

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

in Verbindung mit

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

herausgegeben

von

Johann Adam Senffert.

XVI. Band.

Erlangen 1851.

Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.

Alphabetisches Register

zum

sechszehnten Bande der Blätter für Rechts- Anwendung.

(Die Seitenzahlen, vor welchen sich ein * befindet, beziehen sich auf die zu diesem Jahrgange erschienenen Ergänzungsblätter.)

	Seite
Ablehnung der Vertheidigung	175
Ablösung, s. Geheften.	
Abwesende, s. Kuratel.	
Abwesenheit: beifällige Restitution	145
Actio doli	185
Actio metus causa	181
Actio rescissoria	146
Abhäsion: deren Zulässigkeit bei den Handelsgerichten in Nürnberg	298
Ueber die Anwendung des §. 65 Abs. 2 des Prozeßgesetzes v. 17. Nov. 1837 bei formell unstatthafter Abhäsion	229
Abjudikationsbescheid: Kompetenz des requirirten Ge- richtes zu dessen Erlassung	268
Advokaten: deren Nichtverbindlichkeit zum Zeugnisse wider vormalige Klienten über den Gegenstand der Klientel	335
Aischach: Gerichtsstand der Mitglieder des Kreis- und Stadt- gerichtes dortselbst	*78
Altenmittheilung: an die Staatsanwälte nach geschehe- ner Aburtheilung	69
Alimente: Vergleich über Alimente, welche ein Staatsdiener seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau zu leisten hat	60
Ueber die Alimentationspflicht des Ehemannes während des Ehebungsprozesses	241
Kompetenz des protest. Ehegerichtes im Betreffe des Ali- mentationspunktes bei interimistischer Separation der Ehe- gatten während des Ehebungsprozesses	164, 157
Alter: der Protokollführer in strafrechtlichen Untersuchungen	10
Anaplastisches Gesetz: findet auf den Kauf einer Erb- schaft keine Anwendung	*48

	Seite
Der Einwand aus diesem Gesetze kann auch bezüglich einer vorausgegangenen Session entgegengesetzt werden . . .	384
Angehung einer strafrechtlichen Untersuchung: Anträge und Beschlüsse hierauf . . .	8
Anheirathung eines Gutes und Verabredung eines Rückfalls nach bayer. Recht . . .	257
Anwaltskosten: Kompetenz zu deren Beitreibung . . .	197
Appellationsgerichte: über deren Kompetenz bei Berufungen gegen die Schätzung zum Zwecke der Handlohnfixirung . . .	*49
Bußfähigkeit der App.-Gerichte in Strafvollzugsachen . . .	67
Von app.-gerichtl. Erkenntnissen auf Zurückweisung einer Strafsache in die öffentliche Sitzung des Kreis- und St.Gerichtes . . .	*41, *57, 385, 401
Ausschlags-Defraudationen: Vollenbung der Defraudation; rechtswidrige Absicht . . .	249
Kontravention aus Versehen . . .	57
Beweis der Defraudation; Haftung für Handlungen der Dienstleute . . .	251
Heimliche Malmühlen . . .	362
Strafe des Abbruchs der Partikularmalmühle . . .	16
Strafe der zweiten Uebertretung . . .	366
Außerordentliche Strafen . . .	239
Gerichtsstand bei Ausschlags-Defraudationen . . .	374
Berufsungsrecht des Anzeigers . . .	252
Beschwerdensumme zur dritten Instanz . . .	202, 203, 204
Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung wesentlicher Formlichkeiten und unrichtiger Gesetz-Anwendung . . .	235, 237, 238
Au porteur - Obligationen, s. Partialobligationen.	
Bayerisches Recht, s. Anheirathung. Clausula Muttergut. Rückfall.	
Beerdigung: deren Form in Strafsachen . . .	54
Beerdigung von Deutsch-Katholiken . . .	416
Behauptungen: in der Beweisantretung: Richterklärung hierauf . . .	*28
Belchlag: Verleitung dazu unter dem Versprechen der Ehe; Beweisführung hierüber . . .	127
Ein anderer Konsument als Zeuge . . .	125
Beitreibung der Anwaltskosten: Kompetenz hierzu . . .	197
der Beerdigungsgebühren . . .	40
Berufung: mit Demonstration verbunden . . .	30
Selbstständige Berufung wegen Bestimmung des Schwörenden . . .	81
Geltendmachung der Nullitätsgründe im Wege der Berufung . . .	14
Berufung zur dritten Instanz gegen einen als Provisorium ergangenen Ausspruch unter Beanstandung dessen Eigenschaft . . .	329
Ueber das Verhältniß der Berufung zum Einspruche gegen	

	Seite
die im Ungehorsamsverfahren erlassenen Urtheile der Kreis- und Stadtrichter	1, 337
Berufungsrecht des Einzelers in Aufschlags-Defraudations-Sachen	252
Appellabilität einfacher Dekrete und Zwischenbescheide bei den nürnberg. Handelsgerichten	289
Prüfung der Vermögensverhältnisse der Vorinstanz	81
Berufungsfrist: wenn das Urtheil über die gegen rechtskräftig erkannte Konkursvertheilung nachgesuchte Restituten ergangen ist	78
Berufungsfrist des Staatsanwaltes	52
Berufungsinstanz: Verfahren in derselben hinsichtlich der Zeugen und Sachverständigen in Strafsachen	53
Berufungssumme: bei eingeklagten Befeldungsgeräten	30
Kommt bei Streitigkeiten über das Recht zur Grundzinsen-Erhebung nicht in Frage	32
Berufungssumme zur dritten Instanz in Aufschlags-Defraudations-Sachen	202, 203, 201
S. auch Revisionssumme.	
Beschlagnahme von Präferenzen: deren Aufhebung	183
Besitz: dessen Nachweis von Seite des Prozeßakten	256
Ueber die juristische Beschaffenheit des Eintrages des Vertheilung in der zweiten Abtheilung des Hyp.-Buches	406
Betrug, s. Dolus.	
Beurlaubte Soldaten, s. Jagdfrevel.	
Beurlaubung der Geschworenen	33
Beweis: aus Muthmaßungen	381
Beweis über Verführung zum Weislafe	127
Beweis des Besitzes von Seite des Prozeßakten	256
Beweis über übliche Größe des Mäckerlohnes	91
Beweis der Aufschlagsdefraudation	251
Beweisantizipation: zieht, wenn sie den Beweislaß verfehlt oder nicht erschöpft, die Beweisfähigkeit des Antizipanten nach sich	161
Beweisantretung: im possessor. summarissimum	203
Nichterklärung auf Behauptungen in der Beweisantretung	28
Beweisinterlokute: sind bei den Handelsgerichten in Nürnberg nicht im Gebrauche	291
Beweislaß: über Nichterfüllung bei Entschädigungsforderungen	319, 352
Wohnentlastungsgesetz: zu Art. 4 vom Neubruchzehnten	62
Zu Art. 5 von Aufhebung der Weite	193
Zu Art. 11 von Schätzungen in Zehentfürungsachen	23
Zu Art. 11, Nr. 4, Abs. 3 Kompetenz der App.-Gerichte bei Beschwerden gegen die Schätzung zum Zwecke der Handlohnsefirung	19
Zu Art. 15 Schätzungen zum Zwecke der Handlohnsefirung	26, 317
Handlohnsefirung durch Privatübereinkommen	28
Wirksamkeit außeramtlicher Fixationsverträge	311
Brandstiftung: vierten Grades	17

	Seite
Buchleid: wem dessen Ableistung nach der bei den Handelsgerichten in Nürnberg bestehenden Praxis obliegt? . . .	293
Cession: Einrede aus dem Anastasischen Gesetze, bezüglich einer früheren Cession	384
Christliche Eidesformel	97, 118
Civilgerichte, s. Kompetenz.	
Clausula „rebus sic stantibus“ ist auch bei einem gerichtlichen Vergleiche anwendbar (bayer. Recht.) . . .	61
Condictio indebiti: wegen Irrthumes des zahlenden Delegates	176
Condictio sine causa: wegen des aus nichtigem Darlehen weggegebenen	169
Die unwirksame Privaturkunde ist zum Beweise des Klagegrundes der Condictio nicht dienlich	*31
Curatel: über das Vermögen Abwesender und von der Verschollenheit nach gem. und salzburgischem Rechte . . .	209, 225
Darlehen: Zurückforderung des aus einem wegen Nichtprotokollierung nichtigen Darlehens zwischen einem Juden und Christen weggegebenen von Seite des Juden, nach gem. und würzb. Recht	169
Darlehen, von den Kunstvorstehern aufgenommen	192
Delegation: Wirkung des Irrthumes des an den Delegatar zahlenden Delegates über sein Verhältniß zum Delegantem . . .	176
Denunziant: in Aufschlagsdefraudationsachen: Berufsrecht desselben	252
Deserviten-Wettreibung: steht dem in der Hauptsache kompetenten Gerichte zu	197
Deutsche Reichsgesetze: deren Gesetzeskraft	112
Deutschkatholiken: Eidesformel	416
Diffamation: angebliche, durch die Einrede, ein Dritter sei zu der eingeklagten Leistung verbunden	302
Dunkeln: Anwendbarkeit des §. 701 Tit. I Th. II des preuß. Landrechtes auf dieselben	191
Dolus: Restitutio in integr. propter dolum	135
Rechtswidrige Absicht bei Aufschlagsdefraudationen	249
Domizil: dessen Veränderung hebt die einmal begründete Kompetenz nicht auf	200
Domizils- und Verlassenschaftsbehörde	266
Das Domizil des Defunkten begründet die Kompetenz der Verlassenschaftsbehörde	372, 373
Ebiststage: als termini ad quem	41
Edition, s. Urkunden.	
Obhegericht, protestantisches: dessen Kompetenz bezüglich des Alimentationspunktes bei interimslicher Separation der Ehegatten während des Scheidungsprozesses	154, 157
Ist das Obhegericht oder der persönliche Richter kompetent, den anderen eigenmächtig sich absondernden Ehegatten zur Rückkehr anzuhalten? (preuß. Recht.)	307
Ehehaften: unterliegen der Ablösung nicht	255

	Seite
Ghemann: über dessen Alimentationspflicht während des Ehelebensprozesses	211
Ghescheidung; Anwendbarkeit des §. 701 Tit. 1 Th. II auf Etribenten und Diurnisten	191
Glarde der Kompensation bei Ghescheidungsclagen (preuß. Recht.)	233
Gib: die christliche Gidesformel	97, 113
Beerdigung von Deutschkatholiken	416
Ueber die Form der Beerdigung in Strassachen	54
Gidesantrag über das Prefarium	287
Gidesleistung in Wahrheits- oder Nichtwissens-Form	56
Gidesleistung von Kuralsgemeinden	92
Tod des jüdischen Delaten vor der Gidesleistung	32
Verweigerung eines anferlegten Gides	31
Nichterscheinen beider Theile im Schwörungstermine	69
Gewissensvertretung bei event. Gideszuschiebung	59
G. auch Bucheid. Erfüllungseid. Manifesta- tionseid.	
Ginkindschaft: der außereheliche Vater ist nach fränk. Recht nicht befugt, das mit einer anderen Frauensperson als seiner künftigen Ghefrau außer der Ehe erzeugte Kind ohne vorhergegangene Legitimation einzukindschaften	46
Glarde: der Kompensation bei Ghescheidungsclagen (pr. Recht.)	233
Begründung der Glarde des Zwanges	*30
Glarde gegen prob. Urkunden; Zeit des Vorbringens	*15
Glarde aus dem Anstaf. Geseze	381
Ginspruch und Berufung im Strafverfahren	*1, 337
Ginstellung der Untersuchung, s. Untersuchung.	
Gintrag des Besizers im Hyp.-Buche: jurist. Weschaffenheit desselben	406
Gmissionsgeschäft	367
Gntlassung aus der Unters.-Gast gegen Kantien	50
Gntschädigungsfordernngen wegen Nichtersfüllung: Bewelslast hiebei	319, 352
Erbschaftskauf: bezüglich desselben findet das Anstf. Ge- sez keine Anwendung	*48
Erfüllungseid: „gute Wissenschaft“ bei demselben	126
Anerkenten zu demselben, vom Gegner nicht beanstandet	61
Bei den nürnberg. Handelsgerrichten wird auf diesen Eid auch von amtswegen erkannt	289
Erfenntnisentwürfe, vorläufige, in Strassachen	36
Erfänterungen des Strafprozeßgesezes v. 10. Nov. 1818	8, 33, 50, 65
Ermissen, richterl.: zur Feststellung einer Mällergebühre	80
Ersehung: deren Anordnung durch den Staatsanwalt am App.-Gerrichte	51
Erfshung: ob hiezv bei einer servitus discontinua die unvorbenkliche Zeit nach salzburg. Partikularrechte erfordert werde?	305

	Seite
Exceptio laudationis	274
Extrajudizialappellation: wegen eines Provisoriums	330
Erzesse: der Gefangenen, Einschränkung dagegen	50
Fiskus: dessen Gerichtsstand bezüglich der den Bau des Ludwigkanals betreffenden Rechtsstreite	167
Haftung des Fiskus für Pflichtverletzungen der Beamten	346
Insverbindlichkeit des Fiskus bei Entschädigungen an Pri- vaten für Unterschlagungen durch Beamte	351
Haftung des Postfiskus	223
Fixation der Grundlasten: Wirklichkeit außeramtlicher Ver- träge hierüber	28, 311
Schätzungen zum Zwecke der Handelsfixierung	26, 317
Kompetenz der App.-Gerichte bei Beschwerden gegen dergl. Schätzungen	*19
Schätzungen in Lehenfixierungssachen	23
Forensen: Projektskosten-Kaution	*32
Formlichkeiten: Prüfung derer der Vorinstanz	81
Fragestellung: nach Art. 5 des Gesetzes v. 29. Aug. 1848, Abänderungen des I. Th. des StGB. betr.	90
An die Geschworenen über Verjährung	*7, 321
Frankisches Recht, s. Darlehen. Einfind- schaft.	
Freigebung: von Mitbetheiligten, als unzulässige Klagen- berung	96
Freiheitsstrafen: über deren Anfangszeit	68, 185
Freisprechungen: in Preß- und anderen polit. Straf- prozessen	187, *81, 336, 400
Fruchtifikation der Acker: im Sinne des Art. 5 des Bo- denentlastungsgesetzes	193
Anfang und Ende der Fruchtifikationszeit, insbesondere beim Klee	196
Fuhrleute: deren Haftung für die Schaffner wegen der zu verladenden Handelsgüter, nach nürnberg. Handelsgebrauch	290
Furt: Restitutio in integr. propter metum	137
Gastwirthe: in Nürnberg, deren Haftung für Frachtgüter	295
Gefangene: Einschränkungen gegen ergebende	50
Deren Entlassung gegen Kaution	50
Gefängniß-Besuche	50
Gefängnißstrafe, s. Strafe.	
Gehaltsabzüge: Vorzugsrecht durch richterl. Einweisung in dieselben	*15
Gegenbeweis: gnadenweiser Bewilligung	334
Gegenbeweismittel: im Restitutionsverfahren	296
Gemeinsachen: uneigentliche	92
Gemeinde-Vermittlungssamt: Unvollständigkeit des Sühneversuches vor demselben	287
Gerichtsstand: bei Aufschlagsbetrübungen	374
U. St. des Fiskus bezüglich der den Bau des Ludwigkanals betreffenden Rechtsstreite	167

	Seite
U. St. des Wohnortes der Gerichtsmitglieder der Rr. und	
St. Gerichte zu Altsach und Wasserburg	78
Unterschiedsstand im Konkurse	338
U. St. der quiesz. Landgerichtsbeamten	141
Verfallener U. Stand des außerehelichen Kindes	371
U. St. der beurlaubten Soldaten bei Jagdfreveln	187
U. St. der Provokationsklage	148
Nach dem ordentlichen U. St. bestimmt sich die Kompetenz	
der Obervormundschaft	369
Vgl. auch Kompetenz.	
Gerichtszeit	58
Geschäftseinkeltung: deren bloße Vermittelung, im	
Gegensatz der Leistung eines wirklichen Unterhändlers	94
Geschäftsführung: durch Zahlung der Schuld eines Anderen	
Geschworne: deren Beurlaubung	377
Geschworne: deren Beurlaubung	33
Befreiung von den Verrichtungen als Geschworne	
Darf den Geschwornen bezüglich der Verjährung eine Frage	
gestellt werden?	178
Fragestellung an dieselben bei Mißhandlung mit erfolgtem Tode	
Streichung aus der Geschwornenliste durch Urtheil des	
Schwurgerichtshofes	7, 321
Geständniß: kann aus der Nichterklärung auf Behauptun-	
gen in der Beweisantretung nicht gefolgert werden	90
Gewissensvertretung: bei eventueller Abwesenheit	
Gleichförmigkeit der Vorerkenntnisse: Einfluß der theil-	
weisen auf die Revisionssumme	180
Gnadenweise Bewilligung: als Gegenbeweis	28
Gnomen	328
Grundlastenfixirung: Wirksamkeit außeramtlicher Ver-	
träge hierüber	304, 320
Grundzinsen: Verursungssumme	28
Gutsanheirathung: nach bayr. Recht	311
Haftentlassung: gegen Kaution	32
Haftung, s. Aufschlagsdefraudationen. Fiskus.	
Fuhrleute. Gastwirthliche Käufer. Postfiskus.	
Handelsbücher: Beweisraft, welche denselben bei dem	
Handelsgerichten in Nürnberg beigelegt wird	257
S. auch Buchreib.	
Handelsgerichte in Nürnberg: deren Rechtsanwendung	
hinsichtlich:	
1) der Appellabilität einfacher Dekrete und Zwischenbe-	
scheide	50
2) der Auflegung des Erfüllungseides von Amtswegen	
3) der Haftung der Fuhrleute für die von ihnen Schaff-	
ern übernommenen Güter	289
4) der Beweisinterlokute	289
5) der Rechtsgeschäfte zwischen Juden und Christen	290
6) der Zulässigkeit der Verursungs-Abhän-	291
7) der Beweisraft der Handelsbücher	291
8) der Bestimmung, durch wen der Buchreib abzuleiten sei	
	293

	Seite
9) der Haftung der Gastwirthe wegen übernommener Expedition von Frachtgütern	295
Handlohn: vom Werthe der Häuser	246
Handlohnfixirung durch Privatübereinkommen	28
Schätzungen zum Zwecke der Handlohnfixirung	26, 317
Kompetenz der Appell.-Gerichte bei Berufungen gegen dergleichen Schätzungen	49
Hypotheken, soldatische: Beitrag zur Erklärung des §. 19 der Prior.-Ordnung	414
Hypothekenbuch: jurist. Beschaffenheit des Eintrages des Besitzers in dasselbe	406
Hypothekforderungen: deren Liquidation im Konkurse	82
Hypothekrechte: die für die Gesamtforderung bestellen kommen den Partialobligation-Besitzern zu Gute, wenn auch die Emission der Partialen im Hypothekenbuche nicht eingetragen wurde	368
Jagdfrevel: bezüglich der von beurlaubten Soldaten begangenen sind die Eivilgerichte kompetent	187
Erörterung für die Kompetenz der Militärbehörde, wenn der Jagdfrevel von einer im Dienste präsenten Militärperson begangen wurde	23
Interimistische Separation der Ehegatten: Wirkung der eherechtl. Erlaubniß hiezu, besonders hinsichtlich der Alimentspflicht des Ehemannes	241
Kompetenz des protest. Ehegerichtes in Ansehung des Alimentationspunktes während der interimist. Separation	154, 157
Inzident- Restitution im Restitutionsverfahren	329
Irthum: des an den Delegatar zahlenden Delegaten über sein Verhältniß zum Delegantem	176
Restitutio in integr. propter errorem	154
Juden: Verträge mit Christen	169, 31
Grundsätze der nürnberg. Handelsgерichte hierüber	291
Tod des jüdischen Delaten vor der Eidesleistung	32
Käufer: Schadloshaltung wegen Nichterfüllung von Seite desselben	319
Gutschädigungspflicht des hinsichtlich der Erfüllung sämigen Käufers bei nachher von den Gläubigern des Verkäufers bewirktem Zwangsverkaufe der vorher unter der Hand verkauften Sache	325
Kaution: wegen Prozeßkosten, wenn ein Forense von einem Ausländer vor einem bayer. Gerichte belangt wird	32
Anlassung aus der Untersuchungs- Haft gegen Kaution	50
Klagänderung: durch Freilassung von Mitbeschlagten	96
Wirkung der Einlassung des Beschlagten auf die geänderte Klagbitte	331
Klaganhäufung, subjektive	73
Klee- Bau: Ende der Fruktifikations- Periode	196
Kollektale Behandlung der Strafsachen bei den Kreis- und Stadtgerichten	34
Insonderheit wegen des Strafvollzuges	65

	Seite
Kompensations-Einrede: bei Ehechelbungsakten (pr. Recht.)	253
Kompetenz: zur Abjudikationsbescheide-Erlassung von Seite des requirirten Gerichtes .	268
Zur Betreibung der Deserviten des Anwaltes .	197
Durch spätere Domizilveränderung wird die einmal begründete Kompetenz nicht aufgehoben .	200
Kompetenz des protest. Ehegerichtes im Alimentationspunkte bei interimist. Separation der Ehegatten während des Scheidungsprozesses .	154, 157
Kompetenz zu Erlassung des Mandatum de revertendo an den sich eigenmächtig absondernden Ehegatten (pr. Recht.)	307
Kompetenz des Konkursgerichtes, als judicium univ.	383
Insonderheit bezüglich der Beisehung, der Massekuratel-Rechnung .	270
Kompetenz in Verlassenschaftsachen .	266, 372, 373
Kompetenz zur Obervormundschafts-Führung .	369
Insonderheit bezüglich unehelicher Kinder .	265
Kompetenz der Appell.-Gerichte bei Berufungen gegen die Schätzung zum Zwecke der Handlohnsschätzung .	*49
Kompetenz der Kr.- und Stadtgerichte bezüglich der Beschlusfassung über strafrechtl. Verantw. Untersuchungen .	263
Zuständigkeit für die Verfügungen, welche die Untersuchungs-Einstellung nach sich zieht .	11
Zuständigkeit zur Beschreibung der Gesuche um Entlassung aus der Haft gegen Kaution .	50
Zuständigkeit der Appell.-Gerichte in Strafvollzugssachen .	67
Inkompetenz des Schwurgerichtshofes zu Erlassung eines Urtheiles auf Streichung aus der Geschwornenliste .	180
Kompetenz der Civilgerichte bezüglich der von einem Soldaten während seiner Dienstzeit begangenen, aber nicht abgeurtheilten Uebertretungen .	189
Zur Anwendung des §. 7. Tit. IX. der B.U. über den Militärstrafgerichtsstand .	*83
Kompetenz der Civilgerichte bei begangenen Jagdsfreveln beurlaubter Soldaten .	187
Welche Behörde ist kompetent, wenn der Jagdsfrevel von einer im Dienste präsenten Militärperson verübt wurde? .	*23
Vgl. auch Gerichtsstand.	
Kompetenzkonflikte: zu Art. 18 — 21 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 .	17
Verfahren bei Kompetenzkonflikten zwischen Untersuchungsgerichten .	49
Oberstrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte nach dem Gesetze v. 28. Mai 1850 .	141, 187, 197, 263, 369
Konkurs: Concursus est judicium universale .	383
Abstichtage, als termini ad quem .	41
Präsenzprotokoll; Nothwendigkeit der Bezugnahme auf den eingelegten Revers .	42
Liquidation v. Hyp.-Forderungen .	82

	Seite
Nicht widersprochene Forderungen	176
Vertretung der einzelnen Besitzer von Partisalobligationen au porteur durch den Emittenten im Konkurse des Schuldners	367
Beschreibung der Massekuratel-Rechnung durch das Konkurs- gericht	270
Vgl. auch Berufungsfrist.	
Konfiskationspflichtige: strafrechtliche Untersuchun- gen gegen dieselben	310
Körperverletzung: mit erfolgtem Tode, desfallige Fra- gestellung bei Schwurgerichten	90
Kosten, s. Prozeßkosten. Strafvollzug.	
Kreis- und Stadtgerichte: kollegiale Behandlung der Strafsachen bei denselben	34
Insonderheit bezüglich des Strafvollzuges	65
Kompetenz der Kr.- und St.Gerichte bezüglich der Beschluß- fassung über strafrechtliche Voruntersuchungen	263
Einpruch und Berufungen gegen Urtheile der Kr.- und Stadtgerichte im Ungehörigkeitsverfahren	*1, 337
Von appellationsgerichtl. Erkenntnissen auf Zurückweisung einer Strafsache in die öffentl. Sitzung des Kr.- und St.Ger- ichtes	*41, *57, 385, 401
Der Gerichtsstand des Wohnortes der Gerichtsmitglieder der Kr.- und St.Gerichte zu Altsach und Wasserburg	*78
Landgemeinden: Gibeleistung	92
Landgerichtsbeamte, qualifizierte: deren Gerichtsstand	141
Lehen- Ablösungsgesetz v. 4. Juni 1848: Beiträge zu dessen Auslegung	*65, 353
Liquidation im Konkurse: Nothwendigkeit der Bezug- nahme auf den eingelegten Rezeß	42
Liquidation der Hyp.- Forderungen	32
Liquidität der nicht widersprochenen Forderungen im Kon- kurse	176
Locatio conductio operarum v. operis	304
Mäklertohn: Beweis über übliche Größe desselben	94
Leistung eines wirklichen Unterhändlers, im Gegensatz bloßer Vermittelung eines Geschäftes	94
Richterliches Ermessen, insbesondere oberrichterliches Amt zur Festsetzung einer Mäklergebühr, wenn die versuchte Nachweisung eines üblichen Betrages misslungen ist	80
Mainzer Recht, s. Muttergut	
Malzausschlagdefraudationen, s. Ausschlagdefrauda- tionen.	
Malzmühlen, heimliche	362
Strafe des Abbruches der Partikularmalzmühlen	16
Mandatum de revertendo: Kompetenz zu dessen Erlassung. (pr. Recht.)	807
Manifestationsleid: außer dem Konkurse	62
Massekuratelanrechnung: deren Beschreibung durch das Konkursgericht	270
Meineid, ist der Bruch eines in der im Strafprozeßgesetz	

v. 10. Nov. 1848 Art. 110 und 157 vorgeschriebenen Form geleisteten Eides als strafbarer Meineid anzusehen?	97, 113
Metus: Restitutio in integr. propter metum	181
Militärstrafgerichtsstand: Erörterung hierüber zur Anwendung des §. 7 Tit. IX der W. U.	*23
Minderjährige, s. Restitution.	
Miszellen	326, 400
Mißhandlung, körperliche: mit erfolgtem Tode; desfallige Fragestellung bei den Schwurgerichten	90
Mitbeklagte: deren Freigebung als unzulässige Klageänderung	96
Nichtbetheiligte als Mitverklagte	206
Muthmaßungen: Beweis aus solchen	381
Mutter- (oder Vater-) Gut: dessen Sicherstellung nach bairner Recht	*81
Rechte des Vaters bezüglich des Muttergutes seiner Kinder nach bayer. Rechte	281
Negotiorum gestio, s. Geschäftsführung	
Neubrozehent: zur Erläuterung der in Art. 4 des Bodenentlastungsgesetzes hierüber enthaltenen Bestimmung	62
Nichtbetheiligte: als Mitverklagte	206
Nichterfüllung: Beweislast hierüber bei Entschädigungsforderungen	319, 352
S. auch Käufer.	
Nichterklärung auf Behauptungen in der Beweisantretung	*28, *96
Nichtigkeit: Fall aufweichen die Bestimmung des Art. 231 Biff. 1 des Strafprozeßgesetzes v. 10. Nov. 1848 keine Anwendung findet	10
Befugnisse des Schwurgerichtshofes zur Beseitigung des im Art. 231 Nr. 16 angeführten Nichtigkeitsgrundes	181
Nichtigkeitsbeschwerde: in Aufschlagsdefraudationsfachen, wegen Verletzung wesentlicher Hörmlichkeiten und unrichtiger Gesetzanwendung	235, 237, 238
Auch bei Nichtigkeitsbeschwerden in Aufschlagsdefraudationsfachen wird das Vorhandensein der gesetzl. Berufungssumme erfordert	202, 203, 204
Nichtigkeitsbeschwerde wegen fehlerhafter Ladung	330
Nichtigkeitsbeschwerde über Erkenntnisse contra rem judicatam	333
Nichtigkeitsgründe: deren Geltendmachung im Wege der Appellation oder Restitution	14
Nichtverhaftete: Schwurgerichtsverfahren bei denselben	11
Notorium: dessen Allegation	48
Nürnberg, s. Handelsgerichte.	
Oberrichterliches Amt: bei Prüfung der Hörmlichkeiten der Vorinstanz	81
Desgl. zu einer nicht beantragten Ränderung des Beweises, wenn der Appellant um bes. Entscheidung zu seinen Gunsten gebeten hat	*29

	Seite
Desgl. zur Festsetzung einer Mäflergebühr, wenn die ver- suchte Nachweisung eines üblichen Betrages misslungen ist	80
Obervormundschaft: deren Kompetenz richtet sich nach dem ordentlichen Gerichtsstande des zu Bevormundenden	369
Obervormundschaftsbehörde unehelicher Kinder	265
Offizialanwalt: Gesuche um dessen Beizehung eignen sich nicht zum obersten Gerichtshofe	203
Partialobligationen au porteur: Vertretung der ein- zelnen Besitzer derselben durch den Emittenten im Konkurse des Schuldners	367
Die für die Gesamtsforderung bestellten Hyp.-Rechte kom- men den Partialobligations-Besitzern zu gute, obwohl sich über die Emittenten der Partialen kein Eintrag im Hyp.- Buche findet	368
Partikularmalzmühle: Strafe des Abbruchs derselben	16
Patrimonialrichter II. Klasse: vom Staate übernommen	*63
Politische Strafprozesse: Freisprechungen in sol- chen	137, *81, 336, 400
Polizeiliche Einschreitung: kann wegen einer Handlung bezüglich welcher nach Art. 49 §. 5 des St.Pr.Ges. v. 10. Nov. 1848 die Einstellung des Verfahrens beschlossen wurde, wider denselben Beschuldigten noch stattfinden	177
Possessorium summarissimum: wegen einer Servitut	206
Bewelsantrittung im possessor. summar.	208
Postfiskus: dessen Haftung	223
Postsendungen: Verpätung	223
Präsenzprotokoll: im Konkurse	42
Präsidium außerordentl. Schwurgerichtssitzungen	33
Prefarium: Eidesantrag hierüber	287
Gegenbeweis anadenweiser Bewilligung	331
Preßerzeugnisse; Aufhebung deren Beschlagnahme	183
Preßprozesse: Freisprechungen in solchen	137, *81, 336, 400
Preussisches Recht, s. Chegericht. Checheidung.	
Prioritätsordnung: Beitrag zur Erklärung des §. 19	414
Anwendung des §. 23 Nr. 8 auf den Fall der vom Gläu- biger vor Ausbruch des Konkurses impetriten aber nicht mehr zum Vollzuge gekommenen Subhaftation des Anwesens des Schuldners	*12
Desgleichen auf Gläubiger, welche in Gehaltsabzüge des Schuldners richterlich eingewiesen wurden	*15
Protokollführer in Strafsachen: erforderliches Alter der- selben	10
Provisorium: ein als Provisorium ergangener Auspruch unter Beanstandung dieser Eigenschaft angefochten	328
Verfahren bei Provisionalgesuchen; Präjudiz der singlren Zustimmung zu dem gestellten Antrage	330
Provokation: Gerichtsstand der Provokationsklage	143
Nachweis des Besitzes von Seite des Provokanten	256
Wiederholte Provokation, nachdem die provozierte Klage an- gebrachtermaßen abgewiesen worden	*64

Bergl. auch Diffamation.	
Prozeßkosten: Kaution wegen derselben im Prozeße eines Auskäufers gegen einen Forensen vor einem bayer. Ge- richte	•82
Reallasten: über erlöschende Verjährung bei denselben	71
Realgewerbe: Erlösung durch Nichtausübung	172
Rechtspraktikanten, theoretisch geprüfte: als Vertretel- der zugelassen	179
Referent in Strafsachen: dessen Aufgabe	36
Regreßnahme aus verjährtem Wechsel mit „Werth in Rechnung“	298
Reichsgesetze, deutsche: deren Gesetzeskraft	112
Rekonstruktion: deren Verbindung mit der Berufung	30
Requisitionen: wegen Zeugenladung in Strafsachen	38
Restitution: Geltendmachung der Nullitätsgründe im Wege der Restitution	14
Ueber den Gegner im Restitutionsprozeße	129
und zwar:	
1) bei der Rest. propter motum	181
2) bei der Rest. propter dolum	185, 176
3) bei der Rest. propter absentiam	145
4) bei der Rest. minorum	151
5) bei der Rest. propter errorem	154
Zur Lehre von der Restitution Minderjähriger und denselben Gleichgestellten im Prozeße	284
Werden im Wege der Restitution neue Beweismittel beige- bracht, so können darüber auch solche Gegenbeweismittel, welche für den Reprobanten keine Nova sind, benutzt werden	296
Indigent-Restitution im Restitutionsverfahren	379
Berufungsfrist bei abgewiesenem Restitutionsgesuche gegen rechtskräftig erkannte Konfunderöffnung	78
Revisionssumme: bei theilweiser Gleichförmigkeit der Vor- erkenntnisse	288
Revisionssumme in Aufschlagsbefrandationsachen	202, 203, 204
Richterliches Ermessen, s. Ermessen.	
Rückfall: dessen Verabredung nach bayer. Rechte	257
Ruralgemeinden: Cidesleistung	92
Sachverständige. Gutachten von Sachverständigen höhe- rer Ordnung	38
Verfahren in der Berufungsinstanz bezüglich der Sachver- ständigen in Strafsachen	53
Salzburgisches Recht, s. Curatel. Erziehung.	
Schätzungen: in Zehentfixirungssachen	23
Zum Zwecke der Handlohnfixirung	26, 317
Kompetenz der App. Gerichte bei Beschwerden gegen bergl. Schätzungen	•49
Schenkung: deren Widerruf wird durch den Umstand, daß Kinder nachgeboren werden, nicht begründet	416
Schwörungstagefahrt: Richterscheinen beider Theile	69

	Seite
Schwurgericht: Streichung aus der Geschworenenkasse durch Urtheil des Schwurgerichtshofes	180
Schwurgerichtsverfahren bei Nichtverhafteten	11
Präsidium außerordentlicher Schwurgerichtssitzungen	33
Separation, interimistische: Wirkung der ehegerichtl. Ertheilung hierzu; Alimentationspflicht des Ehemannes während dieser Separation	241
Ehegerichtliche Kompetenz bezüglich des Alimentationspunktes im Falle der interimist. Separation	154, 157
Servitut: ob zur Errichtung einer sorv. discontinua unvorbenkliche Zeit nach salzburg. Rechte erfordert werde?	305
Possessorium summar. wegen einer Servitut	206
Siegelmäßige Beweiskraft der von ihnen ausgefertigten Urkunden	64
Scribenten: Anwendbarkeit des §. 701 Lit. I Th. II des preuß. Landr. auf dieselben	191
Soldaten: Kompetenz der Civilgerichte bezüglich der von einem Soldaten während seiner Dienstzeit begangenen, aber nicht abgeurtheilten Uebertretungen	189
Forum der beurlaubten Soldaten bei begangenen Jagdsfreveln	187
Kompetenzverhältnis bei Jagdsfreveln von einer im Dienste präsenten Militärperson	*23
Vgl. auch Militärstrafgerichtsstand.	
Staatsanwalt: Berufungsfrist desselben	52
Attestmittheilung an die St.Anwälte nach geschehener Aburtheilung	69
Staatsanwaltschaftliche Anträge auf Untersuchungs-Angehung	181
Anordnung von Urtheilen durch den St.Anwalt am App. Gerichte	54
Staatsdiener, s. Alimente.	
Stand: der Diurnisten und Scribenten (pr. Recht.)	191
Statistik: der Strafrechtspflege	*93
Strafe: bei deren Herabsetzung auf Gefängniß kann kein „Schuldig des Verbrechens“ ausgesprochen werden	1
Anfangszeit der Freiheitsstrafen	68, 185
Strafen wegen Aufschlagsbetrug, s. Aufschlagsbetrug.	
Strafprozeßgesetz v. 10. Nov. 1848: Erläuterungen desselben	8, 33, 50, 65
Strafrechtliche Untersuchung, s. Untersuchung.	
Strafrechtspflege: zu deren Statistik	*93
Strassachen: Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte bezüglich der Beschlußfassung über Voruntersuchung	263
Kollegiale Behandlung der Strassachen bei den Kr.- und Stadtgerichten	34
Insamkeit bezüglich des Strafvollzuges	65
Ueber die Form der Beerdigung in Strassachen	54
Requirirte Zeugenvorladungen	38
Aufgabe des Referenten in Strassachen; vorläufige Erkenntnis-Entwürfe	36

	Seite
Verführung zum Belschlaf: Betwels	127
Vergleich: über Alimene, welche ein Staatsdiener seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau zu leisten hat . . .	60
Die Clausula rebus sic stantibus findet auch bei einem gerichtl. Vergleich Anwendung	61
Verjährung, erlöschende: bei Realassen	71
Erstigung einer Servitus discontinua, nach salzburg. Rechte . . .	305
Fragestellung an die Geschwornen über Verjährung . . .	7, 821
Verlassenschaftsbehörde: Domizill- und Verlassenschaftsbehörde	266
Die Kompetenz der Verlassenschaftsbehörde wird durch das Domizil des Verstorbenen begründet	372, 678
Vermittelung: der Einleitung eines Geschäftes, im Gegenseite der Leistung eines wirklichen Unterhändlers . . .	94
Vermittelung dant: Unvollständigkeit des gemeindlichen Sühneversuches	287
Verfchollenheit: nach gem. und salzburg. Rechte	209, 225
Versehen: Aufschlagskontravention aus Versehen	57
Vertheidigung: Zulassung theor.-geprüfter Rechtspraktikanten als Vertheidiger	179
Ablehnung der Vertheidigung	175
Feststellung und Beitreibung von Vertheidigungsgebühren . . .	40
Verträge: zwischen Christen und Juden	169, 31, 291
Außeramtliche Verträge über Grundlasten-Festsetzung . . .	28, 311
Verwahrungen: gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide bei den nürnberg. Handelsgerichten	289
Vormundschaft, s. Obervormundschaft.	
Voruntersuchung: Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte bezüglich der Beschlußfassung hierüber	268
Vorzugsrecht, s. Prioritätsordnung. Hypothekrechte.	
Wasserburg: Gerichtsstand der Gerichtsamtsmitglieder des Kreis- und Stadtgerichtes dorfselbst	73
Wechsel: Regreßnahme aus verjährtem Wechsel mit „Werth in Rechnung“	298
Weibe: über deren Aufhebung nach Art. 5 des Bodenentlastungsgesetzes	198
Widerklage: Konnerität mit der Vorlage	12
Widerklage bei präjudizeller Vorlage	286
Widerspruch: Anwendung der Vorschriften gegen den allgemeinen Widerspruch	207
Nichterklärung auf Behauptungen in der Beweisaufreitung . . .	28
Nichtvolversprochene Forderungen im Konkurse	176
Wohnort, s. Domizil.	
Zahlung: aus Irrthum in Folge einer Delegation	176
Geschäftsführung durch Zahlung der Schuld eines Anderen . . .	377
Zehent: Schätzungen zum Zwecke dessen Fixirung	23
S. auch Neubrückzehent.	
Zeugen: Requisition wegen deren Vorladung in Strafsachen . .	38

	Seite
Verfahren in der Berufungsinanz bezüglich der Zeugen in Strafsachen	53
Zeugenschaft: über eine dem Zeugen zur Unehre gereichende Thatfache	125
Nichtverbindlichkeit der Advokaten zum Zeugnisse über Ge- genstände der Klientel	335
Zinsen: Zinsverbindlichkeit des Fiskus bei Entschädigungen an Privaten für Unterschlagungen durch Beamte	331
Zurückweisung: von appellationsgerichtl. Erkenntnissen auf Zurückweisung einer Strafsache in die öffentl. Sitzung des Kreisz- und Stadtgerichtes	41, 57, 383, 401
Zuständigkeit, s. Kompetenz.	
Zwang: Begründung desfallsiger Einrede	30
Zwangsverkauf, s. Käufer. Prioritätsordnung.	

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung mit Prioritätsordnung.

Erstes Kapitel. §. 3. a) Persönlicher Gerichtsstand des
außerordentlichen Kindes. 371. b) Die einmal begründete Kompetenz
dauert auch bei einer späteren Wohnortsänderung fort. 200.
c) Domicil- und Verlassenschaftsbehörde. 266. d) Das Domicil
des Verstorbenen begründet die Kompetenz der Verlassenschaftsbe-
hörde. 372, 373. — §. 4. Gerichtsstand bei Aufschlagsdefraudati-
onen. 374. — §. 10. a) Die Vertreibung der Deserviten des
Anwaltes steht dem in der Hauptsache kompetenten Gerichte zu. 197.
b) Kompetenz des protest. Obergerichtes in Ansehung des Alimen-
tationspunktes bei interimist. Separation während des Scheidungs-
prozesses. 154, 157. — §. 11. a) Gerichtsstand des Fiskus be-
züglich der den Bau des Ludwigkanals betreffenden Rechtsakte.
167. b) Gerichtsstand der Mitglieder der Kreis- und Stadtge-
richte zu Altsach und Wasserburg. 73. c) Gerichtsstand der quies-
zienten Landgerichtsbeamten. 141. — §. 13. a) Zu Art. 18—21
des Gesetzes über die Kompetenztenliste v. 28. Mai 1850. 17.
b) Ob zur Erlassung des Mandati de revertendo der Ober- oder
der persönliche Richter kompetent sei? (v. R.) 307. — §. 15. Ge-
richtsstand der Provocationsklage. 113. — §. 16. Fortdauer der
Kompetenz des prävenierten Gerichtes auch bei späterer Domicil-
Veränderung. 200. — §. 17. Die Art. 18—21 des Gesetzes

über Kompetenzkonflikte v. 23. Mai 1850 finden auch auf Kompetenzkonflikte in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung. 17.

Zweites Kapitel. §. 2. Richterliches Ermessen zur Feststellung einer Mäklergebühr. 80. — §. 5. Nichtverbindlichkeit der Advokaten zum Zeugnisse in Gegenständen der Klientel. 385.

Drittes Kapitel. §. 3. a) Verfahren bei Provisionalgesuchen; Präjudiz der fingirten Zustimmung zu dem gestellten Antrage. 330. b) Ein als Provisorium ergangener Ausdruck unter Beanstandung dieser Eigenschaft angefochten. 328. — §. 5. a) Verweilantretung im possessorium summar. 208. b) Possessorium summar. wegen einer Servitut. 206. — §. 6. Uneigenliche Gemeinbesachen. 92. — §. 7. Unvollständigkeit des gemeinlichen Sühneversuches. 287. — §. 8. Gesuch um Belgehung eines Pfysalanwaltes. 203.

Viertes Kapitel. §. 5. a) Gerichtsstand der Provocationsklage. 143. b) Angebliche Diffamation durch die Einrede, ein Dritter sei zu der eingeklagten Leistung verpflichtet. 302. c) Beweis-Nachweis des Provokaten. 256. d) Wiederholte Provocation, nachdem die provozierte Klage angebrachtermaßen abgewiesen worden. *64. — §. 9. a) Subjektive Klagenhäufung. 75. b) Nichtbetheiligte als Mitbeklagte. 106. — §. 13. a) Klagenänderung durch Freilegung von Mitverklagten. 96. b) Klagenänderung; Einlassung auf die geänderte Klagbitte. 331.

Sechstes Kapitel. §. 3. Ist der Beklagte, welcher bei der ersten Verhandlungstagefahrt den Streit verkündet, schuldig, sich zugleich auf den Streit einzulassen? 273. — §. 8. Begründung der Einrede des Zwanges. *30. — §. 16. Gerichtszeit. 58.

Achtes Kapitel. §. 1. a) Konnerität der Widerklage. 12. b) Widerklage bei präjudizieller Vorklage. 286. — §. 2. Ist der Beklagte, welcher bei der ersten Verhandlungstagefahrt den Streit verkündet hat, schuldig, sich zugleich auf den Streit einzulassen? 273. — §. 5. Prozeßkosten-Kautlon. *82.

Neuntes Kapitel. §. 1. a) Beweisinterlokute sind bei den nürnberg. Handelsgerichten nicht üblich. 291. b) Beweislast über Nichterfüllung bei Entschädigungsforderungen. 319, 352. — §. 12. Gegenbeweis gnadenweiser Bewilligung. 334. — §. 14. a) Beweis über übliche Größe des Mäklerlohnes. 94. b) Beweis über Verführung zum Bettschlafe 127. — Vgl. S. XXII. B. C. —

Zehntes Kapitel. §. 8. Nichtverbindlichkeit der Advokaten zum Zeugniß über Gegenstände der Klientel. 335. — §. 10 und 13. Zeugniß über eine dem Zeugen zur Unehre gereichende Thatfache. 125.

Elftes Kapitel. §. 2. Urkunden Stelmäßigkeir. 64. — §. 3. Praxis bei den nürnberg. Handelsgerichten a) über die Beweiskraft der Handelsbücher. 293. b) Darüber, von wem der Beweis abzuleiten sei. 298. — §. 6. Sachdienlichkeit zu ebiten-

der Urkunden. 363. — §. 7. Zeit des Vorbringens der Einwendungen gegen produzierte Urkunden. *15.

Zwölftes Kapitel. §. 2. Beweis aus Rathmasuren. 381. — §. 6. Allegation des Notoriums. 48.

Dreizehntes Kapitel. §. 1. a) Die christliche Eidesformel. 97, 113. b) Beeidigung von Deutschkatholiken. 416. c) Eidesleistung in Wahrheits- oder Nichtwissensform. 56. d) Eidesleistung von Ruralgemeinden. 92. e) Richterscheinen beider Theile auf der Schwörungslagefahrt. 69. — §. 2. a) Eidesantrag über das Presarium 287. b) Gewissensvertretung bei eventueller Eideszuschlebung. 59. c) Tod des jüdischen Delaten vor der Eidesleistung. 82. d) Verweigerung eines auferlegten Eides. 81. — §. 3. a) Anerbieten zum Erfüllungseide, vom Gegner in der Erklärung auf die Beweisantretung nicht beanstandet. 84. b) Nach der Praxis der nürnberg. Handelsgerichte ist das Erbieten zum Erf.-Eide nicht nothwendig. 289. c) Von „guter Wissenschaft“ bei dem Erfüllungseide. 126. — §. 5. Manifestationseid außer dem Konfesse. 62.

Vierzehntes Kapitel §. 11. Nichtigkeitsbeschwerde über Erkenntnisse contra rem judicatam. 333.

Fünfzehntes Kapitel. §. 2. Berufungsrecht des Anzeigers in Aufschlagsbetrugsdationsachen. 252. — §. 3. a) Zulässigkeit der Berufung gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide bei dem Handelsappellationsgerichte in Nürnberg. 289. b) Berufungssumme bei eingeklagten Besoldungsraten. 80. c) Drögl. bei Grundzinsen. *32. — §. 4. Kompetenz der Appellationsgerichte bei Berufungen gegen die Schätzung zum Zwecke der Handlohnfixirung. *49. — §. 5. a) Geltendmachung der Nullitätsgründe im Wege der Appellation 14. b) Berufung mit Remonstrations verbunden. 30. c) Extrajudizialappellation. 330. — §. 9. a) Befugniß des Oberrichters, eine vom Appellanten, welcher um Bef. Entscheidung zu seinen Gunsten gebeten hat, nicht beantragte Aenderung im Beweissatze vorzunehmen. *29. b) Oberrichterliches Amt zur Feststellung einer Märlergebühr, wenn die versuchte Nachweisung eines üblichen Betrages mißlungen ist. 80. c) Zulässigkeit der Berufungs-Abhäsion bei dem nürnberg. Handelsappellationsgerichte. 293. — §. 11. Prüfung der Förmlichkeiten der Vorinstanz. 81. — §. 12. a) Revisionssumme bei theilweise gleichförmigen Vorerkenntnissen. 288. b) Beschwerdensumme zur dritten Instanz in Aufschlagsbetrugsdationsachen. 202, 203, 204. — Vgl. § XXII. C. —

Sechzehntes Kapitel. §. 1. a) Geltendmachung der Nullitätsgründe im Wege der Restitution. 14. b) Von der Restitution Minderjähriger und denselben Gleichgestellten. 284. c) Gegenbeweismittel gegen die im Wege der Restitution bestrittenen neuen Beweismittel. 296. d) Inzidentrestitution im Restitutionsverfahren. 379. — §. 2. a) Geltendmachung der Nullitätsgründe im Wege der Berufung oder Restitution. 14. — b) Nichtigkeitsbeschwerde wegen fehlerhafter Ladung. 330. c) Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung wesentl. Förmlichkeiten und unrichtiger Gesetzanwendung in Aufschlagsbetrugsdationsachen. 235, 237, 238.

Stehengehantes Kapitel. §. 1. Vergleich über Mimente. 60.

Nichtgehantes Kapitel. §. 2 und 2. Kompetenz des requirirten Gerichtes zur Erlassung des Abkündigungsbescheides. 208.

Remengehantes Kapitel. §. 2. Concordans est iudicium universale. 282. — §. 5. a). Die Evidenzstage als termini ad quom. 41. b). Präsenzprotokoll; Nothwendigkeit der Bezugnahme auf den eingelegten Rezeß. 42. — §. 6. Nicht widerprochene Forderungen. 176. — §. 8. Vertretung der Besitzer von auf den Inhaber lautenden Partial-Obligationen durch den Emittenten im Konkurse des Schuldners. 362. — §. 11. Liquidation der Hypothekforderungen. 32. — §. 18. Bescheidung der Massevertheilung durch das Konkursgericht. 270. — §. 20. Manifestationseid außer dem Konkurse. 61.

Prioritätsordnung v. 1. Juni 1822.

§. 15. Die für die Gesamtforderung bestellten Hyp.-Rechte kommen den Besitzern der Partialobligationen zu Gute, wenn auch die Emission der Partialen im Hyp.-Buche nicht eingetragen wurde. — §. 19. Beitrag zur Erklärung dieser Bestimmung. 414. — §. 23. Art. 8. Analoge Anwendung dieser Bestimmung a) auf den Fall eines vom Gläubiger erwirkten, aber vor der Konf.-Eröffnung nicht mehr realisirten Subhastation. *12. b) Desgl. auf die in Gehaltsabzüge des Schuldners richterlich eingewiesenen Gläubiger. *15.

B. (Novelle vom 22. Juli 1818.)

§. 8. Prozeßkosten. Kaution im Rechtsstreite eines Ausländers gegen einen Forensen vor einem bayer. Gerichte. *32. — §. 17. Folge einer den richtigen Beweisatz verschleudern oder nicht erschöpfenden Beweisantipatlon. 161.

C. (Novelle vom 17. November 1837.)

§. 19. a) Anwendung der Vorschriften gegen den allg. Widerspruch. 207. b) Richterklärung auf Behauptungen in der Beweisantretung. *28, *96. — §. 28. Ist der bei der ersten Verhandlungstagesfahrt den Streit verkündende Beklagte schuldig, sich zugleich auf den Streit einzulassen? 273. — §. 39. Restitution Minderjähriger und denselben Gleichgestellten. 284. — §. 51. Dessen Bestimmungen finden bei den Handelsgerichten in Nürnberg keine Anwendung 289. — §. 52, Art. 5. Selbstständige Berufung über die Bestimmung des Schwörenden. 31. — §. 54, Art. 4. Revision gegen einen Provisionalausspruch unter Beauftragung dessen Eigenschaft. 328. — §. 55. Berufung mit Remonstration verbunden 30. — §. 57. a) Berufungssumme bei eingeklagten Besoldungsgraten. 30. b) Berechnung der Revisionssumme bei theilweiser Gleichförmigkeit der Vorerkenntnisse. 288. — §. 63. In Streitigkeiten über das Recht zur Grundzinsen-Erhebung kommt eine

Vernunftsumme nicht in Frage. *82. — §. 35, Abs. 2. Dessen Anwendung bei formell unstatthafter Abhänk. 280. — §. 78. Nichtanwendung dessen Bestimmungen auf Alimente, welche ein öffentlicher Diener seinen Angehörigen zu reichen hat. 60. — §. 102. Kompetenz des requirirten Gerichtes zur Erlassung des Abjudikationsbescheides. 268. — §. 114. Berufungsfrist, wenn das Urtheil über die gegen die rechtskräftig erkannte Konkursöffnung nachgesuchte Restitution ergangen ist. 78.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren. a) Gesetzeskraft der deutschen Reichsgesetze. 112. b) Begründung der Gültigkeit des Zwanges. *80. c) Ueber den Gegner im Prozesse über Civil- Restitution. 129, 145, 176.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte.

1) Eigenthum. a) Güteanheirathung und Rückfalls- Verabredung nach bayer. Rechte. 257. b) Beiträge zur Auslegung des Lehenablösungsgesetzes v. 4. Juni 1848. *65, 353. — 2) Gewerbrechte. Erlösung der Realgewerbe durch Nichtausübung. 172. — 3) Servituten. a) Klage auf Schutz im jüngsten Besitze bei Servituten. 206. b) Wird zur Erfüllung einer Serv. discontinua nach salzburg. Rechte die unvordenkliche Zeit erfordert? 305. c) Aufhebung der Weide auf Aedern während der Frostfation, nach Art. 5 des Bodenenlastungsgesetzes. 193. — 4) Reallasten. a) Ueber erlöschende Verjährung derselben. 71. b) Gegenwels quadenweller Bewilligung von Holzeichnissen. 334. c) Zu Art. 4 des Ablösungsgesetzes, den Neubruchsehten betr. 42. d) Schätzungen in Lehensfürsorgefachen. 23. e) Handlohn vom Werthe der Häuser. 216. f) Schätzungen zum Zwecke der Handlohnfürsorge. 26, 317. g) Wirkksamkeit außeramtlicher Fixationsverträge. 28, 311. k) Ehefachen unterliegen der Ablösung nicht. 255. — 5) Hypothekenrecht. a) Die für die Gesamtsforderung bestellten Hyp.-Rechte kommen den Partitalobligation-Besitzern zu Gute, obwohl sich über die Emission der Partitalen kein Antrag im Hyp.-Buche findet. 348. b) Ueber die jurist. Beschaffenheit des Eintrages des Besitzers in der zweiten Rubrik des Hyp.-Buches. 406.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeine Gegenstände. Zinsverbindlichkeit des Gläubers bei Entschädigungen an Private für Unterschlagungen durch Beamte. 351. — 2) Verträge und vertragsähnliche Verhältnisse. a) Verträge zwischen Juden und Christen. 169, *31, 291. b) Wirkksamkeit außeramtlicher Grundlastenfixations-Verträge. 28, 311. c) Beweislast bei Entschädigungsforderungen wegen Nichterfüllung. 319, 352. d) Cession: α) Einwand aus dem Anastasian. Gesetze. 384. β) Nichtanwendung dieses Gesetzes auf den Kauf einer Erbschaft. *48. e) Darlehen: α) von den Kunstvorkehrern aufgenommen. 192. β) Zurückerforderung des aus nichtigem Darlehen weggegebenen. 169. f) Emissiongeschäft. 367. g) Kauf: α) Ent-

schädigungspflicht des Käufers wegen Nichterfüllung. 319. p) Desgl. wegen Saumsals in der Erfüllung bei nachher eintretendem Zwangsverfaufs des Kaufobjektes. 325. h) *Locatio conductio operarum vel operis*. 304. i) Mäflerei: a) Richterliche Bestimmung einer Mäflergebühr. 80. p) Beweis über übliche Größe des Mäflerlohnes. 94. γ) Leistung eines wirklichen Unterhändlers, im Gegenfaze bloßer Vermittelung der Einleitung eines Geschäftes. 94. k) *Negotiorum gestio*: Geschäftsführung durch Zahlung der Schuld eines Anderen. 377. l) Schenkung: deren Widerruf wegen nachgeborener Kinder. 416. m) Vergleich: hierbei findet die Klausel „*robis vis stantibus*“ Anwendung. 61. n) Wechseikontrakt: Regreß aus verjährtem Wechsel mit „*Werth in Rechnung*“. 298. — 3) Obligationen aus Rechtsverletzungen. a) Haftung des Fiskus für Pflichtverletzungen der Beamten. 346. b) Inadverbinlichkeit desselben bei Entschädigungen an Privaten für Unterschlagungen der Beamten. 351. c) Haftung des Postfiskus. 223. d) Haftung der Fuhrleute für die Schaffner wegen der Frachtgüter nach nürnberg. Handelsrecht. 290. e) Haftung der Gastwirthe in Nürnberg für Lieferung von Frachtgütern. 295. — 4) Vermischte Fälle der Obl. a) *Condictio sine causa* wegen des aus nichtigem Darlehen weggegebenen. 169. b) Unwirksamkeit der Privatvertragsurkunde zum Beweise des Klagegrundes der *condictio sine causa*. *31. c) Irrthum des an den Delegatar zahlenden Delegaten über sein Verhältniß zum Delegant. 176. d) Beweis über Verführung zum Weilschlaf. 127.

D. Familienrecht. a) Einkindschaft eines außerehelichen Kindes von Seite des Vaters nach fränk. Rechte. 46. b) Entzahnheirathung und Rückfallsverabredung nach bayer. Rechte. 257. c) Einrede der Kompensation bei Ehescheidungsklagen. (pr. R.) 258. d) Anwendbarkeit des §. 701, Tit. 1, Th. II des preuss. Landr. auf Eskribenten und Diurnisten. 191. e) Kompetenz zur Erlassung des *mand. de revertendo*. 307. f) Alimentationspflicht des Ehemannes während des Scheidungsprozesses; Wirkung der ehegerichtlichen Erlaubniß zur interimist. Separation. 241. g) Kompetenz des Ehegerichtes hinsichtlich des Alimentationspunktes bei interimist. Separation. 154. 157. h) Rechte des Vaters am Muttergute seiner Kinder nach bayer. Rechte. 281. i) Sicherstellung des Vater- oder Muttergutes nach münzger Rechte. *81. k) Das Gericht, bei welchem Jemand seinen ordentlichen Gerichtsstand hat, ist auch dessen Obervormundschaftsbehörde. 369. l) Obervormundschaftsbehörde unehelicher Kinder. 265. m) Ueber *Cura absentis* und Verschollenheit nach gem. und salzburger Rechte. 209, 225.

E. Erbrecht. a) Domizil- und Verlassenschaftsbehörde. 266. b) Das Domizil des Defunkten begründet die Kompetenz der Verlassenschaftsbehörde. 372, 373. c) Beim Erbschaftskaufe finden die Vorschriften des Anaplian. Gesetzes nicht Anwendung. *48. d) Ueber Verabredung eines Rückfalles nach bayer. Rechte. 260.

III. Staatsrecht.

Patrimonialrichter II. Klasse, vom Staate übernommen. *68.

IV. Lehenrecht.

Beiträge zur Auslegung des Lehenablösungsgesetzes v. 4. Juni 1848. *65, 353. a) Zu Art. 6, den Beginn des Gesetzes betr. 65. b) Mit welchem Zeitpunkt ist die Allodifikation perfekt? *67. c) Zu Art. 1 Nr. 3 verb. mit Art. 3. die Allodifikation heimfälliger Lehen betr. *71. d) Zu Art. 4 des Gesetzes. 358.

V. Strafrecht und Strafprozeß.

A. Strafrecht. Thl. I des StGB. Art. 2. Bei Herabsetzung der Strafe auf Gefängniß kann kein „Schuldig des Verbrechen“ ausgesprochen werden. 1. — Art. 251. Brandstiftung IV. Grades durch Anzündung von im Freien stehenden Feld-, Wiesen- oder Gartenfrüchten. *17. — Art. 269 und 290. Ob der ruck eines in der Formel „ich schwöre, so wahr mir Gott helfe“ und „mit emporgehobener Rechten“ geschworenen Eides als strafbarer Meineid zu erklären sei? 97, 113. Zur Statistik der Strafrechtspflege. *93.

B. Strafprozeß. Thl. II des StGB. Art. 18. Polizeiliche Einschreitung nach Einstellung des strafrechtl. Verfahrens. 177. — Art. 25. Vorschriften bezüglich des Verfahrens bei Kompetenzkonflikten zwischen Untersuchungsgerichten. 49. — Art. 27. a) Zur Anwendung des §. 7 Tit. IX der V. u. über den Militärstrafgerichtsstand. *33. b) Kompetenz der Zivilgerichte bezüglich der von einem Soldaten während seiner Dienstzeit begangenen, aber nicht abgeurtheilten Uebertretungen. 189. c) Strafrechtliche Untersuchungen gegen Konstriktionspflichtige. 310. — Art. 55. Gefängnißbesuche. 50. — Art. 56. Einschreitungen gegen ergebende Gefangene. 50. — Art. 134. Haftentlassung gegen Kaution. 50. — Art. 385. Anfangszeit bei Freiheitsstrafen. 68, 185. — Art. 401 ff. Feststellung und Vertreibung der Vertheilungsgesbühren. 40.

C. Strafprozeßgesetz vom 10. November 1848. Art. 13. Alter des Protokollführers. 10. — Art. 23 u. 24. Anträge und Beschlüsse auf Anhebung einer strafrechtl. Untersuchung. 181. — Art. 32. a) Beschreibung des Gesuches um Haftentlassung gegen Kaution durch den Untersuchungsrichter. 50. b) Einschreitung gegen ergebende Gefangene. 50. — Art. 33. Alter des Protokollführers. 10. — Art. 47. a) Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte über strafrechtl. Voruntersuchungen. 268. b) Rol-

legale Behandlung der Strafsachen bei den Kreis- und Stadtgerichten. 31. c) Aufgabe des Referenten. 36. — Art. 49, Nr. 1. a) Gutachten von Sachverständigen höherer Ordnung, im Wege der Ersehung eingeholt. 38. b) Anordnung von Ersehung durch den Staatsanwalt am App.-Gerichte. 54. — Art. 49, Nr. 2. f. Art. 64. — Art. 49, Nr. 5. a) Zuständigkeit für die Verfügungen, welche die Untersuchungs-Einstellung nach sich zieht. 11. b) Vollzeitliche Einschreitung nach Einstellung der strafrechtl. Untersuchung. 177. — Art. 51, i. Art. 61. — Art. 61. Berufungsfrist des Staatsanwaltes. 52. — Art. 63. f. Art. 49, Nr. 1 und 64. — Art. 64, vergl. mit Art. 49, Nr. 2, 51, 63 und 321. Von appellationsgerichtl. Erkenntnissen auf Zurückweisung einer Sache in die öffentl. Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes *41, *57, 385, 401. — Art. 75, 76 und 79, vergl. mit 231, Nr. 16. Streichung aus der Geschwornenliste durch Urtheil des Schwurgerichtshofes. 180. — Art. 97 und 98. Beurlaubung der Geschwornen. 33. — Art. 99. Befehlung von den Verrichtungen als Geschwornen. 178. — Art. 110 und 157. Die christliche Eidesformel. 97, 113. — Art. 113, Abs. 4. Präsidium außerordentl. Schwurgerichtssitzungen. 33. — Art. 117 und 118. Schwurgerichtsverfahren bei Nichtverhafteten. 12 — Art. 119. Theoretisch-geprüfte Rechtspraktikanten, als Verteidiger zugelassen. 179. — Art. 120. Ablehnung der Verteidigung. 175. — Art. 132. Requirirte Zeugenverladungen. 38. — Art. 157. Form der Verladung in Strafsachen 54 (s. auch oben Art. 110). — Art. 172 ff. a) Ueber die Fragestellung bei Mißhandlungen mit erfolgtem Tode. 90. b) Darf den Geschwornen bezüglich der Verfabrung eine Frage gestellt werden? *7, 321. — Art. 198. Die Freisprechungen in Preß- und anderen polit. Strafprozessen. 187, *81, 386, 400. — Art. 199 und 316. Strafvollzugskosten. 40. — Art. 204. Feststellung und Verteilung von Verteidigungsgebühren. 40. — Art. 210. Mittheilung an die Staatsanwälte nach geschehener Aburtheilung. 69. — Art. 217 und 218. a) Anfangszeit bei Freiheitsstrafen. 68, 185. b) Verfügungen behufs der Urtheilsvollstreckung bei den Kreis- und Stadtgerichten. 36. c) Erforderniß kolleg. Beratung hierüber. 65. d) Zuständigkeit der App.-Gerichte in Strafvollzugsachen. 67. — Art. 219 — 220. Deren Anwendung im Schwurgerichtsverfahren bei Nichtverhafteten. 11. — Art. 231, Nr. 1. Zu dessen Anwendung. 10. — Art. 231, Nr. 16. Befugnisse des Schwurgerichtshofes zur Beseitigung dieses Mankaments. 181. — Art. 241 und 333. Aufgabe des Referenten; vorläufige Erkenntniß-Entwürfe. 36. — Art. 297 — 300. Deren Anwendung im Schwurgerichtsverfahren bei Nichtverhafteten. 11. — Art. 316, f. Art. 199. — Art. 320. Dessen Bestimmung findet keine Ausdehnung auf Beschlüsse, welche gemäß Art. 49 am Schlusse der Voruntersuchung gefaßt werden. 177. — Art. 321, f. oben Art. 64. — Art. 333. Verfahren bezüglich der Zeugen und Sachverständigen in der Berufungsinstanz. 53. S. auch oben Art. 241. — Art. 347 und 358. Verhältnis der Berufung zum Einsprache ge-

gen die im Ungehorsamsverfahren erlassenen Erkenntnisse der Kreis- und Stadtgerichte. *1, 337.

D. Gesetz über Freiheit der Presse vom 4. Juni 1818. §. 8. Aufhebung der polizeil. Beschlagnahme von Pressezengnissen. 183.

E. Aufschlagsdefraudationen. a) Vollenbung der Defraudation; rechtmäßige Absicht. 249. b) Kontraventionen aus Versehen. 57. c) Beweis der Defraudation; Haftung für die Handlungen der Diensteute. 251. d) Heimliche Mähmühlen. 362. e) Strafe des Abbruchs der Partikularmählmühle. 16. f) Strafe der zweiten Uebertretung. 366. g) Außerordentliche Strafen. 239. h) Gerichtsstand bei Aufschlagsdefraudationen. 374. i) Verusungerecht des Anzeigers. 252. k) Beschwerdensumme zur dritten Instanz. 202, 203, 201. l) Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung wesentl. Förmlichkeiten und unrichtiger Gesetzanwendung. 235, 237, 238.

F. Jagdsfrevel. a) Desfalliges Forum der beurlaubten Soldaten. 187. b) Kompetenz, wenn eine im Dienste präsenle Militärperson einen Jagdsfrevel begangen hat. *23.

Verichtigung.

Im Anhang zum Register über Band XI bis XV S. LV Seite 8 von unten statt „Käufer“ lies „Gläubiger“.

In unserem Verlage ist erschienen und durch alle
Buchhandlungen zu beziehen:

Quellensammlung zum öffentlichen deutschen Rechte seit 1848. Herausgegeben

von

Dr. Paul Roth und Heinrich Meier.

Erster Band. gr. 8. geh. 2 Thlr. 20 Ngr. od. 4 fl. 20 fr. rhn.

Die Herausgeber glaubten Denjenigen, die sich für Entwickelung des neueren deutschen Staatsrechtes interessieren, durch das vorliegende Unternehmen einen Dienst zu leisten. Es werden darin die Erlasse der deutschen Centralorgane, sowie der einzelnen deutschen Regierungen und andere offizielle Dokumente, die sich auf die deutsche Frage beziehen, in möglichster Vollständigkeit chronologisch geordnet mitgetheilt. Zunächst ist beabsichtigt, die bereits veröffentlichten aber an verschiedenen Orten zerstreuten Aktenstücke, zur leichteren Handhabung zusammenzustellen, doch wird auch aufgenommen, was etwa außerdem zugänglich ist. So sind in dem ersten und zweiten Hefte dieses ersten Bandes die Verhandlungen des Bundestages vom 1. März bis 12. Juli 1848 zuerst ausführlich veröffentlicht. Es ist Veranstaltung getroffen, daß, was etwa nach dem Schlusse des Werkes zur Deffentlichkeit gelangt, in einem Supplementbande nachgetragen wird. Der leichteren Bearbeitung und Anschaffung wegen erscheint das Ganze (vorläufig auf 5 Bände berechnet) in Heften zu 8 Bogen, wovon 5 einen Band bilden. Der Preis des Heftes ist auf 52 fr. rhn. oder 16 Ngr. bestimmt. Der erste Band enthält die Verhandlungen bis zur ersten Verathung der Frankfurter Verfassung, der zweite wird die Verhandlungen der deutschen Regierungen über diese Verfassung, die folgenden die über das Interim, die Union u. s. f. enthalten. Jedem Bande wird ein Inhaltsverzeichnis beigegeben, und den Schluß der Sammlung soll ein ausführliches Sachregister bilden. — Das vierte Heft des zweiten Bandes ist bereits ausgegeben und wird für raschen Fortgang dieses Werkes bestens Sorge getragen.

G e s c h i c h t e

des

B e n e f i z i a l w e s e n s

von den ältesten Zeiten bis ins zehnte Jahrhundert

von

Dr. Paul Roth,

a. o. Professor der Rechte zu Marburg.

Lex.-Form. geh. 2 Rthlr. 18 Ngr. oder 4 fl. 30 fr.

Der hier abgehandelte Gegenstand ist nicht nur für Geschichte im Allgemeinen, oder deutsche und französische Rechtsgeschichte, sondern auch für Kirchengeschichte von Wichtigkeit.

Erlangen, im Dezember 1851.

J. J. Palm & Ernst Gule.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 1. Samstag, den 4. Januar 1851.

Bei Herabsetzung der Strafe auf Gefängniß kann kein „Schuldig des Verbrechens“ ausgesprochen werden.

Wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit ¹⁾ oder in Fällen, in welchen Vergewaltigungen oder Verletzungen ohne Ueberlegung und Vorbedacht in aufwallender Hitze des Zornes geschehen sind ²⁾, ferner wegen jugendlichen Alters ³⁾ oder wegen unverschuldeten langwierigen Gefängnisses ⁴⁾ kann es vorkommen, daß für Handlungen, welche im Uebrigen objektiv die Merkmale eines Verbrechens an sich tragen, doch nur eine Gefängnißstrafe verhängt wird. Es fragt sich, ob in Fällen solcher Art der Schuldausspruch die That als Verbrechen oder als Vergehen zu bezeichnen habe. Die Beantwortung ist nach Bestimmungen der Gesetze über Heerergänzung

¹⁾ Gesetz vom 29. Aug. 1848, die Abänderung einiger Bestimmungen des ersten Theiles des Strafgesetzbuchs vom J. 1813 betr., Art. 2.

²⁾ Art. 7 des angef. Gesetzes.

³⁾ StGB. v. 1813 Th. I Art. 98, 99.

⁴⁾ Ebd. Art. 104. — S. auch bezüglich der geminderten Strafe des Versuchs und der Beihilfe — Anmerk. B. 2 S. 54.

2 Kein Schuldig des Verbrechens bei Gefängnißstrafen.

(§. 4), über Landtagswahlen (Art. 5 f.), ferner des Strafprozeßgesetzes von 1848 Art. 76 Nr. 6 von hoher Wichtigkeit.

Die Praxis schwankt und die Stimmen der Doktrin sind getheilt ⁵⁾. Darin fanden wir Anlaß zu einer neuerlichen Prüfung der Gründe für und wider; das Ergebniß war, daß bei Zuerkennung einer Gefängnißstrafe ein „Schuldig des Verbrechens“ nicht ausgesprochen werden könne.

Ob ein Verbrechen oder nur ein Vergehen begangen worden, bestimmt sich durch Anwendung von Bestimmungen des materiellen Strafrechts; an den grundsätzlichen Vorschriften, welche sich über den Gegensatz und die Gränzscheide zwischen Verbrechen und Vergehen im ersten Theile des Strafgesetzbuchs von 1813 finden, hat die neuere Gesetzgebung nichts geändert; diese grundsätzlichen Vorschriften sind es, welche für die Lösung unserer Zweifelsfrage zur Richtschnur dienen. Nach Art. 2 Th. I. d. StGB. heißen Verbrechen

„alle vorsächlichen Rechtsverletzungen, welche wegen Beschaffenheit und Größe der Uebelthat mit Todesstrafe, Kettenstrafe, Zuchthaus, Arbeitshaus, Festungsstrafe, mit Dienstentsetzung oder Unfähigkeitserklärung zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern bedroht sind.“

Unter Vergehen werden verstanden

„alle unvorsächlichen, wie auch alle diejenigen vorsächlichen Rechtsverletzungen, welche wegen ihrer geringen Strafbarkeit mit Gefängniß, körperlicher Züchtigung, Geldstrafe und andern geringeren Uebeln geahndet werden.“

Zur Erläuterung des in dieser Weise ausge-

⁵⁾ Vgl. Bl. f. RA. Bd. 4 S. 75, Bd. 11 S. 317, Bd. 15 S. 55.

prägen Gegenfages bemerken die Anmerkungen Bd. I S. 27 a. E.: „eine Rechtsverletzung, deren Strafbarkeit so gering ist, daß sie, verglichen mit dem ganzen Strafsysteme, nur mit einem bestimmten niedern Hauptgrad von Strafübel belegt werden kann, ist Vergehen: Handlungen hingegen, deren Strafbarkeit diesen Hauptgrad übersteigt, sind Verbrechen. Die Strafbarkeit einer Handlung verglichen mit den im Strafsysteme aufgestellten Hauptgraden der Strafen sind also das einzige Prinzip, welches den Gesetzgeber in Feststellung des Unterschiedes zwischen Verbrechen und Vergehen sicher leitet, das Prinzip, welches im gegenwärtigen Gesetzbuche angenommen und durchgeführt wurde.“ — Eine nähere Ausführung des Grundsatzes, nach welchem die im einzelnen Falle verhängte Hauptstrafe die Eigenschaft der That (ob sie Verbrechen oder Vergehen?) entscheidet, findet sich in den Anmerkungen zu dem angeführten Art. 2 (Bd. I S. 69 f.). Es wird unter Anderem bemerkt, daß eine Handlung, wenn gleich die darauf passende Strafbestimmung im zweiten (von Verbrechen handelnden) Buche des Th. I vorkommt, dennoch als Vergehen zu betrachten sei, sofern sie mit einer Strafe belegt ist, welche der Art. 2 den Vergehensstrafen beizählt; daß die Anwendung von Strafbestimmungen über Verbrechen z. B. als Grundlage der Strafaußmessung, wie bei den Strafen des Versuchs und der Beihilfe, die Verbrechen = Eigenschaft der That nicht mit sich bringe, wenn sich als Resultat der Ausmessung nur Gefängniß herausstellt, indem die That wegen Minderung der Strafzeit unter das Minimum des Strafarbeitshauses in ein Vergehen übergeht (S. 76); daß eben diese Verwandlung einer an sich verbrecherischen Handlung in ein Ver-

4 Kein Schuldig des Verbrechens bei Gefängnißstrafen.

gehen sowohl wegen Jugend (Art. 98, 99) ⁶⁾ als wegen langwierigen Gefängnisses (Art. 104), ja selbst durch eine wegen Zusammenfluß mehrerer mildernden Umstände nach Art. 96 bewirkte Begnadigung eintreten kann, sofern in diesen Fällen die Strafe entweder nach dem Gesetze selbst nur in Gefängniß besteht, oder sonst unter das Minimum der Kriminalstrafen von einem Jahre herabfällt (S. 77) ⁷⁾. Hiemit übereinstimmend äußern in Bezug auf unvorbedachte in auffallender Hitze der Leidenschaft begangene Körperverletzungen die Anmerkungen zu dem (nun durch Art. 7 des Gesetzes vom 29. Aug. 1848 ersetzten) Art. 185 (Bd. 2 S. 58): „Vergleichen Mißhandlungen können auch, wenn sie nach dem Erfolge noch an sich Verbrechen wären, sehr oft die Eigenschaft eines Vergehens annehmen, wenn nämlich die hienach (nach Art. 185) berechnete Strafe unter das Minimum der Kriminalstrafe von einjährigem Arbeitshause (Art. 2 und 16) herabsinkt. — Ueber die Folge eines solchen Herabsinkens drückt sich, in Be-

⁶⁾ Nach der in den Anmerk. a. a. O. vorliegenden authentischen Auslegung sind die in den Art. 98 und 99 vorkommenden Ausdrücke „wegen vorsätzlicher Verbrechen“ und „zur Zeit des begangenen Verbrechens“ nur in dem Sinne aufzufassen, daß hier abgesehen von dem jugendlichen Alter des zu Bestrafenden eine an sich verbrecherische Handlung in Frage steht.

⁷⁾ In den Anmerk. a. a. O. wird auch noch des Falles erwähnt, wenn die Strafe wegen Unvollständigkeit des Thatbestands - Beweises nach Art. 106 auf Gefängniß herabgesetzt wird. Nachdem der Art. 8 des Gesetzes vom 20. Aug. 1848 den Art. 106 des StG. Th. I aufgehoben hat, kann dieser Fall der Verwandlung einer an sich verbrecherischen Handlung in ein Vergehen nicht mehr vorkommen.

zug auf Versuchsstrafen und die Wirksamkeit persönlicher Milderungsgründe, die Novelle vom 1. Februar 1814 (Zweiter Fall, bei Doppelmayr Ausg. 4 S. 244) dahin aus, daß hier eine Handlung, die an sich Verbrechen ist, in ein Vergehen umgeändert werde, daß sich hier eine Abstufung des Verbrechens zum Vergehen herauswerfe.

Nach allen diesen Rundgebungen der Intention des Gesetzgebers ist in jedem richterlichen Urtheile, welches dem Angeklagten Gefängniß zuerkennt, die Anerkennung enthalten, daß die bestrafte That die Eigenschaft eines Vergehens, nicht die eines Verbrechens habe. Demzufolge wäre es unter allen Umständen unrichtig, die in solcher Weise bestrafte That im Schuldausspruche als Verbrechen zu bezeichnen. In Fällen der hier in Frage befindlichen Art war allerdings die Anklage darauf gerichtet, daß der Beschuldigte ein Verbrechen begangen habe; auch mag nach geschlossener Verhandlung bei der Abstimmung auf die erste Frage, ob der Angeklagte für schuldig zu erachten sei, z. B. das Verbrechen der Körperverletzung, dessen er angeklagt, begangen zu haben, ein bejahender Beschluß ergangen sein. Aber die Abstimmungen über die einzelnen nach Art. 323 u. f. des Strafprozeß-Gesetzes vom 10. Nov. 1848 zu stellenden Fragen begründen nicht sofort endgültige Entscheidungen, welche bei der Abfassung des Urtheils einer Aenderung nicht mehr unterzogen werden könnten; vielmehr sind nach Endigung der Abstimmung die verschiedenen auf die einzelnen Fragen gefaßten Beschlüsse zum Zwecke der Urtheils-Redaktion in ihrem Zusammenhange und gegenseitigem Verhältnisse nochmals einer prüfenden Betrachtung zu unterstellen, welche unbedenklich zu nachträglichen Aenderungen am Inhalt der einzelnen Beschlüsse führen

kann. In Fällen, wie sie hier in Frage stehen, ist dieser Rückblick nach den angeführten Stellen des Strafgesetzbuchs, der Anmerkungen und der Novelle vom 1. Febr. 1814 als vom Gesetzgeber geboten anzusehen, indem ohne denselben die mehrerwähnte „Verwandlung einer an sich verbrecherischen Handlung in ein Vergehen“, ihren Ausdruck in dem Urtheile nicht finden könnte. In der allegirten Novelle ist ausdrücklich bemerkt:

Daß sich die Abstufung des Verbrechens zum Vergehen hier meistens erst nach dem Beschlusse über die dritte und letzte Urtheilsfrage, und bei Berechnung der Strafdauer und Herabwürdigung derselben unter das Minimum der Kriminalstrafe von einem Jahre herabwirft.

Nach einem Beschlusse über die dritte Urtheilsfrage, welcher dem Angeklagten etwa zufolge des Herabgehens auf die Hälfte des Minimum nur Gefängniß zuerkannte, verstand sich nun die Abstufung des Verbrechens zum Vergehen von selbst, und mußte daher der Beschlusse über die zweite Urtheilsfrage, wenn solcher ein „Schuldig des Verbrechens“ enthielt, hinsichtlich dieser Qualifikation der That wieder abgeändert werden. Einem Beschlusse über die dritte Urtheilsfrage nach Art. 349, II Th. II des StGB. v. 1813 entspricht heutzutage in dem Verfahren bei den Kreis- und Stadtgerichten die Feststellung der Strafe nach Art. 325 des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848. So wie früher in Folge eines auf Gefängniß lautenden Beschlusses über die dritte Urtheilsfrage die erwähnte Modifikation des über die zweite Frage gefaßten Beschlusses einzutreten hatte, so muß jetzt in gleicher Weise mit dem nach Anleitung des Art. 323 gefaßten Beschlusse verfahren werden, wenn die Feststellung der Strafe nach Art. 325 die Absur-

fung des Verbrechens zum Vergehen mit sich bringt. Aber auch in dem schwurgerichtlichen Verfahren kann die prinzipielle dem materiellen Rechte angehörende Regel, von welcher es sich hier handelt, auf gleiche Weise zur Geltung gelangen. Man nehme an: die Anklage war auf das Verbrechen des Todtschlags nach Art. 151 Th. I des StGB. gerichtet. Die Geschwornen verneinen die hierauf gerichtete erste Frage, bejahen aber eine eventuelle, welche auf das ohne Ueberlegung und Vorbedacht in aufwallender Hitze des Zorns begangene Verbrechen der Körperverletzung mit tödtlichem Erfolge gestellt war; sie nehmen ferner nicht an, daß der Tod als wahrscheinlich vorausgesehen werden konnte, und bejahen noch die weitere Frage bezüglich geminderter Zurechnungsfähigkeit wegen unverschuldeter Trunkenheit. Bei solchem Inhalte des Wahrspruchs ist die Strafe vom Schwurgerichtshofe nach Art. 5 und 3 des Gesetzes vom 29. Aug. 1848 festzustellen, und kann im Hinblick auf den (nach Art. 3 zur Richtschnur dienenden) Art. 99 Th. I d. StGB. nur in Gefängniß bestehen. Obwohl nun die That in einer von den Geschwornen bejahten Frage als Verbrechen bezeichnet war, ist diese Bezeichnung doch in das vom Schwurgerichtshofe zu erlassende Erkenntniß zufolge obiger Erörterung nicht zu übertragen, vielmehr die That in dem Schuldausspruche als Vergehen zu bezeichnen *).

*) In Bd. 4 S. 75 unserer Zeitschrift ist der Vorschlag gemacht, zur Hervorhebung der Besonderheit solcher Fälle die Formel zu gebrauchen: (z. B.) „schuldig der Körperverletzung als Vergehen“ — oder wegen Körperverletzung als Vergehen.“

**Erläuterungen des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, die
Abänderungen des Th. II des Strafgesetzbuches vom
Jahre 1813 betr.**

Bgl. Bd. 15 S. 229 f.

XXXVIII. Anträge und Beschlüsse auf Angehung einer strafrechtlichen Untersuchung. (Art. 23.)

Anstände, welche sich in diesem Betreffe ergeben haben, veranlaßten folgende, am 10. Juli 1849 ergangene Entschließung des k. Justizministeriums:

I. Die Staatsanwälte an den Kreis- und Stadtgerichten, bei welchen von irgend einer königlichen Polizeibehörde ein Antrag zur Angehung einer strafrechtlichen Untersuchung gestellt ward, haben so wohl in dem Falle, wenn sie sich nicht bewogen finden, einen solchen Antrag an den Untersuchungsrichter gemäß Art. 23 zu stellen, als auch, wenn der Untersuchungsrichter dem gestellten Antrage nach Art. 24 Abs. 1 nicht entsprechen zu dürfen geglaubt hat, die Polizeibehörde hievon, im letzteren Falle unter abschriftlicher Mittheilung der Erklärung des Untersuchungsrichters, in Kenntniß zu setzen.

II. Hat sich der Staatsanwalt am Kreis- und Stadtgerichte, bei der ablehnenden Erklärung des Untersuchungsrichters nicht beruhigt, und einen Beschluß des Appellationsgerichtes gemäß Art. 24 Abs. 2 erwirkt, so ist, wenn die Angehung einer strafrechtlichen Untersuchung nicht verfügt ward, der Polizeibehörde gleichfalls Kenntniß hiervon zu geben, wonach die Sache in so lange, als nicht weitere Thatfachen sich ergeben sollten, erledigt ist.

III. Glaubte aber die Polizeibehörde in den sub I bezeichneten Fällen sich mit der gemachten Mittheilung nicht beruhigen zu können, und hat sich

deßhalb an die königliche Regierung gewendet, so steht es dieser frei, mit dem Staatsanwalt am Appellationsgerichte in Kommunikation zu treten. In diesem Falle, oder wenn wegen besonderer Dringlichkeit des Falles die Polizeibehörde sich unmittelbar an den Staatsanwalt am Appellationsgerichte gewendet hat, hat dieser die Verpflichtung, entweder

1) unter Angabe der Gründe das Ansinnen der Regierung resp. der Polizeibehörde abzulehnen, oder

2) in dem Falle, wo die Erklärung des Untersuchungsrichters schon vorliegt, einen Beschluß des Appellationsgerichtes zu erwirken, oder

3) in dem Falle, wo der Staatsanwalt am Kreis- und Stadtgerichte, ohne einen Antrag gestellt zu haben, die Sache von sich gewiesen hat, diesem die Weisung zu erteilen, eine Erklärung des Untersuchungsrichters zu bewirken.

IV. Wenn die königliche Regierung in dem Falle sub III sich bei der Mittheilung des appellationsgerichtlichen Staatsanwaltes nicht beruhigen zu können glaubt, und sich deßhalb an das Staatsministerium des Innern wendet, so kann nach erfolgter Kommunikation und Erwägung der Umstände von dem Staatsminister der Justiz der Staatsanwalt am Appellationsgerichte kraft des durch Art. 20 Abs. 1 ausgesprochenen Unterordnungsverhältnisses, zur Erwirkung eines Beschlusses des Appellationsgerichtes angewiesen werden.

Auf diese Art ist es möglich, daß jedesmal darüber, ob in einem gegebenen Falle eine strafrechtliche Untersuchung einzuleiten sei, die Entscheidung des Appellationsgerichtes eingeholt, und die Entscheidung dieser Frage nicht allein dem Ermessen der Staatsanwälte anheimgestellt wird.

XXXIX. Alter der Protokollführer in strafrechtl. Untersuchungen.

Art. 33, 46, Nr. 3.

Nachdem die Bestimmungen der Art. 37 und 281 Th. II des StGB. aufgehoben, und an deren Stelle die Art. 33 und 46 Nr. 3 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848 getreten sind, so dürfte es keinen Bedenken unterliegen, einen sonst qualifizierten Schreiber nach zurückgelegtem fünfzehnten Lebensjahre und jeweiliger Beeidigung zum Protokollführer in strafrechtlichen Untersuchungen zu verwenden.

Zust. Minist. Entschl. v. 27. Okt. 1849, an das AG. zu Amberg ergangen.

XL. Zur Anwendung des Art. 231 Ziff. 1.

Durch Plenarbeschluss eines AG. war die Führung einer Untersuchung einem anderen als dem nach Art. 22 des StGB. Th. II zuständigen Gerichte übertragen worden. Als nun später ein Mitglied des AG., welches zu dem fraglichen Beschlusse mitgewirkt hatte, zum Präsidenten des Schwurgerichtshofes für die jene Untersuchung umfassende Affisenzsitzung ernannt worden, wurde dagegen wegen Art. 231 Ziff. 1 Bedenken angeregt. Hierüber erging J. M. Entschliessung vom 27. März 1850: „Nachdem die Theilnahme an dem Plenarbeschlusse des Appellationsgerichtes, durch welchen die rubrizirte Untersuchung dem Stadtgerichte A. zur Führung übertragen wurde, weder als eine Untersuchungsbehandlung noch als eine Mitwirkung zum Erkenntnisse auf Anklage betrachtet werden kann, so liegt kein Grund vor, aus welchem AGN. G. an der Funktion des Schwurgerichtspräsidenten bei Verhandlung dieser Sache verhindert sein würde.“

XLI. Zuständigkeit für die Verfügungen, welche die Untersuchungseinstellung nach sich zieht.

Wenn von dem Kreis- und Stadtgerichte oder vom Appellationsgerichte die Einstellung des Strafverfahrens in einer Untersuchung ausgesprochen ist, so stehen alle weiteren Verfügungen und Anordnungen dem Untersuchungsrichter zu, welchem die Akten mit dem deßfälligen Beschlusse zugeschliffen werden. Hiedurch erledigen sich die Fragen:

1) wer die Entlassung des Verhafteten oder dessen Ablieferung an die Polizeibehörde zu verfügen habe?

2) wem die Verfügung über die zu Gerichtshanden gekommenen Effekten und Vorakten zustehe?

3) wer die Kostenberechnung zu veranlassen habe?

4) wer zu entscheiden habe, ob dem Untersuchten eine Erkenntnisabschrift oder ein Zeugnis auf Verlangen auszustellen sei?

5) Von wem die Zurückgabe oder Löschung einer Kaution zu bewirken sei?

Just. Minist. Entschl. vom 27. Dez. 1849, an das AG. zu Freising ergangen.

XLII. Schwurgerichtsverfahren bei Nichtverhafteten.

Art. 117 und 118, 219 — 229, 297 — 302.

1) Die Vorschriften der Art. 219 — 229 und 297 — 302 des Ges. vom 10. Nov. 1848 finden ohne Anstand auf alle zur Aburtheilung durch das Schwurgericht verwiesenen Personen, welche nicht verhaftet sind, Anwendung. Das Gesetz macht darin ob dieselben als komplizirt mit anderen verhafteten Angeschuldigten erscheinen oder für sich allein in Untersuchung sich befinden, keinen Unterschied.

2) Daß in den Art. 117 und 118 bezeichnete Verhör hat bei nicht verhafteten Beschuldigten, da die Voraussetzungen hierzu nicht gegeben sind, nicht stattzufinden. Dagegen wird es zweckmäßig sein, den Beschuldigten bei Zustellung des Verweisungs-erkenntnisses auf das ihm zustehende Recht sich einen Bertheidiger zu wählen und gegen die Verweisung vor das Schwurgericht innerhalb der gesetzlichen ständigen Frist die Wichtigkeitsbeschwerde zu ergreifen, aufmerksam zu machen, eben so ihm zu bemerken, daß ihm freistehe, am Tage vor der Verhandlung das Verzeichniß der einberufenen Geschworenen, so wie der Ersatzgeschworenen auf der Kanzlei des Schwurgerichtshofes in Empfang zu nehmen.

J. R. E. v. 16. April 1850, an den Schwurgerichtspräsidenten zu Würzburg ergangen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Konnerxität der Widerklage.

Gegen die Erben eines vormaligen Theaterdirektors war aus einem Darlehen geklagt, von den Beklagten kompensations- und widerklagsweise eine Forderung aus einem nichtbezahlten Logen-Abonnement geltendgemacht worden. In zweiter Instanz wurde die Widerklage wegen mangelnder Konnerxität abgewiesen, in dritter aber aus folgenden Gründen deren Zulässigkeit ausgesprochen:

Zwischen einem baaren Geldvorschusse als Darlehen und einem unbezahlt gelassenen Theaterabonnement besteht entschieden eine sehr geringe oder

vielmehr gar keine Verwandtschaft; nur in dem einen Punkt treffen diese Ansprüche zusammen, daß beide Geldforderungen sind. Die nachhaltige und wechselseitige Geschäftsverbindung, die zwischen dem Kläger und dem Erblasser der Beklagten bestanden haben soll, ist widersprochen und durch keinerlei Umstände glaubhaft gemacht. Deß ungeachtet genügte für die Zulassung der Widerklage schon jene Art vorwaltender Wechselbeziehung, daß die Gegenforderung in diesem Prozesse bereits mit Hilfe der Einrede der Kompensation zur umständlichen Erörterung gebracht ist, und nur in Ansehung des Uberschusses als konnex mit der zulässigen Vertheidigung des Beklagten zur gleichzeitigen definitiven Erledigung gefördert zu werden bestimmt ist. Denn

a) die von der G.D. als Bedingniß der Zulässigkeit vorgeschriebene Verwandtschaft zu prüfen, ist immer dem richterlichen Ermessen nach Würdigung aller Umstände des Falles überlassen;

b) die Anmerkungen zur G.D. Kap. 8 §. 1 lit. c sagen selbst: „dieses (die Zulässigkeit meinend) greift nur desto mehr Platz, wenn die *Reskonvention per modum exceptionis vel compensationis*, — oder gar *per modum accessorii*, wie das *punctum damnorum et expensarum* angebracht werden kann.“

Ist also eine Forderung *pro parte* wirklich, wie hier, *per modum exceptionis et compensationis* in den Bereich der gerichtlichen Kontestationen für eine gewisse Sache eingetreten, so ist gewiß Anlaß und Grund vorhanden, sie hier gleich zu gänzlicher Auseinandersetzung und Beendigung zu bringen, was auch von Gründen der Zweckmäßigkeit und der Oekonomie des Verfahrens lebhaft unterstützt wird. — Demzufolge eignete sich der erstrichterliche Ausspruch, welcher die Widerklage bereits zugelassen und mit der Einrede der Kon-

pensation zum Beweise ausgesetzt hatte, zur Wiederherstellung.

DAGE. vom 17. April 1847. Nr. 444 ⁴⁴/₄₅.

2.

Geltendmachung der Nullitätsgründe im Wege der Appellation oder Restitution.

Vgl. Comment. über die G.D. Bd. 4 S. 4, 187.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor: „Die drei privilegierten Nullitätsgründe, welche der §. 123 des jüngsten Reichsabschiedes noch zuließ, sowie die beiden, welche 100 Jahre später die bayerische Gerichtsordnung Kap. XVI §. 2 aufstellte, können zwar binnen 30 Jahren im Wege der förmlichen Nullitätsquerel geltend gemacht werden, allein sie müssen dieses nicht, und sind keineswegs an diesen außerordentlichen Weg der Rechtshülfe, als ausschließend ihnen zugewiesen, gebunden. Steht daher dem sich für beschwert haltenden noch ein ordentliches Rechtsmittel offen, wie die Appellation oder Revision, wozu nach dem reichsgerichtlichen Prozesse auch das Restitutionsgesuch gehörte, so kann er unbedenklich die Richtigkeit des angegriffenen Erkenntnisses auch auf diesem Wege verfolgen. Darum hat auch die G.D. am angeführten Orte 5to nach dem Vorgange des Konzeptes der Kammergerichtsordnung Th. III Tit. 40 ausdrücklich den Rath gegeben, in Nullitätsfällen allzeit den Appellationsweg zur Vermeidung der Desertionsstrafe an Handen zu nehmen. In den Anmerk. hiezu wird übrigens bemerkt: Zuweilen qualifizire sich die begangene Nullität zu dem *remedium restitutionis in integrum*, wenn kein anderes *remedium* mehr übrig sei. — Sind aber die zustän-

digen Obergerichte mit einem solchen Nullitätsgrunde im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels von dem Rekurrenten freiwillig besaßt worden, und derselbe ist damit unterlegen, so tritt hierüber die Rechtskraft in Mitte, und er kann denselben zurückgewiesenen Grund nicht noch einmal mit Hülfe der Nullitätsquerel zu einer neuen Erörterung bringen. **Const. 5 de re jud. (7, 52):** „*nec enim instaurari finita rerum judicatarum patitur auctoritas.*“ — Gleichwie die **Const. 3 quomodo et quando iudex (7, 43)** ein wahrhaft nichtiges Erkenntniß aufrecht erhält, si ei sit *accommodatus assensus*, so muß dieselbe Wirkung des Verlustes der Nichtigkeitkeitsbeschwerde unter dem Gesichtspunkte der Begebung eintreten, sobald die beschwerte Partei aus eben jenem Grunde statt der Vernichtung nur eine Abänderung oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchte. — Dieser Fall ist nun hier genau gegeben. Alle Nullitätsbehelfe der Freiherren v. Th. sind in ihrem Restitutionsprozeße gegen die Gemeinde B. bis zum Uebermaasse entwickelt und vertheidigt worden; alle sind umständlich gewürdigt, aber ungenügend befunden worden Eine wiederholte Prüfung und Revision jener Entscheidung von 1846 wird daher vergebens in Antrag gebracht. Würde der neue Ausspruch, wie er nun verlangt wird, in einem wesentlichen Punkte von dem früheren im Restitutionsprozeße ergangenen abweichen, so stünde vielmehr ihm der neue Nullitätsgrund des Widerstreites mit einem rechtskräftigen Erkenntniße entgegen, und er müßte auf neue vernichtet werden, nach Vorschrift der **GD. Kap. XIV §. 11 Nr. 3**, so wie der **Const. 1 sentent. rescind. non posse (7, 50)**, wo es heißt: „*nequesnam, neque decessoris sui sententiam quemquam posse retractare, in dubium non venit.*“

DAÖE. vom 10. Okt. 1848. Nr. 946 ⁴⁷/₄₈.

3.

Malzdefraudation. Strafe des Abbruchs der Partikularmalzmühle.

Nach §. XXI lit. b des Aufschlagsmandats vom 28. Juli 1807 unterliegen die Malzbrecher, welche bei Partikularmalzmühlen angestellt sind, in dem Falle, wenn sie über den zufälligen und in der Polette sogleich anzumerkenden Ueberschuß mehr Malz zum Brechen übernehmen, brechen und abfolgen lassen, für ihre Person einer Geldstrafe von 10 Reichsthalern; gegen Eigenthümer der Malzmühle aber soll sogleich in dem ersten Falle mit Abbrechung der eigenen Malzmühle verfahren werden. Nach dem deutlichen Wortlaute dieser Gesetzesstelle ist die fragliche Uebertretung erst dann vollendet, wenn der Malzbrecher, obgleich er bei der Abmessung findet, daß ein strafbarer Ueberschuß da ist, das Malz zum Brechen übernimmt, bricht und abfolgen läßt; macht dagegen der Malzbrecher, sobald er bei der Abmessung ein strafbares Uebermaas findet, sogleich bei dem Aufschläger Anzeige, so kann von einer strafbaren Handlung seinerseits keine Rede sein. Hat sich aber der Malzbrecher keiner Uebertretung des §. XXI schuldig gemacht, so kann auch gegen den Eigenthümer der Mühle die Abbrechung derselben nicht verhängt werden, da diese Strafe denselben nur dann trifft, wenn der von ihm aufgestellte Malzbrecher eines der im §. XXI lit. a und b bezeichneten Vergehen sich schuldig gemacht hat. Die Uebertretungen des §. XIX haben für den Bräuhäus-Inhaber, welcher zugleich eine eigene Malzmühle besitzt, nicht den Abbruch der Mühle, sondern nur die dort angedrohten Strafen zur Folge.

DAGE. vom 20. Nov. 1849 in Sachen des Grafen Otting-Fünfstetten wegen Malzausschlagsdefraudation; u. v. 23. Nov. 1849 in Sachen des Alois Rupp zu Eiterstheim wegen derselben Uebertretung.

Redakteur: J. A. Seuffert. Verl. Palm & Enke J. Erlangen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 2. Samstag, den 18. Januar 1851.

Im Art. 18 — 21 des Gesetzes über die Kompetenzkonflikte vom 28. Mai 1850.

Art. 18 des in der Ueberschrift bezeichneten Gesetzes enthält die Bestimmung: „Wenn sich ein Streit zwischen den Gerichten über ihre Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtsfachen ergibt, so ist jede Partei berechtigt, bei dem durch Art. 14 bestimmten Gerichte auf Entscheidung anzutragen.“ Da hier von einer Mehrheit von Parteien die Rede ist, so könnte scheinen, daß die Bestimmung des Art. 18, sowie die damit zusammenhängenden Art. 19 — 21 nur auf Kompetenzkonflikte in Gegenständen der streitigen Civilrechtspflege zu beziehen seien. Bei näherer Erwägung zeigt sich jedoch, daß die Art. 18 — 21 regelmäßig auch auf Kompetenzkonflikte in Sachen der nicht streitigen Civilrechtspflege Anwendung finden. Auch bei Gegenständen der letzteren Art spricht man von Parteien. Wer immer bei einer zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörigen Sache theiligt ist, pflegt Partei genannt zu werden, gleichviel ob außer ihm noch andere Beteiligte vorhanden sind und gleichviel, ob ihm diese kontradiktorisch gegenüberstehen oder nicht. Diese

Ausdrucksweise ist aber nicht bloß die vulgäre, sie hat auch wissenschaftliche und positive Geltung. So z. B. wird in Puchta's Schriften über das Verfahren in nicht streitigen bürgerlichen Rechtsfachen das Wort „Partei“ abwechselnd und gleichbedeutend mit dem Worte „Betheiligter“ gebraucht und dasselbe geschieht in der provisorischen Taxordnung für Verhandlungen der nicht contentiosen Gerichtsbarkeit vom 8. Oktob. 1810. In solch' weiterem Sinne und ohne ein kontradiktorisches Gegenüberstehen der Betheiligten zu fordern, hat denn auch der Gesetzgeber vom 28. Mai 1850 den Ausdruck „Partei“ angewendet. Was er im Art. 18 „Partei“ nennt, umschreibt er im Art. 19 Abs. 2 mit den Worten „in der Sache betheiligte Personen.“ Wie wäre auch anzunehmen, daß der Gesetzgeber, obschon er den Art. 14 für alle Arten von Zuständigkeitsstreiten unter den Gerichten aufstellte, und obschon er sich im Art. 18 des allgemeinen Ausdrucks „in bürgerlichen Rechtsfachen“ bediente, gleichwohl übersehen habe, das Verfahren bei Kompetenzkonflikten in Gegenständen der nicht streitigen bürgerlichen Rechtspflege zu normiren? Muß nicht vielmehr angenommen werden, daß, da Kompetenzkonflikte der letzteren Art schon vor dem Erlasse des Gesetzes vom 28. Mai 1850 in derselben Weise behandelt wurden, wie Kompetenzkonflikte in Gegenständen der contentiosen Civilrechtspflege, auch das neue Gesetz ein und dasselbe Verfahren für beide Arten von Zuständigkeitsstreiten einführen wollte? Die volle Anwendung der Art. 18 — 21 auf Kompetenzkonflikte in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildet jedoch nur die Regel, und eine Ausnahme von der grundsätzlichen Gleichförmigkeit des Verfahrens muß nothwendig dann eintreten, wenn in einer nicht streitigen Civilrechtsache die Betheiligten nach Person oder Aufenthaltsort unbes

kannt sind, oder die Sache von solcher Beschaffenheit ist, daß sie eine Bethätigung der Staatsfürsorge und ein offizielles Vorschreiten erheischt. In solchen Fällen kann zur Zeit ein Parteienantrag auf Entscheidung des Konfliktes nicht erfolgen oder doch nicht abgewartet werden. Wäre die Staatsanwaltschaft auch schon für Civilsachen eingeführt, so würde sie es sein, welche, — für derlei Fälle als Partei constituiert, — auf Entscheidung des Konfliktes anzutragen hätte, und das in den Art. 18—21 vorgeschriebene Verfahren würde alsdann von durchgreifender Anwendbarkeit sein. Vielleicht geschah es auch nur im Hinblick auf die künftigen Einrichtungen, daß, für jene Fälle, in welchen die Art. 18—21 zur Zeit keine volle Anwendung finden können, ein besonderes Verfahren von dem Gesetze nicht vorgezeichnet wurde. Wie soll nun aber in Fällen der befraglichen Art gegenwärtig verfahren werden?

Hierüber und über einige andere Punkte ist am 5. Oktober 1850 folgende Justizministerialentschließung erlassen worden:

„Nachdem sich über die Anwendung der Art. 18 u. flg. des Gesetzes vom 28. Mai 1850 in Bezug auf Kompetenzkonflikte in Gegenständen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit Zweifel ergeben haben und insbesondere die Anfrage gestellt worden ist, wer bei einem verneinenden Kompetenzstreite in Verlassenschaftsachen dasjenige Gericht zu bezeichnen habe, von welchem die Verlassenschaftsverhandlung einzuleiten, insbesondere für die noch unbekannten Bethheiligten ein Offizialvertreter aufzustellen oder eine Ediktalzitazion zu erlassen sei, — so wird hierüber dem I. Appellationsgerichte Folgendes eröffnet: Wie schon durch Minist. Reskr. v. 15. Juni d. J. Ziff. III ausgesprochen wurde, sind unter den Parteien im Sinne des angezogenen Art. 18 bei Gegenständen der

nichtstreitigen Gerichtbarkeit die Betheiligten überhaupt zu verstehen, ohne daß ein kontradiktorisches Gegenüberstehen derselben, wie im Civilprozeß, erfordert würde. Demnach erscheinen als Parteien in Bezug auf Verlassenschaftssachen: die Erbprätendenten, Vermächtnißnehmer und Erbschaftsgläubiger, der Fiskus, welcher die Erbschaft als *bonum vacans* anspricht, und überhaupt alle diejenigen Personen, welche an der Verhandlung der Verlassenschaft ein rechtliches Interesse haben. In Bezug auf Vormundschastsachen aber sind als Parteien der etwa schon definitiv oder durch vorsorgliche Verfügung aufgestellte Vormund, sowie diejenigen Personen zu betrachten, welchen die Erbitung eines Vormundes obliegt. Solche Interessenten sind nun aber nach Person und Aufenthaltsort entweder bekannt oder unbekannt. Sind sie bekannt und stellt sich zugleich ein offizielles Vorschreiten nach Beschaffenheit der Sache nicht als geboten dar, so ist den Betheiligten lediglich von dem Bestehen des Kompetenzstreites Nachricht zu geben, damit es ihnen möglich werde, die Entscheidung des Konfliktes zu betreiben. Sind sie dagegen nach Person oder Aufenthaltsort unbekannt, oder ist die Sache von solcher Beschaffenheit, daß sie eine Bethätigung der Staatsfürsorge und ein offizielles Vorschreiten erheischt, wie dieses z. B. bei Vormundschastsachen und unter gewissen Voraussetzungen auch bei Verlassenschaftssachen der Fall ist, so steht nichts im Wege, den bestehenden Konflikt von Amtes wegen zur Entscheidung zu bringen. Denn gegenüber der prinzipiellen Bestimmung, welche der Art. 14 des Gesetzes über die Lösung von Kompetenzstreiten unter den Gerichten aufstellt, ist die im Art. 18 enthaltene einzelne Anwendung jenes Grundsatzes nicht so ausschließend gefaßt, daß Kompetenzkonflikte in bürgerlichen Rechtsachen nur von den Parteien zur Entscheidung gebracht wer-

den könnten. Vielmehr wird den letzteren durch Art. 18 nur eine ihnen vordem nicht zugestandene Befugniß ertheilt, und jedenfalls kann von der Anwendung dieses Artikels nur dann die Rede sein, wenn Parteien wirklich vorhanden sind. Indem hienach schon zufolge der grammatischen Auslegung des Gesetzes neben dem parteilichen Antrage auf Entscheidung eines Kompetenzstreites auch ein offizieller Antrag möglich ist, würde man andererseits zu demselben Ergebnisse auch dann gelangen, wenn anzunehmen wäre, daß das Gesetz bezüglich der in Rede stehenden Fälle eine Lücke enthalte. Denn um diese auszufüllen, muß einerseits auf die besondere Natur der Sache und andererseits nach dem in Fr. 26 und 27 de legibus (1, 3) ausgesprochenen Satze: „*priores leges ad posteriores trahi usitatum est*“ auf die frühere Einrichtung und Uebung Rücksicht genommen werden.

Nach dem bisher Gesagten erscheint für den Eingang erwähnten Fall folgendes Verfahren als zulässig und sachgemäß:

1) Sind die Betheiligten oder deren Vertreter nach Person und Aufenthaltsort bekannt und stellt sich zugleich ein offizielles Vorschreiten nach Beschaffenheit der Sache nicht als geboten dar, so ist den Betheiligten lediglich von dem Bestehen des Kompetenzstreites mit dem Beifügen Nachricht zu geben, daß es ihnen überlassen bleibt, den Konflikt nach Maßgabe der Art. 18 u. flg. des Ges. v. 18. Mai 1850 zur Entscheidung zu bringen. Die Nachrichtbertheilung geschieht durch dasjenige Gericht, welches sich für unzuständig erklärt, nachdem bereits von Seite eines anderen Gerichtes eine Unzuständigkeitserklärung vorausgegangen ist.

2) Sind die Betheiligten nach Person oder Aufenthaltsort unbekannt, oder erheischt die Sache vermöge ihrer Beschaffenheit eine amtliche Fürsorge

für ihre Erledigung, so ist der Kompetenzkonflikt von Amtswegen zur Entscheidung zu bringen. Zu diesem Zwecke hat dasjenige Gericht, welches sich für unzuständig erklärt, nachdem bereits von Seite eines anderen Gerichtes eine Unzuständigkeitsklärung vorausgegangen ist, bei dem durch Art. 14 des Gesetzes bezeichneten Gerichte unter Vorlage der Akten den Antrag auf Entscheidung des Konfliktes zu stellen und hievon dem anderen Gerichte, mit welchem der Streit besteht, Nachricht zu geben, damit dieses gleichfalls seine Akten an den zur Entscheidung berufenen Gerichtshof vorlege. Bei diesem wird hierauf nach Maßgabe der Art. 19 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Art. 21 verfahren, und gemäß Art. 19 Abs. 2 der Antrag an die Betheiligten, wenn solche vorhanden und auch nach ihrem Aufenthaltsorte bekannt sind, mitgetheilt.

3) Vorsorgliche Verfügungen, wie z. B. die Sicherung einer Nachlassmasse durch Versiegelung, die Inventarisirung und die Aufstellung eines Erbschaftskurators, können gemäß Art. 20 Abs. 2 des Gesetzes (m. vgl. Bayer. Landr. Th. III cap. 1 §. 17 Ziff. 4 und §. 18 Ziff. 2) von jedem der im Konflikt begriffenen Gerichte getroffen werden und sind, wo es sich um Bethätigung der Staatsfürsorge handelt, von Amtswegen zu treffen. Zur Vermeidung von Kollisionen haben sich jedoch die im Konflikt begriffenen Gerichte gegenseitig von den getroffenen Provisorien alsbald Nachricht zu geben.“

R.

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Schätzungen in Zehentfixirungssachen.

In einer Zehentfixirungssache wurde die vorgenommene Schätzung von dem Appellationsgerichte zu Passau auf Berufung des Berechtigten verworfen. Gründe:

Was zunächst die Förmlichkeiten der Schätzung betrifft, so kommt in Betracht, daß die Sachverständigen förmlich beeidet sein müssen. — Ob dieß hinsichtlich der im gegebenen Falle beigezogenen Taxatoren geschehen sei, geht aus den Akten nicht hervor. In welcher Weise der frühere Schwörungsakt statt gefunden, wer denselben geleitet habe, ist nicht zu entnehmen, da weder die Original-Beeidigungs-Protokolle, noch beglaubigte Abschriften oder Extrakte davon sich bei den Akten befinden. — Dagegen ergiebt sich allerdings, daß die Zurückerinnerung der Schätzer an ihren Eid lediglich von dem aufgestellten Fixirungs-Kommissär, nicht aber von einer richterlichen Person beschäftigt worden ist.

Je bedenklicher die Herstellung der Zehenterträge durch Schätzung überhaupt ist, je leichter dabei die größte Verletzung wohl erworbener Rechte vorkommen kann, desto strenger muß darauf gehalten werden, daß alles dasjenige beobachtet werde, was den Schähmännern die Wichtigkeit der von ihnen vorzunehmenden Handlung und die hohe Verpflichtung, welche sie dabei übernehmen, zum bestimmten Bewußtsein bringt. — Wenn es daher schon eine Abweichung von der strengsten Form ist, daß in einem konkreten Falle die Sachverständigen nicht besonders beeidigt, sondern nur an einen früher

geleisteten Schwur zurück erinnert werden, so ist es um so gewisser erforderlich, daß diese Erinnerung, gleich wie es bei der Beeidigung selbst sich geziemt, durch eine richterliche Person vorgenommen werde, und die Akten hierüber Ausweis enthalten.

Hieraus ergibt sich, daß die vorliegende Schätzung an einem formellen Mangel leidet, der ihre Rechtsbeständigkeit ausschließt. In der Berufung des Frankenger ist zwar dieser Umstand nicht besonders angeregt. Da er jedoch seine Berufungsbitte auf Kassirung der Schätzung gerichtet hat, war der gedachte formelle Grund, der sich sofort von selbst aus den Akten ergibt, in soferne er zu dem erbetenen Resultate führt, auch allerdings zu berücksichtigen.

In materieller Hinsicht ist gegen die Schätzung mit Grund deshalb Beschwerde geführt, weil die Schätzer bei der Ertragsbestimmung von einer falschen Voraussetzung ausgegangen sind. Es ergibt sich nämlich aus der Angabe der Schätzmänner insbesondere im Zusammenhange mit einer früher am 18. Juni 1849 vorgenommenen Schätzung des Zehent-Ertrages auf einem anderen Bauerngute, auf welche Schätzung im gegenwärtigen Falle Bezug genommen wurde, daß die Schätzung den Durchschnitt zwischen fruchtbaren und unfruchtbaren oder Mißjahren darstellen soll, und daß dabei die in Mißjahren gewährten Nachlässe eingerechnet wurden. Es bilden demnach die Erträgnisse fruchtbarer Jahre eines Theils, andererseits aber die Ergebnisse von Mißjahren, — und zwar diese nach Abrechnung von Nachlässen, die Faktoren, aus denen die Schätzer das von ihnen angegebene Resultat gezogen haben.

Hiegegen aber ist zu erwägen, daß der Zehentberechtigte zu einem Nachlasse wegen Mißwachs überhaupt niemals rechtlich verpflichtet

ist, und Nachlässe, so ferne sie in der That statt gefunden haben sollten, lediglich auf dem freien Willen des Zehentherrn beruhen. Es ergiebt sich dieß aus der Natur des Zehents selbst, der die Reichniß eines bestimmten Theils des jeweiligen Roh- Ertrages ist, sohin mit diesem ohnehin steigt und fällt.

LR. Zhl. II. Cap. 10. §. 3 Nr. 1 §. 16 Nr. 2.

Demgemäß können Nachlässe von Zehenten bei Durchschnittserhebung des Zehentertrages auf keinen Fall in Anschlag kommen, und da es doch geschehen ist, so ist der eine Faktor offenbar zu gering angesetzt, also das Ergebnis unrichtig und zu niedrig.

Ein weiterer, vom Appellanten geltend gemachter Grund für die Unhaltbarkeit der Schätzung liegt darin, daß die Kosten der Zehenteinbringung ohne weiters und per Bausch und Bogen mit dem Zehentstroh und dem Krautzehent abgeglichen sind. Der Bezug auf andere Fälle, in denen sich die Beteiligten solche Abgleichung gefallen ließen, genügt zur Motivierung nicht. — Vielmehr haben die Schätzer, wenn die Interessenten sich nicht anderweitig vereinigen, den Ertrag des Zehent- Strohes, sowie des Klein- und Grün- Zehents, letzteren nach Maßgabe des üblichen Anbaues in Verbindung mit der katastermäßigen Ertragsfähigkeit des Bodens, dagegen aber auch die Einbringungskosten des Zehents gehörig zu taxiren, und ihre Werthangaben einzeln gehörig zu motiviren.

Die Schätzung stellt sich demnach auch in diesem Punkte als mangelhaft dar, und war daher für rechtsungültig zu erklären.

Erk. des AG. von Niederbayern vom 8. Feb. 1850 in G. Frankenberger gegen Stadlberger.

2.

Schätzungen zum Zwecke der Handlohnfixirung.

In einer Handlohnfixirungssache wurde die vorgenommene Guttschätzung auf Berufung des Berechtigten vom AG. zu Passau verworfen, aus folgenden Gründen:

1) die vorliegende Schätzung, welche zum Zweck der Fixirung des Handlohnß gemäß Art. 15 Abs. III des Gesetzes vom 4. Juni 1848 die Fixirung und Ablösung der Grundlasten betr. und §. 5 Abs. II der Verordnung vom 19. Juni 1832 gl. Betr. vorgenommen worden ist, und das Verfahren bei derselben hat sich nach Art. 11 Nr. 4 des allegirten Gesetzes und nach §. 9 der Vollzugs-Instruktion vom 17. Juni 1848 zu richten.

2) Bei Vergleichung der dort vorgezeichneten Regeln mit der Schätzung vom 22. Dezember v. Js. zeigen sich erstere in mehreren Punkten als nicht beobachtet, und zwar

a) ist aus der Schätzung nicht ersichtlich, ob das darin aufgeführte Gut im belasteten Zustande geschätzt wurde oder nicht, eben so wenig

b) ob dabei das Grundsteuerdefinitivum berücksichtigt wurde, insbesondere die dabei festgestellten Steuerverhältniszahlen,

c) ob der unter der Firma Gerichtsschäfer im Protokolle aufgeführte Joseph auch zu dieser Schätzung speziell amtlich aufgestellt wurde,

d) ob sämtliche Schäfer über ihre Pflichten und Befugnisse, wie solche aus dem Gesetze vom 4. Juni 1848 und der Instruktion hiezu vom 17. Juni 1848 sich ergeben, durch eine Richterperson geeignet belehrt und hierauf förmlich be-

eidigt wurden, indem es nicht genügen kann, daß sie von dem mit Richteramtösfunktion nicht bekleideten Fixations-Kommissär K. an einen Eid erinnert wurden, dessen Ableistung in den Akten nirgend nachgewiesen erscheint.

e) Die sämmtlichen Schätzer haben es ganz und gar unterlassen, die Gründe ihrer Schätzung ins Protokoll niederzulegen, welche Unterlassung dieselbe schon an sich als zum Zwecke ungenügend und verwerflich darstellt, und umsomehr in concreto, wo die Parteischätzer so beträchtlich in den Aestimationsgrößen abweichen, daß die des Berechtigten die des Pflichtigen mehr als um das Doppelte übersteigen, und der Gerichtschätzer seinen entscheidenden Auspruch, ohne irgend ein Motiv anzugeben, durchaus dem Schätzer des Pflichtigen beistimmend gethan hat.

3) Hierzu kommt noch, daß das kgl. Rentamt Bilsbiburg, welches durch Art. 19 des Ablösungsgesetzes und §. 7 der Vollzugs-Instruktion gemeinschaftlich mit dem kgl. Landgerichte zur Instruktion der Fixirung der Grundlasten berufen ist, seit dem 20. Aug. v. Jd. nicht mehr, also auch von der Schätzung und deren Resultat nicht Kognition erhielt, was nicht umgangen werden durfte, da der zum Fixirungs- und Ablösungsgeschäfte beigegebene Kommissär Alles, was er in (vergleichen) Sachen vornimmt, so wie alle Verfügungen und Beschlüsse, welche er nur zu entwerfen hat, der Genehmigung und Beschlußfassung der gesetzlich dazu berufenen Behörde, also auch des k. Rentamts unterstellen muß.

Erl. des Appellationsgerichts von Niederbayern v. 31. Aug. 1860 in Sachen der Universität München g. Niedermaier.

3.

Handlohnfixirung. Privatübereinkommen.

Ein bisheriger Leihherr hatte mit dem Grundhuld durch Privatübereinkunft die Leihgeldablösungssumme auf 680 fl. mit der Bestimmung festgestellt, daß bei der nächsten Besitzveränderung die erwähnte Summe entweder baar abgelöst, oder ein ganzes Handlohn mit 340 fl. baar bezahlt, und der Rest als ein 4% Bodenzinskapital auf das Anwesen übernommen werden sollte. Im November 1848 trat eine Besitzveränderung ein, aber der zur Gutsnachfolge Berufene verweigerte die Erfüllung jener Uebereinkunft. Die in Gemäßheit derselben mit alternativer Bitte gestellte Klage des seitherigen Leihherrn wurde vom Gerichte erster Instanz wegen Mangels amtlicher Fertigung angebrachtermaßen von der Gerichtschwelle abgewiesen. Das Appellationsgericht verordnete aber auf Berufung des Klägers, daß auf die Klage Verhandlung einzuleiten sei. In den Motiven kommt unter anderem vor:

Das Ablösungsgesetz vom 4. Juni 1848 und die Instruktion vom 17. desselben Monats bezeichnen unter den Wegen, auf welchen die Fixirung der Grundlasten überhaupt und insbesondere des Handlohns geschehen soll, den des gütlichen Uebereinkommens zwischen Berechtigten und Pflichtigen als den ersten, und verordnen eine amtliche Einschreitung durch Schätzung oder auf andere Art erst für den Fall, wenn ein gütliches Uebereinkommen nicht erfolgt. Gesetz und Instruktion sprechen aus, daß alle vor der amtlichen Behandlung zu Stande gekommenen Fixationen in Kraft bleiben sollen, daß die Wahl unter den zur

Fixirung bezeichneten Wegen immer zunächst den Betheiligten freisteht, und erst dann, wenn sich dieselben hierüber nicht vereinigen, die Distriktspolizeibehörde und Rentämter sich für denjenigen Weg entscheiden sollen, welcher nach ihrem Ermessen der Wahrheit und Billigkeit am nächsten kommt. Eine ohne amtliche Mitwirkung zu Stande gekommene Fixirung soll von Seiten der k. Behörden ohne erheblichen Grund nicht beanstandet werden, wenn zur Genüge erhellet, daß dieselbe beiderseits mit freiem Willen und gutem Vorbedacht statt gefunden habe. Dem Allen zufolge wird der Klage die Einrede der Ungültigkeit des Uebereinkommens, weil es nicht vor der Distriktspolizeibehörde in Gemeinschaft mit dem k. Rentamte abgeschlossen worden ist, kaum mit Erfolg entgegengesetzt werden können, wenigstens kann nicht jetzt schon gesagt werden, daß die Einrede begründet ist, sie darf in keinem Falle von dem Richter officio supplirt werden, und es kann daher auch dieser Mangel, die Distriktspolizeibehörde habe das Uebereinkommen noch nicht genehmigt, keinen Grund zur Abweisung der Klage in der angebrachten Art bilden.

Noch weniger kann dieses auf den Grund der Verordnung vom 8. Okt. 1810 geschehen, weil die Gültigkeit eines Vertrags über unbewegliche Güter nicht von der dort anbefohlenen Verbriefung oder gerichtlichen Protokollirung des Vertrags abhängt, letzterer vielmehr durch den gegenseitigen Konsens der Kontrahenten perfekt geworden ist, und auf Erfüllung desselben geklagt werden kann.

Erk. des O.G. von Oberbayern v. 2. März 1850
in C. Graf Arco-Valley g. Stiller.

4.

Berufungssumme. Eingeklagte Besoldungsrate.

Vgl. Bd. 7 S. 192, 400; Bd. 8 S. 416.

In einem gegebenen Falle handelte es sich zunächst von einer Besoldungsrate im Betrage von 80 fl. Allein das verklagte fürstliche Haus bestritt die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung der klägerischen Gehaltsbezüge überhaupt, und es wurde daher, weil die Frage über diese Verbindlichkeit im Allgemeinen streitig geworden, das Dasein der Berufungssumme angenommen.

DAGE. vom 22. Sept. 1849 Nr. 967⁴⁶/₄₇.

5.

Berufung mit Remonstration verbunden.

Wenn eine Partei ihre im Laufe der Berufung: Nothfrist übergebene Remonstration eventuell als Berufung erklärt hat, so ist zwar diese Verbindung nicht geeignet, zumal wenn etwa die Bitte nach Art der Remonstration lediglich an den vorigen Richter gerichtet ist. Allein die Versäumniß der Appellation kann doch hieraus nicht abgeleitet werden, und wenn auch eine passende Appellationsbitte nicht gestellt wurde, so enthält doch das der Remonstration beigefügte Gesuch dasjenige, was der Beschwerdeführer überhaupt erkannt haben will, und in der Erklärung, daß die Remonstration eventuell als Berufung gelten soll, liegt stillschweigend der Antrag, daß der Oberrichter so erkennen möge, wie es dem Unterrichter angeschlossen worden.

DAGE. (v. 22. Sept. 1849) und Akt. in Nr. 967⁴⁶/₄₇.

6.

Bestimmung des Schwörenden. Selbstständige Berufung.

In einer Rechtsache wurde darüber gestritten, ob ein dem k. Fiskus aufgetragener Reinigungsbeid von dem Fiskalbeamten bei der Regierung von Mittelelfranken oder von dem bei der Regierung von Unterfranken zu schwören sei. Die über diesen Streitpunkt von der Klägerin ergriffene selbstständige Berufung wurde unter Bezugnahme auf §. 52 Nr. 5 der Prozeßnovelle von 1837 und Seuffert's Kommentar Bd. 4 S. 16 Note 39 für zulässig erachtet.

DAßG. vom 27. April 1848 Nr. 843⁴⁷/₄₈.

7.

Verweigerung eines aufgelegten Eides.

Wenn die Partei, welcher rechtskräftig die Leistung eines Eides aufgelegt ist, auf eine Einschaltung in die Eidesformel anträgt, und hierbei erklärt: „man ist unter dieser Einschaltung bereit, den aufgelegten Eid zu leisten; wollte die Eidesauflage nach ihrer fehlerhaften Wortfassung verstanden werden, so wäre die Eidesleistung keinem vernünftigen Menschen möglich“ —

so kann in einer solchen Erklärung eine bestimmte Verweigerung der Eidesleistung, für den Fall der Erfolglosigkeit des Einschaltungs-Antrags, nicht gefunden werden.

DAßG. vom 8. März 1850 Nr. 843⁴⁷/₄₈.

8.

Tod des jüdischen Delaten vor der Eideleistung.

Komment. d. d. OÖ. Bb. 3 S. 301 ff. Pl. f. RA. Bb. 2 S. 301,
Bb. 5 S. 81, 219.

Hierüber kommt in den Motiven einer oberst-
richterlichen Entscheidung vor: Nachdem die OÖ.
für den Fall des Vorabsterbens vor abgelegtem Eide
für nicht christliche Glaubensgenossen keine Vorsehung
gethan hat *), so kann die ganz natürliche Folge von
dem Todesfalle des J. v. H. nur darin bestehen,
daß das Beweismittel der Eideszuschreibung für diesen
Fall als nicht erschöpft und nicht weiter erschöpfbar
für den klagenden Theil verloren geht und ihm nur
die Bedachtnahme übrig bleibt, ob sich diesem Aus-
falle in der Reihe seiner Behelfe nicht auf andere
Art durch neue Beweismittel nachhelfen lasse.“

DAÖG. vom 5. Januar 1849. Nr. 221⁴⁸/49.

9.

Liquidation von Hypothekenforderungen.

Bgl. Bb. 13 S. 267.

Ein Hypothekgläubiger, welcher seine Forde-
rung am ersten Ediktstage unter Vorlage des Ori-
ginal-Schuld- und Hyp.-Briefes liquidirte,
war nicht auch verbunden, sich noch besonders auf
den Inhalt des Hypothekenbucheß (nach der Bestim-
mung des Hyp. Ges. §. 118) zu beziehen.

DAÖG. vom 22. Feb. 1847. Nr. 530⁴⁶/47.

*) Bgl. Plenarbeschuß des DAÖG. vom 14. Januar
1841. Regb. S. 111 f.

Literarisches Anzeigeblatt

zu den

Blättern für Rechtsanwendung

1851. Samstag den 18. Januar. Nr. 1.

Bei uns befindet sich unter der Presse und wird von allen Buchhandlungen Bestellung darauf angenommen:

Sammlung von Ministerialentschließungen und Auszügen oberflichter Erkenntnisse

zu den

neuen Strafprozeßgesetzen für das Königreich Bayern.

Nach den einschlägigen Artikeln geordnet und herausgegeben mit höchster Bewilligung des k. Staatsministeriums der Justiz

von Dr. Fertig,

ogl. Appellationsgerichtsrath in Bamberg.

circa 20 Druckbogen in 8.

Der Herausgeber hat seit Einführung des neuen Strafverfahrens die zur Erläuterung dienenden Ministerialentschließungen und interessanten Präjudizien des obersten Gerichtshofes zu seinem eigenen Gebrauche gesammelt und nach den einschlägigen Artikeln geordnet.

Neuerseitigem Wunsche entsprechend, übergibt er diese Sammlung durch den Druck der gemeinsamen Vernehmung. Sie enthält zugleich mehrere Anhänge zu dem Edikte über die Freiheit der Presse und des Buchhandels vom 4. Juni 1848, und zu dem Gesetze vom 17. März 1850, den Schutz gegen den Mißbrauch der Presse betreffend, dann zu dem Gesetz über Bestrafung der Jagdsfrevel vom 25. Juli 1850 u. s. w., und ist mit einem vollständigen Sachregister versehen.

Diese Sammlung wird den Staatsanwälten, Untersuchungsrichtern, Vertheidigern und erkennenden Gerichten, sowie selbst den angehenden Juristen eine gleich unentbehrliche Hülfesquelle bieten, wie einst Doppelmayr's Rescriptensammlung bei dem früheren Strafverfahren.

Nördlingen im Januar 1851.

C. F. Beck'sche Buchhandlung.

Im Verlage der Buchner'schen Buchhandlung in Bamberg und Bayreuth ist soeben erschienen und daselbst zu haben:

Wunder, Herrschaftsrichter, Anleitung zum Vollzuge des Gesetzes vom 25. Juli 1850 über die Einquartirungs- und Vorspannlasten oder zur richtigen Uebernahme, Vertheilung und Ausgleichung dieser Lasten in Friedenszeiten sowie der Kriegslasten im Königreiche Bayern. Preis broch. 45 fr.

Ferner sind im gleichen Verlage erschienen:

Freudel, Dr. A. G., Anleitung zur Kenntniß der wesentlichen Bestimmungen für den administrativen Wirkungskreis der Landgerichte in Bayern. Vollständig mit den Nachträgen. Geb. 4 fl. 40 fr.

Gesetz, die Abänderungen des zweiten Theiles des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betreffend. Preis geh. 24 fr.

Wunder, G. Chr. C., die administrativen Rechtsstreitigkeiten im Königreich Bayern, diesseits des Rheins, und das gerichtsunordnungsmäßige Verfahren in denselben. Preis 1 fl. 12 fr.

Bei Georg Franz in München ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Die
neuen Gesetze für das Königreich Bayern,
erlassen
in Folge des Landtags von 1849/50
samt den darauf bezüglichen Vollzugs-
Instruktionen u.

Vierte Lieferung.

Schluß, mit einem Sachregister zum 1., 2. und 3. Bändchen.

16. broch. 36 fr.

Hiermit ist diese Sammlung, welche so viele in das bürgerliche Leben eingreifende Gesetze enthält, abgeschlossen, und die verehrlichen Besitzer können die 4 Bändchen zusammenbinden lassen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 3. Samstag, den 1. Februar 1851.

Erläuterungen des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, die Abänderungen des Th. II. des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betr.

Vgl. Bd. 16 S. 8 ff.

XLIII. Präsidium außerordentlicher Schwurgerichtssitzungen.

Art. 113 Abs. 4.

Die Bestimmung des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 Art. 113 Abs. 4, den Präsidenten einer außerordentlichen Schwurgerichtssitzung betr., findet auch bezüglich der Person des Stellvertreters desselben Anwendung.

Just. Minist. Entschl. vom 27. Juli 1849 an das Präsid. des AG. zu Passau ergangen.

XLIV. Beurlaubung der Geschwornen.

Manche Schwurgerichtshöfe geben den Art. 97 und 98 des Ges. vom 10. Nov. 1848 die Auslegung, als könne einem Geschwornen wegen angeblich dringender Geschäfte auf längere oder kürzere Zeit Urlaub ertheilt werden. Diese Ansicht erscheint aber nach dem Wortlaut und Geist des Gesetzes als eine irrige. Es ist nämlich das Richter-

scheinen und das Entfernen der Geschwornen nur durch die Unmöglichkeit, erscheinen oder verweilen zu können, gerechtfertigt, und als eine solche kann die Beforgung der Wirthschaftsangelegenheiten, Handelsgeschäfte u. dgl. nicht angesehen werden. Abgesehen aber auch hievon, so haben die voraussichtlich häufiger werdenden Urlaubsgesuche, wenn solche gemäß dieser irrigen Ansicht bewilligt werden, die Folge, daß an die Stelle der Hauptgeschwornen die Ersatzgeschwornen treten müssen, daß, da letztere nur im Nothfalle zu berufen sind, das Schwurgericht alsdann nicht gehörig zusammengesetzt ist, daß endlich leicht der Fall des Nichtmehrvorhandenseins der gehörigen Anzahl von Geschwornen eintreten kann. Das Staatsministerium der Justiz sah sich daher veranlaßt, die Mitglieder der Schwurgerichtshöfe aufmerksam zu machen, daß das Gesetz am 10. Nov. 1848 keine Urlaubsbewilligungen, sondern nur Dispensationen in solchen Fällen kennt, in welchen das Verweilen eines Geschwornen vom Sitze des Schwurgerichts und seine Theilnahme an den Verhandlungen nicht wohl möglich ist. — Zugleich wurden die Präsidenten der Schwurgerichte aufmerksam gemacht, in den Sitzungsprotokollen bei der Aufführung der anwesenden Geschwornen zu gleicher Zeit beizufügen, welche Geschworne und in Folge welcher erhaltenen Dispensation sie fehlen, um die gehörige Zusammensetzung des Schwurgerichtes ermessen zu können.

Entschl. des Justizministeriums vom 16. Febr. 1850.

XLV. Kollegiale Behandlung der Strafsachen bei den Kr. : und St. : Gerichten.

1) Mit der Bestimmung des Art. 47 Abs. 2 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, wornach der

Vorstand oder ein anderes Mitglied des Senates sich durch Einsicht der Akten auf die Sitzung vorzubereiten hat, wurde nichts anderes bezweckt, als eine Kontrolle bezüglich der Vollständigkeit und Uebereinstimmung des vom Staatsanwalt erstatteten Vortrags mit den aktenmäßigen Erhebungen. Die Wirksamkeit des mit dieser Kontrolle beauftragten Senatsmitgliedes hört mit der gepflogenen Berathung auf, und nach der Abstimmung ist es einzig und allein Pflicht des Senatsvorstandes, für die Redaktion des vom Gerichtsschreiber niederzuschreibenden Beschlusses oder Erkenntnisses zu sorgen. Das gegenwärtige Strafverfahren kennt bei dem Verfahren vor den Kreis- und Stadtgerichten das Institut der Referenten nicht. Die Abstimmung geschieht lediglich nach Vorschrift des Art. 201 Abs. 1 und das Entwerfen eines Beschlusses oder Erkenntnisses vor der Sitzung ist dem jetzigen Verfahren, welches auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gegründet ist, und wobei alle Weitläufigkeiten und Vielschreiberei vermieden werden sollen, ganz fremd und damit nicht vereinbar.

2) Hiedurch wird auch in keiner Beziehung eine Geschäftsüberbürdung der Senatsvorstände herbeigeführt, indem der Senatsvorstand durchaus nicht in der Person des Gerichtsvorstandes repräsentirt sein muß, sondern der älteste Richter des Senates die Funktion des Vorstandes zu übernehmen hat, sonach durch den Wechsel der Senate eine gleichförmige Vertheilung der Arbeiten möglich wird.

3) Ganz dasselbe Verhältniß wie zu 1) ist es mit denjenigen Verfügungen, welche von dem Beschlusse des Kreis- und Stadtgerichtes auf Verweisung in die öffentliche Sitzung bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses zu erlassen sind. Diese fallen in so lange, bis nicht in derselben Sache ein weiterer Beschluß eines Senates erlassen ist, oder so fern

36 Aufgabe der Referenten. Vorläufige Erkenntniß-Entwürfe.

solche nicht dem Untersuchungsrichter durch das Gesetz überwiesen sind, gleichfalls dem Senatsvorstande zur Last. Sobald aber das Verweisungs-Erkennniß die Rechtskraft beschritten hat, liegt es dem Gerichtsvorstande ob, den Senat zur öffentlichen Sitzung zu bestimmen, worauf alle weiteren Verfügungen auf den Vorstand dieses Senates übergehen.

4) Daß die Redaktion des in der öffentlichen Sitzung erlassenen Urtheils dem Senatsvorstande obliegt, unterliegt ohnedies keinem Zweifel, und eben so unbedenklich ist es, daß es dem Gerichtsvorstande zusteht, gemäß Art. 218 Abs. 1 die Erlassung der Verfügungen behufs Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils einem der Mitglieder des Kr. und Stadtgerichts zu übertragen.

Entschl. des k. Justizministeriums vom 16. Juni 1849, an das UG. zu Amberg ergangen.

XLVI. Aufgabe der Referenten. Vorläufige Erkenntniß-Entwürfe.

Art. 47, 241, 333.

Das Institut der Referenten, wie solches bei dem Verfahren nach dem Strafgesetzbuch von 1813 eingeführt und nöthig war, ist dem neuen Strafverfahren deshalb ganz fremd, weil nicht mehr die geschriebenen Akten, sondern die öffentlich mündliche Verhandlung die Basis der Urtheile und Beschlüsse bildet. Wesentlich verschieden von den Referenten nach dem früheren Strafverfahren ist der Referent, wie solcher durch Art. 47, 241 und 333 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848 eingeführt ist. Dessen Funktion besteht nunmehr lediglich in der Kontrolle der Akten und in Darstellung der faktischen Verhältnisse in der Wesenheit der Sache und der Form des Verfahrens. Hiemit schließt sich seine Funktion, und nirgends im Gesetze ist dem

Referenten eine besondere, von jener der übrigen Richter abweichende Einwirkung bei Fassung des Urtheils resp. Beschlusses eingeräumt. Es ist vielmehr einzig und allein Sache des Senatsvorstandes, für die Redaktion des Urtheils oder Beschlusses Sorge zu tragen, und weder dem Referenten noch einem andern Richter liegt es ob, den Aufsatz eines Beschlusses oder den Entwurf eines Erkenntnisses auszuarbeiten.

Daß Entwerfen der Erkenntnisse vor der öffentlichen Verhandlung würde sogar, abgesehen davon, daß es dem Geiste des Verfahrens ganz entgegen ist, nothwendig dahin führen, daß das neue Institut in den Augen des Volkes seinen Werth verlöre, indem dieses die öffentlich-mündliche Verhandlung als eine leere Form nach bereits abgemachter Sache leicht zu betrachten geneigt und theilweise auch berechtigt sein würde. Die Ansicht, wornach die Referenten in die Sitzungen bereits Entwürfe der Beschlüsse oder Urtheile zu liefern hätten, kann eben so wenig gebilligt werden als jene, daß den Referenten das Aufsetzen der Beschlüsse oder Urtheile obliege, und daß bei der Abstimmung der Referent mit einem *votum informativum* vorauszugehen habe. Gesetzlich erscheint vielmehr die Funktion des Referenten nach der ihm obliegenden Kontrolle der Akten, und der von ihm ausgehenden Darstellung der Sach- und Aktenlage definitiv beendet. Es tritt dagegen bei der Beschlussfassung das Amt des Senatsvorstandes in Wirksamkeit, welcher ohnehin Aktenkenntniß haben muß, und welchem die Redaktion obliegt. Ob nun dieser im Interesse der förderlichen Behandlung der Untersuchungen und der Gründlichkeit der Strafrechtspflege auf das Geradenwohl, daß die öffentliche Verhandlung nichts an der schriftlichen Aktenlage ändert, und daß seine Ansicht die Zustimmung der Mehrheit der Richter

38 Gutachten von Sachverständigen höherer Ordnung.

erhalte, ein Urtheil entwerfen will oder nicht, bleibt dem Ermessen desselben überlassen. — Die in der Entschlieſung vom 16. Juni 1849 aufgestellten Grundsätze unterliegen bezüglich der Berufungsinſtanz keiner Aenderung.

Just. Minist. Entschl. vom 22. Dez. 1849, an das Präſidium des AG. zu Amberg ergangen.

XLVII. Requirirte Zeugenvorladungen. Art. 132.

Nicht nur zur Förderung des Geschäfts, sondern auch zur Vermeidung mangelhafter, unrichtiger Ladungen ist es nothwendig, daß bei allen Ladungen in öffentliche Sitzungen von Seite der requirirenden Gerichte die entsprechenden und gehörig ausgefüllten Formularien den Requisitionen beigelegt werden.

Just. Minist. Entschl. v. 9. Juli 1849.

XLVIII. Gutachten von Sachverständigen höherer Ordnung.

Vgl. Art. 49 Ziff. 1 Art 63 Abs. 2, Art 157.

Ist nach Aufhebung des Art. 265 Th. II des StGB. dem höheren medicinischen Gutachten eine solche maßgebende Beweisraft noch ferner beizulegen, daß auf dem Grunde desselben bei vorliegendem getheilten Gutachten der Sachverständigen ein strafrechtlicher Meut zur Aburtheilung an das Schwurgericht zu verweisen ist, oder ist ein solches Gutachten als nur *pro informatione* dienlich zu erachten? — Auf die Aeußerung dieses Bedenkens wurde zur Entschlieſung ertheilt: Gemäß Art. 63 Abs. 2, beziehungsweise Art. 49 Ziff. 1 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848 steht der Anklagekammer des AG. unbedenklich die Befugniß zu, in zweifelhaften Fällen die Erholung eines Gutachtens von Sachverständi-

gen höherer Ordnung behufs Ergänzung der Voruntersuchung zu beschließen. Nachdem aber nicht nur der Art. 265 Th. II d. StGB, sondern überhaupt die gesammte ältere Beweisstheorie, somit jede Beschränkung des Richters in Beurtheilung des Falles nach seiner objectiven wie subjectiven Richtung aufgehoben, auch das neue Strafprozeßgesetz Art. 157 bloß speciell beeidigte Sachverständige kennt, sonach der Art. 237 Th. II d. StGB. sammt Novellen hiezu (Doppelmayer 4. Aufl. S. 223) nur mehr auf die Voruntersuchung anwendbar erscheint, so ist es lediglich dem gewissenhaften Ermessen des urtheilenden Richters überlassen, welche Bedeutung er dem schriftlich erhaltenen Gutachten eines Medicinalcomités oder sonstigen Expertenkollegiums in seinem Urtheile beilegen will. Eben so ist der Richter auch bei mehreren Sachverständigen in seinem Urtheile nicht gerade absolut an die Mehrheit der Stimmen gebunden, sondern er wird, sofern er aus dem von den einzelnen Sachverständigen angegebenen Gründen mit gewissenhafter Ueberzeugung sich ein selbstständiges Urtheil über die zweifelhafte Thatfrage zu bilden vermag, diese seine Ansicht zu Grunde legen, außerdem aber jenem Gutachten sich anschließen, welchem er nach eigener Ueberzeugung am sichersten vertrauen zu können glaubt. Es besteht demnach sowohl in objectiver als subjectiver Beziehung, für den Richter nicht minder als für Geschworene, gleiche Ungebundenheit des Urtheils, und kann daher von der Beweiskraft des schriftlichen Gutachtens eines Medicinal- oder sonstigen Kollegiums eben so wenig die Rede sein, als (theoretisch und grundsatzgemäß) von einem Urtheilszwange durch die Mehrheit von Sachverständigen. Vielmehr wird das Augenmerk immer nur darauf zu richten sein, daß sowohl für den Thabe- stand als für die Ueberführung solche und so viele

40 Feststellung und Beitreibung von Vertheidigungsgebühren.

Beweismittel vorhanden seien, als nach vernünftigem Ermessen je nach den obwaltenden Umständen zur Begründung einer gewissenhaften Ueberzeugung hinreichen.

Just. Minist. Entschl. v. 11. Aug. 1849, an das AG. zu Passau ergangen.

XLIX. Strafvollzugskosten.

Bei den nach Art. 199 und 316 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848 vom Staatsanwalt zu stellenden Anträgen auf Anwendung des Gesetzes ist durch Stellung eines besonderen Antrages der Ausspruch darüber hervorzurufen, wem die Verpflichtung zur Tragung der Strafvollzugskosten, so weit sie nicht durch den Arbeitsverdienst des Gefangenen gedeckt werden, zufalle.

Entschl. des Justizministeriums vom 16. Januar 1850.

L. Feststellung und Beitreibung von Vertheidigungsgebühren.

1) Die Bestimmungen der Art. 404, 406, 408 und 409 Th. II des StGB. bestehen mit den darauf Bezug habenden Novellen noch gegenwärtig in Wirksamkeit, und insbesondere ist durch Art. 204 Abs. 3 des Ges. vom 10. Nov. 1818 dem Schwurgerichtshofe, dann durch die Art. 253, 303 und 339 den übrigen in Strafsachen urtheilenden Gerichten aller Instanzen aufgegeben, bei Verurtheilung des Angeeschuldigten in die Strafe auch dessen Verbindlichkeit zur Tragung der Prozeßkosten auszusprechen. Daß hiebei auch die Festsetzung der vom Vertheidiger liquidirten Deserviten zu geschehen hat, folgt aus der Bestimmung Nr. 4 der Nov. vom 27. Mai 1817 (Doppelmayer Aufl. 4 S. 283).

Daß nunmehr mündliche Verfahren macht es aber zur unbedingten Nothwendigkeit, daß der Bertheidiger noch vor Fällung des Urtheils die Liquidation der Deserviten dem Gerichte übergeben, widrigenfalls demselben lediglich in Gemäßheit Nr. 3 der Nov. v. 27. Mai 1817 die Verfolgung seines Anspruchs gegen den Verpflichteten auf dem Civilrechtswege vorbehalten ist, indem namentlich bei dem Schwurgerichtshofe mit dem Urtheile dessen Wirksamkeit für den speziellen Fall ganz aufgehört hat.

2) Als Normen bei Festsetzung der Bertheidigungsgebühren dienen die in jedem Regierungsbezirke geltenden Advokatentarordnungen in analoger Anwendung, und wo dies wegen Eigenthümlichkeit des neuen Strafverfahrens nicht möglich ist, hat die Festsetzung der Gebühren nach richterlichem Ermessen zu erfolgen.

3) Hinsichtlich der Vertreibung der Bertheidigungsgebühren ist an dem früheren Verfahren keine Aenderung eingetreten.

Entschl. des Justizministeriums vom 14. Juni 1849.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Die Ediktstage als termini ad quem.

Bl. f. R.R. Bd. 9 S. 151. Comment. d. b. O.D. Bd. 4 S. 357 ff.

In einem oberstrichterlichen Erkenntnisse kommt hierüber vor: „Sowohl nach der Gerichtsordnung Kap. 19 §. 4 Nr. 3, dann §. 9 Nr. 2, als auch insbesondere nach der Verordnung vom 9. Aug. 1810 (Regbl. 1810 S. 629) kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Ediktstage zwar bezüglich des

42 Nothwendigkeit der Bezugnahme auf den eingel. Rezeß.

Präsenzmachens, keineswegs aber bezüglich der vorzunehmenden Handlungen als *termini in quo*, sondern vielmehr als *termini ad quem*, als Fristen zu betrachten sind, wodurch sich der *terminus utilis* bildet, nämlich der Zeitraum von dem Tage, an welchem man eine zu einem Ediktstermine gehörige Verhandlung zuerst gültig, bis zum Tage, an welchem man sie zuletzt *sub poena praeclusi* vornehmen kann, — und hiefür hat sich auch eine konstante Gerichtspraxis ausgesprochen.

D.UG. v. 5. Aug. 1850. Wittwe Wiedemann'sche Konkursache.

2.

Präsenzprotokoll. Nothwendigkeit der Bezugnahme auf den eingelegten Rezeß.

Komment. üb. d. G.D. Bd. 4 S. 362. ff.

In einer Konkursache hatte der Vertreter einer Gläubigerin am 2. Ediktstage Präsenz gemacht, ohne aber in dem aufgenommenen Protokolle auf den später im Laufe des *terminus utilis* (s. oben) einzureichenden Exceptionsrezeß Bezug zu nehmen. Wegen dieser Unterlassung wurde der Beanstandung der Forderung eines andern Gläubigers, welche in dem rechtzeitig eingereichten Exceptionsrezeße vorkam, die Wirksamkeit versagt. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber: „Die Ger.:Ord. bestimmt im Kap. 19 §. 5 Nr. 2 ausdrücklich, daß, wenn die Forderung oder Exception so beschaffen ist, daß sie einer weitläufigen Erzählung oder Ausführung bedürfte, sie in einen schriftlichen statt mündlichen Rezeß zu bringen sei, dieser sodann als Beilage zu übergeben und sich mit wenigen Worten darauf zu beziehen sei. — Diese Bestimmung der Gerichts-Ordnung

hat die Prozeßnovelle vom 22. Juli 1819 §. 34 nicht nur nicht abgeändert, sondern sogar bestätigt, indem den Gläubigern zwar die Uebergabe schriftlicher Rezeße gestattet, jedoch zur Pflicht gemacht ist, im Protokolle sich auf diese Rezeße als Beilage zu beziehen, dabei aber jede Forderung nach ihrer Eigenschaft zu bemerken und deren Betrag auszuwerfen. — Diese zunächst auf den Liquidations-Rezeß sich beziehende Anordnung findet auch auf den Exceptions-Rezeß hinsichtlich der Bezugnahme auf selben im Protokolle um so mehr analoge Anwendung, als die allegirte Vorschrift der Gerichts-Ordnung weder durch die Prozeß-Novelle vom Jahre 1819, noch durch jene vom Jahre 1837 aufgehoben oder modificirt wurde, sohin dormalen ihre volle Gültigkeit hat. — Diesem zufolge ist zwar der Gröbelsche Exceptionsrezeß im Laufe des II. Ediktstermines, sohin rechtzeitig, keineswegs aber rite d. i. nach der Vorschrift der Gerichts-Ordnung c. 19. §. 5 Nr. 2, eingereicht worden, indem dieser Rezeß weder dem Exceptionsprotokolle beigelegt, noch in selbem sich hierauf bezogen wurde. — Die Außerachtlassung dieser gesetzlichen Förmlichkeit hat die Präklusion dieses Exceptions-Rezeßes zur Folge.“ —

LAUE. vom 5. Aug. 1850 in der Wittwe Wiedemann'schen Konkursache.

Nach schrift. Ueber die in vorstehender Entscheidung ausgeprägte Rechtsansicht wurden uns (von Hrn. Rechtskonzipienten Heinrich zu Augsburg) folgende Bemerkungen mitgetheilt:

„Es läßt sich nicht verkennen, daß nach dem strengen Buchstaben der Gerichts-Ordnung die Ediktstage nur als Tagessfahrten erscheinen, und daß sich die gegentheilige Theorie, welche die Einreichung der Rezeße inner den von einem Ediktstage zum andern laufenden Fristen gestattet, nur zum

Theile auf die Gerichtsordnung selbst, zum bei weitem größern Theile aber auf spätere Gesetze und namentlich auf eine consequente Praxis stützt.

Alle Bestimmungen, welche die O.D. über die Einreichung von Rezessen vorschreibt, sind daher nur mit Rücksicht darauf, daß die Ediktstage lediglich Tagsfahrten seien, gegeben, was insbesondere bezüglich der hier in Frage stehenden Förmlichkeit aus den Worten der allegirten Gesetzesstelle (XIX §. 5 Nr. 2):

„ist solche in einen schriftlichen statt mündlichen Rezeß zu bringen, und dieser sofort beilagsweise dahin zu übergeben, und sich mit wenig Worten darauf zu beziehen,“

unverkennbar hervorleuchtet.

Es liegt nun aber in der Natur der Sache, daß Förmlichkeiten, welche auf Tagsfahrten anwendbar, nicht auch auf Fristen passen werden, und dieß dürfte auch bezüglich der fraglichen Formalität der Fall sein.

Die Vorschrift der O.D. c. XIX §. 5 Nr. 2 wäre noch anwendbar auf den ersten Ediktstag, weil man wohl im Stande ist, den Liquidations-Rezeß für den ersten Ediktstag bereit zu halten, oder weil man an diesem doch wenigstens schon wissen muß, ob man einen solchen Rezeß einlegen will oder nicht. Dagegen wird man in den meisten Fällen an den folgenden Edikttagen noch nicht wissen, ob man zu excipiren, zu replizieren u. hat oder nicht, und es müßte daher an diesen Edikttagen eine Bezugnahme auf Rezesse regelmäßig in's Blaue hinein stattfinden. In dieser Beziehung kann nicht eingewendet werden, daß es wohl möglich ist, am II. Ediktstage sämtliche Liquidationen sofort zu prüfen, und hiernach zu ermitteln, ob die Abgabe einer Exception nöthig ist oder nicht: denn hiemit wäre wieder aller Vortheil genommen,

welchen die Theorie, die Ediktstage als termini ad quem gelten zu lassen, bezweckt und gebracht hat. Die Partei oder der Anwalt müßte dann wieder in aller Hast die eingekommenen Liquidations-Rezeße an einem Tage prüfen — was bei einem großen Zusammenflusse von Gläubigern oft unmöglich sein würde —, könnte selbst bei den entferntesten Gerichten nie einen Dritten zur einfachen Präsenzleistung substituiren u. s. w. — Sich längere Zeit vor dem treffenden Ediktstage Kenntniß von den eingelaufenen Rezeßen zu verschaffen, ist aber begreiflich nicht möglich, da ja solche noch den Tag zuvor rechtzeitig eingereicht werden können. — Die Konsequenz verlangt es also mit dem Aufgeben der Ediktalien als Tagösfahrten, auch die in c. XIX §. 5 Nr. 2 vorgeschriebene Förmlichkeit als weggefallen zu erachten — mindestens kann die Unterlassung dieser Förmlichkeit nicht den Ausschluß mit der betreffenden Handlung zur Folge haben.

Die O. d. a. a. D. Nr. 1 schreibt nur die Annahme der Gläubiger also (nur das Präsenzmachen) und nicht der Forderungen an den Ediktstagen bei Verlust der Forderungen und der betreffenden Handlungen vor; in Nr. 2 dagegen, welche von der in Frage stehenden Förmlichkeit handelt, ist mit keiner Sylbe ein solcher Rechtsnachtheil angedroht: es bedarf wohl aber keiner weitem Erörterung, daß das so abnorme Präjudiz des Rechtsverlustes immer nur da und in der Weise angewendet werden sollte, wo und wie es ausdrücklich vom Gesetze vorgeschrieben ist.

Noch bestimmter für meine Ansicht spricht §. 34 der Novelle v. J. 1819, welcher in Abs. 2 die fragliche Förmlichkeit immer nur auf die Liquidationen und immer nur auf die ersten Ediktstage angewendet wissen will, woraus doch durch ein argumentum e. contrario nichts anderes folgt, als daß die,

selbe für die andern Edictstage nicht verlangt wird. — Zudem sind durch die ganze Gesetzgebung alle Handlungen, welche an Fristen gebunden sind, erst dann ausgeschlossen, wenn die betreffende Frist abgelaufen ist. — Sollte daher für die Ediktalfristen eine andere Regel gelten, so müßte doch hiefür entweder ein ausdrückliches Gesetz oder doch mindestens eine konstante Praxis sprechen. Allein gesetzliche Bestimmungen, welche eine Ausnahme von der allgemein bei Fristen geltenden Regel statuiren, sind nicht vorhanden, wogegen sich eine langjährige, konstante und sachgemäße Praxis, welche, wenn nicht unzählige Wichtigkeiten und die schreiendsten Rechtsnachtheile hervorgerufen werden sollen, sogar zur nothwendigen geworden ist, dafür gebildet hat, daß an den Ediktstagen lediglich Präsenz zu leisten ist, die betreffenden Rezesse aber ohne alle weitem Formlichkeiten intra terminum utilem in den Gerichtseinlauf gegeben oder zu Protokoll diktiert werden können.

Erwägt man endlich, daß die nach Ansicht des obersten Gerichtshofes vorgeschriebenen Formlichkeiten gar keinen Nutzen erkennen lassen, so wird man dem in Betreff der Einreichung von Rezessen im Konkurse erlassenen Urtheile des obersten Gerichtshofes schwerlich beipflichten können, auch ohne daß ich anführe, daß derselbe bereits schon selbst das einfache Einreichen eines Rezesses in den Gerichtseinlauf für genügend erachtet hat.“

DABE. v. 9. Juli 1845 N. 1446 ⁴³/₄₄.

Seufferts Komm. Bd. IV. S. 362. Not. 32.

3.

Zur Lehre von der Einkindschaft.

Die Frage, ob nach fränkischem Landrechte der außereheliche Vater befugt sei, bei seiner vorhabenden Verheirathung das mit einer andern Frauensperson als seiner künftigen Ehefrau außer der Ehe

erzeugte Kind ohne vorhergegangene Legitimation einzukindschaften, ist von dem obersten Gerichtshof aus folgenden Motiven verneint worden:

Die kaiserliche Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken setzt überall, wo sie von der Einkindschaft spricht, Kinder aus voriger Ehe voraus. Th. III Tit. 108 §. 1 Tit. III §. 10.

Die Verordnung vom 9. April 1791 (Landmandaten: Samml. Bd. III S. 473), indem sie der Mutter eines unehlichen Kindes, die außer demselben keine eheliche Kinder hat, und sich mit einem andern, als ihrem Schwängerer verhehelichen will, die Einkindschaft gestattet, berechtigt nicht dazu, auch dem außerehelichen Vater die Befugniß zur Einkindschaftung einzuräumen, da ihm über das außerehelich erzeugte Kind keine elterliche Gewalt, überhaupt keine Rechte zustehen, sondern in Beziehung auf dasselbe nur Pflichten obliegen.

Frhr. v. Zuerlein Beitr. zur Gesetzgeb. Bd. III. S. 375, 381.

Es kann auch nicht mit

Schneidt thesaur. jur. franc. S. I p. 1779. die Einkindschaft des außerehelichen Kindes als zugleich eine Adoption enthaltend und darum zu Recht bestehend angenommen werden, da die Adoption sowohl, als die Legitimation von der Einkindschaft in Voraussetzungen und Wirkungen gänzlich verschieden sind, mithin keines dieser Institute das andere zu involviren vermag, und da insbesondere die Legitimation durch Reskript das Rescgenten, nicht aber wie die Bestätigung der Einkindschaft, durch die Obrigkeit ertheilt wird.

Blätter für Rechtsanwendung Bd. IV. S. 253.

Es ist überdies der ganze Zweck der Einkindschaft, Aufrechthaltung der durch die erste Ehe begründeten Vermögensverhältnisse und Fortsetzung der Gütergemeinschaft in der zweiten Ehe, ihrer

Ausdehnung auf außereheliche Kinder entgegen, wie sich denn auch die Theorie des gemeinen Rechtes dagegen erklärt hat.

Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts VI. Ausg. S. 370.

Hillebrand Lehrb. des Privatrechts S. 536.

Reyscher das gemeine und württemberg. Privatrecht Bd. III S. 295.

Die entgegengesetzte Ansicht von

Schellhaß Beitr. zur deutschen Gesetzkunde S. 101 ist unhaltbar; die für solche citirten Stellen der kais. Landgerichts-Ordn. Th. III Tit. 111 §. 10 Tit. 35 §. 3 sprechen nur von ehelichen Kindern und Tit. 11 §. 3 existirt nicht.

DAßErf. v. 4. Juni 1850. RNr. 708. ⁴⁹/₅₀.
B.K.

4.

Notorium. Allegation.

Gegen eine Beweisaufgabe über den Preis des Winterbieres für 18³²/₃₃ wurde von dem Beschwerdeführer eingewendet, dieselbe müsse gestrichen werden, weil es sich hier von einem ohnehin notorischen Thatumstande handle. Dagegen sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: „Wenn gleich die Bekanntmachungen, welche den Biersatz von Zeit zu Zeit zur Veröffentlichung bringen, ein Notorium bilden, so muß doch solches nach GD. XII §. 5 zum mindesten allegirt werden. Kläger unterließ jedoch, anzuführen, in welchem Blatte, an welcher Stelle der ihm zum Beweise auferlegte Biersatz öffentlich ausgeschrieben wurde, er muß sich sohin auch der sich von selbst ergebenden Folge unterwerfen, und diesen ohnehin ganz leicht zu stellenden Beweis auf sich nehmen.“

DAßE. vom 10. Sept. 1841. Nr. 657³⁶/₃₇.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 4. Samstag, den 15. Februar 1851.

Kompetenzkonflikt zwischen Untersuchungsgerichten.

Zum Vollzuge des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., wurde vom Staatsministerium der Justiz unter dem 16. Aug. 1850 angeordnet:

1) dasjenige Untersuchungsgericht, welches nach Art. 15 Absatz 1 des erwähnten Gesetzes den bestehenden Kompetenzkonflikt zur Anzeige bringt, hat hievon gleichzeitig dem Untersuchungsgerichte, mit welchem es sich rücksichtlich der Zuständigkeit im Streite befindet, oder falls es mehrere andere Gerichte sein sollten, allen diesen Untersuchungsgerichten Mittheilung zu machen, worauf auch diese ohne Verzug die bei ihnen erwachsenen Akten dem nämlichen Staatsanwälte vorzulegen haben, an welchen das erstere die Akten eingesendet hat.

2) Die in Gemäßheit des Art. 15 einzusendenden Akten sollen nicht bloß gehörig geordnet, sondern auch die betreffenden auf den Kompetenzkonflikt Bezug habenden Stellen unter Beifügung einer kurzen Motivirung in den Einsendungsschreiben speziell bezeichnet werden.

Erläuterungen des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, die Abänderungen des Th. II des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betr.

Bgl. Bb. XVI S. 38.

LI. Entlassung gegen Kaution.

Das Gesuch um Entlassung eines Verhafteten gegen Kaution, während die geschlossenen Voruntersuchungsakten zur Antragsstellung oder Beschlußfassung in geheimer Sitzung vorliegen, ist von dem Untersuchungsrichter, welcher sich zu diesem Zwecke die Akten vom Staatsanwalte zurückerbitten muß, zu bescheiden.

Just. Minist. Entschl. v. 27 Dez. 1849, an das AG. zu Freising ergangen.

LII. Einschreitungen gegen excedirende Gefangene.

Die Einschreitungen gegen Gefangene in Gemäßheit Art. 56 Th. II d. StGB. stehen bis zu dem Zeitpunkte, wo die Verweisung der Sache zu dem Schwurgerichte oder Kreis- und Stadtgerichte rechtskräftig ausgesprochen ist, lediglich dem Untersuchungsrichter zu. Von diesem Zeitpunkte aber geht diese Befugniß an den Vorstand des Gerichtes über, zu welchem die Sache verwiesen ist.

Just. Minist. Entschl. v. 27. Dez. 1849, an das AG. zu Freising ergangen.

LIII. Gefängniß - Besuche.

Seit dem Eintritte des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, die Abänd. des Th. II des StGB. betr., haben sich Anstände darüber ergeben, wer über den Zugang fremder Personen zu den Gefängnissen zu verfügen habe. Hierüber ist am 15. Dezember 1849

folgende Entschließung des k. Justizministeriums ergangen. „Nach dem noch mit Gesetzeskraft versehenen Art. 55 Th. II des StGB. soll Niemand ohne besondere Einwilligung des Untersuchungsrichters der Zugang zu einem Gefangenen gestattet werden. Diese Bestimmung beruhte auf der bei dem früheren Strafprozeß nothwendigen Voraussetzung, daß der Untersuchungsrichter bis zur vollständigen Beendigung der Untersuchung von dem Stande derselben und allen Verhandlungen die genaueste Kenntniß hatte, sonach zu beurtheilen vermochte, welchen Personen unbeschadet dem Ergebnisse der Untersuchung der Zutritt zu dem Verhafteten gestattet werden konnte. Diese Voraussetzung findet aber bei dem neuen Strafverfahren nur bis zur Abgabe der geschlossenen Voruntersuchung an den Staatsanwalt statt, und von diesem Zeitpunkte an kann die Befugniß zur Gestattung von Besuchen eines Arrestanten dem Untersuchungsrichter um so weniger eingeräumt werden, als viele Verhaftete in jenem Stadium des Verfahrens sich nicht mehr in dem Gefängnisse desjenigen Gerichts befinden, bei welchem die Voruntersuchung geführt wurde. Unter diesen Verhältnissen erscheint es am zweckmäßigsten, wenn die Erlaubniß, einen Gefangenen unter den im Art. 55 Th. II d. StGB. vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu besuchen, von dem Vorstande des Gerichts, bei welchem der Verhaftete sich befindet, ertheilt wird, wogegen diesem obliegt, je nach dem Stadium des Verfahrens sich über die Zulässigkeit eines Besuches entweder mit dem Untersuchungsrichter, oder mit dem Staatsanwalt, oder mit dem Schwurgerichtspräsidenten zu benehmen. Hiedurch allein wird es möglich, etwaigen Inkonvenienzen vorzubeugen. — Da übrigens das Staatsministerium der Justiz in neuerer Zeit aus mehreren zu sei-

ner Kenntniß gelangten Vorgängen entnommen hat, daß bei Ertheilung der Erlaubniß zum Besuche von Untersuchungsgefangenen nicht immer mit der gehörigen Umsicht verfahren werde, so sieht sich daselbe veranlaßt, die Erwartung auszusprechen, daß künftig die Motive, aus welchen um die Erlaubniß zum Besuche eines Verhafteten gebeten wird, jederzeit einer genauen Prüfung unterstellt werden. Wenn auch einerseits den Verhafteten nicht versagt werden soll, während der Haft über ihre persönlichen und Familienverhältnisse Nachrichten einzuholen, und durch Besuche von Seite naher Verwandten oder befreundeter Personen von Zeit zu Zeit Trost in ihrer Einsamkeit zu erhalten, so dürfen doch derartige Besuche, welche leicht zu Kollusionen mißbraucht werden können, weder auf eine unangemessene Weise vervielfältigt, noch zu Verfolgung fremdartiger, dem Ernste und der Würde der Strafrechtspflege zuwiderlaufender Zwecke gestattet werden.“

LIV. Berufungsfrist des Staatsanwalts Art. 61.

Vgl. Bb.XIV Org. Bl. S. 15, 47.

Die Entscheidung, daß die dem Staatsanwalt im Art. 61 vorgesezte Berufungsfrist von der Stunde des gefaßten Beschlusses an zu berechnen sei, entspricht dem Wortlaute des erwähnten Artikels, in dem die Eröffnung des Beschlusses bloß für den Beschuldigten angeordnet und ausdrücklich als Anfangspunkt der Rekursfrist festgesetzt ist, während im Gegensatze hiezu dieselbe Gesetzstelle dem Staatsanwälte nur ganz allgemein eine 24stündige Frist vorschreibt, und so schon durch die Berechnungsweise nach Stunden ohne Hinzufügung einer anderweitigen Bestimmung über deren Anfang, die Stunde der Entschließung selbst, für deren Ansehung die

Frift eingeräumt ist, als natürlichen und nothwendigen Anfangspunkt erkennen läßt. In Uebereinstimmung damit enthalten auch die Formularien über die hieher vorzugsweise in Betracht kommenden Beschlüsse in geheimer Sitzung genau die Stunde der Beschlußfassung (Formular VIII lit. a—d). und die Motive zur allegirten Geseßstelle lassen erkennen, daß die Rücksicht auf die dem Staatsanwalt gebotene Möglichkeit der jederzeitigen Akteneinsicht diese Beschränkung der Rekursfrist für ihn veranlaßte. Demgemäß ist auch für den Staatsanwalt eine formelle Eröffnung des Beschlusses nicht erforderlich, da er als Mitglied des Gerichtes in der Lage ist, von den Entscheidungen in geheimer Sitzung sogleich Kenntniß zu erhalten, dadurch, daß er unmittelbar nach der Beschlußfassung entweder die Akten einsieht resp. abverlangt oder sich vom Protokollführer jedesmal die erforderlichen Mittheilungen machen läßt; was auch schon mit der Stellung und der Aufgabe des Staatsanwalts übereinstimmt.

J. M. Entschl. v. 29. März 1849.

LV. Verfahren in der Berufungsinanz.

Art. 303, 333, 339 vgl. mit 155.

Auf die Anfrage eines Staatsanwalts:
ob die Zeugen und Sachverständigen in der Berufungsinanz bei dem Vortrage des Referenten zugegen sein dürfen oder nicht, und zu welchem Zeitpunkte ihre Ermahnung und Meineidsverwarnung durch den Vorsitzenden zu geschehen habe?

wurde zur Entschließung eröffnet:

daß die angeregte Frage durch die deutliche Bestimmung des Art. 155 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, welcher gemäß Art. 303 und 339 bei dem Verfahren in der Berufungsin-

stanz in Anwendung kommt, ihre Erledigung findet.

J. M. Entschl. vom 18. Mai 1840.

LVI. Anordnung von Ersezungen durch den Staatsanwalt am Appellationsgerichte.

Art. 23, 24, 49 Z. 1, 2, Art. 63.

Dem Staatsanwalt am Appellationsgerichte steht unbedingt das Recht zu, in einer nach Art. 49 Ziff. 2 durch Beschluß des Kreis- und Stadtgerichtes an das Appell. Gericht verwiesenen Sache vermittelt des ihm untergebenen Staatsanwalts am Kreis- und Stadtgericht die zweckdienlichen Ersezungen anzuordnen, und der Untersuchungsrichter hat in solchem Falle gemäß Art. 24 zu verfahren. Durch den Verweisungsbeschluß des Kreis- und Stadtgerichtes ist die Sache keineswegs aus dem Stadium der Voruntersuchung getreten; während des Laufes derselben ist die Beantragung von Ersezungen dem Staatsanwalt gestattet, dem appellationsgerichtlichen Staatsanwalt stehen aber nothwendig dieselben Befugnisse zu, wie jenem am Kr.- und Stadtgerichte *).

J. M. Entschl. vom 26. Mai 1849.

Ueber die Form der Beerdigung in Straffachen.

Der Artikel 157 des Gesetzes vom 10. November 1848 die Abänderungen des II. Theils des

*) Die Hinweisung des Art. 63 auf Art. 49 Ziff. 1 hatte zu dem Bedenken Anlaß gegeben, ob nicht die Anordnung von Ersezungen in den zum AG. verwiesenen Untersuchungsfachen immer einen Beschluß des Appellationsgerichts erfordere. — Vgl. Bd. 14 Erg. Bl. S. 94, XIX. Das dort mitgetheilte Minist. Ref. bezieht sich auf einen andern Fall.

StGB betr., bestimmt, daß die Zeugen vor der Abgabe ihre Aussage, soferne ihrer Beeidigung kein gesetzliches Hinderniß im Wege steht, mit emporgehobener Rechten den Eid zu leisten haben u. s. w. Trotz dieser klaren gesetzlichen Bestimmung, daß in Strassachen nur eine Art der Beeidigung gelten und kein Unterschied der Religion und des Geschlechtes hinsichtlich der Form der Eidesleistung bestehen soll, indem der Art. 157 cit. in Abs. 3 nur bei jenen Religionsgenossen, denen der Eid untersagt ist, einen Unterschied macht, und diese nach ihrem Ritus zu verpflichten vorschreibt, kommt es bei einem Kreis- und Stadtgericht öfters vor, daß Israeliten aufgefordert werden, das Haupt zu bedecken, die sogenannten zehn Gebote anzufassen, ja sogar den s. g. Gebetriemen anzulegen, daß die Formel „so war mir Gott helfe“ umgewandelt wird in „so wahr mir Adonai helfe“; ebenso, daß Frauenspersonen aufgetragen wurde, die Hand auf die Brust zu legen, und den Eid in dieser Stellung abzuleisten.

Dieses Verfahren widerstreitet offenbar dem klaren Buchstaben des Gesetzes, um so mehr, als die etwaigen Bedenken gegen die Einführung einer neuen gleichförmigen Eidesleistung bereits bei Berathung dieses Artikels 157 in den vereinigten ständischen Gesetzgebungsausschüssen *) angeregt, und durch die dort enthaltenen Bemerkungen widerlegt wurden, so daß der Artikel in der Fassung des Entwurfs angenommen wurde.

Hieraus geht mit aller Bestimmtheit hervor, daß alle Zeugen, Christen oder Israeliten, Männer oder Weiber gleichmäßig mit emporgehobener Rechten den Eid zu leisten haben, und es macht einen sehr störenden Eindruck, wenn bei einer öffentlichen Ver-

*) Verhandlung. des Ges. Aussch. der Reichsräthe Bd. 4. S. 271.

handlung, in welcher drei Zeugen beeidigt werden, von denen der eine Christ, der zweite Israelit, und endlich der dritte eine Frauensperson ist, jeder dieser Zeugen auf verschiedene Art beeidigt wird; weshalb sehr zu wünschen wäre, daß die gesetzlich angeordnete Gleichmäßigkeit auch eingehalten würde.

Sch

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eidesleistung in Wahrheits- oder Nichtwissens-Form*).

In einer Rechtsache über Baulast war dem k. Fiskus der Reinigungs Eid dahin zuerkannt worden: daß die Markgrafen von Brandenburg als vormalige Landesherren sich zur Uebnahme der Baulast an der Kirche und dem Pfarrhause nebst Zugehörungen zu Stierhossitten bei Neubauten und Reparaturen nicht verpflichtet haben.

In den Motiven war hierüber bemerkt: „der dem k. Fiskus zuerkannte Reinigungs Eid muß aber in der Veritätsform geschworen werden, weil es sich um eine Thatsache handelt, worüber sich der k. Fiskus aus seinen Archiven und Registraturen Gewißheit verschaffen kann, da er als Nachfolger des markgräflich Brandenburgischen Verars sich im Besiß aller hierauf bezüglichen Urkunden und sonstigen Behelfe befindet.“

Von Seite des k. Fiskalats von Mittelfranken wurde später der Antrag an das DAB. gestellt: zu erklären: die Eidesformel sei so zu verstehen,

*) Vergl. Bd. 15 Seite 398.

daß man von Seite des l. Fiskus nicht wisse, daß die Markgrafen sich zu den fraglichen Baulasten verpflichtet haben.

Dieser Antrag blieb ohne Erfolg. „Eine Erläuterung der Eidesformel in dem Sinne, daß dieselbe die Bedeutung eines Kredulitätsseides erhielte, war dermalen um so unzulässiger, als sich die Entscheidungsgründe zu jenem Urtheile darüber aussprachen, warum die Fassung in der Form des Wahrheitsseides gewählt wurde. Inwiefern aber alle Eide über längst verflossene Geschichten —, oder solche, die von einer Person für eine andere oder für eine Körperschaft geleistet werden, im Grunde zuletzt darauf hinauslaufen, daß es der Schwörende nach den ihm zu Gebote stehenden und fleißig durchforschten Erkenntnißquellen nicht anders und nicht besser wisse, — solches in Betracht zu ziehen, muß dem Gewissen und der billigen Einsicht des zur Eidesleistung berufenen Fiskalbeamten überlassen bleiben.“

DAGE. v. 5. Aug. 1848. N. 843^{47/48}.

2.

Malzausschlagcontravention aus Versehen.

In einer Malzdefraudationsache brachte der Beschuldigte zur Milderung des Urtheils vor: er habe im Drange der Geschäfte übersehen, daß das Malz durch das Einsprennen anschwellen. — Hierüber kommt in den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung vor: dieses angebliche Versehen kann dem Beschwerdeführer nicht zu statten kommen, weil nach dem Malzausschlagmandate die Defraudation, ohne daß es hierbei auf die Absicht des Defraudanten ankommen hat, vollendet ist, sobald ein Malz mit unpassirlichem Ueberschusse zum Brechen auf die Mühle

gebracht worden, und weil dafür, daß im Sinne des Ministerialreskripts vom 25. Mai 1836 die Uebertretung augenscheinlich oder erwiesenermaßen auf einem bloßen Versehen beruhe, jeder Haltpunkt mangelt.

DAGE. vom 23. Nov. 1849 in Malzdefraudationsfachen des Alois Rupp zu Eitensheim.

3.

Gerichtszeit.

Vgl. Bb. VIII S. 1, Bb. IX S. 305, 345, 406.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber: „Es liegt schon in dem Wortsinne einer Tagssfahrt, wie eine solche hier zur Urkundenproduktion anberaumt war, daß sie sich auf die ganze Tagszeit, oder vielmehr auf den ganzen Zeitraum der üblichen Gerichtszeit zu erstrecken hat, und wenn es auch die Regel bildet, die Parteien auf eine bestimmte Stunde hiezu vorzuladen, so geschieht doch solches nur im Interesse einer geordneten Geschäftseintheilung, es will hiemit zunächst nur der Zeitpunkt bezeichnet werden, mit welchem der Richter zur Vornahme der betreffenden Handlung bereit ist; es kann aber, so sehr auch der Richter befugt ist, die Einhaltung der festgesetzten Stunde zu erwarten, keineswegs eine Berechtigung daraus abgeleitet werden, das Versäumniß derselben an der Realisirung des durch die Natur der Verhandlung selbst bedingten Präjudizes zu bestrafen, so ferne solches in der Ladung nicht ausdrücklich darauf angedroht war. Die Eintheilung der Gerichtszeit in eine vor- und nachmittägige kann diesfalls nicht in Betracht kommen; denn das ohnehin nicht allenthalben auf dieselbe Stunde beschränkte menschliche Bedürfnis, im Laufe des Tages eine

Nahrung zu sich zu nehmen, welches ihr allein zu Grunde liegt, bietet keinen genügenden Anhaltspunkt dar, um hiedurch förmlich abgegränzte juristische Zeitabschnitte mit speziellen rechtlichen Wirkungen als gebildet anzunehmen. — In dem gegenwärtigen Falle hätte, da der Anwalt der Kläger noch Abends 4 Uhr, sohin noch ein Geraumes vor Ablauf der üblichen Gerichtszeit sich eingefunden hatte, die beabsichtigte Verhandlung ganz füglich noch begonnen, wenn auch nicht mehr vollendet werden können, und es wäre dem fiskalischen Vertreter, der solches durch seine vorzeitige Entfernung verhinderte, unbenommen gewesen, wegen der mit der nothwendigen Fortsetzung verbundenen Verlängerung seines Aufenthaltes von dem klagenden Theile die entsprechende Entschädigung zu verlangen, wie er denn auch den Kostenersatz für den einen Tag wirklich verlangt und zugesprochen erhalten hat.“

DAGE. vom 18. Dez. 1849. Nr. 1353^{47/48}.

4.

Gewissensvertretung bei eventueller Eideszuschlebung.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor: „In Beziehung des eventuellen Beweis mittels der Eidesdelation kann der von Seite des k. Fiskus anstatt der definitiven Acceptation des angebotenen Haupteides gewählten Gewissensvertretung die ihr nach Kap. 13 §. 2 Nr. 9 der GD. zukommende Wirkung nicht zugestanden werden, weil bei der bloß eventuellen Eideszuschlebung die Gewissensvertretung mit dem direkten Gegenbeweise zusammenfällt, welchen der Delat mit der Erklärung auf die primäre Beweisführung des Defereuten anzutreten hat, und sonach der unternommenen Gegenbeweisführung und resp. Gewissens-

vertretung ungeachtet hier die Annahme oder Zurschiebung des eventuell deferirten Eides unvermeidlich zu geschehen hat. Seuffert Comment. Bd. 3 S. 309 lit. f.“

DAGE. vom 18. Dez. 1849. Nr. 1353^{17/48}.

Im gegebenen Falle wurde indessen angenommen, daß es zu einer Auflage des eventuell deferirten Eides deswegen nicht kommen könne, weil von der entscheidenden Thatsache bereits durch die eigenen Beweismittel der Probanden, jedenfalls aber durch die Gegenbeweismittel des k. Fiskus das zu beschwörende Gegentheil vollständig dargethan sei.

5.

Vergleich über Alimente, welche ein Staatsdiener seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau zu leisten hat.

Vgl. Bd. 9 S. 271. — Comment. a. d. O. Bd. 4 S. 258.

Ein Vergleich solchen Betreffs wurde von dem Ehemann als nichtig angefochten, weil durch dessen Bestimmungen das in §. 73 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 vorgezeichnete Maß überschritten worden. Die Anfechtung blieb ohne Erfolg. „Aus der Vorschrift des (angeführten) §. 73 kann ein Grund für die Nichtigkeit des in Frage befindlichen Vergleiches nicht entnommen werden, weil diese Bestimmung auf Alimente, welche ein öffentlicher Diener seinen Angehörigen zu reichen hat, überhaupt keine Anwendung findet, wie dieses bei den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom J. 1837 vom kgl. Regierungskommissär unter Bezugnahme auf die Motive des Gesetzes auch ausdrücklich erklärt worden ist.

Verhandl. Bd. X S. 266.

Die fragliche Vorschrift bezieht sich nur auf das Verhältniß eines Staatsdieners zu seinen Gläubigern; die Pflicht des Mannes und Va-

terß aber, seiner Frau und Kindern Alimente zu geben, bleibt hiedurch unangetastet, sie hat neben den Verbindlichkeiten desselben gegen seine Gläubiger fortzubestehen, und kann auch durch den ohne dieß bloß zufälligen und den Gläubigern gegenüber vollkommen gleichgiltigen Umstand, daß er von seinen Angehörigen getrennt lebt, nicht im geringsten alterirt werden. Dergleichen Alimente für Frau und Kinder, deren Größe sich in einem solchen Falle den bestehenden Civilgesetzen zufolge lediglich nach dem Stande und den Einkünften der Verpflichteten zu richten hat, bilden einen nothwendigen in der Natur des ehelichen Familienlebens begründeten Aufwand, der den Verbindlichkeiten, die das Familienhaupt gegen Dritte eingegangen hat, nicht gleichgeachtet werden kann, und auf welchen daher auch die bloß für letztere erlassene Vorschrift des Gesetzes keine Ausdehnung erleidet.“

DAGE. vom 27. Sept. 1847. Nr. 1098^{46/47}.

6.

Clausula „rebus sic stantibus.“

(Bayer. Recht.)

Es handelte sich von Aufhebung oder Modifizierung eines Vergleiches, welchen ein Gerichtsarzt mit seiner von ihm getrennt lebenden Gattin über die ihr und den Kindern zu reichenden Alimente abgeschlossen hatte. Von Seite des Ehemanns wurde behauptet, daß seine finanziellen Verhältnisse, insbesondere hinsichtlich der Einkünfte aus der Praxis, mittlerweile eine ungünstige Veränderung erlitten hätten, und die Voraussetzungen seiner früheren Bewilligung nicht mehr vorhanden seien. Hierüber kommt in den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung vor: Nach dem bayer. LR. Th. 4 Kap. 15 §. 12 Nr. 3 ist jeder Vertrag, vermöge der ihm

stillschweigend inwohnenden Klausel „rebus sic stantibus“, einer Modifikation in seinen Bestimmungen fähig, wenn die faktischen Prämissen, unter denen er eingegangen wurde, im Verlaufe der Zeit eine wesentliche Aenderung erlitten haben, weshalb es denn auch dem Revidenten unbenommen bleibt, auf den Grund der mitunter erst in den oberen Instanzen behaupteten Veränderung der ursprünglichen Sachverhältnisse auf eine Modifikation der Bestimmungen des gerichtlichen Vergleichs vom **12. Juli 1839** bei dem Untergerichte den entsprechenden Antrag zu stellen.

DAGE. vom **27. Sept. 1847.** Nr. **1098**^{46/47}.

7.

Manifestationseid außer dem Konkurse.

Bgl. Bb. II S. 187.

Dem Schuldner kann auf Antrag des Gläubigers die Ableistung des Manifestationseides auch außer dem Konkurse aufgetragen werden, wenn im Wege des gewöhnlichen Exekutionsverfahrens keine genügenden Exekutionsgegenstände vorgefunden werden.

DAGE. vom **2. Juni 1849.** Nr. **1336**^{46/47}.

8.

Neubruchzement. Art. 4 des Bodenentlastungsgesetzes.

Die Motive einer oberstricht erlassenen Entscheidung sagen hierüber: „Um die Anwendbarkeit der in Art. 4 des Gesetzes vom **4. Juni 1848** über die Aufhebung der Grundlasten enthaltenen Bestimmung auszuschließen, wird keineswegs erfordert, daß die bereits vor der Publikation dieses Gesetzes erfolgte Erhebung des Neubruchzements als auch schon mit der wirklichen Anerkennung der Verbindlichkeit zur Verabreichung desselben von Seite der Zementholden begleitet gewesen sein müsse, viel-

mehr genügt hiezu schon die Thatsache der einmal bereits wirklich erfolgten Erhebung des Zehents, und es kann daher den Revidenten nichts frommen, wenn sie solchen im Jahre 1844 nur mit Protestation entrichtet haben.

Zwar kann es nicht im Geiste und in der Absicht des Gesetzes vom 4. Juni 1848 liegen, daß auch einer solchen Zehenterhebung Wirkung beigemessen werde, die im Wege eines widerrechtlichen Zwanges stattgefunden hat, weil sonst jenes Gesetz mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in offenbaren Widerspruch gerathen würde; allein

es wäre Sache der Beklagten gewesen, speziell anzuführen, worin der von ihnen behauptete Zwang bestanden habe, weil nur hiedurch allein dem Kläger eine entsprechende Rechtsvertheidigung möglich und der Richter in die Lage gesetzt werden konnte, zu beurtheilen, ob die den Zwang konstituierenden Handlungen die Erfordernisse der Gesetze auch wirklich an sich trügen, und sofort im Falle ihres Widerspruches zum Beweise anzusetzen seien, während es andererseits allen prozeduralen Grundsätzen zuwiderlaufen würde, eine solche nähere Substanziierung erst dem Beweisverfahren zu überlassen. Dieser Verbindlichkeit haben aber die Beklagten nicht im geringsten entsprochen. Denn, wenn sie auch den *excepiendo* bloß allgemein behaupteten Zwang auf die diesfallsige Bemängelung des Klägers *duplicando* etwas näher durch die Anführung zu erläutern versucht haben, daß ihnen Amtsboten geschickt und Exekution angedroht worden sei, so kann doch auch in dieser Erhebungsweise, welche von der Grundherrschaft durch ihre gesetzmäßigen Vollzugsorgane und in der Meinung einer Rechtsausübung vorgenommen wurde, ein widerrechtlicher Zwang nicht von ferne gefunden werden."

DAGE. vom 27. Juli 1850. Nr. 234⁴⁹/₅₀.

9.

Anerbieten zum Erfüllungselbe, vom Gegner in der Erklärung auf die Beweisantretung nicht beanstandet.

Diese Nichtbeanstandung wurde als Grund geltend gemacht, aus welchem auf die in Ansehung der „guten Wissenschaft“ obwaltenden Bedenken kein Gewicht zu legen sei. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung bemerkten aber in diesem Besondere: „Unerheblich ist es, daß aus diesen Rücksichten die Statthaftigkeit dieses Eides von der Klägerin nicht schon in ihrer Erinnerung auf die gegentheilige Beweisantretung bestritten wurde, weil es lediglich Sache des Richters ist, nach Maßgabe der Beweisführungs-Resultate die Vorbedingungen zur Auflage des einen oder anderen Eides von Amtswegen zu prüfen.“

DAGE. vom 21. Juli 1849. Nr. 937⁴⁸/49.

10.

Urkunden Siegelmäßiger.

Die Entscheidung einer Rechtsache hieng von der Beantwortung der Frage ab: Ist die Vorschrift der G.D. Kap. XI. §. 2. Nr. 3. durch das Edikt über die Siegelmäßigkeit vom 26. Mai 1818, und namentlich durch §. 2. desselben in der Art aufgehoben und abgeändert worden, daß jede von einem Siegelmäßigen unter alleiniger Fertigung ausgestellte Urkunde (gleich einem öffentlichen Dokumente) sofort auch die Vermuthung der Richtigkeit für sich hat, und demnach als der Rekognition und resp. Diffession unzugänglich dem Produzenten, der ihre Richtigkeit ableugnet, die Beweislast überbürdet?

Der oberste Gerichtshof verneinte diese Frage.

DAGE. vom 30. Juni 1849. Nr. 542⁴⁵/46.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 5. Samstag, den 1. März 1851.

Erläuterungen des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, die Abänderungen des Th. II des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betr.

Vgl. Bd. 16 S. 50 f.

LVII. Strafvollzug. Erforderniß kollegialer Berathung. Art. 218.

Ueber die von einem Kreis- und Stadtgerichte aufgestellte Ansicht:

die Gerichtsverfügungen bezüglich des Strafvollzuges bedürften keiner kollegialen Berathung, indem solche durch das Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848 nicht vorgeschrieben sei, äußerte sich das k. Staatsministerium in einer Entschließung vom 4. Januar 1851 wie folgt:

„Diese Ansicht muß als vollkommen unrichtig erklärt werden.

Das Strafprozeßgesetz vom 10. November 1848 ist, wie dessen Ueberschrift besagt, kein vollständiges Strafgesetzbuch, es enthält vielmehr nur Abänderungen des II. Theiles des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813; diese Abänderungen sind speziell bezeichnet, und im Uebrigen hat das Strafgesetzbuch

noch völlige Gültigkeit. Insbesondere ward bezüglich des Strafvollzuges das frühere Verfahren beibehalten, und nur laut Art. 218 die dem neuen Strafverfahren nöthigen Modifikationen angeordnet.

(Vgl. Motive zu dem Gesetzentwurfe, das Verfahren vor den Schwurgerichten betr. zu Art. 100 — 104.)

Diese Modifikationen bestehen darin, daß nunmehr nicht die *Untersuchungsgerichte*, sondern die *Kreis- und Stadtgerichte* den Strafvollzug zu bewerkstelligen haben, und daß derselbe von den Staatsanwälten zu betreiben ist.

Nicht den Vorständen der Kreis- und Stadtgerichte, sondern diesen selbst ist der Strafvollzug übertragen, und da die Kreis- und Stadtgerichte kraft ihrer Organisation verpflichtet sind, alle zweifelhaften und präjudiziellen Rechtsfragen kollegial zu berathen, so liegt ihnen ob, auch die über den Strafvollzug entstehenden Anstände durch Gerichtsbeschlüsse nach Anhörung des gemäß Art. 218 hiezu berechtigten Staatsanwaltes zu beseitigen.

Wenn hiefür in dem Strafprozeßgesetze vom 10. November 1848 keine spezielle Vorschrift gegeben ist, so steht dieser Mangel nicht hindernd entgegen, vielmehr ergibt sich die Nothwendigkeit derartiger Behandlung aus der Sache selbst, und aus der Erwägung, daß den Kreis- und Stadtgerichten nicht allein die Beobachtung des durch das neue Gesetz eingeführten Verfahrens obliegt, sondern, daß sie auch die noch bestehenden Bestimmungen des früheren Verfahrens aufrecht zu halten und sich darnach zu richten haben. Wäre die gegentheilige Ansicht des Kreis- und Stadtgerichtes die richtige, so würde z. B. die Entscheidung in einem Falle des Art. 379 Theil II des StGB. einem Mitgliede eines Kreis- und Stadtgerichtes für sich allein zu-

stehen, eine Annahme, welche nicht wohl eine Rechtfertigung finden dürfte. —

Das k. Appellationsgericht von wird beauftragt, von vorstehender Entschlieſung dem k. Kreis- und Stadtgerichte mit dem Bemerkten Kenntniß zu geben, daß das Staatsministerium der Justiz weit entfernt sei, den Gerichten behufs Auslegung der Geseze Vorschriften zu geben, daß dasselbe aber hier, wo es sich um Handhabung gesetzlicher Bestimmungen handle, die Erwartung aussprechen müsse, daß das k. Kreis- und Stadtgericht hiernach verfare“. —

LVIII. Zuständigkeit der Appellationsgerichte in Strafvollzugsachen.

Gegen eine in Betreff des Strafvollzuges von einem Kreis- und Stadtgerichte erlassene Verfügung hatte der Staatsanwalt beim Appellationsgerichte, Beschwerde geführt. Letzteres erachtete sich für inkompetent, von der Voraussezung ausgehend, die Appellationsgerichte seien in Strafsachen nur in den durch das Strafprozeßgesez vom 10. Nov. 1848 bezeichneten Fällen kompetent. Diese Ansicht wurde in einer Entschlieſung des k. Staatsministeriums der Justiz vom 4. Januar 1851 für irrig erklärt. „Das Appellationsgericht hat, soweit nicht das Strafprozeßgesez vom 10. Nov. 1848 spezielle Aenderungen enthält, gegenwärtig wie früher die Aufsicht über die Gerichte in Bezug auf Strafrechtspflege. Insbesondere liegt ihm ob, alle diejenigen Anstände, welche, insolange der Strafvollzug den Gerichten, und nicht, wie in Frankreich, den Staatsanwälten zugewiesen ist, bezüglich des Strafvollzuges zwischen den Kreis- und Stadtgerichten und den Staatsanwälten resp. den Angeklagten entstehen sollten, zu beseitigen. Das Recht und die Ver-

bindlichkeit zu dieser Entscheidung entspringt aus dem Obergaufsichtsrechte des Appellationsgerichtes und aus dem in der Natur der Sache liegenden Beschwerderechte des Staatsanwaltes und Angeklagten, dann der Nothwendigkeit, daß derartige Beschwerden eine Erledigung finden müssen.“

LIX. Ueber die Anfangszeit der Freiheitsstrafen.

Eine Entschliekung des k. Justizministeriums vom 30. Juli 1850 enthält hierüber das Folgende:

Durch allerhöchste Verordnung vom 24. Juni 1817 ist bereits ausgesprochen, daß in der Regel die Strafzeit eines Verurtheilten nach dem Eintritte des Sträflings in den Straf-Ort zu berechnen sei, und daß hievon nur dann eine Ausnahme zu machen sei, wenn ohne Verschulden des verhafteten Sträflings sich dessen Einlieferung in den Straf-Ort verzögere.

Diese Bestimmung ist durch das Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848 nicht geändert und es bleibt auch die Vorschrift im Art. 6 des Gesetzes vom 18. November 1849 (die Abschaffung des bürgerlichen Todes u. s. w. betreffend) in den Provinzen diesseits des Rheins außer Anwendung, da dieser Artikel nach seinem Wortlaute und den Motiven zu dem deßfalligen Gesetzentwurfe nur die pfälzische Gesetzgebung betrifft.

Die Verordnung vom 24. Juni 1817 erstreckte sich aber auch auf die in einem Zwangsarbeits-hause zu erstehende Gefängnißstrafe, denn nicht der Verlust der Freiheit allein, sondern auch die Einsperung an einem bestimmten Straf-Ort, die Behandlung des Sträflings in demselben und dessen Arbeit bilden einen wesentlichen Theil der Strafe. Wenn daher das rechtskräftige Urtheil die Ersetzung einer Strafe in einem Zwangsarbeits-hause anordnet, so muß auch die ganze Strafe in dem Zwangsarbeits-hause erstanden werden. Unverschuldete Verzögerung der

Einlieferung macht jedoch, wie auch die Verordnung vom 24. Juni 1817 vorschreibt, eine Ausnahme.

LX. Aktenmittheilung an die Staatsanwälte nach geschehener Aburtheilung.

Hierüber erging am 25. Dez. 1850 folgende Entschließung des k. Staatsministeriums der Justiz:
 „Um die Staatsanwälte an den Kreis- und Stadtgerichten von dem Resultate der zur Aburtheilung an das Schwurgericht oder gemäß Artikel 64 des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 an ein anderes Kreis- und Stadtgericht verwiesenen Strafsachen in Kenntniß, und hiedurch in den Stand zu setzen, darauf zu achten, daß die Untersuchung in jeder Beziehung ihre Erledigung gefunden hat, wird verordnet, daß von den Schwurgerichtshöfen und den gemäß Art. 64 zur Aburtheilung bestimmten Kreis- und Stadtgerichten nach vollzogenem Urtheile die Akten nicht direkt an das Untersuchungsgericht, sondern an den Staatsanwalt desjenigen Kreis- und Stadtgerichtes übersendet werden sollen, in dessen Bezirk das Untersuchungsgericht liegt. Dieser hat alsdann die Rücksendung an das Untersuchungsgericht zu bethätigen.“

Nichterscheinen beider Theile auf der Schwörungstagfahrt.

Komment u. d. G.D. Bd. 2 S. 223, Bd. 3 S. 290.

Im Kommentar über die Gerichtsordnung Bd. 3 S. 290 Nr. 6 lit. c. wird gelehrt:

der Schwurpflichtige ist zum Schwörungstermine unter Androhung der Annahme der Eidesverweigerung zu laden, und dieser Rechtsnachtheil im Falle seines Nichterscheinens nach den vom Ungehorsame gel-

tenden Grundsätzen zu verwirklichen.“

Unter den hier in Bezug genommenen vom Ungehorsam geltenden Grundsätzen lesen wir im Kommentar Bd. 2 S. 223, III:

„Wenn Keiner von beiden Theilen auf der anberaumten Tagfahrt erscheint, so gilt diese als vereitelt (*terminus circumductus*), ohne daß auf der einen oder andern Seite Rechtsnachteile des Ungehorsams eintreten.“

Wäre dieser Grundsatz auf den Fall anzuwenden, wenn auf der zur Ableistung eines Eides anberaumten Tagfahrt weder der Schwörungspflichtige noch sein Gegner erschienen ist, so ergäbe sich das Resultat, daß hier der Rechtsnachtheil der Annahme der Eidesverweigerung gegen den nicht erschienenen Schwurpflichtigen nicht verwirklicht werden könnte. *Non potest accusare aut objicere contumaciam, qui ipse non venit.* ¹⁾

Allein dieser Satz bezieht sich nur auf solche Fälle, in welchen beide Theile zu dem fraglichen Termin *arctatorisch* geladen waren, indem beiden Theilen bei Vermeidung eines Rechtsnachteiles aufgelegt war, in demselben eine Handlung vorzunehmen ²⁾. Keine Partei kann den Ungehorsam ihres Gegners anklagen, so lange sie selbst noch im Rückstande ist mit Befolgung des nämlichen Dekretes, gegen welches der Gegner ungehorsam war; indem sich gewissermaßen die beiderseitigen Ungehorsamsfälle kompensiren ³⁾. Wenn aber der Gegner des Schwur-

¹⁾ *Movius* Dec. P. VIII dec. 280 not. 5.

²⁾ *Genßler* Komment. zu *Martin*. Ausg. v. *Morstadt* Bd. 1 S. 212.

³⁾ *Weber's* Paraphrase des *Martin'schen* Lehrb. S. 349 Vgl. *Bayer* Vorl. Ausg. 7 S. 286: „Wenn übrl-

pflichtigen, welchem durch die Beiladung zum Beeidigungsakto nur beliebiges Erscheinen freigegeben war, von dieser Gestattung keinen Gebrauch macht, so ist von seiner Seite ein Ungehorsamsfall nicht vorhanden, daher der vorausgesetzte Fall zur Anwendung obigen Grundsatzes nicht geeignet ⁴⁾. Vielmehr wird die Verwirklichung des Rechtsnachtheiles gegen den nicht erschienenen Schwurpflichtigen durch das gleichmäßige Richterscheinen seines Gegners nicht gehindert. — In der angeführten zweiten Stelle des Kommentars ist gesagt, daß weder auf der einen noch auf der anderen Seite Rechtsnachtheile des Ungehorsams eintreten; dieselbe kann also offenbar nur von solchen Tagfahrten verstanden werden, durch deren Versäumnung jeder Theil (abgesehen von gleichem Verschulden des Anderen) einen wirklichen Ungehorsam begehen konnte. Es ergibt auch der Zusammenhang, daß zunächst von Tagfahrten zur Verhandlung über die Klage gesprochen wird.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber erlöschende Verjährung bei Reallasten.

S. Band XIII. S. 261.

Nach gem. Rechte ist es bekanntlich kontrovers, ob zur erlöschenden Verjährung der Reallasten schon die bloße Nichtausübung des Rechtes von Seite des Berechtigten während der Dauer der Verjährungszeit genüge, oder ob hiezu, außer dem Nichtgebrauch, auch noch Anforderung und Verweis

genß beide Partelen ungehorsam waren, so cessiren die Folgen der contumacia gänzlich.“

⁴⁾ Anders verhält es sich, wenn beide Theile auf der fraglichen Tagfahrt Eide leisten sollten, und keiner erschien.

gerung der Leistung, bei welcher letzterer der Berechtigte sich die Verjährungszeit hindurch beruhigte, — also zugleich eine *usucapio libertatis* — erfordert werde.

Die erstere Meinung verdient aus nachstehenden Erwägungen den Vorzug.

Die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung beruht auf einem dinglichen Rechtsverhältnisse zu dessen Geltendmachung die *actio confessoria utilis* gegeben ist.

Duncker v. d. Reallasten. §. 15. Maurerbrecher deutsch. Privatrecht. Bd. I. §. 320 und 322 zweite Ausg. Mittermaier d. P.R. §. 173.

Bei dinglichen Rechten, wodurch die natürliche Freiheit des Eigenthums eines Anderen beschränkt wird, findet, da sie zu den unkörperlichen Sachen gehören, nur ein analoger Besitz (*juris quasi possessio*) statt, welcher in der Ausübung eines solchen Rechtes durch die demselben angemessenen Handlungen, verbunden mit der Absicht, das Recht dadurch geltend zu machen, besteht.

Bei denjenigen dinglichen Rechten, welche die Befugniß geben, dem Eigenthümer etwas zu untersagen, wozu er außerdem befugt wäre (s. g. negative Rechte), so wie bei denjenigen dinglichen Rechten, welche dem Eigenthümer die Verpflichtung auflegen, sich die Vornahme gewisser Handlungen von Seite des Berechtigten gefallen zu lassen (s. g. affirmative Rechte) und welche zugleich von der Beschaffenheit sind, daß die Ausübung ununterbrochen durch einen bestimmten Zustand der Sache geschieht (*jura continua*), bringt es die Natur und Eigenschaft dieser Rechte mit sich, daß deren Nichtausübung für sich allein, wenn sie auch noch so lange dauert, keine Erlöschung des Rechts herbeiführen, sondern eine Unterbrechung des Quasibesitzes des

Berechtigten immer nur dadurch bewirkt werden kann, wenn andererseits eine dem Rechte desselben widerstreitende Handlung vorgenommen wird, wodurch der Verpflichtete den Besitz der Freiheit seines Eigenthums von dem dasselbe beschränkenden Rechte erlangt, und es tritt alsdann, wenn sich der Berechtigte hierbei die Verjährungszeit hindurch beruhigt, unter den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen, eine *usucapio libertatis* ein, in Folge deren das fragliche Recht erloschen ist.

Bei denjenigen affirmativen dinglichen Rechten aber, deren Ausübung nicht ununterbrochen durch einen bestimmten Zustand der Sache, sondern nur von Zeit zu Zeit durch einzelne Handlungen geschieht (*jura discontinua*), bedarf es zur Unterbrechung des Quasibesitzes keiner dem Rechte widerstreitenden Handlung von Seite des Verpflichteten, weil diese Unterbrechung schon dadurch erfolgt, wenn der Berechtigte die zur Ausübung seines Rechtes erforderlichen Handlungen unterläßt, obschon er hieran nicht gehindert gewesen ist. Dergleichen Rechte können daher schon allein durch die unterlassene Ausübung (*non usus*), wenn sie die Verjährungszeit hiedurch andauert, verloren gehen, ohne daß eine *usucapio libertatis* von Seite des anderen Theiles hiezu erforderlich ist.

Dieser in der Natur und Eigenschaft der bezeichneten Kategorien der dinglichen Rechte begründete Unterschied besteht nach den Grundsätzen des röm. Rechtes zwischen den *servitutes praediorum urbanorum* und *rusticorum*; indem das röm. Recht bei den ersteren, welche der Regel nach kontinuierliche sind, und auch negative sein können, zur Extinctiv-Verjährung eine für das bisher dienende Prädium eingetretene *usucapio libertatis* ausdrücklich erfordert, bei den letzteren hingegen, welche alle affirmativ und meistens diskontinuierlich sind,

schon die bloße Nichtausübung während der Verjährungszeit zur Erlöschung des Servitutrechtes für genügend erklärt, ohne daß es hiebei auch noch jener *usucapio libertatis* bedarf.

Fr. 6 de servit. praed. urb. (8, 2.)

Glück Pand. Comment. Bd. IX §. 622 C.
30 — 31 Bd. X §. 689 und 690 C.
261 ff.

Göschel Vorlesungen Bd. II §. 313 C. 276.
Seuffert PN. §. 180 a. C.

Der Grund warum bei Rustikalservituten der bloße Nichtgebrauch zur erlöschenden Verjährung hinreicht, beruht in ihrer darin bestehenden Eigenschaft, daß bei ihnen der Regel nach keine immerwährende, sondern nur eine wiederkehrende Ausübung vorkommt; der Berechtigte muß daher, um sich bei seinem Rechte zu erhalten, dasselbe durch entsprechende Handlungen ausüben, und wenn er dieses, ohne daran gehindert zu sein, und ohne sonstigen Vorbehalt unterläßt, so gibt er seinen Quasibesitz auf, woraus, wenn die Rechtsausübung die Verjährungszeit hindurch unterbleibt, ein Verzicht auf das Recht gefolgert werden muß.

Da nun Reallasten, vermöge welcher der Eigenthümer eines Grundstückes dem Berechtigten gewisse Abgaben oder Dienste zu leisten hat, gerade jene Eigenschaft mit den röm. Rustikalservituten gemein haben, daß die Ausübung der desfallsigen Berechtigung nur von Zeit zu Zeit geschieht, so findet auch der obige Grundsatz, den das röm. Recht bei Rustikalservituten aufstellt, daß zu deren Extinktionsverjährung der bloße Nichtgebrauch hinreicht, auf Reallasten analoge Anwendung, jedoch mit der Modifikation, daß nicht die den röm. Servituten eigenthümliche kurze Verjährungszeit von 10 resp. 20 Jahren, sondern der zur Klageverjährung regelmäßig erforderliche dreißigjährige Zeitraum bei der Er-

löschung der Realkassen durch Nichtgebrauch einzutreten hat.

Diese Ansicht, für welche sich der oberste Gerichtshof bereits mehrmals ausgesprochen hat,

cf. Seuffert's Bl. f. R. V. Bd. XIII.

6. 261 — 267 und dessen Archiv Bd. III

Nr. 3 6. 3

wird auch durch die Auctorität der Partikulargesetzgebungen des bei weitem größten Theils von Deutschland unterstützt, wovon insonderheit das bayer. Landrecht Th. II Kap. 4 §. 8 Nr. 2, das preuß. Landr. Th. I Tit. 9 §. 509. 510, das östreich. Gesetzbuch §. 1480 und das sächsische Recht (Hausbold's Handb. §. 276) anzuführen sind.

D. U. G. Erf. v. 17. Dezember 1850. Nr. 832⁴⁹/₅₀.
Gl.

2.

Subjektive Klagenhäufung.

Bgl. Bd. 1 6. 201, Bd. 9 6. 332.

Die Besitzer einer Anzahl neukultivirter, durch eine Gemeinheitstheilung gebildeter Grundstücke wurden zusammen wegen Novalzehents belangt, und setzten die Einrede der unstatthafter subjektiven Klagenhäufung entgegen. Diese Einrede wurde verworfen. Gründe: Nach Kap. 4 §. 9 der Gerichtsordnung können verschiedene Personen in einem und demselben Klaglibelle nur dann nicht belangt werden, wenn sie in keinem Litis consortio untereinander stehen, und nach den Anmerkungen zu dieser Stelle wird im weiteren für den gegentheiligen Fall der Zulässigkeit lediglich vorausgesetzt, daß die mehreren Beklagten *causam communem* haben. Hiemit stimmt auch das gemeine Recht überein, welchem die Bestimmungen der Gerichtsordnung über die subjektive Klagenhäufung im Wesent-

lichen entnommen sind, indem es die Zulässigkeit eines passiven Litißkonsortiums bloß an die Bedingung knüpft, daß ein Jeder der verschiedenen Beklagten aus demselben historischen und rechtlichen Grunde verpflichtet ist,

Bayer Vorträge VII. Ausg. S. 32;

und die überwiegende Praxis verlangt hiezu nicht einmal die vollständige Einheit des faktischen und rechtlichen Verpflichtungsgrundes, sondern gestattet derlei Klagen auch dann, wenn nur überhaupt die mehreren Beklagten sämmtlich Subjekte derselben Verbindlichkeit sind, und der Zweck ihrer Vertheidigung ein gemeinsamer ist. Es steht daher nicht entgegen, wenn sie etwa einzelne gesonderte Vertheidigungsmittel oder unter sich selbst abweichende Interessen haben, denn nicht das Verhältniß, in welchem sie bezüglich des Streitgegenstandes unter sich und gegeneinander befinden, sondern nur jenes Verhältniß ist das entscheidende, in welchem sie ihrem Prozeßgegner — dem Kläger — gegenüberstehen. — Das Verbot der Klagenhäufung beruht bloß in der für die Instruktion und Entscheidung des Prozesses zu besorgenden Verwirrung. Diese Rücksicht darf daher allerdings in jedem einzelnen Falle auch dann nicht außer Acht gelassen werden, wenn die sonstigen Erfordernisse des Gesetzes gegeben erscheinen; allein der Richter, von dessen Ermessen in dieser Beziehung Alles abhängt, hat dabei jedesmal sorgfältig zu erwägen, ob die in Aussicht stehenden Schwierigkeiten und Verwicklungen, welche mit einer förmlichen Verwirrung des Prozesses nicht zu verwechseln sind, das Maaß seiner pflichtmäßigen Thätigkeit wirklich überschreiten, und bei seinem Streben nach Vermeidung des kleineren Mißstandes nicht Gefahr obwaltet, in den größeren der Zersplitterung des einen Rechtsstreites in zahlreiche einzelne Prozesse zu verfallen. —

Aus diesem Standpunkte die vorliegende Klage des Hrn. F. v. W. beurtheilt, lassen sich nirgends zureichende Gründe zu einer Abweisung derselben wegen unzulässiger subjektiver Klagenhäufung erkennen. Ganz erfolglos ist es, wenn die Beklagten sich gegen die Annahme einer unter ihnen bestehenden Streitgenossenschaft verwahren. Denn in der That ist eine solche von ihnen bereits in dem vorausgegangenen Provokationsprozeß in der umständlichsten Weise gebildet worden. Eine solidarische Verbindlichkeit der einzelnen Betheiligten wird zum Begriffe der Streitgenossenschaft überall nicht erfordert, es genügt vielmehr hiezu nach den Anmerk. zur G.D. Kap. 7 §. 2 Nr. 9 lit. g, wenn die mehreren Verbündeten nur die nämliche *causam*, und das nämliche *jus agendi vel defendendi* haben, und es kann unter diesen Voraussetzungen das Vorhandensein eines *Litisconsortiums* um so minder bezweifelt werden, wenn, wie dieses hier von Seite des Beklagten nicht bloß für den Provokationsprozeß, sondern auch in Absicht auf die zu erwartende Hauptklage geschehen, die mehreren Betheiligten ihre gemeinschaftliche Vertheidigung einem und demselben Rechtsanwalte übertragen haben. — Eben so wenig läßt die Haltung und Fassung der Klage, welche lediglich von den in dem J. 1808 und 1809 kultivirten Bestandtheilen der vormaligen Gemeindegründe den Neubruchzehent mit dem Ablaufe der gesetzlichen Freijahre in Anspruch nimmt, einen billigen Zweifel darüber übrig, daß in Ansehung aller Beklagten derselbe, nämlich der in der ebenbemerkten Kultivirung beruhende, Verpflichtungsgrund, und ein völlig gemeinschaftlicher Zweck der Vertheidigung, die Befreiung von der angesprochenen Zehentreichniß, obwaltet. Durch die kleine Abweichung, welche unter ihnen darin besteht, daß nicht alle in der Klagbeilage aufgeführten zehentbaren Gründe in dem nämlichen Jahre, son-

bern theilweise im J. 1888 und theilweise im J. 1809 kultivirt wurden, wird die Identität des gemeinsamen Verpflichtungsgrundes selbst nicht alterirt, sondern bloß dessen gleichzeitiges Eintreten in Frage gestellt

DAGE. vom 30. Januar 1850. Nr. 234⁴⁹/₅₀.

3.

Berufungsfrist, wenn das Urtheil über die gegen die rechtskräftig erkannte Konkursöffnung nachgesuchte Restitution ergangen ist.

Das gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß auf Konkursöffnung eingereichte Restitutionsgesuch war in erster Instanz abweislich beschieden und die hier gegen eingereichte Berufung vom Obergerichte wegen Versäumung der 14 tägigen Frist als desert zurückgewiesen worden. Dieses Desertionserkenntniß wurde vom obersten Gerichtshofe aufgehoben, aus folgenden Gründen:

1) Wenn auch das Prozeßgesetz v. 17. Nov. 1837 durch die im §. 114 enthaltene Bestimmung das Konkursverfahren in Ansehung der zu beobachtenden (Berufungs-) Förmlichkeiten dem Exekutionsverfahren im Wesentlichen gleichgestellt hat, so macht es doch schon eine nähere Betrachtung des Wortlautes dieser gesetzlichen Bestimmung in hohem Grade zweifelhaft, ob dieselbe auf den vorliegenden Fall überhaupt, eine Anwendung finden könne. Denn das Gesetz spricht hierin vom „Konkursverfahren.“ Dieses Letztere kann aber unsträig nicht früher, als der Universalbankurs selbst seinen Anfang nehmen und nachdem dieser gemäß Kap. 19 §. 3 der G.D. erst mit der Ausschreibung der Ediktalien beginnt, eine solche Ausschreibung aber in dem gegenwärtigen Falle zur Zeit des eingekommenen Restitutionsgesuches noch nicht stattge-

ſuaßen hatte, ſo kann auch die in erſter Inſtanz über dieſes Reſtitutionsgeſuch ergangene Entſcheidung als bereits „im Konkursverfahren“ erlaſſen nicht betrachtet werden.

2) Hievon aber auch abgeſehen muß jedenfalls die im §. 114 des Prozeßgeſetzes unter Hinweisung auf §. 108 in Anſehung des Konkursverhängenden Erkenntniſſes ſtatuirte Ausnahme auch für jene Erkenntniſſe gelten, welche die Zuläſſigkeit einer Reſtitution wider jenes rechtskräftige Urtheil zum Gegenſtande haben. Denn da dergleichen Erkenntnisse immer hin und nothwendig zugleich auch die Entſcheidung der Frage enthalten, ob es bei dem rechtskräftigen Beſchlusse auf Konkursderöffnung ſein Bewenden habe, ſo fallen ſie offenbar mit dieſem Beſchlusse in Eins zuſammen, es muß ihnen ganz die nämliche Wirkung und Bedeutung zukommen, als wenn es ſich vorerſt um die Frage der Konkursderöffnung ſelbſt noch handeln würde. Dieſelben Motive, welche den Geſetzgeber bewogen haben, in Anſehung der Erkenntnisse über dieſe letztere Frage eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 114 zu ſtatuiren, inſbeſondere die Rückſichten auf das mit dem Beſchlusse auf Konkursderöffnung verbundene große Präjudiz, paſſen in gleichem und völlig ungeſchwächten Maasße auch auf ſie; es wäre daher dem unverkennbaren Geiſte des Geſetzes um ſo gewiſſer entgegen, ſie an ſtrengere Formen, als den Konkursverhängenden Beſchluss ſelbſt, gebunden zu erklären, als

3) dergleichen Urtheile auch ſchon nach der Art und Weiſe ihrer Entſtehung und nach der Beſchaffenheit ihrer dießfallſigen Vorausſetzungen mit dem Beſchlusse auf Konkursderöffnung und dem Prioritäts-erkenntniſſe ſich auf völlig gleicher Stufe befinden, indem ſie gleich dieſen letzteren eine vollſtändige Verhandlung der Sache (*plenariam causae cognitionem*) vorausſetzen,

GD. Kap. 19 §. 16 Nr. 4 vgl. mit Kap. 16 §. 1 Nr. 5 et in not. lit. f.

welche bei keiner andern im Laufe des Konkursverfahrens wie immer zur Sprache kommenden Frage in diesem Maße gefordert wird.

DAGE. vom 11. Sept. 1845. Nr. 800⁴⁴/₄₅.

4.

Richterliches Ermessen, insbesondere oberrichterliches Amt, zur Feststellung einer Rückergebühr, wenn die versuchte Nachweisung eines üblichen Beitrags misslungen ist.

Vgl. Bd. 1 S. 48, 318.

Der vom klagenden Unterhändler zufolge Interlokutes unternommene Beweis, daß 1% des Kaufpreises ein für die in Frage befindlichen Dienste übliches Honorar sei, war von dem in erster Instanz urtheilenden Obergerichte für vollständig geführt erachtet worden. Der oberste Gerichtshof hingegen sah ihn für ganz misslungen an. Nach der hierüber gegebenen Ausführung heißt es in den Motiven des oberstrichterlichen Urtheils weiter: „Die Folge des Misslingens der klägerischen Beweisführung in diesem Punkte konnte nur darin bestehen, daß es bei der gesetzlichen Regel des fr. 3 de proxenet. (50, 14) und der Anmerk. zum bayer. VR. Th. IV Kap. 9 §. 16 Nr. 8 lit. f. sein Bewenden hat, wornach der Richter im Zweifel das Proxenetikum nach billigem Ermessen festzusetzen hat. Im Hinblick auf die Vorschrift der GD. Kap. 15 §. 9 Nr. 1 war auch dieser Punkt hieher erwachsen, zumal die Elemente zu seiner Erledigung sich nach der Aktenlage voranden. In diesem Belange schien nun die Summe von 400 fl. allen billigen Rücksichten und Anforderungen zu entsprechen.....“

DAGE. vom 10. April 1847. Nr. 1608⁴⁴/₄₅.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 6. Samstag, den 15. März 1851.

Prüfung der Formlichkeiten der Vorinstanz.

Nach der Gerichtsordnung Kap. XV §. 11 Nr. 1 soll der Richter bei Entscheidung der Appellationsstreitigkeit zuvorderst die *Formalia Appellationis* sowohl bei selbiger als voriger Instanz ansehen, und wenn ein offener Mangel daran befunden wird, die *causam* mit Uebergehung der Hauptsache von Amtswegen *pro deserta vel non devoluta* erkennen. Diese Gesetzesstelle, welche in den Anmerkungen zur Gerichtsordnung l. c. lit. a. nur ihre Wiederholung findet, führt den Richter bei ihrer Handhabung auf verschiedene Schwierigkeiten. Sie läßt schon bei ihrem ersten Anblicke erkennen, daß sie nur einen, nämlich den Fall im Auge hat, wenn der, welcher Berufung zur zweiten Instanz ergriffen hatte (*Appellant*), vermüßiget ist, seine Beschwerde als *Revident* auch zur dritten Instanz zu bringen, nicht aber auch den, wenn auf die Berufung des *Appellanten* in zweiter Instanz abändernd erkannt worden ist, und nun der *Appellat* als *Revident* sich zur dritten Instanz wendet. Denn wohl mit Recht bemerkt *Seuffert* in seinem Kommentar zur *GD.* Bd. IV S. 139, daß es offenbar nicht angehen könne, eine *Revision* deswegen als *desert* oder nicht erwachsen

abzuweisen, weil auf Seite des Gegners der revidirenden Partei bei der von ihr zur zweiten Instanz ergriffen gewesenen Berufung eine Unförmlichkeit vorgekommen gewesen sei. Ebenso offenbar reicht für diesen Fall, wenn der Appellat Revident ist, aber auch der in den Blättern für Rechtsanwendung Band III S. 208 aus einem obersterichterlichen Erkenntniß entnommene Grundsatz nicht durch, nach welchem der oberste Richter nur offenbar vorliegende Mängel der Berufung zu beachten, nicht aber auch darüber, ob alle Förmlichkeiten in Iida beobachtet worden seien, besondere Nachforschungen anzuordnen haben soll. Zur Lösung der sich hierbei ergebenden Hauptfrage, in wie weit nämlich der Richter der dritten Instanz, wenn sich schon in zweiter Instanz stattgehabte Mängel ergeben, berufen oder berechtigt sei, nicht bloß die Revision zurückzuweisen, sondern auch das Erkenntniß der zweiten Instanz außer Wirksamkeit zu setzen, müssen vielmehr verschiedene Unterscheidungen getroffen werden.

Zunächst kommt es

- I. darauf an, ob die zur dritten Instanz nothwendigen Förmlichkeiten bereinigt sind oder nicht. Stehen nämlich der Revision selbst schon formelle Hindernisse entgegen, kann schon diese Revision wegen formeller Gebrechen nicht zur materiellen Würdigung gelangen, dann ist dem Richter keine Veranlassung und keine Befugniß gegeben, auch noch die Förmlichkeiten der zweiten Instanz zu prüfen, sondern er muß die Revision schon wegen der in dritter Instanz mangelnden Formen von seiner Schnelle zurückweisen. Ist das Fatale zur dritten Instanz versäumt, oder fehlt die gesetzliche Revisionssumme, oder ist die Revision nach den §§. 51—53 der Novelle vom 17. No-

nember 1847 unzulässig, so bleibt dem Richter der dritten Instanz nichts übrig, als die Revision wegen dieser Mängel zurückzuweisen, mag nebstdem auch schon das Fatale in der zweiten Instanz versäumt gewesen sein, mag schon in dieser zweiten Instanz die Berufungssumme gefehlt haben, oder mag schon die Berufung zur zweiten Instanz sich als unzulässig dargestellt haben. Der Richter dritter Instanz hat nicht zunächst zu prüfen, ob in der zweiten Instanz die Formlichkeiten beobachtet worden seien, sondern auf eine eingekommene Revision muß er sich zuerst die Frage vorlegen, ob diese Revision selbst als zu ihm gelangt betrachtet werden könne, und nur im Verjahungsfalle dieser Frage ist seine weitere Thätigkeit zur Prüfung der auch für die zweite Instanz vorgeschriebenen Formlichkeiten begründet, während er sich im Verneinungsfalle nur auf eine Zurückweisung der unförmlichen Revision beschränken, und das auf eine schon unförmliche Berufung in zweiter Instanz erlassene Erkenntniß gleichwohl auf Verantwortlichkeit dieses Gerichtes zweiter Instanz fortbestehen lassen muß.

In diesem Sinne hat sich der oberste Gerichtshof auch schon mehrmals ausgesprochen, insbesondere nebst dem schon in diesen Blättern Band X S. 318 berührten Falle am 13. Juli 1847 in Nr. 1310^{46/46}, am 18. Juni 1849 in Nr. 1012^{46/49} und am 12. März 1850 in Nr. 550^{49/50}, in welchen Fällen die Revision lediglich zurückgewiesen wurde, obgleich im ersten Falle die gesetzliche Summe weder für die dritte noch für die zweite Instanz gegeben war, im zweiten Falle nebstdem, daß es an der gesetzlichen Summe zur dritten Instanz fehlte, schon die Berufung zur zweiten Instanz hätte als

unzulässig zurückgewiesen werden sollen, und im dritten Falle sowohl die Berufung als die Revision nach dem Gesetze vom Jahre 1837 als unzulässig zu erklären waren.

Sind dagegen

II. die Förmlichkeiten zur dritten Instanz bereinigt, und hat sofort nach der obigen Gesetzesstelle der Richter auch zur Prüfung der Förmlichkeiten der zweiten Instanz zu schreiben, so ist die Sache verschieden zu behandeln, je nachdem der Appellant oder der Appellat Revident ist. Ist

1) der Appellant Revident, mit anderen Worten, führt die nämliche Partei zur dritten Instanz Beschwerde, die auch schon zur zweiten Instanz Beschwerde geführt hatte, so revidirt dieser Appellant entweder

A. weil seiner zur zweiten Instanz gebracht gewesenen Beschwerde gar kein Erfolg gegeben war, weil durchaus konfirmatorisch erkannt worden ist, oder

B. weil seiner Berufungsbeschwerde nur theilweise entsprochen, sohin theils konfirmatorisch, theils reformatorisch gesprochen wurde.

ad A. Dieß ist der Fall, den der Gesetzgeber bei Fassung der obigen Gesetzesstelle zunächst oder allein im Auge hatte. In diesem Falle wird dann auf dem Grunde dieser Gesetzesstelle die Revision des Beschwerdeführers lediglich zurückgewiesen, und zwar aus dem Grunde, weil seine Beschwerde schon zur zweiten Instanz wegen eines Formfehlers unstatthaft war. Hierbei ist es dann nicht nothwendig, auch noch das in zweiter Instanz erlassene Erkenntniß außer Wirksamkeit zu setzen, weil dasselbe mit dem Erkenntnisse der ersten Instanz gleichlautend ist, sohin die

Wirkung die nämliche bleibt, mag mit der Zurückweisung der Revision auch das Erkenntniß *Ilae* außer Wirksamkeit gesetzt werden, oder mag man in *IIa* nur die Zurückweisung der Revision aussprechen. Es genügt, wenn wegen des in *Ila* unterlaufenen Formfehlers die Revision ad *IIam* für nicht devolut erklärt, und hierdurch die Möglichkeit vereitelt wird, im Wege der Revision eine Abänderung des erst richterlichen beziehungsweise des mit diesem erst richterlichen übereinstimmenden zweit richterlichen Erkenntnisses zu erwirken.

ad B. War aber in *Ila* theils bestätigend und theils abändernd erkannt worden, so ist weiter zu unterscheiden, ob der Appellat bezüglich der auf die von seinem Gegner ergriffen gewesenen Berufung erfolgte Abänderung sich beschwerend an die dritte Instanz wenden konnte, oder nicht.

- a) War die in *Ila* ausgesprochene Abänderung von der Art, daß dagegen der Appellat Revision zur dritten Instanz ergreifen konnte, dann ist die Revision des Appellanten, der seine zur zweiten Instanz gebracht gewesene Beschwerde, insoweit ihr in *Ila* nicht willfahren worden war, nun auch zur dritten Instanz bringt, wegen des seiner Berufung schon in zweiter Instanz angelegten Mangels auf den Grund obiger Gesetzesstelle lediglich zurückzuweisen, und der Richter dritter Instanz darf hiernit nicht zugleich auch das auf eine unförmliche Berufung in zweiter Instanz erlassene Erkenntniß außer Wirksamkeit setzen, und zwar aus dem Grunde nicht, weil der Appellat, zu dessen Nachtheil

daß Erkenntniß **IIae** erlassen worden war, sich dabei beruhigte, weil durch diese Beruhigung auch das auf eine unstatthafte Berufung erlassene Erkenntniß in Rechtskraft überging, und die Sache zur dritten Instanz durch den Appellanten nur insoweit gebracht ist, als seiner Beschwerde nicht schon in der zweiten Instanz willfahrt worden ist.

- b) War aber dem Appellaten, z. B. wegen mangelnder Summe, keine Möglichkeit gegeben, gegen den abändernden Ausspruch **IIae** Beschwerde zum obersten Richter zu führen, dann hindert diesen obersten Richter nichts, auf den Grund obiger Gesetzesstelle, dem Rechte dieses Appellaten, wieder dadurch aufzuhelfen, daß er mit der Zurückweisung der Revision zugleich auch die Unstatthaftigkeit der Berufung **ad IIam** ausspreche, und mit diesem Ausspruche das auf die unstatthafte Berufung erlassene Erkenntniß **IIae** zugleich außer Wirksamkeit setze.

- 2) Ist der Appellat Revident, so revidirt er entweder, weil auf die Berufung seines Gegners in **IIa** bestätigend oder abändernd erkannt wurde.

- A. Revidirt er, weil bestätigend erkannt worden ist, welche Revision nur für den Fall eintreten kann, wenn Appellat der Berufung seines Gegners adhärrirt hatte, und dieser Adhäsion in **IIa** nicht willfahrt wurde, dann wird wegen des schon in **IIa** stattgefundenen Mangels, mag solcher der Berufung des Appellanten oder der Adhäsion des Appellaten entgegengestanden sein, die Revision des Appellaten lediglich zurückge-

wiesen, weil bei unstatthafter Appellation auch eine Adhäsion unstatthast war, und solche eben deswegen auch nicht zur dritten Instanz gebracht werden kann, oder weil schon die Adhäsion wegen eines Formmangels hätte zurückgewiesen werden sollen, einer solchen unstatthafter Adhäsion aber auch jede Wirkung im Wege der Revision abgeschnitten werden muß.

B. Beschwerd sich der Appellat in IIIa, weil auf die Berufung des Appellanten in IIa abändernd erkannt worden ist, so lassen sich wieder zwei Fälle denken. Er beschwert sich entweder

a) aus formellen Gründen, d. h. er hebt in seiner Revision den in der zweiten Instanz unterlaufen gewesenen Formfehler hervor, und bittet wegen dieses Mangels der Berufung das in IIa erlassene Erkenntniß außer Wirksamkeit zu setzen. Hier ist dieser Bitte, wenn sie begründet ist, zu entsprechen. Nicht die begründete und statthafte Revision ist nach dem Wortlaute der obigen Gesetzesstelle zurückzuweisen, sondern die unstatthafterweise in der zweiten Instanz zur Würdigung gekommene Beschwerde, und als Folge dieser Zurückweisung ist zugleich das hierauf ungebührlich erlassene Erkenntniß aufzuheben. Oder er beschwert sich

b) aus materiellen Gründen, d. h. er sucht, ohne des Umstandes zu erwähnen, daß es der Berufung an einer der gesetzlichen Förmlichkeiten gefehlt habe, den Inhalt des zweitrichterlichen Erkenntnisses an sich als ungerechtfertigt darzustellen. Hier beantragt er nun entweder

- a) das zweitrichterliche Erkenntniß seinem ganzen Inhalte nach aufzuheben, oder
 β) seine Bitte geht nur auf eine theilweise Abänderung dieses Erkenntnisses.
- ad α) Hier wird mit der Entdeckung und dem Ausspruche der Unstatthaftigkeit der Berufung zur zweiten Instanz zugleich auch das in dieser zweiten Instanz erlassene Erkenntniß außer Wirksamkeit gesetzt, und zwar aus dem Grunde, weil hier der Revisions- bitte schon aus formellen Gründen zu entsprechen ist, welche Förmlichkeiten, wenn auch nicht von den Parteien angeregt, doch von Amtswegen berücksichtigt werden müssen.

In dieser Weise hat der oberste Gerichtshof erkannt am 29. November 1844 in Nr. 109⁴⁴/₄₅, am 3. Januar 1844 in Nr. 354⁴²/₄₃, und am 17. Okt. 1843 in Nr. 1683⁴²/₄₃. Im ersten dieser Fälle hatte die erste Instanz in einer Spolienfache ausgesprochen, daß der antizipirte Beweis und Gegenbeweis zu erheben sei. Auf hiergegen von dem Kläger ergriffene Berufung wurde, seiner Beschwerdebite entsprechend, mit Umgehung eines Beweises so gleich auf Restituirung des Spoliums erkannt. Auf die nun hiergegen von dem Beklagten ergriffene Revision mit der Bitte um Zurückweisung der Spolienklage und eventuelle Erhebung der Beweismittel nach dem Erkenntnisse der ersten Instanz, wurde in IIIa ausgesprochen, daß gegen den Ausspruch der ersten Instanz eine selbstständige Berufung ad IIam nicht stattgefunden habe, solche daher als unzulässig zurückgewiesen, und daß auf sie erlassene Erkenntniß der zweiten Instanz außer Wirksamkeit gesetzt werde.

Im zweiten Falle hatte die erste Instanz den Eid des Klägers für verweigert erklärt mit dem Beisatze, daß nunmehr in der Hauptsache zu erken-

nen sei. Auf Berufung des Klägers war in zweiter Instanz erkannt, daß der ihm deferirte Eid nicht für verweigert zu halten, sondern von ihm vor seinem Gerichte abzuleisten sei. Auf hiergegen von dem Verklagten ergriffene Revision mit der Bitte, es bei der in erster Instanz ausgesprochenen Eidesverweigerung zu belassen, wurde in *revisorio* erkannt, daß eine Berufung gegen den erstrichterlichen Bescheid zur zweiten Instanz unzulässig gewesen, daher das Erkenntniß dieser zweiten Instanz außer Wirksamkeit gesetzt werde.

Im dritten Falle hatte in einem eingeleiteten allgemeinen Debitverfahren, sohin im Exekutionsverfahren, die erste Instanz die Inventarisirung des Vermögens und Aufstellung eines Kassellators beschlossen. Auf hiergegen von dem Gemeinschuldner nach 14 Tagen ergriffene Berufung war dieser Beschluß in zweiter Instanz aufgehoben worden. Auf die von mehreren Gläubigern hiergegen binnen 14 Tagen überreichte Revision mit der Bitte um Wiederherstellung des Beschlusses der ersten Instanz wurde in IIIa erkannt, daß die Berufung von der ersten zur zweiten Instanz als desert abzuweisen sei, es sohin bei dem Beschlusse der ersten Instanz sein Verbleiben habe.

ad β) Beantragt aber Appellat und Revident nur eine theilweise Abänderung des Erkenntnisses der zweiten Instanz, dann kann dem entdedten, in zweiter Instanz unterlaufenen Formmangel gar kein Erfolg gegeben werden, weil das Erkenntniß IIae, insoweit sich Appellat und Revident bei demselben beruhigt hat, unveränderlich zu Recht besteht, und wegen der nun in Mitte liegenden Rechtskraft nicht mehr abgeändert oder aufgehoben werden kann, ein theilweises Bestehen und theilweises Aufheben eines

und desselben Bekenntnisses aber nicht möglich ist.

Vergleiche Seuffert's Kommentar
Band IV S. 189 und folgende.

Geigel.

Ueber die Fragestellung nach Art. 5 des Gesetzes vom
29. Aug. 1848 (Abänderungen des I. Th. d.
StGB. betr.).

Während gemäß Art. 5 des Ges. v. 29. Aug. 1848 der Strafgrad davon abhängt, ob der Tod als wahrscheinlich vorausgesehen werden konnte, pflegt noch heute bei einigen Schwurgerichten die Frage dahin gerichtet zu werden: ob der Angeklagte den Tod als wahrscheinlich voraussehen konnte, was natürlich die Geschworenen verleitet, die subjektiven Straf minderungsgründe, welche schon durch andere Gesetzesbestimmungen gewürdigt sind, nämlich: Hitze des Zornes, unverschuldete Trunkenheit, Geistesbeschränktheit, Alterschwäche, Gemüthskrankheit u. dgl., ihrer Beantwortung jener Frage zu Grunde zu legen.

Zwischen demjenigen, welcher mit vorbedachtem Entschlusse die Mißhandlung vollführt, und demjenigen, der sie in der Hitze des Zornes verübt, ist im Art. 5 bereits durch Aufstellung zweier Strafgrade unterschieden. Dem mit Vorbedacht Handelnden wird oft die Fähigkeit, die Wahrscheinlichkeit eines Erfolges einzusehen, bemessen, dem Zornigen abgesprochen werden müssen; darum darf aber die Frage über den als wahrscheinlich vorausgesehenen Tod nicht zum Nachtheile des Ersteren und zum Vorthelle des Letzteren beantwortet

werden, sonst würde der Unterschied zwischen Vorbedacht und aufbrausender Leidenschaft, welcher schon durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung berücksichtigt ist, abermals angerechnet.

So bei Anwendung des Art. 3 des gedachten Gesetzes, welcher die Strafmilderung bei beschränkter Zurechnungsfähigkeit festsetzt. Die Frage über den als wahrscheinlich vor auszusehenden Tod wird hier, wenn sie auf die Person des Angeklagten gestellt wird, von den Geschworenen aus Rücksicht auf die Verwirrung der Sinne oder des Verstandes des Angeklagten verneint werden, während sie dann noch eine weitere Frage zu beantworten haben, deren Zweck es ist, gerade jene Verwirrung der Sinne oder des Verstandes erst festzustellen und ihre Anrechnung zu bewirken, für welche Art. 3 dem Richter zu sehr bedeutender Strafmilderung Raum läßt.

Bei Beantwortung der Frage über den als wahrscheinlich vorherzusehenden Tod muß daher die verletzende Handlung, wie sie in die Sinnenwelt hervortritt, abgesehen von der individuellen oder augenblicklichen psychischen Lage des Thäters, zur Norm der Beantwortung dienen; und damit sie wirklich dazu diene, muß die Richtung der Frage auf die Person des Angeklagten vermieden und vielmehr im Einklange mit den Worten des Gesetzes gefragt werden: „ob der Tod des N. als wahrscheinlich vorausgesehen werden konnte?“

.h..

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eidleistung von Ruralgemeinden. Ueiglenthche Gemeindefachen.

Vgl. Bb. 8 S. 53, 256; Bb. 4 S. 8 Nr. 4, Bb. 10 S. 28;
Bb. 11 S. 155.

In einem vorgekommenen Falle, die Entschädigungsfrage eines Schäferereiberechtigten gegen die pflichtige Gemeinde wegen Schmälerung des Schaaftriebes durch Kuhn von Dedungen betr., war in Bezug auf einen von den Beklagten zu leistenden Reinigungsseid erkannt worden, derselbe sei durch drei, vorbehaltlich des klägerischen Erinnerungsrechtes, von der Gemeinde zu wählende Gemeindeglieder zu schwören. Darüber führte der Kläger Beschwerde, indem er die Ableistung durch die Glieder des Gemeinde-Ausschusses verlangte. Der oberste Gerichtshof erkannte bestätigend, aus folgenden Gründen: „Wenn es sich um eine wahre und eigentliche Gemeinde-Angelegenheit im engsten Sinne des Wortes handelte, wobei die Gemeinde als eine politische und administrative Korporation mit den ihr in dieser Eigenschaft vorgesteckten Endzwecken in Betracht käme, so würde allerdings der Gemeinde-Ausschuß als die organische Vertretung der Gemeinde in allen ihren Angelegenheiten nach §. 102 u. 103 des Gemeindeediktes ohne neue Wahl schon diejenigen Personen in sich begreifen, welche einen der Gemeinde aufgetragenen Eid abzuleisten hätten, weil dieser Ausschuß alsdann auch schon von selbst dasjenige Recht zu wahren und seine Ausübung zu handhaben hätte, in Ansehung dessen sich ein solcher Prozeß ergeben könnte. Handelte es sich z. B. um

ein der Gemeinde zur Erbauung eines Schulhauses oder Leistung eines Bezirks-Konkurrenz-Beitrages gegebenes Darlehen, so zeigte sich die Beschwerde des Klägers gegründet, nur etwa mit dem Vorbehalte, diejenigen bereits abgetretenen Mitglieder eines früheren Gemeinde-Ausschusses zum Eide beizuziehen, welche von der Sache die beste Wissenschaft hätten. Allein im gegebenen Falle handelte es sich statt dessen um eine Entschädigung, welche der Gemeinde nur wegen eines beschädigenden Faktums ihrer einzelnen Mitglieder obliegen soll, wobei also das zufällige Zusammentreffen der Gesamtheit der letzteren den Anlaß darbot, diese Sache als Gemeindefache zu behandeln*). Bei dem eigentlich beschädigenden Faktum war daher die frühere und jetzige Verwaltung der Gemeinde unbeschtheilt und passiv; nirgends traten administrative Amtsbefugnisse derselben in Wirksamkeit; aus diesem Grunde wurde auch die Streitgenossenschaft und Prozeßvollmacht nicht vom Ausschusse, sondern der ganzen Gemeinde aufgerichtet. Eben darum können aber auch nur die einzelnen Mitglieder, nicht aber die von dieser Sache in ihrem amtlichen Wirken nicht zunächst berührten Vorsteher und Bevollmächtigten der Gemeinde von der wahren Verwandtschaft der Sache eine genaue Wissenschaft haben. Da nun die Frage, wer den Eid für eine Korporation zu leisten habe, immer in Erwägung der vorwaltenden Umstände nach richterlichem Ermessen zu erledigen ist, so zeigte sich die Revisionsbeschwerde des Klägers, welche den zuerkannten Reinigungs Eid

*) Vgl. Anmerk. zur G.D. X §. 10 lit. f.: „und alle Gemeindeglieder in Sachen, welche die Gemeinde sowohl in corpore; als jeden und singulos de universitate betreffen, wie z. B. in Gemeinweids-, Holzschlags- und dergleichen Sachen“.

dem Gemeinde-Ausschusse auferlegt sehen wollte, als ungegründet“.

DAGE. v. 9. März 1817. Nr. 814⁴/₄₅.

2.

Beweis über übliche Größe des Mädlerslohnes. Leistung eines wirklichen Unterhändlers, im Gegensatz bloßer Vermittlung der Einleitung eines Geschäftes.

Der Gegenstand eines Rechtsstreites war die Mädlergebühr zu 1 Pct. des Kaufpreises (von 187000 fl.), welche der bei der Einleitung eines zu Stande gekommenen Gutskaufes thätig gewesene Kommissionär vom Verkäufer in Anspruch nahm. Unter Anderem wurde dem Kläger zu beweisen aufgelegt: daß 1% des Kaufpreises (oder wie viel weniger) ein in solchen Fällen übliches Honorar sei. Dieser Beweis wollte durch die jene Ueblichkeit im Allgemeinen bejahenden Aussagen zweier Münchner Negozianten geführt werden, in deren Würdigung die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen: „Der in Frage befindliche Beweis ist dem Kläger gänzlich mißlungen; denn

1) seine beiden Zeugen, so weit sie sich einer solchen Annahme günstig aussprechen, haben nicht über eine positive Thatsache, die sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen, ausgesagt, sondern nur eine Folgerung aus ihrer Beobachtung anderweitiger Vorgänge gezogen, sind mithin nicht sowohl als Zeugen, als vielmehr als Sachverständige in Betracht zu ziehen, so daß sie durch ihre Uebereinstimmung auch nicht jene formelle Wahrheit zu begründen vermögen, wie sie das Ergebnis der Bestätigung durch zwei klassische Zeugen ist;

2) dieselben vermochten auch nicht einen einzigen besonderen Fall zu bezeichnen, worin ein Ho-

norar der angeführten Größe gegeben oder zuerkannt worden;

3) aus den Angaben des Zeugen S. erhellt nicht, ob er nicht vom Waarenhandel, als seinem Gewerbe, einen unstatthaftern Schluß auf den Güterhandel gezogen;

4) von denselben wurde ferner der Umfang einer zu verkaufenden Realität und die Größe des Kaufpreises, als sehr beachtenswerthe Umstände für einen billigen Tarif des zu bezahlenden Mäcflerlohnes, in gar keine Würdigung gezogen; dazu kommt

5) noch der für sich entscheidende Grund, daß sie von dem billigen Lohne wahrer „Unterhändler“ bei Gutskäufen sprechen, wozu weit mehr gehört, als die unbedeutende Mühe eines Anfragsbureaus, welches ihm mitgetheilte Offerten den Kaufsliebhabern nur zusendet oder namhaft macht, — wozu insbesondere die Vermittlung der Unterhandlungen über den Kaufspreis und nachhaltige Versuche der Einigung über die Kaufsbedingungen gehören, wozu nicht selten Reisen, Gegenvorschläge, Vorstellungen und Zureden mit unterlaufen oder nöthig werden, Punkte, die der Zeuge (resp. Sachverständige) Moriz M. (ein jüdischer Geschäftsmann solcher Art) gewiß als ihm geläufig geworden im Auge hatte, die aber alle der bloßen Einleitung eines Verkaufes, wie er hier in Frage steht, völlig fremd sind, so daß von der üblichen Belohnung in der einen Voraussetzung auf eine gleiche in der anderen kein Schluß gezogen werden kann*).

DAß. vom 10. April 1847. Nr. 1608^{44/45}.

*) Allerdings gebührt eine Remuneration schon für die bloße Einleitung der Unterhandlungen über einen Gutskauf, wenn ein gewerbmäßiger Mäcfler z. B. der Inhaber eines Anfrage- oder Kommissions-

3.

Freigebung von Mitverklagten. Unzulässige Klagenänderung.

Eine Klage auf Schutz im jüngsten Besitze eines Weiderechtes war gegen fünf Personen gerichtet, welche in der Klagschrift als Besitzer von Theilen des Waldes bezeichnet waren, auf welchen die Servitut zustehen sollte. Aus der Vernehmungslassung auf die Klage ergab sich, daß einige der Verklagten keinen Antheil an dem fraglichen Walde haben. Der Kläger erklärte nun, diese Personen von der Klage freigeben zu wollen. In Beurtheilung dieser Erklärung sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: Die Kläger vermeinen zwar ihre Klage in dieser Beziehung dadurch emendirt zu haben, daß sie replicando den A. R. und R. H. von solcher freigelassen hätten; allein in dieser Freilassung würde nicht eine bloße Emendation, sondern vielmehr ein nach Kap. 4 §. 13 der G.D. unzulässige Mutation der Klage in ihrem Hauptwerke liegen. *Komment. ü. d. G.D. Bd. 2 S. 166.*

DAGE. v. 26. Januar 1847. Nr. 711⁴⁴/45.

bureau solche vermittelt (durch Rundgebung von Kaufslebhavern, Uebermittlung von Gutranschlägen, durch einzelne Erkundigungen und Korrespondenzen); vgl. *DAGE.* vom 28. März 1843, Nr. 586⁴²/43. Allein für eine dergleichen bloß einleitende Vermittlung kann nicht so viel bezahlt werden, als für eine bis zum Kaufabschlusse selbst eingreifende Mitwirkung.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 7. Samstag, den 29. März 1851.

Die christliche Eidesformel.

Das königl. bayer. Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848 setzt in den Artikeln 110 und 157 die Eidesformel für Geschworene und Zeugen dahin fest: „Ich schwöre, so wahr mir Gott helfe.“ Hiernach ist kein Unterschied zwischen Christen und Nichtchristen gemacht und das Emporheben der drei ersten Finger ist ebenfalls den Christen nicht vorgeschrieben, sondern Geschworene und Zeugen ohne Unterschied der Religion und des Geschlechtes sollen „mit emporgehobener Rechten“ schwören¹⁾.

In gleicher Art bestimmen auch die neuen österreichischen²⁾ und preussischen³⁾ Gesetze über das Verfahren in Strafsachen.

Es erheben sich aber Stimmen gegen diese Eidesformel und gegen die Unterlassung des Emporhebens der sogenannten drei Schwörfinger nicht

1) Gesetzblatt v. J. 1848. S. 280, 300.

2) Strafprozeßordn. v. 17. Januar 1850. §. 179, 318.

3) Verordn. v. 3. Januar 1849. §. 97.

nur mündlich, sondern auch in Zeitschriften ⁴⁾); man wollte einen solchen Eid für nichtchristlich anerkennen, ja man gab sich hie und da der Ansicht hin, ein solcher Eid sei nicht bindend und es kam sogar vor, daß eine Partei von der Geistlichkeit den Ausdruck wünschte, daß der gegen jene Partei in einer Civilsache geleistete Eid deshalb ungültig sei, weil der Schwörende erklärt hatte, er gehorche zwar der Obrigkeit, indem er die drei Finger empor richte und der Eidesformel noch die Worte beisetze: und sein heiliges Evangelium; er halte dieses aber nicht für wesentlich zur Gültigkeit seines Eides.

Es liegt nicht in der Wissenschaft des Juristen und nicht in dem Berufe desselben, sich auf theologische Erörterungen ⁵⁾ einzulassen und eben so wenig sind diese Blätter legislativen Abhandlungen gewidmet. Es sollen daher hier nur die Fragen erörtert werden, ob der Richter einen Eid, welcher nur in der Form der erwähnten neueren Gesetze geleistet wurde, für gültig und demgemäß den Bruch solchen Eides als strafbaren Meineid erklären könne und müsse; ob dieß insbesondere auch bei einem Eide der Fall sei, welcher in einer anderen als in einer Strafsache geschworen wurde; dann ob es in der Zuständigkeit der Geistlichkeit liege, über die

⁴⁾ Deutsche Zeitschrift für christliche Wissenschaft und christliches Leben. Jahrgang 1850. Nr. 8 und 9 dann 46. — Evangelische Kirchenzeitung, Jahrgang 1850, S. 849. Kirchl. Zeitfragen, 1850. Nr. 17.

⁵⁾ Kenntniß der Quellen der Religionslehren muß indessen der Jurist haben, wenn er vom Eide — und eben so wenn er von den Scheidungsgründen handeln will, so wie auch der Theologe ohne gründliche Kenntniß des Kirchenrechtes sich in diese Rechtsmaterien nicht wagen soll.

Gültigkeit oder Ungültigkeit eines vor Gericht geleisteten Eides sich auszusprechen. —

Der Eid muß in einer Form verlangt und geschworen werden, welche zu der Ueberzeugung berechtigt, daß der Schwörende das ihm Heiligste zur Bestätigung der Wahrhaftigkeit seiner Zusage oder Aussage anruft. *Divus Pius iurejurando, quod propria superstitione juratum est, standum rescipit*⁶⁾. Bei den Heiden, welche von Gott nichts wußten und denen irdische Dinge das Heiligste waren, konnte mit rechtlicher Wirkung „bei dem eigenen Haupte“ oder „bei dem Haupte der Söhne“ oder „bei dem Haupte des Regenten“ geschworen werden⁷⁾; ferner „bei dem Schwerte“ oder „bei dem Warte“⁸⁾. Je mehr aber die Idee eines lebendigen Gottes herrschend wurde, desto mehr näherte sich auch der Eid einer Anrufung Gottes und den Uebergang bildete der Eid „bei dem Wohle des Schwörenden“ (*per salutem meam*), indem man annahm, daß hierdurch bei der Gottheit geschworen sei⁹⁾; ferner der Eid „beim Schutzgeiste des Kaisers“¹⁰⁾; endlich

⁶⁾ Fr. 5. §. 1. D. de iurejur. (12, 2) Winer, biblisches Realwörterbuch, voce Eid.

⁷⁾ Fr. 5. pr. vergl. mit Fr. 3. §. 4 und Fr. 4. D. l. c. Ovid, trist. 8. Silius, Ital. 16. Dergleichen Eide verbot Christus, Matth. V, 34. S. auch Jak. V, 12.

⁸⁾ Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, S. 896, 899. — Der Eid „per capillos — per caput“ wurde verboten in Nov. 77, cap. 1 §. 1. In der Eidesformel Ungereimtes zu vermeiden gebietet der Reichsabschied v. J. 1555. §. 107. Emminghaus corpus jur. german. (zweite Aufl.) S. 241.

⁹⁾ Fr. 5. pr. Fr. 33. D. eod. — Der Eid *per salutem* war jedoch nur wirksam, wenn er in dieser Art deferirt war.

¹⁰⁾ Fr. 13. §. ult. eod.

der Eid „bei den Göttern“ oder auch selbst „per Deum“, insoferne darunter der wahre Gott noch nicht verstanden, sondern nur geahnet war¹¹⁾.

Mit der Erkenntniß des wahren einzigen Gottes verband sich von selbst die Ansicht, daß der Eid nur dann bei dem Heiligsten geleistet werde, wenn er bei diesem Gott als einem allwissenden Wesen geschworen wird und deshalb wurde von Abraham und ebenso von den Israeliten „bei dem höchsten Gott“ — „bei dem Gott des Himmels und der Erde“ geschworen¹²⁾ und es kam auch dort schon vor, daß dem Schwörenden der Eid vorgesagt wurde und er nur die Worte „Ich schwöre“ aussprach¹³⁾.

Die Einführung des Christenthums hatte nach dem bekannten Ausspruch Christi „daß er nicht gekommen sei, das Gesetz umzustößen, sondern es zu erfüllen“¹⁴⁾ keine Aenderung oder Vermehrung der alttestamentarischen Eidesformel zur Folge; im Gegentheil Christus selbst, als der Hohepriester ihn „bei dem lebendigen Gotte“ beschwor, zu sagen, ob er Gottes Sohn sei, tadelte diese Eidesformel nicht, sondern antwortete hierauf¹⁵⁾, und die mehrfachen Anrufungen „Gottes als Zeugen“ deren der Apostel Paulus sich bediente¹⁶⁾,

¹¹⁾ Fr. 3. §. 4. Fr. 33. D. eod. Grimm, a. a. O. S. 894.

¹²⁾ 1 Mose XIV, 22; XXI, 23. 24; XXIV, 2. 3. 9. — 2 Mose XXII, 11. — 5 Mose VI, 13; X, 20. S. auch 2 Chron. VI, 22. 23.

¹³⁾ 1 Mose XXI, 23. 24; XXIV, 2. 9.

¹⁴⁾ Matth. V, 17.

¹⁵⁾ Matth. XXVI, 63. 64.

¹⁶⁾ Röm. I, 9. — 2 Kor. XI, 31. — Gal. I, 20. — Phl. I, 8. — 1 Thess. II, 5. 10. — Hebr. VI, 13. 17. — Daß in jenen Anrufungen Eide enthalten waren, ist anerkannt in can. 2. caus. XXII. qu. 1.

sind klarer Beweis, daß man diese Art des Eides auch bei den Aposteln für genügend und für die höchste religiöse Bethuerung hielt.

In den ersten Zeiten des Christenthums, wo man strenge auf Wahrhaftigkeit und den Gebrauch des Eides für nicht wohl erlaubt hielt¹⁷⁾, kommt eine bestimmte Eidesformel nicht vor.

Kaiser Justinian schrieb im Jahre 535 zwar eine Eidesformel für die Beamten vor¹⁸⁾, nach welcher diese „zu Gott dem Allmächtigen und seinem eingeborenen Sohne Jesu Christo, unserm Heiland, auch zum heiligen Geiste, ingleichen zur heiligen und glorreichen Mutter Gottes und ewigen Jungfrau Maria, ferner auf die vier Evangelien, die der Schwörende in seinen Händen halte, auch zu den heiligen Erzengeln Michael und Gabriel“ zu schwören und zu erklären hatten „daß wenn sie den Eid nicht halten würden, sie hienieden und in Zukunft bei dem furchtbaren Gerichte Gottes und Unseres Heilandes Jesu Christi in Gemeinschaft gehen wollen mit dem Judas und Theil haben an dem Ausfalle des Giezi¹⁹⁾ und dem Schrecken des Rains“.

Man sieht es dieser Eidesformel auf den ersten Blick an, daß die damals versuchte Einigung zwischen der morgenländischen und abendländischen Kirche nicht Wurzel geschlagen, vielmehr die orientalische Form auf jene gesetzliche Festsetzung des Beamteneides Einfluß hatte: die abendländische

¹⁷⁾ Arnold, wahre Abbildung der ersten Christen. Belpz. 1732. S. 654, 658 — 660. Plin. epist. X. 97. — Die Zulässigkeit des Eides ist anerkannt can. 2. 3. causa XXII, qu. 1.

¹⁸⁾ Nov. 8. Anhang.

¹⁹⁾ Giezi (Gehazi), Diener des Elisa, wurde wegen Betrug mit Ausfah gestraft. 2 Könige V.

Kirche aber rezipirte solche Form nicht, sondern ließ die Eidesformel, wie sie von Christus und dem Apostel anerkannt, war. Selbst der Ausdruck allein „Ich schwöre“ wurde im canonischen Rechte als Eid anerkannt; weil er zugleich ein Bekenntniß enthält²⁰⁾, und Johannes Chrysostomus, dem die Frage vorgelegt wurde, ob der Eid auf das Evangelium stärker als das Schwören bei Gott sei? erklärte mit Beisehung eines derben Ausdrucks für solche Frage, daß die heilige Schrift wegen Gott vorhanden sei, nicht Gott wegen der heiligen Schrift²¹⁾. Es erhellet hieraus, daß eine Verstärkung des Eides bei Gott durch Beziehung auf das Evangelium christlich undenkbar ist. Die Aufnahme des ebenerwähnten Ausspruches in das canonische Rechtsbuch zeigt deutlich, daß der Christ den Eid nur bei Gott als dem Heiligsten und Höchsten leisten soll. Es hat zwar auch das canonische Recht für die Bischöfe die Eidesformel: *Sic Deus me adjuvet et haec Sancta Evangelia*²²⁾ und andere Diener der Kirche sollten *ad Sancta Dei Evangelia corporaliter a se tacta*²³⁾ schwören; auch kommt die Eidesformel vor: *Sic te Deus adjuvet et istae Sanctorum reliquiae*²⁴⁾, so wie auch vor einem

²⁰⁾ Causa XXII. qu. 1. can. 7.

²¹⁾ Can. 11. Causa XXII. qu. 1. Si aliqua causa fuerit, modicum videtur facere, qui jurat per Deum: qui autem jurat per Evangelium, majus aliquid fecisse videtur? Quibus similiter dicendum est: Stulti, scripturae sanctae propter Deum sunt, non Deus propter scripturas. — Die Ueberschrift zu dieser Gesetzstelle im canonischen Rechtsbuch fixirt die gestellte Frage noch deutlicher als der Text.

²²⁾ Cap. 4. X. de jure jur. (2, 24)

²³⁾ Clem. Cap. 1. §. 3. de haeret. (5, 3)

²⁴⁾ Can. 5. causa XXXV. qu. 6.

Meineid vor dem Altar oder bei den Reliquien der Heiligen gewarnt wird²⁵⁾: allein die Nothwendigkeit solcher Zusätze ist nirgends ausgesprochen; im Gegentheil, in einer anderen Stelle des canonischen Rechtes²⁶⁾ sagt Augustinus, daß er die Eidesformel „bei Gott“ oder „Gott ist mein Zeuge“ oder „Christus weiß es“ für genügend erachte. Auch hat das canonische Recht die einfache Formel: *Sic te Deus adjuvet*, für die Zeugen vorgeschrieben²⁷⁾.

Die Reformation änderte nichts an der Eidesformel; im Gegentheil, es ist anerkannter Grundsatz der Protestanten, daß das canonische Recht auch für sie in allen jenen Gegenständen subsidiäres Recht ist, welche weder durch die Reformation abgeändert sind, noch den Grundsätzen der Reformation widerstreiten²⁸⁾; daß insbesondere in der Lehre vom Eid auch das canonische Recht anwendbar sei²⁹⁾. Ja es wäre eine Aenderung der von Christus und dem Apostel Paulus anerkannten Eidesformel oder ein Zusatz zu solcher den Grundsätzen der Reformation geradezu entgegen, weil diese sich zur Aufgabe

²⁵⁾ Can. 12. causa XXII. qu. 1.

²⁶⁾ Can. 14. §. 1. l. c. — Hic perpensa ratione et consideratione librata, cum magno timore dico: „Coram Deo“ aut „testis est Deus“ aut „scit Christus“ sic esset in animo meo: et yideo, quia plus est, id est quia amplius est, quam est est, non non.

²⁷⁾ Can. 6. causa XXXV. qu. 6.

²⁸⁾ J. H. Boehmer, *jus eccl. prot.* tom. I. lib. I. tit. 2. §. 58. pag. 121. seq. — G. L. Boehmer, *princ. jur. can.* §. 54. — Schnaubert, *Kirchenr. der Prot. und Kath.* §. 65 flg. Gleichhorn, *Kirchenr.* Bd. I. S. 370 flg. Richter, *Kirchenr.* §. 70.

²⁹⁾ J. H. Boehmer, l. c. tom. I. lib. I. tit. 2. §. 70. p. 135 und lib. II. tit. 24. §. 13. p. 1270.

gemacht hatte, daß Christenthum auf die Einfachheit des Evangeliums zurückzuführen. Insbesondere sagt Luther ³⁰⁾: „Wenn wir schwören, fassen wir allzeit zwei Dinge zusammen, nämlich daß wir Gott um Hülfe und Schutz anrufen und die Strafe über uns selbst fluchen. Als wollten wir sagen: Als mir Gott helfe oder nicht; so ich den Eid halte, wolle er mir gnädig sein; wo ich aber damit Jemand betrüge, so strafe er mich.“

So einig hiernach die Reformation mit den Grundsätzen des canonischen Rechts in Beziehung auf die Eidesformel war, so begnügte doch hie und da die Sitte sich nicht mit der biblischen Eidesformel, sondern führte, wie schon aus den vorhin angeführten Stellen des canonischen Rechts hervorgeht, Zusätze zu der von Christus und dem Apostel anerkannten Eidesformel ein, indem man den Etabungsworten „So wahr mir Gott helfe“ bald die Worte: „durch Jesum Christum“ ³¹⁾ bald: „durch“ ³²⁾ sein (und sein) heiliges Evangelium“ bald „und seine liebe Heiligen“ ³³⁾ hinzufügte. ³⁴⁾ Sehr natürlich war

³⁰⁾ Luther's Werke, Halle 1750. Bd. I. S. 2507. §. 102.

³¹⁾ Dieser Zusatz kommt erst in den späteren Zeiten vor. Fevenar, Theorie der Beweise. S. 85. u. unten Note 37.

³²⁾ Besser würde gesagt: durch sein heil. Evang. als und sein heil. Evang. Denn Gott hilft durch das Evangelium.

³³⁾ Aurea Bulla (1356) Cap. II. §. 3. Emminghaus, Corp. jur. germ. S. 62. der zweiten Auflage.

³⁴⁾ Die beiden letzteren Zusätze, welche schon in früherer Zeit vorkamen, haben wahrscheinlich ihren Grund darin, daß man die bekehrten Heiden, um sie von der beim Eideschwur gewöhnlich gewesenem Verührung irdischer

es, daß diese in der heiligen Schrift nicht gegründeten Zusätze zum Streit zwischen Katholiken und Protestanten Anlaß gaben. Nachdem der Passauer Vertrag v. J. 1552. §. 10. gestattet hatte, daß die Beisitzer des Reichskammergerichts und andere Personen und Parteien entweder, „zu Gott und den Heiligen“ oder „zu Gott und auf das heilige Evangelium“ zu schwören haben³⁵⁾, wurde im Reichsabschied von J. 1555, §. 107 und in der Reichskammergerichtsordnung v. J. 1555 Th. I. Tit. 57 bis 85 festgesetzt, daß sowohl die Kammerrichter und die Beisitzer, dann Gerichtsschreiber, Protonotarien, Notarien, Advokaten, Procuratoren u. s. w., als die Parteien, Zeugen und Sachverständigen, sie seien Katholiken oder Protestanten, „bei Gott und dem heiligen Evangelium“ schwören sollen.³⁶⁾

Die ebenerwähnten Reichsgesetze waren indessen nur für die Eide gegeben, welche bei dem Reichskammergerichte zu leisten waren; für die Gerichte der einzelnen deutschen Länder gab es außer der Vorschrift der peinlichen Halsger. Ordn. keine geschliche allgemeine Eidesformel; es war daher den einzelnen Landesgesetzen und soweit diese nicht verfügten, der Praxis überlassen, ob die Christen nach der einfachen biblischen Form oder mit den Zusätzen schwören sollen, welche hie und da aufgebracht waren.

Gegenstände (das Nähere hierüber s. unten) abzuhalten, das Evangelium oder die Reliquien von Heiligen berühren und um dies nicht als bloße Form darzustellen, zugleich auf diese Gegenstände mit schwören ließ.

³⁵⁾ Emminghaus, a. a. O. S. 234.

³⁶⁾ Emminghaus, a. a. O. S. 241. 255 — 258. — Schon die peinliche Gerichts-Ordn. Kaiser Carl V. v. J. 1533. Art. 3. schreibt den Befehl vor: „und seine heiligen Evangelien.

Die Landesgesetze können in dieser Beziehung in folgende Klassen getheilt werden:

I. Einige ließen es bei der einfachen Form, wie sie im alten und neuen Testamente begründet ist, nämlich: „So wahr mir Gott helfe.“³⁷⁾

II. Andere Gesetzgebungen fügten dieser Formel noch einen Zusatz bei, nämlich bald „und sein heiliges Evangelium“ (heiliges Wort“);³⁸⁾ bald — in einigen katholischen Ländern³⁹⁾ oder in protestantischen Ländern für Katholiken⁴⁰⁾ — „und seine lieben Heiligen“.

³⁷⁾ Nürnberger Reformation v. J. 1564. Tit. VII. Ges. 4. „Daß helf mir der allmechtig Gott.“ — Oesterreichische allg. Ger. Ordn. v. J. 1781 §. 164. „Niemand soll anders schwören als: So wahr mir Gott helfe. Nur bei den Juden soll der bisher üblich gewesene Eid ferner beibehalten werden.“ — Die kurfürstl. sächs. Gesetzgebung gebot nach der Reformation bald nur die Stabungsworte: Als mir Gott helfe, Oberhofgerichtsordn. v. J. 1548 und Hofger. Ordn. v. J. 1550, s. Lünig, Corp. jur. sax. tom. I. p. 1282. 1339; bald mit dem Zusage: und sein heilig Wort, Bergordn. v. J. 1554 u. v. J. 1589. s. Lünig, a. a. D. tom. II. S. 126. 197; bald mit dem Zusage: durch Jesum Christum, Advok. Eid v. J. 1691 dann Eid der Kürschner v. J. 1711. Lünig a. a. D. tom. I. S. 1166. 1782.

³⁸⁾ Bayreuther Landeskonstit. v. J. 1722. Th. II. Bd. I. S. 337. 338. Hohenloher Landr. v. J. 1738. pag. 51. 179. 194. Bayerische Verfass. Urk. v. J. 1818. Tit. VII. §. 15.

³⁹⁾ Bamberger Halsger. Ordn. v. J. 1507. Art. 5. Cod. jur. bav. jud. v. J. 1753. Cap. 10. §. 14. Nr. 8. — In Sachsen vor der Reformation. Bergordn. v. J. 1509. Art. 103. Lünig, a. a. D. tom. II. S. 94. flg.

⁴⁰⁾ Die Preuß. Cabin. Ordre v. 8. Aug. 1835. (Emminghaus, a. a. D. S. 832.) sagt: „Evangelium.“

III. Noch andere Gesetzgebungen schreiben nur die Worte vor: So wahr mir Gott helfe und weisen den Richter an, die weitere Befräftigungsformel nach der bei den verschiedenen Religionsparteien bestehenden Uebung beifügen zu lassen. ⁴¹⁾

IV. Das württembergische Landrecht v. J. 1610 schreibt nur das Schwören bei Gott vor, ohne Stabungsworte beizufügen. ⁴²⁾

Wenden wir uns nun zur Frage über das Emporheben der sogenannten drei Schwörfinger, so müssen wir die Bemerkung voraussenden, daß es der Natur einer heiligen Handlung, wie der Eid, angemessen ist, daß der Schwörende solche in einer feierlichen Stellung vornehme. Diese Stellung enthielt schon im Alterthum sehr häufig eine Andeutung auf das, was dem Schwörenden heilig oder doch ehrwürdig oder auch von besonderem Werthe war. Wenn die Männer bei ihrem Barte schworen, berührten sie ihn; die Weiber nahmen den vorne über die Schulter hängenden Zopf oder auch eine Locke in die Hand; Männer, die bei ihrem Schwert den Schwur leisteten, legten dabei die Hand auf dieses; Weiber legten auch die Hand auf die Brust ⁴³⁾: es kam ferner Berührung des Stabes

⁴¹⁾ Preussische Ger. Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 316. Preussische Instruktion v. 30. Mai 1820 bezüglich des Eides der Standesherren. Emminghaus, a. a. D. Bd. II. S. 21.

⁴²⁾ Z. B. Th. I. Tit. 2. 6. 8. 17. 27. — Daß in Württemberg auch jetzt noch der Beisatz nicht gemacht wird „und sein heiliges Evangelium“ s. deutsche Zeitschrift für christl. Wissenschaft und christl. Leben. Jahrgang 1850. Num. 46.

⁴³⁾ Grimm, a. a. D. S. 896—899.

des Richters ⁴⁴⁾ vor, und weil der Schwörende dabei die Bethheurungsformel auszusprechen hatte, wird diese noch heut zu Tage die Stabung genannt.

Bei den Israeliten früherer Zeit streckte der Schwörende bald seine Hand gegen den Himmel ⁴⁵⁾, bald legte er solche unter die Hüfte desjenigen, dem er den Eid leistete ⁴⁶⁾. Bei den oben erwähnten eidelichen Bethheurungen, welche im neuen Testamente ausgezeichnet sind, ist von einer besonderen feierlichen Stellung nichts erwähnt.

Es ist bekannt, daß schon die Apostel und ebenso die nachfolgenden Verbreiter des Christenthums dahin strebten, heidnische Gebräuche, welche nicht wohl abgeschafft werden konnten, theils in Formen umzugestalten, welche dem Christenthum angemessen waren, theils ihnen eine christliche Bedeutung zu unterlegen. So auch beim Eid. Es wäre dem Christenthum entgegen gewesen, bei dem Bart, bei dem Zopf, bei dem Schwert zu schwören und so nach diesen irdischen Gegenständen eine Heiligkeit beizulegen; es durfte aber auch nicht gestattet werden, während der Ablegung des Eides bei dem wahren lebendigen Gott die Hand an jene irdischen Gegenstände zu legen, denn man lief Gefahr, daß der bekehrte Heide dann vermöge der Macht der Gewohnheit oder gar aus geheimer Anhänglichkeit an das Heidenthum mehr Werth auf die symbolische Handlung als auf die ausgesprochene Anrufung

⁴⁴⁾ Grimm, a. a. D. S. 899. — Der Stab war das Zeichen der Amtsgewalt des Richters. Grimm, a. a. D. S. 135.

⁴⁵⁾ 1. Mose XIV. 22. — 5. Mose XXXII. 40.

⁴⁶⁾ 1. Mose XXIV. 2. XLVII. 29. — Wohl möglich, daß diese Form darauf deutete, daß man die Hand als Sitz der Zeugungskraft ansah. Winer, a. a. D.

Gottes legen könnte. Mit dem Verbot des Eides bei irdischen Gegenständen ⁴⁷⁾ war die Entfernung des Berührens solcher Gegenstände bei Leistung des christlichen Eides nothwendig geworden: um aber der Volksgewohnheit nicht gänzlich entgegen zu sein, wandelte man die Berührung der erwähnten irdischen Gegenstände in eine Verührung — bald auch nur in eine Vorzeigung solcher Gegenstände um, welche dem Christen heilig waren. ⁴⁸⁾ Hierüber geben die Gesetze klaren Aufschluß. Der oben (Note 18) schon erwähnte vom Kaiser Justinian zu Konstantinopel vorgeschriebene Beamteneid geht dahin: *Juro — per quatuor Evangelia, quae in manibus meis teneo*; der Eustoch hatte, wie andere Officialen, nach Clem. Cap. 1. §. 3. de haeret. (5:3) *ad sancta Dei Evangelia corporaliter a se tacta* zu schwören. Auch das Berühren der Reliquien der Heiligen kam vor, ist aber längst nicht mehr in Uebung. ⁴⁹⁾ Die Bischöfe waren von Berührung des Evangeliums befreit und es wurde ihnen solches bei ihrer Eidesleistung nur vorgelegt ⁵⁰⁾; es galt dies als

⁴⁷⁾ Oben Note 7 und 8.

⁴⁸⁾ Von der körperlichen Berührung des Evangeliums (oder der Reliquien der Heiligen) wurde der Eid ein körperlicher (leiblicher) genannt. S. auch Const. I. Cod. si advers. vend. (2:28). Cap. 10. X. de major. et obed. (1:33). Wenn man diesen Ausdruck noch jetzt anwendet, so ist dies ungeeignet.

⁴⁹⁾ J. H. Boehmer, l. c. tom. V. lib. 5. tit. 34. §. 11. 13. Haltaus, Glossar: voce Heilige. Permaneder kath. R. R. §. 606. Richter, a. a. O. §. 275. — Can. 5. causa XXXV. qu. 6. deutet in dem Worte „*tactae*“ nur auf eine Vorzeigung der Reliquien. Vergl. oben Note 24.

⁵⁰⁾ Nov. 123. Cap. 7. — *propositis sanctis Evangeliiis*. — Cap. 7. X. de jur. cal. (2,7) — *propositis sed non*

ein Privilegium, als dessen Grund angegeben wird, daß sie das Evangelium im Herzen tragen ⁵¹⁾: da indessen dieser Grund auch von Vorlegung des Evangeliums hätte befreien müssen, so ist weit mehr anzunehmen, daß man bei Bischöfen es nicht nothwendig, ja für sie beleidigend fand, an die Stelle der heidnischen Berührung irdischer Gegenstände die Berührung des Evangeliums setzen zu wollen.

Daß die Berührung des Evangeliums oder der Reliquien mit einer bestimmten Zahl von Fingern oder gar mit den sogenannten drei Schwörfingern zu geschehen habe, davon kommt nicht das Geringste im canonischen Rechte vor, sondern erst in einer alten Mainzer Urkunde wird gesagt: „Sollen ye als wie viel Personen als Finger auf den Heiligen gelegen mögen“ ⁵²⁾, so daß also jede Person nur einen Finger aufzulegen hatte.

Auch bei dem Erheben der rechten Hand wurden in früherer Zeit nicht drei, sondern es wurde nur ein Finger in die Höhe gestreckt ⁵³⁾ und später nur zwei Finger, weshalb denn auch Kaiser Carl V. peinliche Gerichts-Ordnung Art. 107 als Strafe des Meineids festsetzt, daß dem Uebelthäter „die zween Finger, damit sie geschworen haben, ab-

tactis Evangeliiis — Can. 9. Causa XI. qu. 1. Evangeliiis tantum coram positis.

⁵¹⁾ Eichhorn, a. a. O. Bd. II. S. 542. Brendel, Kirchenrecht. §. 499.

⁵²⁾ Haltaus, glossarium germanicum medii aevi, voce Heilige.

⁵³⁾ Haltaus, l. c. voce Finger. Eichhorn, Kirchenr. Bd. II. S. 543. Note 12. — Es ist sehr begreiflich, daß es ein wirksames Mittel war, die bekehrten Heiden vom (vielleicht heimlichen) Berühren irdischer Gegenstände beim Schwörungs-Akte abzuhalten, wenn man ihnen gebot, die Hand emporzuhalten und einen oder zwei Finger auszustrecken.

zuhause.“⁵⁴⁾ Eben deshalb sagt Hommel⁵⁵⁾: *Ridiculus error pastorum ruralium: digitos, quos jurantes elevant, SS. Trinitatem denotare.* Es sagt auch Luther⁵⁶⁾: „Wir pflegen zwei Finger aufzurecken, dieweil zu allen Sachen zwei Zeugen gefordert werden: derothalben dann die 2 Finger, so anstatt der zwei Zeugen seien, die zu Gott aufgerichtet werden, auf den rechten Gott weisen.“⁵⁷⁾ Erst in den jüngsten Jahrhunderten kam es auf, drei Finger empor zu halten, und es lag dann sehr nahe, daß man mit dieser neuen Uebung eine Beziehung auf die heilige Dreifaltigkeit verband.⁵⁸⁾ Da, wo die schriftliche Eidesleistung statt der persönlichen gestattet wurde,⁵⁹⁾ konnte vom Emporheben der Hand oder der Finger keine Rede sein, denn im Augenblicke dieser Art der Eidesleistung bedarf man ja der Hand zum Schreiben

⁵⁴⁾ Die Praxis ließ nur die vorderen Glieder der zwei Finger abhaueit und als ein in dieser Art bestrafte wieder meinelbig ward, wurde erkannt, daß er „zu b r e k e n t m a h l“ hielt. solcher Strafe verschont und nur des Landes verwiesen werde. *Uarpzav, pract. nov. crim. R. h. q. 47. Nr. 14 u. 38.*

⁵⁵⁾ Rhaps. Vol. V. S. 113.

⁵⁶⁾ a. a. O. S. 2506. §. 99.

⁵⁷⁾ Auch diese Aeußerung Luthers deutet darauf, daß man Hand und Finger emporheben ließ, um durch Begleitung auf christliche Grundsätze heilsamen Uebergang zu verdrängen. Vergl. noch Wernher, *Obserr.* tom. I. P. 4. obs. 151. Nr. 144 fg. Hommel, Rhaps. Vol. V. pag. 224.

⁵⁸⁾ Freyh. von Kreittmayr in den Anmerkungen zu Cod. jur. bav. jud. v. J. 1753. Cap. 10. §. 14. lit. d. — Oesterreichische allg. Ger. Ordn. v. J. 1781. §. 163.

⁵⁹⁾ Cap. 4. X. de sent. excom. (5, 39) — *propria manu dantaxat praestiterit juramentum.* — Preuss. Ger. Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 15. Bayer: Exst. üb. die Siegelmäßigkeit v. J. 1818. §. 13. Preuss. Instrukt. v. 30. Mai 1820. über den Eid der Standesherrn. Gmelinghaus a. a. O. Bd. II. S. 21.

oder Unterschreiben des Eides. Die Sitte, daß Weiber und protestantische Geistliche die Vorderfinger der rechten Hand auf die linke Brust legen⁶⁰⁾, wenn sie den Eid leisten, ist nicht allgemein und eben so wie die Berührung des Evangeliums von Seite der katholischen niederen Geistlichkeit größtentheils außer Übung gekommen, ja die österreichische allgemeine Gerichtsordnung v. J. 1781 §. 163 sagt: „Während der Ablegung des Eides soll der Schwörende den Daumen und die zwei ersten Finger der rechten Hand in die Höhe halten, er sei ein Geistlicher oder ein Weltlicher, eine Manns- oder Weibsperson“.

(Schluß folgt.)

Mittheilung aus der Praxis.

Gesetzskraft der deutschen Reichsgesetze.

Die deutschen Reichsgesetze*) haben auch hinsichtlich privatrechtlicher Gegenstände in allen ehemaligen Reichsländern auch ohne spezielle landesherrliche Bestätigung gesetzliche Gültigkeit erlangt, und gelten noch, wenn sie nicht in einzelnen Territorien ausdrücklich außer Wirksamkeit gesetzt wurden, oder durch Nichtausübung nach den hierüber bestehenden Rechtsgrundsätzen ihre Anwendbarkeit verloren haben.

DAGE. vom 2. Dez. 1848. Nr. 1554^{46/47}. Vgl. auch DAGE. vom 10. Feb. 1846. Nr. 386^{43/44}.

⁶⁰⁾ Malblank, de jurejur. §. 92. Glü d., Band. Bb. XII. §. 791.

*) Es handelte sich in dem gegebenen Falle von der Gesetzskraft des Reichsabschiedes von 1551 bezüglich der gerichtlichen Errichtung der Verträge zwischen Juden und Christen in der Stadt Regensburg.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 8. Samstag, den 12. April 1851.

Die christliche Eidesformel.

(Schluß.)

Aus dem bisher Gesagten geht klar hervor und es ist vollkommen bewiesen, ja von allen Rechtslehrern anerkannt ⁶¹⁾, daß der christliche Eid seiner Natur und seinem Wesen nach nur in der Anrufung Gottes bestehe, und daß die Beisätze „und sein Evangelium“ oder „und seine Heiligen“, ferner das Berühren oder Vorzeigen des Evangeliums oder der Reliquien, das Emporstrecken der Hand oder der Finger, insbesondere der sogenannten drei Schwörfinger ⁶²⁾, dann das Aufstellen eines Kreuzes

⁶¹⁾ J. B. J. H. Boehmer, l. c. tom. I. lib. 2. lit. 24. §. 54 sq. p. 1208 sq. Tebenar, v. Bewels, S. 84, 85. Glüß, Pand. Bd. XII, §. 790. Eichhorn, Kirchenr. Bd. II S. 541. Walter, Kirchenr. §. 353, 354. Brendel, Kirchenr. §. 496, 499. Richter, Kirchenr. §. 275. Permaneder, Kirchenr. §. 606. Feue, von der Natur des Eides. Nachen und Leipzig 1836. Göschel, der Eid nach seinem Prinzip, Begriffe und Gebrauche. Berlin 1837. S. 100, 151.

⁶²⁾ Wer keine Finger hat, könnte nicht schwören; der schriftliche Eid wäre nicht möglich, wenn das Emporheben der drei Finger nothwendig wäre.

zifireß oder brennender Lichter unwesentliche Thaten sind, deren Weglassen den Eid nicht schwächt noch weniger ungültig macht, und eben so wenig einen Meineid rechtfertigt oder gänzliche oder geminderte Strafflosigkeit bewirkt.

So klar dieß im Allgemeinen und insbesondere nach gemeinem Recht ist, so ist doch eine andere Frage noch zu erörtern, ob nämlich dann, wenn die Landesgesetze neben den Stabungsworten „So wahr mir Gott helfe“ noch einen Zusatz vorschreiben, seien es nun die Worte „durch Jesum Christum“ oder „und sein heiliges Evangelium“ oder „und sein heiliges Wort“ oder „und seine Heiligen“ — die Hinweglassung dieses Zusatzes bei der Eidesleistung den Eid nicht bindend, den Meineid unsträflich mache?

Abgesehen einen Augenblick von juristischer Deduktion, spricht schon für die Verneinung dieser Frage die Betrachtung, daß die sonderbarsten, sogar in das Absurde übergehenden Resultate sich ergeben würden, wenn man dergleichen gesetzlich vorgeschriebene Zusätze als nothwendig und wesentlich bei der Eidesleistung ansehen wollte. Es müßte dann z. B. in Bayern, wo jeder Zeuge in Civilprozessen schwören soll „Also helfe mir Gott und alle Heilige“⁶³⁾, auch der Protestant bei den Heiligen schwören, während die Protestanten den Grundsatz aufgestellt haben, daß man der Heiligen nur gedenken soll, um sich im Glauben zu stärken und Exempel nehmen von ihren guten Werken, nicht aber, daß man die Heiligen anrufen oder Hülfe bei ihnen suchen soll⁶⁴⁾. Es würde ferner nach den oben⁶⁵⁾ allegirten säch-

⁶³⁾ Oben Note 39.

⁶⁴⁾ Augsburger Konfession, Art. 21.

⁶⁵⁾ Note 37 oben.

fischen Gesetzen der Eid der Bergbeamten nicht nur dann ungültig sein, wenn man den Zusatz „und sein heilig Wort“ sondern auch dann, wenn man statt dieses Zusatzes den im Advokateneid vorgeschriebenen Zusatz „durch Jesum Christum“ gebrauchen würde⁶⁶⁾.

Es ist nun aber nicht nur die Praxis der Gerichte frei von solchen Irrthümern, sondern es ist auch diese Praxis im Rechte und in den Gesetzen wohl begründet. Denn wenn gleich die Vernachlässigung einer für Rechtsgeschäfte zu deren Gültigkeit vorgeschriebenen Form die Ungültigkeit des Geschäftes zur Folge hat, indem dann ein Prohibitivgesetz verlegt ist⁶⁷⁾, so ist doch die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes nur in solchem Falle, nicht aber dann aus der Vernachlässigung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form abzuleiten, wenn diese Form vom Gesetzgeber nicht als wesentlich, nicht als Bedingung der Gültigkeit, also auch nicht bei Strafe der Nichtigkeit des Geschäftes vorgeschrieben ist⁶⁸⁾. Da nun nirgends vorgeschrieben ist, daß gerade diese oder jene Zusatzworte wesentlich zur Gültigkeit des Eides sind, so muß sowohl in Civil- als in Strafsachen jeder Eid sei-

⁶⁶⁾ Eben so bei den verschiedenen Bekräftigungszusätzen, welche das canonische Recht zuläßt, s. oben.

⁶⁷⁾ Const. 5 Cod. de legib. (1, 14) Preuß. Landr. Th. I Tit. 3 §. 40. J. H. Boehmer, l. c. tom. I. lib. 2. Tit. 24, §. 58, S. 1300.

⁶⁸⁾ J. H. Boehmer, l. c. erzählt den Fall, wo ein Eid für gültig erklärt wurde, obgleich statt der gesetzlichen Worte: „So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium“ die Worte gebraucht waren: „bei dem Worte der ewigen Wahrheit“. — Klar ist die Sache entschieden im Preuß. Landr. Th. I, Tit. 3, §. 40.

ner Form nach als gültig angesehen werden, dessen Form von der Art ist, daß sie ihn nothwendig als Eid charakterisirt. Wo nun das gemeine Recht als subsidiäres Recht gilt, da ist, wie oben gezeigt wurde, der Ausdruck: „Ich schwöre“, schon als Eid gültig, vorausgesetzt, daß der ernstliche Wille einer Eidesleistung angenommen werden kann⁶⁹⁾; noch mehr aber die Formel allein: „So wahr mir Gott helfe“, ohne daß ein weiterer Zusatz erforderlich wäre. Ist in einem Lande, wo das gemeine Recht subsidiäre Kraft hat, die provincialrechtliche Eidesformel nicht unbedingt als Bedingung der Gültigkeit des Eides vorgeschrieben, so muß bei der Frage, ob der Eid gültig sei, im Zweifel auf das gemeine Recht zurückgegangen werden. Ist vollends in einzelnen Landesgesetzen⁷⁰⁾ bald dieser bald jener Zusatz vorgeschrieben, so hat gerade durch dieses Wechseln der Gesetzgeber selbst an den Tag gelegt, daß er keinen dieser Zusätze als wesentlich vorschreiben wollte und wenn einzelne Landesgesetze die Eidesformel nur für eine gewöhnliche erklären⁷¹⁾, so geht daraus von selbst hervor, daß der Gesetzgeber nicht gebieten, nicht bei Strafe der Ungültigkeit vorschreiben wollte.

Die Gründe, aus welchen man die in neueren Gesetzen vorgeschriebene Eidesformel: „So wahr

⁶⁹⁾ Der Eid darf nicht mit Mentalreservationen geschworen werden: diese sind unwirksam und der Eid gilt so, wie der, welchem er geleistet wurde, rechtlicher und vernünftigerweise ihn annehmen und verstehen konnte. Can. D. causa XXII. qu. 5.

⁷⁰⁾ Wie z. B. in Sachsen, s. oben Note 37.

⁷¹⁾ Z. B. in Bayern Cod. jur. jud. Cap. 10 §. 14 nr. 2. — Die Anmerkungen zu dieser Stelle sagen auch (lit. e), daß die Protestanten statt der Worte: „alle Heilige“ sich der Worte bedienen: „sein heiliges Evangelium“, und daß das Emporheben der drei Finger mehr de sollemnitate als essentia Juramenti sei.

mir Gott helfe“! als ungenügend erklären, einen solchen Eid als einen nichtchristlichen darstellen und das Erheben der sogenannten drei Schwörfinger verlangen will, sind ungenügend und beruhen theils auf Unkenntniß, theils auf Mißverständniß. Das französische Recht hat diese einfache Formel aufgenommen⁷²⁾; die in Frankfurt versammelt gewesenen Vertreter der deutschen Nation haben in der projektirten Reichsverfassung §. 149 diese einfache Eidesformel beschlossen; die seit der Märzbeziehung in Bayern, Preußen und Oesterreich von den legitimen Staatsregierungen gegebenen Gesetze für das Strafverfahren haben dieselbe Formel festgesetzt: wer nun unbekannt mit den Gesetzen einzig und allein seine Alltags-Erfahrung zu Rathe zog, der konnte leicht auf den Gedanken kommen, die sturmbelegte Zeit wolle das, was er für christlich hält, beseitigen, der christlichen Religion das Charakteristische nehmen, den christlichen Staat⁷³⁾ untergraben, die allgemeine Herrschaft eines reinen Deismus herbeiführen und den Christen verhindern, in seinem Eid nicht nur Gott, sondern auch die

⁷²⁾ Die französische Strafgesetzgebung hat sogar nur die Worte: „Je le jure“ für den Schwörenden vorgeschrieben, welchem zuvor die Eidesformel vorgesagt worden, die mit den Worten beginnt: Vous jurez et promettez devant Dieu et devant les hommes etc. Code d'instruct. crim. art. 312.

⁷³⁾ Unsere Zeit hat in der Politik wie in der Religion Schlagworte, welche zur Mode geworden und oft gebraucht werden, ohne zu denken. Dahin gehören auch die Ausdrücke: christlicher Eid, christlicher Staat. Ja unter letzterem versteht man hier und da ein Herrbild von Intoleranz, Verfolgungssucht und Schroffheit, welches gerade das Gegentheil vom Christenthum beurfunden würde.

Quelle seiner Erkenntniß des wahren Gottes, nämlich Christum oder das Evangelium zu bekennen.

Alle diese Befürchtungen sind indessen aus der Luft gegriffen, können aber auch den Richter nicht verleiten, vom Recht und Gesetz abzuweichen. Christus hat eben so wenig wie die Apostel eine bestimmte Eidesformel vorgeschrieben, welche jetzt vernachlässigt werden soll: ja gerade die Eidesformel, welche man jetzt für eine Neuerung ausgeben will, ist von Christus und dem Apostel Paulus, von dem canonischen Recht, von Luther und von einzelnen Landesgesetzen anerkannt, also kein Produkt der Neuzeit, und wer sie als christlich ungenügend ansieht, will christlicher sein als Christus, katholischer als der Papst, protestantischer als Luther. Haben die ersten Christen eben so wie der Papst und Luther einen das Christenthum speziell bezeichnenden Zusatz zur Eidesformel nicht für nothwendig erachtet, so ist kein Grund vorhanden, jetzt erst einen solchen Zusatz für erforderlich zu halten; hat der Staat bisher für einen christlichen auch da mit Recht gegolten, wo ein solcher Zusatz nicht nothwendig war, warum soll jetzt der Staat weniger christlich sein, wenn man die bisher schon für christlich gehaltene einfache Eidesformel allgemein vorschreibt; haben Christus und die Apostel, haben der Papst und Luther, haben verschiedene ältere Gesetzgebungen keinen gefährlichen Deismus gefürchtet, wenn jene Zusätze wegb bleiben, woher soll denn jetzt die Gefahr kommen, wenn die seit achtzehn Jahrhunderten als christlich anerkannte Eidesformel allgemein wird? Ueberhaupt scheint die jetzt beinahe zur Mode gewordene Furcht vor einem dem Christenthum gefährlichen Deismus bald auf Mangel an wahrer Stanken am Christenthum, bald auf einem dunkeln Bewußtsein zu beruhen, daß man im Uebermaaß des Eifers und aus Eucht, Neues zu erfinden und zu verbreiten oder Veraltetes auf-

zuwärmen, unvermerkt vom wahren Christenthum abgewichen sei. Christi Lehre wird bleiben und herrschen bis an der Welt Ende (Matth. XXIV. 35), und es gibt keine Gewalt auf Erden, welche einen Deismus herbeiführen könnte, welcher dem Christenthum entgegen wäre. Eine Nothwendigkeit, in jedem Eidschwur auch das Bekenntniß zu Christo oder zum Evangelium auszudrücken, läßt sich nicht nachweisen; der Christ, welcher sich bewußt ist, daß ihm das Evangelium die beste Erkenntniß des wahren Gottes verschafft, hat nicht nöthig, dieses in der Eidesformel zu bekennen, und wer solches Bewußtsein nicht in sich trägt, wird die Formel, welche sich auf das Evangelium bezieht, gedankenlos hersagen. Schon Lebenar⁷⁴⁾ sagt in dieser Beziehung: „Wenn man alle Personen, die einen Eid nach diesem Formular ableisten, fragen wollte, was sie dabei gedacht haben, so würden die Erklärungen sehr verschieden ausfallen und viele aufrichtig gestehen, daß sie dabei gar nichts gedacht haben.“⁷⁵⁾

Was demnach gegen die in die neueren Gesetze wieder aufgenommene einfache Eidesformel gesagt wurde, kann den Juristen und insbesondere den Richter nicht irre machen, auch nicht im Geringsten im Gewissen beängstigen.

Wohl möchte es noch scheinen, daß man bereits in Bayern wie in Preußen eingesehen habe, jene Formel sei zu einfach und dem Christen nicht genügend, indem in Preußen dergleichen Zusätze, wie die in Frage stehenden, erlaubt wurden, in

⁷⁴⁾ Theorie der Beweise, S. 86.

⁷⁵⁾ Die Praxis bestätigt die Richtigkeit der obigen Aeußerung Lebenar's. Die Belehrung vor der Eidesabnahme kann nicht mehr nachhelfen, wo es an religiöser Bildung fehlt.

Bayern aber von der Reichsrathskammer der Beisatz „und sein heiliges Evangelium“ verlangt und vom Justizminister dieses nachgegeben wurde.

Allein aus dem, was in einem Staate bloß erlaubt wird, folgt keine Nothwendigkeit, und was in legislativen Verhandlungen vorgeschlagen wird, ist nicht nur noch kein Gesetz, sondern es folgt daraus, auch wenn es Gesetz wird, noch nicht, daß dessen Unterlassung die Richtigkeit oder Schwächung des Eides oder eine gänzliche oder theilweise Straflosigkeit des Meineides herbeiführen könnte.

Um indessen dieses noch näher zu zeigen, sei es erlaubt, auf jene Erscheinungen noch besonders einzugehen und deren Natur und Zweck darzulegen.

Der Weg des Erlaubens ist von dem königlich preussischen Justizministerium in einem Reskript vom 26. März 1850 (also nicht von der gesetzgebenden Gewalt) ergriffen worden, welches den Gerichten, in welchen die Strafprozeßnovelle v. 3. Januar 1849 zur Anwendung kommt, befiehlt, dem Schwörenden zu gestatten, der Eidesformel: „Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe“

die seinem religiösen Bekenntnisse entsprechende Bekräftigungsformel, nicht aber andere willkürliche der konfessionellen Form fremde Zusätze zu gestatten.⁷⁶⁾

Auf diese Weise ist einerseits für diejenigen gesorgt, welche ein religiöses Bedürfnis fühlen, ihrer Eidesformel eine Art von Glaubensbekenntnis beizufügen, andernteils enthält sich die Staatsgesetzgebung auf solche Weise des Gebotes eines Zusatzes, den sie als wesentlich zum Eide nicht erklären darf,

⁷⁶⁾ S. Berliner allgem. Kirchenzeitung, Jahrg. 1850. Num. 29.

ohne dem canonischen Rechte und den Grundsätzen der Reformatoren entgegen zu handeln.⁷⁷⁾

Der Weg des gesetzlichen Gebotes, den fraglichen Zusatz der Eidesformel beifügen zu lassen, hat doppeltes Bedenken gegen sich, einmal, daß, wie schon erwähnt, ein Zusatz gefordert wird, welcher dogmatisch zum Wesen des christlichen Eides nicht nothwendig ist, auch nie allgemein herrschend war, dann aber, daß die Gesetzgebung einen Zusatz gebietet, dessen Weglassen gesetzlich den Eid nicht unwirksam macht oder schwächt, den Meineid weder ganz noch zum Theil entschuldigt. Dessenungeachtet scheint es zur Zeit noch räthlich, die Christen dazu anzuhalten, daß sie der Formel „So wahr mir Gott helfe“ noch beisetzen: „durch⁷⁸⁾ sein heiliges Evangelium.“ Dieser Zusatz besteht, wenn auch nicht allgemein, doch im größten Theile von Deutschland: er kommt, wie oben gezeigt, schon im canonischen Rechte vor; er ist in den Reichsgesetzen schon für die Eide geboten, welche bei dem Reichskammergerichte zu schwören waren; er ist in mehrere deutsche Landesgesetze aufgenommen, und, was am meisten zu berücksichtigen, man ist in Deutsch-

⁷⁷⁾ Aus diesem Grunde hatte der Verfasser dieses Aufsatzes die obige kön. preuß. Verordn. in einer Sitzung der Reichsrathskammer zu München (Verhandl. v. J. 1850. Bd. VII. S. 369, 370) als nachahmenswerth empfohlen, mußte aber wünschen, daß auch die Bekräftigungsformel, deren Hinzufügung erlaubt ist, festgestellt werde, damit darüber nicht in der öffentlichen Schwurgerichtsstimmung Debatten entstehen.

⁷⁸⁾ Wiederholt muß bemerkt werden, daß das Vortwort „durch“ besser ist, als das Bindewort „und“, denn letzteres stellt das Evangelium coordinirt zu Gott, was offenbar unrichtig und dem oben Note 21 allegirten Ausspruch des canon. Rechts entgegen wäre.

land so gewöhnt, mit diesem oder einem andern Zusatz zu schwören, daß es einigermaßen bedenklich erscheinen mag, plötzlich jeden Zusatz zu beseitigen.⁷⁹⁾ Der gebildete Christ kann nichts Arges darin finden, wenn ein althergebrachter Zusatz beibehalten wird, der ihn an die Quelle seiner christlichen Erkenntniß erinnert: der ungebildete, wenn er nur den festen Glauben an das Evangelium hat, findet in diesem Zusatz einen Beweggrund mehr, den Eid zu halten, den er zu Gott geschworen: ein Rückschritt ist es nicht, wenn eine alte an sich untadelhafte fromme Sitte nur beibehalten wird: ein Fortschritt aber ist es, wenn für dieselben christlichen Confessionen, die nicht nur in Christo und dem Evangelium ihren Vereinigungspunkt, sondern auch ein und dasselbe Glaubensbekenntniß (das apostolische) haben, ein und derselbe Zusatz zur Eidesformel statt der bisherigen verschiedenen Zusätze eingeführt wird.

So wie aber bisher, wie bereits oben dargethan,

⁷⁹⁾ Der Verfasser dieses Aufsatzes hat als bayerischer Reichsrath diese Gründe erst dann für überwiegend erachtet, als ihm aus Druckschriften und mündlich die Ueberzeugung wurde, daß selbst Gebildete, ja sogar Theologen die Ansicht haben, als sei der Eid ohne solchen Zusatz kein christlicher; ja daß sogar im Reichstheil Meinelde damit entschuldigt werden wollen, daß der Eid, den man geschworen, kein vollständiger gewesen. Wo noch solche Ansichten herrschen, da wäre es gefährlich, unbedingt zur einfachen apostolischen und kirchlich anerkannten Formel zurückzuspringen und die Rechtspflege der Gefahr auszusetzen, durch Meinelde irre geführt zu werden. Bis hierüber die wahre christliche Erkenntniß durchgedrungen ist, schwöre der, dem sie mangelt, *propria superstitione*, wie Fr. 5. §. 1. D. de jurejur. (12:21) sagt. Vergl. Verhandl. der bay. Kammer der Reichsräthe a. a. D. S. 480 ff.

das Weglassen dieses Zusatzes den Eid auch vor dem Forum des weltlichen Richters nicht geschwächt, den Meineid nicht entschuldigt hat, so kann dies auch in Zukunft der Fall nicht sein⁸⁰⁾).

So wenig aber bisher das Erheben der sogenannten drei Schwörfinger gesetzlich vorgeschrieben war, so wenig kann dessen Unterlassen auf die Gültigkeit oder Kraft des Eides Einfluß haben und noch weniger kann es künftig vorgeschrieben werden. Es ist Jedem, der auch nur einige Zeit im Richteramte war, bekannt, wie unbeholfen die Schwörenden häufig in diesem Punkte sich zeigen und wie der Richter oft alle Mühe hat, die Leute dahin zu bringen, daß sie die Finger und gerade die richtigen Finger in gehöriger Art erheben⁸¹⁾: schon hieraus erhellet, daß dieses Erheben von der Volkssitte für so wesentlich nicht gehalten wird. Es ist aber auch bekannt, daß es Gegenden gibt, wo der Aberglaube herrscht, daß, wenn man die drei Finger nicht einwärts gegen das Gesicht, sondern auswärts lehre, die Folgen eines falschen Eides abgewendet werden⁸²⁾: solcher Aberglaube würde besonders bei der Wichtigkeit des Verfahrens leichter zu üben sein, wo der Präsident entfernter von den Schwörenden sich befindet und den Trug nicht so leicht bemerken kann. Legt inzwischen ein Geschworener oder ein Zeuge

⁸⁰⁾ Die Legislation wird wohl thun, wenn sie — namentlich in den Gesetzen über den Meineid — Zweifel obiger Art beseitigt.

⁸¹⁾ In einigen Gegenden erhebt man den Daumen, den Zeigefinger und den Mittelfinger und bezieht diese auf die heilige Dreifaltigkeit: in anderen erhebt man nur den Zeige- und den Mittelfinger und bezieht die drei eingeschlagenen Finger auf jene Trias.

⁸²⁾ Glüß, Pand. Bd. XII, §. 791, S. 195.

einen Werth darauf, die Finger zu erheben, so würde der Präsident, wenn er nicht den erwähnten Aberglauben zu befürchten hat, den Ausdruck einer religiösen an sich ganz unschuldigen Ansicht mit Unrecht verbieten.

So sehr nun aber zu wünschen ist, daß gerichtliche Eide in ursprünglicher Einfachheit geleistet werden, so sehr muß man auch ermahnen, bei der Abnahme von Eiden den höchsten Ernst, die höchste Würde zu bewahren und nicht zu dulden, daß das Gerinreste begangen oder unterlassen werde, was der Heiligkeit und Wichtigkeit der Handlung entgegen ist. Das Erhabene ist stets einfach, aber auch in seiner Einfachheit und gerade in dieser drückt es seine Erhabenheit aus. Erfordert schon die Würde des Richteramtes — besonders bei öffentlichen Verhandlungen — den höchsten Anstand sowohl von Seite der gerichtlichen Personen, als von Seite derer, die vor Gericht stehen und von Seite des Publikums, so ist dieß in erhöhtem Maaße der Fall, wo mit dem Ernst der gerichtlichen Verhandlung die Heiligkeit der religiösen Handlung sich verbindet.

Was nun endlich die Frage betrifft, ob die Geistlichkeit zuständig sei, über die Gültigkeit eines vor Gericht abgeleisteten Eides sich zu äußern, so muß diese Frage schon aus dem Grunde verneint werden, weil der Beruf der Geistlichkeit sich nur auf das Reich der Gewissen, nicht auf Rechtsverhältnisse der Einzelnen unter sich erstreckt⁸³⁾. Wohl aber mag es kommen, daß der Geistliche aus Veranlassung von Aeußerungen, welche bei Gelegenheit von Eidesleistungen vorgekommen, sich verpflichtet fühlt, gegen irrige Ansichten seiner Parochianen und gegen Abweichungen vom wahren Glauben aufzutreten.

⁸³⁾ Brendel, Kircheng. §. 498, 502.

Meineidsverwarnungen durch Geistliche kommen hie und da bei gerichtlichen Eiden vor, nicht selten mit gutem Erfolg. Bei der Deffentlichkeit der Verhandlungen werden sie, wo sie noch zulässig, der Verhandlung vorangehen müssen.

Arnold.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zeugniß über eine dem Zeugen zur Unehre reichende That-
sache. Ein anderer Konkubent als Zeuge.

(Gegen das im Kommentar u. d. G.D. Bd. 3 S. 69 Gesagte.)

Der Beklagte hatte zur Führung des ihm über die *exc. plur. concumb.* aufgelegten Beweises eine andere Mannsperson, mit welcher die Klägerin früher fleischlichen Umgang gepflogen haben sollte, als Zeugen produziert, und war auch von dem Zeugen die behauptete Thatfache seines Beischlafes mit der Klägerin als richtig bekundet worden. Die beiden ersten Instanzen ließen diese Aussage als klassisches Zeugniß gelten, die dritte hingegen nur als verdächtiges. Die Motive der obersterichterlichen Entscheidung sagen hierüber: „Zwar kann derjenige Zeuge, welcher in die Lage gesetzt wird, seine eigene Unehre bekennen zu sollen, aus diesem Grunde allein nicht geradezu als ein untüchtiger und sohin von Amtswegen zu verwerfender Zeuge betrachtet, und es kann dieses insbesondere auch nicht aus der Vorschrift der G.D. Kap. 10 §. 15 Nr. 5 gefolgert werden, weil dasjenige, was von der bloßen Stellung von Interrogatorien ver-

ordnet ist, bei der nicht vollständig gegebenen Gleichartigkeit der Verhältnisse sich auf die dem Wesen der Beweisführung angehörigen Weisungsfähigkeit nicht unbedingt übertragen läßt; weil ferner das Gesetz selbst in Kap. 10 §. 10 der G.D. dergleichen Personen unter den als untüchtig bezeichneten Zeugen nicht aufführt, endlich weil, um einen solchen Zeugen, der lediglich über sein eigenes Faktum zu deponiren hat, als Zeugen in eigener Sache oder als *correus* einer streitenden Partei erscheinen zu lassen, dessen Theilnahme und Mitwirkung zu ein- und derselben rechtsverlegenden Handlung vorausgesetzt würde. Dagegen kann ein Zeuge dieser Art, wenn er, wie F. D. in dem vorliegenden Falle gethan hat, durch das Geständniß seiner eigenen Schande den Probanden begünstigt, um so minder als ein klassischer gelten, als ein solches Benehmen billige Bedenken wider die Integrität seines Charakters und die Reinheit der Gesinnungen erregt, aus welchen seine Aussage geflossen ist“.

DAGE. vom 21. Juli 1849. Nr. 937⁴⁸/₄₉.

2.

Von „guter Wissenschaft“ bei dem Erfüllungseid.

Bgl. Bd. 5 S. 81, Nr. 2, Bd. 15 S. 346.

In den Motiven eines DAGE. kommt hierüber vor: „Dieser (dem Beklagten von den Vorinstanzen anerkannte Erfüllungseid) stellt sich auch schon deßhalb als unzulässig dar, weil es an genügenden Anhaltspunkten zu der Annahme gebricht, daß der Beklagte gute Wissenschaft von der zu beschwörenden Thatsache haben könne. Die G.D. Kap. 13 §. 3 Nr. 2 verlangt zwar hierzu kein eigenes Wissen des Schwörenden, und schließt sonach die Eidesleistung über fremde Handlungen nicht

geradehin aus; allein der Eid bleibt nichts desto weniger ein Wahrheitseid, und wo er über ein fremdes Faktum abgelegt wird, muß zum wenigsten die Quelle zur entsprechenden Beurtheilung als tenmäßig nachgewiesen sein, aus welcher der Schwörende seine Wissenschaft hierüber schöpfen konnte. An dieser Voraussetzung gebricht es aber in dem gegenwärtigen Falle, denn hat auch der Beklagte in seiner Beweisantretung bei Gelegenheit seines Erbietens zu diesem Eide angeführt, daß er sich durch eigene Sinneswahrnehmung von dem fleischlichen Umgange der Klägerin mit anderen Mannspersonen überzeugt habe, so hat doch diese von aller Versicherung entblößte Behauptung schon nach der Natur der Sache die Wahrscheinlichkeit ein für allemal gegen sich, und diejenige Wissenschaft, die der Beklagte allenfalls aus fremden Mittheilungen erhalten haben mag, beruht auf einer zu schwankenden unzuverlässigen Quelle, als daß hierauf die Zulässigkeit des Erfüllungsbeides gegründet werden könnte.“

DAGE. vom 21. Juli 1849. Nr. 937⁴⁸/49.

3.

Verleitung zum Beischlaf unter dem Versprechen der Ehe.
Beweisführung hierüber.

In einem Deflorationsprozesse, in welchem die Klägerin eine Satisfaktionssumme von 6000 fl. verlangte, war derselben zu beweisen aufgelegt worden, daß der Beklagte sie unter dem Versprechen der Ehe zum Beischlase mit ihm verleitet habe. Zu Erbringung dieses Beweises wurden mehrere (anerkannte) Briefe des Beklagten geltend gemacht, in welchen derselbe seine Absicht, die Klägerin zu ehelichen, kundgegeben hatte; nebstdem auf die allgemeine Vermuthung, daß bei außerehelichen Schwängerungen

der Mann der verführende Theil gewesen, Bezug genommen. Dieser Versuch der Beweisführung blieb ohne Erfolg; er wurde für mißlungen erachtet, was ein Erkenntniß auf den (zurückgeschobenen) Haupteid zur Folge hatte. „Richtig ist es zwar, daß mit Rücksicht auf die beiderseitigen Geschlechtsverhältnisse und deren Attribute in den allermeisten Fällen der vorliegenden Art eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür streitet, daß die Frauensperson und nicht der Mann der verführte Theil gewesen sei; allein selbst die hieraus abzuleitende Vermuthung kann, abgesehen davon, daß sie bloß eine *praesumptio hominis* bildet und als solche von der Beweislast nicht befreit¹⁾, der Klägerin hier, wo es sich um den Beweis einer unter dem Versprechen der Ehe erfolgten Verleitung zum Weischlaf handelt, in keiner Weise zu Statten kommen, weil ihre Verführung hiezu recht wohl auch ohne dieses als Mittel angewendete Versprechen stattgefunden haben kann. Für dieses allein entscheidende Moment geben aber die produzierten Briefe des Beklagten nicht das Geringste zu entnehmen; denn wenn auch mehrere Stellen derselben bekunden, daß der Beklagte die Absicht hatte, die Klägerin zu ehelichen, so berechtigt doch diese nachfolgende²⁾ Thatsache noch keineswegs zu der Schlußfolgerung, daß er sie durch das Versprechen der Ehe zum Weischlaf mit ihm bewogen habe“.

Vgl. DAGE. vom 31. Dez. 1846. Nr. 140⁴⁴/45.

1) Vgl. Bl. f. R. u. W. Bd. 4 S. 47 Nr. 6, Bd. 8 S. 123. S. dagegen Bd. 14 S. 61.

2) Im Falle die brieflichen Kundgebungen der Verehelichungs-Absicht dem Weischlase vorangegangen sind, möchte sich allerdings ein Kausalzusammenhang zwischen jenen und diesem annehmen lassen. R.

Literarisches Anzeigeblatt

zu den

Blättern für Rechtsanwendung

1851.

Samstag den 12. April.

Nr. 3.

Zur Nachricht.

Wie zu den Jahrgängen 1847 und 1849 der Blätter für Rechtsanwendung, werden auch zum heurigen

Ergänzungsblätter

erscheinen, vorzugsweise zu Erörterungen und praktischen Mittheilungen aus dem Gebiete der neuesten Gesetzgebung bestimmt; die Nummer wird zu nur 6 fr. berechnet, und sind Nr. 1 bis 4 bereits an alle Buchhandlungen versendet worden.

Erlangen, den 12. April 1851.

J. J. Palm & Ernst Enke.

Im Verlage der Universitätsbuchhandlung von **J. Diernsecker** in Freiburg i. B. ist erschienen und durch alle Buchhandlungen Deutschlands zu beziehen:

Mayer, Dr. A., Großh. bad. Hofrath und Prof., Vorträge über gemeines deutsches und badisches Gantverfahren. 1850. 8°. brosch. 36 fr. oder 10 Mgr.

Wichtige Zeitschrift für Juristen.

Im Verlage von **Carl Heymann** in Berlin erscheint:

Justiz-Ministerial-Blatt für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege. Herausgegeben im Bureau des Justiz-Ministeriums, zum Besten der Justiz-Offizianten-Wittwen-Kasse. 13. Jahrgang in 52 Nummern. Preis 2 Rthlr. Subskriptionen werden in allen Buchhandlungen und Postämtern angenommen.

Im Verlage von C. R. Wilhelm in Jasterburg ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Pape, H. M. M., Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für die preuß. Staaten v. Jahre 1851. 12 Ngr.

Es wird diese von einem ausgezeichneten Juristen verfaßte Broschüre über eine Frage, die unter den gegenwärtigen Kammern ihre Entscheidung finden soll, außer deren Mitgliedern gewiß eben so sehr den Herren Juristen überhaupt, sowie auch den früheren Abgeordneten von großem Interesse sein.

Bei Herrn. Bethmann in Leipzig ist eben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Die Volksvertretung
in ihrer
organischen Zusammensetzung
im repräsentativen Staate der Gegenwart.

Von
Dr. Carl Roda,

Privatdocent des öffentl. Rechts an der Universität Leipzig.

gr. 8. 19 $\frac{1}{2}$ B. eleg. brosch. 1 Thlr. 18 Ngr.

Diese Schrift eines geistvollen jungen Gelehrten behandelt die bedeutsamste Frage des praktischen Staatsrechts, das Wahlgesetz, zum ersten Male auf der Grundlage einer wissenschaftlichen Untersuchung der europäischen und amerikanischen Staatsverfassungen und gibt einen neuen Weg der Lösung; sie wird daher für alle Gebildeten der Nation, besonders für Repräsentanten und Staatsmänner von höchstem Interesse sein.

Bei Carl Heymann in Berlin sind erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Ergänzungen zum Allgemeinen Landrecht zum Gebrauch für Jedermann, besonders für Kommunal- und Verwaltungs-Beamte. Zusammengestellt von L. F. Schmidt. komplet. Preis 2 $\frac{1}{2}$ Rthlr.

In unserem Verlage ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Geschichte
des
Beneficialwesens
von den ältesten Zeiten bis ins zehnte Jahrhundert.

Von

Dr. Paul Roth,

a. o. Professor der Rechte in Würzburg

Leipzigformät. geh. 2 Thlr. 18 Ngr. oder 4 fl. 30 kr. rhein.

Erlangen im April 1851.

J. J. Palm & Ernst Ciske.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 9.

Samstag, den 26. April 1851.

Ueber den Gegner im Restitutionsprozeß.

Von Prof. Dr. Dollmann.

Ueber wenige Materien stehen sich die Ansichten der älteren und der neueren Civilisten so diametral entgegen, als hinsichtlich der prinzipiellen Beantwortung der Frage, gegen wen der Restitutionskläger die Restitution nachzusuchen habe, eine Frage, welcher Paulus durch seine Aeußerung, daß die Restitution bald in rem bald in personam zustehe¹⁾, mehr eine Formulirung als eine Lösung gegeben hat. Während die älteren Civilisten wohl ohne Ausnahme davon ausgehen, daß in Folge der Restitution dem Läderten immer diejenige Klage wieder hergestellt werde, welche er ohne das lädende Ereigniß haben würde, während sie demgemäß die Person des Gegners schlechthin durch die Beschaffenheit dieser Klage bestimmen und somit der Regel nach die Restitution in rem ergehen lassen, sehen wir unter den neueren Autoritäten nur Puchta sich wieder dieser Meinung zuwenden, indem er den Grundsatz aufstellt, daß sich der Gegner durch das zu restituirende Recht oder Rechtsmittel bestimme (nur daß im Nothfalle nicht bloß gegen den, welcher durch den zu restituirenden obligato-

¹⁾ R. S. I, 7, §. 4.

rischen Umstand berechtigt worden ist, sondern auch gegen den nur mittelbar daraus berechtigten restituirt wird)²⁾. Die *communis opinio* der Neueren dagegen räumt der *restitutio in integrum* als Regel nur einen in *personam* beschränkten Charakter ein, d. h. sie läßt sie in der Regel nur gegen denjenigen zustehen, welcher unmittelbar durch die Läsion gewonnen hat, und nur ausnahmsweise gestattet sie dieselbe auch gegen Dritte, also in *rem*³⁾.

Vergebens sucht man aber selbst in dem ausführlichsten Werke über die Restitution eine genauere Bestimmung und Ausführung dieses Satzes⁴⁾.

Erst Savigny⁵⁾ hat eine solche zu geben versucht. Er geht aus von der verschiedenen Natur der Rechtsverhältnisse, worauf sich die Restitution beziehen kann, und findet, daß die Restitution gegen eine vollendete Usukapion, dann gegen die Ansetzung oder Ausschlagung einer Erbschaft immer in *rem* sei und also gegen jeden Besitzer gebraucht werden könne; dagegen die Restitution gegen einen geschlossenen Vertrag sei i. d. R. nur in *personam*, gehe also nur gegen die Person, mit welcher der Verletzte den Vertrag geschlossen hat (so daß also die Regel der Neueren nur für diese Klasse von Fällen passend sei).

Auch dieser Versuch die Sache zu erledigen hat mit den früheren das gemein, daß die verschiedenen Gründe und Arten der Restitution gar nicht

²⁾ Damit stimmt das neueste Lehrb. d. Pand. überein, Arndts §. 123.

³⁾ Glück Erl. d. Pandekten. V. S. 462. Götschen Wörl. I, S. 530. Burchardt, Wiederherstellung i. d. v. Stand S. 416.

⁴⁾ Burchardt verzichtet darauf, ein festes Prinzip aufzustellen über die Fälle, wo die Restitution ausnahmsweise in *rem* ist.

⁵⁾ Im Wesentlichen tritt seinen Ausführungen bei: Seuffert Pandekten III §. 665 Nr. 4.

unterschieden werden, während doch sowohl die Erwägung des verschiedenen Ursprungs als auch der doch immer ungleiche Grundcharakter der einzelnen Restitutionsgründe von vorneherein zu der Annahme geneigt machen muß, daß diese Verschiedenheit auch auf die Beantwortung der obigen Frage von entscheidendem Einflusse sei.

Es mag sich daher der Mühe lohnen, einmal von diesem Gesichtspunkte aus eine Lösung der Frage zu versuchen ⁶⁾.

I. I. i. restitutio propter metum.

Diese Restitution steht jedenfalls in einer genauen Beziehung zu den ordentlichen aus dem Metus fließenden Rechtsmitteln, so daß es zweckmäßig sein wird, wenn wir zuvörderst die Sphäre dieser letzteren schärfer zu bestimmen suchen.

Die Rechtsmittel aus dem metus unterscheiden sich von denen aus dem dolus wesentlich darin, daß sie nicht bloß gegen die Person desjenigen, welcher den Zwang ausgeübt hat, sondern eben so selbstständig gegen denjenigen gerichtet werden können, welchem in Folge des Zwanges ein Vortheil zugegangen ist, wenn er auch an jenem Delikt selbst weder als Mitwisser noch in anderer Weise Theil genommen hat: die Rechtsmittel sind in rem scriptae ⁷⁾. Wenn daher der Bürge dem Gläubiger die Quittirung der Schuld abgepreßt hat, so hat der Gläubiger die q. m. c. actio nicht nur gegen den Bürgen sondern auch gegen den Hauptschuldner selbst auf Wiederherstellung des Schuldverhältnisses, weil dieser letztere außerdem einen unmittel-

⁶⁾ Diesen Weg hat eingeschlagen: Wehll, G. G. de quaestione adversus quem in i. i. r. imploranda sit. Marburgi 1850. Seine Resultate hat die obige Ausführung meist aufgenommen.

⁷⁾ L. 9 §. 8 D. quod met. 4, 2. L. 14 §. 3 eod. L. 15

baren Vortheil von dem Zwange haben würde. ⁸⁾ — Ist in Folge des Zwanges der Kläger um eine Sache gekommen, so hat er seine Klage gegen den, auf welchen er die Sache übertragen hat, auch wenn dieser an dem Zwange ganz unschuldig ist. ⁹⁾

Wenn aber auch auf diese Weise die a. q. m. bezüglich ihrer Tragweite der Natur der in rem actio angenähert ist, so darf doch keineswegs daraus gefolgert werden, daß dieselbe schlechtthin gegen jeden Besitzer der abgedrungenen Sache statthaft sei.

Zwar fehlt es nicht an Quellenäußerungen, aus welchen eine solche absolute Zuständigkeit der a. q. m. gegen jeden Besitzer gefolgert werden könnte, ¹⁰⁾ und auch gefolgert worden ist. ¹¹⁾ Allein nach ihrem ganzen Zusammenhange will diese Stelle lediglich betonen, daß die actio q. m. nicht bloß gegen den Zwingenden selbst zusteht, sie will aber keineswegs die weitere Gränze dieser Zuständigkeit selbst positiv festsetzen. Diese Festsetzung ist vielmehr in der Bezeichnung des Beweisthema's gegeben. Der Kläger hat zu beweisen, daß ihm Zwang widerfahren sei und daß in Folge dieses Zwanges

§. 3. D. de dolo malo, 4, 3. L. 4 §. 33 D. de doli except. 44, 4. L. 2 §. 1. eod.

⁸⁾ L. 9 §. 8 D. q. m. c. 4, 2.

⁹⁾ L. 14 §. 3. 5. D. q. m. 4, 2.

¹⁰⁾ L. 9 §. 8 D. q. m. 4, 2. Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum sit —. (L. 16 §. 2 D. eod. haec actio — in heredem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur. — Aus dem weiteren Tenor der Stelle ersieht man, daß unter den ceteri nur ceteri successores verstanden sind.)

¹¹⁾ Irbaut Pand. §. 1006. Seuffert Pand. §. 423. Mühlenthal §. 163. Nicht so unbeschränkt drücken sich aus: Oßchen Vorles. II S. 533, Puchta Pand. §. 385.

der Beklagte einen Vortheil erlangt habe. ¹²⁾ Zwischen dem erlittenen Zwange und dem Vortheile muß somit ein Causalzusammenhang stattfinden, und somit kann nur der Besitzer der abgeänderten Sache mit der *q. m. c. a.* belangt werden, mit welchem entweder das *negotium metas causa* selbst abgeschlossen wurde, oder welcher zu dem letzteren in einem Successionsverhältnisse steht, und also als Erbe oder als Singularsuccessor in den Besitz jener Sache gekommen ist; während derjenige, welcher später auf andere Weise und ohne jenen Zusammenhang den Besitz der Sache erworben hat, mit der *q. m. c. a.* nicht in Anspruch genommen werden kann. Denn von demjenigen z. B., welcher dem ersten Erwerber die Sache gewaltsam abgenommen hat, kann man nicht sagen, *eum ex hac re* (*sc. ex metu*) *lucrum sensisse*. ¹³⁾

Wie wenig in der Conzeption der *q. m. c. a.* an und für sich die unbeschränkte Zuständigkeit derselben gegen jeden dritten Besitzer der Sache gegeben war, ersieht man aus einer Kontroverse unter den römischen Juristen selbst. Es war bestritten, ob die *q. m. c. a.* auch gegen den Besitzer zustehe, welcher, ohne von dem Zwange zu wissen, die Sache von dem, welcher den Zwang ausgeübt hatte, *bona fide* gekauft oder sonst *titulo singulari* erworben hat. Diese Frage wurde allerdings von der späteren röm. Jurisprudenz bejaht, aber die Gränzlinie, welche die Entscheidung einhält, bestätigt gera-

¹²⁾ L. 14 §. 3. D. quod. met.: actorem — docere debere, metum in causa fuisse, ut acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret, et ex hac re eum, qui conveniatur, lucrum sensisse.

¹³⁾ Der Wendthigte wird sich in diesem Fall an den halten, der ihm den Zwang angethan hat, und wenn derselbe insolvent sein sollte, die Abtretung von dessen Rechtsmitteln gegen den dritten erlangen.

dezu die beschränkte Zuständigkeit der q. m. c. a.

Wie verhält sich nun hiezu die *restitutio i. i. metus causa*? ¹⁴⁾

Die selbständige, von den ordentlichen Rechtsmitteln aus dem metus geschiedene Existenz dieser Restitution geht mit Entschiedenheit hervor aus L. 9 §. 5 und 6. L. 21 §. 5 und 6 D. h. t., dann L. 3, C. eod. (2, 20) ¹⁵⁾. Indem nach vorgängiger Reszission des lädirenden, erzwungenen Geschäftes die betreffende in rem oder in personam actio gegeben wird, welche der Verwundigte ohne jene Läsion haben würde, so tritt uns darin das eigenthümliche Wesen der wahren Restitution klar genug entgegen ¹⁶⁾.

Handelt es sich nun hierbei um Wiederherstellung einer persönlichen Klage (z. B. gegen eine abgezwungene Acceptilatio), so ist die Person des Restitutionsgegners damit von selbst gegeben. — Ist das Object eine abgezwungene Erbschaftsantretung, so geht das Restitutionsgesuch gegen die Gläubiger der Erbschaft, und die Restitution gegen eine abgedrungene Repudiation ist gegen diejenigen nachzusehen, gegen welche der Berufene mit der wiederhergestellten Erbschaftsklage auftreten kann ¹⁷⁾.

¹⁴⁾ L. 14 §. 3 — 6 D. q. m. c. (4, 8).

¹⁵⁾ Von den Neueren ist es wohl Buchta allein, der dieselbe läugnet: Pand. §. 102. Vorles. S. 115. S. dagegen Savigny System VII S. 194. Bangerow Festsaden I S. 244.

¹⁶⁾ Daß auch die angef. Codexstelle die restituirte in rem actio im Sinne habe, ergibt sich deutlich aus ihrem Nachsatz: der Besitzer soll geschützt sein durch die longae possessionis praescriptio d. h. (Unterholzner Verjährungslehre I S. 41 Not.) durch die longi temporis praescriptio, eine Einrede, welche bekanntlich nur gegen die in rem actiones speciales zusteht. Unterholzner II §. 174. Buchta Institut II. §. 239.

¹⁷⁾ L. 21 §. 5. 6. D. quod m. c.

Da das Parteiverhältniß in dem *judicium rescindens* und *rescissorium* nothwendig identisch sein muß, so haben wir nur folgende Wahl. Entweder wir lassen die Person des Gegners durch das *judicium rescindens* bestimmen oder durch den Charakter des *judicium rescissorium*. Im ersten Falle ist der Restitutionsgegner lediglich derjenige, mit welchem das lädierende *Negotium* abgeschlossen worden ist. Im anderen Falle wäre es jeder Besitzer der abgeenthligten Sachen. Für die erste Annahme wird ¹⁸⁾ der Grund angeführt, daß die Rescission eines Geschäftes nur dem gegenüber implorirt und impetrirt werden kann, mit welchem das Geschäft abgeschlossen worden ist. Allein, daß die Ungültigkeit des mit einem Anderen abgeschlossenen Geschäftes auch gegenüber einem Dritten ausgesprochen werden kann, ergibt sich u. a. aus den Fällen, in welchen ausnahmsweise der Minor wegen der durch seine Contrakte erlittenen Läsionen auch gegen Dritte restituirt wird. Auch läßt die ob. angez. Codexstelle selbst die Restitution gegen den Käufer des ersten Erwerbers eintreten. — Für die Zuständigkeit der Restitutionsklage gegen jeden dritten Besitzer muß also wohl die Erwägung den Ausschlag geben, daß außerdem für die Restitution gar kein Platz wäre. Da die *quod metus causa actio* als solche schon gegen jeden Besitzer geht, welcher mit dem ersten Erwerber der abgepreßten Sache in einem Successionsverhältnisse steht, die r. i. i. in unserer Beziehung aber ihren subsidären Charakter festhält, so muß dieselbe wohl gegen jeden dritten Besitzer der Sache ohne weitere Beschränkung gerichtet werden können.

II. Restitutio i. i. propter dolum.

Die Existenz und die Sphäre dieser R. ist

¹⁸⁾ Regel a. a. O. S. 6.

noch viel bestrittener als die der *r. i. i. propter metum*.¹⁹⁾ In den Quellen wird der *dolus* als selbständiger Restitutionsgrund erwähnt in *L. 10 C. resc. vind.* (4, 44.) Demselben wird aber auch zugleich eine strenge persönliche Wirkung beigelegt. Der Verkäufer, welcher beim Verlaufe seiner Sache betrogen worden, hat keine *rei vindicatio* (*resciso negotio*) gegen denjenigen, auf welchen der Käufer das Eigenthum der Sache nachher übertragen hat, sondern er wird lediglich gegen den Käufer restituirt. Diese beschränkte Wirkung erklärt sich aus der streng persönlichen Richtung der Rechtsmittel aus dem *Dolus* überhaupt, worin sich dieselben so wesentlich von denen aus dem *metus* unterscheiden. Eben wegen dieser durchgreifenden Verschiedenheit erscheint es aber als unzulässig, die bei der *restitutio propter metum* geltenden Grundsätze kraft der Analogie ohne alle gesetzliche Stütze auf den *dolus* herüberzuziehen²⁰⁾.

Demnach wird auch in allen übrigen Fällen, wo der *dolus* rein als solcher als Restitutionsgrund wirkt, die Restitution nur in *personam* stattfinden. Der praktische Nutzen der Restitution liegt eben in der Umgehung der *doli actio*. Ganz anders verhält es sich mit solchen Fällen der *R. propter dolum*, in welchen der *dolus* nur als die Veranlassung eines Irrthums aufgefaßt wird, in welcher also eigentlich *propter errorem* restituirt wird, vermöge der *generalis clausula*. Wenn der Kläger in Folge einer arglistigen Täuschung verleitet wurde, die Prozeßverjährung ablaufen zu lassen, so wird ihm der Prozeß restituirt; soferne also der Prozeßgegner nicht der Betrüger selbst, sondern eine dritte

¹⁹⁾ Vgl. Savigny a. a. D. S. 198. Wangerow, S. 246.

²⁰⁾ Wie Savigny thut, a. a. D. S. 201.

Person gewesen ist, ist die Restitution in rem. Daß hier aber der Gesichtspunkt des Irrthums der maßgebende ist, ersieht man aus der Hervorhebung der unverschuldeten Täuschung²¹⁾. Eben dahin gehören die Fälle der L. 33 D. de re jud. und der L. 18. D. de interrog. in jure (11, 1). Wenn ein Prozeß rechtskräftig entschieden wird, der verlierende Theil aber hinterher entdeckt, daß das Urtheil auf die Aussage von durch den Gegner bestochenen Zeugen gesprochen worden ist, so soll durch Restitution das Urtheil entkräftet werden, damit ein neues gefällt werde. Ferner: wenn Jemand zur Hälfte Erbrecht erwirbt, dann als Erbe verklagt, auf die gerichtliche Frage, zu welchem Theile er Erbe sei, wider besseres Wissen erklärt, er sei der einzige Erbe, so muß er im Falle der Verurtheilung für die ganze Schuld haften; wenn er aber zahlungsunfähig ist, so erhält der Kläger Restitution und kann von dem Miterben die Hälfte der Schuld einklagen.

(Schluß folgt.)

Die Freisprechungen in den Preß- und anderen politischen Strafprozessen.

Die im diesseitigen Bayern vor dem Schwurgerichte verhandelten Preß- und anderen politischen Strafprozesse haben, meines Wissens mit einer einzigen Ausnahme, sämmtlich zum Ausspruche des Nichtschuldig geführt. Das ist eine sehr bedenkliche Erscheinung, bedrohend die Autorität des Gesetzes und der Obrigkeit. Dieselbe veranlaßt den Herausgeber zu folgenden Bemerkungen:

1) Staatsanwälte, welche die Anklage betrei-

²¹⁾ L. 7 §. 1 D. de i. i. r. (4, 1): etenim deceptis sine culpa suis, maximo si fraus ab adversario intervenit, succurri oportebit.

ben, und Gerichte, bei welchen die Verweisung in Frage kommt, mögen sich in Sachen solcher Art nebst den Bestimmungen des Strafgesetzes auch die eigenthümliche Natur des Schwurgerichtes vor Augen stellen. Der Geseze nicht kundig und an Subsumtion unter die Geseze nicht gewohnt, folgen die Geschworenen gemeinhin der Stimme des Rechtes, welche sie in der eigenen Brust vernehmen. Auf ein Schuldig läßt sich nicht rechnen, wenn die Anklage im Widerstreite steht mit natürlichen Rechtsfällen, welche dem schlichten Ehrenmanne wie ewige Wahrheiten klingen. Enthält ja auch der Eid der Geschworenen keine Verpflichtung zur Subsumtion unter das positive Strafgesetz, er ist allgemein darauf gestellt: Gott, die Gerechtigkeit und Wahrheit vor Augen zu haben, und den Ausspruch nach Gewissen und der durch die Verhandlungen begründeten freien Ueberzeugung zu geben¹⁾. Die Geschworenen sind nicht gehindert, im Falle die besonderen Umstände das summum jus als summa injuria erscheinen lassen, ungeachtet vollen Beweises der Thatfachen²⁾, auf Nichtschuldig zu erkennen. Demzufolge hat die Anklage wenig Aussicht auf Erfolg, wenn sie den Geschworenen zumuthet, den Redakteur eines Blattes für schuldig wegen eines Artikels zu erklären, welcher aus einem anderen Blatte entnommen war, sofern gegen den Verfasser oder den Redakteur des Journalen, in welchem der Artikel zuerst erschien, keine Verfolgung stattgefunden hat; denn in Erwägung des natürlichen Rechtsfalles: „was dem Einen

1) Art. 110 des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848.

2) Der Wahrspruch soll ja nicht eine reine Thatfrage, sondern die Schuldfrage beantworten. Dabei ist es der freien Ueberzeugung der Geschworenen anheimgestellt, ob nicht im gegebenen Falle die Schuld durch besondere Umstände als ausgeschlossen erscheint.

recht, ist dem Anderen billig“ — sehen es die Geschworenen für ungerecht an, den Verbreiter zweiter Hand zu strafen, ohne zuvor oder zugleich die Hand der Gerechtigkeit nach den ersten Urhebern auszustrecken. Wenn ein Angeschuldigter Jahr und Tag hinter Schloß und Riegel gefesselt ist, und sich nun, nachdem er wegen Ermangelung des Thatbestandes freigegeben worden, gegen die Beamten, welche ihm ohne gesetzlichen Grund so schweres Leid zugefügt haben, unziemliche Aeußerungen erlaubt, so läßt sich ein Schuldaußspruch der Geschworenen kaum erwarten; sie meinen eben, der Wurm, wenn er getreten wird, hat das Recht, sich zu krümmen. — Eine Anklage wegen Beleidigung der Amtsbehrde eines Beamten, dessen Amtsverwaltung nicht rein ist, steht auf schwachen Füßen; es ist höchst wahrscheinlich, daß bei den Geschworenen die Erwägung den Ausschlag gibt: die Wahrheit zu sagen, kann nicht unrecht sein; ohne daß auf das Wie, wenn es nicht gar zu arg gemacht wurde, entscheidendes Gewicht zu legen ist. — Die über die Voruntersuchung erkennenden Gerichte können nicht verpflichtet sein, auf eine Anklage zu erkennen, deren Erfolglosigkeit sie nach zahlreichen Erfahrungen mit Zuversicht voraussehen.

2) Vorzüglich in Preßprozessen, in welchen die mündliche Verhandlung gewöhnlich keinen bedeutenden Inhalt hat, ist die Lage des Vertheidigers eine viel günstigere, als die des Anklägers. Jener hat von dem Systeme der Anklage durch das Verweisungsurtheil und die Anklageschrift genaue Kunde, und kann nach Muth die Vertheidigungswaffen rüsten. Dagegen soll der Staatsanwalt auf die Vertheidigung, welche vielleicht eine ganze Reihenfolge unerwarteter Argumente ins Feld gestellt hat, aus dem Stegreife replizieren. Das ist eine sehr schwierige Aufgabe, zumal für ungeübte Streiter. Darum ist den Staatsanwälten zu rathen, in Sa-

den der bezeichneten Kategorie²⁾ nicht als ihr Pulver bei der Ausführung der Anklage zu verschießen, sondern insbesondere die rednerischen auf das Gemüth wirkenden Behelfe der Erwiderung auf die Vertheidigung vorzubehalten. Ist man sich einer solchen Reserve bewußt, so ist die Aufgabe der Replik schon deswegen leichter zu lösen, weil die Lösung mit besserem Vertrauen unternommen werden kann. Aber die Reserve-Argumente dienen zugleich als Haltpunkte für die der Vertheidigung antwortenden Gegenbemerkungen, welche außerdem des sicheren Bodens, der rechten Form und Methode entbehren würden. In politischen Strafsachen, insbesondere in Preßprozessen, ist die Replik des Staatsanwalts bedeutend wichtiger, als die erste Ausführung, welche ohne Nachtheil auf das juristisch Wesentliche beschränkt werden kann.

3) In den Verhandlungen, welche hier in Frage, gilt es einen Kampf, nicht bloß des Rechtsgelehrten gegen den Rechtsgelehrten, sondern auch des Redners gegen den Redner, es gilt auch die Bethätigung allgemeiner, insbesondere politischer Bildung und Gewandtheit. Mögen die jungen Rechtsgelehrten, welche in dem Berufe des Staatsanwalts der Sache der Gerechtigkeit und dem Vaterlande zu nützen beabsichtigen, es nicht versäumen, sich die nöthigen Voraussetzungen einer gedeihlichen Amtsführung, insbesondere durch eifriges Studium der aus dem Alterthum überlieferten und der englischen Muster gründlich und lebendig anzueignen.

²⁾ Natürlich habe ich hier keine Anklagen im Sinne, welche auf so schwachen Füßen stehen, wie z. B. die im Ringleischen Prozesse. Nur im Interesse solcher Anklagen, deren Erfolg jeder Freund der die wahre Freiheit gewährleistenden geselligen Ordnung wünschen muß, ertheile ich obigen Rath.

Oberrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte nach dem Gesetze vom 28 Mai 1850.

I.

Gerichtsstand der quieszirten Landgerichtsbeamten.

Am 24 Febr. 1850 starb zu Remnath der am 19 Dez. 1847 in den Ruhestand versetzte l. Landgerichtsaktuar M. Schlicht von Herzogenaurach, und das Landgericht Remnath übersendete die pfarramtliche Todesanzeige dem Kreis- und Stadtgericht Bamberg zur zuständigen Verfügung; dieses Gericht sendete jedoch die Anzeige mit der Erklärung zurück, daß, da der außerordentliche Gerichtsstand der Landgerichtsbeamten kein privilegirter sei, sondern lediglich auf ihren mit der Quieszenz erlöschenden Dienstverhältnissen beruhe, das ordentliche Gericht des Wohnortes zur Behandlung der vorwürfigen Verlassenschaft kompetent erscheine. Das Landgericht Remnath beharrte auf seiner gegentheiligen Ansicht, und die Wittve Schlicht beantragte die Entscheidung dieses verneinenden Kompetenzkonfliktes bei dem obersten Gerichtshofe, welcher das Landgericht Remnath als die zuständige Verlassenschaftsbehörde erklärte, und zwar aus folgenden Gründen:

Der durch die Verordnungen vom 3. Nov. 1808 (Rgbl. S. 2810) und 22. Sept. 1810 (Rgbl. S. 800) den Landgerichtsbeamten angewiesenen Gerichtsstand vor dem Stadtgerichte der Hauptstadt des Kreises, zu welchem das Landgericht, wobei sie angestellt sind, gehört, ist kein privilegirter oder befreiter, wie solcher durch die Verfassungs-Urkunde Tit. V §. 4 u. 5 einzelnen Klassen von Staatsangehörigen aus Rücksicht auf ihren Stand vorzugsweise eingeräumt wurde, sondern aus anderen Beweggründen, namentlich im Interesse der Unpartheiligkeit und Beschleunigung der Rechtspflege, dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnortes als ordentlicher Gerichtsstand substituirt.

Der Eingang der zuerst angeführten Verord-

nung bezeichnet als Veranlassung derselben die Aufhebung des bisher privilegierten Gerichtsstandes der Stadt- und Landrichter, und ihr Inhalt läßt die Absicht des Gesetzgebers klar entnehmen, durch die Anweisung dieses Gerichtsstandes für die Vorstände der nur mit zwei oder weniger Assessoren versehenen Gerichte Refusationen oder Verhörterecenzgesuche der Gerichtsuntergebenen wegen Vetheiligung der Richteramtspersonen vorzubeugen. —

Ist aber der erwähnte Gerichtsstand den Landgerichtsbeamten nicht wegen ihres Standes, sondern wegen ihrer Dienst Eigenschaft angewiesen, so folgt daraus nothwendig, daß derselbe auch mit der Dienstleistung hinwegfalle.

Die Dienstleistung des Staatsdieners ist nach §. 19 der IX. Beil. z. Verf.: Urf. widerruflicher Natur und wird demselben mittels Quieszierung für eine gewisse Zeit benommen. Dem quieszirenden Diener bleiben hiernach seine Standesvorzüge und Auszeichnungen, namentlich auch, wenn er zur Klasse der Collegialräthe oder höheren Beamten gehört, sein befreiter Gerichtsstand; die mit der Dienstleistung verbundenen Emolumente und Ausnahms-Verhältnisse aber fallen mit dem Widerrufe derselben hinweg, und folglich auch bei den Landgerichtsbeamten der ihnen wegen ihrer Dienst-Eigenschaft angewiesene exceptionelle Gerichtsstand, welcher im Falle ihrer Berufung in die Aktivität gemäß §. 25 des angeführten Ediktes nur dann wieder auflebt, wenn sie dadurch wieder zur Dienstleistung als Landgerichtsbeamte aufgerufen, in dieser Eigenschaft reaktivirt werden.

Der in der Quieszenz verstorbene Landgerichtsaktuar Schlicht von Herzogenaurach hatte demnach mit seinem Eintritte in die Quieszenz seinen ordentlichen Gerichtsstand nicht mehr vor dem Kreis- und Stadtgerichte Bamberg, sondern vor dem Gerichte seines Wohnortes; daß derselbe zur Zeit seines Ablebens seinen Wohnsitz zu Remmuth gehabt habe,

ist von dem korigen Gerichte nicht beanstandet, und somit die Zuständigkeit dieses Gerichtes zur Behandlung seiner Verlassenschaft begründet.

DAGE. vom 3 Febr. 1851 RN. 1374⁴⁹/₅₀

II.

Forum der Provokationsklage.

In einem zwischen Adam Zieglmayer und Joseph Zieglmayer bei dem Landgerichte Dinkelsbühl anhängigen Prozesse war schon im Jahre 1841 rechtskräftig ausgesprochen worden, daß Joseph Zieglmayer den Adam Zieglmayer als Miterbe des Nachlasses der Kreszenz Zieglmayer einschlußig der etwaigen Errungenschaft anzuerkennen habe, und schuldig sei, mit ihm den Nachlaß gebührend zu theilen. Im Jahre 1844 erhob Adam Zieglmayer weitere Klage auf Theilung bei dem Landgerichte Dinkelsbühl, wurde jedoch mit dieser in drei Instanzen angebrachter Maßen abgewiesen; dagegen hatte erwähntes Gericht zur Sicherung der Erbansprüche des Adam Zieglmayer auf dessen Ansuchen provisorische Maaßregeln getroffen. Dieß veranlaßte den Joseph Zieglmayer, welcher sich inzwischen in Dettingen ansässig gemacht hatte, den Adam Zieglmayer bei dem k. Landgerichte Dinkelsbühl zur weiteren Klagstellung zu provoziren. Das k. Landgericht Dinkelsbühl wies jedoch diese Klage, weil jetzt Provokant in Dettingen domicilire, wegen mangelnder Kompetenz a limine ab, und eine gleiche Abweisung erfolgte von Seite der Gerichts- und Polizeibehörde Dettingen auf eine daselbst eingereichte Klage. Jos. Zieglmayer beantragte nun die Entscheidung dieses verneinenden Kompetenzkonfliktes durch den obersten Gerichtshof, welcher aussprach, daß das k. Landgericht Dinkelsbühl das zusehndige Gericht sei. Den Entscheidungsgründen entnehmen wir Folgendes:

Daß in fraglicher Sache eines der beiden an

gegangenen Gerichte das zuständige sei, ist außer Zweifel. Jedes derselben hat aber mit Hinweisung, daß das andere das zuständige sei, sich als unzuständig erklärt, und es waltet somit ein verneinender Kompetenzkonflikt vor, dessen Entscheidung, da die ablehnenden Gerichte unter verschiedenen Obergerichten stehen, auf geschehene Anregung von Seite einer Partei vom obersten Gerichtshofe zu geschehen hat. — **Ges. v. 28 May 1850** — die Kompetenz-Konflikte betr. Art. 14 u. 18. — Daß vorerst die Zuständigkeitsfrage im Verufungswege an die höhere Instanz gebracht sein müsse, ist nirgends bestimmt, und es kann dieß auch nicht angenommen werden, weil Niemanden rechtlich zugemuthet werden kann, sich im Verufungswege mit großem Aufwand an Zeit und Kosten erst Gewißheit zu verschaffen, ob auch die höheren Instanzen die Ansicht der unteren theilen. Es genügt hiezu, wenn feststeht, daß jene beiden Gerichte, von denen eines nothwendig kompetent sein muß, ihre Unzuständigkeit bereits ausgesprochen haben, und diese gesetzliche Voraussetzung ist hier vorhanden.

Den Konflikt selbst betreffend, so läßt sich in Hinblick auf die bezüglich derselben Angelegenheit zwischen diesen Streittheilen bei dem Landgerichte Dinkelsbühl bereits verhandelten Prozesse nicht verkennen, daß jene Klage, zu deren Anstellung hier Adam Ziegelmayer von Joseph Ziegelmayer provoziert werden will, sowohl ihrer Eigenschaft nach, als wegen ihres genauen Zusammenhanges mit den beim k. Landgerichte Dinkelsbühl bisher verhandelten Prozessen bei diesem Gerichte anzubringen ist, eben deshalb aber auch nach **GD. Kap. I §. 15** die Joseph Ziegelmayer'sche Provokation dahin gehört.

DAGE. v. 3. Febr. 1851. Nr. 1245^{49/50}.
Nr.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 10. Samstag, den 10. Mai 1851.

Ueber den Gegner im Restitutionsprozeß.
(Schluß.)

III. R. i. i. propter absentiam.

Diese Restitution wird überall ertheilt, wo sich der Verlust eines Rechts dadurch ereignet hat, daß der Berechtigte in Folge eines äußern Hindernisses außer Stand war, die Handlung vorzunehmen, wodurch er den Verlust verhüten haben würde. Die genauere Aufzählung der Veranlassungsgründe dieser Restitution, von welchen die Abwesenheit des Gegners sowie die eigene Abwesenheit die wichtigsten sind, gehört nicht hieher ²²⁾.

Für die Bestimmung des Restitutionsgegners ist der nächste Anhaltspunkt die Formel des Edikts. Nachdem der Prätor die Hauptanlässe der *restitutio propter absentiam* aufgezählt hat, so verspricht er seine Rechtshülfe mit folgenden, von seiner Ausdrucksweise bei den übrigen Restitutionsgründen wesentlich abweichenden Worten: *earum rerum actionem — i. i. r. —* ²³⁾ Der Restitutionsmodus

²²⁾ Burghardl S. 152, 183. Savigny S. 161 f.

²³⁾ L. 1 §. 1. D. 4, 6. Bei der Restitution wegen *vis* oder *metus* heißt es: *ratum se non habiturum*; beim *dolus*: *earum rerum se iudicium daturum*, bei den

besteht somit nicht in der Erlassung eines einfachen Dekrets nach vorgängiger *causae cognitio*, wodurch die Sache völlig erledigt und in den vorigen Stand zurück geführt wird ²⁴⁾: sondern in der **Gewährung einer rescissoria actio**, nach vorgängiger Rescission des durch die Abwesenheit herbeigeführten lädierenden Ereignisses. Der Restitutionsprozeß zerfällt somit, wenn auch keineswegs mit Nothwendigkeit auch äußerlich und formell ²⁵⁾, so doch innerlich und materiell in ein *judicium rescindens* und *rescissorium*: das Parteienverhältniß ist in beiden **nothwendig identisch**. Dasselbe bestimmt sich nun gleichsam von selbst, soferne es sich lediglich handelt um die Wiederherstellung eines in Folge der Abwesenheit verlorenen persönlichen Anspruchs, eines verlorenen persönlichen Klagerechts: der Restitutionsgegner ist die Person des befreiten Schuldners oder Beklagten.

So verhält es sich, wenn in Folge der Abwesenheit der Klagberechtigte um seine Klage gekommen ist. ²⁶⁾ Wenn namentlich der Verjährungsstermin der Inofficiositätsquerel abgelaufen ist (*post quinquennium*), findet die Restitution gegen die Person des Erben Statt. ²⁷⁾ Andere Beispiele sind die Restitution gegen den Ablauf des in Folge der Abwesenheit unbenutzt gebliebenen Einlösungstermines verkaufter Pfänder ²⁸⁾; gegen den vers

Minorennen: *animadvertam*; bei der *capitis diminutio*: *quasi id factum non sit, iudicium dabo*.

²⁴⁾ Savigny a. a. O. S. 231.

²⁵⁾ Savigny a. a. O. S. 232.

²⁶⁾ Da gegen die dreißigjährige und noch weiter hinausgesteckte Klagverjährung keine Restitution zulässig ist, so hat die Restitution gegen Klagverjährung nothwendig einen sehr beschränkten Umfang. Savigny III Beil. VIII. — Bd. IV S. 441 Not. 5.

²⁷⁾ L. 8 §. ult. D. inoff. test. (5, 2).

²⁸⁾ L. 7 §. 1 D. distr. pign. (20, 5).

stimmten Termin bei dem *pactum displicentiae* ²⁹⁾; gegen den Verlust einer Forderung, welche auf die Bedingung der Anwesenheit an einem bestimmten Aufenthaltsorte gestellt ist. ³⁰⁾

Wie gestaltet sich nun aber das Parteiverhältniß in den Fällen, wo die Läsion im Verluste eines Rechts besteht, welches durch eine *in rem actio* zu verfolgen ist?

Man könnte diese Frage zunächst schon durch den Charakter der restituirten Klage selbst als gelöst ansehen. Weil die restituirte Klage *in rem* sei, so müsse sie gegen jeden Besitzer der usufructuirten Sache anzustellen sein. Allein diese Folgerung würde auf einem Trugschlusse beruhen. Daraus, daß gegen den Restitutionsgegner eine *in rem actio* gegeben wird, folgt noch keineswegs, daß diese letztere Klage gegen jeden Besitzer eingeräumt wird. Der Restitutionskläger hat ja die *in rem actio* nicht *ipso jure* sondern erst vermöge besonderer Gewährung. Es ist somit eine ganz selbständige und durch die Natur dieser Klage keineswegs schon *implicite* beantwortete Frage, gegen wen dieselbe restituiert wird. Die Frage ist vielmehr vollständig so zu fassen, gegen wen wird die Restitution vermittlest einer *in rem actio* ertheilt? Die Billigkeit, welche die Quelle der Restitution überhaupt ist, kann recht wohl fordern, daß nicht völlig rücksichtslos in die bestehenden Verhältnisse eingegriffen, daß also die restituirte Klage nicht gegen jeden sondern nur gegen den in einem bestimmten Verhältnisse stehenden Besitzer gegeben werden. ³¹⁾

In der That ergeben die sämtlichen Quellenentscheidungen das Resultat, daß die Restitution

²⁹⁾ L. 31 §. 22, 23 D. de aedilit. ed. (21, 1).

³⁰⁾ L. 17 §. 1. ex quib. caus. maj. (4, 6).

³¹⁾ Vgl. Burchardt a. a. O. S. 417, 553, 566.

auch in diesen Fällen nicht gegen jeden Dritten schlechthin, sondern bloß gegen denjenigen gegeben wird, welcher in Folge der Abwesenheit einen Vortheil erlangt hat oder in diesen Vortheil suczedirt ist. Die Restitution ist in diesem Sinne, aber auch nur in diesem, in rem.

Dieser Umfang der Zuständigkeit ergibt sich zuvörderst schon aus der Konzeption der *restitutio in rem actio*, wie dieselbe durch den §. 5 I. de act. (4, 6) bezeichnet wird. Die Gewährung der Klage wird durch die Fiction vermittelt, daß der beklagte Besitzer nicht *usucapit* habe. Hieraus folgt klar genug, daß dieselbe nach Reszission der *Usucapion* lediglich gegen den *Usucapienten* (und dessen *Successoren* [s. u.], da diese mit ihm eine Person bilden) angestellt werden kann²²⁾. Ganz entscheidend aber ist die L. 26 §. 8 D. h. t. (4, 6), wo gegen den Besitzer einer fremden Sache, welcher dieselbe als anwesend zu ersetzen begonnen hatte, aber einen Tag vor Vollendung der *Usucapion* seinen Aufenthalt änderte und während der Abwesenheit die Ersetzung vollendete, die Restitution in der Weise gegeben wird, daß dem Gegner *rescissa usucapione* noch ein Tag zur Anstellung der *rei vindicatio* eingeräumt wird²³⁾. Diese Modalität der restituirten *actio* hat nur gegenüber dem *Usucapienten* (resp. dessen *Successor*) einen Sinn, weil sie mit dessen *Usucapionszeit* zusammenhängt.

Obigem Grundsatz entsprechen die L. 3 C.

²²⁾ Si quis, cum reip. causa abesset — rem ejus qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor reip. causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, i. e. ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse et ob id suam rem esse.

²³⁾ L. 26 §. 7 L. 30 pr. D. 4, 6. Auch in dieser Bezie-

de rest. mil. (2, 51) dann die L. 3 §. 1 D. de eo per quem factum erit (2, 10), wo dem durch einen Dritten am Erscheinen vor Gericht gehinderten Kläger, im Falle der Insolvenz des ersteren vermöge der generalis clausula die Klage gegen den Beklagten restituirt wird, eben weil dieser den Vortheil von jener Verhinderung hat. Ganz entsprechend läßt die L. 23 §. 3 eod. den, welcher in Folge seiner Abwesenheit den Besitz eines Grundstücks oder eines *usufructus* verloren hat, die Früchte von dem fordern, welcher sie in der Zwischenzeit vermöge seines *usufructus* gezogen habe. Und wenn in Folge eines natürlichen Hindernisses der Berechtigte seine *Prädialservitut* durch *non usus* eingebüßt hat, so geht die Restitution gegen den Herrn des frei gewordenen Grundstücks ²⁴⁾.

Daß aber die Restitution auch gegen den Successor des oben bezeichneten Restitutionsgegners erteilt wird, und zwar zunächst gegen den Erben desselben, bedarf keiner weitern Ausführung. Hervorzuheben ist in dieser Beziehung nur, daß gegen den Erben selbst dann die Restitution gegeben wird, wenn er die von seinem abwesenden Erblasser begonnene *Usucapion* vollendet hat, auch wenn in seiner (des Erben) Person ein selbstständiger Restitutionsgrund nicht gegeben war ²⁵⁾, — eine offenbare

una wird die in rem actio nicht schlechthin und als solche restituirt, sondern eben nur mit den durch Zweck und Grenzen der Restitution bedingten Modalitäten.

²⁴⁾ L. 14 pr. D. 8, 6 L. 35 D. 8, 3.

²⁵⁾ L. 30 pr. D. 4, 6. Der Fall ist folgender: wenn ein Miles in seiner Abwesenheit eine *Usucapion* begonnen, der anwesende Erbe desselben aber vollendet hat, so wird der frühere Eigenthümer gegen den letzteren restituirt, indem er *rescissa usucapione* so viel Zeit zur Anstellung der r. v. zurück erhält, als er beim Beginne der Anwesenheit noch übrig hatte.

Anomalie, indem hier eine r. p. a. gegeben wird, ohne daß die Läsion durch die absentia herbeigeführt worden ist.²⁶⁾

Die Usucapion wird aber auch gegen den Besitzer rescindirt, welcher das Eigenthum der ersessenen Sache titulo singulari von dem Usucapienten erworben hat, durch Kauf, Schenkung u. s. w. Können wir auch in dieser Beziehung kein Gewicht auf die L. 30 §. 1 D. l. c. legen, weil hier die Person des Beklagten wenigstens nicht ausdrücklich bezeichnet ist²⁷⁾, so bezeichnet dafür die L. 17 pr.

²⁶⁾ Diese Entscheidung ist übrigens conform mit der andern, wonach auch dann Restitution erteilt wird, wenn Jemand als Anwesender eine Usucapion begonnen, in der Abwesenheit fortgesetzt und nach der Zurückkunft vollendet hat, sofern nur der Zeitraum von der Rückkehr aus der Abwesenheit bis zur Vollendung der Ersetzung ein kurzer gewesen ist, und ein solches modicum tempus wird auch in L. 30 cit. vorausgesetzt sein, nam eum qui differt restitutionem non esse audiendum Noratius scribit. L. 15 §. 3. D. 4. 6. i. f.

²⁷⁾ Eine Aufzählung und Kritik der bedeutenden Auslegungsversuche dieser bestrittenen Stelle s. bei Wegell S. 26. Daß als Beklagter der besitzende Singularsuccessor gemeint ist, ergibt sich schon daraus, daß die rescissorische rei vindicatio gegen den Usucapienten, welcher die Sache veräußert hat, gar nicht angestellt werden kann, sofern man nicht gewaltsam einen Fall von ficta possessio in die Stelle hinein unterschieben will. Die Restitution greift demnach allerdings gegen den Besitzer, indem aber der letztere auf Grund der Exceptio keinen Regress gegen den Verkäufer nimmt, und diesem den Kaufpreis wieder abnimmt, so wird auf diesem indirekten Wege dem Usucapienten der Vortheil aus der Usucapion wieder entzogen. — Die Auslegung des viel besprochenen Schlusssatzes der Stelle wie sie Wegell a. a. O. gibt, halte ich dagegen für unmöglich, da die Worte aduersus eum auf kein anderes Subjekt gehen können, als auf den in den vorhergehenden Worten genannten Abwesenden.

eod. den Käufer direkt als Imploraten, und derselbe muß auch in der L. 6. C. rest. mil. (2, 51) angenommen werden. In der Abwesenheit des Schuldners haben die Erben des Gläubigers die dem letzteren bestellten Hypotheken veräußert. Der Abwesende erlangt die Rescission des Verkaufes und Restitution gegen den Käufer, gegen Erlegung des Pretium³⁸⁾.

Nur in wenigen Fällen wird vermöge der besondern Beschaffenheit des Verhältnisses die Restitution gegen solche gegeben, welche keinen unmittelbaren Vortheil von der Abwesenheit gehabt haben. Wenn der berufene Erbe in Folge einer *justa absentia*, noch ehe er von seiner Berufung Kenntniß erlangt hat und also antreten konnte, gestorben ist, so wird dessen Erbe nicht bloß gegen diejenigen restituirt, welche an der Stelle seines Erblassers in die Berufung eingerückt sind, sondern — in derselben Weise, wie derjenige, welcher zur Repudiation genöthigt worden ist, wird er gegen alle restituirt, welche von dem verstorbenen Erblasser, wäre er wirklich Erbe geworden, hätten belangt werden können.³⁹⁾ — Ferner: wenn der Besitzer einer Weggerechtigkeit wegen Ueberschwemmung oder eines andern Hindernisses das *interdictum de itinere actuque privato* verloren hat, so wird ihm dieß Rechtsmittel gegen jeden restituirt, der ihn verhindern wollte, die *Servitut* wieder auszuüben.⁴⁰⁾ Denn nur auf diese Weise kann der Schaden von ihm abgewandt werden.

IV. *Restitutio minorum.*

Hier muß die Restitution gegen solche Läsionen, welche der Minor aus der Abschließung von Rechtsgeschäften erlitten hat, von derjenigen wohl unterschieden

³⁸⁾ Die Ausgaben lesen *oblato ante debito vel pretio*. — Macr. haben die Worte *debito vel* gar nicht.

³⁹⁾ L. 30 pr. L. 86 pr. D. 20, 2. L. 3 §. 30 — 32 D. 20, 5. L. 12 D. 37, 10. cf. L. 21 §. 6 D. 4, 2.

⁴⁰⁾ L. 1 §. 9 D. 43, 19.

werden, welche ihm aus anderen Veranlassungen widerfahren sind. 1) Die *R. der minores* gegen die aus ihren eigenen Kontrakten entspringenden Läsionen hat ihren Ursprung in der *Lex Plaetoria*, setzt ursprünglich eine Arglist des andern Theils voraus, und ist dem entsprechend auch in der spätern Ausbildung, wonach der Dolus des andern Theils kein wesentliches Erforderniß mehr ist, nur *in personam* d. h. nur gegen die Person des andern Kontrahenten gerichtet. Hat also der Minor eine Sache zu wohlfeil verkauft, so erlangt er Restitution nur gegen den Käufer, nicht gegen jeden Besitzer dieser Sache.

Nur aus dringenden und wichtigen Gründen (*propter magnam et justam causam*) wird ihm hier auch gegen den weiteren Käufer der Sache Hilfe gewährt. Namentlich wenn der letztere Käufer den Hergang der Sache gewußt hat, oder wenn der erste Käufer, an welchen der Minor zunächst gewiesen ist, insolvent ist; in welchem Falle dann auf die *bona fides* des zweiten Käufers weiter nichts ankommt. ⁴¹⁾ Hier wird somit nicht sowohl der Kaufkontrakt rescindirt, als vielmehr die in Folge des Kaufkontrakts erfolgte Tradition: es wird entweder durch unmittelbares Eingreifen des Prätors (*cognitione praetoria*) geholfen, oder es wird nach vorgängiger Rescission der Tradition gegen die Besitzer der veräußerten Sache eine *utilis in rem actio* gegeben. — Diesem Grundsatz gemäß ist auch die Restitution, welche dem verurtheilten Minor aus triftigen Gründen gegen den Verkauf der ihm auf dem Exekutionswege abgepfändeten Sachen gegen die Käufer dieser Pfandobjecte gewährt wird. ⁴²⁾ Endlich gehört noch der Fall hieher, wenn ein Minor seinem Schuldner ohne Grund seine Schuld quittirt

⁴¹⁾ L. 13 § 1. L. 14 D. ht. (4, 4)

⁴²⁾ L. 9 pr. D. eod.

hat. Hier erlangt er die Restitution nicht nur gegen den ursprünglichen Schuldner, sondern auch gegen die durch die Acceptilation befreiten Bürgen des Schuldners. Eben so, wenn er einem Korrealschuldner quittierte, so geht die Restitution auch gegen die anderen Korrealschuldner. Hier wird die Restitution ohne Beschränkung auf die obige Voraussetzung gegen jeden Dritten gegeben, weil die Fälsion hier nur durch volle Wiederherstellung des Schuldverhältnisses von dem Minor abgewendet werden kann. ⁴³⁾ (Uebrigens kann sich in solchen Fällen, wo ein Dritter durch die Restitution angegriffen wird, derselbe an den halten, welcher mit dem Mündel das Geschäft abgeschlossen hat.) ⁴⁴⁾

2) Ganz anders verhält es sich mit der Restitution der Minores gegen Versäumnisse oder gegen ihre eigenen einseitigen Geschäfte. ⁴⁵⁾

Diese Restitution hat sich ausgebildet nach Analogie der r. propter absentiam ⁴⁶⁾ und geht in derselben Weise wie letztere in rem, also gegen jeden, welcher aus der Fälsion des Minor einen Vortheil erlangt hat oder in den durch einen andern erworbenen Vortheil succedirt ist. Handelt es sich somit um eine Restitution gegen den Antritt einer Erbschaft, so sind es die Erbschaftsgläubiger, gegen welche die Restitution nachzusuchen ist. Handelt es sich um eine Repudiation, so sind die Substituten, oder an wen sonst die Erbschaft gekommen ist, zu

⁴³⁾ L. 27 §. 2 D. eod. L. 9 § 7 — 9 D. q. m. (4, 2)

⁴⁴⁾ L. 15 D. de minor, (4, 4). L. 39 pr. D. 21, 2.

⁴⁵⁾ Verlust der Rechtsmittel oder eines Prozesses wegen contumacia; Verlust durch Usufapion; Antritt einer Erbschaft; Ausschlagen einer Erbschaft oder eines andern Gewinnes.

⁴⁶⁾ L. 7 pr. L. 44. D. eod. (4, 4).

belangen. Hat der Minor das Eigenthum einer Sache durch Usucapion verloren, so erhält er die in rem actio gegen diejenigen welche die Sache usucapirt haben oder gegen deren Successoren. ⁴⁷⁾

V. II. propter errorem.

Der Irrthum bildet nur in soferne einen selbstständigen Restitutionsgrund, als er die Quelle von positiven, lädirenden Handlungen im Prozeß ist. Soferne der Irrthum Unterlassungen veranlaßt hat, wird die Restitution ex generali clausula, also nach den Grundsätzen der r. propter absentiam, ertheilt. In den Fällen der ersteren Kategorie aber wird nach der Natur der Sache die Person des Prozeßgegners auch der Restitutionsgegnere sein. ⁴⁸⁾

Die Restitution, welche der Gläubiger eines verstorbenen Schuldners gegen die von ihm aus Unkenntniß des wahren Vermögensstandes des Erben nachgesuchte Separation erlangt, geht natürlich gegen die Person des Erben. ⁴⁹⁾

Mittheilung aus der Praxis.

Kompetenz des protestantischen Ehegerichtes.

Eine protestantische Ehefrau reichte gegen ihren protestantischen Ehegatten eine Klage auf Ehescheidung ein. Sie ließ sich hierüber ein Zeugniß geben und erhob auf dessen Grund gegen ihren Ehe-

⁴⁷⁾ L. 24 §. 2. L. 29 § 2. D. eod. L. un. C. si adv. usuc. (2, 36).

⁴⁸⁾ Vgl. Weßell S. 31. Savigny a. a. O. S. 384. Bd. III S. 196.

⁴⁹⁾ L. 1 § 14 D. de separ. (42, 6)

mann die Alimentationsklage bei dem ordentlichen Gerichte ihres Ehemannes, einem altbayerischen Untergerichte. Diefes erkannte ſich für inkompetent, weil nach *GD. Kap. 1 §. 10* Sachen, die zuſammen gehören, nicht leicht einer getrennten Rechtsverfolgung von verſchiedenen Richtern unterliegen ſollen, und wies die Klägerin auch mit der Alimentationsklage an das Ehegericht.

Das Appellationsgericht von Oberbayern hob dieſes Urtheil auf, weil es gegen das Landrecht *Zhl. 1 Kap. 6 §. 49 Nr. 1 und 2* verſtoße, wo mit klaren Worten enthalten ſei, daß die Kompetenz der geiſtlichen Obrigkeit ſich nur auf die Ehe ſelbſt, nicht aber auf die Güter der Eheleute erſtrecke. An die Stelle der im Landrechte gemeinten geiſtlichen Obrigkeit ſei nach *B. vom 23. Dez. 1837* für Proteſtanten das Appellationsgericht von Oberfranken mit gleicher Kompetenz getreten. Obige Stelle des Landrechtes ſetzt ausdrücklich feſt: die weltliche Obrigkeit ſoll ſich, inſonderheit was die Succeſſion, Alimentation u. ſ. w. betrifft, weder unter dem Vorwand der Konnexion noch ſonſt hierin einigermaßen vorgreifen laſſen. In dieſem Sinne ſprechen auch die *Anm. zur GD. Kap. 1 §. 10 c. und 13 a.*

Hierfür ſprechen weiter die *B. 28. Juli 1818 Gef. Bl. S. 174. Seuffert's Kommentar Bd. I S. 106* und die Novelle vom Jahre 1837, welche alle Alimentationsſachen unter Eheleuten im *§. 1 Nr. 2 und 8* dem mündlichen Verhöre der Untergerichte zuweiſt, wogegen bei einem Obergerichte mündliche Verhörsſachen gar nicht verhandelt werden können.

Das Oberappellationsgericht ſtellte in ſeinem Erkenntniſſe vom 11. März 1850 das Urtheil des Untergerichtes wieder her, und ging dabei von folgenden Anſichten aus:

Der Alimentationsstreit steht mit dem Ehescheidungsprozeß im genauen Zusammenhange, der erstere gehöre sohin nach G.D. I §. 10 wegen Konnexität zum Ehegerichte. Diese Konnexität sei um so klarer, als Ehefrauen, welche malitiose desertirt sind, keine Alimentation fordern können. Ob diese Desertion vorhanden sei, könne aber nur der Eherichter beurtheilen. Wenn der Streit über die Ehescheidung selbst schon durchgeführt sein würde, dann wäre es ein anderes.

Die vom Appellationsgerichte angewendete Stelle des Pandrectes sei nur von den Ehegerichten der katholischen Geistlichkeit über katholische Unterthanen gegenüber den weltlichen Gerichten zu verstehen, auf die protestantischen Ehegerichte aber nicht anzuwenden. Das Pandrecht bestimme hier nur, was die Konkordate und die Observanz über die Kompetenz der geistlichen Gewalt auf den Grund des kanonischen Rechtes und des tridentinischen Konzils festgestellt haben, und finde eben deshalb auf die Mitglieder und Behörden der protestantischen Kirche keine Anwendung. In jenen Landestheilen, für welche das Pandrecht gemacht wurde, haben protestantische geistliche Gerichte gar nicht bestanden, gleichwie denn auch in der Folge solche Gerichte niemals eingeführt und insbesondere die Ehestreitigkeiten nur den weltlichen Gerichten zugewiesen worden seien. Unzweifelhaft sei ferner, daß die dormal bestehenden protestantischen Ehesenate nicht in die Kategorie geistlicher Gerichte gehören, da nicht das spezielle Recht, wonach sie zu entscheiden haben, sondern ihre Formation in personeller Beziehung über diese Qualität entscheide. Die B. vom 28. Juli 1818 handle nur von gemischten Ehen und sowohl Seuffert's Kommentar, als die Novelle von 1837 sprechen nur von Alimentation nach rechtskräftiger Beendigung des Eheschei-

dungsprozeßes, nicht aber von provisorischer während desselben ¹⁾).

Ob die Alimentationsklage von der Klägerin auf diesem Wege fortgesetzt wurde, und welchen Erfolg sie hatte, darüber werden wir weiter berichten.

Schß.

Nachschrift. Da ich, der Unterzeichnete, bei dem Appellationsgerichte des vormaligen Rezatskreises 10½ Jahre, sodann bei dem A.G. v. Oberfranken etwas über 3 Jahre Mitglied des ehegerichtlichen Senates gewesen, und nun im 10ten Jahre Mitglied des ehegerichtlichen Senates des k. OAG. richtes bin, so hatte ich während dieses im Ganzen 24 Jahre umfassenden Zeitraums die reichhaltigste Gelegenheit, die Praxis dieser Gerichtshöfe, als protestantischer Ehegerichte, kennen zu lernen. Nicht minder habe ich, um auch mit der älteren Praxis des obersten Gerichtshofes bekannt zu werden, die mir sparsam gegönnten Mußestunden dazu benützt, die Kollegialakten über Ehesachen, welche zur obersterichterlichen Entscheidung gelangten, vom Jahre 1812 anfangend, durchzugehen. Die Anzahl der bis jetzt zur Einsicht erhaltenen Kollegial-Akten beläuft sich auf 658.

Auf den Grund der von mir in angegebener Weise gesammelten Erfahrungen kann ich der Wahrheit gemäß versichern, daß mir weder unter den Ehegerichtssachen, deren Aburtheilung ich bei den erwähnten Appellationsgerichten, und bei dem OAG. beigewohnt habe, noch auch in den durchgesehenen Kollegialakten, irgend ein Fall vorgekommen ist, in welchem erkannt worden wäre, daß der in einer anhängig gewordenen Ehesache (gewöhnlich von der

¹⁾ Es wird einem sauer, zwischen zwei Dachtraufen trocknen Kleides durchzukommen.

(klagenden Ehefrau) gestellte Antrag auf Alimentation während der für die Dauer des Ehescheidungsprozesses gestatteten interimistischen Separation, oder während der auf bestimmte Zeit bewilligten Scheidung von Tisch und Bett, als nicht zur Kompetenz des prot. Ehegerichtes gehörig, von dort ab- und an den persönlichen Richter der Parteien zu verweisen sei. Im Gegentheil, es wurde immer die Ansicht aufgestellt, daß dieser Nebenpunkt, als Accessorium der Hauptsache, nach den in der O.D. I §. 10 ausgesprochenen Grundsätzen vom Zusammenhange und der Konnexität der Sachen, zur Kompetenz des Ehegerichtes gehöre, und daher vom Ehegerichte, nachdem die hierüber von demselben angeordnete Verhandlung gepflogen worden war, auch im Betreffe des Alimentationspunktes erkannt. Bezüglich dieser Kompetenzfrage war es auch ohne Einfluß, ob die Sache in materieller Hinsicht nach dem gem. protest. Eherecht, oder nach dem preuß. Landrecht, oder nach der Nürnbergschen Ehescheidungsverordnung zu beurtheilen war.

Insonderheit wurde vom I. O.A.G., als prot. Ehegerichte zweiter Instanz, in allen mir bekannt gewordenen Fällen, wenn das Ehegericht erster Instanz sich im fraglichen Punkte für kompetent erklärt hatte, dieser Ausspruch bestätigt, oder wenn, wie erst in neuester Zeit ein paar Mal vorkam, das Ehegericht erster Instanz den Alimentationsantrag wegen vermeintlicher Inkompetenz von sich ab- und an den persönlichen Gerichtsstand der Parteien verwiesen hatte, jedesmal abändernd erkannt, daß das Ehegericht die Sache in diesem Betreffe verhandeln zu lassen und kompetenzmäßig hierüber sodann zu entscheiden habe. Um dergleichen ungeredtfertigte Abweisungen, welche die Sache verzögerten und die Kosten vermehrten, für die Zukunft abzuwenden, wurde in den Entscheidungsgründen

der reformatorischen oberstrichterlichen Erkenntnisse ausdrücklich bemerkt, daß sich für die Kompetenz des Ehegerichtes im fraglichen Betreffe schon längst eine konstante ehegerichtliche Praxis gebildet habe¹⁾.

Zum Belege dieser konstanten Praxis sind folgende, die ehegerichtliche Kompetenz in Fällen, wo dieselbe bestritten wurde, aussprechende Erkenntnisse des OLG., als prot. Ehegerichtes zweiter Instanz, anzuführen:

OLG. v. 17. Mai 1837. Reg. = Nr. 369^{36/37}²⁾. — v. 4. Sept. 1839. Nr. 706^{36/39}. — v. 29. Jan. 1840. Nr. 1272^{38/39}. — v. 5. Febr. 1847. Nr. 1481^{45/46}. — v. 30. Juni 1847. Nr. 188^{46/47}. — v. 17. März 1847. Nr. 520^{46/47}. — v. 6. Decemb. 1848. Nr. 188^{46/47}. — v. 26. Mai 1849. Nr. 1388^{47/48}.

Gründliche Erörterungen über die vorwürfige Kompetenzfrage und für deren Bejahung enthalten die Vorträge in den Kolleg.-Akten Reg. = Nr. 521^{27/28} und 426^{34/35}, es war jedoch in jenen Sachen keine Veranlassung zu einem desfallsigen Ausspruche gegeben.

1) Als Auktoritäten hiesür sind von den älteren Praktikern unter Anderen anzuführen: Carpzov jurispr. eccl. s. consistorialis. Lib. II, Tit. 12, Def. 213 p. 318. — Wernher select. obs. for. Tom. I, P. V, Obs. 81 p. 1027. — Ludovici Einleit. zum Konsistorialprozeß. Kap. IX, §. 7 S. 122. — Berger electa processus matrimon. §. 7 pag. 262. — Leyser Med. ad Pand. Spec. 313 Med. 5 et 6. Vol. V p. 307. — Strube rechtl. Bedenken. Th. II Bd. 84 S. 319. — H. A. Lange geistl. Recht. Spst. XVI §. 4. S. 225.

2) Durch dieses Erkenntniß wurde insonderheit ausgesprochen, daß auch in Gebietsheilen, wo das bayer. Recht gilt, die Entscheidung bezüglich der Alimentation während des Scheidungsprozesses bei Protestanten vor das Ehegericht gehöre.

Nicht minder sind die DAGErkennnisse vom 15. Mai 1844, Reg.-Nr. 95⁴³/₄₄, v. 6. Juli 1849, Nr. 1141⁴⁸/₄₉ und vom 3. Aug. 1850, Nr. 1020⁴⁹/₅₀ zu erwähnen, welche auf Berufung gegen die in erster Inst. ausgesprochene Alimentationsverbindlichkeit des bekl. Ehemannes ergangen sind, und bei deren Entlassung die unbestritten gebliebene ehegerichtliche Kompetenz als ohnehin gesetzlich begründet angenommen wurde.

In einer im Wege der Revision an das l. DAG. als dritte Instanz (nicht als prot. Ehegericht II. Inst.) gelangten Sache wurden sogar das untergerichtliche Erkenntniß und das appellationsgerichtliche Urtheil im Betreffe der Alimentation der Ehefrau während eines vor dem prot. Ehegerichte anhängig gemachten Scheidungsprozesses durch obersterichterliche Erkenntniß vom 25. Aug. 1820, Reg.-Nr. 553/₁₈₁₈ von Amtswegen kassirt, weil die Vorinstanzen in dieser zum Ehegericht gehörigen Sache nicht kompetent gewesen sind.

Daß in obiger Mittheilung angezeigte obersterichterliche Erkenntniß ist daher nur eine abermalige Bestätigung der längst bestehenden Praxis²⁾.

G l ü c k.

²⁾ Wie komm' ich in das unbekannte Land?

Ich bin des Wegs nicht kundig.

Schiller's Tell.

Freund, kennst du nicht den Weg, so mußt du ihn
erfragen,

Nicht durch Dachtraufen brauchst du dich alsdann zu
wagen.

Du wirfst dir dadurch Zeit, Verdruß und Müß' ersparen,
Und deinen Beutel auch vor Schmälerung bewahren.

(Aus e. alten Reimbuße.)

Literarisches Anzeigebblatt

zu den

Blättern für Rechtsanwendung

1851.

Samstag den 10. Mai.

Nr. 4.

In der liter. artistischen Anstalt der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in München ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

A r c h i v für

Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Herausgegeben
von J. M. Geuffert.

3 Bände, jeder zu 30 Bogen 8. Jeder Band zu 3 Heften à 10 Bogen,
Preis eines Bandes 2 fl. 36 kr. rhein. oder 2 Rthlr. 6 Ngr.

„ „ „ Heft 1 „ 12 „ „ „ — 22 Ngr.

Die obige Zeitschrift soll Entscheidungen aus den Gebieten des Civilrechtes und Civilprocesses mittheilen, welche bei den obersten Gerichten in den deutschen Staaten nach gemeinem Rechte (deutschen oder fremden Ursprunges) ergangen sind. Dazu sind aber auch Entscheidungen gerathen, welche auf Anwendung partikularrechtlicher Normen (die Befehrgesetzen von Oesterreich, Preussen und Baden nicht ausgeschlossen) beruhen, wenn diese mit gemeinrechtlichen Vorschriften oder mit solchen Rechtsfällen zusammenstreffen, welche in der Wissenschaft des gemeinen (römischen oder deutschen) Rechtes einen festen Boden haben.

Es liegt im Plane des Herausgebers, besonderen Bedacht auf Mittheilung solcher Entscheidungen zu nehmen, welche die neueren durch großartige Entwidlung der Industrie und die Bedürfnisse des Kredites hervorgerufenen Erscheinungen des Rechtslebens betreffen, oder den Uebergang der neuen Forschungen und überhaupt der modernen Wissenschaft in der Praxis zu beurkunden geeignet sind, oder in welchen sich Vorschriften neuerer Partikulargesetzgebung als ein Produkt der Natur der Sache, als eine Abhülfe für praktische Bedürfnisse, und in dieser Eigenschaft als Bestandtheil des gemeinen Rechtes darstellen.

Weiter spricht sich hierüber das Vorwort aus, auf welches wir verweisen.

In der Regel werden jedes Jahr ein Band oder 3 Hefte erscheinen.

Die jetzt vorliegenden 3 Bände enthalten gegen 1200 obersterichterliche Entscheidungen von Gerichtshöfen aus allen Theilen Deutschlands. Geben diese schon einen Ueberblick über die glück-

liche Durchsührung des von dem Verfasser angelegten Planes, so werden die nächsten schnell aufeinander folgenden Bände und Hefte den Reichthum an Original-Mittheilungen zeigen, mit welchen der Hr. Herausgeber in neuester Zeit von verschiedenen Seiten erfreut worden ist.

Jeder Band erhält ein übersichtliches Register, und zu je 5 Bänden wird stets ein General-Register gegeben werden.

Im Verlage der G. F. Weid'schen Buchhandlung zu Nürnberg ist eben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Blätter für administrative Praxis zunächst in Bayern. Mit Einschluß der gesammten Polizei- und Finanzverwaltung. Herausgegeben von R. Brater. Band I. Heft 1. 90 Selt. Preis eines Heftes: 36 kr. (Erscheint vorläufig in zwanglosen Heften zu je 5 Bogen, deren 5 einen Band bilden.)

Sammlung von Ministerialentschliefungen und Auszügen obersterichterlicher Erkenntnisse zu den neuen Strafgesetzen für das Königreich Bayern. Nach den einschlägigen Artikeln geordnet und herausgegeben mit höchster Bewilligung des kgl. Staatsministeriums der Justiz von Dr. Fertig, kgl. Appellationsgerichtsrath in Bamberg. 17 Bogen in 8. Preis: 1 fl. 24 kr.

Ohrenleidenden aller Art.

Auch der Unterzeichnete empfiehlt die Durchsicht des jüngst in Leipzig bei Otto Spamer in Achter Auflage erschienenen Schriftchens:

„Taubheit ist heilbar“. Preis 7½ Sgr. oder 27 kr. rhein. auf welches in mehrfachen öffentlichen Empfehlungen, wie durch beglaubigte Zeugnisse, unter anderen durch Herrn Kaufmann Langenmayr in Rempten, Lehrer Kunze in Lindenkreuz bei Orla, Maurermeister Trampe in Cöblin und vielen Andern unter Anführung erfreunlicher Erfolge hingewiesen worden ist.

H. von Gerhäuser, Apotheker in Elmsh.

Durch alle Buchhandlungen ist von Joh. Chr. Klett in Göttingen zu beziehen:

Süßn, Die Hilfe in der Noth, oder: Meine Heilung von einem hartnäckigen (bis zur Amputation vorgeschrittenen Anier-) Uebel durch die Kaltwasserkur zu Elgersburg und Ilmenau. Nebst einigen Bemerkungen über die Wasserkur überhaupt und die genannten Heilanstalten insbesondere. 54 kr. oder 16 Ngr.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 11. Samstag, den 24. Mai 1851.

Eine den richtigen Beweisatz verfehlende, oder nicht erschöpfende Beweisantizipation zieht die Beweisfähigkeit des Antizipanten nach sich.

Von Prof. Dr. C. Polgiano.

Vgl. v. Gönner's Kommentar zum Prozeßgesetz v. J. 1819 S. 225 Nr. 8 und S. 226 — 231.

Die neueren Prozeßschriftsteller halten ohne Ausnahme an der gegentheiligen Ansicht fest, daß nämlich die Beweisantizipation (d. h. der freiwillige Verweisantritt anstatt der Replik oder Duplik) als nicht geschehen zu betrachten und daher auf Beweis zu interloquiren sei, wenn der Antizipant den richtigen Beweisatz entweder gar nicht, oder doch nicht vollständig getroffen hat, — daß folglich ein solcher Fall gerade so zu behandeln sei, als ob es an den Voraussetzungen der Beweisantizipation fehle.

Vgl. Stürker S. 610.

Seuffert III S. 27.

Plochmann S. 159.

Ihrer Meinung dürften indessen gewichtige Bedenken entgegenstehen. Meines Erachtens lassen sich gegen dieselbe, und für die Gönner'sche Ansicht, daß nämlich eine das richtige Verweisthema

verfehlende oder nicht erschöpfende Beweisantizipation die Beweisfähigkeit nach sich ziehe, — folgende Gründe geltend machen.

Vor Allem spricht hiefür eine richtige Auslegung des Gesetztextes. Die Nov. v. J. 1819 sagt in §. 17 über die Beweisantizipation:

„Diese Beweisantretung hat die rechtlichen Folgen eines durch Urtheil auferlegten Beweises“.

Hier versteht es sich doch wohl von selbst, daß von einem auf den richtigen Beweisatz gestellten Urtheile die Rede ist. Das Gesetz will nämlich sagen: Wenn eine Partei freiwillig den Beweis übernimmt, so soll sie gerade so behandelt werden, als wenn sie denselben in Folge eines vorausgegangenen Interlokuts angetreten hätte, aber eines Interlokuts, wie es der Richter nach den Gesetzen normirt haben würde, hätte ihm die Partei nicht vorgegriffen, nicht aber eines Interlokuts, wie es der Antizipant willkürlich gewählt hatte. Diese Auslegung scheint mir einmal:

a) die zunächst liegende zu sein, sie entspricht auch dem Grundprinzip, von welchem die Prozeßnovelle bei der Reform in dieser Lehre ausging. Dieses Prinzip besteht nämlich darin, im Interesse der Prozeßabkürzung den freiwilligen Beweisanttritt in allen rechtlichen Folgen für beide Theile der Beweisantretung durch Interlokut gleichzustellen. Die klar ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers geht offenbar dahin, die Ansicht aufzuheben, welche dem gemeinen, sowie dem bisherigen Rechte zu Grunde lag, die Ansicht nämlich, die Beweisantizipation sei bloß ein unschädlicher Versuch.

Vgl. v. Gönner's Kommentar S. 226—228.

Hält man an diesem Gesichtspunkte fest, so muß man folgerecht den Antizipanten, der das richtige Beweissthema verfehlt, oder nicht erschöpft hat,

geradefo behandeln, als wenn er den durch Interlokut auferlegten Beweis gar nicht, oder nicht vollständig getroffen hätte, man muß ihn daher für beweisfällig erklären, wie man denjenigen für beweisfällig erklärt, welchem der antizipirte Beweis mißlungen ist. Denn wer den Beweis freiwillig übernimmt (anstatt der Replik oder Duplik), gibt nicht nur zu erkennen, daß er jetzt schon im Stande sei, alle ihm zu Gebote stehenden Beweismittel vorzubringen, und folglich keine Beweisfrist brauche, sondern auch, daß er das den Gesetzen entsprechende Thema selbst kenne, und zu dessen Normirung den Richter nicht nöthig habe, er verzichtet also stillschweigend sowohl auf die Erhaltung einer Beweisfrist, als auf die Vorzeichnung eines Beweisthemas.

Dieses ist auch der Sinn der Schlussworte des §. 17:

„Nach geschlossenem Beweisverfahren wird wie bei dem auferlegten Beweis entschieden, daher darf niemals auf Vebbringung eines besseren Beweises erkannt werden“. Das heißt: Es darf kein Interlokut gefällt werden, weder zu dem Zweck, daß der Beweispflichtige neue Beweismittel über denselben Satz nachbringe, noch damit er die alten Beweismittel über einen anderen Satz vorschlage. Denn der Beweisantritt über ein verändertes Thema ist nicht minder ein „besserer“ Beweis, welchen das Gesetz verbietet, als ein neuer Beweisantritt über das nämliche Thema. Wenn man dem Antizipanten nicht gestattet, Beweismittel nachzutragen, und ihn daher für beweisfällig erklärt, soferne ihm der antizipirte Beweis mißlungen war, so muß man konsequent an die Verfehlung des richtigen Beweisthemas die nämliche Folge knüpfen.

b) Diese Auslegung gewährt aber auch den

Vorthail, daß man beim Wortlaut des Gesetzes stehen bleiben kann, ohne eine Absurdität zur Rechtsnorm zu machen, ohne daher das Gesetz restrictive interpretiren zu müssen. Die Auslegung der Gegner aber, wonach zu fingiren ist, daß Interlocut habe den Beweis über jene Thatfachen aufserlegt, auf welche die antizipirte Beweisführung gerichtet ist, gleichgültig, ob diese relevant, oder irrelevant sind, — hat abgesehen vom Konflikt mit dem Grundprinzip jedenfalls den Umstand gegen sich, daß man dann vom Wortlaut des Gesetzes abgehen und den §. 17 unter der Beschränkung verstehen muß: „wenn Antizipent das richtige Thema getroffen hat“. Gewiß ist aber jene Auslegung vorzuziehen, wonach von den Worten des Gesetzes nicht abgegangen, dieses also seinem vollen Umfange nach angewendet wird. Auch läßt sich eine Interpretatio restrictiva (oder extensiva) bekanntlich bloß dann rechtfertigen, wenn dieselbe überzeugende Gründe der logischen Auslegung für sich hat, woraus sich zeigen läßt, daß die fragliche Beschränkung (oder Erweiterung) der Absicht des Gesetzgebers gemäß sei. Vgl. Seuffert I S. 21. Daß dieses aber hier nicht der Fall ist, ja daß vielmehr das Gegentheil der Fall ist, indem die fragliche Beschränkung der Absicht des Gesetzgebers zuwiderläuft, laß wurde bereits oben (sub a) gezeigt, und soll jetzt noch weiter belegt werden.

c) v. Gönner, der Urheber und Kommentator der Novelle v. J. 1819, lehrt nämlich im Kommentar S. 227: „Versuchsweise darf der Antizipant in die Räder des Prozesses nicht eingreifen, um dessen Lauf nach Belieben zu hemmen, und ihn später etwa von Neuem zu beginnen; voreilen mag er auf seine Gefahr, aber dann muß er sich in die schlimmste Lage versetzen, in welche er durch den Prozeß kommen konnte, wenn er ihn seinem

ordentlichen Laufe überlassen hätte, er muß sich also in die Lage versetzen, als ob ihm der Richter den Beweis alles dessen, was ihm nach den Gesetzen obliegt, durch ein Interlokut aufgetragen hätte.“ Und S. 230:

„In Ansehung des Beweisesatzes kann daher der Antizipant den Beweis, den ihm der Richter durch das Interlokut hätte auslegen müssen, ebensowenig verändern, als er die Beweislast zu seinem Vortheil vermindern kann. — — — — — Der Antizipant, der das eigentliche Beweis-thema verfehlt hat, ist demjenigen gleich zu achten, welcher den ihm auferlegten oder obgelegenen Beweis nicht hergestellt hat. Selbst der Umstand, daß sein Gegner sich auf den irrelevanten Beweisaufruf eingelassen hat, bringt daran keine Veränderung hervor.“ Vergl. auch S. 230 und 231.

Angenommen nun, es wäre zweifelhaft, wie der §. 17 interpretirt werden müsse, so würde gewiß jener Auslegung der Beifall zu geben sein, welcher der Urheber des Gesetzes beipflichtet. Demnach wäre der an die Spitze gestellte Satz gerechtfertigt. Da nun aber der §. 17 nach grammatischer und logischer Auslegung keinem Zweifel Raum gibt, und auch sein Urheber ihn nach dem Wortverstand, also ohne Einschränkung ausgelegt und angewendet wissen will, so läßt sich eine restriktive Interpretation desselben, wie sie die neueren Rechtslehrer annehmen, in der That durch nichts rechtfertigen, auch nicht:

d) Durch den Einwurf, G ö n n e r's für den Antizipanten so harte Lehre habe noch das gegen sich, daß sie Jedermann von der Benützung dieses Mittels der Prozeßabkürzung abschrecken und so den Zweck des Gesetzes vereiteln würde. Eine solche Befürchtung ist wohl unbegründet, denn wo das

Beweisthema nicht einfach und klar ist, da wird sich jede Partei ohnehin der Beweisantizipation enthalten, und bei Einfachheit des streitigen Faktums ist nicht zu besorgen, daß der Antizipant das Beweisthema verfehle.

Vgl. G ö n n e r S. 231.

Daß aber die Beweisantizipation nur für ganz einfache Fälle geeignet sei, wird von den Gegnern selbst zugegeben. —

Noch einen Schritt weiter, als seine Meinungs-
vorgänger, geht P l o c h m a n n, aber freilich ganz folge-
richtig. Er behauptet, der Richter habe auch dann die
Beweisantizipation als nicht geschehen zu betrachten,
wenn Antizipant einen Beweis unternommen hat,
den nicht er, sondern sein Gegner zu führen hatte,
weil gegen die wörtliche Interpretation
der Novelle dieselben Gründe sprechen, wie in den
beiden anderen Fällen. Daß diese Ansicht im Sinne
der Gegner konsequent ist, kann nicht bezweifelt
werden, aber ebensowenig, daß die umgekehrte
Meinung im Sinne G ö n n e r's und seiner Nach-
folger folgerichtig erscheint, weil für die wört-
liche Interpretation des §. 17 bezügl. des
v o r w ü r f i g e n Falles dieselben Gründe sprechen,
wie bezüglich der beiden anderen Fälle.

Wenn daher der Antizipant den Beweis über-
nommen hat, während seinem Gegner die Beweis-
last oblag, so wird hierin ein Verzicht auf die
Freiheit von der Beweislast gesehen, denn:

„Die Beweisantizipation versetzt den Antizi-
panten in das rechtliche Verhältniß, als ob ihm
der Beweis durch das Interlokut auferlegt worden
wäre. In Ansehung dieses Beweises kann er durch
den freiwilligen Antritt seine Last niemals vermin-
dern, denn er kann durch seine einseitige Handlung
dem Gegentheil kein Recht entziehen, wohl aber
kann er seine Last vermehren, dafür ist er sein

eigner Richter und er erkennt sich durch die That verbunden zum Beweis der Umstände, worüber er den Beweis angetreten. Daher muß er, was die Beweislast betrifft, in Ansehung der Umstände, worüber er den Beweis angetreten hat, so angesehen werden, als sei ihm der Beweis durch Interlokut auferlegt worden, wäre auch nicht ihm, sondern seinem Gegner der Beweis obgelegen.

Gönnert a. a. O. S. 228 und 229.

Vgl. auch Seuffert III S. 28.

Oberstrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte nach dem Gesetze vom 28 Mai 1850.

III.

Forum des k. Fiskus bezüglich der den Bau des Ludwigkanals betreffenden Rechtsstreite.

Der Pflastermeister Gottfried Böckh von Regensburg belangte den k. Fiskus auf Bezahlung eines Restauthabens für die von ihm zur Anlage des Schleußenkanals am Ludwigskanale bei Gröndorf übernommenen und auch hergestellten Erdarbeiten, zuerst bei dem Appellationsgerichte von Oberbayern und dann bei jenem von Mittelfranken; von beiden Gerichtshöfen wurde jedoch die Klage wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen, und Böckh beantragte daher die Entscheidung dieses verneinenden Kompetenzkonfliktes bei dem obersten Gerichtshofe, welcher das Appellationsgericht für Mittelfranken als zuständiges Gericht erklärte, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Die vorwürfige Klage ist nicht gegen die Aktiengesellschaft für den bayerischen Verbindungs-kanal zwischen der Donau und dem Main ge-richtet, über deren Forum der §. 7, der für solche unter dem 22. März 1836 (Regbl. S. 145) publizirten Statuten Ziel und Maaß geben würde, sondern gegen den l. Fiskus;

2) dieser aber hat vor dem Gerichtshofe desjenigen Regierungsbezirkes Recht zu nehmen, in welchem die Stelle sich befindet, wegen deren Handlungen die Klage erhoben wurde;

3) als solche ist nach §. 6 der vorgedachten Statuten die in der Stadt Nürnberg niedergesetzte Kanalbau-Inspektion anzusehen, und

4) deren unter dem 21. März 1850 (Regbl. S. 278) verfügte Aufhebung kann hieran umsoweniger etwas ändern, als angenommen werden muß, daß die Kanalverwaltung in Nürnberg an deren Stelle, soweit nöthig, getreten ist, indem, wenn es auch in dem deßfalligen Ausschreiben des l. Staatsministeriums des Handels und der öffentlichen Arbeiten heißt, daß die bezüglich des Kanalbaues noch herzustellenden Arbeiten der l. Kanalverwaltung übertragen werden, doch ohne nähere öffentlich ausgeschriebene Bestimmung und Bezeichnung einer anderen Stelle die Kanalverwaltung als das Subjekt für die auf den Kanal sich beziehenden Rechtsangelegenheiten anzusehen ist. Endlich erscheint

5) der Umstand der von dem l. Ministerium geschehenen Abweisung der klägerischen Reklamation für die Kompetenz des angegangenen Gerichtshofes ohne allen Einfluß.

DAUC. v. 4. Febr. 1851. Nr. 1532^{49/50}.
Nr.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Condictio sine causa. Zurückforderung des aus nichtigem Darlehen weggegebenen. Verträge zwischen Christen und Juden.

Gemein. u. Würzb. R.

(Vgl. dagegen Bd. 14 S. 180 Nr. 4).

Kann der Jude, welcher wegen nicht förmlich protokollierter Schuldverträge mit der Darlehnsklage gegen den christlichen Beklagten rechtskräftig abgewiesen ist, gegen denselben nicht wenigstens mit der *condictio sine causa* auf Zurückzahlung der erweislich ¹⁾ hingegebenen Geldbeträge auftreten? Diese Frage wurde in einer Rechtsache, in welcher gemeines und würzburgisches Recht zur Anwendung kamen, vom obersten Gerichtshofe bejaht. Der Motivirung entnehmen wir folgende Sätze:

1) Allgemeine Rechtsgrundsätze bringen es unwidersprechlich mit sich, daß sich Niemand zum Schaden eines Andern (widerrechtlich) bereichern dürfe, und daßjenige, was er aus dessen Vermögen unter einem Titel oder zu einem Zwecke überkam, die sich in der Folge nicht haltbar und zur Durchführung geeignet zeigen, an denselben zurückerstatten, und das durch die Sache in den alten Zustand, wie er vor einer solchen verfehlten Einleitung war, zurückversetzen müsse.

Vgl. Fr. 6 de cond. ob turp. vel injust. caus. (12, 5). Die Vorschriften, welche das römische Recht in dieser Richtung für unwirksame Verpflichtungen Minderjähriger gegeben hat, lassen sich

¹⁾ Vgl. indeß hierüber Bl. f. RA. Bd. 9 S. 336 Nr. 7, Bd. 11 S. 67.

bei der Gleichheit des Grundsatzes und des Vorwaltens von Kuratel-Rücksichten unbedenklich auch auf die Beschränkungen übertragen, welchen Partikulargesetze die Verträge zwischen Juden und Christen unterworfen haben. Soll daher ein Provinzialstatut eine Ausnahme von diesem so natürlichen Grundsatz des gemeinen Rechts und der darin beruhenden Statthastigkeit einer *condictio sine causa* eingeführt haben, so müßte solche klar nachweisbar sein.

2) Die Würzburgischen Landesverordnungen haben die Zurückforderung dessen, was kein Jude einem Christen in der Absicht, einen gesetzlich unkräftigen Vertrag mit ihm einzugehen, zuwendete, unter dem Gesichtspunkte der *sine causa* erfolgten Zuwendung, nirgends ausgeschlossen.

a) Die Verordnung vom 1. Juni 1750 §. 8 (Landmandaten II S. 581) schreibt zwar vor, wenn ein Jude mit einem christlichen Unterthan einen Handel abschließen wolle, so solle dieser vorgehende Kontrakt jedesmal bei des mitkontrahirenden Christen Beamten angezeigt, — und bei Händeln über 12 fl. dem Amtsprotokolle einverleibt, in dessen Unterbleibung aber der klagende Jude gar nicht mehr gehört, sondern mit seiner Klage gänzlich abgewiesen werden.

Allein diese Vorschrift läßt sich billigerweise nur auf die Kontraktsklage beziehen, in der Weise, daß er mit seinem auf den Vertrag z. B. einen Verkauf gestützten Anspruche nicht mehr gehört werden solle, nicht aber auch in Ansehung der Wirkungen, welche eine mit der vereitelten Aussicht auf Wiedererstattung begleitete Hingabe des Geldes oder Ablieferung des verkauften Gutes nach sich ziehen muß. Außerdem würde der Christ, der sich eine solche Aufzählung erschleicht, einen beinahe unvermeidlichen Betrug begehen, und selbst den Juden überlistet haben, — eine Absicht, die dem Gesetze,

welches dem Betrage vorbeugen will, doch unmöglich unterstellt werden kann.

b) Für den gegebenen Fall kann die Statthaftigkeit der in Frage befindlichen Zurückforderungsklage gar keinem erheblichen Zweifel unterliegen. Denn hier sind die Schuldbekennnisse der Beklagten protokolliert, nur nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise, und mit den in den Gesetzen vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln. Für diesen Fall hat aber der Schluß jenes §. die Folge klar ausgesprochen: „in Ermangelung ein oder ander hier vorgeschriebener Erforderniß solle bei vorkommenden Klagen auf sothane Obligation oder Schuldverschreibung keineswegs reflektirt werden.“

Nur jene Urkunde als Beweismittel wurde daher entkräftigt, nicht aber die Benützung anderer dadurch ausgeschlossen. Der im Erk. voriger Instanz aufgestellte Gesichtspunkt einer Strafe des Juden ist hier völlig unanwendbar, weil sonst der Jude dafür bestraft würde, daß das l. Landgericht nicht vorschriftsmäßig in seinen Verhandlungen zu Werk ging.

c) Die spätere Verordnung vom 18. Januar 1759 (Landmandaten II S. 742) §. 1 legt einem freiwilligen gerichtlichen Bekenntnisse des Christen die Wirkung bei, die Protokollirung stellvertretend zu ersetzen. Es ist nicht abzusehen, warum nicht andere objektive Beweismittel gleich wirksam sein und insbesondere eine Eideszuschreibung nicht den Weg zu einem solchen Geständnisse über das wirklich Empfangene, aber wahrheitswidrig Verschwiegene sollten bahnen können.

d) Von einer Verschleuderung hingeliener Summen, die unter dem Vorschube heimlicher Vertragseingehung stattgefunden, ist hier überall nicht die Rede.

e) Wenn endlich in den Gesetzen jener Zeit etwa die allgemeine Ansicht als vorschwebend wahr-

genommen würde, man brauche mit dem Auspenden der Rechtshülfe an die nur geduldeten Juden eben nicht ängstlich zu sein, bei dem präsumtiven Unterlaufen ihrer wucherlichen Umtriebe sei ein ihnen auferlegter unbilliger Verlust nichts so anstößig, um vermieden werden zu müssen, so hat die fortgeschrittene Einsicht eines Bedürfnisses der Gleichstellung und Toleranz in Abwägung des Rechtes es den Gerichten längst zur Pflicht gemacht, jene veraltete Auffassung als nicht mehr haltbar bei Seite zu setzen.

DAGE. vom 16. Okt. 1850. Nr. 1509^{48/49}.

2.

Erlöschung der Realgewerbe durch Nichtausübung.

In einer Realgewerbsache handelte es sich von der Frage, ob nicht das reale Bäckerrecht, für welches der Beklagte einen Konstatirungsbeschluß erwirkt hatte, durch Nichtausübung während der Wirksamkeit der Verordnung vom 8. Febr. 1811 erloschen sei. Die beiden ersten Instanzen nahmen an, daß die obenerwähnte Verordnung nur vom Erlöschen der polizeilichen Konzession zu verstehen sei. Der oberste Gerichtshof folgte einer anderen Ansicht:

1) „Nach dem Eingange der Verordnung vom 8. Febr. 1811, die Kaduzität der öde liegenden Gewerbsgerechtigkeiten betr., sollte durch sie der §. 8 des Mandats vom 1. Dez. 1804, die Handwerksbefugnisse betr., erläutert werden. Dieser §. 8 enthielt das Verbot, daß öde liegende Gerechtigkeiten nicht wieder für Geld als Realitäten verkauft werden dürfen. Der Zweck des Mandats von 1804 war, der Vermehrung vererblicher und veräußerlicher d. h. also realer Gewerbsrechte in den Weg

zu treten. In diesem Gesichtspunkte wurde auch das im §. 8 enthaltene Verbot erlassen, daß nämlich öde liegende Gewerbsgerechtigkeiten nicht mehr als reale veräußerlich sein sollen. Daß der §. 8 Gewerbsrechte zum Gegenstande hat, welche, bevor sie öde lagen, veräußerlich waren, ergibt sich nicht nur aus dem Zusammenhange mit den übrigen Bestimmungen des Mandates und dessen ausgesprochenen Zweck, so wie aus dem Worte: „wiederum“, sondern auch aus dem Nachsage: „daß, wenn die Obrigkeit die Erneuerung nöthig findet, die Gerechtigkeit nur als persönliche wieder verliehen werden soll“.

2) Aus der Verordnung vom 8. Febr. 1811 geht nun hervor, daß sich über den Begriff der öd liegenden Gewerbsgerechtigkeiten Zweifel ergeben hatten, darüber also, welche Gerechtigkeiten als öd liegende zu behandeln seien. Um nun diesen Zweifel zu heben, wurde unter I bestimmt, daß als öd liegende jene betrachtet werden sollen, welche 5 Jahre hindurch nicht mehr ausgeübt wurden. Wie also der §. 8 des Mandates v. 1804 nur von bisher veräußerlichen, jetzt aber öd liegenden Gewerbsrechten verstanden werden kann, so kann die Verordnung v. 8. Febr. 1811 Nr. I auch nur den Sinn haben, daß ein bisher veräußerliches, also reales Gewerbsrecht erloschen sein soll, wenn es 5 Jahre hindurch ununterbrochen nicht betrieben wird. Denn die Verordnung von 1811 wollte an dem §. 8 des Mandates von 1804 nichts ändern, sondern sie wollte nur den Zeitraum festsetzen, welchen hindurch die Nichtausübung andauert haben muß, damit das Gewerbsrecht als ein öd liegendes unter den §. 8 des Mandates v. 1804 subsumirbar werde. Die Worte des Nachsages in I der Vdng. v. 1811 „wozu die Konzession des Staates erfordert wird“ — berechtigten sohin nicht, dieser Verordnung einen

Sinn unterzulegen, welcher der Bestimmung des §. 8 des Mandates von 1804 gerade entgegen wäre, und zwar um so weniger, weil nach diesem die Konzession des Staates auch bei einem durch lästigen Titel zu erlangenden Gewerbsrecht eingeholt werden mußte. In diesem Sinne wurde die Bdg. v. 1811 auch in dem Plenarbeschluß des DAGE v. 26. Okt. 1842 beurtheilt, und angenommen, daß dieselbe durch das Gewerbsgesetz von 1825 wieder außer Wirksamkeit gesetzt worden sei, und daß gemäß Art. 4 Nr. 1 und 2 dieses Gesetzes die Erlöschung realer Gewerbsrechte durch Nichtausübung lediglich nach den bürgerlichen Gesetzen beurtheilt werden müsse. War nun aber

3) das hier fragliche Bäckerrecht nur bis 1815 ausgeübt worden, so war dasselbe zufolge der Bdg. v. 1811 zur Zeit der Publikation des Gesetzes v. 1825 längst erloschen. Denn durch dieses letztere wurde, was auch der angeführte Plenarbeschluß ausspricht, die Bdg. v. 1811 nur für die Zukunft außer Geltung gesetzt, keineswegs aber wurden die während ihrer Herrschaft von 1811—1825 eingetretenen rechtlichen Wirkungen derselben wieder annullirt. Der Umstand aber, daß das fragliche Gewerbsrecht während der Nichtausübung dennoch versteuert wurde, konnte dessen Erlöschung nicht aufhalten, wie sich daraus ergibt, daß nach der Verordnung von 1811, wenn zu der Nichtausübung auch die Nichtversteuerung hinzukam, die Erlöschung nicht erst in 5, sondern schon in 2 Jahren eintreten sollte“.

DAGE. vom 19. Okt. 1850. Nr. 959⁴⁸/49.

3.

Art. 120 des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848. —
Ablehnung der Vertbeidigung.

In einer Untersuchung wegen Diebstahls hatte der Verurtheilte die Berufung ergriffen, und der Vorstand des appellationsgerichtl. Senates hatte zu dessen Vertbeidiger von Amtswegen den l. Adv. W. bestellt. Dieser lehnte die Vertretung aus mehreren Gründen ab, allein der Senatsvortragend erachtete dieselben nicht für stichhaltig, und bestand auf der früheren Verfügung. Nun wendete sich Adv. W. mit einer Beschwerde an das Staatsministerium der Justiz, welches diese jedoch zur kompetenzmäßigen Verfügung an den obersten Gerichtshof abgab.

Letzterer verwarf die Beschwerde als unzulässig aus folgenden Erwägungen:

- 1) Daß es sich hier um eine Verfügung zur Vorbereitung des öffentlichen Verfahrens am l. Appellationsgerichte handelte,
- 2) daß daher im Hinblick auf Art. 303 und 339 des Ges. v. 10. Nov. 1848 über das neue Strafverfahren der Art. 120 desselben Gesetzes, welcher die am Gerichtssitze wohnenden Anwälte zur Uebnahme der Vertbeidigungen verpflichtet, zur Anwendung kommen mußte,
- 3) daß sich zwar diese gemäß Abs. 2 des Art. 120 der Vertbeidigung ent schlagen können, wenn sie einen erheblichen Ablehnungsgrund nachzuweisen vermögen,
- 4) daß jedoch die Entscheidung hierüber dem Vorsitzenden zusteht, und
- 5) daß ein Rechtsmittel dagegen im allegirten Gesetze nirgends eingeräumt ist, daher auch dem obersten Gerichtshofe die Zuständigkeit

abgeht, die Gründe der Ablehnung von Vertheidigungen einer näheren Prüfung zu unterwerfen.

Erkennt. v. 5. Okt. 1850. II. B. Nr. 204.

4.

Irrthum des an den Delegatar zahlenden Deleganten über sein Verhältniß zum Deleganten.

War der Delegat, welcher an den Delegatar Zahlung geleistet hat, dabei im Irrthume über seine Beziehungen zum Deleganten, so berechtigt ihn dies nicht, das Gezahlte vom Empfänger zurückzufordern. Dem irrenden Zahler bleibt nur vorbehalten, seinen Rückgriff gegen denjenigen zu nehmen, der ihn (durch die Delegation) verleitete, die Zahlung zu leisten, ohne daß er verpflichtet gewesen. Vgl. Fr. 44 de cond. indeb. (12, 6); Fr. 12, 13 de novat. (46, 2).

DAGE. v. 7. Dez. 1850. Nr. 409⁴⁸/₄₉.

5.

Nicht widersprochene Forderungen im Konkurse.

Bl. f. RM. Bd. 9 S. 153 f. Comment. u. d. OD. Bd. 4 S. 373.

Wenn gegen eine Forderung weder von einem der anderen Gläubiger, noch vom Gemeinschuldner erzipirt wurde, so ist dieselbe gemäß OD Kap. 19 §. 10 Nr. 4 als liquid und zugestanden anzunehmen.

DAGE. v. 5. Aug. 1850. Wittve Wiedemann'sche Konkursache.

Berichtigung.

In Nr. 9 d. J. Seite 185 oben ist aus Versehen folgender Satz weggeblieben: „Gegen wen kann nun aber das Restitutionsgesuch dann angestellt werden, wenn es sich um Wiedererlangung einer verlorenen Sache handelt“?

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 12. Samstag, den 7. Juni 1851.

Erläuterungen des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, die
Abänderungen des Th. II des Strafgesetzbuches vom
Jahre 1813 betr.
Vgl. Bd. 16 S. 63 f.

LXI. Kann wegen einer Handlung, in Bezug
auf welche nach Art. 49 §. 5 des Strafprozeßge-
setzes v. 10. Nov. 1848 die Einstellung des Ver-
fahrens beschlossen ist, wider denselben Beschuldig-
ten von der Polizeibehörde eingeschritten werden?

Diese Frage ist zu bejahen. Durch das Straf-
prozeßgesetz vom 10. Nov. 1848 ist hinsichtlich der
Kompetenz der Strafgerichte gegenüber dem Wirk-
ungskreise der Polizeibehörden nur insofern eine Än-
derung eingetreten, als durch Art. 320 für den Fall,
daß die in dem Verweisungsbeschlusse als ein Ver-
brechen bezeichnete That sich in Folge der öffent-
lichen Verhandlung als ein Vergehen oder eine Po-
liceiübertretung darstellt, die Aburtheilung der letz-
teren den Gerichten überwiesen wird. Diese Be-
stimmung erlaubt aber keine Ausdehnung auf jene
Beschlüsse, welche gemäß Art. 49 von den Gerich-
ten am Schlusse der Voruntersuchung gefaßt wer-
den, und daher kann der gerichtliche Beschluß auf
Einstellung des Verfahrens der Polizeistrafgewalt

insoferne nicht präjudiziren, als ihr unbedingt das Recht zusteht, eine polizeilich strafbare That, hinsichtlich welcher ein strafrechtliches Verfahren zwar eingeleitet, aber wegen Mangels an einem strafrechtlichen Thatbestand wieder eingestellt wurde, vor ihr Fokum zu ziehen und darüber in ihrer Zuständigkeit Beschluß zu fassen. — Der Unterschied zwischen dem Beschlusse nach Art. 49 Nr. 4 und jenem nach Nr. 5 ebd. besteht nur darin, daß bei der bloßen Verweisung zu einer anderen Behörde (Nr. 4) das Gericht in keiner Beziehung sich zuständig hält, während bei der Einstellung des Strafverfahrens (Nr. 5) dasselbe keine hinreichenden Gründe zu weiterem kriminellen Verfahren hat. In letzterem Falle kann aber die Handlung, welche Gegenstand der Untersuchung war, sowohl an sich, als in anderer Richtung wenigstens nach polizeilichen Gesetzen strafwürdig sein, und dieses zu beurtheilen steht unbedingt — auch ohne Verweisung von Seite des Gerichtes — der Polizeibehörde zu.

Just. Min. Entschließung vom 17. Aug. 1850, an das AG. zu Aschaffenburg ergangen.

LXII. Befreiung von den Verpflichtungen als Geschworener.

Gemäß Art. 99 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848 sollen Diejenigen, welche auf die erhaltene Ladung erschienen und ihren Verpflichtungen als Geschworene nachgekommen sind, weder in dem nämlichen, noch in dem nächstfolgenden Jahre noch einmal zu gleichen Verpflichtungen angehalten werden. Da diese gesetzliche Bestimmung nicht auf die Ersatzgeschworenen lautet, so kann dieselbe auch nicht im Allgemeinen auf dieselben angewendet werden. Es wird vielmehr erfordert, daß der Ersatzgeschwo-

rene, um dieser Befreiung theilhaftig zu werden, wirklich die Verrichtungen des Geschworenen versehen hat. Hierbei genügt jedoch, daß der Ersatzgeschworene wenigstens einmal auf Grund des Art. 95 während der Schwurgerichtssitzung zum Aufrufe kam und sein Name in die Urne gelegt wurde. Hierdurch hat er mit den wirklichen Geschworenen gleiche Berechtigung erworben. Hieraus ergibt sich, daß die wirkliche Funktion während eines Falles nicht als Voraussetzung der im Art. 99 enthaltenen Bestimmung verlangt werden kann, indem es auch möglich ist, daß ein Geschworener, welcher während der ganzen Sitzung jedesmal zum Aufrufe kommt, dennoch die Funktion nicht ausübt, entweder weil sein Name nicht aus der Urne gezogen, oder weil er stets refusirt wird.....

Entschlieſung des Staatsministeriums des Innern v. 20. April 1850, durch Justizministerial-Entschlieſung vom 23. April 1850 den Appell.-Gerichten mitgetheilt.

LXIII. Theoretisch geprüfte Rechtspraktikanten, als Vertheidiger zugelassen.

Es unterliegt keinem Anstande, daß Rechtskandidaten, welche die theoretische aber noch nicht die praktische Konkursprüfung bestanden haben, zu Oficialvertheidigern berufen werden können. Dieses geht aus der Wortfassung der Art. 119 und 120 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848 hervor, wo nur von geprüften Rechtskandidaten die Rede ist, ohne daß eine besondere Art der Prüfung bezeichnet ward. Außerdem weisen die Verhandlungen über den Gesetzentwurf, das Verfahren vor den Schwurgerichten betr., in dem Gesetzgebungsausschusse der Kammer der Reichsräthe v. 1848 Prot.

Bd. 2 S. 263 f. deutlich nach, daß es die Intention des Gesetzes war, Jeden zur Bertheidigung zuzulassen, der die Universität absolviert hat.

Zust. Min. Entschließung vom 30. Sept. 1850, an das Appell.-Gerichts-Präsidium zu Neuburg ergangen.

LXIV. Streichung aus der Geschworenenliste durch Urtheil des Schwurgerichtshofes.

Es hat sich der Fall wiederholt, daß ein Geschworener wegen Nichtvorhandenseins der gemäß Art. 75 des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 erforderlichen persönlichen Eigenschaften, in Sonderheit des festgesetzten Steuerbetrages von der Funktion eines Geschworenen durch Urtheil des Schwurgerichtshofes entbunden, und aus den Listen der Geschworenen gestrichen ward. — Zu einem derartigen Urtheile kann der Schwurgerichtshof nicht als zuständig erachtet werden. Die Fertigung und Ergänzung der Geschworenenliste liegt nicht den Gerichten, sondern den Administrativbehörden ob. Die Einsprachen über Mißgriffe bei Fertigung der Urlisten sind durch Art. 79 ausdrücklich den Administrativbehörden zugewiesen, und die Motive zu dem Gesetzentwurfe, die Einführung der Schwurgerichte betreffend,

Vgl. Verhandlungen des Gesetzgeb.-Aussch. der Abgeordneten für 1848 Beil. Bd. I S. 21

gründen diese Zuweisung darauf, daß von den Administrativbehörden die richtigste Würdigung der persönlichen Verhältnisse der Bewohner ihres Sprengels sich erwarten lasse.

Es ist auch im Art. 231 der Abgang der nach Art. 75 erforderlichen Eigenschaften eines Geschworenen nicht als Nichtigkeitsgrund aufgeführt.

Den Schwurgerichtshöfen kann es daher nicht zukommen, die Geschworenenliste in dieser Beziehung einer Prüfung zu unterstellen, oder eine Einsprache, von welcher Seite sie auch kommen möge, zu bescheiden; dieselbe ist vielmehr der zuständigen Administrativbehörde zuzuweisen, ohne daß aber hierdurch das Recht und die Pflicht des der Geschworenenliste einverleibten Geschworenen zu dieser Funktion suspendirt wird.

Anderß dagegen verhält es sich mit den negativen Bestimmungen des Art. 76. Da nämlich gemäß Art. 231 Nr. 16 die Mitwirkung eines Geschworenen, welcher nach Art. 76 nicht Geschworener sein kann, einen Richtigkeitsgrund bildet, so muß dem Schwurgerichtshof das Recht zustehen, sowohl von Amtswegen darauf zu achten, als auch jede deshalb ergehende Einsprache seiner Kognition zu unterstellen, und einen als unfähig erachteten Geschworenen bei den gemäß Art. 101 u. f. zur Bildung des Schwurgerichtes vorzunehmenden Handlungen auszuschließen. Dem Schwurgerichtshofe steht aber auch in diesem Falle nicht zu, die Streichung aus der Geschworenenliste selbst zu verfügen; derselbe hat vielmehr von dem erhobenen Anstande den k. Regierungspräsidenten in Kenntniß zu setzen, damit dieser die Streichung aus der Liste veranlasse.

Just. Min. Entschl. vom 10. Febr. 1851.

LXV. Bon staatsanwaltlichen Anträgen auf Untersuchungsangenhung.

Bgl. Bb. 14, S. 95.

Nachdem sich über die Frage, wie die Beschlüsse auf Angenhung einer strafrechtlichen Untersuchung zu erheben sind, Anstände ergeben hatten, ergingen unter dem 10. Juli 1849 (Nr. 9055)

aus dem k. Justizministerium folgende Entschlüssen :

I. Die Staatsanwälte an den Kreis- und Stadtgerichten, bei welchen von irgend einer kgl. Polizeibehörde ein Antrag zur Annehmung einer strafrechtlichen Untersuchung gestellt ward, haben sowohl in dem Falle, wenn sie sich nicht bewogen finden, einen solchen Antrag an den Untersuchungsrichter gemäß Art. 23 zu stellen, als auch, wenn der Untersuchungsrichter dem gestellten Antrage nach Art. 24 Abs. 1 nicht entsprechen zu dürfen geglaubt hat, die Polizeibehörde hiervon, im letzteren Falle unter abschriftlicher Mittheilung der Erklärung des Untersuchungsrichters in Kenntniß zu setzen.

II. Hat sich der Staatsanwalt am Kreis- und Stadtgerichte bei der ablehnenden Erklärung des Untersuchungsrichters nicht beruhigt, und einen Beschluß des Appellationsgerichtes gemäß Art. 24 Abs. 2 erwirkt, so ist, wenn die Annehmung einer strafrechtlichen Untersuchung nicht verfügt ward, der Polizeibehörde gleichfalls Kenntniß hiervon zu gehen, wonach die Sache in so lange, als nicht weitere Thatsachen sich ergeben sollten, erledigt ist.

III. Glaubte aber die Polizeibehörde in den unter I bezeichneten Fällen sich mit der gemachten Mittheilung nicht beruhigen zu können, und hat sich deshalb an die königliche Regierung gewendet, so steht es dieser frei, mit dem Staatsanwalt am Appellationsgerichte in Kommunikation zu treten. Im diesem Falle oder wenn wegen besonderer Dringlichkeit des Falles die Polizeibehörde sich unmittelbar an den Staatsanwalt am Appellationsgerichte gewendet hat, hat dieser die Verpflichtung, entweder

1) unter Angabe der Gründe das Ansuchen der Regierung resp. der Polizeibehörde abzulehnen, oder

2) in dem Falle, wo die Erklärung des Untersuchungsrichters schon vorliegt, einen Beschluß des Appellationsgerichtes zu erwirken, oder

3) in dem Falle, wo der Staatsanwalt am Kreis- und Stadtgerichte, ohne einen Antrag gestellt zu haben, die Sache von sich gewiesen hat, diesem die Befehung zu ertheilen, eine Erklärung des Untersuchungsrichters zu bewirken.

IV. Wenn die kgl. Regierung in dem Falle III sich bei der Mittheilung des appellationsgerichtlichen Staatsanwalts nicht beruhigen zu können glaubt, und sich deshalb an das Staatsministerium des Innern wendet, so kann nach erfolgter Kommunikation und Erwägung der Umstände von dem Staatsministerium der Justiz der Staatsanwalt am Appellationsgerichte kraft des durch Art. 20 Abs. 1 ausgesprochenen Unterordnungsverhältnisses zur Erwirkung eines Beschlusses des Appellationsgerichtes angewiesen werden.

Auf diese Art ist es möglich, daß jedesmal darüber, ob in einem gegebenen Falle eine strafrechtliche Untersuchung einzuleiten sei, die Entscheidung des Appellationsgerichtes eingeholt und daß die Entscheidung dieser Frage nicht allein dem Ermessen der Staatsanwälte anheimfällt.

Aufhebung der Beschlagnahme von Preßzeugnissen.

Unter dem 14. Januar 1841 reskribirte das k. Staatsministerium des Innern in Uebereinstimmung mit dem der Justiz, wie folgt:

„Wenn eine Polizeibehörde, auf Grund des §. 8 des Ediktes über die Freiheit der Presse vom 4. Juni 1848 eine Schrift mit Beschlag belegt hat, und es ist binnen 8 Tagen die Einleitung

des strafrechtlichen Verfahrens (worumter jedoch der Antrag auf Einleitung dieses Verfahrens nicht verstanden werden kann) nicht erwirkt worden, so muß die polizeiliche Beschlagnahme wieder aufgehoben werden.

Diese Wiederaufhebung der verfügten polizeilichen Beschlagnahme tritt nach dem Wortlaute der besagten Gesetzesbestimmung als natürliche Folge des Umstandes ein, daß innerhalb der bezeichneten Frist die Einleitung einer richterlichen Untersuchung nicht stattgefunden.

Da in diesem Falle ein eigentlicher Gegenstand der Beschlußfassung für das Gericht gar nicht vorliegt, so kann auch die Aufhebung der polizeilichen Beschlagnahme von einem Gerichtsbeschlusse nicht abhängig gemacht werden, vielmehr hat diejenige Polizeibehörde, welche die Beschlagnahme verfügte, sich auch über deren Aufhebung auszusprechen, und beziehungsweise die entsprechende Anordnung zu treffen.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Polizeibehörde ohngeachtet der Aufhebung der Beschlagnahme in einem solchen Falle nicht gehindert ist, daß durch die mitgetheilte Justiz-Ministerial-Entschließung vom 10. Juli 1849 (s. oben S. 181 f.) vorgeschriebene Verfahren fortzusetzen.“

Unter Mittheilung vorstehender Entschließung an den Staatsanwalt von restribirte das Ministerium der Justiz am 21. Januar 1851: „Wenn die Beschlagnahme von einer Polizeibehörde oder dem Staatsanwalte angeordnet wurde, so hat auch derjenige, welcher sie verfügte, die Aufhebung als eine nothwendige Folge des eingestellten Verfahrens zu bethätigen, ohne daßes eines Ausspruches des Gerichtes bedarf. — Das Edikt üb. Freiheit d. Presse vom 4. Juni 1848 und das Gesetz vom 17. März 1850, den Schutz gegen den Mißbrauch der Presse betreffend,

unterscheiden nicht zwischen einer provisorischen und definitiven Beschlagnahme, es wird vielmehr die polizeiliche Beschlagnahme durch Einleitung einer Untersuchung nur erstreckt, keineswegs erhält dieselbe eine definitive Eigenschaft. Nur in dem Falle, wenn die Beschlagnahme einer Schrift von dem Gerichte verfügt ward, liegt demselben auch ob, bei Einstellung des Verfahrens sich über die Aufhebung derselben auszusprechen, und solche sofort zu bethätigen.“

Anfang der Strafzeit.

Ein Kreis- und Stadtgericht hatte eine zu einjährigem Arbeitshaus verurtheilte Person an die Strafanstalt mit der Eröffnung abgeliefert, daß der Beginn der Strafzeit vom Tage der Rechtskraft des Urtheils zu berechnen sei. Eine Entschließung des k. Justizministeriums vom 4. Januar 1851 erklärte diese Berechnungsweise für unrichtig. In derselben heißt es: „daß genannte Kreis- und Stadtgericht muß die allerhöchste Verordnung vom 24. Juni 1817 ¹⁾ entweder gar nicht beachtet, oder solche in der angeregten Frage nicht anwendbar erachtet haben. In ersterer Beziehung wird aber dasselbe erwägen, daß die Verordnung unter allerhöchster Fertigung Seiner Majestät des Königs zu einer Zeit erfolgte, wo die Verfassung des Königreiches noch nicht gegeben war, daß also der Inhalt derselben einem Gesetze gleich ist, somit die Gerichte zu ihrer Beachtung verbindet. In letzterer Beziehung dürfte sich aber die nothwendige Schlußfolge darstellen, daß durch diese Verordnung, wenn dieselbe auch zunächst die

¹⁾ Doppelmayr Außg. 4 S. 30.

Berechnung der Strafzeit behufs Begnadigung nach erstandenen drei Viertheilen bezweckt, dennoch eine Interpretation darüber gegeben ward, was unter Strafzeit zu verstehen sei. Wenn nämlich durch diese Verordnung außer Zweifel gestellt ist, daß die ersten drei Viertheile der Strafzeit in der Regel von dem Tage des Antrittes der Strafe zu berechnen sind, so folgt nothwendig, daß dem sich anschließenden letzten Viertheile dieselbe Berechnungsart zu Grunde gelegt werden muß. — Es ist auch bis jetzt diese Ansicht in allen Entschlüssen des Staatsministeriums der Justiz gleichmäßig festgehalten worden, und wenn das Rr. u. StG. für das Gegentheil sich auf eine Justizministerialentschließung vom 23. Sept. 1829 berufen zu können glaubt, so wird wahrscheinlich diesem Gerichte der ganz unrichtige Auszug dieser Entschlüsselung in der Doppelmayr'schen Verordnungs-Sammlung²⁾ vorgelegen sein, indem die Entschlüsselung selbst durchaus keine Veranlassung zu der daraus gezogenen Folge gibt.“

²⁾ Ausg. 4 S. 273. Der vollständige Inhalt dieser Entschlüsselung lautet also: „Es ist zur Anzeige gekommen, daß manche Untersuchungsgerichte der a. h. Verordnung v. 1. October 1816 (Reg.-Bl. v. J. 1816 S. 635) nicht pünktlich nachkommen, insbesondere die Administrationen der Strafanstalten von dem Tage der Urtheilsverkündung nicht in Kenntniß setzen. Da nun diese zuletzt genannte Unterlassung in allen Fällen, wo die Dauer der Strafzeit nach dieser Verkündung zu berechnen ist, Irrungen, Anstände und Weitläufigkeiten veranlassen muß, so werden sowohl die sämmtlichen Untersuchungsgerichte des Königreichs, als auch die l. Appellationsgerichte hinsichtlich der gegen fehlende Untergerichte zu verhängenden Ordnungsstrafen zur genauesten Befolgung der angeführten a. h. Verordnung angewiesen.“

München den 23. September 1829.“

Oberrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte nach dem Gesetze vom 28. Mai 1850.

IV.

Forum der beurlaubten Soldaten bei begangenen Jagdsfreveln.

Durch Erkenntniß des Landgerichts Miesbach vom 13. Okt. 1849 war der damals in Urlaub befindliche Soldat des I. Inf.-Regiments König, Joh. Staudacher von Bairischzell, nebst anderen Personen auf den Grund des Ges. v. 10. Nov. 1848, den Wildddiebstahl betr., wegen Jagdsfrevels in eine polizeiliche Strafe verurtheilt worden. Das Regiment, um Verhängung jenes Erkenntnisses an den inzwischen wieder eingerückten Soldaten J. Staudacher requirirt, weigerte sich dessen, und vindicirte bezüglich desselben die Jurisdiktion für sich, da es sich nicht von einer durch die Polizei-Verhöörden, sondern um eine von den Civilgerichten abzurtheilende Uebertretung handle. (Art. 8 des Ges. v. 10. Nov. 1848, den Wildddiebstahl betr.) Auf dem Grund des Art. 14 Abs. 2 des Ges. v. 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., erließ der oberste Gerichtshof am 25. Nov. 1850 folgendes Erkenntniß:

In der Erwägung,

1) daß die Verfassungs-Urkunde in Art. LX §. 7 den Grundsatz enthält, daß die Militärpersonen in der Regel nur in Dienstsachen, dann wegen Verbrechen oder Vergehen unter der Militärgerichtsbarkeit stehen;

2) daß in den besonderen Verordnungen vom 21. Dec. 1825 und 10. Juli 1826¹⁾ unter Hinwei-

¹⁾ Die k. k. Verordn.-Sg. Eb. X B. 400 u. 401.

sung auf die allerhöchste Verordnung vom 17. Dez. 1825, die Formation, den Wirkungskreis und den Geschäftsgang der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betr., bestimmt und deutlich ausgesprochen ist, daß die Unterbehörden über beurlaubte Soldaten eben jene Kompetenz auszuüben haben, wozu sie nach den bestehenden Gesetzen und Verordnungen im Allgemeinen ermächtigt sind, und daß die Behandlung der Polizeiübertretungen aller Beurlaubten ohne Ausnahme zur Geschäftszuständigkeit der ordentlichen Civilobrigkeit gehöre;

3) daß durch das Ges. v. 10. Nov. 1848, die Abänderung der W.D. v. 9. Aug. 1806 über den Wilddiebstahl betr., die Betretung mit einem Jagdgewehre, sowie das Jagen auf fremdem Jagdbezirke ohne Einwilligung des Berechtigten nach Art. 4 als Polizeiübertretung erklärt, und J. Staudacher nur dieser Handlung angeschuldigt ist;

4) daß hinsichtlich der Untersuchung und Aburtheilung solcher Uebertretungen im Art. 8 ausgesprochen ist, daß sie nach den für die Behandlung von Polizeistrafsachen bestehenden Bestimmungen durch die Civilgerichte erster Instanz, in deren Bezirk die Uebertretung verübt wurde, zu erfolgen habe;

5) daß bezüglich der Behandlung von Jagdfreveln, wenn sie nicht den Thatbestand von Verbrechen oder Vergehen enthalten, welchen Falls die Kompetenz der Militärgerichte nach Art. 56 des StrPrGes. v. 10. Nov. 1848 keinem Anstande unterliegt, den Militärgerichten keine ausschließliche Kompetenz eingeräumt worden ist, und vielmehr solche nach den für die Behandlung von Polizeistrafsachen bestehenden Bestimmungen zu pflegen sind, nach diesen aber die beurlaubten Soldaten der Gerichtsbarkeit der Civilobrigkeit zugewiesen waren;

6) daß hieran dadurch, daß die Aburtheilung dieser Polizeiübertretungen den Polizeibehörden ent-

zogen und den Gerichten zugewiesen worden sind, nichts geändert wurde, indem auch für diese nach Art. 8 des Gesetzes, die Abänderung der W. v. 9. Aug. 1806 über den Wildddiebstahl betr., die für die Behandlung von Polizeistrafssachen bestehenden Bestimmungen gelten.

Aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof zu Recht, daß die Civilgerichte auch hinsichtlich des damals beurlaubten Soldaten Joh. Staudacher zur Aburtheilung des in der Salzwaldung Hörchag begangenen Jagdrevells zuständig seien.

V.

Kompetenz der Civilgerichte bezüglich der von einem Soldaten während seiner Dienstzeit begangenen, aber nicht abgeurtheilten Uebertretungen.

Am 6. März 1849 wurde der Webermeister Joseph Schaller in Neuburg bestohlen; der Verdacht dieser Entwendung fiel auf den Schloßbauerssohn Peter Pollinger von Grasheim, damals Soldat des III. Bataillon des k. 15. Infanterieregiments Prinz Johann von Sachsen, und dieser überließ die Durchführung der deßfalls eingeleiteten Untersuchung, unter Vorbehalt der Aburtheilung durch das Militärgericht, dem Landgerichte Neuburg. Vor Beendigung dieser Untersuchung wurde jedoch Pollinger wegen eines anderen unterm 6. Juli 1849 zum Schaden des Uhrmachers Jos. Rädle in Eichstädt verübten Diebstahlsvergehens durch größeren Kriegskommissionspruch vom 12. Sept. 1849 als der Ehre der Waffen unwürdig mittelst einfachen Entlassungsscheines aus der Armee entfernt. Später kam Pollinger mit mehreren Anderen wegen Diebstahles und Widersehung neutral in

Untersuchung, und da sich hierbei zeigte, daß ein von demselben zur Zeit, als er noch im Militärverbande sich befand, begangener Mord noch nicht abgeurtheilt sei, so stellte das Kreis- und Stadtgericht Michach an die Militärbehörde das Ansinnen, die Aburtheilung nicht nur dieses Mordes, sondern auch aller später von Pollinger begangenen strafrechtlichen Handlungen zu übernehmen.

Die Militärbehörde lehnte dieses ab, und der oberste Gerichtshof sprach sofort, in der Erwägung, daß die Entwendung zum Nachtheile des Webermeisters J. Schaller in Neuburg, deren sich Peter Pollinger verdächtig gemacht hat, zwar schon am 6. März 1849, sohin zu einer Zeit verübt wurde, da Pollinger als Soldat des III. Bataillons des k. 15. Inf.-Regiments Prinz Johann von Sachsen in Dienst stand, daß auch die betreffende Militärbehörde hiervon Kenntniß erlangt, und die Durchführung der Untersuchung dem k. Landgerichte Neuburg, unter Vorbehalt der Aburtheilung durch das Militärgericht, überlassen hat;

daß jedoch, ehe diese Untersuchung beendet war, Pollinger durch größeren Kriegskommissionspruch vom 12. Sept. 1849 wegen eines anderen, unterm 6. Juli 1849 zum Schaden des Uhrmachers Jos. Rädle in Eichstädt verübten Diebstahls-Vergehens als der Ehre der Waffen unwürdig, unter Vorbehalt gleichwohl der in §§. 45 und 66 des Heerergänzungsgesetzes bezeichneten Verbindlichkeiten, mittelst einfachen Entlassungsscheines aus der Armee entfernt wurde;

daß hiedurch P. Pollinger aufhörte, dem Militärstande anzugehören, und folgerweise die Militärgerichtsbarkeit, welche nach §. 7 Tit. IX der Verf.-Urk. sich nur auf Militär-Individuen erstreckt, bezüglich der noch nicht abgeurtheilten Morte über ihn zerritt,

daß das III. Bataillon des k. 15. Infanterieregiments die ihm durch Beschluß des k. Kreis- und Stadtgerichts Michach vom 28. Dez. 1850 angesonnene strafrechtliche Kognition über die dem P. Pollinger zur Last gelegten unter Nr. 1, 3, 4, 5 und 6 jenes Beschlusses bezeichneten Reate daher mit Recht abgelehnt, und das Civilgericht als zuständig erachtet hat;

durch Erkenntniß vom 7. Febr. 1851 aus: daß nicht die Militärbehörde, sondern das Civilgericht zur Aburtheilung der in Frage stehenden Reate, jedoch mit Ausschluß des Diebstahlsvergehens zum Nachtheile des Jos. Rädle, worüber rechtskräftig von dem Militärgerichte entschieden ist, kompetent sei. — Nr.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Anwendbarkeit des §. 701. II. 1. des A. P. R. auf Skribenten und Diurnisten.

Nach §. 701 II. 1 des allgemeinen Preussischen Landrechts sollen Eheleute gemeinen Standes wegen bloß mündlicher Beleidigungen oder Drohungen, ingleichen wegen geringerer Thätlichkeiten nicht geschieden werden.

Der Kläger, — Diurnist bei einem königl. Kreis- und Stadtgerichte, — führte in einem Ehescheidungs-Prozesse darüber Beschwerde, daß der Primrichter die angezogene Gesetzesstelle auf ihn angewendet hatte.

Diese Beschwerde blieb ohne Erfolg.

In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wird gesagt, daß Skribenten und Diurnisten nicht dem höheren, sondern dem gemeinen Bürgerstande im Sinne des Gesetzes beizuzählen seien.

Zum höhern Bürgerstande — heißt es dann weiter — rechnet das Gesetz die im §. 31 Th. II Tit. 1 des Pr. KR. benannten Personen, und verordnet dort bezüglich der öffentlichen Beamten ausdrücklich, daß die geringen Subalternen, deren Kinder in der Regel dem Canton unterworfen sind, hievon ausgenommen sind.

Zum gemeinen Bürgerstande rechnet dasselbe Handwerker und Professionisten, nebst allen denjenigen, welche nach der gemeinen Meinung diesen gleich oder geringer geachtet werden.

P.G.D. Tit. 34 §. 1 Nr. 1.

Daß namentlich nicht die Skribenten zu dem höhern Bürgerstande, — zu den Honoratioren — zu rechnen sind, darüber hat sich auch der oberste Gerichtshof schon bei mehreren Veranlassungen ausgesprochen:

Blätter f. Rechtsanwendung Bd. VII S. 16. und Bd. IX S. 141. und die dort angeführten oberstrichterlichen Erkenntnisse.

Mit Recht hat daher der Richter voriger Instanz die Klage, so weit sie auf bloß mündliche Beleidigungen oder Drohungen, und auf geringe Thätlichkeiten gegründet werden wollte, für unzulässig erklärt. —

DAGE. v. 4. Aug. 1850 Nr. 984^{49/50}. F.

2.

Darlehen, von den Zunft-Vorstehern aufgenommen

Die über die Haftung der Zunft oder Innung in solchem Falle schon im J. 1845 adoptirten Grundsätze,

Bl. f. RA. Bd. 10 S. 380,

wurden auch in einem neueren Erkenntnisse zur Anwendung gebracht.

DAGE. vom 25. Febr. 1851 Nr. 666^{48/49}.

G.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 13. Samstag, den 21. Juni 1851.

Bemerkungen über den Art. 5 des Bodenentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848.

I.

Der Art. 5 des Bodenentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848 bestimmt, daß die Weide auf Aedern während ihrer Fruktifikation und auf Wiesen während der Hegezeit, ohne Unterschied, ob sie auf Herkommen, Verjährung und darauf gegründeten Titeln oder auf ausdrücklichen besonderen Konzessionen und Verträgen mit den Eigenthümern beruht, ohne Entschädigung aufgehoben sei.

Es entsteht nun die Frage, ob unter Fruktifikation der regelmäßige Anbau der Felder mit landwirthschaftlichen Früchten oder überhaupt der Zustand der Bebauung verstanden; und ob sofort durch jenen Art. 5 die durch Statutarrecht oder einen Privatrechtstitel zu Gunsten eines Weideberechtigten begründete Beschränkung des Anbaues der Brachfelder aufgehoben sei.

Das Gesetz spricht ganz allgemein von dem Zustande der Fruktifikation, und hebt während derselben die durch irgend einen Rechtstitel begründete Weide während derselben auf. Es soll also, wenn früher ein Weiderecht die Befugniß zur Fruktifikation hinderte, dieses Weiderecht eine solche Wirkung

nicht mehr haben, vielmehr soll die Thatsache allein, daß ein Feld fruktifizirt ist, die Weide ausschließen.

Da das Gesetz zwischen regelmäßiger und nicht regelmäßiger Fruktifikation keinen Unterschied macht, so sind, wenn auch in einer Markung die Dreifelderwirthschaft besteht, die Brachfelder nicht ausgenommen, daher ist Niemand gehindert, seine Brachfelder anzubauen, sollte auch früher deren Anbau durch ein Weiderecht beschränkt gewesen sein. In jenen Gebietsheilen von Bayern, in denen die bayerischen Kulturverordnungen gelten, bestand schon lange vor dem Gesetze vom 4. Juni 1848 die Vorschrift, daß der Anbau der Brachfelder unter dem Titel eines Weiderectes nicht gehindert werden dürfe. Es ist dieses die Generalverordnung vom 24 März 1762, wo es im §. 5 heißt:

„Daß jus pascendi soll auf fremdem Grund
 „und Boden, welcher bereits ackermäßig gemacht ist, weder von ganzen Gemeinden
 „noch anderen außer der Zeit, da das Vieh
 „den Feldfrüchten keinen Schaden mehr zu
 „thun vermag, exerzirt werden, sohin auch
 „der Eigenthümer unter dem Vorwande fremden
 „Blumenbesuches, oder seinen Grund
 „ackermäßig zu machen, noch in seiner eigenen
 „Brach zu bauen, hinfür mehr verwehrt,
 „der dagegen eingeschlichene unleidentliche Mißbrauch
 „aber, Kraft dessen die Brach von
 „allen Früchten ungebaut liegen bleiben muß,
 „hiermit laßt und aufgehoben sein.

In der Verordnung vom 15. März 1808 (Regierungsbl. v. J. 1808 S. 678) wurde nun unter Nr. 1 bestimmt:

„Von Aeckern während ihrer Fruktifikation
 „und von Wiesen während der Hegezeit soll
 „die Weide ohne Unterschied, ob sie auf Herkommen,
 „Verjährung und darauf gegründeten

„Titeln oder auf ausdrücklichen besonderen
 „Konzessionen mit den Eigenthümern beruhe,
 „als bereits gesetzlich erklärter Mißbrauch
 „(Generalverordnung vom 24. März 1762)
 „ohne Entschädigung weichen“.

Hier wurde nun mit denselben Worten, wie sie im Art. 5 des Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 gebraucht sind, die Weide ganz allgemein während der Fruktifikation aufgehoben, und dieselbe als bereits gesetzlich erklärter Mißbrauch bezeichnet.

Da nun die Generalverordnung vom 24. März 1762 als das Gesetz allegirt wird, in welchem die Weide während der Fruktifikation als ein Mißbrauch erklärt ist, so unterliegt es keinem Zweifel, daß durch die Aufhebung der Weide während der Fruktifikation in der Verordnung von 1808 auch die Verhinderung des Anbaues der Brachfelder aus Rücksicht auf die Weide aufgehoben sein sollte.

Indem nun der Art. 5 des Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 diese Verordnung vom Jahre 1808 zu einer für das ganze Königreich gültigen gemacht hat, wie aus dem Gleichlaute desselben mit der allegirten Vorschrift dieser Verordnung und besonders aus den Ständeverhandlungen Band IV S. 19 — 46 ganz klar hervorgeht, so muß jener Art. 5 auch jene Bedeutung, jenen Sinn und Umfang haben, wie die Verordnung vom Jahre 1808 selbst, wonach, wenn nicht schon der allgemeine Ausdruck „während der Fruktifikation“ jede vorher durch Gesetz oder einen privatrechtlichen Titel bestandene Beschränkung des Anbaues der Brachfelder auszuschließen geeignet sein sollte, diese Wirkung nach der angeführten geschichtlichen Entstehung des fraglichen Art. 5 und der hierin liegenden Ausdehnung der Verordnung vom 15. März 1808, sowie des hierin allegirten Generalmandates vom 24. März 1762 auf das ganze Königreich nothwendig eintreten muß.

Die oben angezogenen Ständeverhandlungen lassen zum Ueberflusse nicht den mindesten Zweifel deshalb übrig, und wurde in gleichem Sinne bereits in mehreren Fällen vom I. Oberappellationsgerichte des Reichs erkannt. RNr. 1234⁴⁶/₄₇ und 1477⁴⁶/₄₇.

II.

Was die Periode der Fruktifikation betrifft, so kann, wann sie ihren Anfang nimmt, und ihr Ende erreicht, in der Regel keinem Anstande unterliegen, und muß hier von dem Grundsatz ausgegangen werden, daß die Fruktifikation beginne, wenn das Feld besaamt wird, und daß sie endige, wenn die aus dieser Besaamung erzielten Früchte eingeärndtet sind.

Nur beim Klee haben sich Anstände erhoben; auf der einen Seite wurde nämlich behauptet, daß, wenn im Herbst der letzte Kleeschnitt geschehen sei, die Fruktifikation für dieses Jahr ihr Ende erreicht habe, wenn auch im nächsten Frühjahr eine weitere Kleeerndte aus derselben Besaamung erzielt werde, auf der anderen Seite aber ward geltend gemacht, daß beim Kleebau die Fruktifikation sich erst mit der letzten Kleeerndte, welche aus jener Besaamung gewonnen wird, aufhöre, daher auch im Herbst und Winter nach der ersten Erndte der Acker nicht beweidet werden dürfe, bis im folgenden Jahre oder dem weiteren Jahre darauf der letzte Kleeertrag gewonnen sei.

Für diese letztere Meinung hat sich der oberste Gerichtshof in der Rechtsache RNr. 1382⁴⁹/₅₀ entschieden, weil ein Feld so lange als fruktifizirt angesehen werden müsse, als es noch besaamt, und von dieser Besaamung nicht der ganze Ertrag eingeheimst sei.

Oberstrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte nach dem Gesetze vom 28. Mai 1850.

VI.

Die Vertreibung der Deserviten des Anwaltes steht dem in der Hauptsache kompetenten Gerichte zu.

In einer bei dem l. Kreis- und Stadtgerichte Regensburg anhängigen Streitsache der W. Rath. Dürrschmidt von Goldmühl, Landgerichts Berneck, gegen Ant. Steinbrecher von Regensburg wegen Forderung, hatte der Anwalt der Klägerin den Antrag gestellt, seiner Mandantin mittels eines ihr durch das Landgericht Berneck zu insinuirenden Dekretes aufzugeben, seine Deserviten und Auslagen im Betrage von 56 fl. 17½ kr. binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Exekution zu bezahlen.

Das Kreis- und Stadtgericht Regensburg genehmigte zwar sein Guthaben in dem liquidirten Betrage; erklärte sich jedoch für inkompetent zur Vertreibung desselben; und als sich der Anwalt an das Landgericht Berneck wendete, erwiderte auch dieses Gericht, daß es sich in der vorliegenden Sache nicht für kompetent erachte. Der Anwalt bat daher um Entscheidung des verneinenden Kompetenzkonfliktes bei dem obersten Gerichtshofe, und dieser sprach aus, daß das l. Kreis- und Stadtgericht Regensburg in der Sache kompetent sei.

Den Entscheidungsgründen entnehmen wir Folgendes:

„Die Zuständigkeit des l. Kreis- und Stadtgerichts Regensburg in der Hauptsache ist unbestritten; streitig ist aber zwischen diesem Gerichte und dem l. Landgerichte Berneck, ob die Zuständigkeit

des Ersteren sich auch auf die Vertreibung der Deserviten des Anwaltes der Klägerin erstreckt, da diese in dem Bezirke des letzteren Gerichtes ihren ordentlichen Wohnsitz hat.

Erwägt man jedoch,

1) daß die Zuständigkeit eines Gerichtes in der Hauptsache, da der Kläger dem Gerichtsstande des Beklagten zu folgen hat, nicht nur die beiden Streittheile, als Hauptpersonen, sondern auch deren Vertreter, als Nebenpersonen, umfaßt, und auf die Nebensachen, namentlich den Kostenpunkt und die darunter begriffenen Gebühren der Anwälte sich erstreckt,

2) daß nicht bloß die Entscheidung darüber, welche Partei, und in welchem Maaße sie die Kosten des Prozesses zu tragen habe, sondern auch die Frage, in welchem Betrage der von dem Anwalte in Aufrechnung gebrachte Ehrensold den Leistungen und Bemühungen desselben entspreche, und welche von den aufgerechneten Auslagen, dann in welchem Betrage sie demselben zu ersetzen seien, mit der Hauptsache in innerem Zusammenhange steht, und ohne Nachtheil nicht von derselben getrennt werden kann, indem die Entscheidung über diese Fragen nicht nur den Besitz (der Akten), sondern auch eine genaue Würdigung der Verhandlungen in der Hauptsache voraussetzt, demnach zwischen obigen Fragen und der Hauptsache eine materielle Konnexität besteht,

3) daß eine solche Würdigung der Verhandlungen dem in der Hauptsache kompetenten Richter ausschließlich zusteht, und einem anderen neben ihm umsoweniger eingeräumt werden kann, als dadurch unvermeidliche Differenzen und Widersprüche herbeigeführt werden würden;

4) daß also, wenn darüber, in welchem Betrage eine Partei ihrem Anwalte seine Bemühun-

gen und Auslagen zu vergüten habe, von dem in der Hauptsache kompetenten Gerichte entschieden worden ist, dieser Gegenstand nicht noch einmal an ein anderes Gericht zur Entscheidung gebracht werden könne,

5) Daß endlich die Beitreibung einer Forderung mittels Exekution dem Richter, vor welchem sie liquid gestellt wurde, zusteht, und wenn die Person oder das Gut, woran die Exekution vollbracht werden soll, nicht unter denselben, sondern unter einen anderen Gerichtszwang gehört, durch die in subsidium requirirte Obrigkeit verfügt werden soll, welche sich derselben weder zu weigern, noch eine Kognition anzumassen hat (Cod. iud. Cap. XVIII §. 2 Nr. 1, 2, 3.) —

so gelangt man zu der Ueberzeugung, daß das Kreis- und Stadtgericht Regensburg, als in der Hauptsache kompetente Behörde, ebenso wie zur Festsetzung der Deserviten- und Auslagenforderung des klägerischen Anwaltes, auch zur Beitreibung derselben von der Klägerin nöthigenfalls mittels Requisition des Gerichtes ihres Wohnortes, kompetent sei.

Der Grund, welcher für die gegentheilige Ansicht und gegen das Vorhandensein einer Konnerität angeführt zu werden pflegt, daß hier andere Partei- und Streitverhältnisse als in der Hauptsache gegeben seien, ist weder thatsächlich richtig noch entscheidend. Sollten auch gegen die vom Richter festgesetzte Deservitenforderung des Anwaltes Einwendungen vorgebracht und zugelassen werden, so wäre der Streit doch nur zwischen Personen, für welche der Gerichtsstand vor dem Richter der Hauptsache bereits begründet ist, und zwar in Betreff eines mit der Hauptsache untrennbar zusammenhängenden Gegenstandes.

Die Forderung des Anwaltes ist zwar allen-

dingß eine persönliche aus dem Mandatsverhältnisse; zur Entscheidung über dieselbe ist aber eine Würdigung der Verhandlungen in der Hauptsache erforderlich, welche dem Richter dieser Sache allein zusteht. Daß hier obwaltende Mandatsverhältniß ist modificirt durch die amtliche Stellung des Sachwalters, vermöge welcher derselbe der rechtsuchenden Partei seinen Beistand ohne erhebliche Ursache nicht versagen darf, und sich mit dem ihm vom Richter zugebilligten Honorar begnügen muß, ebendeshalb aber auch verlangen kann, daß ihm der Richter durch die ihm zu Gebote stehenden Zwangsmittel zu seiner anerkannten Forderung ver helfe (I. 13 §. 9 I. 14 §. 1. C. de judic.). Nur umsomehr findet also der in den Anmerkungen zur *GD. R. I §. 10 lit. a* aufgestellte Grundsatz, daß das punctum damnorum, expensarum und dergleichen anhängige puncta von dem foro causae principalis sich nicht absondern lassen, auf die Deserviten- und Auslagenforderung des Anwaltes an die Partei seine volle Anwendung“.

DAGE. v. 4. Febr. 1851. RMr. 1411⁴⁹/₅₀.

VII.

Die einmal begründete Kompetenz dauert auch bei einer späteren Aenderung des Wohnortes fort.

In Folge einer bei dem Landgerichte Wunsiedel gegen den Commiß Carl Helfrecht, Pfarrerssohn von Bernstein, wegen eines Waarenschuldrestes von 34 fl. eingereichten Klage ergab sich, daß der Beklagte schon seit längerer Zeit bei dem Fabrikanten Engel in Nördlingen in das Geschäft getreten war, und sich nur vorübergehend bei seinen Eltern in Bernstein aufgehalten hatte. Das Landgericht Wunsiedel schloß daher dem klägerischen An-

walt die Klage mit dem Anhange zurück, daß unter den obwaltenden Verhältnissen die Kompetenz dieses Gerichtes zur Verhandlung der Sache nicht begründet sei. Der Anwalt übergab nun dieselbe Klage bei dem Landgerichte Nördlingen, und dieses ließ von kurzer Hand den Beklagten vorladen, welcher sich zur Zahlung einer Summe von 25 fl. bereit erklärte, sich aber für den Fall der Nichtannahme seine Erinnerungen und Rechtszuständigkeiten vorbehielt. Das Offert wurde nicht angenommen, und da sich ergab, daß der Beklagte sich wieder nach Bernstein begeben hatte, wies das Landgericht Nördlingen die Klage wegen Mangels der Kompetenz gleichfalls zurück, und der Kläger trug daher auf Entscheidung des negativen Kompetenz-Konfliktes bei dem obersten Gerichtshofe an, welcher das Landgericht Nördlingen als das zuständige Gericht erklärte, und zwar in der Erwägung, daß das l. Landgericht Nördlingen, indem es in Folge des Antrages des klägerischen Anwaltes auf die dortselbst reerhirte, von dem Landgerichte Wunsiedel zurückgegebene Klage den Beklagten vorladen ließ und ihm das Duplikat der Klage behändigte, sich in der Sache als kompetent erklärte — **GD. R. I §. 16, III §. 9, V §. 9** —, und daß nachherige Veränderungen in der Person des Beklagten nicht mehr in Betracht kommen können, da die einmal begründete Gerichtsbarkeit fort dauert. —

DAUD. v. 4. Febr. 1851. Nr. 1296^{49/50}.
Nr.

Aus den oberstichterlichen Entscheidungen über Aufschlagsdefraudationen nach dem Gesetze vom 10. Nov. 1848.

I. Beschwerdesumme zur dritten Instanz.

1.

Nach Art. 6 und 8 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudationen betr., sind alle am Tage der Verkündung des Gesetzes (30. Nov. 1848) noch nicht rechtskräftig abgeurtheilten Aufschlagsdefraudationen an die Gerichte, und zwar in III. Instanz an das k. Oberappellationsgericht des Reichs verwiesen, und es kann daher dessen Kompetenz bezüglich der an den k. Staatsrath gelangten aber bis zu jenem Tage nicht erkledigten Beschwerden im Allgemeinen nicht bezweifelt werden; allein es fehlt im vorliegenden Falle an der erforderlichen Beschwerdesumme. Schon durch die B.D. über die Vervollständigung der Kompetenzregulirung des k. geheimen Rathes in administrativ, polizeilich und finanziellen Gegenständen vom 8. Aug. 1810 Lit. I. Art. 2 (Rgbl. S. 642) wurde festgesetzt, daß bei Rekursen zur dritten Instanz in Aufschlagsdefraudationen die gravirliche Summe den Betrag von 400 fl. erreichen müsse, und diese Bestimmung wurde auch in dem neuen Gesetze vom 10. Nov. 1848 Art. 6 Abs. 2 beibehalten. Im vorliegenden Falle beträgt aber die Beschwerdesumme nur 150 fl. und aus diesem Grunde erscheint die erhobene Berufung als unzulässig. In der Berufungsschrift ist dieß selbst zugegeben, und die daselbst angeführten Billigkeitsgründe sowie das Berufen auf das Obergesichtsberechtigt sind nicht geeignet, eine Abweichung von der gesetzlichen Vorschrift zu rechtfertigen. Ber:

geblich aber bemüht sich Revident, seiner Berufung dadurch den Anschein einer Nichtigkeitsbeschwerde zu geben, daß er seine Nichtanwesenheit bei der von dem Unterausschläger vorgenommenen Visitation als einen Mangel des rechtlichen Gehöres darzustellen sucht.¹⁾

U. A. G. vom 19. Nov. 1849 in Sachen des Bierbrauers G. L. Sch . . . v. Obersees wegen Malzausschlagsdefraudation.

2.

Das Gesuch um Beilegung eines Officialanwaltes von Seite des obersten Gerichtshofes erscheint mit Rücksicht auf dessen Stellung und Organisation als unstatthaft. Im vorliegenden Falle fehlt es an der zur Angehung des k. Appellationsgerichtes erforderlichen Beschwerdesumme, da dieselbe nur 150 fl. beträgt. Hieran ändert nichts, daß die Beschwerde hauptsächlich gegen die Abweisung der an die Vorinstanz gebrachten Nichtigkeitsbe-

¹⁾ Das Gesetz vom 10. Nov. 1848 über die Untersuchung und Bestrafung der Ausschlagsdefraudation ist dadurch ganz verunglückt, daß die Staatsreglerung die von den Gesetzgebungsaußschüssen an dem Entwurfe gemachten Abänderungen, obgleich sie nicht zu dem übrigen Inhalte des Gesetzes paßten, genehmigte. — So trat hier in Folge der Bestimmung des Art. 8 des Ges. v. 10. Nov. 1848 der eigenthümliche Fall ein, daß über eine von dem Oberausschlagamte in I. und von der k. Regierung in II. Instanz auf den Grund schriftlicher Verhandlung abgeurtheilten Sache nunmehr in III. Instanz das Oberappellationsgericht nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu entscheiden hatte. — Der Schlußsatz des Erkenntnisses möchte zu der Annahme berechtigen, daß die formelle Zulässigkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht an das Vorhandensein der Beschwerdesumme gebunden sei. Vergl. jedoch unten Nr. 3.

schwerde gerichtet ist, denn die B.D. vom 8. Aug. 1810 spricht das Erforderniß einer Beschwerdesumme von 400 fl. für das Angehen des geheimen Rathes, an dessen Stelle später der k. Staatsrath und jetzt das k. Oberappellationsgericht getreten ist, unbedingt aus²⁾).

DASE. v. 19. Nov. 1849 in Sachen der Bräuhausbesitzerin Anna F von Pyrsbaum w. Malzausschlagsdefraudation.

3.

In der Beschwerdeschrift ist selbst zugegeben, daß bei einer Strafe von nur 150 fl. ein Berufungsrecht an die dritte Instanz dem Beschwerdeführer nicht zustehe; er glaubt aber das zweite richterliche Erkenntniß um deswillen als nichtig anfechten zu können, weil ein von ihm vorgeschlagenes Beweismittel seiner Unschuld verweigert worden sei. — Allein der Art. 6 des Ges. v. 10. Nov. 1848 über Untersuchung und Bestrafung der Ausschlagsdefraudationen bestimmt ausdrücklich, daß das k. Oberappellationsgericht nur unter den dort angegebenen Voraussetzungen angegangen werden könne; daher auch in den Fällen, wenn ein zweitrichterliches Erkenntniß mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden will, die im Art. 6 l. c. aufge-

²⁾ Auch dieß war ein von dem Staatsrathe an das Oberappellationsgericht zur Erledigung abgegebener Fall. — Hier sprach Letzteres aus, daß die für Civiljustizsachen gegebene Vorschrift, daß bei einer Berufung an den obersten Gerichtshof gegen ein Erkenntniß des Obergerichts über eine bei ihm eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde eine Beschwerdesumme von 100 fl. genügt, bei Ausschlagsdefraudationen keine analoge Anwendung finden kann; aber auch die Bestimmung des Art. 6 Abs. 2, wornach die Berufung zur zweiten Instanz unbedingt zulässig ist, hier nicht anschlägt. —

föhrten Bedingungen vorhanden sein müssen. Eine analoge Anwendung anderer Bestimmungen auf das durch das Gesetz vom 10. Nov. 1848 regulirte Verfahren ist unzulässig.³⁾

DA SE. vom 27. Sept. 1850 in Sachen gegen
v. E.... wegen Malzausschlagsdefraudation.

Rr.

-
- ³⁾ Bei dem Mangel eines Gesetzes über das Polizeistrafverfahren richtete sich dasselbe bisher analog nach den Bestimmungen des zweiten Theils des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813, dann vorzüglich nach den Vorschriften der Gerichts-Ordnung Kap. III §. 3 Kap. X §. 3 und §. 13 Nr. 5, und dieses Verfahren wurde auch bei den Ausschlagsdefraudationen von den Administrationsbehörden, so lange denselben die Untersuchung und Bestrafung derselben zustand; beobachtet. Insbesondere hat der k. Staatsrath in analoger Anwendung der beschaffigen Bestimmungen für Civilprozeßsachen die Zulässigkeit der an ihn wegen Mangel der Jurisdiction oder der Citation gebrachten Nichtigkeitbeschwerden nicht von dem Vorhandensein der Beschwerdesumme von 400 fl. abhängig gemacht. Mit dieser frühern Praxis steht die obige Entscheidung des Oberappellationsgerichts allerdings im Widerspruch, allein man wird ihr doch den Vorwurf übergroßer Strenge nicht machen können. Das Angehen der zweiten Instanz ist in allen Fällen unbedingt gestattet, und sollte in dieser Instanz eine Nichtigkeit begangen worden sein, so steht nichts im Wege, mit einer dahin gerichteten Beschwerde Abhilfe zu suchen. Eine dritte Instanz war für Ausschlagsdefraudation nur für wenige bestimmte bezeichnete Fälle wegen deren Wichtigkeit für den Betheiligten ausnahmsweise vorbehalten worden; in den übrigen Fällen wenigstens eine Nichtigkeitsbeschwerde an den obersten Gerichtshof zu gestatten, dafür liegt kein Bedürfnis vor, und welcher Mißbrauch mit einer solchen Befugnis getrieben werden würde, beweiset schon die einzige Thatfache, daß von den bisher bei dem obersten Gerichtshof vorgekommenen 11 Fällen achtmal die Beschwerde als unzulässig abgewiesen wurde.
-

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Possess. summarissimum wegen einer Servitut. Personen, welche bei dem Rechtsverhältnisse nicht theilhaft, als Mitverklagte.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber: Wohl greift auch bei Servituten die Klage auf Schutz im jüngsten Besitze gegen jeden Plaz, der sich einer Störung desselben schuldig macht; allein da nach Kap. 3 §. 5 Nr. 2 der O.D. hiebei vorausgesetzt wird, daß der Besiz auf beiden Seiten streitig sei, und da der Zweck dieser Klage dahin geht, daß der Implorant im nachgewiesenen Besize so lange geschützt werde, bis der Implorat in *possessorio vel petitorio* sein besseres Recht dargethan haben wird, so kann sie mit eigentlicher Wirkung nur gegen denjenigen gestellt werden, der bei der Sache ein wirkliches Interesse hat, d. i. gegen denjenigen, der als Eigenthümer der dienstbaren Sache die Freiheit derselben von der während des lezten Jahres hierauf angeblich ausgeübten Dienstbarkeit behauptet; denn ein wider andere Störer erwirktes Judikat auf Schutz in diesem Besize bindet nur diese persönlich, nicht aber auch den Servitutverpflichteten, und kann daher, da es diesen nicht hindert, den Besiz auch für seine Person streitig zu machen, dem Imploranten jedenfalls nur einen unvollständigen Erfolg gewähren. Erscheint nun hiernach die vorliegende Klage, insoweit sie gegen den Einen oder Anderen der Beklagten bloß auf den Grund seiner persönlichen Theilnahme an der Besizstörung gestellt wurde, nicht geradehin unzulässig, so hat sie doch in dem Falle keinen eigentlichen Zweck, wenn hie-

mit zugleich der Eigenthümer des dienenden Grundstücks wegen selbsteigener Störung belangt wird, weil, wenn Dieser zur Respektirung des Besitzes verurtheilt wird, eine weitere Störung von Seite anderer, bei der Sache völlig unbetheiligter Personen sich mit Wahrscheinlichkeit nicht annehmen läßt.

DAOE. v. 26. Januar 1847 Nr. 711⁴⁴/₄₅.

2.

Anwendung der Vorschriften gegen den allgemeinen Widerspruch.

Der Kläger forderte vom k. Fiskus 100 fl. zurück, welche er für Holz, das nicht er, sondern der Magistrat Sch. ersteigert, an das Rentamt habe bezahlen müssen. Der Vertreter des Fiskus erwiderte: Kläger sei Schuldner des Magistrats für 100 fl. gewesen, und von diesem dem Rentamte delegirt worden. Von Seite des Klägers wurde hierüber nichts weiter geäußert, als: er halte eine Replik für unnöthig, da die Exception nur eines Widerspruches bedürfe und dessen Unterlassung einem solchen gleich komme. In Beurtheilung dieser Aeußerung des Klägers sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: dieselbe muß der Sache nach im Sinne der §§. 19 und 21 der Novelle von 1837 ganz in den Betracht eines allgemeinen Widerspruches gestellt werden. Kläger bezeugte sich im Replikstermin nicht ungehorsam, sondern er erschien und äußerte sich über das Exceptions-Vorbringen; er war daher auch nicht ungehorsam im Sinne des §. 20; er mußte sich vielmehr durch die speziellen Aufklärungen des k. Fiskus über den Verlauf der Sache aufgefordert finden, das Wahre oder Unwahre davon auszuheben und zu beantworten, zumal seine eigene Klage einer Erläuterung bedurfte, indem Je-

dermann weiß, daß Niemand eine fremde Schuld ohne weiteres bezahlt, und die Exekutions-Bedrohung eines Rentamtes nie von dem einschüchternden Eindrucke ist, um einen unstatthaftern Zwang darin erblicken zu können. Das ganze Benehmen des Klägers auf die ergangene Aufforderung zu replizieren erscheint daher nur als ein Versuch, die Gesetze über die Unwirksamkeit des alten allgemeinen Widerspruchs zu umgehen, dem die Gerichte mit aller Kraft entgentreten müssen, ohne daß dabei eine nicht auf dem Gesetz beruhende Unterscheidung zulässig wäre, nämlich ob das fragliche Factum den Grund einer wahren Einrede oder nur eine Beleuchtung und Berichtigung des Klagegrundes zum Gegenstande hatte.

DAÖE. v. 7. Dez. 1850. Nr. 409⁴⁰/₄₉.

3.

Beweisantretung im *possess. summarissimum*.

Vgl. Komment. ü. die G.D. Bd. 2 S. 85 — 6.

Ueber die Frage, ob die mit der Klagschrift zu verbindende Beweisantretung beim Zeugenbeweis Weisungsartikel erfordere, sagen die Motive eines DAÖE.:

„Der Abgang förmlicher Weisungsartikel vermag die Klage und die hiemit verbundene Beweisantretung nicht unförmlich zu machen, da dergleichen nach den im §. 12 des Prozeßgesetzes v. 1837 über die Beweisführung im mündlichen Verhöre enthaltenen Vorschriften nicht gefordert werden,

Komment. ü. d. G.D. Bd. 2 S. 32,

und außerdem auch wegen des Abganges derselben die Beklagten bei der Einfachheit der von den produzierten Zeugen zu bestätigenden Thatsache in keiner Weise gehindert waren, sogleich in ihrer Vernehmung den entsprechenden Gegenbeweis anzutreten.“

DAÖE. v. 26. Januar 1847. Nr. 711⁴⁴/₄₅.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 14. Samstag, den 6. Juli 1851.

Von der Kuratel über das Vermögen Abwesender und von der Verschollenheit nach gemeinem und nach Salzburgerischem Rechte. *)

Durch eine hochfürstl. Salzburgerische Verordnung vom 21. Febr. 1777 ¹⁾ wurde bezüglich des in der Ueberschrift bezeichneten Gegenstandes bestimmt:

- 1) „In so lange bis die Abwesenheit sich auf 30 Jahre erstreckt, soll das Vermögen der Abwesenden, oder Verschollenen unter ordentlicher Kuratel belassen, sohin getreue Rechnung darüber von Zeit zu Zeit bei gehöriger Obrigkeit gelegt und aufgenommen werden; wenn aber
- 2) „die Abwesenheit schon volle 30 Jahr, ohne daß man von des Abwesenden Aufenthalt, Leben und Tod was verlässiges erfahren können, ange dauert hat, ist auf vorgehendes Anrufen durch den hochfürstl. Hofrath eine Ediktal = Citation des Abwesenden, und zwar nach Ermäßigung gedachter Stelle entweder durch öffentliche Anheftung, oder durch Einschaltung in die Zeitungsblätter zu verfügen. Soferne nun
- 3) „sich hierauf weder der Abwesende, noch seinet-

*) Dieses Partikularrecht gilt auch heutzutage in denjenigen Gebietstheilen des Königreichs Bayern, welche vormalß dem Fürstenthum Salzburg angehört haben.

¹⁾ Bauner, Auszug der wichtigsten hochfürstl. Salzburgerischen Landesgesetze, B. I, Salzburg 1785, S. 57—58.

„wegen jemand meldet, mag dessen Vermögen den
 „nach Verlauf der 30 jährigen Abwesenheit sich
 „meldenden Nächstgesippten gegen Real = Kautio-
 „verakfolget, und solches in der Maasß unter selbe
 „nach Erbfolgerecht getheilet werden, daß sie
 „zugleich die Früchte und gänzliche Nutznießung
 „auch in dem Fall gewinnen, wenn der rechtmäßige
 „Eigenthümer oder jemand von seinetwegen, dem
 „dessen Erbschaft gebührte, nach dieser Zeit her-
 „vorkommen, und sich dazu legitimiren würde.
 „Dahit aber

- 4) „das Eigenthum der Hauptsache selbst nicht stets
 „und ewig unbestimmt gelassen, und die verthei-
 „lenden Verwandte mit fürwährender Kautio-
 „beschworet bleiben, so sind von der Zeit dieser
 „Abtheilung fernere 20 Jahre in der Gestalt und
 „Ordnung bestimmt, daß, wenn auch in dieser Zeit,
 „und nach einer nochmaligen Ediktal = Verladung
 „keine weitere Meldung, und Nachfrage von dem
 „Abwesenden, oder von seinetwegen geschehen
 „sollte, alsdann jene das vollkommene Eigen-
 „thum in der Weise einer rechtmäßigen Verjäh-
 „rung gewinnen, welche die Erbschaft durch die
 „erste richterliche Theilung an sich genommen
 „haben“. — ²⁾)

Als sich späterhin über das Verständniß des
 „wegen der verschollenen und mehrere Jahre vermißten
 „Personen, und der Theilung ihres Vermögens am
 „21. Febr. 1777 ergangenen Landesgesetzes“ ein
 „Anstand ergeben hatte, wurde durch Verordnung
 vom 14. Sept. 1785³⁾ folgende Erläuterung gegeben:

¹⁾ Nach §. 5 dieser Verordnung soll es, — schon wenn „zur
 „ersten Theilung (§. 3) geschritten wird, — bei dem bishe-
 „rigen Abzug in so weit sein Verbleiben haben, daß von
 „jedem 100 fl. Vermögen vier hinweggenommen, und
 „theils zu Ablegung heiliger Messen, theils für die
 „Armen des Gerichts, wo die Theilung vorgeht, ver-
 „wendet werden sollen.“ — Diese mit der Salz-
 „burgischen Kultus- und Armengesetzgebung (vgl. Bau-
 „ner a. a. O. S. 267 — 270) zusammenhängende
 „Bestimmung hat heute zu Tage keine Gültigkeit mehr. —

²⁾ Bauner a. a. O. Band II S. 42 — 43.

- 1) „Legt den Beamten ob, möglichst zu sorgen, daß „zuvörderst das Vermögen der, unwillkürlich wo, ab-
wesenden Personen in getreue Kuratel genommen,
„sobann aber nach Verlauf einer dreißigjährigen
„Abwesenheit die Ediktal = Citation nicht zu weit
„verschoben, sondern ohne Verlängerung darüber
„bei der Hofrathsstelle angetruhen werde; wornach
„sowohl mit der Vertheilung, als Leistung der
„Kaution, und dem nach Verlauf von zwanzig
„Jahren zu wiederholenden zweiten Ediktal = Ver-
„ruf in der Weise zu verfahren ist, wie es in dem
„gedachten Landesgesetze §. 2 bis 5 ⁴⁾ wörtlich
„vorgeschrieben ist.
- 2) „Wenn aber die erste Ediktal = Citation so lange
„verschoben und überschen wird, daß die Abwesen-
„heit schon fünfzig oder noch mehr Jahre an-
„dauert, so soll zwar ebenfalls eine Ediktal = Ci-
„tation vor sich gehen; jedoch wofern nebst einer
„fünfzig = oder mehrjährigen Abwesenheit auch
„rechtgenüßlich erhoben ist, daß der Abwesende,
„wenn er noch am Leben wäre, wenigstens schon
„70 Jahre erreicht haben würde, so kann und
„soll in diesem Falle nach vorgegangener ersten
„öffentlichen Verladung das Vermögen den näch-
„sten Verwandten und Intestaterben lediglich gegen
„den, in dem obigen Landesgesetze §. 5 ⁵⁾ begrif-
„fenen Abzug sohin ohne Abforderung oder Lei-
„stung der Real = Kaution, und ohne daß es nach
„Verlauf von mehreren Jahren einer zweiten Ediktal-
„Citation bedürfte, unaufhältlich zugetheilt und
„verabfolget werden.“ —

Aus dem Zusammenhalte dieser partikularge-
seßlichen Bestimmungen mit dem ausbühlsweise zur
Anwendung kommenden gemeinen Rechte ergeben sich
hinsichtlich der Lehre von der Kuratel über das
Vermögen Abwesender und von der Verschollenheit
für das Gebiet des Salzburgischen Rechtes folgende
Sätze:

⁴⁾ S. oben Note 2.

⁵⁾ S. oben Note 2.

§. 1. Gleich dem gemeinen Rechte ⁶⁾ kennt auch das Salzburgerische Partikularrecht außer der römisch-rechtlichen ⁷⁾ Cura dativa absentis die deutsch-rechtliche Cura legitima absentis. Der Eintritt der letzteren setzt, wie nach gemeinem Rechte, Verschollenheit im engeren und eigentlichen Sinne dieses Wortes voraus und so lange die Bedingungen der Verschollenheit nicht gegeben sind, wird das Vermögen des Abwesenden der römisch-rechtlichen Dativkuratel unterstellt.

§. 2. Der im gemeinen Rechte ⁸⁾ unbestrittene Satz, daß, wenn der Abwesende für die Verwaltung seines Vermögens einen Bevollmächtigten hinterlassen hat, die allgemeinen Grundsätze von der Bevollmächtigung zur Verwaltung fremder Güter in Anwendung kommen und weder von der römisch-rechtlichen, noch von der deutsch-rechtlichen Cura absentis die Rede sein könne, versteht sich auch hier von selbst.

§. 3. Die Dativkuratel über das Vermögen eines Abwesenden wird in der Verordnung vom 21. Febr. 1777 §. 1 als eine ordentliche Kuratel unter dem Beifügen bezeichnet, daß sohin ge-

⁶⁾ Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes, B. 2. S. 217 flg u. 245. Hillebrand, Lehrbuch des heut. gem. deutsch. Priv. R. §. 181 S. 567 — 508. Gerber, Eyst. d. deutsch. Priv. R. 2. Abth. §. 247 S. 193 — 194. Mittermaier, Grundf. d. gem. deutsch. Priv. R. 7. Aufl. B. 2 §. 429 S. 407 — 498. Pfeiffer, Prakt. Ausführ. B. 2 S. 237 flg. B. 4 S. 343 flg. Glüd, Comment. B. 33 S. 261 flg.

⁷⁾ Ueber die blosbezüglichen Modifikationen des römischen Rechtes s. unten §. 3.

⁸⁾ Kraut a. a. O. S. 219. Hillebrand, a. a. O. S. 567. Mittermaier, a. a. O. S. 496. Glüd, a. a. O. S. 261 u. 262 Ebenso die Anmerk. zum bayer. Landr. Th. I Kap. 7 §. 39 n. 1 — 5 lit. l.

treue Rechnung über das Vermögen des Abwesenden von Zeit zu Zeit bei der zuständigen Behörde abgelegt und aufgenommen werden solle. Hieraus ergibt sich vor Allem,

1) daß als Dativkurator nur eine solche Person bestellt werden könne, welche nach den allgemeinen dießfalls bestehenden Vorschriften zur Uebernahme einer Vormundschaft oder Kuratel befähigt ist; ⁹⁾

2) daß der Dativkurator bei der Uebernahme seines Amtes

a) ein Inventar errichten ¹⁰⁾ und

b) Sicherheit bestellen ¹¹⁾ müsse;

3) daß er von seiner Geschäftsführung nicht erst am Ende, sondern schon im Laufe derselben (von Zeit zu Zeit) ¹²⁾ Rechnung abzulegen hat. Anlangend aber

4) den Inhalt der ihm obliegenden Cura, so würde sie, — streng nach dem römischen Rechte behandelt, — weil Cura bonorum, — keine Administratio, sondern eine bloße Custodia bonorum enthalten. ¹³⁾ Es behaupten nun aber Kraut a. a. D. S. 251 — 253, Gerber a. a. D. S. 194 und Hillebrand, a. a. D. S. 568 schon für das gemeine Recht, es sei das römische Recht bezüglich der Cura dativa absentis durch die deutsche Praxis und Gesetzgebung in der Art modifizirt worden, daß nunmehr der Curator absentis „in der Regel

⁹⁾ Pfelffer, a. a. D. B. 2 S. 243. Glüß, a. a. D. S. 264 und 270.

¹⁰⁾ Seuffert, Prakt. Pand. R. 2. Aufl. B. 3 S. 514 S. 102 Note 6.

¹¹⁾ Seuffert, a. a. D. Vgl. Hyp. Ges. v. 1. Juni 1822 S. 12 Nr. 5 u. S. 20. Lehner, Lehrb. des bayer. Hyp. R. B. 1 S. 52 S. 80 — 82.

¹²⁾ S. Die unter Biff. 4 angeführten Verordnungen.

¹³⁾ Pfelffer, a. a. D. B. 4 S. 354 — 355. Seuffert, a. a. D. S. 102.

nach Analogie des Vormundes eines Minderjährigen beurtheilt werde“, und ihm sonach statt einer bloßen *Custodia bonorum* vielmehr eine wahre Verwaltung zukomme. Mag es sich mit dieser Aufstellung für das gemeine Recht wie immer verhalten, — für das Salzburgerische Partikularrecht muß sie festgehalten werden ¹⁴⁾). Denn die Worte des §. 1 der Verordn. v. 21. Febr. 1777 („unter ordentlicher Kuratel belassen, so hin getreue Rechnung ic“) weisen offenbar auf eine analoge Anwendung der Vorschriften über die *Cura minorum* und der Verordnungen v. 11. Dez. 1673 und v. 7. Juli 1677 hin, welche bei Zauner a. a. O. B. I S. 290 — 291 in folgender Weise ausgezogen sind:

„Die Obrigkeit soll alle und jede ihrer Gerichtsbarkeit untergebene Vormünder und Kuratoren bei Strafe erinnern und warnen, daß sie ihren Pflegkindern treulich haufen, deren vorhandene Baarschaften ohne Hypothek und zugleich annehmbare Bürgschaft (daferne die Hypothek zur Versicherung des Kapitals und der Interessen für sich allein nicht hinlänglich wäre) nicht ausleihen, ingleichen sich selbst aller unnöthigen Ausgaben enthalten, noch weniger ihren Pupillen dergleichen Ueberfluß oder unnöthigen Pracht zulassen, und alle Jahre sowohl über die liegenden Güter als Baarschaften ihren Pupillen und Minderjährigen richtige Rechnungen machen sollen. Nicht minder soll die Obrigkeit dergleichen Rechnungen, wenn das Vermögen groß ist, oder es sonst die Noth erforderte, jährlich, bei geringern Verwaltungen aber längstens alle drei Jahre ordentlich aufnehmen, die Vormünder über ihre geführte Administration zu Rede stellen, und sich anbei nicht allein die Gutmachung des Restes jedesmal vorzeigen lassen, sondern auch mit allem

¹⁴⁾ Ebenso das bayer. Landr. Th. I Kap. 7 §. 30 Nro. 4 et in notis lit. n.

„Fleiß nachsehen und nachfragen, ob die Schuld-
 „briefe noch von guten Kräften, und die Hypo-
 „theken noch hinlänglich, folglich die Kapitalien
 „und Interessen außer der Gefahr eines Verlustes
 „stehn. Wörfte man dießfalls bei der Obeligkeit
 „eine Nachsicht oder Hinfälligkeit verspüren würde,
 „soß sie zugleich eine unausbleibliche Bestrafung,
 „nebst dem von den Pupillen und Minderjährigen
 „gegen sie von Rechtswegen zu suchen habenden
 „Regress zu gewarten haben.“ —

Aus dieser Unterordnung der Dativkuratorat über
 das Vermögen Abwesender unter die hinsichtlich der
 Amtsführung eines Vormundes und gewöhnlichen
 Kurators geltenden Rechtsregeln ergeben sich die
 nachstehenden Folgerungssätze:

a) Der Dativkurator darf von dem in seinen
 Händen befindlichen Vermögen des Abwesenden unter
 denselben Voraussetzungen und unter Beobachtung
 derselben Förmlichkeiten veräußern, unter welchen
 hiezu der Vormund eines Minderjährigen betheiliget
 ist ¹⁵⁾.

b) Der Dativkurator ist nicht bloß Verwalter des
 Vermögens, — er ist auch Stellvertreter des
 Abwesenden. Als solcher kann er im Namen des
 Abwesenden kontrahiren und andere Rechtsgeschäfte
 für denselben vornehmen. Nicht minder muß er
 hienach für berechtigt gehalten werden, im Inter-
 esse des Abwesenden auf dessen Namen Prozesse
 zu führen und Erwerbungen zu machen, ohne daß
 man dieses auf solche Erwerbungen beschränken dürfte,
 welche ihren Grund in den schon existirenden Ver-
 mögensrechten haben und nur als Erzeugnisse des-
 selben zu betrachten sind. Endlich auch kann er,
 gleich dem Kurator eines Minderjährigen, Erbschaf-

¹⁵⁾ Krant, a. a. O. 252. Bgl. Anmerk. zum Bayer.
 Landr. a. a. O. Nro. 6 lit. m.

ten, welche dem Abwesenden angefallen sind, für diesen antreten. — ¹⁶⁾

- ¹⁶⁾ Kraut, a. a. D. S. 251 — 253 u. 260 — 264. Werber, a. a. D. S. 194 Note 4. — Daß dem Datofurator die Eigenschaft eines Stellvertreters des Abwesenden zukomme, insoferne das Vermögensinteresse dieses erblickt, räumt auch Mittermaier, a. a. D. S. 497, ein. Aehnlich Pfeiffer, a. a. D. B. 4 S. 354 (vgl. auch Bl. f. R. A. B. 1 S. 344 — 345) „Bloß persönliche Verhältnisse gehen den Kurator durchaus nichts an, soferne dieselben nicht in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Vermögen stehen; nachherige Erwerbungen auch nicht, insoweit sie nicht ihren Grund in den schon existirenden Vermögensrechten haben, und nur als Erzeugniß derselben zu betrachten sind.“ Das Recht der prozeßualischen Vertretung des Abwesenden steht dem Datofurator auch Pfeiffer zu, a. a. D. S. 355 — 359. Daß Mittermaier und Pfeiffer nicht weiter gehen, erklärt sich aus ihrer Ansicht, die Amtsführung des Datofurators eines Abwesenden sei überwiegend nach römischem Rechte als bloße Güterpflege zu beurtheilen. — Unter denjenigen Rechtsgelehrten, welche bei der deutschrechtlichen Vormundschaft für Verschollene von der Ansicht einer successio ex nunc ausgehen, betrachten bei weitem die Meisten es als einen aus derselben sich ergebenden Folgesatz, daß angenommen werden müsse, der Verschollene habe bis zu dem Augenblicke gelebt, wo sein Tod nach dem Gesetze oder Gerichtsgebrauche präsumirt werde, also nach gemeinem Rechte bis zum zurückgelegten 70. Lebensjahre. (Leyser Med. ad Pand. Spec. 95 mod. 9 et 24. J. A. Th. Kind, de success. in bona absent. §. 3. Glüß, Comment. B. 7 S. 494. Haase, über Exstallationen S. 88 R. 6 u. S. 134) Und hieraus folgt natürlich von selbst, daß, so lange dieser Zeitpunkt nicht eingetreten ist, alle Erbschaften und Vermächtnisse, die ihm, wenn er wirklich noch lebte, angefallen sein würden, ihm auch ungeachtet seiner Verschollenheit als angefallen betrachtet werden müssen. (Wie dieses auch stillschweigend voraussetzen Carpzov, Jurispr. for. P. III const.

§ 4. Anlangend die Frage, welches Gericht den
 Dativkurator zu bestellen habe, — ob das Gericht,

15. des. 48 nr. 2 des. 54; das angehängte erste Erkenntniß. — Bardili, Curat. bon. abs. §. 34 et. 35. Klapproth, Einleit. in sämmtl. summar. Proz. §. 224 u. Glück, a. a. O. B. 33 S. 291). Was nun aber von einem Verschollenen im engeren und eigentlichen Sinne dieses Wortes gilt, muß um so mehr von einem bloß Abwesenden gelten, bei welchem die Voraussetzungen der Verschollenheit noch nicht gegeben sind. In neuerer Zeit wurde nun zwar von einigen Rechtslehrern, obwohl dieselben von der Successio ex nunc ausgehen, behauptet, einem Vermissten könne keine Erbschaft anfallen, weil sein Leben ungewiß sei, und ebensowenig könne sie ihm erworben werden, weil, wenn auch die mit dem 70. Lebensjahre oder mit dem in den Partikularrechten festgesetzten Termine eintretende Vermuthung des Todes den Sinn hätte, daß der Vermisste jetzt erst gestorben sei, es doch an einem Stellvertreter fehle, welcher die Erbschaft für den Abwesenden anzutreten berechtigt wäre. (Cropp in Heise u. Cropp's jurist. Abh. B. 2 S. 142 ffq. Vollen in seinen vermischten jurist. Aufsätzen B. 1 n. III. Pfeiffer, a. a. O. B. 4 S. 360, §. 4. Blatt. f. R. A. B. 1 S. 345) Gegenüber dieser neueren Ansicht vertheidigt Kraut, a. a. O. S. 258 — 260 die ältere und frequentere Meinung in folgender Weise: „Ich kann nicht zugeben, daß es irrig sei, anzunehmen, bei einem Verschollenen strecke, so lange noch nicht 70 Jahre nach seiner Geburt vergangen seien, die Präsomption für sein Leben. Denn, wie wir oben (S. 230 ffq.) gesehen haben, ist der Grundsatz, daß zu einem gewissen Zeitpunkt der Tod einer solchen Person zu präsumiren sei, zuerst lediglich durch den Gerichtsgebrauch eingeführt, und erst später durch die Gesetzgebung anerkannt. Jene Annahme würde daher nur dann irrig sein, wenn man ihr eine andere Bedeutung unterlegte, als jenen Gerichtsgebrauch und die denselben anerkennenden Gesetzgebungen ihm gegeben hätten. Nun leidet es aber keinen Zweifel, daß, wo der Gerichtsgebrauch nicht von der Ansicht, daß die deutschrechtliche Vormundschaft eine successio anticipata sei, ausgegangen ist, er bis auf die

in dessen Bezirk das Vermögen des Abwesenden gelegen ist, oder das Gericht des letzten Wohnortes

„neuesten Zeiten, wo er durch die Theorie jener Juristen hier und da schwankend geworden sein mag, jenem Zeitpunkte immer die Bedeutung beilegt hat, daß er juristisch als der eigentliche Todestag des Verschollenen bis zum Beweis des Gegentheils anzusehen sei, also vermutet werden müsse, daß dieser bis dahin fortgelebt habe. (R. f. die oben angeführten Schriftsteller; dann *Consilia Tübingens. cura Lauterbach T. III. cons. 206 nr. 17 et 22* und das Anbringen des Württembergischen Obertribunals v. 17. Aug 1826 bei Wolley a. a. D. S. 107) Und auch die Gesetzgebungen haben immer ein Gleiches gethan, indem sie theils bestimmen, daß der Verschollene bis zum Eintritte desselben für lebendig gehalten werden soll, theils jenen Zeitpunkt für den Todestag des Verschollenen erklären; theils auch diesem entweder ausdrücklich bis zu dessen Eintritt die Erbfähigkeit beilegen, oder sie stillschweigend dadurch voraussetzen, daß sie von ihm zugefallen, den Erbschaften reden, welche beim Eintritt jenes Zeitpunktes mit seinem übrigen Vermögen an seine Erben ausgeliefert werden sollen. Auch kann ich nicht zugeben, daß jenem Gerichtsgebäude das Prädikat eines ungesunden beigelegt, und die Gesetzgebungen, welche sich an ihn anstellen, unvernünftige genannt werden können. Vielmehr empfiehlt diese Ansicht sich vor der andern durch ihre Einfachheit und Bestimmtheit, und dadurch, daß sie den ruhigen und ungestörten Besitz des Vermögens sichert. Auch muß es offenbar zu vielen Verwickelungen führen, wenn der Curator absentis zugleich Curator hereditatis jacentis ist, und sein Verhältniß zu der einen Vermögensmasse also in rechtlicher Beziehung ein ganz anderes ist, als zu der anderen, und zu noch mehreren Uebelständen, wenn man gar eine besondere Cura hereditatis jacentis anordnen und diese ein halbes Jahrhundert fortdauern lassen wollte.“ — (Nach Kraut's Ansicht erkannte im J. 1848 das Obertribunal zu Berlin, *Seuffert's Archiv Bd. 3 Nr. 208*).

Anlangend sodann noch die Frage, ob der Curator absentis vermöge seines Amtes berechtigt sei, eine

des Abwesenden, — so wird zwar gewöhnlich das Erstere behauptet ¹⁷⁾. Allein abgesehen von dem praktischen Mißstande, daß hernach, wenn das Vermögen in verschiedenen Gerichtsbezirken liegt, der Kurator von jedem der verschiedenen Gerichte bestätigt werden müßte, und daß unter Umständen von dem einen Gerichte ein anderer Kurator, als von dem anderen bestellt werden könnte, hängt jene Behauptung mit der Ansicht zusammen, daß die Cura absentis eine reine Güterpflege sei. Sobald aber zugegeben wird, daß der Kurator des Abwesenden zugleich dessen Person zu vertreten hat, und daß seine Amtsführung nach den für die gewöhnliche Kuratel geltenden Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen ist, wird man folgerichtig auch das zugestehen müssen, daß der Kurator des Abwesenden von dem Gerichte des letzten Wohnortes des Abwesenden zu bestellen ist. ¹⁸⁾

§. 5. Verschollen ist nach gemeinem Rechte ¹⁹⁾ derjenige, von dessen Aufenthalt und Leben seit langer Zeit keine Nachricht vorhanden ist. Nach Salz-

seinem Kuranden angefallene Erbschaft für diesen anzutreten, so würde diese Berechtigung auch von Croy a. a. D. S. 166 — 168 zugegeben werden, wenn, was er jedoch in Abrede stellt, der Curator absentis hinsichtlich seiner Amtsführung einem Curator minoris gleichzustellen wäre. (Vgl. ein Erf. des Obergerichtes zu Berlin v. 1848 für die Befugniß des Curator absentis zur Erbschaftsantretung in Seuffert's Archiv Bd. 3 Nr. 346). — Für das Salzburgerische Partikularrecht glauben wir nun aber diese Gleichstellung außer Zweifel gesetzt zu haben. —

¹⁷⁾ Glück, a. a. D. S. 278. Ebenso das bayer. Landr. a. a. D. n. 3 et in notis lit. m.

¹⁸⁾ Kraut, a. a. D. S. 247. Vgl. Savigny, Syst. des heut. Röm. Recht. B. 8 S. 341 ff.

¹⁹⁾ Seuffert Prakt. Pand. R. B. I § 39 S. 50. Hillebrand, a. a. D. S. 15 S. 55 — 56. Kraut, a. a. D. S. 218. Beseler, Syst. des gem. deutsch. Priv. R. B. I S. 305. —

burgischem Partikularrechte ²⁰⁾ dagegen konstituiert sich der Begriff der Verschollenheit, von welcher der Eintritt der deutschrechtlichen *Cura legitima absentis* abhängt, durch die Merkmale,

- 1) daß die Abwesenheit, während welcher eine verlässige Nachricht über des Abwesenden Aufenthalt, Leben oder Tod nicht eingegangen ist, schon wenigstens volle 30 Jahre gedauert hat,
- 2) daß der in solcher Art Abwesende öffentlich vorgeladen wurde, und
- 3) daß sich hierauf weder er selbst, noch Jemand seinetwegen (wie z. B. ein Bevollmächtigter) gemeldet hat.

Die öffentliche Vorladung (in welcher, wie sich von selbst versteht, eine bestimmte Frist zur Meldung vorzusehen ist) soll nach §. 2 der B. v. 21. Febr. 1777 durch den Hofrath auf vorgängiges Anrufen, und zwar nach dem Ermessen der genannten Stelle entweder mittelst öffentlichen Anschlages oder mittelst Einrückung in öffentliche Blätter vollzogen werden. Gemäß dem heut zu Tage bestehenden Gerichtsorganismus hat das Untergericht, in welchem der Abwesende zuletzt seinen Wohnort hatte, die Ediktalladung vorzunehmen. Anlangend aber das vorgängige Anrufen, so hat zwar das Gericht gemäß §. 1 der B. v. 14. Sept. 1785 auf den rechtzeitigen Eintritt desselben befördernd einzuwirken; aber die Stellung des Anrufens selbst fällt der Natur der Sache nach den Betheiligten zu, welche die deutschrechtliche Kuratel über das Vermögen des Verschollenen erlangen wollen.

§. 6. Nach gemeinem Rechte ²¹⁾ steht die deutsch-

²⁰⁾ Bdg. v. 21. Febr. 1777 §. 2 u. 3. Rgl. Kraut, a. a. D. S. 244.

²¹⁾ Glüß, a. a. D., B. 33 S. 266 – 267 Note 36. Kraut, a. a. D. S. 218 et in nota 3. Gillebrand, a. a. D., S. 567 Note 3. Ebenso Anm. 3. bayer. Landr. Th. I. Kap. 7 §. 39. pro. U. l. t. e.

rechtliche Kuratel über das Vermögen des Verschollenen den nächsten präsuntiven Erben ohne Unterschied, ob sie Intestat-, Testament- oder Vertragserben seien, zu. Die Salzburgerische B. v. 21. Febr. 1777 spricht zwar in §. 3 nur von den „Nächstgepypeten“, unter welchen das Vermögen nach „Erbfolgsrecht“ getheilt werden soll, — ferner in §. 4 nur von den „vertheilenden Verwandten“, und demgemäß erwähnt auch die B. v. 14. Sept. 1785 §. 2 nur „der nächsten Verwandten und Intestaterben.“ Gleichwohl nehmen wir keinen Anstand, den nächsten Testament- oder Vertragserben auch im Gebiete des Salzburgerischen Rechtes den Anspruch auf Erlangung der deutschrechtlichen Cura absentis einzuräumen. Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. Quod enim semel aut bis existit, praetereunt legislatores. L. 4 — 6 D. de legib. (1. 3). Daß ein Verschollener ein Testament oder einen Erbvertrag hinterläßt, ist gewiß ein höchst seltener Fall und wenn er demnach von dem Gesetzgeber übergangen wurde, so folgt daraus nicht, daß dieser die Testament- und Vertragserben von der deutschrechtlichen Kuratel über das Vermögen des Verschollenen ausschließen wollte. Vielmehr sind wir berechtigt, dasselbe Recht, welches die Verordnung den nächsten Intestaterben einräumt, vermöge der analogen Ausdehnung ²²⁾ auch den nächstberufenen Testament- u. Vertragserben zuzugestehen. Denn das rechtliche Fundament der deutschrechtlichen Cura legitima absentis, — die

²²⁾ L. 12 u. 13 D. de legib. (1. 3). Seuffert, Prakt. Pand. R. 2. Aufl. B. 1 §. 15 S. 19 — 20. Van-gerow, Leitfaden für Pand. Vorl. 3. Aufl. B. 1 S. 43.

Sicherung des Erbrechtes der Präsumtiven, —²³⁾ trifft auch bei den Testaments- u. Vertragserben zu. Ueberdies würde sich, wenn man diese Erben nicht zur deutschrechtlichen Kuratel zulassen wollte, bei deren Vorhandensein der praktische Mißstand ergeben, daß alsdann die Dativkuratel regelmäßig so lange bestehen müßte, bis der Verschollene das 70. Lebensjahr zurückgelegt haben würde und hie- mit nach gemeinem Rechte die Todeserklärung statt- finden könnte. Denn von selbst leuchtet ein, daß, wenn die präsumtivberufenen Erben Testaments- oder Vertragserben sind, von einer Kuratel der In- terenten nicht die Rede sein könne. —

§. 7. Weil der deutschrechtlichen Kuratel über das Vermögen eines Verschollenen das präsumtivo Erbrecht und das eigene Interesse, welches die präsumtiven Erben an der Erhaltung des von dem Verschollenen zurückgelassenen Vermögens haben, zum Grunde liegt, so sind diese zur Kuratel ohne Rück- sicht auf ihre persönliche Fähigkeit berechtigt. Da- her können auch Frauenzimmer, und solche Perso- nen, welche selbst unter Vormundschaft oder Kura- tel stehen, wie z. B. Unmündige, Minderjährige und Geistesranke, zu jener Kuratel gelangen, wo- bei sich jedoch von selbst versteht, daß die ihnen deferirte Kuratel von ihren Vormündern oder Ku- ratoren geführt wird.²⁴⁾

Al' dieses gilt aus demselben Grunde auch für das Gebiet des Salzburgerischen Rechtes. —

(Schluß folgt.)

²³⁾ Pfeiffer, a. a. D., B. 2 S. 240 — 241. Gläd, a. a. D., B. 33 S. 246.

²⁴⁾ Pfeiffer, a. a. D. B. 2 S. 242 — 243 Gläd, a. a. D. S. 270 — 271. Kraut a. a. D. S. 218 — 219. Mittermaler a. a. D. Bb. 2 S. 498. Gillebrand a. a. D. S. 567 Note 3. Ebenso die Anmerk. z. bayern. Landr. a. a. D. Nr. 6. lit. c

Mittheilung aus der Praxis.

Verspätung von Postsendungen. Haftung des Postfiskus.

Josepha S. hatte Anfangs Juni 1848 zur 1478. Münchener Ziehung zwei Lotterie-Einsätze gemacht, mit welchen sie, da die gesetzten Nummern gezogen wurden, 600 fl. gewonnen hätte, wenn nicht das Packet mit den Originalspiellisten erst am 7. Juni 1848 nach der Ziehung mit der Post in München bei dem Revisionsamte angekommen wäre. Wegen dieser Verspätung wurde die Acceptation verweigert und die Zurückzahlung der Einlagen und Stempelgelder angeordnet. Nun klagte die bezeichnete Lottospielerin den entgangenen Gewinn gegen den Postfiskus ein, behauptend, daß an dem verspäteten Eintreffen der Originalspielliste lediglich die k. Postanstalt schuld sei, weil diese Originalspielliste rechtzeitig am 5. Juni bei der Expedition Pörsnbach aufgegeben worden, und sonach rechtzeitig in München hätte eintreffen können, wenn sie vorschriftsmäßig wäre befördert worden. Durch Erkenntniß des UG. für Oberbayern vom 9. April 1850 wurde der k. Postfiskus von der Klage entbunden. Gründe:

„Es besteht eine Haftbarkeit des k. Postarars für den der Klägerin durch zu spätes Eintreffen der Spiellisten entgangenen Lotteriegewinne nicht. Denn nach der Verordnung vom 22. Juli 1808 (Reg.-Bl. S. 1581) haftet die k. Post nur für die gute Beförderung und sichere Bestellung der aufgegebenen Stücke und für den vollen Ersatz des getreulich angegebenen Werthes, im Falle durch die Schuld eines k. Postbediensteten ein Frachtstück verloren geht, und in Nr. 13 ebd. ist bestimmt, daß bei Papieren, bei denen kein bestimmter Werth angegeben ist, im Falle eines Verlustes von der k. Post nur die Abschreibgebühr und zwar höchstens mit 25 fl. an den Reklamanten ersetzt wird. Ebenso

bestimmt die Verordnung v. 3. Nov. 1810 (Reg.-Bl. S. 1201), daß, wenn ein solcher unter Rekommandation aufgebener Brief oder ein solches Briefpaket, als welches offenbar das Paket mit den Originalspiellisten angesehen werden muß, aus Vernachlässigung eines k. Postbediensteten verloren geht, dem Aufgeber oder Adressaten 25 fl. Ersatz geleistet werden sollen¹⁾. Hiernach haftet die k. Post nur für den aus Vernachlässigung eines k. Postbediensteten²⁾ eingetretenen Verlust eines rekommandirten Packetes ohne Werthangabe und nicht auch für das rechtzeitige Eintreffen desselben, und selbst da wieder nur dem Aufgeber oder Adressaten. — Da nun nach der Klage das Paket mit den fraglichen Originalspiellisten nicht verloren gegangen, sondern nur zu spät an seinem Bestimmungsorte angekommen ist³⁾, und die Klägerin weder die Aufgeberin noch die Adressatin des fraglichen Packetes war, so wie sie überhaupt mit der k. Postanstalt in gar keinem Vertragsverhältnisse gestanden ist, so war der k. Poststiftsfluß von der Klage zu entbinden“.

In den Motiven des bestätigenden obersterlichen Erkenntnisses wurde unter Bezugnahme auf die vorigen Entscheidungsgründe vorzüglich betont, daß die Klägerin zu der Postanstalt in gar kein Obligationsverhältniß getreten war, und durch diese auch keinen unmittelbaren Schaden erlitten hat.

Vgl. DAGE. v. 25. Aug. 1850 (Huber g. Poststiftsfluß. Nr. 1227^{49/50}).

¹⁾ Vgl. auch die Bding. vom 20. März 1823 (Reg.-Bl. S. 479. — Red.

²⁾ Vgl. indessen Bl. f. N. N. Bd. 11 S. 17 f. — Red.

³⁾ Ob wirklich durch die angeführte Bestimmung jede Haftung für den durch schuldrulle Verspätung zugefügten Schaden ausgeschlossen werden wollte, läßt sich wohl in Zweifel ziehen. — Red.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 15. Samstag, den 19. Juli 1851.

Von der Kuratel über das Vermögen Abwesender
und von der Verschollenheit nach gemeinem und nach
Salzburgischem Rechte.

(Schluß.)

§. 8. Anlangend den Antritt der deutschrechtlichen *Cura absentis*, so geschieht derselbe, wie nach gemeinem Rechte²⁵⁾ unter Mitwirkung des Gerichtes. Nach der Fassung des §. 3 der B. v. 21. Febr. 1777 hat das Gericht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hiezu gegeben sind, das Vermögen des Verschollenen an die nächsten Erben zu verabsolgen. Unter seiner Mitwirkung geschieht die Vertheilung des Vermögens unter die Erben nach (gesetzlichem, testamentarischem oder vertragsmäßigem) Erbfolgsrecht und diese Theilung wird deshalb im §. 4 daselbst eine „richterliche“ Theilung genannt. Demnach erscheint der Akt des Antrittes der deutschrechtlichen *Cura absentis* als ein Akt der f. g. gemischt-freiwilligen Gerichtsbarkeit, wobei die Mitwirkung des Gerichtes nicht bloß der öffentlichen Beurkundung wegen geschieht, sondern mit einer in die Sache selbst eingehenden *Cognitio causae* ver-

²⁵⁾ Traut, a. a. O., S. 246—247.

bunden ist ²⁶⁾). Zuständig zu diesem Akte ist sodann wieder das Gericht des letzten Wohnortes des Verschollenen ²⁷⁾).

§. 9. Hinsichtlich der Rechte und Pflichten des deutschrechtlichen Curator steht gemeinrechtlich ²⁸⁾ vor Allem fest, daß er, — weil unter gewissen Voraussetzungen zur Wiederherausgabe des Vermögens verpflichtet, — bei Uebernahme der Kuratel, gleich jedem anderen Kurator, ein Inventar errichten müsse. Das Gleiche versteht sich aus demselben Grunde für das Gebiet des Salzburgischen Rechtes. —

Eine weitere Pflicht, welche dem deutschrechtlichen Kurator des Abwesenden bei der Uebernahme der Kuratel, und zwar als Bedingung derselben, obliegt, ist nach gemeinem Rechte ²⁹⁾ die Leistung einer dem Werthe des anvertrauten Vermögens gleichkommenden Kaution durch Pfand oder Bürgen, von welcher Pflicht der Kurator nicht einmal durch seine Ansässigkeit befreit wird. Dasselbe gilt vermöge der ausdrücklichen Vorschrift des §. 3 der B. v. 21. Febr. 1777 („gegen Realkaution“) für das Gebiet des Salzburgischen Rechtes. — Die Größe der Kaution bestimmt sich nach dem Stode des Vermögens ohne Rücksicht auf die Nutzungen; denn zur Herausgabe der letzteren sind die präsumtiven Erben, wie wir sogleich sehen werden, niemals

²⁶⁾ Puchta, Handb. des gerichtlichen Verf. in nicht-streit. bürgerl. Rechtsachen. Erlangen 1821. I. Abth. §§. 9 und 10 S. 25 — 32.

²⁷⁾ Siehe oben §§. 4 und 5. Kraut, a. a. D. S. 247.

²⁸⁾ Pfelffer, a. a. D. B. 2 S. 246. Glüß, a. a. D. S. 274 — 275. Kraut, a. a. D. S. 247. Gliebrand, a. a. D. S. 568. Gerber a. a. D. S. 193.

²⁹⁾ Pfelffer, a. a. D. S. 246 — 247. Glüß, a. a. D. S. 275 — 278. Kraut, a. a. D. S. 246 — 249.

verpflichtet. — Für den Fall, da die zur Kuratel berufenen Erben die erforderliche Raution zu bestellen nicht im Stande sind, behauptet Kraut ²⁰⁾, daß es da, wo der deutschrechtliche Vormund des Abwesenden noch einen Anspruch auf die Früchte des unter seiner Verwaltung stehenden Vermögens hat, am konsequentesten sei, eine gewöhnliche Cura absentis anzuordnen und den Kurator zu verpflichten, die erhobenen Früchte an die nächsten Erben des Abwesenden herauszugeben. Denn hier habe man jenes Recht heute zu Tage als ein gesetzliches Nießbrauchsrecht zu betrachten, welches nicht nothwendig von der eigenen Verwaltung der Vormundschaft abhängig ist. Wiewohl nun gemäß §. 3 der B. v. 21. Febr. 1777 die Erben des Verschollenen Anspruch auf die Früchte haben und wiewohl eben daselbst dieses Recht ausdrücklich als „Nießbrauch“ bezeichnet wird, können wir desungeachtet für das Gebiet des Salzburgischen Rechtes nicht zugestehen, daß, wenn eine gewöhnliche Dativkuratel bestellt wird, weil von den nächsten Erben die erforderliche Raution nicht geleistet werden kann, ihnen doch wenigstens die Früchte des Vermögens zu verabsorgen seien. Denn nach der Fassung des §. 3 cit. sind die Aushändigung des Vermögens an die nächsten Erben gegen Realkaution, sodann die Theilung desselben unter sie nach Erbfolgerecht und die Gewinnung der Früchte in solcher Art bedingend aneinander gereiht, daß, wo die erforderliche Raution nicht geleistet werden kann, auch keine Aushändigung und Theilung des Vermögens, und wo diese nicht Platz greifen kann, auch keine Gewinnung der Früchte durch die Erben zulässig ist. —

²⁰⁾ a. a. D. S. 249. Vgl. Glüd, a. a. D. S. 277 — 278 und Pfeiffer, a. a. D. S. 246 — 247 und 253 oben.

Nach gemeinem Rechte ³¹⁾ ist streitig, ob und in wie weit dem deutschrechtlichen Curator legitimus absentis die Früchte des Vermögens des Verschollenen auch dann verbleiben, wenn der Letztere zurückkehrt, oder das Vermögen an Jemand Anderen herauszugeben ist. Für das Gebiet des Salzburgerischen Rechtes ist diese Kontroverse durch die klare Bestimmung des §. 3 der R. v. 21. Febr. 1777 gelöst, wonach die Erben, „die Früchte und „gänzliche Nugnießung auch in dem Fall gewinnen, „wenn der rechtmäßige Eigenthümer oder Jemand „von seinetwegen, dem dessen Erbschaft gebührte, „nach dieser Zeit hervorkommen, und sich dazu legitimiren würde.“ Da hier der Anspruch der Erben auf die Früchte als „Nugnießung“ qualifizirt wird, so unterliegt es keinem Bedenken, hinsichtlich des Fruchtenerwerbes beim Anfange und am Ende der Nutzung die dießfalls hinsichtlich des Ususfructus im gemeinen Rechte geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen. ³²⁾

Um die übrigen Rechte und Pflichten der mit der Kuratel über das Vermögen des Verschollenen besetzten Präsumtiverben zu bestimmen, müssen wir vorerst auf die rechtliche Verschaffenheit dieser Kuratel eingehen.

Während die Cura legitima absentis im gemeinen Rechte ³³⁾ heute zu Tage die Bedeutung

³¹⁾ Glüß, a. a. D. S. 283 — 288. Pfelffer, a. a. D. S. 250 — 253. Kraut, a. a. D. S. 220, 228 — 230, 237 — 240. Gerber, a. a. D. S. 193 — 194. Gillebrand, a. a. D. S. 508.

³²⁾ Kraut, a. a. D. S. 241. Geuffert, prakt. Pand. R. 3 B. 1 §. 168 S. 222 — 223. Puchta, Vorles. über das heut. röm. Recht, ed. Rudorff. B. 1 S. 349.

³³⁾ Kraut, a. a. D. S. 235 — 236, 243 und 265. Pfelffer, a. a. D. S. 241 — 242 und 254 — 255.

einer *Successio conditionata* hat, erscheint sie, — konform dem älteren deutschen Rechte³⁴⁾, — im Salzburgerischen Partikularrechte als eine *Successio anticipata*. Der gemeinrechtliche Kurator des Verschollenen besitzt die Erbschaft unter der *Suspensivbedingung*, daß er auch noch zur Zeit des wirklichen oder präsumirten Todes des Verschollenen nächster Erbe sei. Denn bis dahin wird das Leben des Abwesenden vermuthet und kann von einer definitiven Verbung desselben nicht die Rede sein. Die endliche Erbfolge bestimmt sich deshalb hier nicht nach denjenigen Verhältnissen, welche zur Zeit des Eintrittes der Verschollenheit oder der Uebernahme der Kuratel bestanden, sondern vielmehr nach denjenigen, welche zur Zeit des wirklichen oder präsumirten Todes des Verschollenen gegeben sind. Dagegen wo sich die *Successio anticipata* des älteren deutschen Rechtes erhalten hat, wird vermuthet, daß der Abwesende schon zur Zeit des Eintrittes seiner Verschollenheit verstorben sei. Der Erbe nimmt deshalb hier das Vermögen des Verschollenen als wahrer Erbe und nur unter der *Resolutivbedingung* an sich, daß er es wieder herausgeben werde, wenn innerhalb des bestimmten Zeitraumes der Abwesende zurückkehrt oder Jemand aus der Zeit vor dem Eintritte der Verschollenheit ein näheres Erbrecht nachweist. Tritt aber eine solche Resolutivbedingung nicht ein, so bleibt es bei derjenigen Erbfolge, welche zur Zeit des Eintrittes der Verschollenheit begründet war

B. 4 §. 308 — 371. Glüß, a. a. D. §. 268 — 270 und 288 — 299. Cropp, a. a. D. §. 115 ff.

³⁴⁾ Kraut, a. a. D., §. 222 — 228. Hillebrand, a. a. D. §. 567. Gerber, a. a. D. §. 193 Note 2.

(*Successio ex tunc*). Daß dieses letztere System es ist, welches von der Salzburgerischen Partikulargesetzgebung, und zwar höchst wahrscheinlich im Anschlusse an das vorgefundene Gewohnheitsrecht, aufgestellt wurde, kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen. Denn abgesehen davon, daß die definitive Einräumung des Nugenusses an die Erben mit der *Successio anticipata* zusammenhängt ³⁵⁾, und abgesehen davon, daß sich die Verordnung vom 21. Febr. 1777 bezüglich des den Erben eingeräumten Vermögensbesitzes nirgends des Ausdruckes „Kuratel“ ³⁶⁾ bedient, — welcher Ausdruck von den gemeinrechtlichen Juristen erst dann eingeführt worden war, als ihnen die ursprüngliche Idee des Institutes entschwunden war, — wird nicht nur im §. 3 a. a. D. von einer Erbtheilung gesprochen, sondern auch im §. 4 ausdrücklich verordnet, daß, wenn innerhalb weiterer 20 Jahre von dieser Theilung an gerechnet und nach einer wiederholten Ediktalladung abermals weder von dem Abwesenden noch von Jemand Anderem seines wegen eine Meldung erfolgt, alsdann jene das „vollkommene Eigenthum in der Weise einer „rechtmäßigen Verjährung“ ³⁷⁾ gewinnen, „welche die Erbschaft durch die erste richterliche Theilung an sich genommen haben.“

Diesem nach müssen wir die Amtsführung des Salzburgerischen Curator legit. abs., da er als Erbe behandelt wird, auch ganz nach den Grund-

³⁵⁾ Kraut, a. a. D. S. 228 — 229.

³⁶⁾ Auch Zauner a. a. D. Bd. I S. 57 gibt der Verordnung nur die Ueberschrift: „Erbschaft abwesender Personen.“

³⁷⁾ Ein sehr merkwürdiges Zusammentreffen mit einem Grundsatz des älteren deutschen Rechtes. Vgl. Kraut, a. a. D. S. 227.

sägen des Erbrechtes behandeln ³⁸⁾). Er ist deshalb in seinen Verfügungen über das Vermögen des Verschollenen durch nichts beschränkt, als durch die von ihm geleistete Kaution. Er kann ohne obrigkeitliches Dekret veräußern ³⁹⁾, und zwar auch Grundstücke, wenn nicht die Kaution gerade dahin gerichtet wurde, daß er die Grundstücke dem Abwesenden sicher stellen solle. Von einer Rechnungsablage während der Kuratel kann hier nicht die Rede sein ⁴⁰⁾; sie wäre ohnehin in der Regel gegenstandslos, weil der Kurator die Nutzungen selbst bekömmert. Dagegen wenn der Verschollene zurückkehrt oder Jemand ein näheres Erbrecht darthut, so muß der Kurator natürlich über den außerhalb der Nutzungen stattgehabten Zuwachs, sowie über den Abgang des Vermögens Rechnung ablegen. Endlich darf man ihn auch bezüglich der Verpflichtung, für das nicht mehr Vorhandene Schadenersatz zu leisten, hier nicht einem gewöhnlichen Kurator gleichstellen, da er nicht wie dieser das Vermögen bloß für den Abwesenden, sondern vorzugsweise im eigenen Interesse verwaltet. Er haftet daher nicht für *omnis culpa* ⁴¹⁾, sondern nach

³⁸⁾ Kraut, a. a. D. S. 250 — 251.

³⁹⁾ Für den gemeinrechtl. Curator legit. abs. bemerkt Glüß, a. a. D. S. 280: „Er darf nichts von dem Vermögen veräußern, als etwa diejenigen beweglichen Sachen, die nicht aufbewahrt werden können, dahingegen jede andere Veräußerung, welche auch ein anderer Kurator nicht vornehmen kann, hier eben-
„falls nichtig ist.“

⁴⁰⁾ Dieses gilt schon von dem gemeinrechtl. Cur. leg. abs. Pfeiffer, a. a. D. S. 248 — 249 Glüß, a. a. D. S. 281.

⁴¹⁾ Wie Glüß, a. a. D. S. 280 für den gemeinrechtl. Cur. leg. abs. behauptet.

Analogie des *Creditor in possessionem missus* nur für *Dolus* und *Culpa lata* ⁴²⁾).

Anlangend aber die Befugniß des *Curat. legit. abs.* zur Antretung einer dem Verschollenen angefallenen Erbschaft, so gilt bezüglich des gemeinrechtlichen Kurators dieser Art, was wir schon oben (§. 3 Ziff. 4 lit. b und in Note 16) bezüglich des *Cur. dat. abs.*, während dessen Amtsführung noch das Leben des Abwesenden vermuthet wird, bemerkt haben. Anders verhält sich die Sache, wo die Kuratel über das Vermögen des Verschollenen als eine *Successio anticipata* betrachtet werden muß. Hier erfordert es die Konsequenz, daß die Kuratel über eine dem Verschollenen angefallene Erbschaft den übrigen Miterben des Verschollenen, oder, wenn er keinen Miterben hat, denjenigen zugestanden werde, welche nach ihm die nächsten Erben des Erblassers sind ⁴³⁾. Denn dem Systeme der erfrühten Erbfolge liegt die Ansicht zum Grunde, es müsse, wenn der Verschollene bis zu dem bestimmten Zeitpunkte nicht zurückkehrt, vermuthet werden, daß er in dem Augenblicke, wo er als verschollen betrachtet werden konnte, gestorben sei. Es kann also hiernach, so lange diese Vermuthung nicht durch das Wiedererscheinen des Verschollenen widerlegt wird, rechtlich gar nicht angenommen werden, daß er nach seiner Verschollenheit noch gelebt habe, und da nur Lebenden eine Erbschaft anfallen kann, so kann hiernach auch gar nicht von einem Anfall an ihn die Rede sein. Kämen hier lediglich die Grundsätze des römischen Rechtes in Betracht, so würde eine gewöhnliche *Cura hereditatis jacentis* anzuordnen sein. Weil aber nach der Ansicht von der *Successio anticipata* die deutsch-

⁴²⁾ Fr. 9 §. 5 D. (42. 5). Kraut, a. a. O. S. 251.

⁴³⁾ So Mevius in jus. Lubec. II. 2 art. 14 nr. 12 et 13. Kraut, a. a. O. S. 254—255.

rechtliche Kuratel über das Vermögen des Verschollenen gerade darauf beruht, daß derselbe vorläufig als verstorben behandelt wird, so verlangt es die Konsequenz, ihn auch in Bezug auf die Erbschaft, welche ihm, wenn er noch lebte, angefallen sein würde, vorläufig ebenso zu behandeln. Die Kuratel über eine solche Erbschaft muß deshalb den Miterben des Verschollenen, oder denjenigen, welche nach ihm die nächsten Erben des Erblassers sind, überlassen werden, und zwar nicht als eine *Cura hereditatis jac.*, sondern mit denselben Rechten, welche einem *Curator legit. absentis* über das von dem Verschollenen zurückgelassene Vermögen zukommen. —

§. 10. Da nach gemeinem Rechte die Erbfolge in das Vermögen des Verschollenen bis zu seinem wirklichen oder präsumirten Tode suspendirt bleibt, und von einem wohlermorbenen Rechte, welches Jemand als Erbe an dessen Vermögen erlangen könnte, vor dem Eintritte jenes Zeitpunktes nicht die Rede sein kann, so hat hienach auf die *Cura legit. abs.* immer derjenige Anspruch, welcher für den Augenblick als der nächste Erbe des Verschollenen erscheint, und ist es unrichtig, wenn von Einigen behauptet wurde, daß, wenn der Kurator während der Dauer der Kuratel stirbt, diese nunmehr auf seine Erben, statt auf diejenigen übergehe, welche zur Zeit des Todes des Kurators die nächsten Erben des Verschollenen sind ⁴⁴⁾. Anders verhält sich die Sache, wo, wie nach Salzburgerischem Partikularrechte, die *Cura leg. abs.* als eine *Succesio anticipata* erscheint. Nach der Grundlage dieses Systemes geht das Vermögen des Verschollenen, wenn der bisherige Curat.

⁴⁴⁾ Pfeiffer a. a. D. S. 244 — 245. Glüd, a. a. D. 273 — 274. Kraut, a. a. D. S. 243 — 244.

leg. stirbt, unter derselben Resolutivbedingung, unter welcher er es besaß, auf seine nächsten Erben über. ⁴⁵⁾).

§. 11. Die Anwendung des §. 4 der R. v. 21. Febr. 1777, wonach, wenn sich innerhalb weite-
terer 20 Jahre, von der ersten Erbtheilung an ge-
rechnet, nach einer wiederholten Ediktalladung gleich-
falls keine Meldung von dem Abwesenden oder von
seinetwegen ergeben hat, die Erbschaft als vollkom-
menes Eigenthum vermittelt einer rechtmäßigen
Verfährung denjenigen erworben sein soll, welche sie
bei der ersten Erbtheilung in Besitz genommen ha-
ben, — die Anwendung dieser Vorschrift setzt einen
30 jährigen Bestand der Dativkuratel und einen
20 jährigen Bestand der Cura legit. abs. vor-
aus ⁴⁶⁾. Wurde aber die erste Ediktalladung so
lange verschoben, daß nunmehr die Abwesenheit
schon seit wenigstens 50 Jahren besteht und ist
außerdem auch noch rechtsgenüßlich erhoben, daß
der Abwesende, wenn er noch lebte, das 70. Lebens-
jahr schon zurückgelegt („wenigstens schon 70 Jahre
erreicht“) haben würde, so kommt die R. v. 14.
Sept. 1785 zur Anwendung, deren Inhalt, abge-
sehen von der so eben erwähnten Voraussetzung

⁴⁵⁾ Kraut, a. a. O. S. 228. Daß der im Texte auf-
gestellte Satz unter der Voraussetzung der Succ. an-
ticipata gegründet ist, würden auch Glüß und
Pfelffer zugeben.

⁴⁶⁾ Hierbei kann allerdings der Mißstand eintreten, daß
ein Abwesender mehr als 100 Jahre alt sein kann,
und gleichwohl eine dreißigjährige Dativkuratel und
nach dieser noch eine 20 jährige Cura legitima statt-
finden muß, bevor §. 4 der R. v. 21. Febr. 1777
zur Anwendung kommen kann. Nichts desto weniger
gilt auch hier, was in B. 14 S. 206 — 207 der Bl.
für N. d. b. f. falls zum Würzburgischen Rechte auf-
gestellt wurde.

einer mindestens fünfzigjährigen Abwesenheit, im Uebrigen, der Hauptsache nach, mit dem gemeinen Rechte ⁴⁷⁾ zusammentrifft und durch dieses zu ergänzen ist. — R.

Aus den oberstgerichtlichen Entscheidungen über Aufschlagsdefraudationen nach dem Gesetze vom 10. Nov. 1848.

II. Richtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten und unrichtiger Anwendung des Gesetzes.

1.

Durch das Gesetz vom 10. Nov. 1848 wurde die Untersuchung und Bestrafung der Aufschlagsdefraudationen den Gerichten überwiesen, und sind bezüglich des Verfahrens hiebei nach Art. 3 jenes Gesetzes die für die Behandlung der Polizeistraf sachen bestehenden Bestimmungen im Allgemeinen maßgebend. Durch den in Art. 4 Abs. 2 angenommenen Grundsatz, daß das Verfahren öffentlich und mündlich, mit Ausschluß jeder geschlichen Beweis theorie, sein solle, wurde jedoch eine analoge Anwendung der deßfalligen Bestimmungen des neuen Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 zur Nothwendigkeit, wobei sich von selbst versteht, daß hier nur solche Vorschriften desselben in Frage kommen können, welche sich auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens beziehen, daher in den Fällen, wo das Gesetz über die Untersuchung und

⁴⁷⁾ Pfeiffer, a. a. O. Bd. 4 S. 364 flg. Bl. f. R. A. B 1 S. 346 — 347 und 351 — 352. B. 7 S. 198 — 199. Kraut a. a. O. S. 264 — 266. Savigny a. a. O. V. 2. S. 17 — 19. Bessler, Syst. des gem. deutsch. Priv. = R. Bd. 1 §. 58 S. 305 — 309.

Aburtheilung der Aufschlagsdefraudationen positive Vorschriften enthält, von analoger Anwendung anderer Bestimmungen, welche immer nur aushilfsweise gestattet ist, keine Rede sein kann. — Nach Art. 6 des erwähnten Gesetzes bildet das Appellationsgericht die oberste Berufungsinstanz in allen Aufschlagsdefraudationen, und ist die Zulässigkeit einer solchen Berufung an die Voraussetzung geknüpft, daß die Beschwerdesumme wenigstens 400 fl. beträgt, oder die Entfernung des Verurtheilten von dem Betriebe des Gewerbes, die Entziehung des Rechtes, Malz zu brechen, oder die Zerstörung einer Malzmühle in Frage steht. — Diese Vorschrift ist für das gegen ein appellationsgerichtliches Erkenntniß in einer Aufschlagsdefraudationsache eingewendete Rechtsmittel allein maßgebend, und es können hieher die Bestimmungen des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 über Verletzungen wesentlicher Förmlichkeiten oder irrige Anwendung des Gesetzes und über die hierauf zu bauenden Wichtigkeitsbeschwerden eine analoge Anwendung nicht finden.

DAß. vom 27. Sept. 1850 in Sachsen gegen v. E..... wegen Malzaufschlagsdefraudation; und vom 13. Dez. 1850 in Sachsen des Michael E..... von Schwabmünchen wegen derselben Uebertretung *), dann von demselben Tage in

*) In dieser Sache war mit der Beschwerde wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten und wegen irriger Anwendung des Gesetzes ein Gesuch um Wiederaufnahme der Untersuchung verbunden worden. Auch dies wurde als unzulässig verworfen, weil keiner der Fälle des Art. 6 gegeben, und daher der oberste Gerichtshof nicht in der Lage sei, auf eine Prüfung dieses Gesuches eingehen zu können.

Sachen der Bierbrauers-Wittwe Franziska Dinsinger von Vogen wegen gleicher Uebertretung.

2.

Vor allem erscheint die Einführung der auf unrichtige Anwendung des Gesetzes gebauten Nichtigkeitsbeschwerde durch Anmeldung und Einreichung einer Denkschrift als eine ganz ungeeignete; denn wenn auch bei der Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudation wegen des Mangels eines Gesetzes über das Polizeistrafverfahren die Bestimmungen des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1818, soweit thunlich, in analoge Anwendung kommen mögen, so passen doch die Vorschriften der Art. 35 und 239 dieses Gesetzes, wonach der Angeklagte das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde bei Vermeidung des Ausschlusses binnen drei Tagen anmelden muß, und die Beschwerdeg Gründe innerhalb 14 Tagen ausführen kann, — nicht hieher, da der oberste Gerichtshof in Aufschlagsdefraudationsfällen nicht Kassationshof sondern dritte Instanz ist, wie dieses in Art. 6 des Ges. v. 10. Nov. 1818, die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudationen betr., deutlich ausgesprochen ist. Eben deshalb kann aber auch von Anwendbarkeit des Art. 361 des Strafprozeßgesetzes keine Rede sein, und zwar umsoweniger, als über den Instanzenzug in Aufschlagsdefraudationen durch das betreffende Gesetz spezielle Vorschriften gegeben sind; als eine Berufung im Sinne dieses Gesetzes kann aber die eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde wegen angeblich unrichtiger Anwendung des Gesetzes weder der Form noch dem Inhalte nach betrachtet werden; hierzu würde es auch an der erforderlichen Beschwerdesumme von wenigstens 400 fl. fehlen.

DAUG. v. 29. April 1850 in Sachen des Rep:

germeisterß S von Nürnberg wegen
Fleischaußschlagßdefraudation.

3.

Nach Art. 3 des Ges. v. 10. Nov. 1848, die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagßdefraudationen betr., soll die Untersuchung nach den für die Behandlung der Polizeistrafachen bestehenden Bestimmungen geführt werden, und die analoge Anwendung der in dem Gesetze von demselben Tage über die Abänderungen des II. Th. d. StGB. enthaltenen Bestimmungen kann hierbei nur insoweit stattfinden, als sie durch den in Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes über die Aufschlagßdefraudationen angenommenen Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens geboten ist. Die Uebertragung der für den Strafprozeß vorgeschriebenen Förmlichkeiten z. B. der Berufungsanmeldung u. s. w. in das Verfahren wegen Aufschlagßdefraudationen würde nicht nur diesem als einem summarischen, sondern auch dem Wortlaute und Geiste des hiefür gegebenen Gesetzes geradezu widersprechen.

Ebendeßhalb können auch die Bestimmungen des neuen Strafprozeßgesetzes über Nichtigkeitsbeschwerden wegen Verletzungen wesentlicher Förmlichkeiten oder irriger Anwendung des Gesetzes nicht die Norm geben für Beschwerden an den obersten Gerichtshof in Aufschlagßdefraudationen; vielmehr liegt in dem deßfalligen Vorbringen des Revidenten ein offenklares Mißkennen der dem obersten Gerichtshofe in Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes über Aufschlagßdefraudationen gegebenen Stellung, da dieser hier nicht Kassationshof, sondern oberste Berufungsinstanz ist. Derselbe kann nur unter den dort bestimmt angegebenen Voraussetzungen angegangen werden, und ist hieran um so strenger festzuhalten,

als gegen die in dem Gesetze vom 4. Juni 1848 über die Grundlagen der Gesetzgebung ausgesprochenen Grundsätze in Aufschlagsdefraudationsfällen eine dritte Instanz nur wegen Wichtigkeit der in Art. 6 l. c. aufgeführten Fälle noch beibehalten wurde.

DAGE. v. 13. Dez. 1850 in Sachen des Bierbrauers Franz B.... von Landau wegen Malzaufschlagsdefraudation.

III. Außerordentliche Strafen.

Mit dem 30. Nov. 1848, als dem Tage der Verkündung des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, erlosch jede Strafgewalt der Administrativ-Behörden in Aufschlagsdefraudationen, und die denselben durch die Entschliessungen der ehemaligen Steuer- und Domainen-Sektion des Staatsministeriums der Finanzen vom 22. Juni und 20. Dez. 1809 eingeräumte Befugniß, in besonderen Fällen auf außerordentliche oder arbiträre Strafen zu erkennen, ging nothwendig auf die nunmehr mit der Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudationen betrauten Gerichte über.

DAGE. v. 29. April 1850 in Sachen des Metzgermeisters Konrad S. von Nürnberg wegen Fleischaufschlagsdefraudation.

Rt.

Mittheilungen aus der Praxis.

Anwendung des §. 65 Abs. 2 des Prozeßgesetzes bei formell unstatthafter Abhänflon.

In Bd. 14 S. 256 ist eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes mitgetheilt, nach welcher wenn

eine Adhäsion wegen Mangels der gesetzlichen Verurtheilungssumme zurückgewiesen wird, die in §. 65 Abs. 2 der P. v. 1837 gedrohte Strafe nicht zu verhängen ist, weil der §. 65 in dieser Bestimmung zwar auf §§. 54, 57 und 64, nicht aber auch auf §. 68 verweist¹⁾, und Strafbestimmungen eine ausdehnende Interpretation nicht zulassen. — Diese Entscheidung war nach unserem Dafürhalten richtig und wohl motivirt²⁾. Aber Appellanten und Revidenten mögen sich vorsehen, die Praxis des L. O. ist in Ansehung der Frage, ob wegen formell unstatthafter Adhäsion der mehrgedachte §. 65 Abs. 2 Anwendung finde oder nicht, nichts weniger als gleichförmig. In der Rechtsache Nr. 1480^{47/48} wurde auf die vom Kläger bezüglich der Fassung des Beweisurtheils erhobene Revisionsbeschwerde das Urtheil zweiter Instanz abgeändert, die Revisions-Adhäsions-Beschwerde des Beklagten aber (wegen Mangels der Konnexität: als unstatthaft abgewiesen, und der Anwalt des Beklagten — unter Einziehung der Verfassungs- und Schreibgebühren für die unzulässige Adhäsion zum Advokaten-, Wittwen- und Waisenfond — in eine Geldstrafe von 10 fl. verurtheilt. — Auch in der Rechtsache Nr. 976^{47/48} wurde diese strenge, unser Erachtens durch das Gesetz nicht gerechtfertigte, Ansicht zur Anwendung gebracht.

¹⁾ In der angeführten praktischen Mittheilung Bd. 14 S. 256 soll es in Zeile 10 derselben statt:

„§. 68 auf den §. 65“

heißen:

„§. 65 auf den §. 68.“

²⁾ Nämlich in dem Gutachten des Referenten, welchem gemäß die Nichtverhängung einer Strafe beschloffen wurde.

Berichtigung.

In Bd. 13 S. 415 Z. 11 nach: „entrichten“ sollte es: „nicht“

Literarisches Anzeigeblatt

zu den

Blättern für Rechtsanwendung

1851.

Samstag den 19. Juli.

Nr. 5.

Im Verlage der C. F. B. d'schen Buchhandlung in
Nördlingen ist so eben erschienen und durch alle Buchhand-
lungen zu beziehen:

Blätter für administrative Praxis zunächst in
Bayern. Mit Einschluß der gesammten Polizei- und
Finanzverwaltung. Herausgegeben von R. Brater.
Band I. Heft II. 90 Seiten. Preis 36 kr.

Inhalt: 1. Ueber gesetzliche Befähigung zum Geschworenen-
dienst. — 2. Die Publikation polizeilicher Verordnungen und die
Rechtskunde II. — 3. Bemerkungen über die durch §. 88 der
Verordnungen vom 24. September 1808 den Polizei- Behörden ein-
geräumte Zuständigkeit (Schluß). — 4. Das Herkommen als Rechts-
quelle bei Streitigkeiten über den Umfang von Gewerbebefugnissen.
— 5. Gewerbeverträge und civilrechtliche Verträge hierüber. —
6. Privatunterricht. — 7. Die Thätigkeit der Polizeibehörden in
Kriminalfachen. — 8. Die analoge Anwendung des Strafgeset-
buches auf das Verfahren in Polizeistrafsachen. — 9. Ausdehnung
der Polizeistrafgewalt auf Fremde. — 10. Die Verurtheilung in
Anfänglichkeits- und Verhehlungsfachen. — 11. Das Ver-
mittlungsamt und das Eheleibungsgericht. — 12. Konkurrenz der sta-
desherrlichen Besitzungen zu den Gemeindevulagen. — 13. Be-
merkungen über das Institut der öffentlichen Leihhäuser. — 14. Er-
läuterungen zu dem Gesetz über die Unterstützung und Verpflegung
hilfsbedürftiger und erkrankter Personen (Schluß). — 15. Ueber
das Verhältniß der pfälzischen Gesetzgebung zu vorstehendem Gesetz. —
16. Die Annahme von Geldpapieren bei den königlichen Rentäm-
tern. — 17. Präjudizien.

In unserm Verlage erscheinen:

Ergänzungshefte

der Sammlung von Ministerial-Entscheidungen und
Auszügen oberster richterlicher Erkenntnisse zu dem neuen
Strafverfahren für das Königreich Bayern.

Nach den einschlägigen Artikeln geordnet und herausgege-
ben mit höchster Bewilligung des k. Staats-
ministeriums der Justiz

von Dr. Fertig,

I. Appellationsgerichtsrath in Bamberg.

Das fortwährende Erscheinen instruktiver Ministerialent-

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 16. Samstag, den 2. August 1851.

Ueber die Alimentationspflichtigkeit des Ehemannes während des Scheidungsprozesses, — Wirkung der ehegerichtlichen Erlaubniß zur interimistischen Separation.

Die Ehefrau ist befugt, von ihrem Manne bis zur Auflösung der Ehe, — und so auch während des Scheidungsprozesses, standesmäßigen Unterhalt zu begehren ¹⁾.

Dieser Befugniß wird dieselbe dadurch noch nicht verlustig, daß sie den Mann temporär verlassen ²⁾, wenn nur die Schuld solcher Verlassung nicht an ihr sondern an dem Manne liegt ³⁾.

Hat der Mann in die Entfernung der Ehefrau aus seinem Hause vollends eingewilligt, so wird er um so weniger der Alimentationsverbindlichkeit sich entschlagen können.

Der Grund jener Verpflichtung liegt zum Theil

1) Seuffert's pr. P.R. §. 448 (edit. 2).

2) Hellfeld jurispr. for. §. 1225. „ . . . Maritus . . . obligatus est, ut uxorem alat, etiamsi illa . . . ad tempus eum deseruerit. . . “

3) Hofacker princ. jur. rom. germ. §. 414.

„ . . . Neque cessat (sc. obligatio ad alimenta praestanda), quando uxor a marito ex culpa ejus (sc. mariti) abest.“

auch in den häuslichen Diensten ⁴⁾), welche die Frau zu leisten hat, und es bilden für solche Dienste die Alimente gewisser Maassen ein Aequivalent; hat nun der Mann durch Gestattung der Entfernung aus seinem Hause der Frau die *operas domesticas* stillschweigend erlassen, so fällt damit noch nicht die Gegenleistung von seiner Seite hinweg.

Selbst der Miether ist zur Bezahlung des Lohnes auch dann verbunden, wenn er sich die gemietheten Dienste nicht wirklich leisten läßt ⁵⁾).

In einem vorgekommenen, nach gemeinem Rechte zu entscheiden gewesenen Falle, wo die Ehefrau sich mit Zustimmung des Mannes von ihm entfernt zu haben behauptete, und nun Alimentation außer seinem Hause von demselben beanspruchte, wurde die betreffende Klage in erster Instanz angebrachter Maassen abgewiesen, weil ein solcher Anspruch nur dann gesetzlich zulässig sei, wenn die Separation durch ehegerichtlichen Auspruch gestattet ist.

Auf deshalb ergriffene Berufung ward jedoch der Ehemann durch Erkenntniß des I. OAB., als protest. Ehegerichtes II. Instanz, v. 3. Aug. 1850, Reg. Nr. 1020⁴⁹/₅₀, für schuldig erkannt, bis zur definitiven Erledigung des Ehescheidungsprozesses täglich . . . fr. seiner Ehefrau zu bezahlen.

In den Entscheidungsgründen heist es:

„Der Ehemann ist schuldig, während der Ehe seine Ehefrau zu alimentiren, und wird von dieser Verbindlichkeit nur frei, wenn die Frau gegen seinen Willen und das Gebot des Eherichters sein Hauswesen eigenmächtig verläßt.

In dem vorliegenden Falle hat der auf

⁴⁾ Heilfeld l. c. „Quia maritus ex operibus uxoris domesticis acquirit, ille quoque obligatus est, ut uxorem aliat . . .“

⁵⁾ Seuffert a. a. O., §. 332.

Scheidung klagende Ehemann in die Entfernung seiner Ehefrau eingewilliget; demnach kann die mit seiner Genehmigung erfolgte Entfernung seiner Ehefrau kein Grund sein, ihn von seiner Alimentationspflicht zu entbinden.“⁶⁾ —

Wenn der Frau von dem Eherichter die interimistische Separation während der Dauer des Scheidungsprocesses gestattet worden ist, so kann der Mann nicht verlangen daß dieselbe in seinem Hause, — wenn gleich in einer von der seinigen getrennten Wohnung, z. B. in einer anderen Etage, — verbleibe, und eben so wenig, daß sie sich mit der von ihm zu verabreichenden Naturalverköstigung begnüge.

Die interimistische Separation wird der Ehefrau gegen den Willen des Mannes nur in solchen Fällen zugestanden, wo die Scheidung auf den Grund lebensgefährlicher, oder doch der Gesundheit bedrohlicher Mißhandlungen⁷⁾, oder heftiger fortge-

⁶⁾ Anders nach preussischem Rechte. Vergl. A. P. 28. II. 1. §. 725. „Nur in diesem Falle (wenn nämlich der Richter gestattet hat, daß die Partelen während des Processes von einander getrennt leben) kann die Frau verlangen, daß der Mann ihre Verpflegung auch außer dem Hause besorge.“

⁷⁾ Die provisorische Absonderung während des Processes kann selbst dann gestattet werden, wenn noch keine Thätlichkeiten (Säulten) vorgefallen sind, aber doch auf andere Weise durch das Zusammensein der entzweiten Ehegatten dem Leben oder der Gesundheit des klagenden Theiles Gefahr droht. OABG. v. 11. Mai 1842. Reg. Nr. 575¹¹/₄₂. — v. 15. Mai 1846. RMr. 840¹¹/₄₆. — v. 4. Febr. 1847. RMr. 188¹⁰/₄₇. v. 24. Apr. 1847. RMr. 284¹⁰/₄₇. — v. 2. Decbr. 1850. RMr. 1330¹⁰/₅₀. — Noch weniger ist die Gewährung des Gesuches gerade davon abhängig, daß solche Thätlichkeiten, welche schon an sich wegen ih-

sehter Kränkungen, wodurch die Gesundheit des beleidigten Ehegatten alterirt werden würde, nachgesucht wird, und die betreffenden Thatumstände mit zureichender Bescheinigung vertreten sind.

Der Zweck dieses Interimistikums würde aber gar nicht, oder doch nur sehr unvollkommen erreicht werden, wenn die Frau mit ihrem Manne nach wie vor unter einem Dache wohnen, oder wohl gar denselben als Küchenmeister behalten müßte; weder Gefahr für Leben und Gesundheit, noch Anlaß und Gelegenheit zu Kränkungen wären durch eine solche Art von Separation beseitigt.

Was namentlich die Kost anbelangt, so würde solche wohl in seltenen Fällen aus Lieblingsgerichten bestehen, oder doch bei diesen das „*toujours perdrix*“ eintreffen.

Allerdings dürfen Provisionalverfügungen den gegenwärtigen Zustand so wenig als möglich verändern, — dem Impetraten nur den möglichst geringen Nachtheil zufügen *).

Alein dieser Rechtsatz darf nicht zu solcher Geltung gebracht werden, daß das Provisorium wirkungslos würde, oder doch dem Zwecke desselben wesentlicher Abbruch geschähe.

rer Gefährlichkeit für Leben oder Gesundheit eine Scheidungsklage begründen würden, vorgefallen sind. OABG. v. 4. Juli 1845. RMr. 1035⁴¹/45. — v. 23. Okt. 1847. RMr. 1523⁴⁰/47. — v. 2. Dez. 1850. RMr. 1330⁴⁰/50. — Der §. 724, Tit. 1, Th. II. des preuß. Landr. ist nicht bloß von Säultien, sondern auch von anderen Fällen zu verstehen, wo bei fernerm Zusammensein dem Leben oder der Gesundheit des klagenden Theiles Gefahr droht. cf. Ergänzungen und Erläut. des allg. Landr. f. d. preuß. Staaten. Bd. III S. 163. Zweite Ausg. und Bornemann syst. Darstellung des preuß. Eivilrechtes Bd. V S. 255. Anm. d. Redaktion.

*) Seuffert's Commentar, Bd. II. S. 85.

Die temporäre Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bett hat bekanntlich die Tendenz, nach Besserung und Ausöhnung der Gemüther eine löblichere Fortsetzung der Ehe herbei zu führen ⁹⁾, und schon die interimistische Trennung der Eheleute kann zu einem gleichen Ziele führen; eine Umstim- mung der Gemüther läßt sich aber nur davon hof- fen, daß der Ehegatte in ein ganz anderes Terrain versetzt, aus seinen bisherigen Verhältnissen gerissen, seinen früheren Umgebungen entrückt wird und der- gestalt zu einer ruhigen, besonnenen Würdigung der obwaltenden Dissidien und Zerwürfnisse gelangt.

Der Mann muß daher, nach ehegerichtlicher Gestaltung der interimistischen Trennung, die Frau aus seinem Hause ¹⁰⁾ ziehen lassen, dann ihr die Ali- mentation in, den Standesverhältnissen ¹¹⁾ ange- messenem, Geldanschlage verabreichen.

Da die Alimentation nicht nur Nahrung, son- dern überdies Kleidung, Wohnung und nothwendige Bedienung begreift ¹²⁾; so wird auch bei der Bestim- mung des Alimentsatzes auf alle diese Bedürf- nisse Rücksicht zu nehmen sein, und um so weniger beim Abzuge der Frau der Mann derselben ihre be- reits besitzenden Kleider vorenthalten können.

Im Uebrigen wird durch die interimistische Se- paration an den ehelichen Rechtsverhältnissen und an den Vermögensverhältnissen zumal nichts geän- dert, indem Erstere ja sogar während einer tempo-

⁹⁾ Geuffer's pr. PR. §. 447.

¹⁰⁾ Vergl. A. P. PR. II. 1 §. 725, verbiis:
„außer dem Hause.“

¹¹⁾ Wenn anders dem Manne die Mittel hierzu nicht ab- gehen. Vergl. A. P. PR. II. 1 §. 186. „Mit dem nothdürftigen Unterhalte muß sie (die Frau) sich begnügen, wenn ihr der Mann den standesmäßi- gen nicht verschaffen kann.“

¹²⁾ Geuffer's pr. PR. §. 449.

rären Scheidung, abgesehen von der Lebensgemeinschaft fortbauern ¹³⁾).

Dem Manne verbleibt daher nach wie vor Verwaltung und Nutznießung (*dominium civile*) des Totalvermögens, und wenn die Ehegatten in einem Hause gewohnt, welcher einen Bestandtheil jenes Vermögens bildet; so kann die interimistisch sich separirende Ehefrau nicht mit Grund verlangen, daß der Mann sich aus dem Hause entferne und ihr das Feld räume.

Die Ehefrau hat auch weiter nichts als eine Art *interdictum de migrando* beim Eherichter ausgewirkt, — der Mann muß sie ziehen lassen, er selbst aber braucht sich nicht von der Stelle zu bewegen, — nicht von Haus und Hof sich zu entfernen.

Dr. Feust.

Handlohn vom Werthe der Häuser.

Die Anwendung der Bestimmung des §. 11 im VI. Edikte zur III., „daß das Handlohn vom Werthe der Häuser, wo es herkömmlich ist, nicht erhöht, und wo es nicht hergebracht war, gar nicht angesetzt werden darf“, kann nicht auf den Fall beschränkt werden, wenn Häuser als selbstständige Lehenobjekte für sich zur Verhandlohnung gezogen werden sollen, sondern sie hat auch in Ansehung solcher Häuser und Gebäude einzutreten, welche zu einem Gutskomplexe gehören.

Das Gesetz macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, und sowohl der Grund desselben, als

¹³⁾ Geuffert a. a. O. §. 447. in Anm.

auch dessen Zusammenhang mit den übrigen im Tit. I unter B. des alleg. Ediktes enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen geben zu erkennen, daß nicht beabsichtigt worden sein konnte, einen derartigen Unterschied eintreten zu lassen.

Der §. 11 a. a. D. ist wörtlich gleichlautend mit dem §. 76 des früheren organ. Ediktes vom 28. Juli 1808 und aus diesem in das spätere vom 26. Mai 1818 übergetragen worden.

Der Grund, auf welchem das in diesen Edikten enthaltene Verbot beruht, wurde in der allerb. Entschließung vom 29. Nov. 1815, die Laudemial-Erhebung von Gebäuden betr. (Seret's Samml. Bd. V, S. 44), dahin angegeben, weil es für nothwendig erachtet worden sei, den Grundsatz, daß Gebäude auf einem grundbaren Gute, weil sie die Eigenschaft als Meliorationen und Appertinenzstücke dieses Gutes annehmen, mit demselben auch dem Laudemium unterworfen seien, aus höheren, zum Besten der Population und Industrie gereichenden Absichten theils zu beschränken, theils aufzuheben.

Dieser Grund des in den Edikten enthaltenen Verbotes paßt vorzugsweise auf Gebäude, welche zu einem Gutskomplexe gehören, weil einerseits die bei einem Landgute befindlichen Wohn- und Oekonomie-Gebäude nothwendige Bestandtheile zu dessen Bewirthschaftung sind, andererseits aber als eine Last desselben erscheinen, indem sie keine Früchte tragen, vielmehr aus den Erträgnissen des Grund und Bodens unterhalten werden müssen. Es war daher dem beabsichtigten Zwecke, welcher durch jenes Verbot gefördert und erreicht werden sollte, angemessen, daß der Grundhold, wenn er Verbesserungen, Erweiterungen und Renovationen an seinem Wohnhause und Oekonomiegebäuden vornahm, oder neue zur Guthsbewirthschaftung nöthige Gebäude

errichtet, nicht mit einer größeren oder neueren Handlohnslast in Ansehung dieser Objekte beschwert wurde*).

Daß das Verbot vorzüglich auf die zu einem Gutskomplexe gehörigen Gebäude Bezug hatte, gibt die erwähnte allerbh. Entschließung vom 29. Nov. 1815 mit klaren Worten zu erkennen, indem darin gesagt wird:

„Aus der Bestimmung des §. 78 mit Rücksicht auf §. 73 des Ediktes vom 28. Juli 1808 folgt: a) auf Gutskomplexen, wo das Laudemium von Gebäuden nach den vor dem Jahre 1809 geltend gewesenen Gesetzen und Observanzen herkömmlich ist, darf solches nur nach dem bisherigen Betrage erhoben, folglich der allenfalls höhere Werth von wieder hergestellten, oder ganz neuen Gebäuden nicht eingerechnet werden; b) auf Gutskomplexen, wo der Bezug der Laudemien von Gebäuden in dem so eben bemerkten Termine nicht hergebracht war, dürfen diese Laudemien weder von wiederhergestellten, noch von ganz neuen Gebäuden erhoben werden“.

Nicht minder folgt aus dem Zusammenhange des §. 11 mit den übrigen Bestimmungen im betreffenden Abschnitte des VI. Ediktes zur Bl., daß das im §. 11 enthaltene Verbot nicht bloß von Häusern, welche für sich allein bestehen, sondern auch von Häusern und Gebäuden, welche zu einem Gutskomplexe gehören, zu verstehen sei, denn der §. 11 schließt sich unmittelbar den ihm vorhergehenden §§. an, welche vom getheilten Eigenthume und den hierauf bezüglichen Kolonat- oder ähnlichen grundherr-

*) Vgl. Plenarbeschl. v. 27. Febr. 1840, Nr. 5 der Motive. Reg.-Bl. S. 213 ff. — Bd. IX S. 409 dieser Blätter.

lichen Verträgen handeln, die über die Anbauung und Benützung des dem Gutsherrn eigenthümlichen Grund und Bodens geschlossen worden sind; ferner wird in demselben §. 11 auch von Vieh und Fahrniß, ingleichen von baarem Gelde Erwähnung gemacht, welche Gegenstände, abgesehen von einem handlohnbaren Bauerngute, nie Gegenstand eines emphytheutischen Vertrages sein, und nur als Requisiten eines grundbaren Bauerngutes vorkommen und in dieser Eigenschaft durch Mißbrauch in die Handlohnspflichtigkeit hatten hineingezogen werden können; endlich kann auch das, was im §. 12 *ibid.* vom Austrage, Alttheil, Gutsabtrage *cc.* vorkommt, wieder nur in Beziehung auf handlohnbare Bauerngüter verstanden werden.

Für die vorstehend ausgeführte Ansicht über die Auslegung des §. 11 *cit.* hat sich auch der oberste Gerichtshof in den Erkenntnissen v. 19. Nov. 1838, Reg.-Nr. 245³³/₃₄ und v. 26. April 1851, Reg.-Nr. 77⁵⁰/₅₁, ausgesprochen.

Gl.

Aus den oberstgerichtlichen Entscheidungen über Aufschlagsdefraudationen nach dem Gesetze vom 10. Nov. 1848.

IV. Vollendung der Defraudation. — Rechtswidrige Absicht.

Das Aufschlagsmandat vom 28. Juli 1807 hat zwar für das Vergehen der Malzaufschlagsdefraudation eine bestimmte Definition nicht gegeben, aber in §. XIX jene Handlungen genau bezeichnet, durch deren Begehung der Aufschlagspflichtige sich dieses Vergehens schuldig macht, und die Strafen hiefür festgesetzt. Bei der Eigenthümlichkeit der

Uebertretung können die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Unterschlagung oder Betrug, über rechtswidrige Absicht hier keine analoge Anwendung finden, vielmehr kommt es hierbei auf die Absicht des Handelnden gar nicht an, und ist das Vergehen vollendet, sobald die im Gesetze als strafbar bezeichnete Handlung begangen ist, wenn dieselbe auch keine wirkliche Vorenthaltung oder Veruntreuung des Aufschlages, sondern nur die Möglichkeit einer Gefährdung enthält. — Als eine strafbare Defraudation erklärt unter Anderem der §. XIX den Fall, wenn ein Brauhaus-Inhaber auf einer eigenen oder fremden Mühle ohne vorgängige Erholung der Pollette Malz bricht, und das Vergehen ist vollendet, wenn das Malz, ohne daß hiefür eine Pollette erholt wurde, auf die Mühle gebracht ist; daß es dort auch wirklich gebrochen wurde, ist nicht erforderlich, da das Strafbare der Handlung darin liegt, daß der Aufschlagspflichtige durch die unterlassene Erholung der Pollette dem Aufschlagspersonale die Kontrolle unmöglich macht. Die Behauptung, daß zur Annahme einer Aufschlagsdefraudation der Malzbruch ohne Pollette nicht genüge, sondern daß hiezu auch die Ueberreichung einer falschen Quartalsanzeige gehöre, widerspricht nicht nur dem Geiste sondern auch dem Wortlaute des Gesetzes, indem nach §. XIX in jedem der von a bis f aufgeführten Fälle die angedrohte Strafe eintreten hat, und somit auch der sub lit. f. angeführte Fall als ein selbstständig strafbares Reat erscheint. Denn auch derjenige, welcher überwiesen wird, daß er mehr Malz, als er in der Quartalsanzeige angeführt, verbraucht, somit eine falsche Quartalsanzeige übergeben hat, soll als Defraudant bestraft werden, da ihm dieses nur durch Umgehung der gesetzlichen Vorschriften, somit in Folge einer Gefährde möglich war. Die gegentheilige An-

nahme würde zu der Absurdität führen, daß derjenige, welcher Malz ohne Pollette, oder mehr Malz, als diese ausweist, bricht, immer erst am Schlusse des Quartales zur Verantwortung gezogen werden könnte, indem abgewartet werden müßte, ob er das bereits defraudirte Malzquantum nicht etwa doch in der Quartalsanzeige aufführt. In dem letzteren Falle eine Strafslosigkeit annehmen zu wollen, stünde mit dem Geiste und Wortlaute des Gesetzes im offenbarsten Widerspruche.

UAG. vom 13. Dez. 1850 in Sachen des Bierbrauers Joh. Th. a. J. wegen Malzausschlagsdefraudation.

V. Beweis der Defraudation. — Haftung für die Handlungen der Dienstleute.

Nach §. XIX Lit. A. 6 sollen diejenigen Bräuhausbesitzer, welche überwiesen werden, daß sie außer dem zufälligen Ueberschusse, welcher einen halben Megen per Schäffel nicht übersteigen darf, mehr Malz als die erholte Pollette ausweist, ¹⁾ brechen lassen, nebst dem Ersatze des Abschlags-Entganges das erste Mal mit 100 Reichsthaler bestraft werden. Der strafbare Ueberschuß wird durch eine Vergleichung des in der Pollette angegebenen Quantum mit dem dort attestirten Messungsbefunde constatirt, und der deßfallige Eintrag des eidlich verpflichteten Müllers oder Malzbrechers verdient so lange vollen Glauben, als nicht besondere Gründe vorliegen, welche die Richtigkeit dieser Angabe bezweifeln lassen. Da nach Art. 4 des Ges. v. 10. Nov. 1848 jede gesetzliche Beweisstheorie ausgeschlossen ist, kann es nur darauf ankommen, ob die erhobenen Momente in dem Richter die Ueberzeugung begründen, daß das Malz mit unpässlichem Ueberschusse auf die Mühle gebracht wurde; hiermit ist

die Defraudation vollendet, ohne daß es dabei auf die Absicht des Defraudanten ankommt. —

Die Strafe trifft nach dem Gesetze den Brauhaus-Inhaber, und als solcher erscheint Graf Disting, da dessen Bräuhaus auf Regie betrieben wird; und da derselbe auch für die Handlungen seiner Angehörigen und Dienstleute haftet, ist es gleichgültig, daß im vorliegenden Falle die Gerste von dem aufgestellten Bräumeister zur Mühle geschickt wurde. Dem Bräuhausbesitzer bleibt nur der Regreß gegen den pflichtwidrig handelnden Diener, welcher sich dessen umsoweniger entschlagen kann, wenn, wie hier, schon im Dienstvertrage deshalb Vorsorge getroffen ist; dieses Verhältniß ändert aber an der Haftbarkeit des Bräuhausbesitzers nichts.

DAGE. v. 20. Nov. 1849 in Sachen des Grafen D..... wegen Malzaufschlagsdefraudation.

VI. Berufungsrecht des Anzeigers (Aufbringers).

Im Art. 6 des Ges. v. 10. Nov. 1848 die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudationen betr., sind das Fiskalat und der Verurtheilte als diejenigen Personen bezeichnet, welchen das Rechtsmittel der Berufung ausschließlich zusteht. Hierdurch ist dem Anzeiger (Aufbringer) der Defraudation, welcher nach der am 20. Oktober 1807 erlassenen Instruktion für die Oberaufschlagämter §. 68 lit. c selbstständig appelliren konnte, das Recht der Berufung entzogen, weil, wie die Motive zu dem Gesetzentwurfe besagen, eine auf Privateigennuß beruhende Mitwirkung des Aufbringers weder angemessen noch nothwendig ist.

Malzauffseher H. kann nicht behaupten, daß über seine Anzeige nach gehöriger Untersuchung nicht förmlich entschieden worden sei, denn dieses wird

durch die beiden vorinstanzlichen Erkenntnisse faktisch widerlegt; dagegen aber, daß diese Entscheidungen, wenigstens jene des l. Appellationsgerichtes nicht in seinem Interesse ausfiel, steht ihm kein Beschwerderecht zu. Glaubt Malzauffseher H. sich durch jene Entscheidung in seinen Dienst- und Besoldungsrechten gekränkt, wie er behauptet, so mag er seine deßfalligen Ansprüche auf geeignetem Wege geltend machen; im Wege der Berufung ist dieses jedoch unstatthaft.

DAGE. vom 29. April 1850 in Sachen des
Müllers Simon R. . . . v. Bodenmühle wegen
Malzausschlagsdefraudation.

Mr.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Einrede der Kompensation bei Ehescheidungsklagen.

(Preussisches Recht.)

In einem Ehescheidungsprozeß hatte die Beklagte behauptet, daß der Kläger, — welcher seine Klage auch auf §. 703. II. 1. des allgemeinen preussischen Landrechtes stützte, die ihr zur Last gelegte Unverträglichkeit und Zanksucht durch sein Betragen hervorgerufen habe.

Sie hatte auf dem Grunde der deßfalls angeführten speziellen Thatumstände die Einrede der Kompensation entgegen gesetzt, und um Entbindung von der Klage gebeten.

Der Richter I. Instanz verwarf diese Einrede, weil es sich hier lediglich um die Feststellung einer der

der Beklagten vorgeworfenen Gemüthsseigenschaft, und der Richtung derselben in dem vom Kläger angegebenen Grade handle.

Auf die hiergegen ergriffene Berufung wurde der Beklagten jedoch eventuell zu beweisen nachgelassen:

„daß ihr der Kläger durch sein Betragen zu ihrer Unverträglichkeit und Zanksucht selbst hinreichende Veranlassung gegeben habe“.

Die Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„Nach §. 719. Th. II. Tit. 1. des pr. R. tritt eine Kompensation zum Zwecke der Zurückweisung der Ehescheidungsklage dann ein, wenn der auf die Scheidung dringende Ehegatte den anderen, welcher die Ehe fortsetzen will, zu denjenigen Vergehungen, worauf die Klage gegründet wird, durch sein unsittliches Betragen selbst veranlaßt hat, was jedoch nach der Praxis nur so zu verstehen ist, wenn der Kläger den anderen Ehegatten durch direkte oder indirekte Mittel absichtlich zu dem Vergehen verleitet hat.

Vornemann's Kommentar Bd. V S. 250.

Daß die Wirksamkeit der Einrede der Kompensation nur auf eigentliche Vergehungen — *delicta* beschränkt sei, wie der Kläger in seiner Appellations- Nebenverantwortung auszuführen versuchte, der §. 719 aber nicht zur Anwendung kommen könne, wenn die Ehescheidung lediglich wegen Gemüthsfehler und Neigungen verlangt werde, kann aus dem erwähnten Paragraphen nicht entnommen werden; denn er gestattet die Kompensation ohne Ausscheidung und Distinktion bei allen Vergehungen, worauf die Klage gegründet wird, wenn der klagende Theil den anderen, welcher die Ehe fortsetzen will, zu diesen Vergehungen durch sein unsittliches Betragen selbst veranlaßt hat.

Der Ausdruck: „Vergehungen, welchen

daß pr. W. im §. 719 gebraucht, kann deshalb nicht bloß auf eigentliche delicta bezogen werden, sondern er bezieht sich auf alle Ehescheidungs-Gründe, aus welchen das pr. W. eine Trennung der Ehe gestattet.

Inßbesondere aber erscheint eine Kompensation auch bei Unverträglichkeit und Zanksucht zulässig, da, wenn der klagende Theil durch seinerseits verübte Schmähungen und Thätlichkeiten, oder überhaupt durch sein Betragen der Beklagten zu dieser Unverträglichkeit und Zanksucht selbst Veranlassung gegeben hat, nicht angenommen werden kann, daß dieselbe in ihrer Bosheit ihren Grund habe, und da nur in diesem Falle der unschuldige Theil nach §. 703 l. c. die Trennung der Ehe verlangen kann^{*)}.

DAGE. v. 3. Aug. 1850. Nr. 984^{49/50}. F.

2.

Ehehaften unterliegen der Ablösung nicht.

Ehehaften sind zwar Realrechte, die zu denselben gehörigen Bezüge sind Reallasten, im Sinne

*) Nach kanonischem Rechte findet die Befugniß, auf Ehescheidung anzutragen, nicht statt, wenn der Schuldige von dem Anderen zur Untreue verleitet wurde.

Cap. 6. l. de eo qui cogn. consang. (4. 13.)

„... cum adulterium ei non possit obicere, qui eam adulterandam tradidit, praesertim invitam...“

Klägerischer Seite war nun zu zeigen versucht worden, daß in §. 719 cit. bloß die angezogene Bestimmung des kanonischen Rechtes, jedoch generalisirt, wieder gegeben sei, d. h. nicht mehr auf die Adulterienklage beschränkt; immer aber müsse die Ehescheidung auf dem Grunde von Vergehungen (crimina, delicta) nachgesucht worden sein, wenn eine Berufung auf jene Gesetzesstelle Platz greifen solle.

Vergl. Brendel's Kirchenrecht, S. 617 (edit. 2).

des Gesezes aber keine Grundlasten, da kein grundherrlicher Verband besteht, eben deswegen aber auch nicht nach den Normen des Ablösungsgesezes ablösbar. Ehehaftsbreichnisse beruhen auf einem gegenseitigem onerosen Vortrage, sind daher nur im Wege des gegenseitigen Vertrages veränderlich. Insbesondere kann der Ehehaftsberechtigte nicht gehalten sein, auf den Grund des Ablösungsgesezes sich seine Bezüge durch Fixation, Kapitalisirung des fixirten Betrages, theilweise unentgeltliche Aufhebung seiner Gerechtsame schmälern zu lassen, während er trotz dieser Aufhebung und Schmälerung der ihm zustehenden Bezüge gehalten bliebe, seine Gegenreichnisse unter unveränderter Minderung des Arbeitslohnes an die Verpflichteten fort zu prästiren.

DAGE. v. 8. Febr. 1851. NR. 290⁵⁰/₅₁.

β. κ.

3.

Nachweis des Besizes von Seite des Provokatens.

(Zu OD. Kap. IV. §. 5 Nr. 6. Kommentar Bb. II. S. 129. Bl. f. RA. Bb. XII S. 352).

Der Besitzer einer Sache und der Quasibesitzer eines Rechtes kann zur Klagestellung nicht provoziert werden.

Auf besondere Eigenschaften des Besizes nach Dauer, Titel und gutem Glauben oder auf das Recht selbst kommt es hiebei nicht an; alle diese Fragen sind vielmehr erst im künftigen possessorischen oder petitorischen Hauptprozeße zu erörtern und zu entscheiden; im Diffamationsstreite aber handelt es sich nur darum, ob sich Diffamant zur Zeit der Provokation im faktischen Zustande der Ausübung befand.

DAGE. v. 24. Sept. 1849. NR. 1214⁴⁶/₄₇.

β. κ.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 17. Samstag, den 16. August 1851.

**Anheirathung eines Gutes und Verabredung eines
Rückfalls nach bayerischem Rechte.**

Uebereinstimmend mit den im X. Bande S. 187 dieser Blätter mitgetheilten Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses und gegen die im nämlichen Bande Seite 299 deshalb erhobenen Bedenken wurde in einem unter Nr. 41⁴⁹/₅₀ am 23. November 1850 erlassenen Erkenntnisse des k. OUG. durch Bestätigung des in Mitte gelegenen Erkenntnisses der zweiten Instanz ausgesprochen:

daß die Ehefrau, welcher das Anwesen ihres Mannes in dem Heirathsvertrage im Anschlage zu 7000 fl. zum vollen Miteigenthume und Mitbesitze mit der Auflage angeheirathet war, für den Fall des Vorabsterbens des Mannes sich mit den vorhandenen Kindern wegen des Vatergutes zu vergleichen, nach dem Tode des Mannes dadurch, daß sie dieser Auflage genüge, Alleineigenthümerin des Anwesens geworden sei, und die Kinder auf dasselbe keine weiteren Erb- oder Eigenthumsansprüche erheben könnten.

Diese in Ober- und Niederbayern täglich vorkommenden Eheverträge, nach welchen dasjenige der Brautleute, welches das Anwesen in die Ehe bringt, solches dem Andern für das von diesem

einzubringende baare Geld in der Art zur Widerlage bestimmt, oder in der Art anheirathet, daß dasselbe dieses Anwesen zum Mitbesitze, oder zum Mitbesitze und Miteigenthum oder zum Mitbesitze und nach dem Tode des Erstverlebenden zum alleinigen Besitze, oder in diesem Falle zum alleinigen Eigenthum u. dgl. haben soll, sind unverkennbare Ueberbleibsel der von dem römischen Dotalsysteme verdrängten deutschen allgemeinen Gütergemeinschaft, deren Spuren auch noch in anderer Weise z. B. in dem der Ehefrau an der Errungenschaft bewilligten Antheile, in der gemeinschaftlichen Haftung beider Ehegatten bei offenem Kram und Laden, und in dem in der Stadt München noch geltenden Erbrechte des überlebenden Gatten in das ganze Vermögen des kinderlos Verstorbenen zu finden sind. Bei jeder Verehelichung bleibt es ein Hauptzweck der Brautleute, sich den künftigen Nahrungsstand zu sichern, wie man zu sagen pflegt, sich durch Heirath zu versorgen. Jedes derselben bemißt das Vermögen, welches beide rseits eingebracht werden soll, und wenn solches zum Nahrungsstand für die Lebensdauer hinreicht, wird die Ehe eingegangen, sowie selbst bei Ertheilung obrigkeitlicher Bewilligung zur Ansässigmachung und Verehelichung nur auf das gemeinschaftlich, d. h. beiderseits eingebracht werdende Vermögen gesehen wird, und diese Bewilligung, sobald hiedurch der Nahrungsstand beider Brautleute begründet ist, erfolgt, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, wieviel jeder der beiden Gatten in die Ehe bringt, wieviel hievon im Todesfalle dem andern zufällt, und in wieweit dieses an- oder zurückfallende Vermögen dann geeignet wäre, den Unterhalt des Ueberlebenden zu decken.

So wie aber hiernach der Nahrungsstand nicht bloß auf die Dauer der Ehe sondern auf die

Lebenszeit beider Ehegatten erzielt werden soll, und sowie dieses zum Nahrungsstande bestimmte Vermögen durch die allgemeine Gütergemeinschaft in der Regel zu einem gemeinschaftlichen Vermögen in der Art gemacht wird, daß es beim Sterbfalle des einen Ehegatten nicht sofort wieder ausgeschieden wird, sondern bis zum Tode des den andern Ueberlebenden ungetheilt beisammen bleibt, so geht auch der Zweck aller dieser Eheverträge dahin, das Vermögen, welches beiderseits zusammengebracht wird, auch nach der Trennung der Ehe durch Sterbfall für den Ueberlebenden beisammen zu erhalten, die auf dem Anwesen begründete Ansässigmachung auf die Lebenszeit beider Ehegatten zu erstrecken, und der alten Gewohnheit treu zu bleiben, nach welcher, wie Baron von Schmid in seinem Kommentar zum Bayerischen Landrechte Th. 1 Art. 1 Nr. 8 bemerkt, an vielen Orten nach aufgelöster Ehe wenigstens die des Eigenthum des Mannes blieb, für welches Gewohnheitsrecht er aber sogleich so viele Ausnahmen aufstellen zu müssen glaubt, daß auch dieses Ueberbleibsel einer deutschen Gütergemeinschaft vollständig vernichtet wird.

Auch wie bei Eingehung einer allgemeinen deutschrechtlichen Gütergemeinschaft zunächst und fast ausschließlich nur die Rechtsverhältnisse der Kontrahenten und nicht die der etwa zu erwartenden Kinder berücksichtigt oder gewahrt werden, so wird auch bei allen diesen Eheverträgen, wenn der Hauptzweck, Sicherung des Anwesens für den Ueberlebenden, erreicht ist, der Rechtsverhältnisse der noch zu erwartenden Kinder nur noch insoweit gedacht, als es das, im Gegensatz einer allgemeinen Gütergemeinschaft auf dem Dotalsystem beruhende Provinzialgesetz als unvermeidliche Folge mit sich bringt, was mit dem oberflächlichen Beisatz

zu geschehen pflegt, daß der Ueberlebende den Kindern das Vater, beziehungsweise Muttergut auszuzeigen habe, oder, wie es noch gewöhnlicher heißt, sich hinsichtlich des Vater, oder Muttergutes mit den Kindern zu vertragen, zu vergleichen habe.

In keinem dieser Eheverträge, welche über Jahrhunderte hinaus in gleicher Form sich fortgeerbt haben, ist das Dotalsystem in seiner Wesenheit ergriffen und durchgeführt, und selbst bei gerichtlicher Errichtung derselben wird kein Anstand gefunden, dem Manne mit dem Anwesen eine Widerlage zu errichten, wenn zufällig Er das baare Geld, die Frau aber das Anwesen in die Ehe gebracht hat.

Dieser Zweck der Kontrahenten muß dann auch der Auslegung von derlei Verträgen zu Grunde gelegt werden, und fand in mehreren Erkenntnissen unseres obersten Gerichtshofs seine volle Berücksichtigung dadurch, daß das Anwesen selbst in dem Falle, in welchem es dem Ueberlebenden nur zum alleinigen Besitze angeheirathet war, diesem als volles Eigenthum zuerkannt, und ihm hiebei nur die Verbindlichkeit auferlegt wurde, den Kindern den ihnen von dem Verstorbenen angefallenen Erbtheil in Geld auszumitteln, und denselben für diesen Geldbetrag als Gläubiger zu haften.

Zu diesem nämlichen Zwecke, daß auch der Ueberlebende unvertrieben im gemeinschaftlichen Vermögen verbleibe, ist auch diesen Verträgen gewöhnlich die Bestimmung eines Rückfalls beigefügt, d. h. es ist ein gewisser Betrag festgesetzt, den der Ueberlebende für den Fall des kinderlosen Absterbens des Einen der Ehegatten den Intestaterben des Verlebten hinauszuzahlen hat, welche Rückfallsbestimmung als ein reiner, dem Ehevertrage angehängter Erbvertrag zu betrachten ist, und betrachtet wird.

Auch hier geht die Absicht der Kontrahenten

unverkennbar dahin, daß für einen solchen Todesfall des einen oder des andern Ehegatten am häuslichen Güterstande nichts geändert werde, eine Ausscheidung der Erbmasse vermieden bleibe, und das Gesamtanwesen gegen Hinausbezahlung der bestimmten Summe dem Ueberlebenden erhalten werde.

In einem Falle, in welchem eine Wittve ihrem Bräutigam, der 1200 fl. in die Ehe brachte, ihr sämmtliches besitzendes Vermögen zu Dorf und zu Feld ohne Ausnahme nebst Schulden herein und hinaus (was gleichfalls auf das Wesen einer allgemeinen Gütergemeinschaft hindeutet) mit dem Beisatze angeheirathet hatte, daß er nebst ihr lebenslänglich unvertriebener Besitzer sein und verbleiben, im Falle des Absterbens der Ehefrau ohne Kinder aber ihren nächsten Verwandten 500 fl. hinauszahlen sollte, wurden daher in einem unter 1846.⁴⁸/₄₉ am 18. Februar 1851 erlassenen oberstrichterlichen Erkenntnisse die von den nächsten Verwandten dieser Ehefrau auf das von ihr herrührende Anwesen erhobenen Ansprüche gleichfalls abgewiesen, und in den Gründen bemerkt:

Die Behauptung, daß durch den in Mitte liegenden Vertrag dem Beklagten bloß Besitz und Nießbrauchsrechte an dem von seiner Ehefrau herrührenden Vermögen eingeräumt seien, sei unrichtig, vielmehr ergebe der Vertrag, daß die Ehefrau demselben nicht nur ihr gesamtes Vermögen zum Miteigenthume angeheirathet habe, sondern auch beide Ehegatten für den Fall, daß aus ihrer Ehe keine Kinder vorhanden sein sollten, einander gegenseitig zu Universalerben eingesetzt hätten. Das Wort Besitz, wie die Anmerkungen zum Civilrecht Th. II Kap. 5 §. 1 lit. a enthielten, habe unterschiedliche Bedeutungen, und werde in *sensu lato vel in proprio* auch für besessene Habe und

selbst für das Eigenthumsrecht gebraucht. In dem nämlichen Vertrage sei auch der verstorbene erste Ehemann der Verlebten nur als Besitzer des fraglichen Anwesens angeführt, so wie dieselbe in diesem Vertrage ihrem zweiten Ehemanne auch ihr sämmtliches besitzendes Vermögen verheirathe, wornach der Beisatz: und solle er nebst ihr lebenslänglich unvertriebener Besitzer sein, nur die Bedeutung gewinnen könne, daß dem Beklagten gleiche Rechte mit seiner Ehefrau an dem beweglichen und unbeweglichen Vermögen, also Mit eigenthumsrechte eingeräumt seien.

Aus dem Begriffe des Rückfalls als einer durch Erbvertrag dem vertragsmäßigen Erben zu Gunsten der präsumtiven Intestaterben unter einer Suspensivbedingung auferlegten Leistung folge von selbst, daß wenn die Wittwe ihrem zweiten Manne ihr sämmtliches Vermögen mit der Bedingung verheirathet habe, im Falle ihres kinderlosen Absterbens eine bestimmte Summe als Rückfall an ihre nächsten Verwandten hinauszuzahlen, diese Verwandten neben dem bedungenen Rückfalle nicht auch noch ein Erbrecht auf ihren Nachlaß oder einen Theil desselben ansprechen könnten, da der Rückfall eben zur Abfindung ihrer Erbsprüche bestimmt worden sei.

Ganz gleiche Grundsätze hat der oberste Gerichtshof dann auch schon in einem unter Nr. 928^{44/45} am 1. Juli 1848 erlassenen Erkenntnisse ausgesprochen, in welchem Falle der Mann das Gut, die Frau aber baares Geld in die Ehe gebracht hatte, und nach dem Ehevertrage der Mann diese das mit seinem ganzen Anwesen widerlegt, und dasselbe seiner Braut in der Art angeheirathet hatte, daß sie sogleich Mitbesitzerin und Mit eigenthümerin, nach dem Tode aber Alleineigenthümerin sein sollte, jedoch wenn er ohne

Kinder aus dieser Ehe versterben sollte, seiner Tochter aus erster Ehe das Vatergut anzeigen müsse. Auch hier wurde die Klage dieser Tochter auf Herausgabe des zur Widerlage bestimmt gewesenen Gutes zurückgewiesen, das Gut der Wittve als Alleineigenthum zuerkannt, derselben jedoch hiebei die Verbindlichkeit auferlegt, unter Zurückbehaltung eines ihrem in die Ehe eingebrachten Vermögens gleichkommenden Theils auf ihre Lebensdauer als Widerlage dieses ihres Eingebrachten, der Tochter das Vatergut nach dem noch zu ermittelnden Werthe desselben herauszuzahlen. Geigel.

Oberrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte nach dem Gesetze vom 28. Mai 1850.

VIII.

Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte bezüglich der Beschlußfassung über strafrechtliche Voruntersuchungen.

Wegen eines an M. A. Schmölg von Altranga verübten Diebstahlvergehens hatte das k. Landgericht Obergünzburg eine Untersuchung eingeleitet, und die Verdächtigen, Johann und Anton Wagner, dann Barbara Engelhart verhaften lassen; inzwischen ergab sich, daß gegen dieselben auch bei dem Landgerichte München wegen eines in dessen Bezirke an Joseph Ernbed von Perlach begangenen Diebstahlvergehens eine Untersuchung eingeleitet worden war, und das k. Landgericht München gab die desfallsigen Akten zur Fortführung an das k. Landgericht Obergünzburg ab. Letzteres legte, nachdem die Untersuchung wegen beider Reate durchgeführt war, die Akten dem Kreis- und Stadtgerichte Rempten zur Beschlußfassung vor. Dasselbe stellte bezüglich des im Landgerichte Obergünzburg begangenen Diebstahls das Verfahren ein,

und verwies die Sache bezüglich des im Landgerichte München begangenen Diebstahles an das l. Kreis- und Stadtgericht München. Dieses hielt sich nicht für kompetent, und der oberste Gerichtshof erkannte auch am 15. März 1851, in der Erwägung:

1) daß das l. Landgericht Obergünzburg durch die wegen des Diebstahlvergehens an Schmölz zu Aitrang gegen die Brüder Anton und Johann Wagner und gegen Barb. Engelhart verfügte Verhaftung nach Art. 22 Abs. 3 Thl. II des StGB. auch bezüglich der bei dem Landgerichte München geführten Untersuchung gegen Anton Wagner und Barb. Engelhart wegen Diebstahlvergehens an Ernbeck, in welcher eine Verhaftnahme nicht verfügt worden war, das kompetente Gericht zur Führung der Voruntersuchung geworden ist,

2) daß nach Art. 47 d. StPrG. v. 10. Nov. 1848 die Kompetenz des auf die geführte Voruntersuchung aburtheilenden Kreis- und Stadtgerichtes sich nach der Kompetenz des zur Führung der Voruntersuchung kompetenten Gerichtes richtet, daher das Kreis- und Stadtgericht Kempten mit dem ganzen Inhalte der bei dem Landgerichte Obergünzburg kompetent geführten Voruntersuchung bei der Aburtheilung befaßt war,

3) die also für das l. Kreis- und Stadtgericht Kempten begründete Kompetenz zur Aburtheilung sämmtlicher Akte der Voruntersuchung durch die Aburtheilung des einen im Landgerichte Obergünzburg begangenen, nach Art. 49 Nr. 5 des StPrG. v. 10. Nov. 1848 (Einstellung des Verfahrens) nicht aufgehoben werden konnte, indem dadurch eine successive Kompetenz der aburtheilenden Gerichte bei einer früher von verschiedenen Gerichten geführten Voruntersuchung eintreten würde, welche dem Gesetze fremd ist,

daß das l. Kreis- und Stadtgericht Kempten

ten auch bezüglich des in den Voruntersuchungsakten des k. Landgerichts Obergünzburg untersuchten Diebstahlsvergehens an Joseph Ernstedt, Mauerers in Perlach, Landgerichts München, gegen die deshalb Verdächtigen nach Art. 49 Nr. 1, 3 und 5 des StPrG. v. 10. Nov. 1848 Erkenntniß zu erlassen habe.

IX.

Obervormundschaftsbehörde unehelicher Kinder.

Margaretha Kölbl, ledige Dienstmaad aus Eschenbach, Landgerichts Hersbruck gebar am 29. Mai 1846 in Gumpenhof, Landgerichts Nilsbeck, ein uneheliches Kind, Anna Kölbl, und das Landgericht Hersbruck requirirte am 18. April 1847 und wiederholt am 26. März 1850 das Landgericht Nilsbeck wegen Benennung eines Vormundes die damals zu Heroldsbmühle im Dienste befindliche Marg. Kölbl zu vernehmen, auf deren Vorschlag Adam Prechtl von Heroldsbmühl als Vormund bestellt wurde. Das Landgericht Nilsbeck sendete sodann die Akten zur weiteren kompetenzmäßigen Behandlung an das Landgericht Hersbruck zurück; dieses hielt jedoch das Landgericht Nilsbeck zur weiteren obervormundschaftlichen Verfügung für kompetent, und da beide Gerichte sich nicht vereinen konnten, wurden die Akten dem obersten Gerichtshof zur Entscheidung des Konfliktes vorgelegt.

Dieser erkannte am 5. Mai 1851, daß das k. Landgericht Hersbruck als Kuratelsbehörde der Anna Kölbl kompetent sei, und zwar aus folgenden Gründen:

„Aus den beiderseitigen Vorbringen ergibt sich, daß das Landgericht Hersbruck zur Anregung dieses Kompetenzkonfliktes keinen genügenden Grund hatte. Den bei dem Landgerichte Nilsbeck mit Marg.

Kölbl am 12. Mai 1847 und 29. April 1850 aufgenommenen Protokollen zufolge befand sich dieselbe damals zwar in Heroldsühle; da aber Marg. Kölbl ihr Fortkommen als Dienstmagd sucht, so kann aus jenem Umstande die Absicht auf bleibenden Aufenthalt daselbst nicht gefolgert werden. Gemäß der Entschlieung der k. Regierung der Oberpfalz und von Regensburg vom 29. Nov. 1841 ist es aber außer Zweifel, daß dieselbe ihre Heimath in Eschenbach, Landgerichts Hersbruck hat, eben- daselbst sohin auch ihrem außerehelichen Kinde nach dem Gesetze über die Heimath v. J. 1825 §. 3 Abs. 1 diese zusteht. Dieser Gerichtsstand der Heimath und die daraus sich ergebende Zuständigkeit des Landgerichts Hersbruck als Vormundschaftsbehörde der Anna Kölbl wurde von demselben bereits auch anerkannt, nämlich durch die Requisition vom 18. April 1847 an das Landgericht Bamberg. Das Landgericht Hersbruck hat sich hierdurch als Vormundschaftsbehörde des Kindes der M. Kölbl gerirt; dasselbe kann daher diese seine Kompetenz um so weniger wieder ablehnen, weil, obgleich nach der Gerichtsordnung I. 14 Dienstboten den Gerichtsstand ihres Dienstherrn theilen, der Ort ihres Dienstes auch als ihr Wohnort anzusehen ist, doch zwischen dem Gerichte ihres jeweiligen Dienstortes und jenem ihrer Heimath überhaupt elective Konkurrenz besteht“.

Seuffert's Komm. über d. bayr. G.D. B. I
S. 42.

DAUG. v. 5. Mai 1851 Nr. 1⁵⁰/₅₁.

X.

Domizils- und Verlassenschaftsbehörde.

Im Jahre 1848 zog der k. Adv. Dachs sammt seiner Familie mit höherer Bewilligung und nach

Aufstellung eines Substituten von Bilshofen nach München, um sich daselbst von einem chronischen Leiden kuriren zu lassen; da jedoch seine Gesundheitsverhältnisse sich nicht besserten, suchte er im Jahre 1849 seine Enthebung von der Advokatur nach, welche ihm am 8. Dez. 1849 bewilligt wurde. Dachs starb in München am 31. Januar 1851 mit Hinterlassung einer Wittve und sieben minderjähriger Kinder, und Erstere erklärte bei dem Kreis- und Stadtgerichte München, daß sie und ihr Mann nie die Absicht gehabt hätten, beständig in München zu bleiben, daß sie auch einen Theil ihrer Mobilien in Bilshofen zurückgelassen hätten, und daß sie mit ihren Kindern wieder dahin zurückkehren werde. Das Kreis- und Stadtgericht München übersendete daher die erwachsenen Aktenstücke an das Landgericht Bilshofen zur zuständigen weiteren Verfügung. Dieses lehnte jedoch seine Kompetenz ab, und brachte die Sache zur Entscheidung an den obersten Gerichtshof. Letzterer erkannte, daß das Landgericht Bilshofen das zur weiteren Behandlung der fraglichen Verlassenschaft zuständige Gericht sei, und zwar aus folgenden Gründen:

1) „In Hinblick auf die Bestimmung des Bayer. Landrechtes Th. I R. VII §. 7 Nr. 1 und Th. III R. I §. 17 Nr. 4 ist für die Behandlung der Verlassenschaft eines Verstorbenen sowie für die hiermit in Verbindung stehende Bestellung der Vormundschaft für seine hinterlassenen minderjährigen Kinder die ordentliche Obrigkeit d. i. jene kompetent, worunter der Verstorbene sein domicilium gehabt hat.

2) Unter Wohnort (domicilium) aber versteht man denjenigen Ort, an welchem eine Person ihren festen Aufenthalt genommen hat, wozu neben der wirklichen Niederlassung auch der Wille des dauernden Aufenthaltes gehört. (Anmerk. z. G.D. R. I §. 8 lit. c.)

3) An dieser Willensbestimmung hat es dem Erblasser bei seinem nach München bewirkten Umzug nach der deutlichen Erklärung seiner hinterlassenen Ehefrau gefehlt, vielmehr hat derselbe den animus revertendi gehabt, wodurch er nach der angeführten Stelle der Anmerkungen zur Ger.-Ordn. den früher in Bilsbosen begründeten Wohnort continuirt hat, und dies umsomehr, als die Familie dort selbst einen Theil ihrer Habseligkeiten zurückgelassen hatte, und ihr dortiges Wohnhaus nur vermietet worden war.

4) Dieser Erklärung die Wirksamkeit zu versagen ist eine Veranlassung umso weniger gegeben, als irgend ein Anhaltspunkt dafür, solche für unrichtig zu halten, oder eine Besorgniß der Gefährde von Rechten dritter Personen nicht vorliegt.

DAGE. v. 5. Mai 1851 RN. 612⁶⁰/₅₁.

XI.

Kompetenz des requirirten Gerichtes zur Erlassung des Abjudikationsbescheides.

Das Landgericht Pegnitz hatte in Folge der in einer dort anhängigen Streitsache gefaßten Exekutionsbeschlüsse das k. Landgericht Remmuth requirirt, das Anwesen des Beklagten, welches in dessen Gerichtsprengel lag, im Wege der Hülfsvollstreckung dem öffentlichen Verkaufe zu unterstellen. Die öffentliche Versteigerung wurde unter Adjikation der Hypothekgläubiger vorgenommen, und dem Meistbietenden eröffnet, daß ihm das versteigerte Anwesen vorbehaltlich des den Hypothekgläubigern zustehenden Einlösungsbrechtes zugeschlagen werde. Zur Errichtung und Ausfertigung des Abjudikationsbescheides hielt sich jedoch das Landgericht Remmuth nicht für befugt, sondern gab die Akten zu diesem Behufe an das Landgericht Pegnitz zurück,

welches sich aber gleichfalls für nicht zuständig erklärte.

Der oberste Gerichtshof entschied diesen negativen Kompetenzkonflikt dahin, daß das l. Landgericht Remnath kompetent sei, rücksichtlich der am 10. Mai 1850 zur Versteigerung gebrachten Realitäten des Wirthes H. zu Wirberg den Adjudikationsbescheid zu erlassen. Gründe:

„Wenn auch das Landgericht Remnath die
 „öffentliche Versteigerung des in seinem Gerichtsbezirke gelegenen Anwesens des J. H.
 „von Wirberg nicht selbst verfügt, sondern
 „nur auf Requisition des Landgerichts Pegnis vorgenommen hat, so kann die desfallsige
 „Errichtung und Ausfertigung des Adjudikationsbescheides schon aus dem Grunde
 „nicht dem Landgerichte Pegnis zustehen,
 „weil besagtes Anwesen mit Hypotheken belastet ist, ein allgemeiner Konkurs aber bei
 „dem Landgerichte Pegnis bezüglich des Schuldners nicht anhängig ist. Unter den gegebenen
 „Verhältnissen muß im Hinblick auf §.
 „66 und 81 des Hypoth. Ges. v. 1. Juni
 „1822 das ganze Subhastationsverfahren von
 „dem requirirten Gerichte durchgeführt werden,
 „so daß es nicht bloß den auf den Verkaufsobjekten im Hypothekenbuche eingetragenen
 „Gläubigern von der bevorstehenden Veräußerung
 „Nachricht ertheilt, damit solche die nach §. 64 l. c. ihnen
 „zustehenden Rechte gehörig wahren können, sondern
 „auch nach erfolgter Verhandlung das Gut haben dieser
 „Gläubiger, sofern nichts anderes bestimmt wird, aus dem Erlöse
 „wegbezahlt, und nur den hienach verbleibenden Rest dem
 „requirirenden Gerichte zur weiteren Disposition überläßt, was natürlich erheischt,

„daß zu diesem Behufe auch von demselben
 „der Adjudikationsbescheid erlassen werde, da
 „sonst das Verfahren in der oben angeführten
 „Weise von demselben nicht bewerkstelliget
 „werden kann.“

Conf. Lehner's Lehrbuch d. Hyp. Rechtes Bd. II
 §. 108 und 156.

Seuffert's Comment. z. O.D. Bd. IV p. 230
 und 340.

DAGE. v. 2. Juni 1851 RR. 1242^{49/50}.
 Nr.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Befehlung der Massekuratel-Rechnung durch das Konkurs-
 gericht.

Der Advokat E., als Massekurator in der v. W.'schen Konkursache zu N., fand sich durch die Erkenntnisse der beiden ersten Instanzen in dem angenommenen Grundsatz beschwert, daß es dem Konkursgerichte bei Vorbescheidung einer Massekuratelsrechnung auch zustehe, dem Kurator nicht in Ansaß gebrachte Einnahms-Posten zur Last zu schreiben, und ihn mittelbar hiedurch zum Erfasse derselben zu verurtheilen, während ein solches Rechnungsoperat und die darauf ergehenden Final-Resolutionen doch nur zum Gegenstande hätten, zu prüfen, und einen Ausspruch darüber zu erlassen, ob der Verwalter der Masse alle in seine Hände wirklich gekommenen Bestandtheile derselben auch richtig im Interesse der Gläubiger auf eine gerechtfertigte Weise verwendet und von sich wieder hinweg gerechnet habe. Diese Beschwerde wurde jedoch für un begründet erachtet. „Nach der O.D. Kap. 1 §. 7

soß derjenige, welcher um einer geführten Verwaltung und Administration wegen Rechenschaft zu geben hat, solches vor der Obrigkeit thun, welche ihn hiezu bestellt hat. Nur wenn der Verwalter hinterstellig befunden worden, soß er zur Leistung dessen, was er zu thun schuldig ist, von seiner ordentlichen Obrigkeit angehalten werden, was nach den Anmerkungen zu eben dieser Stelle sagen will: Die exekutive Weitreibung des festgestellten Passivrestes stehe wieder der ordentlichen Obrigkeit zu. Eben so rechnet die G.D. Kap. 19 §. 18 Nr. 3 zu den Pflichten eines Raffekurators, daß er, was zur Gantmasse gehörig und in andern Händen befindlich ist, wieder dahin zu bringen trachte, die ausstehenden Aktivschulden durch rechtliche Mittel und Wege beitreibe, auch benöthigten Falles die zahlflüchtigen Debitores bei ihrer behörigen Obrigkeit belange, und endlich den sämtlichen Kreditoren „seiner geführten Verwaltung halber im *judicio concursus*“ förmliche Rechnung ablege. Hieraus ergibt sich von selbst, daß all' dasjenige, was Gegenstand der Verwaltung war, auch in der Rechnungsablage seine Stelle finden müsse, und daß derjenige Richter, welcher die Rechnung im Namen der Gläubiger abnimmt, revidiren läßt, und seinen kompetenten Ausspruch über die Ergebnisse dieser Revision erteilt, auch ermächtigt ist, jene Untersuchung (*causae cognitio*) auf die Erfüllung aller Pflichten des Kurators zu erstrecken, mithin auch in dem Falle, wenn derselbe schuldhafter Weise unterließ, die Masse zu ergänzen, dahin gehörige Einnahmen wirklich beizutreiben, oder die Schuldner im gerichtlichen Wege zur Zahlung anzuhalten, — der nämliche Richter vollkommen befugt sei, ihn selbst zur Haftung hiesfür zu verurtheilen, und ihm einen nicht in Einnahme gesetzten Posten, der doch hätte eingenommen werden sollen, zur eigenen Ver-

tretung zu überweisen. Alle Gründe jener als Ausnahme eingeführten Kompetenz, insbesondere die genaueste Kunde der Verhältnisse, sprechen auch für deren Erstreckung auf den zuletzt erwähnten Punkt; eine solche zu ertheilende Rechenschaft wäre außerdem eine unvollständige und zwecklose, wenn die Frage, was der Rechner einzunehmen verabsäumt habe, erst zu neuen Erörterungen vor seinen ordentlichen Richter gezogen werden müßte. Nur gehört natürlich zu einem solchen Ausspruche des Konkursgerichtes, daß die schuldhafte Versäumnis des Masssekurators, und seine Verbindlichkeit hiefür nach *GD. a. a. D. Nr. 8* Schadensersatz zu leisten, eben so liquid aus der Rechnung, den darüber gepflogenen Verhandlungen und der ganzen Aktenlage hervortrete, wie solches bei jedem Entschädigungsprozeß der Fall sein müßte. Die kurzen und summarischen Formen des Rechnungsprozesses sind hiebei kein Hinderniß, dasjenige, was auf diesem Wege gleich gründlich ermittelt ist, durch richterliches Urtheil (Rechnungsbescheid) oder Finalresolutionen sogleich festzustellen. Sollten sie aber in einem Falle wegen besonderer Umstände und Schwierigkeiten hiezu nicht ausreichen, so bleibt den Gerichten schon nach der Natur jener Prozeßart unbenommen, ihr Urtheil zu suspendiren, vorerst einen Beweis aufzutragen, Reserve zu machen, oder nach Analogie der *GD. Kap. 19 §. 14* einen zu weit aussehenden Entschädigungspunkt von dem Rechnungsprozeß hinweg zur besonderen Austragung im ordentlichen Prozesse zu verweisen. Auf solche Art wurde auch die Sache nach einer gleichförmigen Praxis der Unter- und Obergerichte bisher immer betrachtet und gehalten."

DAOE. v. 14. Okt. 1845. Nr. 1253⁴⁴/45.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 18. Samstag, den 30. August 1851.

Ist der Beklagte, welcher bei der 1. Verhandlungstagesfahrt litem denunziert, schuldig, sich zugleich auf den Streit einzulassen?

Von Prof. Dr. Volgiano.

Obige Frage wurde von Dr. von Gutermann, der sie zuerst in dieser Zeitschrift

Bd. 8 S. 252 – 256

angeregte, verneinend beantwortet, und zwar:

a) hauptsächlich aus dem Grunde, weil die G.D. in R. 8 §. 2 Nr. 2 dem Beklagten die Wahl läßt, ob er die Streitverkündigung vor, oder mit der Kriegsbefestigung vornehmen wolle, woraus dann folge, daß sie auch isolirt, als selbstständiges Verteidigungsmittel, gegen die Klage vorgebracht werden könne, daß folglich die Streiteinlassung keinesweges nothwendig mit ihr verbunden werden müsse, — sodann:

b) weil sich die Vorschriften der Nov. v. J. 1837 §§. 24, 27 und 28, wie sich aus den Allegationen im Rubrum des III. Abschnittes und im §. 27 ergibt, ausschließlich auf R. 6 §. 3 der G.D. beziehen, somit auf die Streitverkündigung (wie überhaupt auf die im 8. Kapitel der G.D. erörterten Prozeßhandlungen) keine Anwendung finden können. Endlich:

c) weil sich hier die Folge verweigerter Antwort, das Präjudiz des §. 28 der Novelle v. J. 1837, welches die Verwerfung der Streitverklündung voraussetzt, gar nicht realisiren läßt, indem die Untersuchung über die Statthaftigkeit der Litisdennunziation gar nicht im Hauptprozeß vorgenommen, sondern zum Gegenstand eines eigenen Nachprozesses zwischen dem Denunzianten und Denunziaten gemacht ist, das Urtheil im Hauptprozeß aber natürlich nicht bis zum Ausgange des letzteren suspendirt bleiben, und noch viel weniger die in der Folge als grundlos sich erweisende Litisdennunziation auf den früheren Prozeß eine rückwirkende Kraft äußern kann. —

Demnach wäre also die *exceptio laudationis* (so nennen die Anmerkungen die Einrede der Streitverklündung) eine privilegierte Einrede.

Wenn ich nun auch zugeben muß, daß die Unterlassung der Litiskonfestation dem litem denunzirenden Beklagten in sehr vielen Fällen, ja in der Regel, unschädlich ist, so habe ich doch der Gutzermann'schen Ansicht im Prinzip niemals beipflichten können. Es hat sich auch in neuerer Zeit Plochmann dagegen erklärt, in seiner

Einleitung in den bayer. Civilprozeß S. 141, und zwar aus dem Grunde, weil in den Anmerk. lit. c. zu R. 6 §. 2 die *exceptio laudationis* ausdrücklich unter den dilatorischen Einreden aufgeführt ist, mit welchen, da sie nicht zu den Ausnahmen des §. 3 ibidem gehört, die Kriegsbefestigung verbunden werden muß.

Ohne gerade auf dieses Argument ein Gewicht legen zu können¹⁾, scheint mir die Richtigkeit der

¹⁾ Der Umstand, daß die *exceptio laudationis* in den Anmerk. c. zu R. 6 §. 2 unter den dilatorischen Ein-

Behauptung: daß die Litisdenunziation den Beklagten von der Verbindlichkeit zu eventueller Einlassung **nicht** befreie, daß somit die *exc. laudationis* keine privilegierte Einrede sei, — vielmehr aus folgenden Erwägungen hervorzugehen: v. Gutermann selbst gibt zu (a. a. O. S. 253 Nr. 1), daß die Streitverklagung die rechtliche Natur einer Einrede, und zwar dilatorischen Einrede, habe. Nun sagt die *GD.* in R. 8 §. 2 Nr. 2:

„Es soll aber die Streitverklagung noch vor der Kriegsbefestigung, oder wenigstens zu gleicher Zeit, sofern es auf diese Weise immer möglich und thunlich ist, geschehen“.

Und in der Anmerk. c. hiezu heißt es:

„Denn dieselbe ist *species exceptionis*; weil nun aber auch andere Einreden allezeit gleich mit der Litiscontestation *sub poena praeclusionis* angebracht werden müssen, so ist nicht abzusehen, warum man der gegenwärtigen mehr Zeit und Raum lassen solle“.

Hält man diese Erläuterung mit dem Gesetzestext zusammen, so ergibt sich hieraus ganz unzwei-

reden aufgeführt ist, ohne im §. 3 *ibid.* unter den Ausnahmen vorzukommen, erscheint noch als kein hinreichender Grund dafür, daß die Einrede keine privilegierte ist, daß also die Einlassung mit ihr verbunden werden müsse. Betrachten wir z. B. die *exceptio nominationis*. Diese ist insofern privilegiert, als sie auch nach der Litiscontestation noch zulässig ist (R. 8 §. 3 Nr. 2), und doch kommt sie in der Anmerk. c zu R. 8 §. 2, der überschrieben ist: „alle Einreden müssen auf einmal vorgebracht werden“, unter den dilatorischen Einreden vor, nicht aber im §. 3 unter den „Ausnahmen von obiger Regel“. Die Enumeration jener Ausnahmen ist eben keine erschöpfende! —

deutig, daß der letztere nicht in dem Sinne aufzufassen sei, wie ihn Gutermann in den Bl. f. N. u. a. a. D. versteht (s. oben a), denn in der Anmerkung zu unserer Stelle sagt ja v. Kreittmayr geradezu, daß die *exceptio laudationis* durchaus nicht privilegiert sei. Die Worte im Gesetzeswort: „entweder noch vor der Kriegsbefestigung“ sind daher wohl auf den Fall zu beziehen, da der Kläger *litem* denunziert, die Worte: „oder wenigstens zu gleicher Zeit“ auf den Fall, da der Beklagte den Streit verkündet (vgl. das in der Anmerk. c. a. E. aufgeführte Beispiel).

Angenommen aber, jene Worte beziehen sich ausschließlich auf den Beklagten, die Gesetzesstelle sei also wirklich im Gutermann'schen Sinne zu verstehen, und der Beklagte könne daher die *exceptio laudationis* ohne eventuelle Einlassung vorbringen²⁾, — so darf nicht übersehen werden, daß

²⁾ Man könnte unter jener Voraussetzung die fragliche Stelle auch in dem Sinne interpretiren, daß der Beklagte die Wahl habe, die Streitverkündigung entweder mit der Exzeption (resp. in der Verhandlungstagesfahrt mit der Einlassung) oder vor Abgabe der Exzeption (resp. vor dem Termin), also gleich nach Mittheilung der Klage vorzubringen, und sich die weitere Vertheidigung *intra terminum* vorzubehalten. Diese Auslegung spricht zwar auch für die oben aufgestellte Ansicht, und gegen Gutermann (indem hier von einer Verweigerung der Streiteinlassung auf den Grund der *exc. laudationis* und Anberaumung einer neuen Frist, *ad excep.* (resp. eines neuen Termines) keine Rede ist); — allein sie hat bezüglich des schriftlichen Verfahrens das erhebliche Bedenken gegen sich, daß, wenn die Klaidenungslaton als unstatthaft erscheint, mit der Verwerfung derselben (wenigstens nach der richtigen Ansicht) sogleich das Kontumazialerkenntniß in der Hauptsache verbunden werden muß und damit

im §. 2 R. 8 der O.D., wie aus seinem Eingang hervorgeht, eine rechtlich begründete Littisdenunziation vorausgesetzt wird, die freilich allein und ohne Einlassung in der Hauptsache vorgebracht werden kann. Es heißt nämlich in der O.D. a. a. D. im Eingang:

„Wer der streitigen Sache wegen die Gewährung an einen Dritten mit Recht zu suchen hat, der soll ihm den Streit verkünden lassen, damit er von ihm bei Gericht vertreten, oder wenigstens schadlos gehalten werde. Es soll aber die Verkündigung gerichtlich, und zwar bei der ersten Instanz noch vor der Kriegsbefestigung, oder wenigstens zu gleicher Zeit geschehen“.

nicht bis zum Fristenverlauf (d. h. bis zum Nichteintreffen einer vollständigen Vertbeidigung) gewartet werden darf).

Denn alle Nachträge und Aenderungen der einmal eingereichten Erzeption — und als solche erscheint ja auch das alleinige Vorbringen der Streitverkündigung! — sind aus dem Grunde unstatthaft, weil der J. R. U. §. 37, die O.D. (R. 6 §. 2 und 12) und die Nov. v. J. 1837 (§. 25, 27 und 28) das simultane Vorbringen aller Einreden mit der Littiskonstestation ausdrücklich für die eingebrachte Handlung vorschreibt, also in gleichem Maße an die Handlung, wie an die Frist knüpft.

Vgl. Hellmuth der jetzige Lauf des Civilprozesses bei den bayer. Untergerichten S. 58 Abs. 2 S. 59 Note 22 zu b.

-
- a) Anders freilich im Protokollarverfahren (das aber der O.D. unbekannt war); da kann natürlich vor Erscheinen der Verhandlungstagefahrt die Streitverkündigung als gesondertes Vertbeidigungsmittel abgegeben und mit der Einlassung und übrigen Erzeption bis zum Termine gewartet werden!

Vgl. auch v. Gutermaun a. a. D. S. 253. Abs. 2.

Die wirklich begründete Litibdenunziation kann freilich ohne Litibkontestation geschehen, darin liegt nichts Besonderes; denn auf den Grund einer jeden dilatorischen Einrede kann der Beklagte die Streiteinlassung und das Vorbringen der übrigen Einreden ohne Gefahr verweigern, wenn er gewiß weiß, daß sie begründet ist, und daß ihr auch der Kläger nicht abzuholfen vermag.

Vgl. v. Bayer, Vorträge S. 325. Bl. f. R. A. Bd. 6 S. 68 sq. und meinen Aufsatz ebendasselbst Bd. 13 S. 226 Note 1.

Aber angenommen selbst, die G. D. setze in unserer Stelle keine absolut fundirte Litibdenunziation voraus, oder es sei auch nur zweifelhaft, wie die fraglichen Worte zu verstehen seien, — so geht ja aus den Anmerkungen (die doch im Zweifelsfalle als das erste Auslegungshilfsmittel in Betracht kommen) zur Genüge hervor, daß mit den Worten: „noch vor der Kriegsbefestigung“ nicht beabsichtigt sei, die fragliche Einrede den Forideklinationen gleichzustellen, sondern bloß auszusprechen, daß dieselbe nach der Litibkontestation, also mit der Replik oder Duplik, wenigstens in der Regel, nicht mehr gehört werden dürfe.

(S. oben: „Und in der Anmerk. c heißt es 1c.“) Die Absicht der G. D. R. 8 §. 2 Nr. 2 geht daher gewiß nicht dahin, die *exceptio laudationis* zu privilegiren, vielmehr steht dieselbe als gemeinverzüglerliche Einrede unter der Herrschaft des R. 6 §. 2 und der Nov. v. J. 1837 §. 28, und es muß also mit ihr die eventuelle Antwort verbunden werden, ausgenommen, der Beklagte wüßte gewiß, daß die Einrede begründet ist.

Hiermit wäre das Hauptmotiv der Gutermann'schen Ansicht (s. oben a) hinreichend widerlegt. Was nun das andere Motiv (s. oben c) anbelangt, nämlich die Unmöglichkeit einer Realisirung

des Präjudizes nach §. 28 der Novelle, d. h. der Folgen des Nichtantwortens auf die Klage nach §. 18 eodem, — so läßt sich zwar nicht läugnen, daß in den meisten Fällen die Unterlassung der Litiskonfestation dem Beklagten keinen Nachtheil bringen kann, weil die Frage über die Statthaftigkeit derselben, wenn der Denunziat ausbleibt, oder seine Verbindlichkeit zur Gewährung der Leistung widerspricht, *ad separatim* verwiesen wird (R. 8 §. 2 Nr. 9), und folglich der Denunziant wiederholt zur Einlassung aufgefordert werden muß. Allein es lassen sich doch Fälle denken, wo die Unstatthaftigkeit der Streitverkündigung aus dem eigenen Vortrag des Beklagten erhellt, und es daher überflüssig erscheint, den Denunziaten hierüber zu vernehmen; der Beklagte verlangt z. B. die Streitverkündigung aus einem offenbar nicht onerosen Geschäft, ohne anzuführen, daß er die Gewährung der Leistung *ex pacto* prätendiren könne³⁾. Da nun

³⁾ Man kann nicht sagen, daß v. Gutermann an Fälle der Art nicht gedacht habe, denn er bemerkt S. 254: „In dieser Beziehung (nämlich hinsichtlich der Verwirklichung des Präjudizes des §. 28 der Novelle) waltet nun zwischen der Streitverkündigung und den übrigen, eigentlichen Einreden eine bedeutende Differenz ob. Diese werden als unbegründet verworfen, wenn sie entweder an dem Mangel gehöriger Substanziierung leiden, oder wenn der dem Exzipienten hierüber auferlegte Beweis mißlingt. Die erste Alternative ist nun zwar auch bei der Stillsdenunziation möglich; nicht aber die 2te (nun folgt die Ausführung bezüglich der 2ten Alternative). Wie nun aber, wenn die 1te Alternative eintritt? Was ist zu thun, wenn die *exceptio laudationis* wirklich an dem Mangel gehöriger Substanziierung leidet und somit verworfen werden muß? v. Gutermann beantwortet diese Frage nicht ausdrücklich. Nach seiner Ansicht muß indessen eine neue Frist zur Einlassung ge-

hier die Litißdenunziation sogleich, und wenn nicht unbedingt, doch angebrachtermaßen verworfen werden muß, so kann die Folge des Nichtantwortens auf die Klage, so ferne die Ladung peremptorisch war (Nov. v. J. 1837 §. 18), bei der *exceptio laudationis* (wie bei jeder anderen dilatorischen Einrede) mit deren Verwerfung sofort ausgesprochen werden, und es ist daher gewiß nicht zu billigen, wenn v. Gutermann behauptet, die Bestimmung der Nov. v. J. 1837 §. 28 könne auf die Streitverkündigung schon um deswillen

gegeben werden. Aber man kann doch gewiß nicht sagen, daß sich hier die Folgen des Nichtantwortens auf die Klage (nach §. 28 der Novelle) nicht realisiren lassen! Der §. 28 (der freilich nur von den präjudiziellen und prozeßhindernden Einreden spricht, aber auf die dilatorischen Einreden analog angewendet werden kann) lautet:

„Mit den im §. 27 benannten Einreden ist eventuell die Streiteinlassung und das Vorbringen aller übrigen Einreden unter dem Rechtsnachtheile zu verbinden, daß im Falle der Verwerfung jener zuerst benannten Einreden die Rechtsnachtheile des Nichtantwortens auf die Klagen eintreten würden“.

Und wie schon Lauf in diesen Blättern Bd. 4 S. 173 auf überzeugende Weise dargethan hat, sind die hervorgehobenen Gesetzesworte nicht auf den Fall definitiver Verwerfung zu beschränken, sondern auch von dem Falle zu verstehen, da die Verwerfung wegen Illiquidität (bei den prozeßhindernden Einreden), also wegen mangelnder Substanzirung, eintritt. Bei fehlerhaft vorgetragenen Exzeptionen findet daher keine Zurückweisung „in der angebrachten Art“, wie bei der Klage, unter Vorbehalt besserer Substanzirung statt, sondern mit der Verwerfung der Einrede ist sofort in der Hauptsache zu erkennen. —

keine Anwendung finden, weil sich bei ihr das Präjudiz des §. 18 nicht realisiren lasse. In vielen Fällen mag dieses wahr sein, aber nicht in allen; allein angenommen selbst, es gelte für alle Fälle, so wäre doch die *exceptio laudationis* keine privilegierte Einrede, indem sich keine gesetzliche Bestimmung auffinden läßt, welche das Privilegium der Befreiung von der Einlassung ausspricht, und der Umstand, daß sich das Präjudiz verweigerter Antwort nicht realisiren läßt, nur als ein äußerer und rein zufälliger erscheint, wodurch zwar der praktische Erfolg, nimmermehr aber der prinzipielle Charakter der Einrede bestimmt werden kann.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Rechte des Vaters, bezüglich des Muttergutes seiner Kinder nach bayerischem Landrecht.

Die Cession des Muttergutes eines Sohnes wurde von dessen Vater als nichtig angefochten, weil der Cedent noch unter väterlicher Gewalt stehe.

Der Cessionar behauptete, die Klage sei nicht begründet, weil durch die Cession die aus der väterlichen Gewalt entspringenden Rechte des Klägers nicht verletzt würden. Dieser Einwand wurde jedoch aus folgenden Motiven verworfen:

Nach dem bayer. Landrechte (I. 5 §. 5) sowohl als nach dem in Gemäßheit des Publikationspatentes vom 2. Januar 1756 und nach Th. I Kap. 2 §. 9 subsidiär anzuwendenden römischen Rechte steht an dem *peculium adventitium re-*

gular, wozu insbesondere das Muttergut gehört, den Kindern zwar das Eigenthum, dem Vater aber sowohl die Administration als die Nutznießung zu.

Diese Rechte des Vaters und der Kinder können nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über Nießbrauch und Eigenthum beurtheilt werden, weil die Gesetze hierüber spezielle Vorschriften enthalten.

Nach Const. 6 §. 2 *de hon. quae liber.* (6161) steht dem Familienvater mit alleiniger Ausnahme der Veräußerung ein unbeschränktes Nutzungs- und Verwaltungsrecht an dem Adventitium seiner Hauskinder zu und nach const. 8 §. 5 *ibid.* ist dem Haussohne die Befugniß, sein Muttergut ohne Einwilligung des Vaters zu veräußern, gänzlich abgesprochen.

Vgl. Marezoll in Ender's Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. 8 S. 304.

Das bayer. Recht, welches das gemeinrechtliche Pefulien-System überhaupt angenommen hat, enthält keine hievon abweichende Bestimmungen, sondern räumt, wie bereits oben bemerkt wurde, dem Vater außer dem Nießbrauch auch das Verwaltungsrecht ein, ohne irgend eine die gemeinrechtlichen Vorschriften beschränkende Festsetzung. Hat nun der Sohn des Klägers, zu einer Zeit, wo er noch unter dessen väterlicher Gewalt stand, ohne dessen Einwilligung sein Muttergut durch Cession an den Verklagten veräußert, so sind durch diese Veräußerung die aus der väterlichen Gewalt entspringenden Rechte des Klägers allerdings verletzt, dieser ist so nach berechtigt, in eigenem Namen auf Aufhebung der wegen Unfähigkeit des Cedenten nichtigen Cession zu klagen, und zwar gegen den Cessionar, dem es oblag, sich mit den Umständen und Verhältnissen des Cedenten gehörig bekannt zu machen.

Fr. 19 pr. de reg. jur. (50, 17.)

Zwar soll nach const. 8 §. 13 C. de bon.

quae lib. (6. 61) der Vater über das *peculium adventitium* nur mit Einwilligung des Sohnes streiten, wenn dieser gegenwärtig und schon mündig ist.

Glück Komm. Th. VI S. 466.

Aber abgesehen von der Frage, ob in der allegirten Gesetzesstelle auch von der Verwaltung der schon erworbenen Adventitien und nicht bloß von der Erwerbung derselben, namentlich von der Erwerbung der Erbschaften und den bei dieser Gelegenheit zu führenden Prozessen die Rede ist,

Marezoll a. a. O. S. 382 und 383

so kann im angegebenen Falle das Klagerecht des Vaters von der Einwilligung des Sohnes schon deshalb nicht abhängig gemacht werden, weil dieser es war, der durch eine, falls es noch in väterlicher Gewalt war, unbefugte Veräußerung des Muttergutes die Rechte seines Vaters eben so verletzte als der Verklagte, welcher solches durch Gefession an sich zu bringen suchte.

Der Umstand endlich, daß im gegebenen Falle der Vater zugleich Schuldner des cedirten Muttergutes ist, und daß zur Zeit weder dessen Heimzahlung noch Verzinsung verlangt wird, kann an dessen Klagerecht nichts ändern, weil dieses schon durch die gesetzwidrige Veräußerung des Muttergutes begründet ist, und weil der Vater nicht bloß als einfacher Rupnießer, sondern auch als gesetzlicher Verwalter und Vertreter seiner Kinder bezüglich des Muttergutes erscheint und in dieser Hinsicht nicht bloß Rechte auszuüben, sondern auch die Pflicht der Erhaltung zu erfüllen hat.

DAGG. v. 6. Mai 1844 Nr. 870¹¹/₄₂.

ß. x.

2.

Zur Lehre von der Restitution Minderjähriger und denselben
Gleichgestellten im Prozesse.

Ger.-Ordn. Kap. XVI §. 1 Nr. 2, 6 u. 11.

Prozessges. vom 17. Nov. 1837 §. 39.

Kommentar z. Ger.-Ord. Bd. IV S. 153 f.
159 — 60, 176.

Nachdem die Vorinstanz unter dem 29. Januar, insinuiert am 3. Februar 1848, auf Beweis des Klagegrundes für die klagende Stiftung und der Einrede für den beklagten I. Fiskuß, sodann unter dem 23., insinuiert den 26. Mai 1848, in Folge der von der Klägerin unterlassenen Beweisantretung auf Entbindung des I. Fiskuß von der Klage erkannt hatte, brachte Erstere am 27. November 1850 ein Restitutionsgesuch wegen Ablaufes der Fatalien mit Berufung ein, worin der Antrag gestellt war, unter Kassirung des Erkenntnisses vom 23. Mai 1848, eventuell unter Ertheilung der Restitution auch hiergegen (gegen das eben gedachte Erl.) nach dem Klageantrage zu erkennen. Dem voradnigen Restitutionsgesuche konnte jedoch keine Folge gegeben und sohin auch auf die damit verbundene Berufung nicht eingegangen werden. Wollte man das Restitutionsgesuch als ein gegen das Verschäumniß des Appellationsfatale gerichtetes ansehen, so war keines derjenigen Erfordernisse des Ges. vom 17. November 1837 §. 38 angeführt, viel weniger nachgewiesen, an welche nach §. 39 Abs. 1 ebdas. auch die Minderjährigen und die denselben Gleichgestellten gebunden sind.

Indessen behält die angeführte Gesetzesstelle den gedachten Personen die ihnen nach der Gerichtsordnung Kap. XVI §. 1 Nr. 2 drittem Satz zu-

stehenden Rechte vor. Hierin ist von der Restitution *contra sententiam* die Rede, so ferne es sich zeigt, daß zu diesen begünstigten Personen merklichem Nachtheil in *processu* etwas ihrerseits unterlassen oder anderseits gefährlich begangen worden sei.

Wenn nun auch in dem Falle einer derartigen Unterlassung es sich zunächst bloß um Restitution gegen Versäumnisse handelt, nicht aber direkt oder unmittelbar um Aufhebung der rechtskräftigen Entscheidung,

Linde, Lehrb. des Civilproz. 3. Ausg. §. 423.

Deßf. Handbuch Bd. 3 S. 652.

Schmid, Handb. des Civilpr. Bd. III
S. 539.

Wenzler im Arch. f. civ. Prax. Bd. IV
S. 114.

so behandelt doch die Gerichtsordnung dieses als eine *restitutio contra sententiam* und es unterscheidet sich auch diese Restitution von der nur im Laufe des Prozesses vorkommenden *Incidentrestitution*, der eigentlichen Restitution gegen Ablauf der Berufungsfrist dadurch, daß bei letzterem Gegenstand der richterlichen Beurtheilung zunächst die Frage ist, ob ohne oder doch durch ein entschuldigbares, gesetzlich verzeihbares Versäumniß das Fatale unbenützt gelassen, ob das Urtheil ohne Schuld der Partei rechtskräftig geworden sei, während in dem hier vorliegenden Falle die Hauptfrage die ist, ob der Inhalt des, gleichviel ob mit oder ohne Schuld, rechtskräftig gewordenen Urtheiles den Restitutionsfucher wirklich verletzt hat.

Dabei ist auch für sich klar, daß diese Frage ihre Beantwortung nicht von demselben Richter, welcher das angefochtene Erkenntniß erlassen, sondern nur von dem Oberrichter finden kann und demnach das Restitutionsgesuch trotz der Vorschrift der O.D.

a. a. D. Nr. 4 nicht bei dem Richter erster Instanz anzubringen ist, was sich auch schon aus dem Gesichtspunkte rechtfertigt, weil die Berufung zugleich mit einzuführen ist und diese natürlich an den Obergerichter zu gehen hat. Wird nun das Restitutionsgesuch aus diesem Gesichtspunkte aufgefaßt, so war die nach O. a. a. D. Nr. 6 vom Tage der Urtheilsverkündung zu berechnende Frist von vier Monaten zu dessen Anbringung längst abgelaufen.

DAGE. vom 24. März 1851. RNr. 411⁵⁰/₅₁.
β. κ.

3.

Widerklage.

In einer Rechtsache, in welcher die Vorklage für die Widerklage in der Art präjudiziell war, daß der Anspruch des Widerklägers hinwegfiel, wenn der Anspruch der Vorklage, hinsichtlich dessen noch auf Beweis erkannt werden mußte, begründet war, wurde bei Erlassung des Interlokutes bezüglich der Vorklage, die Widerklage wegen präjudizieller Eigenschaft der Vorklage nicht zurückgewiesen, sondern die durch ihre Erhebung einmal begründete Kompetenz und ihre mit der Vorklage gleichzeitig erfolgte Verhandlung dadurch aufrecht erhalten, daß nur hinsichtlich der Vorklage auf Beweis erkannt, das weitere Erkenntniß hinsichtlich der Widerklage aber bis nach erfolgter definitiver Entscheidung der Vorklage ausgesetzt belassen wurde.

DAGE. vom 25. Januar 1851. Reg. : Nr. 740⁴⁸/₄₉.

Ⓢ.

4.

Eidesantrag über das Prefarium.

Es war auf Eid dahin erkannt, daß ein gemisses Holzreichniß „nicht bloß gnadenweise d. h. nicht nur als eine widerrufliche Vergünstigung“ bezogen worden.

Die Revision dagegen wurde nicht für begründet befunden, indem in der Eidesformel nicht ein bloßer Rechtsbegriff sondern ein Begriff des gewöhnlichen Lebens enthalten, welchem, wenn ihm auch eine juristische Qualifikation beigemischt erscheint, doch ein Verhältniß unterstellt ist, welches in die Sphäre der natürlichen unkünstlichen Wahrnehmung fällt, und worüber, wie z. B. auch über den Empfang eines Darlehens, der Eidesantrag gar wohl statt hat.

DAGE. vom 26. Okt. 1850. Nr. 1186⁴⁹/₅₀.
ß. κ.

5.

Unvollständigkeit des gemeindlichen Sühneversuches.

Vgl. Bd. 2 S. 235; Bd. 2 S. 234.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber: Die Unvollständigkeit des vorgängigen Sühneversuches vor dem Gemeindevermittlungsamte hätte wohl den Unterrichter veranlassen können und sollen, diesen von den Beklagten in ihrer Vernehmungslaffung vor Allem angeregten Mangel gehörig ergänzen zu lassen; allein da solches nicht geschehen ist, kann deshalb allein eine bereits vorhandene Klage nicht mehr abgewiesen werden, weil außer dem die zum Vortheile der Unterthanen erlassene gesetzliche Anordnung offenbar zu deren Nachtheile angewendet wurde.

DAGE. v. 26. Januar 1847. Nr. 711⁴⁴/₄₅.

6.

Revisionssumme. Gleichförmigkeit der Vorerkenntnisse.

Nach §. 58 des Gesetzes vom 17. November 1837 bleibt bei der Berechnung der Berufungssumme der Revisionssumme alles dasjenige ausgeschlossen was unter den Parteien nicht mehr streitig ist.

Eine Folge hiervon ist, daß, wenn die vorigen Urtheile in den Streitpunkten, und bezüglich der Theile des Streitgegenstandes, auf welche die Beschwerdeführung beschränkt ist, übereinstimmen, es der Annahme der Gleichförmigkeit nicht im Wege steht, daß in anderen Punkten oder Theilen, welche außer der Sphäre der Beschwerdeführung liegen, ungleichförmig erkannt worden ist.

Dieser in Seuffert's Kommentar Bd. IV S. 126 aufgestellte Grundsatz wurde zur Anwendung gebracht in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 20. Dez. 1850. Nr. 210¹⁸⁴⁸/₄₉, wo die zweite Instanz auf Beschwerde des Revidenten als Appellanten (Beklagten) den Betrag der von der ersten Instanz dem Kläger zuerkannten Summe von 473 fl. 20 kr. auf 402 fl. 20 kr. gemindert und nebstdem auf gleiche Veranlassung eine Modalität der Erfüllung gestrichen hatte, und dem gemäß die bezüglich der auch in zweiter Instanz zuerkannten 402 fl. 20 kr. ergriffene Revision wegen Mangels der Summe als unzulässig abgewiesen*).

In gleicher Weise wurde auch erkannt am 30. Juli 1850. Nr. 1311⁴⁶/₄₉. β. κ.

*) Bei der gegentheiligen Annahme würde man zu dem Absurdum gelangen, daß der Beklagte nicht an die dritte Instanz hätte gehen können, wenn seiner Beschwerde in keiner Weise abgeholfen worden wäre, daß ihm aber dieser Weg offen stehe, wenn ihm schon die zweite Instanz theilweise Abhülfe gewährt habe.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 19. Samstag, den 13. Septbr. 1851.

Rechtsanwendung der Handelsgerichte zu Nürnberg.

(Von Hrn. Dr. Grünfeld zu Fürth mitgetheilt.)

I.

Die Prozeßgesetze vom 22. Juli 1819 und 17. November 1837 sind für diese Gerichte nicht maßgebend, daher gilt bei denselben auch keine bloße Verwahrung gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide, vielmehr muß diejenige Partei, welche sich gegen ein solches Dekret, beziehungsweise einen solchen Zwischenbescheid beschwert erachtet, dagegen sofort das geeignete Rechtsmittel einwenden. (Entscheidung des Kgl. Handelsgerichtes Nürnberg vom 17. Januar 1850 zur Sache Erlénbach gegen Würzinger.)

II.

Nach der bayern. G.D. Kap. 13 §. 3 Nr. 1 muß die beweispflichtige Partei, welche zum Erfüllungseide zugelassen werden will, sich zu eben demselben noch vor dem Beschlusse der Sache ausdrücklich erbieuten, und das Prozeßgesetz vom 17. November 1837 §. 41 fordert dieses Erbieuten sogleich bei Antretung des Beweises.

Anderß bei den Nürnberger Handelsgerichten,

welche auf diesen Eid auch da, wo sich zu demselben nicht erboten worden ist, von Amts wegen erkennen.

Es gründet sich dieses auf die Bestimmung der Nürnberger Reformation, Titel VII Gesetz 9 §. 1, wonach auf diesen Eid erkannt werden soll, der beweispflichtige Theil mag sich zu demselben erboten haben oder nicht, wenn es nur an den sonstigen Vorbedingungen hierzu nicht mangelt.

Erkenntniß des Königl. Handelsgerichtes vom 10. Oktober 1850 in derselben Sache.

Das Gesetz bezeichnet a. a. D. pr. parenth. den fraglichen Eid als: juramentum litis decisorium, daß aber hierunter gleichwohl nicht dasjenige, was wir heut zu Tage Haupteid, sondern nur der von uns s. g. Erfüllungseid zu verstehen sei, beweisen schon die weiteren Worte des Gesetzes, daß dem Kläger zu Erstattung und Erfüllung geführter Kundschaft oder Beweisung dieser Eid auferlegt werden sollte, und noch mehr dessen Anforderung, daß der beweispflichtige Theil noch einen glaubwürdigen Zeugen oder sonst starke Vermuthung für sich habe.

S. auch Anmerkung zur Nürnberger Reformation Bd. I Seite 818 §. VIII und Lahn'scher Einleitung in die Nürnberg'schen Rechte §. 891 Note.

Wir müssen eben auch hier an dem Sage festhalten:

Scire leges non est verba earum tenere,
sed vim et potestatem.

III.

Nach Handelsgebrauch werden die von den Fuhrleuten zu verladenden Handelsgüter denselben nicht persönlich von den Versendern übergeben, son-

bern die Uebergabe wird in der Regel durch die Schaffner bewerkstelligt.

Diese Letzteren erscheinen aber hierbei lediglich als Vertreter und Bevollmächtigte der Fuhrleute, und dieselben haften den Versendern für die von ihren Schaffnern übernommenen Güter gerade so, wie für die ihnen unmittelbar übergebenen.

Vgl. das allegirte Erkenntniß und Schreiben des Handels-Vorstandes Würzburg vom 2. Oktober 1850.

IV.

Beweisinterlokute sind bei den Königl. Handelsgerichten nicht im Gebrauche, und wären auch nicht an ihrem Plaze, nachdem jede Partei schon in dem sogenannten Vorverfahren die für ihre thatsächlichen Behauptungen zu Gebote stehenden Beweismittel dem Gerichte namhaft zu machen, und insbesondere wenn dieselben aus Urkunden bestehen, sogleich wenigstens Abschriften oder Auszüge hiervon vorzulegen hat.

Hat sich hierbei insbesondere ein Theil auf Handlungsbücher berufen, und Auszüge aus denselben vorgelegt, welchen aber von dem anderen Theile die Anerkennung versagt wurde, dann wird sofort Tagefahrt zur Produktion der Handlungsbücher selbst angeordnet.

(Entschließung des Königl. Handelsgerichtes v. 21. Aug. 1849 zur Sache Prager gegen Inoam und Prinoth.)

V.

Die Rathsverlasse d. d. Nürnberg 8. Januar 1689 und 21. April 1729, worin ausgesprochen worden, daß sich die Juden aller Kontrakte mit Nürnberger Unterthanen, namentlich des Geldwechsels und des Negozirens zu enthalten haben, daß

die mit Juden geschlossenen Kontrakte und Handlungen für null und nichtig zu erklären, wenn dieselben nicht bei der Obrigkeit des Christen verlautbart worden sind, wurden von den Nürnberger Handelsgerichten in den zu deren Zuständigkeit ressortirenden Rechtsfällen als unanwendbar erklärt.

(Erkenntniß v. 22. November 1849 in derselben Streitsache.)

Es ward hierbei zuvörderst die auch von Arnold in dessen Beiträgen zum deutschen Privatrecht Band II Seite 755 ff. adoptirte Ansicht zu Grunde gelegt, daß nachdem das Edikt vom Jahre 1813 §. 19 die Israeliten zum ordentlichen Groß- und Detailhandel zugelassen hat, der Jude bei denjenigen Rechtsgeschäften, welche er innerhalb der Gränzen seiner Konzession gemacht hat, den Ausnahmsgesetzen nicht unterworfen sein könne.

Die Nürnberger Handelsgerichte gehen aber auch noch weiter, und legen dem Umstande, ob das einzelne, zum Gegenstande des Streites gewordene Rechtsgeschäft zu denjenigen gehöre, welche in das Bereich der verliehenen Handelskonzession falle oder nicht, überhaupt keinen Werth bei, weil die Nürnberger Handelsgerichtsordnung, welche für jene Gerichte zuvörderst maßgebend ist, nicht darnach fragt, ob ein Kaufmann die Gränzen seiner Gewerbskonzession in einem einzelnen Falle überschritten habe oder nicht, und das Gesetz den Handelsrichter nicht zum Polizeibeamten machen wollte.

Erkenntniß 2. Instanz vom 28. März 1850 in derselben Sache. *)

*) Anders das Königl. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg, und das demselben vorgesetzte Obergericht. — Durch den am Schlusse ausgesprochenen Rechtsatz hat obige Mittheilung auch jetzt noch (nach Aufhebung der civilrechtlichen Beschränkungen des Verkehrs mit Juden) praktische Bedeutung.

VI.

Die Nürnberger Handelsgerichtsordnung berührt die Appellationsadhäsion und deren Zulässigkeit gar nicht.

Da aber eben dieselbe im §. 59 für diejenigen Fälle, für welche sich dort keine eigenen Vorschriften finden, auf den herrschenden Gerichtsgebrauch verweist, da ferner nach Fahnert a. a. O. §. 968 Adhäsionen auch nach der Nürnberger Reformation zulässig sind, so unterliegt deren Statthaftigkeit bei den Handelsgerichten keinem Anstande.

(Das allegirte Erkenntniß 2. Instanz.)

VII.

Der §. 13 der Nürnberger Handelsgerichtsordnung hat bestimmt, daß, wer bei dem Handelsgerichte Hülfe sucht, auch den Bestimmungen dieser Gerichtsordnung, selbst wenn dieselben vom gemeinen Rechte abweichen, sich unterwirft.

Dieselbe Handelsgerichtsordnung legt aber im §. 33 den Handelsbüchern, wenn sie den übrigen gesetzlichen Anforderungen entsprechen, nur die Kraft halben Beweises bei, vor den Handelsgerichten Nürnberg machen deshalb die Handelsbücher unter allen Umständen nur halben Beweis, wenn auch die Gesetze des Ortes, wo dieselben geführt worden, und unter denen der Beweisführer für seine Person steht, denselben eine weiter gehende Beweiskraft beilegen, wie dieses z. B. das allgemeine Preuss. Landrecht Thl. II Titel 8 §. 569 gethan hat.

VIII.

Nach der Handelsgerichtsordnung §. 33 Nr. 11 sind Handlungseigenthümer, welche die Besorgung der sämtlichen Geschäfte einem Direktor oder Faktot übertragen haben, in der Regel zur Leistung

des f. g. Bucheides weder verpflichtet noch berechtigt, sondern es tritt der Faktor an ihre Stelle.

Ist dagegen auf irgend einen anderen als den Bucheid für den Inhaber einer Handlung erkannt, und es hat diese Handlung mehrere Inhaber, so müssen sie in der Regel sämmtlich den zuerkannten Eid leisten.

Wenn es auch bei Streitgenossen, da, wo deren Zahl groß ist, und keine Gegenstände vorwalten, ausnahmsweise im Interesse der Heiligkeit des Eides gestattet wird, daß einige Genossen für sich und im Auftrage der Uebrigen den Eid leisten (Seuffert Kommentar z. O. B. III S. 283), so werden doch schon an sich der Mitglieder einer Handelsgesellschaft nur äußerst selten so viele sein, daß durch die Eidesleistung von ihnen Allen der Würde des Eides ein Eintrag geschehen könnte.

Abgesehen aber hievon, so sind die Mitglieder einer Handelsgesellschaft nicht bloß als eigentliche Streitgenossen zu betrachten, sie erscheinen vielmehr faktisch und rechtlich nur als eine Person, deren Rechte und Verbindlichkeiten nicht getrennt werden können.

Eigentliche Streitgenossen treten erst durch den einzelnen Prozeß in ein gegenseitiges Verhältniß, welches früher zwischen ihnen nicht bestanden hat, und das mit der Beendigung dieses Rechtsstreites auch wieder erlischt.

In dieser Lage befinden sich die Genossen einer Handelsgesellschaft nicht, ihr gegenseitiges Verhältniß ist ein dauerndes, von dem Beginne wie von dem Ausgange eines einzelnen Rechtsstreites unabhängiges.

Erkenntnis des Handelsappellationsgerichtes in dieser Sache v. 26. September 1850.
S. auch Seuffert's Kommentar Bd. II S. 154 und 155 Note 5.

IX.

In einer Bekanntmachung der verordneten Vorsteher des Nürnberger Handelsstandes v. 26. Mai 1838 heißt es unter Anderem:

ferner haben die hiesigen Gastwirthe eine Haftungsverbindlichkeit für verspätete, beschädigte oder mangelhafte Lieferung von Frankogütern unter der Bedingung übernommen, daß der Empfänger, welcher einen Schadensersatz deshalb in Anspruch nimmt, diesen Schaden rechtzeitig durch verpflichtete Sachverständige, oder auf eine andere glaubhafte Weise nachgewiesen, und den Beweis geliefert hat, daß er sich wegen seines Schadensersatzes zwar an den Lieferer gehalten, denselben nöthigen Falles gerichtlich, oder bei der betreffenden Ortsbehörde belangt, und daß das Vermögen des Lieferers nicht zugereicht hat, ihn schadlos zu halten.

Siehe Sammlung einiger Nürnbergischen Handelsrechtsgewohnheiten, von Gustav Adolph Nürnberger S. 42, 43.

Ein Nürnberger Gastwirth, welcher von einem Kaufmanne auf Schadensersatz deshalb belangt war, weil er eine Waarensendung zum Transporte nach München übernommen, aber nicht, wie doch der Frachtbrief gelautet, in 4 Tagen per Eisenbahn und durch den Fuhrmann Wallreuther, sondern erst um mehrere Tage später ohne Vermittelung der Eisenbahn und durch einen anderen Fuhrmann als den genannten Wallreuther abgeliefert hatte, machte auf den Grund der obigen Ausschreibung des Handelsvorstandes den Einwand, er sei vorerst wenigstens nicht der rechte Beklagte, indem der Empfänger der Waare sich zunächst an den abliefernden Fuhrmann halten, diesen gerichtlich belangen

müsse, und erst, wenn dessen Vermögen unzureichend wäre, die subsidiäre Haftungsverbindlichkeit des Nürnberger Gastwirthes eintreten konnte.

Dieser Einwand fand jedoch keine Beachtung, weil, abgesehen davon, daß die Vorsteher des Handelsstandes durch die gedachte Veröffentlichung keineswegs ein Gesetz oder eine Verordnung zu erlassen beabsichtigten, sondern nur die Erklärung der Gastwirthe zum geeigneten Bemessen für die Mitglieder des Handelsstandes, eben denselben zur Kenntniß bringen wollten, so war überdies bei jener Erklärung der Gastwirthe nach dem *id quod actum est* vorauszusetzen, daß der Nürnberger Gastwirth nicht durch einen anderen, sondern gerade durch denselben Fuhrmann, auf welchen der Frachtbrief lautete, die Güter befördern ließ.

Hat dagegen der Gastwirth ohne Wissen und Willen des Versenders das Gut einem anderen Fuhrmann übergeben, als ihm durch den Frachtbrief vorgeschrieben war, dann ist für den aus solcher Widerrechtlichkeit entstandenen Schaden der Gastwirth zuvörderst haftbar. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Werden im Wege der Restitution neue Beweismittel beigebracht, so können darüber auch solche Gegenbeweismittel, welche für den Reprobanden keine *Nova* sind, benützt werden.

Gegen den Kommentar über die *GD.* Bd. 4 S. 168.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung wurde hierüber geäußert: Der direkte Gegenbeweis ist bloß als Vertheidigung gegen den auf

gestellten Hauptbeweis und die darin gebrauchten Mittel zu würdigen ¹⁾); die Befugniß dazu ist von jeder Beweisführung untrennbar. Wird der zuerst geführte Beweis später durch neue Behelfe verstärkt, so kann der Gegner des von der Wiedereinsetzung Gebrauch machenden Beweisführers erst nun ein Bedürfniß wahrnehmen, auch alte ihm schon früher bekannte Beweismittel zu Hülfe zu nehmen und entgegenzustellen. Sein früherer Verzicht durch Nichtgebrauch war ein bloß bedingter, insofern es bei der Summe der anfangs gegen ihn gebrauchten Hauptbeweismittel verbleiben würde. Fällt diese Bedingung weg, so kann ihm auch jener Verzicht nicht mehr entgegengehalten werden. Jede Zulassung eines Beweisführers zum Gebrauche neuer Beweismittel nach abgelaufener Beweisfrist durch Restitution eröffnet daher von Rechtswegen seinem Gegner die Befugniß, sich über denselben Punkt im Wege des Gegenbeweises dawider aller ihm zu Gebote stehenden Beweismittel, mögen sie neu aufgefunden oder ihm früher schon bekannt gewesen sein, zu bedienen ²⁾).

DAGE. vom 17. Juni 1851. Nr. 1297⁴⁹/₅₀.

¹⁾ Die Bestimmung des an einen gegebenen Termin gebundenen Gegenbeweises ist nicht, alle dem Reprobanden zu Gebote stehenden Behelfe vor dem Richter auszusüßten, sondern nur hinreichende Mittel aufzubringen, um die nachtheilige Wirkung der vom Probanden auf den Kampfplatz gebrachten Beweismittel abzuwenden. Hat sich etwa der Beweisführer nebst einer unerheblichen Urkunde nur der Eideszuschlebung bedient, so kann der Probat durch Annahme und Ableistung des Eides der Sache ein Ende machen, und steht sich nicht veranlaßt, die zwei klassischen Zeugen, welche er zur Widerlegung der negnerischen Behauptung beibringen könnte, zur Gewissensvertretung zu benützen.

²⁾ Aus gleichem Grunde muß gegen eine im Restitu-

2.

Regreßnahme aus verjährtem Wechsel mit „Werth in Rechnung“.

Der Inhaber zweier verjährter unbezahlter Tratten der bezeichneten Art erhob im gewöhnlichen Verfahren die Regreßklage gegen den Aussteller, ohne zur Begründung derselben etwas Anderes geltend zu machen, als die vom Beklagten durch die Ausstellung übernommene Verbindlichkeit, dem Remittenten den Wechselbetrag zu verschaffen. Die erhobene Klage wurde angebrachtermaßen abgewiesen. Gründe:

„Von dem unbestrittenen Umstande ausgegangen, daß die zwei eingeklagten Wechsel als solche längst verjährt sind, und daß der Kläger nur als Cessionar jene Rechte, die seinem Cedenten, dem durch Indossament in die Rechte des Remittenten getretenen Urnstein zustanden, stellt sich das streitige Verhältniß auf die einfachste Weise dar. A der Trassant (nun Beklagter) ertheilte dem Trassaten B den Auftrag, für ihn an C (den Remittenten) 1200 fl. zu bezahlen und ihm solche in Rechnung zu stellen. Der weitere Verlauf: „Werth in Rechnung“ statt „Werth erhalten“ deutet an, daß A dadurch keineswegs zugestehen wollte, dem C jene 1200 fl. schuldig zu sein, sondern daß er ihm diese Summe nur einstweilen zuzuwenden beabsichtigte, mit dem Vorbehalte, sich später erst mit ihm hierüber zu berechnen, d. h. durch Vergleichung der beiderseitigen Guthabungen zu ermitteln, wer der Gläubiger und wer der Schuldner des Andern sei. Jene Forderung paßt daher gleich gut auf die Voraussetzung, daß A dem C die angewiesene Summe als Vorschuß creditiren, als daß er ihm damit eine als

tionäre zugelassene Appellation noch die Appellation zugelassen werden.

tere Schuld heimzahlen wollte. C selbst, der den Wechsel an D girirte, hätte damit gegen A nie eine Forderung beweisen können. Vermöge eben dieses Indossaments ließ sich nun C, da der Wechsel auf Ordre gestellt d. h. ihm die Uebertragung an Dritte bewilligt war, die bezogene Summe von D bezahlen oder sonst zu gut rechnen, und überließ dafür diesem das Recht, sie bei B zu erheben. Letzterer zahlte jedoch nicht, somit blieb das von A ertheilte Mandat unerfüllt, und alles kehrte auf den ursprünglichen Zustand zurück. Eben jene Summe verlangt nun D durch seinen Cessionar E, weil er sie von dem Bezogenen nicht erlangen konnte, von A, dem Trassanten, ersetzt, statt sich an C, seinen Giranten, unmittelbar zu halten.

Der Umstand, daß die beiden Wechsel verjährt sind, äußert seine Wirkung nicht bloß auf das Verfahren, den Wechselprozeß und die hierin zu Gebot stehenden Hülfsvollstreckungsmittel, die Wechselstrenge mit der persönlichen Haft, sondern vielmehr darüber hinaus noch in dem Punkte, daß die Wechselverbindlichkeit, alle eigenthümlichen Folgen und Wirkungen, welche die Gesetze dem Wechsel selbst unter den daran betheiligten Personen beigelegt haben, alle Rechtsvernuthungen, die sie daran knüpfen, erloschen sind. Es ist daher eine ganz irrige Aufstellung des Klägers, wenn er behauptet: ihm stünden alle Rechte zu, welche (der Indossatar) D vor der Verjährung der Wechsel gegen A hätte geltend machen können, — nur müsse er sie im ordentlichen Prozesse vor den ordentlichen Gerichten verfolgen; an der Haftung des Trassanten A sei aber keine Aenderung eingetreten. Allerdings ist bei einem verjährten Wechsel auf die Bedeutung der Ausdrücke, die in wechselmäßigen Urkunden vorkommen, insofern Rücksicht zu nehmen, daß sie in jenem Verständnisse aufzufassen sind, welches der

daraus erkennbaren Absicht der Betheiligten am besten entspricht. Allein die strenge Folge der bloßen Unterschrift nach Art eines Literalkontrakts und die ausgedehnten Wirkungen, welche der Haftung nach Wechselrecht zukommen, bestehen nicht mehr. Alle dabei in Mitte liegenden Verträge sind nur nach den Regeln des gemeinen Rechts von der Schuldverschreibung, dem Mandate, der Bürgschaft, der Cession und Assignation u. dgl. m. zu beurtheilen.

Wird dieser Satz festgehalten, so ergibt sich daraus ganz einfach die Lösung der Frage; welche Rechte dem Kläger aus den ihm cedirten Wechseln gegen den Aussteller zustehen:

a) Die Wechsel sind, wie oben bemerkt, keine Schuldbekennnisse, sie enthalten kein Bekenntniß der empfangenen Valuta; die replicando nachgetragene Behauptung, A (der Trassant) sei dem C (dem Remittenten) die 1200 fl. wirklich schuldig gewesen, ist in Ermangelung eines daraus ersichtlichen Grundes der Schuld zu allgemein, um berücksichtigt zu werden. Als Schuld- oder Haft-scheine können sie daher nicht eingeklagt werden; die *condictio mutui* ist in der Klage weder begriffen noch entwickelt.

b) Kläger macht aushülfsweise den Gesichtspunkt des Mandates geltend; allein A hatte nur dem B (dem Trassaten) ein Mandat, an C zu zahlen, gegeben; dieses blieb aber unerfüllt. Eben dieses Mandat gab aber Dritten, insbesondere (dem Indossatar) D noch kein Recht, zu interveniren und durch Leistung jener aufgetragenen Zahlung ein dem A nütliches Geschäft zu führen. Die Nützlichkeit jenes Geschäftes, welche allein die *actio negot. gest.* begründen könnte, hinge von dem Umstande ab, daß A die Summe dem C wirklich schuldig war, was aber dem obigen zufolge gar nicht dargelegt ist.

c) Die dritte Wendung, welche der Klage gegeben wird, ist die der Bürgschaft, womit auch das *mandatum qualificatum* nach den Anmerkungen zum bayer. LR. III. 9 §. 1 Nr. 5 lit. c. völlig zusammenfällt. A soll sich dafür gegen jede Ordre, jeden Nachmann des C verbürgt haben, daß ihm jene Summe bei B bezahlt werde; deßhalb soll eine *actio ex stipulatu* gegen ihn stattfinden. Diese Auffassung ist zwar dem Wesen des gezogenen Wechsels und den präsumtiven Absichten des Trassanten A am angemessensten; allein sie greift nicht durch, um jene Interzession als eine nach dem gewöhnlichen bürgerlichen Rechte haltbare darzustellen. Denn solche war ihrer Natur nach beschränkt auf die Dauer der wechselmäßigen Verbindlichkeit und bedingt durch die Einhaltung der Fristen, um die Verjährung des Wechsels aufzuhalten. (Allerdings übernimmt der Trassant Garantie dafür, daß dem Remittenten, beziehungsweise dessen Rechtsnachfolgern die im Wechsel ausgedrückte Summe wirklich verschafft werde; aber Voraussetzung dieser Haftung ist, daß nicht verabsäumt werde, was nach Wechselrecht den Inhabern, insbesondere auch in Betreff der Geltendmachungszeit obliegt) Die Haftung als Interzedent oder auf dem Grunde des *mandatum qualificatum* fällt daher mit der wechselmäßigen Verbindlichkeit zusammen, von der sie nur ein eigenthümlicher Ausfluß ist, und muß auch mit dieser erlöschen. Dazu kommt noch, daß aus dem Wechsel gar nicht hervorgeht, ob D wirklich für den Wechsel eine Zahlung an C geleistet habe, was doch unerlässlich wäre, um den A als Bürgen angreifen zu können, indem auch das Giro des C nur den Werth „in Rechnung“ vorträgt.

Diese Erwägungen lassen es ungewiß, ob A dem C etwas schuldig war, ob D dem C für den

Wechsel eine Zahlung leistete, gleichwie A dem D für das etwa Gezahlte nicht mehr als Bürge haf-tet. Es bleibt daher nur übrig, eine Assigna-tion zu Grunde zu legen, die aber an sich dem Assignatar keinen Anspruch auf Erfüllung gegen den Assignanten ertheilt. In jedem Betrachte er-schien daher die Klage als nach ihrem eigenen An-bringen unbegründet und zur Abweisung in ange-brachter Art geeignet.

DAGE. v. 29. Nov. 1850. Nr. 946⁴⁸/₄₉.

3.

Angebliche Diffamation durch die Einrede, ein Dritter sei zu der eingeklagten Leistung verbunden.

Vgl. Bd. 3 S. 145; Bd. 5 S. 365, 368.

Der Magistrat Lausen war auf Erfüllung einer (Kanal-) Baupflicht belangt worden, und verthei-digte sich unter Anderem mit der Behauptung, dem k. Fiskus liege die fragliche Baupflicht ob, wobei er die Beiladung des Letzteren beantragte. Dieses veranlaßte das Kreisfiskalat, den genannten Magi-strat *ex lege* Diffamari zu provoziren. Der oberste Gerichtshof erkannte: der Provokat sei nicht schul-dig, sich auf die Klage einzulassen. Gründe:

„Es liegt im gerichtsbordnungsmäßigen Begriffe der Diffamation, daß darunter eine Verühmung eines Rechtes verstanden wird, welches dem Diffa-manten gegen den Diffamaten zustehen soll. Wer behauptet, daß ein Dritter einen Anspruch gegen den vermeintlichen Diffamaten habe, ist im gesetz-lichen Sinne nicht Diffamant, da die Diffamation durch Verühmung eines dem Diffamanten selbst zu-stehenden klagbaren Rechtes bedingt ist.

GD. Kap. IV §. 5. Comment. ü. d. GD.
Bd. 2 S. 127.

..... Hat auch der Magistrat L. im Prozesse mit dem Lebzelter H. das Alerar für baupflichtig erklärt, so liegt doch in dieser lediglich defensionellen Behauptung keine Verühmung, daß der Magistrat dießfalls ein Klagerrecht gegen den f. Fißfuß habe. Der Magistrat bestreitet seine Baupflicht, behauptet die Baupflicht des Alerars. Ist dieses richtig, so hat H. (der Kläger im Vorprozeß) kein Klagerrecht gegen den Magistrat, sondern gegen den Fißfuß; ohne daß deswegen der Magistrat ein Zwangsrecht hat, zu fordern, daß der Fißfuß eine Baulast übernehme, welche der Magistrat nicht in Folge eines ihm zustehenden Klagerrechtes für sich beansprucht, sondern bezüglich dessen er nur den H. für berechtigt präjiziert, dieselbe vom Fißfuß zu beanspruchen. — Hat der Magistrat, dem H. als Verklagter gegenüberstehend, die Adzitation des Fißfuß als baupflichtigen Subjektes beantragt, so liegt in diesem Bestreben des Magistrates, der Rolle als Verklagter dem H. gegenüber enthoben zu werden, ebensowenig eine Behauptung, daß der f. Fißfuß gegen den Magistrat eine Verpflichtung habe, sondern immer nur daß zur Diffamation, also auch zur Provokation nicht genügende Assert, H. habe Baulast-Ansprüche gegen den f. Alerar. Daß eine zur Provokationsklage genügende Diffamation stattfand, muß bereits in der Klage behauptet sein, kann aber nicht erst in Folge eines beweisauflegenden Erkenntnisses nachträglich erwiesen werden, indem sonst Provokat gegen die, die Diffamation angeblich begründenden Thatfachen sich genügend gar nicht zu vertheidigen vermöchte. Immerhin muß es aber dem f. Fißfuß freistehen, die angebliche Verühmung des Magistrates, für welche der Ausgang des zwischen H. und dem Magistrat schwebenden Streites nach Umständen präjudiziell sein mag, anders und besser, als in der Klage geschehen, zu

fundiren. Nach OD. Kap. 4 §. 7 war der Verklagte auf die mangelhaft substanzirte Provocationsklage, so wie sie angebracht, sich einzulassen nicht verbunden

DAUE. vom 3. Januar 1851 (Fistus g. Magistrat Laufen. Nr. 597^{19/50}).

4.

Locatio conductio operarum vel operis.

Der in den Blättern Band XI S. 17 ausgesprochenen Rechtsansicht, daß die Uebernahme eines Transportes von Personen oder Sachen als eine locatio operis, nicht operarum, zu betrachten sei, entsprechend, wurde dem aus Fr. 19 §. 9 und 10 dann Fr. 38 pr.: locati conducti (19, 2) für die locatio conductio operarum entnommenen Rechtslage, daß der Miether zur Bezahlung des versprochenen Lohnes auch dann verpflichtet ist, wenn er sich die gemietheten Dienste nicht leisten läßt, in einem Vertragsverhältnisse keine Anwendung gegeben, nach welchem von dem Vermiether eine gewisse Anzahl Bäume aus einem Walde an das Ufer eines Flusses gebracht werden sollten, weil hier nicht reine Dienstesverrichtungen Vertragsgegenstand waren, sondern mit diesen Verrichtungen auch Kosten verbunden gewesen sein würden. Es wurde daher nur eine Klage auf Ersatz des wirklich zugegangenen Schadens gestattet.

DAUE. vom 23. Januar 1851. Nr. 1633^{18/49}.
G.

Gnome.

Ein Grenier heißt, wer fest an seinem Eide hält;
Ist das nicht offenbar die umgekehrte Welt?

Redacteur: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke in Erlangen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 20. Samstag, den 27. Septbr. 1851.

Wird zur Ersthung einer servitus discontinua nach Salzburgischem Partikularrechte die unvordenkliche Zeit erfordert?

Der Salzburgische Hofrath und Rechtslehrer Christophorus Bluemblacher bemerkt in seinem zu Salzburg im Jahre 1661 erschienenen Tractatus de jure emphyteutico, vitalitio et jure precariae etc., questio XI §. 8 pag. 126 — 127:

„Sed objicies, servitus nulla, nec discontinua quidem praescriptionem immemoriam requirit, ergo superflua est quaestio, an contra eam restitutio competat? Respondeo in theoria quidem hanc sententiam firmis subnixam esse rationibus et fundamentis, prout videre est apud Matth. Wesemb. in paratl. ff. de servit. n. 5. deducentem, distinctionem servitutum in continuas et discontinuas juri haud esse conformem, sed ut ipsemet Wesemb. ibidem testatur, contrarium jam est in foro receptum, quemadmodum id ipsum etiam apud inclytum Consilium Aulicum Salisburgense, nec non teste Mynsing. Cent. 4 obs. 53 in Camera Imperiali Spirensi receptum est.“

Diese Stelle hat Jauner im zweiten Ans

hange zu B. III seines „Auszuges der wichtigsten hochfürstl. Salzburgischen Landesgesetze, Salzburg. 1790,“ Ziff. V S. 234 — 235 unter der Ueberschrift extrahirt:

„Zur Verjährung einer sogenannten servitutis discontinuae wird eine unvordenkliche Zeit erfordert,“

und gestützt auf diese Zeugnisse führen nunmehr v. Weber, Darstellung der sämmtl. Prov. und Stat. Rechte des Königr. Bayern, B. V S. 145 §. 91, und Gengler, Quellengeschichte und Syst. des im Königr. Bayern ic geltenden Privatrechts, §. 14 S. 109 den soeben vorgetragenen Satz als einen zu dem Salzburgischen Partikularrechte gehörigen Rechtsatz auf. Mit Unrecht. Denn abgesehen davon, daß sich eine Continuität dieses angeblichen Gewohnheitsrechts bis herab auf unsere Zeit nicht erweisen läßt, findet hier Anwendung, was v. Savigny in seinem Systeme des heutigen Röm. Rechts B. IV. S. 504 — 505 mit folgenden Worten bemerkt:

„Selbst das kann nicht zugegeben werden, daß diese unrichtige Lehre *) wenigstens in den Ländern, deren höchste Gerichte sie befolgt haben, die Natur eines partikulären Gewohnheitsrechts angenommen habe. Denn die Gerichte haben jene Lehre keineswegs als ein Stück des besonderen Landesrechts zur Anwendung gebracht, sondern lediglich als ein Stück des Römischen Rechts, in-

*) Nämlich die von älteren Rechtslehrern verteidigte, in neuerer Zeit aber vollständig widerlegte Lehre, wornach bei Servitutes discontinuae nur die Immemorialverjährung Platz greifen könnte. Vgl. hierüber v. Savigny a. a. O. S. 498 flg., Seuffert, präkt. Pand. R. 2. Aufl. B. I §. 185 Note 2 S. 234,

„dem sie sich auf Stellen der Digesten und
 „auf die Autorität gemeinrechtlicher Schrift-
 „steller gegründet haben. Auch ist hier lei-
 „nedwegs ein Fall vorhanden, worin für ein
 „wahrhaft empfundenen praktischen Bedürfniß
 „bloß zum Schein eine Rechtfertigung au-
 „dem Röm. Recht gesucht worden wäre, da
 „gerade für das praktische Bedürfniß durch
 „jede bestimmte Verjährungszeit weit besser
 „gesorgt wird, als durch die unvordenkliche
 „Zeit. Es ist also hier vielmehr ein solcher
 „Fall vorhanden, worin selbst jene Gerichte,
 „wenn sie sich von dem bisher gehegten
 „theoretischen Irrthum überzeugen, denselben
 „aufzugeben und den entgegengesetzten Grund-
 „satz für die Zukunft anzuwenden haben.
 „S. 20.“ — R.

Ehegerichtliche Kompetenz. Mandatum de revertendo.

(Preussisches Recht.)

Vergleiche Blätter für Rechtsanwendung Bd.
 VII S. 87 und Bd. IX S. 296.

Es ist schon öfters verschiedenartig darüber er-
 kannt worden, ob nach allgemeinem Preuß. Land-
 rechte der Ehe- oder der persönliche Richter befugt
 sei, den anderen eigenmächtig sich absondernden Ehe-
 gatten zur Rückkehr anzuhalten, da in dem hier
 einschlagenden §. 685 Thl. II Tit. I des allg. Preuß.
 Landrechtes eine nähere Bezeichnung hierüber mangelt.

Es dürfte ebendeshalb eine wiederholte Er-
 örterung dieser Frage vom praktischen Standpunkte
 aus nicht überflüssig sein.

Die Ansicht, daß das fragliche *mandatum de revertendo* zum Eherichter ressortire, stützt sich hauptsächlich darauf, daß die Nichtbefolgung desselben die Ehetrennung nach sich ziehe, sohin für die Ehescheidungsklage präparatorisch erscheine und deshalb jene Einschreitung von dem in der Hauptsache kompetenten Ehegerichte auszugehen habe.

Abgesehen jedoch von dem hiegegen bereits von dem kgl. Appellations-Rath Hrn. Dr. Gertt in seinen praktischen Erörterungen aus dem gesammten Gebiete der Rechtswissenschaft Nr. XIII S. 152 erhobenen Bedenken, dürfte die andere Meinung, nach welcher der persönliche Richter für kompetent zur Erlassung eines *mandatum de revertendo* erachtet wird, aus nachstehenden Gründen für die richtigere zu halten sein:

- 1) Ist aus anderen Gesetzesstellen zu entnehmen, daß dergleichen präparatorische Verfügungen der ordentliche persönliche Richter der Eheleute zu erlassen hat.

§. 683 und §. 709, 712, 713 und 714 Thl. II Tit. I des allg. Preuß. Landrechts.

- 2) Spricht hiefür ganz ausdrücklich die allg. Preuß. Gerichts-Ordnung:

Thl. I Tit. 40 §. 20,

welche älter als das revidirte preussische Landrecht ist, und deshalb demselben in allen prozessualischen Fragen zur Grundlage und im Zweifel zur Erläuterung dient.

Nach derselben steht die erste Einleitung im Ehescheidungs-Prozesse, die werththätige Pflege der Sühne, die Erforschung des Grundes der entstandenen Mißhelligkeiten, die Pflicht für deren Beseitigung durch zweckmäßige Vorstellungen und Ermahnungen, allenfalls auch durch Anwendung des obrigkeitlichen Amtes, dem ordentlichen persönlichen Richter zu.

§. 22 und §. 29 I. c.

Die ausdrückliche Bezugnahme des § 29 der Preuß. Gerichts-Ordnung auf §. 675, 685, 709, 712. 714 Thl. II Tit. I des allg. Preuß. Landesrechtes läßt ohnzweifelhaft erkennen, daß wegen Verdachtes eines Ehebruches, wegen bößlicher Verlassung, wegen unordentlicher Lebensart, wegen Versagung des Unterhaltes und überhaupt in allen Fällen, wo die Scheidung gesucht wird, der ordentliche persönliche Richter bemüht sein muß, das gute Vernehmen unter den in Zwietracht gerathenen Eheleuten wieder herzustellen und die Ursachen der entstandenen Mißhelligkeiten aus dem Wege zu räumen, also auch alle erforderliche für die Anstellung der Ehescheidungsklage präparatorischen Verfügungen zu erlassen.

3) Wo es sich um einen Befehl zur Rückkehr gegen die ohne rechtmäßigen Grund entfernte Ehegattin handelt, steht die Trennung der eingegangenen Ehe selbst noch nicht in Frage, denn es kann ja der Ehegatte der richterlichen Aufforderung Folge leisten, und andernfalls erlangt der andere Theil durch die bloße Entfernung des einen Ehegatten noch keinen Scheidungsgrund, erst die Nichtparition des Entfernten gibt ihm ein Recht, auf Ehescheidung zu klagen.

Da nun aber das Ehegericht nur allein ermächtigt ist, Klagen über den Rechtsbestand oder die Trennung einer schon bestehenden Ehe zu entscheiden,

BD. vom 22. Juli 1806 Reg.-Bl. 1806 S. 285.

„ 28. Juli 1818 Gesetz-Bl. 1818
S. 474.

BD. vom 12. Dezember 1822 Reg.-Bl. 1822
S. 1313.

Seufferd's Kommentar Bd. I S. 105,

Prozeß-Novelle vom 17. November 1837, so erscheint zur Erlassung des *mandatum de revertendo* nicht das Ehegericht, sondern nur der ordentliche persönliche Richter kompetent.

In der Ehescheidungssache II. gegen II. wurde daher vom kgl. Appellations-Gerichte von Oberfranken durch Erkenntniß vom 18. Juni 1850 sowie durch Erkenntniß des I. Oberappellations-Gerichtes vom 6. Dezember 1850 Reg.-Nr. 81⁵⁰/₅₁ die sofortige Ehetrennung auf den Grund eines vom persönlichen Richter erlassenen, von der Ehefrau aber nicht befolgten *mandatum de revertendo* unter Verwerfung der deßfalls wegen vermeintlicher Inkompetenz des persönlichen Richters opponirten Einsrede der verurtheilten Ehescheidungsklage erkannt. —
Friedr.

Strafrechtliche Untersuchungen gegen Konstriptionspflichtige.

Unter Aufhebung einer früheren diesen Gegenstand betreffenden Entschliebung vom 21. Dezember 1834 (Döllinger's BDC. Bd. 10 Th. 1 S. 143) wurde vom Justizministerium im Hinblick auf das Gesetz vom 23. Mai 1846, die bei der Militäraushebung im Untersuchungsprozesse, im Verhaft oder in Zwangsarbeitshäusern befindlichen Konstribirten betr., am 9. Juni 1851 verordnet:

I) Wenn sich ein im Alter der Konstriptionspflichtigkeit oder in den ersten zwei Jahren der Militärpflichtigkeit (§§. 5 — 7 Abs. 1 des Heerergänzungsgesetzes vom 15. August 1838) stehender Jüngling wegen Verbrechens oder wegen irgend eines Vergehens in Untersuchung befindet, so haben die Untersuchungsgerichte der heimathlichen Konstri-

ktionsbehörde des Prozeßirten von der Untersuchung und von dem Ausgange derselben Nachricht zu geben, damit von der genannten Behörde die geeignete Vormerkung bezüglich der Aushebung gemacht werden könne.

II) Gleiche Nachrichtertheilung an die Konstriptionsbehörde hat zu geschehen:

- 1) wenn sich einer der unter Ziff. 1 bezeichneten Jünglinge wegen Verbrechens oder wegen irgend eines Vergehens in Strafschaft befindet,
- 2) wenn ein in das Alter der Konstriptionspflichtigkeit noch nicht eingetretener Jüngling wegen Verbrechens oder wegen eines der im §. 4 des Heerergänzungsgesetzes vom 15. August 1828 genannten Vergehen verurtheilt wurde.

III) Bei der Nachrichtertheilung von dem Ausgange der Untersuchung (Ziff. 1), sowie in den unter Ziff. 2 bezeichneten Fällen ist der Konstriptionsbehörde zugleich eine beglaubigte Abschrift des betreffenden Beschlusses oder Erkenntnisses mitzutheilen. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Wirksamkeit außeramtlicher Fixationsverträge¹⁾.

Von einer Klage aus einem außeramtlichen Fixationsvertrage war der Verklagte in erster In-

¹⁾ Sowohl diesen als die oben S. 23—29 abgedruckten, und die nachfolgend mit Sp. bezeichneten Bei-

stanz wegen Mangels der Protokollirung bei der Distriktpolizeibehörde entbunden worden. Das Gericht zweiter Instanz verurtheilte den Beklagten zur Erfüllung des Vertrages. Gründe:

„Richter Imme stützt seinen Ausspruch einzig und allein auf den Umstand, daß der der Klage abschriftlich angelegte Fixationsvertrag vom 9. October v. J8., welcher das Klagsfundament bildet, nicht unter Leitung der Distriktpolizeibehörde protokolliert ist, was gemäß §. 6 der Vollzugs-Instruktion vom 17. Juni 1848 zum Ablösungsgesetz vom 4. Juni 1848 zur Rechtsgültigkeit, beziehungsweise zur klagbaren Verfolgung desselben unerläßlich sei, — allein mit Unrecht. —

Das allegirte Gesetz, wie die Instruktion, gestatten den Betheiligten ausdrücklich die gebotene Fixirung aller unständigen Gefälle und Zehenten, im Wege des freiwilligen Uebereinkommens, und der §. 8 Absch. II des Gesetzes bestimmt noch besonders, daß alle bereits rechtsgültig bestehenden oder vor der amtlichen Behandlung zu Stande kommenden Fixationen oder Umwandlungen von Grundfällen in Kraft bleiben sollen, und nach §. 3 der Instruktion sind selbe von den l. Behörden ohne erheblichen Grund nicht zu beanstanden, wenn nur zur Genüge erhellt, daß selbe beiderseits mit freiem Willen und gutem Vorbedacht stattgefunden haben.

Dieses vorausgesetzt, so kann dem §. 6 der Instruktion unmöglich der vom Erstrichter unterbreitete Sinn beigelegt werden, da ein solcher Widerspruch in einer und derselben Verordnung und mit dem Gesetze selbst, als möglich nicht gedacht werden darf.

träge verdanken wir der Güte des Hrn. Universitäts-
syndikus, Rath Dr. Spengel.

Wenn daher auch osterwählter §. 6 der Instruktion bestimmt, daß sämtliche zu Stande gekommene Fixirungen zur Verstärkung ihrer Rechtsgiltigkeit unter Leitung der Distrikts-Polizeibehörde zu protokollieren seien, und hierbei auf §. 35 des Gesetzes Bezug nimmt, so wollte und konnte damit nichts anders gesagt werden, als daß die über das Ablösungsgeschäft, — gleichviel ob mit oder ohne amtliche Behandlung zu Stande gebracht, — auszustellenden Fixations- und Ablösungs-Urkunden unter Mitwirkung der gesetzlich damit betrauten Polizeibehörden ausgefertigt werden sollen, — nimmemehr aber, daß selbes ohne dieselbe keine gesetzliche Kraft haben soll.

Eine solche, den allgemeinen Civilgesetzen wie dem Spezialgesetze über Ablösungen und Fixationen geradezu widersprechende Bestimmung könnte auch auf dem Verordnungswege gar nicht getroffen werden, in keinem Falle würde dieselbe dem Gerichte als bindende Norm dienen müssen²⁾.

Diesem nach ergibt sich, daß der fragliche Vertrag vom 9. Oktober v. J. ungeachtet, dessen im §. 6 der Instruktion angeordneter Protokollierung bisher noch nicht bewirkt wurde, doch auf dem Rechtswege zur Geltung gebracht werden könne,

²⁾ Vgl. dagegen ein Erk. des O. für Oberbayern vom 5. März 1850 (Negerisches Benefizium gegen Joseph Schmid von Hausen, wegen Vertragserfüllung), in dessen Motiven gesagt wurde: Der Art. 19 des Gesetzes Abs. 3 gibt das Nähere über die Grundzüge des amtlichen Verfahrens einer zu erlassenden Instruktion anheim, und diese macht sohin einen integrierenden Theil des Gesetzes aus, indem sie dem Richter die Anleitung gibt, wie das Gesetz gehandhabt und zur Anwendung gebracht werden soll. Vgl. den Eingang.

und daß wegen dieses Mangels allein die Klage nicht abgewiesen werden dürfte.

In der Erwägung nun, daß die Klage lediglich die Aufrechthaltung, beziehungsweise die Erfüllung der Uebereinkunft vom 9. Oktober v. J. bezweckt, sohin die Entscheidung des Erstrichters auf der Schlußfolgerung beruht, welche sich aus der Beurtheilung des zur Begründung der Sachbitte Vorgebrachten in Bezug auf diese ergab, war gemäß Plenarbeschluß des obersten Gerichtshofes vom 10. Dezember 1842 auf die Hauptsache selbst einzugehen.

Die Klagsbeilage ist eine Privat-Urkunde, welche so beschaffen ist, daß durch sie der Streit ohne anderen Beweis gehoben werden kann und muß, da Beklagter in seiner ersten Antwort dieselbe ausdrücklich weder refognoszirt noch diffitirt noch sich ein oder anderes bis zur Produktion oder Einsicht des Originals vorbehalten hat, als von ihm refognoszirt erachtet werden.

Cod. jud. cap. XI §. 7 Nr. 1 et 2.

Diese Urkunde wurde auch vom Beklagten unterschrieben, macht sohin gemäß Cod. jud. l. c. §. 3 gegen ihn vollen Beweis, mit anderen Worten, es ist als erwiesen anzunehmen, daß er den Vertrag so und nicht anders eingegangen habe, als in der Urkunde enthalten ist.

..... Da nach dem Vertrage vom 9. Oktober 1848, welcher als vom Beklagten für anerkannt zu erachten ist, — eine rechtserhebliche Einrede nicht entgegensteht, so mußte derselbe gemäß Art. 8 Absch. II des Gesetzes vom 4. Juni 1848 und §. 3 der Instruktion hiezu vom 17. ejusd. in Kraft erhalten werden, und war, wie geschehen, zu erkennen.

Erk. des AG. für Niederbayern vom 21. Juni 1850 (Graf Berchem gegen Gschwendner).

Auf die in vorstehendem Erkenntnisse entschiedene Zweifelsfrage bezieht sich auch eine aus dem Ministerium des Innern am 20. Dez. 1850 an die Regierung von Oberbayern in Erledigung eines speziellen Falles ergangene Entschlieſung, folgenden Inhaltes:

„Die Bestimmung des Art. 8 Abs. 2 des Grundlasten-Ablösungsgesetzes, wonach „alle bereits „rechtsgiltig bestehenden oder vor der amtlichen Behandlung zu Stande kommenden Fixationen oder „Umwandlungen von Frohnen und Grundgefallen „in Kraft bleiben“, muß als die für die Beurtheilung außeramtlich abgeschlossener Fixations-Verträge maßgebende und leitende betrachtet werden, weil sie mit Bestimmtheit den Standpunkt bezeichnet, welchen die Fixationsbehörden gegenüber den Parteien zu behaupten haben.

Aus den einschlägigen Landtagsverhandlungen (Verhandl. der Kammer der Abgeordneten vom J. 1848 Weil. Bd. I S. 271; Weil. Bd. II S. 71 und 158; Verhdl. Bd. IV S. 272; dann Verhdl. der Kammer der Reichsräthe Weil. Bd. III S. 26) geht unzweifelhaft die Absicht des Gesetzes hervor, dem freiwilligen Uebereinkommen zwischen den Betheiligten den freiesten Spielraum zu lassen. Durch die §§. 3 und 6 der Instruktion vom 17. Juni 1848 konnte und wollte eine diesen gesetzlich festgestellten Grundsatz überschreitende Ausdehnung der Befugnisse der Fixations-Behörden nicht bestimmt werden, und ebensowenig war hiermit eine Abänderung der hinsichtlich der gerichtlichen Verbriefung bestehenden Vorschriften beabsichtigt.

Die Fixationsbehörden sind aber jedenfalls befugt, zu untersuchen, ob bereits außeramtlich abgeschlossene Verträge bestehen, ob sonach die Betheiligten der in Art. 7, 8 und 19 des Gesetzes ausgesprochenen unbedingten Verpflichtung zur Fixa-

tion der Grundlasten entsprochen haben, zu welchem Behufe sie die Produktion dieser Verträge anordnen können. Hiernach bestimmt sich auch der Umfang der Zuständigkeit dieser Behörden, bezüglich der Prüfung solcher Verträge.

Werden dergleichen außeramtlich fixirte Grundgefälle zur Uebernahme an die Ablösungskassa des Staates angemeldet, so wird der Staat als Theilhaber an der Stelle der Ueberweisenden in die Sache gezogen.

Für die Finanzbehörden ergibt sich hieraus von selbst das Recht und die Pflicht, zu prüfen, ob dem Staate durch die Uebernahme einzelner Reichnisse kein Nachtheil erwächst, und sie sind daher sowohl zur Untersuchung der materiellen Rechtsgültigkeit der Verträge, als zur Erwägung aller gegen dieselben etwa sonst obwaltenden Bedenken befugt. Diese Befugniß ergibt sich nicht nur aus der Natur der Sache, sondern ist in den Art. 7 und 23 des Gesetzes ausdrücklich vorbehalten, laut deren nur „die unter den nachfolgenden (in Abschn. III enthaltenen) Bestimmungen, fixirten Grundlasten an die Ablösungskassa des Staates überwiesen und alle ihrer Natur nach ständigen oder nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes fixirten Grundabgaben von den Pflichtigen durch Erlegung des 18fachen Betrages abgelöst werden können.“

Nachdem nun die Ablösungskassa des Staates nicht verpflichtet ist, andere Reichnisse zu übernehmen als solche, welche nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 4. Juni 1848 fixirt wurden, für den Vollzug dieses Gesetzes aber eigene Fixationsbehörden aufgestellt sind, so ergibt sich von selbst, daß die Finanzbehörden, wenn ihnen die Uebernahme eines Reichnisses zugemuthet wird, vorerst einen Beschluß der zuständigen Fixationsbehörden darüber veranlassen kön-

nien, ob das fragliche Reichniß unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen fixirt worden ist. Die wirkliche Uebernahme oder die Ablehnung derselben wird sich sodann auf den Beschluß der Fixationsbehörde zu gründen haben.

Im vorliegenden Falle wurde die Prüfung der von dem Freiherrn von Sch. mit seinen Grundholden abgeschlossenen Verträge durch den Ueberweisungsantrag des Ersteren veranlaßt, und die Fixationsbehörden konnten sich der ihnen von den Finanzbehörden angesonnenen Prüfung jener Verträge aus den angegebenen Gründen nicht entziehen. Der von den Fixationsbehörden zu erlassende Ausspruch kann hiernach nur dahin lauten: entweder daß die vorgelegten Verträge den Bestimmungen des Grundlasten- und Ablösungsgesetzes entsprechen oder daß dieses nicht der Fall sei; eine förmliche Annulirung derselben aber kann nicht als statthaft betrachtet werden. Auf demselben Standpunkte hat sich selbstverständlich der Ausspruch der Regierungskammer des Innern zu halten, wenn ein solcher in Gemäßheit des Art. 19 des Gesetzes veranlaßt werden würde. *ic. ic.*“

2.

Handlohn • Fixirung. Schätzung. Ungültigkeit.

Eine zum Zwecke der Handlohnfixirung vorgenommene Guttschätzung wurde vom Gerichte zweiter Instanz verworfen. Gründe:

„Die Schätzleute haben die im Gesetz gebotenen Schätzungsvorschriften nicht eingehalten. Nach Art. 11 Nr. 4 des Ablös. Ges. v. 4. Juni 1848 haben die Schätzer nicht nur über ihre Verrichtung ein Protokoll aufzunehmen, und darin die Gründe ihrer Schätzung ausführlich anzugeben, sondern die Schätzung selbst unter Berücksichtigung der Instru-

tion vom 17. Juni 1848 §. 12 Abs. 3, nach den im Ablös. Ges. §. 9 festgestellten agronomischen Grundsätzen vorzunehmen und dabei das Gut in belastetem Zustande zu berücksichtigen. Prüft man aber die fraglichen Schätzungen, so sind diese gesetzlichen Voraussetzungen in nachstehender Weise nicht vorhanden.

Obgleich das Gesetz vom 4. Juni 1848 nach Art. 11 Nr. 4 nicht ausdrücklich vorschreibt, daß die Schätzungsergebnisse vereinzelt zu Protokoll gegeben werden müssen, sondern daß es genügt, wenn über die Verrichtung der Schätzer ein Protokoll aufgenommen und die Schätzungsergebnisse in einer tabellarischen Uebersicht zu Protokoll eingelegt werden, so kann dabei doch nicht umgangen werden, daß die Motive, worauf die Schätzung begründet wird, zu Protokoll gegeben werden müssen.

Wenn daher die Schätzer die fraglichen Schätzungsergebnisse in tabellarischen Uebersichten zu Protokoll eingelegt haben, so kann deshalb die fragliche Schätzung in formeller Hinsicht noch nicht beanstandet werden; dagegen kann aber die vorwürfige Schätzung dennoch nicht zu Recht bestehen, indem dieselbe der erforderlichen Begründung entbehrt; denn die Schätzungsergebnisse, welche von den Schätzern des Berechtigten und des Verpflichteten übergeben wurden, zeigen nur den Flächeninhalt, die Bonität und den Schätzungspreis der einzelnen Objecte mit dem Beifügen an, daß das Gut im belasteten Zustande abgeschätzt wurde, ohne daß weder in den fraglichen Schätzungstabellen, noch in den darüber aufgenommenen Protokollen vorkommt, ob und in wie weit diese Schätzer die fraglichen Steuerkataster berücksichtigt haben und ob und wie sie nach den im Art. 9 des Ges. v. 4. Juni 1848 aufgestellten agronomischen Grundsätzen zu den fraglichen Schätzungen gekommen sind.

Es sind daher die Schätzungen dieser Schätzleute der gesetzlichen Vorschrift nach §. 11 Nr. 4 durchaus nicht entsprechend.

Es mußte daher die Nichtigkeitsbeschwerde des kgl. Universitäts-Syndikats für begründet erachtet und die Schätzung verworfen werden."

Erk. des UG. für Niederbayern von 27. Dec. 1850. (Anglhuber gegen Universität München).
Ep.

3.

Schadloshaltung wegen Nichterfüllung von Seite des Käufers, Beweislast über Verschulden bei Entschädigungsforderungen wegen Nichterfüllung.

Komment. über die O.D. Bd. 3 S. 43. Seuffert's Archiv
Bd. 1 Nr. 168.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß derjenige, welcher einen eingegangenen Vertrag nicht erfüllt, dem Gegentheile zum Schadensersatze verpflichtet wird.

Fr. 1 pr. de act. emt. vend. (19, 1):

„Si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur.“

Im gegenwärtigen Falle war zwar nicht der Verkäufer, sondern der Käufer derjenige Kontrahent, welcher der Nichterfüllung beschuldigt wurde; allein da der Kauf und Verkauf ein Vertrag ist, durch dessen Eingehung jeder Kontrahent einen Vortheil für sich bezweckt, so kann die Verbindlichkeit zum Schadensersatze nicht auf den Fall beschränkt werden, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache nicht tradirt, sondern sie muß auch dann eintreten, wenn der Verkäufer zur Tradition bereit ist, der

Käufer aber die Annahme der erkauften Sache und die Zahlung des Kaufpreises verweigert. Das bayer. L.R. sagt in Th. IV Kap. 3 §. 9 Nr. 3:

Die Wirkungen eines geschlossenen Kaufes bestehen in beiderseitiger reciprocirlicher Schadloshaltung und Prästirung dessen, was sonst noch *ex natura contractus vel pacto speciali* zu leisten ist.

Liegt eine Beschädigung des einen Kontrahenten darin, daß der andere das, was er aus der Obligation schuldete, nicht leistete, so genügt der Kläger seiner Verbindlichkeit, wenn er das beweist, was zum Grunde der Klage auf Erfüllung der Obligation gehört ¹⁾. Es ist nicht Sache des Klägers zu behaupten, daß der Beklagte auf schuldhafte Weise den Kaufvertrag nicht erfüllt und dadurch den entstandenen Schaden herbeigeführt habe, sondern es gehört zum Grunde der Einrede, daß der durch Nichterfüllung des Vertrages eingetretene Schaden dem Verbundenen nicht zugerechnet werden könne; es hat also nicht der Kläger darzuthun, daß dem Beklagten eine culpa zur Last falle, sondern dieser, der debitor, muß seiner Seite darlegen, daß er frei von culpa sei, daß er den ganzen Umfang seiner Obliegenheiten erfüllt habe, und darum für den eingetretenen Schaden nicht verantwortlich sein könne.

DAGE. v. 19. Nov. 1850. Nr. 152⁴⁸/₄₉.

¹⁾ Natürlich muß er auch den Betrag des Schadens beweisen, dessen Ersatz er verlangt. R.

Gnome.

Wie! Inserate! heißt der Zeitungen Programm;
Droht jene zu entzieh'n, gleich ist der Wolf ein Lamm.

Redakteur: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke j. Erlangen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 21. Samstag, den 11. Oktobr. 1851.

Noch einige Worte über die Frage ob die Geschwornen zu einem Ausspruche bezüglich der Verjährung veranlaßt werden dürfen.

In dem Ergänzungsblatte Nr. 1. des gegenwärtigen Jahrganges dieser Blätter ist die Behauptung aufgestellt und entwickelt, daß in der Stellung der Verjährungsfrage an die Geschwornen, resp. in der Nichtberücksichtigung dieser Frage von Seite des Gerichtshofes, ein erheblicher Kassationsgrund liegen könne. Die Wichtigkeit dieser Behauptung dürfte, auch abgesehen von dem zur Bestätigung hiefür angeführten Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes vom 11. Januar 1851, im Hinblick auf die Begründung derselben durch die Natur der Sache und die ausdrücklichen Bestimmungen der bayrischen Strafgesetzgebung, keinem Zweifel unterliegen.

Nur gegen die auf S. 7 des angeführten Ergänzungsblattes ausgesprochene Ansicht, daß die Verjährungsfrage als solche eine reine Thatfrage sei, möchte einiges Bedenken zu erheben sein. Gleichwie die Schuldfrage, welche an die Geschwornen gerichtet wird, den Zweck hat, daß dieselben die durch die öffentliche Verhandlung erhobenen Thatfachen mit dem gesetzlichen Begriffe, dem Rechtsbegriffe des dem Angeklagten zur Last gelegten

Verbrechen zusammenhalten und sich darüber aussprechen, ob Erstere unter Letzteren zu subsumiren seien oder nicht, ebenso ist es Aufgabe derjenigen, welche die Verjährungsfrage zu beantworten haben, seien es nun die Geschwornen oder der Gerichtshof, — zu prüfen; ob diejenigen thatsächlichen Umstände (Unterlassung der Untersuchung, Ablauf der Zeit, ununterbrochen gute Aufführung des Angeklagten), welche in ihrer Gesamtheit den Rechtsbegriff der Verjährung (Art. 139. Thl. I des St.G.B.) bilden, gegeben sind, oder nicht; die Voraussetzungen der Verjährung sind reine Thatsachen, keineswegs aber die Verjährung selbst; diese ist, wie das Verbrechen, ein Rechtsbegriff, und die Frage, ob Verjährung vorhanden sei, ist ebenso eine Rechtsfrage, wie die Schuldfrage selbst.

Eine andere Frage aber ist, ob nicht den Geschwornen, um dem Schwurgerichtshofe das Material zur Entscheidung über die Verjährung zu liefern, eine Frage darüber vorzulegen sei, ob der Angeklagte innerhalb der in Art. 140 Thl. I des St.G.B. beziehungsweise festgesetzten Zeiträume eine ununterbrochen gute Aufführung gepflogen habe? *).

Für die Bejahung dieser Frage spricht der Umstand, daß es sich hier in Wahrheit um eine reine Thatsache handelt; die gute oder schlechte Aufführung des Angeklagten während einer bestimmten

*) Die praktische Bedeutung dieser Frage dürfte aus der Thatsache erhellen, daß in einer der Sitzungen des Schwurgerichtshofes von Oberbayern neben der Hauptfrage an die Geschwornen auch die Frage gestellt wurde, ob angenommen werden könne, daß sich der Angeklagte innerhalb einer gewissen Zeit gut ausgeführt habe. Auf Verneinung dieser Frage erfolgte die Verurtheilung des Schuldig befundenen Angeklagten in die gesetzliche Strafe.

ten Zeit ist nicht im Entfernten ein gesetzlicher, ein Rechtsbegriff: es möchte daher ungeeignet erscheinen, die Entscheidung hierüber dem Urtheile der Geschwornen zu entziehen und dem Ausspruche des Schwurgerichtshofes anheimzustellen. — Allein auch diese Frage muß gleichwohl unbedingt verneint werden, und zwar hauptsächlich aus denselben Gründen, welche der Stellung der Verjährungsfrage überhaupt an die Geschwornen entgegenstehen und in jenem mehrerwähnten Aufsatze auseinandergesetzt sind. Auch hier kann der Umstand, daß die Frage bezüglich der Ausführung des Angeklagten eine wahre Thatfrage ist, nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß nur die Geschwornen darüber zu entscheiden haben sollen; und der positive Grund der Unstatthaftigkeit einer Fragestellung an die Geschwornen über die Verjährung selbst, daß nämlich dieselben lediglich über die Art und den Grad der Schuld des Angeklagten, welche durch die Verjährung keineswegs alterirt oder gar aufgehoben wird, nicht aber über die Strafwürdigkeit desselben, worauf allein die Verjährung Einfluß üben kann (Art. 139 cit.), sich zu erklären haben, spricht auch eben so stark gegen Stellung einer Frage an die Geschwornen über die Ausführung des Angeklagten. —

Dagegen ist der Umstand, daß die Geschwornen bei ihrer Verathung noch gar nicht wissen, ob und welche Strafe in Anwendung kommen werde, hier wohl von keinem Belange, da ja die Verjährungsfrage immer nur eventuell, d. h. für den Fall gestellt werden könnte, daß der Angeklagte der ihm zur Last gelegten That schuldig erklärt würde, und da, was die Art und Größe der Strafe betrifft, dem hier gefürchteten Uebelstande durch Stellung einer alternativen Frage für die längere oder kürzere Verjährungszeit vorgebeugt werden könnte,

Ein Ausspruch über die Strafe läge also in der Beantwortung der Verjährungsfrage keinesfalls.

Die Verneinung der oben aufgeworfenen Frage dürfte sich aber auch noch aus folgender Erwägung ergeben. Wie sich der Angeklagte im Allgemeinen aufgeführt habe, erhellt theils aus den Aussagen der Leumundszeugen, theils aus der Verlesung von Aktenstücken über etwaige frühere Untersuchungen gegen denselben. Wird die Frage über die Aufführung des Angeklagten auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so muß einerseits an die Leumundszeugen außer der allgemeinen Frage über dessen Leumund auch eine besondere für diese oder jene Zeit gestellt werden; andererseits kann es sich darum fragen, ob der Angeklagte binnen dieses bestimmten Zeitraumes in eine Untersuchung wegen eines Verbrechens, Vergehens oder einer Polizeiübertretung verwickelt worden ist, ohne ein freisprechendes Urtheil erwirkt zu haben, was die Verlesung etwa vorliegender Erkenntnisse ersehen läßt. Würde nun an die Geschwornen die Frage gestellt werden, ob sich der Angeklagte während des einen oder andern der im Art. 140 l. c. festgesetzten Zeiträume ununterbrochen gut aufgeführt habe, so wäre die Beantwortung derselben nicht etwa ein logischer Schluß aus gegebenen Thatfachen, sondern lediglich eine Wiederholung dessen, was die Leumundszeugen ausgesagt haben und die verlesenen Aktenstücke enthalten, und daß dieß der Aufgabe und Bedeutung der Geschwornen geradezu entgegensteht, bedarf keiner nähern Begründung; ganz abgesehen davon, daß die Geschwornen — die ganz bestimmt im Gesetze benannten Fälle abgerechnet — nicht auf schriftliche Belege (wie hier die Aktenstücke) sondern nur auf das Ergebniß der öffentlichen Verhandlung ihre Wahrprüche zu bauen haben. Es ist also Sache des Schwurgerichtshofes, bei der Berathung über die

Strafe des von den Geschwornen schuldig Befundenen gegebenen Falles das vorhandene Material zur Beantwortung der Verjährungsfrage zu benutzen, und je nachdem die Voraussetzungen des Art. 139 l. c. vorliegen oder nicht, diese Frage zu bejahen oder zu verneinen, d. i. den Angeklagten von der Strafe freizusprechen oder zu verurtheilen.

Allfeld.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zwangverkauf einer vorher unter der Hand verkauften Sache auf Betreiben von Gläubigern des Verkäufers, nachdem der Käufer hinsichtlich der Erfüllung säumig war. Entschädigungspflicht des Käufers.

Der Kläger hatte zur Tilgung seiner Passiven sein Mühlenwesen um 4200 fl. an den Beklagten verkauft. Dieser blieb aber ungeachtet mehrmaliger Aufforderung säumig in der Erfüllung, was die Folge hatte, daß die Gläubiger des Verkäufers den Zwangsverkauf des Anwesens erwirkten, welcher nur einen Erlös von 2920 fl. verschaffte. Nun forderte der Verkäufer Vergütung der Differenz im Betrage von 1280 fl. als Schadenersatz. Vom Beklagten wurde eingewendet: er trage keine Schuld daran, wenn der Kläger wegen Hypothekkapitalien verklagt worden sei, und die Hypothekgläubiger, um ihre Befriedigung zu erhalten, den Verkauf der verpfändeten Mühle erwirkt hätten, indem der Kläger den Verkauf durch Aufbringung anderer Zahlungsmittel hätte abwenden sollen. Diese Einwendung wurde aber für unerheblich erachtet. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

In der Entstehung der Schulden des Klägers trifft dem Beklagten allerdings kein Verschulden, es wurde demselben auch nicht angesonnen, für die vom Kläger contrahirten Schulden verantwortlich und haftend zu sein; allein es ist doch unverkennbar, daß der Kläger sich durch den Verkauf der Mühle in die Lage gesetzt hatte, den Rausschilling von 4200 fl. zur Tilgung seiner Hypothekkapitalien verwenden zu können, wenn ihm Beklagter denselben bezahlt hätte. Der Vertrag war, dem klägerischen Vorbringen zufolge, zu einer Zeit abgeschlossen worden, zu welcher der Verkauf der Mühle von den Gläubigern noch nicht beantragt war; der Käufer erhielt durch die am 19. Sept. 1846 eingereichte Klagschrift Nachricht davon, daß der Verkauf der Mühle im Zwangswege bevorstehe, wenn er noch länger die Vertragserfüllung, nämlich die Uebernahme der Mühle und die Zahlung des Pfingsten 1846 fällig gewordenen Rausschillings verweigere. Den gerichtlichen Zwangsverkauf zu hindern, lag nicht in der Verpflichtung des Klägers, sondern des Beklagten. War der Vertrag so, wie klagender Theil behauptet wurde, abgeschlossen, so konnte dem Verkäufer nicht zugemuthet werden, vom Vertrage zurückzutreten, die bereits vertragsmäßig erworbenen Rechte aufzugeben, das verkaufte Object zurückzunehmen und anderwärts einen neuen Käufer zu suchen. Die Anmerk. zum Bayer. R.R. Th. IV Kap. 3 §. 9 Nr. 3 sagen: ist Käufer in mora accipiendi, so kann zwar Verkäufer deswegen vom Kontrakte nicht rescindiren, wohl aber die Schadloshaltung hierum begehren. — Nach geschlossenem Kaufe trägt der Käufer die Gefahr der erkauften Sache, d. i. der Käufer muß für den Schaden eintreten, welcher sich zugetragen hat, ohne weder von dem Käufer noch von dem Verkäufer verschuldet zu sein. Trifft den Käufer die Gefahr

des Verlustes schon dann, wenn die Sache ohne sein Verschulden durch einen Zufall zu Grund geht, so muß er sie noch vielmehr dann tragen, wenn ihm die Tradition der Sache angeboten, die Annahme derselben verweigert und der Käufer darauf aufmerksam gemacht wurde, daß bei längerem Verzug ein Ereigniß eintreten könne, welches die Gefahr herbeiführe, daß die Tradition des Objectes für den Verkäufer eine Unmöglichkeit werden würde. Als ein solches Gefahr drohendes Ereigniß muß die nachgefolgte zwangsweise Veräußerung der Mühle angesehen werden; sie war für den Verkäufer eine *vis major*, für deren nachtheilige Folgen der Käufer einzustehen hat, wenn er das ihm verkaufte Object preisgab. Der Geber haftet, wenn derjenige, welcher etwas empfangen soll, die Annahme ohne rechtlichen Grund verweigert, nur für *dolus* und grobe Fahrlässigkeit, nicht mehr für *diligentia* *).

Fr. 17 de peric. et commodo (18, 6):
*Illud sciendum est, cum moram emptor
 adhibere coepit, jam non culpam, sed
 dolum tantum praestandum a venditore.*

Der Verkäufer ist also auch nicht verbunden, zur Abwendung drohender Verluste aus seinem Vermögen Aufwand zu machen; er ist wegen des Schadens, welcher als Folge solcher Unterlassung eintritt, zumal wenn er den Käufer noch rechtzeitig von der Gefahr benachrichtiget, und zur Besorgung des Nöthigen aufgefördert hatte, nicht verantwortlich.

Die Behauptung des Beklagten, daß er gar nicht im Stande gewesen sei, den Kauffchilling zu bezahlen, weil er selbst den Kauffchilling für sein

*) Vgl. Bl. f. RA. Bd. 3 S. 408.

verkaufted Anwesen nicht pünktlich habe erlangen können, kann nicht als ein Grund, um Befreiung von seiner ihm gegen seinen Verkäufer obliegenden Verbindlichkeit zu bewirken, geltend gemacht werden, weil es nur als ein selbstverschuldeter Mangel an der erforderlichen Umsicht angesehen werden könnte, wenn er ein Anwesen um den Preis von 4200 fl. käuflich erwarb und die Zahlung des Kaufpreises auf Pfingsten 1846 festsetzte, ohne sich im Besitze zureichender Zahlungsmittel zu befinden.

DAGE. vom 19. Nov. 1850. Nr. 152⁴⁸/49.

2.

Zur Lehre von Provisorien. Ein als Provisorium ergangener Ausspruch unter Beanstandung dieser Eigenschaft angefochten.

Ein Gutbesitzer hatte das Gut seinem Neffen gegen Zusicherung einer Leibrente von 2200 fl. abgetreten. Der Neffe veräußerte dasselbe an einen Dritten (v. H.) mit der Verabredung, daß Letzterer die an den Dheim zu zahlende Leibrente übernehme. Diese Veräußerung gab aber dem Dheim nach einer Clausel des Abtretungsvertrages Anlaß, gegen den Neffen und den jetzigen Besitzer des Gutes auf Vertrags-Rescission resp. auf Zurückgabe des Gutes Klage zu erheben. Im Laufe dieses Rechtsstreites zahlte v. H. die stipulirte Leibrente in vierteljährigen Raten einige Jahre hindurch zu Gerichtshänden. Bei dem langsamen Fortgange des Hauptprocesses trug nun der Kläger darauf an, ihm im Wege des Provisoriums bis zur endlichen Entscheidung den Genuß der fraglichen Leibrente einzuräumen, was vom Mitverklagten v. H. aus dem (erst in den höheren Instanzen geltend gemachten) Grunde bekämpft wurde, es gehe nicht an,

aus einem Verhältnißverhältnisse Vortheile anzusprechen, dessen Wiederaufhebung man klagweise betreibe. Dem gestellten Provisionalgesuche wurde in zwei Instanzen stattgegeben. Als ein Hinderniß der Beschwerdeführung an die dritte Instanz erschien die Bestimmung der Novelle v. 17. Nov. 1837, §. 54 Nr. 4, nach welcher die Appellation an die dritte Instanz gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse, wodurch eine provisorische Verfügung getroffen wird, nicht statt findet. Zur Beseitigung dieses Hindernisses wurde auszuführen versucht, die Vorinstanzen hätten ihren Ausspruch mit Unrecht als eine provisorische Verfügung bezeichnet, indem darin vielmehr ein die Hauptsache betreffendes Erkenntniß auf Erfüllung der Stipulationen des Abtretungsvertrages enthalten sei. Dieser Versuch blieb aber ohne Erfolg; daß an den obersten Gerichtshof ergriffene Rechtsmittel wurde von diesem als unstatthaft zurückgewiesen. Aus den Motiven entnehmen wir folgende Sätze:

1) das landgerichtliche Erkenntniß (vom 10. Juli 1842) hat unstreitig, indem es den in Frage befindlichen klägerischen Anträgen entsprechend erkannte, eine provisorische Verfügung im Sinne des §. 54 Nr. 4 der Novelle v. 1837 getroffen. Das sicherste Kennzeichen hiefür besteht darin, daß es einen Zustand von Leistungen und Bezügen herbeizuführen beabsichtigte, welcher, ohne daß in der Hauptsache selbst streitige Recht zu verändern, bestimmt ist, mit der Entscheidung der letzteren seine Endschafft zu erreichen, und nur für die Dauer des Processes, mag jener Ausgang sein, welcher er will, dem Kläger seine in der Zwischenzeit bevorstehenden Entbehrungen so wenig als möglich fühlbar zu machen.

2) Ob nun die Voraussetzungen zu einem solchen Provisorium vorhanden gewesen oder nicht, —

ob das richtige Maaß seines Umfanges dabei eingehalten worden, und das rechte Verfahren stattgefunden habe, auf alle diese vom Revidenten bestrittenen Punkte hat es als zur Hauptsache gehörig nicht anzukommen, um nur festzustellen, was allein entscheidet, daß die Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen ihrem inneren Wesen nach als Provisorien richtig qualifiziert seien. Insbesondere ist es kein Hinderniß, um diese Eigenschaft anzuerkennen, daß dem einen Theile jene Leistungen, welche er aus einem von ihm angefochtenen Vertrage fordern könnte, gegen seine Absichten in der Hauptsache einstweilen zuerkannt wurden, weil auch in der Vorausetzung seines Obtrieges mit der angestellten Rescissionsklage immer noch Mittel genug vorhanden wären, dem unterliegenden Impetraten zum Rückersatze jener Vorschüsse zu verhelfen, und also den definitiven Rechtszustand seiner Zeit mit allen seinen Folgen durchzuführen.

3) Es ist nicht charakteristisch für ein Provisorium, daß es weniger umfasse, als der Hauptprozeß möglicherweise als Ergebnis liefern kann.

Eine Verfügung, welche das Erkenntniß für einstweilen vollstreckbar erklärte, wodurch einer Person definitiv, aber noch nicht rechtskräftig gewisse Alimente zuerkannt sind, würde vielmehr nichts desto weniger ein Provisorium sein und heißen müssen.

DAGE. vom 21. Okt. 1844. Nr. 991⁴³/₄₄.

3.

Verfahren bei Provisionalgesuchen. Präjudiz der fingierten Zustimmung zu dem gestellten Antrage. Extrajudizialappellation. Nichtigkeitsbeschwerde wegen fehlerhafter Ladung.

Vgl. Kommentar über die GD. Bd. 2 S. 223, V.

In dem aus der praktischen Mittheilung S. 328 ersichtlichen Rechtsfalle wurde der Provisional-

Antrag des Klägers dem Gegentheil zur Erklärung unter Vorsetzung einer Frist von 14 Tagen mit Androhung der Rechtsfolge der Zustimmung zu dem gestellten Antrage mitgetheilt. Der verklagte Theil legte gegen diese Präjudizbestimmung Verwahrung ein, und unterließ es, die aufgetragene Erklärung in der vorgedachten Frist abzugeben. Auf Anrufen des Klägers wurde nun die angedrohte Ungehorsamsfolge ausgesprochen, sodann dem gestellten Antrage gemäß provisorische Verfügung erlassen. Nachdem diese in zweiter Instanz bestätigt worden, wendete sich der Implorat an den obersten Gerichtshof, auch aus dem Gesichtspunkte der Extrajudicialappellation, sowie der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Fehlerhaftigkeit der Ladung. Die Zurückweisung dieser Rechtsmittel erfolgte aus nachstehenden Gründen:

Ein gravamen extrajudiciale kann da nicht Platz greifen, wo eine richterliche Verfügung im Laufe eines ordentlichen Processes ganz auf dem für Anzidentpunkte vorgezeichneten Wege der summarischen Erörterung erlassen wurde.

Ein Mangel der Citation waltete nirgends vor, weil dem Imploraten durch die an ihn ergangene Ladung alle Gelegenheit zur Rechtsvertheidigung eröffnet werden, und es nur seine Schuld ist, wenn er, statt hievon Gebrauch zu machen, als ungehorsam mit jedem hierauf gerichteten Vorbringenden Auschluss verurtheilt. Das Irrthümliche, was in dem angedrohten Rechtsnachteile begriffen sein könnte, ist aber nicht geeignet, eine Ladung völlig unwirksam zu machen.

DAGE. vom 21. Dst. 1844. Nr. 991⁴³/₄.

3.

Klagänderung. Einlassung des Beklagten auf die geänderte Klagbltte.

In der Klagschrift war gebeten, den Beklagten zur Erfüllung des in Frage befindlichen Kaufs

vertrages durch Zahlung des Rauffschillingß zu 4200 fl. gegen Uebergabe der verkauften Mühle zu verurtheilen. In einem Klagsnachtrage wurde alternativ die Bitte beigefügt: Beklagten zum Ersatz des durch den Vertragsbruch entstehenden Schadens anzuhalten. Nachdem aber im Laufe der nächsten Zeit das zur Uebergabe anerbundene Kaufobjekt auf Andringen von Gläubigern des Klägers der gerichtlichen Zwangsversteigerung unterworfen und einem Dritten adjudiziert worden, erklärte nun Kläger im Replikstage: Beklagter habe durch sein schuldvolles Verzögern die Erfüllung des mit ihm abgeschlossenen Vertrages unmöglich gemacht, die principale Klagsbitte falle nun weg, ihm (Kläger) bleibe nur die Verfolgung seines Anspruches auf Schadenersatz übrig. Sein Schaden bestche in 1280 fl., welche Summe bei der gerichtlichen Versteigerung des Mühlenwesens weniger Erlöst worden, als der mit dem Beklagten verabredete Rauffschilling betrage. — Wegen der in solcher Weise vorliegenden Klageänderung wurde Beklagter in zweiter Instanz von der Klage entbunden. Dieser Ausspruch wurde vom obersten Gerichtshof geändert. Gründe: „Der Umstand, daß der Kläger bei nun nicht mehr möglicher Erfüllung des Vertrages den Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens verlangte, kann die Abweisung wegen unzulässiger Aenderung der Klage nicht rechtfertigen. Der Beklagte hat den Einwand der Klageänderung in seiner Duplik nicht nur nicht vorgeschützt, sondern er hat im Eingange selbst Erwähnung davon gemacht, daß der Kläger seine ursprüngliche Klage habe fallen lassen, und diese nun nur auf Entschädigung gerichtet habe; er hat sich sofort ohne Protestation auf die Entschädigungsklage selbst umständlich eingelassen, und dadurch zu erkennen gegeben, daß er seine Duplik als Vertheidigung gegen diese Klage

gelten lassen wolle. Eine Vorschrift, daß die Abweisung der Klage in jedem vorkommenden Falle der Klagänderung von Amts wegen zu geschehen habe, besteht nicht. Die Abweisung ist wohl dann gerechtfertigt, wenn die Verhandlungen durch die Klagänderung sich als unvollständig darstellen, und das Sachverhältniß in eine so veränderte Lage versetzt wurde, daß die eigentliche Streitfrage getrübt, eine Verwirrung in der Bertheidigung herbeigeführt, und dem Richter eine sichere Basis zur rechtlichen Beurtheilung des Streitverhältnisses entzogen wurde. Allein dieses ist hier nicht der Fall; die Streitfrage liegt einfach und offen vor, die Sache ist genugsam verhandelt, und es kann dem Richter durch die Vorschrift der G.D. Kap. 4 §. 13 die Befugniß nicht genommen sein, eine den Streitpunkt in jeder Beziehung gehörig feststellende Verhandlung aufrecht zu erhalten.“ Kommentar über die G.D. Bd. 2 S. 167.

DAUE. v. 19. Nov. 1850. Nr. 152⁴⁶/₄₉.

4.

Nichtigkeitsbeschwerde über Erkenntnisse contra rem judicatam.

Wenn auch nach der besondern Vorschrift der Ger. Ordn. XIV §. 11 Nr. 3 und den Anmerk. zu Kap. XIV §. 9 lit. a, in Uebereinstimmung mit den Aussprüchen des römischen Rechtes

L. 55. 62. D. de re jud. (42. 2) L. 1. 4.

C. quando prov. (7. 44.) Heffter System des Civilproceßrechts 2. Außg. S. 334

ein Urtheil, welches einem früheren in Rechtskraft übergegangenen Erkenntniß zuwiderläuft, mit einer unheilbaren Nullität behaftet ist: so folgt doch aus der Natur der Rechtskraft, als des individuellen Gesetzes, und der positiven Vorschrift der G.D. a. a. D.,

§. 12 a. E. über die einschränkende Auslegung der res judicata, daß ein Nullitätsfall aus diesem Grunde nur dann anzunehmen ist, wenn die beiden Erkenntnisse in einem wesentlichen Punkte unvereinbar sind und ein Widerstreit zwischen ihnen offenbar, direkt und klar am Tage liegt, und sich nicht erst angeblich durch eine Vergleichung mit gewissen Konsequenzen ergibt, die eine später nöthig werdende Auslegung des Urtheilsfages zur Feststellung seines wesentlichen Sinnes und des Reiches seiner Wirksamkeit, daraus ableitet.

DAUERl. vom 20. Dez. 1850. RMr. 1045,
18⁴⁸/₄₉.

Vgl. auch DAUERl. vom 11. Okt. 1847. RMr.
327⁴⁵/₄₆.

ß. κ.

5.

Gegenbeweis gnadenweiser Bewilligung.

In Folge einer Klage auf Schutz im ordentlichen Besitze wegen eines Holzreichnisses wurde dem Kläger von der I. Instanz rechtskräftig der Beweis des 10jährigen Bezuges, und dem k. Fiskus der Beweis dahin auferlegt, daß dieses Holzreichniß nur gnadenweise bewilligt worden sei.

Dieser letztere Beweis wollte durch Urkunden geführt werden, welche über die zehn Jahre des klägerischen Besitzstandes hinausfielen. Der Beweis wurde aber als unerheblich verworfen, aus folgenden Motiven:

Zwar erscheint als eine injusta possessio diejenige, welche durch ein Prefarium erlangt worden ist, und insoferne schließt der prefäre Anfang des Besitzes die Berechtigung zum possessorischen Interdikte, die Klage in *possessorio ordinario*

gegen den aus, von welchem der Kläger, wenn auch vor noch so langer Zeit die Sache, um deren Besitz es sich handelt, nur vergünstigungsweise erhalten hat. Der Nachweis hierüber ist also stets erheblich, mag er auch über die Zeit, welche als der possessorischen Klage nothwendig vorhergehend angenommen wurde, hinausfallen. Allein hier handelt es sich nicht um den Besitz einer einzelnen körperlichen Sache, sondern um die kontinuirliche Ausübung eines Rechtes, wo mit jedem Akte der Ausübung der Quasibesitz neu anfängt, und hier ist allerdings nothwendig, daß das vitium possessionis den korrespondirenden Anfang umfasse, was rücksichtlich der fiskalischen Probemittel nicht der Fall ist.

Erf. des OAG. vom 26. Okt. 1850. Nr. 1186⁴⁹/₅₀.

β. κ.

6.

Nichtverbindlichkeit zum Zeugnisse. Advokaten.

Advokaten können nicht angehalten werden, hinsichtlich der von ihren Klienten über den Gegenstand der Klientel kundgegebenen Thatsachen Zeugniß zu geben. Dabei macht es keinen Unterschied, daß der benannte Zeuge jetzt aufgehört hat, Advokat der Gegner des Produzenten zu sein. Die Gesetze enthalten von einer dergleichen Einschränkung nichts.

Vgl. Fr. ult. de testibus (22, 5); cap. 3 eod. in VIto (2, 10). S. auch can. 3 §. 19 Causa IV quaest. 2 et. 3: „Patroni quoque in causa, cui patrociniū prae-stiterunt, testimonium non dicant“.

Wie das „praestiterunt“ deutlich zeigt, ist hier von Advokaten die Rede, welche den frag-

lichen Klienten nicht mehr vertreten, sondern vertreten haben. Vgl. Mevius P. VIII decis. 56 Nr. 2 und Glück Pand. Bd. 22 S. 162 f.

DAGE. v. 4. Feb. 1851. Nr. 392^{50/31}. G.

Miszelle.

Zu Ergänz. Bl. S. 91.

Ein Berliner Blatt hebt aus einer Parlamentärrede von Lord Russell (über die Adelsbill) folgende Stelle hervor:

Wo es sich um einen Staatsproceß, um ein Einschreiten der Regierung handelt, geht diese mit der größten Vorsicht zu Werke. Bei allen Staatsproceßten hat die Regierung vier Bedingungen zu erwägen: 1) ob ein Vergehen vorhanden sei, 2) ob genügende Beweismittel da seien, 3) ob man ein Schuldig erlangen werde, und 4) ob durch den Proceß und die Beurtheilung dem Staat und Gemeinwohl ein Vortheil erwachse? Was nun die beiden ersten Fragen betrifft, so vergeht keine Woche, wo nicht Libelle veröffentlicht werden, in denen eine klare Uebertretung des Gesetzes (des Libell- oder englischen Pressgesetzes) vorliegt, und auch der Beweis leicht zu führen wäre. Gleichwohl würden bei den allermeisten Fällen dieser Art, wenn die Regierung eine Verfolgung anstellen wollte, und obwohl der vorsitzende Richter den Fall für ein Libell erklärte, doch sowohl die Geschworenen als das Publikum die Verfolgung für einen tyrannischen Akt ansehen, der die Pressfreiheit gefährde und nur den Zweck habe, eine verdorbene Regierung zu schützen. Die Regierung würde also eine Niederlage erfahren, und die angeklagte Person mit viel mehr Ansehen aus dem Proceß hervorgehen, als sie vorher besaßen. Aber selbst in dem Falle, wo man eines verurtheilenden Ausspruches sicher ist, hat die Regierung noch immer sehr sorgfältig zu erwägen, ob das Staatswohl etwas durch die Verfolgung zu gewinnen habe, und, wo dieses nicht der Fall ist, die Sache lieber ruhen zu lassen u. s. w.

Und trotz solcher Grundsätze (bemerkte der Einsender) blieben Staat und Gesellschaft, Thron und Alter in diesem Lande der Unverwundbarkeit unversehrt, und das mitten unter den heftigsten Stürmen, die seit 60 Jahren das übrige Europa erschüttern.

Literarisches Anzeigeblatt

zu den

Plättern für Rechtsanwendung

1851. Samstag den 11. Oktober. Nr. 9.

Auf nachstehendes so eben in unserem Verlage erschienenenes Schriftchen erlauben wir uns besonders aufmerksam zu machen:

Die Vollziehbarkeitsklausel der Motare.

Von Dr. Fr. Chr. von Arnold.

gr. 8. geh. 16 fr. oder 6 Mgr.

Erlangen, den 11. Oktober 1851.

Halm und Gube.

So eben sind in der Allgem. Deutschen Verlagsanstalt zu Berlin erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Neden,

Proklamationen, Botschaften, Erlasse und Ordres
Se. Majestät des Königs Friedrich Wilhelm IV.
vom Schlusse des vereinigten ständischen Ausschusses am
6. März 1848 bis zur Enthüllungsfeyer des Denkmals
Friedrichs des Großen am 31. Mai 1851.
Oleg. geh. Lex.-8. Preis $\frac{1}{2}$ Rthlr. Prachtausgabe 1 $\frac{1}{2}$ Rthlr.

Demnächst erscheinen im selben Verlage:

Neden

des Ministerpräsidenten Freiherrn von Manteuffel
seit dem vereinigten Landtage.
Oleg. geh. Lex.-8. Preis $\frac{1}{2}$ Rthlr.

Im Verlage von Fr. Mauke in Jena ist erst
jeder Buchhandlung vorrätig:

Handlexikon

zu den

Quellen des römischen Rechts
von

Dr. G. H. Heumann.

Zweite vermehrte und verbesserte Auflage.
gr. 8. broch. Preis 3 Rthlr.

Im Verlage der C. F. Beck'schen Buchhandlung
zu Mörblingen ist eben erschienen und durch alle Buch-
handlungen zu beziehen:

Blätter für administrative Praxis zunächst in
Bayern. Mit Einschluß der gesamten Polizei- und
Finanzverwaltung. Herausgegeben von Karl Bra-
ter. Band I. Heft 3. 80 Seiten. 36 fr.

Wir machen besonders aufmerksam auf die Abh. S. 223—239,
die sich mit der Frage beschäftigt, in wie weit durch das Gesetz
über die bürgerlichen Rechte der israelitischen Glau-
bigen die polizeilichen Ausnahmebestimmungen in
Bezug auf Grunderwerb, Güterhandel, Vertragserfüllung
u. s. w. abgeändert sind.

Preisherabsetzung.

Zeitschrift

für
d e u t s c h e s R e c h t
und
deutsche Rechtswissenschaft.

In Verbindung mit vielen Gelehrten
herausgegeben von

Dr. A. F. Renscher und Dr. W. E. Wilda.

Erster bis achter Band.

Ladenpreis 16 Thlr.

habe ich bis auf Widerruf auf

7 Thaler

herabgesetzt.

Leipzig, den 1. September 1851.

Otto Wigand.

Von der

Quellenammlung

zum deutschen öffentlichen Recht seit 1848

herausgegeben von

Paul Roth und Heinrich Meier

ist das 3. Heft des II. Bandes soeben zur Versendung gelangt. Die
Sammlung erscheint in Heften zu 7—10 Bogen, deren 2—5 einen
Band bilden und ist der Preis des Heftes auf 16 Ngr. oder 52 fr.
rhein. festgesetzt. Alle Buchhandlungen nehmen Bestellungen an.

Erlangen, den 11. Oktober 1851.

J. J. Palm & Ernst Enke.

Blätter

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 22. Samstag, den 25. Oktober 1851.

Ueber das Verhältniß der Berufung zum Einspruche
gegen die im Ungehorsamsverfahren erlassenen
Urtheile der Kreis- und Stadtgerichte.

In einem im Ergänzungsblatte Nr. 1 der Bl.
f. N. in Bayern des I. J. unter dieser Ueberschrift
enthaltenen Artikel wird gesagt:

„die Art. 347 und 348 des Ges. v. 10. Nov.
1848, die Abänd. des II. Th. d. StGB. betr.,
geben dem im Ungehorsamsverfahren Verurtheil-
ten das Recht des Einspruches gegen das Ur-
theil, wodurch ihm aber das Recht der Beru-
fung statt des Einspruches nicht entzogen ist“.

Es wird also behauptet und zu begründen ge-
sucht, daß dem im Ungehorsamsverfahren in I. In-
stanz Verurtheilten die Wahl zwischen Ergreifung
des Rechtsmittels der Berufung und Geltendmach-
ung des Einspruches freistehe.

Ist diese Ansicht begründet, so gestattet das
bayer. Str.Pr.Ges. demjenigen, welcher der in ge-
seßlicher Form ergangenen Ladung in die öffentliche
Sitzung keine Folge geleistet hat, nicht bloß einfach
die Wahl zwischen zwei Rechtsmitteln gegen das
erfolgte Urtheil, sondern auch die Wahl zwischen
zwei verschiedenen Instanzen, insbesondere auch noch,
einen höheren Richter um Abänderung eines Erkennt-

nisseß des niederern anzugehen, bevor das Verfahren und die Rechtsmittel bei dem letzteren erschöpft sind, und bevor dieser die Gelegenheit gehabt hat, den Angeklagten zu vernehmen, seine Vertheidigungsmittel zu hören, und sein Urtheil auf eine so vollständige Basis zu basiren, als das Gesetz diese möglich macht.

Hiebei ist zu bemerken, daß das Gesetz bei der Verhandlung des Einspruches die Vernehmung des Angeklagten als das Wesentlichste betrachtet, wie schon aus dem Art. 354 des St.Pr.Ges. hervorgeht, gemäß welchem, wenn der Verurtheilte in der zur Verhandlung des Einspruches bestimmten Sitzung wieder nicht erscheint, eine weitere Verhandlung nicht stattfinden soll, und ohne daß ein allensfalls erschienener Vertheidiger weiter zu hören wäre, einfach zu erkennen ist, daß es bei dem früheren Urtheile sein Verbleiben habe.

Man wird zugeben, daß die Gesetzgebung mit Freigebung einer solchen Wahl zwischen Berufung und Einspruch etwas festgesetzt hätte, was dem Verhältnisse der Ober- und Untergerichte widerspräche und mit dem gewöhnlichen und allgemeinen Begriffe von Berufung sich nicht wohl vereinigen ließe. Nur besonders gewichtige legislative Gründe könnten zu einer solchen Bestimmung die Veranlassung gegeben haben.

Demungeachtet hat der oben citirte Aufsatz bisher keine Erwiderung in diesen Blättern gefunden und es wird erlaubt sein, den Versuch einer Rechtfertigung der entgegengesetzten Ansicht zu machen, die in den Worten auszusprechen ist:

„der im Ungehorsams-Verfahren der I. Instanz Verurtheilte hat das Recht der Berufung nur dann, wenn er von dem Rechtsmittel des Einspruches zuvor Gebrauch gemacht, resp. Einspruch erhoben hat.“

Daß Rechtsmittel der Berufung ist, wo es auch vorkommt, ein Institut des positiven Rechts, seine Zulässigkeit versteht sich nirgends von selbst und es scheint, als habe man, wenn man dessen Zulässigkeit behaupten will, nicht sowohl zu beweisen, daß es nicht entzogen ist, als vielmehr, daß es durch bestimmte Gesetzstellen eingeräumt ist.

In dem ganzen Tit. III des St.Pr.G., der vom Ungehorsamsverfahren in den zur Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte gehörigen Strassfällen handelt, wird man wohl keine Stelle finden, die gegen ein in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 345 l. c. erlassenes Urtheil dem Verurtheilten das Recht der Berufung einräumt. Im Gegentheile sagen die Art. 348 Abs. 1 und Art. 358 Abs. 2 l. c. so apodiktisch als möglich und ohne mit einer Sylbe der Möglichkeit einer Berufung von Seite des Verurtheilten Erwähnung zu thun, daß die Versäumniß des Einspruches die Rechtskraft des Urtheiles zur Folge habe.

Wenn hiegegen gesagt wurde, der Eintritt der Rechtskraft gelte nur dann, wenn nicht schon das Rechtsmittel der Berufung binnen der kürzeren dreitägigen Frist angemeldet worden, so ist mit dieser Behauptung kein Beweis ihrer Nichtigkeit geführt; es ist ja eben der erst zu beweisende Satz, daß der Eintritt der Rechtskraft nur unter dieser Voraussetzung gelte, oder daß diese Voraussetzung vom Gesetzgeber in den Art. 348 Abs. 1 und 358 Abs. 2 stillschweigend verstanden worden sei.

Bei der klaren Ausdrucksweise, die dem Str.-Prozeß-Gesetze vom 10. Nov. 1848 eigen ist, wäre es an sich schon auffallend genug, wenn es den Eintritt der Rechtskraft bei versäumter Einspruchsfrist als nothwendige Folge dieser Versäumniß statuirt hätte, ohne irgend eine Erwähnung zu thun,

daß der Eintritt der Rechtskraft auch noch von der weiteren Bedingung abhängig sei, daß keine Berufung angemeldet worden¹⁾.

Gegen diese, wie es scheint, fast willkürliche Annahme eines stillschweigenden Vorbehaltes der Berufung spricht aber insbesondere auch der Art. 355, in welchem der Gesetzgeber für nothwendig erachtete, der Zulässigkeit der Berufung, der Abhängigkeit des Eintrittes der Rechtskraft von der weiteren Bedingung der Nichtergreifung der Berufung ausdrücklich Erwähnung zu thun. Man bemerkt gleich, daß er eine solche ausdrückliche Erwähnung der Möglichkeit der Berufung selbst in den Fällen der gemäß Art. 352 und 354 erlassenen Urtheile für nothwendig hielt, in denen die Zulässigkeit der Berufung noch eher als selbstverständlich gelten könnte, weil in diesen Fällen wenigstens die Haupteinwendungen gegen dieselbe wegfallen würden, nämlich die, daß noch eine Abhilfe in I. Instanz möglich, und daß eine Kollision der Instanzen eintreten würde. Wo diese gegen die alternative Zulässigkeit der Berufung und des Einspruches sprechenden Gründe wegfallen, da hat das Gesetz die Berufung gestattet und ihrer auch ausdrücklich Erwähnung gethan²⁾.

Der einzige Art. des St.Pr.G., der gegen die

1) Es wäre dieses geradezu unlogisch. Wenn $a - b = A$ ist, so kann $a - b - c$ nicht auch $= A$ sein.

2) Man beschuldigt das St.Pr.Ges. einer sehr schlechten Fassung, wenn man sagt, es habe in Art. 348 Abs. 1 und Art. 358 Abs. 2 die Unterlassung der Berufung stillschweigend vorausgesetzt. — Wenn a das Urtheil par défaut, b die Berufung und c den Einspruch, A das rechtskräftige Erkenntniß bezeichnet, so läßt man es in Art. 348 Abs. 1 sagen: $a - c = A$; und in Art. 355: $a - b - c = A$.

hier vertheidigte Ansicht auf den ersten Anblick zu sprechen scheinen kann, und den auch der Vertheidiger der entgegengesetzten an die Spitze seiner Beweisführung gestellt hat, ist der Art. 328 des St.Pr.G.

Dieser sagt: „Beschwerden gegen die Urtheile der Kreis- und Stadtgerichte sind auf dem Wege der Berufung geltend zu machen“.

Allein dieser Artikel steht

1) im II. Tit. der IV. Abth., d. h. in einem Titel des Gesetzes, der ausschließlich von dem gewöhnlichen Verfahren handelt, und an einer Stelle, bis zu welcher bisher mit keiner Sylbe von dem Urtheile eines Kreis- und Stadtgerichtes die Rede gewesen, daß ohne Vernehmung des Angeklagten könnte erlassen werden. Was für das Ungehorsamsverfahren, in specie von den gemäß Art. 345 erlassenen Urtheilen und den gegen dieselben zulässigen Rechtsmittel gelte, das dürfte allein in dem vom Ungehorsamsverfahren handelnden III. Tit. der IV. Abth. zu suchen sein.

Der Art. 328 l. c. unterscheidet zwar nicht zwischen Urtheilen im ordentlichen und im Ungehorsamsverfahren, er handelt aber auch bloß von den ersteren; wollte man ja in demselben die allgemeine Regel und den Sinn finden, daß alle Urtheile der Kreis- und Stadtgerichte auf dem Wege der Berufung angefochten werden können, so dürfte doch strictissime genug für die in Folge des Art. 345 erlassenen Urtheile durch die Bestimmungen der Art. 347, 348 und 358 Abs. 2 eine Ausnahme von dieser Regel statuirt sein, indem durch diese ein anderes Rechtsmittel gegen solche Urtheile gegeben und an dessen Versäumniß die Rechtskraft derselben geknüpft wird.

Uebrigens ist wohl

2) der Accent in dieser Gesetzesstelle auf die Worte „sind auf dem Wege der Berufung

geltend zu machen“ zu legen und der Artikel so zu verstehen sein, daß alle Beschwerden — d. h. vermeintliche Verletzungen, deren Abhilfe bei einem höheren Richter gesucht wird — nicht bloß gegen Erkenntnisse der I. Instanz, sondern auch allenfalls gegen das Verfahren, auf das diese gebaut sind (Nichtigkeitsgründe 3 B.) auf dem Wege der Berufung, d. h. in ein und derselben Form und nicht allenfalls als Kassations-Gesuche geltend zu machen seien. Ist dieses der wahre Sinn des Art. 328, so kann auch das nicht aus demselben gefolgert werden, was der Verfasser der in Rede stehenden Erörterung aus demselben ableiten will.

Auf seine sonstigen Gründe könnte wohl folgendes erwidert werden:

ad 2 S. 1. Vorausgesetzt, daß die dort angedeutete Praxis des höchsten Gerichtshofes eine konstante sei³⁾, so dürfte zwar wohl Verschiedenheit der Auslegung derselben Artikel je nach ihrer Anwendung in I. und II. Instanz dem gleiche Grundsätze für beide Instanzen aufstellenden Gesetze widerstreiten, allein der oberste Gerichtshof ist, wenn er als Kassationshof über Nichtigkeitsbeschwerden gegen Straferkenntnisse urtheilt, keine Berufungsinstanz, keine zweite Instanz in dem Sinne, in welchem diese die II. Instanz für die von den Kreis- und Stadtgerichten erlassenen Strafurtheile bilden.

ad 3 S. 2. Es würde zu weit führen, die

³⁾ Dieses scheint nicht der Fall zu sein. Schon in einem Erkenntnisse vom 27. Dez. 1850 in Sachen gegen Leop. Landauer von Hürben wegen Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung hat der oberste Gerichtshof sich direkt gegen die Zulässigkeit der Berufung, so lange der Einspruch noch möglich ist, ausgesprochen. Sitzungsberichte der bayer. Strafgerichte Bd. 2 S. 482 f.

„rechtliche Natur“ des Einspruches (opposition) hier zu erörtern; es scheint ohnedies, daß der Verfasser jenes Aufsatze unter rechtlicher Natur des Einspruches nichts weiter verstanden wissen will, als die Motive des Gesetzgebers für die Einführung dieses Rechtsmittels. In dieser Beziehung wäre „vermehrter Schutz der Unschuld“ schon in der Gewährung des längeren Termines der zur Geltendmachung des Einspruches, als zur Anmeldung der Berufung gegönnt ist, zu finden und gewiß auch genügender, denn nach Geltendmachung des Einspruches steht ja die Berufung noch offen.

Der aus irgend einem Grunde¹⁾ bei der ersten Verhandlung Nichterschienene kann aber gewiß nicht mehr Recht in Anspruch nehmen, als derjenige, welcher der Ladung Folge geleistet hat. Nächster Zweck der Gestattung des Einspruches ist nur möglicher Schutz auch desjenigen, der der ersten Ladung Folge zu leisten aus irgend einem Grunde gehindert sein konnte; ein vermehrter Schutz seiner Unschuld war gewiß nicht der Zweck des Gesetzes. Wenn auch der Schutz des kontradiktorischen Verfahrens nicht gerade den einzigen oder nächsten Grund zur Gestattung des Einspruches abgegeben haben mochte, so soll doch das kontradiktorische Verfahren, das Erscheinen des Beschuldigten vor dem urtheilenden Gerichte allerdings die Regel bilden und der Einspruch ist am allerwenigsten zu dem Zwecke gegeben, daß der Angeklagte nach seinem Belieben in der öffentlichen Sitzung soll erschei-

¹⁾ Das Gesetz selbst geht auf die Gründe, welche die einzelnen Angeklagten für ihr Nichterscheinen in der öffentlichen Sitzung haben können, nirgends ein; die zit. Art. 317, 318 Abs. 2 und Art. 358 Abs. 2 und 3 sagen davon ebensowenig ein Wort, wie irgend ein anderer Artikel des Gesetzes.

nen oder ausbleiben können. Der Art. 353, welcher bestimmt, daß der Angeschuldigte in jedem Falle die Kosten des Verfahrens, insoweit sie durch sein schuldhaftes Nichterscheinen erwachsen sind, zu tragen habe, setzt hiermit auf sein willkürliches Ausbleiben eine Strafe.

ad 4 C. 3.

Ist oben schon berührt worden.

ad 5 C. 4. Aus Art. 349 des St.Pr.Ges. folgt allerdings direkt nichts gegen die Zulässigkeit des alternativen Verhältnisses der Berufung und des Einspruches.

ad 6 C. 4.

Soweit die Analogie erlaubt, von dem, was die Prozeßordnung für das Verfahren in den zur Competenz der Schwurgerichte gehörigen Fällen festsetzt, Schlüsse zu ziehen auf das, was im Strafverfahren vor den Kreis- und Stadtgerichten zu gelten habe, ist es gewiß auch passend, bei der vorliegenden Frage auf die Analogie des Art. 289 des St.Pr.Ges. zu verweisen, welcher gegen die von den Schwurgerichtshöfen erlassenen Urtheile par défaut bloß dem Staatsanwälte die im ordentlichen Verfahren zulässigen Rechtsmittel einräumt. Die rechtliche Natur des Einspruches gegen Urtheile der Schwurgerichtshöfe, die in Abwesenheit des Angeklagten erlassen werden, und die rechtliche Natur des Einspruches gegen derartige Erkenntnisse der Kreis- und Stadtgerichte ist ganz und gar dieselbe. Nur die Geltendmachung des Einspruches ist, wie es in der Natur der Sache liegt, an eine kürzere Frist gebunden bei Vergehen, an eine längere Frist bei Verbrechen und es läuft ihr gar keine Präklusivfrist, wenn es sich um Verbrechen handelt, welche mit Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe bedroht sind.

Die Analogie des Art. 289 scheint sogar sehr stark zu sein.

ad 7 C. 5.

Was den Art. 150 C. d'i. cr. betrifft, so darf wohl erinnert werden, daß „sauf“ nicht kurzweg „oder“ heißt, sondern „unbeschadet,“ der cit. Art. 150 sagt aber mit Bezug auf Art. 151 nicht mehr als:

„Der im Ungehorsamsverfahren Verurtheilte kann sich dem Vollzuge des Urtheils nicht mehr widersetzen, wenn er sich nicht in der zur Verhandlung des Einspruches bestimmten Sitzung stellt“⁵⁾: (D. h. m. a. W. daß Urtheil wird rechtskräftig, wenn er wiederholt ausbleibt, denn diese zur Verhandlung des Einspruches vom Gesetze bestimmte Sitzung ist die durch den Art. 151 bezeichnete,

cf. Art. 351 d. St.P.G. v. 10. Nov. 1848) und fährt dann fort: ⁶⁾

„vorbehaltlich dessen, was in nachfolgenden Artikeln in Betreff der Berufung und der Nichtigkeitsschwerde festgesetzt ist“.

Die Bestimmungen des französischen Gesetzes harmoniren also in diesem Punkte vollkommen mit jenen des bayerischen; auch jenes läßt die Berufung zu, nachdem der Einspruch erhoben und der Beschuldigte entweder abermals nicht erschienen, oder aus diesem oder einem anderen Grunde der Einspruch keinen Erfolg gehabt hat.

Von einer Berufung, die neben dem Einspruch zulässig wäre und demnach von einer Wahl zwischen beiden Rechtsmitteln, die dem Verurtheilten ankam, enthält der Art. 150 C. d'i. cr. keine Spur.

⁵⁾ Sa personne condamnée par défaut, ne sera plus recevable à s'opposer à l'exécution du jugement, si elle ne se présente à l'audience indiquée par l'article suivant.

⁶⁾ Sauf ce, qui sera réglé ci après sur l'appel et le recours en cassation.

Ein Mißverständnis des klaren Art. 150 C. d. i. cr. ist wohl nur daraus zu erklären, daß eines: theils sauf kurzweg mit „oder“ übersetzt ward; anderentheils dem trib. de simple police (dem Friedensrichter) in den vor demselben zur Aburtheilung kommenden Polizeiübertretungen vom Code d'instr. cr. nicht vorgeschrieben ist, bei dem abermaligen Nichterscheinen des Beschuldigten und Opponenten ein förmliches Urtheil zu erlassen, daß es bei seinem ersten Urtheile sein Verbleiben habe, sondern daß daßselbe bloß einfach Urkunde (acte) zu ertheilen hat, daß der Opponent nicht erschienen ist. Dadurch wird die nunmehr eingetretene Rechtskraft des Erkenntnisses (saut l'appel) ebenso festgestellt, wie durch ein von einem bayer. Strafgerichte gemäß Art. 354 erlassenes Erkenntniß das frühere Erkenntniß derselben in erster Instanz unanfechtbar wird.

Memmingen, den 29. Juni 1851.

Acc. v. Zoller.

Nachschrift der Redaktion. Ueber eine wichtige Streitfrage wurden hier entgegengesetzte Meinungen beiderseits mit Scharfsinn und Gewandtheit vertreten, so daß sich nun für Doktrin und Rechtsanwendung ein sicheres Resultat ziehen läßt. Auf welche Seite sich der oberste Gerichtshof stellte, ist in der Note 3 bemerkt.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Haftung des Fiskus für Pflichtverletzungen der Beamten.

Vgl. Bd. 1 S. 216, Bd. 3 S. 211, Bd. 4 S. 353, 397, Bd. 7 S. 141, Bd. 9 S. 315, 318, Bd. 10 S. 161 f., Bd. 15 S. 190.

Auß den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung, Haftung des Fiskus für Veruntreuung:

gen eines Landrichters betr., entnehmen wir folgende Sätze:

1) „Die Grundsätze des reinen Mandates können namentlich in Beziehung auf Dritte bei dem Verhältnisse des Unterthanen zu denjenigen Organen des Staates, mit welchen er Kraft gesetzlicher Bestimmungen in Berührung zu kommen gezwungen ist, offenbar nicht anslagen, weil ein wesentliches Vergleichungsmerkmal beider Verhältnisse ermangelt. Bei dem reinen Mandate verkehrt der Dritte mit dem Mandatar freiwillig; er muß sich daher die rechtlichen Wirkungen gefallen lassen, welche die Gesetze mit dem Verhältnisse des Mandanten zu dritten Personen, mit denen der Mandatar kontrahirte, verbinden. Wenn aber, wie es bei der Stellung der Staatsbürger zu den verschiedenen Organen des Staates der Fall ist, der Mandant den Dritten vermöge einer gesetzlich begründeten Befugniß zwingt, mit einem Bevollmächtigten zu verkehren, dann ist dieser Bevollmächtigte nicht bloß Mandatar im privatrechtlichen Sinne, sondern der Repräsentant der ganzen juristischen Persönlichkeit des Mandanten, und muß daher Alles, was dieser Repräsentant thut oder unterläßt, als Handlung oder Unterlassung seines Vollmachtgebers angesehen werden. Dieses rechtliche Verhältniß tritt bei dem Staatsamt gegenüber dem Staate um so nothwendiger ein, als der Staat nur in seinen Organen sich personifizirt, und seine juristische Persönlichkeit schon an sich nur in diesen Organen sich darstellt, sohin ein Rechtsgeschäft, welches ein Unterthan vermöge gesetzlicher Nothigung bei diesen Repräsentanten des Staates, als eines moralischen Rechtssubjektes, vornimmt, als von dem Staate selbst vollzogen gelten muß. Da nun nach den im heutigen Staatsrechte bestehenden Einrichtungen die Unterthanen gezwungen sind, gewisse Rechtsgeschäfte bei

den verschiedenen Behörden und Stellen vornehmen zu lassen, da sie ferner nach den Gesetzen des Staates diesen Behörden und Stellen des Staates innerhalb deren Wirkungskreise Gehorsam schuldig sind, so kann ihr Verhältniß zu diesen Behörden nicht als jenes eines Dritten zu dem Mandatäre eines Anderen, sondern muß als ein durch diese Staatsämter vermitteltes unmittelbares Verhältniß zum Staate angesehen werden, so daß, wenn rechtliche Folgen der Handlungen solcher Staatsämter in Frage kommen, dieser selbst als die unmittelbar theilhaftige und verantwortliche Partei erscheint. — Bei diesen rechtlichen Folgen kommt nicht sowohl das Verhältniß des Staates zu seinen Beamten und die den letzteren ertheilte Vollmacht, sondern das Verhältniß in Betracht, in welches sich der Staat durch die Unterwerfung seiner Angehörigen unter die ihre freie Bewegung beschränkende Autorität und Gewalt der Beamten zu diesen Staatsbürgern gesetzt hat. Daß nun aus diesem Verhältnisse eine civilrechtliche Verantwortlichkeit des Fiskus überhaupt abzuleiten sei, kann namentlich für Bayern nicht bezweifelt werden, weil die IV. Verfassung: Beilage §. 63, so wie die Beilage VI §. 59, dieselbe ausdrücklich bestätigen, und in früheren Verordnungen derselbe Grundsatz und zwar ganz allgemein ausgesprochen ist¹⁾. Besteht nun aber diese Verantwortlichkeit, so kann sie weder eine subsidiäre noch eine auf solche Handlungen der Beamten beschränkte sein, welche keinen Exzeß ihrer Befugnisse enthalten, weil, wie bereits oben gezeigt wurde, die Analogie des Mandatsverhältnisses hieher keine Anwendung finden kann, vielmehr der Staat, vermöge seiner juristischen Repräsentation

¹⁾ Vgl. die in Bd. 10 S. 172 alleg. Vgnn.

durch diese Beamten, so wie durch die von ihm ausgehende Nöthigung der Unterthanen, den Verfügungen seiner Organe Folge zu leisten, und gewisse Rechtsgeschäfte durch sie besorgen zu lassen, als der eigentlich verletzende Theil erscheint, wenn die Beamten durch ein in ihrem Wirkungskreise begangenes Delikt die Unterthanen beschädigen“.

2) Ob der Beamte zu der Verfügung an einen Untergebenen, deren Befolgung ihm Gelegenheit zu der beschädigenden Handlung verschaffte, befugt war oder nicht, ist deswegen gleichgültig, weil dem Untergebenen keine Kognition darüber zustand, ob die fragliche Befugniß zustehe. „Hinsichtlich der Entschädigungspflicht des Staates kann es nicht darauf ankommen, ob die Weisungen selbst gesetzlich begründet waren oder nicht, besonders da ein einfacher Landmann nicht untersuchen kann, ob in Gemäßheit der oft in unzugänglichen Sammlungen enthaltenen Verordnungen und Gesetze die ihm zugemuthete Handlung gerechtfertigt sei oder nicht. Die Rechtfertigung einer solchen Handlung hat daher nicht der bloß gehorchende Unterthan, sondern der anordnende Beamte, so wie die durch ihn handelnde Staatsgewalt zu vertreten“.

„Für die Verantwortlichkeit des Staates entscheidet nicht der Umstand, ob der Beamte innerhalb der Gränzen seines Wirkungskreises sich verhalten hat, sondern nur die Thatsache, daß er als Beamter und nicht als Privatperson überhaupt handelte. Denn sobald er als Beamter handelt, tritt das Subjektionsverhältniß der Untergebenen mit allen seinen Wirkungen hervor, und der Untergebene hat, um gegen allen Vorwurf geschützt zu sein, nicht nothwendig, seine Parition von einer Prüfung der Rechtmäßigkeit der amtlichen Verfügungen abhängig zu machen“.

3) Wenn ein Beamter Gelder, welche an das

Amt für Rechnung eines Privaten oder einer juristischen Person eingezahlt worden, veruntreut hat, und später der zum Empfange Berechtigte Kenntniß von der Verwendung in den Nutzen des Beamten erhalten, und von demselben ein Zertifikat über die an das Amt geschehene Einzahlung, später auch Zinsen angenommen hat, so können doch diese Thatsumstände die dem f. Fiskus obliegende Entschädigungspflicht nicht aufheben. „Denn mit dem Momente der Veruntreuung war diese Verbindlichkeit bereits eingetreten, und konnte durch die etwa nachgefolgten Unterlassungen oder instruktionswidrigen Handlungen der Kirchenpfleger (es handelte sich von einem Kirchenstiftungs-Kapital) ihre Wirksamkeit nicht verlieren, weil dadurch das eigentliche obligatorische Faktum, nämlich die Unterschlagung nicht möglich gemacht oder befördert wurde, sondern ein zeitiges Auftreten der Pfleger bei den höheren Stellen nur etwa die frühere Entdeckung zur Folge gehabt haben würde“²⁾.

DAUE. vom 8. Juli 1851. (Nr. 1363^{48/49}).

²⁾ Hierüber sagen die angezogenen Motive weiter: „Daß übrigen die Kirchenpflege den Landrichter S. als Schuldner angenommen, und dadurch mittels einer Novation die Verbindlichkeit des Fiskus aufgehoben hätte, läßt sich aus den angeführten Momenten nicht rechtfertigen. Wenn auch der Landrichter S. dem Pfleger L. eröffnete, daß er die fraglichen 1000 fl. für sich verwendet habe, sofort sich als Schuldner bekannte, und Interessen zahlte, so geht hieraus eine Befreiung des Fiskus von der ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht hervor, weil der Landrichter S. allerdings ebenfalls verpflichtet war, das Unterschlagene zu restituiren, durch die Annahme einer solchen beim Vorhandensein einer solidarischen Verbindlichkeit eines Anderen gemachten Schulderklärung des Einen Verpflichteten aber ohne ausdrücklichen Verzicht des Berechtigten auf die Verbindlichkeit des Anderen eine

2.

Zinsverbindlichkeit des Fiskus bei Entschädigungen an Private für Unterschlagungen durch Beamten.

In einem den k. Fiskus zur Entschädigung für Unterschlagungen eines Landgerichtsvorstandes verurtheilenden Erkenntnisse wurden auch Zinsen von Zeit der Unterschlagung zuerkannt. Auf die Beschwerde des Fiskalbeamten, daß Zinsen für die Zeit vor der Klagezustellung zuerkannt worden, erfolgte ein bestätigendes Urtheil des obersten Gerichtshofes. Motive:

„Es handelt sich hier nicht um Verzugszinsen als Accessorium einer Hauptforderung, sondern die geforderten Zinsen sind ein selbstständiger Bestandtheil der geltendgemachten Entschädigung selbst. Die klagenden Stiftungen, resp. Gemeinden, haben nämlich in Folge des vom k. Fiskus zu vertretenden Deliktes des Landrichters G. nach Th. IV Kap. 16 §. 2 a. E. des bayer. Landrechtes Anspruch auf volle Entschädigung, sohin auf Ersatz alles dessen, was sie durch jene Unterschlagung verloren haben, und was sie hätten gewinnen können, wenn jenes Delikt nicht begangen worden wäre. Denn indem das Landrecht a. a. D. nicht bloß die Vergütung des Werthes der durch das Delikt zu Verlust gegangenen Sache, sondern auch ausdrücklich noch die Indemnisation bezüglich aller anderen hierum erlittenen Schäden anordnet, so ist die Forderung des

Unwirksamkeit oder Aufhebung der letzteren nicht begründet wird. Uebrigens könnte es der Kirchenpflege nicht präjudiziren, wenn ihre Pfleger ohne oberbormundschaftliche Genehmigung sich eines wohlbegründeten Anspruches durch Uebernahme eines anderen Schuldners begeben hätten“.

vollen Interesse begründet. Dieses besteht aber nicht bloß in dem erlittenen Hauptschaden, sondern auch in dem entgangenen Gewinne.

§. 10 *inst. de lege Aquil.* (4, 3);

Fr. 33 *locat. conduct.* (19, 2);

Fr. 13 *princ. ratam rem haberi* (46, 8).

Der Gewinn, auf welchen der klagende Theil gegründete Aussicht hatte, war nun offenbar die Verzinslichkeit der vom Landrichter S. unterschlagenen Gelder, weil diese nach den bestehenden Verordnungen nutzbringend angelegt werden mußten, und daher auch in dieser Weise verwendet worden wären, wenn sie Landrichter S. nicht veruntreut hätte. — Hiernach kann von einer erst vom Tage der Klagsinsinuation anfangenden Verpflichtung zur Zinszahlung keine Rede sein, da der Grund dieser Verpflichtung nicht in einer Mora des k. Fiskus bei Erfüllung seiner Hauptverbindlichkeit, sondern in der vollen Entschädigungsverbindlichkeit desselben liegt, welche aber erst dann vollständig erfüllt wird, wenn dem klagenden Theile alle jene Zinsen vergütet werden, welche er von der Zeit der vom Landrichter verübten Unterschlagungen hätte ziehen können“.

DAGE. vom 8. Juli 1851 (Nr. 1363⁴⁸/₄₉).

3.

Beweislaß über Nichterfüllung bei Entschädigungsforderungen.

Kommentar Bd. 3 S. 17.

Wenn ein Kontrahent wegen Nichterfüllung des Vertrages vom anderen Entschädigung fordert, so kann ihm nicht angesonnen werden, die Nichtleistung des ihm Gebührenden zu beweisen; weil das desfallsige Vorbringen eine reine Verneinung ist.

DAGE. v. 19. Nov. 1850, III Nr. 2 (Reg. Nr. 152⁴⁸/₄₉).

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 23. Samstag, den 8. November 1851.

Beiträge zur Auslegung des Fehdenablösungsgesetzes
vom 4. Juni 1848

von
P r o f. D r. B ö g l.

Nr. I — III sind im diesjährigen Ergänzungsblatte Nr. 5 erschienen.

IV.

Zu Art. 4.

Die meisten Schwierigkeiten in der Anwendung bietet der Art. 4 des Gesetzes. Um einestheils die Unzuträglichkeiten, zu welchen derselbe in der Ausführung Anlaß gab, zu beseitigen, anderseits die Zweifel, welche er in Bezug auf mehrere seiner Bestimmungen zuläßt, zu heben, legte die Staatsregierung dem Landtage von 1849/50 einen Gesetzentwurf zur verfassungsmäßigen Berathung und Zustimmung vor¹⁾).

Da aber eine Vereinigung der gesetzgebenden Faktoren über denselben nicht zu Stande kam²⁾,

1) S. densf. in den Beil. zu den Verh. der K. der N.-M. Bd. V S. 91; die Motive dazu, ebend. S. 94 ff.

2) Die Vereinbarung mißlang, wie sich der Leser erinnern wird, aus dem Grunde, weil sich in der Kammer der Abgeordneten, die von der Ansicht ausging, daß der Entwurf als Verfassungsgesetz anzusehen und

so besteht der Art. 4 in seiner ursprünglichen Fassung noch fort und es ist die Sache der Wissenschaft aus den ihr zu Gebote stehenden Hilfsmitteln dessen Auslegung und Anwendung richtig zu stellen. Wir wollen daher die wichtigeren Streitfragen, welche sich über den fraglichen Artikel erhoben haben, im Nachstehenden zu erörtern und zu entscheiden suchen.

1) Der erste Satz von Abs. 3 unserer Gesetzestelle verfügt: „Ein Konsens der Agnaten und Mitbelehnten oder Anwärter ist zur Modifikation des Lehens nicht nothwendig“. Der Zweck dieser Bestimmung, welche in dem von der Regierung vorgelegten Entwurfe nicht enthalten war, sondern auf Antrag des Ausschussreferenten der Kammer der Abgeordneten in das Gesetz aufgenommen wurde, besteht darin, die Leheneignung bloß dem freien Entschlusse und Handeln des Vasallen zu überlassen, die Mitwirkung oder die Einsprache Dritter soll ihr nicht erschwerend oder verzögernd oder gar hindernd in den Weg treten können. — Es ist daher der Vasall für sich, wenn er im Allgemeinen zu handeln fähig ist, zur Leheneignung berechtigt. Sind der besitzenden Vasallen mehrere, so kann die Modifikation nur mit Zustimmung Aller vorgenommen werden. Die Einwilligung irgend eines Dritten, der Ansprüche auf das Lehen hat, ist nicht nothwendig. Zwar zählt das Gesetz nur einzelne Kategorien von Berechtigten auf, deren Zustimmung unnothig sein soll; man könnte daher die Zustimmung der nicht genannten Berechtigten wie z. B. der Kognaten für erforderlich halten. Allein da

zu behandeln sei, nicht die beifalls nothwendige erhöhte Stimmenmehrheit für den Entwurf erklärte; vergl. die Sten. Ber. der K. der Abg. Bd. V S. 410 u. 416.

diese meistens nur entferntere, jedenfalls keine näheren Rechte auf's Lehen haben, als die vom Gesetze ausdrücklich angeführten, so ist nach den Regeln der Analogie die Bestimmung des Gesetzes in Betreff der Unerheblichkeit des Konsenses auch auf sie anzuwenden. Dazu kommt, daß der Abgeordnete, von welchem der Antrag zur Einstellung dieses Satzes in das Gesetz ausging, ausdrücklich auch die Cognaten unter denen nennt, deren Konsens nicht erforderlich sein soll, und daß er allgemein die Einwilligung der „Mitberechtigten“ als unwesentlich erklären will.¹⁾

2) Zu weiteren Zweifeln gibt der zweite Satz des Abs. 3 Veranlassung. Der Gesetzgeber erklärt zwar den Konsens der Lehenerbsfolgeberechtigten für unnöthig zur Modifikation; er behält ihnen aber anderseits alle ihre Rechte und Ansprüche bevor, und zwar in dem bisherigen Umfange und in der bisherigen Form, wenn nicht auf dem Wege eines freien Uebereinkommens eine neue Regelung der gegenseitigen Berechtigungen erzielt wird. Das Recht durch Uebereinkunft die gegenseitigen Berechtigungen neu zu regeln wird den Betheiligten in dem erwähnten zweiten Satze des Abs. 3 ausdrücklich zugesichert. Der Umfang des hierin den Betheiligten eingeräumten Verfügungsrechtes ist bei der Ausführung des Gesetzes streitig geworden; insbesondere erhob sich die Frage, ob die Betheiligten auf Grund unserer Gesetzesstelle bei der Abschließung ihrer Uebereinkunft auch an jene Dispositionsbeschränkungen nicht gebunden seien, welche Folge des Fidei-

¹⁾ S. die Beil. zu den Verh. der R. der Abg. v. 1848 Bd II S. 343 u. 44. In diesem Sinne schlug auch der oben genannte Entwurf in Art. 3 anstatt des aus dem Gesetze von 1848 angeführten Satzes zu verfügen vor: „Ein Konsens der Lehenerbsfolgeberechtigten ist zur Modifikation nicht erforderlich.“

kommisverbandes sind, in welchem die Gegenstände des Uebereinkommens stehen. Uns scheint es nicht zweifelhaft, daß die Beitheiligten an diese Beschränkungen nach wie vor gebunden seien. Denn das Gesetz, mit dessen Auslegung wir es hier zu thun haben, bezieht sich nur auf Lehen als solche; es hat nur zum Zwecke den Lehenverband in seiner Richtung gegenüber dem Lehenherrn aufzulösen. Die sonstigen Rechtsverhältnisse, welche sich auf das Lehen beziehen, sollen durch die Allodifikation keine Aenderung erleiden. Noch weniger kann die Wirkung der Allodifikation sich schon im Allgemeinen auf Rechtsverhältnisse erstrecken, welche ganz unabhängig von der Leheneigenschaft bestehen und auf besonderen Rechtsgründen beruhen, wie dieses namentlich bei den fideikommissarischen Verhältnissen der Fall ist, in welchen etwa die früheren lehenbaren, nun allodifizirten Güter sich befinden. Dazu kommt ferner, daß unser Ablösungsgesetz in Art. 4 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt: „die fideikommissarischen Verhältnisse der Lehen werden (durch die Allodifikation) nicht verändert.“ Dieser ganz allgemeine, aus der Natur der Dinge folgende Vorbehalt, der an der Spitze des Art. 4 steht, muß bei allen einzelnen Bestimmungen des Art. 4, daher auch bei unserem Satze als hinzugefügt gedacht werden. Stehen daher die allodifizirten Gegenstände, oder die Rechte der Lehenerbfolgeberechtigten im Fideikommissverbande, so haben die hieraus fließenden Dispositionsbeschränkungen auch nach der Leheneignung noch ihre volle Geltung, und das Uebereinkommen zur neuen Regelung der gegenseitigen Ansprüche ist nur giltig, wenn diese Beschränkungen nicht überschritten sind. ⁴⁾

⁴⁾ Uebereinstimmend hiemit verfügt der angef. Gesehentwurf in Art. 4 Abs. 1 „den Beitheiligten bleibt über-

3) Der dritte und vierte Satz des Abs. 3 verfügt: „Findet ein solches Einverständniß nicht Statt, so steht den Erbfolgeberechtigten das Recht zu, zur Sicherung ihrer Ansprüche deren Vormerkung unter Bezug auf bestehende Dispositionen und Familien-Verträge bei den Hypotheken-Ämtern und in eine bei den Appellationsgerichten zu eröffnende Matrikel, analog mit den Bestimmungen des § 106 der VII. Verf. Beilage ⁵⁾, zu verlangen. Zur Anmeldung dieser Ansprüche findet ein präklusiver Termin von 2 Jahren, vom Tage der Publikation des Gesetzes anfangend ⁶⁾ Statt, nach dessen Umlauf ein unbedingter Verzicht der Betheiligten sowohl dem Lehenfiskus als dem Vasallen gegenüber gesetzlich angenommen wird.“

Die beiden Sätze wie der ganze Abs. 3 verdanken ihre Entstehung einem Antrage des Ausschussreferenten der Kammer der Abgeordneten. Zur Motivirung dieses Antrages bemerkt der Urheber, nachdem er seine Zustimmung zu dem Abs. 1 des Art. 4 erklärt hat: „damit dieser Zweck (die Sicherung der fideikommissarischen Verhältnisse u. der Lehen-erbsolgerrechte) in der pragmat. Anwendung erreicht werde, u. damit der Staat vor allen Ansprüchen

lassen u. s. w. unbeschadet der bei fideikommissarischen Verhältnissen bestehenden Dispositionsbeschränkungen.“ (Beil. zu den Verh. der K. der N.-N. v. 18¹⁹/50 Bd. V S. 92).

- 5) Die doppelte Anmeldung u. Eintragung erklärt der Entwurf v. 1850 nicht für nothwendig; es genügt die Anmeldung bei den Hypothekenämtern.
- 6) Eine Aenderung dieser Bestimmung wollte der erwähnte Entwurf, indem er verordnet: „Für diese Anmeldung läuft eine Frist von 2 Jahren vom Tage der Bekanntmachung der Lehenbelegung anfangend (Art. 4). Zu diesem Behufe ist jede Lehenbelegung nach ihrem Vollzuge im Kreidintelligenzblatte amtlich bekannt zu machen“ (Art. 5).

der Bethelligten gesichert sei u. sie selbst nicht allensfalligen Beeinträchtigungen durch Alienirung lehenbarer Objekte ausgesetzt seien; beantrage ich folgenden Zusatz.“ Der Zweck der Vormerkung und Anmeldung ist sonach ein doppelter. Es sollen dadurch einerseits die Ansprüche der Erbfolgeberechtigten gegen künftige Anfechtung sicher gestellt werden, anderseits sollen nur die sicher gestellten Ansprüche in Zukunft noch Wirksamkeit haben, u. es soll sonach die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse, welche in Ansehung des einzelnen allodifizirten Lehens fortan bestehen, richtig gestellt werden. Darum will das Gesetz, daß die sämmtlichen Ansprüche überhaupt angemeldet und zur Kenntniß des Besizers gebracht u. daß sie innerhalb einer präklusiven Frist angemeldet werden.¹⁾

Geht man von dieser unzweifelhaften Absicht des Gesetzgebers aus, so kann die Entscheidung der Streitfragen, welche sich über die beiden angeführten Sätze ergeben haben, keiner Schwierigkeit unterliegen. Was zunächst

a) Die Frage betrifft, ob auch diejenigen Ansprüche anzumelden seien, über welche ein neues Uebereinkommen zu Stande kam, so ist dieselbe zu verneinen. Denn bei ihnen ist der eine Zweck bereits durch die Uebereinkunft erreicht; sie sind zur Kenntniß des Besizers gebracht und ihrem Ums-

¹⁾ Vergl. die Beil. zu den Verb. der K. v. Abg. von 1848 Bd. II. S. 344. Die Motive zum Entwurfe v. 1850 verweisen ausdrücklich auf die analogen Bestimmungen des Staatsschuldengesetzes v. 1. Juni 1822, des Grundsteuergesetzes v. 15. Aug. 1828 und des Finanzgesetzes v. 28. Dez. 1831; auch sie gehen vom Provokationsprinzip aus, um den Zweck der Feststellung und Abschließung der Rechtsverhältnisse zu erreichen.

fange und Inhalte nach festgestellt. Freilich sind sie damit noch nicht gegen künftige Ansfechtung sicher gestellt und darum kann den Betheiligten das Recht nicht bestritten werden, die fraglichen Ansprüche zur Vormerkung anzumelden. Der Nachtheil, der sie trifft, wenn sie von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, kann aber nur darin bestehen, daß sie eines Mittels zur Sicherung ihrer Ansprüche, nicht daß sie dieser selbst verlustig gehen. — Für die Richtigkeit dieser unserer Ansicht spricht ferner noch die bekannte bei jedem, also auch dem gesetzlich angenommenen Verzichte festzuhaltende Auslegungsregel, daß derselbe im Zweifel im strengsten Sinne zu interpretiren sei. Nun spricht das Gesetz von der Anmeldung nur, wenn ein Einverständnis nicht Statt findet, entbindet also jene Ansprüche, über welche ein Einverständnis erzielt wurde, von derselben.

b) Die fernere Streitfrage, ob bloß die illiquiden oder auch die, abgesehen von einer neuen Uebereinkunft bereits liquiden Ansprüche anzumelden seien, ist dagegen, wie uns scheint, zu bejahen; beide Arten von Ansprüchen müssen innerhalb der präklusiven Frist bei Vermeidung ihres unbedingten Ausschlusses angemeldet werden. Denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen liquiden und illiquiden Ansprüchen; es fordert die Anmeldung bei allen jenen, über welche kein neues Uebereinkommen zu Stande gebracht wurde. Dazu kommt, daß nur auf diese Weise der Zweck des Gesetzes, in soweit er sich auf die Sicherung des Lehenherrn und des Besitzers, sowie auf Feststellung und definitive Abschließung der Rechtsverhältnisse bezieht, erreicht werden kann. Daher müssen auch die bereits im Hypothekenbuche eingetragenen oder vormerkten Ansprüche angemeldet werden, wenn sie in Zukunft weiter geltend gemacht werden wollen.

Wie es bezüglich der Nothwendigkeit der Anmeldung nicht auf die Liquidität der Ansprüche ankommt, so ist es auch unerheblich ob das frühere Lehen, auf welches sich die Ansprüche beziehen, im Fideikommißverbande stehe oder nicht. Auch bei einem Lehen der ersteren Art ist die Anmeldung geboten und zwar ohne Unterschied, ob das Fideikommiß ein standesherrliches oder ein solches ist, das nach den Bestimmungen der VII. Verf.: Beilage zu beurtheilen ist. Auch das ist ferner bei der Allgemeinheit des Gebotes gleichgültig, ob die Ansprüche selbst fideikommißarischen Charakter haben oder nicht⁶⁾.

c) Andererseits liegt es in der Natur der Sache, daß nur Ansprüche bezüglich solcher Lehen anzumelden seien, bei welchen die Allodifikation auf Grund des Gesetzes überhaupt möglich ist. Die Ansprüche in Bezug auf Lehen, welche nach Art. 2 des Gesetzes von jeder Allodifikation ausgeschlossen sind, können nicht unter den Art. 4 fallen, der sich seinem Zwecke und Inhalte nach nur auf die allodifizirbaren Lehen bezieht. Die Rechtsverhältnisse der nicht allodifizirbaren Lehen bestehen daher in ihrem bisherigen Zustande ohne Aenderung fort.

d) Nur die Ansprüche der Lehenerbfolgeberedigten als solche unterliegen der Anmeldung, nicht auch die Ansprüche anderer Art, welche sich auf das Lehen beziehen, wie z. B. die der Lehengläubiger, der Zehent- und Giltberechtigten, u. s. w. Sowohl der Wortlaut als der Grund des Gesetzes gebieten diese Beschränkung der Anmeldepflicht.

⁶⁾ Davon verschieden ist die Frage, welches die Wirkungen der Anmeldung, resp. Nichtanmeldung seien; in dieser Beziehung ist die Unterscheidung im Texte wohl erheblich (s. unten lit. e).

e) Was die Wirkung der Nichtanmeldung betrifft, so soll dieselbe in einem unbedingten gesetzlich angenommenen Verzicht der Betheiligten, sowohl gegenüber dem Lehensfiskus als gegenüber dem Vasallen bestehen. Die Anwendung dieser Bestimmung auf die einzelnen Fälle gestaltet sich verschieden je nach der rechtlichen Natur der Ansprüche und des Gegenstandes derselben.

Sind die Ansprüche in keinem weiteren die Verfügung beschränkenden Verbande, also insbesondere frei von Fideikommißneruß, oder beziehen sie sich auf ein früheres Lehen, das davon frei ist, so ist der stillschweigende Verzicht ein allseitig unbedingter; die Ansprüche sind für die Zukunft völlig erloschen. Bei solchen Ansprüchen dagegen, welche entweder selbst im Fideikommißverbande stehen, oder welche sich auf einen in solchem Verbande befindlichen Gegenstand beziehen, kann sich der gesetzlich angenommene Verzicht nicht weiter erstrecken, als sich der ausdrücklich erklärte erstrecken könnte. Wo daher ein solcher nach Maßgabe der Bestimmungen der Fideikommißstiftung oder der bestehenden, gesetzlichen Bestimmungen überhaupt nicht oder nur beschränkt zulässig ist, da kann auch der stillschweigende überhaupt keine, oder nur eine beschränkte Wirkung haben.⁹⁾ Die Gründe hiefür liegen in den schon oben berührten Erwägungen über die rechtliche Natur eines jeden Verzichtes, die ihre Bestätigung durch den klar ausgesprochenen

⁹⁾ In diesem Sinne wollte denn auch der mehr erwähnte Entwurf die Streitfrage lösen, indem er proponirte: „Bei fideikommißarischen Verhältnissen erstreckt sich jedoch die Annahme des Verzichtes nicht weiter, als ein solcher nach Maßgabe der bezüglichen Dispositionsbefugnisse durch ausdrückliche Erklärung Statt finden kann. (Art. 4. Abs. 4.)“.

Willen des Gesetzgebers erhalten, daß die fideikommissarischen Verhältnisse der Lehen durch die Eigenthum nicht verändert werden sollen. Würde man den Verzicht weiter ausdehnen, als oben geschehen, so ergäben sich Veränderungen in den fideikommissarischen Verhältnissen. Da nun das Gesetz diese Wirkung nicht will, so schließt es in so weit auch die Ursache aus.

Das Gesetz nimmt zwar den Verzicht bloß an gegenüber dem Lehensfiskus und dem Vasallen; es begreift also jenen Fall nicht ausdrücklich unter sich, wo ein standesherrliches Aktiv-Lehen allodifizirt wird. Allein es unterliegt keinem Bedenken, daß der Standesherr sowie er das Gesetz gegen sich gelten lassen muß, auch die Vortheile desselben für sich in Anspruch nehmen kann. Der Gesetzgeber dachte zunächst nur an königl. Lehen, welche die Regel bilden, und nannte darum als Lehensherren den Lehensfiskus, ohne darum die anderen Lehensherren ausschließen zu wollen. Es ist daher auch der Standesherr nach Ablauf der Präklusivfrist von 2 Jahren gegen jeden nicht angemeldeten Anspruch gesichert, der gegen ihn als Lehensherren erhoben werden will.

Aus den oberprüchterlichen Entscheidungen über Aufschlagsdefraudationen nach dem Gesetze vom 10 November 1848.

VII. Helmliche Malzmühlen.

Das Brechen des Malzes hat in der Regel auf einer in dem Aufschlagsbezirke, in welchem der Aufschlagspflichtige wohnt, liegenden ordentlichen Mühle zu geschehen, und müssen daher auch sämtliche Müller, sowie jene Knechte, welche zum Malzbrechen verwendet werden, bei Gericht auf ihre Obliegenheiten verpflichtet werden. Nur auß-

nahmsweise ist denjenigen Aufschlagspflichtigen, welche zur Zeit der Einführung des Malzausschlags eigene s. g. Partikularmalzmühlen besaßen und sie in die Kataster der einschlägigen Gerichte hatten eintragen lassen, sowie denjenigen, welche erwiesener Maßen zu jener Zeit die Berechtigung erworben hatten, auf ihren eigenen Mahlmühlen ihr Malz zu brechen, die Benützung der fraglichen Mühlen auch ferner zu ihrem eigenen Bedarfe gestattet; doch müssen hiebei eigene Malzbrecher aufgestellt, dem Gerichte angezeigt, und von diesem eidlich verpflichtet werden.

Die Errichtung neuer Partikularmalzmühlen oder die Erwerbung einer Mahlmühle von Seite eines Aufschlagspflichtigen darf nur mit allerhöchster Bewilligung geschehen, und einer gleichen Erlaubniß bedarf es zur Anschaffung der Handschrotts- oder Hausmühlen, sowie der in neuester Zeit auf gekommenen Cylinder-Mühlen.

Aussch. Mand. §. VII und VIII. — B. D. v. 30. Aug. 1811. Ngl. S. 1129. — Min. Res. v. 20. Juni 1822. Döll. Ver. Samml. Bd. 13. S. 1530. — Aussch. Mand. §. IX. — Min. Res. v. 24. Febr. 1829. und 5. Nov. 1831. Döll. Bd. 13. S. 1532. — Min. Res. v. 12. Nov. 1831. Geret Verord. Saml. Bd. 16. S. 162. — Min. Res. v. 15 Mai. 1841. Geret, Bd. 22. S. 18. —

Diese Bestimmungen sind durch einen Erlaß des kgl. Staatsministeriums des Handels und der öffentlichen Arbeiten von 18 April 1851 (Kr. Int. Bl. S. 611) neuerlich bekannt gegeben, und dabei verfügt worden, daß künftig hin alle jene, welche sei es nun auf Grund wirklicher Gewerbrechte oder im Wege des freien Erwerbes mit der Anfertigung und dem Verkaufe transportabler Malzmühlen sich zu befassen befugt sind, von jedem einzelnen Verkaufe einer solcher Maschine dem betreffens-

den Unterausschläger Anzeige zu erstatten haben. Ferner wurden in Vollzug dieser Anordnung, um das Verbot auch bezüglich der vom Auslande in Bayern eingehenden transportablen Malzmühlen möglichst zu schützen, durch Entschließung der Generalzolladministration vom 13. Juni 1851 sämtliche Hauptzollämter beauftragt, von jeder derartigen Malzmühle, wenn sie von deren Vorhandensein Kenntniß erlangen, den einschlägigen Unterausschläger alsbald zu benachrichtigen.

Es sind daher sämtliche Mühlen, welcher Art sie seien, der ausschlagamtlichen Kontrolle unterstellt, und hievon nur die Kaffee-, Gewürz- und Cichorien-Mühlen der Fabrik- und Gewerbeleute in ihrer Eigenschaft als Handmühlen ausgenommen, aber auch diese nur insoweit, als sie nicht eine abweichende, das Malzbrechen leicht zulassende, Einrichtung erhalten.

Min. Ref. v. 23 Sept. 1845. Verordn., Bd. 23 S. 149.

Hieraus folgt, daß jede zum Malzbrechen geeignete Mühle, welche sich in dem Besitze eines zum Malzbrechen nicht berechtigten Individuums befindet, oder von einem hiezu Berechtigten der amtlichen Kontrolle entzogen wird, als eine heimliche Malzmühle im Sinne des §. XXI des Aufschlagsmandates von 28. Juli 1801 zu betrachten ist.

Nun bestimmt dieser § ganz allgemein, daß im Falle eine heimliche Malzmühle, was immer für einer Art, entdeckt wird, gegen den Eigentümer mit 300 Rthl. Geldstrafe, Abbrechung der Mühle und öffentlicher Anzeige seines Namens zu verfahren ist. Dem Wortlaute und dem Geiste des Gesetzes, welches in den speziell darin aufgeführten Fällen schon die Möglichkeit einer Gefährdung des Aufschlages als das vollendete Vergehen der Defraudation bestraft wissen will, würde es offenbar widerstreiten, wollte man den in §. XXI gebrauch-

ten allgemeinen Ausdruck „Eigenthümer“ auf ausschlagspflichtige Individuen beschränken; denn die Möglichkeit der Gefährdung des Ausschlages ist vorhanden, die heimliche Malzmühle mag sich im Besitze des Ausschlagspflichtigen selbst oder eines Dritten befinden, weshalb denn auch alle zum Malzbrechen geeigneten Mühlen, in wessen Besitz sie auch sind, der ausschlagamtlichen Kontrolle unterstellt sind, und das Strafbare des Besizes einer heimlichen Malzmühle liegt eben darin, daß dem Ausschlagspersonale jede Kontrolle unmöglich gemacht wird. Die Annahme, daß der letzte Absatz des §. XXI des Ausschlagsmandates sich nur auf berechnigte Mäler beziehe, ist ganz irrig; vielmehr handelt dieser § in seinen einzelnen Absätzen von den verschiedenen Kategorien der Mühlen, nämlich von den Mühlen der berechtigten Mäler, welche zum Malzbrechen verwendet werden, von den eignen Mühlen der Bierbrauer und Branntweimbrenner, und endlich von den heimlichen Malzmühlen. Die beiden Absätze unter lit. a und b bestimmen die Strafen, welche die berechtigten Mäler treffen, wenn sie ihre Pflichten verletzen, der weitere Absatz enthält die Strafen für die Malzbrecher bei den eigenen Mühlen der Bierbrauer und Branntweimbrenner, bestimmt aber zugleich, daß gegen diese Letzteren, wenn von ihren Malzbrechern die bezeichneten Vergehen begangen werden, mit Abbruch der eigenen Mühle verfahren werden soll; der letzte Absatz behandelt dann den Fall der Entdeckung einer heimlichen Malzmühle, und hat weder die berechtigten Mäler, noch die Malzbrecher, noch die Bierbrauer und Branntweimbrenner ausschließend, sondern jeden Eigenthümer einer heimlichen Malzmühle im Auge. Die Strenge der angedrohten Strafe steht im Einklange mit der Größe der Gefährdung, welche

dem Aufschlagsgefälle durch eine heimliche Malzmühle droht, und da nach dem Aufschlagmandate, wie bereits angeführt, schon die Möglichkeit einer solchen Gefährdung hinreicht, so genügt zum Thatbestande des in §. XXI Abs. 4 vorgesehenen Vergehens der erwiesene Besitz einer heimlichen Malzmühle, ohne daß hiezu der Nachweis des wirklichen Gebrauches derselben zum Malzbrechen erfordert wird; vielmehr bedarf es dieses Nachweises nur dann, wenn eine mit amtlicher Erlaubniß zu einem anderen Zwecke angeschaffte Mühle zum Malzbrechen verwendet wird, da sie erst durch diesen Gebrauch zu einer heimlichen Malzmühle wird *).

DAGE. v. 12. Aug. 1851 in Sachen des ehemaligen Unterausschlägers Paul R..... in München wegen Malzausschlagsdefraudation. R. Nr. 1057⁵⁰/₅₁.

VIII. Strafe der zweiten Uebertretung.

Der Einwand, daß die in XIX des Aufschlagmandates für die zweite Uebertretung angedrohte Strafe von 300 Rthl. nicht mehr eintreten könne,

*) Die Bestimmung des §. XIX lit. d des Aufschlagmandates hat, wie der Zusammenhang derselben mit lit. e u. f. beweist, nur den Fall im Auge, wo in Folge des Haltens einer heimlichen Malzmühle, eine falsche Quartalanzeige übergeben, die Mühle selbst aber nicht entdeckt wird, weshalb denn auch hier von Abbrechung der Mühle keine Rede ist. Den Aufschlagpflichtigen, wenn bei ihm eine heimliche Malzmühle entdeckt wird, sowohl nach §. 21 als nach §. 19 lit. d zu bestrafen, wie schon gesehen, geht aber gar nicht an; vielmehr trifft denselben die Strafe des §. 19 nur dann, wenn die heimliche Malzmühle nicht entdeckt wird, oder im Eigenthume eines Anderen aufgefunden, aber von dem Aufschlagspflichtigen benutzt, und in Folge dessen von diesem eine falsche Quartalanzeige übergeben wurde.

weil durch Art. 2 des Gesetzes vom 29. August 1848, die Abänderungen einiger Bestimmungen des I Th. des St.G.B. betr. die Rückfallstrafen aufgehoben seien, beseitigt sich durch die einfache Erwägung, daß nach den Bestimmungen der noch geltenden Art. 433 Abs. 2 Th. I und 29 Th. II d. St.G.B. Aufschlagsdefraudationen nach den darüber vorhandenen besonderen Verordnungen zu ahnden sind, welche durch das spätere Gesetz vom 29. Aug. 1848 keine Abänderung erlitten haben.

DAOE. v. 11. Aug. 1851. in Sachen des Anton B. v. Monheim wegen Aufschlagsdefraudation. NN. 1038⁵⁰/₅₁.

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Auf den Inhaber lautende Partial-Obligationen. Emissionsgeschäft. Vertretung der einzelnen Partial-Besitzer durch den Emittenten im Konkurse des Schuldners.

In Bd. 11 S. 11 unserer Zeitschrift ist die Frage erörtert worden: ob in Gantzfällen die zwar für die Partialenbesitzer aber ohne deren Nennung resp. ohne Bezeichnung der jedem derselben gehörigen Partialen, von dem Emittenten unter Vorlage der Hauptschuldverschreibung, und Bezug auf das Hypothekenbuch geschehene Liquidation der Gesamtforderung für genügend zu halten sei, oder ob vielmehr die Inhaber der Partial-Obligationen unter Vorlage derselben als Liquidanten auftreten, beziehungsweise bei der Vertretung durch den Emittenten ihren Namen nach mit Bezeichnung der jedem derselben gehörigen Partialen bekannt gegeben werden müssen? Wir haben uns für Bejahung des ersten Gliedes der Alternative ausgesprochen, und diese Ansicht wurde, unter Adoptirung der von uns a. a. D. S. 1 f. über die Natur des Emissionsgeschäftes entwickelten Grundsätze, in Beurtheilung

eines vorgekommenen Falles von dem obersten Gerichtshofe für richtig erkannt.

DAGE. v. 14. April 1851. Nr. 1600⁴⁹/₅₀.

2.

Partialobligationen. Die für die Gesamtforderung bestellten Hypothekrechte kommen den Partialobligation-Besitzern zu Gute, obwohl sich über die Emission der Partialen kein Eintrag im Hypothekenbuche findet.

Diese in unserer Zeitschrift Bd. 11 S. 8 f. entwickelte Rechtsansicht hat nun die Autorität einer oberstrichterlichen Entscheidung für sich.

DAGE. v. 14. April 1851. Nr. 1600⁴⁹/₅₀.

3.

Sachdienlichkeit zu edirender Urkunden.

Vgl. GD. XI. §. 6 Nr. 4.

In einer Rechtsache, Pensionansprüche eines standesherrlichen Beamten betreffend, verlangte der Kläger Edition der über die Verlassenschaft einer früheren Fürstin-Vormünderin ergangenen Akten. In den Motiven der den Antrag zurückweisenden oberstrichterlichen Entscheidung kommt unter anderem vor:

Es geht nicht an, sondern erscheint als offener Mißbrauch des Rechtes auf Herausgebung der Urkunden, die Einsicht ganzer Akten-Hefte ¹⁾ und Verhandlungen zu begehren, um nur auf Geradenwohl darin nachzuforschen, ob sie nicht vielleicht etwas den Absichten des Impetranten-Förderliches in sich enthalten ²⁾.

DAGE. vom 8. März 1845. Nr. 1424⁴³/₄₄.

¹⁾ Nicht vom Rechte der Einsicht von Gerichtsakten nach GD. XIV §. 3 handelte es sich, sondern die Edition von Familienakten, worüber die ordn. des GD. XI §. 6 zur Nichtsahnur dienen, war verlangt. —

²⁾ In Fällen, wo dem Editionssucher ein dingliches Recht auf die Urkunde oder ein speziellerprivatrechtlicher Forderungsgrund zur Seite steht, kann obige prozessrechtliche Erwägung die Zurückweisung des Gesuchs nicht motuliren.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 21. Samstag, den 22. November 1851.

Oberstrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte nach dem Gesetze vom 28. Mai 1850.

XII.

Das Gericht bei welchem Jemand seinen ordentlichen Gerichtsstand hat, ist auch dessen Obervormundschaftsbehörde.

Bei der Verlassenschaft der Meßger's Wittve A. M. Degen von Kronach war unter Anderen auch der minderjährige Sohn einer früher verstorbenen Tochter, Margaretha Degen, verheirathet an den Aufschläger F. Polster zu Lahm, l. Landgerichts Seßlach, betheiligt. Aufschläger Polster, als natürlicher Vormund seines minderjährigen Sohnes, schloß sich den Anträgen der übrigen Erben an; allein das l. Landgericht Seßlach erklärte, daß die erforderliche Ertheilung des kuratelsamtlichen Konsenses von seiner Seite nicht erfolgen könne, weil der Aufschläger Polster, als bloß auf Ruf und Widerruf angestellt, keinen bleibenden Wohnsitz im Gerichtsbezirke habe, auch in solchem nicht ansässig geworden sei, sondern seine Ansässigmachung zu Baunach erlangt habe. Auch das Landgericht Baunach lehnte seine Zuständigkeit ab, da Polster

wenn er auch dort seine Ansässigkeit erlangt, seinen Wohnsitz daselbst schon längst aufgegeben habe.

Der oberste Gerichtshof entschied, daß zur Ertheilung des obervormundschaftlichen Konsenses das Landgericht Gesslach kompetent sei, aus folgenden Gründen:

1) Zweifellos ist es im Hinblick auf Cod. civ. P. I. cap. 7. §. 7. N. 1, daß in dem gegenwärtigen Falle dasjenige Gericht die Funktion des Obervormundschaftsamtes zu übernehmen hat, bei welchem der Vater des Kuranden, der Aufschläger F. Polster, seinen ordentlichen Gerichtsstand hat, dem nach Kap. I. §. 3. der G.D. von selbst auch dessen Kinder folgen.

2) Dieser Gerichtsstand bestimmt sich aber zunächst nach dem Wohnorte, d. i. nach demjenigen Orte, in welchem F. Polster seinen Wohnsitz mit der Absicht eines bleibenden Aufenthaltes wirklich aufgeschlagen hat, und als solcher Wohnort kann nur allein der Ort Lahm im Bezirke des k. Landgerichts Gesslach erachtet werden, woselbst sich derselbe als Aufschläger angestellt befindet, und wo er sich bereits vor längerer Zeit häuslich niedergelassen hat.

3) An der hienach in der gegenwärtigen Sache begründeten Zuständigkeit des k. Landgerichts Gesslach vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß Polster in seiner Eigenschaft als Aufschläger zu Lahm bloß auf Ruf und Widerruf angestellt ist, weil unter dem bleibenden Aufenthalte kein nothwendig perpetuirlicher, sondern nur ein so lang andauernder verstanden wird, als nicht unvorhergesehene Umstände dessen Veränderung nothwendig machen.

Const. 7 Cod. de incol. (10. 39.)

4) Ebenso wenig steht ihr entgegen, daß Polster zu Lahm nicht ansässig ist, sondern seine Ansässigkeit zu Baunach erlangt haben soll, weil die

Ansässigmachung, wenn auch in den meisten Fällen das Domizil damit verbunden sein mag, nichts desto weniger eine Bedingung zur Begründung des Letzteren ist, indem das Domizil auch von bloßen Insassen und Miethleuten durch einen Akt ihres freien Willens erworben werden kann, während die Ansässigmachung in der Regel ein obrigkeitliches Bewilligungsfdekret erfordert. (Seuffert's Comment. Bd. I. S. 39).

DAGE. von 8. August 1851. R. N. 740 ⁵⁰/₅₁.

XIII.

Persönlicher Verichtsstand des außerehelichen Kindes.

Heinrich D...., zu Dettingen geboren, war bei dem Oberpostamte zu Würzburg als Funktionär angestellt worden, hatte aber am 3. Juli 1848 den Postdienst verlassen, sich dann nach München begeben, und war im Jahre 1849 nach Wien gereist.

Sowohl bei dem Kreis- und Stadtgerichte Würzburg als bei jenem zu München waren Schuldklagen gegen D. anhängig gemacht worden, welche bis zur Exekution vorgeschritten waren, zu welchem Behufe das bei der k. Staatsschuldentilgungs-Spezialkasse zu München liegende Dienstkautionskapital in 1000 fl. mit Beschlagnahme belegt worden war.

Es handelte sich nunmehr um Einleitung eines allgemeinen Verfahrens; das Kreis- und Stadtgericht Würzburg hielt sich nicht für kompetent hiezu, weil D. im Jahre 1848 nach München gezogen sei, und das Kreis- und Stadtgericht München lehnte seine Zuständigkeit ab, weil D. im Jahre 1849 nach Wien abgereist sei, während die Gerichts- und Polizeibehörde Dettingen erklärte, daß D. in ihrem Bezirke nicht heimathsberechtigt sei, sondern seine Heimath in München, dem Wohnorte seiner verlebten außerehelichen Mutter habe.

Der oberste Gerichtshof erklärte das Kreis- und Stadtgericht München als das zuständige Gericht, da:

1) die k. Gerichts- und Polizeibehörde Dettingen ausdrücklich erklärt habe, daß Karl D. in dem dortigen Gerichtsbezirke seine Heimath nicht anzusprechen habe, vielmehr München der Wohnort seiner verlebten außerehelichen Mutter gewesen, welche faktische amtliche Angabe zu bezweifeln, eine Veranlassung nicht gegeben sei, und

2) das k. Kreis- und Stadtgericht München insbesondere die Rechtsache, welche Veranlassung zur bezweckten Einleitung des allgemeinen Verfahrens gegeben, bis zur Exekution behandelt habe.

GGG. von 8. Aug. 1851. R. N. 792⁵⁰/₅₁.

XIV.

Das Domizil des Defunkten begründet die Kompetenz der Verlassenschaftsbehörde.

1.

Am 23. September 1850 verstarb in München die Kanzellistentochter Anna Steiner von Straubing. Das k. Kreis- und Stadtgericht München hielt sich zur Behandlung der Verlassenschaft nicht für kompetent, weil Steiner vor ihrem Umzuge nach München im Jahre 1850 fünf und zwanzig Jahre in Burghausen gelebt, und dort ihre Pension verzehrt hatte; aber auch das Landgericht Burghausen lehnte seine Zuständigkeit ab, weil Steiner ihr Domizil nie in Burghausen gehabt habe, sondern nur zeitlich daselbst geduldet gewesen sei, und im Jahre 1850 von dort gänzlich weggezogen sei; und das Kreis- und Stadtgericht Straubing erklärte, daß, wenn Steiner auch in Straubing heimathsberechtigt sein sollte, sie sich seit mehr als

20 Jahren nicht mehr dort aufgehalten habe. Der oberste Gerichtshof sprach aus, daß das k. Kreis- und Stadtgericht München die kompetente Gerichtsbehörde zur Behandlung der fraglichen Nachlasssache sei, da

1) nach der amtlichen Erklärung des Stadtmagistrates Burghausen Anna Steiner gänzlich von Burghausen fortgezogen sei, und

2) nach der Erklärung des Stadtmagistrates Straubing sie sich seit 20 Jahren in Straubing nicht mehr aufgehalten, dieselbe aber

3) jedenfalls zu München längere Zeit vor ihrem Tode verweilt habe, und eben da sich auch die Verlassenschaftsobjekte befänden.

DUKE. v. 8. Aug. 1851. R. N. 874^{50/51}.

2.

Am 29. Juni 1850 starb zu Bernegg der bei dem dortigen Landgerichte als geprüfter Rechtspraktikant befindliche August Bezold, und das Landgericht Bernegg theilte seine Erhebungen dem k. Landgerichte Rothenburg zur kompetenzmäßigen Behandlung des Nachlasses mit, weil A. Bezold von Rothenburg gebürtig sei, und nur vorübergehend sich in Bernegg aufgehalten habe. Das Landgericht Rothenburg weigerte sich jedoch, diese Nachlasssache zu behandeln, da Aug. Bezold seit mehreren Jahren mit seinem gesammten Hauswesen in Bernegg gelebt, daher dort seinen persönlichen Gerichtsstand habe.

Der oberste Gerichtshof erklärte das Landgericht Bernegg zur Auseinandersetzung dieser Nachlasssache für kompetent, und zwar aus folgenden Gründen:

Nach Verordnung vom 6. August 1764 (M. G. S. IV. 928. Moritz Nov. I. 28) ist dasjenige

Forum, unter dem der Erblasser seines Domizils halber steht, auch bezüglich der Nachlassbehandlung desselben kompetent.

Durch die Verordnung von 1. Januar 1811 (N. Bl. 1811 S. 873) ist die Gerichtsordnung und die dazu gehörige Novellensammlung auch im jetzt oberfränkischen Kreise unbestreitbar in gesetzliche Anwendung getreten.

Wenn nun auch ein geprüfter Rechtspraktikant, in welcher Qualität seit zwei Jahren Aug. B. sich in Verneck befand, keine Absicht hat, beständig an dem Ort zu verbleiben, wo er sich in praxi befindet, so ist doch bei der zeitlichen Unstätigkeit der Aufenthalt eines Praktikanten, der, wie B., seinen früheren Wohnort Rothenburg längst gänzlich verlassen hatte, der Gerichtsstand des Domizils am Orte des Geschäftsaufenthaltes begründet,

Entwurf der Civilg. Ord. 1831. § 2 lit. b u.

§ 11; Seuffert, Comment. I. 43

sosort, da Bezold vor dem k. Landgerichte Verneck persönlich hätte belangt werden können, dieß Gericht auch zur Behandlung seines Nachlasses kompetent.

UUG. vom 8. Aug. 1851. Nr. 1397⁵⁰/₅₁.

XV.

Gerichtsstand bei Aufschlagsdefraudationen.

Am 31 Okt. 1848 ließ der Brauer Joh. W. ... von Bezenstein im Landgerichte Pottenstein, mit einer auf 5 Schäffel 1 Metzen eingesprengten Gerstenmalzes lautenden Polette, Malz auf die obere Mühle zu Belden im Bezirke des Landgerichtes Hersbruck bringen, wo sich jedoch bei dem Messen fünf Schäffel und fünf Metzen ergaben. Das Oberaufschlagamt von Oberfranken leitete gegen W. eine Untersuchung wegen Malzaufschlagsdefraudation ein, gab dieselbe aber, da inzwischen das Gesetz vom

10. Nov. 1848 in Wirksamkeit getreten war, an das Landgericht Pottenstein ab, welches ohne weitere Verhandlungen zu pflegen, den Joh. W. wegen Aufschlagsdefraudation in eine Geldstrafe von 100 Rthlth. und nebst dem Ersatze des Aufschlagsbentganges in die Kosten der Untersuchung verurtheilte. Auf hiegegen ergriffene Berufung hob das Appellationsgericht das erstrichterliche Erkenntniß wegen Verletzung des rechtlichen Gehöres als nichtig auf, und ordnete neuerliche Verhandlung und Urtheilsfällung an. Das Landgericht Pottenstein lehnte jedoch nunmehr seine Kompetenz in der Sache ab, weil die Defraudation in Welden begangen worden, daher das Landgericht Hersbruck als *forum delicti commissi* die kompetente Behörde sei, und nachdem auch das Landgericht Hersbruck sich für nicht zuständig erklärt hatte, entschied der oberste Gerichtshof, daß das Landgericht Hersbruck das in der Sache zuständige Gericht sei.

Die Gründe sind folgende:

1) Nach Art. 2 des Ges. v. 10 Nov. 1848, die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudationen betr., ist der Antrag auf Untersuchung und Bestrafung bei dem Gerichte zu stellen, in dessen Bezirke die Defraudation begangen worden ist, und nach Art. 4 desselben Gesetzes steht dem Gerichte, welches die Untersuchung über die Aufschlagsdefraudation geführt hat, auch die Fällung des Urtheiles zu.

2) Nach dem Aufschlagsmandate vom 28 Juli 1807 §. 19 N. 6. macht sich derjenige Brauer, welcher außer dem zufälligen Ueberschusse mehr Malz, als die erholte Polette ausweist, brechen läßt, einer Defraudation schuldig, und diese ist vollendet, sobald das Malz mit unpassirlichem Ueberschusse auf die Mühle gebracht ist.

Min. Resl. v. 28. April 1829 u. 25 Mai

1836, Döllinger's Ver. Slg. Bd. 13 S. 1544 u. 1547.

3) Im vorliegenden Falle war daher die fragliche Defraudation erst vollendet, nachdem das Malz mit dem unpässlichen Uebermaaß in die Mühle zu Belden gebracht war, wenn auch dieses Uebermaaß darin seinen Grund haben mag, daß der Beschuldigte das Malz, ehe er es von Weizenstein in jene Mühle abführen ließ, nicht genau, wie ihm obgelegen, oder gar nicht gemessen hat.

4) Nach Art. 3 des erwähnten Gesetzes vom 10. Nov. 1848 wird die Untersuchung bei Malzaufschlagsbetrugationen nach den für die Behandlung der Polizeistrafsachen bestehenden Bestimmungen geführt, wobei in Ermangelung eines eigenen Gesetzes über das Polizeistrafverfahren nach gegenwärtiger Uebung die Vorschriften des zweiten Theiles des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 in analoge Anwendung zu kommen haben.

5) Nach Art. 22 Th. II. dieses Gesetzbuches ist der ordentliche Gerichtsstand des Angeeschuldigten bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Verbrechen begangen worden ist, und wenn dasselbe an einem anderen Orte vorbereitet oder angefangen, und an einem anderen vollendet worden ist, so entscheidet der Ort der Vollendung.

6) Als dieser erscheint hier die Mühle zu Belden, und daher das Landgericht Herßbruck als das zur Führung und Entscheidung der Untersuchung zuständige Gericht.

7) An dieser durch das Gesetz begründeten Kompetenz des Landgerichtes Herßbruck konnte dadurch nichts geändert werden, daß sich der Beschuldigte die Führung der Untersuchung durch das Landgericht Pottenstein gefallen ließ, denn der Art. 457 Th. II des StGB., wornach der Angeeschuldigte bei Vergehen verlangen konnte, daß die Untersuchung

ung vom Gerichte seines Wohnortes geführt werde, wurde durch Art. 368 des neuen Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 aufgehoben, und die Bestimmungen des Civilprozeßes über Prorogation und Rechtshängigkeit finden hierher keine Anwendung.

8) Von einer Prävention kann aber keine Rede sein, da diese die Konkurrenz mehrerer gleichmäßig zuständiger Gerichte voraussetzt, und ebensowenig liegt eine rechtskräftige Entscheidung über die Kompetenzfrage vor, da diese bisher gar nicht Gegenstand der Verhandlung war, und die Anordnung des Appellationsgerichtes, daß das Landgericht Potenstein die Sache nach vorgängiger Ladung der Be-theiligten zu verhandeln, und sodann zu erkennen habe, einer rechtskräftigen Entscheidung über die Kompetenzfrage nicht gleichgeachtet werden kann.

9) Es steht vielmehr, da das erstgerichtliche Erkenntniß vom 21 Juli 1849, wenn auch aus einem anderen Grunde, als nichtig aufgehoben ist, und die Bestimmung des Art. 4 des Ges. v. 10. Nov. 1848 über die Aufschlagsdefraudationen, daß dem Gerichte, welches die Untersuchung geführt hat, auch die Urtheilsfällung zusteht, voraussetzt, daß dieses Gericht zur Führung der Untersuchung kompetent war, — nichts im Wege, die Aburtheilung der vorliegenden Untersuchung dem Landgerichte Herbruck als dem hiezu zuständigen Gerichte aufzutragen.

DAOE. vom 8. Aug. 1851 Nr. 937⁵⁰/₅₁.
Nr.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Geschäftsführung durch Zahlung der Schuld eines Anderen.

Bei den Rechtsvorschriften, welche die Ansprüche des negotiorum gestor an den Geschäftsherrn be-

stimmen, ist es ein leitender Gedanke, zur Uebernahme der Geschäftsbeforgung für solche Personen anzuregen, welche wegen Abwesenheit oder in Folge anderer Hindernisse sich außer Stand befinden, das Nöthige in ihren Angelegenheiten selbst zu besorgen, oder diese Beforgung durch rechtzeitige Aufstellung und Instruirung eines Stellvertreters anzuordnen und zu leiten. Fr. 1. de neg. gestis (3, 5). Keineswegs war es darauf abgesehen, jede unberufene und unnöthige Einmischung in fremde Angelegenheiten gut zu heißen, und durch Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Ausgabenvergütung zu ermuntern. Allerdings kann durch Zahlung der Schuld eines Anderen die Geschäftsführungs-Obligation begründet werden. Wenn nun aber eine solche Zahlung unter Umständen geschehen ist, unter welchen nicht nur kein besonderes Motiv solcher Einmischung vorlag, sondern auch keine Schwierigkeit obwaltete, die Erklärung desjenigen, für welchen gezahlt wurde, vor der Zahlung einzuholen, so ist dem gegen Letzteren erhobenen Anspruch auf Erstattung des ausgelegten Geldes, sofern dieser die Möglichkeit der angebliebenen Geschäftsführung z. B. durch Einwendungen gegen die getilgte Forderung (vgl. fr. 43 eod.) beanstandet, nicht stattzugeben. Es kann hier dem Beklagten nicht zugemuthet werden, über die Einwendungen, wegen welcher er das Gezahlte nicht oder noch nicht schuldig gewesen zu sein behauptet, mit einem Dritten Prozeß zu führen, dessen Bezahlung einer fremden zumal beanstandeten Schuld das Gepräge eines utiliter gestum durchaus nicht an sich trägt.

Im Sinne dieser Grundsätze wurde ein vorgekommener Fall entschieden in dem

DAGE. vom 16. Januar 1851. Nr. 250⁴⁸/₄₉.

2.

Inzident-Restitution im Restitutionsverfahren.

Ein Restitutionsgesuch, mit welchem nach rechtskräftig entschiedener Sache neu aufgefundenen Beweismittel geltend gemacht werden wollten, war nach eingeholter Erinnerung des Gegentheiles in zwei Instanzen als unerheblich zurückgewiesen worden. Hies gegen wurde revidirt, und mit dieser Revision zugleich ein weiteres Restitutionsgesuch verbunden, in welchem noch mehrere neue Beweismittel benannt wurden, die erst nach dem Erkenntnisse der zweiten Instanz, und zwar innerhalb 14 Tagen vor Einreichung der Revisionschrift entdeckt worden sein sollten.

Dieses Inzidentrestitutionsgesuch wurde nicht nach Maßgabe des Plenarbeschlusses vom 14. Dezember 1843 (NB. v. J. 1844 Seite 35) behandelt, sondern darüber, im Zusammenhange mit einem abändernden Ausspruche in Betreff des in 2 Instanzen abgewiesenen Gesuches erkannt: daß das eben erwähnte, bei der ersten Instanz eingereichte Gesuch nicht abzuweisen sei, sondern das Gericht erster Instanz nach abgenommenem Noveneide von Seite des Impetranten, die in beiden Gesuchen benannten Beweismittel zu erheben, und sodann unter Beurtheilung des gesammten Beweisresultates sowohl i Restitutionspunkte als auch in der Hauptsache weiter zu erkennen habe, was Rechtens sei.

In den Gründen zu dieser Entscheidung ist angeführt:

Das Inzidentrestitutionsgesuch wäre zwar nach dem Plenarbeschlusse vom 14. Dezember 1843 nur für den Fall zu würdigen, wenn nicht schon außer ihm, auf dem Grunde der bisherigen Aktenlage nach dem Antrage der Restitution suchenden Partei erkannt werden kann, so daß zunächst das erste beim Un-

tergerichte angebrachte Restitutionsgesuch einzuleiten und zu prüfen, und nur für den Fall, wenn nicht schon nach dem Resultate dieses Restitutionsgesuches der Impetrant ein obsiegliches Erkenntniß erwarten könnte, auch auf dieses zweite beim Obergerichte eingereichte Restitutionsgesuch einzugehen wäre.

Allein der eben erwähnte Plenarbeschluß spricht nur von dem Falle, wenn gegen das nach geschlossenen Beweisverfahren erfolgte Enderkenntniß incidenter der gegen dieses Enderkenntniß ergriffenen Berufung weitere Beweismittel im Wege der Restitution geltend gemacht werden wollen, nicht aber wenn, wie hier, gegen ein *pro restitutionis* ergangenes Erkenntniß Inzidentrestitution gesucht wird. In diesem Falle, in welchem das Erkenntniß, gegen welches Beschwerde geführt wird, selbst schon eine Restitution, einen Antrag um Erhebung neu aufgefundenener Beweismittel zum Gegenstande hat, ist zunächst der Grundsatz zu handhaben, daß, sowie von den Parteien alle Beweismittel auf einmal angegeben werden sollen, so auch alle Beweismittel zugleich zu erheben sind, so daß die in dem Inzidentgesuche benannten Beweismittel mit jenen im ersten Restitutionsgesuche angegebenen gleichzeitig der richterlichen Beurtheilung zu unterstellen sind.

Hinsichtlich der Normirung des Noveneides, oder des Termines, in welchem diese beide Restitutionsgesuche anzubringen waren, wurde hiebei das erste beim Untergerichte angebrachte Gesuch als eine *restitutio contra sententiam*, das zweite aber als eine *restitutio contra lapsum termini* betrachtet, weil, wie es in den Gründen ferner heißt, das erste nicht im Laufe des Prozesses, sondern nach erfolgter rechtskräftiger Entscheidung angebracht worden ist, das zweite aber zu einer Zeit erhoben wurde, als der Prozeß durch das erste *contra*

sententiam gehende Gesuch, und die hierauf neu aufgenommenen Prozeßhandlungen, wie der in den Gang gebracht war.

DAUE. in RR. 626⁴⁷/₄₉. (Dist. Nro. 235⁵⁰/₅₁).
S.

3.

Beweis aus Muthmaßungen.

In Seufferts Kommentar zur Gerichtsordnung Bd. III S. 226 ist die Ansicht aufgestellt, daß die Bestimmung der Gerichtsordnung Kap. XII § 2, nach welcher eine *praesumptio hominis* für sich allein niemals eine ganze oder halbe Probe ausmachen, sondern höchstens nur als Behelf und insoweit dienen soll, daß, wo mehr dergleichen zusammen kommen, gestalten Dingen nach *ad iuramentum suppletorium vel purgatorium* gesprochen werden mag, dann keine Anwendung findet, wenn nicht sowohl ein Schluß von einer Thatsache auf die andere zu ziehen, als nur die besondere Beschaffenheit einer Thatsache aus einzelnen Merkmalen und Umständen zu beurtheilen ist, insbesondere wenn es sich von Modalitäten des inneren Willensaktes handelt, über welche eine Beweisführung aus sinnlicher Wahrnehmung nicht geschehen kann. Diese Ansicht wurde auch einem obersterlichen Erkenntniß vom 14. Juni 1851. RR. 224⁴⁹/₅₀ unterstellt, und der Beweis eines Scheinverkaufs lediglich aus menschlichen Vermuthungen für vollständig erbracht angenommen, ohne den desfallsigen Revisionsbitten auf Erkennung des Reizigungs- oder wenigstens des Erfüllungsbeides statt zu geben. In den Gründen, in welchen zunächst auf die oben angezogene Stelle des benannten Kommentares Bezug genommen ist, heißt es weiter:

Ohne eines solchen nothwendigen Cides zu erwähnen, bestimmt die Gerichtsordnung Kap. XIX

§. 19. Nr. 2, wo es sich bei der *actio Pauliana* von der *fraus* handelt, unter welcher bezahlt oder veräußert worden sein soll, daß derlei Partikularzahlungen oder Veräußerungen auf den Fall widerrufen werden können, wenn aus den Umständen erscheine, daß solche nicht redlich sondern gefährlicher Weise geschehen seien.

Bezüglich des Irrthumes sagt das Landrecht Th. IV. Kap. 2. §. 4, daß dem Darlehnsgeber die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* nicht entgegengesetzt werden könne, wenn aus allen Umständen zu vermuthen sei, daß der Darlehner den Zustand des *mutuarii* weder gewußt habe, noch leichterdings habe wissen können, und anlangend eines Scheinvertrages führen die Anmerkungen Th. II Kap. 1 §. 5 Nr. 13 an, daß eine verkaufte *res publica* von dem dritten Inhaber, der *titulo oneroso* erworben haben wolle, zurückgefordert werden könne, wenn *titulus onerosus* nur auf Schein also simulirt worden sei, sofern nur die Simulation aus den Umständen wenigstens *conjecturaliter* genugsam erscheine, so wie denn auch diese Anmerkungen bezüglich eines solchen Scheinkaufes Th. IV Kap. 3 §. 6 eines nothwendigen Eides nur eventuell mit den Worten gedenken: „Es müsse die angebliche Simulation von Demjenigen, der sich darauf fundire, genugsam erwiesen werden, welches sich auch *per probationem conjecturalem*, und in *subsidium* durch Auserlegung des *juramenti purgatorii* oder gestalten Dingen nach *suppletorii* bewerkstelligen lasse“.

Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit, heißt es in *const. 6 de dolo malo*, hinsichtlich welchen *dolus* die eben erwähnten Anmerkungen Th. IV Kap. 1. §. 25 Nro. 1 gleichfalls einen Beweis *per praesumptiones et conjecturas*

für hinreichend erklären, ohne auch hier den Reinigungs- oder Erfüllungsbeid als ein Erforderniß eines solchen künstlichen Beweises zu bezeichnen. G.

4.

Concursus est iudicium universale,

und zwar in der Art, daß selbst die bei dem nämlichen Gerichte schon anhängigen Forderungen auch in Betreff der Liquidität in das Gantverfahren gezogen werden.

Uebereinstimmend mit dieser in diesen Blättern Band X S. 241 und Bd. XII S. 321, dann in Seuffert's Kommentar zur Gerichtsordnung Band IV S. 395 aufgestellten Ansicht äußert sich ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 5. Juli 1851 RN. 458^{49/50}:

Das Konkursgericht ist ein *iudicium universale* sowohl nach gemeinem Rechte als nach den Bestimmungen der bayerischen Gerichtsordnung, von welcher Regel nach bayerischem Rechte nur dreierlei Forderungen ausgenommen sind, nämlich:

1) Die Forderungen, welche bereits bei einem anderen Gerichte als dem Konkursgerichte anhängig sind. GD. Kap. XIX §. 13.

2) Landesherrliche Forderungen gegen vergantete Finanzbeamte, Kap. I §. 12 Nr. 8, und

3) Forderungen, welche ihrer großen Wichtigkeit wegen zur gesonderten Austragung verwiesen werden. Kap. XIX §. 14.

Alle zu diesen Ausnahmen nicht gehörigen Forderungen, mithin auch die bei dem nämlichen Gerichte als dem Konkursgerichte schon anhängigen, aber noch nicht entschiedenen Forderungen haben daher diesem allgemeinen Forum zu folgen, was seine Bestätigung insbesondere darin findet, daß die GD. am oben angeführten Orte Kap. XIX §. 13 nur von Forderungen, welche anderwärts anhängig,

oder bei dem nämlichen oder einem andern Gerichte schon abgeurtheilt sind, nicht aber auch von Forderungen spricht, welche bei dem nämlichen Gerichte rechtshängig sind, ihre definitive Entscheidung daselbst aber noch nicht gefunden haben.

Zu keiner der oben bezeichneten Ausnahmen gehört die hier in Frage liegende Forderung, und wurde folglich solche nicht nur den bestehenden gesetzlichen Vorschriften gemäß am ersten Ediktstage förmlich liquidirt, sondern hätte auch dem hiebei gestellten Antrage, den Separatprozeß auf sich beruhen zu lassen, sofort entsprochen werden sollen.

Diesem Antrage stand auch nicht der Umstand entgegen, daß der Beklagte die Fortsetzung desselben wegen der ergangenen Kosten und wegen der von ihm erhobenen Widerklage verlangte. Denn die Hauptsache hat hinsichtlich des Forums nie den Kosten, wohl aber haben die Kosten als accessorium in der Regel der Hauptsache zu folgen; sowie auch kein Hinderniß obwaltete, die Hauptsache zum Konkursgerichte zu verweisen, und hinsichtlich der Kosten im Separatprozeße besondere Entscheidung zu erlassen. Bezüglich der Widerklage aber, so war diese jedenfalls in separato weiter zu verfolgen, da sie nach *OD. Kap. XIX §. 9 Nr. 1* ohnehin im Konkursprozeße nicht Platz greifen konnte. G.

4.

Lex Anastasiana.

Der Einwand aus dem Anastasischen Gesetze kann dem klagenden Cessionar von dem Schuldner auch bezüglich einer vorausgegangenen Cession entgegengesetzt werden.

DAGE. vom 2. März 1850 Nr. 946^{46/47}.

Vgl. *Senffert's Archiv* Bd. 2 Nr. 31.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 25. Samstag, den 6. Dezember 1851.

Von appellationsgerichtlichen Erkenntnissen auf Zurückweisung einer Sache in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes.

Vgl. Bd. 15 S. 177 f., Bd. 16 Erg.-Bl. S. 41 und 57.

Die Erörterungen, welchen in diesen Blättern über die Schwierigkeiten und Folgen Raum gegeben ward, welche sich an die in der Ueberschrift bezeichneten Erkenntnisse knüpfen, lassen noch nicht alle Hoffnung schwinden, daß es gelingen könnte, das Strasprozeßgesetz gegen den Vorwurf, daß es in der angeregten Beziehung eine Lücke enthalte, zu vertheidigen. Gewiß lag es nicht in der Absicht der sehr verehrten Redaktion, durch die Nachschrift, welche sie dem in Nr. 3 und 4 der Ergänzungsblätter d. J. enthaltenen Aufsätze beifügte, die Diskussion über die angeregten Fragen abzuschneiden, und einen weiteren Versuch, diese auf dem Wege gesetzlicher Interpretation zu lösen, auszuschließen. Möglich bleibt es immer noch, daß die Nachhülfe der Gesetzgebung als entbehrlich erkannt werden könnte und wer wird sich nicht am liebsten selbst helfen?

Durch die bisherigen Untersuchungen sind bereits einige Hauptgrundsätze des öffentlichen Strafverfahrens hervorgehoben und in das rechte Licht

gestellt worden, und durch diese auch Hauptbedenken beseitigt worden, die sich früher geltend gemacht haben. Bis auf weiteren Angriff, dem die Erwiderung gewiß nicht fehlen dürfte, kann wohl als ausgemacht gelten:

1) ein Verweisungs Erkenntniß ist keiner Rechtskraft im gewöhnlichen Sinne fähig: es kann durchaus in materieller Beziehung keine Entscheidung geben oder die Wirkung eines freisprechenden Erkenntnisses in irgend einer Beziehung haben.

Positiv ausgedrückt darf man vielleicht sagen: Die Rechtskraft des auf die Akten der Voruntersuchung gebauten Erkenntnisses eines Anklagesenates beschränkt sich darauf, daß sich im Falle einer Verweisung der in den Anklagestand Versetzte der öffentlichen Verhandlung der Sache nicht widersehen und daß als zur öffentlichen Verhandlung durch das Verweisungs Erkenntniß als kompetent bezeichnete Strafgericht der Verhandlung der Sache sich nicht entziehen kann; im Falle der Einstellung des Strafverfahrens, daß die Sache auf sich zu beruhen habe und weitere Verfolgung unzulässig ist, wenn sich nicht neue erhebliche Beweise der Schuld ergeben haben. (Der Fall des Art. 55 Abs. 2 d. StPG.)

Auf die in Rede stehenden Erkenntnisse angewendet, hat der Satz die Bedeutung: das Erkenntniß einer appellationsgerichtlichen Anklagekammer auf Zurückweisung einer Sache in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes¹⁾ verbind-

¹⁾ Dabei darf darauf aufmerksam gemacht werden, daß ein solches Erkenntniß streng genommen nicht in Art. 61 sondern in Art. 63 Abs. 2 und beziehungsweise in Art. 49. 3 und Art. 53 seine gesetzliche Basis hat. — Der Art. 61 statuiert nicht erst die gesetz-

det dieses bloß zur öffentlichen Verhandlung, schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß die Sache später noch vor das Schwurgericht gelange, mit anderen Worten, dieses Erkenntniß enthält keine Freisprechung von Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe.

2) Der über eine erhobene Anklage urtheilende Richter kann durch das Verweisungs-Erkentniß in seiner rechtlichen Ueberzeugung nicht beschränkt seyn und darf allein dieser gemäß nach der gepflogenen öffentlichen Verhandlung seine Entscheidung geben.

3) Von einem völlig gleichen Resultate der Voruntersuchung und der öffentlichen Verhandlung kann im Grunde genommen, d. h. in Wahrheit, niemals gesprochen werden.

Sind diese Sätze richtig, so verschwindet das Bedenken, welches aus der s. g. Rechtskraft des Verweisungs-Erkentnisses des appellationsgerichtlichen Senates gegen die Zulässigkeit einer abermaligen Verweisung der Sache an denselben durch das Kreis- und Stadtgericht, in dessen öffentlicher Sitzung die Sache zur Verhandlung gekommen, abgeleitet worden war, einfach, weil es in dieser Beziehung keine Rechtskraft der Verweisungs-Erkentnisse gibt.

Das Kreis- und Stadtgericht geräth nicht einmal in einen wahren und vollkommenen Widerspruch mit dem Erkenntnisse der appellationsgericht-

liche Befugniß der Anklagekammer zu einem solchen Erkenntnisse, er setzt sie als in den vorausgehenden Urtheilen gegeben voraus, und ermächtigt vielmehr nur noch die Anklagekammer des Appellationsgerichtes im Falle der Abänderung eines stadtgerichtlichen Erkenntnisses die Sache auch an ein anderes Kreis- und Stadtgericht als das sonst kompetente zu verweisen. Bloß dieser Ermächtigung wegen scheint er im Geseze Platz gefunden zu haben.

lichen Anklagekammer, indem diese auf eine andere, minder vollständige Basis ihr früheres Erkenntniß auf Verweisung in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes gebaut hatte, und ihre neuere Entscheidung auf den Grund einer andern Lage der Sache gefordert wird.

Die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung ist auf allen Seiten gewahrt. Nach dieser kurzen Reassumtion dessen, was als anerkanntes Resultat der bisherigen Erörterungen betrachtet werden soll, liegt nunmehr zu beweisen ob:

I. Daß das in öffentlicher Sitzung urtheilende Kreis- und Stadtgericht durch positive gesetzliche Bestimmungen ermächtigt und verpflichtet ist, die Sache abermals in die geheime Sitzung des Appellationsgerichtes zu verweisen, wenn es die Ueberzeugung gewonnen hat, daß die Sache sich vor das Schwurgericht eigne. Die mögliche Berufung, die gegen ein solches Erkenntniß eingelegt werden kann, bleibe vorerst bei Seite. Den direktesten Beweis für diese Behauptung scheint schon der Art. 321 d. StPG. zu enthalten. Dieser Artikel, der in Mitte einer Reihenfolge von Bestimmungen steht, welche die möglichen Fälle, in die der in öffentlicher Sitzung urtheilende Richter nach verhandelter Sache gelangen kann, behandeln und für diese Fälle demselben Anweisungen geben, sagt einfach:

„Ergeben sich bei der Verhandlung Umstände, zufolge welcher sich die Sache zur Aburtheilung durch das Schwurgericht eignet, so ist die Sache entweder an das Appellationsgericht, oder wenn noch weitere Erhebungen erforderlich scheinen, an den Untersuchungsrichter zu verweisen“.

Die unterstrichenen Worte scheinen nun nicht mehr und nicht weniger sagen zu sollen, als die Anfangsworte des vorausgehenden Art. 320.

„Ueberzeugt sich das Gericht, daß . . .“, und als die Anfangsworte des nachfolgenden Artikels 322 „Wenn sich bei der Verathung herausstellt, daß . . .“

Es heißt im zit. Art. 321 nicht: Ergeben sich bei der Verhandlung neue Umstände, und der Art. schreibt also, ohne alle Unterscheidung der verschiedenen Erkenntnisse, durch welche eine Sache in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes gelangt sein kann, diesem vor, wenn es aus der öffentlichen Verhandlung die Ueberzeugung gewonnen habe, daß die Sache zur Aburtheilung vor das Schwurgericht sich eigne und hierzu reif erscheine, daß es sie — nicht an dieses direkt — (das Schwurgericht) sondern an das Appellationsgericht verweise.

Daß hier der geheime Senat des Appellationsgerichtes und nicht die öffentliche Sitzung desselben gemeint sein kann, bedarf wohl keines ausführlichen Beweises.

Der Art. 49 Nr. 2 zum Art. 51 und Art. 63 des StPG. brauchen denselben einfachen Ausdruck „an das Appellationsgericht“ da, wo sie von einer Verweisung an die Anklagekammer des Appellationsgerichtes sprechen, und diese ist der Regel nach die kompetente Behörde zu einer Verweisung vor das Schwurgericht. Daß das Kreis- und Stadtgericht in seiner öffentlichen Sitzung eine Sache nicht in die öffentliche Sitzung des Appellationsgerichtes zu verweisen habe, geht aber auch noch daraus hervor, daß das in öffentlicher Sitzung urtheilende Appellationsgericht die Berufungsinstanz für dieses Erkenntniß auf Verweisung bildet; das Stadtgericht würde also die Sache bei der entgegengeetzten Annahme an seine eigene Berufungsinstanz **verweisen**; der geheime Senat des Appellationsgerichtes ist aber in diesem

Fälle keine Berufungs-Instanz, sondern das regelmäßig, und so auch hier, zu einer Verweisung an das Schwurgericht kompetente Gericht.

Bei Erwähnung des Art. 321 in den bisherigen Erörterungen hat sich das Wörtchen „neu“ in denselben eingeschlichen; es steht aber nicht im Gesetze und wie es scheint fehlt es nicht bloß zufällig, sondern aus gutem Grunde. Der Ausdruck „neu“ kommt bloß im Art. 55 Abs. 2 des StPG. vor, wo von neuen Verweisen der Schuld die Rede ist (den *charges nouvelles* des Art. 246 C. d'inst.). In Art. 321 unserer StPD. fehlt er, und nur da kommt er vor, wo man noch nichts hat, als die Voruntersuchungsakten.

Gegenüber den abgeschlossenen Voruntersuchungsakten kann man wohl von neuen, nicht in dieser schon enthaltenen und durch die Schrift fixirten Momenten reden, aber von dem in der öffentlichen Sitzung verhandelten (produzirten) ist nicht das meiste alt und einiges vielleicht neu, sondern dem urtheilenden Richter soll alles neu sein, er soll nicht theils aus der Erinnerung dessen, was er in den Voruntersuchungsakten vielleicht gelesen hat, und aus der Vergleichung mit dem darin Enthaltenen, theils aus der Erwägung dessen, was er in der öffentlichen Sitzung vernommen, seine Ueberzeugung schöpfen, und man kann und darf ihm nicht zumuthen, in irgend einem konkreten Falle das Resultat der öffentlichen Verhandlung mit dem Inhalte der Voruntersuchungsakten zu vergleichen, — etwas, was dem einzelnen Richter nach der Natur der Sache in dem Berathungszimmer auch nicht wohl möglich wäre.

Die Voruntersuchung hat, wenn die Sache zu einem Verweisungs-Erkenntnisse einmal geführt hat, ihren wesentlichsten Zweck — den der Vorberathung der öffentlichen Verhandlung — erfüllt. An-

gesichts der Thatsache, daß man sich hie und da so schwer von der Bedeutung der Akten los sagt, kann man nicht zu oft wiederholen, daß das in öffentlicher Sitzung Verhandelte die einzige Basis des Urtheiles zu bilden hat und in demselben möglichst unabhängig von der Voruntersuchung produziert werden soll. Nur weil Zeit und Raumverhältnisse in vielen Punkten z. B. in Betreff der Aufnahme des Thatbestandes (Art. 166 l. c.) u. dgl. ein Rückgreifen auf die Voruntersuchungsakten so zu sagen zur physischen (*sit venia verbo*) Nothwendigkeit machen, gestattet das Gesetz von diesem Grundsatz Ausnahmen; diese Ausnahmen bestätigen nur die Regel. Soll aber dem urtheilenden Richter in der öffentlichen Sitzung alles neu sein und kann er nur in den bestimmten vom Gesetze bezeichneten Fällen auf die Voruntersuchungsakten zurückgreifen, so kann seine Entscheidung nicht davon abhängig sein, ob das in öffentlicher Sitzung Verhandelte schon in den Voruntersuchungsakten erwähnt ist, oder nicht.

Der Art. 321 des StPG. würde, wenn er sagen würde: „Ergeben sich bei der Verhandlung neue Umstände“, oder wenn seine Worte diesen Sinn hätten, in Disharmonie stehen mit einem Grundprinzip unseres Strafverfahrens; denn wie könnte der urtheilende Richter unterscheiden, ob die Umstände, die ihn veranlassen eine Sache wiederholt an die Anklagkammer des Appellationsgerichtes zu verweisen, wirklich neu sind, oder schon in den Voruntersuchungsakten enthalten, wenn er nicht den Gesamtkinhalt dieser in das Verdict seiner Erwägungen zöge, und so zu einer theilweisen Basis des Urtheiles machen würde, daß er allein auf das Resultat der öffentlichen Verhandlung gründen soll?

Man erlaube nun einen Schritt weiter zu gehen und die weitere Behauptung aufzustellen:

II. Nach gesetzlichen Bestimmungen hat das Kreis- und Stadtgericht in seiner öffentlichen Sitzung alle Befugnisse, die es in seiner geheimen Sitzung als Anklagesenat hat, sobald eine Sache einmal auf prozeßordnungsmäßigem Wege zu einer öffentlichen Verhandlung gediehen, resp. eine Verweisung rechtskräftig ausgesprochen ist.

Mit anderen Worten soll damit gesagt sein, in dem gesetzten Falle ist der in öffentlicher Sitzung urtheilende Senat eines Gerichtes kompetent, jeden Beschluß zu fassen, der ihm nach dem Resultate der öffentlichen Verhandlung der Lage der Untersuchung, der Lage der Strafverfolgung entsprechend erscheint, er hat nach der Verweisung einer Sache in seine öffentliche Sitzung alle Befugnisse, die vor der Verweisung das Gericht in seiner geheimen Sitzung auszuüben berechtigt ist.

Zwar könnte man sagen, das liege eigentlich in der Natur der Sache, die Kompetenz in Strafsachen stehe im Allgemeinen dem Gerichte, nicht einem besonderen Senate desselben zu, das ganze Verfahren, welches der öffentlichen Verhandlung einer Strafsache vorauszu gehen habe, habe nur den Zweck, die urtheilenden Gerichte nicht ohne Noth mit einer großen Anzahl von Verhandlungen zu überladen, die voraussichtlich kein Resultat liefern würden und einer großen Anzahl Personen die Erfahrung zu ersparen, die sie bei einer grundlosen Vorgerichtstellung von der Wahrheit des Spruches *semper aliquid haeret* machen würden; — seien diese Zwecke erreicht, so sei nicht mehr einzusehen, wie nunnmehr noch die Strafgerichte in der Kompetenz, die sie als urtheilende Gerichte über die ganze Sache haben, noch durch die Kompetenz, die sie zuvor in ihren eigenen geheimen Sitzungen ausgeübt hatten, sollten beschränkt sein können. Sei

eine Sache in eine öffentliche Sitzung einmal verwiesen, so seien die Zwecke, die durch eine geheime Sitzung erreicht werden sollen, erreicht, und kein Grund zu einer abermaligen Verweisung in eine solche geheime Sitzung geboten. Nur wo die Kompetenz des Gerichtes weder in seiner geheimen noch in seiner öffentlichen Sitzung ausreiche, wo die Entscheidung einem ganz anderen Gerichte zukomme, wie es aus besonderen Gründen der Wichtigkeit des Falles bei einer Verweisung vor das Schwurgericht gemäß Art. 51 und 63 des StPG. der Fall sei, könne von einer abermaligen Verweisung in eine geheime Sitzung des höheren Gerichtes noch die Rede sein; ein Fall, den der Art. 321 des StPG. vorsehe, der aber nicht unter die aufgestellte Regel falle.

Diese allgemeinen Erwägungen sollen jedoch nicht den Verweis ersetzen; man erlaube einen direkten Verweis der aufgestellten Behauptung durch Gesetzesstellen zu versuchen.

In den Art. 319—326 des StPG. sind die Regeln zusammengestellt, welche am Schlusse der öffentlichen Verhandlung die Kreis- und Stadtgerichte bei der Urtheilsfällung zu beobachten haben.

Die Art. 319, 320, 321, 322, 324 und 325 erwähnen speziell die verschiedenen Entscheidungen, zu denen Veranlassung gegeben sein kann; sie geben Vorschriften, was in jedem dieser Fälle zu erkennen ist und bestimmen damit die Befugniß, die Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte, in ihren öffentlichen Sitzungen diese Entscheidungen zu erlassen.

Von den Art. 324 und 325, den Fällen einfacher Freisprechung oder Verurtheilung, kann hier abgesehen werden, die übrigen dieser Artikel sind für die aufgestellte Behauptung desto wichtiger.

Im Art. 319 wird den Kreis- und Stadtges

richten nicht bloß die Befugniß zugescriben, wenn die Sache noch nicht gehörig aufgeklärt erscheine, die Aburtheilung auszusprechen und die Vernehmung anderer Zeugen oder Sachverständiger zu verfügen, sondern auch die Befugniß, nach Befund der Umstände die Sache an den Untersuchungsrichter zu verweisen, d. h. mit anderen Worten: die Ergänzung der Voruntersuchung zu beschließen, oder ganz dasselbe, was in dem vor-
ausgegangenen Stadium des Processes dem geheimen Senate des Kreis- und Stadtgerichtes gemäß Art. 49 Nr. 1 und Art. 50 des StPG. zukam;

im Art. 320 wird das Gericht ermächtigt, auch geringere Reate, als in seiner nächsten Kompetenz z. B. als Verbrechenssenat gelegen, zu entscheiden, es wird also seine Kompetenz ausgedehnt. Wäre diese Ermächtigung nicht gegeben, so darf man sicher annehmen, daß der Art. 320 die Einräumung der Befugniß enthalten hätte, die Sache an die ohne diese Ausdehnung seiner eigenen Kompetenz kompetente Behörde zu verweisen, eine Befugniß, die dem urtheilenden Gerichte nun nicht mehr nöthig ist, die aber genau den Art. 49 Nr. 4 und Art. 51 des StPG. und der dort den Anklagesenaten eingeräumten Befugniß entspräche²⁾.

Der Art. 321 ermächtigt nach der obigen Ausführung den urtheilenden Senat eines Kreis- und Stadtgerichtes, eine Sache in die geheime Sitzung des Appellationsgerichtes zu verweisen, wenn er

²⁾ Man kann den Art. 320 so lesen: „Ueberzeugt sich das . . . ein Vergehen oder eine Polizeiübertretung sei, so hat es nicht lange die Sache an einen Vergehenssenat oder an die resp. Polizeibehörde zu verweisen nöthig, sondern soll gleich selbst circa materialia entscheiden können.“

sie zur Verweisung vor das Schwurgericht gelagert erachtet, und gibt ihm hiermit dieselbe Ermächtigung, dieselbe Befugniß, die im Vorverfahren gemäß Art. 49 Nr. 2 und Art. 51 des StPG. dem Kreis- und Stadtgerichte in seiner geheimen Sitzung zusteht. Daneben werden demselben auch wieder alle weiteren Befugnisse, die es in seiner geheimen Sitzung ausübte, eingeräumt, als: die Sache nach Umständen an den Untersuchungsrichter zurück zu verweisen und die Verhaftung des Beschuldigten anzuordnen.

Der Art. 322 endlich schreibt vor, wenn bei der Berathung sich herausstelle, daß die als ein Vergehen in die öffentliche Sitzung verwiesene That ein zur Aburtheilung durch das Kreis- und Stadtgericht geeignetes Verbrechen sei, so sei die Verhandlung vor einem aus fünf Richtern bestehenden Senate zu wiederholen. Der aus drei Richtern bestehende Senat wird in diesem Falle nichts anderes aussprechen können, als der Beschuldigte sei wegen Verbrechens in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes zu verweisen, wie er sich aber auch ausdrücken mag, so wird er immer der Sache nach ein Verweisungs-Erkenntniß erlassen und damit abermals etwas thun, was in dem der Verhandlung in der öffentlichen Sitzung vorausgehenden Stadium des Prozesses gemäß Art. 49 Nr. 3 und Art. 53 des StPG. dem Anklagesenate des Kreis- und Stadtgerichtes zustand, jetzt aber nicht mehr zusteht, denn wäre dieses der Fall, so dürfte der Art. 322 nicht vorschreiben, daß die Verhandlung vor einem aus fünf Richtern bestehenden Senate zu wiederholen sei, er müßte vielmehr vorschreiben, daß die Sache an den Anklagesenat des Kreis- und Stadtgerichtes zurückgegeben werde.

Welche andere Befugnisse hätte aber das Kreis-

und Stadtgericht in seiner geheimen Sitzung (als Anklagesenat), die ihm nach diesen Gesetzesstellen nicht auch in seiner öffentlichen Sitzung (als urtheilenden Gerichte) zuständen, sobald nur überhaupt durch einen rechtskräftigen Verweisungsbeschluß die öffentliche Verhandlung gerechtfertigt ist?

Man wird schwerlich einwenden, es bleibe noch die Nr. 5 des Art. 49 des StPG. übrig, wonach bloß der Anklagesenat eine Untersuchung einstellen könne; man könnte antworten: Auch diese Befugniß hat der urtheilende Senat, er übt sie nur in anderer Form und mit größerer rechtlicher Wirkung, indem er nach der Vorschrift des Art. 324 ein freisprechendes Urtheil erläßt.

Liefert diese Ausführung wirklich den Beweis, daß die Kreis- und Stadtgerichte als Strafgerichte in allen Sachen, nachdem sie in die öffentliche Sitzung gelangt sind, vollkommen kompetent sind, alles auszusprechen, was ihrer rechtlichen Ueberzeugung gemäß die Lage der Sache fordert, und sind sie insbesondere zu alle dem kompetent, was sie vor der Verweisung einer Sache in ihre öffentliche Sitzung in ihrer geheimen Sitzung beschließen konnten, präjudizirt daneben das Verweisungs-erkenntniß der appellationsgerichtlichen Anklagekammer dem Endurtheile gegen den Angeklagten nicht, weil ein Verweisungs-erkenntniß in dieser Beziehung nichts zu entscheiden hat und keiner Rechtskraft fähig ist, so kann man auch aus dieser allgemeinen Stellung der urtheilenden Senate zu den geheimen und selbst ohne auf den Art. 321 **speziell** zu recurriren, nicht zweifeln, daß die Kreis- und Stadtgerichte in allen Fällen, in denen sie bei der öffentlichen Verhandlung überzeugt zu sein glauben, daß die Sachlage die Verweisung an das Schwurgericht fordere, ohne Weiteres die Ver-

weisung an die Anklagekammer des Appellationsgerichtes auszusprechen haben ³⁾).

Dieser Beschluß kann nun durch Berufung angegriffen werden oder nicht.

Im letzteren Falle ist es allerdings möglich, daß die Anklagekammer wiederholt die Sache in die öffentliche Sitzung eines Kreis- und Stadtgerichtes verweise ⁴⁾, allenfalls unter Anwendung des Art. 64 des StPG.; es ist möglich, daß das Kreis- und Stadtgericht, an welches nunmehr die Sache verwiesen wird, abermals die Sache an den Appellationsgerichts-Anklagesenat zurückverweise, und die Sache einen wiederholten Kreislauf mache, allein das Gesetz hat auch die Mittel gegeben, diesen möglichen, übrigens nicht so leicht eintretenden

³⁾ Für den allgemeinen Satz, daß nach der Verweisung durch einen Anklagesenat alle sich ergebenden Zwischenverfügungen nicht mehr durch den Senat der die Verweisung ausgesprochen, sondern durch das Gericht, in dessen öffentliche Sitzung die Sache verwiesen ward, erlassen werden können, kann man auch anführen, daß nach der Verweisung einer Sache vor das Schwurgericht der Präsident des letzteren, nach einer Verweisung vor ein Kreis- und Stadtgericht der Vorstand des Gerichtes als Repräsentanten der resp. Gerichte wegen aller Zwischenfälle Verfügung zu treffen haben. B. V. Art. 125 d. StPG.

⁴⁾ Ein solcher Beschluß der Anklagekammer enthält indeß keine Abänderung des stadtgerichtlichen in öffentlicher Sitzung erlassenen Beschlusses, — dieser sprach nicht die Verweisung vor das Schwurgericht aus, er verwies die Sache bloß zu kompetenzmäßiger Entscheidung, ob nach nunmehriger Sachlage — die Verweisung an das Schwurgericht statt haben solle oder nicht, an die Anklagekammer des Appellationsgerichtes. Der Ausdruck des Art. 64, „im Falle der Abänderung des Beschlusses“ ist nicht ganz genau.

Uebelstand zu beseitigen, indem es dem Staatsanwalte, wie dem Angeklagten das Recht der Verufung gegen die von den Kreis- und Stadtgerichten in öffentlicher Sitzung erlassenen Urtheile einräumte⁵⁾, eine Verufung, über die selbstverständlich nur in der öffentlichen Sitzung des Appellationsgerichtes verhandelt werden kann.

⁵⁾ Der Art. 328 des StG. v. 1848 läßt alle Beschwerden gegen Urtheile der Kreis- und Stadtgerichte, welche gemäß den Bestimmungen des unmittelbar vorausgehenden I. Titels der 4. Abtheilung des Gesetzes in öffentlicher Sitzung erlassen wurden, auf dem Wege der Verufung geltend machen. Er macht in Hinsicht auf die Zulässigkeit der Verufung keine Unterscheidung weder bezüglich des Inhaltes dieser Urtheile, noch bezüglich des Grundes der Beschwerde. Gegen ein in Anwendung des Art. 321 erlassenes Urtheil erscheint daher die Verufung auf gewöhnlichem Wege eben so gut zulässig, wie z. B. gegen ein in Anwendung des Art. 325 erlassenes Urtheil. — Ein in Anwendung des Art. 321 erlassenes Urtheil unterscheidet sich auch wesentlich von einem in Anwendung des Art. 49 Nr. 2 von einem geheimen Senate auf den Grund der Untersuchungen erlassenen Erkenntnisse; das letztere kann den Verdächtigten nicht wesentlich beschweren, es spricht nicht einmal definitiv eine Stellung vor Gericht aus, und bevolleht die Entscheidung hierüber von selbst an das höhere Gericht; deshalb erwähnt der Art. 60 auch keiner Verufung gegen einen solchen Ausspruch; dem ersteren ging eine Stellung vor Gericht voraus und es handelte sich bei dessen Erlassung nicht blos darum, ob und an welches Gericht eine Verweisung der Sache erfolgen soll, sondern um Entscheidung der Frage: ob eine Verurtheilung, und in welche Strafe, sofort erfolgen soll, oder ob die Möglichkeit der Verurtheilung in eine höhere Strafe auf gesetzlichem Wege freigelassen werden soll. Welcher Verufung gegen ein solches Urtheil kommt wieder diese Frage zur Entscheidung.

Beide Theile können ein Interesse daran haben, eine solche Verurteilung zu ergreifen, der Angeeschuldigte z. B. weil er nicht der Gefahr einer noch schwereren Verurtheilung ausgesetzt zu werden, vielleicht weil er überhaupt sein Schicksal entschieden, bald möglichst entschieden zu sehen wünscht u. dgl., der Staatsanwalt, weil er eine möglichst baldige definitive Entscheidung der Sache zu veranlassen hat.

In allen Fällen nämlich, in welchen nicht mit der größten Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist, daß die appellationsgerichtliche Anklagekammer wirklich nach dem Resultate der öffentlichen Verhandlung nunmehr die Verweisung vor das Schwurgericht aussprechen werde, wird es in der Pflicht des Staatsanwaltes liegen, in seiner Eigenschaft als Wächter des Gesetzes im ausgedehntesten Sinne des Wortes, im Interesse der Handhabung möglichst schleuniger Rechtspflege und zur Vermeidung möglicher Verzögerungen die Verurteilung zu ergreifen.

Alsdann ist das Appellationsgericht in seiner öffentlichen Sitzung als Verurtheilungsinstanz mit der Sache befaßt, und überzeugt sich dieses nach einer ebenso vollständigen öffentlichen Verhandlung, wie sie vor dem Kreis- und Stadtgerichte in dessen öffentlicher Sitzung gepflogen ward⁶⁾, daß sich das Kreis- und Stadtgericht bei Verurteilung der Sache an die appellationsgerichtliche Anklagekammer geirrt habe, indem es entweder eine irrtümliche Subsumtion unter das Gesetz in seinem Erkenntnisse beging, oder vielleicht auch nur die Verdachtsgründe für eine schwerere Qualifikation des Verbrechens überschätzte, so wird wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß es in seiner öffentlichen Sitzung nunmehr in der Hauptsache definitiv (vorbehaltlich lediglich einer

⁶⁾ Diese Verhandlung gilt wenigstens rechtlich für eine gleich vollständige.

allenfallsigen Wichtigkeitsbeschwerde) entscheiden darf und damit der Strafprozeß beendet ist.

(Schluß folgt.)

Miscelle.

(Vgl. heut. Ergänz.-Bl. S. 68 f.)

Während man bei uns die Schwurgerichte wegen der Freisprechungen in politischen und Preß-Prozessen anklagt, findet in Frankreich gegenwärtig der umgekehrte Fall statt; man beschuldigt die Jury bezüglich ihrer Wahrprüche, insbesondere in Preß-Prozessen, ungerechter Härte. Das Journal des Débats hat sich über diese Vorwürfe, wie folgt, ausgesprochen:

„Die öffentlichen Blätter, welche sich über die ungemessene Strenge der in letzter Zeit gesprochenen Strafurtheile beklagen, und die Schuld davon entweder der Regierung oder der Staatsanwaltschaft, mit Einem Worte der Gewalt beimessen — diese Blätter täuschen sich. Nicht die Gewalt, nicht die Gerichte — die öffentliche Meinung müssen sie anklagen, denn sie ist es, welche jene Urtheile fällt. Die Preßprozesse werden von dem Schwurgerichte abgeurtheilt. Das Schwurgericht wird als eine der größten Gewährschaften der Freiheit der Bürger und der Unabhängigkeit der Rechtspflege betrachtet; und wenn man es morgen unterdrücken, oder ihm die politischen Prozesse entziehen wollte, so würde dieser Versuch von allen jetzt verurtheilten Blättern als ein Staatsverbrechen angesehen werden. Und doch wären wir sehr geneigt zu glauben, daß wenn man, bei dem gegenwärtigen Zustande der öffentlichen Meinung, die Preßprozesse vor die ordentlichen Gerichte brächte, sie nachsichtlicher behandelt würden als vor dem Schwurgerichte. Warum? Weil das eben, der Charakter, ja das Prinzip der Jury darin liegt, die Vertretung, der wiederholt der Gesinnungen, der Leidenschaften, wie möchten sogar sagen der Vorurtheile und des Grobesses des Publikums zu sein. Wir greifen hiermit die Institution der Jury ebensowenig an als wir die menschliche Natur angreifen wollen. Diese Beweglichkeit, so zu sagen, diese Empfindlichkeit des Schwurgerichtes, welche macht, daß sich ihm alle Schwankungen des öffentlichen Geistes mittheilen, wie die der Atmosphäre dem Thermometer, ist gerade der Grund seiner Einführung. Das Schwurgericht ist geschaffen worden um die starre Unveränderlichkeit des Buchstabens der Gesetze den unvermeidlichen Veränderungen des Zeitgeistes und der Sitten anzupassen. Das Schwurgericht hat keine Rechtsgelehrsamkeit — und gerade das vergessen die öffentlichen Blätter, oder wollen es nicht sehen. Wenn sie mit dem Schwurgerichte zu thun haben, haben sie mit der Meinung des Landes in ihrer reichsten, unmittelbarsten, täglichsten, lebendigsten Vertretung zu thun, und wenn sie verurtheilt werden, ist es die öffentliche Meinung, die öffentliche Gesinnung, welche sie verurtheilt.“

Redakteur: J. A. Seuffert. Verl. Palm & Enke in Erlangen.

Literarisches Anzeigeblatt

zu den

Blättern für Rechtsanwendung

1851. Samstag den 13. Dezember. Nr. 11.

In der Literar. artist. Anstalt der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in München ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

L e h r b u c h **des bayerischen Verfassungsrechtes** von Dr. Joseph Pözl.

32 Bogen gr. 8. geheftet. 3 fl. oder 1 Mthr. 24 Ngr.

Dem im Jahre 1817 von dem Hrn. Verfasser herausgegebenen Leitfaden des bayerischen Verfassungsrechtes hat derselbe ein ausführlicheres Lehrbuch folgen lassen, welches dadurch an Bedeutung jenen ersten Entwurf bei weitem überwiegt, daß das positive bayerische Verfassungsrecht, welches bis zum Jahre 1818 auf die Verfassungsurkunde von 1818 beschränkt war, seitdem eine nicht unbedeutliche Ausdehnung erhalten hat. Da in dem Buche zum ersten Male der Versuch gemacht ist, das Verfassungsrecht eines deutschen constitutionellen Staates mit den zum Theil tief eingreifenden Veränderungen, welche die letzten 3 Jahre darin herbeigeführt haben, systematisch zu bearbeiten, so wird dasselbe auch außerhalb Bayerns von Interesse sein.

Was die Behandlung des Stoffes betrifft, so hat der Hr. Verfasser, wie er in der Vorrede sagt:

„nirgends aus dem Auge verlieren, daß seine Aufgabe in der systematischen Darstellung des positiven Rechtes bestehe; er hat daher Politik und politische Raisonnements weder überhaupt in die Darstellung aufgenommen, noch zur Entscheidungsquelle bei etwaigen Zweifelsfällen erheben, sondern die Gründe für die Beantwortung streitiger Fragen dem bestehenden positiven Rechte entnommen.“

Dem obigen Werke soll ein System des Verwaltungsrechtes folgen, sobald die Gesetzgebung eine einigermaßen sichere Grundlage für die künftige Gestaltung des Verwaltungsrechtes bietet.

In der Rob. Schöne'schen Buchhandlung in Eisenberg ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Pesse, Dr., Die Frage von der Eideszuschreibung über fremde Handlungen und von der Eideszurückgabe über eigene Handlungen des Delikten, nach gemeinem und sächsischem Prozeßrechte erörtert. gr. 8. 2te Ausgabe. geheftet. 6 Ngr.

Bei C. M. Schwetsche und Sohn (N. Bruhn) in Halle
ist seeben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Der Entwurf

einer

S t r a f p r o z e ß - O r d n u n g

für die Preussischen Staaten

mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungen anderer deutscher Staaten kritisch bearbeitet von

D. J. Hr. H. Abegg,

Seh. Justiz-Rath und ord. Professor der Rechte, Ritter etc.

8. geh. 25 Sgr.

Im Verlage von C. Grobe in Berlin ist seeben erschienen
und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Lehrbuch des gemeinen preussischen Privatrechtes

von Dr. A. von Daniels,

königl. geheimen Ober-Revisions-Rath und Professor der Rechte.

1. bis 3. Band, Preis brosch. 6 Rthlr.

Der Schlußband wird noch in diesem Jahre erscheinen.

In meinem Verlage ist nun vollständig erschienen:

Die Bürgschaft

nach gemeinem Civilrechte historisch-dogmatisch dargestellt

von Dr. Wilhelm Girkanner,

Professor der Rechte und Besitzer des Schöppenstuhles zu Jena.

Preis 2 Rthlr. 22 1/2 Sgr.

Die bis jetzt erschienenen durchaus günstigen Rezensionen dieses Werkes (Vergl. Göttinger Gelehrten Anzeigen 1851 Nr. 119. Heidelberger Jahrbücher 1851 Nr. 27. Literarisches Centralblatt 1851 Nr. 42.), sind wohl die besten Empfehlungen desselben, und erlaube ich mir das juristische Publikum auf dieselben zu verweisen.
Jena den 17. November 1851.

C. Hochhausen.

In unserem Verlage ist so eben erschienen und in allen Buchhandlungen vorräthig:

Dr. G. H. von Schubert, das Weltgebäude,
die Erde und die Zeiten des Menschen auf
der Erde. 782 Seiten. gr. 8. geh. 4 fl. 48 fr.
rhein. ed. 2 Thlr. 24 Ngr.

Nicht etwa bloß für den Naturforscher, sondern namentlich auch für den Theologen, Erzieher und Schulmann, überhaupt jeden höher Gebildeten, wird dieses Werk, welches zugleich auch den I. Band der dritten gänzlich umgearbeiteten Auflage der Geschichte der Natur bildet, von besonderem Werthe sein.

Erlangen, den 13. Dezember 1851.

J. S. Palm & Ernst Enke.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 26. Samstag, den 20. Dezember 1851.

Von appellationsgerichtlichen Erkenntnissen auf Zurückweisung einer Sache in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes.

(Schluß).

Theilt aber der appellationsgerichtliche Senat in seiner öffentlichen Sitzung nach vollständig verhandelter Berufung die Ansicht der ersten Instanz, so kann und muß er die Sache sogleich vor das Schwurgericht verweisen.

Dies ist es, was noch eines Verweises bedarf.

Wer aber aus den oben besprochenen Art. 310, 320, 321 und 322 des StPG. und dem gesetzlichen Verhältnisse des Anklagesenates zu den zum Urtheile berufenen Senaten die Ueberzeugung gewonnen hat, daß das in Strafsachen in öffentlicher Sitzung urtheilende Gericht jeweilig alle diejenigen Befugnisse auch habe, die der Anklagesenat desselben Gerichtes hat, für den liegt dieser Verweis vollständig im Art. 339, gemäß dessen die eben citirten Artikel auch bei der Berufung d. h. für das in öffentlicher Sitzung urtheilende Appellationsgericht zur Anwendung zu kommen haben.

Ist die Beweisführung dieses Satzes, wie er für die Kreis- und Stadtgerichte aufgestellt wurde,

richtig, so sind auch die in öffentlicher Sitzung als Strafsenate urtheilenden Appellationsgerichte zu alle dem kompetent, wozu sie in ihren geheimen Sitzungen und so lange eine Strassache noch nicht zu einer öffentlichen Verhandlung gediehen war, kompetent waren, in specie auch zu einer Verweisung vor das Schwurgericht. Der zu analoger Anwendung kommende Artikel ist in dem Falle, welchen gegenwärtiger Lösungsversuch zum Vorwurfe hat, nicht der Art. 321 in seiner ersten Alternative (die zweite kann nach Umständen zur Anwendung kommen), sondern der Art. 322.

Gleichwie hier das Kreis- und Stadtgericht in einem Senate von 3 Mitgliedern, an welchen eine Sache kraft eines durch kein Rechtsmittel anfechtbaren Verweisungsbeschlusses gelangt war, wenn es sich in der öffentlichen Sitzung überzeugt, daß ein Verbrechen vorliege, die Sache sofort und ohne Rückverweisung an den Unklagesenat in einen Verbrechenssenat zu verweisen hat — ebenso dürfte das Appellationsgericht in seiner öffentlichen Sitzung, nachdem es sich überzeugt hat, daß eine Verurtheilung wegen Todes, Ketten oder Zuchthausstrafe in Aussicht stehe, ohne die Sache in seine geheime Sitzung zurückzuweisen, sofort die Sache an das Schwurgericht zu verweisen haben.

Noch scheint der Art. 335 des StPG. eine besondere Erwähnung zu verdienen.

Nach der in dem Vorstehenden ausgeführten Ansicht stünde er jedenfalls nicht mehr isolirt, nicht mehr als ein Ausnahmefall da; allein sein Inhalt scheint doch noch mehr für die vorliegende Entscheidung als eine Analogie zu enthalten.

Das Appellationsgericht kann in seiner öffentlichen Sitzung nie anders als durch eine gegen ein Erkenntniß eines Kreis- und Stadtgerichtes ergriffene Berufung in den Fall kommen, eine Verweis-

sung an das Schwurgericht auszusprechen und gerade für diesen Fall statuiert der Artikel die Kompetenz zu einem solchen Ausspruche. Allerdings setzt der Artikel den Fall voraus, daß die Beschwerde darauf basirt ist, daß die Sache nicht vor das Schwurgericht verwiesen worden, während in dem vorausgesetzten Falle, daß der Staatsanwalt gegen eine Verweisung an die appellationsgerichtliche Anklagekammer, welche ein Kreis- und Stadtgericht in öffentlicher Sitzung ausgesprochen, die Berufung ergriffen, die Beschwerde dahin gehet, daß nicht in der Sache selbst erkannt worden ist. Allein in dem einen wie in dem anderen Falle ist doch die Frage, über welche sich das Appellationsgericht in seiner öffentlichen Sitzung schlußig zu machen hat, eine und dieselbe, es ist immer die: ist die Ueberzeugung durch die öffentliche Verhandlung gewonnen worden, daß hinlänglicher Grund zur Verweisung vor das Schwurgericht vorliege, oder was ist sonst zu erkennen?

Es wäre nun doch schwer einzusehen, warum das Appellationsgericht in seiner öffentlichen Sitzung, wenn es wirklich die Ueberzeugung gewonnen, die Sache sei vor das Schwurgericht zu verweisen, dieser Ueberzeugung sofort Folge zu geben durch den Art. 235 des StPG. ermächtigt sein sollte, wenn eine Beschwerde dieses petitum gestellt hatte, dagegen bei gleicher Ueberzeugung derselben nicht sollte Folge geben können, wenn es durch den entgegengesetzten Antrag zur Erwägung der Frage veranlaßt worden wäre, wenn nämlich der Staatsanwalt den Antrag gestellt hätte, es sei sofort in der Hauptsache zu erkennen, weil kein Grund zur Verweisung vor das Schwurgericht vorläge.

Wäre dieß wirklich der Fall, so könnte der Strafrichter in der vorausgesetzten Frage dem begründeten Antrage zwar entsprechen, den unbegrün-

deten aber nicht verwerfen und das Sachgemäße erkennen. Daß als die Ansicht des Gesetzgebers anzunehmen, fiel doch wohl schwer. Dazu kommt noch der weitere Umstand, daß der Art. 335 gar nicht unterscheidet, ob bei der eingereichten Beschwerde, von der er spricht, die Voruntersuchungs-Akten schon einmal an die appellationsgerichtliche Anklagekammer gelangt waren, und dieses die Verweisung der Sache in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes ausgesprochen gehabt hatte, oder ob die Verweisung durch den Anklagesenat des Kreis- und Stadtgerichtes erfolgt war, also in dieser Beziehung ganz allgemein spricht.

Sollte man daher nicht am Ende eher von einer direkten als von einer analogen Anwendung des Art. 335 des StPG. auf den in Frage stehenden Fall sprechen können und ist es gerade nothwendig bei den Worten: „Ist die Beschwerde darauf gerichtet, daß die That, welche den Gegenstand der Verhandlung gebildet hat, vor das Schwurgericht gehöre“, an eine hierauf gerichtete Beschwerde des Angeklagten zu denken? Lauten die Worte nicht vielmehr so allgemein und unbestimmt, daß man in ihnen den Sinn finden könnte: Ist in der Berufungs-Instanz die Frage angeregt, ob die Sache vor das Schwurgericht gehöre?

Indem die ausgeführten Ansichten, die mit der Ansicht des Referenten im I. Ausschusse der Kammer der Reichsräthe über den Entwurf eines Gesetzes, die Revision des StPG. vom 10. Nov. 1848 betr., „welcher die bereits gegebenen Vorschriften für hinreichend hält“, nicht in Widerspruch gerathen, der Beurtheilung des Lesers unterstellt werden, darf vielleicht noch eine Bemerkung beigelegt werden, für die es bisher an einem schicklichen Platz fehlte. Man nennt den Beschluß, den ein Kreis- und Stadtgericht nach der öffentlichen Sitz-

ung, in der es die Ueberzeugung gewonnen hat, daß eine Sache vor das Schwurgericht gehöre, zu erlassen hat, eine Inkompetenzerklärung.

Nach der entwickelten Ansicht hat der in diesem Falle zu erlassende Auspruch des Kreis- und Stadtgerichtes einfach dahin zu lauten, daß die Sache an das Appellationsgericht (in dessen geheime Sitzung) zu verweisen sei. Dieses erscheint aber zunächst nicht sowohl als eine Inkompetenzerklärung, vielmehr als der durch die Lage der Sache gebotene kompetenzmäßige Beschluß, als der Ausdruck der aus der öffentlichen Verhandlung gewonnenen rechtlichen Ueberzeugung. Durch das rechtskräftige Verweisungserkenntniß war das betr. Kreis- und Stadtgericht vollkommen kompetent, weiter in der Sache zu verfahren und durfte sich nicht absolut inkompetent erklären, sondern ihm lag jedenfalls ob, der Sachlage gemäß rechtlich zu erkennen. Indirekt enthält dieser Beschluß allerdings die Erklärung der Inkompetenz, eine Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe auszusprechen, oder auch nur die Sache selbst direkt an das Schwurgericht zu verweisen; dieses ist aber nur seine negative Seite, eine solche negative Seite hat noch mancher andere kompetenzmäßige Beschluß: z. B. indem der kreis- und stadtgerichtliche geheime Straffenat, eine Sache gemäß Art. 49 Nr. 2 des StPG. an das Appellationsgericht verweist, spricht er immer indirekt auch aus, daß er selbst nicht zur Verweisung vor das Schwurgericht kompetent sei. Wenn aber die negative Seite eines Beschlusses zu sehr in den Vordergrund gestellt wird, so liegt die Gefahr nicht entfernt, daß das positive Element, welches er enthält, übersehen werde.

Accessist v. Zoller.

Ueber die juristische Beschaffenheit, welche der Eintrag des Besitzers in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches hat,

von Dr. C. v. Völderndorff.

Wenn auch die Paragraphen 23 und 26 des Hypothekengesetzes die Wirkungen des Eintrages in die zweite Rubrik des Hypothekenbuches festsetzen, so hat doch das Hypothekengesetz nirgends einen juristischen Begriff dieser sogenannten Besitzeinschreibung aufgestellt; es kann daher nicht verwundern, wenn mancherlei Theorien hierüber Platz griffen und Dissidien entstanden sind, an welcher Stelle im Systeme des bisherigen Civilrechtes diese Einschreibung vorzutragen sei.

§. 1. Vor Allem nun darf uns der Name nicht beirren; mit dem Besitze hat diese Besitzeintragung gar nichts zu thun; der Besitz eines Immobile, die *detentio* sowohl als die *possessio*, wird nach dem Hypothekengesetze erworben und verloren, wie früher; nicht durch Einschreiben des Erwerbers im Buche, sondern je nach den allgemeinen bestehenden Gesetzen, z. B. im Bereiche der Herrschaft des Bayerischen Landrechtes nach Theil II Kap. 5 § 6. Daher denn auch ausdrücklich bestimmt ist, daß gegen den im Buche eingetragenen Besitzer Verjährung erfolgen kann, was natürlich, wenn derselbe schon kraft des Eintrages Besitzer wäre, dem Begriffe nach *eo ipso* ausgeschlossen sein müßte. Man hört aber sehr oft sagen, wenigstens sei die Bedeutung des Eintrages in der zweiten Rubrik, daß der als Besitzer eingeschriebene, gerichtlich als gegenwärtiger Besitzer wenigstens präsumirt wäre; aber auch in dieser Fassung ist der Satz irrig. Niemand kann *etwa* mit der *rei vindicatio a limine* abgewiesen werden, weil er im Hypothekenbuche als Besitzer eingeschrieben ist.

Ferner genügt gewiß keineswegs zu der in der Gerichtsordnung Kap. III §. 5 Nr. 4 für Anstellung des *Possessorium summariissimum* erfordernten „liquiden und richtigen Beweisung“ der bloße Hinweis darauf, daß man im Hypothekenbuche als Besitzer eingetragen sei. Selbst dafür, daß man zu irgend einer Zeit Besitzer gewesen sei, gibt der Eintrag in zweiter Rubrik keine Vermuthung, und zwar natürlich nicht; denn da *possessio* oder *detentio* zur Umschreibung einer Realität auf den neuen Erwerber nicht nöthig ist, so ist auch umgekehrt es offenbar nicht möglich, aus einer für den Besitz völlig indifferenten Handlung eine Präsumtion in dieser Richtung zu ziehen.

Von einer gerichtlichen Präsumtion könnte man sprechen:

1) insofern zur Umschreibung im Hypothekenbuche die vorherige im Grundkataster nothwendig ist, der im letzteren Eingetragene aber gerichtlich als Steuerpflichtiger angesehen wird;

2) insofern der Antrag auf Immobiliarexekution gegen einen im Buche als Besitzer Eingetragenen ohne weitere Bescheinigung des Eigenthums des Schuldners am Exekutionsobjekte gewöhnlich zugelassen wird;

3) endlich insofern bei der Exekution für Hypothekforderungen, obgleich dieselbe nur *quoad immobilia* unaufhaltbar immer gegen den im Buche eingeschriebenen Besitzer geht, ohne weitere Bescheinigung auch gegen den letzteren die Mobiliarexekution beantragt werden kann.

Doch beziehen sich alle diese Präsumtionen, wie leicht ersichtlich, nicht so fast auf den Besitz als vielmehr auf das Eigenthum.

§. 2. Der Besitz und das Eingetragensein in zweiter Rubrik haben demnach Nichts mit einander gemein; ebensowenig aber dieser Eintrag mit dem Eigenthum. Die Umschreibung im Hypo-

thekenbuche ist durchaus keine deutschrechtliche Intabulation, wie sie an Orten, wo Grundbücher bestehen z. B. in München, Remyten u. s. w. existirt. Zwar heißt es im Hyp.-Ges. §. 22 Nr. 6: „es müssen im Hypothekenbuche eingetragen werden alle Veränderungen des Eigenthums“; allein das hierauf gestellte Präjudiz lautet nicht „bei Vermeidung der Nichtigkeit“; sondern „unter den in §. 25 und 26 bemerkten Rechtsfolgen.“

So z. B. geht durch Kauf und Tradition i Bereiche des Bayerischen Landrechtes das Eigenthum über; ob sich dieser neue Eigenthümer in Rubrik II umschreiben läßt oder nicht, ist für sein Eigenthum ganz einerlei, er kann ohne dieses die rei vindicatio unzweifelhaft gegen seinen auctor anstellen (falls ihn dieser wieder aus dem Besitze gesetzt hätte), trotzdem dieser im Buche als Eigenthümer eingetragen ist; obgleich freilich der klaren Lehre des Hypothekengesetzes zuwider nicht selten in praxi solche Klagen von der Schwelle zurückgewiesen werden.

§. 3. Man sagt endlich oft, „Besitz und Eigenthum gehen an sich allerdings auch ohne Umschreibung im Hypothekenbuche über; aber die Wirksamkeit dieser Veränderungen gegen Dritte werde durch die fragliche Manipulation bedingt.“ Allein auch diese Theorie ist unhaltbar; wer z. B. im Bereiche des bayerischen Landrechtes nach Theil II Kap. 3 und 4 das Eigenthum eines Immobile rechtlich erworben hat, kann gewiß, mag er im Hypothekenbuche als Eigenthümer eingetragen sein oder nicht, gegen Jeden die Eigenthumsklage anstellen; umgekehrt, der im Buche vorgetragene Eigenthümer hat das Immobile an mehrere nacheinander verkauft, keinem tradirt, wohl aber dem späteren umgeschrieben, so erhielt dennoch der frühere Käufer vor dem späteren obgleich inskribirten den Vorzug (nach Landrecht Th. VII Kap. 4 §. 9). —

Gönnert Kommentar Bd. I S. 279 Nr. 4.

Ribler Handbuch S. 6.

§. 4. Auch dahin endlich darf die Inscription überhaupt, also auch die des Eigenthums im Hypothekenbuche nicht verstanden werden, daß man sagt: „insoweit Geschäfte auf das Hypothekenwesen Bezug haben, sei die Einschreibung Bedingung ihrer Gültigkeit“; denn ungültig werden sie durch Nichteintragung auch in dieser Richtung durchaus nicht; nur überwiegen bei ihnen die Folgen der Publizität und ihre Wirksamkeit wird durch diese modifizirt.

Gönnert Kommentar Bd. I S. 280.

§. 5. Wir fragen nun, was für eine Bedeutung hat denn aber die Einschreibung des Besitz- oder vielmehr Eigenthumsüberganges in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches? Die konkrete Antwort des §. 26 des Hyp. Ges. lautet:

„Nur wer im Hypothekenbuche als Besitzer eingetragen ist, kann auf dem Objekte Hypotheken bestellen, und nur gegen ihn können solche errichtet werden.“

Daraus folgt, daß dem als Eigenthümer im Hypothekenbuche nicht Vorgetragenen ein gewisses Recht, nämlich das, Hypotheken zu bestellen, fehlt; er ist also zwar Eigenthümer eines Immobile, aber er ist nicht vollkommen Eigenthümer.

Um dieses Verhältniß juristisch zu erklären, ist es nothwendig, sich an eine gangbare (allerdings beanstandete — cf. Puchta Enzyklopädie S. 6 Note) Definition des Eigenthums zu erinnern. Man theilte bekanntlich früher den Inhalt des Eigenthums ab in Proprietäts- und Nuthungsrechte.

Löhr, Magazin III Nr. 16. Bangerow, Zeitschriften I S. 295.

Diese beiderlei Rechte zerlegte man wieder in Befugnisse und unter den einzelnen Proprietätsrechten wurde aufgezählt „die Befugniß eine Sache zu veräußern, zu belasten, zu verpfänden.“

Zibaut Pandekten 9te Auflage §. 215.

Der Unterschied nun zwischen dem wirklichen Eigenthümer, der nicht als solcher in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches eingetragen ist, und dem Nichteigenthümer, der aber als Besitzer im Buche eingeschrieben steht, liegt also darin, daß der erste das vollkommene Eigenthum des Immobile hat, weniger desjenigen Theils desselben, welcher in der Befugniß besteht, eine Sache zu verpfänden, während der letztere nur diesen Theil des Eigenthums inne hat.

Es ist wohl nicht nöthig darauf hinzuweisen, daß diese Theilung des Eigenthums nicht etwa mit der deutschrechtlichen Ablösung der Pfandgewähre von den ächten Gewähren identisch genommen werden darf; denn nach deutschen Grundsätzen wurde das Recht des Pfandgläubigers nicht als *jus in re aliena*, sondern als ein Stück Eigenthum, als eine Miteigenthumsart genommen, während hier die Befugniß Pfandschuldner zu sein, abgetrennt wird.

Das Obige zusammengefaßt, läßt sich der juristische Begriff des Eintrages in der zweiten Rubrik also aufstellen:

„Derjenige Bestandtheil des Eigenthumsrechtes, welcher die Verpfändungsbefugniß bildet, wird nur durch die Umschreibung im Hypothekenbuche erworben; *quoad hanc partem domini* sind also die Hypothekenbücher *vera Grundbücher*; es gilt hiefür die Analogie der deutschrechtlichen Grundsätze des Eigenthumerwerbes an Immobilien überhaupt.“

Die nähere Auseinandersetzung und Beweisführung für diese Anschauungsweise der juristischen Natur des Eintrages in zweiter Rubrik liegt genügend im Vorhergehenden; es mögen nun hier die Folgerungen aus diesem Resultate betrachtet werden.

§. 6. Es folgt nämlich daraus:

1) daß das Eingeschriebensein eines Nichteigenthümers in der zweiten Rubrik eine Beschränkung des vollen Rechtes des wirklichen Eigenthümers ist, daß also die Klage des wahren Eigenthümers gegen den in zweiter Rubrik Eingetragenen auf Gestattung der Umschreibung einfach die *actio negatoria* ist, und demgemäß behandelt werden muß; daraus folgt weiter:

2) da nach gemeinem (und dem meisten partikulären) Rechte der Kauf nicht Eigenthumsübergang bewirkt, sondern nur eine Obligation zur Tradition und Prästation des *habere licere* erzeugt, daß aus einem Kaufkontrakte nicht primär auf Umschreibung im Hypothekenbuche geklagt werden kann; ja strenge genommen, da eigentlich zuerst mit der *actio empti* die Tradition, und nachdem durch Tradition auf Titel des Kaufes das Eigenthum erworben ist, mit der *actio negatoria* der Eintrag bewirkt werden müßte, dürften selbst kumulative in derselben Klage die *Petiten* nicht gestellt werden: „A. sei schuldig den Kauf zu halten und im Hypothekenbuche umschreiben zu lassen;“ da nach doktrinellem Strenges eine persönliche Klage und eine, erst im Falle die durch dieselbe begehrte Obligationleistung erfüllt ist, entstehende dingliche Klage nicht kumulirt werden können. Es würde aber offenbar eine Verzögerung der Realisirung vielleicht des anerkanntesten Rechtes hervorrufen, wenn an dieser doktrinellen Konsequenz zu sehr festgehalten würde. Man darf daher im Hinblick auf die in unserem Prozeßrechte überall zu Grunde liegende *Eventualmaxime* in der Praxis wohl keinen Anstand nehmen, die Kumulirung beider *Petiten* zu dulden *).

Andererseits erhellt 3) daß, falls die Pflicht vorliegt, Jemanden zum Eigenthümer zu machen, ausgesprochen werden muß „A sei schuldig, die Sache

*) In der Praxis wird hier oft ziemlich unklar verfahren.

mit allem Zubehör herauszugeben und den B im Hypothekenbuche eintragen zu lassen.“ Ebenso muß das Urtheil lauten, so oft auf Restitution einer unbeweglichen Sache an den wahren Eigenthümer erkannt wird, denn nur durch diese beiden Momente wird Jemand in den vollen Umfang des Eigenthums gesetzt.

Eine weitere Konsequenz endlich ist 4) daß der Eintrag im Hypothekenbuche in zweiter Rubrik zwar, soweit Hypothekenbestellung in Frage ist, sicher stellt, da der Eingetragene immer Verpfändungseigenthümer ist; weiter aber erstreckt sich die Wirkung des Grundsatzes der Publizität nicht; wenn z. B. über das Eigenthum eines Immobile Prozeß ist, so modificiren sich allerdings die Grundsätze de litigiosis dahin, daß so lange eine Protestation im Hypothekenbuche nicht eingeschrieben ist, Verpfändungen nicht ungünstig sind;

Gönners Kommentar Bd. I p. 286.

wohl aber bleibt der Grundsatz *pendente lite nihil innovandum* für alle übrigen Veräußerungen in voller Kraft. Wenn Jemand ein Immobile, das *res litigiosa* ist, gekauft und tradirt erhalten hat, und im Hypothekenbuche eingeschrieben wurde: so ist doch das Rechtsgeschäft ungünstig, der neue Käufer und Besitzer kann sich auf die Publizität des Buches nicht berufen. Ebenso wenig ist es eine Präsumtion für die *bona fides* des späteren Käu-

ren; man nimmt nämlich oft die Gewährung des Eintrages in die zweite Rubrik als zur Tradition gehörig, als eine Art deutschschiller'scher Intabulation. Ferner werden häufig Klagen „auf Protokollierung außergerichtlich geschlossener Verträge“ zugelassen, wobei dann der §. 12 der provisorischen Taxordnung zu Hülfe kommen muß, und auch dieses Protokollieren wird als eine Art Tradition behandelt. Ueber diese Frage würde jedoch eine weitere selbstständige Auseinandersetzung nothwendig werden.

ferß, wenn im Falle des Bayerischen Landrechts
 Th. IV Kap. 4 §. 9 gegen den Eintrag seines
 Auktor in zweiter Rubrik eine Protestation nicht
 vorlag. Es muß nach den Konsequenzen des oben
 aufgestellten Satzes auch eine Frage entschieden
 werden, die in praxi häufig die sonderbarsten Lö-
 sungen erfährt. Wenn nämlich 5) gegen einen un-
 terliegenden Ehemann Mobilienexekution erlangt ist
 und die Ehefrau intervenirt, so muß allerdings sie
 ihre Rechte interveniendo beweisen; der Grund
 hiefür ist aber lediglich die *præsumptio Muciana*.
 Wenn nun aber z. B. in Folge persönlicher For-
 derungen Exekution erlangt ist, und diese wird ge-
 gen Immobilien gerichtet, für welche der Unterlie-
 gende als Besitzer im Hypothekenbuche eingetragen
 steht: so wird gewöhnlich ohne Weiteres dem Dritten,
 welcher behauptet: „er, nicht der in zweiter Rubrik
 stehende, sei Eigenthümer dieses Immobiles,“ der Eigen-
 thumsbeweis zur Durchführung seiner Interventions-
 klage zugemuthet. Dieses ist aber entschieden unrichtig,
 es tritt hier durchaus keine Präsumtion in Mitte;
 ist der Dritte nicht im Besitze des Immobiles, dann aller-
 dings muß er interveniendo den Eigenthumsbeweis
 liefern; ist er aber im Besitze, so kann ihm deswegen,
 weil er im Hypothekenbuche nicht eingetragen steht,
 der Beweis seines Eigenthums nicht auferlegt werden.

Der Hauptfolgesatz aber aus der oben ent-
 wickelten Bedeutung und juristischen Natur der Ums-
 schreibung im Hypothekenbuche als „der Erwerb-
 ungsart des Proprietätsrechtes der Verpfändungsbe-
 fugniß“ ist, daß die Sätze des §. 26 Nr. 1, 2 und 3
 nicht so fast Folgen der Publizität als vielmehr die
 natürliche Anwendung des einfachen Satzes sind:
 „der Nichteigenthümer darf nicht verpfänden.“ Die
 fragliche Richtung, der betreffende Theil des Ei-
 genthums entsteht, wie gesagt, in der That erst
 mit und durch die Umschreibung in der zweiten Ru-

brist, gerade wie nach deutschrechtlichen Grundbuchsordnungen der ganze Eigenthumsübergang so geschieht. Daraus folgt aber der bedeutende Satz, daß hier die bona oder mala fides keinen Unterschied macht; ist z. B. A im Hypothekenbuche als Besitzer eingetragen und bestellt dem B eine Hypothek, und beide wissen, daß C der wirkliche Eigenthümer ist: so entsteht deswegen doch das dingliche Recht an der Sache unzweifelhaft; daß C gegen das Recht selbst keine Einrede hat, beweist sich deutlich dadurch, daß dem dritten Besitzer der Hypothek kein Anstand mehr gemacht werden darf. Daß C gegen A und B (und auch gegen den dritten in bösem Glauben befindlichen Besitzer) Ansprüche beziehungsweise Einreden hat, ist allerdings richtig; aber diese entspringen *ex dolo speciali*, sind rein persönlicher Natur und stehen mit dem dinglichen Rechte in keiner näheren Verbindung, als jeder Anspruch aus doloser Beschädigung zum Eigenthume.

Mit einem Worte, die Folgen der Publizität nach §. 26 Nr. 1, 2 und 3 gehen juristisch nicht aus der sogenannten Publizität, welche in dem Umstande liegt, daß Jeder, der ein Interesse nachweisen kann, das Hypothekenbuch einsehen darf, hervor: sondern daraus, daß durch das Hypothekengesetz die Erwerbungs- und Erlöschungsart des Verpfändungsrechtes sich geändert hat.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eintrag zur Erklärung des §. 19 der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

Die beiden Prinzipien, auf welchen die Locirung der in die zweite Klasse sich eignenden Gläubiger —

der Gläubiger nämlich, welchen für ihre Forderung eine Hypothek auf eine im Vermögen des Gemeinschuldners vorhandene Sache zusteht, — beruht, sind die auch dem Hypothekengesetze zu Grunde gelegten Prinzipien der Spezialität (§. 15 Abs. 2 §. 17 der Prior.-Ordn.) und der Priorität (§. 16 Abs. 2 das.). Daß in §. 19 der Prior.-Ordn. vorgeschriebene Zusammenwerfen der Rauffchillinge der hypothecirten Güter behufs der Befriedigung der mit ungetheilter Summe auf mehrere Immobilien eingetragenen Forderungen involvirt zwar eine Verletzung des Prinzips der Spezialisität, das Prinzip der Priorität aber will auch diese Gesetzesstelle aufrecht erhalten wissen.

In einem gegebenen Falle war nun A. auf der Masse oder den Grundstücken I und VII am 29. April 1844, B. am 9. August 1844, auf den übrigen Massen oder Grundstücken aber A. erst am 9. August 1844 nach dem am nämlichen Tage intabulirten B. eingetragen.

Dessen ungeachtet hatten die beiden ersten Instanzen die Erlöse sämtlicher Massen zusammengeworfen und dem A. bezüglich des Gesamterlöses die Befriedigung vor B. zuerkannt.

Von dem obersten Gerichtshof wurde jedoch diese Location als nicht nur gegen das Prinzip der Spezialität sondern auch gegen das der Priorität verstößend erkannt, und die Trennung der Massen und die Befriedigung aus den einzelnen Rauffchillingen nach Maßgabe der gesonderten Priorität verfügt, indem von einer Anwendung des §. 19 da keine Rede sein könne, wo eine einzelne Forderung gegenüber einer anderen selbst unter verschiedenem Datum eingetragen sei, und wo durch das Zusammenwerfen eine Verletzung des Prinzips der Priorität, welchem auch der §. 19 huldige, herbeigeführt würde.

DAUC. v. 24. März 1851. N. N. 1445⁴⁸/₄₉.
β. κ.

2.

Schenkungs-Widerruf wird durch den Umstand daß Kinder nachgeboren werden, nicht begründet.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber: Die Ausdehnung der *lex 8 Cod. de revoc. donationibus* (8, 56) auf andere Personen als Patrone gegenüber ihren Freigelassenen findet nicht statt:

a) nach der Geschichte dieser Konstitution. Denn jene lehrt, daß durch letztere das vorher unbeschränkte Revokationsrecht des Patronen auf den Fall eines nachfolgenden Kinderseigns beschränkt, dieselbe mit hin nicht gegeben wurde, um Rechte zu verleihen, sondern solche zu beschränken.

b) Die fragliche Konstitution gehört nicht zu den einfachen Reskripten, durch welche konkrete Sachen vom Kaiser nach allgemeinen auch auf ähnliche Fälle anwendbaren Normen entschieden worden sind, sondern ist vielmehr ein Edikt, bestimmt, ein singuläres Rechtsverhältniß zu regeln, und den allgemeinen Verhältnissen anpassender zu machen.

Savigny System des röm. Rechtes Bd. 4 S. 228, Puchta Pand §. 70.

Bei klar erkanntem Sinne eines Gesetzes kann die Praxis früherer Zeiten um so weniger von Einfluß auf die Entscheidung sein, als andere ältere Rechtslehrer, z. B. Voet und Binnius, eine andere Praxis bekunden.

DAUG. v. 23. Mai 1851. Nr. 1224^{49/50}.

3.

erldigung von Deutsch-Katholiken.

In einem gegebenen Falle wurde diese nach der für Christen üblichen Formel vorgenommen, mit Weglassung des Beisages: und sein heiliges Evangelium.

Redakteur: J. M. Seuffert. Verl. Palm & Enke i. Erlangen.

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ergänzungsblatt Nr. 1.

Januar 1851.

Ueber das Verhältniß der Berufung zum Einspruche gegen die im Ungehorsamsverfahren erlassenen Urtheile der Kreis- und Stadtgerichte.

Die Artikel 347 und 358 des Ges. vom 10. Nov. 1848, die Abänd. des II. Theiles des StGB. betr., geben dem im Ungehorsamsverfahren erster Instanz Verurtheilten das Recht des Einspruches gegen das Urtheil, wodurch ihm aber das Recht der Ergreifung der Berufung statt des Einspruches nicht entzogen ist *); denn

- 1) Beschwerden der Verurtheilten gegen die Urtheile der Kreis- und Stadtgerichte sind, ohne daß das Gesetz zwischen Urtheilen im ordentlichen und Ungehorsamsverfahren unterscheidet, auf dem Wege der Berufung geltend zu machen (Art. 328 und 329 des Ges. v. 10. Novbr. 1848).
- 2) Auch gegen das im Ungehorsamsverfahren

*) Dieser Ansicht huldigte das AG. von Oberbayern jüngst in der Untersuchungssache wegen Vergehens der Amtsbeehrenbeleidigung des. Nr. 188/1850. — Die entgegengesetzte Ansicht findet sich in zwei Erkenntnissen des AG. von Unterfranken und Aschbg. vgl. Sitzungsberichte II, 1. S. 15 und 79.

zweiter Instanz erlassene Urtheil ist ein Einspruch in den Fristen und Formen zulässig, welche hinsichtlich der bei dem Ungehorsamsverfahren in erster Instanz ergangenen Urtheile vorgeschrieben sind (Art. 360 Abs. 1 a. D.). Sowie nun die bisherige Praxis des obersten Gerichtshofes die Wichtigkeitsbeschwerden der im Ungehorsamsverfahren zweiter Instanz Verurtheilten wegen Umgehung des im Art. 360 gestatteten Einspruches nicht als formell unzulässig verwarf, so ist auch das ordentliche Rechtsmittel der Berufung gegen die im Ungehorsamsverfahren gefällten Urtheile erster Instanz zulässig: da Verschiedenheit der Auslegung derselben Artikel je nach ihrer Anwendung in erster oder zweiter Instanz dem gleiche Grundsätze für beide Instanzen aufstellenden Gesetze widerstreitet.

- 3) Für die Zulässigkeit der Berufung spricht auch die im Geiste des Gesetzes vom 10. Novbr. 1848 gegründete rechtliche Natur des Einspruches, welcher dem durch das U. V. vermeintlich beschwerten, und deshalb sein Richterscheinen bei der ersten Verhandlung bereuenden (Art. 347, 358 Abs. 2 a. a. D.) oder dem davon durch äußere Hindernisse abgehaltenen (Art. 348 Abs. 2, Art. 358 Abs. 3 a. a. D.) **Verurtheilten** ein Mittel bietet, noch nachträglich das Gewicht persönlicher Erscheinung und Vertheidigung in die Waagschale der Gerechtigkeit zu legen, oder den unverschuldeten Verlust dieses Rechtes in erster Instanz zu verhindern.

Nicht aber hat der **Staat** ein so hohes Interesse am kontradiktorischen Verfahren, daß er den im U. V. Verurtheilten — welcher etwa nicht von seinem persönlichen Auf-

treten oder von nochmaliger Verhandlung in erster Instanz, wohl aber durch Berufung Besserung seiner Lage erwartet — zur Erreichung des kostspieligen (Art. 358 Abs. 3, Art. 353 a. D.) und verzögernden Einspruches bei Vermeidung des Verlustes der im ordentlichen Verfahren gestatteten Rechtsmittel zwingen wollte; denn selbst bei den mit Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen wird bloß auf Verlangen des Angeklagten ein neues ordentliches Verfahren eingeleitet (Art. 293 a. D.); und auch die Steigerung der in den verschiedenen Arten des Ungehorsamsverfahrens, zur Benachrichtigung des Angeklagten von der drohenden oder gepflogenen Verhandlung, angeordneten Maßregeln (vgl. Art. 356 und 297 flg. mit Art. 342 bis 345, 277 bis 280, 357, 358 Abs. 2, 3, Art. 297 Abs. 2, Art. 298, 300, 346, 347, 283, 288, 293 a. a. D.) findet hauptsächlich im Interesse des Angeklagten ihren inneren Grund. — Nicht Schutz des Prinzips des kontradiktorischen Verfahrens durch Androhung des Verlustes der ordentlichen Rechtsmittel, sondern unbeschadet dieser vermehrter Schutz der Unschuld ist nächster Zweck der Gestattung des Einspruches!

- 4) Der hier ausgesprochenen Ansicht stehen die Artikel 348 Abs. 1 und 358 Abs. 2 a. a. D. nicht entgegen; denn der Eintritt der Rechtskraft des im Ungehorsamsverfahren erlassenen Urtheiles nach Ablauf der zur Erhebung des Einspruches gestatteten Frist (Art. 347 Abs. 2 Art. 358 Abs. 2 a. D.) gilt nur dann, wenn nicht schon das Rechtsmittel der Berufung binnen der kürzeren dreitägigen Frist (Art. 339, 235 a. D.) angemeldet wurde.

- 5) Auch aus Art. 349 a. a. D. folgt nicht die Unzulässigkeit des alternativen Verhältnisses des Einspruches zur Berufung; denn darin wird nur zur Vermeidung zweckloser Verzögerung die Aussetzung der Verhandlung der vom Staatsanwalte ergriffenen Berufung bis zur Erledigung des durch den Einspruch veranlaßten neuen Verfahrens, welches den Beschwerdepunkt beseitigen kann, ausgesprochen; nicht aber das Rechtsmittel der Berufung nur dem Staatsanwalte eingeräumt; vielmehr handelt Art. 349, sowie obige Art. 347 und 358, lediglich von jenen Fällen, in welchen der Verurtheilte von seinem Rechte der Berufung keinen Gebrauch machte.
- 6) Völlig unpassend ist die analoge Anwendung des Art. 289 a. a. D. auf die zur Zuständigkeit der Kreis- und Stadtgerichte gehörenden Verbrechen und Vergehen; denn während bei diesen der Einspruch nur innerhalb bestimmter Frist oder nach deren Ablauf unter der Voraussetzung des Nachweises der Unmöglichkeit früheren Einspruches zulässig ist (Art. 347 Abs. 2, Art. 348 Abs. 2, Art. 358 Abs. 2, 3), so ist zur unbeschränktesten Vertheidigung gegen die schwere Anklage wegen eines mit Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechens der gegen ein vom Schwurgerichtshofe im Ungehorsamsverfahren erlassenes Urtheil zulässige Einspruch von keiner andren Voraussetzung, als von der Weigerung des Verurtheilten sich jenem Urtheile freiwillig zu unterwerfen, abhängig (Art. 293, 294 a. D.).
- Dieses unbeschränkte Recht auf Einleitung eines neuen Verfahrens, worin alle Mängel der ersten Verhandlung vermieden werden können

nen, macht für den Verurtheilten das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das im U. V. erlassene Urtheil des Schwurgerichtshofes der Natur der Sache nach überflüssig; weshalb mit Recht die im ordentlichen Verfahren zulässigen Rechtsmittel laut Art. 289 bloß dem Staatsanwalte eingeräumt sind. Die Bestimmung des Art. 289 kann nun aber als in dem bei den mit Todesstrafen: oder Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen eigenthümlichen Ung. Verfahren gegründet, und bei der Verschiedenheit der im Art. 293 gegenüber den Art. 247, 248, 351, 352, 358 ausgesprochenen Prinzipien in den zur Zuständigkeit der Kreis- und Stadtgerichte gehörenden Fällen keine Anwendung finden, wie denn auch die vierte Abtheilung des Ges. v. 10. Nov. 1848 nirgends auf die Analogie des Art. 289 verweist.

- 7) Die hier vertheidigte Ansicht wird durch die im Code d'instruction crim., dem Vorbilde des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, geltenden Grundsätze als die richtige bestätigt; denn bei der analogen Geltung der für das Verfahren vor den einfachen Polizeigerichten (*trib. de simple police*) ausgesprochenen allgemeinen Prinzipien auch für das Verfahren vor den Zuchtpolizeigerichten (*trib. correctionnels*) gelten auch für beide Verfahren die gleichen Prinzipien über die rechtliche Natur der Rechtsmittel gegen die erlassenen Urtheile; insbesondere ist in dem vom Ungehorsamsverfahren vor den Zuchtpolizeigerichten handelnden Art. 186 C. d' i. cr. auf die analogen, das Verfahren vor den einfachen Pol.-Gerichten betreffenden Artikel 149 bis 152 ebd. verwiesen. Art. 150 ebd. versagt

nun dem im Ungehorsamsverfahren (*à défaut*)
 Verurtheilten alle Einwendungen gegen die Ur-
 theilsvollstreckung, wenn er nicht den im Art.
 151 I. cr. gestatteten Einspruch (*opposition*)
 oder (sauf) *Appellation* und *Cassation* einlegt.
 vgl. J. A. Rogron, *Code d'instr. crim.*
expliqué. Paris 1849 pag. 241 u.
 sq., p. 366.

Dieses alternative Verhältniß des Eins-
 spruches zu den Rechtsmitteln im ordentlichen Ver-
 fahren gilt aber auch in dem die Prinzipien des
Code d'instr. crim. in diesem Punkte nicht ab-
 ändernden Gesetze vom 10. Novr. 1848 bezüg-
 lich der von den, mit den Zuchtpolizeigerichten in
 gleicher Kategorie stehenden, Kreis- und Stadtge-
 richten erlassenen Urtheile; insbesondere folgt daraus,
 daß das Gesetz vom 10. Novbr. 1848 nicht,
 wie Art. 185 I. cr., in einigen Fällen das Nicht-
 erscheinen des Angeklagten und dessen Vertretung
 durch einen Bertheidiger ausdrücklich erlaubt, nicht
 der strengere Grundsatz des kontradiktorischen Ver-
 fahrens als nach französ. Recht, sondern lediglich
 der höhere Schutz der Unschuld (vgl. oben Nr. 3).

Es ergibt sich also nach allseitiger Betrach-
 tung des Gesetzes v. 10. Nov. 1848 daß die-
 ses im Ungehorsamsverfahren nicht eine Verminder-
 ung, sondern Vermehrung der im ordentlichen Ver-
 fahren gestatteten Rechtsmittel bezweckt, wodurch
 sich die Aussicht der Beschränkung des Berufungs-
 rechts gegen die von den Kreis- und Stadtgerich-
 ten im U. V. erlassenen Urtheile widerlegt.

Franz Cucumß.

Darf den Geschworenen bezüglich der Verjährung eine Frage vorgelegt werden?

In einem Schwurgerichtsfalle wurden die Geschworenen vom Präsidenten darauf aufmerksam gemacht, daß, wenn sie den fraglichen That für verjährt hielten, der Angeeschuldigte für nichtschuldig erklärt werden müsse. Das Verdikt ging auf Schuldig, und der Gerichtshof erkannte auf 8 Jahre Zuchthaus. Setzen wir nun voraus, es seien alle Bedingungen der Verjährung im konkreten Falle erfüllt gewesen, so entsteht die Frage, ob nicht der Gerichtshof auf Freisprechung von der Strafe hätte erkennen sollen, worin natürlich auch die Frage enthalten ist, ob es von vorneherein statthaft gewesen, daß der Präsident an die Geschworenen die Frage nach der Verjährung stellte. Für die Statthaftigkeit dieser Fragestellung scheint zu sprechen, 1) daß die Verjährung eine bloße Thatsache, keine Rechtsfrage sei, und 2) daß die Geschworenen nach Art. 178 des P. G. v. 10. Nov. 1848 auch über das Vorhandensein von Strafmilderungsgründen zu entscheiden haben, woraus geschlossen werden möchte, daß sie auch über das Vorhandensein von Strafaufhebungsgründen zu entscheiden haben ¹⁾.

Allein, zu 1) wenn auch die Verjährung keine Rechtsfrage ist, so folgt daraus nicht die Inkompetenz des Gerichtshofes zu ihrer Entscheidung, denn derselbe ist gesetzlich auch zur Beurtheilung und Beantwortung anderer rein thatsächlicher Fragen berufen, z. B. (um von dem Nachprüfungsrechte des Art. 212 gar nicht zu sprechen) der Frage, ob und welche thatsächliche Strafminderungsgründe (StGB Thl. I Art. 93 und 94) vor-

¹⁾ Wird man denn, analog dem Art. 178, bezüglich der Verjährung eine absonderliche Frage stellen wollen?

handen seien, wozu nach Art. 93 Nr. VI insb. besondere auch der frühere gute Lebenswandel gehört. Ueberhaupt ist es eine hier nicht näher zu erörternde irrige Ansicht, als ließe sich im Schwurgerichtsprozeß die Trennung der That- und Rechtsfrage konsequent durchführen. Ist ja doch auch in dem Verdikte, wodurch der Angeeschuldigte eines Verbrechens für schuldig erklärt wird, die Entscheidung der Rechtsfrage enthalten, ob die fragliche Handlung unter den gesetzlichen Begriff des angeschuldigten Verbrechens zu subsumiren sei²⁾.

ad 2) Ebensowenig folgt aus der Befugniß der Geschworenen, über das Vorhandensein von Strafmilderungsgründen zu entscheiden, ihre Befugniß, wegen Verjährung ein Nichtschuldig auszusprechen.

Dies ergibt sich sowohl aus der Natur der Sache, als aus den ausdrücklichen Bestimmungen der bayerischen Strafgesetzgebung. Worin besteht denn die Aufgabe der Geschworenen? In nichts Anderem, als in der Beantwortung der Schuldfrage, d. h. ob und wie die bestimmte Person eines Verbrechens schuldig sei (P. G. v. 10. Nov. 1848 Art. 173). Dieser Aufgabe gemäß ist es gewiß ganz richtig, wenn das P. G. v. 10. Nov. 1848 Art. 177 und 178 vorschreibt, daß diejenigen Thatumstände, welche eine schwerere Qualifikation des Verbrechens begründen und diejenigen, welche das Gesetz als Strafmilderungsgründe anerkennt, dem Verdikte in besonderen Fragen zu unterstellen seien. Denn die Geschworenen haben, wie bemerkt, nicht bloß zu entscheiden, ob, sondern auch wie der

²⁾ Vgl. Köstlin „Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens“ S. 34. Mittermaier „die Mündlichkeit“ u. f. w. S. 370.

Angeklagte schuldig sei, d. h. in welchem Schuldgrade. Diese Entscheidung liegt noch ganz innerhalb der Grenzen, welche der Funktion der Geschworenen nach dem Begriffe der Jury gesetzt sind. Dasselbe kann aber nicht bezüglich der Entscheidung über die Verjährungsfrage behauptet werden. Dieß erhellt, wenn man den Gegenstand der Verjährung ins Auge faßt. Der Gegenstand der Verjährung ist nicht das Verbrechen, sondern die demselben gedrohte Strafe. Die Verjährung des Verbrechens hätte auch gar keinen Sinn; die Verjährung eines historischen Faktums ist eine Unmöglichkeit, ein Unding! Daher bestimmt ganz richtig das bayer. StGB. Thl. I Art. 139, daß durch die Verjährung der Strafe „das Recht des Vertheiligten auf Privatgenugthuung“ nicht aufgehoben werde. Die Verjährung ist zwar ein Straf-, aber kein Schuldauflösungsgrund, — die Entscheidung der Verjährungsfrage liegt daher auch nicht innerhalb der Aufgabe der Geschworenen; sie liegt innerhalb der Aufgabe des Gerichtshofes, welcher eben zu entscheiden hat, ob und welche Strafe über den Schuldigen (oder Schuldiggesprochenen) zu verhängen sei.

Dieser Aufgabe des Gerichtshofes gemäß läßt auch das P. G. v. 10. Nov. 1848 Art. 199 nach gefälltem Verdikte noch Gegenerinnerungen (des Angeklagten oder seines Vertheidigers) gegen die Statthaftigkeit und Größe der beantragten Strafe zu, und kann auch nach Art. 202 trotz des Schuldverdiktess noch eine Freisprechung von der Strafe erfolgen.

Dieses Verhältniß der Verjährung zum Verbrechen selbst und zur Strafe ist auch vom bayer. StGB. Art. 139 ganz richtig aufgefaßt, indem es daselbst heißt: „Wenn jedoch der Thäter dem Ge-

richte unbekannt geblieben, dann soll derselbe von der Strafe frei gesprochen werden“.

Die Unstatthaftigkeit der Fragestellung an die Geschworenen bezüglich der Verjährung ergibt sich endlich auch noch daraus, daß die Verjährungszeit im Art. 140 Thl. I des StGB. von der Art und dem Maaße der Strafe (insbesondere auch von der Dauer der Freiheitsstrafen) abhängig gemacht und hiernach eine kürzere oder längere ist. Da nun die Geschworenen bei ihrer Berathung noch gar nicht wissen, ob und welche Strafe in Anwendung kommen werde, so kann ihnen ein Auspruch darüber doch unmöglich zugemuthet werden, ob die von der erst später und nicht durch sie zu bestimmenden Art und Dauer der Strafe abhängige Verjährung vorhanden sei. Den Geschworenen die Verjährungsfrage vorlegen, heißt ihnen den Auspruch über die Strafe aufbürden!

Im Hinblick auf Art. 230 des P. G. v. 10. Nov. 1848 muß man annehmen, daß in der Stellung der Verjährungsfrage an die Geschworenen resp. in der Nichtberücksichtigung dieser Frage von Seite des Gerichtshofes ein erheblicher Kassationsgrund liegen kann.

Dr. F. Walther.

Nachschrift. In der Untersuchungssache, deren Entscheidung vorstehende Erörterung veranlaßte, wurde das Urtheil des Schwurgerichtshofes durch Erkenntniß des obersten Gerichtshofes vom 11. Januar 1851 vernichtet, und die Freilassung des Beschwerdeführers Dumb angeordnet. Wir theilen die betreffenden Entscheidungsgründe auszugsweise mit:

Die Geschworenen sind durch das Gesetz (Art. 173 f.) berufen, durch ihre nach gewissenhafter Prü-

fung der Verweise für und gegen den Angeklagten abzugebende Erklärung festzustellen, ob sich derselbe der ihm zur Last gelegten strafbaren That schuldig gemacht habe oder nicht, während es Sache des Schwurgerichtshofes ist, auf die durch den Wahrspruch als gegeben angenommene Handlung das betreffende Strafgesetz anzuwenden, und zu prüfen, ob nicht etwa die Strafbarkeit durch Verjährung, d. h. durch die erst nach der Verschuldung eingetretenen, in Art. 139 und 140 Th. I des StGB. vorgesehenen thatsächlichen Gründe wie-der getilgt sei. Daher war keineswegs, wie geschehen, die Frage, ob Verjährung eingetreten sei, zugleich mit der Schuldfrage den Geschworenen zur Würdigung und Entscheidung anheimzugeben..... Die Geschworenen haben den W. D. des Verbrechens der Hülfeleistung ersten Grades zum Verbrechen der Brandstiftung zweiten Grades schuldig erkannt. Hiernach hätte nun aber der Schwurgerichtshof sich die Frage aufwerfen sollen, ob nicht jene Bestimmungen über Verjährung, und zwar näher der Art. 140 Nr. III zur Anwendung zu bringen seien, wonach die Strafbarkeit eines Verbrechens, das im Gesetze mit einer nicht über 12 Jahre währenden Zuchthausstrafe bedroht ist, durch den Zeitablauf von 10 Jahren getilgt werden soll, insoferne der Thäter dem Gerichte unbekannt geblieben ist, und eine ununterbrochen gute Aufführung bezeugt hat. Diese Voraussetzungen, welche der Schwurgerichtshof in seinem Erkenntnisse völlig unberücksichtigt ließ, waren nun zum Vortheile des Beschwerdeführers D. wirklich gegeben. Demgemäß hätte eine Verurtheilung des Angeklagten D. wegen Tilgung der Strafbarkeit der in Frage stehenden That durch Verjährung nicht erfolgen sollen, und indem der Schwurgerichtshof auf den Grund des von den Geschworenen ab-

gegebenen Schuldausspruches gleichwohl eine Strafe gegen denselben verhängte, hat er die Art. 139 und 140 Zhl. I des StGB. verletzt, so wie die Art. 247, 249, 45, 73 und 75 Nr. 3 daselbst falsch angewendet, und es mußte das angefochtene Erkenntniß daher nach Art. 232 Nr. 1 und Art. 249 Nr. 1 des Strafprozeßgesetzes dem genannten Angeklagten gegenüber vernichtet und die Freilassung verordnet worden.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zu §. 23 Nr. 8 der Prioritätsordnung.

I.

Die Forderung eines Gläubigers, welcher dieselbe gegen den Schuldner vor Ausbruch des Konkurses eingeklagt und wegen derselben den gerichtlichen Beschluß auf Zwangsverkauf des Anwesens seines Schuldners, so wie die Abschätzung dieses Anwesens zum bemerkten Zwecke erwirkt hatte, aber seine gesonderte Befriedigung wegen inzwischen erfolgter Einleitung des allg. Schuldverfahrens nicht mehr durch den Verkauf jenes Anwesens erlangen konnte, wurde durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 8. Nov. 1850 (Reg.-Nr. 14⁴⁸/₄₉) im Konkurse in die vierte Klasse zur achten Stelle lozirt, aus nachstehenden Gründen:

„In dem Plenarbeschlusse v. 11. Juni 1849, die Vorzugsrechte der Gläubiger nach §. 23 Nr. 8 der Prioritäts-Ordnung betr., ist nachgewiesen worden, daß

a) in der Prior.-Ordn. vom 1. Juni 1822

die Vorzugrechte, welche im Kap. XX die G.D. dadurch bewilligte, daß denjenigen, welche in die Güter des Schuldners immittirt worden waren, ein stillschweigendes Pfandrecht in der achten Klasse, und denjenigen, welche einen gerichtlichen Zwangsbesehl oder Arrest ausgewirkt hatten, ein persönliches Vorzugrecht in der zehnten Klasse eingeräumt gewesen ist, in der Art mit einander verschmolzen worden sind, daß den Gläubigern, welche vermöge richterlichen Erkenntnisses die Auspfändung des Schuldners oder die Immission in dessen Güter wirklich erlangt haben, ein Vorzugrecht in der vierten Klasse eingeräumt worden ist, woselbst sie mit den übrigen sub Nr. 3—9 in diese Klasse locirten Gläubigern das nach Befriedigung der Gläubiger in den vorhergehenden drei Klassen von der Santmasse Uebrigbleibende nach dem Verhältnisse ihrer Forderung zu theilen haben;

b) daß der Grund dieser Bestimmung der Pr.:Ord. darin zu finden sei, daß dem wachsam und thätigen Gläubiger, welcher nicht nur seine Forderung im Rechtswege geltend gemacht, sondern auch nach erfolgtem richterlichen Erkenntnisse alle ihm zu Gebote gestandenen Mittel angewendet hat, um durch richterliche Hülfe zu seiner Befriedigung zu gelangen, ein Vorzugrecht vor den anderen nicht so wachsam und thätig gewesen Gläubigern gebühre, wonach somit das Vorzugrecht in der vierten Klasse Nr. 8 nicht bloß auf die Auspfändung des Schuldners oder auf die Immission in dessen Güter beschränkt erscheint, sondern auch für jede andere Exekutionsart gilt; es ist

c) ferner ausgeführt, daß die Begründung dieses Vorzugsrechtes nicht davon abhängig sei, daß bei der Auspfändung des Schuldners auch wirklich auspfändbare Gegenstände vorgefunden worden, solches vielmehr schon alsdann als erworben anzuse-

hen sei, wenn es der Gläubiger dahin gebracht hat, daß die Außpfändung des Schuldners oder die Immission in seine Güter nicht bloß vom Gerichte verfügt, sondern auch zum Vollzuge derselben geschritten worden, und

d) daß das Vorzugsrecht insbesondere dann nicht als ausgeschlossen erachtet werden könne, wenn durch Dolus oder Gewalt des Schuldners, durch ein Versehen des Exekutors oder durch sonst ein nicht von dem Gläubiger veranlaßtes Hinderniß die Beschlagnahme auspfändbarer Gegenstände oder die Immission vereitelt worden ist.

Alle diese Voraussetzungen des Vorzugsrechtes in der vierten Klasse treffen bei der Forderung des Revidenten zusammen. Er klagte gegen den Schuldner am 16. Jan. 1845 die Forderung ein, und bei dem zur Verhandlung der Klage auf den 24. ejusd. anberaumten Termine gestand derselbe die Schuld zu und machte sich verbindlich, bis nächste Ostern Zahlung zu leisten. Dieses Uebereinkommen ist sicher bezüglich einem die Verurtheilung in die Zahlung aussprechenden Erkenntnisse gleich zu achten, da nach der *GD. VI*, §. 11 und *XII*, §. 1 auf das Schuldbekennniß unmittelbar die Exekution einzutreten und der Gläubiger auf sofortige Einleitung des Exekutions-Verfahrens auch dann Anspruch zu machen hat, wenn er dem geständigen Schuldner eine Zahlungsfrist gegönnt und derselbe die Frist nicht eingehalten hat. Auf Anrufen des Revidenten wurde dem Schuldner, welcher nicht bezahlt hatte, am 4. März 1846 der Auftrag ertheilt, bei Vermeidung des Anwesensverkaufes Zahlung zu leisten und da auch diese Frist vergeblich verfloßen war, erfolgte auf weiteres Anrufen am 21. Aug. die Verfügung des Anwesensverkaufes. Auch die Schätzung des Anwesens wurde vorgenommen, und wenn nunmehr der Verkauf selbst zur gesonderten

Befriedigung des Revidenten nicht mehr vor sich gehen konnte, weil sich inzwischen Anlaß zur Einleitung allgemeiner Debitverhandlungen gegen den Kridar ergeben hatte, so war dieß ein Hinderniß, welches außer dem Verschulden des Revidenten gelegen ist. Der Forderung desselben mußte demnach in der Hauptsache der Vorzug der vierten Klasse Nr. 8 zuerkannt werden.“

II.

Im Hinblick auf die Motive des allegirten Plenarbeschlusses wurde auch angenommen, daß durch richterliche Einweisung eines Gläubigers in Gehaltsabzüge des Schuldners das Vorzugsrecht der vierten Klasse Nr. 8 erlangt werde, indem (wie die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe bemerken) unter dem Ausdrucke in der Bestimmung des §. 23 Nr. 8 der Prior.-Ordn. „oder die Immission in dessen Güter“ nicht bloß eine Immission in liegende Güter, sondern auch die Einweisung in Gehaltsbezüge des Schuldners begriffen sei.

DAOErf. v. 11. Dezbr. 1850. Reg. Nr. 515⁴⁷/₄₈.

2.

Einwendungen gegen produzierte Urkunden. Zeit des Vorbringens.

In einem gegebenen Falle hatte der Beklagte (Produkt) die Originalien der von der Klägerin vorgelegten Urkunden im Produktionsstermine in formeller Beziehung nicht beanstandet, sondern lediglich deren materielle Beweisraft in Abrede gestellt, ohne diese letztere Bemängelung irgend weiter zu motiviren. Erst nachdem das Gericht erster Instanz den der Klägerin obliegenden Beweis für voll-

ständig geliefert erklärt hatte, ist der Beklagte in seiner zur zweiten Instanz erhobenen Berufung mit seinen Einwendungen wider die materielle Beweis- kraft jener Urkunden näher hervorgetreten. Unter diesen Umständen wurde die Frage angeregt, ob sich die nachgetragenen speziellen Einwendungen nicht als präkludirt darstellen? Die Präklusion wurde nicht angenommen. Die Original-Produktion verschafft dem Produzenten Gelegenheit, sich über sichtbare Mängel, welche aus der bereits übergebenen Abschrift nicht zu entnehmen waren, zu erklären. Den Gegensatz von jenen sichtbaren Mängeln, über welche sich bei Strafe der Präklusion sogleich im Produktionstermine selbst erklärt werden muß, bilden aber diejenigen Mängel, welche erst die Prüfung des Inhaltes der Urkunde erkennen läßt, und an den hierauf bezüglichen Einwendungen wird nach O. D. Kap. 11 §. 7 Nr. 4 dem Produzenten durch die geschehene Rekognition eines Dokuments, mit welcher die circa formalia ohne Erinnerung geschehene Inspektion einer öffentlichen Urkunde auf gleicher Stufe steht, nichts benommen. In dieser Beziehung kann von einem Ausschlusse der im Produktionstermine unterbliebenen speziellen Einwendungen keine Rede sein, vielmehr muß die bloße Behauptung, daß den betreffenden Urkunden die materielle Beweis- kraft ermangele, um so mehr genügen, als es immerhin der Richter selbst ist, dem der Beweis gemacht wird, und der daher schon von Amtswegen zur Prüfung der materiellen Beweis- kraft der produzierten Urkunden verbunden ist. — Nach diesen Grundsätzen ist vom obersten Gerichtshofe am 31. Dez. 1846 in der Rechtsache Nr. 140⁴⁴/₄₅ erkannt worden.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ergänzungsblatt Nr. 2. Februar 1851.

Brandstiftung IV. Grades nach dem bayerischen Strafgesetzbuche.

Der in den Sitzungsberichten der bayerischen Strafgerichte Bd. II Hft. 3 S. 341 unter Nr. LXX mitgetheilte Fall, in welchem das Anzündeten eines im Freien stehenden Futterhaufens aus Heu und Weidenschaalen von dem l. Kreis- und Stadtgerichte Schweinfurt als eine polizeilich strafbare Eigenthumsbeschädigung, von dem obersten Gerichtshofe aber in Folge einer zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Beschwerde als eine ausgezeichnete Eigenthumsbeschädigung nach Art. 385 Nr. 3 erklärt wurde, gibt zu folgender Betrachtung Veranlassung. —

Das bayer. Strafgesetzbuch vom Jahre 1813 hat im II. Buche IV. Kapitel von den rechtswidrigen Beschädigungen fremden Eigenthums, bei welchen gewöhnlich Muthwillen, Bosheit oder Rache, zuweilen aber auch Gewinnsucht die Triebfedern sind, fünf Arten speziell hervorgehoben, und sie ohne Rücksicht auf die Größe der Beschädigung wegen der Gemeingefährlichkeit der Handlung unter die Verbrechen gereiht, nämlich Verderbung von Lebensmitteln, Verbreitung von Viehseuchen, Brandlegung, verursachte Ueber-

schwemmung und Anlegung von Pulverminen (Art. 245 — 255). Alle anderen Beschädigungen des Eigenthums sind wegen ihrer minderen Gefährlichkeit für die bürgerliche Gesellschaft Vergehen, wenn der Schaden 50 fl. oder darüber beträgt, (Art. 383 und 384) oder eine der in den Art. 385 und 386 speziell aufgeführten ausgezeichneten Beschädigungsarten vorliegt, außerdem aber Polizeiübertretungen.

Nach der allgemeinen Fassung des Art. 383, wornach eine vorsätzliche rechtswidrige Zerstörung oder Beschädigung fremden Eigenthums, soweit sie nicht in dem II. Buche des Gesetzbuches Art. 246, 247, 252 und 254 für ein Verbrechen erklärt ist, als Vergehen oder Polizeiübertretung gestraft werden soll, im Zusammenhalte mit den Anmerkungen Bd. II S. 180 und Bd. III S. 241 möchte es nun allerdings scheinen, daß Eigenthumsbeschädigungen durch Feuer immer ohne Rücksicht auf den zerstörten oder beschädigten Gegenstand als Verbrechen zu strafen seien, und das Motiv, aus welchem die Brandstiftung im Allgemeinen unter die Verbrechen gereiht wurde, nämlich die große Gefährlichkeit, möchte diese Annahme unterstützen, zumal die Anmerkungen Bd. II S. 183 sagen:

„Gemeine Gefährlichkeit war der Standpunkt des Gesetzgebers für die Gränze zwischen Verbrechen und Vergehen, welchem zufolge er in dem Kapitel IV jene besonderen Arten von Eigenthumsbeschädigungen aufzählte, welche er als gemeine Gefährlich ansah, und als Verbrechen erklärte. Die Gerichte sind daher nicht befugt, anderen als den hier aufgezählten Handlungen die Eigenschaft einer gemeinen Gefährlichkeit beizulegen, oder eine im Kapitel IV jener legislativen Rücksicht wegen als Ver-

„brechen erklärte Handlung nur als Ver-
 „gehen zu bestrafen, wenn sie etwa unter
 „Umständen unternommen worden, bei wel-
 „chen die gemeine Gefahr sehr gemindert ist.“

Allein eben diese Anmerkungen werfen S. 192
 l. c. die Frage auf, ob jede fremde Sache
 ohne Unterschied geeignet sei, an ihr das Verbrechen
 der Brandlegung zu begehen, und wird beige-
 fügt diese Frage wäre leicht zu lösen, wenn das
 Gesetzbuch den niedrigsten Grad dieses Verbrechens
 so bestimmt hätte, daß derselbe alle Beschädi-
 gungen fremden Eigenthums durch Brandle-
 gung ohne Unterschied der Gegenstände umfaßte,
 weil aber dieses nicht geschehen, vielmehr der Art.
 250 und 251 auf bestimmte Gegenstände und so
 eingeschränkt sei, daß keine erweiternde Ausle-
 gung stattfinden könne, so müsse die obige Frage
 dahin beantwortet werden:

- a) wenn die Brandlegung mit einer Gefahr
 für menschliche Wohnungen und Auf-
 enthaltsorte verbunden ist, so wird das Ver-
 brechen der Brandlegung an allen fremden
 Sachen ohne Unterschied begangen;
- b) waltet aber dabei für menschliche Woh-
 nungen keine Gefahr ob, so kann das
 Verbrechen der Brandlegung nur an den-
 jenigen fremden Sachen begangen wer-
 den, welche in den Artikeln 250 und 251
 ausdrücklich genannt sind. Jede andere
 Beschädigung einer fremden Sache durch
 Feuer ist, außer dem Falle des Art. 215
 (wenn nämlich Vorräthe von Lebensmitteln
 und anderen nothwendigen Bedürfnissen durch
 Feuer vernichtet, und dadurch ein Man-
 gel an diesen Sachen im Publikum veranlaßt
 wird) nur als Beschädigung des frem-
 den Eigenthums, nicht aber als das

Verbrechen der Brandlegung zu betrachten.
(Anmerk. Bd. II S. 193).

Ohne Gefahr für Menschen und menschliche Aufenthaltsorte kann daher das Verbrechen der Brandstiftung nur an Waldungen, an noch nicht abgeärndteten Fruchtfeldern, an einsam stehenden unbewohnten Gebäuden oder Behältnissen, an abgesonderten Holzvorräthen, und an abgeärndteten und im Freien stehenden Feld-, Wiesen- oder Gartenfrüchten begangen werden, und es ist daher hierbei immer zu untersuchen, ob die in Brand gesteckte fremde Sache zu einer dieser Gattungen gehört.

Der Grund, warum eine Beschädigung der aufgeführten Gegenstände durch Feuer als Verbrechen der Brandstiftung III. und beziehungsweise IV. Grades bestraft wird, ist offenbar der nämliche, aus welchem unser Strafgesetzbuch (Art. 218) die Entwendung an Holz in Wäldern oder auf öffentlichen Holzlegen, an Baum-, Feld- oder Gartenfrüchten bei Nachtzeit u. s. w. als ausgezeichneten Diebstahl bestraft wissen wollte, und aus welchem überhaupt Beschädigungen an Fruchtbäumen, Pflanzen, Früchten auf dem Felde oder in Gärten oder auf Wiesen, an aufgehäuften Heu, Getreide, Holz und anderen ähnlichen Vorräthen, welche nicht verwahrt sind, ohne Rücksicht auf die Größe des Schadens als Vergehen bestraft werden (Art. 385). Es ist nämlich der Umstand, daß jene Gegenstände entweder gar nicht oder wenigstens nach ihrer besonderen Beschaffenheit nicht ausreichend verwahrt werden können, und daher eines besonderen gesetzlichen Schutzes durch eine schärfere Strafbestimmung bedürfen (Anmerk. Bd. II S. 120 und Bd. III S. 242 und 243), wozu bei der Beschädigung durch Feuer noch das Moment der größeren Gefährlichkeit tritt, da es häufig außer der Macht des Uebeltäters liegt, den Erfolg seiner That zu bemessen.

Nach Art. 251 macht sich der Brandstiftung IV. Grades auch derjenige schuldig, welcher abgeärndtete und im Freien stehende Feld-, Wiesen- oder Gartenfrüchte, von deren Anzündung nach aller Wahrscheinlichkeit keine Verbreitung des Feuers, noch Gefahr für bewohnte menschliche Aufenthaltsorte zu besorgen ist, mit rechtswidrigem Vorsatze anzündet.

Eine Bestimmung darüber, was unter Frucht zu verstehen sei, enthalten weder das Strafgesetzbuch noch die Anmerkungen hierzu; allein eine spätere zu Art. 218 erschienene Novelle vom 18. Okt. 1815 (L. S. 107) besagt, daß unter Frucht im gesetzlichen Sinne alles dasjenige zu verstehen sei, was der Boden mit oder ohne Beihülfe des Kunstfleißes der Menschen hervorbringt. Ist diese Novelle auch zunächst zu einem den Diebstahl betrefsenden Artikel erlassen, und an dessen Stelle nunmehr der Art. II Nr. 7 der Diebstahls-Novelle vom 25. März 1816 getreten, so kann doch die Anwendbarkeit dieser authentischen Interpretation des allgemeinen gesetzlichen Begriffes von Frucht überhaupt und auf Eigenthumsbeschädigungen, namentlich auch auf die durch Feuer, umsoweniger einem Anstande unterliegen, als, wie bereits oben erwähnt, der Grund, aus welchem dergleichen Gegenstände sich eines besonderen gesetzlichen Schutzes erfreuen, bei allen Eigenthumsbeeinträchtigungen der nämliche ist.

Daher wird die Brandstiftung IV. Grades an allen Bodenerzeugnissen, wenn sie abgeärndtet sind und im Freien stehen, begangen werden können, somit nicht bloß an Getreide, Heu, Klee, Flachß, Hanf, Taback u. s. w., sondern auch an Stroh, Kartoffelkraut und sonstigen Erzeugnissen des Bodens, welche nach dem Zwecke ihrer Verwendung noch kürzere oder längere Zeit nach der Abärndtung im Freien stehen oder liegen bleiben.

Auf den größeren oder geringeren Werth dieser Erzeugnisse kommt es nicht an, da das Gesetz alle dergleichen im Freien befindlichen Vorräthe, eben weil sie nicht zureichend verwahrt werden können, besonders schützen wollte, und daher die Beschädigung derselben überhaupt und ohne Rücksicht auf die Größe des Schadens mit strengen Strafen belegte, und überdies eine Beschädigung derselben durch Feuer immer als Verbrechen der Brandstiftung IV. Grades erklärte.

Zu den Bodenerzeugnissen und somit zu den Früchten im rechtlichen Sinne werden aber auch die zum Viehfutter bestimmten Weidenschaalen (Schelfen) und das Weidenlaub gerechnet werden müssen, und das k. Kreis- und Stadtgericht Schweinfurt hat daher in seinem Erkenntnisse vom 22. Juni 1850 wohl mit Unrecht angenommen, daß das Anzünden eines auf freiem Felde befindlichen aus Heu und Weidenschaalen bestehenden Futterhaufens nur dann den Charakter der Brandstiftung IV. Grades an sich trage, wenn der Thäter gewußt habe, daß unter den Weidenschaalen sich Heu befände, und er die Absicht gehabt habe, dieses in Brand zu stecken. Auch wenn der fragliche Futterhaufen lediglich aus Weidenschaalen bestanden hätte, würde eine Brandstiftung IV. Grades vorgelegen sein. Jedenfalls aber stellte sich die Handlung als eine ausgezeichnete Eigenthumsbeschädigung nach Art. 385 Nr. 3 dar, da der fragliche Futterhaufen gewiß unter die dort bezeichneten, nicht verwahrten Vorräthe zu rechnen war, wie dieß auch der oberste Gerichtshof nach dem mitgetheilten Erkenntnisse angenommen hat. —

Nr.

Zur Anwendung des Jagdsfrevelgesetzes.

Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes vom 10. November 1848, die Abänderung der Verordnung vom 9. Aug. 1806 über den Wildddiebstahl betr., enthält die Bestimmung, daß bei Jagdsfreveln, welche bloß eine polizeiliche Strafe nach sich ziehen, die Untersuchung und Aburtheilung nach den für die Behandlung von Polizeistrafsachen bestehenden Bestimmungen durch diejenigen Civilgerichte erster Instanz erfolgen solle, in deren Bezirke die Uebertretung verübt wurde¹⁾.

Nach Erlassung dieses Gesetzes beging eine im Dienste präsenle Militärperson einen polizeilich strafbaren Jagdsfrevel. Gemäß den früheren Kompetenzbestimmungen²⁾ stand die Untersuchung und Aburtheilung eines solchen Jagdsfrevels der Militärbehörde zu. Nunmehr aber vindizirte sich das betreffende Civilgericht die Zuständigkeit, behauptend, daß die früheren Kompetenzvorschriften durch Art. 8 Abs. 1 des erwähnten Gesetzes vom 10. Nov. 1848 für den gegebenen Fall aufgehoben worden seien. Die Militärbehörde bestritt diese Behauptung und noch schwebt der hierüber entstandene Kompetenzkonflikt.

Auß folgenden Gründen möchte die Zuständigkeit der Militärbehörde zu bejahen sein:

1) Die Kompetenz der Civilpolizeibehörden zur Untersuchung und Aburtheilung der Polizeilübertretungen war ein Institut des regulären Rechtes; der

1) Gleiches verordnet Art. 9 Abs. 2 des jetzt geltenden Gesetzes über die Bestrafung der Jagdsfrevel vom 25. Juli 1850.

2) M. s. Handbibliothek des bayer. Staatsbürgers, 2. Aufl. Bd. II S. 290—291.

Militärstrafgerichtsstand dagegen trägt die Eigenschaft eines singulären Rechtes. Wenn nun aber ein neueres Gesetz die ältere Regel aufhebt, so sind damit, soferne nichts Anderes erhellt, die neben der Regel bestandenen Ausnahmen nicht aufgehoben³⁾.

2) Weder in den Motiven zu dem Entwurfe, aus welchem das Gesetz vom 10. Nov. 1848, die Abänderung der Verordnung vom 9. August 1806 über den Wilddiebstahl betr., hervorgegangen ist⁴⁾, noch auch in den Motiven zu dem Entwurfe, auf welchem das Gesetz über die Bestrafung der Jagdfrevel vom 25. Juli 1850 beruht⁵⁾, ist von einer Aufhebung der militärstrafgerichtlichen Zuständigkeit über die von Militärpersonen während ihrer Dienstespräsenz begangenen Jagdfrevel die Rede, während doch eine solche Neuerung, wäre sie beabsichtigt gewesen, sicherlich nicht unberührt geblieben sein würde.

3) Die Kompetenzvorschrift des Art. 8 Abs. 1 des erwähnten Gesetzes vom 10. Nov. 1848 wurde offenbar im Vollzuge der Art. 8 und 21 des Grundgesetzes vom 4. Juni 1848 erlassen, wonach die bisher administrativ konstituiert gewesene Polizei- und Strafgerichtsbarkeit künftig an die Gerichte übergehen soll⁶⁾. Das Grundlagengesetz handelt aber

3) Geuffert, prakt. Pand.-R. 2. Aufl. Bd. I §. 4 C. 6. Weseler, System des gem. deutsch. Priv.-R. Bd. I §. 23 C. 85.

4) Verh. des Gesetzgeb.-Ausssch. der R. d. R.-R. v. J. 1848 Weill. Bd. II C. 164 und 165.

5) Verh. der R. der Abg. v. J. 1850, Weill. Band V C. 74 Spalte 2 zu Art. 9.

6) In derselben Weise (partiell) wurden die Art. 8 und 21 des Grundlagengesetzes durch die Spezialgesetze über die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsbetrugationen vom 10. Nov. 1848 Art. 2, —

seiner ganzen Anlage nach nur von der bürgerlichen Gerichtsorganisation und läßt die Militärstrafgerichtsbarkeit um so gewisser außer Berührung, als es unter den nach Art. 2 aufzuhebenden Gerichtsständen nicht auch den privilegierten Gerichtsstand der Militärpersonen erwähnt. Wollte hiernach das Grundlagengesetz keine Veränderung an dem Umfange der Militärstrafgerichtsbarkeit treffen, so wird man dasselbe auch von den im Vollzuge jenes Gesetzes erlassenen Vorschriften anzunehmen haben.

4) Schon aus den ganz analogen Bestimmungen der in Note 6 erwähnten Gesetze ergibt sich, daß die „Civilgerichte erster Instanz“ nur als gleichbedeutend mit den „untersten Gerichten“ oder den „Stadt- und Landgerichten“, keineswegs aber im Gegensatz von den Militärgerichten genommen wurden. Ebenso wenig dachte man an diesen Gegensatz bei der Behandlung des Entwurfes in den ständischen Gesetzgebungsausschüssen. Vielmehr wurde dabei nur die Frage in Erwägung gezogen, welcher von den beiden Ausdrücken „Civilgerichte erster Instanz“ oder „unterste Gerichte“ geeigneter sei, um sowohl für die gegenwärtige als die künftige Gerichtsverfassung zu quadriren¹⁾.

Lag dem Ausdrucke „Civilgericht“ überhaupt eine besondere Intention zu Grunde, oder war das mit noch mehr beabsichtigt, als eine sowohl für den gegenwärtigen als für den künftigen Zustand der Gerichtsorganisation passende Nomenklatur zu

über die Ausübung der Jagd, vom 30. März 1850 Art. 23 in fine, und über die Einrichtung des die Kunststraßen befahrenden Fuhrwerkes vom 25. Juli 1850 Art. 18 vollzogen.

¹⁾ Verh. des Gesetzgebungsausschusses der A. d. N.-N. v. J. 1848 Bell. Bd. II S. 233 und Prot. Bd. III S. 377.

gewinnen, so wurde er zweifelsohne nur aus folgenden Erwägungen gebraucht. Bis zum Jahre 1848 waren die Landgerichte in ihrer Eigenschaft als Gerichte zwar Untersuchungs-, aber, ganz singuläre Fälle ausgenommen, nicht Strafgerichte. Die Strafgerichtbarkeit stand ihnen regelmäßig nur als Polizeibehörden zu. Nunmehr aber sollte ihnen die Judikatur über polizeilich strafbare Jagdfrevel als Gerichten überwiesen werden. Hätte man nun gesagt, die besagliche Judikatur solle den „untersten Gerichten“ oder den „Landgerichten“ zustehen, so wäre damit nicht evident ausgesprochen gewesen, ob dieselben als Polizeibehörden oder als Gerichte judizieren sollen; denn sie waren eben beides. Um diesen Zweifel zu beseitigen, mußte die Judikatur über polizeilich strafbare Jagdfrevel den Landgerichten in derjenigen ihrer Eigenschaften übertragen werden, in welcher sie bereits eine richterliche, — nicht administrative, — Judikatur hatten, das ist, in ihrer Eigenschaft als Civilgerichte, womit noch überdies angedeutet war, daß da, wo kollegialische Berathung und Beschlußfassung in Civilsachen bestund, diese (bis zur Einführung der neuen Gerichtsverfassung) auch bei der Aburtheilung polizeilich strafbarer Jagdfrevel statthaben solle^{*)}. —

Schließlich glauben wir jedoch noch beifügen zu sollen, daß in Frankreich bei ganz analogem Stande der Gesetzgebung die in Rede stehende Frage abweichend von unserer Ansicht entschieden worden

*) So wurde denn auch in einer an das k. Appellationsgericht von Niederbayern am 23. Febr. 1849 erlassenen Justizministerialentscheidung die Ansicht ausgesprochen, „daß Landgerichte mit kollegialer Verfassung die Jagdfrevel, welche eine polizeiliche Strafe nach sich ziehen, auch nur mittelst kollegialer Berathung abzuurtheilen haben“.

ist. Militärpersonen stehen daselbst bezüglich der von ihnen während ihrer Dienstespräsenz (*présence sous les drapeaux*) begangenen gemeinstraßbaren Vergehen (*délits communs*) gleichfalls unter der Militärstrafgerichtsbarkeit. Nichts desto weniger wurde durch *Arrêts* des Kassationshofes vom 8. fruct. an 11. und vom 10. Okt. 1806, sodann durch ein Staatsrathsgutachten vom 4. Januar 1806 ausgesprochen, daß Jagdvergehen, welche von einer im Dienste präsenten Militärperson verübt werden, vor die bürgerlichen Strafgerichte gehören. Denn Jagdvergehen betreffen „*les règles de la police générale et la conservation des forêts*“, und wenn auch Militärpersonen wegen der von ihnen während ihrer Dienstespräsenz verübten gemeinstraßbaren Vergehen unter den Militärstrafgerichten stünden, so könnte sich doch die außerordentliche Kompetenz dieser Gerichte nicht auf solche gemeinstraßbare Vergehen erstrecken, worüber Spezialgesetze vorhanden sind und deren Aburtheilung durch diese Spezialgesetze ganz allgemein, ohne irgend eine Ausnahme, den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist⁹⁾.

Und scheinen diese Gründe wenig treffend zu sein. Interessiren nicht auch andere Vergehen die *police générale*, und welchen Unterschied kann es in Bezug auf die Zuständigkeit begründen, ob ein Vergehen im allgemeinen Strafgesetzbuche oder in einem Spezialgesetze behandelt ist? Sind doch auch die im *Code pénal* aufgeführten strafbaren Handlungen durch die allgemeinen Bestimmungen der Strafprozeßordnung den bürgerlichen Strafgerichten zugewiesen! Und wenn nun bezüglich einer beson-

⁹⁾ Chénier, *Guide des tribunaux militaires*, 1838, tome premier, page 260 et 267.

deren Art von Vergehen die Kompetenzregel der Strafprozeßordnung durch ein Spezialgesetz wiederholt wird, soll daneben die durch ein noch spezielleres Gesetz regulirte Zuständigkeit der Militärgerichte nicht fortbestehen können? Der deutsche Jurist wird hier anders als der französische interpretiren.

N.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Richterklärung auf Behauptungen in der Beweisantretung.

In einer Beweisantretung, die Einrede mehrerer Zuhälter betreffend, hatte der Beklagte, um das Erbieten zum Erfüllungsbeide als zulässig darzustellen, die Behauptung vorgebracht, er habe sich durch eigene Sinneswahrnehmung von dem fleischlichen Umgange der Klägerin mit anderen Mannspersonen überzeugt. In der Erklärung auf die Beweisantretung unterließ es die Klägerin, dieser Behauptung zu widersprechen, woraus von der anderen Seite gefolgert werden wollte, die behauptete Thatsache müsse als zugestanden gelten. Dagegen bemerkten unter Anderem (vgl. unten S. 94 f.) die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: „Es konnte der Klägerin nicht schaden, daß sie jener Behauptung des Beklagten und Probanden nicht sogleich ausdrücklich und speziell widersprochen hat, weil die Vorschrift des §. 19 des Prozeßgesetzes vom J. 1837 nur auf das erste Verfahren im Prozesse Anwendung findet....

.....“

MÜCC. vom 21. Juli 1849. Nr. 937⁴⁸/₄₉.

2.

Befugniß des Oberrichters, eine vom Appellanten, welcher um definitive Entscheidung zu seinen Gunsten gebeten hat, nicht beantragte Aenderung im Beweissage vorzunehmen.

Vgl. Comment. über die G.D. Bd. 4 S. 96 f. Bl. f. R.A. Bd. 2 S. 109, Bd. 4 S. 401, Bd. 8 S. 49, 139, Bd. 9 S. 143, Bd. 10 S. 28, Bd. 12 S. 183.

In einem gegebenen Falle hatte der Richter erster Instanz der Klägerin zu beweisen aufgelegt: „daß Beklagter nach erlangter Volljährigkeit sich als Vater zu dem von ihr am 3. Januar 1837 geborenen Kinde bekannt habe.“

Bei dieser Beweisauflage beruhigte sich Klägerin, Beklagter aber beschwerte sich zunächst deswegen, weil überhaupt auf Beweis erkannt und die Klage nicht definitiv oder angebrachtermaßen abgewiesen worden, sodann eventuell unter Anderem darüber, daß ihm der Beweis der Einrede nicht nachgelassen worden: „es sei die Anerkennung des fraglichen Kindes nicht unter Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten vor sich gegangen.“ Vom Richter zweiter Instanz wurde zwar der primären Berufungsbitte des Beklagten, wie sie gestellt war, nicht stattgegeben, aber die der Klägerin gemachte Beweisauflage dahin erschwert, sie habe darzuthun:

„daß Beklagter nach erlangter Volljährigkeit in einem vor der hiezu kompetenten öffentlichen Behörde unter der nach Art. 62 des code civil vorgeschriebenen Förmlichkeit ausgefertigten Akte sich als Vater zu dem von der Klägerin am 3. Januar außerehelich geborenen Mädchen bekannt habe.“

Nun führte Klägerin Beschwerde und verlangte die Streichung des vom UG. zu dem Beweissage

gemachten Zusatzes, weil Niemand darauf angetragen habe, derselbe also *ultra petita partium* erfolgt sei. Dagegen bemerken aber die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: „Konnte auch die prinzipielle Beschwerde des Beklagten (in zweiter Instanz) an sich für gegründet nicht erachtet, und die Klage weder definitiv noch angebrachtermaßen abgewiesen werden, so ist doch anzunehmen, daß die (angemessener bestimmte) Auflage eines Beweises über den erheblichen Klagegrund (gültigen Anerkennungssatz) an die Klägerin, als ein minus im Verhältnisse zu jenem majus, in dem *petito* des Beklagten und Appellanten enthalten, daher dem Richter zweiter Instanz die Befugniß gegeben war, den Beweisatz mit Rücksicht hierauf zu normiren und zu erweitern, ohne dadurch *ultra petita partium* zu erkennen. Auf die eventuelle Beschwerde und Bitte war nicht mehr einzugehen, weil schon der primären die geeignete Folge gegeben wurde.“

DAOE. vom 21. März 1843. Nr. 78³⁹/₄₀.

3.

Begründung der Eintrede des Zwanges.

Wgl. Bd. 4 S. 29.

In einem gegebenen Falle handelte es sich von den Wirkungen einer Urkunde, durch welche Beklagter sich zum Vater des von der Klägerin geborenen Kindes bekannt hatte. In dritter Instanz beschwerte sich der Beklagte unter Anderem über Abschnidung des Beweises seiner Behauptung: daß jene Anerkennung nicht freiwillig geschehen sei. Diese Beschwerde wurde wegen mangelhafter Substanziirung der fraglichen Eintrede für unerheblich erachtet. „Nur zwei Stellen in der Vernehmung des Beklagten sind es, welche sich hierher beziehen:

- a) Fol. 47 sagt derselbe: „auf die Anerkennung „hat es nicht anzukommen, weil sie nicht „freiwillig vor sich gegangen ist“.
- b) Fol. 50: „das Dokument Ziff. 2 ist un- „gültig, weil Beklagter zu solchem gezwun- „gen wurde“.

Dieses zweifache Vorbringen setzte die Klägerin nicht in den Stand, sich in der Replik gehörig darauf zu vertheidigen. Die Erzeptionen sollen nämlich nach O. Kap. 6 §. 8 deutlich, ordentlich und umständlich vorgetragen werden. Hieran gebricht es dem obigen Vorbringen in jeder Beziehung, es ist kein Faktum angegeben worden, wodurch ein gesetzlicher Mangel der Willensbestimmung herbeigeführt worden wäre; es mangelte daher auch in dieser Beziehung an einem Gegenstande der Beweis- aufgabe“.

DAUE. vom 21. März 1843. Nr. 78³⁹/₄₀.

4.

Verträge mit Juden.

Der Grundsatz von der Unwirksamkeit der Privat- Vertragsurkunde zum Beweise des Klagegrundes der *condictio sine causa*, über dessen Anerkennung durch den obersten Gerichtshof in Bd. 9 S. 336 Nr. 7 Nachweisungen geliefert sind, wurde neuerdings zur Anwendung gebracht im DAUE. vom 17. April 1847. Nr. 700⁴⁶/₄₇.

5.

Sicherstellung des Mutter- (oder Vater-) Guths.

(Mainzer Recht.)

Ein überlebender Eheheil, der mit dem verstorbenen Ehegenossen nach Mainzer Landrecht

gelebt hatte, kann, bevor er zur zweiten Ehe schreitet oder Gefahr der Verschwendung besorgen läßt, zur Angabe des Eheinbringens des Verstorbenen, zum Zwecke der Sicherstellung zu Gunsten minderjähriger Kinder durch Eintrag in das Hypothekenbuch nach Maßgabe des §. 12 Nr. 7 und §. 104 Nr. 4 des Hyp.-Gesetzes, nicht angehalten werden.

DAGE. v. 6. Juli 1848. Nr. 1016⁴⁵/₄₆.

6.

Berufungssumme. Grundzinse.

In Streitigkeiten über das Recht zur Erhebung eines Grundzinses besteht die durch das Gesetz vom 23. Mai 1846 über die Berufungssumme in Civilrechtsstreiten (Gesetzblatt S. 165) Art. 1 Ziff. 1 und 2 vorgeschriebene Ausnahme von dem Erfordernisse der Berufungssumme — auch nach dem Eintritte des Gesetzes vom 4. Juni 1848 über die Aufhebung, Fixirung und Ablösung von Grundlasten (Art. 7, 21, 23 und 25) noch fort.

DAGE. vom 15. Sept. 1849. Nr. 691⁴⁸/₄₉.

7.

Prozeßkosten • Raution. Forensen.

Wird ein Forense von einem Ausländer vor einem bayerischen Gerichte belangt, so ist er berechtigt, von seinem Gegner Raution wegen der Prozeßkosten zu verlangen.

DAGE. vom 3. Juni 1845. Nr. 394⁴³/₄₄.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ergänzungsblatt Nr. 3. März 1851.

zur Anwendung des §. 7. Titel IX. der Verfassungsurkunde über den Militärstrafgerichtsstand.

Das Heerergänzungsgesetz vom 15. Aug. 1828 enthält im §. 4 die Bestimmung: „Wer wegen eines Verbrechens oder wegen eines durch Betrug, Unterschlagung, Fälschung oder Diebstahl begangenen Vergehens verurtheilt worden ist, kann der Ehre der Waffen nicht theilhaftig werden.“

Wenn nun Jemand, der schon früher wegen eines Verbrechens oder eines der genannten Vergehen verurtheilt worden war, gleichwohl aus Versehen in das Heer aufgenommen und als Militärperson verpflichtet wurde, nach diesem Zeitpunkte aber und während seines Dienststandes eine neue strafbare Handlung begeht, — so fragt sich: Welcher Behörde steht in einem solchen Falle die Untersuchung und Aburtheilung zu; — der Militär- oder der bürgerlichen Strafbehörde?

Wir entscheiden uns für die Zuständigkeit der Militärstrafbehörde.

Schon Baron von Kreittmayr stellt in seiner Abhandlung vom Militärrechte (Band V der Anm. zum Civil-Coder Cap. 21 §. 1 lit. a und §. 3 lit. a) die Eigenschaft einer Militärperson lediglich auf die Thatfache, daß Jemand für den Kriegszug
XVI.

dienst verpflichtet und der Musterrolle einverleibt wurde. Diesem Grundsatz ist die spätere Gesetzgebung fortwährend treu geblieben.

Das Cantonöreglement vom 7. Januar 1805 (Reg. Bl. S. 269) verordnet im §. 40: „Die „Militärpflichtigen bleiben bis zu ihrer wirklichen „Einziehung der Gerichtsbarkeit ihrer Civilobligkeiten „unterworfen; sobald sie aber zur Fahne geschworen haben, stehen sie unter dem Regiments- und dem Bataillonögerichte und treten nur dann erst in ihre vorigen Civilverhältnisse zurück, „wenn sie vom Regimente rechtmäßig entlassen sind.“

Nach Art. 184 des Konstriptionsgesetzes vom 29. März 1812 (Reg. Bl. S. 687) wird die Einverleibung in das Militär durch die Thatsache der Verpflichtung begründet.

§. 2 des Gesetzes vom 15. Aug. 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsachen betr., verordnet: „Die Kontribuirten werden den „Militärpersonen erst von dem Zeitpunkt an zugerechnet, wo sie in die Armee eingereicht und „den Militärdienstleid geleistet haben.“

Nach §. 75 des Heerergänzungsgesetzes vom 15. August 1828 sind als Deserteure diejenigen zu behandeln (und nach §. 76 von den Militärgerichten zu bestrafen), welche nach vorhergegangener umständlicher Bekanntmachung der Militärstrafgesetze auf dieselben förmlich beeidigt wurden und nachher entweichen.

Endlich wird in den durch Ministerialentschließung vom 8. Januar 1810 (Intell. Bl. von Oberbayern S. 74 und 75) ausgeschriebenen u. h. Vorschriften, die Zuständigkeit in polizeilichen Rechtsachen der Militärpersonen betr., der Ausdruck: „wirkliche Militärpersonen“ durch den Zusatz erläutert: „welche den Dienstleid geleistet haben.“

Indem wir durch alle diese Bestimmungen

darthun wollen, daß es bei der Frage über die Eigenschaft einer Militärperson und Folgeweise über deren Unterwerfung unter die Militärstrafgerichtsbarkeit lediglich auf die Thatsache, — nicht auf die Rechtmäßigkeit, — des Eintrittes in die Armee vermittelt der Ablegung des militärischen Dienstes ankomme, könnte man und entgegenhalten, daß, wenn im einzelnen Falle die befragliche Thatsache dem Prohibitivgesetze des §. 4 des Heerergänzungsgesetzes vom 15. Aug. 1828 zuwiderlaufe, sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nichtig sei und eine rechtliche Wirkung nicht erzeugen könne. Auf diesen Einwand erwidern wir: Wohl ist in der Regel jedes verbotende Gesetz als eine *lex perfecta* in der Art zu betrachten, daß eine gegen dasselbe unternommene Handlung ungiltig ist, gleichviel ob die Nichtigkeit vom Gesetze angedroht wurde oder nicht. Allein dieser Rechtsatz erleidet eine natürliche Ausnahme für diejenigen Fälle, in welchen mit der verbotenen Handlung eine andere, die Nichtigkeit derselben gerade ausschließende Folge verbunden ist ¹⁾. Nun hatte aber schon das Konfskriptionsgesetz vom 29. März 1812 Art. 22 und 23 die Unfähigkeit zum Militärdienste wegen Verbrechens gekannt und gleichwohl stellen nicht nur die militärischen Strafgesetze vom Jahre 1813 Art. 52 (Reg. Bl. S. 1067), sondern auch die Militärdienstvorschriften vom Jahre 1823 §. 477 das rein militärische Verbrechen der Erschleichung der Assentirung auf, welches dadurch begangen wird, daß Jemand bei der Assentirung Umstände verschweigt, welche zur Annahme bei dem

¹⁾ Savigny, Syst. des heut. röm. Rechts B. 4 §. 203 S. 551 u. 552. Arnolds, Lehrb. der Pand. 1. Abth. §. 70 S. 81.

Militär unfähig machen, und welches nach dem erwähnten §. 477 und gemäß §. 514 der Dienstvorschriften durch die Militärgerichte mit geschärftem Arreste und mit Fortweisung aus dem Militäre mittelst Laufzettels bestraft werden soll. Wie könnte das Verbrechen der erschlichenen Affentirung als ein militärisches Verbrechen aufgestellt, mit militärischen Strafen bedroht und der militärischen Strafgerichtsbarkheit unterworfen werden, wenn die Einreihung des Unfähigen als nicht geschehen zu betrachten wäre? Wie könnte die Fortweisung des Unfähigen vom Militäre (vgl. §§. 577 und 581 der Dienstvorschriften) vorgeschrieben werden, wenn er die Eigenschaft einer Militärperson gar nie erlangt hätte? —

Indem wir aus diesem Zusammenhange der Gesetzgebung ²⁾ dargethan haben, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers sein konnte, die Einreihung eines nach §. 4 des Heerergänzungsgesetzes vom J. 1828 der Waffenehre Unwürdigen für ungiltig zu betrachten, stellen wir nicht in Abrede, daß nach der Absicht desselben §. 4 die Einreihung eines solchen Unwürdigen hinterher reſzindirt werden müsse. Allein auch hiebei müssen wir behaupten, daß eine solche Reſzission nur *ex nunc*, — nicht *ex tunc*, — wirken könne, weil sonst die militärische und militärgerichtliche Bestrafung der erschlichenen Affentirung, — Anfangs zugelassen, — hinterher annullirt würde.

Die Annahme, daß eine gegen die Vorschrift des alleg. §. 4 erfolgte Einreihung von Anfang an nichtig sei, oder daß ihre spätere Reſzission rück-

²⁾ Fr. 24 D. (1. 3) *Inclvile est, nisi tota lege perspecta una aliqua ejus particula proposita judicare vel respondere.* Fr. 26 — 27 *ibid.* *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.*

wärts wirke, ist aber nicht bloß nicht vom Standpunkte des positiven Gesetzes aus zu rechtfertigen, sie würde auch zu den mißlichsten Unzulänglichkeiten in der Anwendung führen. Nach dieser Theorie könnte ein gegen die Vorschrift des §. 4 cit. Eingereichter ungestraft militärische Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen begehen, welche keinen gemeinstraßbaren Bestandtheil enthalten. Wäre er aber wegen solcher Handlungen schon bestraft worden und entdeckte sich erst hinterher, daß er unfähig war, in das Heer aufgenommen zu werden, so müßten jene Bestrafungen, so weit es möglich, reparirt werden. Ferner könnte an einem solchen Eingereichten niemals das Verbrechen der Widersehung (Art. 317 Th. I des Str. G. B.) begangen werden und wenn gleichwohl gegen ihn begangene Widersehungungen bestraft worden wären, müßten auch diese Strafen so weit es möglich, reparirt werden.

Bornehmlich diese praktische Seite war es, welche auch den Pariser Cassationshof zu der in zahlreichen Arrêts³⁾ ausgesprochenen Jurisprudenz veranlaßte, wonach die Thatfache der Einreihung allein die Eigenschaft einer Militärperson verleiht und den Militärstrafgerichtsstand begründet, ohne daß die Unfähigkeit zur Einreihung hieran etwas zu ändern vermöchte. —

Eine weitere Frage ist die folgende. Wenn sich hinterher zeigt, daß Jemand gegen die Vors

³⁾ Chénier, Guide des tribunaux milit. t. I. p. 267 — 269. Légrand, Études sur la législ. milit. p. 17. Dalloz, Dict. général, t. I. p. 589. Dérille-neuve et Renard, Recueil général An. 1832. I. p. 708 — 710. Die Zulassung einer Ausnahme darin, daß sich ein trotz seiner Unfähigkeit Eingereichter des Verbrechens der Desertion nicht schuldig machen könne, ist inkonsequent.

schrift des §. 4 cit. eingereicht wurde, so rñlegt die Einreichung im administrativen Wege durch das Kriegsministerium reñzindirt zu werden. Gehñ nunmehr in Folge einer solchen Reñzission die gegen den Eingereichten bei dem Militärgerichte bereits anhängig gewordene Untersuchung an das bürgerliche Strafgericht über? Wir glauben diese Frage verneinen zu sollen. Der zunächst für den Civilprozeñ aufgestellte Grundsatz: „Ubi lis coepta, ibi debet finiri“ gilt auch im Strafprozeñe und liegt daselbst dem Gerichtsstande der Prävention zum Grunde⁴⁾. Nach diesem Grundsatz verbleibt eine Sache bei dem Richter, bei welchem sie anhängig geworden, auch in dem Falle, wenn der Belangte späterhin seinen Stand verändert und dadurch unter eine andere Gerichtsbarkeit kömmt⁵⁾. Es frägt sich

4) Stübel, das Kriminalverfahren, B. I. §. 353 S. 175, 176. Henke, Handb. des Kriminalrechts B. IV. §. 45 S. 291, Heffter, Lehrb. des Kriminalrechts, 4. Aufl. §. 571 S. 517.

5) Fr. 7 D. de jud. (5. 1) Si quis, posteaquam in jus vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit; in ea causa jus revocandi forum non habebit, quasi praeventus. — C. ult. §. 1 C. de in jus vocando (2. 2). Qui libellum accipit, etiamsi in aliud officium translatus sit, miles sorte vel clericus factus, respondeat omnino in primo foro, quod secundum primam ejus conditionem censetur competens, nullam habens fori praescriptionem. — C. 4 C. de veteranis (12. 47) Nullus eorum (sc. veteranorum), qui sacramentis inhaerere desierit, vel volens permittatur, vel invitus militare cogatur, seu stare judicum sententiis: quae non his observatis latae fuerint, nullam firmitatem habentibus, nisi sorte reperiatur ibi tempore militiae coepta cognitio; tunc enim velut nec dum cingulo deposito sub militari iudice rem tractari finiri que praecipimus; nisi Principali beneficio

nun aber, ob nicht an diesen allgemeinen Grundsätzen durch das partikuläre bayerische Recht für den in Rede stehenden Fall eine Abänderung getroffen worden sei. Die Verordnung vom 25. Juni 1804 (Reg. Bl. S. 609) bestimmt in Ziff. 3, daß, außer dem Falle, daß Jemand ein Verbrechen begeht und, um seinem ordentlichen Gerichtsstande auszuweichen, sich zum Militäre begibt, die gemeinen Verbrechen der Soldaten, welche sie schon vor dem Antritte des Militärstandes begangen haben, bei den Militärgerichten und die während des Militärstandes begangenen gemeinen Verbrechen der Verabschiedeten von den Civilgerichten behandelt werden sollen. Nach dieser Bestimmung und nach dem Eingange der Verordnung, gemäß welchem sie sich überhaupt nur auf die gemeinen Verbrechen der Militärpersonen bezieht, ist vor Allem gewiß, daß jedenfalls nicht in Bezug auf militärische Verbrechen und Vergehen die gemeinrechtliche Wirkung der Litispetenz beseitigt wurde. Dasselbe glauben wir aber auch in Bezug auf gemeine Verbrechen und Vergehen, welche während des Militärstandes begangen wurden, behaupten zu sollen. Wenn die Verordnung solche Verbrechen der Verabschiedeten von den Civilgerichten behandelt wissen will, so bezieht sich diese Bestimmung nur auf jene Fälle, in welchen das während des Dienststandes begangene Verbrechen erst nach der Verabschiedung offenbar wird, nicht aber auch auf diejenigen Fälle, in welchen ein solches Verbrechen schon während des Militärstandes entdeckt und die Untersuchung wegen desselben bei

specialiter indulto quidam ex his esse defendant.
 Man vgl. noch fr. 19 pr. de jurisdic. (2, 1); cap. 10 X de offic. leg. — Oßner u. Schmidlein, Jahrb. D. II S. 304, 305.

dem Militärgerichte anhängig wurde. Die Bestimmung der nachfolgenden Ziff. 4 läßt hierüber keinen Zweifel. Sie lautet: „Bei der Konkurrenz „mehrerer Verbrechen, welche schon vor oder während „dem Soldatenstande begangen wurden, prävalirt „nach den nämlichen Grundsätzen: derjenige „ordentliche Gerichtsstand, unter welchem der Ver- „brecher sich zur Zeit der Untersuchung (d. i. „wohl zweifellos: zur Zeit, da die Untersuchung hängig wird) befindet.“ Demnach spricht Ziff. 3 der Verordnung vom 25. Juni 1804 nach ihrem wahren Verständnisse nur denselben Satz aus, welchen die Württembergische Straspr. D. vom Jahre 1843 Art. 38 in deutlicherer Fassung folgenderweise aufstellt: „Der befreite Gerichtsstand erstreckt sich auch „auf Vergehen, welche vor seinem Eintritte geschehen „sind, wofern sie erst nach diesem zur Unter- „suchung kommen. In gleicher Art erkennt über „Verbrechen desjenigen, der zur Zeit der Verübung „derselben einen befreiten Gerichtsstand anzusprechen, „zur Zeit der Untersuchung aber diese Befreiung „verloren hatte, das Gericht, welches, von letzterer „abgesehen, zuständig ist.“⁶⁾

In der That auch würde es zu den mißlichsten Unzuträglichkeiten führen, wenn eine bei dem Militärgerichte eingeleitete Untersuchung, in welcher vielleicht schon das erstrichterkliche Erkenntniß erlassen wurde,

⁶⁾ Die Schleswig-Holsteinsche Militär-Strafgerichts- und Prozeßordnung vom 24. Okt. 1849 verordnet in §. 11 Abs. 1: „Auf die Zuständigkeit bezüglich einer „schon anhängigen Untersuchung hat der Eintritt des „Beschuldigten in den Dienststand und das gänzliche „Ausscheiden aus dem Militärverhältnisse keinen Ein- „fluß.“ Ebenso dem Principe nach die Preuß. Militär- strafgerichtsordnung vom 3. April 1845 Th. II. §. §. 9—11, 14, 15 und 17.

nummehr, da der Termin der Entlassung aus dem Dienststande eintritt, oder die gegen das Gesetz erfolgte Einreihung revidirt wird, an das bürgerliche Strafgericht zur Fortführung abgegeben werden müßte. — N.

Von appellationsgerichtlichen Erkenntnissen auf Zurückweisung einer Sache in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes.

In den Studien über eine in obigem Betreffe erhobene Streitfrage, welche in Bd. 15 S. 177 f. unserer Zeitschrift mitgetheilt wurden, ist die Ansicht ausgesprochen: Hat der Staatsanwalt beim Appellationsgerichte gegen den von diesem in geheimer Sitzung gefaßten Beschluß, die Sache nach Art. 64 des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes zu verweisen, das nach Art. 66 Nr. 1 und 6 zustehende Rechtsmittel nicht ergriffen, so ist nun dem Beschuldigten (abgesehen von dem Hinzukommen neuer Umstände oder Beweise) das Recht erwachsen, wegen derselben That nicht vor das Schwurgericht gestellt zu werden. Wenn sich nun gleichwohl das Kreis- und Stadtgericht nach gepflogener öffentlicher Verhandlung, ohne daß sich in dieser neue Umstände oder Beweise ergaben, für inkompetent erachtet, eine wiederholte Verweisung an das Appellationsgericht (in die geheime Sitzung desselben) aber als unzulässig erscheint, so ist in der fraglichen Inkompetenzerklärung der Wirkung nach eine Freisprechung enthalten, indem eine That, für deren strafrechtliche Beurtheilung sich keine Kompetenz eines Strafgerichtes herausstellt, eben dadurch straffrei werden muß.

Wäre jene Prämisse richtig und der Beschuldigte wirklich durch die Zurückverweisung an das Kr.- und StG. unter der angegebenen Voraussetzung gegen eine spätere Stellung vor das Schwurgericht sichergestellt, so müßte auch die gezogene Folgerung eingeräumt werden. Allein die Annahme der Prämisse unterliegt erheblichen Bedenken.

Der Beschuldigte kann aus der vom Staatsanwalte nicht angefochtenen Verweisung vor das Kreis- und Stadtgericht das in Rede stehende Recht schon deshalb nicht erwerben, weil „Richter wie Geschworene lediglich nach ihrer Ueberzeugung zu urtheilen haben“, und weil „das Urtheil der Richter in öffentlicher Sitzung nur auf das Ergebniß der öffentlichen Verhandlung, nicht auf die Akten der Voruntersuchung, gebaut sein soll“. Der Wirkung nach würde aber das Urtheil auf die Akten der Voruntersuchung gebaut, wenn man einem Verweisungsbeschlusse die Wirkung beilegte, daß der Beschuldigte nach demselben nicht mehr vor das Schwurgericht gestellt werden könne, m. a. W. daß derselbe nunmehr zwar noch mit einer Strafe belegt werden könne, die innerhalb der Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte liegt, nicht aber mit einer schwereren. Mit Recht wird dagegen in dem Ausschußprotokolle der R. v. A. v. 10. Aug. 1848 S. 83 bemerkt, „die appellationsgerichtliche Verweisung sei als kein förmliches Urtheil, noch viel weniger als eine *res judicata* oder als eine bindende Norm für das Stadtgericht anzusehen; daher könne dieses, da sich in Ansehung der Unabhängigkeit der Gerichte die Annahme dieser oder jener strengeren oder milderen Rechts-Ansicht nicht befehlen lasse, demungeachtet auf seiner Anschauungs- oder Beurtheilungsweise verharren“. — — — Sind nun aber die Verweisungs-Beschlüsse für die Kreis- und Stadt-Gerichte nicht bindend, so können sie auch für die

Appellationsgerichte nicht bindend sein. Ganz richtig wird ferner in Bd. 15 S. 178 bemerkt, „nur in so weit könne hier allenfalls von einer verbindenden Kraft die Rede sein, daß nunmehr das Kreis- und Stadtgericht die Sache in seiner öffentlichen Sitzung verhandeln lassen müsse, und sich nicht etwa auf den Grund des früher in geheimer Sitzung (von anderen Kollegen) gefaßten Beschlusses der Verhandlung entschlagen dürfe“¹⁾.

Noch entschiedener spricht sich v. Scheurl in seinen Anmerk. S. 48 dahin aus, „daß weder die Geschworenen noch der Schwurgerichtshof, noch das urtheilsfällende Kreis- und Stadtgericht auch nur im mindesten an den Verweisungsbeschluß gebunden oder dadurch irgendwie verhindert sind, den Beschuldigten von Schuld und Strafe ganz frei zu sprechen oder doch nur eine geringere, andererseits aber auch eben so wohl eine größere Schuld und Strafbarkeit desselben anzuerkennen, als jener Beschluß vorausgesetzt hatte“, und daß „demnach eigentlich gar kein Grund vorhanden wäre, den Beschuldigten oder dem Staatsanwälte gegen diese Beschlüsse Rechtsmittel zu geben, da sie doch einer eigentlichen Rechtskraft nicht fähig sind“. „Die gleichen Wirkungen“, bemerkt Scheurl sodann S. 52, „seien den appellationsgerichtlichen Verweisungs-Beschlüssen beizulegen, wie den stadtgerichtlichen.“

Den Verweisungsbeschlüssen eine solche Rechtskraft beilegen, daß dem Angeschuldigten daraus ein Recht der fraglichen Art erwüchse, hieße in der That den Anklagekammern einen Beruf unterschleiben, den sie nach dem Gesetze nicht haben und

¹⁾ Vgl. hierüber z. B. auch Höchster „Lehrb. des franz. Strafprozeßes“. Bern 1850 S. 93 und 101.

nach der richtigen Organisation des auf das Prinzip der Mündlichkeit gebauten Strafverfahrens nicht haben können. Die Anklagekammern haben nicht den Beruf, zu urtheilen (Jäger), sondern bloß zu entscheiden, ob und vor welches Gericht der Verdächtige vorläufig zu stellen sei. „*Les arrêts de renvoi ne sont qu'indicatifs et non attributifs de juridiction*“ ist ein bekannter Grundsatz des französischen Prozeßrechtes. Dieser Grundsatz ist eine Konsequenz des höheren Prinzipes, daß für das Urtheil lediglich die öffentlich : mündlichen Verhandlungen maßgebend seien, und eine Konsequenz aus ihm ist die Unmöglichkeit, daß der Angeeschuldigte aus solchen Beschlüssen ein Recht der fraglichen Art erwerben könne.

Bezeichnend für das Maß rechtlicher Wirkung der Verweisungs- oder Anklagebeschlüsse in Frankreich ist ein *arrêt* v. 27. Febr. 1812, wonach die Anklagekammer nicht darauf sehen soll, ob ein zur Verurtheilung hinreichender Beweis vorhanden sei.

Wollte man dem Verweisungsbeschlüsse überhaupt eine so weit greifende, das Urtheil bestimmende Wirkung beilegen, so müßten die Voruntersuchungen, welche ja die alleinige Grundlage der Verweisungsbeschlüsse bilden, viel umständlicher, gründlicher und erschöpfender eingerichtet werden, als dieses im Geiste des neuen Verfahrens liegt. Es müßte dann geradexu alles Dasjenige schon in die Voruntersuchung gezogen werden, was dem Prinzip und der gesammten Organisation des neuen Verfahrens gemäß der Hauptverhandlung — dem eigentlichen Beweisverfahren — vorbehalten bleiben muß, m. a. W., die Voruntersuchung müßte dann nicht bloß auf Herstellung einer Wahrscheinlichkeit, sondern der Gewißheit ausgehen, und das darauf folgende öffentlich : mündliche Verfahren

würde dadurch eine leere Komödie. Der Bestimmung und der Einrichtung unserer Voruntersuchung gemäß ist es eine juristische Unmöglichkeit, bloß auf die Voruntersuchungsakten hin in allen Fällen mit Bestimmtheit auszusprechen, daß kein Schwurgerichtsfall vorliege. Aus dieser Unmöglichkeit folgt aber offenbar die Nothwendigkeit des Gesetzes, daß bei der weiteren Verhandlung der Sache von dem materiellen Inhalte des Verweisungserkenntnisses abgewichen werden dürfe und zwar ohne Unterschied, ob die Abweichung zum Vortheile oder Nachtheile des Beschuldigten gereiche, und ebenso ohne Unterschied, ob sich nach dem Verweisungsbefchlusse *nova in facto* ergeben oder nicht. Bezüglich dieses letzteren Punktes wird in Bd. 15 a. a. D. sehr treffend bemerkt, „daß die in Frage stehende Rechtskraft auch nicht unter der Einschränkung anerkannt werden dürfe, wenn die öffentliche Verhandlung (sei es, setzen wir hinzu, in der Sitzung des Unter- oder Obergerichtes) im Gegenhalte zu den Akten der Voruntersuchung nichts Neues ergeben hat. Denn das Urtheil der Richter in öffentlicher Sitzung soll eben nur auf das Ergebniß der öffentlichen Verhandlung, nicht auf die Akten der Voruntersuchung gebaut sein; abgesehen davon, daß die mündlichen Verhandlungen viel verlässigere Anhaltspunkte geben, als das todte Protokoll: daß also im Grund genommen niemals von einem völlig gleichen Resultate der Voruntersuchung und der öffentlichen Verhandlung gesprochen werden kann“²⁾.

²⁾ Man könnte mit vollem Rechte behaupten, daß sich in der öffentlichen Verhandlung jedesmal *nova*, nämlich neue, dem verweisenden, in geheimer Sitzung und bloß auf die Voruntersuchungs-Akten hin beschließenden Gerichte gänzlich unbekannte und unzugängliche Beweismittel ergeben.

Nach der gegentheiligen Ansicht ließe sich auch die Bestimmung des Art. 322 des Ges. v. 10. Nov. 1848 nicht rechtfertigen, wonach der Beschuldigte wegen Verbrechen³⁾ prozessirt werden soll, wenn sich bei der Verathung⁴⁾ herausstellt, daß die als ein Vergehen in die öffentliche Sitzung verwiesene That ein zur Aburtheilung durch das Kreis- und Stadtgericht geeignetes Verbrechen sei. Denn auch in diesem Falle liegt ein nach jener Ansicht „rechtskräftiges“⁴⁾ Verweisungs- und Erkenntniß vor; auch in diesem Falle könnte weder die zweite Instanz (wenn nämlich gegen die Verweisung „wegen Verbrechen“ Berufung eingelegt würde, s. Sitzungsb. Bd II. S. 2 S. 151 Anmerk.), noch der Kassationshof mehr die „rechtskräftig“ für ein Vergehen erklärte That für ein Verbrechen erklären; auch in diesem Falle müßte angenommen werden, daß der Staat auf das Recht, den Verdächtigen wegen Verbrechen zu verfolgen und zu bestrafen, Verzicht geleistet, und daß der Beschuldigte das Recht erworben habe, nicht mehr wegen Verbrechen verfolgt und bestraft zu werden. Ebenso wäre nach der gegentheiligen Ansicht die Bestimmung des Art. 335 unerkklärlich. Denn wenn Verweisungsbeschlüsse einer Rechtskraft fähig wären, wie könnte dann die Staatsbehörde dem Art. 335 gemäß noch nach in öffentlicher Sitzung (des Kreis- und Stadtgerichtes) verhandelter Sache, also nachdem sie gegen den Verweisungsbeschluß nicht appellirt hatte, — was ihr wenigstens bei einer Verweisung wegen Verbrechen nach Art. 60 zustand —, — wie könnte

³⁾ Von nova in facto ist hier nichts erwähnt.

⁴⁾ Man wird nicht entgegen wollen, daß ein Verweisungsbeschluß wegen Vergehen deshalb nicht rechtskräftig werden könne, weil es gegen solche Beschlüsse nach Art. 60 keine Berufung gibt.

die Staatsbehörde dann noch den Antrag stellen, daß der Beschuldigte vor das Schwurgericht gestellt werde⁵⁾. Der Grund, warum der Ungeschuldigte weder in dem einen noch in dem anderen Falle ein Recht auf geringere Strafe erwerben könne, liegt eben darin, daß der zum Vorbereitungs- oder sog. Uebergangsstadium gehörende Verweisungsbeschuß seiner Natur nach bloß auf Wahrscheinlichkeitsgründen beruht und auf das Resultat des eigentlichen Beweisverfahrens, d. i. auf das Urtheil keinen entscheidenden Einfluß üben darf.

Ist nun aber das in Rede stehende Recht des Beschuldigten nicht nur nicht begründet, sondern sowohl nach dem Geiste als nach ausdrücklicher Bestimmung des neueren bayerischen Strafprozeßrechtes geradezu unmöglich, so steht dann nichts mehr im Wege, daß das Appellationsgericht, — nun durch ein vom Staatsanwalt gegen die Inkompetenzerklärung des Kr. u. StG. ergriffenes Rechtsmittel als Berufungsinstanz mit der Sache befaßt⁶⁾, nach Verhandlung in öffentlicher Sitzung,

⁵⁾ Der Art. 335 kann doch wohl nicht so interpretirt werden, daß er sich bloß auf den Fall einer Verweisung wegen Vergehens beziehe. Zu dieser Interpretation würde aber die gegentheilige Ansicht mit ihrer Rechtskraft der Verweisungsbeschlüsse gelangen, wenn sie nämlich zu solcher Rechtskraft die Möglichkeit der Anfechtung jener Beschlüsse für nothwendig hielte.

⁶⁾ In einem an den obersten Gerichtshof gelangten Rechtsfalle hatte das Kr. u. StG., in dessen öffentliche Sitzung die Sache nach Art. 64 verwiesen worden, seiner Inkompetenzerklärung die Folge einer nochmaligen Verweisung an das AG. als Anklagekammer gegeben, und von dieser wurde nun wirklich nach wiederholter Berathung die Ansicht des Kreis- und Stadtgerichts gebilligt und die Verweisung an das Schwurgericht ausgesprochen. Die Hiegegen von dem Ungeschuldigten, wegen des Widerspruches mit dem früheren

abweichend von der Ansicht der appellationsgerichtlichen Anklagekammer, die rechtliche Ueberzeugung gewonnen hat, daß der fragliche Fall wirklich ein Schwurgerichtsfall sei, — den Beschuldigten vor das kompetente Schwurgericht verweise ¹⁾. Wollte man hiegegen vielleicht einwenden, es sei doch unstatthaft, daß sich 2 Abtheilungen eines und desselben Appellationsgerichtes einander kontrajudiziren resp. eine die andere reformire, — so muß darauf erwiedert werden, daß zwischen einer in geheimer Sitzung und bloß auf die Voruntersuchungs-Akten hin beschließenden Anklagekammer und einem Gerichte, welches seinen Spruch auf die in öffentlicher Sitzung gepflogenen Verhandlungen baut, ein großer Unterschied ist.

(Schluß folgt.)

Mittheilung aus der Praxis.

Erbchafts Kauf. Lex Anastasiana.

Die Vorschriften der lex Anastasiana sind auf den Kauf einer Erbschaft nicht anzuwenden.

DAUE. vom 27 Dez. 1841. Nr. 671 ⁵⁷/₃₈.

Aussprüche an den obersten Gerichtshof gebrachte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von diesem, weil Verweisungserkenntnisse nur vorbereitende Anordnungen der Gerichte seien..... für unbegründet erachtet. Vgl. Sitzungsbereichte Bd. II S. 2 S. 176.

- ¹⁾ Eine Kritik des in Bd. 15 S. 152 angezogenen arrêt v. 28. April 1842, sowie ein Eingehen auf das französische Prozeßrecht liegt nicht in unserer Absicht und in dem Zwecke der vorstehenden Erörterung.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ergänzungsblatt Nr. 4. März 1851.

Unter die Kompetenz der Appellationsgerichte bei
Verufungen gegen die Schätzung zum Zwecke der
Handlohnfixirung.

(Art. 11, Nr. 4. Abs. 3 des Gesetzes v. 4. Juni 1818.)

Es sind bereits mehrere Fälle vorgekommen, in welchen bei Schätzungen, die zum Zwecke der Handlohnfixirung vorgenommen wurden, die gegen die Entscheidung der Schätzer nach Art. 11, Nr. 4, Absatz 3 des Gesetzes vom 4. Juni 1818, die Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten betr., an das Appellationsgericht ergriffene Verufung wegen vermeintlicher Inkompetenz des UG. von dort abgewiesen worden ist.

Zur Rechtfertigung dieser Inkompetenzerklärung wurden folgende Gründe angeführt: „Nach Art. 11, Nr. 4, Abs. 3 des alleg. Gesetzes begründe eine Schätzung nur dann die Kompetenz des App. Gerichts, als Verufungs-Instanz, wenn eine solche Schätzung unter Hinweisung auf diesen Artikel 11, Abs. 4 in diesem Gesetze vorgeschrieben sei. Es handle sich aber im vorliegenden Falle bloß um die Fixirung des Handlohns, und bei der Handlohnfixirung ist nach Art. 15 a. a. D. keine Schätzung unter Hinweisung auf den Art. 11, Abs. 4 des Gesetzes vorgeschrieben, sondern die Handlohnfixirung

richte sich nach früheren Verordnungen. Es verordne zwar der Art. 15, Abs. 3 des Gesetzes, daß sich die Art der Festsetzung der Besitzveränderungs-Rechnisse nach den Bestimmungen der Verordnung vom 19. Juni 1832, die Fixirung und Ablösung des Handlohns und anderer unständiger Besitzveränderungs-Gefälle des Staates betr., zu richten habe, und auch die Instruktion zu dem Grundlasten-Ablösungs-Gesetze weise im §. 12, Abs. 3 auf die Verordnung vom 19. Juni 1832 §. 5 hin, nach welcher in gewissen Fällen auch bei der Handlohnfixirung eine Schätzung einzutreten habe. Allein der §. 5 jener Verordnung sei nur für die Besitzveränderungsfälle des Staats gegeben, und rede nur von einer Schätzung von Amtswegen, während das Gesetz v. 4. Juni 1848 eine Schätzung bei Fixirung des Handlohns in der im Art. 11 Abs. 4 dieses Gesetzes ausgedrückten Art und Weise nicht vorschreibt, und auch auf den Art. 11, Abs. 4 nicht hinweise, eine dieser Gesetzstelle entsprechende Schätzung nicht verordne, wie dieses im Art. 5, Abs. 3 ausdrücklich geschehen sei, wodurch der Art. 11, Abs. 4 einschränkend erläutert werde. Das Gesetz v. 4. Juni 1848 sei also, in soweit es die Kompetenz des App.-Gerichts gegen die Entscheidung der Schätzer als Berufungsinstanz ausspreche, nach obigen Erörterungen und im Hinblick auf Art. 19 offenbar ein Ausnahmegesetz und dürfe nicht ausdehnend interpretirt werden. Da hiernach die Kompetenz des App.-Gerichts als Berufungsinstanz in Fixationsachen nur bei solchen Schätzungen begründet sei, welche in dem Gesetze unter Hinweisung auf den Art. 11 Abs. 4 vorgeschrieben seien, dieses aber bei Handlohnsschätzungen nicht der Fall sei, so habe die Berufung wegen Mangels der Kompetenz abgewiesen werden müssen.“

Diese Ansicht dürfte jedoch als richtig nicht zu

erachten sei. Gegenüber der die Regel bildenden Zuständigkeit der Distriktpolizeibehörden und Rentämter, sodann der Kreisregierungen, R. d. J. (Art. 19 des Grundlastenablösungsgesetzes), erscheint die Kompetenz der Gerichte in Gegenständen der Grundlastenfixirung allerdings nur als eine exzeptionelle, welche ausschließlich nur auf diejenigen Fälle, in welchen sie vom Gesetze ausdrücklich festgesetzt wurde, zu beschränken ist, indem dergleichen Ausnahmegesetze der strengsten Auslegung unterliegen.

Als Gegenstand der Fixirung bezeichnet der Art. 8 alle nicht durch Abschnitt II dieses Gesetzes aufgehobenen unständigen Gefälle und Zehenten, dann alle Besitzänderungsabgaben, mit dem Beifügen, daß alle bereits rechtsgültig bestehenden, oder vor der amtlichen Behandlung zu Stande kommenden Fixationen oder Umwandlungen von Frohnen und Grundgefällen in Kraft bleiben. Die Art. 9 bis 14 handeln hauptsächlich von der Zehentfixirung; dasjenige aber, was im Art. 11, Nr. 4 bezüglich der Schätzungen vorgeschrieben ist, bezieht sich, wie die Worte im Eingange dieser Gesetzstelle ausdrücklich zu erkennen geben, nicht bloß auf Zehentschätzungen, sondern auf „diese, wie **alle** übrigen in dem (gegenwärtigen) Gesetze vorgeschriebenen Schätzungen.“ Es kann hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß die im dritten und letzten Absätze a. a. D. enthaltene Bestimmung, wonach gegen die Entscheidung der Schätzer eine Berufung an das Appellationsgericht binnen 14 Tagen gestattet ist, in demselben Umfange, nämlich in Bezug auf alle im Gesetze vorgeschriebenen Schätzungen zu verstehen sei.

In Ansehung der Besitzänderungs-Reichnisse (Handlohn, Leibgeld u. dgl.) verfügt der Art. 15 Abs. 3, daß sich die Art deren Festsetzung nach den Bestimmungen der Verordnung vom 19. Juni 1832,

die Fixirung und Ablösung des Handlohn und anderer unständiger Besitzveränderungs-Gefälle des Staats betr., und den darauf bezüglichen Erläuterungsdreskripten richte; wobei auch noch bestimmt wurde, daß die in der Finanz-Ministerial-Entschliessung vom 29. Dezember 1834 festgesetzten Durchschnittsjahre vom Jahre 1840 an zurückgezählt werden sollen.

Die in Bezug genommene Verordnung v. 19. Juni 1832 (Reg.-Bl. S. 389) unterscheidet im §. 4 zwei Fälle, je nachdem a) das Besitzveränderungs-Reichniß immer nach einerlei Procent erhoben wird, — hier hat (nach Abs. 1) die Fixation bloß dem Betrage nach unbedenklich statt; — oder b) wenn das Handlohn im Procent-Maasse und der Anfallßnorm wechselt, — hier soll entweder ein Turnuß nach festen Zeitabschnitten und bestimmten Größen, oder wenigstens ein fixß Quantum, welches bei jeder Besitzveränderung, ohne Unterschied ihrer Ursache, unverkürzt zu entrichten ist, festgesetzt werden. Der folgende §. 5 enthält folgende Bestimmungen:

„Die Grundlage zu dieser Festsetzung liefern die jeden Orts nach Vertrag, Gesetz, oder rechtsgültigem Herkommen bestehenden Anfallß-Verhältnisse und Procento-Maasse.“

„Wo diese in allen Fällen dieselben sind (§. 4 Abs. 1.), geschieht die Bestimmung des Fixumß nach dem Durchschnitte der drei letzten Schätzungen, insofern solche noch ermittelt werden können, sonst aber der zwei letzten, bei deren Abgang nach der bekannten letzten, und wenn gar keine, oder nur unregelmäßige, mangelhafte, daher unanwendbare Schätzungen vorhanden sind, auf den Grund einer hiezu besonders von Amtswegen zu veranstaltenden neuen Schätzung nach Lage der Güter in ihrem belasteten Zustande.“

„Wo das Handlohn im Procento-Maass und

Anfallsnorm wechselt (§. 4. Abs. 2.), wird das Fixum und der Turnus aus dem Durchschnitte aller Handlöhne berechnet, welche das treffende Gut nach Ausweis der vorhandenen Rechnungen abgeworfen hat, mit Rücksicht auf den Zeitraum, binnen welchem solche angefallen sind."

Weil jedoch diese Ermittlungsweise, zumal wo es an verlässigen Rechnungen gebricht, ihre Schwierigkeiten hat, und ein einfacheres Auskunftsmittel in der gemeindlichen Handlohnssfixirung, von welcher die Fin.:Min.:Entschliessung v. 29. Dezember 1834 (Verordn.:Samml. Bd. 18. S. 177.) handelt, gefunden wurde, so hat das Gesetz v. 4. Juni 1848 auch diesen einfachen Ablösungsmodus adoptirt, nur mit der näheren Bestimmung, daß die 20 Durchschnittsjahre von 1840 an rückwärts gezählt werden sollen. (cf. die Instr. v. 17. Juni 1848 zum Vollzuge des Ablösungsgesetzes §. 14. Reg.:Bl. S. 659 und 660.)

Da nun das Gesetz v. 4. Juni 1848 im Art. 15 Abs. 3 ausdrücklich vorschreibt, daß sich die Art der Festsetzung der Besitzänderungs-Rechnisse nach den Bestimmungen der Verordn. v. 19. Juni 1832 richtet, und diese Verordn. im §. 5 Abs. 2 ausdrücklich verfügt, daß unter der daselbst bezeichneten Voraussetzung zum Zweck der Handlohnssfixirung eine neue Schätzung veranstaltet werden soll, so hat das alleg. Gesetz gerade dadurch, daß es diese Verordnung als Norm für die Fixirung der Besitzänderungs-Rechnisse aufstellte, von selbst auch die nach dieser Verordnung für den bezeichneten Fall erforderliche Schätzung vorgeschrieben, ohne daß es deßfalls erst noch einer speziellen Erwähnung bedurfte, welche bei der geschehenen Hinweisung auf jene Verordnung nicht nur überflüssig, sondern auch für die Abfassung des Art. 15, Abs. 3 beschwerlich gewesen wäre.

Von selbst aber versteht es sich, daß die im Art. 11 unter Nr. 4 enthaltenen Bestimmungen, welche für alle in dem Gesetze vorgeschriebenen Schätzungen gegeben sind, auch bei der von diesem Gesetze durch die Bezugnahme auf die V. v. 19. Juni 1832 in dem dort bezeichneten Falle vorgeschriebenen Schätzung in Anwendung kommen müssen, zumal da die Verordnung selbst über die Art und Weise der vorzunehmenden Schätzung nichts enthält, und wenn sie auch hierüber abweichende Vorschriften enthielte, diesen durch die Bestimmungen des Gesetzes l. c. derogirt worden sein würde.

Es kann daher darauf, daß im Art. 5, Abs. 3 ausdrücklich auf Art. 11, Nr. 4 hingewiesen ist, kein Argument gegen die Anwendbarkeit der in letzterer Gesetzstelle enthaltenen Bestimmungen auf Handlohnsschätzungen abgeleitet werden, denn auch diese sind durch das Ablösungsgesetz zu Folge der Hinweisung auf die Verordnung v. 19. Juni 1832 für den dort erwähnten Fall gleichfalls vorgeschrieben, und wenn beabsichtigt gewesen wäre, die Anwendung der im Art. 11, Nr. 4 enthaltenen Bestimmungen, insonderheit die gegen die Entscheidung der Schätzer an das Appellationsgericht gestattete Berufung, bei Handlohnsschätzungen auszuschließen, so würde sich das Gesetz nicht so allgemein, wie geschehen, ausgedrückt und von allen darin vorgeschriebenen Schätzungen gesprochen haben, sondern es hätte in Ansehung der Handlohnsschätzungen eine Ausnahme gemacht und angeordnet werden müssen, daß die Berufung an die Kreisregierung zu richten sei.

Völlig irrelevant ist der Umstand, daß die Verordnung vom 19. Juni 1832 ursprünglich nur für die Fixirung der Handlohn- und anderer unständiger Besitzveränderungs-Gefälle des Staats gegeben wurde, denn da das Ablösungsgesetz auch

die Fixirung der im Eigenthum der Privaten, der Stiftungen und Kommunen befindlichen, durch dieses Gesetz nicht aufgehobenen Grundgefälle, beziehungsweise unständigen Gefälle und Besitzveränderungs-Abgaben besteht (Art. 7 und 8), und in Ansehung der letzteren vorschreibt, daß sich die Art der Festsetzung nach den Bestimmungen der Verordnung vom 19. Juni 1832 und den darauf bezüglichen Erläuterungs-Reskripten zu richten habe, so hat es diese Bestimmung eben hierdurch auch auf die Handlohn- und anderen unständigen Besitzveränderungs-Gefälle der Privaten, der Stiftungen und Kommunen für anwendbar erklärt.

Endlich kann auch dem Umstande, daß die Verordnung v. 19. Juni 1832 im §. 5, Abs. 2 von einer von Amtswegen zu veranstaltenden neuen Schätzung spricht, kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden. Nach Art. 19 des Ablösungs-Gesetzes wird die Fixirung der Grundlasten von den Distrikts-Polizeibehörden in Gemeinschaft mit den Rentämtern von Amtswegen im summarischen Verfahren vollzogen. Daß Nähere des Verfahrens sollte durch eine Instruktion normirt werden, welche am 17. Juni 1848 erlassen wurde (Reg.-Bl. S. 679.). Nach §. 1 dieser Instruktion erfolgt die gesetzlich gebotene Fixirung aller unständigen Grundlasten, sie mögen dem Staate oder Privaten, Stiftungen und Kommunen zu leisten sein, entweder 1) im Wege des freiwilligen Uebereinkommens, (was nach §. 3 der Instr. auch ohne amtliche Mitwirkung geschehen kann) oder 2) auf Betreiben des einen oder anderen Theiles. Wird nun die amtliche Fixirung von einem oder dem anderen Theile betrieben, so ist, wie §. 4 der Instr. vorschreibt, vor Allem festzustellen, in welchen Punkten beide Theile bereits übereinstimmen, dann in welchen Anforderungen oder Zugeständnissen sie von einander

abweichen. Zur Beseitigung dieser Differenzpunkte hat sodann die Distrikts-Polizeibehörde gemeinschaftlich mit dem Rentamte die dem Gesetze entsprechenden Anordnungen zu treffen. Diese Behörden haben hiebei, wie sich das Gesetz wörtlich ausdrückt, von Amtswegen zu verfahren, mithin Alles, was zum Zwecke der Fixirung erforderlich ist, aus eigener Thätigkeit vorzunehmen und anzuordnen, ohne erst deshalb besondere Anträge der Parteien abzuwarten oder sich dadurch beengen zu lassen. Es haben daher diese Behörden auch von Amtswegen zu prüfen, ob behufs der Handlohnfixirung, unter den in der Verordnung vom 19. Juni 1832 bestimmten Voraussetzungen, die Nothwendigkeit gegeben sei, eine neue Schätzung zu veranstalten, und sie haben selbst in dem Falle, wenn sich die Interessenten über dieses Auskunftsmittel vereinigen, da einmal die amtliche Fixirung begehrt wurde, immerhin die erforderlichen Veranstellungen zur Vornahme der Schätzung, auf die den Vorschriften des Art. 11, Nr. 4 des Ablösungsgesetzes entsprechende Weise, von Amtswegen zu treffen. Die Schätzung, sie mag nun in Folge eines amtlichen Beschlusses oder auf den Grund einer Uebereinkunft der Interessenten geschehen, ist daher im Sinne des Gesetzes immer als eine von Amtswegen veranstaltete Schätzung zu betrachten, und sie kann auch immer nur in der im Art. 11, Nr. 4 des Gesetzes vorgeschriebenen Art und Weise vorgenommen werden. Die Anwendung dieser Vorschriften ist daher in dem Falle, für welchen die Verordn. v. 19. Juni 1832, §. 5, Abs. 2 eine von Amtswegen zu veranstaltende Schätzung vorschreibt, keineswegs ausgeschlossen.

Jeder etwaige Zweifel hiegegen wird endlich durch den klaren Inhalt der alleg. Instruktion beseitigt, in welcher §. 12, Abs. 3, unter Bezugnahme

auf den im Abs. 2 wörtlich wiederholten Inhalt des §. 5 jener Verordnung ausdrücklich gesagt ist: „Wie bei solcher neuen Schätzung zu verfahren sei, ist im Art. 11 Nr. 4 des Gesetzes bestimmt, und im §. 9 oben erörtert worden.“

Im §. 9 Abs. 2 heißt es aber wörtlich, wie folgt: „Glaubt nun ein Betheiligter nachweisen zu können, daß es dem Ergebniß der Schätzung an richtigem inneren Zusammenhange fehle, so steht es ihm frei, auf gerichtliche Verweisung derselben anzutragen, in welchem Falle sodann das Weitere den Gerichten zusteht.“

Die Inkompetenzklärung des Appellationsgerichts dürfte sonach in keiner Hinsicht gerechtfertigt sein und es muß bei der in diesen Blättern (Bd. XV, S. 413) bereits angedeuteten hohen Wichtigkeit des Gegenstandes, sowie im Interesse des materiellen Rechtes aufrichtig bedauert werden, daß dergleichen Ausprüche schon häufig vorgekommen sind, zumal da hiegegen an den obersten Gerichtshof erhobene Beschwerden keine Abhülfe gefunden haben, beziehungsweise finden können, weil bei demselben die Ansicht herrscht, daß eine Beschwerdeführung an die dritte Instanz in Grundlasten- und Fiskus-Sachen gesetzlich unstatthaft sei *).

Glück.

Von appellationsgerichtlichen Erkenntnissen auf Zurückweisung einer Sache in die öffentliche Sitzung des Kreis- und Stadtgerichtes.

(Schluß.)

So wenig ein von einem Appellationsgerichte resp. einer Anklagekammer gefaßter Verweisungsbeschluß für das Erkenntniß des Kreis- und Stadtgerichtes maßgebend ist, ebensowenig kann er für die recht-

*) S. Bd. XV. S. 308 und 412 dieser Blätter.

liche Ueberzeugung des zum Urtheilen berufenen appellationsgerichtlichen Senates maassgebend sein. Auch hier ist die Bemerkung am Plage, daß „im Grund genommen niemals von einem völlig gleichen Resultate der Voruntersuchung und der öffentlichen Verhandlung gesprochen werden könne.“ Es kann also hier gar nicht von einem Widerspruche zwischen 2 gleichartigen und koordinirten Abtheilungen eines und desselben Gerichtes bei gleichen Voraussetzungen die Rede sein; die Voraussetzungen für die frühere Verweisung vor das Kreis- und Stadtgericht sind vielmehr ganz andere, als die für die spätere Verweisung vor das Schwurgericht; dort nämlich dienen als Grundlage lediglich die Voruntersuchungsakten, hier dagegen die in öffentlicher Sitzung gepflogenen Verhandlungen; ja man könnte nach Obigem füglich sagen, die in Rede stehende Abweichung sei durch das Ergebnis von novu (nämlich die der öffentlich - mündlichen Verhandlung eigenthümlichen Beweismittel) motivirt.

Fragt man endlich, wie es möglich sei, daß eine zum Urtheilen (in II. Instanz) berufene Abtheilung des Appellationsgerichts schließlich einen Verweisungs- oder Anklagebeschluß statt eines Urtheiles erlasse, sich also quasi aus einem erkennenden Gerichte in eine Anklagekammer verwandle, — so verweisen wir zur Antwort auf das Gesetz v. 10. Nov. 1848 Art. 335, nach welchem sich ebenfalls das Gericht der II. Instanz unter den dort angegebenen Voraussetzungen gleichsam brevi manu in eine Anklagekammer umwandelt.

Hiegegen wird man vielleicht einwenden, daß der Fall des Art. 335 doch ein von dem vorliegenden ganz verschiedener sei, daß nämlich 1) in jenem Falle dem zu fassenden Anklagebeschlusse kein appellationsgerichtliches Erkenntnis auf Verweisung vor das Kreis- und Stadtgericht vorausgegangen sei,

wie in diesem Falle, und daß 2) in jenem Falle die Beschwerde (der Staatsbehörde) darauf gerichtet sei, daß die That, welche den Gegenstand der Verhandlung (vor dem Kreis- und Stadtgerichte) gebildet hat, vor das Schwurgericht gehöre, — während in diesem Falle die Beschwerde des Staatsanwaltes gerade umgekehrt darauf gerichtet sei, daß das Kreis- und Stadtgericht unrichtigerweise die That für einen Schwurgerichtsfall angesehen und sich deßhalb für inkompetent erklärt habe; m. a. W. die Beschwerde habe in jenem Falle den Zweck, daß das Appellationsgericht nicht judizire, sondern bloß Anklage beschließe, in diesem, daß es nach Art. 337 judizire, nicht aber anklage.

Hierauf ist kurz Folgendes zu erwiedern. Der erste Unterschied ist nach dem bereits oben Bemerkten ein rechtlich ganz unerheblicher. Der vorgängige Beschluß auf Verweisung vor das Kreis- und Stadtgericht ist, wie gezeigt, durchaus kein Hinderniß für die spätere Verweisung vor das Schwurgericht.

Was den zweiten Unterschied betrifft, so wird es genügen, darauf hinzudeuten, daß ja die Gerichte in der materiellen Beurtheilung der ihnen vorliegenden Fälle überall nicht durch die Anträge des Staatsanwaltes gebunden sind, daß sie ebensowohl ein größeres wie ein kleineres Verbrechen, als der Staatsanwalt will, annehmen und danach sprechen können. Ebenso wie das Gericht gegen den Antrag der Staatsbehörde die Sache für eine nicht vor das Schwurgericht gehörige erklären und sodann praemissis praemittendis das angefochtene Erkenntniß des Kreis- und Stadtgerichts bestätigen kann, — ebenso kann das Gericht gegen (oder ohne hierauf gerichteten) Antrag des Staatsanwaltes die Sache auch für einen Schwurgerichtsfall erklären und demgemäß Anklage und Verweisung beschließen. Hätten wir auch nicht den Art. 335, so wäre unsere

Ansicht gewiß derjenigen vorzuziehen, welche in dem Ausspruche des Appellationsgerichtes, daß der fragliche Fall ein Schwurgerichtsfall sei, ein freisprechendes Erkenntniß erblicken will. Diese beruht, wie gezeigt, auf der unrichtigen Annahme des mehrerwähnten Rechtes des Beschuldigten, während unsere Ansicht sowohl dem Geiste als den ausdrücklichen Bestimmungen des neueren Prozeßrechtes vollkommen entspricht. Jene Ansicht beschuldigt den Gesetzgeber einer Lücke in seinem Werke, die unsere findet ebenso wenig eine Lücke, wie der Referent im I. Ausschusse der Kammer der Reichsräthe (v. Maurer) „über den Entwurf eines Gesetzes, die Revision des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 betr., S. 31., welcher „die bereits gegebenen Vorschriften für ausreichend hält.“ Wollte der Gesetzgeber überhaupt eine für den vorliegenden Fall maassgebende Bestimmung aufstellen, so könnte sie gewiß in keinem Falle darin bestehen, daß die Untergerichte sich nicht mehr für inkompetent erklären dürften, sobald eine Sache vom Appellationsgerichte an sie verwiesen worden, — sondern sie könnte einzig und allein darin bestehen, daß das Appellationsgericht ausdrücklich ermächtigt werde, eine Sache vor das Schwurgericht zu verweisen, wenn auch früher die appellationsgerichtliche Anklagekammer die Verweisung vor das Kreis- und Stadt-Gericht beschloffen hatte, — welche Bestimmung etwa als eigener Artikel unmittelbar an den Art. 335 angereicht werden möchte.

Wir schließen hier mit der Bemerkung, daß wir mit der Note in den Sitzungsberichten a. a. D. S. 176 nicht einverstanden sein können, indem dieselbe glaubt, daß „dem Appellationsgerichte, wenn es auch jetzt auf seiner früheren Ansicht beharrte, wohl nichts übrig geblieben wäre, als die Sache an ein anderes Kreis- und Stadtgericht

zur Aburtheilung zu verweisen.“ Unserer Ansicht nach, welche mit der des Artikels in den Bl. f. N. Note 8 S. 183 a. a. D. übereinstimmt, hätte das Appellationsgericht in diesem Falle nach Art. 337 des Ges. v. 10. Nov. 1818 als Berufungsinstanz in der Hauptsache selbst zu erkennen gehabt, weil hier keiner der beiden Ausnahmefälle gegeben ist.

Dr. Friedrich Walther.

Nachschrift der Red. Vorstehenden Beitrag zur Lösung der von uns im vorigen Jahrg. S. 177 besprochenen Frage halten wir seinem kritischen und polemischen Theile nach insoweit für gelungen, als zugestanden werden muß, daß sich ein dem Angeklagten durch den Beschluß der Anklagekammer erwachsendes Recht, wegen derselben That (abgesehen von dem Hinzukommen neuer Umstände oder Beweise) nicht mehr vor das Schwurgericht gestellt zu werden, nicht erweisen läßt, sowie daß der Ausweg, das Kreis- und Stadtgericht an die Ansicht des Appellationsgerichts für gebunden zu erklären, dem Geiste des neuen Verfahrens wenig entsprechen würde. Dagegen hat der positive Theil der Abhandlung in ihrem Satze, daß das Appellationsgericht, an welches die Sache in 2. Instanz devolvirt ist, wenn dasselbe nun ebenfalls den Reat als einen schwurgerichtlichen erkennt, ohne Weiteres die Verweisung des Angeklagten an das Schwurgericht aussprechen könne, unsere beistimmende Ueberzeugung nicht gewinnen können. Ohne gesetzliche Vollmacht wird das in 2. Instanz urtheilende Appellationsgericht die Funktionen der Anklagekammer nicht ausüben können. Eine solche Kompetenz ist ihm aber für den vorliegenden Fall weder durch ein ausdrückliches Gesetz noch durch eine ausreichende Analogie zugetheilt. Wir können nämlich die analoge Anwendung des Art. 335 der Strafprozeßnovelle v. 10. Novbr. 1848 auf unseren Fall

nicht für begründet halten. „Der Gebrauch der Analogie beruht darauf, daß bei einer unentschiedenen Rechtsfrage das gegebene Recht nach dem Gesetze der inneren Ähnlichkeit und Verwandtschaft zu der gesuchten Entscheidung erweitert wird.“ Und „die Auslegung vermittelt der Analogie findet gar keine Anwendung, wenn das Gegebene, von dem wir ausgehen, die Natur der Ausnahme von der Regel hat.“ *) Der Fall, für welchen der Art. 335 dem in zweiter Instanz erkennenden Appellationsgerichte die Kompetenz der Anklagekammer beilegt, ist von dem unsrigen durch die wesentliche Verschiedenheit getrennt, daß in dem letzteren aber nicht in dem ersteren ein Erkenntniß desselben Appellationshofes als Anklagekammer bereits vorausgegangen ist. Nun bestehen aber über Form und Grund der Abänderung von Erkenntnissen der Anklagekammer ganz genaue gesetzliche Normen: eine solche Emendation derselben durch das als 2. Instanz urtheilende Appellationsgericht ist dem Gesetze unbekannt.

Wir geben somit gerne zu, daß die lege ferenda der vom Verf. vorgeschlagene Ausweg unter Voraussetzung der erforderlichen näheren Bestimmungen der einfachste und dem Geiste des Verfahrens angemessenste sei: wir läugnen aber, daß ohne eine ergänzende gesetzliche Bestimmung bloß durch Doktrin oder Praxis die Lücke des Gesetzes im Sinne des Verf. ausgefüllt werden könne. Vielmehr läßt sich das Bedürfniß legislativer Nachhülfe nicht verkennen. Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung gehen Doktrin und Praxis nach drei verschiedenen Richtungen auseinander, indem zu den im vorliegenden Aufsätze, beziehungsweise in Bd. 15 Nr. 12 dargelegten Ansichten noch die dritte hinzukommt, welche eine wiederholte Verweis-

*) Savigny System I, 293 f.

sung an die Anklagekammer des AG. eintreten läßt (S. oben Note 6). Wer nun nicht gerade seine Ansicht für unfehlbar ausgeben will, muß wohl zugeben, daß zur Feststellung der Rechtsanwendung, und zur Abschneidung der für den Angeeschuldigten sehr nachtheiligen Hin- und Herverweisungen, Grund genug vorhanden sei, eine legislative Entscheidung der Streitfrage herbeizuwünschen.

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Patrimonialrichter II. Klasse, vom Staate übernommen.

Wenn in Kraft des Art. 1 des Gesetzes vom 4. Juni 1848, die Aufhebung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit u. s. w. betr., ein Patrimonialrichter zweiter Klasse, der zugleich Rentenverwalter war, unter den am 12. April 1848 bestehenden Anstellungs-Bedingungen vom Staate übernommen wird, so kann er aus der Staatsklasse nicht auch die Bezüge ersetzt verlangen, welche ihm früher die mit besorgte Rentenverwaltung eingetragen hat.

Dieser Satz wurde vom obersten Gerichtshofe adoptirt, und in den Entscheidungsgründen folgendermaßen motivirt: In Gemäßheit des Gesetzes v. 1848 Art. 1 hatte das k. Klerar dem Standesherrn nur den angestellten Patrimonialrichter mit dem den 12. April jenes Jahres ihm in dieser Eigenschaft gebührenden Aktivitätsgehalte abzunehmen. Diese Verbindlichkeit ist erfüllt worden. Wenn aber durch diesen gesetzlichen Uebergang oder durch die Erlöschung der Patrimonialgerichtsbarkeit der Kläger in eine Lage kam, seine beiden Dienste nicht mehr mit und nebeneinander versehen zu können, und daher wegen des einen, der ihm entgeht, eine beträchtliche Einbuße zu erleiden, so ist solches nur ein Zufall, der sich in seiner Person ereignete, und dessen Folgen daher auch er allein zu tra-

gen hat. Für den Schaden, der einer Privatperson durch die Anwendung eines Gesetzes zugeht, haftet aber der k. Fiskus nach der Natur der Sache noch keineswegs, wenn nicht ein besonderer Vorbehalt deshalb gemacht ist.¹⁾ — Der Kläger hatte in seiner Eigenschaft als Patrimonialrichter zweiter Klasse und als Rentenverwalter an und für sich keine Ansprüche auf Stabilität; er mußte dieselben nur aus den von ihm vorgelegten Anstellungs- und Bestallungsakten herleiten. Hat in den letzteren der Dienstherr weiter greifende Verpflichtungen in Bezug auf den mitverliehenen Dienst als Rentenverwalter übernommen, so würden solche für sich noch keineswegs auf das k. Aerar überspringen oder das letztere dafür einzustehen haben, sondern nur gegen den Dienstverleiher selbst fortdauern

DAUE. vom 8. Okt. 1850. Nr. 1691 b ⁴⁹/₅₀.

2.

Wiederholte Provokation, nachdem die provozierte Klage angebracht worden abgewiesen worden?

Vgl. Bd. 2 S. 5, Bd. 5 S. 251.

Der zur Klagestellung verurtheilte Provokat, dessen erste Klage angebracht worden zurückgewiesen ist, kann wegen jener älteren Diffamation allein zu einer erneuerten Geltendmachung seiner gerühmten Ansprüche provoziert werden.

DAUE. vom 1. Juli 1844 Nr. 875⁴³/₄₄ und vom 24. Mai 1848 Nr. 968⁴⁶/₄₇.

Darin allein, daß eine angestellte Klage nur angebracht worden abgewiesen worden, liegt, wenn keine Diffamation vorhergegangen, kein Grund, den Kläger zu wiederholter Klagestellung zu provoziren.

DAUE. vom 17. Okt. 1843 Nr. 1580³⁹/₄₀.

¹⁾ Vgl. Bl. f. RM. Bd. 11 S. 328, Bd. 15 S. 26.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ergänzungsblatt Nr. 5 April 1851.

Beiträge zur Auslegung des Lehen-Ablösungsgesetzes
vom 4. Juni 1848.

Von
Professor Dr. Pözl.

Das Lehen-Ablösungsgesetz ist zwar bereits in einer bald nach seiner Publikation erschienenen Schrift ¹⁾ beurtheilt und erläutert worden. Einzelne Bestimmungen des Gesetzes sind darin gründlich und erschöpfend erörtert; in Ansehung anderer wird es bei der praktischen Wichtigkeit der Sache nicht überflüssig erscheinen, wenn wir im Nachstehenden theils berichtigende theils ergänzende Bemerkungen folgen lassen.

I.

Zu Art. 6.

Was den Beginn der Wirksamkeit unseres Gesetzes betrifft, so bestimmt der Art. 6, daß es von dem Tage an in Wirksamkeit trete, an welchem das Grundlasten-Ablösungsgesetz „zum Vollsuge kommt.“ Nun wurde dieses am 4. Juni 1848 vom Könige sanktionirt und den Ministern

¹⁾ Kritik und Anwendung des b. Gesetzes vom 4. Juni 1848 über Ablösung des Lehenverbandes. Von Eduard Kumpf. Ansb. 1849. 8

des Innern und der Finanzen der Vollzug desselben aufgetragen; am 13. Juni ward es im Gesetzblatte bekannt gemacht und von diesem Tage an kam es mit rechtlicher Nothwendigkeit zum Vollzuge. Von diesem Tage an tritt daher auch das Lehen-Ablösungsgesetz in Wirksamkeit²⁾.

Daselbe Ergebnis, zu welchem wir eben unter Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln gelangt sind, erhält man, wenn man auf die ratio des angeführten Artikels zurückgeht. Derselbe kam nämlich erst in Folge eines in der zweiten Kammer gestellten Antrages zu dem Zwecke in das Gesetz, um zu verhüten, daß das Lehen-Ablösungsgesetz für sich ohne das Grund-Lasten-Ablösungsgesetz in Wirksamkeit trete, und um den Lehenmännern die Vortheile, welche ihnen das Lehen-Ablösungs-Gesetz zu einiger Entschädigung für die aus dem Grundlasten-Ablösungsgesetze erwachsenden Nachtheile bietet, nur unter der Bedingung zu gewähren, daß diese Nachtheile wirklich eintreten, und daß sohin die Grundholden die Vortheile des letzteren Gesetzes genössen. Dieser Zweck ist bei unserer Auslegung des Artikels vollkommen erreicht, und darum diese selbst auch aus diesem Gesichtspunkte richtig.

Die Zweifel und Einwendungen, welche Kumpf (a. a. D. S. 93) gegen Artikel 6 erhebt, scheinen uns mehr gesucht als im Gesetze gelegen. Wäre freilich der Ausdruck: „zum Vollzuge kommen“ gleichbedeutend mit „vollzogen sein“, dann würde ein unbestimmter Termin für den Beginn der Wirksamkeit unseres Gesetzes bestimmt sein. Da diese Bedeutung aber weder in den Worten

²⁾ Vorausgesetzt, daß das Lehen-Ablösungsgesetz am 13. Juni 1848 schon publizirt war, oder doch an diesem Tage publizirt wurde. — Diese Voraussetzung ist gegeben; denn es wurde ebenfalls am 13. Juni bekannt gemacht.

noch in dem Geiste des Gesetzes liegt, so fallen auch die daraus gezogenen Folgerungen weg.

II.

An die eben erörterte Frage reihen wir eine zweite verwandte an, die nämlich, mit welchem Zeitpunkte die Allodifikation als perfekt anzusehen sei und von welchem an daher die gesetzlichen Wirkungen derselben zu rechnen seien.

Im Gesetze findet sich darüber keine ausdrückliche Bestimmung. Bei der Verathung in den Kammern wurde unsere Frage angeregt, und ein darauf bezüglicher Antrag des Inhalts eingebracht²⁾, „daß durch die Erklärung eines Vasallen, von den gesetzlichen Allodifikationsbedingungen Gebrauch machen zu wollen, der Allodifikationsvertrag sofort als rechtswirksam zu Stande gekommen zu betrachten sei, während dagegen die freie Verfügung über das Lehenobjekt für den Vasallen erst von da an beginne, wo das Ablösungskapital für den Lehenhof vollkommen sicher gestellt oder abgetragen sei.“ — Da man aber sowohl die Richtigkeit als die Zweckmäßigkeit des Antrags mehrseitig bestritt, so nahm ihn der Urheber, ehe es zur Abstimmung kam, wieder zurück. Es ist daher die Frage lediglich nach allgemeinen Grundsätzen und aus der Natur der Sache zu entscheiden, und von diesem Standpunkte aus möchten wohl folgende Sätze zum richtigen Ziele führen.

Die Allodifikation ist im Allgemeinen Auflösung des Lehenverbandes zu Gunsten des Vasallen, also Beseitigung der Rechte des Lehenherrn. Sie erfolgt bald gegen bald ohne Entschädigung des Lehenherrn. Ohne Entgelt verwandeln sich die auf-

²⁾ Protokolle der
S. 173.

getragenen und vom Lehenherrschaften erkaufen Lehen in volles Eigenthum (Art. 3); die übrigen (also die Leuda data) können nur durch Leistung einer Entschädigung geeignet werden (Art. 1). Bei denjenigen Lehen, welche ohne Entgelt allod werden, ist die Allodifikation mit dem Tage der Publikation des Gesetzes, also mit dem 13. Juni 1848, als bedingt vollendet zu erachten und von da an die Wirkungen der Allodifikation zu rechnen, falls die Eigenschaft, welche das Gesetz voraussetzt, urkundlich erwiesen wird. Wird diese aufschiebende Bedingung der Allodifikation erfüllt, so sind deren Wirkungen bis auf den Tag zurückzubeziehen, an welchem das Gesetz dieses Recht bedingter Weise eingeräumt hat. — Sowohl die ratio als die Worte des Artikels 3 sprechen für die Richtigkeit unserer Behauptung⁴⁾.

Rücksichtlich solcher Lehen, welche nur gegen Entschädigung vom Lehenverbande befreit werden können, ist die Allodifikation als perfekt zu erachten, wenn die Entschädigungssumme gezahlt oder sicher gestellt ist, oder wenn doch die Zahlung oder Sicherstellung in gehöriger Art und an gehörigem Orte angeboten worden ist.⁵⁾ — Die Worte im Artikel 1 des Gesetzes sind zu klar und bestimmt, als daß irgend ein begründeter Zweifel dagegen erhoben werden kann; es heißt nämlich dort: „Sämmtliche Lehen können vom Lehenverbande befreit werden durch Erlag von 1, 3, oder 10 Procent des Cassionswerthes.“ — Was die Worte bestimmen,

⁴⁾ Von der ratio des Gesetzes wird unten bei Nr. III weiter die Rede sein; die Worte lauten: „Lehen, welche urkundlich als aufgetragene oder erkaufte nachgewiesen werden, verwandeln sich in volles Eigenthum ohne Entgelt.“

⁵⁾ So daß dadurch der Berechtigte in *moram accipiendi* versetzt wurde.

scheint uns auch in der Natur der Sache begründet. Die Allodifikation erfolgt in unserem Falle durch Ablösung der Rechte des Lehenherrn; so lange die letztere nicht wirklich Statt gefunden hat, kann die erstere nicht als — bedingt oder unbedingt — vollendet erklärt werden.

Weder von einem früheren, noch von einem späteren Zeitpunkte kann die Wirkung der Allodifikation gerechnet werden. Es scheint uns daher irrig, wenn Kumpf (a. a. O. S. 99 u. 100) lehrt, daß die Allodifikation mit der Erklärung des Vasallen, unter den geschlichen Bedingungen allodifiziren zu wollen, bedingt vollendet sei. Die Gründe, worauf diese Behauptung gestützt wird, sind sämtlich ohne Werth für unsere Frage. So ist

a) der allgemeine Satz, daß die nicht erfüllte Bedingung der erfüllten gleich zu achten sei, wenn der, zu dessen Vortheil sie gestellt ist, das Eintreten verhindert oder verzögert, so richtig er an sich ist, sicher hier nicht am Orte. Denn einerseits wird dabei als erwiesen vorausgesetzt, daß überhaupt eine Bedingung im eigentlichen Sinne vorliege, während wir in der Zahlung der Ablösungssumme ein geschliches Erforderniß der Allodifikation erblicken; anderseits wird auf Seite des Lehenherrn in allen Fällen eine Verhinderung oder Verzögerung der Erfüllung von Anfang an präsumirt, was offenbar allen allgemeinen Grundsätzen zuwider ist ⁶⁾.

b) Die Analogie des im Verzuge befindlichen Gläubigers paßt ebenso wenig hieher, da der Lehenherr erst dann im Verzuge ist, wenn ihm die

⁶⁾ Auch ist es willkürlich zu sagen, die Bedingung sei zum Vortheile des Lehenherrn gesetzt; der Gesetzgeber beabsichtigte den Vortheil des Lehenmannes.

Ablösungssumme baar oder als Bodenzins- = Kapital angeboten ist und er die Annahme verweigert, nicht schon dann, wenn der Vasall sich bloß zur Modifikation meldet.

c) Die Analogie, welche aus dem Gesetze über Abtretung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit von 1831 abgeleitet werden will, ist nicht vorhanden; es fallen daher auch die daraus gezogenen Schlüsse weg. Allerdings hatte der Standes- oder Gutsherr, der auf seine Gerichtsbarkeit verzichten wollte, um sich die gesetzlich an diesen Verzicht geknüpften Vortheile zu sichern, weiter nichts zu thun als seinen Verzicht der Staatsregierung ausdrücklich zu erklären; von dem Augenblicke an, wo diese Erklärung abgegeben ist, treten für den Standes- oder Gutsherrn die Wirkungen des Verzichtes ein. Allein daraus folgt für unsere davon ganz verschiedene Frage nicht das Mindeste. Denn hier ist von keinem Verzicht des Gutsherrn die Rede, sondern von Aufhebung von Rechten des Staates oder des Privatlehenherrn gegen Vergütung. Dort hat der Gutsherr, der seinen Verzicht erklärt hat, alles gethan, was das Gesetz von ihm fordert; hier aber ist eine reale Leistung von seiner Seite verlangt ¹⁾).

Aber auch von einem späteren Zeitpunkte darf die Modifikation nicht als vollendet gerechnet werden, als von dem oben erwähnten. Es ist daher insbesondere zur Wirksamkeit derselben nicht nöthig, daß der Lehenherr die Modifikations-Urkunde ausgefertigt und dem Vasallen zugestellt habe. Diese Urkunde soll zum künftigen etwa nothwendigen Be-

¹⁾ Ein anderer Fehler, in welchen der Verf. bei dieser Gelegenheit verfallen ist, besteht darin, daß er seinen Satz als einen allgemeinen für alle Lehen geltenden hinstellt.

weise der geschehenen Lehenß-Eignung dienen; sie ist kein Erforderniß der letzteren.

III.

Zu Art. I Nr. 3 verb. mit Art. 3.

Heimfällige Lehen waren nach dem Entwurfe des Gesetzes schlechthin von der Allodifikation ausgenommen; sie sollten in keiner Weise, weder mit noch ohne Entgelt geeignet werden können. Das Gesetz läßt auch bei heimfälligen Lehen die Allodifikation zu, wenn der Vasall 10 Procent des Lehenßfassionswerthes an den Lehenßherrn entrichtet. Es entsteht nun die Frage, wie sich die Bestimmung in Art. I Nr. 3 zu jener in Art. 3 verhalte, oder it anderen Worten, ob die Leistung von 10 Procent bei allen heimfälligen Lehen, zur Allodifikation nothwendig sei, oder ob die heimfälligen Lehen, welche aufgetragene und vom Lehenßherrn durch den Vasallen erkaufte sind, auch ohne Entgelt allod werden. — Kumpf behauptet in der öfter erwähnten Schrift (S. 105) das erstere; wir bekennen uns zu der letzteren Ansicht und wollen dieselbe in Kürze begründen.

Der Gesetzgeber theilte die Lehen, welche überhaupt allodifizirbar sind, in zwei Klassen:

- 1) In solche, welche nur gegen eine Vergütung vom Lehenverbande befreit werden können,
- 2) in solche, welche ohne Entgelt allod werden.

Zu den ersteren rechnet er die *feuda data*, zu den letzteren die *feuda oblata* und *emtitia*. Der Grund, weshalb er die ersteren nur gegen Entschädigung eignen läßt, liegt darin, daß der Vasall, der bei der Begründung des Lehenß das Nuzzeigenthum vom Lehenßherrn unentgeltlich empfing, billiger Weise nicht fordern kann, daß ihm auch noch das Obereigenthum ohne Entgelt überlassen werde.

Die Lehen der zweiten Art sollen dagegen ohne Weiteres allod werden, weil entweder der Lehensherr nur verliert, was er ursprünglich nicht hatte (wie bei den f. oblatiis), oder weil er den Werth des Lehens vor oder bei der Begründung des Lehenvertrages bereits empfangen hatte (wie bei den f. emtitiis). — Nachdem das Gesetz in dieser Art ausgeschieden hat, bei welchen Lehen zum Zwecke ihrer Eignung ein Entgelt zu zahlen ist und bei welchen nicht, bestimmt es im Art. I weiter die Größe der Entschädigung, die es höher oder niedriger ansetzt je nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Heimfalls. Die Frage, ob von dem Vasallen, der allodifiziren will, überhaupt eine Entschädigung zu leisten sei, bestimmt sich daher nach den Umständen bei der Entstehung des Lehens; die Frage, wie groß diese sei, nach der Nähe oder Ferne des Heimfalls. Ist daher ein Lehen mit Rücksicht auf seine Entstehung zur unentgeltlichen Allodifikation geeignet, so kann es nicht mehr darauf ankommen, ob es heimfällig sei oder nicht, d. h. ob 1 oder 3 oder 10 Procent davon zu entrichten seien. Rumpf sucht seine Meinung im Wesentlichen dadurch zu begründen, daß er behauptet, die ratio des Art. 3 umfasse die heimfälligen Lehen nicht mit. Alle heimfälligen Lehen ohne Rücksicht auf ihre Entstehung müßten durch Zahlung von 10 Procent allodifizirt werden. Allein dagegen kommt zu erinnern, daß weder die Worte des Gesetzes noch die Verhandlungen irgend etwas bieten, was diese Behauptung unterstützte. Der Art. 3 macht keinen Unterschied unter den Lehen, die aufgetragene oder erkaufte sind; ob sie Erb- oder Mannlehen, ob sie heimfällig sind oder nicht; darauf kann es daher auch nicht ankommen. Die ratio legis des Art. 3 scheint uns unbestreitbar auch die heimfälligen Lehen zu umfassen, denn es ist

nicht abzusehen, weshalb der Vasall, der noch allein übrig ist, dem Lehenherrs eine Bereicherung zuwenden müßte, während der Vasall, der Nachkommen hat, dazu nicht gehalten ist ⁸⁾). — Die Richtigkeit unserer Auffassung wird endlich durch dasjenige bestätigt, was der Berichterstatter in der Kammer der Abgeordneten zur Rechtfertigung seines Antrages beibrachte, die heimfälligen Lehen aus der Klasse der unablässbaren zu streichen. Er äußerte nämlich ⁹⁾:

„Ist die Lösung des Lehenverbandes eine Forderung der Zeit, so kann der zufällige Umstand eines näheren Heimfalls und die damit verbundene finanzielle Rücksicht zu einer Aenderung des Grundsatzes nicht berechtigen.“

Diese Motivirung, zusammengehalten mit den Worten und dem Geiste des Gesetzes, scheint uns keinen Zweifel übrig zu lassen, daß unsere Auslegung die richtige sei.

Der Gerichtsstand des Wohnortes der Gerichtsmitglieder der k. Kreis- und Stadtgerichte zu Aichach und Wasserburg.

Die in diesen Blättern Bd. XV S. 215 niergelegte Ansicht, daß die Gerichtsmitglieder der neugebildeten k. Kreis- und Stadtgerichte Aichach und Wasserburg ¹⁾ ihren Gerichtsstand des Wohn-

⁸⁾ Die Absicht des Gesetzes im Allgemeinen ist, wie schon bemerkt, den W e f s e n d e n zu begünstigen, nicht den Lehenherrs. — An einer anderen Stelle bekennt sich der Verf. selbst zu unserer Ansicht; bei der Aufzählung der Bedingungen der Modifikation führt er (S. 99) an: „daß bei der Eigenschaft eines *leudum datum* gewisse Procente erlegt werden.“

⁹⁾ Vell. zu der Verb. der K. der Abg. B. II S. 337.

¹⁾ Verord. n. 10. Nov. 1818. Abf. S. 1177. Art. I. II. III. IV. V. A. —

ortet nicht vor dem k. Kreis- und Stadtgericht München, sondern vor den einschlägigen k. Landgerichten haben, ist in der Praxis auf Widerspruch gestoßen, und es dürfte bei diesem Widerstreite zwischen Doktrin und Praxis eine genauere Untersuchung der Frage dermalen am Platze sein.

Den exemten Gerichtsstand des Wohnortes vor dem k. Kreis- und Stadtgerichte der Kreishauptstadt haben nach geltendem Rechte die Kreis- und Stadtgerichtsdirektoren wie die Mitglieder der nur mit einem Direktor und zwei Räten besetzten Kreis- und Stadtgerichte (deren es übrigens unseres Wissens gegenwärtig keine mehr gibt), dann die Landrichter, die Vorstände der mit streitiger Gerichtsbarkeit versehenen k. Gerichts- und Polizeibehörden, und die Assessoren, Adjunkten und dem Richterstande angehörenden Aktiare der Landgerichte und der vorgenannten Behörden²⁾.

Die Appellationsgerichtsassessoren, welche den Kreis- und Stadtgerichts-Räten I. Cl. im Range gleichstehen³⁾, genießen bekanntlich weder einen privilegierten, noch einen exemten Gerichtsstand des Wohnortes, sondern sie nehmen in Personalsachen vor demjenigen Kreis- und Stadtgerichte oder vor demjenigen Landgerichte Recht, innerhalb dessen Civiljurisdiktionsprengel das Appellationsgericht seinen Sitz hat, bei welchem sie angestellt sind.

²⁾ Vero. v. 3. Nov. 1808. Reggöbl. S. 811; Vero. von 30. Sept. 1809 Abl. S. 1601;

Edict v. 16. Aug. 1812. Abl. S. 1548; Refer. v. 4. Juni 1819 (Mortz Novellen Bd. III. S. 5); Refer. v. 13. Sept. 1822, (Mortz a. a. O. Bd. IV S. 19); Seuffert Comm. z. G. D. Bd. I. S. 40. lit. b.

³⁾ Vero. v. 23. Febr. 1818. Art. 5. G. Gesbl. S. 27.; (in welcher die heutigen Räte noch als Assessoren erscheinen); Seuffert Commentar z. G. D. Bd. I S. 97 Note 21.

Der exemte Gerichtsstand des Wohnortes fällt nach übereinstimmender Doktrin und Gerichtspraxis mit der Quieszenz der oben genannten eximirten Beamten hinweg (s. die Zitate unten bei Ziff. II 2. Note 6).

So standen die Sachen, als im Jahre 1848 die beiden k. Kreis- und Stadtgerichte Altsach und Wasserburg geschaffen und lediglich mit der Kriminaljurisdiktion versehen wurden. Die Vorstände und Richter dieser Gerichte haben ihren Wohnort in dem Civiljurisdiktionsprengel der betreffenden Landgerichte, und es ist nun die Frage, ob diese, oder ob das Kreis- und Stadtgericht der Kreishauptstadt den kompetenten Gerichtsstand des Wohnortes über gedachte Beamten bilde?

I. Für den exemten Gerichtsstand vor dem Kreis- und Stadtgerichte der Kreishauptstadt wurden folgende Motive geltend gemacht:

1) Der Wortlaut der Verordnung vom 3. Nov. 1808 in Verbindung mit den Rechtsätzen, daß die grammatische Interpretation, soweit sie einen Sinn gibt, die logische ausschließt, und daß der Ausleger sich in Unterscheidungen, welche das Gesetz selbst nicht mache, nicht verlieren dürfe.

2) Der aus den obigen Verordnungen hervortretende Grundsatz, daß ein Stadtgerichtsbeamter niemals vor einem Landgerichte seinen persönlichen Gerichtsstand haben solle, und

3) Der Rechtsatz: *In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda* (L. 90. de R. I. L. 17), woraus folge, daß die gleiche politische Stellung in der Beamtenhierarchie und der gleiche Rang mit den übrigen Kreis- und Stadtgerichtsbeamten auch gleiche aus dem Dienstverhältnisse entspringende Rechtsbefugnisse erheische und mit sich bringe.

4) Die Analogie aus dem, was bei nicht genügender Besetzung eines Kreis- und Stadtgerichtes

Rechtens ist ⁴⁾ auf den Fall, wenn, was im Resultate dasselbe sei, einem Kreis- und Stadtgerichte gar keine Civiljurisdiction verliehen ist ⁵⁾).

Was die Beurtheilung dieser Gründe betrifft, so ist dagegen zu erinnern, und zwar:

zu 1) daß, wie unten Ziff. II. 3 gezeigt werden wird, allerdings ein gesetzlicher Unterschied zwischen den Kreis- und Stadtgerichtsbeamten älterer Ordnung, und denen der beiden neu gebildeten Kreis- und Stadtgerichte besteht, und daß wenn ein Wort zweierlei Bedeutungen hat, gleichwohl die logische Auslegung entscheidet, in welcher Bedeutung es in dieser oder jener Gesetzesstelle verstanden ist.

zu 2). Der unter Ziffer 2 aufgestellte Grundsatz existirt wohl nicht, und ist nicht nachweisbar. Bestünde dieser Grundsatz, so wäre der exemte Gerichtsstand des Wohnortes kein exempter, sondern ein privilegiirter gleich dem der Siegelmäßigen, der Geistlichen und der Offiziere, was er (aber erweislicher- und anerkanntermaßen nicht ist).

zu 3). Daß von dem Grundsatz der Rechtsgleichheit entnommene Argument ist unzulänglich; denn nicht der Rang der erwähnten Beamten begründet ihren exempten Gerichtsstand des Wohnortes, sondern ihre Stellung und Funktion als Beamte der Civilrechtspflege.

Könnte übrigens auch angenommen werden, daß obiger Grundsatz als Regel gelte, so müßte man doch behaupten, daß er bezüglich der hier obsehenden Frage keine Geltung habe; sonst müßte ja für die im Range gewiß höher als die Landgerichtsassessoren stehenden Rentbeamten, Oberzollinspektoren, Appellationsgerichtsassessoren u. s. w. dieselbe Ausnahme bestehen.

Der Umstand, daß für diese Beamten eine Ausnahme nicht besteht, ist der beste Beweis, daß die

⁴⁾ Mscr. b. 4. Juni 1819 (Moths Nov. Bd. III. S. 5).

⁵⁾ Bl. f. M. N. Bd. XV. S. 215.

Ausnahme dort, wo sie anschlägt, nicht auf dem Rangverhältnisse beruht.

zu 4). Die analoge Anwendung hätte erst dann einzutreten, wenn die Dunkelheit durch kein anderes Mittel erhellt werden könnte. Ueberdies leidet die analoge Anwendung an dem Mangel, daß im Falle des Rescriptes v. 4. Juni 1819 (Verhinderung eines Beamten der nur mit 3 Kollegialmitgliedern besetzten Kreis- und Stadtgerichte durch seine eigene Theiligung als Partei) gar kein richtig besetztes Gericht des Wohnortes (des Stadtbezirkes) vorhanden, folglich gar keine Justiz zu finden wäre, während in dem hier untersuchten Falle immerhin noch das Landgericht als Domizilgericht aller der in seinem Sprengel wohnenden Personen, die nicht ein besonderes Privilegium, oder eine besondere Exemption sonst wie nachweisen können, übrig bleibt. Der Fall ist sonach zu ungleich, um mit analoger Anwendung helfen zu können.

II. Gegen den exemten Gerichtsstand sprechen wohl mit mehr Gewicht, als die vorigen, folgende Argumente.

1) Der Grundsatz der Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetze (Verf.-Urk. 1818. Eingang. Gesbl. Seite 103), welcher aber nicht als Gleichheit der in Rede stehenden Personen mit gewissen besonderen Kategorien von Staatsbürgern (Ziff. I. 3. oben), sondern als Gleichheit aller Staatsbürger aufzufassen ist, und so weit Geltung hat, als nicht eine Ausnahme besonders nachgewiesen ist.

2) Der Grund der Ausnahmestimmung, nämlich in vielen Fällen die ansonst unzulängliche Besetzung der Gerichte, und was die Vorstände betrifft, auch die Erhaltung des Rufes der Unparteilichkeit und der Ehre der Civil-Rechtspflege. Dieser Grund des Gesetzes ist zwar nirgends ausdrücklich erwähnt; er ergibt sich aber einestheils aus der unbefangenen

Anschauung der Natur der Sache, anderntheils aus dem, was im Quieszenzfalle der erwähnten exemten Beamten anerkannten Rechts ist, daß nämlich die Exemption hinwegfällt⁶⁾.

Weiter als der Zweck soll auch der Zwang des Gesetzes nicht gehen. Wenn die Kreis- und Stadtgerichtsbeamten zu Michach und Wasserburg nicht vor dem Kreis- und Stadtgerichte der Kreishauptstadt, sondern vor den einschlägigen Landgerichten als ihrem Gerichtsstande des Wohnortes in Civilsachen Recht nehmen, so kann dieß den Justizdienst der beiden neugebildeten Kreis- und Stadtgerichte nicht hemmen, noch den Ruf ihrer Unparteilichkeit erschüttern; denn sie haben nur die Criminaljurisdiktion.

Man supponire überdieß den Fall, daß der Criminaljurisdiktionsprengel eines nicht in der Kreishauptstadt residirenden Kreis- und Stadtgerichts älterer Ordnung wegen außerordentlicher Vermehrung der Kriminalfälle und sonstiger Lokalverhältnisse unter fortdauernder Beibehaltung seines gesammten stadtgerichtlichen und kreisgerichtlichen Civiljurisdiktionsprengels — in zwei Stücke getrennt, wovon das zweite einem an dem nämlichen Kreis- und Stadtgerichtssitze eingesetzten Kriminalgerichte neuer Ordnung (ohne Civiljurisdiktion) untergeben würde.

Der nächste und natürliche Gerichtsstand des Wohnortes dieser neuen Kreis- und Stadtgerichts-, oder Kriminal-Beamten wäre das ebendort bestehende Kreis- und Stadtgericht älterer Formation in seiner Eigenschaft als Gericht des Stadtbezirkes. Es ließe sich in der That durchaus kein Grund finden, warum nicht der neue Kriminal-Gerichts-Direktor und die Richter vor diesem älteren Kreis- und Stadtge-

⁶⁾ Geuffert Commentar z. O. Bd. I. S. 102. Blff. 4 Not. 8, Bd. II. S. 344. Blätter f. R. Anw. Bd. IV S. 407; ebend. Bd. VII S. 144 die glitirten obersterl. Erkenntniße. — Vgl. auch Bd. 16 S. 141 f.

richte als vor dem Gerichtsstande ihres Wohnorts in personalibus Recht zu nehmen hätten. Soferne nicht einer oder der andere dieser Beamten schon ohnehin siegelmäßig wäre, wäre dieses Gericht, wohl gemerkt, nicht als Kreisgericht, sondern nur als ungeskreites Gericht des Stadtbezirks über obige Beamten kompetent; denn einen Anspruch auf den Gerichtsstand vor dem Kreisgerichte hätten sie nicht ¹⁾. — Wie aber einerseits ein Privilegium diesen Gerichtsstand nicht begründet, und er selbst kein privilegirter ist, so ist andererseits auch kein Grund zur Exemption von demselben vorhanden; denn in der dienstlichen Stellung und Funktion fraglicher Beamten, insbesondere auch des Direktors, läge nicht die mindeste Ursache, dieselben von dem Provinzial-Kreis- und Stadtgerichte hinweg vor das Kreis- und Stadtgericht der (Kreis-) Hauptstadt als ihr kompetentes exentes Domizilgericht zu verweisen.

Hieraus ergibt sich, daß lediglich das gewöhnliche Domizilgericht über die fraglichen Beamten kompetent, und daß es, gleichwie bei den Appellationsgerichts-Assessoren, lediglich den äußeren Umständen überlassen ist, ob dieses kompetente Domizil-Forum durch ein Landgericht oder ein Stadtgericht repräsentirt wird.

3) Es kann nachgewiesen werden, daß die Ausnahmebestimmungen der Verordnungen vom 3. Nov. 1808 u. s. w. auf die Vorstände und Richter der neuen Kreis- und Stadtgerichte deßhalb nicht passen, weil diese eine ganz verschiedene und andere persönliche Qualität an sich tragen, als die in jener Ver-

¹⁾ Der Rath eines k. Kr. - und Stadtgerichtes I. oder II. Kl. älterer Ordnung, welcher in Personalsachen vor diesem Gerichte selbst Recht zu nehmen hat, genießt nicht das kreisgerichtliche Forum, sondern steht lediglich vor dem ordentlichen Richter des Stadtbezirks, in welchem er wohnt.

ordnung vermeinten Beamten. Diese sind Beamte der streitigen und der nichtstreitigen Rechtspflege, dann der Strafuntersuchung (Civil- und Strafuntersuchungs-Richter); — jene sind Beamte der Strafuntersuchung und der Strafaburtheilung in den minderschweren und nicht sonst ausgenommenen Fällen (Kriminalrichter). Haben auch beide Kategorien einerlei Benennung und Titel, so muß der Jurist nach dem Rechtsfage: *Semper id sequimur quod actum est* (L. 34 D. Reg. Jur.) doch jene von den organischen Gesetzen gegebenen Unterscheidungsmerkmale beachten und die Unterschiede feststellen. Nun sind aber die Verordnungen v. 3. Novbr. 1808 u. f. w.⁸⁾ nur für Justizbeamte der ersterwähnten, nicht der zuletzt geschaffenen Kategorie erlassen, und passen sonach nur auf jene, nicht auf diese.

Der Name: Kreis- und Stadtgerichts-Direktor, Kreis- und Stadtgerichtsrath hat seit Einführung der neuen Stadtgerichte Alschach und Wasserburg zweierlei pragmatisch-verschiedene Bedeutungen. Unter den in den Verordnungen v. 3. Nov. 1808 u. f. w. — gedachten Beamten darf man auch nur solche verstehen, welche man sich eben damals darunter vorstellen konnte, nicht aber eine erst nachmalig unter derselben Namensbezeichnung geschaffene verschiedenartige Kategorie. Dinehin sind Worte und Bezeichnung eher in der engeren (spezifischen) als in der weiteren (generellen) Bedeutung zu nehmen.

4) Auf das nämliche Ziel weist auch die Rechtsregel hin, daß Ausnahmen eher restriktiv, als extensiv zu interpretiren sind. Stengel.

Berichtigung.

Org.Bl. Nr. 3 S. 47 Z. 17 vor „nun“ setze bei: „wenn es,“

⁸⁾ . Nr. 2 oben.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ergänzungsblatt Nr. 6.

Juli 1851.

Die Freisprechungen in den Preß- und anderen politischen Strafprozessen.

Die in den Blättern für Rechtsanwendung Nr. 9 des laufenden Jahrganges unter obiger Ueberschrift enthaltenen Bemerkungen bezeichnen ohne Zweifel höchst richtig die konstante Freisprechung in den Preß- und anderen politischen Strafprozessen durch die Geschworenen als eine sehr bedenkliche Erscheinung, welche die Autorität des Gesetzes und der Obrigkeit bedroht. Damit ist wohl Jedermann einverstanden, so wie ohne Zweifel auch damit, daß durch diese leidige Erscheinung das an sich so treffliche Institut der Geschworenen nothwendig selbst in Mißkredit kommen muß. Ich glaube aber, daß das Mittel, welches der gedachte Artikel unter Nr. 1 zur Abhilfe vorschlägt, ein höchst mißliches wäre, in seinen Folgen eben so nachtheilig als es die Erscheinung selbst ist, gegen welche es dienen soll, da es die Autorität des Gesetzes in gleicher Weise herabbringen müßte, wie es durch die zur Praxis gewordenen Freisprechungen geschieht.

Durch den dort den Gerichten ertheilten Rath, mit kluger Prüfung zu erwägen, ob nach der herrschenden Ansicht (oder vielleicht Neigung) der Geschworenen eine Anklage Aussicht auf Erfolg habe,

würde die Strafrechtspflege als solche in eine Art Politik verwandelt. Allerdings ist bei der Erhebung der Anklage ihr möglicher Erfolg in das Auge zu fassen, aber nicht aus politischen Gründen, sondern aus juristischen. Wenn nach den in der Voruntersuchung erhobenen Beweisen die Verurtheilung des Angeeschuldigten zu erwarten ist, so hat das Appellationsgericht die Anklage wie die Verweisung zu erkennen, wie Art. 63 des Ges. vom 10. Nov. 1848 vorschreibt. Lediglich also das Gewicht der in der Voruntersuchung erhobenen Beweise darf das Richteramt bestimmen, auf Anklage zu erkennen, oder sie fallen zu lassen. Geht man hierbei weiter, läßt man der vorliegenden sprechendsten Beweise ungeachtet sich von politischen Rücksichten bestimmen, so verstößt dieses gegen Gesetz und Recht; denn wenn ganze Kategorien von Delikten nicht mehr einer Anklage unterstellt werden, weil nach der eben herrschenden Ansicht oder Neigung der Geschworenen gewöhnlich Freisprechung erfolgt, so würden diese Delikte geradezu als erlaubte Handlungen angesehen werden, während sie doch nach wie vor von dem Gesetze verpönt sind. Besser, entschieden besser wäre es, die Strafgesetze über solche Reate, bei welchen die Geschworenen, die Sache mag liegen wie sie will, regelmäßig ein Nichtschuldig auszusprechen pflegen, ganz aus dem Strafgesetzbuch zu streichen, solche Handlungen nicht mehr als strafbar zu erklären. Hierbei würde dann wenigstens die Autorität des Gesetzes nicht verlieren.

Das Richteramt erkennt, sobald die Voraussetzung des Art. 63 gegeben ist, auf Anklage, und überläßt das Weitere dem Resultat der öffentlichen Verhandlung und dem Gewissen der Geschworenen. Hier bin ich bei dem Punkte angekommen, den ich wesentlich berühren wollte.

Die Folgerungen, welche sich aus den in die-

ser Beziehung gemachten Bemerkungen des erwähnten Artikels und namentlich aus dem von ihm aufgestellten Satz:

„die Geschworenen sind nicht gehindert, im
„Falle die besonderen Umstände das sum-
„mum jus als summa injuria erscheinen
„lassen, ungeachtet vollen Beweises der That-
„sache, auf Nichtschuldig zu erkennen“

ziehen lassen, sind sehr bedenklich, und um so bedenklicher, als die hier aufgestellte Behauptung von einem gewichtigen, auch von mir hoch geehrten, Namen ausgeht. Vorzüglich deshalb auch glaube ich aber die geltend gemachte Ansicht bekämpfen zu müssen.

Ich achte und ehre das freie Ermessen und die freie Ueberzeugung der Geschworenen, welcher das Gesetz selbst den Ausdruck über die Thatfrage anheim gibt. Aber ich bin der festen Ueberzeugung, daß dieses Ermessen kein moralisch unbeschränktes ist, sondern daß es seine Gränzen hat.

Der Eid, welchen die Geschworenen nach Art. 110 l. c. leisten, verpflichtet sie allerdings nicht zu einer Subsumtion unter das positive Strafgesetz ¹⁾, wie denn überhaupt diese Subsumtion an sich wesentlich Sache der den Schwurgerichten beizühenden

¹⁾ Nach Art. 171 des Strafprozeßgesetzes v. 1848 hat zwar der Präsident den Geschworenen die Merkmale auseinanderzusetzen, welche das Gesetz zum Thatbestand der den Gegenstand bildenden Uebertretung fordert. Allein in demselben Artikel ist bestimmt, daß der Präsident die Geschworenen an die Pflichten, welche sie zu erfüllen haben, erinnern und worauf er sie in dieser Hinsicht aufmerksam machen soll. Hierunter kommt nun nicht vor, daß es ihre Pflicht sei, ihrem Wahrspruch die im Gesetz bestimmten (vom Präsidenten dargelegten) Thatbestandsmerkmale, und nur diese, zu Grund zu legen. Red.

eigentlichen Richter ist, von denen der Strafausspruch in Folge solcher Subsumtion ausgeht. Dieser Eid legt den Geschwornen die Pflicht auf, den Ausspruch nach ihrem Gewissen und der durch die Verhandlung in ihnen begründeten freien Ueberzeugung zu geben; sie schwören aber auch in demselben Eid: „die Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise gewissenhaft zu prüfen.“ Hiedurch ist die Gränze der moralischen Befugnisse der Geschwornen vom Gesetz gezogen. Sie sind gehalten, ihren Ausspruch auf diese Weise und die sich hier nach in ihnen bildende, an sich allerdings freie Ueberzeugung zu gründen, und sie überschreiten daher offenbar ihre Befugnisse, wenn sie ungeachtet vollen Beweises der Thatsache ein Nichtschuldig aussprechen. Ein solches Nichtschuldig ist thatsächlich eine Begnadigung; denn wenn die Geschwornen bei objektiv und subjektiv vollständig feststehendem Thatbestand durch ein Nichtschuldig die Bestrafung unmöglich machen, so ist dies im Effect einer nach erfolgtem Richterspruch eintretenden Begnadigung ganz gleich. Das Begnadigungsrecht aber steht lediglich dem Staats-Oberhaupte zu. Es ist demselben gegeben, damit in vorkommenden einzelnen Fällen verhindert werden könne, daß „*summum jus als summa injuria*“ erscheine (Anmerkungen zum Strafgesetzbuch Th. I art. 96). Dieses Recht würde der oben hervorgehobene Satz den Geschwornen beilegen. —

Wenn das Gesetz die Geschwornenen nicht in der angedeuteten Weise hätte binden wollen, so ist nicht abzusehen, warum ihnen die Eidesformel Prüfung der Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise zur Pflicht macht. Es bedürfte dann auch der durch Art. 171 l. c. vorgeschriebenen, von dem Präsidenten der Geschwornen in jedem einzelnen Falle zu machenden Erinnerung nicht, daß, um den An-

geklagten für schuldig zu erachten, nicht eine bestimmte Anzahl oder besondere Beschaffenheit von Beweismitteln erforderlich sei, sondern lediglich eine feste Ueberzeugung, welche sie durch eine gewissenhafte Prüfung aller für und gegen den Angeklagten vorgebrachten Beweise erlangt haben²⁾.

Daß kein Angeklagter Opfer des formellen Rechts werde, dafür hat übrigens auch das Gesetz selbst schon gesorgt, abgesehen von der dem Regenten zustehenden Begnadigung. Es genügt nicht an der Hauptfrage, ob der Angeklagte sich der That schuldig gemacht habe, sondern es müssen, wie Art. 178 l. c. verordnet, über alle Umstände, welche das Gesetz als Strafminderungsgründe³⁾ anerkennt, besondere Fragen an die Geschwornen gestellt werden, und damit hierin nichts versäumt oder übersehen werden kann, so ist sowohl dem Angeklagten und seinem Berthei iger als den Geschwornen selbst das Recht eingeräumt, Erinnerungen gegen die Fragestellung zu erheben. Art. 179. Hier, bei Beantwortung dieser Fragen, können dann die Geschwornen wieder ihr Recht, sich nach freier Ueberzeugung nach dem Ergebniß der öffentlichen Verhandlung und der erhobenen Beweise auszusprechen, üben, und die Milderungsgründe als bestehend erachten oder nicht, wie sie es mit ihrem Gewissen vereinbarlich finden.

²⁾ Dieses Argument ist darum ohne Gewicht, weil es sich in dem Aufsatz S. 137 f. gar nicht von Prüfung der Beweise, sondern nur von der rechtlichen Qualifikation handelt. Neb.

³⁾ Nicht Strafmilderungsgründe sind in Frage, sondern Rechtsansichten, deren Anwendung zu einem Nichtschuldig führt. Ueber Gründe, welche die Annahme einer Schuld ausschließen, resp. die Strafbarkeit aufheben, werden keine besonderen Fragen gestellt. — Neb.

Hält man an diesen Grundsätzen über das Amt und die Pflichten der Geschwornen nicht fest, so setzt man sie über das Gesetz, und läuft Gefahr, eine Ansicht hervor zu rufen, nach welcher der Ausspruch der Geschwornen bloß einem willkürlichen Ermessen überlassen wäre. Geschworne aber, welche das Ergebnis des Beweisverfahrens gar nicht berücksichtigen und bloß einer Neigung folgen, verstoßen, wie oben nachgewiesen sein wird, eben so gegen das Gesetz als es z. B. ein Richtercollegium thun würde, das einen jungen Menschen, der über die Jahre, welche das Gesetz als Strafaufhebungsggrund anerkannt, längst hinaus ist, „wegen jugendlichen Alters“ freisprache.

Gegen diese Ansicht, welche ich in aller Verscheidenheit dem Urtheil des Publikums unterstelle, hat zwar der Verfasser des zu gegenwärtigen Bedenken Veranlassung gebenden Aufsatzes in der Note 2 bereits die Distinction zwischen der Thatfrage und der Schuldfrage geltend gemacht. Allein ich glaube, daß eine solche Distinction mit den an sie geknüpften Folgerungen schon den allgemeinen Sprachgebrauch gegen sich hat. Ob Jemand sich des Diebstahls schuldig gemacht habe, ist ganz gleich mit der Frage, ob er den Diebstahl begangen hat. Dieser allgemeine Sprachgebrauch ist auch vom Gesetz selbst Art. 192 l. c. angenommen, wo als Hauptfrage bezeichnet ist, ob der Angeklagte sich der That schuldig gemacht habe ⁴⁾ — was wohl hier nichts anders heißen kann als, ob er die That begangen habe —, und dann erst der weiteren Fragen über

⁴⁾ S. dagegen Art. 123: „die Hauptfrage wird dahin gerichtet, ob sich der Angeklagte des Verbrechens, welches, den Gegenstand der Anklage bildet schuldig gemacht habe.“ Vgl. darüber die in Bd. 15. S. 360 f. unserer Zeitschrift abgedruckte Aeußerung des Justizministers Helmh. — Red.

erschwerende oder mildernde Umstände gedacht wird. Uebrigens muß eben wieder die Würdigung der Unschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise, zu welcher die Geschwornen, wie bereits erwähnt, durch ihren Eid gehalten sind, zum Ausspruch über die Schuld, wenn man sich solche auch von der Thatfrage ganz getrennt denken will, führen.

Es sind in neuer Zeit zahlreiche Freisprechungen vorgekommen, welche großes Erstaunen erregten, da die Schuld mit Evidenz vorlag. Einige behandelte Schwurgerichtsfälle erregten freilich in anderer Beziehung ebenfalls Erstaunen, da sich nicht wohl einsehen ließ, wie man sie habe der Anklage unterstellen können. Wenn es demnach einerseits sehr zu wünschen ist, daß bei Erhebung der Anklagen an der Hand des Gesetzes immer mit Umsicht und Vorsicht verfahren werde, so besteht andererseits die dringende Anforderung an die Geschwornen, bei ihren Aussprüchen sich immer lebendig die Aufgabe ihres Berufs vorzuhalten, welche da ist, Gerechtigkeit zu üben d. h. mit gewissenhafter Prüfung der erhobenen Beweise den Ausspruch zu fällen.

D. M.

Nachschrift des Herausgebers. Allerdings sind in neuerer Zeit manche Freisprechungen durch Schwurgerichte vorgekommen, welche sich auf keine Weise rechtfertigen lassen. Gegenüber steht eine Reihe ungerechter Verurtheilungen, welche zu einer andern Zeit in politischen Strassachen von rechtsgelehrten Richtern beschlossen wurden. Keine menschliche Einrichtung ist vor dem Mißbrauch, vor einer fehlerhaften Praxis sicher. Daß An denken an jene ungerechten Verurtheilungen war es, was dem Rufe nach Schwurgerichten so großen Nachdruck gab. Daß von den Geschwornen in politischen Prozessen mitunter Freisprechungen erfolgen, welche vor einer juristischen Prüfung

nicht bestehen, ist eine längst bekannte Sache; auch pfälzische Erfahrungen aus vormärzlichen Zeiten liegen darüber vor. Gleichwohl hat keine der Stimmen, welche jetzt über die Wiederkehr dieser Erscheinung schweren Tadel erheben und auf die Wiederaußmärzung der Märzerrungenschaft einlenken, im J. 1848 gegen die Wiederbelebung der altdeutschen Volksgerichte Bedenken kundgegeben. Vielmehr hat gar Mancher von den jetzigen Berurtheilern der mißliebig freisprechenden Schwurgerichte bei deren Einführung seine freudige Zustimmung bethätigt⁵⁾. Im J. 1851 stehen freilich die Sterne anders, als sie im J. 1848 standen.

Die angeklagten Freisprechungen mögen zum Theile zwar nicht als Akte richtiger Gesehanwendung erscheinen, aber eben so wenig den Vorwurf der Willkür oder der Usurpation des Vergnädigungsrechtes verdienen. Man kann nicht annehmen, daß die Geschwornen bei den Wahrsprüchen, welche mit dem Maße des Gesetzes gemessen Bedenken erregen, sich der Beiseitsetzung gesetzlicher Vorschriften bewußt waren, daß den mißliebigen Freisprechungen Akte des Willens der Geschwornen, sich über das Gesetz hinwegzusetzen, zu Grunde lagen. Die Geschwornen waren eben von der Ueberzeugung geleitet, es sei das Gesetz auf den gegebenen Fall, wenn dieser nach allen seinen besonderen Umständen erwogen werde, nicht anwendbar; nicht diejenige Auffassung des Gesetzes sei die richtige, welche sie aus dem Munde des Staatsanwalts oder des Präsidenten vernahmen, sondern die andere, welche der Vertheidiger entwickelte; so z. B. wenn der Vertheidiger die Un-

⁵⁾ Daß diese Aeußerung keine Beziehung auf Herrn D. M. habe, sei vorsorglich, um einem Mißverständniß vorzubeugen, bemerkt.

wendbarkeit der Hochverrathsgesetze aus dem Grunde bestritt, weil der Gesetzgeber an einen solchen Collisionssfall, wie er im J. 1849 zwischen Reichsversammlung und Einzelregierungen eintrat, nicht gedacht habe, und daher das Gesetz für einen solchen Fall nicht bestimmt sei. Indem nun die Geschwornen dieser Rechtsansicht beitraten, hegten sie nicht den Gedanken einer willkürlichen Nichtachtung gesetzlicher Vorschriften; sie waren vielmehr von einem Gedanken der Nothwendigkeit⁶⁾ geleitet, sie glaubten, um Recht zu sprechen, freisprechen zu müssen. Wenn die mehreren Juristen, welche zu den Geschwornen über den Sinn und Umfang der in Frage befindlichen Gesetze reden, verschiedene Ansichten aufstellen, so kann von Seite der Geschwornen, denen die juristische Bildung abgeht, keine juristische Würdigung eintreten; es bleibt ihnen nichts übrig, als der Stimme des positiven Rechts⁷⁾ zu folgen, welche sie in ihrer Brust vernehmen, und wenn diese sie auf ein von der richtigen Auffassung des Gesetzes abweichendes Ergebnis führt, so trifft sie darum kein Vorwurf. Sie üben darin keine Willkür, und maßen sich nicht das Begnadigungsrecht an⁸⁾. Eben weil

⁶⁾ Vgl., was Savigny (System des röm. Rechts Bb. I §. 7 S. 17) von der Fortbildung des Rechts im Volksbewußtsein äußert: „Diese Fortbildung steht unter dem Geseße der Erzeugung aus innerer Kraft und Nothwendigkeit, unabhängig von Zufall und Willkür“.

⁷⁾ Ueber diese Anwendung des Ausdrucks „positives Recht“ vgl. Savigny a. a. O. §. 12 S. 37.

⁸⁾ Auch die deutschen rechtsgelehrten Richterkollegien einer früheren Zeit, welche die von den Bestimmungen der Carolina abweichende mildere Praxis, fortgeschrittene Rechtsansichten ausprägend, begründeten und befolgten, sind darum nicht mit den Vorwürfen

die Geschwornen keine Gesetzkundigen und zur Schlichtung der Meinungsverschiedenheiten der Juristen unfähig sind, münzen ihre Wahrsprüche Recht aus, wie solches im Volksbewußtsein lebt, sich darin erzeugt und fortbildet. Das war von jeher und überall die Natur der Volksgerichte. Eine Institution gründen, und erwarten, daß sie ihre Natur verlezne, wäre ungereimt ⁹⁾.

Nach dem Art. 63 des Strafprozeß-Gesetzes vom 10. Nov. 1848 wird die Anklage und Verweisung vor das Schwurgericht erkannt,

„wenn nach den in der Voruntersuchung erhobenen Verweisen die Verurtheilung des Angeklagten zu erwarten ist.“

Wenn sich nun im Hinblick auf eine Reihe vorhergegangener Freisprechungen die Ansicht feststellt, es sei ungeachtet der in der Voruntersuchung erhobenen Beweise etwa wegen Vorliegens besonderer, zwar nicht im Strafgesetze wohl aber im Volksbewußtsein als schuldauflösend anerkannter Umstände eine Verurtheilung nicht zu erwarten, so würde das Gericht, wenn es dennoch Anklage und Verweisung erkennen wollte, der Bestimmung des Art. 63 zuwiderhandeln. Die Autorität der Gesetze wird durch solche keineswegs politische, sondern durch die

der Willkür und der Usurpation des Begnadigungsrechtes belästet. In der Geschichte des deutschen Strafrechts nimmt unter den Männern, durch welche jene wilde Praxis die Weiße der Wissenschaft erbleicht, der Name „Kleinschrod“ einen Ehrenplatz ein.

⁹⁾ Die von den Schwurgerichtspräsidenten zu München und Würzburg an die Geschwornen gerichteten Ermahnungen, in der rechtlichen Beurtheilung der bewiesenen Thatfachen die bestehenden Gesetze zur Richtschnur zu nehmen, waren recht gut gemeint; aber der beste Wille, solchen Ermahnungen Folge zu leisten, macht die Geschwornen nicht zu Gesetzkundigen.

Natur des Volksgerichtes gebotene, daher juristische Rücksicht auf den Erfolg, beziehungsweise auf die Volksansicht, nicht gefährdet, sondern gewahrt. Das zeigt ein Blick auf die englische Gerichtspraxis, im Vergleich mit der Volksgesinnung für Königthum und gesetzliche Ordnung, welche sich dort im Revolutionsjahre 1848 bewährt hat.

In einem großen Theil der Fälle, in welchen die beanstandeten Freisprechungen vorkamen, handelte es sich nicht von Anwendung eines von dem geschriebenen Gesetze abweichenden Rechtsfaktes, eben so wenig von einem Hinwegsehen über gelieferten Beweis von Thatsachen, sondern von dem Dasein oder Nichtdasein eines nicht mit den Sinnen wahrnehmbaren, sondern bloß durch einen Beurtheilungsakt erkennbaren Thatbestandsmerkmals. Daß der Aufsatz, in welchem die Anklage den Thatbestand der Majestätsbeleidigung oder der Beleidigung der Staatsregierung fand, von dem Angeschuldigten geschrieben oder verbreitet worden, war nicht in Abrede gestellt und kein Gegenstand der Verhandlung. Diese drehte sich nur um die dem Ermessen der Geschwornen anvertraute Frage: ob in gewissen Stellen des Aufsatzes die Merkmale der Beleidigung durch Verläumdung, Schmähung, Beschimpfung, herabwürdigenden Spott oder durch Vermessung verächtlicher Handlungen oder Gesinnungen u. dal. gegeben seien, oder ob vielmehr die Grenzen erlaubter Kundgebung, freimüthigen Urtheils und Tadelß nicht überschritten worden? — In andern Fällen, z. B. bei Hochverrathsanklagen, waren gleichfalls die der Anklage unterstellten Handlungen eingestanden oder bewiesen; aber die Vertheidigung bestritt, daß diese Handlungen „treulos, mit rechtswidrigem Vorsatz“ vorgenommen worden, indem vielmehr der Angeschuldigte damit der Auforderung der Reichsversammlung, betreffend die

Durchführung der Reichsverfassung, pflichtmäßig zu entsprechen geglaubt habe, und zu diesem Glauben durch die Regierung des Einzelstaates selbst, durch den von dieser bewirkten Vollzug des Frankfurter Beschlusses auf Vermehrung des stehenden Heeres bis zu 2 Pzt. der Bevölkerung, durch Abhaltung der vom Reichsminister angeordneten Guldigungsparade vom 6. August, durch Verkündung mehrerer Reichsgesetze im Landes-Regierungsblatt u. s. w. verleitet worden sei ¹⁰⁾. — Solche Anklagen auf Hochverrath oder wegen Mißbrauches der Presse hat wohl der verehrliche Verfasser obiger Bemerkungen bei seiner Polemik gegen die Distinktion zwischen Thatfrage und Schuldfrage nicht im Sinne gehabt. Aber daß von ihm Gesagte paßt nicht einmal auf alle Fälle des von ihm gewählten Beispiels, des Diebstahles. Bei der letzten münchener Schwurgerichtssitzung war unter den Angeklagten ein Dienstknecht, welcher seinen Dienstherrn mittheilt Erbrechung einer Lade um 70 und etliche Gulden bestohlen hatte. Die That war eingestanden; aber das gestohlene Geld war bei einer Nachsuchung in der Lade des Knechtes vom Dienstherrn bis auf wenige Gulden wieder aufgefunden worden, und über den Ersatz des Fehlenden vor Angehung der Untersuchung eine Verständigung zwischen beiden zu Stande gekommen. Obwohl nun kein Zweifel darüber obwaltete, daß der Diebstahl begangen worden, so wurde doch (zufolge Annahme thätiger Reue) der Angeschuldigte des Diebstahles nicht für schuldig erachtet.

¹⁰⁾ Vgl. St.G.B. von 1813 I. Art. 121: „Eine That ist strafflos, wenn die Person in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit ihre Handlung für erlaubt und unsträflich gehalten hat“.

Jur Statistik der Strafrechtspflege.

Vergleicht man die Resultate unserer nun schon im dritten Jahre bestehenden öffentlichen Strafrechtspflege mit den Ergebnissen, welche in der österreichischen Strafrechtspraxis, seit auch dort in der zweiten Hälfte des vorigen Jahres die Gerichtsthüren geöffnet wurden, zu Tage gekommen sind, so zeigt sich ein höchst auffallender Unterschied in dem Strafmaße welches hier und dort angewendet wird. Schreiber dieser Zeilen hat die im ersten Quartale der diesjährigen österreichischen Gerichtszeitung aus allen zum deutschen Bunde gehörigen Bestandtheilen des Kaiserreichs mitgetheilten Strassachen mit den in unserer Strafgesetzanwendung üblichen Strafzumessungen zusammengehalten und das Facit der Berechnung war: in Oesterreich wird im Durchschnitt nicht einmal die Hälfte der in Bayern üblichen Strafgrößen zuerkannt. Verglichen mit der österreichischen erscheint die bayerische Strafpraxis als eine übermäßig harte ¹⁾. Ein Zusammentreffen der Resultate findet nur Statt bei Verurtheilungen wegen Mordes (hier und dort in der Regel Todesstrafe) und bei einem Theile der Fälle wegen Verbrechen der Körperverletzung mit tödtlicher Folge; bei allen übrigen Kategorien: Mordversuch, Kindsmord, Todtschlag, Körperverletzung, Nothzucht, Brandlegung, Raub, Diebstahl, Betrug, insbesondere Fälschung öffentlicher Creditpapiere, Widersehung u. s. w. stellt sich das bezeichnete Mißverhältniß dar. Nach der

¹⁾ Auch die Vergleichung mit den Bestrafungen in den andern deutschen Staaten läßt die bayerische Strafpraxis im Durchschnitt als die härtere erscheinen. Anders verhält es sich z. B. mit der Bestrafung des vierten Diebstahls (auch des einfachen von unbedeutendem Betrage) nach preuß. Recht (lebenslängliches Zuchthaus).

in einigen Fällen erkannten Todesstrafe war das höchste Strafmaaß, auf welches in den a. a. D. aus neun Kronländern mitgetheilten Schwurgerichtsfällen erkannt wurde, schwerer Kerker von 12 Jahren; nämlich wegen Raubes solchen Grades, welcher in Bayern Zuchthaus auf unbestimmte Zeit nach sich gezogen hätte; während mehrere Fälle, in welchen nach unserem Gesetze auf Kettenstrafe erkannt worden wäre, nur zu Erkenntnissen auf schweren Kerker von 8 Jahren und darunter führten. Nur fünfmal wurde auf schweren Kerker über 8 Jahre, nur siebenmal auf achtjährigen erkannt.

Die auffallende Differenz erklärt sich aus dem Umstande, daß die österreichische Gesetzgebung (schon die vormärzliche) einen in der Doktrin längst anerkannten Fehler der bayerischen vermieden hat, nämlich die allzuenge Begrenzung des richterlichen Ermessens. Die Befugniß, wegen vorhandener Milderungsumstände (ohne Beschränkung auf einen oder andern) auch absolute Strafenbestimmungen in der Anwendung zu ermäßigen und bei relativen unter das Minimum der gedrohten Strafe herabzugehen, auch die Strafart in eine mildere zu verwandeln, war in Oesterreich schon längst vor den Märztagen in gewissen Abstufungen ein Attribut des Richteramtes, so daß diesem die Beurtheilung jedes Falles nach seinen individuellen Merkmalen gebührendermaßen eingeräumt und die Wirksamkeit des Begnadigungsrechtes nicht durch Alltäglichkeit profanirt, sondern der richtigen Auffassung entsprechend, in Wahrheit als eine außerordentliche, seltene gestellt war. Bei Einführung des mündlichen Verfahrens sah man wohl ein, daß es nun noch weniger als früher zulässig sei, dem auf die Voruntersuchungsakten, die karglichen Aufzeichnungen des Protokolles der öffentlichen Sitzung und den Bericht des Staatsanwalts beschränkten Justizministerium resp.

dem Kabinet die Aufgabe einer täglich eingreifenden Revisionsinstanz zu setzen, und so die definitive Regulirung des Strafmaasses in einem großen Theile der abgeurtheilten Fälle einer Art mangelhaft informirter Kabinetjustiz anheimzustellen. Da sich zumal die Ausstattung des Richteramtes mit der oben bezeichneten Strafermächtigungsbesugniß schon durch die früheren Erfahrungen als unbedenklich und zweckmäßig bewährt hatte, so wurde im §. 346 der Strafprozeßordnung vom 17. Januar 1850 bestimmt: Dem Schwurgerichtshofe ²⁾ wird das Recht eingeräumt, in allen Fällen, wo nach dem Gesetze die Strafe zwischen zehn und zwanzig Jahren oder auf Lebenszeit auszumessen ist, dieselbe wegen vorhandener Milderungsstände zwar nicht in der Art, aber in der Dauer herabzusetzen, jedoch auch in dieser nicht unter drei Jahren. In Fällen, für welche die Strafe im Gesetze zwischen fünf und zehn Jahren bestimmt ist, darf der Gerichtshof dieselbe wegen mildernder Umstände sowohl in eine gelindere Art verändern als auch in der Dauer, jedoch nie unter Ein Jahr herabsetzen.

Abkürzung der Freiheitsstrafen in Verbindung mit thatkräftiger Betreibung des Besserungszweckes ist ein Postulat der Wissenschaft und Humanität. Den österreichischen Strafrichtern ist von einer weisen Gesetzgebung vergönnt, durch gerechte Berücksichtigung vorhandener Milderungsgründe zugleich im Sinne dieses Postulats zu walten. Aber nicht bloß die österreichischen Gerichtshöfe, auch die dortigen Staatsanwälte bethätigen auf rühmliche Weise, daß sie von dem Geiste der positiv gewordenen Rechtsfortbildung erfüllt sind. Es ist eine häufige Erscheinung,

²⁾ Die Kompetenzgränzen der österreichischen Schwurgerichtshöfe sind viel weiter gesteckt, als zur Zeit die der bayerischen desgleichen des Rheines.

daß die Staatsanwälte nach ausgesprochenem Schuldig die obwaltenden Milderungsgründe mit Wärme hervorheben, und ihren Strafantrag unter Berücksichtigung des §. 346 in solcher Weise ermäßigen, welche dem Vertheidiger nur die Erklärung seiner Zustimmung übrig läßt.

Die umgestaltete österreichische Strafrechtspflege scheint noch in einer andern Beziehung einer Nachbarin den Vorsprung abgewonnen zu haben, nämlich in dem kürzeren Zeitverlaufe zwischen dem Beginne der Untersuchung und der öffentlichen Verhandlung³⁾. — Es wäre bei uns in gar manchen Fällen, worunter auch sehr einfache, interessant zu erfahren, an wem es lag, daß die Verweisung an den Schwurgerichtshof so lange auf sich warten ließ. — Der Gismord in Bittremont wurde am 20. Nov. 1850 begangen, und Mitte Juni's 1851 das Urtheil gesprochen. Wie viel Zeit hätte man wohl anderswo gebraucht, um eine solche Sache für die Schwurgerichtsverhandlung reif zu machen?

³⁾ Aus 57 in Nr. 1 — 51 der heurigen österreichischen Gerichtszeltung mitgetheilten Schwurgerichtsfällen berechnet sich der Zeitraum zwischen dem Tage der That, welche die Untersuchung veranlaßt hat, und dem Tage der öffentlichen Verhandlung, obwohl bei einem guten Theil der Anfang der Untersuchung noch in die Zeit vor Einführung des neuen Verfahrens gefallen war, durchschnittlich auf wenig mehr als 5 $\frac{1}{2}$ Monate. Sechsmal hat die Verhandlung schon im dritten, viermal im vierten Monat stattgefunden. Eine sehr rasche Erledigung scheint insbesondere auch in dem Stadium bei den Obergerichten (Staatsanwaltschaft und Anklagekammer) statzufinden.

Berichtigung.

Im GBl. Nr. 2 S. 28 Z. 20 ist statt „vgl. unten S. 94“ zu setzen: „vgl. oben S. 125 f.“

