunde über Rechte oder Verbindlichkeiten oder deren Aufhebung lauten: in dem im vorigen Jahrg. S. 375 erwähnten Beispiel zeigte die Betrügerin, um sich über die angegebene Verwendung des Geldes an Geistliche auszuweisen und dadurch zu bewirken, daß ihr noch mehr Geld gegeben werde, fälschlich gefertigte Briefe vor, nach deren Inhalt die Geistlichen den Empfang des Geldes bekannten und zugleich noch mehr Geld zu Messen verlangten; mit diesen Briefen konnte indessen weder ein Recht, noch eine Verbindlichkeit, noch deren Aufhebung oder Tilgung bewiesen werden, weil die Geistlichen kein Recht auf Messgebühren gehabt hatten und ein Klagerrecht auf das Lesen der Messen vor Gericht nicht geltend gemacht, also auch durch die Briefe kein Beweis dieses Rechts geliefert werden konnte⁴⁹⁾. — In einem fälschlich gefertigten Briefe war ein Nagelschmied zwar um Uebersendung von Nägeln an den angeblichen Briefschreiber gebeten, es war jedoch nicht beigefügt, durch wen die Sendung geschehen soll und der Nagelschmied sendete die Nägel durch den Uebringender des Briefes, welcher zugleich der fälschliche Fertiger des Briefes war und die Nägel behielt: durch den Brief konnte gerade das, was das Klagerrecht des Nagelschmieds gegen den angeblichen Briefaussteller hätte begründen können, der Auftrag für den, welcher die Nägel abholte, zu dieser Abholung, nicht bewiesen werden; der Brief wurde demnach als Urkunde nicht erklärt⁵⁰⁾. Wäre in einem solchen Falle der Auftrag im Brief enthalten, so wäre eine Urkundenfälschung vorhanden, obgleich der Brief nicht auch die Quittung des Briefstellers über den Empfang enthält, denn es würde dann, und wenn der Brief ächt wäre, nur

⁴⁹⁾ DAGE. 115⁴³/40.

⁵⁰⁾ DAGE. 100²⁸/20. S. auch 2, 1818, 34²⁸/29.

zu beweisen sein, daß der Beauftragte die Waare empfangen hat: die Urkunde muß nicht gerade das ganze Rechtsverhältniß beweisen, sie ist auch dann Beweismittel, wenn sie nur theilweise Beweis liefert⁵¹⁾. In dem im vorigen Jahrg. S. 312 vorgekommenen Beispiel war der ganze Inhalt der angeblichen Urkunde nur: „Für mein Bruder all sein Holz steh ich.“ Es war also gar nicht ausgedrückt, daß für einen Holzkaußschilling Bürgschaft geleistet werden wolle; die Größe dieses Kaußschillings und der Verkäufer und der Gläubiger war nicht benannt: die Urkunde war kein Beweismittel über Rechte und Verbindlichkeiten, weil solche daraus nicht zu erkennen waren⁵²⁾.

Der Berechtigte sowohl als der Verpflichtete müssen aus der Urkunde zu erkennen sein, oder es müssen doch wenigstens Umstände vorliegen, vermittlest welcher solche dem Namen oder der Bezeichnung nach zu erkennen sind⁵³⁾. Eine hinreichende Bezeichnung ist, wenn in einer Urkunde Jemand ersucht wird, dem Ueberbringer etwas zu übergeben⁵⁴⁾.

Daß die Person wirklich existire, auf deren Namen eine Urkunde gefälscht wird, ist nicht erforderlich⁵⁵⁾; eben so nicht, daß dieselbe die Fähigkeit besitze, sich verbindlich zu machen, denn indem man Jemand mit einer Urkunde täuscht, liegt in dieser Handlung konsequenterweise auch die Vorpiegelung, daß der angebliche Aussteller der Urkunde dispositionsfähig sei. Ein Rechts-

51) MÜLLER. 221^{38/39}.

52) MÜLLER. 215^{45/46}.

53) S. diese Blätter Bd I, S. 78. MÜLLER. 202^{41/42}, 100^{28/29}, 179^{41/42}.

54) MÜLLER. 262^{38/39}.

55) S. diese Blätter Bd. I, S. 75—77. — MÜLLER. 147^{28/29}, 155^{32/33}, 70^{38/39}, 147^{38/39}, 113^{30/40}, 181^{40/41}, 233^{44/45}.

irrtum des Getäuschten über diese Dispositionsfähigkeit entschuldigt den Betrüger nicht ⁵⁹⁾ und es ist z. B. das Verbrechen der Urkundenfälschung, wenn eine Bürgschaftsurkunde einer Ehefrau ohne Beisehung der Einwilligung ihres Ehemannes fälschlich gefertigt wird ⁶¹⁾.

Daß die Urkunde in tadelfreier Form ausfertigt oder gar mit den Eigenschaften eines garantirten Instruments versehen sei, ist nicht erforderlich ⁶²⁾; es genügt, wenn die Urkunde als Beweismittel über Rechte oder Verbindlichkeiten gebraucht werden kann. Eben deshalb ist es auch, soferne nicht besondere Verhältnisse eine Ausnahme begründen, nicht erforderlich, daß ein Datum oder der Ort der Ausstellung beigesezt sei ⁶⁰⁾. Die Unterschrift wird erfordert ⁶⁰⁾, es wäre denn, daß aus der Urkunde selbst der Name des Ausstellers und ein Grund hervorgehe, warum die Urkunde auch ohne Unterschrift für vollendet zu achten sei. Statt der Unterschrift kann auch ein Handzeichen gesezt sein, und wenn dann entweder beigesezt ist, von wem das Handzeichen gemacht sei oder wenn solches aus dem Inhalte der Urkunde erhellet, so ist auch die Fälschung einer solchen Urkunde das Verbrechen der Urkundenfälschung ⁶¹⁾.

Ob die Fälschung leicht oder schwer zu entdecken sei, hat keinen Einfluß auf den Begriff des Verbrechens ⁶²⁾ und eben so wenig die

⁵⁹⁾ S. vor. Jahrg. S. 228.

⁶¹⁾ MUG. 202^{41/42}, 268^{18/19}. — Eben so verhält es sich mit der Certioration der Ehefrauen. 262^{41/42}.

⁶²⁾ MUG. 221^{38/39}, 179^{41/42}.

⁶⁰⁾ MUG. 221^{38/39}, 262^{38/39}. Vgl. cod. Jud. Kap. 11, §. 9, Nr. 3.

⁶⁰⁾ MUG. 156^{28/29}.

⁶¹⁾ S. diese Blätter Bd. I, S. 81—88. MUG. 30^{28/29}, 98^{38/39}, 159^{18/19}.

⁶²⁾ Vor. Jahrg. S. 230. — MUG. 43^{18/19}, 262^{41/42}.

Wichtigkeit der Urkunde oder die Größe des Rechts oder der Summe, worüber solche lautet; es ist daher das Verbrechen auch dann vorhanden, wenn die Urkunde nur über einen oder ein paar Kreuzer lautet ⁶³⁾).

Wie jeder Betrug, so erfordert auch die Urkundenfälschung, Täuschung, Vorsatz und Zweck.

Die Täuschung kann geschehen durch fälschliche Fertigung der ganzen Urkunde ⁶⁴⁾; durch fälschliche Aenderung einer ächten Urkunde ⁶⁵⁾; durch Beisetzung einer falschen Urkunde zu einer ächten, z. B. einer falschen Bürgschaftsurkunde zu einer ächten Schuldurkunde ⁶⁶⁾; durch wissentlichen Gebrauch einer falschen, aber nicht selbst gefälschten Urkunde ⁶⁷⁾. Besonders bemerkenswerthe Fälle sind: Es diktierte Jemand einen Brief, den er auch unterschrieb: der Schreiber des Briefs, welcher diesen zu überbringen hatte, schrieb in solchen ohne Auftrag und ohne Vorwissen des Diktirenden, der Empfänger des Briefs solle dem Ueberbringer auf Rechnung dessen, der den Brief unterschrieben, Geld bezahlen. Der Brief war in dieser Beziehung eine Privaturkunde, dieser Inhalt war falsch und betrügerlich hineingesetzt und der Briefschreiber wurde wegen Urkundenfälschung verur-

⁶³⁾ MAGE. 221 ^{38/39}. Anmerk. Bd. II, S. 268. — Einer neuen Strafgesetzgebung ist vorbehalten, hier nachzuhelfen.

⁶⁴⁾ Dies geschieht zuweilen in der Art, daß eine vorhandene ächte Urkunde fälschlich nachgeahmt wird. MAGE. 244 ^{38/39}. S. auch 186 ^{28/29} und Anmerk. 3. StGB. Bd. II, S. 267.

⁶⁵⁾ Anmerk. Bd. II, S. 267. — MAGE. 272/1818.

⁶⁶⁾ MAGE. 140/1818.

⁶⁷⁾ Anmerk. Bd. II, S. 268. — MAGE. 164 ^{28/29}, 179 ^{28/29}. — Wer eine selbst gefälschte Urkunde gebraucht, hat schon durch die Fälschung das Verbrechen vollendet: der Gebrauch der Urkunde hat nur Einfluß auf die Strafzumessung. S. S. 252 des vor. Jahrg.

theilt⁶⁸⁾. — Es legte Jemand einem Dritten eine Urkunde zur Unterschrift vor, in welcher etwas Anderes und jenem Dritten Nachtheiligeres stand, als er diesem vorspiegelte: der Dritte unterschrieb die Urkunde, ohne sie zu lesen. Auch hier lag eine Urkundenfälschung vor, weil die Urkunde durch Betrug einen andern Inhalt hatte, als der Aussteller beurkunden wollte⁶⁹⁾.

Daß die Fälschung wesentlich und vorsätzlich geschehen sein muß, wenn das Verbrechen der Urkundenfälschung vorhanden sein soll, ist bereits im vor. Jahrg. S. 241 gesagt worden.

Eben so wurde im vor. Jahrg. S. 242—244 bemerkt, daß die Privaturkundenfälschung einen Zweck erfordert, und daß dieses Verbrechen nicht vorhanden ist, wenn die Fälschung erst nach erreichtem Zweck geschieht⁷⁰⁾: der Zweck muß wie bei jedem andern Privatverbrechen des Ver-

⁶⁸⁾ DUSE. 20341/42.

⁶⁹⁾ DUSE. 21941/45.

⁷⁰⁾ Beispiele s. im vor. Jahrg. S. 236, 237. — Der Grund ist, weil es sich von einem Privatverbrechen handelt, wozu Art. 266 das Merkmal „betrügerlich“ erfordert, d. h. nach Art. 256 „um einen Andern in Schaden zu bringen oder sich selbst einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen.“ Ist dieser Zweck bereits erreicht und wird dann erst die Urkunde gefertigt, so fehlt es an einem gesetzlichen Merkmal des Begriffs. — Dieses Merkmal ist aber vollständig vorhanden und es liegt unzweifelhaft das Verbrechen der Privaturkundenfälschung vor, wenn Jemand sich für einen Andern ausgibt, auf diesen sich ein Darlehen geben läßt und ihm solches unter der Bedingung bewilligt und gegeben wird, daß er gegen Empfang des Darlehens eine Schuldurkunde ausstelle, die er auch auf den vorgespiegelten Namen ausstellt und dann das Geld empfängt. Die Bewilligung des Darlehens hatte in solchem Fall die Vollendung des Betrugs noch nicht bewirkt, sondern die Ausstellung der Urkunde vollendete ihn, weil die Urkunde das Mittel war, das Geld zu erhalten.

trugß darin bestehen, einen Andern in Schaden zu bringen oder dem Täuschenden einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen (Art. 256). Indessen dürfen jene Urkundenfälschungen nicht unter Art. 266 subsumirt werden, welche zwar aus betrügerlichem Zweck geschehen, aber besonders verpönt sind, nämlich die zum Zweck der Verläumdung (Art. 293), dann jene zum Behuf des Staatsverraths (Art. 305), sofern diese Verbrechen durch Fälschung von Privaturkunden begangen werden kann.

Da übrigens eine Urkunde nur gegen den Aussteller beweisen und nicht von diesem zum Urkundenbeweis für sich selbst benützt werden kann, so ist es zwar möglich, durch eine auf eigenen Namen fälschlich gefertigte Urkunde einen Betrug zu begehen, aber ein solcher Betrug kann als Privaturkundenfälschung nicht angesehen werden. Als Jemand wegen eines Darlehens verlangt wurde, machte er die Einrede der Zahlung und da er wußte, daß die Rückgabe des Schuldscheins eine Vermuthung der Zahlung begründet⁷¹⁾, so fertigte er eine Schuldburkunde auf seinen eigenen Namen über das Darlehen, datirte solche auf die Zeit der Entstehung des Darlehens zurück und übergab sie dem Gerichte mit der Behauptung, daß er sie bei der Heimzahlung des Darlehens vom Gläubiger zurückerhalten habe. Es zeigte sich aber — namentlich an dem Stempel, welcher neuer als der angegebene Tag der Ausstellung der Urkunde war, daß diese fälschlich gefertigt wurde⁷²⁾. Hier lag ein einfacher Betrug, aber keine Urkundenfälschung vor.

(Fortsetzung folgt.)

⁷¹⁾ Fr. 2, §. 1 D. de pactis (2, 14). Const. 14, 15. Cod. de solut. (8, 43).

⁷²⁾ Müllers 210^{41/45}.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Vom Rechte auf die statutarische Portion.

Die dem überlebenden Ehegatten zukommende f. g. statutarische Portion ist regelmäßig nicht ein bloßes Intestaterbrecht, daß als solches nur in Ermangelung letztwilliger Disposition des verstorbenen Ehegatten zu Raum kommt, sondern kann, ungeachtet es sehr häufig nur in einem Rechte auf den Nießbrauch an dem Nachlasse oder auf einzelne Nachlaßsachen besteht, nach Art eines römischen Pflichttheils wenigstens nicht willkürlich durch eine letzte Willensverordnung entzogen werden. — Der richtige Grund für diese Ansicht liegt darin, daß die f. g. statutarische Portion das aus deutscher Rechtsitte herrührende Successionsrecht ist, für welches sich das deutschrechtliche Erbschaftsprinzip erhalten hat, nach welchem das Erbrecht nicht zunächst auf dem Willen des Erblassers beruhet, vielmehr der Regel nach unabhängig ist von des Erblassers Willen, so daß, wo eine Befugniß desselben zu Abänderung des durch das Gesetz oder Herkommen bestimmten Erbrechts vorkommt, diese immer nur als Ausnahme von der Regel erscheint, die als Ausnahme nicht über ihren gesetzlichen oder herkömmlichen Umfang ausgedehnt werden darf.

Wir entnehmen diese Sätze der Ausführung, welche der Mittheilung einer Entscheidung des O. A. zu Oldenburg vom 28. Dec. 1846, in dem

Archiv für die Praxis des gesammten im Großherzogthum Oldenburg geltenden Rechts Bd. 4, H. 2, S. 152

beigefügt ist.

Vgl. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 12, Ergänzung. Bl. S. 6.

2.

Hofmarksjagd in nicht geschlossenen Hofmarken.

In den Motiven eines DAGE. vom 14. Okt. 1847 (Nr. 538^{40/41}) kommt hierüber vor: „Die Behauptung, daß in nicht geschlossenen Hofmarken die landesobservanzmäßige Hofmarksjagd überhaupt nicht, also auch nicht auf den Hofmarksgründen (s. oben S. 155) ausgeübt werden könne, entbehrt jeder gesetzlichen Begründung. Weder die Gejaidordnung, noch die Mandate vom 29. Dez. 1667 (M. G. S. III, S. 87), 4. April 1670 (ebd. S. 88), 19. Juni 1673 (ebd. S. 89), 13. Aug. 1678 (ebd. S. 95), 18. Dez. 1654 (ebd. S. 10), 25. Jan. 1663 (ebd. S. 87) und 20. Febr. 1766 (M. G. S. I, S. 34) enthalten eine diese Behauptung rechtfertigende Bestimmung. Aus den 4 zuerst genannten Mandaten, insbesondere aus jenem vom 29. Dez. 1667, §. 2. geht lediglich hervor, daß das Jagdrecht der nicht Edelmannsfreiheitsfähigen adeligen Gutbesitzer auf ihre eigenen Hofmarksgründen beschränkt ist. Ganz das Nämliche sagt Kreittmayr in den Anm. zum LM. II, Kap. 3, §. 3, Nr. 22 lit. c, und die von demselben beigefügte Bemerkung, „es ergebe sich hieraus, daß solthane Befugniß in ungeschlossenen Hofmarken, da sie nur auf die zur Hofmark gehörigen und nicht auf die darunter vermischte liegenden landgerichtlichen Gründe gehe, schwer oder gar nicht praktikabel sei,“ — findet keine Anwendung auf solche Hofmarken, bei welchen, wie bei den hier in Frage befindlichen der Fall ist, die Hofmarksgründen ein so ausgedehntes zusammenhängendes Areal umfassen, daß die Ausübung der Jagd auf denselben sehr wohl praktikabel ist.“

3.

Beweis der Hofmark=Eigenschaft.

Vgl. Bd. 11, S. 285.

Der Begriff einer Hofmark involviret kein Mehreres, als einen gewissen Jurisdiktionsbezirk:

Kreittmayr in den Anm. zum EN. Th. II, Kap. 2, §. 14, Ziff. 1 lit. g.

Jede Besitzung, deren Eigenthümer in einem bestimmten Distrikte die Jurisdiktion auszuüben befugt war, war sonach eine Hofmark.

Kreittmayr Staatsrecht §. 188, S. 432

Chlingensperg jus hofmarch. cap. 3, §. 4, cap. 15, §. 2.

Es bedurfte daher weder einer besondern Verleihung der Hofmarksfreiheit, noch war die Inkorporation in die Landes-Matrikel eine wesentliche Bedingung der Hofmarksfreiheit.

Erklärung des 60ten Freiheitsbriefes v. 1. März 1641, insbesondere §. 12. Gen. Samml. von 1771, S. 82.

Soll daher eine Partei die (ehemalige) Hofmarkseigenschaft einer (im Gebiete der altbayerischen Gesetzgebung gelegenen) gutherrlichen Besitzung beweisen, so hat sie lediglich darzuthun, daß darauf gegenwärtig die Niedergerichtsbarkeit ruhe. Nach §. 27 der 6ten Beilage zur VII. kann auf keinem Gutsbezirke die gutherrliche Gerichtsbarkeit Platz greifen, wo dieselbe nicht schon im J. 1806 rechtlich hergebracht war. Es muß daher mit einem Landgute, auf welchen gegenwärtig die Patrimonialgerichtsbarkeit ruht, schon im J. 1806 die Niedergerichtsbarkeit zufolge einer vom Staate anerkannten Berechtigung verbunden gewesen sein. — Das Bedenken, daß die gegenwärtige Ausübung der Gerichtsbarkeit auf das frühere Bestehen einer Hofmark deshalb nicht mit Sicherheit schließen lasse, weil die fragliche Besitzung früher ein bloßer Edelsitz gewesen sein könne, greift in denjenigen

Fällen nicht Platz, wo zu dem in Frage befindlichen Landgute ein größerer, ganze Dorfsmarkungen umfassender Jurisdiktionsbezirk gehört, und daher, im Hinblick auf

§. 13 des allegirten Mandates vom 1. März 1641

Kreittmayr Staatsrecht a. a. D.

Chlingensperg l. c. cap. 15, §. 4

die Vermuthung dafür streitet, daß solches früher nicht bloßer Edelsitz gewesen sei; indem sich bei den Edelsitzen die Jurisdiktion in der Regel nicht weiter als auf die Dachtraufe erstreckte.

DUCE. vom 14. Okt. 1847, Nr. 538^{40/41}.

4.

Ist bei Auflösung einer mittelst Circulard bekannt gemachten Handlungs-Gesellschaft eine gleichartige Anzeige erforderlich, so daß im Unterlassungsfalle die Gesellschaft im Verhältnisse zu dritten Personen als fortdauernd betrachtet werden muß?

Diese Frage ist zu bejahen. Daß Zusammen-treten mehrerer Handlungs-Genossen unter einer gemeinschaftlichen Firma begründet für den Dritten, welcher durch vertragsmäßige, im Namen der Gesellschaft eingegangene Handlungen eines einzelnen Gesellschafters mit der Firma in Berührung kommt, daß unbestreitbare Recht zur Annahme, daß er sich die sämtlichen Theilhaber eines kaufmännischen Geschäftes verbindlich mache, und zu dieser Voraussetzung ist der vertragsschließende Dritte so lange berechtigt, bis etwaige, in den Gesellschafts-Personen eingetretene Veränderungen zu seiner Wissenschaft gekommen sind; eine Thatsache, von welcher er unbezweifelt nicht das Gegentheil dazuthun, sondern deren Existenz der, eine Veränderung oder Aufhebung der Gesellschaft behauptende Gegner, nachzuweisen hat. Denn, umgekehrten Falls würde der Dritte, welcher die Absicht hat, Rechte gegen die Gesellschaft, nicht bloß gegen den Namen derselben handelnden einzelnen Gesell-

schafter zu erwerben, über die wahre Person eines Mitkontrahenten jeden Augenblick in Ungewißheit schweben; woraus nothwendig begründetes Mißtrauen auf der einen, Betrügereien auf der andern Seite entstehen müßten. — Das römische Recht schreibt in einem völlig analogen Falle die Nothwendigkeit öffentlicher Bekanntmachung vor. Hat nämlich Jemand die Führung eines Geschäfts einem Faktor übertragen, so findet aus den von Letzterem in Beziehung auf das ihm übertragene Geschäft, selbst nach erfolgtem Widerruf des ihm ertheilten Auftrags, kontrahirten Verbindlichkeiten wider den Präponenten die *actio institoria* nichts desto weniger statt, bis letzterer durch einen öffentlichen Anschlag ein Verbot, mit ersterem nicht mehr zu kontrahiren, bekannt gemacht hat.

Fr. 11, §. 2 — 4 de instit. act. (14, 3).

Daß diese Bestimmung unmittelbare Anwendung auf Gesellschafter leide, unterliegt um so weniger einem Zweifel, als diese bei Betreibung der Gesellschafts-Geschäfte gegenseitig in dem Verhältnisse des *institor* und *praeponens* zu einander stehen.

Kind quaest. for. Tom IV, obs. 17. (ed. II, p. 93).

Erf. des (vormal.) Appellationsgerichts zu Dresden. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. 1847. S. 365 — 66.

5.

Wird die Wirksamkeit eines, in der Verhandlungstagsfahrt abgelegten, Geständnisses einer Thatsache dadurch entkräftet, daß der Oberrichter wegen Unterlassung der in §. 17, Nr. 3 lit. d. verordneten Belehrung, unter Aufhebung des erstrichterlichen Erkenntnisses, die Wiederaufnahme der Verhandlung anordnet?

In einer Rechtsache betraf die Klage ein Kapital von 1000 fl., welches Kläger für den Beklagten, von diesem beauftragt, an dessen Gläubiger bezahlt zu haben behauptete. In der Ver-

handlungßtagfahrt gestand der ohne Anwalt erschienene Beklagte zu, dem H. 1000 fl. schuldig gewesen zu sein, so wie, daß Kläger die Rückzahlung bewerkstelligt habe, stellte jedoch den Grund dieser Zahlung von dem Klagvortrage abweichend dar. Daß hierauf ergangene erstrichterliche Urtheil wurde auf Beschwerde des Beklagten, wegen Unterlassung der in der Ueberschrift erwähnten Belehrung, vom Oerrichter (am 31. März 1841) als zu voreilig erlassen aufgehoben, und dabei angeordnet:

„daß die Verhandlung der Sache nach Vorschrift des §. 17, Nr. 3 des Prozeßgesetzes von 1837 zu reassumiren, und hierauf von Neuem, unter Vorbehalt der Berufung, was Rechtens zu erkennen sei.“

In der hierauf — unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschrift — wieder aufgenommenen Verhandlung widersprach nun der jetzt mit einem Anwalt versehene Beklagte:

„daß er dem H. 1000 fl. schuldig gewesen, und daß der Kläger diese Schuld für ihn an den H. abgeführt habe.“

Die Wirksamkeit dieses Widerspruchs wurde von dem Kläger aus dem Grunde bestritten, weil in der frühern Vernehmung ein rechtlich feststehendes Geständniß vorliege. Hierüber wurde nun in den Motiven des oberstrichterlichen Erkenntnisses geäußert:

a) der Richter zweiter Instanz hat in seinem Erkenntnisse vom 31. März 1841 keine Nichtigkeit der dem erstrichterlichen Urtheile zu Grunde gelegenen Verhandlungen ausgesprochen, sondern nur die Reassumirung der Instruktion nach §. 17, Nr. 3 der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 angeordnet. In den Gründen zu dem zweitrichterlichen Erkenntnisse heißt es ausdrücklich:

„Man kann nicht sagen, daß der Beklagte durch die Unterlassung dieser Belehrung vom

rechtlichen Gehöre ausgeschlossen wurde, und daß sofort ein wirklicher Mangel der Citation im geschlichen Sinne zur Begründung einer unheilbaren Nichtigkeit vorliegt.“

Durch das mehrerwähnte, dem Gesetz vollkommen entsprechende appellationsgerichtliche Erkenntniß

Vgl. Seuffert Kommentar u. d. O. Bd. II, S. 233, 234

Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 8, S. 333 f. wurde nur die vorausgegangene Verhandlung insoweit aufgehoben, als hiebei die Bestimmungen der §§. 18 und 19 der Nov. v. 1837 hinsichtlich des Nichtantwortens oder des nicht gehörigen Antwortens nicht Gegenstand richterlicher Belehrung waren. Hieraus ergibt sich, daß wenn der Beklagte in der ersten Antwort auf die Klage ein förmliches Bekenntniß abgelegt hat, dieses Bekenntniß durch den Mangel der fraglichen Belehrung in seiner rechtlichen Folge nicht aufgehoben wurde, da das Zugestehen des Klaganspruchs Gewißheit über die soldem unterstellte Thatsache begründet. Vgl. Seuffert a. a. D. S. 234, Note 7¹⁾.

DAUE. vom 15 März 1845. Nr. 1433^{41/42}.

G.

Nichterklärung über einen unstatthast zugeschoenen Eid.

In den Motiven eines DAUE. v. 26. Febr. 1846 (Nr. 1725^{42/43}) kommt hierüber vor: „Daß Präjudiz, daß der Eid, wenn der Delat unterläßt, sich über denselben rechtzeitig zu erklären, für verweigert erachtet werden soll, kann nur dann eintreten, wenn die Delation des Eides gesetzlich zulässig war. Kann der Eid nicht deferirt werden, so kann auch von keiner Annahme, von keiner Ver-

¹⁾ Im gegebenen Falle wurde jedoch das frühere Geständniß den Vorschriften der O. XII, §. 1, Nr. 3 nicht entsprechend befunden.

weigerung die Rede sein, weil das, was angenommen oder verweigert werden könnte, rechtlich gar nicht existirt. Die vom Richter erster Instanz geschehene Mittheilung der Eidesdelation zur Erklärung unter Androhung des gesetzlichen Präjudizs ändert hieran nichts, weil der Richter die Pflicht hat, unstatthafte Eidesdelationen sofort zu verwerfen, und den Delaten, auch wenn er den unschicklicher Weise deferirten und acceptirten Eid schwören wollte, zur Eidesleistung nicht zuzulassen, und ein selbst geschworener unstatthafter Eid ohne Wirkung ist. Anmerk. zur O. Kap. XIII, §. 2 lit. i. In vorliegendem Falle konnte aber der Eid nicht deferirt werden, weil die Geschichte, worüber der Eid deferirt wird, so beschaffen sein muß, daß der andere Theil selbst eigene Wissenschaft davon haben kann,

O. XIII, §. 12, Nr. 2

diese eigene Wissenschaft aber im gegebenen Falle dem Delaten eben so, wie dem Defेरenten mangelt.“

Vgl. Komm. über die O. Bd. 3, S. 301, 311.

7.

Bur Lehre vom Verweise des Eigenthumservwerbs durch Ersizung.

Als Besitzergrcifung des Eigenthums eines Grundstücks kann die Ausübung der Hut auf demselben nicht angesehen werden, weil diese ebenso leicht eine Servitut, als ein Ausfluß des Eigenthums sein kann. Der Verweis, ein Grundstück die Ersizungszeit hindurch zur Viehweide benützt zu haben, kann daher auch nicht ausreichen, wenn es sich in Bezug auf die Frage des Eigenthumservwerbs davon handelt, den während der Ersizungszeit gehalten Besitz der Sache selbst darzutun; doch wird dadurch einige Vermuthung gegen den Beklagten begründet, so daß ihm der Reinigungseld aufzulegen ist.

Erl. d. U. d. vorm. Negatfr. v. 18. Febr. 1829,
Nr. 318^{28/29}.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 14. Samstag, den 8. Juli 1848.

Rechts-Verhältnisse aus der außerehelichen Geschlechts-Gemeinschaft vor den Gerichten der Rheinpfalz. Ist die dort geltende Beschränkung solcher Ansprüche ein Grund für den bei einem Gerichte der 7 älteren Kreise zu begründenden Gerichtsstand des Arrestes?

Es ist dem Praktiker vielleicht nicht unwillkommen, in Nachstehendem einige Notizen zu finden über die Aufnahme, welche den von dießseitigen Klags-Parteien vor die Gerichte der Rheinpfalz gebrachten Klagen aus der außerehelichen Geschlechts-Gemeinschaft dortselbst geworden ist.

Wir entnehmen deßfalls aus den von Herrn App. Ger. Rath Heing, Hrn. Staatsprokurator Damm und Hrn. Advokat-Anwalt Weiß mit trefflicher Auswahl redigirten „Annalen für die Rechtspflege in der k. b. Pfalz“ (1837. Zweites Heft S. 125 ff.) folgende abgekürzte Mittheilungen, zu deren besserem Verständnisse wir einige Bemerkungen über die einschlägigen Stellen des französischen Gesetzbuches voranschicken.

Das franz. Recht kennt in der Section II des III. Kap. Buch I des Code civil „Von der Anerkennung der natürlichen Kinder“ handelnd, wohl auch das Institut der natürlichen

Vaterschaft, welche außer dem Bande des Bluts auch noch auf der vom natürlichen Vater entweder in dem vor dem Civilstandsbeamten zu errichtenden Geburtsakte, oder in einer authentischen (öffentlichen) Urkunde abgegebenen Erklärung oder Anerkennung als ihrem rechtlichen Entstehungsgrunde beruht. Vergl. Art. 334:

„Die Anerkennung eines natürlichen Kindes muß mittelst eines authentischen Aktes geschehen, wenn sie nicht in dem Geburtsakte vorgenommen wurde.“ — Art. 340. „Die Nachforschung nach der Vaterschaft ist verboten. Wenn im Falle einer Entführung deren Zeitpunkt dem der Empfängniß entspricht, so kann der Entführer auf Klage der theilhaftigen Personen als Vater des Kindes erklärt werden.“

Die Anerkennung kann demnach (letztern Fall ausgenommen) nur eine freiwillige sein, und der außereheliche Vater kann hiezu gerichtlich nicht angehalten werden, es müßte denn sein, daß er die geschehene rechtsförmliche Anerkennung nachgehend wieder ignoriren wollte, ein Fall, der keinen Entstehungsgrund, sondern nur eine Geltendmachung des entstandenen Rechts repräsentirt. Die Anerkennung giebt dem natürlichen Kinde außer der Befugniß, den Rekognoscenten als (natürlichen) Vater anzusehen, auch Rechte auf Alimenten und ein beschränktes Erbrecht. (Code civil Art. 756 ff.).

Die Klagepartien, die wir in den „*Annalen*“ auftreten sehen, sind sämmtlich einerseits dießseitige Unterthanen und Pfleglinge, und andererseits Beklagte, die dem Offizierstande angehörten, früher im dießseitigen Bayern garnisonirten, und später nach den den einzelnen Klagen zu Grunde liegenden Thatsachen in Garnisonen der Pfalz versetzt wurden.

Die Auswahl gerade solcher durch den gemein-

samen Stand der Beklagten unter einander gewissermaßen in Verwandtschaft stehenden Rechtsachen beruht wohl auf dem Ermessen, daß es etwa scheinen möchte, als sei dieser Stand in den vorwürfigen Rechtsangelegenheiten durch die Allerh. Verordnung vom 11. Juli 1816, die in Civilsachen gegen Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr. (Regöbl. S. 387; Moritz, Nov. Bd. III, S. 211) in eine weniger günstige Lage versetzt worden, als die der männlichen Unterthanen anderer Stände ist. — Auf die einzelnen Rechtsfälle übergehend, so hat

a) in der ersten mitgetheilten Rechtsache, Alimenten und Kindbettkostenersatz betr., daß k. Bezirksgericht zu Landau unterm 31. Aug. 1841 ein Interlokut erlassen auf einen vor endlicher Entscheidung von der Klägerin noch abzuleistenden suppletorischen Eid über die Thatsache der Beivohnung. Der Beklagte hatte zwar die sog. Unzulässigkeitsrede vorgebracht, daß die Allerh. Verordnung v. 11. Juni 1816 erst nach Verkündung der Verfassung v. 26. Mai 1818 in dem Amtsblatte der Pfalz (dem jenseitigen eigenthümlichen Promulgationsorgan), und zwar unterm 26. Mai 1822, also nicht mit Wirkung von Gesetzeskraft publizirt worden sei; allein das Bezirksgericht verwarf die Unzulässigkeitsrede, weil die Allerh. Verordn. v. 11. Juni 1816 in der Pfalz legal publizirt worden und vor der Verfassungsurkunde bereits erlassen gewesen sei, sonach der Codex Max. bav. civ. in Anwendung komme.

Der Beklagte appellirte gegen das Interlokut und erwirkte ein abänderndes Erkenntniß des Rgl. Appellationsgerichts zu Zweibrücken vom 29. Jan. 1844, welches die Klage als unzulässig abweist, und sich in den Gründen dahin ausdrückt, daß die Verordn. v. 11. Juni 1816

„aus Abgang der gesetzlichen Publikation vor
„Einführung der Verfassungsurkunde dießseits

„(d. h. in der Pfalz) keine Gesetzeskraft erhalten habe, und daß ihr von da an diese Wirkung nur auf legislativem Wege hätte ertheilt werden können, indem sie hierorts „(in der Pf.) als ein bisher nicht bestandenes „neues Gesetz erschienen wäre, welches nur „unter Beirath und Zustimmung der Stände „des Reichs ins Leben treten konnte u.“

b) Bezüglich einer früher anhängig gewesenen Rechtsache gleichen Betreffs erging ein in den Anzeigen ausführlich zu lesendes Urtheil des R. Bezirksgerichts zu Zweibrücken vom 17. Febr. 1837, welches dieselben Grundsätze adoptirt, und den Art. 340 des Code civil als ein im Interesse der öffentlichen sittlichen Ordnung erlassenes Prohibitiv-Gesetz bezeichnet, welchem gegenüber mit Rücksicht auf die neben der Verfassung ausgesprochenen Garantie der pfälzischen Institutionen dem Einwohner der ältern Kreise kein ausgedehnteres Recht zustehe, als den Einwohnern der Pfalz selbst.

Bemerkenswerth ist die in den Entscheidungsgründen vorkommende Erwähnung der legislativen Verhandlungen über den Art. 320 des Code civil, „daß nämlich diesem Verbote zwei Hauptmotive „zu Grunde liegen, nämlich zuerst die Erfahrung, „daß die Waterschaftsklagen unter der ältern Gesetzgebung den Sitten im höchsten Grade nachtheilig waren, indem dadurch die scandalösesten Prozesse entstanden, und Ehre und Vermögen der Bürger häufig schutzlos der Intrigue und dem Laster Preis gegeben wären; dann die Rücksicht, daß eine Gewisheit über die Waterschaft nie möglich sei, weil „die Natur materielle Kennzeichen in „dieser Beziehung nicht darbiete, weshalb „eine jede richterliche Entscheidung als willkürlich „und unvereinbar mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit und Vernunft betrachtet werden müsse.“

c) In einer dritten Rechtsache neigte sich die

Entscheidung zu Gunsten der Klägerin, welche hier lediglich eine Entschädigung von 800 fl. wegen des durch die Schwängerung erlittenen Schadens verfolgte. Das Sachverhältniß war folgendes:

Ein im dießseitigen Bayern garnisonirender Offizier, Rittmeister, welchem gemäß Staatsrathsbeschluß vom 10. Jan. 1821 (vide Allerh. Rescr. v. 7. Febr. 1829) der Rang eines höhern Offiziers zukam, bekannte in einer eigenhändig geschriebenen und besiegelten Urkunde, der Vater jenes Kindes zu sein, mit welchem Klägerin damals schwanger ging. Er wurde später nach der Rheinpfalz versetzt, (wo bekanntlich das Edikt über die Siegelmäßigkeit nicht publizirt ist) und dortselbst vor dem Bezirksgericht zu Zweibrücken auf obige Entschädigung verklagt.

Die erste Instanz wies die Klage zurück, nicht sowohl weil eine siegelmäßige Urkunde an sich den Erfordernissen des Art. 334 nicht genüge, als vielmehr, weil es an der Nachweisung der Siegelmäßigkeit des Ausstellers gebreche.

Klägerin legte Verufung ein, und produzirte dem Kgl. App. Gericht zu Zweibrücken das Allerh. Rescript v. 7. Febr. 1829, beziehungsweise den Staatsrathsbeschluß von 10. Jan. 1821, worauf diese Instanz unterm 18. Mai 1840 reformatorisch erkannte, und den Beklagten zur Zahlung einer auf 500 fl. ermäßigten Entschädigung und zu den Kosten verurtheilte aus Ursache, daß eine siegelmäßige Anerkennungsbefund einer authentischen gleich, den Anforderungen des Art. 334 des Code civil entspreche, und daß die vorgelegte Urkunde vollen Beweis über die Wahrheit der behaupteten Thatfache liefere, dann in weiterer Erwägung über den Grund der Klage, „daß nach allgemeinen Rechtsprinzipien und der bestimnten Verfügung des Art. 1382 des bürgerlichen Gesetzbuches

(Art. 1382. Jedwede einen Dritten beschädi-

gende Thathandlung eines Menschen verpflichtet Denjenigen, durch dessen Verschulden die Beschädigung erfolgte, zur Vergütung) —

„für jeden aus eigenem Verschulden hervorgegangenen Schaden Ersatz geschuldet wird, daß mit Berücksichtigung des Geschlechts der Klägerin, ihres damaligen jugendlichen Alters und bis dahin genossenen guten Rufes nicht bezweifelt werden kann, daß ein Verschulden von Seiten des Beklagten statt gehabt habe, daß auch aus dem Geschehenen der Klägerin ersichtlicher realer Nachtheil erwachsen ist, u. s. w.“ —

Am Schlusse dieser Mittheilung möchte wohl die Frage nicht am unrichtigen Orte sein, ob die Begründung des *forum arresti* (Cod. jud. cap. I, §. 8.) vor einem dießseitigen Gerichte gegen einen nach der Pfalz versetzten, oder freiwillig übergesiedelten Unterthan, der sich einer Klage der vorwürfigen Art ausgesetzt hat, gesetzlich zulässig sei? —

Im Falle lit. c. oben wurde das Recht auch vor der neuen ordentlichen Obrigkeit des Uebersiedlers mit Erfolg geltend gemacht; hier wäre demnach eine Arrestation um der Begründung eines exceptionellen Gerichtsstandes halber nicht am Plage. Hingegen in den Fällen lit. a u. b oben stünde klagender Theil in billiger und begründeter Sorge, vor der neuen ordentlichen Obrigkeit des Beklagten, d. h. vor den pfälzischen Gerichten, sein Recht durchzusetzen. —

Dieß genügt jedoch in der Regel nicht, um gegen eine bestimmte Person einen rechtlich begründeten Arrestantrag zu stellen; es muß außerdem Impetrat auch Fremder oder Ausländer sein, die Ausnahmen v. 1^{mo} bis 3^{to} in §. 8 cit. abgerechnet, von denen hier ohnehin nicht die Rede ist, wo es sich um Feststellung des Prinzips handelt.

Der in die Pfalz übergesiedelte Unterthan wird

zwar nicht Ausländer im politischen Sinne, allein er wanderte doch in ein Landesgebiet, welches wegen einzelner eigenthümlicher Rechts-Institute, wenn auch nicht in jeder privatrechtlichen Beziehung, so doch gewiß in Fällen der besprochenen Art dem Ausländer völlig gleich steht, in welchem ferner selbst die politischen Organe der Gerechtigkeit ihm einen Schutz angedeihen lassen, der den wohlervorbenen Rechten des dießseitigen Unterthanen diametral zuwiderläuft. Deshalb wird der Uebergesiedelte nach Maassgabe des einzelnen Falles gleichsam als Ausländer anzusehen, und dem Arrest gegen ihn statt zu geben sein.

Obgleich also öffentliche Bedienstete vermöge des Titels der Unfähigkeit auf das Amt sonst allgemein vom Arreste eximirt sind, so wird doch hier eine Ausnahme eintreten müssen, zumal auch die natürliche Billigkeit dafür streitet, daß wohlervorbene Rechte nicht einer vom Standpunkte des Berechtigten betrachtet ganz kasuellen Domizilveränderung geopfert werden sollen. Der Arrest greift übrigens gegen öffentliche Bedienstete nur als Realarrest Platz, da der Personalarrest den Anforderungen des Rgl. Dienstes ausweichen muß,

Ist der Arrestirte überhaupt solvent, so ist die allenfallsige Geringfügigkeit des Arrestobjekts kein Grund zur Befürchtung, daß das Verfahren zu keinem reellen Resultate führen werde; denn obgleich ausländische Urtheile in der Rheinpfalz nicht vollziehbar sind, bevor sie nach nochmaliger gerichtlicher Prüfung durch Erkenntniß exekutorisch erklärt wurden (Code de procédure civile art. 546; Code civil art. 2123, 2128 und Ordonnanz v. 1629, art. 121.); — so werden doch Urtheile dießseitiger Gerichte, weil von einer und derselben Staatshoheit ausfließend, in der Rheinpfalz ohne jene Nach-Censur auf Betreiben der Betheiligten vollstreckt. —

St.

Ueber Verjährung der Nichtigkeitklage.

Nach Kap. XVI, §. 2, Nr. 3 der bayerischen Gerichtsordnung kann eine Sentenz, welche aus Mangel der Citation oder Jurisdiction mit unheilbarer Nullität behaftet ist, innerhalb 30 Jahren klags- oder exceptionsweise angefochten werden.

Es ist also hier die Nullitätsquerel ausdrücklich als eine förmliche Klage erklärt, und der für die Klagen bestehenden extinktiven Verjährung unterworfen.

Da nun die Gerichtsordnung Kap. IV, §. 3 vorschreibt, daß alle Klagen in der Regel in 30 Jahren erlöschen, wo keine längere oder kürzere Zeit besonders bestimmt ist, und die Vorschrift in Kap. XVI, §. 2, Nr. 3 hinsichtlich der Verjährung der Nullitätsklage offenbar eine Anwendung des in Kap. IV, §. 3 aufgestellten allgemeinen Grundsatzes ist, so entsteht die Frage, ob diese Nullitätsklage auch bei solchen Personen und Verhältnissen innerhalb 30 Jahren erlösche, welche das Privilegium einer längeren Verjährungszeit genießen.

Diese Frage muß offenbar bejahend beantwortet werden.

Die Gerichtsordnung behandelt in Kap. XVI, §. 2, Nr. 3 eine ganz spezielle Klage, nämlich eine Klage wegen prozessualer Nichtigkeit eines gerichtlichen Verfahrens, und bestimmt hiebei ohne alle Ausnahme eine Verjährungszeit von 30 Jahren.

Es tritt daher die in Kap. IV, §. 3 erwähnte Voraussetzung einer längeren Dauer der Klage, daß nämlich eine solche besonders im Geseze bestimmt sei, hinsichtlich der Nullitätsklage nicht ein, da hier das Gesez eine ganz generelle, sohin alle Personen und Rechtsverhältnisse umfassende Bestimmung in Beziehung auf die Verjährungszeit getroffen, und demgemäß die Wirksamkeit und Un-

wendung des diesen Personen und Rechtsverhältnissen bei anderen Klagen zustehenden Privilegiums ausgeschlossen hat.

Dieses Privilegium ist in dem Civilgesetze für Klagen wegen materieller Rechtsverletzungen im Rechtsverkehre außer dem Prozesse eingeräumt, während die Nullitätsklage nur ein prozessuales Rechtsmittel wegen einer in einem Rechtsstreite erlittenen Verletzung ist, und auch in der bayerischen Gerichtsordnung unter den Rechtsmitteln, von denen das Kap. XVI handelt, aufgeführt wird.

Da nun Privilegien strenge auszulegen sind, und keine analoge oder ausdehnende Erklärung und Anwendung zulassen,

Schweppes röm. Privatrecht 2te Ausg. §. 24.
l. 13 und 14 Dig. de legibus.

so können die im Civilrechte gegebenen Ausnahmsgesetze hinsichtlich der Verjährungszeit der Klagen wegen außergerichtlicher Rechtsverletzungen auf das Rechtsmittel der nur das prozessualische Verfahren betreffenden und lediglich eine Abhülfe der hieraus hervorgehenden Nachtheile bezweckenden Nullitätsquerel nicht bezogen werden.

D

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Erfordern Klagen aus letzten Willen eine Erwähnung des Verkündigungsaktes?

Einer auf Erfüllung fideikommissarischer Anordnung gerichteten Klage wurde unter Anderem entgegengesetzt: dieselbe sei angebrachtermaßen zu verwerfen, weil in der Klagschrift nicht angeführt worden, daß und wann die Verkündigung des fraglichen Testamentes an die Kläger geschehen sei. — Es wurde aber dieser Einwand für unerheblich er-

achtet. Da im gegebenen Falle kein Zweifel dar-
über obwalte, daß der Fideuziar die Erbschaft aus
dem Testamente angetreten habe, und in den Bes-
itz derselben gekommen sei, so können in dem
Schweigen der Klagschrift über die Bornahme und
die Zeit der Verkündigung an die Fideikommissare
eine wesentliche, die Klagebegründung als mangels-
haft darstellende Lücke des Klagevorbringens nicht
gefunden werden.

DAOE. v. 14. Jänner 1845, Nr. 1084¹⁰/₁₁.

2.

Hypothekenklage. Löschung ohne gesetzlichen Grund.

Eine Hypothekenklage war auf den Grund
einer im Hypothekenbuche gelöschten Hypothek er-
hoben worden, indem der Kläger auszuführen
suchte, die Löschung sei ohne rechtlichen Grund ge-
schehen. Diese Klage wurde für unbegründet er-
achtet. In den Motiven des DAOE. vom 4.
Mkt. 1847, (Nr. 526¹¹/₁₃) kommt in dieser Be-
ziehung vor: „Für Beantwortung der Frage,
ob eine Hypothek bestehe oder nicht, ist es uner-
heblich, ob die Hypothek mit oder ohne rechtli-
chen Grund im Hypothekenbuche gelöscht worden,
da hierbei lediglich die Thatsache entscheidet, ob
die Hypothek noch im Hypothekenbuche eingetragen
ist oder nicht. Kläger hat sich ohne Er-
folg auf §. 71 des Hypothekengesetzes und den
Umstand berufen, daß keiner der in diesem Sen
aufgeführten Gründe der Erlöschung einer Hypo-
thek hier vorliege; denn der §. 71 handelt ledig-
lich von den Gründen, aus welchen die Löschung
einer Hypothek verlangt werden kann, nicht aber
von den Folgen der wirklich vollzogenen Löschung.
Ist die fragliche Hypothek ohne gesetzlichen Er-
lösungsgrund (§. 71) und ohne Beziehung des
Gläubigers (§. 158) im Hypothekenbuche gelöscht
worden, so konnte letzterer die Wiedereintragung

der ohne gesetzlichen Grund gelöschten Hypothek, oder vielmehr die Aufhebung der ohne gesetzlichen Grund vorgenommenen Löschung auf gesetzlichem Wege erwirken; allein so lange dieses nicht geschehen, so lange eine Hypothek für die Forderung des Klägers auf die Realitäten des Beklagten nicht wieder eingetragen ist, kann er auch ein dingliches Recht an denselben nicht geltend machen.“

3.

Fideikommiſſe oder Vermächtniſſe, zu Gunſten von Verwandten des Erblassers, auf den Todesfall des Erben geſtellt.

Ein Erblasser hatte ſeine Ehefrau zur Erbin eingeſetzt, und nebstdem verfügt, daß ſeine 5 Geſchwister das Vermögen erhalten ſollen, welches die Erbin ſeiner Zeit bei ihrem Tode hinterlaſſen werde. Von den Wirkungen dieſer Anordnung wurde in den Motiven des DAGE. vom 14. Jänner 1845, Nr. 1084^{40/41} geſagt: „Mit dem Tode des Erblassers konnten deſſen fideikommiſſariſch ſubſtituirte Geſchwister ſagen: „dies cessit“, nach dem Tode der Fiduziarin aber: „dies venit.“ In den Fällen, in welchen der Erblasser ſeinen Ehegatten zum Erben eingeſetzte, und zugleich auf den Todesfall des Erben ein Fideikommiß oder Vermächtniſſe zu Gunſten ſeiner, des Erblassers, Verwandten anordnete, ſtreitet wohl die Vermuthung dafür, daß er jedenfalls ſein Vermögen, nach dem Tode des Ehegatten, ſeinen eignen Verwandten zuwenden, und nicht auf die Verwandten des Ehegatten kommen laſſen wollte. Nach der Intention des Erblassers iſt hier kein (als Beſtimmung zu behandelnder) dies incertus fideicommiſſi beigeſügt, ſondern nur daß tempus solutionis prorogirt. Fr. 40 in f. ad SC. Trebell. (36, 1) vgl. mit fr. 19 pr. de condit. et demonſtr. (35, 1). Daß der Fideikommiſſar oder Legatar vor dem Erben des Teſtators

gestorben ist, steht daher der Geltendmachung des Fideikommisses oder Vermächtnisses von Seite der Erben (des Fideikommissars oder Legatars) nicht im Wege.

Vgl. DAGE. vom 4. Juli 1846 (Nr. 587^{43/44})
in Seuffert's Archiv Bd. 1, Nr. 268.

4.

Verweiblast, wenn die Beobachtung der Testamentsförmlichkeiten bestritten wird.¹⁾

Hierüber kommt in den Motiven eines DAGE. vom 14. Jan. 1845 (Nr. 1084^{40/41}) vor: „Der in Abschrift der Klagschrift beigelegte letzte Wille ist ein schriftlich errichtetes Privat testament. Es ist in demselben, wie es der richterlichen Kognition vorliegt, die den Begriff eines Testamentes bedingende direkte Erbeinsetzung enthalten, und es finden sich auch die für ein Privat testament vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet. Es ist nämlich das fragliche Testament nicht bloß von dem Testator und dem beigezogenen Notar, so wie von 7 männlichen Zeugen unterzeichnet, sondern es ist auch die rogatio der Zeugen sowohl von dem Testator, als von den Zeugen selbst noch eigens bemerkt. Die Einheit der Handlung d. h. die Nichtunterbrechung des Testamentaktes durch fremdartiges Beginnen — ist nicht nur in der Urkunde selbst bemerkt, sondern geht auch aus ihrer ganzen Fassung unzweideutig hervor. — Die vorliegende Urkunde bildet für die richterliche Beurtheilung den Maasstab. Findet der Richter in solcher keine Formwidrigkeit, so muß er annehmen, daß das Rechtsgeschäft in formgemäßer Weise seine Entstehung erhalten habe.

Vgl. C. 11 de probat. (4, 19) mit C. 3 de Edicto D. Hadriani tollendo (6, 33).

1) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 1, S. 103.

Wenn nun der Beklagte dennoch behauptet, daß die als fehlerfrei sich darstellende testamentarische Verfügung nicht formgemäß stattgefunden, daß es insbesondere an der Aufforderung der Zeugen und der Einheit der Handlung gefehlt habe, so ist dieser Einwand nach dem Principe der Einrede zu beurtheilen, hinsichtlich welcher der Beweis nicht den klagenden Theil, sondern nur den Exzipienten treffen kann.“

5.

Fideikommiß in Ansehung des beim Tode des Fiduziars noch Uebrigen.

In einer Rechtsache handelte es sich von einer fideikommissarischen Anordnung, zufolge welcher der Fiduziar bei seinem Tode das von dem ererbten Vermögen noch Uebrige den Geschwistern des Erblassers hinterlassen sollte. In der Klagschrift der Fideikommissarien gegen die Erbin des Fiduziars waren ein Haus (verwerthet um 5462 fl.) und Mobilien (verwerthet um 550 fl.) als Gegenstände bezeichnet, welche der Fiduziar von dem Erblasser überkommen habe, und die bei dessen Tode noch übrig gewesen seien. Von beklagter Seite wurde eingewandt: um diese Gegenstände zu behaupten, habe der Fiduziar von seinem eigenen Vermögen zugesetzt; der Betrag dieses verzehrten eigenen Vermögens müsse in Abrechnung kommen. — Diese Einrede wurde als unerheblich verworfen. Gegenstand des Fideikommisses war das beim Tode des Fiduziars von dem ererbten Vermögen noch Uebrige. Hat der Fiduziar von seinem Rechte, die in Frage befindlichen einzelnen Sachen zu veräußern und den Erlös zu verzehren, keinen Gebrauch gemacht, und lieber eigenes Vermögen zugesetzt, so kann man darum nicht sagen, daß jene Sachen von dem Nachlasse des Fideikommittenten nicht mehr übrig seien.

DAVE. vom 14. Jan. 1845, Nr. 1084^{10/11}.

6.

Hypothek = Vorbehalt. Eigenthum = Vorbehalt.

Der Grundsatz, daß man an seiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben kann, ist gesetzlich ausgesprochen; fr. 45 de R. J.

Aus diesem Grundsatz folgt von selbst, daß der Vorbehalt des Eigenthums und der Hypothek nicht neben einander bestehen können, indem der Hypothek-Vorbehalt die Begebung des Eigenthums in sich begreift.

Bünner Comment. zum Hyp. Ges. Bd. I, S. 132 u. 226.

Puchta Handb. d. gerichtl. Verf. in nicht streitigen bürgerl. Rechtsachen, Th. II, §. 139, S. 53.

Es läßt sich daher auch die Meinung einiger Praktiker, daß in dem Hypothek-Vorbehalt ein Eigenthum-Vorbehalt begriffen sei, durchaus nicht rechtfertigen.

Glück Pand. Comment. Bd. XVI, §. 1000, S. 236 vgl. mit Bd. XIX, §. 1094, S. 312 ff.

Erk. d. O. d. vormal. Negatkr. v. 10. Febr. 1832, Nr. 66^{3/32}.

7.

Alimentationsklage gegen den angeblichen außerehelichen Vater eines in den ersten Monaten nach Verheirathung der Mutter mit einem Andern geborenen Kindes.

Eine Frau hatte am 83. Tage nach Eingehung der Ehe geboren. Nun belangte sie einen Dritten, als den außerehelichen Vater, auf Anerkennung der Vaterschaft und Reicheung von Alimenten für das Kind. Nach gepflogener Verhandlung wurde in erster Instanz auf Beweis, in zweiter und dritter aber dahin erkannt: Der Beklagte sei zur Zeit von der Klage zu entbinden. „Ob ihr Ehemann die Legitimität dieses Kindes bestritten habe, oder ob er dasselbe als sein, durch die

nachgefolgte Ehe legitimirtet Kind ansehe, darüber schweigt die Klägerin in der erhobenen Klage. Nachdem nun aber ein in der Ehe geborenes Kind jedenfalls zunächst dem Ehemann geboren wird, und, abgesehen von Lehen- und Fideikommiß-Verhältnissen, Niemand das Recht zusteht, die Legitimität eines solchen Kindes in Streit zu ziehen, so lange sie nicht vom Ehemanne selbst bestritten worden ist, so konnte der Klage nicht statt gegeben, es mußte das (auf einstweilige Entbindung von der Klage gerichtete) Erkenntniß der vorigen Instanz bestätigt werden.“

DAUE. v. 6. Nov. 1843, Nr. 669 ⁴⁰/_n.

8.

Ueber Eigenthum = Vorbehalt.

Der Eigenthum = Vorbehalt kann beim Kauf entweder als suspensive oder als resolutive Bedingung verabredet werden, und hiernach bestimmt sich die Wirksamkeit desselben.

Die Meinung, daß derselbe bloß als Resolutivbedingung wirksam sei, läßt sich nicht rechtfertigen. Es kommt vielmehr immer auf die Absicht und Uebereinkunft der Kontrahenten an, in welcher Art der Eigenthum = Vorbehalt wirksam sein soll.

Wurde nämlich verabredet, daß dem Verkäufer das Eigenthum an der verkauften und übergebenen Sache so lange verbleiben soll, bis der Käufer das Kaufgeld bezahlt hat, so gilt der Eigenthum = Vorbehalt als Suspensivbedingung.

Wurde aber ausgemacht, daß das Eigenthum im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Käufers an den Verkäufer zurückfallen soll, so hat der Eigenthum = Vorbehalt die Wirkung einer Resolutivbedingung.

Glück Pand. Comment. Bd. XVI, §. 1000, S. 230.

Wening: Ingenheim Lehrb. Bd. I, Buch II, §. 31.

Wenn die verkaufte Sache dem Käufer übergeben und das Kaufgeld gestundet, hiebei aber ausdrücklich festgesetzt wurde, daß sich der Verkäufer bis zu dessen Zahlung das Eigenthum an dem Verkaufsobjekt vorbehalte, so kann in diesem Falle der Eigenthumsvorbehalt nur ein Aufschieben, nicht aber ein Wiederauflösen der Eigenthumsübertragung auf den Käufer bewirken.

Wensler im civil. Archiv. Bd. II, S. 291—293.

Erf. d. UG. d. vormal. Regatkr. v. 10. Febr. 1832, Nr. 68^{1/2}.

Zur Notiz.

Bereits vor einigen Monaten waren unsere Blätter bis Nr. 13 abgedruckt. Daraus erklärt es sich, daß in den neuesten Nummern einige Mittheilungen vorkommen, welche weggeblieben wären, wenn man zur Zeit des Druckes die Ergebnisse des neuesten Landtags gekannt hätte. Was diejenigen Institute betrifft, auf welche sich die Bestimmungen des Wotenenlastungsgesetzes über Fixirung und Ablösung beziehen, so wird es noch viele Jahre dauern, bis die darüber bisher geltenden Rechtsnormen der Rechtsgeschichte anheimfallen. Die Vollziehung des neuen Gesetzes wird vielmehr zahlreiche Prozesse hervorrufen, bei deren Verhandlung und Entscheidung noch das bisherige Recht in reichlicher Anwendung kommen dürfte. — In Ansehung der Erzeugnisse unserer Gesetzgebungsreform überhaupt wird es eine besondere Aufgabe der Blätter für Rechtsanwendung sein, zur Einführung derselben ins praktische Leben, durch Erläuterungen und Besprechung zweifelhafter Fragen, in bekannter Weise beizutragen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 15. Samstag, den 22. Juli 1846.

Von dem Privilegium der *exceptio praestandae cautionis pro expensis* und *de reconventione* gegen Ausländer.

Von Dr. C. Volgiano.

Ueber das Wesen und die Wirkungen der genannten zwei Einreden herrschen unter den älteren und neueren bayerischen Prozessualisten theils unklare, theils unrichtige Vorstellungen. Nach meinem Dafürhalten ist die *exceptio deficientis cautionis pro expensis* und *de reconventione* eine in beschränktem Maaß privilegierte dilatorische Einrede, welche, schwächer bevorzugt als die forideklinatorischen Exzeptionen, und stärker als die prozeßhindernden und präjudizien, die Uebergangsstufe von der einen zur andern Klasse bildet, und daher ihren wahren Platz inmitten dieser beiden hat. Ihr Privilegium besteht nämlich nach §. 8 der Novelle vom Jahr 1819 darin, daß sie von der Verbindlichkeit zur Einlassung befreit, wenn sie nur im Moment des Vorbringens rechtöbegründet ist, d. h. wenn der Kläger wirklich ein Ausländer ist, der mit liegenden Gütern in Bayern nicht angefaßt, und die Kaution noch nicht gestellt

XIII.

hat; — solange der Kläger diese Kaution nicht gestellt hat, solange ist auch der Beklagte nicht schuldig auf die Klage zu antworten, und hat daher, wenn er die Einrede allein vorgebracht, die Nachtheile des Ungehorsams nicht zu besorgen, wenn gleich der Kläger derselben, durch sofortige Kautionseistung in der Replik, schnellig Abhilfe leistet. Während also gerichtssablehnende Einreden ohne Rücksicht, ob sie begründet sind, oder nicht, den Effekt der Nichtverbindlichkeit zur Einlassung haben (Nov. v. 1837, §. 24 und 26), prozeßhindernde, präjudizielle und gemeinverzögerliche aber (Nov. v. 1837, §. 28) nur dann, wenn sie begründet sind und der Beklagte gewiß weiß, daß sie auch nicht beseitigt werden können ¹⁾ — so hat die Einrede der fehlenden Prozeßkaution diese auszeichnende Wirkung (zwar) bloß dann, wenn sie begründet ist, verliert sie aber dadurch nicht, daß sie vom Kläger (in der Replik) beseitigt, also unmittelbar nach der Vorschüßung wieder unbegründet wird.

¹⁾ Dieser Beisatz ist — wesentlich nothwendig, die Begründung der Einrede im Moment des Vorbringens genügt nicht. Es heißt zwar in den N. f. N. N. Bd. 8, S. 27: jede dilatorische Einrede befreie von der Einlassungsverbindlichkeit, wenn sie begründet ist. Allein diese Ausdrucksweise ist eben unrichtig, mindestens ungenau. Die except. deficientis legitimisationis ad processum §. 3. B. ist begründet, wenn die Vollmacht mit der Klage nicht übergeben wurde. — Die exc. defectus legitimae personae standi in iudicio, wenn der Kläger wirklich jene Fähigkeit nicht hat und auch den Streitkonsens (z. B. des Vaters oder der Kuratelbehörde) nicht beibrachte. Wird nun die Vollmacht oder der Streitkonsens nachgebracht, und der Beklagte hatte sich nicht eventuell auf den Streit eingelassen, so treten, wiewohl die Einrede begründet war (obgleich die Klage ohne Mittheilung an den Beklagten hätte zurückgewiesen werden können), die Nachtheile des Nichtbeantwortens der Klage ein. —

Dieses Privilegium, welches sie offenbar zwischen die stärker bevorzugten Forideklinatorien auf der einen Seite, und die übrigen nicht privilegierten, der Einlassung vorausgehenden Einreden auf der andern Seite stellt, kommt aber den genannten zwei Einreden auch heutzutage noch zu, und ist ihnen durch das jüngste Prozeßgesetz v. J. 1837 keineswegs entzogen worden. Diesen Satz hat zwar schon Puchta aufgestellt (Anleitung zur Civilprozeßpraxis nach dem Ges. v. 17. Nov. 1837, S. 90) und Paul in den Bl. f. N. V. Bd. 5, S. 134 gegen Spieß Erläut. zur Nov. v. 1837, S. 47 vertheidigt und ausführlichst motivirt, weil der §. 24 der Nov. v. 1837 als spätere generelle Vorschrift dem §. 8 der Nov. v. 1819 als früherer spezieller nicht derogiren konnte. Da indessen sämtliche Schriftsteller des bayer. Prozeßes, mit Ausnahme Seuffert's, anderer Meinung sind, und überdies die Natur der fraglichen zwei Einreden, ihre Eigenschaften und Wirkungen in Vergleich mit den gerichtsunablehnenden und gemeinverzüglichen, und ihre Rangordnung unter diesen nirgends genau und richtig charakterisirt und scharf abgegränzt ist, — so dürfte die gegenwärtige Erörterung, als Beitrag zur Aufklärung und Berichtigung dieser auch in praktischer Hinsicht so wichtigen Materie, wie der privilegierten Einreden überhaupt — nicht als überflüssig erscheinen.

Sehr mit Unrecht wird die exc. praestanda cautionis pro expensis und de reconventiono (und außer ihnen noch mehrere andere s. unten) auf den Grund der Nov. v. 1819, §. 8 von den bayerischen Prozeßualisten zu den Präjudizialeinreden gezählt.

vgl. z. B. Stürzer C. G. B. S. 527.

Hellmuth der Lauf des Civilprozeßes bei den bayerischen Untergerichten S. 55, Note 15.

Sie gehört aber denselben
 A) weder dem Begriffe, noch
 B) den Wirkungen nach an.

ad A.

Nach dem Begriffe, welchen B. v. Kreittzmayr über die Präjudizialeinreden aufstellt,

GD. Kap. 6, §. 3, Nr. 3, Anmerk. d.,
 und v. Bönnert in seinem

Kommentar zur Nov. v. 1819, S. 60.
 weiter ausbildet, gehören dahin keine Einreden gegen die klägerische Rechtsverfolgung, keine dilatorischen Exceptionen, welche eine bloße temporäre Abweisung der Klage bezwecken, sondern durchaus nur Einreden gegen den eingeklagten Anspruch d. h. solche Einwendungen, welche die Hauptsache selbst betreffen²⁾. Das Auszeichnende derselben besteht darin, daß ihnen ein besonderes Streitverhältniß zu Grunde liegt, welches den Stoff eines selbstständigen Vorprozesses (Präjudizium) darbietet.

Bl. f. N. V. Bd. 6, S. 68.

Dieses zeigt sich ganz besonders bei denjenigen Einreden, welche *quaestionem status vel legitimacionem ad causam* betreffen, daher diese vor-

²⁾ Zwar wird die *nominalio auctoris*, welche eine *excipio deficientis legitimacionis ad causam passivae*, somit eine wahre Präjudizialeinrede ist — in den Anmerk. zur GD. Kap. 6, §. 2, lit. c und zu §. 8, lit. a eine dilatorische Einrede genannt, allein diese Bezeichnung ist unrichtig, mindestens inkonsequent, denn die Gleichstellung der präjudiziellen und dilator. Einreden in den Wirkungen (s. unten Note 4) kann sich nicht auf Wesen und Natur derselben erstrecken. Vgl. die Begriffsbestimmung, welche die GD. in Kap. 6, §. 2 und die Anmerkung hiezu lit. b und über die verzögerten Einreden aufstellt.

zugswise zu den Präjudizialeinreden gerechnet werden³⁾.

Die Einrede der fehlenden Prozeßkaution ist dagegen rein dilatorischer Natur: sie berührt die Hauptsache (die *materialia causae ipsius*) nicht, kann auch nur in Bezug auf einen bereits anhängigen Prozeß, nicht aber als Stoff eines selbstständigen Rechtsstreites gedacht werden, und gehört daher ihrem Wesen nach gewiß nicht zu den Präjudizialeinreden.

ad B.

Ebensowenig gehört sie aber den Wirkungen nach zu den präjudiziellen Einreden⁴⁾. Zwar erfordert sie:

3) Daraus folgt, daß dieselben nur selten als wahre Einreden, worüber die Beweislast dem Beklagten obliegt, erscheinen, sondern in der Regel als bloße Negationen des Klagsfundaments, worüber der Kläger den Beweis führen muß, wiewohl von den Einwendungen, welche sich unter den Gattungsbegriff der *except. def. legit. ad causam* subsumiren lassen, einige den Charakter wahrer Peremptorien an sich tragen können, vgl. W. f. R. Bd. 4, S. 72 d.

4) Die präjudiziellen (und prozeßhindernden) Einreden genossen 1) nach der O. nachstehende Privilegien: a) Wiewohl sie Theile der Streiteinlassung sind (s. oben ad A), waren sie dennoch den dilatorischen Einreden gleichgestellt. Daher hatten sie α) ihren Platz vor der Litiscontestation und erforderten β) nach richterl. Ermessen eine vorläufige Erörterung und Erledigung, wenn sich auch (natürlich eventuell) auf den Streit eingelassen wurde (v. Bönnert Kommentar zur Nov. v. 1819, S. 60); die Präjudizialeinreden waren aber auch: b) vor den dilatorischen Einreden ausgezeichnet und den gerichtssablehnenden gleichgestellt. Denn die bloße Vorschüßung einer solchen Einrede, ohne Rücksicht auf ihre Begründung, befreite von der Verbindlichkeit zur Streiteinlassung. (In der Praxis wurde freilich dieser letzte Effect in Zweifel gezogen, indem im Fall der Verwerfung der Einrede bald auf wiederholte Ladung zur Klagsbeantwortung erkannt, bald die Folgen

a) eine vorläufige Erörterung — allein diesen Effekt hat jede dilator. Einrede. *OD. Kap. 6, §. 4.* Auch befreit sie:

des Ungehorsams in der Hauptsache verwirklicht wurden, v. Stürzer in *E. G. W. S.* 528 und in den *Notizen zur Nov. v. 3. 1837* bei Moriz Nealkommentar *S. 301, 303 u. 306.* Allein nach einer richtigen Gesetzesauslegung kann das Dasein dieses Privilegiums nach der *OD. (Kap. 6, §. 3, Nr. 3)* keinem Zweifel unterliegen). 2) Nach geltendem Recht ist den Präjudizialeinreden der erste Effekt verblieben, dagegen der zweite entzogen worden, der *§. 28* der *Nov. v. 1837* hat ihnen das eine Privilegium, welches sie den Dilatorien gleichstellte, nämlich den Platz vor der Litiskonfestation, gelassen, dagegen das andere Privilegium, welches sie vor den Dilatorien auszeichnete, die von der Einlassung befreiende Eigenschaft genommen. Nur die Forideklinatorien befreien heutzutage, ohne Rücksicht auf Begründung, von der Verbindlichkeit zur Litiskonfestation (*Nov. v. 1837, §. 24*); mit den präjud. und prozeßhindernden Einreden muß aber eventuell die Streiteinlassung und das Vorbringen aller übrigen Einreden verbunden werden, indem sonst im Fall der Verwerfung der Einreden die Folgen des Nichtantwortens auf die Klage nach *§. 18* der *Nov.* eintreten. Es sind also heutzutage diese beiden Arten von Einreden vor den gemeinverögerlichen nicht mehr ausgezeichnet. Senffert *Kommentar II. Th. S. 249, Note 1.* Aber eben hierin liegt noch immer ein bedeutendes Privilegium, welches diesen Einreden auch nach dem geltenden Recht noch zukommt, indem dieselben, wiewohl sie als Theile der Streiteinlassung zu dieser gehören, und also mit der Hauptsache verhandelt werden sollten, dennoch vor der Litiskonfestation stehen dürfen und nach Ermessen des Richters getrennt davon untersucht werden können, daher auch, im Fall ihrer Verwerfung, wenn die Kriegsbefestigung unterlassen wurde, nicht die strengen Folgen des partiellen Ungehorsams nach *§. 10* der *Nov. v. 1837*, sondern die ungleich mildere des totalen nach *§. 18* der *Nov.* ausgesprochen werden müssen. Man kann daher nicht sagen (wie einmal in den *Bl. f. R. M. Bd. 8, S. 25* behauptet wird), die Novelle habe das Privilegium dieser Einre-

ß) von der Verbindlichkeit zur Streiteinlassung Nov. v. 1819, §. 8, I.,

und darin liegt allerdings etwas Auszeichnendes, allein noch lange keine Identität mit den Wirkungen der Präjudizialeinreden! Denn:

a) Nach der O.D. (Kap. 6, §. 3, Nr. 3) waren diese in letzterer Hinsicht viel stärker privilegiert, als die exceptio praestandae cautionis: während nämlich die Präjudizialeinreden unbedingt von der Verbindlichkeit zur Einlassung befreiten, kommt der exceptio cautionis jener Effekt bloß dann zu, wenn sie begründet ist (s. oben).

b) Nach dem geltenden Recht (Nov. v. 1837, §§. 24 — 28) haben aber die Präjudizialeinreden eine schwächere Wirkung, als die exceptio cautionis, diese erscheint also jetzt stärker privilegiert, als die ersteren, die präjudiziellen Einreden sind jetzt durch die Nov. v. 1837 den gemeinverzüglichen völlig gleichgestellt, welche bekanntlich bloß dann von der Verbindlichkeit zur Litis-

den gänzlich aufgehoben und seien dieselben wieder ganz unter die Regel der O.D. Kap. 6, §. 2 u. 4 zurückgeführt. Es ist dies freilich nur in Bezug auf die Einlassungsverweigerung gemeint, aber in der allgemeinen unbedingten Fassung mindestens ungenau: denn der §. 28. der Nov. v. 1837 gibt deutlich zu erkennen, daß diese Einreden aus dem geltenden Recht nicht verschwunden sind und daß ihnen mehr als der bloße Name geblieben ist: denn daß man ein Stück der Einlassung Klagsbeantwortung oder eine peremptorische Einrede in dilatorischer Eigenschaft (mit der Wirkung, die einer verzögerlichen Einrede zukommt) vorbringen dürfe, ohne daß darin eine unvollständige Klagsbeantwortung erblickt und das Zugeständniß der mit Stillschweigen übergangenen Punkte angenommen werden darf — ist gewiß ein Vorzug, welchen die präjudiziellen und prozeßhindernden Einreden vor allen andern Negationen des Klagsfundaments und zerstörenden Einreden auszeichnet!

kontestation befreien, wenn sie begründet sind und der Beklagte auch weiß, daß sie nicht beseitigt werden können (vgl. Note 1). Die exceptio cautionis gegen Ausländer hat aber diese Wirkung schon dann, wenn sie im Moment des Vorbringens rechtlich begründet war, gesetzt auch, daß ihr der Kläger in der Replik — durch sofortige Kautionleistung — abhilft.

Es ist daher die Einrede der fehlenden Prozeßkaution in den Wirkungen gerade so verschieden von den Präjudizialeinreden, wie im Begriff, und es zeigt sich demnach die Unrichtigkeit der gegentheiligen Auffassung nicht bloß in theoretischer, sondern auch in praktischer Hinsicht. — Wenn daher Hellmuth lehrt, die exceptio cautionis stehe jetzt, wie jede andere präjudizielle Einrede, unter der Herrschaft des §. 28 der Nov. v. 1837, vgl. auch die Bl. f. N. Bd. 6, S. 70 Note; wenn ferner Spieß behauptet, die exc. cautionis habe ihr Privilegium durch die Nov. v. 1837, §. 24 verloren — wenn endlich Plochmann (Einleitung in den bayer. Civilprozeß S. 115) neuerdings wieder bemerkt, die Zahl der privilegierten Einreden ⁵⁾ sei noch durch die Nov. v. 1819 um die exc. cautionis vermehrt worden, die Nov. v. 1837 habe aber dieß abgeändert (nämlich alle diese Privilegien aufgehoben) — so sind das eben arge Irrthümer, deren Konsequenzen ihren Urhebern selbst nicht bewußt zu sein scheinen. Hellmuth a. a. D. bemerkt:

⁵⁾ Hierunter zählt Plochmann irrthümlich die exceptiones liti snltao schlecht hin auf, während doch diese Einreden bekanntlich nur unter der Voraussetzung zu den privilegierten (prozeßhindernden) gehören, wenn sie liquid sind, oder doch in continenti liquid gemacht werden können! —

„Wird die Einrede als ungegründet verworfen, etwa weil sich zeigt, daß der Kläger kein Ausländer sei, so treten die Rechtsnachteile des Nichtbeantwortens der Klage ein.“

Das ist allerdings richtig, und insoferne kann man freilich sagen, unsere Einrede stehe unter der Herrschaft des §. 28 des jüngsten Prozeßgesetzes; allein in dieser Hinsicht konnte die Novelle nichts ändern, weil das Privilegium dieser Einrede eben darin bestand, daß sie ohne Rücksicht auf rechtl. Begründung von der Einlassung befreite, also der Rechtszustand unsrer Einrede nach der Nov. v. 1819 von dem gegenwärtigen der Präjudizialeinreden in nichts abweicht. — Wie aber, wenn ihr der Kläger in der Replik durch Kautionstellung abhilft? Steht die Einrede unter der Herrschaft des §. 28 der Novelle, dann müssen mit ihrer Verwerfung die Rechtsnachteile des Nichtbeantwortens der Klage ausgesprochen werden, die Einrede hat also dann ihr Privilegium verloren. Daß dieser Satz falsch sei, haben bedeutende Autoritäten (Puchta, Paul, Seuffert) längst anerkannt, folglich kann die Einrede nicht unter der Herrschaft des §. 28 stehen, und also auch nicht zu den Präjudizialeinreden gezählt werden! —

Wenn man aber mit v. Stürzer und Hellmuth auch die folgenden 4 Einreden, nämlich:

a) die Einrede eines Gemeindegliedes auf den Grund des revidirten Gemeindeedikts §. 120,

b) die Einrede, die Urkundenedition betreffend, nach O. Kap. 11, §. 6,

c) die Einrede des Fißkuß nach §. 9 der Nov. v. 1819. Endlich

d) die Einrede des Siegers in possessorio gegen die petitorische Klage nach O. Kap. 3, §. 4, Nr. 11 —

zu den Präjudizialeinreden rechnet, so ist das

noch weniger zu billigen, als wenn man bloß die *ex. cautionis* dahin zählt: denn das beschränkte Privilegium der letzteren nähert sie doch einigermaßen den in dieser Hinsicht ehemals so stark (jetzt nur wenig mehr, puncto der Befreiung von der Streiteinlassung gar nicht mehr) privilegierten Präjudizialeinreden, die oben genannten Einwendungen aber können einmal ihrem Wesen nach, als rein dilatorische Einreden, den Präjudizialeinreden nicht angehören, und haben auch in ihren Wirkungen durchaus nichts Auszeichnendes an sich, was sie diesen letzteren (in ihrer ehemaligen Gestalt) annähern, und der *exceptio cautionis* gleichstellen könnte: denn wo steht geschrieben, daß der Zidklus nicht eher auf eine Klage zu antworten brauche, als bis der Kläger der betreffenden dilator. Einrede abgeholfen, d. h. nachgewiesen hat, daß er sich vergeblich an die obere Administrativbehörde wegen Abstellung der Beschwerde gewendet habe?! — Zwar stimmen diese Einreden in den Wirkungen mit den Präjudizialeinreden des heutigen Rechts völlig überein (und liegen ihnen in dieser Hinsicht gewissermaßen näher als die *exceptio cautionis*), allein das Gleiche findet ja bei allen dilatorischen Einreden statt, und man müßte dann konsequent alle übrigen Dilatorien Präjudizialeinreden nennen! —

Mittheilungen aus der Praxis.

D.

1.

Beweis des Ehebruchs.

In den Motiven eines am 30. August 1845 eröffneten Dresdner OLG. kommt hierüber vor: „Das Gesuch um Ehescheidung wegen Ehebruch erfordert keineswegs einen solchen vollen direkten Beweis, wie dieser in anderen Civilprozessen für

nöthig gehalten wird; vielmehr reicht dabei ein aus den Umständen sich ergebender hoher Grad des Verdachts (eine starke Vermuthung — *adulterium praesumptum*) aus.

Cap. 12, X de praesumpt. (2, 23).

Ob Anlaß zu einer solchen Vermuthung vor-
handen sei, hat der Richter zu ermessen, da der
in Kap. 12 angeführte damals zur Entscheidung
gebrachte Fall, wo *solus cum sola, nudus cum
nuda in lecto angetroffen* worden, andere Fälle
nicht ausschließt, wie dieß der weitere Inhalt des
päpstlichen Ausspruchs in den Worten: „*multis
locis secretis et latebris ad hoc commodis,
et horis electis*“, ingleichen ganz besonders cap.
27, X de test. (2, 20) in den Worten:

„*respondemus, quod si testimonium etc.
vel de auditu, et praesumptionem vio-
lentam fama consentiens subministret,
et alia legitima adminicula suffragen-
tur etc.*“

und in dem allgemeinen Beisatze:

„*etenim circumspectus iudex atque dis-
cretus motum animi sui ex argumentis
et testimoniis, quae rei aptiora esse
comperit, confirmabit.*“

darlegt.

Vgl. Hommel Rhaps. obs. 487.

Leyser med. ad Pand. spec. 313 med.
1—3: „weil.... der Ehebruch und andere delicta
carnis im Verborgenen begangen werden, also nicht
wie die übrigen crimina ad oculum erwiesen wer-
den können, mithin..... ein wahrscheinlicher
Beweis Statt findet und fast Alles auf eines
verständigen Richters Gutachten ankommt.“

In dem gegebenen Falle war gegen die Be-
klage bewiesen und von derselben auch eingeräumt,
daß sie eines Abends, als es schon dunkel, mit
dem Gesellen D. zusammen auf einem nach der

Elbe zu führenden Wege durch die Gebüſche, wo zu dieſer Zeit ſelten Jemand geht, getroffen worden. Hierin wurde ein — nach den Worten des Geſetzes ſelbſt:

„locis secretis et latebris ad hoc commodis et horis electis“

eine Präſumption des Ehebruchs begründender Umſtand gefunden.

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. Bd. 46, Nr. 11, S. 82, 83.

2.

Kollision der Geſetze. Sponsalien. Erforderniß der Eingehung vor Gericht.

Es iſt ein in der Doktrin des Rechts anerkannter Grundsatz, daß ſich ſowohl die Form, als die Wirkungen der Verträge in der Regel nach den Geſetzen des Eingehungsortes richten,

Glück's. Kommentar Bd. I, §. 75.

Seuffert's. Kommentar zur Gerichtsordnung Bd. I, S. 248, litt. b und c und iſt dieſes bezüglich der Form der Verträge in der bayeriſchen Gerichtsordnung Kap. XIV, §. 7, Nr. 8 ausdrücklich vorgeſchrieben.

In beiden Beziehungen tritt aber eine Ausnahme dann ein, wenn in dem Wohnorte der Kontrahenten hiñſichtlich der Form oder des Inhalts gewiſſer Verträge Prohibitivgeſetze beſtehen, indem in dieſem Falle nicht die Geſetze des Eingehungsortes, ſondern jene des Wohnortes der Kontrahenten entſcheiden, es mag der Vertrag abſichtlich zur Umgehung jener Prohibitivnormen, oder ohne ſolche Abſicht an einem anderen Orte, wo dieſe Normen nicht beſtehen, eingegangen worden ſein.

Seuffert's. Kommentar Bd. I, S. 234, Nr. 6.

Denn nach l. 5 Cod. de legibus und cap. 64 de regul. jur. in 6^{to} iſt den Verträgen, welche gegen die Vorſchrift eines Prohibitivgeſetzes einge-

gangen worden sind, unbedingt alle Gültigkeit und Vollziehbarkeit entzogen, die prohibitive Natur des Gesetzes bringt es aber von selbst mit sich, daß daselbe eine unter allen Umständen und ohne Ausnahme bindende Norm für die Handlungen der der Herrschaft desselben unterworfenen Staatsangehörigen begründet, so daß also der Ort, wo das Geschäft vorgenommen wurde, ohne allen Einfluß ist. Der Gesetzgeber will nämlich bei Prohibitivgesetzen, daß seine absolut gebietende oder verbietende Vorschrift von den Staatsangehörigen in denselben Fällen, welche den Gegenstand derselben bilden, ein für allemal beobachtet werde, indem hier ein höheres legislatives Interesse in Mitte liegt, welches es nicht gestattet, daß durch einen zufälligen Umstand, wie z. B. durch Errichtung eines Vertrags an einem anderen Orte, oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung der Kontrahenten die Befolgung jener Vorschrift unterbleibe.

Daß diese Wirkung der Prohibitivgesetze nicht bloß bezüglich des Inhalts, sondern auch der Form der Verträge eintrete, kann nicht bezweifelt werden, weil nicht der Gegenstand, sondern die Natur eines solchen Gesetzes, als einer absolut gebietenden oder verbietenden Vorschrift, den Grund jener Wirkung enthält. Zwar sind in diesem Punkte die Lehrer des gemeinen Rechts nicht durchaus in ihren Ansichten verstanden,

Glück's Kommentar Bd. I, §. 103 allein unbezweifelt ist es, daß obige Wirkung jedenfalls dann eintrete, wenn die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes bei Vernachlässigung der prohibitiv vorgeschriebenen Form vom Gesetze ausdrücklich angedroht ist.

Glück a. a. O. §. 105.

Uebrigens ist es in solchen Fällen nicht sowohl die vorgeschriebene Form an sich, sondern ein be-

sonderer Moment, den das Gesetz hierbei im Auge hat, wenn es eine gewisse Solennität rechtlicher Handlungen vorschreibt, wie z. B. bei der Vorschrift über die Nothwendigkeit gerichtlicher Protokollierung der Verträge zwischen Christen und Juden, indem hier der Gesetzgeber beabsichtigt, durch Anordnung dieser Errichtungsgart gewissermaßen eine vormundtschaftliche Ueberwachung des Interesse der Christen gegen jüdischen Wucher auszuüben.

Seuffert's Komm. Zhl. I, S. 248, Note 43.

Nach diesen Grundsätzen ist die Frage, ob die Vorschrift der k. bayerischen Verordnung vom 2. Mai 1806, die Sponsalien betreffend (Regbl. v. J. 1806, S. 175), daß jene Unterthanen, welche nicht siegelmäßig sind, sich anders nicht, als gerichtlich und zwar vor der ordentlichen weltlichen Obrigkeit, worunter entweder beide oder wenigstens einer von beiden Theilen sein forum ordinarium oder privilegiatum hat, verloben sollen, auch dann zur Anwendung komme, wenn von einer unter der Herrschaft jener Verordnung stehenden Person das Eheverlöbniß an einem Orte geschlossen wurde, wo jene Verordnung keine Gesetzeskraft hat, bejahend zu beantworten.

Denn im Absätze 5 jener Verordnung ist gesagt, daß alle jene sponsalia clandestina oder Winkelversprechungen, welchen es an obigen Eigenschaften mangelt, nicht nur für unzulässig und sträflich, sondern auch für null, nichtig und kraftlos erklärt würden, auch sind daselbst sämtliche Gerichtsbehörden angewiesen, weder auf die Vollziehung solcher Sponsalien, noch auf eine Indemnisation oder Satisfaktionsleistung desfalls zu erkennen.

Die Verordnung vom 2. Mai 1806 ist hiernach hinsichtlich der Form der Ehegelöbniße ein im strengsten Sinne prohibitives Gesetz, indem es alle Sponsalien, welche nicht in dieser Form errichtet sind, als sponsalia clandestina oder Winkelver-

spredungen, als unzulässig und sträflich erklärt, und den Gerichten ausdrücklich verbietet, auf deren Vollauf zug zu erkennen.

Die Absicht des Gesetzes lag hierbei offenbar nicht bloß darin, dem Akte selbst eine größere Feierlichkeit zu verschaffen, oder den Beweis der getroffenen Uebereinkunft zu sichern, sondern darin, um jede Voreiligkeit und Unvorsichtigkeit der Kontrahenten zu beseitigen, und sie so vor den oft so nachtheiligen Folgen unüberlegter, bei Gelagen und unter Zuflüsterungen habgütlicher Personen abgeschlossener Eheversprechungen zu bewahren. Der Richter soll also hier gewissermaßen als Vormund und Vertreter unerfahrener oder leicht zu verführender Individuen mitwirken, und durch die Vornahme des Aktes bei Gericht Alles entfernt werden, was die nüchterne Besonnenheit und den freien Willen nur immer stören oder aufheben könnte.

Es ist daher einleuchtend, daß es sich hier nicht bloß um die Form eines Rechtsgeschäftes, sondern um eine obrigkeitliche Einwirkung auf die Willensbestimmung der Kontrahenten selbst, und eine Garantie für ihr materielles Interesse handelt, sofort die lediglich für eine Form der Verträge bestehende Vorschrift über Anwendung des betreffenden Gesetzes hieher keine Beziehung haben kann.

Der Gesetzgeber erlaubt seinen Untergebenen nicht, ihre Ehegelöbnisse außergerichtlich zu errichten, und erklärt die in solcher Weise abgeschlossenen Sponsalien nicht bloß für unwirksam, sondern auch für sträflich, sohin für unerlaubte Handlungen. Eine verbotene Handlung kann aber ihre Eigenschaft als solche dadurch nicht verlieren, daß sie an einem Orte vorgenommen wird, wo ein solches Gesetz nicht besteht, und wenn es sich daher um Anerkennung der rechtlichen Wirkungen in dem Staate oder Bezirke handelt, wo das Gesetz Gültigkeit hat, so kann auch nur dieses und nicht das am

Errichtungsorte geltende Gesetz zur Nichtschnur dienen.

Der oberste Gerichtshof hat auch in der Rechts-
sache Nr. 178^{17/18} nach dieser Ansicht erkannt.

3.

Von Begründung der Klage auf Alimentation eines außerehelichen Kindes gegen subsidiär Verpflichtete.

Der Umstand, daß der wegen Alimentation eines außerehelichen Kindes in Anspruch genommene subsidiär Verpflichtete zu dieser Alimentation vermögend sei, gehört nicht zur Exekution, sondern bildet den Grund der Klage, weil die Großältern nach preuß. Landr. II, 2, §. 628—630 nur subsidiär für die Alimentation des außerehelichen Kindes ihres Sohnes haften, und zwar nur dann, wenn sie selbst hiezu vermögend sind, im entgegengesetzten Falle aber die Mutter des Kindes vorzugsweise verpflichtet bleibt.

Die Klägerin muß daher den Grund ihrer Klage in der gedachten Beziehung beweisen, denn die Frage, ob die Klage statt habe, kann nicht in der Exekution entschieden werden.

Erl. des UG. d. vormal. Regatkr. v. 26. März
1831, Nr. 397^{30/31}.

Gnomen.

Es gibt Personen, so bedacht mit Geistesgaben,
Daß sie fast jeder Zeit die falsche Meinung haben.

Ständ' Jedem an der Stirn' der Seele Werth und Wesen,
So würde man sehr oft „Ich bin zu kaufen“ lesen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 16. Samstag, den 5. August 1848.

Diäten-Excesse, Inßändigkeit hierbei, Befugniß der
Einschreitung von Amtswegen.

Bei Uebertretungen der bestehenden Vorschriften über Taggelder-Bezüge sind hauptsächlich zwei Fälle zu unterscheiden:

1) entweder ist die Erhebung von Taggeldern deshalb nicht gerechtfertigt, weil gar kein Grund vorlag, ein Geschäft außerhalb des Gerichtssitzes vorzunehmen;

2) oder es war hiezu zwar ein Grund vorhanden, es wurde aber das vorgeschriebene Maass der Taggelder überschritten, z. B. statt einer halben eine ganze Tagfahrtgebühr erhoben, für zwei an einem und demselben Tage auswärts vorgenommene Geschäfte auch der Betrag zweier Taggelder von den Mitgliedern der Gerichtskommission eingenommen, u. dgl.

I.

Es entsteht die Frage, welche Behörde oder Stelle die zuständige sei, wenn Diäten-Excesse in Sachen der Rechtspflege vorkommen?

Ein Erkenntniß des k. O. A. vom 6. Nov. 1846 Nr. 1400^{40/41} stellt den Grundsatz auf,
XIII.

daß; wenigstens bezüglich des Landgerichts = Personales, in dem ersten der oben erwähnten Fälle das vorgesezte Appellationsgericht, in dem zweiten Falle aber die k. Kreisregierung Kammer des Innern die zuständige Stelle sei, um Ordnungs- oder Disziplinarstrafen über den fehlenden Beamten zu verhängen und Rückvergütung der zur Ungebühr bezogenen Taggelder anzuordnen. Es heißt in den Gründen dieses Erkenntnisses:

Daß k. Appellationsgericht als Oberaufsichtsbehörde über das Landgerichtspersonale in Beziehung auf dessen richterliche Funktionen war nicht kompetent, eine Disziplinarstrafe gegen den N. N. in solchen Fällen zu verfügen, wo es sich nicht darum, ob ein richterliches Geschäft zulässig gewesen, sondern lediglich darum handelt, ob bezüglich des Quantum des Diäten ein Excess begangen worden sei. Denn nach §. 14 der IX. Verf. Beilage hat bei Staatsdienern, welche nicht zum subalternen Personale gehören, die vorgesezte Amtsbehörde Disziplinarstrafen mit der Folge der Stellung vor Gericht zu erkennen. Da nun die Landgerichte nach Maßgabe der verschiedenen Zweige ihres Wirkungskreises sowohl den k. Kreisregierungen, als dem k. Appellationsgerichte untergeben sind, so richtet sich die Zuständigkeit der Kreisstellen in Beziehung auf Disziplinarstrafen nach dem Gegenstande, bezüglich dessen der Landgerichtsbeamte sich eine Uebertretung zu Schulden kommen ließ. Die Prüfung des Tax- und Sportelwesens, sowie der Diäten der Beamten, namentlich der Landgerichtsbeamten, steht nach §. 124 des Edikts vom 8. Oktober 1810, die provisorische Taxordnung betr., den Kreisregierungen zu, und sind nach Abschnitt VI, §. 35 — 44 Diäten auch in Beziehung auf richterliche Geschäfte zu den Taxen und Sporteln, von welchen dieses Edikt

handelt, gerechnet. Ferner ist in der Verordnung vom 27. März 1817, die Formation, den Wirkungskreis und Geschäftsgang der obersten Verwaltungsstellen betr. §. 55, und in jener vom 17. Dez. 1825, §. 82, Abs. 2 den Kreisregierungen Kammer des Innern im Benehmen mit den Kammern der Finanzen die Abstellung der Spottels- und Taxexcesse, wohin nach §. 37 — 44 des Edikts vom 8. Okt. 1810 auch Diätenexcesse gehören, übertragen. Hiernach sind die Landgerichtsbeamten, soweit das Quantum der Diätenexcesse in Frage steht, nicht den k. Appellationsgerichten, sondern ausschließlich den k. Regierungen untergeordnet, so daß also diese auch die im §. 14 der IX. Verf. Beilage bezeichneten vorgesetzten Amtsbehörden in Hinsicht auf die bei Diätenbezügen nothwendig werdenden Disziplinar-Einschreitungen sind, wonach auch die Bestimmung des §. 81, Abs. 5 der Verordnung vom 17. Dez. 1825 zur Anwendung kommt, nach welcher den k. Regierungen Kammer des Innern das Erkenntniß in allen Disziplinar-Sachen nach den Vorschriften der §. 10 — 15 der IX. Verf. B. bezüglich der ihnen untergebenen Behörden und Aemter zugewiesen ist. Wenn daher den k. Appellationsgerichten im organischen Edikte über die Gerichtsverfassung vom 24. Juli 1808 §. 37 die Aufsicht über die Untergerichte, wohin nach §. 6 auch die Landgerichte gehören, im Civil- und peinlichen Fache übertragen ist, so bezieht sich dieses nur auf das Formelle und Materielle der Rechtspflege selbst, nicht aber auf Gegenstände, welche nur in einer äußeren Verbindung hiermit stehen und durch spezielle Verordnungen der Aufsicht der k. Regierungen zugewiesen sind. — Anderß verhält es sich in jenen Fällen, wo der Exceß in der Unzulässigkeit des richterlichen Geschäfts selbst seinen Grund hat: denn hier handelt es sich nicht

um das Quantum, sondern um eine Uebertretung in der Rechtspflege selbst ¹⁾).

II.

Was die Frage anlangt, ob Diäten = Excesse nur auf Beschwerde der Betheiligten oder auch von Amtswegen, wenn nur die Oberbehörde in irgend einer Weise Kenntniß davon erhält, zu untersuchen seien? — so äußert sich hierüber ein Erl. des OLG. vom 2. Januar 1847 Nr. 327^{43/44}, wie folgt:

Daß k. Appellationsgericht war, auch ohne daß Beschwerden von Seite der Betheiligten vorlagen, berechtigt und verpflichtet, wegen der angezeigten ungehörigen Kommissionäreisen und Diäten = erhebung im Disziplinarwege einzuschreiten, da es sich nicht nur darum handelt, daß den Gerichts-

¹⁾ Das OLG. spricht in diesem Erkenntnisse nur von der Bußständigkeit der Kreisregierungen bei Diäten = Excessen der Landgerichtsbeamten. Wie verhält es sich aber bei solchen Excessen der Kreis- und Stadtgericht = Beamten? — Folgericht kann nach §. 82 der angeführten Verordnung vom 17. Dez. 1825 auch bezüglich dieser Beamten die Bußständigkeit der k. Kreisregierungen nicht beanstandet werden, wenn es sich um das Quantum der Diäten handelt. Denn wenn diesen Stellen unbezweifelt das Recht zusteht, das Maas der Taggeldansätze zu prüfen und zu entscheiden, ob ein Uebermaas vorhanden sei: so muß ihnen auch die Befugniß gegeben sein, den schuldigen Beamten deshalb zur Verantwortung zu ziehen. Nach dem Geschäftsgange werden zwar bei Kreis- und Stadtgerichten dergleichen Fälle höchst selten vorkommen; immer bleibt es aber ein Mißstand, daß ein im reellen Justizdienste angestellter Beamter in einem mit der Rechtspflege gleichwohl nur in äußerer Verbindung stehenden Punkte einer Administrationsstelle untergeordnet sein soll.

Möge bei der neuen Gerichtsorganisation auch dieser Mißstand beseitigt werden!

untergebenen ohne hinreichenden Grund Zahlungen überbürdet würden, sondern auch vorzugsweise der Umstand zu berücksichtigen war, daß die Vor-
nahme von Amtshandlungen außer dem Gerichtssitze aus Rücksichten des Dienstes nur statthaft ist, wenn die Verhältnisse es nothwendig machen, daß das Geschäft auswärts vorgenommen werde. Die Ordnung des Dienstes bringt es mit sich, daß das Gericht in der Regel alle seine Handlungen am Gerichtssitze vorzunehmen habe, daß die Betheiligten, welche bei einer Verhandlung gegenwärtig sein müssen, zu diesem Zwecke am Gerichtssitze zu erscheinen haben, daß es nicht darauf ankommen kann, ob die Betheiligten es ihrer Bequemlichkeit oder ihres Vortheils halber selbst wünschen, daß eine Gerichtshandlung außer dem Gerichtssitze vorgenommen werde. Nur dann kann von dieser Regel eine Ausnahme gestattet werden, wenn die Natur des vorzunehmenden Geschäfts oder die Unfähigkeit eines Betheiligten, bei Gericht zu erscheinen, eine Ausnahme gebieten. Es hängt mithin nicht vom Ermessen eines Landgerichts-Vorstandes oder Beamten ab, ob es mit Rücksicht auf örtliche, persönliche oder Geschäfts-Verhältnisse ersprießlich sei, ein Gerichtsgeschäft auswärts vorzunehmen. Schon die Taxordnung vom 8. Okt. 1810 §. 35. 36 setzt voraus, daß nur solche Amtsgeschäfte, welche nur durch Reisen ausgerichtet werden können, auswärts vorgenommen werden, und eine durch Ministerial-Entscheidung vom 19. Okt. 1828 generalisirte Ausschreibung der k. Regierung des Regenskreises (Döllinger Verord. Samml. Bd. XVII, S. 351—353) hat neuerdings eingeschränkt, daß alle Geschäfte in der Regel am Orte des Gerichtes behandelt werden sollen, mit dem Beisatze, daß, wenn in anderen, als solchen Fällen, wo es die Natur des Geschäftes oder die Verhinderung eines

Betheiligten, bei Gericht zu erscheinen, ersordere, Kommissionen auswärtig vorgenommen werden, die Hiesfür aufgerechneten Kommissionskosten gestrichen werden sollen, auch wenn in dem Protokolle bemerkt wäre, daß von den Betheiligten auf Kommissions-Abordnung angetragen worden sei. Dem fehlenden Beamten ist auch die Rückvergütung der für den Protokollführer und Gerichtsdienener erhobenen Diäten zu überbürden, da diese, welche den Anordnungen des Beamten folgten, zum Ersatze nicht angehalten werden können²⁾.

Dr. Eop.

- 2) Zur Abschneidung des für äußere Beamte allzu große Forderungen darbietenden Diäten-Unwesens hat das 1. Appellationsgericht von Oberfranken zwei sehr zweckmäßige Aussschreiben erlassen:

1) In einem Erlasse vom 25. Januar 1839 (Kreis-Int. Bl. von Oberfr. Jahrg. 1839, Nr. 17, S. 119) ist — besonders für Vornahme auswärtiger Geschäfte in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit — angeordnet, daß a) der Antrag der Betheiligten auf Vornahme des Geschäfts außer dem Gerichtssitze zu Protokoll aufgenommen werden solle, b) die Betheiligten den besonderen Grund ihres Gesuches anzugeben haben, c) diesem Gesuche nur stattgegeben werden darf, wenn eine zur Vornahme des Geschäfts nothwendige Person verhindert ist, am Orte des Gerichtes zu erscheinen, d) daß den Betheiligten, wenn das Gesuch begründet gefunden wird, zu eröffnen ist, welche Kosten durch die Vornahme des Geschäfts außer dem Gerichtssitze veranlaßt werden. Die Vornahme auswärtiger diesen Vorschriften widerstreichender Geschäfte hat Abstrich der Taggelber und Ordnungsstrafen zur Folge.

2) Ein Erlaß vom 19. April 1839 (ebendaselbst Nr. 51, S. 413) bezweckt die Verhütung unnöthiger gerichtlicher Inventuren in Orten, wo das Bamberger Landrecht gilt, da nach diesem Gesetze Th. II, Kap. I, Tit. 3. §. 13 die Anfertigung eines Privat-Inventars in allen Theilungsfällen, auch wenn Minderjährige betheiligt sind, die Regel bildet. Die Betheiligten sollen nach diesem Erlasse jedesmal vor Verfertigung einer gerichtlichen Inventur über die Befugniß, die ihnen das Gesetz einräumt, belehrt werden.

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Ueber die Verjährung der Klagen des Fiskus.

Die Frage, ob die Klagen des Fiskus in 30 oder 40 Jahren verjähren, ist nach gemeinem Rechte bestritten.

Geuffert's Lehrb. des praktischen Pandektenrechts 2te Ausgabe §. 28, Note 5.

Der oberste Gerichtshof des Königreichs Bayern hat sich in einem Erkenntnisse vom 19. Febr. 1847 Nr. 831^{41/43} aus folgenden Gründen für die 30jährige Verjährung entschieden.

Nach l. 3 Cod. de praescript. 30 vel 40 annor. (7. 39) verjähren sowohl persönliche, als dingliche Klagen, namentlich die actiones in rem speciales, wohin die vindikationsklage gehört, innerhalb 30 Jahren, und es fragt sich daher nur, ob bezüglich der fiskalischen Klagen eine Ausnahme besteht.

Die ältere Doktrin hatte allerdings, wiewohl nicht ohne Widerspruch, die Behauptung aufgestellt, daß alle Klagen des Fiskus erst in 40 Jahren verjähren.

Leyser med. ad Pand. spec. 458.

Rave de praescript. §. 27.

Zhibaut über Besitz und Verjährung §. 47

lit. d in Verbindung mit §. 97, Nr. 2.

Höpfner's Kommentar §. 393, Note 5.

Unterholzner's Verjährungslehre Band I, §. 46.

Schweppe röm. Privatrecht 2te Ausgabe §. 172 u. a. m.

Allein schon Pufendorf verwarf in seiner observ. jur. univ. Tom. II. observ. 50 diese Ansicht, insoweit nicht ein fundus patrimonialis im Sinne des römischen Rechtes in Frage steht, und führte ein Präjudiz des Obertribunals zu

Wolffenbüttel) vom 2. Okt. 1745 an, und auch Arnold Wilhelm Ertel in seinem Werke: *aurea praxis* Thl. II, exercit. 80, S. 613—614 pflichtet unter Allegation mehrerer älterer Autoren jener Ansicht in Beziehung auf solche Güter, welche nicht die Eigenschaft von Patrimonialgütern haben, nicht bei, wiewohl er bemerkt, daß nach der gemeineren Meinung eine vierzigjährige Präskription auch bei anderen Gütern angenommen werde.

In der neuesten Zeit ist nun aber auch von den bewährtesten Rechtslehrern diese Meinung der älteren Doktrin über ein allgemeines Privilegium des Fiskus bezüglich der Verjährung seiner Klagen innerhalb 40 Jahren als den Vorschriften des römischen Rechts widerstreitend verworfen worden.

Wening-Ingenheim *Civilrecht* Th. I, §. 39 in. fine.

Puchta *Pandekten* §. 91, Note d. d.

Savigny *System des heutigen römischen Rechts* Band V, §. 247, S. 360 lit. B.

Bangerow *Lehrbuch für Pandektenvorlesungen* Band I, S. 137, Note 4.

Es kann hiernach eben so wenig von einem durch übereinstimmende Meinung der Rechtslehrer als von einem durch die Praxis anerkannten Rechtsfakt, daß die Klagen des Alerars ohne Unterschied in 40 Jahren verjähren, die Rede sein, in welchem Falle allerdings dieses Privilegium angenommen werden müßte, wie aus l. 37 Dig. de legibus (l. 3) hervorgeht.

Bei einer genauen Prüfung der gesetzlichen Quellen über die Verjährung der Klagen ergibt sich nun aber mit voller Gewißheit, daß auch die Klagen des Fiskus, sie seien persönliche oder dingliche, in 30 Jahren verjähren, und daß nur einzelne Ausnahmen von dieser Regel bestehen, aus welchen aber, eben weil es Ausnahmen sind, ein allgemeiner Grundsatz nicht abgeleitet werden kann.

Die l. 14 Cod. de fund. patrim. (ll. 61) spricht zwar nicht ausschließend von der adquiretiven, sondern auch und zwar vorzüglich von der extinctiven oder Klagenverjährung, wie aus den Worten:
 „nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum vel locorum.
 „vel domorum a publico actionem vel
 „molestiam vel quamlibet inquietudinem
 „formidare,“

klar hervorgeht, und im Commentare von Glück Band VIII, S. 409 gezeigt wurde; allein sie handelt von einer ganz besonderen Art von Staatsgütern, wie sich aus allen einzelnen Gesetzen jenes Kodextitels, namentlich aus l. 2 mit 10 evident ergibt, bei welchen nicht sowohl ihre Beziehung zum Verare, sondern ihre individuelle Eigenschaft, welche in einer Art von emphyteutischem Verhältnisse besteht, der speziellen Gesetzesvorschrift zu Grunde liegt, so daß diese im eigentlichen Sinne als eine lex singularis erscheint, welche nach l. 14 und 15 Dig. de legibus eine analoge oder ausdehnende Anwendung nicht zuläßt.

Daß die Eigenschaft jener Güter als Staatsgüter nicht der Grund der vierzigjährigen Verjährung gewesen sei, geht mit voller Evidenz aus dem Umstande hervor, daß auch die Güter der Kirchen genannt sind, welche zur Zeit, wo jenes Gesetz erlassen wurde, das Privilegium der längeren Zeit noch nicht hatten,

Savigny a. a. D.

somit offenbar nicht die Person des Eigenthümers sondern lediglich die ganz eigenthümliche Beschaffenheit und resp. Rechtsverhältniß der Patrimonialgüter es war, weshalb bei ihnen eine vierzigjährige Präskription vorgeschrieben wurde.

Aus einer solchen höchst speziellen Bestimmung, welche in einem besonderen Titel des Gesetzbuches vorkommt, wo lediglich von einem ganz

eigenthümlichen Rechtsverhältnisse die Rede ist, läßt sich also schon an sich ein generelles Prinzip nicht ableiten, und wenn auch Doktrin und Praxis aus einzelnen Entscheidungen des römischen Rechtes allgemeine Grundsätze aufgestellt haben, so ist dieses doch nur hinsichtlich solcher Entscheidungen der Fall, welche nach dem konkreten Falle oder dem angegebenen legislativen Grunde die Ausnahme eines allgemeinen Grundsatzes, sowie die Anwendung auf andere ähnliche Verhältnisse gestatten, und wobei die verbotende Vorschrift der l. 14 und 15 Dig. de legibus nicht entgegensteht.

Eben so wenig läßt sich aus l. 4 Cod. de praescript. 30 vel 40 annor. ein Privilegium des Fiskus oder überhaupt die Bestimmung, daß dessen persönliche oder dingliche Klagen ohne Unterschied in 40 Jahren verjähren, ableiten, weil in jenem Gesetze diese Verjährungszeit nur bei jenen Klagen vorgeschrieben ist, für welche früher noch gar keine Verjährung bestimmt war, oder bei denen sich die Richter eigenmächtige Auslegungen bezüglich der dreißigjährigen Verjährung erlaubt hatten.

Nun bestand aber nur hinsichtlich der Steuern an den Staat die Bestimmung, daß eine Verjährung nicht statte, und eine willkürliche Auslegung der Vorschrift über die 30 jährige Verjährung in Hinsicht auf andere Rechte oder Güter des Fiskus ist durchaus unerweisbar, so daß also die fragliche l. 4 Cod. de praescript. 30 vel 40 annor. nicht den entferntesten Anhaltspunkt für die fiskalische Behauptung einer vierzigjährigen Verjährungszeit bezüglich seiner Klagen darbietet.

Hiernach ist es gar nicht nothwendig, auf die weitere Argumentation aus l. 6 Cod. de fund. rei priv. (11, 65) in Verbindung mit l. 6, §. 1 Dig. de jure fisci (40, 14) einzugehen,

wiewohl sie eine wichtige Unterstützung für die Annahme einer dreißigjährigen Verjährung der fiktischen Klagen darbietet, wie bereits der Richter II. Inst. gründlich erörtert hat.

2.

Suspensivbedingung. Beweislast¹⁾. Eidesnorm.

Wenn eine Partei das Rechtsgeschäft, auf welches als ein unbedingt abgeschlossenes ihr Gegner einen Anspruch gestützt hat, nur unter einer Suspensivbedingung gleich vom Anfange eingegangen zu haben behauptet, so läßt sich nicht annehmen, daß sie das Geschäft selbst in dem vom Gegner behaupteten Maasse eingeräumt und dagegen nur eine von ihr zu beweisende Ausflucht vorgebracht habe. Vielmehr liegt in jener Behauptung ein Leugnen des gegnerischen Anführens in seinem Zusammenhange, verbunden mit einer dieses Leugnen motivirenden Erläuterung. Denn ein unbedingt geschlossener Vertrag ist ein ganz anderes Rechtsgeschäft, als ein solcher, welcher gleich vom Anfange unter einer Suspensivbedingung eingegangen worden ist, sollten auch beide auf denselben Gegenstand gerichtet sein. Jener Vertrag ist nämlich (abgesehen von hieher nicht gehörenden Ausnahmen) schon in dem Augenblicke seiner Abschließung perfekt geworden, dieser dagegen gelangt erst dann zur Perfektion, wenn die Bedingung erfüllt wird. Wer aber ein ganz anderes Rechtsgeschäft, als sein Gegner, behauptet, gesteht offenbar nicht das Vorbringen des letztern zu, sondern leugnet dasselbe. Da nun nach einem hinlänglich bekannten Grundsatz über die Beweislast derjenigen Partei, welche eine relevante Thatsache behauptet hat, die von ihrem Gegner in Abrede gestellt worden ist, der Beweis der Existenz dieser

¹⁾ Comment. über die O.D. Bd. 3, S. 39. — W. f. Rn., Bd. 3, S. 358—61.

Thatsache, nicht aber dem Gegner der Beweis der Nichtexistenz derselben obliegt, so muß auch in dem Falle, wenn jene Behauptung darin bestand, daß ein unbedingter Vertrag geschlossen worden sei, der Gegner aber, indem er sich auf die angebliche sofortige Beifügung einer Bedingung bezog, die unbedingte Abschließung des Vertrags geleugnet hat, nicht dieser die Bedingung, sondern jene Partei, daß der fragliche Vertrag unbedingt eingegangen worden, beweisen.

Ist der Eid über das Anführen, daß ein Vertrag unbedingt geschlossen worden sei²⁾, angetragen und von dem Gegner, welcher sein Leugnen dieser Behauptung durch die Beziehung auf eine angeblich beigefügte Bedingung erläutert hat, angenommen worden oder als von demselben angenommen zu betrachten, so würde es an und für sich zur Entscheidung der Sache vollkommen genügen, wenn der Eid lediglich darauf, daß der fragliche Vertrag nicht unbedingt abgeschlossen worden sei, gerichtet würde. Da jedoch der Inhalt des Eides in einem solchen Falle an Bestimmtheit gewinnen und in Folge dessen der Möglichkeit einer Mentalreservation begegnet werden wird, wenn dem

-
- 2, Bei Anwendung der oben entwickelten Ansicht kommt es übrigens nicht darauf an, ob die Partei, welche auf die unbedingt erfolgte Abschließung eines Vertrags einen Anspruch gegründet hat, sich bei der Darstellung dieser Thatsache gerade des Wortes „unbedingt“ bedient habe. Denn wenn sie auch dieses Wort selbst nicht gebraucht hat, so liegt doch darin, daß sie sich auf eine bereits definitiv erfolgte Abschließung bezogen und aus selbiger ohne Weiteres ein Klagrecht abgeleitet hat, von selbst die Behauptung der unbedingten Abschließung, welche dadurch, daß ihr Gegner dieselbe geleugnet und dabei ausdrücklich auf eine angeblich sofort erst beigefügte, nicht etwa erst späterhin, durch eine nachträgliche Stipulation, hinzugebrachte Bedingung sich bezogen hat, nur bestimmter hervortritt, als dies sonst der Fall gewesen wäre.

Schwörenden nicht bloß die von ihm geleugnete Behauptung seines Gegners, daß der Vertrag unbedingt abgeschlossen worden, sondern zugleich auch daß von ihm selbst zur Motivirung seines Leugnens geschehene Anführen, daß der Vertrag unter der von ihm angegebenen Suspensivbedingung eingegangen worden sei, eidlich zu bestärken aufgegeben wird, so stellt sich die Aufnahme dieses letzteren Umstandes in die Eidesformel als angemessen dar.

Erk. des UG. zu Dresden von 1844, Bochensblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1844, Nr. 51, S. 407 — 8.

3.

Ueber die Einrede der abgeurtheilten Sache.

Der Pfarrer Sch. . . hatte im Jahre 1807 gegen die Gemeinde und resp. Begüterte in der Markung seines Pfarrortes eine Klage auf Entrichtung des Brachzehntes gestellt, wurde aber durch ein Landgerichtliches Erkenntniß v. 16. März 1807 mit dieser Klage abgewiesen.

Nach Ablauf von mehr als 30 Jahren nach Erlassung dieses Erkenntnisses klagte nun die Pfarrei gegen mehrere Grundbesitzer in derselben Markung auf Anerkennung und Entrichtung des Brachzehntes, und wurde von den Beklagten auf dem Grunde des erwähnten Erkenntnisses die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen gesetzt. Die Pfarrei bestritt aber die Wirksamkeit der Rechtskraft, weil sowohl der jetzige Kläger als die nunmehrigen Beklagten andere Personen seien, als in dem früheren Rechtsstreite, und der Pfarrer Sch. . . ohne Konsens der Kuratel- und geistlichen Oberbehörde gehandelt habe. Allein diese Gründe wurden in II. und III. Instanz als unrichtig verworfen, und namentlich im oberstrichterlichen Erkenntniß vom 9. Juni 1848, Nr. 1473^{45/40} folgende Grundsätze aufgestellt:

Das Erkenntniß vom 16. März 1807 würde, wenn es wirklich erlassen wurde, und in Rechtskraft überging, allerdings die Einrede der abgeurtheilten Sache begründen.

a) Nach dem in beglaubigter Abschrift vorgelegten Erkenntniße des l. Landgerichts B. vom 16. März 1807 handelte es sich damals um den in der Brache gebauten Kleinzehnt, sohin um daselbe Objekt, welches gegenwärtig in Frage steht.

b) Die Beklagten waren, wie aus dem Ruzbrum des Erkenntnißes hervorgeht, die Begüterten in der Gemeinde Lengensfeld, also die Besitzer der zehntpflichtigen Grundstücke. Wenn nun auch die jetzigen Beklagten nicht dieselben Personen sind, welche an jenem Rechtsstreite Theil genommen haben, und wenn sie auch sämmtlich oder theilweise nicht die Erben dieser letzteren, sondern Singularsuccessoren derselben sein sollten, so wirkt doch für sie nach der klaren Bestimmung der Gerichtsordnung Kap. XIV, §. 11, Nr. 4 die Rechtskraft, weil sie nach geendigtem Streite die Grundstücke, welche im Prozesse befangen waren, erworben haben, und der frühere Streit mit den rechtmäßigen Contradictoren ausgetragen wurde, auch bezüglich ihrer das nämliche Rechtsverhältniß, wie bei letzteren obwaltet.

c) Nach derselben Gesetzesstelle wirkt aber die Rechtskraft auch gegen den jetzigen Pfründebesitzer, überhaupt gegen alle Nachfolger desselben und die Pfründe selbst.

Denn die Pfründebesitzer sind die gesetzlichen Nutznießer und Verwalter der pfarrlichen Einkünfte und Rechte und repräsentiren als solche die moralische Person der Pfründe selbst, da ein anderes Organ für die Verwaltung des Pfarreivermögens nicht besteht. Dispositionen also, welche von ihnen über das Pfarvermögen getroffen werden, erscheinen als Handlungen der moralischen Person selbst, und kann

daher die Analogie der aus der Verschiedenheit des Nutznießers und Eigenthümers einer Sache entspringenden rechtlichen Wirkungen nicht hieher bezogen werden, weil hier die Voraussetzung nicht eintritt, daß die Personen des Nutznießers und Eigenthümers getrennt erscheinen, vielmehr beide in einem und demselben Individuum repräsentirt sind.

Wenn demnach der Pfründebesitzer über ein pfarrliches Recht vor Gericht streitet, so erscheint er nicht bloß als zeitlicher Nutznießer, sondern zugleich als Vertreter der moralischen Person der Eigenthümerin selbst, und zwar im gegebenen Falle um so gewisser, als nach dem Inhalte des erwähnten Erkenntnisses nicht bloße Rückstände von unbeanstandeten Zehnten, sondern das Zehntrecht selbst in Frage stand, so daß der Prozeß nicht das bloß individuelle Interesse des Pfründebesitzers für die Zeit seines Amtes, sondern die Berechtigung der Pfarrei als solcher betraf.

Es hat daher darauf, daß im Rubrum jenes Erkenntnisses der Pfarrer Sch. . . genannt wurde, in Beziehung auf die Wirkung der Rechtskraft gegen die Pfarrei selbst nichts anzukommen, da diese nur durch den Pfarrer vertreten werden konnte, und solcher die ganze juristische Persönlichkeit der Pfründe in sich vereinigt.

d) Wenn nun auch die Wirksamkeit der Dispositionen des Pfründebesitzers über Rechte der Pfarrei selbst durch die Genehmigung der weltlichen Kuratel und geistlichen Oberbehörde bedingt, im gegebenen Falle aber nicht behauptet ist, daß jener Prozeß, in welchem das Erkenntniß vom 16. März 1807 erging, mit einer solchen Genehmigung geführt worden sei, so ist der desfallsige Anstand um deswillen unerheblich, weil seit dem Jahre 1807, wo jenes Erkenntniß erlassen wurde, bis zu dem Tage, wo die Einrede der abgeurtheilten Sache daraus abgeleitet und opponirt ward,

mehr als 30 Jahre verflossen sind, sohin hiedurch die in Folge der etwa unterlassenen Konsenserteilung begründete Nichtigkeit des Verfahrens nach klarer Vorschrift der Gerichtsordnung Kap. XIV, §. 2, Nr. 3 außer Wirkung gesetzt ist.

4.

Voraussetzungen des Manifestationseides.

In den Motiven eines DAGE. vom 2. Mai 1845 (Nr. 1539^{12/43}) kommt hierüber vor: „Nach GD. XIII, §. 5 setzt der Antrag auf den Manifestationseid Folgendes voraus:

a) Auf Seite der Schwörenden:

α) eine fremde oder in Anspruch genommene Sachengesamtheit. Letzteres („in Anspruch genommene“) bezieht sich auf die Ansprüche der Gläubiger auf Befriedigung aus den fraglichen Sachen.

β) Es muß sich in solcher Weise eingemischt worden seyn, wie es Eigenthümer, Erbprätendenten, Verwalter, zu thun pflegen. Es muß sich der in Anspruch Genommene da, wo es sich von fremden Sachen handelt, in einem solchen Verhältnisse zu der Sachengesamtheit befunden haben, welches die Verbindlichkeit zur Errichtung eines Inventars mit sich bringt.

γ) Es handelt sich hiebei nur von Fällen einer ohne Gefährde d. h. ohne widerrechtliche Absicht geschehenen Einmischung in fremde, oder als Befriedigungsmittel in Anspruch genommenen Sachen. Trägt nämlich die Einmischung den Charakter der Gefährde, des widerrechtlichen Vorgesatzes, so ist der Schätzungseid, das juramentum in litem für den Berechtigten indigirt.

b) Auf Seite des den Eid Verlangenden wird Bescheinigung des desfalligen Interesse vorausgesetzt.

Vgl. Seuffert Comment. Bd. 3, S. 332 f.“

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 17. Samstag, den 10. August 1848.

Die deutsche Grundüberweisung, besonders zu München.
Vom kgl. Advokaten Dr. Hartter.

Durch das Institut des Grundbucheß hat sich zu München unter andern ein Statutarrecht in Rücksicht der Ueberseignung von Liegenschaften innerhalb des Burgfriedens erhalten, welches vom Landrechte von 1756 abweicht. Die Grundüberseignungen werden dahier nicht nur gerichtlich verlautbart und bestätigt, sondern auch zur Evidenzhaltung des Grundbucheß aus demselben vorgetragen, und über diese Handlungen Gerichtsbrief ausgestellt. Es ist nicht unbestritten, ob die eben beschriebene Grundveräußerung den Eigenthumsübergang sofort ohne körperliche Uebergabe der Sache nach sich zieht, und ob ohne Gerichtlichkeit keine Eigenthumsveräußerung geschehen kann? Es gibt Stimmen dafür, daß die Umschreibung im Grundbuche an und für sich die Ueberseignung bewirke, während seit mehreren Jahren in der Regel angenommen wurde, daß körperliche Tradition zur Gerichtlichkeit kommen müsse, wenn Eigenthum auf den Käufer übergehen soll. Ferner wird fast allgemein behauptet, daß Eigenthum auch durch einen außergerichtlichen Vertrag erworben werde, wenn tradirt worden sei, während dieses von Andern, namentlich in gerichtlichen Entscheidungen, geleugnet wird.

Indem wir für die erneute Besprechung dieser praktisch so wichtigen Fragen weitere Vorwortung für überflüssig halten, setzen wir aus dem gemeinen Rechte die Begriffe und das Wesen der gerichtlichen Auflassung ¹⁾, das Institut des Grundbuchs ²⁾, die Wirkung und Bedeutung des Kontrakts, dann der Tradition in Hinsicht auf die Uebertragung von körperlichen Sachen, als bekannt voraus und beginnen sofort mit der Erörterung unserer speziellen Rechtsquellen.

I.

Bayern gehört zu den Ländern des Schwabenspiegels, welcher für dasselbe auch eigens bearbeitet worden war. Damit war auch die Auflassung als Weise der Eigenthumsveräußerung herkommen. Jedoch statuirte schon das Landrechtbuch Kaiser Ludwigs von 1346, daß liegendes Gut durch Brief und Siegel oder durch Besitz einweisung veräußert werde. Diese Bestimmung wiederholt die Reformation des Landrechts von 1516, Tit. 25 b ausdrücklich bezüglich der Veräußerungen unter Lebenden und in dieser Ausdehnung findet sie sich wieder im Landrecht von 1616, Tit. XII, Art. 3 ³⁾. Es folgt daraus, daß in dem Landrecht die römisch-rechtlichen Grundsätze über Besitzveränderung schon so weit Geltung gefunden hatten, daß die außergerichtliche Tradition für sich allein Voraussetzung des rechtmäßigen Besitzes geworden war, daß aber neben der possession noch das germanische rechte Aligen bestand,

¹⁾ So weit sie hier in Betracht kommt: Eigenthumsübertragung durch Erklärung bei Gericht, beziehungsweise Eintragung in die öffentlichen Bücher. Vgl. Mittermaier d. P.R. §. 160, 161.

²⁾ Mittermaier a. a. O. und §. 201.

³⁾ „Wer einen sein Gut außer eines letzten Willens übergeben will, daß soll derselb mit Brief und Siegel thun, oder ihm solchen Guts lebendigen Leibs in Ruß und Gewehr setzen, wie recht ist.“ Und dazn D. Schmid, II, 706, 1 u. 2. —

welches nur durch gerichtliche Verlautbarung und Verbriefung des Vertrages, welche eine *traditio ficta et symbolica* enthält, überging. — In dem bayr. Landrechte von 1756 (Th. II, Kap. 3, §. 7; Th. IV, Kap. 3, §. 9, 10) herrschen durchaus die römisch-rechtlichen Grundsätze über Eigenthumsübertragung. Sie geschieht durch wirkliche *traditio* in Folge des ihren Titel bildenden Uebergabevertrages. Die über den Vertrag der Uebergabe zu gebenden Brief und Siegel der Gefreiten oder des Gerichts haben nicht die Bedeutung einer *ficta et symbolica traditio*, oder wie sich Baron Schmid ausdrückt, *traditio brevi manu*, sondern dienen nur zur Solennisirung und Beglaubigung des an sich gültigen Uebergabevertrages⁴⁾. Brief und Siegel haben nicht mehr die Bedeutung der Einantwortung der Wehre; sie konstatiren nur den Titel, sofort die Rechtmäßigkeit des durch wirkliche Einweisung anzutretenden Besitzes⁵⁾. Der Codex Maximilianeus kennt somit die gerichtliche Auflassung oder die *resignatio judicialis* mit der ihr angehörigen wesentlichen Folge des Eigenthumsüberganges als landrechtliches Institut nicht mehr. Er hat sie aber auch nicht abgeschafft, wo es sich durch Herkommen oder Lokalstatut erhalten hatte⁶⁾.

⁴⁾ Landr. Th. IV, Kap. 1, §. 6, Biff. 1, §. 7, Biff. 3.

⁵⁾ Kreittmayr's Anmerk. zum Landr. Th. II, Kap. 3, §. 7, Biff. 6—10; Th. IV, Kap. 3, §. 10.

⁶⁾ Landr. Th. I, Kap. 1, §. 12; Th. IV, Kap. 1, §. 6, Biff. 2. Kreittmayr's Anmerk. zu Th. II, Kap. 2, §. 6, Biff. 4, lit. o u. Th. IV, Kap. 3, §. 9 u. 10, Biff. 3. Das Hypothekengesetz vom 1. Mai 1822 besteht eine Reinstellung der Besitzobjekte und der Besitzer als Vorbedingung eines geordneten Hypothekenwesens in den Hypothekenbüchern und die Einschreibungen in der I. und II. Rubrik des Hypothekenbuches und die ihr vorhergehenden Akte können als Nachfolger der frühern *resignatio judicialis* betrachtet werden.

II.

Das Rechtsbuch der Stadt München, welches Kaiser Ludwig im J. 1347 bestätigte, verordnet im Art. 31, 270, 512, daß Veräußerungen der Wehr an Liegenschaften zu Eigenthum mit Gerichtshand geschehen und in das Gerichtsbuch eingetragen werden sollen, und daß nur so eingetragene Veräußerungen Giltigkeit haben. Im Jahre 1484 wurden sämmtliche Häuser und Grundstücke in der Stadt München beschrieben, in vier Stadtviertel vertheilt, und in die Viertel- oder Grundbücher eingetragen ¹⁾. Diese Grundbücher waren vorzugsweise zur Aufrechterhaltung des Kredites nöthig, indem das häufig gewordene, aber in einen Giltkauf verschleierte Darlehen wünschenswerth machte, zu wissen, welche Gilten auf jedem Grundstücke lasten, damit der weitere Eigenthümer bei geschehenden Verlassungen nicht eine Wehre bekomme, welche mit ihm unbekannt gebliebenen Grundlasten beschwert wäre. Die Viertelbücher enthalten sofort die Aufzählung der Liegenschaften, und bezeichneten nicht nur ihre Besitzer, sondern wiesen auch die bestellten Grundgiltten auf. Die Grundbuchordnung v. 1572 befehlt die Anlage neuer Viertelbücher, da die seitherigen abgenützt waren, und die Grundbuchordnung v. 1573 wollte auch das im Burgfrieden außerhalb der Stadt entlegene Gebiet in Grundbücher gebracht wissen. Nach der Grundbuchordnung v. 1572 sollten alle Kaufbriefe über Grundstücke, so im Burgfrieden gelegen, in der Stadtschreiberei geschrieben, durch den Stadtschreiber und Unterrichter mit den Ewiggeld und Grundziegeln gesiegelt, und in die Grundbücher eingetragen werden. Das Kaufbriefformular, welches die

¹⁾ Eingang der Grundbuchordnung v. 1572. — Auer Münchener Stadtr. S. 243.

Grundbuchordnung selbst im Art. 14 gibt, lautet dahin:

§. 1. es werde verkauft und zu kaufen gegeben wie der Stadt München Kaufs recht ist umb grund und voden ic. haus ic. das freies, ledigs und unansprachs aigen ist; §. 3. Hierauf so haben wir das Haus, wie wir das inne gehabt, überantwort und übergeben, wie der Stadt München Gebrauch und Recht ist, thuen auch solche tradition damit und in crafft des Brieffs in bester form als das geschehen soll. §. 4 Verzeihen und darauf des obgenannten Haus ic. die Käufer sollen und müssen nun fürs das benant Haus innhaben ic. als mit andern aigen guet ⁸⁾.

Diese für München vorgeschriebene Form der Grundübereignung, welche sich auch in der renovirten Grundbuchordnung von 1628 wieder findet ⁹⁾, ist die deutsche Auflassung ¹⁰⁾, resignatio judicialis, welche den Eigenthumsübergang durch sich selbst bewirkt, weil die amtliche additio, in Folge deren der Uebergabebrief ausgestellt worden, das Eigenthum auch ohne wirkliche Uebergabe durch Ausstellung von Brief und Siegel zuschlägt ¹¹⁾, und weil endlich die vorgeschriebenen Uebergabebriefsformulare auch der Bestätigung der Besitzeinweisung erwähnen. Das bürgerliche Eigenthum des Erwerbers wird aber sofort durch die Einschreibung im Grundbuche, nach welchem die Grundeigenthumsverhältnisse allein bemessen werden sollen, wirksam.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Ueber extinctive Verjährung bei Realasten.

In einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom

⁸⁾ Auer Stadtr. S. 252 f.

⁹⁾ Auer, S. 263—269.

¹⁰⁾ Auer l. c. von Auflassung S. 304.

¹¹⁾ Art. 31 des Stadtrechtbuchs.

13. August 1846, Nr. 1620 sind in Beziehung auf erlöschende Verjährung der Reallasten folgende Erörterungen enthalten:

Es wird zwar von mehreren Rechtsgelehrten die Ansicht vertheidigt, daß bei den deutschen Reallasten eine extinctive Verjährung nur durch *usucapio libertatis* auf Seite des Verpflichteten, nämlich durch Anforderung von Seite des Berechtigten, hierauf erfolgte Verweigerung des Verpflichteten und sofortige Beruhigung des ersteren während der Verjährungsperiode vermittelt werden könne;

Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts S. 153 und 178.

Maurenbrecher Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 224;

allein andere Rechtslehrer, namentlich

Buri Erläuterung des Lehenrechts, zweite Abtheilung S. 77 u. f.

Dunker die Lehre von den Reallasten III, Abschnitt S. 32 u. f.

Wolff Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts S. 127, Note 284

behaupten mit besserem Grunde, daß nach Verschiedenheit der Verhältnisse auch die bloße Nichtausübung der Reallasten innerhalb der zur Verjährung erforderlichen Zeit¹⁾ die Erlöschung der Reallasten mittelst Verjährung begründe.

¹⁾ Dreißig Jahre sind gemeint. — Die in vorliegender praktischen Mittheilung ausgeführte Ansicht ist in der Reformation der freien Stadt Frankfurt ausdrücklich adoptirt. Zhl. II, Tit. 7, §. 16 dieses Partikularrechts verordnet: „So der Binsreicher und seine Erben den Bins, auch Erbzinß und Pfacht länger als dreißig Jahre von deswegen, daß sie nicht erfordert worden, nicht gereicht hätten: so wollen Wir, daß im selben Fall die Präskription und Verjährung statt haben und der Binshaber solche Bins und Pfacht ferner nicht mehr zu fordern haben soll: es geschehe denn aus besondern ehelichen Ursachen, welche zu rechtlicher Erkenntniß sollen gestellt

Die deutschen Realasten, namentlich diejenigen, welche in dem Rechte einer auf dem Gute eines Andern ruhenden Abgabe oder sonstigen Leistung bestehen, werden in allen Beziehungen den dinglichen Rechten gleich geachtet, indem auf sie die gesetzlichen Vorschriften über Besitz, possessorische Rechtsmittel, konfessorische und negatorische Klagen angewendet werden;

Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 154

was Alles nur unter der Unterstellung möglich ist, daß sie zu den dinglichen Rechten gehören.

Ist dieß aber der Fall, so müssen auch alle jene Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen; welche bei dinglichen Rechten überhaupt gelten, namentlich also auch die Grundsätze über Erwerbung und Verlust derselben durch Verjährung.

Daß der Erwerb und Verlust derselben durch Verjährung möglich sei, hierüber ist mit weniger Ausnahme selbst die neuere Doktrin einig, und die Praxis hat sich hiefür entschieden ausgesprochen.

Da nun die Verjährung aus dem römischen Rechte in die deutschen Rechtsinstitute übertragen,

werden.“ — Dr. Souchay bemerkt hiezu in den Anmerk. zur Frankf. Reform. Bd. I, S. 174: „Wenn man diese Worte so auslegen wollte, daß die verfallenen und 30 Jahre lang nicht geforderten Zinsbeiträge verjährt sein sollen, so würde diese Lehre mit dem gemeinen Rechte vollkommen übereinstimmend erscheinen. Künftig noch nicht verfallene Zinsen dagegen konnten nicht eingeklagt werden, konnten sonach auch nicht durch Klagenverjährung verloren gehen. *Agero non valenti non currit praescriptio*. Allein diese Ansicht, deren Richtigkeit noch Orth (Kommentator der Frankf. Reform.) bezweifelt, war in früherer Zeit und bei Abfassung der Reformation (von 1509 bis 1611 dreimal umgearbeitet) nicht die herrschende. Man dachte sich, daß durch 30jährige Nichteinforderung der Gefälle nicht allein diese, sondern das Recht selbst, Gefälle zu fordern, verjährt werde.“

und überhaupt dieses römische Recht im Allgemeinen in Deutschland eingeführt wurde, so müssen auch die Grundsätze desselben über Erwerb und Verlust der Inkorporalrechte durch Verjährung nach den darin statuirten Verschiedenheiten und Modalitäten in Anwendung gebracht werden.

Was nun die Erlöschung solcher Inkorporalrechte durch Verjährung anlangt, so ist im römischen Rechte ein Unterschied zwischen *servit. praed. urban.* und *rustic.* gemacht; bei ersteren kann die erlöschende Verjährung nur mittelst der *usucapio libertatis* eintreten, bei letzteren genügt schon der bloße Nichtgebrauch oder die Nichtausübung des Rechtes von Seite des Berechtigten innerhalb der Verjährungsperiode.

l. 6 Dig. de *servit. praed. urb.*

l. 13 Cod. de *servitut.*

Schweyppes röm. Privatrecht 2. Ausg. §. 309.

Glück Pandektenkommentar Bd. X, §. 689 und 690, §. 264 u. f.

Die Reallasten können nun offenbar nicht ganz allgemein nach Analogie der *serv. praed. urban.* behandelt werden, namentlich nicht jene, welche in wiederkehrenden Leistungen bestehen, weil diese der Natur solcher Servituten geradezu widerstreiten, indem solche einen kontinuierlichen Zustand voraussetzen.

Glück Pand. Kommentar Thl. IX, §. 622, §. 31, Nr. 2.

l. 20 princ. Dig. de *serv. praed. urban.*

Auch dienen die Reallasten solcher Art, welche in Naturalabgaben von Grundstücken oder überhaupt in Geld- oder Naturalprästationen bestehen, nicht zum Gebrauche von Gebäuden, und ruhen auch nicht auf Gebäuden, sondern auf Feldgründen, sind daher bei einer analogen Anreihung an die römischen Dienstbarkeiten lediglich zu den Prädialservituten zu rechnen, mit denen sie die in Zwischenräumen eintretende Rechtsausübung von Seite des Berechtigten gemein haben.

Gerade diese Eigenschaft der Rustikalservituten, daß nämlich hier eine wiederkehrende Ausübung des Rechtes auf Seite des Berechtigten vorkommt, ist der Grund, warum bei ihnen der bloße Nichtgebrauch zur erlöschenden Verjährung hinreicht,

Glück l. c. Thl. X, S. 267

indem sich hier aus der bloßen Unterlassung der Rechtsausübung in einer bestimmten Zeit auf einen Verzicht des Berechtigten schließen läßt.

Dieser gesetzliche Grund, aus welchen bei Rustikalservituten die Gesetze dem bloßen Nichtgebrauche die Wirkung der Erlöschung bei dem Vorhandensein eines bestimmten Zeitablaufes beigelegt haben, paßt auch vollkommen auf Reallasten, welche in Geld- oder Naturalprästationen von Grundstücken bestehen, wohin besonders das Zehntrecht gehört, weil auch hier eine Ausübung des Rechtes in Zwischenräumen, nämlich ein Anfordern und Empfangen, vorkommt;

Es will zwar behauptet werden, daß die Bestimmung des römischen Rechtes bezüglich der extinctiven Verjährung der Rustikalservituten auf solche Reallasten, welche im Abreichen von Abgaben in bestimmten Terminen bestehen, nicht angewendet werden könne, weil nach l. 7, §. 6, Cod. de praescript. 30 vel 40 annor. bei jährlichen Prästationen die Verjährung immer nur diejenige Jahresleistung berühre, welche in die Verjährungsperiode falle, nicht aber das Recht selbst, folglich bei der Verjährung des Rechtes noch ein besonderes Factum, nämlich ein Widerspruch des Verpflichteten gegen die Anforderung des Berechtigten und eine Beruhigung des letzteren hierbei vorkommen müsse. Allein mit Recht ist diese Ansicht von Wolff l. c. §. 127, Note 284 verworfen worden, weil die erwähnte l. 7, §. 6 Cod. bloß von persönlichen Forderungen handelt, bei denen, weil eine Klage hier nicht auf ein Recht und besonders nicht auf die künftig fällig werdenden, sondern immer nur auf die rückständigen Prästationen

gerichtet sein kann, aus der Unterlassung der Anforderung nur die Annahme eines Verzichtes auf die einzelnen in die Verjährungsperiode fallenden Leistungen, nicht aber auf die Forderung selbst möglich ist, während bei den Realkasten schon bei der ersten Nichtleistung einer Præstation eine *actio confessoria utilis* Statt findet, welche auf das Recht selbst und die Verbindlichkeit zur künftigen Fortleistung geht, so daß hier aus dem Unterlassen einer Anforderung fälliger Leistungen auch ein Verzicht auf das Recht selbst und somit auf alle künftigen Leistungen gefolgert werden kann.

Hiernach läßt sich die lediglich für Obligationenverhältnisse gegebene Vorschrift der I. 7, §. 8 Cod. I. c. auf dingliche Rechte überhaupt und somit auch auf Realkasten, welche den dinglichen Rechten in den wesentlichsten Beziehungen angehören, wegen Ungleichheit des Rechtsobjectes und des gesetzlichen Grundes nicht erstrecken.

Eben so wenig läßt sich die Annahme, daß eine *usucapio libertatis* nothwendig sei, aus der Unterstellung rechtfertigen, daß die Anforderung einer solchen Leistung, namentlich des Zehnten, eine *res merae facultatis* sei, so daß die Unterlassung dieser Anforderung allein ohne Hinzukommen der Voraussetzungen der *usucapio libertatis* keinen Freiheitöbeseß auf Seite des Verpflichteten, also auch nicht die Verjährung begründe. Denn die Ausübung eines Rechtes an einer fremden Sache ist keine *res merae facultatis*, als welche nur eine solche Handlung verstanden werden kann, deren Vornahme oder Unterlassung an sich nie und unter keiner Voraussetzung als Gegenstand einer Verbindlichkeit erscheint, und rechtliche Wirkungen erzeugt.

Glück's Pand. Kommentar Bd. 1, S. 112

Höpfner's Kommentar 8. Aufl. §. 400, Nr. 3, besonders litt. b.

Anmerkungen des Baron Kreittmayr zu Zhl.

II, Kap. IV, §. 3, Nr. 5 des Cod. Max. civil. bavar.

Also nur die Vornahme von Handlungen oder deren Unterlassung an der eigenen Sache des Handelnden oder Unterlassenden, dann die Vornahme oder das Unterlassen von Handlungen, die ihrer Natur nach ein Gegenstand einer Zwangspflicht werden können, kann hieher gerechnet werden, weil hier kein im entgegengesetzten Interesse Bethelligter vorhanden ist, oder keine rechtliche Möglichkeit einer fortbauenden Verbindlichkeit besteht, wie dies z. B. bei dem Höherbauen von Gebäuden, dem Verkehre mit gewissen Gewerbsleuten, Errichtung von Testamenten und dergleichen, der Fall ist.

In allen diesen Fällen ist die Annahme eines Verzichtes auf das Recht, zu handeln oder zu unterlassen, zu Gunsten eines Andern an sich allein und ohne Hinzutritt besonderer Voraussetzungen durchaus undenkbar.

Höpfner l. c. Nr. 3, Abs. 2.

Bei der Ausübung eines Rechtes an einer fremden Sache ist aber ein Bethelligter an der Vornahme oder an der Unterlassung dieser Ausübung vorhanden, die Unterlassung derselben kann der Natur der Sache nach eine rechtliche Nothwendigkeit werden, und ist hiernach hier auch ein Verzicht des Berechtigten zu Gunsten des Verpflichteten denkbar.

Nach diesen Erörterungen ist die Ausübung von Realkasten keine *res merae facultatis*, weil hier von keinem Rechte an der eigenen Sache, sondern einem Rechte an fremdem Eigenthum, sowie auch von keinem Rechte die Rede ist, deren Aufgeben oder Unterlassen nie zur Zwangspflicht werden könnte.

2.

Liquidation im Konkurse nach §. 118 des Hypotheken-Gesetz.

Hierüber sagt ein OUC. v. 5. Mai 1846, Nr. 334^{47/48} Folgendes:

Der Gläubiger U. hat am ersten Ediktstage durch Produktion seines Rekognitionsscheins liquidiert, in welchem ausdrücklich auf das Hypothekenbuch für V. Bd. I, S. 263, 267 und 271 hingewiesen war, hat daher unverkennbar wenigstens mittelbar auf das Hypothekenbuch Bezug genommen; eine unmittelbare Bezugnahme aber ist im Gesetze nicht angeordnet. Unlangend den Umstand, daß in dem Rekognitionsscheine nicht einmal der Tag bezeichnet ist, an welchem die Hypothek eingetragen wurde, so hat diese Bezeichnung nur auf die Priorität, nicht auf die Liquidität der Forderung, Bezug, und dieser Mangel wird dadurch ersetzt, daß nach dem Inhalte des Rekognitionsscheines die Forderung des Liquidanten zur dritten Stelle nach den ihr vorgehenden 700 fl. eingetragen ist, so daß auch hinsichtlich der Priorität der Forderung kein Zweifel mehr bestehen kann. — Wenn ferner unter einem Kapitale, und insbesondere unter einem verzinslichen und auflösbaren Kapitale nur ein Darlehen verstanden zu werden pflegt, so ist, wie erwähnt, durch den produzierten Rekognitionsschein auch auf das Hypothekenbuch selbst Bezug genommen, von welchem ein Auszug den Gläubigern vorgelegen war. In dem Hypothekenbuche ist aber die Forderung des U. ausdrücklich als Darlehen bezeichnet, und kann in dieser Eigenschaft durch die am dritten Ediktstage vom Liquidanten eventuell vorgebrachte Zergliederung seiner Forderung um so weniger eine Aenderung erleiden, als auch eine Forderung für Arbeitslohn durch Novation in eine Darlehensforderung umgewandelt werden kann. L.

3.

Ueber nothwendige Servitut nach preussischem Landrechte.

Daß preussische Landrecht verordnet im Tgl. I, Titel 22, §. 3 Folgendes:

„auch solche Einschränkungen muß jeder Grundbesitzer sich gefallen lassen, ohne welche ein

„anderes Grundstück ganz oder zum Theile
„unbrauchbar sein würde.

Es entsteht nun die Frage, ob diese gesetzliche Bestimmung auch dann in Anwendung komme, wenn es sich um eine mit einem Grundstücke verbundene Servitut handelt, deren Ausübung nur durch eine auf benachbarten Grundstücken zu verwerkstelligende Befugniß des Servitutberechtigten möglich ist.

Der Besitzer eines Hofes hat als solcher das Hutrecht auf einem Wiesenrunde, und verlangte auf dem Grunde obiger gesetzlicher Vorschrift von dem k. Fiskus das Durchtriebsrecht über einen nur dem Fiskus zustehenden Forstweg, den übrigens der Besitzer des erwähnten Wiesenrundes zum Wegfahren des Heues benützen darf, indem er behauptete, daß er ohne dieses Durchtriebsrecht seine Weidgerechtigkeit nicht ausüben könne.

Der oberste Gerichtshof des Königreichs Bayern hat die Anwendbarkeit der angezogenen Gesetzesstelle auf diesen Fall in einem Erkenntniß v. 38. April 1833 aus folgenden Gründen verworfen:

Die angezogene Stelle des preussischen Landesrechtes bestimmt ausdrücklich, daß ein Grundbesitzer sich nur solche Einschränkungen gefallen lassen muß, ohne welche ein anderes „Grundstück“ ganz oder zum Theile völlig unbrauchbar sein würde.

Da nun bei der im Allgemeinen schon für das Eigenthum streitenden Vermuthung der natürlichen Freiheit ein solches dieselbe beschränkendes positives Gesetz zweifellos nur im engsten Sinne ausgelegt werden darf, so kann dasselbe auch nicht analog von einem Grundstücke auf eine Grundgerechtigkeit bezogen und angewendet werden, und zwar um so weniger, als der Titel 22, Thl. I des preussischen Landesrechtes nur von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander handelt, somit keineswegs eine nothwendige Servitut behufs der Ausübung einer andern Servitut gestattet.

Zwar ist in den erstrichterlichen Entscheidungsgründen angeführt, daß, insoferne das fragliche Durchtriebsrecht eine Zubehör des Grundbesitzes der Kläger sei, auch von dem Durchtriebsrechte gelten müsse, was in Bezug auf die Hauptsache Anwendung finden würde; allein dieser Entscheidungsgrund ist nicht richtig, weil auch in dem Falle, wenn die Kläger ein Hutrecht auf dem fraglichen Wiesengrunde gar nicht haben würden, doch nicht gesagt werden könnte, eine theilweise oder völlige Unbrauchbarkeit ihres Grundbesitzes (mit welchem das Weiderecht verbunden ist) vorhanden sei.

4.

Ueber den Gerichtsstand des Wohnortes.

Aus einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 27. Febr. 1836, Nr. 32^{35/30} entnehmen wir über die Verschiedenheit der Heimath und des Domizils folgende Ausführung:

Nach der Gerichtsordnung Kap. I, § 3, und den Anmerkungen hiezu litt. c. ist in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte dadurch, daß Jemand an einem bestimmten Orte seinen Wohnsitz aufschlägt, das *forum domicilii* begründet, in dem hiezu nur der wirkliche Aufenthalt mit der Absicht, denselben irgendwo beständig zu nehmen, erforderlich ist.

An dem rechtlichen Begriffe des Domizils, d. i. des ständigen Wohnsitzes im Sinne der Gerichtsordnung, insoweit hievon der Gerichtsstand abhängig gemacht ist, haben weder das Heimaths- noch das Ansässigmachungsgesetz vom 11. September 1825 das Mindeste geändert, was schon im Allgemeinen daraus erhellt, daß diese Gesetze ihrem ganzen Inhalte nach nur für die polizeilichen und Gemeindevverhältnisse neue generelle Normen zu geben beabsichtigten, ohne hiedurch in die Rechtspflege und insbesondere in die Bestimmungen über den Gerichtsstand einzugreifen, daß ferner selbst die von

der Staatsregierung bei der Vorlage der betreffenden Entwürfe angegebenen Motive (Beil. Bd. IV, zu den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten S. 6, 9) noch von einem Domizile im Sinne der Gerichtsordnung sprechen, und daß, hätte man dieses Domizil und die dadurch bedingte rechtliche Wirkung bezüglich des Gerichtsstandes aufzuheben beabsichtigt, dieses durch eine ausdrückliche Bestimmung geschehen wäre, und hätte geschehen müssen.

Daß Heimath und Domizil noch jetzt wesentlich verschieden sind, geht selbst aus einzelnen gesetzlichen Bestimmungen hervor.

a) Nach §. 5 des Heimathsgesetzes gewährt die Heimath nur einen Anspruch auf Wohnsitz, ohne die Zulässigkeit eines Wohnsitzes ohne Heimath auszuschließen, so daß Jemand die Heimath in einer Gemeinde haben kann, ohne dort zu wohnen, und an einem andern Orte seinen Wohnsitz, ohne dort ein Heimathrecht zu genießen.

b) Jeder mögliche Zweifel hierüber verschwindet im Hinblick auf die Bestimmung des §. 2, Nr 3. des Gesetzes vom 1. Juli 1834, die Revision der Verordnung und die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden betr., worin zum klaren Beweise des noch jetzt bestehenden Unterschiedes zwischen Heimath und Domizil von Heimathsbehörigen anderer Gemeinden die Rede ist, welche in einer Gemeinde einen ständigen Wohnsitz haben können (Miethsleute, Junleute), ohne deshalb Gemeindeglieder oder Heimathsberechtigte zu sein.

c) Hiemit steht auch der §. 6. des Heimathsgesetzes im Einklange, welcher jeden Staatsangehörigen berechtigt, seinen Aufenthalt beliebig im ganzen Königreiche zu wählen, wenn er sich auf erlaubt Weise ernährt, und ihm nicht auf Gesetz oder Verordnungen gegründete Rücksichten entgegenstehen, wonach es ihm bei dem Vorhandensein

dieser Bedingungen auch gestattet ist, daselbst seinen Aufenthalt für immer zu nehmen.

Zur Notiz.

Eine Anzahl von Einsendungen für die Blätter für Rechtsanwendung, welche der Redaktion im Laufe des Jahres zugekommen sind, wurden seither weder benützt, noch beantwortet. Diese Unterlassung hängt damit zusammen, daß der Herausgeber durch die weltgeschichtlichen Erschütterungen unserer Tage auf ein anderes Feld literarischer Thätigkeit geführt wurde, welches die ganze ihm zugemessene Arbeitszeit Monate hindurch in Anspruch nahm: Solon verpflichtete jeden Bürger, in Zeiten gefährvoller Parteilämpfe nach Kräften an den öffentlichen Angelegenheiten Theil zu nehmen. Aber eben die Rücksicht auf das Maas meiner Kräfte läßt mir die Rückkehr zu den milder aufregenden, mir mehr zusagenden nicht politischen Beschäftigungen als räthlich erscheinen; mit gesteigertem Behagen werde ich insbesondere fortfahren, das Organ einer langjährigen gemeinnützigen Wirksamkeit, die Blätter für Rechtsanwendung, sorgsam und eifrig zu pflegen.

An den Ergebnissen meiner politischen Thätigkeit gehört auch die Gründung des neuen Münchner Tagblattes „Der Reichsbote“, von mir angeregt und mit Rath und That gefördert. Die Sonne der Pressfreiheit hat überall neue wohlfeile Tagblätter hervorgerufen, welche großentheils durch das Reizmittel eines vorgerückten Radicalismus Abonnenten zu werben suchen. Es thut wirklich noth, der sehr überhandnehmenden Giftdiffusion durch Darbieten von Gegengift entgegenzuwirken. Im Sinne des Reichsboten liegen: Festhalten an der konstitutionellen Monarchie mit den Errungenschaften der Märztage und mit besonnener Fortbildung auf geselligem Wege; friedlicher Genuß verfassungsmäßiger Freiheit mit Aufrechterhaltung der geselligen Ordnung; gleichmäßige Vertretung der Bildungs- und Wirthschafts-Interessen aller Staatsangehörigen; sodann lebenskräftige Einigung Bayerns mit allen deutschen Stämmen; in allen Beziehungen aber Mäßigung und Wahrheitsliebe. — Durch seine leitenden Artikel über wichtige Tagesfragen (seiner Zeit über Wahl-Kandidaturen), Korrespondenzen aus Frankfurt, schnellste Berichte über alle bedeutsame Vorgänge in der Hauptstadt, über Dienstverrichtungen und Dienstbesetzungen erstrebt der (halbjährig nur 1 fl. kostende) Reichsbote einen Wirkungskreis im ganzen Königreiche. Der Unterzeichnete ergreift die Gelegenheit, das neue Tagblatt den Lesern der Blätter für Rechtsanwendung zur eifrigen Mitwirkung für dessen Ausstattung und Verbreitung bestens zu empfehlen.

J. A. Seuffert.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 18. Samstag, den 2. Sept. 1848.

Ueber Zinsgüter nach dem Würzburger Landrechte.

Die deutschen Zinsgüter, nämlich solche Bauerngüter, von welchen Grundzins, Handlohn und dergleichen Abgaben entrichtet werden müssen, sind im Allgemeinen weder als Emphyteusen im Sinne des römischen Rechtes, noch als wahre Lehen zu beurtheilen.

Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts Band II, §. 486.

Schneidt *elementa jur. francon.* §. 63.

Es geht dieses, abgesehen von allen anderen Rücksichten, schon aus der einzigen Erwägung mit voller Gewißheit hervor, daß dieser zins- und handlohnbaren Güter in Saals und Lagerbüchern Erwähnung geschieht, deren Alter über die Zeit der Einführung des römischen und longobardischen Lehenrechtes hinausreicht.

Allerdings kann es in Deutschland Zinsgüter geben, und giebt wirklich solche, welche die Eigenschaft emphyteutischer und im wahren Lehen verbande stehender Güter haben, weil nach Einführung jener ausländischen Rechte in Deutschland die ursprünglichen deutschen Institute mehrfach nach dem in jenen Rechten ausgeprägten Muster sich umgestaltet haben; allein als Regel muß noch

XIII.

jetzt der ursprünglich deutsche Charakter mit allen ihm eigenthümlichen Merkmalen und rechtlichen Folgen festgehalten, sohin die Eigenschaft einzelner Güter als Emphyteusen oder Lehen zu den Ausnahmen gerechnet werden.

Was nun insbesondere die Zinsgüter im Gebiete des ehemaligen Fürstenthums Würzburg betrifft, so ist aus der Verordnung vom 3. Jan. 1746, die Veräußerung der zins-, gült- und lehensbaren Güter betr. (Sammlung der Würzburger Landmandate Bd. II, S. 405—407), mit voller Gewißheit zu entnehmen, daß die Zinsgüter als solche in jenem Fürstenthume die Regel bilden, und nur ausnahmsweise auch Emphyteusen und Lehen dort vorkommen. Es heißt nämlich in jener Verordnung:

„Dahingegen, soviel die außer solchen lößlichen Zins- Gült- und Lehenstücken sonst uns und Unserem fürstlichen Hochstift Würzburg oder einer andern obvermeldten Lehensherrschaft etwann zugehörigen wahren und eigentlichen Lehen auch emphyteutische Güter belanget, welche dem Lehenherrschaft mit einer wahren Lehen- oder emphyteutischen Gerechtigkeit zugethan sind etc.“

Der Ausdruck „etwann“ deutet ganz klar darauf hin, daß solche wahre Lehen und Emphyteusen in Franken zu den ungewöhnlichen Erscheinungen gehören, und daher als Ausnahmen von der allgemeinen Regel der Zinsguteigenschaft zu betrachten seien, wonach derjenige, der eine solche Ausnahme in einzelnen Fällen behauptet, den Beweis hierüber stellen muß, weil für die Eigenschaft des deutschen Zinsgutes nach obiger Verordnung eine qualifizierte gesetzliche Vermuthung spricht.

Gerichtsordnung Kap. XII, §. 2, Nr. 4.

Die erwähnte Verordnung giebt übrigens zu erkennen, daß, wenn von Lehen bei Bauerngütern

überhaupt die Rede ist, nicht die wahren Lehen, sondern ebenfalls nur Zinsgüter verstanden werden, weil hierin Lehenstücke im Gegensatz von wahren und eigentlichen Lehen genannt werden; und der Lehenherrschaft auch bei den einfachen Zinsgütern Erwähnung geschieht, daher die Ausdrücke „Lehen oder Lehenherrschaft“, welche in anderen Verordnungen oder in Urkunden vorkommen, durchaus nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß es sich von eigentlichen Lehen handle.

Die rechtlichen Wirkungen dieses Unterschiedes sind aber von hoher Bedeutsamkeit. Bezüglich der Zinsgüter steht den Grundholden ein freies Veräußerungs- und Vererbungsrecht zu, und dieselben sind insbesondere nur zur Anzeige, nicht aber zur Einholung des grundherrlichen Konsenses bei Veräußerungen solcher Güter verpflichtet.

Verordn. v. 15. Jan. 1742 und 3. Jan. 1746
(L. M. G. Bd. II, S. 293 u. 405.)

Es ist in diesen Verordnungen ausdrücklich gesagt, daß die Anzeige der Veränderungen nur bei den Aemtern zum Behufe der Einschreibung und Abschreibung dieser Besitzveränderungen in den Lehenbüchern zu geschehen habe, und lediglich die Zerstückelung oder Vertheilung der Zinsgüter ist ohne ausdrückliche Bewilligung des Grundherrn untersagt.

Verordn. vom 5. März 1626, 31. Juli 1725,
5. Dec. 1726, und 23. Mai 1733 (L. M.
G. Bd. I, S. 220. 735 u. 764, dann Bd. II,
S. 84. ***).

Die deutsche Grundübereignung, besonders zu München.

Vom kgl. Advokaten Dr. Hartter.

(Schluß.)

III.

Das Münchner Stadtrecht von 1347, welches die gerichtliche Auflassung als statutarisch bezeichnet,

bestimmte, daß über Eigen auch Geding mit Gültigkeit gemacht werde¹²⁾. Es entspricht die Gültigkeit der außergerichtlichen Verträge über Grundeigenthum dem germanischen Rechte, und insbesondere dem bayerischen Landrechte. Gleiches gilt bezüglich der Besitzübertragung durch einfache traditio. Es wurde aber die Frage aufgeworfen, ob nicht die Grundbuchordnungen in beiden Stücken eine Aenderung herbeigeführt haben? Allerdings ist nicht zu läugnen, daß die Grundbuchordnungen die gerichtliche Errichtung der Grundübergabebriefe anordnen, und solchen Kaufbriefen, die nicht von der Stadtschreibererei verfertigt wurden, keine Kraft zuerkennen, ja daß dieselben sogar kassirt werden sollen¹³⁾. Es steht daher fest, daß zu München in der Regel eine Grundübereignung nur durch gerichtliche Verlautbarung geschehen könne. Eine Ausnahme gab man zu bezüglich der Grundverträge Siegelmäßiger in Gemäßheit der VIII. Beilage zur Verf.-Urk. §. 2. Man hielt es zur Grundübereignung für hinlänglich, wenn die Verträge dem Gerichte in Vorlage kamen, wonach die gerichtliche Ad- dictio und Umschreibung vorgenommen wurde. Bezüglich der außergerichtlichen Veräußerungen Unsiegelmäßiger ist nun zu bemerken: Wenn gleich zugegeben werden muß, daß durch einfaches Geding nach den Grundbuchordnungen nicht über- eignet wird, so kommen dergleichen Bedinge doch

12) Stadtr. v. 1347, Art. 20: „Wie man Chauf
 „war soll machen.“ „Ewo zween mit einander
 „umb einen Chauf, den ainer mit Geding von dem
 „andern gethan hat, mag er daz war machen.“ —
 Wäre ein solches Geding unerheblich, so könnte das
 Stadtrecht darüber keinen Beweis fordern.

13) Grundbuchordnung v. 1572, Art. 1. Auer S. 244. —
 Ebenso die Grundbuchordnung von 1628, Art. II,
 Auer S. 263.

nach einer mit Erfolg nicht unterbrochenen Gewohnheit und Gerichtspraxis als Verpflichtungen zur Vornahme der gerichtlichen Auffassung in Betrachtung; eben so rechtmäßige Besitzeinweisungen in dem bereits oben entwickelten Sinne, wenn der Käufer nach vorgängigem pactum in die Were wirklich eingewiesen worden ist. Denn man kann dann unmöglich die Rechtmäßigkeit seines Besizes bestreiten, so wenig er auch Anspruch darauf hat, daß er als bürgerlicher Eigenthümer eines Gutes von der Behörde betrachtet wird, deren maassgebende Einträge in den öffentlichen Büchern vielmehr eine dritte Person als Eigenthümer anführen. Als Besitzer schützt der Erwerber eines Gutes sich selbst, und es stehen dem außergerichtlichen Käufer vor und nach der an ihn geschehenen körperlichen Einantwortung gerichtliche Klagen auf Vertragserfüllung und Schutzmittel, wenn er sich im Besitze befindet, zu.

IV.

In Fällen der Uebereignung lassen sich mehrfache thatsächliche Zustände denken, welche mit den Rechten des Erwerbers dem Veräußerer oder Dritten gegenüber nicht im Einklang stehen, und die daher beseitigt werden sollen. Ist 1) ein Gut außergerichtlich verkauft, aber weder gerichtlich aufgelaufen noch wirklich eingewantwortet, oder hat der frühere Eigenthümer nur eines von beiden gethan, daß andere aber verweigert, so geht hier die anzustellende Klage auf Vertragserfüllung¹⁴⁾, da auch der außergerichtliche Kauf volle Gültigkeit hat. Die Vertragserfüllung besteht nicht nur in der Ueberantwortung des körperlichen Besizes, sondern auch in der Einräumung des Eigenthums. Nur beide mit einander machen die Uebereignung aus, denn ohne traditio gelangt der

¹⁴⁾ Pandr. Zhl. IV, Kap. 3, §. 18.

Käufer nicht zur physischen Herrschaft über das Grundstück und ohne gerichtliche Auflassung nicht zur vollständigen Ausübung der Eigenthumsrechte, indem z. B. eine weitere Veräußerung oder der Verkauf von Giltten aus der Sache, die Bestellung von Hypotheken darauf ohne Umschreibung im Grundbuche, ohne Anerkennung des Eigenthums des Erwerbers von Seite der Obrigkeit nicht möglich sind. Durch die Klage verfolgt sofort der Käufer nicht nur die Erlangung der natürlichen Herrschaft über das Gut, sondern auch dessen gerichtliche Addition und Zuschreibung in den öffentlichen Büchern. Hat die *resignatio judicialis* Statt gefunden, wodurch das Eigenthum auf den Erwerber überging, und unterblieb nur die Besitzanweisung, so ist neben der Klage auf Vertragserfüllung auch die strenge Eigenthumsklage zulässig, da sich dieselbe auf die Auflassung basirt ¹⁵⁾.

2) Es ist aber auch möglich, daß ein gehörig verlassenes und tradirtes oder auch nur einfach übergebenes Grundstück an einen Dritten kam, von welchem es verlangt werden soll. Wer eine Liegenschaft durch Geding an sich bringt, ist *bonae fidei possessor*, und hat das Recht, von seinem Gewerer zu verlangen, daß er ihn gerichtlich vertrete, wenn Jemand die Wehre ansieht ¹⁶⁾. Es kann ihm aber auch schwerlich die *actio in rem publiciana* verweigert werden, wenn er den ihm vom Gewerer eingeräumten juristischen Besitz verloren hätte ¹⁷⁾. Geschieht aber die gerichtliche Verlassung des Gutes, so vindicirt der Erwerber mit Recht dem dritten Besitzer gegenüber ¹⁸⁾, selbst wenn zu

¹⁵⁾ Pandr. Thl. II, Kap. 2, §. 7 u. 8.

¹⁶⁾ Vgl. auch Sachsenspiegel I, 9.

¹⁷⁾ Pandr. Thl. II, Kap. 2, §. 9. — Glück Komm. XIII, 12. — v. Savigny Syst. des h. r. Rechts V, 515. 565.

¹⁸⁾ Pandr. Thl. II, Kap. 2, §. 7 u. 8.

der Auflassung keine Tradition gekommen wäre, denn auch ohne diese wurde er dominus civilis, zu dessen Befugnissen auch der vindicirte Besitz gehört¹⁹⁾. Hat der Eigenthümer oder Besitzer verpachtet, oder verpfändet, und wird nach Ausführung der Verpflichtungen des Verpächters oder Pfandschuldners die Rückantwortung verweigert, so ist die Kontraktklage anzustellen²⁰⁾ oder selbst die *condictio sine causa*, wegen der Unrechtmäßigkeit der längeren Vorenthaltung des Gutes²¹⁾,

V.

Wer einen außergerichtlichen oder auch gerichtlich verlaublichen Kaufvertrag über ein Grundstück abgeschlossen hat, erwirbt dadurch ein Recht, Vertragserfüllung zu fordern, welches er mit gerichtlicher Klage verfolgen kann. Durch den Vertrag allein wurde der Käufer ebenso wenig Eigenthümer als Besitzer. Zum Eigenthümer macht ihn erst die gerichtliche Auflassung, und Besitz erlangt er mittelst der körperlichen Uebergabe. Bevor, er diese erwirkt, kann von keinem Eigenthums- und auch von keinem Besitzrechte auf Seite des Käufers die Rede sein. Also ist er auch nicht in der Lage, Sicherung des Besitzes oder Eigenthumsrechts von der Behörde zu gewärtigen. Dennoch aber müssen wir zugeben, daß derjenige, welcher einen Gegenstand verkauft, sich der weiteren Disposition darüber begibt, indem er vielmehr verbunden ist zur vertragsmäßigen Uebergabe der Sache²²⁾. Er verpflichtet sich daher *implicite*, die Sache nicht weiter zu veräußern, und zwar namentlich weder sie weiter zu verkaufen, noch zu verpfän-

19) Stryk usus mod. XIX, 1, §. 4.

20) Pandr. Ihl. II, Kap. 6, §. 21, Biff. 2; Ihl. IV, Kap. 2, §. 5, Biff. 5; Kap. 6, §. 21, Biff. 2.

21) Pandr. Ihl. IV, Kap. 13, §. 9.

22) Pandr. Ihl. IV, Kap. 3, §. 9, Biff. 1 u. 3.

den, Weil nun aber eine weitere Veräußerung an sich nicht ungiltig wäre ²²⁾, steht allerdings dem Käufer möglicher Verlust seines Kaufsobjectes zu fürchten, wenn der Verkäufer nochmals veräußern sollte. Ja selbst, wenn in Folge des Vertrages bereits tradirt worden wäre, könnte für den Besitzer noch Verlust entstehen, wenn der frühere Besitzer einem andern gerichtlich auflassen würde, dessen Eigenthumserwerbung dem rechtmäßigen Besitzer des frühern Erwerbers vorginge, der äußere gerichtliche und gerichtliche Kauf begründen allerdings ein Recht auf Sicherung, damit nicht weitere Veräußerungen vorgenommen werden, ehe die gerichtliche Auflassung erfolgt. Der Käufer kann daher auch bei dem Hypothekenamte gegen jede weitere Veräußerung protestiren und verlangen, daß in die II. Rubrik des Hypothekenbuchs eine Dispositionsbeschränkung vorgemerkt und dann eingetragen werde, welche seine aus dem Vertrage erworbenen Rechte auf unverkürzte Einantwortung sichert ²³⁾. Ist dem Käufer außergerichtlich tradirt worden, so bescheinigt er seinen Besitz bei dem Hypothekenamte, und bewirkt Vormerkung und dann Eintrag des Besitztittels und Besitzes in das Hypothekenbuch ²⁴⁾, wodurch der Verkäufer die Möglichkeit verliert, weitere Veräußerungen vorzunehmen. Ein Eintrag im Grundbuche geschieht natürlich ohne richterliche Abdiktion nach vorgängiger gerichtlicher oder siegelmäßiger Kontraktform nicht.

²²⁾ Puchta: Veräußerung gegen Vertrag. In der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw., XII, 220—236.

²³⁾ Hypothekengesetz von 1822, §. 27. 28. 109. 110.

²⁴⁾ Pr. Landrecht Thl. I, Tit. 10. Hypoth.-Ordn. v. 20. Dec. 1783. — Oesterr. Ges.-Buch Art. 431 u. folg. — Bayer. Hypoth.-Gesetz §. 140, vergl. mit 109.

VI.

Sofort dürfte sich als Resultat ergeben haben, daß die gerichtliche Auflassung ein Akt sei, welcher nicht nur den Vertrag einer Outöveräußerung solemnisirt, sondern auch durch die nach der Verlautbarung des Uebergabekontraktes erfolgende gerichtliche additio und Umschreibung der Liegenschaft auf den Erwerber die Uebereignung selbst darstellt. Sie ist eine Art der Eigenthumsübertragung, und wenn gleich nach dem bayer. Landesrecht neben ihr die traditio aufgekomen und längere Zeit in Uebung blieb, so ist sie dennoch in München die einzige rechtmäßige Art der Uebereignung von Liegenschaften innerhalb des Burgfriedens. Es kann demnach auch innerhalb des Stadtgebietes München nur durch das Mittel der Auflassung Grund und Boden dieses Gebietes übereignet werden, und ohne Umschreibung im Grundbuche keine Liegenschaft mit dem Eigenthume in eine andere Hand kommen, während außergerichtliche Outübergaben zwar gültig, und selbst die ihnen unterliegenden oder vorausgegangenen Verträge, auch ohne nachgefolgte traditio verbindlich sind, aber durchaus kein Eigenthum übertragen, sondern nur rechtmäßigen Besitz einräumen, freilich mit der Befugniß des Besitzers, auf außergerichtlichen, wie auf gerichtlichen Schutz seiner Bere durch Vertheidigung gegen Entwerung, und selbst auf Sicherungsmittel des Besitzers und außergerichtlichen Käufers gegen rechtswidrige Handlungen des dominus civilis bei Amt durch Umschreibung des Veräußerungsvertrages oder des Besitzüberganges in die Hypothekenbücher.

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Zustiz- und Verwaltungssachen. Unvordenklichkeit.

In der Reichsstadt Augsburg waren von dem Magistrate unvordenkliche Zeit hindurch an gewisse Stiftungen jährliche Reichnisse und Zuschüsse entrichtet worden. Nachdem Augsburg mit der Krone Bayern vereinigt worden, wurde von der bayerischen Regierung die Fortentrichtung verweigert, indem jenen Reichnissen kein Rechtsverhältniß, sondern nur eine Vergünstigung, zu Grunde gelegen sei. Die in neuerer Zeit deshalb von dem Augsburger Magistrate gegen den k. Fiskus erhobene Klage blieb ohne Erfolg. In dem DAB. vom 8. Aug. 1845, (Nr. 1271^{2/3}) findet sich unter anderem folgende Ausführung: „Der klagende Magistrat vermochte es nicht, in seiner Klage einen grundhaltigen Privatrechtstitel darzulegen, aus dem sich eine mit der Reichsstadt übernommene Verpflichtung des k. Verars herleiten ließe, die in Anspruch genommene Rente an die dabei theilhaftige Stiftung oder Almosenkasse fortan auszahlen zu lassen. Die vorzüglichste Grundlage der ganzen Klage bildete immerhin der Titel der unvordenklichen Verjährung; allein nirgends ließen sich hierbei die Kennzeichen eines Quasibesitzes wahrnehmen, ohne welchen doch keine Verjährung vor sich gehen, oder einen aus der Vorzeit überkommenen Zustand als einen rechtlichen und unwandelbaren befestigen kann. Der klagende Magistrat hat selbst an mehreren Stellen angeführt, daß es zu den politischen Pflichten der vormaligen Reichsstadt als eines kleinen Staates im deutschen Reiche gehörte, für ihre Schulen, Unterrichts- und Bildungsanstalten, so wie für ihre Armen- und Waisenhäuser Sorge zu tragen. Wenn nun der Magistrat, von diesen Verweggründen geleitet, und in der Absicht,

jene pflichtmäßige Vorsorge zu bethätigen, Dekrete erließ, Zuschüsse anwies, gewisse Erfüllungen auf seine Kasse übernahm, und hiebei nach den vorgekommenen Prinzipien des öffentlichen Rechtes die Gleichheit zwischen beiden Religionstheilen beobachtete, so ist hiebei nur ein Anlaß zu der einfachen Voraussetzung gegeben, daß er in allem dem seine Regierungsbrechte ausüben, seine landesväterlichen Pflichten erfüllen, aber nirgends sich eine privatrechtliche Verbindlichkeit mit dem Charakter der Permanenz habe auferlegen wollen, wozu es auf Seite der Stiftungen an allem Forderungsbrechte, so wie an der Aufstellung eines wirklichen Anspruchs von vornherein gefehlt hätte. — Den natürlichen Gegensatz zu dieser einfachen Auffassung der Sache werde nur eine förmliche Dotation bilden, wodurch dem Vermögen einer Stiftung eine auf die Kammergefälle des Territoriums eingewiesene ewige Rente in unwiderruflicher Eigenschaft einverleibt wäre. Allein um eine in dieser Art bestätigte Beziehung in die Zustände übertragen zu können, welche der Magistrat als gegebene Thatfachen der richterlichen Beurtheilung unterbreitete, bedürfte es vor Allem positiver Gründe und Nachweisungen durch die Vorlage oder Anführung von Regierungsakten, welche jene Absicht auf eine bestimmte und klare Weise an den Tag legte. Hieran fehlt es jedoch in den bisherigen Verhandlungen gänzlich. Die wenigen vom Magistrate beigebrachten Urkunden lassen vielmehr deutlich entnehmen, daß die streitige Rente in ihrem Entstehen auf einer ganz freien und nach den Umständen wechselnden Zuwendung beruhte, daher nur als ein Ausfluß der administrativen Befugnisse der reichsstädtischen Regierung zu betrachten sei. — Der Magistrat suchte zwar den Charakter der Stabilität und Unwiderruflichkeit für das von ihm geforderte Einkommen der Stiftung auf die Unvordenk-

felt der entsprechenden Leistungen der Reichsstadt zu stützen, als ein Vorkommniß, welches jeder weiteren Untersuchung über die anfängliche Entstehungsart überhoben und zugleich den Abgang einer dinglichen Wechselbeziehung, oder die fehlende Haftung auf einem Grundvermögen zu ersetzen im Stande sei. Allein die Unvordenklichkeit eines faktischen Zustandes in Bezug auf Rechte und Verbindlichkeiten begründet nur insofern eine Rechtsvermuthung dafür, daß demselben ursprünglich ein verpflichtender Rechtstitel zu Grunde gelegen, und er daher die bloße Fortsetzung eines Rechtszustandes bilde, als die äußern Erscheinungen eine solche Erklärungsweise als die natürlichste, allein mögliche oder doch überwiegend annehmbare darbieten. Dies ist insbesondere der Fall zwischen Sachen und Personen, denen es an einem andern Verbande, als dem einer Berechtigung und entsprechenden Verpflichtung gebricht. Wo aber Verhältnisse vorliegen, welche den streitigen aus der Vergangenheit herabgekommenen Zustand auf eine andere Weise und aus solchen Gründen zunächst erklärbar machen, welche keine Verpflichtung zur Fortdauer in sich einschließen, — welche vielmehr auf Seite des Handelnden als Sache seines freien Beliebens — *res merao facultatis* — erscheinen, da muß nothwendigerweise jene Rechtsvermuthung verschwinden oder in den Hintergrund zurücktreten, weil ihr die wesentlichen Bedingungen der Folgerichtigkeit fehlen. — Das Wesen des Rechts ist das Ewige, Bleibende, ohne Zustimmung der Betheiligten Unwandelbare; — das Wesen der Administration dagegen ist die Beweglichkeit der Maßregeln nach Zeit und Umständen, — nach Rücksichten, welche, wenn auch noch so lange fortbestanden, sich plötzlich verändern oder nicht mehr dieselbe Anerkennung finden können.

Wenn nun der Magistrat der Reichsstadt

Augsburg noch so lange sich auf die stets wieder-
 kehrende Erwägung des nämlichen Bedürfnisses und
 eine durch die Erfahrung erprobte Zweckförderlich-
 keit stützend, sich bewogen fand, einzelnen Unter-
 richts- und Wohlthätigkeitsstiftungen oder ähnli-
 chen Anstalten zu frommen Zwecken, mit deren
 Schutz und Verwaltung er vermöge seiner Hoheits-
 rechte betraut war, gewisse Summen als Beiträge
 auf die städtische Kämmerlei anzuweisen, und wenn
 er vermöge einer nicht von Jahr zu Jahr erneuer-
 ten, sondern indefinite gegebenen Verfügung in je-
 dem neuen Jahr wieder geschehen ließ, was er
 im verflossenen verordnet und gebilligt hatte, so
 konnte eine solche Reihenfolge obrigkeitlicher Ver-
 fügungen aus einem präsumtiv stets freien Antriebe
 hervorgegangen, niemals die Natur eines befestig-
 ten Rechtszustandes annehmen, oder als äußere
 Erscheinung aufgefaßt, eine Vermuthung begründen,
 daß ursprünglich ein Vertrag, eine vergeltliche Ge-
 genleistung, eine Absicht von Dotation dem An-
 fange jener Entrichtungen zu Grunde gelegen sei.
 Dieselbe Regierung, oder jeder Nachfolger derselben
 behielt daher alle Freiheit, eine nur durch die
 Fortdauer derselben Umstände bisher motivirte
 Verwaltungsmaßregel wieder zurückzunehmen, und
 von neuen Erwägungen geleitet, zu modificiren. —
 Der Grundsatz, daß Akte der Liberalität nicht
 vermuthet werden, kann hierauf keine Anwendung
 finden, da es sich auf Seite der Behörden nicht
 darum handelte, etwas von eigenem Vermögen zu
 verschenken, sondern nur die Einkünfte der Stadt
 nach den allgemeinen vorgezeichneten Bestimmungen
 am zweckmäßigsten zu verwenden. Der Gesichtspunkt
 eines zu Gunsten jener Stiftungen bestandes-
 nen individuellen Herkommens ist gleichwenig ge-
 eignet, ihnen Rechte beizulegen. Denn das Her-
 kommen, obwohl auch dem öffentlichen Rechte be-
 kannt, ist immerhin, gleich der unvordenklichen

Verfälschung, nur ein Mittel, nicht Rechte zu gründen, sondern aus der Vorzeit der Gegenwart und Zukunft zu überliefern. Wo also für eine Handlung der Glaube an eine rechtliche Nothwendigkeit — *opinio necessitatis* — für denjenigen, der sie vornahm, nirgends erweislich oder annehmbar ist, da läßt sich auch auf deren öftere Wiederholung nicht der Bestand einer Verpflichtungsgrunde bauen. Ueberdies würde es hier an aller Gleichförmigkeit im Betrage der abgegebenen Summen fehlen, welche vielmehr eine Durchschnittsrechnung ergeben soll.....“

2.

Anspruch auf ein Holzreichniß um die Forsttaxe.

Der beklagte Fiskus wendete gegen die Klage auf Anerkennung eines solchen Anspruchs ein: eine Klage auf Abgabe des Holzes um die Forsttaxe sei unstatthaft, weil das dem Alerar freistehende, das Holz im Versteigerungswege und ohne eine Forsttaxe zu verwerthen, und weil die Abgabe von Holz um die Forsttaxe nichts Anderes sei als ein Kauf, und, so wie es dem Kläger freistehende, seinen Holzbedarf zu kaufen, so müsse es auch dem Holzeigenthümer freistehen, Holz zu verkaufen oder nicht. — In den Motiven des OUC., in welchen dieser Einwand verworfen wurde, kommt hierüber vor: „Daß es schon eine Berechtigung bilden kann, wie bereits in mehreren Forstrechtsprozessen angenommen wurde, eine gewisse Quantität Holz aus einer bestimmten Waldung um den laufenden Preis zu erhalten, so ist dieß um so mehr der Fall, wenn es sich um die Erhaltung einer Quantität Holz um die Forsttaxe handelt. Beklagter selbst gesteht ein, daß Kläger, beziehungsweise seine Vorgesetzten, öfter Holz um die Forsttaxe erhalten haben, warum sollte sich daher eine hierauf gerichtete

tetele Berechtigung nicht denken oder erwerben lassen?"

DAOE. v. 13. Juni 1846. Nr. 464^{4/45}.

3.

Kann die Erwähnung eines Realrechtes in Konsensbriefen als Anerkennung gelten?

Der wegen eines Forstrechts erhobenen Klage war von dem beklagten Fiskus die Einrede der Verjährung entgegengesetzt worden. Hingegen führte Kläger an, bei Uebernahme seines Gutes habe er einen Konsensbrief vom Rentamte erhalten, in welchem das fragliche Forstrecht als Zubehör des Gutes erwähnt sei; darin liege eine Anerkennung des gedachten Rechts, durch welche die begonnene Verjährung unterbrochen worden. Dieses Anführen hatte keinen Erfolg. Die obersterichterlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber: Bei den Konsensbetheilungen der Rentämter zu Gutsveränderungen waltet nicht der Zweck ob, die Realrechte gegen das Alerar, welche mit dem Gute übertragen werden wollen, ihrer Liquidität nach zu untersuchen und anzuerkennen, sondern sie geschehen zum Zwecke der Landemiasbehandlung und Steuerumschreibung; mithin mag eine Anerkennung der erwähnten Rechte zum Nachtheile des Staatsärars daraus nicht gefolgert werden.

DAOE. vom 13. Juni 1846. Nr. 464^{4/45}.

4.

In welchen Zeitraum muß die zehnjährige Ausübung bei der Servituten-Ersizung fallen?

In einem gegebenen Falle war den Klägern zu beweisen aufgelegt: „daß sie mindestens seit 10 Jahren weder mit Gewalt, noch heimlich, noch bittweise, das Recht, ihre am Hagenbach gelegenen Wiesen zu wässern, ausgeübt haben.“ In Weur-

theilung der Ergebnisse der Beweisführung war die Frage zu beantworten, von welchem Zeitpunkte an jene zehn Jahre zu berechnen seien, ob von der (die Klage veranlassenden) Störung im Frühjahr 1834 an zurück, sonach bis 1824, oder ob auch eine frühere zehnjährige, nicht unterbrochene Periode eines fehlerfreien Besizes genüge. Letzteres wurde bejaht. „Haben Kläger dargethan, daß sie das behauptete Recht durch zehnjährige Erfindung erworben, so wird der Fortbestand bis 1834 vermuthet, wenn nicht von Seite der Beklagten eine bis dahin gefolgte besetzelnde Verjährung erprobt ist. Den Worten des Interlokut „mindestens seit 10 Jahren“ kann eine entgegenstehende Deutung nicht beigelegt werden.“

DAGE. vom 30. Juni 1847, Nr. 275^{43/44}.

Nachträge zu dem Aufsatze über „dingliche Gewerbrechte.“

1.

Bu §. 3 am Ende: „für real nicht zu erklären sein“ ist als Anmerkung beizufügen:

„Erl. des AG. v. Oberfranken vom 4. Dez. 1847, Nr. 7270, bestätigt durch DAGErl. v. 4. Febr. 1848, Nr. 424^{41/48}.“ —

2.

Bu §. 7 ist zu der Anmerkung: „DAGErl. v. 3. März 1846 Nr. 995^{41/48} gleichfalls noch weiter beizufügen:

„Erl. des AG. v. Oberfranken vom 4. Dez. 1847, Nr. 7270, bestätigt durch DAGErl. v. 4. Febr. 1848, Nr. 424^{41/48}.“ —

Gnomen.

Vertheidigt Sitte und Gesetz mit Engelszungen;
Der umsturzger'ge Wahn wird nicht damit bezwungen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 19. Samstag, den 10. Sept. 1848.

Das Bodenentlastungsgesetz und die Hypothekgläubiger.

Das Gesetz vom 4. Juni l. J. „die Aufhebung der Standes- und gutsherrlichen Gerichtbarkeit, dann die Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten betreffend“ — hat tief in die bestehenden Rechte eingegriffen, nicht bloß in die Rechte der Gerichts- und Gutsherrn, der Realsberechtigten selbst, sondern auch in die Hypothekrechte, welche auf die von dem neuen Gesetze zur Aufhebung oder Ablösung bestimmten Realgerichte bestellt waren. Durch Art. 1 — 6 wird eine Reihe von Rechten, welche häufig in Hypothekbestellungen als Bestandtheile des Hypothekobjektes vorkommen, ohne Entschädigung oder doch ohne solche Entschädigung aufgehoben, welche den Hypothekgläubigern zu Gute kommen könnte. Man kann sich nicht verhehlen, daß die Hypothekgläubiger durch die Folge dieser Rechtaufhebung einen Schaden erleiden, d. h. eine Minderung der für ihre Forderungen bestellten Sicherheit. Diese Beschädigung aber, welche durch einen Akt der Gesetzgebung erfolgte, hat die Natur einer zufälligen. Zufälliger Schaden wird von demjenigen getragen, der oder dessen Recht vom Zufall ge-

xiii.

troffen wird. *Quae sine culpa accidunt, a nullo praestantur* ¹⁾).

So wie die Bestimmungen über Aufhebung gewisser Rechte das Interesse von Hypothekgläubigern sehr empfindlich berühren können, eben so die Vorschriften über Fixation und Ablösung. Auch in Folge dieser tritt eine Minderung des Hypothekobjektes ein. Das Äquivalent für das Oberseigenthum und das Recht der Erhebung einer Besitzveränderungsabgabe ist in Art. 15 auf eine für den Berechtigten so nachtheilige Weise bestimmt, daß damit auch die Interessen seiner durch diese Rechte versicherten Hypothekgläubiger erheblich beeinträchtigt werden. Wenn von Seite des Pflichtigen bei der nächsten Besitzänderung nach Erlaß des Gesetzes der eins- und ein halbfache Betrag des ganzen Laudemiums, bei Leibrecht und Neustift der doppelte Betrag des ganzen Leibgeldes gezahlt wird, so nimmt das für die Sicherheit der Hypothekgläubiger meistens so wichtige Recht der Erhebung von Besitzveränderungsabgaben sein Ende. Schon mit dem Verkündungstage des Gesetzes ist die Heimfälligkeit der Güter, auf welchen Leibgerechtigkeiten verliehen waren, erloschen. — Wenn der Pflichtige nach Art. 23 die ständigen oder fixirten Grundabgaben ganz oder theilweise durch baare Erlegung des Achtzehnfachen des jährlichen Betrages jederzeit ablösen oder nach Art. 29 an die Stelle der bisherigen fixen Rente ein zu 4 Pct. verzinsliches von seiner Seite kündbares Bodenzinökapital auf das Achtzehnfache des jährlichen Betrages bestellen kann, so mag auch darin eine Verkürzung der auf diese Dominikalrechte bestellten Hypotheken gefunden werden, insofern durch Vergütung des 18fachen Betrages und Uebernahme der Grundsteuer von der abgelösten Rente der

¹⁾ Fr. 23 de reg. juris.

volle Werth des Hypothekobjectes nicht ersetzt wird. Allein die bedeutendste Gefährdung der Hypothekgläubiger scheint in der Bestimmung des Art. 7 zu liegen:

„Die im Eigenthum der Privaten, der Stiftungen und Kommunen befindlichen durch gegenwärtiges Gesetz nicht aufgehobenen Grundgesälle gehen auf Verlangen der Berechtigten ²⁾ unter den nachfolgenden Bestimmungen an die zu gründende Ablösungskasse des Staates über.“

Durch diese Bestimmung ist es dem Ermessen des Hypothekschuldners freigegeben, seinen Gläubigern statt des bisherigen in Grund und Boden wurzelnden Hypothekobjectes, nämlich des Realrechtes auf gewisse Geld- oder Naturalreichtümer, ein anderes weniger reelle Sicherheit darbietendes aufzudringen, nämlich eine Forderung an die Ablösungskasse des Staates. Zwar bestimmt der Art. 27, daß die an den Staat übergegangenen Grundrenten für die an deren Stelle getretenen Ablösungspapiere zum Unterpfande dienen; auch können die auf die Ablösung bezüglichen Zahlungen an die Ablösungskasse nach Art. 32 in Ablösungsschuldbriefen geleistet werden. Aber täusche man sich nicht; eine Hülfsvollstreckung, wie sie bei Hypothekschulden der Privaten die, wenn auch späte, Befriedigung der Forderungen verbürgt, findet gegen die Staatskasse nicht statt ³⁾. Die Erfüllung von Verbindlichkeiten des Staates an Private, die Schuldbriefe mögen noch so stattdich und bündig verklausulirt sein, kann durch gebieterische

²⁾ Darunter können nach dem Zusammenhange nur die Grundgesall-Berechtigten verstanden werden. Ein Konfessionsrecht der in Ansehung der fraglichen Grundgesälle Hypothek-Berechtigten ist nicht vorbehalten.

³⁾ Vgl. Senffert, Comment. über die G.D. Bd. 4, S. 243, Note 1.

Rücksichten des öffentlichen Interesse, durch die Nothwendigkeit, anderen dringenden Bedürfnissen zu genügen, ins Stocken gerathen. Die Aussicht, die Ablösungsschuldbriefe zu Zahlungen an die Ablösungskasse zu verwenden, ist abhängig von dem Fortgange der Ablösungen, von den mancherlei Umständen und Ereignissen, welche den Pflichtigen die Aufbringung der zur Ablösung erforderlichen Baarschaften erleichtern oder auch erschweren können; ferner davon, ob nicht die meisten Pflichtigen es vorziehen, die Befreiung nach Art. 30⁴⁾ mittelst Zahlung von Annuitäten herbeizuführen, zu deren Verwirklichung wohl Nachfrage nach Ablösungsschuldbriefen nur insofern stattfinden dürfte, als dieselben im Kurse erheblich unter dem Nominalwerthe stehen. Jedenfalls läßt sich mit Zuversicht nicht hoffen, daß die Ablösungspapiere den Paristand oder auch nur einen demselben nahen Stand behaupten, und dies zwar um so weniger, als bereits 5 pctige Staatspapiere von sehr vortheilhaften Eigenschaften in Umlauf gesetzt sind. Wenn nun dem Allem zufolge nicht zu verkennen ist, daß die Verwirklichung des Art. 7 den Hypothekgläubigern große Nachtheile droht, so mag doch diesen zum leidigen Troste gereichen, daß ihre Rechte auch ohne diese Bestimmung keine gefahrlose Zukunft hätten; indem bei der gegenwärtigen Weltlage die Möglichkeit in Rechnung zu bringen ist, daß neue revolutionäre Erschütterungen unheilvolle Einwirkungen auch auf das hier in Frage befindliche Rechtsgebiet mit sich bringen.

4) Der Art. 30 bezieht sich indessen, wie sich aus der Vergleichung mit Art. 28 und 37 ergibt, nur auf diejenigen, „welche dem Staate oder der Ablösungskasse in Folge der Uebnahme von Privatgrundrenten oder ursprünglich dem Staate eine jährliche fixe Grundabgabe schulden.“

Nun fragt sich aber, was kann geschehen, um von den verkürzten und bedrohten Hypothekgläubigern größere Nachtheile abzuwenden?

Das Gesetz vom 4. Juni enthält selbst einige Bestimmungen, welche zur Sicherung der Hypothekgläubiger reichen. Nach Art. 29 genießen die zur Umwandlung bisheriger Grundrenten bestellten Bodenzinskapitalien dieselben Vorrechte des Hypothekengesetzes und der Prioritätsordnung, welche die Grundrenten, an deren Stelle sie treten, bisher genossen haben. Diese Sicherung der Bodenzinskapitalberechtigten kommt auch den Gläubigern zu Gute, welchen die früheren Grundrenten zum Pfande bestellt waren.

Der Art. 34 bestimmt unter Anderem: „Die Rechte der Hypothekgläubiger gehen auf die Ablösungskapitalien über. Die Berechtigten können zu ihrer Sicherheit verlangen, daß diese eingehenden Einlösungssummen oder Ablösungsschuldbriefe in so weit in gerichtliche Verwahrung genommen werden, als es durch den Inhalt ihrer Berechtigung gerechtfertigt ist.“ Durch den Inhalt des Hypothekrechtes, welches auf das Ablösungskapital übergehen soll, ist ohne Zweifel der Antrag auf gerichtliche Verwahrung des Ablösungsschuldbriefes gerechtfertigt. Das Hypothekrecht soll reelle Sicherheit gewähren. Eine solche würde der Gläubiger nicht haben, wenn das pfandweise haftende Staatspapier in den Händen des Schuldners bliebe. Die bloße Einzeichnung der Vinkulation gewährt keinen hinreichenden Schutz. Was die eingehenden Ab- oder Einlösungszahlungen betrifft, so bestimmte schon der §. 38 des Hypothekengesetzes, daß Ablösungskapitalien ohne Einwilligung der Hypothekgläubiger nicht bezahlt werden dürfen, und daß diese ihre Befriedigung darauf verlangen können, wenn auch ihre Forderungen noch nicht fällig sind. Demzufolge sind die Hy-

pothetgläubiger zu verlangen berechtigt, daß die Ablösungs- und Bodenzinskapitalzahlungen, welche die Pflichtigen nach Art. 15, 23 und 29 zur Befreiung ihres Grundeigenthums leisten, zu Gerichtshänden geschehen, wenn nicht die Gläubiger zum unmittelbaren Empfange angewiesen sind. Gleiches gilt von den Zahlungen, welche die Ablösungskasse nach Art. 33 und 37 an die Berechtigten zu entrichten hat. — Bei den bisher auf Grundrenten versicherten Kapitalien, für welche Partialobligationen mit Verabredung der Heimzahlung in einer durch Verloosung zu bestimmenden Ordnung ausgefertigt sind, müssen die eingehenden Ein- und Ablösungsgelder zu Rückzahlungen über den verabredeten jährlichen Verloosungs-Betrag verwendet werden.

Es fragt sich, ob überhaupt die Hypothekgläubiger, insbesondere die Besitzer von Partialobligationen der bezeichneten Art, nach der mit den Sicherheitsobjekten zu ihrem Nachtheile vorgenommenen Veränderung, an den ursprünglich verabredeten Rückzahlungsplan gebunden, ob sie nicht vielmehr bei den wesentlich veränderten Umständen befugt sind, ihre Forderungen alsbald zu kündigen und unvertagte Befriedigung zu verlangen? Man kann nicht verkennen, daß bei der Begründung des Schuldverhältnisses die Darbietung der Sicherheit nach ihrem damaligen Bestande und auf der andern Seite die Bewilligung der Unausschöpfung und die Zustimmung zu den Verloosungsfristen in wesentlichem Zusammenhange standen, daß jene die Voraussetzung war, unter welcher diese erteilt wurde. Die Gläubiger hätten sich solche Bedingungen nicht gefallen lassen, wäre nicht die Sicherheit, welche jetzt in bedeutendem Maße verkürzt ist, dargeboten worden. Unter den Kontrahenten ist nicht bloß das ausdrücklich Verabredete, sondern auch das stillschweigend Vor-

ausgesetzte zu beachten; über die Wirkungen und Verträge dient nebst dem Inhalte derselben auch die allgemeine Natur der Verpflichtung zur bona fides, die nothwendige Rücksicht auf Treue und Glauben auf die Handlungsweise eines redlichen Mannes zur Richtschnur⁵⁾. Wenn nun die durch das Gesetz vom 4. Juni in ihrer hypothekarischen Sicherheit wesentlich geschmälernten Gläubiger als bald kündigen und vollständige Rückzahlung (nothigenfalls durch Angreifung der sonstigen Hypothekobjekte, durch Veräußerung der Ablösungsschuldbriefe) verlangen, der Schuldner sich dagegen auf den verabredeten Rückzahlungsplan beruft, so sprechen allerdings gewichtige Gründe für die Annahme, daß dieser Einwand durch die Replik: „die Aufrechterhaltung des im Vertrauen auf die dargebotene Sicherheit zugestandenen Zahlungsplanes ist bei eingetretener wesentlicher Schmälerung der Hypothek ein ungerechtes Ansinnen“ entkräftet werden könne⁶⁾. Es handelt sich hier von der Wirksamkeit einer Nebenbestimmung; gerade in Bezug auf Nebenbestimmungen ist man auf sorgfältige Beachtung des zwar nicht Gesagten, aber wohl Vorausgesetzten, durch besondere Vorschriften angewiesen⁷⁾. Zur Bestätigung läßt sich auch in Bezug nehmen, was von bestellten Realkauti-
onen gilt, welche ohne Schuld des Berechtigten ungenügend werden; es wird hier nicht der Satz: „zufällige Schäden sind von Niemand zu vergüten“ in Anwendung gebracht, sondern dem Rautionspflichtigen die Verbindlichkeit, die Raution

⁵⁾ Vgl. Senffert Pand.-R. Bd. I, §. 86, Note 18, Bd. II, §. 276. — Bl. f. N.N. Bd. 11, S. 4, Note 5.

⁶⁾ Vgl. fr. 53 do verb. obl. ... „doli clausula autom ad ea perlineat, quae in praesentia occurrere non possunt, et ad incertos casus perlineat.“

⁷⁾ Vgl. fr. 19 pr. do cond. et dem. (35, 1).

zu erneuern, aufgelegt *); woraus sich allerdings folgern läßt, daß die fragliche alsbaldige Kündigung abgelehnt werden kann, wenn der Schuldner die eingetretene Schwächerung der Hypothek durch Darbietung neuer genügender Sicherheit wieder ausgleicht. — Indessen kann man dieser bedeutsamen Gründe ungeachtet nicht mit Zuversicht voraussagen, daß der Gebrauch der oben bezeichneten Replik in den Gerichten ein siegreicher sein werde. Eine Geschäftsstelle, welche sich unmittelbar auf die zu entscheidende Frage bezöge, liegt nicht vor; die stillschweigenden Voraussetzungen der Verträge lassen sich nicht mit Händen greifen; es ist nicht Jedermanns Sache, auf dergleichen s. g. „Subtilitäten“ einzugehen. Aber der gegenwärtigen Ansicht fehlt es auch nicht an Gründen von schwerem Gehalte. Der Pfandgläubiger hat nicht der Person des Pfandschuldners getraut, sich nicht auf dessen „Treue und Glauben“ verlassen, sondern im Vertrauen auf das Pfandobjekt, in diesem die Gewähr ausreichender Sicherheit sehend, Kredit gegeben. Treten nun unvorhergesehene Ereignisse ein, welche die Berechnung über die durch das Pfandobjekt dargebotene Gewähr zu nichte machen, so kann der Gläubiger nicht sagen: „ich habe mein Geld im Vertrauen auf die bona fides des Schuldners hergegeben und auf dessen redlichen Willen bauend. Unaufkündbarkeit und langfristige Zahlungsfristen bewilligt; dieses Vertrauen würde getäuscht werden, wenn der Schuldner jetzt, bei veränderten Umständen, auf den oben erwähnten Nebenbestimmungen noch bestehen wollte.“ Vielmehr könnte der Schuldner auf eine solche Zumuthung erwidern: „Dir war es nur darum zu thun, dein Geld zinsbringend mit voller Sicherheit un-

*) Vgl. fr. 8, §. 3, fr. 10, §. 1 qui salied. cog. (2, 8).

ter sonst zusagenden Bedingungen anzulegen; die vorausgesetzte Sicherheit hast du in meinen das maß unangetasteten Grundrenten gefunden; wird nun dieser Gegenstand durch unvorhergesehene und unabwendbare Gewalt seiner Fähigkeit, Sicherheit zu gewähren, theilweise entkleidet, so ist nur dein Glaube an die Unfehlbarkeit der von dir geprägten Sicherheit getäuscht worden, was dir offenbar kein Recht giebt, von andern Vertragsbestimmungen abzuspringen, und die zufälligen Nachtheile, welche dein Recht getroffen haben, mir aufzubürden.“ — In der That würde sich auch nach der Sachlage häufig eine arge Unbilligkeit herausstellen, wollte man den durch die Folgen des Bodenentlastungsgesetzes gefährdeten Gläubigern die Befugniß einräumen, von den über die Rückzahlung verabredeten Nebenbestimmungen abzuspringen. Gemeinhin sind bei Kreditgeschäften der fraglichen Art nebst den Grundrenten auch Domainenbesitzungen, z. B. Oekonomiegüter, Waldungen u. dgl. verpfändet. Der vertragsmäßige Tilgungsplan ist etwa auf 30 oder 40jährige Verloosungsfristen gestellt. Ist nun nach Verlauf von 5 oder 10 Jahren die in Frage befindliche Schwächerung der durch die Grundrenten gewährten Sicherheit eingetreten, so könnte wohl dem mit Ausrufung des Tilgungsplanes gestellten Begehren alsbaldiger Rückzahlung der ganzen Schuld nicht stattgegeben werden, ohne die Veräußerung der mitverpfändeten Domainenbesitzungen, (so weit nicht fideikommissarische Eigenschaft im Wege steht), herbeizuführen. Darin würde eine große Härte für den Schuldner liegen, welche um so weniger gerechtfertigt scheint, als ja die Schwächerung der Pfandsicherheit nicht nur dem Schuldner nicht zur Last fällt, sondern nur Folge eines Schlages ist, welcher zunächst sein, des Schuldners, Vermögen getroffen hat. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß in ge-

gebenen Fällen bei Entscheidung der Zweifelsfrage auf den einschlagenden Inhalt der Verträge vor Allem gesehen werden müsse.

Zu dem Art. 480, Th. II des Strafgesetzbuches.

Wer möchte wohl glauben — und dennoch ist es so — daß alle Jahre von Eltern oder sonst Alimentationspflichtigen mehrere hundert Gulden Verpflegungskosten für verurtheilte Verbrecher bezahlt werden, ohne daß dieselben hiezu gesetzlich verpflichtet sind?

Noch mehr aber muß es auffallen, daß die Anwälte und Defensores den Kostenpunkt in den Urtheilen der Kriminal-Gerichte I. Instanz nicht einer näheren Würdigung unterziehen, wodurch sie oft in den Fall kämen, den alimentationspflichtigen Verwandten derjenigen, die sie zu vertheidigen haben, Hunderte zu ersparen.

Es kommt nämlich sehr häufig vor, daß die Kriminal-Gerichte I. Instanz in den Erkenntnissen p. expens. sich dahin ausdrücken:

„Daß für die Strafvollzugskosten (also diejenigen Kosten, welche während der Haftzeit des Verurtheilten in den Strafhäusern für Verpflegung derselben erlaufen), soweit sie nicht abverdient werden, die Eltern des Verurtheilten (oder sonstige Alimentationspflichtige) zu haften hätten,“ — und in Folge solcher Urtheile werden von den Straßhauskommissionen resp. Polizeikommissariaten namhafte Summen für den Fiskus erhoben, worauf dieser nicht den mindesten Anspruch hat; ja nicht selten müssen der Vater oder die Mutter u. eines solchen Büßers in Folge Exekution den hart verdienten Kreuzer oder gar ihre Sparpfennige opfern, ohne es schuldig zu sein.

Der Art. 408, Theil II des Strafgesetzbuches bestimmt nämlich in dieser Beziehung ganz deutlich:

„Daß, wenn ein Inquisit wegen Unvermö-
genheit die ihm zur Last liegenden Kosten zu be-
zahlen nicht vermag, diejenigen Personen, welche
ihn nach den bürgerlichen Gesetzen zu ernähren
verpflichtet sind, für die auf seinen Unterhalt
und auf seine Bertheidigung verwendeten
Kosten, nicht aber für die übrigen, haften.“

Daß hier nur von den Kosten bis zur Abur-
theilung, nicht aber von anderen die Rede sei,
ergiebt sich zunächst schon aus der Stellung dieses
Artikels: Der Art. 408 reiht sich an die übrigen
des sechsten Kapitels Th. II des Strafgesetzbuches
an, und dieses führt lediglich die Aufschrift „Pro-
zesskosten.“ Demnach war gar nicht Veranlas-
sung gegeben, von den Strafvollzugskosten an die-
ser Stelle zu sprechen, und anderwärts kommt
eine gesetzliche Bestimmung nicht vor.

Es ergibt sich ferner mit schlagender Evidenz
aus den Gesetzesworten selbst. Wenn ein „In-
quisit“ heißt es; Inquisit ist aber der Verhaf-
tete bekanntlich nur vom Beginne der Spezials-
Untersuchung bis zur Aburtheilung, also auch nur
von den Kosten bis zu dieser, kann die Sprache
sein; dann heißt es: „für die verwendeten
Kosten“ also für diejenigen, die schon erlaufen
sind, nicht für solche, welche sich, wie die Straf-
vollzugskosten, erst entziffern werden.

Die Strafvollzugskosten können demnach den
Alimentationspflichtigen nicht überbürdet werden,
und dieses ist auch von dem obersten Gerichtshofe
des Reiches als Kriminal-Gericht II. Instanz, zu
wiederholtenmalen ausgesprochen worden. So z. B.
hat das königliche Appellations-Gericht von Nie-
derbayern in einer Untersuchungssache zu Recht
erkannt: „für die Strafvollzugskosten hätten des-
sen Eltern zu haften,“ dagegen entschied das
Kriminal-Gericht II. Instanz, ohne daß wegen
dieses Punktes Revision ergriffen worden wäre,

„diese Kosten habe das Uerar zu tragen“, mit folgenden Gründen:

„Die Strafvolzugskosten könnten aber nicht, wie geschehen, den Eltern des Inquisiten überbürdet werden, weil der hieher bezügliche Art. 408, Th. II des StGB. die ausbilsföweise Haftung der alimentionöpflichtigen Verwandten für die Prozeßkosten nur in Hinsicht der auf den Unterhalt der Inquisiten während des Prozeßes verwendeten Kosten ausspreche, und daher auf die Strafvolzugskosten, welche vielmehr dem königlichen Uerar zur Last fallen, nicht ausgedehnt werden dürfe.“

Ungerecht ist es also gewiß, in vorgenannten Fällen nur einen Heller den alimentionöpflichtigen Verwandten abzuverlangen, aber noch viel ungerechter muß es erscheinen, wenn die Militair-Erkenntnisse nie einen Ausspruch bezüglich der Strafvolzugskosten enthalten, selbst dann nicht, wenn der Verurtheilte Vermögen hat. Die Folge hievon ist, daß die perzipirenden Inspektionen (denn die Bestimmungen der G.D. Kap. XVII, §. 4, Nr. 4 können hier nicht angewendet werden), die im Erkenntniß keinen Ausspruch bezüglich der Strafvolzugskosten erschen, jeden Militair-Sträfling als zahlungsunfähig behandeln, so daß alle von Militair-Gerichten Verurtheilte, selbst wenn sie Vermögen haben, keinen Strafvolzugskosten-Ersatz leisten, während bei Civil-Sträflingen Hunderte ungerecht erequirt werden.

St. G. Accessist Schmid.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Handlohnbarkeit der Gemeinderedite. Beweislast.

(Vergl. oben S. 131.)

In einem Handlohnprozeß gegen den kgl. Fiskus war in dem erstrichterlichen Interlokute

vorausgesetzt worden, es sei das Gemeinderecht, welches mit dem fraglichen Gute auf den Kläger gekommen war, der Handlohnspflicht nicht unterworfen. In der fiskalischen Appellation wurde gebeten, dem Kläger den Beweis aufzulegen: „daß das, bei dem übernommenen Gut befindliche Gemeinderecht handlohnfrei sei.“ Dieser Bitte wurde von dem obersten Gerichtshofe nicht entsprochen, sondern nur dem k. Fiskus zu beweisen vorbehalten: „daß das Gemeinderecht ein Appertinenz des als erbhandlohnspflichtig in Anspruch genommenen Hauptgutes sei.“ Gründe:

1) In Gemäßheit der von dem k. Fiskus selbst angezogenen Verordnung vom 5. Sept. 1832 ist von der Handlohnspflicht eines Gemeinderectes nur dann die Rede, wenn die Nützung an den unvertheilten Gemeindegründen als ein Bestandtheil oder Zugehör des dem Staatsärar handlohnbaren Hauptgutes nach den bestehenden Gesetzen oder Herkommen behandelt wird. Daß dieß hier der Fall sei, liegt in den Akten nirgends vor.

2) Der Handlohn wird für die Aufnahme des neuen Besizes dem Grundherrn zur Vergeltung der verwilligten neuen Belehnung gezahlt, während das Gemeinderecht seiner Natur nach ein Ausfluß des Gemeindeverbandes ist. Es steht sonach daselbe mit dem handlohnbaren Gute in keiner nothwendigen Verbindung, so daß im Zweifel die Vermuthung für die Handlohnfreiheit desselben spricht. — Nur wenn das Gemeinderecht ein wirkliches Appertinenz des als lehenpflichtig bezeichneten Hofgutes ist, wie dieses von dem k. Fiskus in der Vernehmung auf die Klage behauptet wurde, muß solches zur Handlohnentrichtung gezogen werden. Die Beweislast trifft aber, da jene Behauptung als Einrede erscheint, den Beklagten, und sonach ist die Beschwerde des k. Fiskus nur in so weit für begründet zu achten,

als demselben der Beweis der fraglichen Einrede nicht entzogen werden darf.

MDG. vom 2. Dez. 1844, Nr. 1251^{40/41}.

2.

Beweislast, die Fortdauer einer lechtwillig honorirten juristischen Person betreffend.

Der Banquier J. zu Würzburg hatte der Lehranstalt zu Fürth „Talmud und Thora“ in einem im J. 1822 errichteten letzten Willen ein Legat mit der Auflage verschafft, daß in der fraglichen Anstalt gewisse Gebete zum Andenken des Erblassers verrichtet werden sollten. Als nach einer Reihe von Jahren J. verstorben war, verweigerten die Erben die Erfüllung des Vermächtnisses auf dem Grunde, weil die fragliche Lehranstalt nicht mehr oder doch nicht mehr in der vom Erblasser vorausgesehenen Beschaffenheit bestche. Dieser Weigerungsgrund wurde in dem darüber eingeleiteten Prozesse in der Form einer Ablehnung vorgetragen, indem der Beklagte widersprach:

„Daß die Lehranstalt zu Fürth „Talmud und Thora“ zur Zeit des Ablebens des J. noch existirt oder doch in der Art existirt habe, wie sie bei der Testamentserrichtung bestanden.“

In Folge dieser Darstellung behaupteten Beklagte, nicht ihnen liege ob, die Aufhebung oder wesentliche Veränderung des Instituts zu beweisen, vielmehr sei es Sache des Klägers, die Fortdauer mit den wesentlichen Merkmalen darzuthun. Es hatte jedoch dieses Vertheidigungssystem keinen Erfolg. In dem MDG. vom 9. Januar 1844, (Nr. 274^{42/43}) kommt unter Anderem vor: „Die Beklagten gründen ihren Anspruch auf Befreiung von dem ihnen auferlegten Legat auf den später eingetretenen Untergang der honorirten Stiftung; dieser ist widersprochen und muß sohin nach **GD. VI, §. 6** von den Beklagten bewiesen werden. Diesel-

ben haben eventuell eine Umwandlung der Stiftung behauptet. Auch darüber würde ihnen die Beweislast obliegen. Nun ist es zwar keinem Zweifel unterworfen, daß das Legat wegfallen würde, wenn die Umwandlung eine wesentliche wäre, so daß damit die Identität der juristischen Person — sohin das honorirte Subjekt weggefallen wäre, desgleichen, wenn die Veränderung die Unmöglichkeit involvirte, die Zweckbestimmung des Legats — Verrichtung bestimmter Gebete zum Andenken des Verstorbenen — zu erfüllen.

C. 1 de his quae sub modo (6, 45); Fr. 17 de usu et usufr. leg. (33, 2); Fr. 21, §. 3 de ann. leg. (33, 1).

Allein es ist weder eine wesentliche Umwandlung der Stiftung, noch die Unmöglichkeit der Zweckbestimmung des Legats, sohin kein tatsächliches Moment behauptet, daß die Erlöschung des Vermächtnisses herbeiführt, der Richter kann daher auch ein solches in das Beweisthema nicht aufnehmen.“

3.

Ueber Zehntfreiheit der in Acker, Gartenland und Wiesen umgewandelten Waldungen.

Nach der churfürstlich-bayerischen Verordnung vom 26. April 1805, den Verkauf entbehrlicher Staatswaldungen betr. sub Nr. II, Abs. 2 genießen Waldungen, welche vom Alerare erkaufte und in Ackerland, Gärten oder Wiesen verwandelt werden, ewige Zehntfreiheit, und nach der weitern Verordnung vom 4. Juni 1805 soll dieser Vortheil auch den Besitzern eigenthümlicher Waldungen zukommen, wenn sie diese in gleicher Weise kultiviren.

Es wurde nun von den Zehntberechtigten in mehreren deshalb anhängig gewordenen Rechtsstreiten behauptet, und von einzelnen Gerichten auch anerkannt, daß die in jenen Verordnungen

ertheilte Zehntfreiheit nur auf solche Waldungen angewendet werden könne, welche vor ihrer Kultur forstordnungsmäßig behandelt worden seien.

Diese Ansicht wurde aber vom obersten Gerichtshofe in den Rechtsfällen Nr. 89^{41/42}, 609^{41/42} und 639^{45/46} als unrichtig verworfen, weil das Gesetz die Zehntfreiheit nur an die Eigenschaft des Grund und Bodens als eines Waldes überhaupt, nicht aber an die besondere Beschaffenheit desselben, namentlich nicht an eine forstwirtschaftliche Kultur desselben geknüpft hat, und der legislative Grund auf schlecht gehaltene Waldungen in demselben Maße wie bei regelmäßig behandelten Waldungen Anwendung findet.

4.

Beziehung eines Geistlichen zur Meineidsverwarnung.

In den Motiven eines MGE. vom 23. Mal 1846, (Nr. 932^{41/42}) kommt hierüber vor: „Gemäß Nr. 6, §. 1, Kap. XIII der GD. soll der Eid vor geseffenem Gerichte oder bei Difastarien coram commissione vorgenommen, hiebei jedoch bei gemeinen, ungelehrten oder leichtsinnigen Leuten die vorläufige hinlängliche Meineids-Erinnerung niemals unterlassen werden. Nun folgt zwar daraus, daß in dem Falle, wo die Meineids-erinnerung aus subjektiven Rücksichten vom Gesetze vorgeschrieben ist, der Beziehung eines Geistlichen weder präzeptiv noch permissiv gedacht ist, keineswegs, daß diese Beziehung unzulässig sei.

Blätter f. RL. Bd. 2, S. 85 ff.

Allein es wird doch immerhin hiebei voran-
gesetzt, daß eine besondere Gefahr vorhanden sei,
der Eid werde, der richterlichen Meineids-
erinnerung ungeachtet, leichtsinnig, gewissenlos ge-
schworen werden. Gegen eine solche Gefahr soll
die Beziehung eines Geistlichen als Schutzmittel
bienen.“

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 20. Samstag, den 30. Sept. 1848.

Civilistische Bemerkungen und Gesessrüchte ¹⁾.

I.

Gewähr der Mängel im Handelsverkehr.

Es wurde häufig als eine durch Handelsgebrauch eingeführte gemeinrechtliche Regel aufgestellt, daß im kaufmännischen Verkehre bei einem Handel auf dem Plage die Verbindlichkeit für die Gewähr der Mängel aufhöre, so wie die Waare die Waage des Verkäufers passiert habe; eben so, daß der auswärtige Empfänger einer bestellten Waare diese, wenn er sie fehlerhaft findet und solches gegen den Absender geltend machen will, gleich nach dem Empfange zurücksenden, oder doch zur Disposition des Absenders stellen müsse. Daß dieser Handelsbrauch ein sehr verbreiteter sei, läßt sich nicht bezweifeln ²⁾. Aber die Eigenschaft gemeinrechtlicher Regeln ist bezüglich obiger Sätze keineswegs allgemein anerkannt; vielmehr hat sich

¹⁾ In Mittheilungen unter dieser Rubrik werden vorzugsweise gemeinrechtliche Erörterungen benützt werden, welche sich in Schriften über Partikularrechte finden, von welchen anzunehmen ist, daß sie nicht in die Hände unserer Leser kommen.

²⁾ S. auch Bl. f. R. u. W. Bd. 11, S. 384, Note 1; Bd. 13, S. 33 f.

eine in Fragen des Handelsrechtes höchst gewichtige Autorität²⁾ dagegen erklärt und die Bestimmung anderer Schriftsteller gefunden³⁾. Bei diesem Stande der Streitfrage scheinen Mittheilungen, welche vor Kurzem über die beschaffte Praxis bei den Frankfurter Gerichten veröffentlicht wurden, von allgemeinem Interesse zu sein. In den Anmerkungen zur Frankfurter Reformation von Dr. Souchay Bd. I wird S. 212 über die Frage:

„Ob sich der Empfänger der Waare sofort bei dem Empfang über die Annahme derselben erklären müsse?“

geäußert: diese Frage wird nicht allein von mehreren Schriftstellern über Handelsrecht mit dem Zusatz bejaht, daß des Bestellers Schweigen für unbedingte Billigung der Waare gelten müsse (Pöhl's Handelsrecht S. 166, Bendorfs Handelsrecht S. 200, 201); sondern der Satz ist in gleicher Allgemeinheit auch oftmals von den hiesigen Gerichten rechtskräftig durchgeführt worden, so daß man hier mehr, wie in vielen andern Fällen, ein Gewohnheitsrecht aus gerichtlichen, vieljährigen und gleichlautenden Entscheidungen (*auctoritate rerum perpetuo similiter judicatarum*) und aus den mit denselben übereinstimmenden Ansichten des Handelsstandes folgern dürfte. Demungeachtet entspricht ein solcher Grundsatz nicht dem gemeinen Recht (Heise und Cropp I, S. 264) und es werden von Thöl (a. a. O. §. 84) mancherlei Fälle angeführt, wo er sich eben so wenig mit der Billigkeit vertragen würde, indem es bei manchen Waaren gar nicht anders denkbar ist, als daß

²⁾ Heise und Cropp jur. Abhandl. Bd. I, Nr. XI, S. 164, Note 4

³⁾ Vgl. Thöl Handelsrecht Bd. I, §. 84. — Senzert pratt. Pand.-R. Bd. 2, §. 267 a. E.

sie ununtersucht und in der ursprünglichen Verpackung aus einer Hand in die andere gehen (z. B. Champagner-Wein), bei andern Waaren die Verpackung und Untersuchung vor dem Weiterverkauf mit so viel Kosten und zuweilen mit Gefahr für die Erhaltung der Waare verknüpft wäre, daß sie gleichfalls unterbleiben muß (z. B. bei Glas- und Porzellanwaaren). Daher kann nicht gesagt werden, daß jener Grundsatz so allgemein und in allen Fällen unter den Handelsleuten angenommen wäre, und in der That sind auch in gerichtlichen Entscheidungen mancherlei Ausnahmen davon festgestellt worden⁵⁾. (In Sachen Behrends gegen Katazzi äußerte das Stadtkamt 1847:

„Wenn es nun aber keinen Zweifel leidet, daß bei Waaren, welche im Großen, in Ballen, Fässern und Kisten gekauft werden, eine Untersuchung vor und bei der Uebergabe nicht immer thunlich ist und diese Waaren deshalb auf Treu und Glauben gekauft werden u. s. w.“)

Als Grundsatz dürfte sich hierüber nur soviel empfehlen, daß die Anzeige über Behalten oder Nichtbehalten der Waare von dem Empfänger alsbald nach dem Empfang derselben in den Fällen zu geschehen hat, wo ein Schweigen hierüber und spätere Rückgabe der Waare, nach der Natur des vorliegenden Geschäftes, als eine Arglist, oder mindestens als eine grobe Nachlässigkeit, erscheinen müßten. Z. B. also, wenn Jemand Mode-Waaren nach Monaten zurückgeben wollte, so wird er hiermit nicht zugelassen werden können; eben so wenig bei Verzehrungs-

⁵⁾ Vgl. z. B. aus der älteren Praxis des OAG. zu Cassel Cannegieser decis. Tom. VIII dec. 206. Es handelt sich von empfangenen 150 Sonnen-Härlinge.

gegenständen, welche sich bei der Aufbewahrung in sich selbst verschlechtern; überhaupt aber überall, wo eine sofortige Untersuchung und Anzeige ohne Bedenken für die Interessen des Waaren-Empfängers stattfinden kann, ist derselbe dem Versender hiezu verpflichtet, da es den Handelsleuten gegenseitig wohl bekannt ist, daß mit einer müßigen Lagerung der Waare nicht allein Zinsverlust, sondern auch anderer Schaden verknüpft ist, z. B. Sinken der Preise, Verlust der Gelegenheit zu anderweitem Verkauf, Entbehrung der nöthigen Fonds durch Stockung des Umsatzes. In solchen Fällen geht es wohl viel zu weit, wenn man einem Handelsmann die Anzeige über die Zurückgabe der Waaren so lange gestatten will, bis die Klage auf Redhibition gesetzlich verjährt. (So wurde im März 1847 von dem Appellationsgericht in Sachen von Rath und Bredt gegen Limberger ausgesprochen:

„Da nach der in der Rechtsprechung recipirten Ansicht der Empfänger von Waaren verpflichtet ist, die Ausstellungen, welche er gegen die Qualität der Waaren zu machen hat, dem Absender sofort anzuzeigen, widrigenfalls er als genehmigend betrachtet wird, auch die Mängel, welche der Beklagte an der fraglichen Waare gefunden haben will, nicht zu den verborgenen gehören u. s. w.“

Eben so im April 1847 in Sachen Kühler Emleß gegen Jacquet).

Diese Verbindlichkeit sofortiger Anzeige bei Entdeckung von Mängeln der Waare, wird für ein so allgemeines Gesetz gehalten, daß man sie zuweilen auch in andern Geschäften als Kauf, z. B. in das Mandat hinüberzieht, wo jedoch nach ganz anderen Grundsätzen zu urtheilen ist. — Zuweilen wird sie sogar unbedingt auf den Fall angewandt, wenn der Käufer wegen mangel-

hafter Beschaffenheit der Waare einen Preisabzug machen will (*quantum minoris*). Allein hier kann eine Verspätung der Anzeige höchstens den Erfolg haben, daß nicht der Verkäufer die bestellungsmäßige Beschaffenheit der Waare, sondern der Käufer das Gegentheil beweisen muß.

Hat der Empfänger der Waare sie ohne Untersuchung und Anzeige an den Versender schon weiter verkauft (disponirt, so hat man ihm die Rückgabe^{a)} gleichfalls nicht mehr gestatten wollen. Allein an und für sich ist dieses nicht richtig, z. B. bei allen den Waaren nicht, welche ohne vorgängige Untersuchung weiter verkauft zu werden pflegen, da kein Gesetz den Anspruch auf Redhibition auf jene Art beschränkt. Es kann nur in denjenigen Fällen behauptet werden, wo ein solches Verfahren nach Beschaffenheit der fraglichen Waare ungewöhnlich und dem Versender gegenüber als nachlässig oder arglistig bezeichnet werden möchte.

Dagegen hat in solchen Fällen immerhin der Empfänger und Käufer der Waare den Beweis ihrer angeblich nicht bestellungsmäßigen Beschaffenheit zu übernehmen, auch wenn er sonst davon frei gewesen wäre. Denn dem Versender kann die Beweisführung des Gegentheils nicht mehr zugemuthet werden, nachdem die Waare durch mehrere Hände gegangen ist und ihm der Käufer selbst die Mittel des Beweises erschwert oder abgeschnitten hat.

a) Nachdem nämlich der weitere Abnehmer sie dem ersten Käufer wegen Mangelhaftigkeit wieder heimgeschlagen hat.

2.

Bur Lehre von der Handels-Gesellschaft.

1) Manche Schriftsteller ¹⁾ nehmen ein sich von selbst verstehendes Recht sämmtlicher Theilhaber einer Handlung zum Gebrauch der Handelsfirma, und dadurch zur Verpflichtung der übrigen Theilnehmer in solidum an.. Die üblichen Circulare sollen in dieser Beziehung nur aussprechen, was sich eigentlich von selbst versteht, und, wenn einem der Theilhaber nicht das Recht zu firmiren gegeben werden wolle, so müsse dieses, als eine Abänderung dessen, was regelmäßig stattfindet, ausdrücklich bemerkt werden. Allein man kann diese Lehre, als im gemeinen Handelsrechte begründet, nicht gelten lassen. Nur so viel ist richtig, daß die Verbindlichkeiten, welche ein zum Gebrauch der Firma berechtigter Socius unter der Firma der Societät kontrahirt, jeden der andern Theilhaber eben so gewiß gegen die auf der andern Seite Kontrahirenden verpflichtet, als wenn er sie selbst übernommen hätte. Es ist dabei ganz gleichgültig, ob die andern Theilhaber um die einzelne in Frage befindliche Geschäftshandlung gewußt haben oder nicht, ob die Verbindlichkeit in die Bücher eingetragen war oder nicht, und ob die Gegenleistung der Handlung zu gut gekommen ist oder nicht. Dagegen läßt sich (abgesehen von Partikularrechten) weder im Allgemeinen behaupten, daß jeder Gesellschafter, als solcher, das Recht habe, für die Gesellschaft zu firmiren, noch daß die öffentlich (in Börsenanschlag oder Circularen) genannten Theilhaber einer Handlung eben dadurch zu firmiren berechtigt seien. Vielmehr kommt es

¹⁾ Kind quæst. for. tom. I, p. 91; Thöl Handelsrecht §. 38.

auf besondere Bezeichnung derjenigen an, welche zum Gebrauch der Firma berechtigt sein sollen²⁾. Jedoch kann die Berechtigung zum Firmiren auch stillschweigend eingeräumt werden, wenn z. B. ein Gesellschafter regelmäßig gewisse Geschäfte für die Gesellschaft besorgt hat, und die andern Theilhaber solche, als für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen, anerkannt haben³⁾.

2) Wenn nur ein Gesellschafter ein Geschäft abschließt, und der Gesellschaft dabei nicht besonders erwähnt, so scheint man dieses Geschäft nicht als ein solches betrachten zu dürfen, welches die Gesellschaft berührt. C. 13 si certum potatur (4, 2). Indessen hat das DUG. zu Lübeck in der Rechtsache Dorrien gegen Bethmann (1823) nach der Natur der Sache wohl ganz mit Recht bemerkt, daß, wenn ein Handlungstheilhaber ein Geschäft vornimmt, welches seiner Beschaffenheit nach die Handlung angeht, ohne weiteres anzunehmen sei, daß er Namens der Handlung und für dieselbe thätig gewesen sei⁴⁾.

3) Wenn mehrere Gesellschafter in Hinsicht auf dasselbe Geschäft, jedoch nicht im Einklang handeln, und darüber verschiedene Erklärungen

2) Souchay Anmerk. zur Transf. Reformation Bd. 1, S. 486 f.

3) Vgl. fr. 1, §. 2, 3 de tribut. act. (14, 4); fr. 6, §. 2, fr. 18 mand. (17, 1); fr. 7, §. 12, fr. 12, 16 ad SC. Macedon. (14, 6); fr. 47 de oper. libert. (38, 1). Souchay a. a. D. S. 490.

4) Souchay a. a. D. S. 491. — War der Gegenstand des von einem der Theilhaber eingegangenen Geschäfts Gesellschaftsgut und ließ bei Abschluß des Geschäfts dem kontrahirenden Dritten bekannt, so kann dieser, wenn er Namens der Gesellschaft, etwa von andern Theilhabern belangt wird, nicht einwenden, er habe nicht mit der Gesellschaft kontrahirt. Lübecker DUG. in S. Dorrien gegen Bethmann (1823) bei Souchay a. a. D. S. 494.

abgeben, so muß im Verhältniß zu dritten Theiligten die der Zeit nach zuerst erfolgte Erklärung den Ausschlag geben, weil dadurch die Handlungsfirma bereits in das fragliche Rechtsverhältniß getreten ist und dem Mitkontrahenten gegenüber Pflichten übernommen und Rechte erworben hat. Dieser Satz kann allgemein auf alle Arten der Gesellschaft in dem Fall Anwendung finden, wo mehrere Theilhaber derselben, oder andere Personen, Vollmacht zum Geschäftsabschluß für die Gesellschaft besitzen ⁵⁾).

4) Es ist bei Handlungs-Societäten, welche unter gemeinschaftlicher Firma handeln, ein allgemein angenommener Satz, der von selbst aus dem praktischen Bedürfniß folgt, daß, wenn es bei einem rechtlichen Verhältniß auf die Wissenschaft der Societät ankommt, die Wissenschaft eines einzelnen Socius genügt, daß die Societät weiß, was der einzelne Socius weiß ⁶⁾).

5) Was ein ausgetretener Gesellschafter in Gesellschaftsachen für die Gesellschaft vornimmt, verpflichtet dieselbe erst dann nicht mehr, wenn sein Austritt gehörig bekannt gemacht worden ist ⁷⁾).

6) Ist bei der Errichtung eines Etablissements bekannt gemacht worden, daß ein bestimmter Socius dasselbe dirigiren werde, so müssen die Gläubiger, die mit dem Etablissement kontrahirt haben, zunächst gegen diesen Theilhaber am Orte des Etablissements klagen ⁸⁾).

7) Wenn im Namen der Gesellschaft oder für dieselbe ein Geschäft von einem Theilhaber abge-

⁵⁾ Souchay a. a. D. S. 492 unter Bezugnahme auf das oben angeführte Lübecker DMGE.

⁶⁾ Lübecker DMGE. in S. Dorrien gegen Bethmann (1829) bei Souchay a. a. D.

⁷⁾ Dasselbe DMGE. a. a. D. — Vgl. oben S. 204.

⁸⁾ Aus dem Lübecker DMGE. in S. Raumann gegen Steintal (1828) bei Souchay a. a. D. S. 493.

geschlossen worden ist, so kann in der Regel, wenn nichts Anderes ausgemacht und den einzelnen Gesellschaftern keine größere Befugniß ertheilt ist, ein jeder von ihnen dieserhalb nur im Verhältniß seines Anththeils an der Gesellschaft klagen. Nach Auflösung der Gesellschaft, wodurch die gegenseitig etwa ertheilten Vollmachten erlöschen, versteht sich dieses gleichfalls von selbst, wenn nicht etwa einer der Theilhaber eine neue Vollmacht zur Liquidation des ganzen Geschäfts erhalten hat. Es ist überhaupt von der Verpflichtung der Gesellschafter kein allgemeiner Schluß auf ihre Beredhtigung zu ziehen. In der Regel findet das Eine wie das Andere verhältnißmäßig nach den Gesellschafts-Antheilen Statt. Allein es kann ein Gesellschafter über dieses Verhältniß hinaus verpflichtet seyn, und er ist dieses für alle Geschäfte, hinsichtlich welcher er als institutor erscheint; hieraus folgt jedoch überall keine Beredhtigung in gleichem Verhältniß^{o)}.

8) Haben die Gläubiger einer Gesellschaft in Ansehung des Societätsvermögens im Konkurse eines Theilhabers einen Vorzug vor andern Gläubigern desselben zu genießen? Man hat diese Frage bejaht, weil jedes Vermögen nur nach Abzug der Schulden verstanden werden könne, also auch eines Handlungsgesellschafters Anthheil am Gesellschaftsvermögen nur nach Abzug seiner Betheiligung an den Gesellschaftsschulden existire. Allein man muß doch die gegentheilige Ansicht für die richtige halten. Allerdings kann von einem Vermögen nur nach Abzug der Schulden die Rede seyn. Allein ein Handlungs-Vermögen ist nicht das Vermögen Einer Person, sondern es zerlegt sich in die Anththeile der einzelnen Handlungs-Ges-

^{o)} Lübecker OLG. in S. Dorrien gegen Bethmann, bei Souchay a. a. D. S. 494 f.

seßschafter. Es ist eine falsche Voraussetzung, daß eine Handlung gewissermaßen eine moralische Person, auch ihr Vermögen eine Art von universitas juris, und die Handlung selbst (nicht ihre einzelnen Theilhaber) das Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten der Handlung sei. Hieraus würde allerdings folgen, daß erst nach gehöriger Liquidation der Rechte und Verbindlichkeiten einer solchen Handlung, und bei sich herausstellendem Ueberschuß, von einem Guthaben der einzelnen Theilhaber in derselben die Rede sein könnte. Nirgends aber ist in den Gesetzen einer Handlung diese Stellung gegeben. Die einzelnen Theilhaber einer Handlung sind den Gläubigern derselben als Einzelne verpflichtet, und eben so sind sie berechtigt. Nirgends wird das den Gläubigern einer Erbschaftsmasse und eines peculii castrensis ausnahmsweise zugestandene Separationsrecht auf die Gläubiger einer Handlung erstreckt. Es gibt hiefür (abgesehen von einer Kommanditehandlung) ¹⁰⁾ nur einen Fall, nämlich den aus fr. 5, §. 15, 16 de tribut. act. (14, 4) abgeleiteten Satz, daß, wenn ein Kaufmann an verschiedenen Orten Läden hat, oder an dem nämlichen Orte verschiedene Handlungen führt, die Gläubiger, welche in Hinsicht auf Einen dieser Läden, oder auf

¹⁰⁾ Daß von dem Kommanditisten eingeschossene, in den Besitz der Kommandite-Handlung übergegangene Kapital ist ganz besonders für die Schulden der Handlung haftbar erklärt. Es ist oft geradezu der Zweck, durch eine solche Erklärung der Handlung Kredit zu verschaffen. Die Handlungsgläubiger haben mit der Person des Kommanditisten gar nichts zu thun, sie haben ihn nicht kreditirt, sondern der Handlung, und dieser oft nur wegen seines Einschusses. Das Kapital gehört der Handlung, haftet der Handlung bis nach vollbrachter Liquidation mit dem Kommanditisten. Eouhay a. a O S. 303. Thöl Handelr. Bd. 1, §. 41.

Eine dieser Handlungen kontrahirt, dafür Waaren verkauft oder Geld geborgt haben, eine vorzugsweise Befriedigung aus den Aktiven eines solchen abgesonderten Ladens, oder einer solchen abgesonderten Handlung fordern dürfen¹¹⁾. Eine noch weiter greifende Anwendung jener römischen Gesetze auf die Gläubiger irgend einer Handlung ist ganz unstatthaft. — Mit jener falschen Voraussetzung fallen alle Folgesätze von selbst. Denn gehören die Aktiven einer Handlung ihren Theilhabern, so können die Gläubiger derselben, gleichviel, ob sie es vermittelt der Gesellschaftshandlung oder sonst geworden sind, diese Aktiven zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen. So lange nun der Theilhaber einer Handlung nicht die Gant über sein Vermögen hat erkennen lassen, wird keiner seiner Gläubiger zu seiner Befriedigung den Antheil desselben in einer Gesellschaftshandlung ansprechen wollen. Denn hier müßte, um diesen Antheil kennen zu lernen, eine Liquidation mit den übrigen Theilhabern vorausgehen. Man wird daher zuvor eine Exekution auf andere, leichter zu greifende Mittel des Schuldners zu erwirken suchen. Nach Eröffnung des Gantverfahrens fällt diese Rücksicht weg. Hier werden von den Gläubigern des Gantmanns seine sämtlichen Aktiven, sowohl die in der Gesellschaftshandlung, als sonst vorhandenen, in Anspruch genommen, und aus

11) Vgl. die bayer. Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822, §. 8, Nr. 5: (Ein Partikularkonkurs findet statt), „wenn der Schuldner zu gleicher Zeit verschiedene Fabrikten, Handlungen oder Gewerbe unter verschiedenen, von der öffentlichen Behörde bewilligten Firmen betrieben hat; in diesem Falle können jene Gläubiger, welche nach Ausweis der Handelsbücher und Handelsbriefe ausschließlich zu einem oder andern dieser Geschäfte Kredit gegeben haben, auf Absonderung des dazu gehörigen Vermögens zu ihrer Befriedigung aus demselben antragen.“

diesem Gesamtvermögen werden die Gläubiger, nach der bestehenden gesetzlichen Rangordnung befriedigt. Freilich kann es hiedurch geschehen, daß die Sonder-Gläubiger eines Gesellschafters durch bevorzugte Forderungen Alles wegnehmen und die Handlungsgläubiger desselben sodann durch seine Handlungstheilhaber allein zu befriedigen sind, in so fern letztere mit ihm in solidum haften. — Geräth eine Gesellschaftshandlung in Konkurs, so kann es vorkommen, daß verschiedene Massen gebildet werden müssen, in Hinsicht auf die verschiedenen Gläubiger jedes einzelnen Theilhabers. Jeder dieser Massen wird alsdann der einem jeden Theilhaber der Gesellschaftshandlung gebührende Antheil an den Handlungsaktiven zugewiesen. Bei jeder Masse liquidiren auch sämmtliche Handlungsgläubiger. Sie, und eben so die besonderen Gläubiger eines jeden Handlungstheilhabers, können aber bei den verschiedenen Massen sehr verschieden befriedigt werden, je nachdem die Konkurrenz von Gläubigern bei der einen oder andern Masse stärker oder schwächer ist. Hier kann die Ehefrau eines Theilhabers Alles wegnehmen; dort können Kinder, Pflegebefohlene, Dienstgesinde, Vermiether mehr oder weniger starke Forderungen haben ¹²⁾).

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Geltung der bayerischen Kulturverordnungen in Schwaben.

Noch immer erheben sich Zweifel, ob die bayerischen Kulturverordnungen in der ehemaligen Provinz Schwaben gesetzliche Kraft erlangt haben, und sprechen sich sogar einzelne Gerichte dahin

¹²⁾ Eouhay a. a. D. S. 495 f.

aus, daß sie daselbst keine Gültigkeit hätten. Allein diese Ansicht ist offenbar unrichtig.

Wenn auch die fraglichen Verordnungen früher nur vom Generalkommissariat oder der Regierung daselbst geltend gemacht und ausgeschrieben wurden, so wurde die Gesetzeskraft derselben durch spätere allerhöchste Reskripte ausgesprochen, und im Regierungsblatte bekannt gemacht.

In dem allerhöchsten Reskripte vom 27. März 1806 (Regierungsbl. vom Jahre 1806, S. 122) ist verordnet, daß jene Kulturverordnungen, welche bisher in der schwäbischen Provinz geltend gemacht wurden, von nun an auch in denjenigen Besitzungen eingeführt werden sollen, welche durch den Preßburger Frieden neu erworben wurden, und in der allerhöchsten Verordnung vom 2. Juli 1807 (Regierungsbl. vom Jahre 1807, S. 1141 — 42) ist gesagt, daß die landesherrliche Absicht bei obigem Reskripte dahin gegangen sei, daß jene Verordnungen in dem ganzen Umfange der Provinz wirkende Kraft haben sollten. Hiernächst wird zur Vermeidung aller Anstände erklärt, daß die angeführten Kulturverordnungen nicht nur in den seither der bayerischen Souveränität unterworfenen Provinztheilen, sondern auch in den mit der Provinz Schwaben im Monate Juni 1806 vereinigten Vorarlbergischen Landgerichten als gesetzliche Vorschriften anzusehen seien.

Der oberste Gerichtshof des Königreichs Bayern hat auch für die gesetzliche Kraft dieser Verordnungen in der Provinz Schwaben in mehreren Erkenntnissen, z. B. in der Streitsache Nr. 524 ^{42/44} entschieden.

2.

Nichtigkeitsbeschwerde in Hypothekensachen.

Gemäß §. 94 des Hypothekengesetzes findet gegen eine Verfügung des Hypothekenamtes ein

Beschwerde an das Obergericht statt; aber von dessen Ausspruch ist eine weitere Beschwerde nicht zulässig. Es steht sonach fest, daß in Hypothekenamtsachen nur zwei Instanzen existiren. An das Gericht dritter Instanz kann eine Beschwerde darüber nicht gebracht werden. Es macht keinen Unterschied, ob man sich an die dritte Instanz in Form einer Nichtigkeits- oder in der einer anderen Beschwerde wendet. Denn auch eine Nichtigkeitsbeschwerde kann nur an denselben oder den zunächst höheren Richter gebracht werden. In Hypothekenamtsachen gibt es aber über dem Gerichte zweiter Instanz, welches über die Beschwerde gegen die Verfügung des Hypothekenamts einen Ausspruch erlassen hat, keinen höhern Richter. So wenig man sich mit einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Erkenntniß des Wechselappellationsgerichts an das Oberappellationsgericht wenden kann, ebensowenig mit einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Ausspruch eines Obergerichts in einer Hypothekenamtsache. Vielmehr gilt hier das, was von Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse des obersten Gerichtshofs Rechtens ist; sie können nur bei demselben Gerichte, gegen dessen Ausspruch man Beschwerde führt, angebracht werden. Gilt Hypothekenamtsachen (abgesehen von den Fällen, in welchen das Obergericht Hypothekenamt ist) verhält es sich so, als ob das Oberappellationsgericht nicht vorhanden sei.

DUKE. in Nr. 822^{44/45} und 157^{45/46}.

3.

Beschädigung durch Thiere. Schmerzengeld.

Bayer. Recht.

In Folge einer Verwundung durch einen Fanghund wurde gegen den Eigenthümer auch auf Schmerzengeld geklagt. Das zur Anwendung kommende bayerische Landrecht erwähnt des Schmerzengeldes weder im §. 6 des Kap. 16, Th. IV (de actione legis Aquiliae) noch in §. 7 („si

quadrupes paup. fecisse dicatur“). Gleichwohl wurde der Anspruch für begründet erachtet. „Daß im Gesetz vom Anspruche eines widerrechtlich Verletzten auf Schmerzensgeld keine Erwähnung geschieht, ist unerheblich. Das Gesetz will denjenigen, der ungerechter Weise beschädigt wurde, entschädigt wissen; zur vollen Entschädigung gehört aber auch die Schadloshaltung für erlittene Schmerzen. Längst hat sich der Gerichtsgebrauch, gestützt auf Art. 20 der P.O. dafür entschieden, daß der widerrechtlich Verwundete Schmerzensgeld fordern kann. Freiherr von Kreittmayr verweist in den Anmerkungen zu Th. IV, Kap. 16, §. 6, Nr. 7 des Gesetzbuchs unter lit. c auf die in Deutschland übliche Schätzung der Schmerzen, ohne beizufügen, daß diese Uebung an den Orten, wo das bayerische Landrecht gilt, keinen Eingang gefunden habe. In dieser Beziehung steht daher der Zulässigkeit der Klage nichts im Wege.“

DAUE. v. 21. Mai 1844, (Nr. 176^{2/3}).

4.

Von Empfehlungen.

Ein Fabrikant wurde bei einem Seidenhändler von einem Dritten eingeführt und als zahlungsfähig empfohlen. Es kam ein Kaufgeschäft über Seide zu Stande. Als nun der Käufer nicht zur Zahlung der an ihn verkauften Seide zu bringen war, nahm der Verkäufer die Haftung des dritten Empfehlers in Anspruch. Eine Juristenfakultät, welche in dieser Frankfurter Rechtsache zu erkennen hatte, nahm an, eine Empfehlung oder ein Rath stehe der rechtlichen Wirkung nach dem im Interesse des Mandatars erteilten Mandate gleich. Da nun bei letzterem der Mandant die Gefahr des Geschäftes in dem Falle zu tragen habe, wenn der Geschäftsunternehmer sich ohne das Mandat nicht auf das Geschäft eingelassen hätte, so müsse dasselbe auch von Empfehlungen

gelten. Es wurde daher auf den Beweis erkannt: „daß Beklagter den R. dem Kläger als zahlungsfähig empfohlen habe und der letztere ohne diese Empfehlung das fragliche Kaufgeschäft mit R. nicht in der Weise eingegangen hätte, um demselben die fragliche Waare auf Kredit zu überlassen.“ — Gegen diese Entscheidung wurde mit Recht bemerkt, es lasse sich daraus, daß ein im Interesse des Mandatars ertheiltes Mandat in der Regel dem Rathe oder der Empfehlung gleichgeachtet werde (§. 6 Inst. de mand. fr. 2, §. 6 mandati), keineswegs folgern, daß von der bloßen Empfehlung Alles gelten müsse, was für das im Interesse des Mandatars ertheilte Mandat bestimmt ist. Allerdings verpflichtet Letzteres nach fr. 6, §. 5 mandati den Mandanten, wenn der Mandatar ohne das Mandat sich in das Geschäft nicht eingelassen hätte; aber dieß gilt nicht gleichmäßig von Rathschlägen und Empfehlungen.

Souchay Anmerk. zur Frankf. Reform. Bd. 1
 S. 341. — Zeitschrift für deutsches Recht
 Bd. 10, S. 139 f.

5.

Zinsen von Zinsen nach Handelsbrauch.

Vgl. Bd. 8, S. 413, Nr. 5.

Nach einer entschiedenen Praxis werden von dem Saldo eines kaufmännischen Kontokorrents, worin Zinsen begriffen sind, abermals Zinsen berechnet. Diese Praxis ist freilich mit den Römischen Gesetzen nicht zu vereinigen. Allein sie beruht auf dem übereinstimmenden Verfahren aller Handelsleute in allen Ländern der Welt, und ein Festhalten an andern Bestimmungen würde eine ungemeine Erschwerung aller Geschäfte herbeiführen.

Unter Bezugnahme auf Erkenntnisse in Frankfurter Rechtsfachen — Souchay Anm. zur Frankf. Reformation Bd. 1, S. 265.

Blätter

f k t

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 21. Samstag, den 14. Okt. 1848.

Ueber Hypothekbestellung in Schuldbriefen, welche
auf jeden Inhaber lauten.

§. 1.

Wenig von größeren Gutsbesitzern bedeutendere Darlehen mittelst Ausstellung von Schuldscheinen, die auf jeden Inhaber lauten, aufgenommen werden, pflegt in der Regel eine Hauptschuldburkunde auf jene Person als Gläubiger ausgestellt zu werden, durch deren Vermittlung das Darlehen zu Stande kommt, und welche vom Schuldner ermächtigt wird, Schuldbriefe über einzelne Theile des Gesamtdarlehens, auf jeden Inhaber lautend, auszugeben und in Verkehr zu bringen, wobei dem Inhaber eines solchen Schuldbriefes nach Maaßgabe der Größe des Betrages, auf welchen solcher lautet, gleiche Rechte mit dem als Hauptgläubiger und bezüglich der Theil-Schuldbriefe alsessionar sich darstellenden Vermittler des Darlehens zukommen ¹⁾. Daß für solche Darlehen gültig eine Hypothek bestellt werden könne, und daß alsdann die Inhaber der Theil-Schuldscheine gleiche Hypothekenrechte mit dem Hauptgläubiger haben, wofern die Befugniß des Letzteren, solche Schuldscheine

¹⁾ Vergl. über dieses Rechtsverhältniß Bl. f. N. Bd. XI, Nr. 1.

auszustellen, inß Hypothekenbuch eingetragen ist, möchte unbezweifelt seyn.

Eine andere Frage aber ist es, ob der Schuldner befugt sei, ohne Vermittlung einer als Hauptgläubiger und Ausgeber der Theil-Schuldbriefe sich darstellenden Person seinen Gläubigern schon vom Anfange her selbst Schuldscheine, die auf jeden Inhaber lauten, auszustellen und in denselben eine Hypothek zu geben; insbesondere ob nach dem k. bayer. Hypothekengesetze vom 1. Juni 1822 das Hypothekenamt befugt und verbunden sei, einen Eintrag auf jeden Inhaber als Gläubiger in die dritte Rubrik des Hypothekenbuchs, ohne daß ein Hypothekengläubiger mit Namen genannt ist, zu beschäftigen, und wie in diesem Falle der Hypothekenbrief auszustellen sei?

§. 2.

Vorerst ist als unbestritten vorauszusetzen, daß, wo nicht Landesgesetze verbiethend entgegenstehen, nicht bloß der Staat, sondern auch jede Privatperson berechtigt ist, für ein gegebenes Darlehen Schuldbriefe auf jeden Inhaber lautend auszustellen²⁾. Denn der Schuldner erklärt durch Ausstellung eines solchen Schuldscheins, daß er jeden, welcher denselben in Händen hat, als seinen Gläu-

²⁾ Mittermaier deutsch. Priv. R. 7. Aufl. Bd. II, S. 7, §. 274. — Wenn v. Gönner im Komm. zum Hyp. Gesetze Bd. II, S. 311 anführt, als ob nur vermöge besonderer Bewilligung der Regierung die Cession von Hypothekenbriefen an jeden Inhaber zulässig sei, so besteht unseres Wissens in Bayern kein Gesetz und keine Verordnung, woraus diese Beschränkung zu folgern wäre. — In den vielen in neuerer Zeit auf diese Art ausgestellten Schuldbriefen ist von einer eingeholten Regierungsbewilligung — welche natürlich mit obervormundschaftlicher Zustimmung oder gerichtlicher Ausfertigung nicht zu verwechseln ist — keine Rede.

biger für die in dem Schuldscheine ausgedrückte Summe anerkenne, ohne daß er einen Nachweis darüber verlangt, auf welche Weise der Schuldschein auf den Inhaber gekommen sei. Der Vorzeiger der Urkunde kann vom Gläubiger Zahlung verlangen, aber nur gegen Aushändigung derselben kann der Schuldner mit Sicherheit Zahlung leisten. Der Gläubiger, indem er einen solchen Schuldschein annimmt, läßt sich dagegen alle in demselben enthaltenen Bestimmungen, welche als der Inhalt des geschlossenen Darlehensvertrags erscheinen, gefallen, und übernimmt die Gefahr, welche in dem Besitze eines solchen Schuldscheines, besonders aber darin liegt, daß auch ein Dritter, der sich auf unrechtmäßige Weise in den Besitz des Schuldscheines gesetzt hat, vom Schuldner gültige Zahlung erhalten kann³⁾.

- 3) Die viel bestrittene Frage, ob dergleichen Urkunden mit der Eigenthumsklage zurückgefordert (vindizirt) werden können, dürfte wenigstens in soweit verneint werden, als der Schuldschein, wenn er einmal in die Hände des Schuldners zurückgekommen ist, nicht mehr von diesem zurückverlangt werden kann. Denn dadurch, daß Jemand als Gläubiger einen Schuldschein annimmt, worin ausgedrückt ist, daß der Inhaber der Gläubiger sei, unterwirft er sich stillschweigend, aber durch eine rechtsverbindliche Handlung der Vertragsbestimmung, daß der Schuldner dem Inhaber gültig Zahlung leisten könne: er hat sich durch Annahme des Schuldscheins auf diese Bedingung eingelassen; der Schuldner kann daher der Eigenthumsklage immer mit dem Vorbringen begegnen, daß er (abgesehen von der Hypotheksklage) von dem Gläubiger nicht mit einer dinglichen, sondern nur mit einer persönlichen Klage aus dem Darlehensvertrage belangt werden könne, daß Recht zur Anfechtung der persönlichen Klage aber vertragsmäßig auf dem Besitze des Schuldscheines beruhe, sobald also der Besitz verloren gegangen sei, auch das Klagerrecht erloschen sei: daher an einen dritten, der als Besitzer aufgetreten sei, gültig habe gezahlt werden können. — Nur wenn der Schuldner Kenntniß davon hat, daß der

§. 3.

Ist nun aber der Darlehens-Vertrag, wenn lediglich der Inhaber der Schuldburkunde als Gläubiger benannt ist, gültig: so kann auch einer für ein solches Darlehen geschenehen Pfandbestellung rechtliche Gültigkeit nicht abgesprochen werden. Denn dem Schuldner steht frei, in dem Darlehensvertrage sich seinem Gläubiger gegenüber — sei dieser, wer er wolle — auf jede rechtlich zulässige Weise zu verbinden, ihm daher auch durch Einräumung eines dinglichen Rechtes Sicherheit zu geben. Die Gültigkeit des nicht selbstständig bestehenden Pfandvertrages hängt immer davon ab, daß das Hauptgeschäft, mit welchem die Pfandbestellung verknüpft ist, rechtlich nicht unwirksam sei⁴⁾. Insbesondere hat nach bayerischem Rechte die Hypothek nur eine accessorische Eigenschaft, und von Wichtigkeit und Dauer der Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist, hängen auch die Wirkungen der Hypothek ab⁵⁾. Nach gemeinem sowohl als bayerischem Rechte ist mithin die Bestellung einer Hypothek in einer auf jeden Inhaber lautenden Schuldburkunde rechtlich zulässig, da der auf solche Weise zu Stande gekommene Darlehensvertrag selbst rechtlich gültig ist.

§. 4.

Es entsteht nur die Frage, ob nach bayerischem Rechte die im Hypothekengesetze v. 1. Juni

Schuldschein auf unrechtmäßige Weise in dritte Hände gekommen sei, und dennoch dem Besitzer desselben Zahlung leistete, bleibt er dem rechtmäßigen Eigenthümer haftbar: dieser aber hat alsdann nicht die vindictationsklage, sondern er klagt gegen den Schuldner als Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung mit der *actio de dolo, condictio furtiva* und dergl.

⁴⁾ Seuffert Pand. R. §. 194.

⁵⁾ Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822, §. 2.

1822 zur Gültigkeit einer Hypothekbestellung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht von der Art sind, daß sie nicht beobachtet werden können, wenn der Schuldschein auf jeden Inhaber lautet? — Eine Hypothek ist in Bayern nach §. 1 dieses Gesetzes nur dann gültig, wenn sie in das dafür angeordnete öffentliche Buch eingetragen ist, und nach §. 22, Nr. 8 soll in dieses Buch unter andern auch der Name desjenigen, welchem die Hypothek erworben wird, eingetragen werden. Im §. 145 ist unter Nr. 3 angeordnet, daß in die dritte Rubrik des Hypothekenbuchs unter andern auch „Vor- und Geschlechtsname, Stand und Wohnort des Gläubigers“ eingetragen werden soll.

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen scheint nun zu folgen, daß in Fällen, wo der Name des Gläubigers nicht in das öffentliche Buch eingetragen werden kann, eine rechtsgültige Hypothekbestellung unmöglich sei, daß daher, da Schuldbriefe auf jeden Inhaber ihrer Natur nach keinen Gläubiger-Namen enthalten können, die Bestellung einer Hypothek für ein Darlehen, dessen Schuldbriefe auf Inhaber lauten, gesetzlich nicht Platz greifen kann, es sei denn, daß eine bestimmte Person als ursprünglicher Gläubiger erscheine, welcher ermächtigt wird, dergleichen Schuldbriefe auszugeben.

Allein die Bestimmung, daß der Name des Hypothekgläubigers in das öffentliche Buch einzutragen sei, ist nicht so zu verstehen, als ob der einzutragende Gläubiger jedesmal einen eigenen Namen (*nomen proprium*) führen müsse, daher nur eine Privatperson sein könne: denn sonst würden juristische Personen, wie Stiftungen, Gesellschaften, Vermögensmassen u. dgl. nie als Gläubiger eingetragen werden können, was doch täglich geschieht. Die strenge Auslegung der §§. 22 u. 145

würde zu ungereimten Beschränkungen führen, welche das Gesetz nicht beabsichtigte.

Schon Gönnér im Kommentar zum Hypothekengesetz Bd. I, S. 261 und Bd. II, S. 206 und 253 deutet darauf hin, daß das Wort „Name“ nicht in dieser strengen Auslegung, sondern in allgemeiner Bedeutung zu nehmen sei, und erklärt sich Bd. II, S. 311 für die Zulässigkeit der Cession einer Hypotheksforderung an jeden Inhaber des Hypothekenbriefs^{o)}. — Zur Zeit der Verkündung des Hypothekengesetzes waren Papiere auf jeden Inhaber nicht so allgemein verbreitet, wie jetzt: solche kamen von Seite der Privaten als Schuldbriefe erst in späteren Zeiten häufiger in Gebrauch. Dem Gesetzgeber schwebte also wohl diese Art von Schuldscheinen bei Erlassung des Gesetzes gar nicht vor. Wenn im Gesetze der Eintrag des Namens des Gläubigers verlangt wurde, so geschah dies nur in der Absicht, alle Verwechslungen und Irrungen zu vermeiden, und den Einträgen in das Buch die größtmögliche Bestimmtheit und Genauigkeit zu geben. Diese Absicht geht aus allen Bestimmungen über Anlegung der Rubriken des Hypothekenbuchs, aus dem Geiste des Gesetzes selbst und dessen Hauptgrundsätzen der Öffentlichkeit und Besonderheit (Publizität und Spezialisität) hervor, wie denn auch im §. 136 ebenso der Eintrag des Vor- und Geschlechtsnamens, Standes, Gewerbes und Wohnortes des Schuldners in die zweite Rubrik angeordnet, dadurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß auch juristische Personen, die keinen Vor- und Geschlechtsnamen, Stand oder Gewerbe haben, als Schuldner erscheinen können¹⁾. Das Gesetz wollte nur anordnen, daß der Name eines Gläubigers alsdann eingetragen werde, wenn

^{o)} Siehe jedoch oben Note 2.

¹⁾ v. Gönnér a. a. O. Bd. II, S. 206.

solcher Eintrag möglich ist, außerdem aber die möglichst genaue Bezeichnung den Namen vertreten muß. Es heißt in fr. 34 de cond. et demonstr. (35, 1):

„Demonstratio plerumque vice nominis fungitur: nec interest, falsa an vera sit, si certum est, quem testator demonstraverit“^{*)}.

Sobald die Bezeichnung des Gläubigers von der Art ist, daß eine Irrung nicht eintreten kann, ist also den gesetzlichen Bestimmungen genügt, denn eine solche Bezeichnung vertritt mit vollem Rechte und mit voller Gewißheit die Stelle des Namens.

Nun ist aber die Bezeichnung: „jeder Inhaber“ eine ganz bestimmte, eine Irrung gar nicht zulassende. Denn Jeder, welcher beim Schuldner, bei Gericht oder beim Hypothekenamte den Schuldschein vorzeigt, stellt sich als Gläubiger dar und ist befugt, nach Maßgabe des Schuldscheines den Fortbestand der ihm gewährten Sicherheit, sowie Zahlung der Zinsen und der Hauptsumme zu verlangen, überhaupt alle Rechte des Gläubigers geltend zu machen. Diese Bezeichnung ist in ihrer Art noch verlässiger, als die Benennung des Gläubigers als Privatperson mit seinem Namen; weil ein mit Namen benannter Gläubiger, wenn er seine Rechte verfolgen will, im Beanstandungsfalle immer noch nachweisen muß, daß er jene Person sei, welche den in der Schuldurkunde angeführten Namen trägt; während der Besitzer eines auf Inhaber ausgestellten Schuldbriefes dieses Nachweises überhoben ist, und sich durch den Besitz der Urkunde allein als berechtigt genugsam ausweist.

Es ist daher keinem Zweifel unterworfen, daß Einträge in die dritte Rubrik des Hypothekenbuchs also gefaßt werden können:

*) Vgl. auch fr. 6 de reh. cred. (12, 1).

„Eine Million Gulden mit vier vom Hundert verzinsliches baareß Darlehen an die Inhaber der hierüber ausgestellten Schuldurkunden als Gläubiger. Für dieses Darlehen sind 3000 auf jeden Inhaber lautende Schuld- und Hypothekenurkunden vom 1. . . . , Gerichte .. unterm ausgefertigt worden, und zwar

400 Stück zu 1000 fl. mit Lit. A Nr. 1—

400,

800 Stück zu 500 fl. mit Lit. B Nr. 1—

800,

2000 Stück zu 100 fl. mit Lit. C Nr. 1—

2000

bezeichnet. Die einzelnen Schuldurkunden haben unter sich gleichen Rang bezüglich der bestellten Hypothek.“ —

§. 5.

Ein weiterer Anstand möchte gegen die Bestellung einer Hypothek in der bezeichneten Art daraus entnommen werden, daß die Ausstellung eines Hypothekenbriefes über die Gesamtsumme des Darlehens unmöglich wird, weil Niemand vorhanden ist, welcher solchen in Empfang nehmen kann. Allein auch dieser Anstand ist unerheblich, vielmehr bilden die Schuldbriefe auch eben so viele einzelne Hypothekenbriefe in geringeren Beträgen, deren Gesamtsumme das ganze Darlehen ausmachen, und welche unter sich gleichen Hypotheken-Rang haben.

Der Schuldner hat lediglich vor dem Hypothekenamte zu Protokoll zu erklären, daß er ein Darlehen zu einem bestimmten Betrage aufnehme und seinen Gläubigern dafür Schuldscheine auf Inhaber lautend ausstelle: er hat die näheren einzelnen Punkte des Darlehensgeschäftes genauer darzustellen, und die unbeweglichen Güter oder die diesen gleichzuachtenden dinglichen Rechte zu be-

zeichnen, auf welche er die Hypothek bestellen will. Daß Hypothekenamt hat die Erfordernisse zur Bestellung einer Hypothek bezüglich der in den drei Rubriken zu beschäftigenden Einträge, wie bei jeder andern Hypothek, zu prüfen, sodann aber die einzelnen Schuldurkunden als eben so viele Hypothekenbriefe gerichtlich zu fertigen. Die Beilagen zu den Hypothekenbriefen an Schätzungs- Urkunden, Tilgungs- Plan u. dgl. sind in Urschrift zu den Hypotheken- Akten zu nehmen, und ein Abdruck ist den einzelnen Schuldurkunden beizufügen: dieser Abdruck erhält durch die jedem Hypothekenbriefe unersäglich beizufügende gerichtliche Ausfertigung seine hinreichende Beglaubigung,

S. 6.

Auch das bei Löschungen vorgeschriebene Verfahren steht der Ausstellung solcher Hypothekenbriefe nicht hindernd entgegen. Da jeder Inhaber als Gläubiger erscheint, so ist, sobald der Schuldner selbst Inhaber der Schuldurkunde wird, dieser als sein eigener Gläubiger zu betrachten, sohin die Forderung erloschen, es steht also Nichts im Wege, auf Vorzeigung eines oder mehrerer Theilschuldbriefe durch den Schuldner die Hypothek für den Betrag, den die vorgezeigten Schuldscheine ausweisen, zu löschen. Doch ist zur Vermeidung des Mißbrauchs solcher Schuldbriefe bei der Löschung die Vorsicht nöthig, daß der Schuldbrief zum ferneren Gebrauche mittelst Durchschneidens oder auf andere Art unbrauchbar gemacht werde *).

In der Regel kann, wosfern nicht Anderes in der Schuldurkunde selbst als Vertragsbestimmung enthalten ist, bei theilweiser Heilmzahlung der Beträge einzelner Schuldbriefe die Löschung an der Gesamtschuld nur in der Art Statt finden, daß

*) Vgl. v. Bönnert a. a. O. Bd. II, S. 341.

ungeachtet der Minderung der Schuld nicht einzelne verpfändete Gegenstände vom Hypothekenverbände freigegeben werden können, sondern sämtliche verhypothekirte Sachen nach wie vor diesem Verbände unterworfen bleiben, und nur in der dritten Rubrik bemerkt wird, daß und wie viel an der eingetragenen Summe abbezahlt sei. Denn jeder einzelne Gläubiger hat das Recht zu verlangen, daß für seinen Antheil an der Gesamtforderung die vollständige Sicherheit eben so, wie allen Gläubigern zusammen, gewährt sei und bleibe.

Die Art der Zahlung der Zinsen und der Tilgung des Kapitals ist in der Schuldurkunde auszusprechen: Durch Annahme der Urkunde unterwirft sich, wie oben schon erwähnt, jeder Gläubiger den darin enthaltenen vom Schuldner ausgehenden Bestimmungen als vertragmäßigen. Jeder Gläubiger hat Kenntniß davon, daß der Schuldner, nicht wissend, wer in jedem Zeitpunkte seine Gläubiger seien, mit denselben nicht unmittelbar in Verkehr treten kann, sondern durch öffentliche Bekanntmachungen seinen Gläubigern Eröffnungen machen muß. Der Gläubiger hat daher, wenn er, solche Bekanntmachungen nicht lesend, etwa in Nachtheil versetzt wird, diesen Nachtheil sich selbst zuzuschreiben, weil er sich in einen Vertrag eingelassen hat, welcher seiner Natur nach einen andern Verkehr des Schuldners mit der Gesamtheit seiner Gläubiger nicht zuläßt. Gewöhnlich ist in dergleichen Schuldbriefen bestimmt, wann und wo die Zinsen gegen Einreichung der Zinsabschnitte gezahlt werden, und eine Verloosung der Schuldscheine nach Buchstaben und Nummern vertritt die Stelle der allmählichen Aufkündigung einzelner Theile der Gesamtschuld. Diese Verloosung kann füglich — der Sicherheit des Besizers der Aufkündigung wegen — vor einer Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgenommen werden; allein auch die Privatverloosung vertritt

die Stelle der Aufkündigung, wenn in den Vertragbestimmungen der Schuldbriefe enthalten ist, daß die öffentliche Bekanntmachung der herausgelassenen Schuldbriefe und die öffentliche Aufforderung an die Inhaber derselben zur Empfangnahme ihrer Antheile an dem Gesamtdarlehen als Aufkündigung gelten solle. Nach Ablauf der Zeit, welche zur Empfangnahme festgesetzt ist, tritt für die Gläubiger, welche sich nicht gemeldet haben, Verzug (*mora accipiendi*) mit seinen Folgen ein; und über die Befreiung des Schuldners von der Verbindlichkeit zur Zinszahlung sowohl als von der Hauptschuld gelten jene Grundsätze, welche überhaupt bezüglich jener Gläubiger stattfinden, die sich im Verzuge befinden, die Zahlung einer Schuld anzunehmen, oder an welche mit Sicherheit nicht erfüllt werden kann¹⁰⁾.

Das Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 kennt öffentliche amtliche Vorladungen zum Behufe der Löschung von Hypotheken. Solche Vorladungen sind für die Gläubiger verbindlich, weil es die Natur des Rechtsgeschäfts, in welches sie sich eingelassen haben, mit sich bringt, daß nicht jeder Einzelne besonders vorgeladen werde. Das Verfahren bei solchen Löschungen ist in den §§. 82 und 159 des Hyp. Gesetzes genau vorgezeichnet, und es unterliegt keinem Anstande, daßselbe bei Löschung von Hypotheken, die jedem Inhaber einer Urkunde bestellt werden, anzuwenden. Dr. Loh.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Berufungssumme. Vaterschaft.

Im Kommentar über die O. D. Bd. 4, S. 48 wurde unter Hinweisung auf ein D. O. bemerkt,

¹⁰⁾ Senffert Pand. R. §§. 248—259.

daß in Prozessen über die Rechtsverhältnisse aus dem außerehelichen Beischlafe nach dem Tode des Kindes die Waterschaftsfrage nicht mehr dazu dienen könne, die Rücksicht auf das Dasein der Berufungssumme auszuschließen. Da gleichwohl auch noch in den neuesten Zeiten Berufungen solcher Art, in welchen das Ermangeln der Berufungssumme wegen Obwaltens der Waterschaftsfrage (nach dem Tode des Kindes) als unerheblich dargestellt werden will, an die höheren Instanzen gelangen, so empfiehlt sich die Mittheilung eines neuern hierüber ergangenen obersterichterlichen Erkenntnisses. In den Motiven des MGB. vom 27. April 1847 (Nr. 759^{10/11}) kommt vor: „Nach §. 63 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 findet die Berufung ohne Rücksicht auf eine Summe statt, wenn der Streit Rechte betrifft, welche eine bestimmte Schätzung nicht zulassen; insbesondere bei Standsklagen, Streitigkeiten über das Erbrecht, über Waterschaft oder Kindschaft u. s. w. Allein der allegirte § ist hier nicht anwendbar. Daß angeblich mit dem Beklagten erzeugte Kind ist, wie die Klägerin selbst sagt, eine Stunde nach der Geburt gestorben. Die Rechte des Kindes kommen daher dergleichen nicht in Betrachtung, daßselbe braucht keinen Vater mehr, keine Ernährung, keine Erziehung. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist lediglich die persönliche Entschädigung der Mutter. Darum ist diese nur allein klagend aufgetreten und hat bloß die ihr angeblich gebührende Entschädigung in Anspruch genommen. Der Umstand, daß die Klägerin in ihrer Klage auch gebeten hat:

„den Beklagten für den Vater ihres am 21. Aug. 1845 geborenen Kindes zu erkennen“ macht die Klage nicht zu einer Paternitätsklage. Denn die letztere verfolgt die Rechte des Kindes gegen den außerehelichen Vater auf Ernährung, Er-

ziehung und Leistung alles desjenigen, wozu die Gesetze denselben verpflichten, und ist von den Ansprüchen der Mutter des Kindes auf die ihr gebührende Entschädigung ganz unabhängig. Die Vertretung der Rechte des Kindes steht überdies der Mutter gar nicht zu, sondern gebührt lediglich dem Vormunde. — Die von der Klägerin geforderte Entschädigung erreicht die gesetzliche Revisionssumme nicht; es mußte daher die Revision als unzulässig zurückgewiesen werden.“

2.

Haftung der Verwaltungs-Beamten aus pflichtwidrigen Amtshandlungen.

(Vergl. Bb. XII, S. 185 und 201.)

Der Vorstand einer Distriktpolizeibehörde war gegen eine in üblem Rufe stehende Weibsperson in einer Weise eingeschritten, wodurch diese in verschiedener Beziehung sich verletzt glaubte. Sie beschwerte sich bei der vorgesetzten k. Kreisregierung und hob mehrere Punkte des gegen sie stattgefundenen Verfahrens heraus, in welchen nach ihrer Meinung der Polizeibeamte die Grenzen seiner amtlichen Befugnisse überschritten haben sollte. Von der k. Kreisregierung wurde ihrem Anwalte eröffnet, daß das Verfahren des Beamten die Mißbilligung dieser Stelle erhalten habe. Dabei wurden aber nicht die einzelnen Punkte näher bezeichnet, in welchen der Beamte gefehlt hatte. Die Beschwerde stellte nun gegen den Polizeibeamten im Civilwege eine Injurienklage auf eine Genugthuungssumme, und hob in derselben alle einzelnen Umstände des Verfahrens hervor, welche nach ihrer Ansicht eine Ueberschreitung der Amtsbefugniß des Beamten enthielten, und berief sich dabei auf die mißbilligende Entschließung der k. Kreisregierung. Der beklagte Beamte bestritt

daß Dasein einer Civilsache und behauptete, die von der k. Kresdregierung ausgesprochene Mißbilligung habe lediglich einen Formfehler betroffen.

Daß Erkenntniß des einschlägigen UG. — bestätigt aus denselben Gründen durch OUG. vom 8. April 1848 Nr. 1101^{15/40} — sprach aus, daß die Klage in der angebrachten Art von den Gerichten zurückzuweisen sei. Die Gründe waren:

1) Es ist zwar richtig, daß die Verwaltungsbeamten wegen fahrlässiger oder vorsätzlicher Unterlassungen, sowie wegen Ueberschreitungen ihrer amtlichen Befugnisse civilrechtlich haftbar sind, indem sie insbesondere alsdann, wenn sie über die Grenzen der ihnen zur Richtschnur dienenden Gesetze, Verordnungen und Instruktionen hinausgehen, nicht mehr Amtshandlungen ausüben, sondern als Privatpersonen zu beurtheilen sind, mithin sowohl wegen Ehrenkränkung als wegen eines in Geld anschlagbaren Schadens bei den Civilgerichten belangt werden können (Seuffert Pand. Bd. II, S. 425).

2) Allein die Vorfrage bleibt immer die, ob der Verwaltungs-Beamte die Grenzen seiner amtlichen Befugnisse überschritten habe? — Diese Frage zu beantworten, ist nicht Sache der Gerichte, sondern der dem Beamten im Dienstwege vorgesetzten Stelle. (Seuffert Rom. z. OD. Bd. I, S. 148. — Mittermaier Archiv f. civ. Praxis Bd. XII, S. 407. — Pfizer über Verwaltungs-Justiz S. 80, S. 172).

3) Die den Gerichten nach Tit. VIII, §. 3 der Verf. Urk. zugesicherte Unabhängigkeit findet kraft dieser konstitutionellen Bestimmung nur innerhalb der Grenzen ihrer amtlichen Befugniß statt; es steht ihnen daher kein Erkenntniß darüber zu, ob ein Beamter, welcher keine Nichteramtsperson ist, innerhalb der Grenzen seines

Amte gehandelt habe, oder nicht, weil sie durch Beantwortung dieser Frage selbst ihren Wirkungsbereich überschreiten würden. Diese aus der Natur der Sache und der nothwendigen Ziehung einer scharfen Grenzlinie zwischen Gerechtigkeitspflege und Verwaltung fließenden Grundsätze sind in der Entschließung des k. Staatsministeriums der Justiz vom 31. März 1824 (Döllinger Verord. Samml. Bd. II, S. 235) anerkannt, welche Entschließung, weit entfernt, als Gesetz gelten zu wollen, nur die Gerichte auf die Beobachtung der Grenzlinien zwischen Justiz und Administration aufmerksam macht, sohin, obgleich nach Verkündung der Verfassung erlassen, den richterlichen Entscheidungen zur Grundlage dienen kann. (Seuffert Rom. 3. Bd. I, S. 27).

4) Im Falle einer Klage, wie die vorliegende, hat daher der Kläger nicht nur Thatfachen anzuführen, in welchen eine Ueberschreitung der amtlichen Befugnisse des Beamten liegen soll, sondern auch darzuthun, ob und welche von den Handlungen des Beamten als die Grenzen seiner Amtsbefugnisse überschreitend von der vorgesetzten Stelle erklärt worden seien. Die Anführung einer allgemeinen Mißbilligung genügt nicht: es gehört zur thatsächlichen Begründung der Klage, alle einzelnen Umstände hervorzuheben; denn die Ausföhrung in der Klage über die Zuständigkeit der Gerichte muß hier eben so thatsächlich und rechtlich begründet werden, wie die über die Sache selbst (Seuffert Rom. 3. Bd. I, S. 149, Bd. II, S. 138. — Martin Lehrb. des Proz. S. 137). Die Klage mußte daher, wie angebracht, von den Gerichten abgewiesen werden. Der Klägerin bleibt es unbenommen, bei der vorgesetzten Verwaltungsstelle eine Entschließung zu erwirken, worin ihr umständlicher Kund gegeben wird, in welchen Punkten der

Beflagte seine amtlichen Befugnisse überschritten habe, oder nicht.

Nachschrift. So sehr es einerseits nothwendig ist, Beamte, welche innerhalb ihrer Amts-befugnisse handeln, gegen die maßlosen Angriffe von Seite der Unzufriedenen in Schutz zu nehmen, so erfordert es auch andererseits die Gleichheit der Rechte, und es ist zur Beseitigung des leider immer mehr überhand nehmenden und von einer gewissen Seite her gerne unterhaltenen Mißtrauens gegen die Beamten nothwendig, mit aller Strenge sowohl gegen jene einzuschreiten, welche aus übertriebenem Diensteifer oder aus anderen Nebenrücksichten sich Uebergriiffe erlauben, als auch gegen jene, welche durch Vernachlässigung ihrer Obliegenheiten die Amtsuntergebenen benachtheiligen. Die vorgesetzten Stellen werden wohl einsehen, daß es im gleichmäßigen Interesse der Regierungen wie der Staatsbürger liegt, den Beschwerdeführern, wenn ihre Beschwerden gegründet sind, umständlich kundzugeben, worin die Beamten ihre Befugnisse überschritten oder ihre Pflichten vernachlässigt haben, durch Offenheit jedes Mißtrauen zu beseitigen, und nicht durch zurückhaltende oder zu allgemeine Ausdrücke der mißbilligenden Verfügung den Rechtsweg abzuschneiden oder zu verkürzen. Wir wünschen und hoffen, daß die Verwaltungsstellen auch dieser Anforderung der jetzigen Zeit bereitwillig nachkommen!

L.

G r o m e.

Mit einstem Rath das Volk zu lenken! eiler Wahn!
 Sie seh'n und hören nicht, zum Abgrund führt die Bahn.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 22. Samstag, den 28. Okt. 1848.

Kompetenz in Vertreibung der Anwalts-Kosten.

In den Blättern f. N. N. Bd. I, S. 238 ist die Ansicht aufgestellt, daß, wenn über die Gebühren des Anwaltes oder deren Vertreibung ein Streit entsteht, dieser Gegenstand vor daselbe Gericht gehöre, welches in der Hauptsache kompetent war, wenn auch diejenige Partei, von welcher der Anwalt die Gebühren fordert, ihren ordentlichen persönlichen Gerichtsstand vor jenem Gerichte nicht haben sollte.

Der Richtigkeit dieser Ansicht, insoferne sie allgemein angewendet werden wollte, dürften aber sehr wesentliche Bedenken entgegenstehen.

Die Praktiker, die jener Ansicht huldigen, berufen sich zu ihrer Begründung auf die Grundsätze des Zusammenhanges der Sachen, der Zugehörigkeit der Nebensachen zur Hauptsache, der Streitabhängigkeit u.; alles dieses kann sich jedoch nur von dem Falle verstehen, wenn ein Anwalt die Vergütung seiner Gebühren von der Gegenpartei seines Klienten aus dem Grunde fordert, weil diese Gegenpartei in dem richterlichen Erkenntnisse über die Hauptsache auch zur Vergütung der Kosten, und namentlich der Anwaltskosten verurtheilt wurde, in welchem Falle es sich im Grunde nur um Ver-

treibung der Kosten seiner Partei handelt. Auf jene Fälle aber, wo der Deserviten-Streit zwischen dem Anwalte und seinem eigenen Klienten entsteht, finden jene Grundsätze keine Anwendung; denn

1) wird Niemand bestreiten, daß das Verhältniß zwischen dem Anwalte und seinem Klienten ein rein persönliches Privatrechtsverhältniß sei, welches nach den gesetzlichen Bestimmungen über den Vollmachtsvertrag (cod. bav. civ. p. IV, cap. 9, §. 6, Nr. 1) zu beurtheilen ist.

Daraus folgt, daß Differenzen zwischen dem Advokaten als Mandatar, und dem Klienten als Mandanten immer und allezeit als Civilrechtsfachen vor dem Civilgerichte zu verhandeln sind, und zwar wie jede andere Personalklage, nach cod. civ. l. c. §. 10 in annot. litt. b, et cod. jud. cap. 1, §. 1 vor dem ordentlichen Gerichte des beklagten Theiles, die Differenzen mögen vor was immer für einer Behörde, in einer Civilsache, oder auch in einer strafrechtlichen oder polizeilichen Angelegenheit entstanden sein.

Dies ist die gesetzliche Regel, und nirgends ist bezüglich der Deservitenklagen eine Ausnahme statuirt.

Allerdings sind zwar

2) die Anwaltskosten eine Nebensache zu dem Hauptprozeß, in welchem sie erwachsen sind; auch sind nach cod. jud. cap. 17, §. 4, Nr. 6 die Gebühren der Anwälte sogar gleich den Gerichtskosten zu behandeln, und das punctum expensarum muß nach cod. jud. cap. 1, §. 10 in not. litt. a allezeit vor dem Forum der Hauptsache, aus dem Grunde der Konnexität, verhandelt und entschieden werden. Allein diese Gesetze stellen haben nur Bezug auf den Kostenpunkt zwischen den streitenden Hauptparteien, aber nicht auf das Mandatsverhältniß zwischen den An-

wälten und ihren Klienten; letztere sind, wenn sie der Deserviten halber in Streit gerathen, von den Hauptparteien ganz verschiedene selbstständige Streittheile. Das *forum continentiae vel connexionis causarum* kann nur in Streitsachen zwischen den nämlichen Parteien Platz greifen, aber nicht zwischen Parteien, wo der Kläger (der Anwalt) eine ganz andere Person ist, als der Kläger im Hauptstreite.

3) Deservitenklagen zwischen den Anwälten und ihren Klienten sind von dem Hauptprozeß ganz unabhängig; sie entstehen gewöhnlich erst, wenn dieser bereits beendet ist, oder der Klient zur Fortführung des Hauptprozeßes einen andern Anwalt gewählt hat. In beiden Fällen kann die Differenz zwischen dem Anwalte und seinem Klienten nicht zugleich mit dem Hauptprozeß verhandelt und entschieden werden, und da gerade hierin der Hauptzweck liegt, für welchen nach *cod. jud. cap. 1, §. 10 litt. a* das Ausnahmungs-Forum der *connexio causarum* gegeben ist; so ergibt sich daraus die Unstatthaftigkeit dieses Forums in solchen Fällen von selbst.

4) Wenn auch die Akten des Hauptprozeßes die Grundlage für die Deservitenforderung des Anwaltes gegen seinen Klienten bilden; so liegt doch hierin keine wahre Konnexion zwischen dieser Forderung und dem Gegenstande des Hauptstreites. Die Akten des letztern sind lediglich als Beweismittel für die Deservitenforderung des Anwaltes zu betrachten; Niemand aber wird behaupten wollen, daß der Kläger seine Klage vor dem Gerichte jenes Ortes stellen müsse, wo die Urkunde, die er als Beweismittel gebrauchen will, errichtet wurde. Das Gericht, welches in der Hauptsache zu erkennen hat, kann bezüglich der Deservitenforderung des Anwaltes an einen Klienten, wenn es nicht zugleich das ordentliche Forum des letztern ist, keine

andere Gewalt üben, als die Deserviten zu justifiziren; dieß ist aber lediglich eine disziplinäre Verfügung zur Beschränkung allenfallsiger Tax-Erlasse der Anwälte, die auf die Feststellung der Kompetenz zur Verhandlung von Deservitenklagen keinen Einfluß hat.

5) Der Grundsatz: „*lis ubi coepta, ibi finienda*“ paßt, bei al' seiner prinzipiellen Nichtigkeit, auf die vorliegende Streitfrage nicht; denn der Deservitenstreit beginnt nicht mit dem Hauptstreite, sondern gewöhnlich erst nach dessen Beendigung; man kann also nicht sagen, daß durch den Hauptstreit auch der Deservitenstreit zwischen dem Anwalte und seinem Klienten bereits angefangen habe, und daraus folgt, daß letzterer nicht nothwendig vor dem Gerichte, wo der Hauptstreit geführt wird, verhandelt werden müsse.

6) Die Ansicht, als seien Deservitenklagen der Anwälte gegen ihre Klienten jedesmal vor jener Behörde zu verhandeln, wo die Angelegenheit, in welcher der Anwalt die Deserviten verdiente, anhängig war, müßte in ihrer allgemeinen Anwendung zu Absurditäten führen.

Man nehme an, ein Anwalt habe in einer Gewerbsache für Jemanden eine Berufung zur k. Regierung gegen einen Beschluß eines Magistrates III. Klasse eingereicht, aber von seinem Klienten dafür keine Bezahlung erhalten, so daß er zur Klagestellung genöthigt ist. Nach jener Ansicht müßte er diese Klage beim Magistrate anbringen, der jedoch zur Verhandlung und Entscheidung der rein civilrechtlichen Mandatsklage ganz inkompetent wäre. Oder man nehme an, ein Anwalt habe für eine privilegirte Standesperson bei einem landgerichtlichen Hypothekenamte verschiedene Schriften eingereicht, und dadurch Deserviten verdient, deren Bezahlung jene Person verweigert. Nach obiger Ansicht müßte also der Anwalt seine Deserviten

Klage beim besagten Hypothekenamte anbringen, welches aber keine entscheidende Gewalt, und über die privilegirte Standesperson keine Jurisdiction hat.

Noch mehr! Man nehme an, ein Advokat sei General-Anwalt eines bedeutenden Fabrikanten, der hundert Waarenabnehmer in hundert verschiedenen Gerichtsbezirken, sogar in verschiedenen Ländern hat, und für welchen der Anwalt die entstandenen Waarenschulden einklagte, und im Prozeßwege bei den verschiedenen Gerichten beiträbe. Nach einigen Jahren verlangt er die Bezahlung seines Deserviten: Guthabens, die der Fabrikant nicht leisten will. Nach obiger Ansicht könnte also der Advokat seinen Mandanten nicht bei dem Gerichte seines Wohnorts, sondern er müßte ihn bei den hundert Gerichten, wo er für ihn arbeitete, sogar im Auslande verklagen!!!

Endlich.

7) wurde in den Bl. f. N. u. a. a. D. sich auch auf ein allerhöchstes Reskript vom 6. Nov. 1824, wodurch ein Kompetenzkonflikt nach obiger Ansicht entschieden worden sein soll, berufen. Man kennt den nähern Inhalt dieses Reskripts nicht, und muß daher bezweifeln, daß es gerade auf die hier vorliegende Streitfrage passe. Wenn aber auch dieses der Fall ist, so kann man demselben ein anderes jüngeres allerhöchstes Reskript v. 19. Febr. 1844 entgegenstellen, wodurch ein gleicher Kompetenzkonflikt zwischen den Landgerichten H. und V. in Nbn. ganz nach den Grundsätzen, die man hier vertheidigt hat, entschieden wurde, und wonach die Anwälte ihre Deserviten gegen ihre Klienten jedesmal vor den persönlichen ordentlichen Gerichten der Letztern einzuklagen haben.

Jedenfalls dürften dergleichen sich entgegengesetzte Entscheidungen über die Kompetenz in Deservitenklagen dem obersten Gerichtshofe zu einem Plenarbeschlusse Anlaß geben. M. P.

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Löschungen im Hypothekenbuche.

Bei einem Gutöverkaufe im J. 1812 waren vom Käufer für 43000 fl. Schulden des Verkäufers zur Tilgung übernommen worden. Bei Auflegung der Hypothekenbücher wurde über diese Schuldposten Nachforschung gepflogen, und da von Seite des Käufers genügende Nachweisungen über die von ihm behauptete Tilgung nicht erbracht wurden, so wurde von Amtswegen eine Vormerkung zu Gunsten der fraglichen Gläubiger unter Bezugnahme auf ein in den Akten liegendes Verzeichniß derselben bewerkstelligt. In neuerer Zeit beantragte der Gutskäufer die Löschung der Vormerkung, theils unter Vorlage der quittirten Schuldurkunden, theils unter Bezugnahme auf die Erklärung des Verkäufers resp. seiner Erben, daß alle die übernommenen Schulden längst getilgt seien. Es wurde dabei ausgeführt, die Eintragung zu Gunsten der Gläubiger sei mit Unrecht geschehen, indem die amtliche Fürsorge vom Gesetze nur für die unbefriedigte Kaußschillingßforderung des Verkäufers angeordnet sei, nicht aber für die etwaigen Forderungen von Gläubigern des Verkäufers, deren Befriedigung der Käufer übernommen; nur der Verkäufer sei in Bezug auf die fragliche amtliche Fürsorge der Berechtigte, und von dieser Seite sei in die Löschung gewilligt; auf die Zustimmung der mit Unrecht vorgemerkten Gläubiger komme es nicht an. — Es hatte aber diese Ausführung keinen Erfolg. In den Motiven des D. U. G. v. 15. März 1848 (Nr. 413^{47/48}) kommt hierüber vor: „Nach der gemäß §. 168 des Hyp. Ges. auch bei Löschung von Hypothek-Vormerkungen zur Anwendung kommenden Bestimmung des §. 158 kann eine im Hypothekenbuche eingetragene

Hypothek nur mit Beziehung desjenigen, dessen Hypothekrecht verloren gehen soll, gelöscht werden; die Hypothek, deren Löschung beantragt worden, ist für die L....schen Gläubiger vorgemerkt, und dieselbe kann daher nach dieser klaren gesetzlichen Bestimmung ohne vorgängige Vernehmung der betreffenden Gläubiger nicht gelöscht werden. Hieran wird durch den geltendgemachten Lösungsgrund, nämlich daß jener Vormerkung der fraglichen Hypothek für die L....schen Gläubiger schon ursprünglich ein gesetzlicher Grund nicht vorgelegen, weil die Forderungen, für welche die Hypothek vorgemerkt worden, zur Zeit der Vormerkung bereits getilgt gewesen, — auch den L....schen Gläubigern ein gesetzlicher Titel zu einer Hypothek nicht zugestanden, — durchaus nichts geändert; vielmehr bestimmt der §. 65 des Hypothekengesetzes ausdrücklich, daß, wenn die Löschung einer eingetragenen und vorgemerkten Hypothek aus dem Grunde verlangt wird, weil der Besitzer der Sache entweder die Richtigkeit der Schuld oder das Recht des Gläubigers auf eine Hypothek bestreitet, die Löschung im Mangel gültlicher Ausgleichung bloß auf Vorlage eines rechtskräftigen Urtheils erfolgen könne. Eben so wenig kann der Umstand, daß die angesuchte Vormerkung nicht auf Antrag der L....schen Gläubiger, sondern von Amtswegen in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist, auf vorliegende Frage Einfluß äußern, da die Eintragung oder Vormerkung einer Hypothek von Amtswegen für denjenigen, zu dessen Gunsten sie geschehen ist, die nämlichen Rechte begründet, wie eine auf Antrag des Betheiligten erfolgte Eintragung oder Vormerkung, und eine gesetzliche Bestimmung, gemäß welcher dem im §. 158 aufgestellten Grundsatz entgegen eine von Amtswegen eingetragene oder vorgemerkte Hypothek von Amtswegen oder doch ohne Beziehung desjenigen, dessen Hypothekrecht dadurch ver-

loren gehen soll, auch wieder gelöscht werden könnte, nicht besteht. Es kann daher gegenwärtig darauf, ob die in Frage stehende Hypothek-Vormerkung mit gesetzlichem Grunde geschehen ist oder nicht, gar nicht ankommen, indem in dem einen wie in dem andern Falle die beantragte Löschung derselben nur unter Beobachtung der in §. 158 resp. 165 des H.G. gegebenen Vorschriften erfolgen kann.“

2.

Verbindlichkeit des Käufers, die dem Verkäufer zur Verfügung gestellten Waaren zu bewahren.

Wenn derjenige, welcher von auswärts Waaren bestellt hat, dieselben wegen Mangelhaftigkeit anzunehmen und zu behalten verweigert, dafür sie dem Absender zur Verfügung stellt, so liegt ihm gleichwohl ob, sie vorläufig bei sich aufzunehmen und für ihre Erhaltung zu sorgen. In einem gegebenen Falle (1844) kam es in Frage, ob der Empfänger in dieser Beziehung dem Absender nur, wie ein Depositar, für grobes Verschulden, oder nach den Obliegenheiten eines Käufers für die ganze Obliegenheit eines sorgsamten Hausvaters hafte. „Die Rechtsfakultät zu Marburg erklärte die Voraussetzung (es sei das Rechtsverhältniß des Depositums anzunehmen) für unrichtig, indem die Dispositionstellung der Waare, auch wenn sie angenommen worden, den ursprünglich geschlossenen Bestellungskauf noch nicht in eine Hinterlegung verwandle, vielmehr, abgesehen von der etwa hinzugekommenen Abrede, alle gegenseitigen Rechte und Pflichten fortwährend nach dem ursprünglich geschlossenen Vertrag zu beurtheilen seien. Das Depositum entsteht *re*, vermöge der Hinterlegung selbst, wenn diese als selbstständiger Gegenstand des Vertrags erscheint, in andern Fällen wird auf den Anfang des Geschäfts gesehen.“

Souday Anmerk. zur Reformation der freien Stadt Frankfurt Bd. 1, S. 462.

3.

Handel nach Probe. Beweislast.

Vgl. Band 1, S. 307.

Im kaufmännischen Verkehr kommt sehr häufig der Handel nach Probe (nach vorgelegtem Muster) vor. Ist dem Käufer eine Probe zur Aufbewahrung und Vergleichung der versprochenen Waare übergeben worden, so muß er dieselbe zu diesem Zwecke gehörig bewahren, bei Vermeidung, daß er den Beweis der nicht probemäßigen Beschaffenheit zu übernehmen, oder dieselbe zu behalten und zu bezahlen verbunden wird. Wurde hingegen die Probe dem Käufer nicht ausgehändigt, und von diesem später die Annahme der bestellten Waare wegen Unprobemäßigkeit verweigert, so ist es Sache des die Probemäßigkeit behauptenden, den Kaufpreis verlangenden Verkäufers, den Beweis zu liefern, daß die gelieferte Waare dem vorgelegten Muster entsprochen habe.

Frankfurter AGG. (1847) in G. Fund und Böse gegen Roth Goudary Anmerk. zur Frankf. Reform. Bd. I, S. 226.

4.

Pluspetition. Kostenkompensation.

Lag im gegebenen Falle die Festsetzung eines zu zahlenden (z. B. Entschädigungs-) Betrages in richterlichem Ermessen, so ist die Differenz des Geforderten und Zugesprochenen kein Grund, die Kosten des ganzen Streites zu kompensiren. Es kommt hier auf den Einfluß an, welchen die Zusatzforderung auf die Verhandlung gehabt hat.

Komm. über die GD. Bd. 4, S. 212. Note 22.

Bl. f. RA. Bd. 2, S. 332.

In einem vorgekommenen Falle hatte der von einem Fanghunde des Beklagten gebissene Kläger ein Schmerzgeld von 1000 fl. (früher in Vergleichsverhandlungen von 600 fl.) verlangt. Es

wurden zweihundert Gulden zuerkannt und die Kosten kompensirt. In den Motiven kommt vor: „Der Betrag des von dem Kläger in der Klage verlangten Schmerzgeldes, und auch die von demselben in dem der Klagstellung vorausgegangenen Vergleichsvorschläge geforderte Summe war jedenfalls überspannt, und der Beklagte hatte daher, wenn auch dem Kläger eine geflissentliche Zuvorsichtforderung nicht zur Last gelegt werden kann, allerdings guten Grund, dem Klagsanspruche nicht statt zu geben, sondern es auf richterliche Entscheidung ankommen zu lassen, sonach redliche Ursache zum Streite. Auch das Beweisverfahren ist nicht bloß durch die unerwiesen gebliebene Einrede des Beklagten, sondern auch durch die gleichfalls unerwiesen gebliebene Behauptung des Klägers, daß er länger als 3 Wochen arbeitsunfähig gewesen, veranlaßt worden. Die Kompensation der Kosten I. Instanz ist daher nach G.D. XVII, §. 4, Nr. 3 vollkommen gerechtfertigt“.

DAÖE. vom 14. April 1848, Nr. 212^{17/18}.

5.

Haftung der Verwaltungs-Beamten aus pflichtwidrigen Unterhandlungen.

Eine l. Kreisregierung hatte nach Art. 7, Tit. II der Verordnung vom 25. April 1811, die Regulirung des Biersaßes betr., eine polizeiliche Untersuchung gegen einen Brauer wegen angeblich verfälschter Biere einleiten lassen, und einen Gerichtsarzt beauftragt, die Biere einer chemischen Untersuchung zu unterwerfen. In Folge dessen waren die Biere des Brauers 38 Tage lang im Sommer unter Siegel gelegen. Die während dieser Zeit vorgenommene chemische Untersuchung zeigte, daß mehrere Biere gefälscht waren. Dieselben wurden durch Ausspruch aller im Administrativwege zuständigen Instanzen zum Theile konfiskirt.

Schon in seiner Rekurschrift hat der Brauer sich beschwert, daß ihm durch das Versiegeln einige Biere verdorben seien, und ihm durch die nicht zu rechtfertigende Weise des Vollzugs der Regierungs-Entschließung ein beträchtlicher Schaden zugefügt worden sei. Diese Beschwerde wurde grundlos befunden; das Verfahren des Gerichtsarztes wurde nicht gemißbilligt. Nun belangte nach beendigter polizeilicher Untersuchung der Brauer den Gerichtsarzt im Civilwege auf Schadenersatz.

Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz von der Gerichtsschwelle abgewiesen. In den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses des einschlägigen O. v. 28 Decbr. 1844, N. 1737 kommt unter andern vor:

Der k. Regierung lagen die gesammten Verhandlungen über die Untersuchung der Biere vor, sie hatte Kenntniß von dem dabei eingeschlagenen Verfahren, und hat es nicht gemißbilligt. Es wäre Sache des Klägers gewesen, die Art des Verfahrens, wenn er dadurch das Verderben der Biere herbeigeführt glaubte, im Laufe der Untersuchung auf dem Wege der Beschwerde anzugreifen und auf Einstellung desselben bei der k. Regierung anzutragen, weil die Art und Weise der chemischen Untersuchung der Biere und der Versiegelung des Vorraths ein Theil der polizeilichen Untersuchung war, und dem Civilgerichte nicht die Befugniß zusteht, wegen vermeintlicher Entschädigungsansprüche vorliegender Art hemmend oder aufhebend in den Gang der polizeilichen Verhandlungen einzugreifen. Erst wenn das Verfahren des Beklagten von einer vorgesezten Verwaltungsstelle als ungeeignet und verordnungswidrig verworfen worden wäre, hätte es dem Kläger freigestanden, wegen nicht zu rechtfertigender Handlungen Entschädigungs-Ansprüche auf civilrechtlichem Wege geltend zu machen.

Die an die dritte Instanz ergriffene unzuläs-

sige Revision hatte die in den Bl. f. N. N. Bd. XII, S. 153 unter Nr. 1 bereits mitgetheilte Folge.
E.

6.

Anspruch der Pflichttheilberechtigten auf Inventarisirung des Nachlasses.

Preuß. Recht.

In den Motiven eines M. G. vom 27. Nov. 1846 (Nr. 220^{43/41}) kommt hierüber vor: „Es unterliegt keinem Zweifel, daß sich erst durch die genaue Feststellung der Größe des Nachlasses bestimmen läßt, ob und um wieviel der Pflichttheil gegen die dem Kinde zugewendete Summe verletzt worden, und daß zur Bestimmung der Größe des Nachlasses selbst ein genaues und vollständiges Inventar erforderlich und in der Regel das einzige zuverlässige Mittel ist, die Größe des Pflichttheils, so wie die Größe des Betrages, um welchen er verkürzt worden, zu ermitteln. Steht nun aber den im Pflichttheile verkürzten Kindern das Recht zu, die Ergänzung des Fehlenden aus der Erbschaft zu verlangen, so muß ihnen auch der Gebrauch des Mittels gestattet sein, wodurch sie am leichtesten und zuverlässigsten nachweisen können, daß und inwieweit der ihnen gebührende Pflichttheil verletzt sei; es muß ihnen also das Recht zustehen, von dem Besitzer der Nachlassmasse die Vorlegung eines den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Inventars zu fordern. — Allerdings hat (im gegebenen Falle) J. F. in seiner letztwilligen Verfügung die Disposition und Inventur seines Nachlasses untersagt; allein den Motherben gegenüber, welche in ihren Pflichttheilen verletzt zu sein behaupten, hat diese Disposition keine Wirkung, weil dieselbe die Kinder hinsichtlich ihres Anspruchs auf den Pflichttheil offenbar gefährdet und ihre Rechtsverfolgung erschwert, und dieß zu thun der Vater kein Recht hat. Nach §. 404, Tit. 18, Th. II des preuß.

Landrecht muß, wenn Eltern und Großältern, die ihren Kindern eine bestimmte Sache oder Summe zu ihrem Erbtheil hinterlassen, die Aufnahme eines gerichtlichen oder Privatverzeichnisses von ihrem Nachlasse gänzlich untersagt haben, der Haupterbe dennoch zur künftigen Beurtheilung: ob eine Verletzung im Pflichttheile vorhanden sei, ein Privatverzeichniß aufnehmen und bei dem vormundschaftlichen Gerichte versiegelt hinterlegen. Was bezüglich der Rechte von Pflegebefohlenen gilt, gilt bei der Gleichheit des Grundes auch bezüglich der Rechte der bereits großjährigen Kinder, nur mit dem sich von selbst verstehenden Unterschiede, daß die letzteren sich sofort von dem Bestande des Nachlasses die nöthige Gewißheit verschaffen und zu dem Ende die Vorlegung eines vollständigen Inventars von dem Besitzer der Nachlaßmasse verlangen können.“

7.

Bur Lehre vom ausgezeichneten Diebstahle.

Daß Durchbrechen eines Lochs durch eine Mauer mit bloßer Hand ohne Anwendung eines Werkzeugs ist eine Auszeichnung des Diebstahls. Hierüber sagen die Gründe des MGE. v. 24. März 1848, Nr. 127^{1/4}s Folgendes:

Daß Gewicht, welches die Gesetze der Auszeichnung des Diebstahls beilegen, prägt sich durch die Geflissentlichkeit und Gefährlichkeit aus, mit welcher die häusliche Sicherheit durch Verletzung innerer oder äußerer gewöhnlicher Verwahrungsmittel gestört wird. Mauern sind aber das gewöhnlichste und sicherste Verwahrungsmittel gegen außen, und es ist gleichgültig, ob die Steine derselben durch Kalk oder Lehm verbunden, oder wie sie sonst etwa in einander gefügt sind. Einem Hausvater, welcher sich durch eine Mauer — (dieselbe bestand in vorliegendem Falle aus aufeinandergeschichteten mit Lehm nicht fest verbundenen s. g. Brucksteinen)

— gesichert hält, kann der Vorwurf der Vernachlässigung gewöhnlicher Verwahrungsmittel mit Recht nicht gemacht werden. Allerdings erfordert das Gesetz zum Thatbestande eines geflissentlichen gefährlichen Diebstahls auch eine gewisse Art von Gewalt, macht aber keinen Unterschied, ob sie mit oder ohne Werkzeug, in hohem oder geringerem Grade ausgeübt wird; in vorliegendem Falle haben auch die Sachverständigen zugegeben, daß die auf einander gelegenen Mauersteine durch ihre eigene Schwere zusammenhalten, daß die oberen weggeräumt werden mußten, um die unteren von der darauf ruhenden Last frei zu machen, und daß dieses nur durch Herausziehen möglich war, worin immerhin ein, wenn auch leichter Grad von Gewalt gefunden werden muß.

L.

8.

Ausbördung von Gerichtskosten. Extradjudizialbeschwerde.

In einer erledigten, nur noch im Stadium der Distribution stehenden Konkursache brachte das Gericht nachträglich erwachsene Gerichtskosten einem am Zuge stehenden Gläubiger in Abzug. Dieser remonstrirte dagegen ausführend, die fraglichen Kosten seien durch ein Versehen des Gerichtes veranlaßt worden, und daher zur Niederschlagung geeignet. Die Remonstrations blieb ohne Erfolg. Die hierauf an das Obergericht gebrachte Beschwerde wurde von diesem als eine Appellation in der Exekutionsinstanz angesehen, und wegen Mangels der Summe und versäumte Nothfrist, unter Verurtheilung des Anwalts in eine Strafe von 10 fl. und mit Herabsetzung des Deservits, zurückgewiesen. Vom obersten Gerichtshofe hingegen wurde auf weiteren Rekurs ausgesprochen: es sei von der erkannten Strafe und Deservitenmoderation Umgang zu nehmen. Gründe: „Es handelt sich hier nicht von einer Streitsache und einem prozessualischen Verfahren, sondern von einer Beschwerde wegen einer außer einem Prozesse erfolgten richterlichen Verfü-

gung. Nicht eine Partei stand der andern entgegen, sondern es hat sich darum gefragt, ob eine Taxe von dem Klienten des Rekurrenten zu tragen sei. Dagegen konnte eine Extrajudizialbeschwerde an den höhern Richter erhoben werden, wobei es weder auf Nothfrist noch Berufungssumme ankam. Sonach waren auch die Bestimmungen des jüngsten Prozeßgesetzes hieher nicht anwendbar.“

DAOE. vom 21. Febr. 1846, Nr. 508^{42/43}.

9.

Wechselseitiges Testament. Legatb-Anfall.

Preuß. Recht.

In dem wechselseitigen Testamente zweier Ehegatten war einem Verwandten des Ehemanns ein Legat von 1000 fl. auf den Todesfall des Ueberlebenden vermacht. Die Ehefrau starb zuerst; zwischen ihr und dem Ehegatten der Legatar. Nach dem Tode des Ehegatten verlangte die Erbin des Legatarb von den im erwähnten wechselseitigen Testamente der testirenden Ehegatten berufenen Erben die Auszahlung des Legatb. Diese weigerten sich auf den Grund der Behauptung, daß Legat sei erst mit dem Tode des überlebenden Ehemanns angefallen und der Legatar habe diesen Unfall nicht erlebt; wohingegen die Klägerin geltend machte, der Ehegatte habe die durch den Tod seiner Frau angefallene Erbschaft unbedingt angetreten, wodurch die Verbindlichkeit zur Erfüllung aller Anordnungen des fraglichen Testaments schon damals erwachsen sei. Diese letztere Ansicht erhielt den Sieg Rechtsb.

DAOE. vom 18. März 1846, Nr. 141^{42/43}.

10.

Rechtswohlthaten intercedirender Frauenzimmer.

Die Rechtswohlthaten fallen weg, wenn das Frauenzimmer bei der Interzession betrüglisch zu Werke gieng. Man hat wohl wegen fr. 30 pr. ad SC. Vellej. (16, 1) behauptet, daß schon darin ein Betrug liege, wenn die Frau mit Wissen, daß ihre Bürgs-

schaft sie nicht rechtlich verpflichte, sich dennoch verbürge. Allein mit Unrecht. Daß Gesetz geht von der Voraussetzung des weiblichen Leichtsinns in Geschäften aus, und begreift sonach den häufig vorkommenden Fall in sich, wo eine Frau sich in der Hoffnung verbürgt, daß der Hauptschuldner selbst gute Zahlung leisten werde. Eben deswegen, aus Gefälligkeit, unterschreibt sie um so leichter. Eine betrüglische Absicht läßt sich hierbei durchaus nicht vermuthen. Die Frau mag, ungeachtet sie weiß, daß sie nicht gesetzlich verpflichtet wird, doch die Absicht hegen, etwas zu thun, wenn der Schuldner selbst nicht zahlen kann; sie mag sich dabei beruhigen, daß dem Gläubiger die Gesetze nicht weniger bekannt sind, als ihr selbst, und daß es sonach um eine moralische Verpflichtung, um die Erklärung ihres guten Willens zu thun sei u. s. w. In Bezug auf fr. 30 pr. cit. (vel cum sciret se non teneri) macht Thibaut (in Braun's Erört. zu §. 947) darauf aufmerksam, daß vel nicht immer disjunktiv, sondern auch konjunktiv für et — praesertim — von den Römern gebraucht worden ist (fr. 53 de verb. signif.). Wo etwa die Gesetze nebst der Belehrung der Frauen besondere Förmlichkeiten als Bedingung der Gültigkeit des Verzichts auf die weiblichen Rechtswohlthaten vorschreiben, kann in der bloßen Kenntniß von dem Inhalte dieser Rechtsbegünstigung offenbar ein Dolus nicht gefunden werden, da ja die Belehrung die fragliche Kenntniß verschafft, und demnach die Interzession, wenn nicht auch die Förmlichkeiten beobachtet worden, unwirksam sein soll.

Erkenntnisse des OLG. zu Lübeck in Frankfurter Rechtsfaden bei Souchay Anmerk. zur Frankf. Reformation Bd. 1, S. 369—70.

Souchay bemerkt, wenn freilich mit dem Wissen von dem Inhalte der Rechtswohlthaten sofort die Absicht verbunden ist, sich später darauf zu berufen, so muß man hierin allerdings einen Betrug erkennen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 23. Samstag, den 11. Nov. 1848.

Ueber das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten in München ¹⁾).

Nach dem Münchener Stadtrecht erbt bei bürgerlichen Ehegatten der Ueberlebende, wenn keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind, mit Ausschluß aller übrigen Verwandten. Entstehung und Bedingungen dieses Erbrechts sind in Auer's Stadtrecht von München S. LXXIX ff. dargestellt.

Als eine der Voraussetzungen des bezeichneten Erbrechts erscheint nach dem maßgebenden Privilegium von 1500 ²⁾, daß keine das Erbrecht des Ueberlebenden ausschließenden Eheverträge vorhanden seien ³⁾, davon aber, ob das Erbrecht auch durch einseitiges Testament oder wenigstens durch gesetzmäßige Enterbung entzogen werden könne, sagt das Privilegium nichts. Hieraus zieht dann der Verfasser des Münchener Stadtrechts den Schluß, daß das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten in München kein bloßes Intestaterbrecht sei, auch nicht unter den Gesichtspunkt einer legitima falle, sondern in

¹⁾ Vgl. Auer, Stadtrecht S. LXXXV.

²⁾ Auer S. 195 und Mayr'sche Gen. Samml. Bd. 5, S. 20.

³⁾ Auer S. LXXXII, Nr. 4.

seinen Wirkungen einer bedungenen Erbschaft gleichkomme, d. h. nur mit Einwilligung des Betheiligten abgeändert werden könne⁴⁾.

Wie man sieht, kommt der Verfasser zu seinen Sätzen auf dem Wege eines Argumentes a contrario. Indem das Privilegium ein ausnahmsweise gesetzliches (gewohnheitsrechtliches) Erbrecht beurkundet, und als Voraussetzung das Nichtvorhandensein eines Ehevertrags erwähnt, die andere Art, das suppletorische Erbrecht zu beseitigen, die Errichtung eines Testaments aber mit Stillschweigen übergeht, so ergibt sich allerdings nach den Gesetzen der Logik und mit Anwendung strengster Konsequenz der Schluß, daß das Nichtvorhandensein eines Testaments keine Vorbedingung dieses statutarischen Erbrechts sei.

Was auf diese Weise schon die Wortfassung ergibt, wird für die Zeit der Erlassung des Privilegiums durch den historischen Zusammenhang zur vollen Gewißheit erhoben. Das Münchner Stadtrechtbuch enthält nämlich Art. 307 die Bestimmung, daß die überlebende Ehefrau, wenn der Mann gestorben ist, ohne daß Kinder in dieser Ehe vorhanden sind, mit dem Gut, was ihr von demselben geworden, oder das sie selbst gewonnen hat, nach ihrer Bescheidenheit (Willkühr) thun kann, was sie will. Keiner von ihres Wirths Freunden soll auf das Erbe warten u. s. w., und was sie lebendiger Zungen mit ihrem Gut thut, daran mag sie auch keiner ihrer Freunde irren, es seien ihre eigenen oder ihres Wirths Freunde. Stirbt aber eine solche Wittwe ohne Geschäft (Testament), so sollen die nächsten Freunde ihr Gut erben. Dasselbe Recht soll auch der Mann haben⁵⁾.

In diesem Artikel sind sichtbar alle rechtlichen

⁴⁾ Auer S. LXXXIV f. ad Nr. 4.

⁵⁾ Auer S. 118.

Folgen der partikulären Gütergemeinschaft mit der Wirkung des beziehungsweise Gesamteigenthums niedergelegt. Denn der überlebende Ehegatte erhält, ohne einen Akt der Succession zu bedürfen, das vom Andern ihm „gewordene“ und das während der Ehe erworbene, d. h. überhaupt das durch einen besondern Rechtsitel gemeinschaftlich gewordene Vermögen zur freien Disposition unter Lebenden und von Todeswegen, und nach seinem Tode erben des Ueberlebenden Verwandte das ganze Vermögen. Damit stimmt auch die Erläuterung dieses Artikels durch den Gerichtsbrief v. 1484 überein^{o)}. Daher bemerkt denn auch Auer selbst: „daß also das Recht des überlebenden Ehegatten nach jenem Artikel nicht eigentlich in einem Erbrecht an des Verstorbenen Nachlaß bestand.“

Indessen ist die Fassung dieses Artikels doch der Art, daß sich derselbe nicht nur ohne Zwang auch auf das röm. Dotalsystem anwenden ließe (wonach das „Gewordene“ die Rechte an der Widerlage u. s. w., das „Selbstgewonnene“ das eigene Vermögen, dos, parapherna u. s. w., bedeuten könnte), sondern auch die (während des nächstfolgenden Zeitraums in München als Gewohnheitsrecht geltende) allgemeine Gütergemeinschaft sich unter seine Bestimmungen schmiegen kann, weil, wenn diese statt hat, eben alles Gut inbegriffen, oder wenigstens zum halben Antheil dem einen Ehegatten vom andern „geworden“ ist. Auch einem vertragmäßigen Erbrecht ohne Gütergemeinschaft widerstreiten die Worte nicht.

Daß in dem (a. 1500 aufgezeichneten) Privilegium der Anspruch des überlebenden Ehegatten als ein förmliches Erbrecht bezeichnet ist, erklärt sich satzsam aus dem Einfluß der Anwendung römischer Sätze und Terminologien auf deutsche

^{o)} Auer S. LXXIX f.

Rechts-Institute; in dem Requisit des Zusammenwohnens aber, welches in den meisten Statutarrechten als Bedingung des Eintritts der Gütergemeinschaft vorkommt und auch nach dem Münchner Gewohnheitsrecht erforderlich war ¹⁾, ist noch immer die Grundlage der Gütergemeinschaft sichtbar. Nur scheint die Verdrängung der allgemeinen Gütergemeinschaft schon um diese Zeit begonnen und das klare Bewußtsein ihrer Requisite sich geschwächt zu haben, weil das Privilegium nicht mehr erwähnt, daß das eheliche Zusammenleben Jahr und Tag gedauert haben müsse, wie es dem bisherigen Gewohnheitsrechte in München und vielen andern Statutarrechten gemäß war. Daß aber die allgemeine Gütergemeinschaft noch um jene Zeit in Übung war, geht aus dem Gerichtsbrieфе von 1467, welcher die Beschlagung der Decke und das Zusammenwohnen von Jahr und Tag verlangt, und aus der Artikulation des Beweises nach Gerichtsbrief von 1540 ²⁾ hervor.

Wenn nun die allgemeine Gütergemeinschaft dem Privilegium von 1500 als Entstehungsquelle und Grundlage des darin beurkundeten modifizirten Gewohnheitsrechtes noch vor Augen lag, so erklärt sich von selbst, daß das Privilegium nur das Nichtvorhandensein von Heirathspakten, nicht auch die Nichterrichtung eines Testaments als Voraussetzung des Erbrechts der bürgerlichen Ehegatten erwähnt. Denn durch Eheverträge konnte die allgemeine Gütergemeinschaft ausgeschlossen, oder über die Succession abweichend vom Gewohnheitsrecht pactirt werden, während ein Testament, so lange allgemeine Gütergemeinschaft mit der Wirkung des Gesamteigenthums galt, einseitig gar nicht errichtet werden konnte.

¹⁾ Vgl. neuerlich DAGE. v. 2. Jan. 1844, Bl. f. Ml. Bd. 9, S. 176.

²⁾ Auer S. LXXXIII, vgl. f. S. Note 1.

Nach allem diesem unterliegt es denn keinem Zweifel, daß Auer's Folgerungen für die Zeit der Privilegiumsbestätigung ihre volle Wichtigkeit haben. Ganz anders aber dürfte sich die Sache für die jetzigen Rechtszustände gestalten.

Das römische Recht ist für München so gut wie für ganz Altbayern schon durch die ältern Gesetzgebungen und insbesondere durch den Civil-coder von 1756 die Grundlage des gesammten Rechtslebens geworden. Hiergegen müssen alle besondern Statutarrechte die Stellung und den Charakter von Ausnahmrechten annehmen. Die Bestätigung dieser Statutarrechte unter der Form von Privilegien deutet schon darauf hin. Es ist kein Zweifel, daß die Erwirkung des Privilegiums v. 1500 zum Schutz gegen den zerstörenden Einfluß des römischen Rechts gerichtet war. Allein wie schon in der Fassung dieses Privilegiums sich römische Anschauungsweise gleichsam wider Willen eingeschlichen hat, und daßselbe bereits den umgestaltenden Einfluß des römischen Rechts auf das bisherige Gewohnheitsrecht manifestirt, so wurde auch dieser Umgestaltungsprozeß durch das Privilegium nicht gehemmt, und dessen Anwendung nahm selbst allmählig eine solche Gestalt an, daß sie endlich mit römischen Rechtsprinzipien in vollständiger Harmonie stand. Hält man das alte statutarische Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten in München mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen und bayerischen Rechts zusammen, so findet man mehrere Rechtsregeln und Vorschriften, welche umgestaltend auf dessen Verständnis und Anwendung einwirken mußten.

So der Satz, daß jedes Ausnahmgesetz strengstens auszulegen ist. Ferner der Satz: *cessante ratione cessat lex ipsa*. Die allgemeine Bürgergemeinschaft, die Grundlage des Ausschlusses einerseitiger Testamentverrichtung hat längst aufgehört, in München geltendes Gewohnheitsrecht zu sein.

Nun wird aber ein Rechtsatz, wenn auch ursprünglich noch so unumstößlich, dennoch nach und nach veralten, so weit die Grundlage, worauf er ruht, aufgehört hat zu existiren, und er keine Stütze mehr in den allgemeinen Rechtsansichten findet. Es wird sich in den Rechtsgeschäften, in juristischem Thun und Unterlassen die entgegengesetzte Rechtsansicht geltend machen; der Richter selbst wird, obwohl im einzelnen Falle ungesetlich, der nach den Zeitansichten allein noch als vernünftig erscheinenden Gesetzauslegung Rechnung tragen, und so wird sich nach einer kürzern oder längern Frist ein dem ursprünglichen Sinne des Gesetzes entgegenstehendes Gewohnheitsrecht manifestirt haben *).

Dies scheint denn auch in Bezug auf das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten in München der Fall gewesen zu sein. Der ganze Geist des geltenden Rechts war einer so abnormen Bestimmung, wie ein völlig unentziehbares Erbrecht des Ehegatten auf das ganze Vermögen wäre, direkt entgegen. Ich darf wohl zur Probe noch jetzt an das Rechtsgefühl jedes einzelnen bayerischen Juristen appelliren. Jeder, der sich das Denken über die materiellen Folgen der Gesetzanwendung nicht ganz abgewöhnt hat, wird sich durch eine solche Abnormität stußig gemacht und zur Opposition gegen deren Anerkennung geneigt fühlen. Auch der Gesichtspunkt bedingener Erbschaft, welchen Auer zur Beurtheilung dieses Erbrechts an die Hand giebt, zeigt, so richtig die Analogie ist, daß dasselbe in das geltende Rechtssystem nicht paßt. Denn es ist eine *contradictio in adjecto*, da den Gesichtspunkt

*) Es ist zu bemerken, daß das Privilegium nur aufgeschriebenes Gewohnheitsrecht ist. Uebrigens ist die im gem. Recht streitige Frage, ob eine Gewohnheit sich auch gegen geschriebenes Recht gültig bilden könne, im bayr. Recht bejahend entschieden. *VR. Thl. I, Kap. 2, S. 15, Nr. 4.*

bedingener Erbschaft nehmen zu müssen, wo es gerade Voraussetzung des Erbrechts ist, daß keine bedingene Erbschaft vorliege, d. h. daß die Eheleute das gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Erbrecht nicht durch Verträge abgeändert haben.

Auer sagt daher selbst¹⁰⁾, daß dieses Erbrecht bisher allgemein als bloßes Intestaterbrecht verstanden wurde. Dieß ist auch vollkommen richtig. Diese Ansicht war längst die Grundlage aller auf die Succession der Ehegatten Bezug habenden Rechtsgeschäfte. Die Eheverträge mit besonderen Stipulationen über die Succession wurden hiernach geschlossen oder unterlassen, die Verlassenschaften bürgerlicher Ehegatten nach derselben Grundlage auseinander gesetzt. Eine Menge einseitiger Testamente ist aufgenommen und stets ohne Anstand als gültig anerkannt worden. Selbst jene strengen Erfordernisse, welche das bayer. Landrecht Thl. I, Kap. 2, §. 15 für Bildung eines Gewohnheitsrechts aufstellt, sind daher wahrscheinlich alle gegeben¹¹⁾. An

¹⁰⁾ S. LXXXV oben.

¹¹⁾ Ich bin bereits elf Jahre Rechtspraktikant, und den größten Theil dieser Zeit dem Amtswirken des k. Kreis- u. Stadtgerichts München nahe gestanden. Mir ist aber weder aus der Literatur, noch aus eigener Erfahrung, noch aus Mittheilung Anderer ein Fall bekannt geworden, daß je ein Richter Anstand über Errichtung eines einseitigen Testaments eines bürgerlichen Ehegatten erhob, oder ein solches Testament vor dem Erscheinen des Auer'schen Buchs von den Betheiligten zu bestreiten versucht worden wäre. Einen ganz schlagenden Nachweis, daß sich das Gewohnheitsrecht in dem angeregten Sinne gestaltet habe, kann ich indessen nicht liefern. Denn es sind mir keine Fälle bekannt worden, daß es über die obschwebende Frage je zu richterlichen Entscheidungen gekommen wäre. Der Auffindung solcher Fälle aber und überhaupt der Weibbringung von Belegen einer konstanten Rechtsübung steht das Amtsgeheimniß und das Verbot der Aukteneinsicht durch Dritte entgegen. Indessen dürfte gerade der Umstand, daß aus frühern

der stillschweigenden Einstimmung der gesetzgebenden Gewalt kann insbesondere um so weniger gezweifelt werden, als es sich um Einschränkung eines abnormen Rechtsatzes handelt, das Streben nach Einheit des Rechts und Gleichheit vor dem Gesetze zu dem Thema der Zeit gehört, und weder die Regierung früher durch eine den alten Sinn des Privilegiums aufrechterhaltende Verordnung oder seit 1819 durch einen Gesetzesvorschlag, noch seit eben dieser Zeit eine der Kammern mit einem Antrage der bestehenden Rechtsübung entgegen getreten ist. In Bezug auf die Zeitdauer dieser Rechtsübung aber geben die Annot. zum L.R. an die Hand, daß schon zur Zeit der jüngsten Civilgesetzgebung das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten in München eben so, wie bis in die neueste Zeit der Fall war, aufgefaßt worden ist, daß also wahrscheinlich damals schon Gewohnheitsrecht hierfür bestand, um so mehr aber jetzt vorhanden ist. Die Annot. zu Thl. III, Kap. 12, §. 5 erwähnen nämlich dieses Erbrecht im Kapitel der Intestat Erbfolge und verweisen auf Thl. I, Kap. 6, §. 35 ff. Auch hier aber wird in §. 35, Nr. 3 das Münchner Privilegium nur im Zusammenhang mit Erwähnung der Intestaterbrechte der Ehegatten nach römischem und bayerischem Rechte vorgetragen, und nachdem unter dem Gattungsbegriff „Succession“ des eigentlichen

Beiten nichts bekannt ist, daß je über die Frage ein Streit entstand, während das Erscheinen des Auer'schen Buchs nur nach meiner Erfahrung schon zwei Streite hervorgerufen hat (welche durch Vergleich erledigt wurden), darthun, daß die Auer'sche Ansicht mit dem bis dahin bestandenen Rechtsbewußtsein nicht in Harmonie steht. Im Falle eines zur richterlichen Entscheidung gedeihenden Streites dürfte es aber in der Pflicht des Gerichts liegen, von Amtswegen aus den Akten und der Gerichtskunde das Bestehen oder Nichtbestehen der Gewohnheit zu eruiren. Seuffert Komm. Bd. 3, S. 13 f., u. Bl. f. R.R. Bd. 8, S. 206, Nr. 5.

Erbrechts der Ehegatten erwähnt worden ist, bemerken die Annotationen (§. 35, Nr. 3 am Ende), daß, was dem Ehegatten nach den nächstfolgenden §§. 36, 37 u. 38 zugehe, derselbe nicht erbschaftsweise, sondern *ex statuto* oder gar *jure domini vel condominii* erlange. Es wäre daher die allergegründetste Veranlassung gewesen, daß so eben erwähnte Recht der bürgerlichen Ehegatten in München gleichfalls als *ex statuto*, d. h. wie eine *portio statutaria*, unentziehbar gebührend zu bezeichnen, wenn es anders damals noch so angesehen worden wäre.

Was daher Auer zur Begründung seiner diesem Gewohnheitsrechte zuwiderlaufenden Ansicht vorbringt, ist nur richtig für die Zeit der Privilegiumsbestätigung und vor Bildung entgegenstehender Gewohnheit. Wenn er ¹²⁾ den Gerichtsbrief von 1540 anführt, wonach die Ehefrau zum Testamente des Mannes die Einwilligung erteilte, so ist in diesem Briefe von der allgemeinen Gütergemeinschaft die Rede, und daher die Nothwendigkeit der Zustimmung erklärt. Auer selbst aber bemerkt, daß dieser Gesichtspunkt jetzt wegfallen ¹³⁾, und erkennt aus diesem Grunde die Zusammenwohnung von Jahr und Tag nicht mehr als Erforderniß des Erbrechts an. Wenn er aber weiter sagt, daß ältere Recht unterscheide nur zwischen verdingten und unverdingten Ehen, ohne den letztwilligen Verfügungen die Wirkung des Ausschlusses des bei Ehen zweiter Art durch Gewohnheit oder Gesetz, bei verdingten Ehen aber Kraft des Gedings eintretenden Erbrechts zuzuschreiben ¹⁴⁾, so wäre dieß ein deutschrechtlicher Grundsatz, der längst aus

¹²⁾ S. LXXXIV, Note 1.

¹³⁾ S. LXXXIV, oben ad 2.

¹⁴⁾ Gegirt ist Eichhorn Einleitung ins deutsche Privatrecht §. 338, Not. n.

dem bayerischen Rechte verdrängt ist. Nach letzterm schließt nur Vertrag, nicht auch Gesetz oder Gewohnheit, welche bloß suppletorisch wirken, die Privatwillkühr aus, es trüge denn eine solche Bestimmung sichtbar und unzweifelhaft den Charakter eines Prohibitivgesetzes an sich. Abgesehen aber hiervon ist der Grundsatz auch nach deutschem Rechte nicht einmal richtig. Wie die meisten Abstraktionen deutschrechtlicher allgemeiner Sätze enthält auch dieser nur den Ausdruck dessen, was am häufigsten vorkommt¹⁵⁾, ohne daß er eine Regel für alle Fälle bilden könnte, wo eine konkrete Bestimmung in einem Ortsrechte fehlt. Dieß kann nur dann geschehen, wenn dem betreffenden Rechte wenigstens der Geist, das Prinzip der Mehrzahl der Rechte, welche zur Abstrahirung eines Satzes dienen, gleichfalls zu Grunde liegt. Dieses Prinzip ist aber im vorliegenden Falle die allgemeine Gütergemeinschaft. Nur so lange diese in München bestand, konnte also der obige Satz suppletorisch Anwendung finden.

Stünde nun auf diese Weise die jetzige Bedeutung des Erbrechts der bürgerlichen Ehegatten in München durch Gewohnheitsrecht fest, so könnte demselben nicht mit einem Male ein anderer, wenn auch an und für sich theoretisch richtiger Sinn gleichsam mit Gewalt aufgedrungen werden, eben so wenig, als ein unter dem Einflusse einer ältern aber irrigen Rechtstheorie gegebenes Gesetz nach

15) Ob der Satz auch nur in diesem Sinne richtig ist, dieß zu prüfen, ist hier nicht der Ort. In Bezug auf die bayer. Prov.- und Stat.-Rechte läßt sich gewiß nicht behaupten, daß dieß der Fall sei. Uebrigens ist nicht zu übersehen, daß es sich nicht um einen Satz des alten historischen, sondern des geltenden deutschen Rechts handelt, wobei jene Rechte, in welchen deutsche Institute durch das röm. Recht bloß modifizirt, nicht verdrängt erschein, immerhin noch im deutschen Rechte mitzählen.

der später aufgestellten richtigen Ansicht interpretirt werden darf¹⁰⁾).

E. Zimmermann.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Kann die Beschwerde über eine Verfügung, gegen welche selbstständige Berufung unzulässig, im Wege der Adhäsion an den Oberrichter gebracht werden?

Vgl. Bd. 10, S. 230.

In Beurtheilung einer Rechtsache wurde vom obersten Gerichtshofe angenommen, daß die (gewahrte) Beschwerde wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide gelegentlich mit einer Berufung gegen einen appellablen Bescheid an den Oberrichter gebracht werden könne, wenn gleich die dadurch sich für beschwert haltende Partei nicht die zuletzt appellirende ist, sich also nicht sagen läßt, sie verbinde ihre Beschwerde mit ihrer Appellation.

DAGE. vom 29. April 1842, Nr. 123^{41/42}.

2.

Wechselseitiges Testament. Fideikommiß auf das Uebrigbleibende.

Zwei Eheleute hatten in einem wechselseitigen Testament verfügt: daß das gesammte Mobiliar:

¹⁰⁾ Indessen sind mir in kurzer Zeit zwei Fälle bekannt geworden, wo bei bedeutenden Verlassenschaften die bürgerlichen Ehefrauen, gestützt auf die Autorität des Auer'schen Buches, die Gültigkeit des Testaments ihres verstorbenen Gatten bestritten, und die Erben sammt deren Anwälten, in ihrem Rechte unsicher geworden, aus Ehen vor einem zweifelhaften, eine den Anwälten und Richtern ungeläufige Materie behandelnden, langwierigen und kostspieligen Prozesse sich mit unverhältnißmäßigen Vergleichsummen abfinden ließen.

und Immobilien-Vermögen dem Ueberlebenden gehören, nach dem beiderseitigen Tode aber das noch vorhandene Vermögen den genannten beiderseitigen Verwandten zufallen solle. Nach dem Tode des Ehemanns wollte die Ehefrau sich wieder verheirathen, und ihr Vermögen ihrem zweiten Ehemann zubringen, unter Einkindschaftung der erstehelichen Kinder desselben. Dies veranlaßte die Verwandten ihres ersten Mannes, Kautionsleistung wegen künftiger Erfüllung jener fideikommissarischen Anordnung zu verlangen. In Beurtheilung dieses Anspruchs wurde in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 18. Nov. 1844 (Nr. 321^{43/41}) geäußert: „Die letztwillige Disposition der R. schen Eheleute erscheint als ein testamentum simultaneum correspectivum. . . . Unverkennbar lag es in dem Sinne der beiden Disponenten, daß das beiderseitige Vermögen der Testirer gleichsam als eine Masse anzusehen und nach dem Tode des Ueberlebenden unter die beiderseitigen Verwandten, als ob es nur eine Erbschaft wäre, vertheilt werden soll. Jeder der beiden Ehegatten hat hier über sein, so wie über das Vermögen des andern disponirt, und dieselbe in die reziproke Erbseinsetzung so weit hineingezogen, daß das ganze Vermögen im Hinblick auf die Belastung zu Gunsten der Nacherben als ein Universal-fideikommiss erscheint. Wenn nun auch der gleichen testamenta simultanea correspectiva, so lange die beiden Disponenten leben, von Jedem einseitig widerrufen werden können, weil sie Testamente sind, und von dem Principe der Veränderlichkeit des menschlichen Willens bis zum letzten Lebenshauche beherrscht werden, so hört diese Befugniß doch dann auf, wenn nach dem Tode des einen Ehegatten der andere die Erbschaft angetreten hat. Durch die Erbschaftsantrittung wird eine obligatio quasi ex contractu begründet, vermöge welcher der überlebende Ehegatte verbunden ist, daß

Testament seinem ganzen Inhalte nach zu erfüllen. Von nun an können die Dispositionen der beiden Eheleute nur mit und neben einander bestehen, und umfassen das ganze Vermögen. Da nun die Beklagte ihr durch das fragliche Testament erworbenes (resp. vor dem Testament umfaßtes) Vermögen ihrem zweiten Ehemann einbringen und dessen Kinder erster Ehe vereinschaften will, denselben aber hierdurch Erbrechte auf das Vermögen ihrer Mutter erworben werden, so sind die Verwandten ihres ersten Mannes allerdings berechtigt, Sicherheit zu verlangen, daß ihnen die durch fideikommissarische Substitution zugebachten Rechte erhalten werden. Diese Rechte aber affigiren nicht das ganze Vermögen, wie es zur Zeit der Testamenterrichtung (resp. bei dem Tode des Erstverstorbenen) vorhanden war, sondern sind nur auf dasjenige beschränkt, was nach dem Tode der beiden Eheleute vorhanden sein wird. Kein Vatte wollte den andern in der Dispositionsbesugniß unter Lebenden beschränken; es wurde nur ein *fideicommissum ejus, quod superfuturum est*, angeordnet. Unter dieser Voraussetzung muß der Erbe wenigstens ein Viertel des mit dem Fideikommiß belasteten Vermögens hinterlassen und ist zur Rautionsleistung verbunden, wenn ihm dies nicht ausdrücklich erlassen wurde.

Novella 108, cap. 1.

Deswegen ist das auf Rautionsleistung nach diesem Maßstabe gerichtete Erkenntniß voriger Instanz vollkommen gerechtfertigt."

3.

Beweisprüfung, wenn Alten Beweismittel sind.

Wenn die Parteien Beweis- und Gegenbeweisurkunden unter Bezugnahme auf Vorakten, in welchen sich dieselben finden, produziren, so steht dem Richter zu, den ganzen Inhalt der fraglichen Alten

als Beweismaterial zu benützen, um das richtige Verständniß der vorgelegten einzelnen Stellen aus dem ganzen Zusammenhange zu beurtheilen. Vgl. *GD. XI*, §. 5, Nr. 6. Dieses muß um so mehr dann gelten, wenn die Vorakten bei dem Gerichte, vor welchem der Prozeß schwebt, erwachsen sind, so daß ihr Inhalt für dasselbe ein wahres Gerichtsnotorium bildet, auf welche nach *GD. XII*, §. 5 eine einfache Bezugnahme schon genügt. „Aus diesen Behelfen ist nun das Richteramt berechtigt und verpflichtet, seine Ueberzeugung ganz frei über die streitigen Thatfachen mittel- oder unmittelbar zu schöpfen, und aus dem dargebotenen Material seine Beweisgründe zu nehmen, wo es sie findet. Es ist ein gänzlichcs Mißverständniß der Verhandlungsmaxime und ihres Geistes, wenn (im gegebenen Falle) die Parteien sich bestreben, die richterliche Urtheilssfindung durch zahlreiche Einschränkungen des Gebrauchs der vorgeschlagenen Beweismittel zu beengen. Der Satz „*probatio sit iudici*“ findet vielmehr seine wahre Erläuterung nur durch den hinzugeordneten Gegensatz „*et non parti adversariae*“, läßt aber keineswegs die Auffassung zu, als müsse vermöge der erforderlichen Thätigkeit der Parteien jede Folgerung, jede Vermuthung, jedes einleuchtende Ergebnis unberücksichtigt und verschlossen bleiben, wenn es nicht gerade von der dabei theilhaftigen Partei befingergzeigt ist. — Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob eine Urkunde aus jenen angeführten Akten besonders als Beweismittel benannt ist oder nicht, ob sie zu dem einen oder andern Artikel produziert, ob eine oder die andere Stelle derselben als nützlich angeführt ist, ob eine sich aus jenen Akten und Urkunden ergebende Vermuthung von der betreffenden Partei speziell aufgestellt, ob ein Dokument im wahren Original produziert ist oder in einer Abschrift, die vorher von beiden Theilen als stellvers

tretend für das verlorene Original anerkannt war,
u. s. w."

DUCÉ, vom. 4. April 1848, Nr. 843⁴⁰/₄₇.

4.

Geldzahlungen nach eingetretener Münzveränderung.

In den Motiven eines DUCÉ v. 24. Juli 1848 (Nr. 957⁴⁰/₄₇) kommt unter Anderem hierüber vor: Das Prinzip der Verpflichtung bei dem Darlehen ist zwar unstreitig der Ersatz des tantumdem, d. h. der Schuldner muß bei dem Fälligwerden der Forderung dem Gläubiger eben so viel bezahlen, als dieser anfangs hergegeben hat, so wie bei andern Geldschulden der Gläubiger so viel erhalten muß, als er sich von dem Schuldner bei Entstehung der Schuld ausbedungen und ihm Festerer zu eben dieser Zeit zuzuwenden beabsichtigt hatte. Die hieher einschlägigen Gesetzesstellen

Fr. 3 de reb. cred. (12, 1); fr: 80, 99 de solut. (46, 3)

lassen nicht wohl bezweifeln, daß dieses die Absicht des römischen Rechts gewesen sei. Allein die Quantität einer schuldigen Geldsumme läßt sich nicht schlecht- hin nach dem Gewichte der darin enthaltenen edlen Metalle bemessen, sondern muß nur nach dem realen Werthe des Geldes als eines allgemein angenommenen Tauschmittels beurtheilt werden. Auf diesen Werth ist nun das Gepräge des Geldes, d. h. die Werthsumme, welche die Gesetze eines Landes einer gewissen Münze beilegen und dadurch als Aequivalent anderer Güter repräsentirt sehen wollen, von dem entschiedensten und überwiegenden Einflusse. Wenn daher eine neue Münzordnung irgend eine zu Grund gelegte Einheit des Geldes, sei es Gulden oder Thaler, durch eine geringere Quantität Silber oder Gold repräsentiren läßt, als früher dazu genommen wurde oder werden sollte, so muß die neue Münze die ältere vollwichtigere vertreten

und auch für dieselbe in ganz gleichem Anschlag angenommen werden, weil der in dieser letzteren begriffene Feingehalt nicht als Waare ein Gegenstand der Obligation war, und sich unbedenklich voraussetzen läßt, eine jede Regierung oder öffentliche Macht, welche Anordnungen im Münzwesen zu treffen befugt ist, werde ihren Erlassen in diesem Belange auch das nöthige Ansehen und eine durchgreifende Geltung zu verschaffen wissen, so daß die verkehrtreibende Bevölkerung den neuen Geldstücken von geringerem Korne im Austausch gegen andere Güter denselben Meinungswertb beilege, welcher den älteren zukam, und durch das sich gleich bleibende Gepräge ausgedrückt wird ¹⁾. — Die oben angeführten Stellen des römischen Rechts können für die gegentheilige Meinung nicht angeführt werden, weil daselbe den Fall einer Münzveränderung weder kannte, noch irgendwo zur Erörterung brachte. Das Beispiel vom Weine, welches das Fr. 3 de reb. cred. anführt, paßt nicht hieher, weil der Wein seine Qualität durch das Alter verändert, was bei den Metallen nicht der Fall ist.“

-
- 1) Bei Münzveränderungen mit Veränderung des Münzfußes scheinen obige Erwägungen nicht immer zu passen. Wenn in einem Staat früher Gulden nach dem Zwanzigguldenfusse ausgeprägt wurden, nun aber die Ausprägung nach dem Vierundzwanzigguldenfusse geschieht, so kann man es nicht als Absicht der Staatsgewalt voraussetzen, daß die neue Münze die ältere nach dem vollen Werthe vertreten solle. Pfeiffer prakt. Ansf. Bd. 1, S. 63, 77; Bd. 8, S. 79. Seuffert prakt. Pand. 2. Ausg. S. 239. — Red.

U n o m e.

Man treibt die Politik mit jedem Tag verkehrter;
 Wohl mir! ich bin wie sonst — ein schlichter Rechtsgelehrter.

Blätter.

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 24. Samstag, den 25. Nov. 1848.

Beiträge zur Erläuterung des Bodenentlastungsge-
setzes vom 4. Juni 1848.

1.

Im Art. 3 des in der Ueberschrift bezeichneten
Gesetzes ist bestimmt:

„Die Erhebung des Mortuariums (Besthaupt)
cessirt ohne Entschädigung“.

Die Kammer der Abgeordneten hatte nach dem
Antrag ihres Referenten eine andere Fassung vor-
geschlagen:

„Die Erhebung der Mortuarien und der
Todesfallhandlöhne cessirt ohne Entschä-
digung“.

Von Seite der Kammer der Reichsräthe wurde
aber diesem Vorschlage nicht beigestimmt, was die
Folge hatte, daß es im Gesamtbeschlusse bei der
Fassung des Entwurfs verblieb. Der Art. 3 ist
daher nur auf das der Leibeigenschaft entstammte
eigentliche Mortuarium oder Besthaupt zu bezie-
hen, nicht aber auf die in grundherrlichen Ver-
hältnissen wurzelnde Reichniss des Todesfall- oder
Sterbhandlohns, wie sie besonders in Franken
häufig vorkommt. Vgl. die Verh. der Kammer
der Reichsräthe Bd. 3, Nr. 14, S. 167 f.

2.

Nach Art. 4 des erwähnten Gesetzes hört „der noch nicht zur Erhebung gekommene Neubruchzehent“ für die Zukunft ohne Entschädigung auf. — Was ist der Sinn der Worte: „noch nicht zur Erhebung gekommen“? Auf den ersten Anschein möchte man dafür halten, diese Worte seien vollkommen klar und könnten nur von einem Neubruchzehnten verstanden werden, welcher von dem Berechtigten bisher noch nicht wirklich bezogen wurde; so daß die Aufhebung nach Art. 4 auch bei denjenigen Neubruchzehnten eintreten wäre, zu deren Erhebung der Zehentherr zwar schon früher berechtigt war, aber bisher deswegen nicht gelangen konnte, weil der Besitzer des belasteten Gutes das Novalzehentrecht (ohne Grund) bestritten hat. Bei näherer Erwägung zeigt sich aber, daß die Gesetzesworte „noch nicht zur Erhebung gekommen“ auch so gemeint sein können, daß sich die Aufhebung nur auf diejenigen Neubruchzehnten erstrecken soll, welche bisher, weil die fraglichen Grundstücke bei Erlassung des Gesetzes noch nicht kultivirt, oder die Freijahre noch nicht abgelaufen sind, zum Erhebungsfalle noch nicht gelangt waren. Bei dem Novalzehentrecht lassen sich Daseln und Eintritt der Wirksamkeit von einander unterscheiden. Soll ein bisher unkultivirtes Grundstück nach Bewirkung der Fruktifikation (abgesehen von jetzt erst geschlossenen Belastungsgeschäften) der Bezehntung unterliegen, so muß dasselbe vorher Gegenstand des Novalzehentrechts gewesen sein; dieses tritt aber erst mit der Erzielung von Früchten ¹⁾ in Wirksamkeit. Für diesen Eintritt der Wirksamkeit ist es nun ein ganz passender Ausdruck, wenn man sagt: mit der Erzielung von Früchten (und Ablauf der Freijahre)

1) Beziehungswise nach Ablauf der gesetzlichen Freijahre.

kommt der Neubruchzehent zur Erhebung. Dieser Ausdruck „zur Erhebung kommen“ erscheint als gleichbedeutend mit „fällig werden“. Fällige Reichtnisse (Civilfrüchte) sind zur Erhebung gekommen, sie gelten als *fructus percepti*, wenn sie auch nicht wirklich erhoben worden. Kreittmayer in den Anmerk. zum B. L. R. Th. IV, Kap. 5, §. 11, Nr. 2 lehrt: „es verfallen *fructus civiles* zu der Zeit, wo sie prästirt werden müssen, *quod enim in naturalibus est separatio, id in civilibus cessio obligationis est, ita ut ab illo demum tempore percepti esse dicantur*. Baron Schmid, auf welchen Kreittmayer Bezug nimmt, äußert (Comment. ad St. B. Tit. 10, Art. 17, Nr. 6) in Betreff von Gilt, Stift und andern Grundgefällen: „*sicut in naturalibus attenditur tempus separationis quoad effectum acquisitionis, ita in civilibus attenditur tempus, quo incipiunt deberi*“. Zur Erhebung gekommene Zehnten heißt offenbar nichts anderes als *decimae perceptae*; als *perceptae* (erworben) gelten sie aber nach den angeführten allgemeinen Grundsätzen, sobald sie fällig geworden, sobald der Zeitpunkt der Erhebung herangekommen²⁾. — In der That wäre es in hohem Grade ungerecht, wenn der Umstand, daß ein Zehentpflichtiger sich rechtswidrig der Entrichtung eines fällig gewordenen (zur Erhebung gekommenen) Neubruchzehents geweigert und darüber einen seinerseits ungerechten Prozeß geführt hat, jetzt diesem den Gewinn unentgeltlicher Befreiung von der Zehentlast verschaffen, dem Berechtigten aber den Verlust seines Rechtes ohne Entschädigung verursachen würde. Ein solches Resultat würde gegen die allgemeinen Grundsätze verstoßen, nach wel-

²⁾ Vgl. Gilt in Comment. Bd. 9, §. 637 c.

den Niemand Gewinn von seinen Widerrechtlichenkeiten, insbesondere vom Verzuge in Erfüllung seiner Verbindlichkeiten ziehen soll³⁾, und durch Thun oder Lassen des Einen die rechtliche Lage eines Andern zwar verbessert, nicht aber verschlimmert werden kann⁴⁾; es würde ferner der Regel widersprechen, nach welcher dem siegenden Kläger Alles gewährt, oder ersetzt werden muß, was er gewonnen oder nicht verloren haben würde, wenn sich der Beklagte schon am Anfange des Prozesses entschlossen hätte, seiner Verbindlichkeit Genüge zu thun⁵⁾. Es ist eine Wirkung der Rechtshängigkeit, daß mit dem Siege des Klägers eine Ausgleichung der nachtheiligen Folgen der längeren Dauer des Rechtsstreits eintritt, indem der Zustand, wie ihn das Urtheil bestimmt, auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit zurückbezogen wird⁶⁾. Die Zuerkennung des besstrittenen Realzehentrechts hat die Folge, daß der Kläger durch Ersatz der mittlerweile versfallenen Zehentleistungen in die Lage versetzt werden muß, als sei er schon zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit in den wirklichen Genuß, zur faktischen Erhebung des Zehents gekommen. Wird aber durch das nach Erlassung des Bodenentlastungsgesetzes erfolgende Urtheil der Kläger in die

3) Vgl. fr. 39 de reg. juris: „in omnibus causis pro facto accipitur, id in quo per alium mora sit quominus fiat“. Die wirkliche Erhebung des Reubruchzehnten muß als geschehen angenommen werden, wenn sie nur durch schuldvollen Verzug des Pflichtigen unterblieben ist. S. auch fr. 134, §. 1 cod.

4) Fr. 155, pr. cod.: „factum cuique suum non adversario nocere debet“.

5) Vgl. fr. 40 pr. de her. pet. (5, 3); fr. 20 de rei vind. (6, 1); fr. 31 pr. de reb. cred. (12, 1). Puchta Pand. §. 96; Seuffert prakt. Pandkt. §. 26.

6) Savigny System Bd. 6, §. 260 f.

Sage gebracht, als sei der fragliche Zehent schon in frühern Jahren von ihm bezogen worden, so ist auch in Gemäßheit der platzgreifenden Zurückziehung die Voraussetzung der in dem Art. 4 verordneten Aufhebung, nämlich daß „Nicht zur Erhebung gekommen sein“ des nun zuerkannten Zehents als nicht vorhanden anzunehmen.

In den Verathungen der Kammern über den Gesetzentwurf kommt nichts vor, daß dieser Deutung des Art. 4 widerspräche. Vielmehr dienen mehrere Stellen als Unterstützungsbeispiele. Der Referent in der Kammer der Reichsräthe (v. Rietzhammer) äußerte in S. 13 seines Vortrags:

„Obgleich die Aufhebung des Neubruchzehents wohlervorbene Rechte trifft, so dürfte doch nicht außer Acht zu lassen sein, daß er ganz besonders der Kultivirung öder Gründe im Wege steht, und da eine solche Kultur in jeder Beziehung bei der Zunahme der Bevölkerung und besonders zum Besten der unteren Klassen wünschenswerth ist, so dürfte gegen diese Maßregel eine Erinnerung um so weniger zu machen sein, als sie bei den Berechtigten wenigstens ihre gegenwärtige Einnahme nicht schmälert“.

Nach Inhalt dieser Aeußerung wurde die Zustimmung zur Aufhebung des Neubruchzehents empfohlen, um damit ein Hinderniß künftiger Kulturen aus dem Wege zu räumen; nicht Kultivirungen, welche schon vollbracht worden, hatte man im Auge, sondern Fortschritte der Landwirthschaft in kommenden Tagen. Noch bestimmter tritt diese Voraussetzung in einer Aeußerung hervor, welche derselbe Reichsrath in der Kammerberatung (Bd. 3, Nr. 14, S. 172) gemacht hat. „Der Neubruchzehent ist allerdings ein Recht des Zehentherrn, aber nur ein mögliches Recht. Es kann nur in dem Falle zur Rente werden, wenn ein

nicht angebautes Grundstück fruchtbar gemacht wird. Es ist also offenbar eine Belästigung des Unbaues von Gründen, und dies könnte eher ohne Entschädigung aufgehoben werden, weil nicht eine bestehende Einnahme, sondern nur die Hoffnung auf eine solche aufgehoben wird.“

Ein bereits zur Wirksamkeit erwachsenes Recht, welches nur durch die rechtswidrige Weigerung des Verpflichteten an der Verwirklichung gehindert wurde, kann nicht als ein bloß mögliches, als eine bloße Hoffnung bezeichnet werden, vielmehr besteht hier bereits eine Soll-Einnahme, welche ohne die Widerrechtlichkeit des Verpflichteten bereits vor Erlassung des Gesetzes eine wirkliche gewesen wäre.

Gegen diese Auffassung des Referenten wurde weder von Seite der Ministerbank noch von andern Mitgliedern der Kammer eine Erinnerung vorgebracht; man muß daher annehmen, daß die Zustimmung der Kammer nach der Intention des Referenten, im Einklange mit unserer Deutung der Worte „noch nicht zur Erhebung gekommen“ ertheilt wurde¹⁾.

3.

Im Art. 5, Absatz 2 ist verordnet:

„Die Ablösung der Weiderechte auf Gemeindemarkungen oder Weidedistrikten muß auf

¹⁾ Bei der oberstrichterlichen Beurtheilung der Rechtsache Nr. 1164^{45/46} am 6. Oktober l. J. kam es in Frage, ob etwa dieselbe, ein bestrittenes Novalzehntrecht betreffend, nach dem Art. 4 des Gesetzes vom 4. Juni, weil die Beheuterhebung noch nicht wirklich stattgefunden hatte, als erledigt anzusehen sei? Diese Frage wurde verneint, aber ganz sachgemäß die Verhandlung und Entscheidung über den Einfluß der neuen Gesetzgebung auf den Vollzug des in der Hauptsache erlassenen Urtheils der ersten Instanz zugewiesen.

Verlangen der Mehrheit der Verpflichteten statt finden, wenn sie für den ganzen Komplex der Berechtigten gefordert wird“.

Was ist hier unter Weidedistrikten zu verstehen? Kann der Ausdruck nur auf Theile Einer Gemeindemarkung oder auch auf einen mehrere Gemeindemarkungen umfassenden Weidedistrikt bezogen werden? Der ganze Weide-Komplex der Berechtigten umfaßt allerdings häufig mehrere aneinandergränzende Gemeindemarkungen, so daß eine und dieselbe Heerde^{*)} abwechselnd auf Felder der einen oder andern getrieben wird, und die mehreren Gemeindemarkungen in Bezug auf den Weidebetrieb des Berechtigten zusammen ein Ganzes bilden. Muß sich nun der Berechtigte die Ablösung für jede einzelne der Gemeindemarkungen gefallen lassen, wenn die Mehrheit der Grundbesitzer in dieser Markung dieselbe verlangt, — oder ist das Recht, die Ablösung zu verlangen, in solchem Falle dadurch bedingt, daß sie von der Mehrheit der Gutbesitzer in den mehreren zum Weidekomplexe des Berechtigten gehörigen Gemeindemarkungen verlangt wird? Eine andere Bedingung der Ablösungs-Forderung ist, daß sie für den ganzen Komplex der Berechtigten erhoben wird; umfaßt dieser Weidekomplex mehrere Gemeindemarkungen, so muß man annehmen, daß die Ablösung nur von der Mehrheit aller in dem ganzen Komplex begriffenen Verpflichteten begehrt werden kann^{o)}.

Wenn gleich die Mehrheit der Verpflichteten über die Frage entscheidet, ob die Ablösung zu

*) Wird jede der mehreren Gemeindemarkungen mit einer eigenen Heerde betrieben, so kann man nicht sagen, daß sie zusammen einen Weidekomplex bilden.

o) Uebereinstimmend die Aeußerung des Reichsraths-Referenten Bd. 3, S. 193.

verlangen, so kann doch daraus keine Verbindlichkeit der Minderheit, zur Zahlung der Ablösungssumme beizutragen, erwachsen. Vielmehr haben die Theilhaber der Mehrheit das Ablösungsquantum nicht nur nach Verhältniß ihres Gutbesitzes, sondern für den ganzen Weidekomplex aufzubringen. Daß sie dagegen verlangen können, der Weideberechtigten solle ihnen seine auf die Besitzungen der Minderheit zustehenden Gerechtsame abtreten, ist nicht verordnet. Nicht von Uebertragung des Weiderechts handelt es sich, sondern von Aufhebung, von Bodenentlastung auf dem Wege der Ablösung.

4.

Im Art. 7 heißt es, die nachfolgenden Bestimmungen seien bezüglich der Fixirung sogleich in Vollzug zu setzen. Nach Art. 8 sind alle durch Abschnitt II des Gesetzes nicht aufgehobenen unständigen Gefälle und Zehenten, dann alle Besitzänderungsabgaben sofort zu fixiren. Der Art. 19 bestimmt für den Fall, daß die Fixirung nicht durch Uebereinkommen der Betheiligten geschieht:

„Die Fixirung der Grundlasten wird von den Distriktpolizeibehörden in Gemeinschaft mit den königlichen Rentämtern von Amtswegen in summarischem Verfahren vollzogen.“

Nach diesen Vorschriften möchte man dasürhalten, daß die Fixirung überall von Amtswegen zu beschäfigen und durchzuführen sei, wenn auch keiner der Betheiligten darauf anträgt, vielmehr unter diesen ausdrückliches oder stillschweigendes Uebereinkommen stattfindet, den bisherigen Zustand fort dauern zu lassen, oder wenigstens der bisherige Zustand faktisch fortgesetzt wird. Allein in solcher Schärfe ist das „von Amtswegen“ des Art. 19

nicht zu nehmen. In dem dritten Absatze dieses Art. 19 ist beigefügt:

„Das Nähere des Verfahrens wird eine Instruktion normiren.“

Diese vorbehaltene Instruktion wurde von dem Ministerium des Innern und der Finanzen am 17. Juni l. J. erlassen, und sagt im §. 1:

„Die gesetzlich gebotene Fixirung aller unständigen Grundlasten, sie mögen dem Staat oder Privaten, Stiftungen und Kommunen zu leisten sein, erfolgt 1) entweder im Wege des freiwilligen Uebereinkommens unter den Betheiligten, oder 2) auf Betreiben des einen oder des anderen Theils.“

Damit stimmt überein, was im Eingange des §. 4 der Instruktion vorkommt: „Wird die amtliche Fixirung von einem oder dem andern Theil betrieben u. s. w.“

Demzufolge kann man die Fortdauer des bisherigen Verhältnisses der Unständigkeit einer Reichthum nicht als einen nunmehr unerlaubten, verbotenen Zustand betrachten, gegen welchen von Amtswegen eingeschritten werden müßte. Vielmehr ist der Pflichtige, welcher die Fixirung (insbesondere des Zehent's) nicht betreibt und auch von dem Berechtigten nicht dazu durch Anrufen der Obrigkeit angehalten wird, nach wie vor verbunden, die unständige Abgabe nach dem Maße seiner bisherigen Schuldigkeit zu entrichten. Ohnehin können sich die Fixirungsverhandlungen, mögen sie außeramtlich oder amtlich gepflogen werden, längere Zeit verziehen, und die zuständigen Behörden sind außer Stande, die bei ihnen anhängig gemachten, vielleicht sehr zahlreichen Fixirungs-Differenzen in kurzer Frist zu schlichten. Ganz der Natur der Sache gemäß bestimmt der §. 9 der Instruktion a. G.:

„Bis zum Ausgang der Sache muß der Zehent wie bisher fortentrichtet werden“¹⁰⁾.

Diese Bestimmung muß auch für den Fall gelten, wenn die Fixirung deswegen nicht vor sich geht, weil sie von keinem Theile betrieben wird. Indessen ist es unzulässig, die vom Gesetze verordnete Fixirung auszuschließen, d. h. durch ein neuerliches Uebereinkommen festzusetzen, daß sie unter den fraglichen Betheiligten nicht eintreten soll. Ein solcher Vertrag wäre unwirksam, er würde späterer Beantragung der Fixirung von Seite eines der Theile nicht im Wege stehen. Eben so wenig kann aus noch so langer faktischer Fortdauer des bisherigen Zustandes der Verlust des Rechtes auf die Fixirung erwachsen.

5.

Der Art. 15 bestimmt in Abs. 1:

„Das Aequivalent für das Obereigenthum und das Recht der Erhebung einer Besitzveränderungsabgabe ist bei Erbrecht und Freistift der eins und ein halbfache Betrag des ganzen Laudemiums, bei Leibrecht und Neustift der doppelte Betrag des ganzen Leibgeldes“.

Hier ist vom Laudemium (Handlohn) nur in Bezug auf die in Altbayern üblichen Formen der deutschen Emphyteuse (des s. g. getheilten Eigenthums) — Erbrecht und Freistift, Leib-

¹⁰⁾ Vgl. Art. 13 des Gesetzes vom 4. Juni: „Behentpachtverträge lösen sich mit der Behentfixirung ohne Entschädigung des Pächters auf“. Daraus, daß die Auflösung der Pachtverträge nicht schon mit Publikation des Gesetzes, sondern erst mit der Behentfixirung eintreten soll, ist deutlich zu entnehmen, daß die bisherige Naturalleistung bis zur Vollbringung der Fixirung fortbauern soll. — Vgl. die Schrift: „Das kgl. bayerische Abfindungsgesetz vom 4. Juni 1848 in seiner prakt. Durchführung (München, Franz) S. 6“

recht und Neustift, die Rede. Die fragliche Besitzveränderungsabgabe kommt aber, besonders in Franken, sehr häufig bei Häusern und bäuerlichen Besitzungen vor, die nicht im Verhältnisse des getheilten Eigenthums, sondern im vollen Eigenthume der Besitzer stehen. Im Hinblick auf die Verschiedenheit der Verhältnisse, welche in Bezug auf handlohnbare Güter obwalten, hatte die Kammer der Reichsräthe den Zusatz „und Erbzinslehen“ (nach „Freistift“) in Vorschlag gebracht (Bd. 3, S. 217), und die Kammer der Abgeordneten (Bd. 6, S. 172) ist in der zweiten Verasthung über den Gesetzentwurf beigetreten. Bei Redigirung des Gesamtbeschlusses (B. d. R. d. A. Bd. 7, S. 193) scheint aber dieser Zusatz vergessen worden zu sein, so daß er nun auch im verkündeten Gesetze fehlt. Daher ist in der That ein Aequivalent für Laudemialgefälle nur in Bezug auf die verschiedenen Formen der deutschen Emphyteuse, wie sie in Altbayern vorkommt, nicht aber außerdem bestimmt. Da aber der Art. 8 ganz allgemein verordnet:

„alle Besitzveränderungsabgaben sind zu fixiren“,

so muß man die Lücke der Vorschrift des Art. 15 durch analoge Anwendung ausfüllen, und daß vom „Erbrecht“ Verordnete auch bei denjenigen Laudemialverhältnissen in Anwendung bringen, bei welchen zwar dem Berechtigten kein f. g. Obereigenthum zugeschrieben werden kann, wohl aber der Pflichtige einen vererblichen und veräußerlichen Gutsbesitz hat.

6.

Im Absatz 4 des Art. 15 ist verordnet:

„Von dem für das Obereigenthum festgesetzten Aequivalente ist bei der nächsten Besitzänderung ein ganzer Handlohnsbetrag baar zu entrichten.“

Bei Fideikommissgütern fragt es sich, ob dieser Handlohnbetrag dem gegenwärtigen Fideikommissbesitzer gehöre, oder der Fideikommisssubstanz zugeschlagen werden müsse? Offenbar ist das Letztere anzunehmen. Denn derselbe wird nicht mehr zur Erfüllung des bisher bestehenden, bei wiederkehrenden Besitzveränderungen wiederholte Leistungen mit sich bringenden, Schuldverhältnisses entrichtet, sondern zur Lösung dieses Schuldverhältnisses, als Äquivalent der Gerechtsame, welche einen Bestandtheil der Substanz des Fideikommisses bildet. Diese Gerechtsame geht dem Fideikommiss für die Zukunft verloren, und die Zahlung des fraglichen ganzen Handlohnbetrages soll einen Theil des Ersatzes bilden. Derselbe wird nicht nach den Normen berechnet, welche seither für die Berechnung des bei Besitzänderungen anfallenden Handlohn gelten, sondern zufolge Abs. 3 des Art. 15 nach Bestimmungen, welche in den Verordnungen über die Fixirung der Besitzveränderungsgefälle des Staates gegeben sind. Indem nun nicht bloß Dasjenige, was über den einen also berechneten Handlohnbetrag zum Ersatz für die bisherige Gerechtsame zu entrichten ist, sondern auch der einfache bei der nächsten Besitzänderung zu zahlende Handlohnbetrag selbst der Fideikommisssubstanz zugetheilt wird, entbehrt freilich der Fideikommissbesitzer bei Eintritt der nächsten Besitzänderung die Handlohn-Einnahme, welche ihm nach den bisherigen Rechtsverhältnissen angefallen wäre; allein diese Rechtsverhältnisse sind eben vor der fraglichen Besitzänderung durch das Gesetz vom 4. Juni in solcher Weise geändert worden, daß mit dem Eintritte derselben dem Fideikommissbesitzer ein Handlohn nicht mehr anfällt, vielmehr nur das Recht erwächst, künftig die Renten aus dem für das bisherige Handlohnrecht nach obigem Gesetze zu leistenden Äquivalent zu beziehen.

Keinen Unterschied macht es, wenn etwa die Besitzänderung alsbald nach Verkündung des Gesetzes oder doch noch vor der Fixirung der Besitzänderungsabgabe durch Uebereinkommen der Be-theiligten oder durch obrigkeitlichen Ausspruch erfolgt ist.

Zwar bestimmt der Art. 16:

„Mit dieser Fixirung der Besitzänderungs-Abgaben konsolidirt sich das Eigenthum in der Person des Grundholden.“

Vergleicht man aber hiemit Abs. 3 des Art. 15:

„Obiges Aequivalent ist mit der nächsten Besitzänderung nach Erlass des gegenwärtigen Gesetzes fällig.“

so wie die oben angeführte Stelle des Abs. 4 des selben Artikels, so kann man nicht annehmen, daß mit einer vor vollbrachter Fixirung eintretenden Besitzänderung noch ein Handlohn, wie ihn die bisherigen Verhältnisse mit sich brachten, anfallt; vielmehr hat der Berechtigte für die Zeit nach Erlassung des Gesetzes nur ein Recht auf das Aequivalent, welches natürlich bei einem in nächster Zukunft eintretenden Besitzänderungsfalle nicht eher zur Erhebung kommen kann, als die Festsetzung des Betrages auf die eine oder andere Weise geschehen ist.

Was über die Verhältnisse eines Familienfideikommisses und des Fideikommissbesizers gesagt wurde, gilt gleichmäßig für Pfründen im Verhältnisse zum Pfründenbesizer. Nicht dem letzteren ist der bei der nächsten Besitzänderung von dem Pflichtigen zufolge Abs. 4 des Art. 15 zu entrichtende ganze Handlohnbetrag zuzutheilen, sondern der Pfründe.

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Verwahrung. Vorbehaltene Beschwerde.

Der §. 51, Abs. 2 bestimmt die gegen einfache Dekrete oder Zwischenbescheide, im Falle man durch solche beschwert zu sein glaubt, einzulegende Verwahrung, und fährt fort:

„Es bleibt sodann das Recht vorbehalten, die Beschwerde hierüber mit der Appellation gegen das Ende oder beweisauflegende Urtheil zu verbinden.“

Der Kommentar über die G.D. Bd. 4, S. 21, Note 53 bemerkt hierüber: „Das Gesetz spricht zwar nur von der Appellation gegen das Ende oder beweisauflegende Urtheil. Da aber die im §. 52, (der Nov. v. 1837) angeführten Erkenntnisse hinsichtlich der Zulässigkeit selbstständiger Berufungen jenen namentlich bezeichneten gleichgestellt sind, so unterliegt es keinem Bedenken, daß die Geltendmachung der vorbehaltenen Beschwerde mit der Appellation gegen das nächste appellable Erkenntniß . . . verbunden werden kann und muß.“ In einem gegebenen Falle wurde die verwahrte Beschwerde gegen ein eine Beweisantretung als desert zurückweisendes Dekret mit der Appellation gegen einen Zwischenbescheid verbunden, durch welchen einem Editionsbegehren theils definitiv, theils interlocutorisch durch Auflegung eines Bescheides über den Besitz der Urkunden stattgegeben war. Der oberste Gerichtshof erachtete die gedachte Verbindung für zulässig, daher auch die Beschwerde über den Desertions-Ausspruch für devolvirt.

DAUE. vom 14. Mai 1839, Nr. 737³⁰/₃₀.

Vgl. auch DAUE. v. 29. April 1842, Nr. 123⁴¹/₄₂.

2.

Haupteid. Nicht über Rechtsbegriffe. Eigenes Wissen.
(Vgl. Comment. über die OD. Bd. 3, S. 295—7, Bd. 4,
S. 464.)

In einem gegebenen Falle handelte es sich von der Abstammung gewisser Giltten und Zinsen aus einem Verbande von Grundherrlichkeit und Obereigenthum. Es war der Haupteid darüber zugeschoben, daß diese Abstammung nicht stattgefunden habe. Allein der oberste Gerichtshof erachtete diese Eideszuschreibung für unstatthaft: „Nach der OD. XIII, §. 2, pr. ist es erlaubt, seinem Widersacher den Eid zuzuschreiben, damit er schwöre, daß die Geschichte vorgegebenermaßen nicht vorgegangen sei. Die Eideszuschreibung findet also ihrer Natur nach allein statt über einen äußerlich erfasslichen in die Sinne fallenden Vorgang, den der Schwörensollende selbst wahrzunehmen im Stande war. Hier steht aber kein solches Faktum, sondern vielmehr die Grundbarkeit als ein Rechtsbegriff in Frage, den durch Reflexion und Subsumtion aus den erhobenen Umständen zu abstrahiren, lediglich Sache der richterlichen Beurtheilung sein kann.... Der Eid könnte nur ein beschworenes Urtheil, eine Folgerung aus vor Augen liegenden Behelfen und gewissen Thatfachen sein; allein das Urtheil zu schöpfen, kann nur Sache des Richteramtes sein, welches diese Aufgabe in keinem Punkte auf eine der Parteien oder deren eidliche Manifestationen hinüberwälzen, und diese sich hierin substituiren darf..... Die Frage (der Abstammung von Zinsen und Giltten aus der Grundherrlichkeit) betrifft eine fremde Geschichte, oder eine so beschaffene, daß der Delat selbst, wegen Länge der Zeit nicht wohl eigene Wissenschaft davon haben kann, worüber also nach der angeführten Stelle der OD. 2^{do} Niemand einen Haupteid anzunehmen oder abzuleisten verbun-

den ist. Man kann hiegegen nicht einwenden, daß besagte fürstliche Haus könne sich denn doch im Besitze von alten Urkunden, Lagerbüchern, Stiftsbriefen und anderen Behelfen befinden, welche es über die Frage der streitigen Abkunft aufzuklären vermöchten. Denn eine bloße Möglichkeit genügt hier nicht. Ob ein Faktum so beschaffen sei, daß die angeführte Stelle der *GD.* darauf passe, muß lediglich aus den Umständen bemessen werden. Die Umstände sprechen aber hier gerade gegen jene Annahme. Dazu kommt noch die Erwägung, daß durch die Ableistung eines solchen Eides die richterliche Ueberzeugung um nichts gewinnen oder das Gewissen der Richter dadurch mehr aufgeklärt würde, daß vielmehr dieselbe Ungewißheit über den wahren Ursprung jener Giltten und Zinsen nach wie vor fortbestände, während doch der Eid kein Gottesurtheil, sondern ein Mittel zur Ergründung der Wahrheit sein soll.“

DAGE. vom 10. Jan. 1847, Nr. 1438^{45/46}.

3.

Erfüllungs Eid. Mehrere Streitgenossen.

Im Comment. über die *GD.* Bd. 3, S. 324 ist gelehrt: „Handelt es sich von dem Erfüllungs Eid einer Partei, welche aus mehreren Streitgenossen besteht, so genügt die Eidesleistung derjenigen von ihnen, welche die Sache allem Vermuthen nach wohl wissen können“. Diese Ansicht fand eine Anerkennung in dem

DAGE. vom 19. Juni 1848, (Nr. 1666^{46/47}), Nr. 13.

Eine andere Ansicht wurde in dem Bd. 10, S. 28 mitgetheilten *DAGE.* zur Anwendung gebracht.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 25. Samstag, den 9. Dez. 1848.

Civilistische Bemerkungen und Gesefrüchte.

3.

Lieferungskauf. Verzug des Käufers.

Zu den gangbarsten Erscheinungen im Verkehrslieben gehören die Lieferungsgefchäfte, zufolge deren der Eine dem Andern eine gewisse Anzahl Staatspapiere oder ähnliche dem Tageskurs unterliegende Effekten um einen im Voraus bestimmten Preis an einem bestimmten Tage zu übergeben verspricht. Wenn nun der Käufer zur Lieferungszeit die Abnahme der fraglichen Effekten, also seinerseits die Vertragserfüllung verweigert, so fragt es sich, ob der Verkäufer ohne Weiteres zu deren Weiterverkauf ermächtigt und dann noch befugt sei, vom Verkäufer Entschädigung für die hiebei erlittene Einbuße zu fordern? — Das OLG. zu Dresden hat diese Frage in einem Erkenntnisse vom 23. Dez. 1847 verneint, und diese Entscheidung, wie folgt, motivirt¹⁾: „Der Kläger (Verkäufer) führt in der Klagschrift an, es sei ihm rechtlich nicht zuzumuthen gewesen, die verkauften Aktien (Quittungsbogen), als ein dem Schwanken des Kurses sehr unterworfenen Papier, dauernd aufzus-

¹⁾ Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1848, Nr. 44, S. 347.

heben und etwa noch größeren Schaden dadurch zu leiden. Dadurch aber, daß der Gegenstand des Kaufes ein solcher ist, dessen Werth sich nicht gleichbleibt, sondern steigt oder fällt, wird an der Verbindlichkeit des Verkäufers, die verkaufte Sache zur Uebergabe an den Käufer bereit zu halten, nichts geändert. Weder gesetzliche Vorschriften, noch allgemeine Rechtsprinzipien lassen sich dafür anführen, daß der Verkäufer dann, wenn sich der Käufer in *mora accipiendo* befindet, den einem steigenden oder fallenden Werthe unterworfenen Gegenstand des Vertrags ohne Weiteres anderweit verkaufen, und die Differenz zwischen dem kontraktmäßigen und dem neueren Preise als Schadenbetrag von dem Käufer fordern könne. Die *mora accipiendo* von Seiten des Käufers bewirkt für den Verkäufer nur so viel, daß er in Bezug auf die Aufbewahrung des Gegenstands bloß den *dolus* zu prästiren,

Fr. 5, 17 de peric. et commod. (18, 6). und Vergütung des durch die Aufbewahrung ihm entstandenen Schadens zu verlangen hat. — Daß Sinken des Kurses der verkauften Papiere nach Ablauf des Lieferungstages führte nur dem (verklagten) Käufer, nicht dem (klagenden) Verkäufer einen Nachtheil herbei. — Ebenso wenig läßt sich der von dem Kläger eigenmächtig unternommene Verkauf aus dem Gesichtspunkte der *negotiorum gestio* rechtfertigen, eben weil die Kurse solcher Papiere steigen und fallen, und weil es sich nie voraussagen läßt, ob die Umstände, welche jetzt die Kurse herabdrücken, sich nicht ändern und die Kurse wieder steigen werden“.

Man hat jedoch alle Ursache, die Richtigkeit der in diesem Erkenntnisse ausgeprägten Ansicht zu bezweifeln. Der säumige Schuldner haftet dem Berechtigten für das gesammte Interesse, und das Interesse des Letzteren kann gerade darin bestehen,

auch seinerseits von dem Geschäfte abzugehen. Unter solchen Umständen ist er nicht nur befugt, die von ihm versprochene Leistung zu unterlassen, sondern es ist ihm auch unbenommen, ein etwaiges weiteres Interesse zu berechnen, und dessen Vergütung zu verlangen²⁾. Im Falle der Käufer den Vollzug durch Nichtannahme der Waaren verweigert oder verzögert, hat der Verkäufer ein Interesse, von dem Geschäfte abzugehen, wenn das Bereithalten und Verwahren der Waare für Rechnung des Käufers, um sie diesem später zu tradiren, seine Lage verschlimmert, ihn in Verlegenheit bringt, welcher er durch den Weiterverkauf entgeht³⁾. Die Befugniß zu diesem Weiterverkauf ist eine natürliche Folge seines Rechtes, von dem Geschäfte abzugehen und die Lieferung der Waare

2) Vgl. Seuffert prakt. Pandkt. Bd. 2, §. 246, Note 4, §. 392, Note 3.

3) Vgl. Thöl Handelsrecht Th. I, §. 87, Note 4, wo folgende Beispiele aufgeführt sind: „Er bedarf des Raumes, den die Waare einnimmt, daher schüttet er den Wein weg, um die Fässer zu benützen (Fr. 1, §. 3, 4, fr. 2 de peric. et commod. 18, 6), oder setzt die Weistellen auf die Straße (Fr. 12, 13, 14 cod.); im eigenen Interesse wird er sie aber lieber verkaufen, um wegen des nicht bezahlten Kaufpreises wenigstens in etwas gedeckt zu sein (Fr. 1, §. 3 cod.) — Das Konseruiren der Integrität verlangt Aufwand von eigener oder fremder, zu bezahlender, Thätigkeit, und er will nicht und braucht nicht für den morosen Käufer zu arbeiten oder Vorschüsse zu machen; — die Waare droht mit der Zeit, vielleicht der kürzesten, wegen ihrer Verderblichkeit, oder der Wandelbarkeit des Preises, theilweise oder gänzliche Entwerthung, und sie deckt ihn, worauf er ein Recht hat, wegen seiner Forderung auf dem Kaufpreis also dann gar nicht mehr oder nur theilweise; — er bedarf des Geldes für die Waare, um es vortheilhaft anzulegen, ohne daß er, wenn es nicht geschieht, beweisen könnte, daß und wie vortheilhaft es geschehen wäre“ u. s. w. Vgl. fr. 122, §. 3 de verb. obl. (45, 1).

ren, deren Annahme der Käufer verweigerte oder verzögerte, nunmehr zu unterlassen⁴⁾). Ist er zu einer späteren Erfüllung seinerseits nicht mehr gehalten, so versteht sich von selbst, daß er nun über die fraglichen Waaren durch Weiterverkauf zu verfügen befugt ist⁵⁾). Mit dem Beweise des nicht morosen Kontrahenten ist es nicht zu streng zu nehmen. „Es ist die gewöhnliche kaufmännische Prozedur, die Papiere, deren Abnahme verweigert worden, für Rechnung des andern Kontrahenten zu verkaufen und die Differenz zu fordern⁶⁾“. — War zumal eine bestimmte Lieferzeit verabredet, ein Tag oder gar eine Stunde, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die strenge pünktliche Einhaltung des Zeitpunktes in der Meinung der Kontrahenten lag. Ist nun aber eine solche Pünktlichkeit als gemeint anzunehmen, so ist die auf eine bestimmte Zeit verabredete Erfüllung nach Ablauf dieser Zeit unmöglich, also die spätere Erfüllung eine andere als die verabredete. Der

4) Vgl. Thöl a. a. D. Note 3: „Daß die mora zu einem Verkauf berechtigen kann, der ohne sie rechtswidrig gewesen wäre, hat keinen Zweifel. Fr. 1, §. 3 de peric. et commod.; fr. 122, §. 3, fr. 135, §. 2 de verb. obl. Das Interesse des Verkäufers bestimmt diese Berechtigung. Es genügt, wenn er bei dem Weiterverkaufe nur nicht unredlich verfahren ist; denn er haftet, ist der Käufer in mora, nur für dolus (Fr. 5, 17 de peric. et comm.), und ein solcher liegt darin nicht, daß er nicht durch Aufbewahren der Waare dem morosen Käufer hinterher noch die Vortheile zu verschaffen sucht, als wäre dieser nicht in Verzug gekommen, — und daß er in seinem und nicht in des Käufers Interesse verfährt.

5) Thöl a. a. D. §. 308: „Doch muß der Verkäufer vor dem Weiterverkauf dem Käufer die Androhung, Verwarnung, denunciatio, daß er zu demselben schreiten werde, haben zukommen lassen. Arg. fr. 1, §. 3 de peric. et comm.“

6) Uebeler DAGE. bei Thöl a. a. D. Note 6.

nicht säumige Kontrahent braucht also, da ihm eine andere als die verabredete Leistung nicht aufgedrungen werden darf, die schlechtweg auf das Interesse, die Differenz ⁷⁾ gestellte Forderung nicht erst durch den Beweis zu begründen, daß sein Interesse das Abgehen vom Geschäft fordere ⁸⁾). Die Klage des Verkäufers insbesondere, schlechtweg auf das Interesse (die Differenz) gerichtet, ist das durch begründet, daß der Käufer bei eigener Mora nicht eine andere d. h. eine nachherige Lieferung verlangen kann. ⁹⁾).

Das OLG. zu Dresden hatte auch die hier als die richtige dargelegte Ansicht, mit Anerkennung der Weiterverkaufsbefugniß auf Seite des nicht säumigen Verkäufers, einer früheren Entscheidung zu Grunde gelegt ¹⁰⁾).

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Von vorbehaltenen Beschwerden.

Es war von dem Beweisführungsgegner die Verwerfung der Beweisantretung wegen Unersheblichkeit beantragt worden. Dieser Antrag wurde zurückgewiesen, und gegen diese Zurückweisung Verwahrung eingelegt. Es erfolgte nun die Erhebung der Beweise, die Durchführung des Beweisverfahrens, und nach einer Reihe von Jahren das Urtheil über die Beweisergebnisse. In der Berufung gegen dieses Urtheil kam der Beweisführungsgeg-

⁷⁾ Die Differenz ergibt sich aus dem Weiterverkauf, und besteht aus dem Mindererlöse im Verhältnisse zu dem verabredeten Kaufpreise.

⁸⁾ Vgl. fr. 1 pr. de act. emt. vend. (19, 1); const. 4, 10, 12 cod. mit fr. 6 de peric. et commod.

⁹⁾ Ehrl. a. a. O. S. 309.

¹⁰⁾ Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. 1843, Nr. 1.

ner auf jene vorbehaltene Beschwerde zurück und beantragte den Auspruch: die Beweisantretung möge nachholend als unerheblich verworfen werden. In Beurtheilung des ebenerwähnten Antrags sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe: „Eine solche Beschwerde, obwohl durch rechtzeitige Verwahrung vorbehalten, ist bei dem gegenwärtigen Stande der Sache völlig zweck- und bedeutungslos, und aus eben diesem Grunde unerheblich, was sie nach G.D. XV, §. 5, Nr. 3 nicht sein darf, um auf eine Würdigung des Richters Anspruch machen zu können. Der Zweck jener Beschwerde konnte bloß darin bestehen, sich der langwierigen Erhebung des Beweises der Beklagten und des hiezu erforderlichen Zeit- und Kostenaufwandes zu entledigen, um mit einem Male ihrem vorgesteckten Ziele gegenüberzutreten. Dieser Zweck ist aber dermalen nach Ablauf von 8 Jahren nicht mehr erreichbar, und wird, was die vergeblichen Kosten betrifft, auf anderem Wege dadurch erreicht, daß dieselben nach Vorschrift der G.D. demjenigen zufallen, der sie ohne Noth und schuldhaft veranlaßte. Hier sind nur zwei Fälle möglich: Entweder die Beklagten haben ihren Beweis ganz oder theilweise aufgebracht; dann bewährt sich hieraus durch die That selbst, daß auch ihr Beweis-Antritt erheblich und geeignet war, ihm eine weitere Folge zu geben. Oder jener Beweis ist völlig mißlungen; dann siegen die Kläger, weil der unerläßliche Beweis ihrer Gegner nicht hergestellt ist, aber nicht aus dem Grunde, weil man dieses gleich anfangs hätte vorhersehen und daher jedes Eingehen auf die Sache sich enthalten sollen. Die Kritik der einzelnen Beweismittel, die Würdigung ihres Einflusses auf die einzelnen Beweis-Themata muß ohnedies bei der Prüfung des ganzen Beweisverfahrens und seiner Erfolge in allen Instanzen so gründlich vorkommen, als es den Richtern ihre Gewissenhaftigkeit zur Pflicht

macht, und die ihnen zu Gebot stehenden Einsichten erlauben. Unter solchen Umständen auf den Ausgangspunkt zurückkehren und eine ganze Kettenfolge von Erwägungen reassumiren, um auf das Ergebniß zu gelangen, nicht: „die Aufgabe der Beklagten sei mißglückt“ — sondern: „man hätte vor 8 Jahren schon vorhersehen sollen, daß sie mißglücken müsse“ — ist unter den gegenwärtigen Umständen eine völlig nutzlose Sache. Die von beiden Novellen (v. 1819 und 1837) gegebene Erlaubniß, einzelne durch Verwahrung sich vorbehaltene Instruktionsbeschwerden mit der Berufung gegen das Endurtheil zu verbinden, ist naturgemäß der Einschränkung unterworfen, daß eine solche Beschwerde alsdann auch noch ein vernünftiges Interesse darbiete; das letztere ist aber hier nicht der Fall.“

DASSE. von 19. Juni 1848, Nr. 1666 ¹⁰/₄₇.

2.

Nachträgliche Vorlagen zur Beseitigung von Verweid = Einreden.

Als Verweidmittel war eine Abtheilung des Handelsjournals vorgelegt worden. Weil Einwendungen gegen dessen Integrität besorgt wurden, legte Produzent zur Entkräftung derselben im Produktionsstermine eine zweite Abtheilung des fraglichen Handelsbuchs vor. Der Gegner beanstandete hierauf die Zulässigkeit dieser nachträglichen Vorlage, jedoch ohne Erfolg. „Eine solche Vorlage bezweckt keineswegs die Geltendmachung eines neuen Verweidmittels, sondern nur die Beseitigung einer Verweid = Einrede, welche den Formalien eines rechtzeitig gebrauchten Verweidmittels entgegentreten könnte. Eine Präklusion dieses Nachtrages läßt sich daher so wenig vertheidigen, als man sagen könnte: da; wo durch die Diffession einer Urkunde eine Schriftenvergleichung nöthig wird, seien die ächten Schriften, mit denen die Vergleichung ge-

schehen soll, -bewegen präkludirt, weil sie der Produzent nicht gleich anfangs als Beweis- und Ueberführungsmittel beigebracht habe. Vgl. als Analoge die *GD. XIX*, §. 10, Nr. 7, 8."

DAGE. von 19. Juni 1848, Nr. 1666^{40/47}.

3.

Handelsbuch-Diffession von Seite des Produkten.

In den Motiven eines *DAGE.* vom 19. Juni 1848 (Nr. 1666^{40/47}) kommt hierüber vor: „Die Kläger wollen zum Diffessionseide über die Handelsbücher ihrer beklagten Gegner zugelassen werden. Ein solches Verlangen widerstreitet jedoch den ersten Grundansichten von der Beweiskraft der Urkunden. Der Diffessionseid ist nicht ein Mittel, um sich jede unwillkommene Urkunde prozessualisch aus dem Wege zu schaffen, er betrifft nie den Punkt, ob Jemand glaube, daß eigne Schriften seines Gegners auch von diesem herrühren, mit dessen Wissen und Willen errichtet seien. Die ganze Formel des Diffessionseides, wie solche die *GD. XI*, §. 8, Nr. 6 aufgestellt hat, paßt auf diesen Fall durchaus nicht. Mit Handelsbüchern hat es überdies eine besondere Verwandtschaft. Die *GD.*, indem sie §. 3, Nr. 2 a. a. D. dem Kaufmann erlaubt, sein Handelsbuch mit einem Eide zu bekräftigen, und ihm unter dieser Voraussetzung volle Beweiskraft beilegt, hat die Handelsleute in ihrem Geschäftsverkehre mit einer Art Quasi-Notariatsbefugniß betraut, vermöge welcher dieselben bei der Pünktlichkeit und genauen Uebereinstimmung, mit der ein solches Buch geführt sein muß, gegen die sonstigen Regeln auch in eigenen Sachen durch Einschreibungen, gleichviel ob von ihnen oder von ihren Komptoirbedienten herrührend, ein Faktum konstatiren, und dadurch eine formelle Wahrheit begründen können. Sind daher die Voraussetzungen der *GD.* gegeben, und kommt die

eidliche Bekräftigung noch hinzu, so tritt ein so beschaffener Eintrag in die analogen Beziehungen eines instrumentum quasi publicum, auf welches jedes eidliche Verleugnen durch Abschwören eines Diffessionseides schon an sich nicht paßt, und ganz verkehrt erscheinen müßte."

4.

Amtliche Anordnung wiederholter Urkunden: Produktion.

Nach abgehaltenem Produktionsstermine fand das Gericht angemessen, nochmalige Vorlage der produzierten Handelsbücher anzuordnen, und deren Beschaffenheit unter Zuziehung von Sachverständigen näherer Prüfung zu unterstellen. Der Umstand, daß dieses Verfahren ohne Zuziehung der Parteien geschah, veranlaßte dessen Anfechtung. Diese blieb ohne Erfolg. „Eine wiederholte Produktion von Urkunden anzuordnen, um deren Beschaffenheit genauer zu untersuchen, steht nach *GD. XI*, §. 5, Nr. 8 dem Richteramt unbedenklich zu. Ebenso darf das Oektere nach *GD. XII*, §. 3, Nr. 5 einen Augenschein von Amtsbüchern einnehmen, was die Vernehmung von Sachverständigen zur näheren Erleuchtung seiner gewissenhaften Forschung von selbst in sich schließt. Die Untersuchung der Bücher der Beklagten, um deren ordnungsmäßige Führung zu prüfen, war daher ganz in der Ordnung; eben aus dem Grunde aber, weil hiebei das Gericht von Amtsbüchern verfuhr, mußte ihm auch freistehen, jede Einmischung der Parteien in den Gang der Untersuchung und die Wahl der beizuziehenden Personen zurückzuweisen".

DAUE. vom 19. Juni 1848, Nr. 1666⁴⁶/47.

5.

Verweisßatz ohne Spezialisirung der Thatfachen. Jüdische Ehescheidungsache.

Von einem jüdischen Ehemanne war unter Anführung einer Reihe spezieller Thatfachen wegen

unverbesserlicher Böswilligkeit der Ehefrau auf Scheidung geklagt worden. Die Gerichte der ersten und zweiten Instanz legten dem Kläger zu verweisen auf:

- a) Daß die in seiner Klage seiner Gattin zur Last gelegten Pflichtverletzungen in ihrer Vereinigung, oder welche derselben vereint, oder welche eine oder andere solche Pflichtverletzung für sich allein schon nach jüdischem Eherechte den Ehemann berechtigen, seiner Frau den Scheidebrief zu geben;
- b) eventuell, wenn Kläger diesen Beweis erbracht hat, noch weiter: „Daß seine Gattin die in der Klage behaupteten Pflichtverletzungen, so weit sie erweislich zur Scheidung führen, insgesamt oder deren welche sich habe zu Schulden kommen lassen.“

Hiegegen führte Beklagte weitere Beschwerde, weil nicht beide Beweisätze spezialisiert und das Unerhebliche in den Vorwürfen ihres Mannes so gleich darauf abgeschnitten worden. Diese Beschwerde wurde vom obersten Gerichtshofe für unerheblich erachtet. In den Motiven kommt darüber vor: „Die O. R. Kap. IX, §. 14 hat die Vorschrift gegeben:

- „Was bei jeder Sache insonderheit zu beweisen sei, das läßt sich wegen allzugroßer Menge der unterschiedlichen Fälle allhier nicht beschreiben, sondern muß sich aus der Beschaffenheit der Sache selbst und den hierbei vorkommenden Umständen ergeben. Zuvörderst aber ist nöthig, daß die Parteien und Advokaten..... ihren Beweis nach Beschaffenheit der Klage und Exception sammt allen dazu erforderlichen Requisitionen gebührend einrichten“.

Hiernach ist als oberster Grundsatz für die Formulierung eines Beweisathemas das freie Er-

messen des Richters bezüglich desjenigen auf-
 gestellt, was zu seiner Ueberzeugung, um den
 Streit gründlich entscheiden zu können, noch er-
 forderlich scheint. Ist nun das Recht selbst bereits
 bekannt, und sind die in den Schriftsätzen der Theile
 als Grundlage ihrer Klagen und Einreden ange-
 führten Thatfachen einfach und in ihrer Einzelheit
 genau bezeichnet, so bildet es die bei weitem vor-
 herrschende Regel, daß das Faktum unter das
 Gesetz subsumirt, einer jeden der Parteien nur
 jene noch ungewissen Vorgänge zum Beweise aus-
 gesetzt werden, wovon ihr Obstieg mit dem gestellten
 Begehren abhängt, und daß auf solche Weise der
 Fall in hypothesi präjudizirt, die Erhebung der
 hierzu erforderlichen Wahrheit gewisser Voraus-
 setzungen dagegen auf ein weiteres Verfahren ver-
 wiesen werde. — Ist dagegen die Rechtsregel
 selbst, wonach das Faktum zu beurtheilen kommt,
 noch nicht genau ermittelt, sondern vorerst noch
 Gegenstand einer Beweisauflage, wie solches die
 OÖ. Kap. IX, §. 3, Nr. 2 ausdrücklich verordnet
 hat, — oder ist jene Rechtsregel ein so allgemei-
 ner Begriff, daß das Begehren der Theile auf die
 verschiedenartigste Weise darin begriffen sein kann,
 so wird es ausnahmsweise unvermeidlich, und ist
 daher auch vollkommen zulässig, den Parteien nur
 die im Allgemeinen als erheblich befunde-
 nen Umstände ihres Vorbringens zur zuges-
 lassenen Erprobung zu bezeichnen, im Uebrigen
 aber das wahre Urtheil, in wie weit die Erheis-
 chungen der Rechtsätze durch die erwiesenen Fakta
 erschöpft seien, und zu welchen Konsequenzen diese
 Vergleichung hinführt, dem Endurtheile vorzubeh-
 halten. Den am häufigsten vorkommenden Beleg
 für die Statthaftigkeit dieser Ausnahme bilden die
 dinglichen Klagen, für die es nach Vorschrift der
 OÖ. Kap. 4, §. 7, Nr. 3 et in notis mehr nicht
 als der Anführung des nächsten und allgemeinen

Klagegrundes bedarf, welcher sodann, sei es Eigenthum, Dienstbarkeit oder ein ähnlicher zum Beweise auferlegt, die Entwicklung aller statthaf- ten Erwerbsarten durch Kauf, Tausch, vertrag- smäßige Bestellung oder Verjährung der Servitut, sammt allen sich daran anknüpfenden Rechtsfragen hingegen in das Beweisverfahren übertragen und hier unbedenklich für zulässig gehalten wird. — Ein Ausnahmefall dieser Art ist nun auch in der vorliegenden Sache gegeben, und durch ihre eigen- thümliche Lage vollkommen gerechtfertigt. Als unhaltbar zeigt sich das Verlangen, durch Aushe- bung der allein entscheidenden Umstände aus dem ar- tifulirten Beschwerden-Verzeichnisse der Klage zu prä- judiziren. Die Erheblichkeit der Klagsbehauptungen im Allgemeinen muß zwar geprüft werden und ist auch im erforderlichen Maaße vorhanden. Die Worte des Mosaischen Gesetzes „pro aliqua foeditate (nach der Vulgata)“ tragen eine leicht erfäßliche und jedermann einleuchtende Bedeutung an sich, und übersetzen sich dahin: „wegen irgend eines gehäßi- gen und pflichtvergessenen Benehmens gegen den Mann“. Alle in der Klage aufgestellten Behaup- tungen sind nun so beschaffen, daß sie sich unter jene Vorschrift mehr oder minder nah subsumiren lassen. Wenn schon ein einziger Ausbruch der Bö- swilligkeit — foeditas — dem Manne die Befug- niß beilegen soll, das Eheband zu lösen, so wird diese Wirkung der fortgesetzten Reihenfolge von Handlungen, die in jenem Punkte zusammentreffen, wohl kaum versagt werden können. Welche Fakta aber aus jenem artifulirten Libelle für sich allein oder mit den übrigen zusammengenommen jene Wir- kung zu thun geeignet sind, und welches verhält- nißmäßige Gewicht jeder einzelnen jener Beschuldi- gungen zukomme, um mit einigen oder allen übrigen vereinigt, auf jenen Zweck hinzuwirken, was hievon zusammentreffend einen vollständigen und was nur

einen mangelhaften Beweis bilde, welcher Einfluß etwa einem kleinen Nebenumstande, der für sich gleichgültig wäre, auf das ganze Gemälde beizulegen sei, welches Kläger von seinen häuslichen Erlebnissen aufgestellt hat, — alle diese Punkte gleich von vorneherein zu entscheiden, ist eine nach menschlichem Erkenntnißvermögen rein unmögliche Sache, und kann daher als Aufgabe weder in den Absichten der Gesetze noch in den Forderungen des Gerichtsgebrauchs liegen. Es blieb daher nichts Anderes übrig, als die sämtlichen Ausführungen der Klagschrift im Allgemeinen als erheblich zum Beweise zuzulassen, mit dem sich von selbst verstehenden Vorbehalte, aus ihrem Beweise oder ihrer Widerlegung seiner Zeit solche Folgerungen zu ziehen, welche den Umständen, dem Eindrucke des ganzen Benehmens der Beklagten gegen ihren Gatten, so wie den gutachtlichen Bemerkungen jüdischer Rechtsgelehrter, deren Erhebung nach *GD. XII*, §. 3, Nr. 5 dem Richteramte noch immer unbenommen bleibt, angemessen erscheinen.“

DUC. vom 22. Febr. 1848, Nr. 1373⁴⁰/4r.

G.

Nachträgliche nähere Beugen-Bezeichnung.

In der Beweisantretung kam unter den benannten Zeugen ein Wiener Handelshaus, mit der Firma aufgeführt, vor. Erst später, nach Ablauf des Beweistermins wurden die abzuhörenden Handelstheilhaber mit Namen bezeichnet. Der Gegner trug auf Verwerfung dieser Zeugen an, jedoch ohne Erfolg. „Eine Substitution von Zeugen nach Ablauf des Beweistermins ist gar nicht vor sich gegangen, sondern nur eine nähere Bezeichnung der Personen von Zeugen, welche anfangs nur unbestimmt als Beweismittel waren benannt worden..... Wenn die Beklagten nur die Namen der Firma überhaupt in ihr Direktorium aufnah-

men, und nicht vorher auf dem auswärtigen Plage genaue Erkundigung darüber einzogen, daß die früheren (der Firma entsprechenden) Chefs bereits verstorben waren, so läßt sich ihnen dieses nicht als ein Unfleiß anrechnen, der mit dem Verluste jener Beweismittel bestraft werden müßte, sondern ihrer unbestimmten und mehrdeutigen Zeugenbenennung ließ sich unbedenklich auch später noch jene Präzision geben, wonach dieselbe ihrer wahren und gleich anfänglichen Absicht am besten entsprach."

DAOE. vom 19. Juni 1848, Nr. 1666^{40/47}.

7.

Beschwörung des Handelsbuchs. Mehrere Handlungsgesellschafter.

Von mehreren Gesellschaftern, welche zur Zeit des fraglichen Eintrags das Handelshaus gebildet hatten, war zur Zeit, als die Beschwörung des Handelsbuchs in Frage kam, nur noch Einer am Leben, ihm standen jetzt andere Personen als Streitgenossen zur Seite. Der Bucheid wurde jenem einzigen Theilhaber aus der frühern Zeit aufgelegt. „Der Bucheid soll als eine Art. des Erfüllungseides immer, so weit möglich, ein Wahrheitseid sein, welchen also nur R. v. W. allein zu schwören im Stande und es auch für seine Streitgenossen zu thun ermächtigt ist, weil alle ihre Rechte von der vormaligen Wechselhandlung W. u. F. herrühren, und die Frage, ob die Bücher dieser Firma der Wahrheit getreu geführt wurden, eine untheilbare und den ganzen Rechtsstreit solidariisch beherrschende ist."

DAOE. vom 19. Juni 1848, Nr. 1666^{40/47}.

8.

Beweismittel in Handelsprozessen.

In den Motiven eines DAOE. vom 19. Juni Nr. 1666^{40/47} kommt hierüber vor: „Für die Beur-

theilung ihrer Beweisraft ist es unerläßlich, auf die im Handel eingeführten Gewohnheiten und in allgemeiner Uebung bestehenden Mittel des Verkehrs die geeignete Rücksicht zu nehmen. Denn der ganze Merkantilbetrieb ist von der Natur der *negotia bonae fidei* erfüllt, und zwei Kaufleute, die miteinander Geschäfte machen, verpflichten sich dadurch von selbst, auch abgesehen von der Vorschrift positiver Geseze, zur Schlichtung der unter ihnen entstehenden Differenzen den im Handel üblichen Konstatierungsmitteln gegenseitig dasjenige Vertrauen einzuräumen, ohne welches dergleichen Unternehmen nie einen gesicherten Fortgang nehmen könnten. Eine fortlaufende Korrespondenz zwischen zwei Handelsfreunden über ein unter ihnen gemachtes Geschäft, die gedruckten Kurzbettel eines Sensesals aus einer Zeit, wo das einstige Interesse am Stande der Kurse noch gar nicht bekannt oder vorhersehbar war, — die schriftlichen und eidlichen Zeugnisse von Sensesalen, aus ihren Büchern gezogen, über den Preis von Effekten, müssen von diesem Gesichtspunkte aus für gleich verläßliche Mittel gelten, die richterliche Ueberzeugung zu befestigen. Einwendungen gegen die Person der Sensesale, weil von dem Produzenten schon gebraucht und regreßpflichtig, sind eben so unhaltbar, als die der fehlenden eigenen Wissenschaft, wo ein solches Zeugniß von einem Geschäftsnachfolger aus den ihm vor Augen liegenden Büchern seines Vorgängers ausgezogen ist. Die Augsburger Wechselordnung, indem sie Kap. XII, §. 2 die Sensesale verpflichtete, auf jedesmaliges Verlangen dem requirirenden Theile Atteste zu erteilen, hat dadurch von selbst die Absicht geoffenbart, diesen Attesten auch den nach Zeit und Umständen zu bemessenden Glauben beigelegt zu sehen. Für den Effektenhandel giebt es kein besseres und allgemein verbreitetes Mittel, ihren Marktpreis zu erproben, als

die Kundsblätter. Es ist klar, daß, wenn man in Zulassung und Prüfung der Beweismittel jenen strengen Formalismus handhaben wollte, worauf die Einwendungen der Kläger beruhen, der Beweis eines Handelsgeschäftes unmöglich, und also jede Rechtspflege in diesem Zweige stille gestellt würde."

D.

Eidesdelation über ein Herkommen.

Das Herkommen ist keine eigentliche Thatsache, sondern ein wahrer Rechtsbegriff, der sich erst aus Thatsachen ergibt. Es wird nämlich hierunter eine rechtsverbindliche Norm verstanden, die aus einer Mehrheit von Handlungen entstanden ist, welche in der Meinung rechtlicher Nothwendigkeit vorgenommen wurden. Dieß Herkommen ist also kein an sich erkennbarer Umstand, sondern das aus solchen Handlungen juridisch zu konstruierende Resultat.

Um zu diesem Resultate zu gelangen, genügt es nicht bloß, jene Thatsachen genau zu kennen, sondern es gehört hiezu auch eine juridische Prüfung bezüglich der Beschaffenheit derselben, und der ihnen zu Grunde liegenden Motive, sofort eine Subsumtion derselben unter die bezüglich der Erfordernisse eines Herkommens bestehenden gesetzlichen Vorschriften.

Da nun der Eid bloß eine eigentliche Thatsache, nicht aber einen Rechtsbegriff zum Gegenstand haben kann: so ist eine Eidesdelation über ein Gewohnheitsrecht oder ein Herkommen im Allgemeinen nicht zulässig, sondern nur über bestimmte Thatsachen, aus denen der Richter beurtheilen soll, ob ein solches Herkommen sich gebildet hat.

DAOE. v. 3. Juli 1847, Nr. 866, 18⁴⁷/₄₅.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 26. Samstag, den 23. Dez. 1848.

Ist der §. 46 der Prozeß-Novelle vom Jahre 1837
auch in Sachen des mündlichen Verhörs anzu-
wenden?

Diese Frage wurde in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. VI, S. 57 bejahend beantwortet; es möchte aber eine verneinende Beantwortung dem Buchstaben und Geiste des Gesetzes entsprechender sein, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Die Novelle vom 17. Nov. 1837 ist ein fragmentarisch-korrektorisches Gesetz, und schon darum zu Ausdehnungen über die Grenzen des Buchstabens weniger geeignet. Die Vorschriften für das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre (Abschnitt I, litt. A. §. 1 — 15) betreffen den ehemaligen summarischen Prozeß, dessen Verfahren in cod. jud. cap. 3, §. 3 — dann cap. 9, §. 5 et cap. 10, §. 3 vorgezeichnet ist. Was an diesem Verfahren durch die citirte Novelle nicht ausdrücklich abgeändert wurde, das muß gemäß §. 115 dieser Novelle nach den frühern Gesetzen beurtheilt werden. In den frühern Gesetzen cod. jud. cap. 10, §. 3, nr. 3 war die Adzitation der Parteien zum Zeugen-Verhöre im summarischen Beweisverfahren ausdrücklich verboten, und

XIII.

da dieses Verbot in den Bestimmungen der erwähnten Novelle, §. 12—15, worin das Beweisverfahren im mündlichen Verhöre geregelt ist, nicht ausdrücklich aufgehoben wurde, so muß selbes noch immer als bestehend erachtet werden.

2) Der §. 46 der Novelle hat auf das summarische Verfahren nicht, sondern nur auf das gewöhnliche Verfahren Bezug. Hätte der Gesetzgeber die Adzitation der Parteien zum Zeugenverhöre auch im mündlichen Verhöre anordnen wollen, so wäre es zweckmäßig gewesen, diese Anordnung da zu treffen, wo die Bestimmungen des Beweisverfahrens im mündlichen Verhöre normirt wurden, und er hätte sich dann beim gewöhnlichen Verfahren auf die für das mündliche Verfahren bereits gegebenen Vorschriften bloß beziehen dürfen. Allein gerade daraus, daß er von einer Adzitation der Parteien zum Zeugenverhöre im mündlichen Beweisverfahren, welches in der Novelle vor jenem des gewöhnlichen Verfahrens normirt ist, nichts sagte, folgt, daß er im mündlichen Verfahren die für das gewöhnliche Verfahren im §. 46 gegebenen Vorschriften nicht angewendet wissen wollte.

Es widerspricht einer logischen Denk- und Darstellungsweise, eine gesetzliche Bestimmung, die schon in einem frühern Paragraphen (§. 12) hätte ausgesprochen werden können und sollen, hier aber mit Stillschweigen umgangen wurde, aus einem spätern Paragraphen (§. 46) durch eine künstliche Auslegung rückbeziehend abzuleiten. Logischer ist es, anzunehmen, daß der spätere Paragraph auf den frühern keinen Bezug habe, weil eine solche Bezugnahme nicht ausgesprochen wurde, und weil nichts gehindert hätte, die Bestimmungen des §. 46 schon in den §. 12 aufzunehmen.

3) Die in den Bl. f. N. u. a. a. D. aufge-

stellte Behauptung, daß die Gestattung der Gegenwart der Parteien beim Zeugen-Verhöre ein durchgreifendes Prinzip des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 sei, ist nur insoferne richtig, daß dieses Prinzip zwar in der Regel, d. h. beim gewöhnlichen Beweis-Verfahren, aber nicht auch bei der Ausnahme, dem Beweisverfahren im mündlichen Verhöre Anwendung finde, eben weil die Regel nicht zugleich für die Ausnahme gelten kann.

Dem Ausnahmeverfahren des mündlichen Verhörs hat der Gesetzgeber ganz andere Prinzipien, als die Quasi-Öffentlichkeit des Zeugenverhörs zu Grunde gelegt, nämlich das Prinzip der Beschleunigung und das Prinzip der Kostenminderung durch Vereinfachung dieses Verfahrens. Diese letztere beiden Prinzipien durchdringen alle Bestimmungen des ersten Abschnitts Abth. A der Prozeß-Novelle und sind schon in der Ueberschrift „das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre“ ausgeprägt.

Was mit diesem Zwecke nicht vereinbarlich ist, oder demselben hinderlich entgegen tritt, darf bei dem mündlichen Verhöre nicht angewendet werden. Wenn nun die Parteien auch im mündlichen Verfahren zum Zeugenverhöre abgittirt werden müßten, so würde dieses eine Menge Zögerungen herbeiführen, die außerdem vermieden werden. Man nehme an, die zu vernehmenden Zeugen wohnen in andern Gerichts-Bezirken, oder sie erscheinen, wie es häufig geschieht, auf die erste oder zweite Vorladung nicht; — müßten in diesen Fällen immer Abgittations-Dekrete an die Parteien erlassen werden, so wären diese häufig zwei und dreimal zu wiederholen, und die Korrespondenz mit fremden Gerichten ließe es gar nicht zu, daß die im Gesetze bestimmten Erledigungs-Termine eingehalten werden könnten, weil die Expedition und In-

sinuation der Dekrete, wegen anderer Geschäfte, wegen Mangels an Post-Verbindungen u. dgl., auch wider Willen der Gerichte, gewöhnlich nur allzusehr verspätet wird. Durch solche wiederholte Adjikations-Dekrete würden, neben der Prozeß-Zögerung, auch die Prozeß-Kosten bedeutend vermehrt, und oft zu einer Höhe gesteigert werden, die mit dem Streitgegenstande einer mündlichen Verhörsache in keinem Verhältnisse stünde.

Es sind auch

4) die Gegenstände, welche gesetzlich zum mündlichen Verhöre gebracht werden müssen, in der Regel bloße Bagatellsachen, in Ansehung deren es nicht im Interesse der Rechtspflege liegen kann, solche Weit-schichtigkeiten zu gestatten, wie sie mit der Adjikation der Parteien zum Zeugen-Verhöre verbunden sind. Wenn die Parteien adjitirt werden, so müssen sie auch das Recht haben, nicht bloß dem Zeugen-Verhöre beizuwohnen, sondern auch Fragestücke zu stellen, und zwar nicht bloß mündliche, sondern auch schriftliche; denn ersteres gestattet der §. 46 ausdrücklich, und wenn in Ansehung dieses Paragraphen eine Rückbeziehung vom gewöhnlichen Beweisverfahren auf jenes im mündlichen Verhöre zulässig wäre, so müßte eine solche Rückbeziehung wohl auch in Ansehung des §. 45 zulässig sein. Die Stellung von Fragestücken hat aber die Niederschreibung derselben und der darauf gegebenen Antworten zur Folge. Daß jedoch hiedurch die Verhandlungen in die Länge gezogen, die Verhörs-Protokolle umfangreich, die Richter ermüdet, und ihre Kräfte und Thätigkeit wichtigeren Sachen entzogen werden, fällt von selbst in die Begriffe, und Jeder weiß dieses, der in der Praxis mit solchen Zeugen-Bernehmungen zu thun hat.

Allerdings finden diese Mißstände auch beim Zeugen-Verhöre im gewöhnlichen Verfahren statt;

aber hier ist die Adzitation der Parteien ausdrücklich geboten; hier handelt es sich in der Regel um Gegenstände von größerer Wichtigkeit, und diese Gegenstände kommen nicht so häufig vor, wie Bagatellsachen. Zwar ist es auch gestattet, daß die Parteien selbst auch Sachen von größerer Wichtigkeit zum mündlichen Verhöre bringen können; aber wenn sie dieses freiwillig thun, so verzichten sie dadurch selbst auf die zur Erhöhung des Rechtsschutzes für wichtige Sachen gestattete Oeffentlichkeit des Zeugen-Verhörs, und erklären ipso facto, daß sie gegen die Ordnungsmäßigkeit der Rechtspflege von Seite des Gerichts, und gegen die Gewissenhaftigkeit der Zeugen kein Mißtrauen haben.

5) Für die Adzitation der Parteien zum Zeugen-Verhöre im mündlichen Verfahren hat man sich auch auf die Autorität des k. Landtags-Kommissärs v. Stürzer berufen, der bei der Verathung des Prozeß-Gesetzes vom 17. Nov. 1837 sagte, die Anwendbarkeit des §. 46 auf die Fälle des beschleunigten Verfahrens dürste kaum zu bezweifeln sein. Allein eben daraus, daß er sich hierüber nicht kategorisch, sondern durch das Wörtchen „kaum“, in zweifelhafter Weise aussprach, geht hervor, daß er selbst eine andere Ansicht für zulässig hielt.

Endlich

6) hat Dr. Moriz in seinem Real-Kommentar S. 466 in den Noten ein Justiz-Ministerial-Reskript d. d. 9. Juni 1839 allegirt, worin die Ansicht der Anwendbarkeit des §. 46 auf das Beweis-Verfahren im mündlichen Verhöre adoptirt worden sein soll. Es ist jedoch dieses Reskript einerseits nicht zur allgemeinen Publizität gelangt; wenigstens ist es an die Landgerichte nicht ausgeschrieben worden, und anderseits ist das Justiz-Ministerium nicht kompetent, ein zweifelhaftes

Gesetz für sich allein authentisch zu interpretiren, sondern jenem Reskripte kann nur der Werth einer doktrinenen Auslegung zugestanden werden; an eine solche Auslegung ist aber kein Gericht gebunden, sondern es muß jedem Richter vermöge seiner unantastbaren Selbstständigkeit gestattet sein, das fragliche Gesetz nach seinen eignen Ansichten anzuwenden.

Wenn man übrigens aus den hier dargestellten Gründen die Anwendbarkeit des §. 46 auf das Beweisverfahren im mündlichen Verhöre bestritten hat, so ist man dabei keinesweg gemeint, der Heimlichthuerei im Gerichts-Verfahren das Wort zu reden. Im Gegentheile! Der Verfasser ist mit Leib und Seele dafür, daß in einem künftigen Prozeßgesetze die volle Oeffentlichkeit festgestellt werde, und man will gerne zugeben, daß auch jetzt schon, wenn die Parteien ausdrücklich verlangen, in einer Prozeßsache des mündlichen Verhörs, die nicht bloße Bagatellsache ist, dem Zeugenverhöre beizuwohnen zu dürfen, ihnen dieses nicht verweigert werden solle und könne, weil der Richter die Anträge der Parteien zu berücksichtigen, und denselben, falls sie nicht offenbar etwas Geseßwidriges enthalten, zu entsprechen hat; nur soviel wollte man darthun, daß der Richter nicht von Amts wegen und vermöge des Gesetzes verbunden sei, die Parteien auch in Gegenständen des mündlichen Verhörs zum Zeugen-Verhöre vorzulassen, wie es ihm durch den §. 46 in Gegenständen des gewöhnlichen Verfahrens geboten ist.

M. P.

Mittheilungen aus der Praxis.

(Nr. 1 bis 6 von Hrn. DADR. Dr. Laud.)

I.

Rescission wegen Verletzung über die Hälfte bei Verkauf eines Gutes unter Vorbehalt einer lebenslänglichen Ausnahme.

Einer Klage auf Rescission wegen Verletzung über die Hälfte war entgegnet worden, daß der fragliche Vertrag wegen der vorbehaltenen Ausnahme des Vaters und des Wohnungsdrehtes der Tochter ein gewagtes Geschäft gewesen sei und daher eine Klage auf Auflösung desselben wegen enormer Läsion nicht stattfinde.

Das Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern hat diesen Einwand durch Erkenntniß vom 4. Juli 1848, Nr. 1379, 18⁴⁵/₄₀ verworfen aus nachstehenden Motiven:

Allerdings findet bei solchen Verträgen, deren Gegenstand seiner Existenz oder doch seiner Quantität und Quantität nach so unbestimmt ist, daß daraus nicht entnommen werden kann, wie derselbe sich zur vertragmäßigen Gegenleistung verhalte, bei welchen also jeder von den beiden Kontrahenten die Möglichkeit eines unverhältnißmäßigen Gewinnes oder Verlustes wohl voraussehen, dessen Betrag aber seiner Zufälligkeit wegen nicht vorher berechnen konnte, daß Rechtsmittel der Rescission wegen Verletzung über die Hälfte nicht statt. Dieses leidet aber keine Anwendung auf solche Verträge, bei welchen Gegenstand und Leistung (Sache und Preis) an sich bestimmt sind und nur bezüglich der auf den einen Kontrahenten übergehenden Verbindlichkeiten eine Ungewißheit in der Art besteht, daß die Dauer derselben von dem an sich gewissen Eintritt eines Ereignisses abhängig gemacht ist, dessen Zeitpunkt nur nicht mit Bestimmtheit vorhergesehen werden kann.

Eine solche Nebenabrede über eine nur der

Zeitdauer nach unbestimmte Leistung macht den Vertrag über eine an sich gewisse Sache nicht zu einem Hoffungskaufe (*emptio spei*) oder zum Kaufe einer gehofften Sache (*emptio rei speratae*), zumal wenn die Dauer der nebenverabredeten Verbindlichkeit nach der für den frühern oder spätern Eintritt des dieselbe aufhebenden Ereignisses bestehenden Wahrscheinlichkeit oder Vermuthung berechnet werden kann.

L. 23 D. fam. erc. (10, 2).

Dieses ist namentlich der Fall bei dem Verkaufe eines Bauernguts, unter dem Vorbehalt einer Ausnahme für den Verkäufer oder dessen Familienangehörige auf deren Lebensdauer (*Leibzucht*).

Das Gesetz hat selbst für die Berechnung der wahrscheinlichen Dauer der Alimentationslast bestimmte Grundsätze aufgestellt.

L. 68 D. ad leg. falc. (35, 2).

Die Ungewißheit derselben bei einem solchen Vertrage kann demnach an und für sich den Kontrahenten das Recht, auf Rescission desselben anzutragen, weil in dem Verhältnisse des Werths der Sache zum bedungenen Preise eine Verletzung über die Hälfte vorliege, nicht entziehen; nur muß dieses Mißverhältniß nicht selbst in der nachher wider Vermuthen eingetretenen längern oder kürzern Dauer jener Verbindlichkeit seinen Grund haben.

Lauterbach Coll. Lib. 18, tit. 5, §. 16 et 36.

Leyser Spec. 205, Med. 4.

2.

Excepillo non adimpleti und non rite adimpleti contractus.

Die zweite Instanz hatte dem Kläger den Beweis auferlegt, „daß er dem Beklagten das an

ihn verkaufte Bauernholz vertragsmäßig d. i. als freies Eigenthum extradirt und ausgezeigt habe.“ Auf Beschwerde des Klägers hat das k. O. diese Beweisauflage durch Erkenntniß vom 7. Dez. 1844, RNr. 1501, 18^{1/2} gestrichen.

In den Motiven heißt es:

1) Es genügt bei zweiseitigen Verträgen, wenn derjenige, der die Gegenleistung in Anspruch nimmt, sich zur wirklichen Erfüllung seiner Seite bereit erklärt,

L. 13, §. 8 D. de act. emti vend. (19, 1). was sowohl in der Klage als in den spätern Schriftsätzen von dem Kläger geschehen ist.

2) In der Klage ist bestimmt behauptet, A. habe dem B. das fragliche Grundstück sofort extradirt und letzterer dafür bereits 800 fl. bezahlt. In der Bernehmungslassung wird dieses nicht speziell widersprochen, sondern nur allgemein bemerkt, die Erfüllung sei noch nicht geschehen, das Kaufobjekt noch nicht förmlich tradirt worden und der Beklagte könne wegen Mangels gehöriger Einweisung noch nicht einmal den Umfang und die Gränze des Objekts.

Hiernach ist mit Rücksicht auf §. 19 des Gesetzes vom 17. Nov. 1837 nicht sowohl die Erfüllung an sich in Abrede gestellt, als vielmehr

3) nur die exceptio non rite adimpleti contractus entgegengesetzt, welche bei der für zugestanden zu erachtenden Annahme des Objekts und theilweisen Zahlung des Kaufschillinges von Seite des Beklagten jedenfalls von ihm zu beweisen wäre. Zu diesem Beweise kann es aber um deswillen nicht kommen, weil die gedachte Einrede nicht unter Anführung der erforderlichen Umstände vorgetragen ist. (O. Kap. VI, §. 8, Kap. IV, §. 7, Nr. 2). Es mangelt nämlich jede Angabe darüber, welche Förmlichkeiten bei der Tradition

unterlassen worden, und welche Mängel bei der Einweisung mit untergelaufen sind.

4) Erst in der Appellationschrift werden in gedachter Beziehung nähere Umstände, insbesondere über Ablösung des Handlohnß und Ausscheidung einer Waldparzelle vorgebracht; allein nach *GD. Kap. XV, §. 5, Nr. 8* können diese erst in *appellatorio* vorgebrachten Umstände den bereits in *I. Instanz* festgestellten und festzustellenden *status causae et controversiae* nicht alteriren und nicht weiter berücksichtigt werden.

3.

Lex Anastasiana. Beweisnorm; Anwendbarkeit bei zweifelhaften Forderungen.

In der der Klage beigelegten, von dem Beklagten anerkannten Cessionß-Urkunde bekannten die Cedenten „hierwegen durch baaren Empfang der bedungenen Valuta vollkommen entschädigt worden zu sein“.

Der Cessionar klagte die ganze Forderung ein.

Die *I. Instanz* erkannte auf Beweis und zwar für den Kläger

a) dahin, daß er die Forderung von dem Cedenten um die Summe von 300 fl. oder wie viel weniger erkauft habe,

b) eventuell dahin, daß diese Forderung zur Zeit des geschehenen Kaufes unsicher oder ungewiß war. Die *II. Instanz* entband den Beklagten von der Klage in der angebrachten Art; daß *DUG.* des Königreichs Bayern legte in seinem Erkenntnisse v. 4. Okt. 1844, *Nr. 1332, 18¹⁰/41* dem Kläger den Beweis dahin auf:

daß die nach dem Cessionßvertrage v. 8. Febr. 1839 berichtigte bedungene Valuta dem Betrage der eingeklagten Forderung sammt Zinsen gleichgekommen sei, oder um wie viel sie weniger betragen habe.

Dabei wurde von folgenden Erwägungen ausgegangen.

1) In den Motiven zu dem oberappellationsgerichtlichen Plenarbeschluss vom 20. April 1843 ¹⁾ ist bemerkt, daß, wenn der Kläger den Betrag, welchen er für die Forderung gezahlt haben will, wie dieß hier der Fall ist, mit Stillschweigen übergeht, angenommen werden müsse, er habe die Behauptung aufgestellt, den ganzen Betrag für die cedirte Forderung bezahlt zu haben, weil nur unter dieser Voraussetzung seine Klage im ganzen Umfange gegründet wäre. Demnach kann daraus, daß die Klagschrift diesen Punkt mit Stillschweigen überging, kein Grund abgeleitet werden, um, wie die Vorinstanz gethan hat, den Beklagten von der Klage in der angebrachten Art zu entbinden, sondern es kann die unter Berufung auf das Anastasische Gesetz von dem Beklagten geschehene Bestreitung des Klageredits auf den ganzen Betrag nur die Folge haben, daß dem Kläger hinsichtlich des Betrages der Beweis aufzulegen ist.

Hiebei ist

2) nicht zu übersehen, daß der anerkannte Cessionsvertrag wohl die Berichtigung der bezugenen Baluta, nicht aber deren Betrag erssehen läßt.

3) Auch bei unsicheren und ungewissen Forderungen ist das Anastasische Gesetz nicht ausgeschlossen;

Glück Kommentar Bd. XVI, S. 466; jedenfalls würde eine solche Unsicherheit erfordern, die in den besonderen faktischen Umständen des Schuldverhältnisses selbst begründet wäre,

Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I, S. 42, von welcher Art keine vorliegen.

¹⁾ Sammlung von Moritz Nr. XVIII, S. 113.

Beweislast bei der *actio negatoria* nach bayerischem Rechte.

In Uebereinstimmung mit den im Kommentar zur Gerichtsordnung Bd. III, S. 47 und in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. X, S. 15 entwickelten Grundsätzen hat der oberste Gerichtshof angenommen, daß weder der Text des bayerischen Landrechts Th. II, Kap. VII, §. 11, Nr. 2, noch die Anmerkungen zu der Annahme berechtigen, als sei nur die liquide Behauptung des 10jährigen Besitzstandes für die Negatorienklage von Erfolg, daß vielmehr jene Behauptung an sich für die Beweislast relevant sei, und daß es eine Anomalie wäre, wenn diese Erheblichkeit durch den bloßen Widerspruch des Gegners aufgehoben werden könnte. Dabei wurde bemerkt, daß sich dagegen auch nicht auf die Bestimmungen der O. D. Kap. III, §. 4, Nr. 2 berufen werden könne, wonach das *possessorium plenarium* bei Grunddienstbarkeiten ausgeschlossen sein soll, weil es sich hier nicht von einem *possessorium plenarium*, sondern lediglich um einen Präjudizialpunkt hinsichtlich der Beweislast handelt.

Abweichend von den in den angeführten Werken aufgestellten Grundsätzen wurde aber hiebei nach der den ganzen bayerischen Prozeß beherrschenden Eventualmaxime mit dem Beweis über diesen Präjudizialpunkt alsbald auch für die möglichen Fälle des Gelingens oder Mißlingens des Präjudizialbeweises, wonach die Kläger oder die Beklagten die Beweislast in der Hauptsache treffen konnte, das Beweisinterlokt in der Hauptsache verbunden.

Erf. des O. O. v. 6. April 1830, (Nr. 876^{21/22}),
v. 9. Mai 1840, (Nr. 259^{38/39}), v. 26. Mai
1848, (Nr. 508^{40/41}), vom 23. Juni 1848,
(Nr. 162^{40/41}).

5.

Der Lehre von der Kompetenz des Konkursgerichts.

Zwischen dem Erwerber einer Gantrealität, und einem auf den Erlös hieraus angewiesenen Gläubiger waren Differenzen entstanden, die durch eine bei dem Konkursgericht gepflogene Uebereinkunft ausgeglichen wurden.

Später trat nun der Erwerber der Realität gegen den Gläubiger bei dessen persönlichem Gerichtsstand auf Annullirung dieser Uebereinkunft auf; der Beklagte setzte die Einrede des unzuständigen Gerichtes entgegen und dieser Einrede wurde durch Erkenntniß des k. O. v. 21. Dez. 1844, Nr. 1638, 18⁴⁴/₄ stattgegeben. Die Motive lauten:

Die von A. gegen B. angestellte Klage bezweckt nichts Anderes, als die Richtigstellung dessen, was A. als Erwerber des F'schen Anwesens noch der F'schen Konkursmasse resp. dem B. als Konkursgläubiger schuldet.

Daraus ergibt sich, daß nur das Konkursgericht das in der Sache anzugehende Forum war, indem die O. Kap. XIX, §. 17, Nr. 3 die Distribution der Gantkaufsschillinge ad iudicium concursus verweist, welches folglich auch die über die Berechnung der Gantkaufsschillinge etwa sich ergebenden Anstände zu schlichten hat.

Hieran können die nach Erlassung des Distributionbescheides gepflogenen besonderen Uebereinkommen zwischen dem Kläger und Beklagten, auf deren Annullirung nunmehr geklagt wird, um so weniger etwas ändern, als eben diese Vereinbarungen auf den Distributionbescheid sich bezogen und denselben zum Vollzug zu bringen bezweckten.

6.

Kompetenz der Schiedsgerichte.

Der actio communi dividundo von 7 Mitgliefern eines auf Beiträge und Reziprozität ges.

gründeten Unterstützungs-Verein, mittelst welcher dieselben unter Zurückforderung ihrer Beiträge und Zuschüsse pro rata des Gesellschaftsvermögens wegen angeblich widerrechtlicher Abänderungen der Statuten auszutreten beabsichtigten, setzte der Verein die gerichtsab lehrende Einrede unter Hinweisung auf ein für alle Differenzen der Mitglieder mit dem Verein in den angesprochenen Statuten errichtetes inappellables Schiedsgericht entgegen. Der oberste Gerichtshof des Königreichs Bayern hat diese Einrede durch Erkenntniß vom 28. Jan. 1848, Nr. 1507, 18⁴⁰/47 verworfen, und zwar aus folgenden Motiven:

Jedes Kompromiß setzt vor allem einen rechtsbeständigen Vertrag zwischen denjenigen voraus, welche sich ihm freiwillig unterwerfen; entsteht aber die Frage über den Rechtsbestand des Kompromißvertrages selbst, so kann hierüber schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht das Schiedsgericht, sondern es muß der ordentliche Richter entscheiden, der seine Gerichtsbarkeit aus den organischen Gesetzen ableitet und überall im Zweifel die Vermuthung für sich hat. Ganz derselbe Fall tritt denn auch ein, wenn der Kompromißvertrag nur in die Satzungen einer Gesellschaft eingeflochten ist.

Es wäre an sich unnatürlich und eine sich im Kreise bewegende Verkettung von Einrichtungen, wenn ein Schiedsgericht durch Vertrag oder vertragmäßigen Willensakt geschaffen und ihm zugleich die Wirkung beigelegt werden sollte, über die Regelmäßigkeit und verbindliche Kraft der Erlassse, denen es seine eigene Schöpfung verdankt, selbst wieder zu urtheilen.

Jede Bestellung eines Schiedsgerichtes ist überdies als eine Art des Vergleiches einschränkend zu erklären; auch verordnet schon das römische Recht (L. 51 D. de receptis (4, 8)), daß der Schiedsrichter bei der Sache immer unbetheiligt sein müsse.

Diese Eigenschaft kann aber von vornherein nicht wohl einem Schiedsgerichte beigelegt werden, welches den Bestand derjenigen Akte prüfen soll, durch die es selbst zuerst ins Leben gerufen wurde.

7.

Bindverbindlichkeit des Fiskus aus widerrechtlichen Handlungen.

Im Plenarbeschlusse vom 5. Juni 1844 hat der oberste Gerichtshof ausgesprochen:

„Nach gemeinem Civilrechte ist der landesherrliche Fiskus aus seinen Verträgen Verzugszinsen zu entrichten verbunden; dieses Privilegium ist jedoch auf andere Obligationenverhältnisse, und auf andere als Verzugszinsen nicht auszu dehnen.“

In einem gegebenen Falle handelte es sich von Verzinsung einer Entschädigungsforderung wegen Entziehung der einem Staatsdiener dekretmäßig zugesicherten freien Wohnung. Von Seite des k. Fiskus wurde das obenerwähnte Privilegium in Bezug genommen, aber ohne Erfolg. „Der Staat hat die dem Hofgärtner N. dekretmäßig zustehende Wohnung demselben überhaupt nicht einzuräumen unterlassen, oder deren Einräumung verzögert, sondern ihm die bereits überlassene Wohnung eigenmächtig wieder entzogen, ohne hiezu nach dem Gesetze berechtigt gewesen zu sein. Die Entziehung eines Gegenstandes, den ein Paziszent dem andern kraft eines gültigen Vertrages zur Benützung einzuräumen resp. bereits eingeräumt hat, wird in den Gesetzen ausdrücklich als eine widerrechtliche Handlung bezeichnet.

Fr. 33 loc. conduct. (19, 2).

Solche widerrechtliche Handlungen verbinden aber denjenigen, der solche vornimmt, nicht bloß

zum Erfasse des Entgangenen resp. dessen Werthes, sondern auch zur Leistung des ganzen Interesses.

Fr. 33 cit.; fr. 33 pr. ad leg. Aquil. (9, 2).

Der klagende Theil hat nun dieses Interesse in der Art geltend gemacht, daß er die Zinsen aus der Entschädigungssumme für die ihm entzogene Wohnung verlangt, wozu er auch nach fr. 19 de peric. et commod. (18, 6) berechtigt ist; abgesehen davon, daß der l. Fiskus sich durch die fragliche Entziehung mit dem Schaden der Kläger bereichert, was ihn gleichfalls zur Zinszahlung verpflichtet.

v. Benning-Jungenheim Lehrbuch §. 192;

Glück im Comment. Bd. 21, §. 1130, S. 47."

Da also nicht Verzugszinsen, sondern Zinsen aus einer widerrechtlichen Handlung in Frage waren, so konnte das obengedachte Privilegium des Fiskus, in Gemäßheit des oberappellationsgerichtlichen Plenarbeschlusses, hier nicht zur Anwendung kommen.

DAUE. vom 20. Januar 1845, Nr. 1085^{40/11}.

8.

Schriftenvergleichung.

Die GD. Kap. XI, §. 8, Nr. 3 legt der Schriftvergleichung die dort bezeichnete Wirkung nur unter der Voraussetzung bei, daß nach der Aussage unparteiischer Kenner die diffitirte Urkunde und die von dem Produzenten unwidersprechlich herrührende Handschrift genau übereinkommen. Wenn nun der Augenschein ergibt und die Sachverständigen nicht in Abrede stellen, daß ein solches genaues Uebereinkommen nicht stattfindet, so ist es im Hinblick auf die allegirte Gesetzstelle ganz irrelevant, wenn sie demnach im Resultate die Meinung aussprechen: die beiden mit einander verglichenen Unterschriften rührten von einer und derselben Hand her.

DAUE. vom 20. März 1847, Nr. 2^{45/40}.

