

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

in Verbindung mit

Christian Carl Gild und Carl Friedrich Dollmann,

herausgegeben

Johann Adam Senffert.

XIX. Band.

Erlangen 1854.

Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Alphabetisches Register

zum

neunzehnten Bande der Blätter für Rechtsanwendung.

(Die mit * bezeichneten Seitenzahlen beziehen sich auf die zu diesem Jahrgange erschienenen Ergänzungsblätter.)

	Seite
Ablehnung sämtlicher Mitglieder eines Untersuchungsgerichtes	*45
Abbildungsgesetz: der Art. 6 desselben ist auf Reichnisse, welche auf den Gemeindeverband Bezug haben, nicht anwendbar	367
Abbildung=Obligationen: deren Deponirung	58
Abrechnung: Einrede der Zahlung eines Wechsels durch Abrechnung	*14
Abrechnungsalbo: dessen Einlagung	205
Absehluß: auf vorgängige Waaren=Offerte	401
Acceptant: zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen denselben bedarf es weder einer Präsentation, noch eines Protestes	*101
Actio empti: deren Verjährungszeit zur Geltendmachung von Forderungen, welche auch nach dem ädilt. Edikte begründet sind	31
Actio negatoria: Beweislast (bayr. Recht)	255
Actio Pauliana: gegen Hyp.=Verstellung	296
Aelrige: deren Gerichtsstand bei binglichen Klagen	166
Abhäsion: Verurteilungssumme bei gemeinschaftlicher mehrerer Gantgläubiger	60
Fälle unzulässiger Abhäsion wegen Mangels der Konnexität	191, 288
Rehabilitatives Edikt: bezieht sich nicht auf den Fall, wenn vertragmäßig bedungene Nebensachen fehlen (bayr. u. gem. Recht)	*87
Tempus utile bezüglich der Verjährung bei Temporal-Klagen, insbesondere den Klagen aus dem ädilt. Edikte	48
G. auch actio empti.	
Alter der Inmemorial=Zeugen	192
Altschreibensbeleidigung: an Forstgehilfen	158

	Seite
An Landgerichtsfunktionären und Grenzcollektnehmern	*48
Kann an einem verstorbenen Beamten nicht begangen werden	*48
Anerkennung: eines Kontokorrents, worin betrügl. Ansätze vorliegen	410
Anheirathung: eines Gutes nach bayr. Recht	113, 138
Annahme: befreit die Annahme der versicherten Waare von Seite des Adressaten den Spediteur von der Haftung?	408
Ansbacher Recht: Mithaftung der Ehefrau für die Schulden des Ehemannes	*25
Haftung der Ehefrau für Gewerbschulden des Mannes; Sitten zu offenem Aram und Markte	201
Anstellung: unter der Klausel „auf Wohlverhalten“	128
Antwort, spezielle auf die Klage	350
Anwälte: Anordnung eines Vergleichsversuchs ohne deren Beisein	95
Appellationsgerichte: haben über Ablehnung oder Entschlagung eines Untergerichtes, wodurch die Delegation eines andern nothwendig wird, im Plenum zu entscheiden. Richtigkeitsbeschwerde gegen Verweisung einer Sache an das Plenum des NO.	*45 *46
Armenanwalt, freiwilliger; Deserviten; Retentionbrecht	185
Attestat, hypothekenamtliches, als Zahlungsnachweis	40
Aufflagbetrugsdationssachen: heimliche Malmühlen	*33
Zulässigkeit von Richtigkeitsbeschwerden	*70
Lauf der Berufungsfrist für die Kreisdistrikte	*71
Zulässigkeit von Beschwerden wegen Verweigerung der Entscheidung über Nebenpunkte	*71
Augsburger Recht: solidarische Verpflichtung bei Handels-, bez. Fabrikgesellschaften	364
Ausland: Kompetenz bezüglich eines dort von einem Inländer verübten Verbrechens	133
Bamberger Recht: Testament vor Pfarrer und zwei Zeugen	315
Banquerout, betrügerischer: das Verstecktschaffen von Gegenständen schlicht das Merkmal der Verheimlichung vor den Gläubigern schon in sich	*47
Die Größe der Beschädigung der Gläubiger hat lediglich Einfluß auf die Strafmessung	*47
Baupflicht: bei nöthiger Erweiterung des Gebäudes	*93
Erbschendliche Verjährung bezüglich der Kirchenbaupflicht	*45
Bayerisches Recht, s. Actio negatoria. Medicallisches Edikt. Anheirathung. Bürgschaft. Ehegatten. Injurienklage. Compensation. Unvorbedenklichkeit.	
Beebe: als grundherrliches Gefälle	282
Beeidigung: der Zeugen durch einen Funktionär; heilbare Nichtigkeit	144
Beeidigung der Sachverständigen in Strafsachen	*46
Beischlaf, außerehelicher: Gerichtsstand für Klagen hieraus	163
B. auch Desflorationssklage.	

	Seite
Benefizialerbs: kann er zur Fortsetzung eines gegen den Erblasser begonnenen Rechtsstreites gezwungen werden, und unter welchen Voraussetzungen?	356
Berufungsfrist: deren Lauf für die Fiskalate in Aufschlagsachen	*71
Berufungssumme: deren Berechnung bei Appellation oder Abhäsion mehrerer Konkursgläubiger gegen das Kolats-Erkenntniß	80
Beschädigung: aus Anlaß einer Dienstleistung	396
Haftet der Spediteur für Beschädigungen der Waaren während des Transportes?	408
Beschränkung persönlicher Freiheit durch Vertrag in Bezug auf Dienstwechsel	*110
Beschwerden: Wiederaufleben früherer in dritter Instanz Zulässigkeit von Beschwerden wegen Verweigerung der Entscheidung über Nebenpunkte in Aufschlagsachen	352
Beschwerde zur Wahrung des Geheißes in Forststrassachen	*71
Besitzer von Bestandtheilen einer Gemeindemarkung: deren Vertretung durch die Gemeinde	*48
Bestechung: zum Zwecke der Beschleunigung einer Angelegenheit	415
Betrug: der beabsichtigte „wirkliche“ Vortheil braucht kein bleibender zu sein	158
Fall, in welchem die Verleitung zur Eingehung einer gültigen Ehe nicht als Betrug anzusehen ist	*47
Beweis: Ergänzung des durch Handelsbücher begründeten Beweises	157
Beweis des Irrthums bei der <i>Condictio indebiti</i>	*31
Vermuthungsbeweis bezüglich des Eigenthums, Miteigenthums und anderer Rechtsverhältnisse dinglicher Natur	353
Zahlungsnachweis durch hypothekenamtliches Attestat	87
Nachweis der Zahlungsfähigkeit bei Versteigerungen (Proz. Ges. §. 90. v. 1837)	46
Nachweis der Zahlungsfähigkeit bei Geltendmachung des Einlösungsrechtes. (Hyp.-Ges. §. 64.)	369
Beweisaufgabe, alternative: durch das Bindelwort „dann“	31, 375
Beweiskraft strafgerichtlicher Erkenntnisse bezüglich des Civilpunktes	355
Beweislast: bei der <i>actio negtorin</i> (bayer. R.)	363
Im Betreffe der Einreden, welche einer wegen verheimlichter Schwangerschaft erhobenen Ehenichtigkeitssklage entgegengesetzt werden	255
Bei einer Entschädigungssklage wegen Verletzung durch Umwerfen des Giltwagens	222
Einfluß des Konstatungsbeschlusses in Bezug auf ein Brauntwacinschenrecht auf die Beweislast	*58
Beweislast, wenn der Lottozettel mit dem Eintrage in die Originalliste nicht übereinstimmt	270
Desgleichen bezüglich der bedingenen Aufkündigungszeit bei dem Mieth- oder Pachtvertrage	265
	141

Desgleichen bei dem Einwande bedingter Vertragseingehung	350
Desgleichen wenn der Verkäufer von Waaren bei Nicht-einlösung des als Zahlung empfangenen Wechsels Entschädigung verlangt	404
Beweispflicht bezüglich des Erbschaftsanfalles an Ver- schollene	*49
Beweismittel: hierzu ist für die Realität eines Gewer- bes das Grundsteuerkataster nicht dienlich	143
Blutgehent: in ein ständiges Reichthum verwandelt	335
Bodenentlastungsgesetz, s. Ablösungsgesetz	
Bona fides: in wie ferne sie zur Klageverjährung erfordert wird	*29
Braunntweinschenrecht: Einfluß des Konstatierungsbe- schlusses hierüber auf die Beweislast	270
Bürgschaft: bei „gemeinen schlechten Bürgern und Bauern“ (Bayer. Recht)	268
Condictio indebiti: Zahlung einer Nichtschuld aus Rechtsirthum; Nachweis über stattgefundenen Irrthum (Preuß. R.)	353
Conductio operis: deren Vermächtniß; Vergleich zwi- schen den Erben mit dem Solutor. Entschädigung des Legatars	280
Deflorationsklage: gegen einen Ehemann	32
Gerichtstand für Deflorationsklagen	153
DeklARATION: auf die Injurienklage (Bayer. R.)	*95
„Königliche Deklaration v. 31. Dez. 1806, die vormalige Reichsdritterschaft, insbesondere deren grundherrliche Ge- fälle und namentlich die Weide betr.“	282
Denkschrift: ohne Auftrag oder Genehmigung des Be- schuldigten, nicht zu berücksichtigen	*40
Deponirung: von Ablösungsschuldbriefen für an den Staat abgetretene Grundrenten; ob sie bei den Land- gerichten als Justiz- oder Administrativbehörden ge- schieht?	58
Diebstahl, ausgezeichneter: durch den Gebrauch der rechten Schlüssel	158
Dienstleistung: Beschädigung eines Diensthoten oder Tagelöhners aus Anlaß seiner Dienstleistung	396
Dienstwechsel: kontraktlich untersagter	*110
Diffamation: vom Diffamaten veranlaßt	271
Dingliche Klagen: desfallsiger Gerichtstand der Adelligen	186
Dingliche Rechtsverhältnisse: Vermuthungsbeweis	87
Disziplinargegenstände in Strafsachen: deren Be- handlung	150
Domizil eines Wirthschaftspächters	*100
Eines Kommiß, welcher Handlungsreisender ist	*81
Domizilveränderung ist auf Vertragsverhältnisse ohne Einfluß	63
Domizilirter Wechsel: Präsentation u. Protesterhebung	287
Duell: die Einrede der Nothwehr ist hiebei ausgeschlossen	*47

	Seite
Die Bestimmungen über Körperverletzung finden bei Verwundungen im Duell Anwendung	*48
Duplik: Wirkung des Verzichts auf dieselbe	333
Ehe: Verletzung zu Eingehung einer gültigen Ehe durch	
falschliches Vorgeben von Vermögensbesitz	157
Ehefrau: deren Mithaftung für die Schulden des Ehe-	
mannes nach Ansbacher Recht	*25
Haftung der Frau für Vererbungsschulden des Mannes;	
Siken zu offenem Raum und Markt (Ansbacher R.)	201
Vererblichkeit des Vorzugsrechtes der Ehefrau nach §. 23	
Art. 3 der Prelor. Ordnung	187
Ehegatten: Untdanheirathung (Bayer. R.)	113, 138
Von Beschränkung der Verbindungen an den zweiten Ehe-	
gatten (Bayer. R.)	138
Verfügungsrecht des erstversterbenden Gatten bei ehelicher	
Gütergemeinschaft im Eichtättischen	145, 366
Eheliche Gütergemeinschaft, s. Gütergemeinschaft.	
Ehemann: Satisfaktionsanspruch der von ihm Geschwächten	32
Ehenichtigkeitssklage: wegen verheimlichter Schwanger-	
schaft	222
Ehescheidungsprozeß: Einforderung der Preimsteuer	
während desselben	16
Ehrenbeleidigung, s. Injurie.	
Eichtätter Recht: eheliche Gütergemeinschaft	145, 366
Elbeszuschreibung: über das Prelarium	61
An Strellgenossen	77
Folgen unterlassener Erklärung über den in Aufsehung	
einer Einrede im Konkurse zugeschobenen Haupteid	*24
Eigenthum: dessen Beweis durch Vermuthungen	87
Buständigkeit, den Schutz des Eigenthums an Preßers-	
zeugnissen betr.	337
S. auch Gemeineigenthum.	
Einkaufskommission: Konsenserklärung des Kommit-	
tenten aus längerer Nichtbeantwortung eines Anzeigebrie-	
fes des Kommissionärs abgeleitet	381
Einkaufskommission zu Eisenbahnpromessen; Einzahlungen,	
vom Kommissionär geleistet; Ersatzpflicht des Kommitenten	320
Einkindschaft: von Kindern, welche schon in einer früheren	
Ehe eingekindschaftet worden (Oberpfälzer und gem. R.)	89
Anfechtung einer Einkindschaft wegen Nichterfüllung der	
zum Besten der zu unterenden Kinder angeordneten Er-	
fordernisse (Oberpfälzer und gem. R.)	92
Einklösungsrecht: von einem Chirographargläubiger	
bei angeblich materiellem Konkurse in Anspruch genommen	220
„Vollständige Bezahlung“ im Sinne des Hyp.-Ges. §. 64	
Abf. 3.	30
Vom Nachweise der Zahlungsfähigkeit nach §. 64 Abs. 2	31, 375
a. a. D.	
Einreden: zum richtigen Verständnisse des Satzes „wer	
excipit, bekennt nicht.“ (Berichtigung S. 368)	243
Excipiendo rous sateri potest. Die Einrede eine zuläf-	

	Seite
fige Quelle, um den Umfang eines vorhergehenden Widerspruchs der Klage auszulegen und durch Bugestände wieder zu entkräften	*124
Geltendmachung von Einreden des Exekutivprozesses im Wege der Nachklage; Gerichtsstand	413
Verjährung von Einreden, welche klagerweise geltend gemacht werden können	*30
Gerichtablehnende Einrede im Wege der Adhäsion verfolgt, bei der Berufung des Klägers gegen die Klagenabweisung in angebrachter Art	101
Einreden gegen die Ehenichtigkeitklage wegen verheimlichter Schwangerschaft; Beweislast	222
Einrede verzögerter Anrufung ärztlicher Hilfe gegen die Klage auf Entschädigung wegen Körperverletzung	*60
Kompensationseinrede gegen die Spolienklage	414
Die Einrede der Kompensation gegen eine Injurienklage geht durch die Verjährung des Klagerrechtes des Beklagten nicht verloren	*39
Einrede der Minderjährigkeit	*96
Einrede der Retorsion bei Injurien	*06
Beweislast bei dem Einwande bedingter Vertragseingehung	350
Einrede der Verjährung gegen die Entschädigungsklage wegen Verletzung durch Umwerfen des Eilwagens	*61
Einrede der Zahlung, mangelhaft vorgebracht	156
Einrede der Wechselzahlung durch Abrechnung	*14
Einstellung des Strafverfahrens: in geheimer Sitzung des obersten Gerichtshofes	*46
Einwilligung: durch längere Nichtbeantwortung eines Briefes	381
Eisenbahnpromessen: desfallige Einkaufskommission	329
Entschädigung: desfalliger Anspruch der von einem Ehemanne Geschwächten	32
Entschädigungsanspruch des Frachtführers oder Schiffers, wenn ein zugesagter Transport nicht stattfindet	407
Entschädigungsklage eines durch Umwerfen des Eilwagens verletzten Passagiers; Beweislast	*58
Antrag des Klägers auf fortlaufende Zahlungen für die Dauer beschränkter Arbeitsfähigkeit	*59
Einrede der Verjährung gegen die Entschädigungsklage des Passagiers	*61
Einrede verzögerter Anrufung ärztlicher Hilfe gegen die Entschädigungsforderung wegen Körperverletzung	*60
Zuständigkeit bei Entschädigungsansprüchen nach dem Gesetze zum Schutze des Eigenthums an Preßzeugnissen	337
Richterliche Feststellung einer Entschädigungssumme nach notorischen Preisverhältnissen	351
Entscheidungsgründe: Urtheilsvernichtung wegen deren Mangelhaftigkeit	160
Entweichung von Gefangenen: Strafe deren wiederholten fahrlässigen Verwirkung	158

	Seite
Entwendungen: haftet der Spediteur für dieselben	
während des Transportes?	408
Erbe: kann ein Benefizialerbe gezwungen werden, einen	
gegen den Erblasser bereits begonnenen Rechtsstreit fort-	
zusetzen, und unter welchen Voraussetzungen?	356
Erbschaft unter widersprechenden Modalitäten	*108
Erbschaftlicher Gerichtsstand	85, 81
Erbschaftsanfall an Verschwundene	17, 33, 40
Verweispflicht Desjenigen, der sich auf das Ueberleben des	
Anfalles gründet	*49
Erfüllungsort: Beurtheilung der Obligationsverhält-	
nisse nach den dort geltenden Gesetzen	362
Erkenntnisse: Berichtigung darin vorkommender Schreib-	
versehen	272
Beweiskraft strafrechtlicher Erkenntnisse im Civilverfahren	303
Aussetzung der Urtheilsfällung nach Verkündung des Wahr-	
spruches an den Angeklagten	*46
Was nach Art. 212 des StP.G. unter „Hauptsache“ ver-	
standen werde	*46
Erklärung: mit umgehender Post auf Waaren-Offerten	401
Exekutionsanrufen in Merkantilsachen	*78
Exekutionsmittel: über deren Wahl	*37
Exekutivprozeß: Geltendmachung der in demselben ohne	
Erfolg vorgebrachten Einreden im Wege der Nachklage;	
Gerichtsstand	413
Fabrikgesellschaften: deren solidarische Haftung (Augs-	
burger Recht)	364
Fahrlässigkeit: Verletzung mehrerer Personen aus Fahr-	
lässigkeit durch dieselbe Handlung	156
Wiederholt fahrlässig bewirkte Entweichung von Gefangenen	158
Weiderseitige Fahrlässigkeit beim Lotteriespiel	206
Fälligwerden der Forderung im Laufe des Prozesses	414
Fiskalate: Beginn der Verurtheilungsfrist für dieselben in	
Aufschlagsachen	*71
Forensen: deren Gerichtsstand	339
Forstgehilfen: an ihnen kann das Vergehen der Amts-	
ehrenbeleidigung begangen werden	158
Forststrafgesetz: zu Art. 96. Veräußerung des um die	
Forstare erkauften Holzes	*48
Zu Art. 71. Verjährungszeit in Forststrafsachen	160
Zu Art. 81. Werth und Geldstrafe bezüglich entwendeter	
Pflanzen aus einer künstlichen Ausfaat	*48
Zu Art. 179. Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist	
auch in Forststrafsachen zulässig	*48
Frachtführer: Einhalten gewisser Beförderungszeit. Folge	
des Nichteinhaltens; Eintritt eines anderen Frachtführers;	
Entschädigungsanspruch des Frachtführers, wenn ein zuge-	
sagter Transport nicht stattfindet	407
(Das Vorbemerkte gilt auch bezüglich der Schiffer.)	
Fragestellung an die Geschwornen über Strafausschließungs-	
gründe	169, 289, 325

	Seite
Frankirte und unfrankirte Waarenversendung. Tragung der Gefahr.	401
Fränkisches Recht, s. Gütergemeinschaft. Heim- steuer.	
Freiheit, persönliche: deren Beschränkung durch Vertrag bezüglich des Dienstwechsels.	110
Freiheitsstrafe: Minderung derselben nach Art. 104 Th. I des StGB. im Verhältnisse zu der gegebenen Fälligkeit. verwirkten Schärfung derselben.	72
Fristgesuch, erstes: Erfordernisse; Folge des Mangels ge- höriger Begründung.	415
Funktionär: Zeugenbeeidung durch denselben; heilbare Nichtigkeit.	144
Gant, s. Konkurs.	
Gefahr: deren Tragung bei Waarenversendungen.	401
Gefangene: wiederholt fahrlässige Verletzung ihrer Ent- weichung.	158
Gefängnisstrafe: einmonatliche ist unter Anwendung doppelter Schärfung auf 15 Tage abzukürzen.	156
Geldstrafe: wegen unbegründeter Fristgesuche.	416
Wegen Pflanzeneventwendung aus künstlicher Aussaat, nach Art. 81 des Forststrafgesetzes.	48
Gemeinde: als Genossenschaft streitend; Verwandtschaft oder Verschwägerung von Zeugen mit einzelnen Gemeindegliedern.	240
S. auch Gemeindegemarkung.	
Gemeindeeigenthum, wahres, oder gemeinschaftliches Miteigenthum sämmtlicher Gemeindeglieder? Anregung dieser Frage durch Intervention; Entscheidung aus den Umständen der bisherigen Behandlung.	207
Gemeindegemarkung: Vertretung der Besitzer ihrer Be- standtheile durch die Gemeinde.	415
Gemeinderrechnungen: Anwendung der Bestimmung des preuss. Landr. I, 14 §. 150 auf dieselben.	360
Gemeindesachen: das Herkommen in denselben ist noch kein Grund der Verweisung oder Zulassung auf den Rechtsweg.	108
Gemeindliche Rechnungen: auf sie ist der Art. 6 des Bodenentlastungsgesetzes nicht anwendbar.	367
Gerichtsbareit, freiwillige: Uebergang von Verhand- lungen derselben in Verlassenschaftssachen in einen Civil- prozeß.	102
Gerichtsdienerschaft: an demselben kann das Ver- brechen der Widersetzung begangen werden.	48
Gerichtsstand: der Adligen bei dinglichen Klagen. Dom priv. GSt. der ehemaligen unmittelbaren Reichsade- ligen (Berichtigung S. 61).	166 13
GSt. für Klagen aus außerehelichem Beischlaf.	153
Erbschaftlicher Gerichtsstand.	65, 81
GSt. der Forenfen.	359
der Hauptintervention.	65

	Seite
USt. bei Injurien durch die Schrift	129
„ „ der Nachklage	413
„ = durch Prävention in Strassachen begründet	97
(S. das Weitere unter Prävention.)	
„ = standesherrlicher Familienglieder	13
„ = des Vertrages	359
„ = des Wohnortes eines Kommiss, welcher Geschäftsreisender ist	*81
„ = des Wohnortes eines Wirtschaftspächters	*100
„ = des Zusammenhanges der Sachen	*97
Geschäftsreisender Kommiss: dessen Wohnorts-Gewichtsstand	*81
Geschworne: über deren Befugniß, dem Schuldausspruche beizufügen: „bei geminderter Berechnungsfähigkeit“, ohne zu diesem Zwecke durch eine besondere Frage veranlaßt worden zu sein	1
Ueber die Grenzen der Zuständigkeit der Geschwornen	289
Ueber die Grenzen der Kompetenz der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgründe	159, 303, 321
Mitgabe der Krankengeschichten und ärztlichen Gutachten an die zur Berathung abtretenden Geschwornen	*46
Austritt Geschwornen vor beendigter Berathung aus dem Berathungszimmer	159
Geständniß: kann nach Umständen auch aus der Exzeption abgeleitet werden	*124
Gewerbbefugnisse: verminderte Besitzstandes oder Ausübung	152
Einzelne Gewerbbefugnisse gehen durch langjährigen bloßen Nichtgebrauch nicht verloren	254
Gewerbbgehilfe: kann durch Vertrag nicht verpflichtet werden, nach dem Austritte aus dem bisherigen Dienste bei einem andern Etablissement nicht in Arbeit zu gehen	*110
Gewerbbgesetz: zur Erläuterung des Art. V Nr. 3 desselben	152
Gewerbekonsultationsbeschluss: dessen Einfluß auf die Wehrkraft	270
Gewerbekrealität: wird durch das Grundsteuerkataster nicht bewiesen	143
Gewerbschulden: Haftung der Ehefrau für die des Mannes. (Aussb. Recht)	201
Gewohnheitsrecht: dessen derogirende Kraft	*74
Herkommen in Gemeindsachen	*108
Herkommen und Verjährung	285
Gift: im Sinne des StGB.	157
Glaube, guter: in wie ferne derselbe zur Klagenverjährung erforderlich ist	*29
Gnomon	112, 176, 384, 400, *16, *48, *112, *128
Großhandel und Kleinhandel	401
Grundherrliche Gefälle: des vormaligen reichsritterschaftlichen Abels	282

Grundrenten: Deponirung von Ablösungsoobligationen für die an den Staat abgetretenen Grundrenten bei den Landgerichten	58
Grundsteuerkataster: kann als Beweismittel für die Realität eines Werthes nicht gebraucht werden	143
Gütergemeinschaft, eheliche: im Eichstättischen; Verfügungsrecht des erstverstorbenen Gatten. (Berichtigung S. 256)	145, 366
Aufhebung allgemeiner Gütergemeinschaft nach fränkischem Rechte	209, 225
Gutsherrliche Beamte und Diener: deren Uebernahme von Seite des Staates	*16, *43
Haftung: der Ehefrau für die Gewerkschulden des Ehemannes nach Ansbacher Recht	201
Mithaftung derselben für die Schulden des Ehemannes nach Ansbacher Recht	225
Solidarische Haftung bei Handels- und Fabrikgesellschaften nach Augsburgs Recht	364
Haftung des Botto-Kollektors für richtige Geschäftsführung	265
Haftung des Postfilus für Verletzungen durch Schuld eines Postillons	*57
Haftung des Frachtführers wegen Einhaltens bestimmter Lieferungszeit	407
Ueber Haftungen des Speditors	408
Hand- und Spanndienste: Legitimation der Pfarrgemeinde zur Klage gegen den Zehentherrn auf Anerkennung ihrer Freiheit von desfallsiger Konkurrenz zur Kirchenbaukast	170
Handelsbücher: Ergänzung des durch dieselben begründeten Beweises	*31
Handelsgesellschaften: solidarische Haftung der Theilnehmer. (Augsburger Recht)	364
Handelsrechtliche Mittheilungen aus der Praxis der Frankfurter Handelskammer	401
Handzeichen: zur Bestätigung des Inhaltes der Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	60
Unrichtige Bezeichnung des Testirers bei Beglaubigung seines Handzeichens	61
Hauptintervention: deren Gerichtsstand	*65
Hauptsache: im Sinne des Art. 212 des StPG.	*46
Heimsteuer: deren Einforderung während bereits ein Ehescheidungsprozeß unter den Eheleuten schwebt. (Gem. und Würzb. R.)	16
Heirathsgut: Vererblichkeit des desfallsigen Vorzugsrechtes der Ehefrau	167
Herkommen und Verjährung	285
Herkommen in Gemeindsachen ist noch kein Grund der Verweisung oder Zulassung auf den Rechtsweg	*106
Honorar der Senale	*74

	Seite
Hypothekbestellung: deren Aufsehung durch das Pa-	
lanische Rechtsmittel	296
Hypothekenamtliches Attestat: Zahlungsnachweis	
hiedurch	48
Hypothekenbuch: Liquidation im Konkurse durch Bezug-	
nahme auf dasselbe	*23
Hypothekengesetz: zu §. 64 Abs. 3 „vollständige Be-	
zahlung“ im Sinne dieser Gesetzesstelle	30
Zu §. 64 Abs. 2. Vom Nachweise der Befriedigungs-	
mittel (Zahlungsfähigkeit) bei Geltendmachung des Ein-	
lösungsbrechtes	31, 375
Hypothekengläubiger: deren Kollision bei solidarischen	
Hypotheken	385
Hypothekensubjekte: Zinsberechnung bei dem Zwangsver-	
kaufe derselben außer dem Universalankurse	*113
Hypothekenschulden: Recht des Käufers eines damit be-	
lasteten Gutes, deren Betrag vom Kaufgelde abzuziehen	*80
Immobiliarverträge: Statutenkollision	96
Klage auf Protokollierung eines Immobilienvertrages	*62
Injurien: Gerichtsstand bei schriftlichen	129
Kompensation wechselseitiger Injurien	284
Deklaration auf die Injurienlage (bayer. N.)	*95
Einrede, nur rectorquirt zu haben	*98
Insinuation durch die Post	47
Instanz, dritte: Wiederaufleben früherer Beschwerden in	
derselben	352
Streitpunktveränderung in dritter Instanz	411
Intellektuelle Urheberschaft: Versuch, insonderheit	
bei erfolgloser Verleitung zum Weinelbe	161, *47
Intervention: Gerichtsstand der Hauptintervention	*85
Inglidentrestitution, s. Restitution.	
Irrthum: über zweifelhafte Rechtsfälle	366
Zahlung einer Nichtschuld aus Rechtsirrtum; Nachweis	
über stattgefundenen Irrthum. (Preuß. N.)	353
Israelitische Kultusbeiträge: Unzuständigkeit der	
Gerichte in Streitigkeiten über die Verpflichtung hiezu	121
Juristische Personen: der zu ihrer Prozeßführung er-	
theilte Kuratorkonsens kann zur Kostenkompensation nicht	
veranlassen	288
Anwendung der Bestimmung des preuß. Landr. I. 14.	
§. 150 auf Rechnungen über die Verwaltung des Ver-	
mögens jurist. Personen	360
Justizsache: deren Vorhandensein ist durch ein Verkommen	
in Gemeindefachen nicht an und für sich gegeben	*106
Streitigkeiten über Verpflichtung zu israelit. Kultusbeiträ-	
gen sind nicht Justizsachen	121
Kauf: unter Deserrelchern in Bayern über ein bayer. Gut	
geschlossen; muß sich der Verkäufer in österr. Banknoten	
bezahlen lassen?	*90
Rechtsfolge mangelhafter Erfüllung des Verkäufers	284
S. auch Waarenkauf.	

	Seite
Käufer: dessen Befugniß, den Betrag der auf dem Kaufs-	
objekte haftenden Hypothekenschulden vom Kaufschillinge abzu-	
ziehen	*80
Kirchenbaukast: erlöschende Verjährung	*45
Legitimation der Pfarrrgemeinde zur Klage gegen den	
Besentherren auf Anerkennung ihrer Freiheit von der	
Konkurrenz mit Hand- und Spanndiensten und seiner	
Verpflichtung zur Uebernahme dieser Leistung	170
Kirchenverwaltungsberechnungen: Anwendung der	
Bestimmung des preuß. Landr. I. 14. §. 150 auf dieselben	360
Klage: auf Protokollierung eines Immobilienvertrages	*62
Klagbegründung hinsichtlich eines Kleinzehentrechtes	349
Gerichtsstand bei dinglichen Klagen gegen Adelige	100
ÖSt. für Klagen aus außerordentlichem Beischlaf	153
Klagänderung: die Aufstellung neuer rechtlicher Gesichtspunkte im Replikstage für Aufrethaltung des in der	
Klage dargelegten Rechtssaktes ist nicht als unstatthafte	
Klagänderung zu betrachten	281
Bziehung einer andern rechtlichen Folgerung ist keine unzu-	
lässige Klagänderung	303
Eben so wenig das Fallenlassen der Klage gegen einzelne	
Mitverklagte	410
Klagbeantwortung spezielle: genügender Widerspruch	
in der umgekehrten Erzählung einer streitigen Geschichte	350
Bum richtigen Verständnisse des Satzes: „qui excipit non	
fatetur	241
Excipiendo reus sateri potest	*124
Klagenhäufung, subjektive	319
Klagenverjährung: tempus utile; Unkunde der Klag-	
begründenden Thatumstände	48
Verjährungszeit der actio empti zur Geltendmachung von	
Forderungen, welche auch nach dem adilit. Edikte be-	
gründet sind	31
Wird die Klagenverjährung schon durch die Aufstellung der	
Klage oder erst durch die Infimiation der ersten La-	
bung unterbrochen?	273
Unterbrechung der Klagenverjährung durch außergericht-	
liche Mahnungen; Bonn 1805	*20
Kleinhandel	401
Kleinzehentrecht: desfallsige Klagbegründung	349
Kollision der Statuten: bezüglich der Rechtsverhältnisse	
aus Verträgen; Gesetze des Erfüllungsortes	302
In Bezug auf Verträge über Liegenschaften oder densel-	
ben gleichgeachtete Rechte	96
In Bezug auf Verjährung der Zinsenforderung	63
Kommission: Uebervorthellung des Kommittenten durch	
den Kommissionär; Anerkennung des Kontokorrents, in	
welchem die betrüglichen Ansätze vorkommen	410
S. auch Einkaufskommission.	
Kompensation: Forderungen von gleicher Art und Wes-	
schaffenheit (bayer. R.)	414

	Seite
Kompensationsbeträge gegen die Spolienklage (bayr. N.)	414
Kompensation wechselseitiger Injurien	284
Kostenkompensation	288
Kompetenz: sind die Landgerichte bezüglich der Depo- nirung von Ablösungsobligationsen für an den Staat ab- getretene Grundrenten als Justiz, oder als Administra- tivbehörden zu betrachten?	58
Ueber die Kompetenz in Fällen des Gesetzes v. 15. April 1840, den Schutz des Eigenthums an Erzeugnissen der Literatur und Kunst gegen Veröffentlichung, Nachbil- dung und Nachdruck betr.	337
Das Verkommen in Gemeindesachen noch kein Grund der Verweisung oder Zulassung auf den Rechtsweg	*106
Kompetenz bezüglich der Hauptintervention	*85
Kompetenz bei schriftlichen Ehrenbeleidigungen	129
Streitigkeiten über israelitische Kultusbeiträge gehören nicht vor die Gerichte	121
Kompetenz bei Realklagen gegen Adelige	186
Obervormundschaft über eheliche Kinder; Uebertragung derselben an ein anderes, als das regelmäßig zustän- dige, Gericht, aus Gründen der Zweckmäßigkeit	*85
Zuständigkeit zur Obervormundschaft über außereheliche Kinder	*83
Desgleichen über die Kinder eines Kommls, welcher Ge- schäftsfreisender ist	*81
Desgleichen über die Kinder eines Wirthschaftspächters	*100
Kompetenz wegen Zusammenhanges der Sachen	*97
Kompetenz in Strafsachen: die Voruntersuchung wegen eines von einem Bayern im Auslande verübten Verbrechens betr.	133
Kompetenzfrage hinsichtlich der Beschlußfassung auf die Voruntersuchung wegen eines früher begangenen Ver- gehens, welches der Thäter erst nach seiner Verurthei- lung durch den Schwurgerichtshof wegen eines Verbre- chens im Straforte einkennet hat	259
Kompetenz, begründet durch den Gebrauch eines falschen Amtsattestats bei Ungewißheit über den Ort der Fäl- schung	135
Kompetenz bei Urkundenfälschungen, nach Art. 22 Th. II. des StGB.	257
Prävention bei Konkurrenz von Verbrechen u. Vergehen	131, 264
Untersuchungshandlungen, Ladung oder Verhaftung, ge- mäß Art. 17 und 19 Th. II des StGB. vorgenommen, begründen keine Prävention	158, 263
Prävention durch Requisition um Vernehmung des Ver- dächtigen	131
Ob die durch Prävention begründete Kompetenz durch nachherige Einstellung des Strafverfahrens bezüglich eines Realld. geändert werde?	97
Einfluß thätiger Reue auf die Kompetenzfrage	131, 136
Ueber die Grenzen der Zuständigkeit der Geschworenen	289

Ueber die Grenzen der Kompetenz der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgründe	305, 321
Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten: Mittheilung der oberstichterlichen Entscheidungen hierüber 129, 166, 257, *65, *81, *97	
Konkurs: Liquidation durch Bezugnahme auf das Hypo- thekenbuch	223
Folgen unterlassener Erklärung über den in Ansehung einer Einrede zugeschobenen Hauptzins	*24
Zwangsnachlaß, im Quantverfahren beantragt	277
Zusammenrechnung der Forderungen, gegen deren Fokation gravaminirt wird, zum Zwecke der Herstellung der Be- rufungs- oder Abhäsionssumme	80
Von Belangung des verganteten Schuldners, wenn er wieder zu Kräften kommt	172
Konsensserklärung: aus längerer Nichtbeantwortung eines Briefes abgeleitet	381
Konstatirungsbeschluß: in Bezug auf ein Brant- weinschenfrecht; Einfluß auf die Beweislast	270
Kontoforrent: worin betrügliche Ansätze vorkommen; dessen Anerkennung ist unpräjudizirlich	410
Körperverletzung: die Bestimmungen hierüber finden auch bei Verwundung im Duell Anwendung	*48
Haftung des Postfiskus für Verletzungen der Passagiere durch Umwerfen des Eilwagens aus Schuld des Po- stillons	*57
Beweislast bei beschuldiger Entschädigungsklage	*58
Antrag des Klägers auf fortlaufende Zahlungen für die Dauer beschränkter Arbeitsfähigkeit	*59
Einwand, Kläger habe die Anrufung ärztlicher Hilfe verzögert	*60
Einrede der Verjährung gegen die Entschädigungsklage	*61
Kostenkompensation: die Ertheilung des Kuratellkonsenses zur Prozeßführung juristischer Personen ist kein Grund hiezu	288
Kribar: dessen Belangung, wenn er wieder zu Kräften kommt	172
Kultusbeiträge, israelitische: Streitigkeiten über Kon- kurrenz hiezu gehören nicht vor die Gerichte	121
Kuratellkonsens, s. Kostenkompensation.	
Ladung, s. Klagenverjährung, Prävention.	
Landgerichte: geschieht die Deponirung von Ablösungs- schuldbriefen für an den Staat abgetretene Grundrenten, welche zur Sicherheit wegen darauf haftender Lasten die Berechtigten verlangen können, bei denselben als Civilju- stiz- oder als Administrativbehörden?	58
Legat, s. Bernächtniß.	
Legitimation: der Pfarrgemeinde zur Klage gegen den Befehlsherrn auf Anerkennung ihrer Freiheit von der Kon- kurrenz mit Pönd- und Spanndiensten zur Kirchenbaulast und seiner Verpflichtung zur Uebernahme dieser Leistung	170

	Seite
Lieferungskauf: über Eisenbahnpromessen; Einzählungen vom Kommissionär geleistet; Ersatzpflicht des Kommittenten	329
Lieferzeit: die bestimmte muß der Frachtführer einhalten. Folge des Nichteinhaltens. Eintritt eines anderen Frachtführers	407
Liegenschaften: Verträge hierüber; Statutenkollision	96
Liquidation im Konkurse durch Bezugnahme auf das Hyp.-Buch	*23
Literatur und Kunstzeugnisse: Zuständigkeit in Fällen des Gesetzes v. 15. Apr. 1840 zum Schutze des Eigenthums hieran gegen Nachdruck etc.	337
Lottozettel: abweichend vom Eintrage in die Originalliste: Regresspflicht des Kollektors	265
Lotz, Dr. Heinrich, II. Staatsanwalt beim I. OLG., Retorikolog	398
Mahnungen außergerichtliche: ob dadurch die Klagenverföhrung unterbrochen werde?	*29
Maschinen, heimliche: im Sinne des Aufschlags-Mandates v. 1807	*33
Meineid: wenn die Angabe der ganzen Wahrheit durch eine Selbstanklage bedingt ist, so kann die eidliche falsche Angabe oder theilweise Vorenthaltung der Wahrheit nicht als Meineid betrachtet werden	*47
Der gegen die Vorschrift des Art. 46 Ziff. 4 des Str. Pr.Ges. v. 10. Nov. 1848 abgenommene Zeugeneid ist rechtlich unwirksam	*47
Der in einer Untersuchungssache begangene Meineid wird dadurch, daß der Zeuge bei seiner späteren Vernehmung im Civilprozeß über die Sache die Wahrheit angibt, nicht beseitigt	157
Wenn die falsche eidliche Aussage rechtzeitig zurückgenommen wird, kann der intellekt. Urheber nur wegen Versuches des Meineides gestraft werden	*47
Daß Werden eines Anderen zum Meineide ohne Erfolg ist ein strafbarer Versuch von Seite des Werbenden	*47
Vergl. auch Seite 161.	
Merkantilrechtliche Mittheilungen aus der Praxis der Frankfurter Handelskammer	401
Merkantilsachen: Exekutionsanrufen; Verzugszinsen	*78
Miethe: Klage auf Räumung des Miethe-Objektes; Revidelast	141
Minderjährigkeit: als Ehrede geltend gemacht	*96
Miszelle	384
Miteigenthum: dessen Beweis durch Vermuthungen	87
Entscheidung der Streitfrage, ob eine Sache wahres Gemeinbeeigenthum oder gemeinschaftliches Miteigenthum der sämmtlichen Gemeinbeglieder sei, aus den Umständen der bisherigen Behandlung	207

	Seite
Nachdruck: über die Zuständigkeit in Fällen des Gesetzes v. 15. Apr. 1840 zum Schutze des Eigenthums an Erzeugnissen der Literatur und Kunst gegen denselben	337
Nachfrage: deren Gerichtsstand	413
Nebenpunkte: Beschwerde wegen Verweigerung deren Entscheidung in Aufschlagsachen	*71
Nekrolog: Dr. Selur. Voh	398
Nichtbeantwortung, längere, eines Briefes: hieraus abgeleitete Konsenserklärung	381
Nichtgebrauch: durch langjährigen gehen einzelne Gewerbbefugnisse nicht verloren	254
Nichtigkeit, heilbare: die Zeugenbeeidigung durch einen Funktionär betr.	144
Nichtigkeitsbeschwerde: deren Zulässigkeit in Aufschlagsachen	*70
Nichtigkeitsbeschwerde wegen Mangels der Ladung von Seite eines doch wirklich Erschienenen; stillschweigender Verzicht auf dieselbe	236
In wie ferne Nichtigkeitsbeschwerde gegen Verweisung einer Strafsache in die Plenarversammlung des App.-Gerichtes zulässig ist?	*46
Bei Nichtigkeitsbeschwerden des Staatsanwaltes ist die Prüfung auf die aufgestellten Beschwerdepunkte zu beschränken	*46
Gegen freisprechende Erkenntnisse kann der Staatsanwalt nur wegen unrichtiger Anwendung des Strafgesetzes die Nichtigkeitsbeschwerde erheben	*47
Der Beschuldigte kann, wenn er sich auch bei dem Urtheile erster Instanz beruhigt hat, gegen das, die bloß vom Staatsanwalte erhobene Berufung verwerfende Urtheil II. Instanz die Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen	100
Nichtschuld: deren Zahlung aus Rechtsirrtum. (Preuss. R.)	353
Nothwehr: kann beim Duell nicht als Einrede geltend gemacht werden	*47
Oberappellationsgericht: Einstellung des Strafverfahrens in geheimer Sitzung auch in dem Falle, wenn die That als durch kein Strafgesetz verboten erachtet wird	*40
Oberappellationsgerichtliche Erkenntnisse in Strafsachen vom Jan. Febr. und März 1854. Uebersicht hiervon	*45, 156
Oberpfälzer Recht. s. Einkindschaft.	
Obervormundschaft: über die Stellung des Vormunds zur Obervormundschaft, insbesondere wenn Weibe in Fragen der vormundtschaftlichen Vermögensverwaltung verschiedener Ansicht sind	177, 193
Zuständigkeit zur Obervormundschaft über uneheliche Kinder Uebertragung der Obervormundschaft über eheliche Kinder an ein anderes, als das regelmäßig zuständige Gericht aus Gründen der Zweckmäßigkeit	*83
	*85

Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes wegen Uebernahme der Obervormundschaft über Kinder eines Kommiß, welcher Geschäftsreisender ist	81
Desgl. über Kinder eines Wirthschaftspächters	100
Offerte und Abschluß: in Bezug auf Handelswaaren	401
Ort der Erfüllung: nach den dort geltenden Gesetzen ist das Rechtsverhältniß aus Verträgen, welche andernwärts geschlossen wurden, zu beurtheilen	362
Pacht: Klage auf Räumung des Pachtobjektes; Beweislast	141
Partikularkonkurs: im Sinne der G.D. kein Zwangsverkauf von Hyp.-Objekten	115
Patrimonialgericht: Personal: dessen Uebernahme von Seite des Staates	43
Paulianisches Rechtsmittel: Anfechtung einer Hypothekbestellung durch dasselbe	298
Pfändung: in wie ferne sie zur Unterbrechung der Verjährung der Waldweide nicht dienlich ist	112
Pfarrgemeinde, s. Legitimation.	
Plenarversammlung: hat bei Appellationsgerichten über die Delegation eines anderen Untersuchungsgerichtes in Ablehnungsfällen zu entscheiden	45
In wie ferne eine Richtigkeitsbeschwerde gegen Verweisung einer Strafsache an die Plenarversammlung des N.O. zulässig ist	46
Polizeiübertretungen: über den Zeitraum ihrer Verjährung	120
Post: Erklärung mit umgehender auf Waarenofferten	401
Insinuation durch die Post	47
Postskribat: dessen Haftung für Verletzungen durch Schuld des Postillons	57
Entschädigungsklage des verletzten Passagiers; Beweislast	58
Antrag auf fortlaufende Zahlungen für die Dauer beschränkter Arbeitsfähigkeit	59
Einwand, Kläger habe die Anrufung ärztl. Hülfe verzögert	60
Einrede der Verjährung	61
Präsentation: derselben bedarf es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Akzeptanten nicht	101
Präsentation domizilirter Wechsel	287
Prävention: bei Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen	131, 264
Untersuchungshandlungen, Ladung oder Verhaftung, zu Folge Art. 17 und 19 Th. II des StGB. vorgenommen, begründen keine Prävention	158, 203
Prävention durch Requisition um Vernehmung des Verdächtigen	131
Wird die durch Prävention begründete Kompetenz durch nachherige Einstellung des Strafverfahrens bezüglich eines Reats geändert?	97

	Seite
Precarium: Eibeszuschreibung hierüber	64
Preßerzeugnisse: Zuständigkeit, den Schutz des Eigentums an denselben betr.	337
Preßstrafgesetz: von Unterdrückung eines Preßerzeugnisses nach Art. 2 dieses Gesetzes	*1, *17
Preussisches Recht, f. Condictio indebiti. Rechnungen. Sinsenforderungs-Verjährung.	
Prioritätsordnung: zur Erläuterung des §. 19 derselben	383
Ingleichen des §. 23 Nr. 1, das Vorzugsrecht der Kinder betr.	301
Das Vorzugsrecht der Ehefrau nach §. 23 Nr. 3 ist vererblich	187
Auch der erfolglose Sperrversuch gewährt ein Vorzugsrecht	*104
Ueber Anwendbarkeit der Pr.D. beim Partikularkonkurse über Hyp.-Objecte, welche dem Zwangsverkaufe unterliegen	*115
Protest Erhebung: ist zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Akzeptanten nicht erforderlich	*101
Protest Erhebung bei domizilirten Wechslern	287
Erklärung des Oremiums des Augsb. Handelsstandes über die im Art. 41 der allg. deutschen Wechselordn. bestimmte Protestfrist	*62
Protokolle: in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Erforderniß der Vorlesung; Unterkreuzung	60
Gerichtlich protokolliertes Testament; unrichtige Bezeichnung des Testirers bei Beglaubigung des Handzeichens	61
Ist die Gültigkeit der Protokolle in Sachen der freiwilligen GB. durch Unterzeichnung der handelnden Privatpersonen bedingt?	*12
Klage auf Protokollierung eines Immobilienvertrages	*62
Provokation: wegen einer vom Provokanten veranlaßten Verühmung	271
Provokation wegen gerichtlicher Anweisung, an N. oder dessen Ordre keine Zahlung zu leisten	397
Provokation, unstatthaft gegen einen Diffamanten, welcher ein Gesch. bez. eine Rechtsvermuthung für sich hat	*91
Rebatt: Unterschied von Skonto	404
Realgewerbe: das Grundsteuerkataster ist kein dienstliches Beweismittel für die Realität eines Gewerbes	143
Der Art. V Nr. 3 des Gewerbegesetzes ist auf reale Gewerbe-rechte nicht anwendbar	152
Konstatirungsbeschluß in Bezug auf ein Branntweinschenkrecht; Einfluß auf die Beweislast	270
Realklagen gegen Ubelige: Gerichtsstand	180
Rechnungen: Ansechtung approbirter (Preuss. R.)	360
Rechtsirrtum: bei Zahlung einer Nichtschuld	353
Irthum über zweifelhafte Rechtsfälle	366
Rechtskraft: gegen Dritte	*56

Rechtskraft über gerichtsdablehnende Einrede	191
Die Vorentscheidung auf Erhebung der bei angebrachter Inzidentrestitution angezeigten neuen Beweismittel ist keiner Rechtskraft fähig	*94
Rechtsmittel gegen schiedsrichterliche Urtheile. Keine vierte Instanz	237
Reichsritterschaft, vormalige: f. Deklaration v. J. 1806 über deren Verhältnisse, insbesondere die grundherrlichen Gefälle; Beebe	282
Reichsunmittelbare, vormalige: deren Gerichtsstand. (Berichtigung S. 64)	13
Restitution: Behandlung eventueller Rest.=Gefuche	111
Inzidentrestitution; eine Art der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Beweisfrist; Unzulässigkeit derselben, wenn bei gehöriger Fleißanwendung die neuen Beweise früher entdeckt und benützt werden konnten	395
Inzidentrestitution; die Vorentscheidung auf Erhebung der neuen Beweismittel keiner Rechtskraft fähig	*94
Retentionsrecht des Unvaltes, findet in Armenpartei- sachen nicht statt	185
Retorsion: bei Injurien	*06
Reue, thätige: deren Nichteinfluß auf die Kompetenz- frage	131, 136
Ob thätige Reue als vorhanden anzunehmen sei, ist in Schwurgerichtssachen von den Geschwornen zu ent- scheiden	159, 280, 305, 321
Muß hierüber eine besondere Frage an die Geschwornen gestellt werden?	159, 280, 325
Richterliches Amt: die Feststellung einer Entschädigungs- summe betr.; Beizug Sachverständiger von Amtswegen	351
Rückstrafen: in wie ferne dadurch eine Unterbrechung der Verjährung einer Waldweide nicht bewirkt wird	*112
Sachlegitimation, f. Legitimation.	
Sachverständige: deren Huziehung von Amtswegen	351
Sie haben in Strassachen auch den Zeugniseid zu leisten	*46
Saldo: Einklagung eines Abrechnungssaldo	205
Satisfaktionsanspruch der von einem Ehemanne Ge- schwächten	32
Schadenersatz, f. Entschädigung.	
Schiedssprüche: Rechtsmittel dagegen und Instanzen- zahl	237
Schiffer, f. Frachtführer.	
Schmerzensgeldforderung: deren Natur	154
Schreibversehen in Erkenntnissen: deren Berichtigung	272
Schulgebäude: Baupflicht bei nöthiger Erweiterung	*03
Schuldner, verganteter: dessen Belangung, wenn er wie- der zu Kräften kommt	172
Schutz gegen Nachdruck u.: desfallige Zuständigkeit nach dem Gesetze v. 15. April 1840	337
Schwurgerichtshof: über die Grenzen der Kompetenz	

	Seite
der Geschwornen und desselben hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgründe	305, 321
Selbsthilfe: Erforderniß bei dem Verbrechen der unerlaubten Selbsthilfe	*48
Sensale: deren Honorar	*74
Sicherheitsleistung bei eigenen Wechsell	*103
Simulation: wirkt nicht immer Ungiltigkeit	304
Sitten zu offenem Kram und Markt: als Grund der Haftung der Ehefrau für des Mannes Weiverschulden. (Ansbacher R.)	201
Stonto: Unterschied von Rabatt	404
Sollwechsel: Zinsversprechen darin	120, 127
Solidarische Haftung: bei Handels- und Fabrikgesellschaften. (Augsb. R.)	364
Solidarische Hypotheken: zur Erläuterung des hierauf bezüglichen §. 10 der Prioritätsordnung	385
Spedition: Speditionsgut zur Verfügung eines Dritten; haftet der Spediteur für Beschädigungen und Entwendungen während des Transportes? Befreit Ausnahme der Waare von Seite des Adressaten den Spediteur von der Haftung? Kann die versehrte Waare dem Spediteur heimgeschlagen werden?	408
Sperkei begründet auch bei erfolglosem Versuche ein Vorzugrecht	*104
Spezielle Antwort auf die Klage	350
Spollenklage: Kompensationselntrede gegen sie. (Bayer. Recht)	414
Standesherrn: Verichtsstand der Familienmitglieder	13
Statutenkollision: Gesetze des Erfüllungsortes	362
In Bezug auf Verträge über Liegenschaften oder denselben gleichgeachtete Rechte	96
In Bezug auf Verjährung der Zinsenforderung	63
Strafe: bei nicht begründetem ersten Fristgesuche	415
S. auch Freiheitsstrafe. Geldstrafe.	
Strafaufhebungsgründe: Grenzen desfalliger Zuständigkeit der Geschwornen	289
Ueber die Grenzen der Kompetenz der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgründe	305, 321
Strafgerichtlichung: in zweiter Instanz, kann bezüglich des geringeren Grades des Verbrechens eintreten, wenn auch die auf Ausnahme eines höheren Grades desselben gerichtete staatsanwaltschaftliche Berufung nicht gegründet ist	*46
Strafgerichtliche Erkenntnisse: deren Beweiskraft im Civilverfahren	363
Uebersicht der strafgerichtlichen Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes im I. Quartal 1854	*45, 156
Streiteinlassung, s. Klagbeantwortung.	
Streitgenossen: Eideszuschlebung an dieselben	77

	Seite
Streitkonsens: für jurist. Personen kann eine Kosten-	
kompensation nicht begründen	288
Streitpunktveränderung: in dritter Instanz	411
Subhaftation, s. Zwangsverlauf.	
Tagelöhner: dessen Beschädigung aus Anlaß einer Dienst-	
leistung	396
Tempus utile: Unkunde der klagebegründenden Thatum-	
stände	48
Testament, gerichtlich protokolliertes: Erforderniß der Vor-	
lesung; Unterkreuzung	60
Unrichtige Bezeichnung des Testators bei Weglaßung	
seines Handzeichens	61
Testament vor Pfarrer und zwei Zeugen nach Bamberger R.	315
Thätige Reue, s. Reue.	
Todeserklärung: eines Abwesenden vor seinem 70. Le-	
bensjahre	*54
Transport: Entschädigungsanspruch des Frachtführers,	
wenn ein zugesagter nicht stattfindet	407
Haftung der Speditur für Beschädigungen oder Entwen-	
dungen während des Transportes?	408
Uebervorthellung: beim Kommissionsgeschäfte	410
Uneheliche Kinder: Kompetenz zur Obervormundschaft	
über dieselben	*83
Ungehorsamsverfahren: bei Haftverurteilung eines	
nach dem älteren Ungehorsamsverfahren Verurtheilten hat,	
wenn er sich dem früheren Urtheile nicht unterwirft, das	
gesetzliche Verfahren auf eine Voruntersuchung nach dem	
neuen StPG. einzutreten	160
Universalerbe: Ernennung hiezu unter widersprechenden	
Mobilitäten	*108
Unkunde der klagebegründenden Thatumstände hindert die	
Verjährung bei Temporalklagen	48
Unterbrechung: der Klagenverjährung durch außerger-	
ichtliche Mahnung	*29
Wird die Klagenverjährung schon durch Klageanstellung, oder	
erst durch Insinuation der ersten Ladung unterbrochen?	273
Unterbrechung des Verjährungsverweches einer Waldbreibe	
durch Pfändung und Rügestrafen	*112
Unterdrückung von Preßerzeugnissen.	*1, *17
Unterkreuzung, s. Handzeichen.	
Untersuchungsgericht: über die Ablehnung sämtl.	
Mitglieder eines UG. und die Entschlagung der Amtsfunktion	
von Seite derselben, so wie über die dadurch	
nothwendig werdende Delegation eines anderen UG. hat	
das Appellationsgericht in einer Plenarversammlung zu	
entscheiden	*45
Unvorbedenklichkeit: Alter der Zeugen	192
Nichtwissen der Zeugen, den Anfang des streitigen Zustan-	
des betr. (Wayer. R.)	*79
Unzucht: bei der ungewollten ungewollten ist ein An-	

griff auf den Körper des Kindes mit den Geschlechtstheilen des Angreifenden nicht erforderlich	47
Die Strafe des Mißbrauches rechtlicher Privatgewalt durch Verführung zur Unzucht „Unfähigkeit zu allen öffentl. Aemtern und Würden mit Arbeitshausstrafe“ ist eine Gesamtsstrafe, daher muß, wenn auch bei geminderter Zurechnungsfähigkeit die Freiheitsstrafe zu einer Vergehensstrafe herabgesetzt wird, doch damit die Ehrenstrafe als Verbrechenstrafe verbunden werden	157
Urheberschaft, intellektuelle: Versuch bei unterbliebener Ausführung des Verbrechens von Seite des Anderen, insbesondere wenn die Verleitung zum Meineide ohne Erfolg blieb, oder die falsche eidliche Aussage rechtzeitig zurückgenommen wurde	161, 47
Urkundenfälschung: um eine schon vollbrachte Unterschlagung zu verbeden	157
Kompetenz bei Urkundenfälschungen, begründet durch den Gebrauch der gefälschten Urkunde, wenn der Ort der Fälschung ungewiß blieb	135, 257
Veränderung des Streitpunktes in dritter Instanz	411
Verbrechen: an derselben Person, aber zu verschiedenen Zeiten, auf verschiedene Weise und mit verschiedenen Genossen begangen, ist nicht als fortgesetztes zu betrachten	47
Kompetenz zur Führung der Voruntersuchung wegen eines von einem Bayern im Auslande verübten Verbrechens	138
Prävention bei Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen	131, 264
Kompetenzfrage, ein früher begangenes Vergehen betr., welches erst nach erfolgter Verurtheilung wegen Verbrechens bekannt wurde	259
Verfügungsracht des erstversterbenden Gatten bei ehel. Gütergemeinschaft im Eichstättischen	145, 366
Vergleich: zwischen dem Erben und Solutor wegen des Legates einer conductio operis	280
Vergleichsversuch, ohne Anwälte angeordnet	95
Verhaftung: in Folge Art. 17 Th. II des StGB. vorgenommen, begründet keine Prävention	263
Verjährung und Herkommen	285
Tantum praescriptum quantum possessum	93
Unterbrechung der Waldweide-Erkämpfung durch Pfändung und Rügestrafen	112
Erlöschende Verjährung von Gewerbsbefugnissen	254
Desgleichen bezüglich der Kirchenbaulast	45
Verjährung von Einnahmen, welche klagenweise geltend gemacht werden können	39
Verjährung der Anfechtung approbirter Rechnungen. (Preuß. R.)	360
Verjährung der Zinsenforderung nach preuß. Recht; Statutenkollision	63

	Seite
Verjährung der Klagen s. Klagenverjährung.	
Verjährungszeit in Forststrassachen	160
Desgleichen bei Pollzelübertretungen	*120
Anfang der Verjährungszeit bei Verbrechen und Vergehen	157
Verläufer: Rechtsfolge mangelhafter Erfüllung desselben	284
Verlassenschaftssachen: Uebergang der Verhandlungen aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit in einen Eollprozeß	102
Vermächtniß einer conductio operis; Vergleich zwischen den Erben und dem Lokator; Entschädigung des Legatars	280
Vermuthungsbeweis: daß Eigenthum, Mitgigthum	
oder andere dingliche Rechtsverhältnisse betr.	87
Rechtsvermuthung, der Provokation entgegenstehend	*91
Verschollene: über den Anfall einer Erbschaft an dieselben	17, 33, 40
Beweispflicht Desjenigen, der sich auf das Ueberleben des Anfalles gründet	*40
Beerbung eines Verschollenen; keine Vermuthung für sein Fortleben bis zum 70. Jahre	*51
! Todeserklärung eines Abwesenden vor seinem 70. Lebensjahre. Ausnahme nach Umständen. Bildungstoffe des deutschen gem. Rechts	*54
Versendung: von Waaren, frankirte oder unfrankirte; Tragung der Gefahr	401
Verseigerung, gerichtliche: Nachweis der Zahlungsfähigkeit	369
Versuch: der Verleitung eines Anderen zur Begehung eines Verbrechens, insonderheit eines Meineides	161
Der intellektuelle Urheber ist nur wegen Versuches zu bestrafen, wenn die falsche eibliche Aussage rechtzeitig zurückgenommen wird, oder wenn das Werben ohne Erfolg blieb	*47
Vertrag: bei Kollision der Statuten entscheiden über das Rechtsverhältniß aus demselben die Gesetze des Erfüllungsortes	362
Durch Wohnortveränderung werden Vertragsverhältnisse nicht geändert	63
Vertragmäßige Beschränkung der persönlichen Freiheit in Bezug auf Dienstwechsel	*110
Beweislast bei dem Einwande bedingter Vertragseingehung	350
Verichtsstand des Vertrages	350
S. auch Immobilienverträge.	
Vertretung: der Besitzer der Bestandtheile einer Gemeindefabrikung durch die Gemeinde	415
Verwahrung: gegen Zeugenverwerfung	320
Verwalter: des Vermögens von Gemeinden, Kirchenstiftungen und dergl. jurist. Personen; Anwendung der Bestimmung des preuß. Landr. I. 14. §. 150 wegen Aufsehung approbirter Rechnungen auf dieselben	360

	Seite
Verwandte: deren Befugniß zur Entschlagung der Zeugenschaft in Eivilstreitsachen	*40
Verwandtschaft oder Verschwägerung von Zeugen mit einzelnen Gemeindegliedern im Rechtsstreite einer Gemeinde als Genossenschaft	240
Verweisungserkenntniß: darin sind die den Thatbestand bedingenden Artikel des StGB. vollständig anzuführen dessen Vernichtung wegen Mangels eines strafrechtlichen Thatbestandes auf Beschwerde eines Beschuldigten ist auch bezüglich der Theilnehmer derselben That, welche die Nichtigkeitkeitsbeschwerde nicht erhoben haben, auszusprechen	*46 160
Verzicht: Folge des ausdrücklichen auf die Duplit	333
Stillschweigender Verzicht auf die Nichtigkeitkeitsbeschwerde in einer Konkursache	236
Verzugszinsen: deren Berechnung im Executionsanrufen in Merkantilsachen	*78
Vorentscheidung: auf Erhebung der neuen Beweismittel im Betreffe einer Inzidentrestitution, ist keiner Rechtskraft fähig	*94
Vorlesung: der Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	60
Voruntersuchung: erhält durch unbeleidigte Vernehmung einer der Theilnahme an der That verdächtigen Auskunftsperson an sich noch keine Richtung gegen dieselbe	*48
Vorzugsrecht, s. Prioritätsordnung.	
Waarenkauf: frankirte und unfrankirte Waarenversendung; Tragung der Gefahr; Offerte und Abschluß; Erklärung mit umgehender Post; Großhandel und Kleinhandel Zahlung des Kaufpreises; Skonto; Rabatt; Zinsverbindlichkeit des Käufers; Zahlung mit Wechseln; kann der Verkäufer bei Nichteinlösung des empfangenen Wechsels auf die Kontraktklage zurückgehen? Beweislast	401 404
Zahlungszelt für gelieferte Waaren	*102
Waarenspedition: Speditionsgut zur Verfügung eines Dritten; haftet der Speditcur für Beschädigungen und Entwendungen während des Transportes? Befreit Annahme der Waare von Seite des Adressaten den Speditcur von der Haftung? Kann die versehrte Waare dem Speditcur helimgeschlagen werden?	408
Waarentransport: Einhalten gewisser Lieferzeit von Seite des Frachtführers; Folge des Nichteinhaltens; Eintritt eines anderen Frachtführers; Entschädigung des Frachtführers, wenn ein zugesagter Transport nicht stattfindet	407
Wahrspruchsbefugnisse der Geschwornen	1
S. übr. Geschworne.	
Walbweide: Unterbrechung deren Erziehung durch Pfändung und Rügstrafen	*112
Wechsel: Zinsversprechen in Solawechseln	126, 127
Sicherheitsleistung bei eigenen Wechseln	*103

	Seite
Zahlung mit Wecheln	404
Kann der Verkäufer, bei Nichteindlösung des empfangenen Wechsels auf die Kontraktklage zurückgehen?	404
Eintrede der Zahlung eines Wechsels durch Abrechnung	*14
Zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Akzeptanten bedarf es weder einer Präsentation, noch eines Protestes	*101
In wie ferne ist bei domizilirten Wecheln Präsentation und Protesterhebung erforderlich?	267
Erläuterung des Oremiums des Augsburger Handelsstandes, die Protestfrist nach §. 41 der deutschen Wechselordnung betr.	*02
Weide, s. Walbweide.	
Widersehung: dieses Verbrechen kann auch an einem Gerichtsdienersgehilfen begangen werden	*48
Widerspruch, spezieller: durch umgekehrte Erzählung einer streitigen Geschichte	350
Die Eintrede eine zulässige Quelle, um den Umfang eines vorhergehenden Klagewiderspruches auszulegen und durch Zugeständnisse wieder zu entkräften	*124
Wirthschaftspächter: dessen Domizil	*100
Wohnort, s. Domizil.	
Zahlung: einer Nichtschuld aus Rechtsirrthum (Preuß. N.)	353
Zahlung des Kaufpreises beim Waarenkaufe; Skonto;	404
Rabatt	404
Zahlung mit Wecheln	404
Zahlungszeit für gelieferte Waaren	*102
Eintrede der Zahlung, mangelhaft vorgebracht	156
Eintrede der Zahlung eines Wechsels durch Abrechnung	*14
Zahlungsnachweis durch hypothekenamtliches Attestat	46
Zahlungsfähigkeit: über deren Nachweis bei gerichtlichen Versteigerungen	360
Bei Geltendmachung des Einlösungsbrechtes	31, 375
Zehent, s. Blutzehent. Kleinzehentrecht.	
Zehentrecht: Legitimation der Pfarrgemeinde zur Klage gegen denselben auf Anerkennung ihrer Freiheit von der Konkurrenz mit Hand- und Spanndiensten zu der Kirchenbaukast und seiner Verpflichtung zur Uebernahme dieser Leistung	170
Zeugen: deren Alter zum Beweise der Unvorbedenklichkeit	102
Nichtwissen der Immemorial-Zeugen, den Anfang des streitigen Zustandes betr.	*78
Erzeptionsmäßigkeit der Zeugen im Prozeße einer Gemeinde als Genossenschaft wegen Verwandtschaft und Verschö- gerung mit einzelnen Gemeindegliedern	240
Zeugenbeeidigung durch einen Funktionär; heilbare Nichtigkeit	144
Zeugenverwerfung; Würdigung in der höheren Instanz	320
Zeugeneid: ist von Sachverständigen in Strafsachen auch abzuleisten	*46
Zeugenschaft: gesetzliche Befugniß der Verwandten, sich in	

	Seite
Stollfachen der Zeugnißleistung gegen Verwandte zu ent- schlagen	*40
S insen: von Sinsen, einem Vauquier zugebilligt	*13
Sinsenversprechen in Solawechseln	126, 127
Sinsenverbindlichkeit des Käufers beim Waarenkauf	404
Verjährung der Sinsenforderung nach preuß. Recht; Sta- tutenkollision	63
Ueber Zinsberechnung bei dem Zwangsverlaufe von Hypo- thekenobjekten außer dem Univerfalkonturse	*113
Verzugzinsen beim Exekutionsaufhoben in Merkantilsachen	*78
Z urechnungsfähigkeit: von der Befugniß der Geschwor- nen, dem Schuldaßprüche beizufügen „bei geminderter Zurechnungsfähigkeit,“ ohne zu diesem Zufage durch beson- dere Frage veranlaßt worden zu fein	1
Z usammenfluß von Verbrechen und Vergehen, in ver- fchiedenen Gerichtsbezirken begangen; Kompetenzfrage we- gen Prävention	131, 264
Kompetenzfrage, ein früher begangenes Vergehen betr., welches erst nach Verurtheilung des Thäters wegen eines Verbrechens entdeckt wurde	259
Z usammenhang der Sache: hierdurch begründeter Ge- richtsstand	*97
Z uständigkeit, f. Kompetenz.	
Zuwendungen an den zweiten Ehegatten	138
Z wangsnachlaß: Stellung der einwilligenden Gläubiger zu den weigernden	238
Liquidität der Forderungen	270
Feststellung des Betrages des Zwangsnachlasses	383
Zwangsnachlaß, im Gantverfahren beantragt	277
Z wangsverkauf: von Hypothekenobjekten außer dem Univerfalkonturse, Zinsberechnung hierbei	*113

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung und Prioritätsordnung.

Erstes Kapitel. §. 3. a) Gerichtsstand des Wohnortes
eines Kommiß, welcher Geschäftstreisender ist. *81. b) Domizil
eines Wirtschaftspächters. *100. c) Die Zuständigkeit zur Ober-
vormundschaft über uneheliche Kinder bestimmt sich nach dem Wo-

mißt der Mutter. *83. — §. 4. a) Gerichtsstand bei schriftlichen Ehrenbefehlungen. 120. b) GSt. bei Klagen aus außerehelichem Beischlaf. 153. — §. 6. Gerichtsstand der Forensen und des Vertrages. 350. — §. 10. a) Gerichtsstand des Zusammenhanges der Sache. *97. b) GSt. der Nachklage. 413. — §. 11. a) Gerichtsstand der ehemaligen Reichsunmittelbaren. 13. (Berichtigung S. 84.) b) GSt. der Welterben bei dinglichen Klagen. 106. — §. 13. a) Kompetenz eigenschaft der Landgerichte bezüglich deponirter Ablösungsbilligungen. 59. b) Auf welchem Wege die für die Kompetenz präjudizielle Vorfrage, ob eine Realität, welche getheilt werden soll, Eigenthum der Gemeinde oder gemeinschaftliches Privateigenthum der Gemeindeglieder sei, ihre Lösung finden könne? 207. c) Ueber die Zuständigkeit, den Schutz des Eigenthums an Preßzeugnissen betr. 337. d) Unzuständigkeit der Gerichte in Streitigkeiten über israelitische Kultusbeiträge. 121. e) Herkommen in Gemeindefachen begründet noch nicht die Kompetenz der Gerichte. *100. — §. 14. Erbschaftlicher Gerichtsstand. 65, 81. — §. 17. Verlassenschaftsachen; Uebergang von der freiwilligen zur streitigen Gerichtsbarkeit. 102. — §. 18. Uebertragung der Obervormundschaft an ein anderes Gericht aus Gründen der Zweckmäßigkeit. *85.

Zweites Kapitel. §. 3. a) Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Vorlesung; Unterzeichnung. 60. b) Unrichtige Beglaubigung des Handzeichens. 61. c) Ist deren Beweis kraft durch die Unterzeichnung bebingt? *12. — §. 5. Freiwilliger Armenanwalt; Deserviten; Retentionsrecht. 185.

Drittes Kapitel. §. 3. Nachklage. 413. — §. 6. Gemeindefache; Vertretung der Besitzer ihrer Bestandtheile durch die Gemeinde. 415. — §. 9. Ist der Benefizialerbe zur Fortsetzung der Rechtsstreite des Erblassers verbunden? 356.

Viertes Kapitel. §. 3. a) Klagenverjährung; tempus utile; Unkunde der Klagebegründenden Thatfachen. 48. b) Verjährungszeit der actio empti, wenn sie auf das ädilit. Edikt gestützt wird. 31. c) Unterbrechung der Klagenverjährung, ob schon durch Anstellung oder erst durch Insinuation der Klage? 273. d) Ob auch durch außergerichtliche Mahnung? *29. — §. 5. a) Diffamation, vom Provokanten veranlaßt. 271. b) Provokation wegen gerichtlichen Zahlungsbotes. 397. c) Unstatthafte Provokation, wenn Diffamant ein Geseh, bez. eine Rechtsvermuthung, für sich hat. *91. — §. 7. a) Eintragung eines Abrechnungsfalles. 205. b) Klagebegründung hinsichtlich eines Kleinentrechtes. 349. c) Legitimation der Pfarrgemeinde zur Klage gegen den Behensherrn wegen ihrer Freiheit von Hand- und Spanndiensten zur Kirchenbaulast. 170. d) Fälligwerden der Forderung im Laufe des Prozesses. 414. — §. 9. Klagenhäufung, subjektive. 319. — §. 13. Fälle, in welchen eine unzulässige Klageänderung nicht vorliegt. 281, 303, 410.

Fünftes Kapitel. §. 8. Insinuation durch die Post. 47. — §. 10. Verzicht auf die Duplik. 333.

Sechstes Kapitel. §. 2. Einrede der Minderjährigkeit. *96. — §. 3. Verspätete Einrede in der Duplik. *96. — §. 4.

Fälligkeit der Forderung während des Prozesses. 414. — §. 6. a) Beweislast bezüglich der Einrede. 222. b) Einrede bedingten Vertrages; Beweislast. 350. — §. 7. a) Zum Verständnisse des Satzes: „wer ergipirt, bekennt nicht“ 241. (Verlächigung S. 368). b) Excipiendo reus soleri potest. *124. — §. 8. a) Spezielle Klagebeantwortung. 350. b) Einrede verzögerter ärztlichen Hilfe gegen die Entschädigungsklage wegen Körperverletzung. *60. c) Einrede der Verjährung auf die Entschädigungsklage gegen den Poststofs wegen erlittener Verletzung durch Umwerfen des Eilwagens. *61. d) Einrede der Injurien-Rekorsion. *96. e) Einrede nicht erfüllten Vertrages gegen die Klage auf Protokollierung eines Immobilienvertrages. *92. f) Mangelhafte Zahlungsbeinrede. 156. — §. 10. Verjährung der Einreden. *39. — §. 13. Folge des Verdicts auf die Duplik. 333.

Siebentes Kapitel. §. 1. S. oben Kap. IV. §. 7. c. — §. 6. Vergleichsversuch, ohne Anwälte angeordnet. 95.

Achtes Kapitel §. 4. a) erantassung der bezüglich der Kompetenz präjudiziellen Vorfrage, ob die Realität, deren Theilung verlangt wird, Gemeindegliedern oder Privateigenthum der sämtlichen Gemeindeglieder sei, durch Abcitation oder Intervention. 207. b) Gerichtsstand der Hauptintervention. *65.

Neuntes Kapitel. §. 1. a) Beweislast bei der actio negatoria. (Bayer. R.) 255. b) Beweis bei der condictio indebiti. (Preuß. R.) 353. c) Beweislast bei der Entschädigungsklage wegen Verletzung durch Umwerfen des Eilwagens. *58. d) Beweislast beim Lottospiel, wenn der Einsatzzettel vom Eintrage in die Originalliste abweicht. 265. e) Beweislast bei der Klage auf Mieth- oder Pachträumung 141. f) Beweislast des Waarenverkäufers wegen des ihm unter gewissen Voraussetzungen zustehenden Entschädigungsanspruches bei Nichteinsendung eines als Zahlung empfangenen Wechsels. 404. g) Einfluß des Gewerbskonstitutionsbeschlusses auf die Beweislast. 270. h) Beweislast beim Einwande bedingter Vertragseingehung. 350 i) Beweislast bezüglich der Einreden gegen die wegen verheimlichter Schwangerschaft erhobene Ehenichtigkeitklage. 222.

Zehntes Kapitel. §. 8. Befugniß der Verwandten, sich der Zeugnißleistung gegen Verwandte zu entschlagen. *40. — §. 11. Exzeptionsmäßigkeit wegen Verwandtschaft oder Verschwiegenheit der Zeugen mit Gemeindegliedern im Prozesse der Gemeinde als Genossenschaft. 240. — §. 12. Zeugenverwerfung; Verwahrung; Würdigung in der höheren Instanz. 320. — §. 14. Zeugenbeerdigung durch einen Funktionär. 144.

Elfstes Kapitel. §. 2. a) Beweislast gerichtlicher Protokolle. *12. b) Beweislast strafrechtlicher Erkenntnisse in Civilstreitsachen. 303. c) Zahlungsnachweis durch hypothekenamtliches Attestat. 46. d) Grundsteuerkataster, als Beweismittel für Realität eines Gewerbes nicht dienlich. 143. — §. 3. Ergänzung des durch Handelsbücher begründeten Beweises. *31.

Zwölftes Kapitel. §. 2. Vermuthungsbeweis über Eigenthum, Miteigenthum und andere dingliche Rechtsverhältnisse. 87. — §. 3. Bezug Sachverständiger von Amtswegen. 351.

Dreizehntes Kapitel. §. 2. a) Eideszuschlebung über Precarium. 64. b) An Streitgenossen. 77.

Vierzehntes Kapitel. §. 7. a) Richterliche Feststellung einer Entschädigungssumme. 351. b) Fassung alternativer Verweisaufgabe. 355. — §. 9. a) Auslegung einer Verweisaufgabe. 355. b) Schreibversehen in Erkenntnissen. 272. — §. 11. a) Rechtskraft gegen Dritte. *56. b) Worentschiebung im Betreffe einer Inzidentrestitution seiner Rechtskraft fähig. *04.

Fünfzehntes Kapitel. §. 3. Berufungssumme durch Busammierechnung bei Berufung und Abhäsion mehrerer Gantgläubiger. 80. — §. 5. a) Behandlung eventueller Restitutionsgesuche. 111. b) Worentschiebung, eine Inzidentrestitution betr. *94. c) Beschwerde wegen Nebenpunkten in Aufschlagsachen. *71. — §. 6. Anfang der Berufungsfrist für die Kreisdistrikate in Aufschlagsachen. *71. — §. 7. a) Behandlung eventueller Restitutionsgesuche. 111. b) Würdigung der entscheidenden Zeugenverwerfung in höherer Instanz. 320. c) Worentschiebung im Betreffe einer Inzidentrestitution. *94. — §. 9. Unzulässige Abhäsion wegen Mangels der Konnexität. 191, 288. — §. 12. a) Wiederaufleben früherer Beschwerden in III. Instanz. 352. b) Streitveränderung in III. Instanz. 411.

Sechzehntes Kapitel. §. 1. Inzidentrestitution, als eine Art der Restitution gegen den Ablauf des Verweisterrnins; Fall, in welchem sie unzulässig erachtet wurde. 395. — §. 2. a) Wegen Verwerfung einer foribeklinatorischen Einrede nach vorgängiger Verhandlung kann nur Berufung, aber nicht die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden. 191. b) Zeugenbereidigung durch einen Funktionär bewirkt keine unheilbare Nichtigkeit. 144. c) Stillschweigender Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde. 236. d) Zulässigkeit von Nichtigkeitsbeschwerden in Aufschlagsachen. *70.

Siebenzehntes Kapitel. §. 1. Vergleichsversuch ohne Anpähle angeordnet. 95. — §. 2. Rechtsmittel gegen Schlichtersprüche; Instanzenzahl. 237. — §. 4. Kostenkompensation. 288.

Achtzehntes Kapitel. §. 7. a) Nachweis der Zahlungsfähigkeit bei gerichtlichen Versteigerungen. 369. b) Vergleich bei Geltendmachung des Einlösungsvrechtes. 31, 375. c) Binsberechnung beim Zwangsverkaufe von Hypothekensubjekten außer dem Unverfallkonfurse. *113. — §. 13. Zwangsnachlaß. S. unter B. §. 70.

Neunzehntes Kapitel. §. 11. Liquidation durch Bezugnahme auf das Hypothekenbuch. *23. — §. 12. Nichterklärung auf den bezüglich einer Einrede zugeschobenen Haupteid. *24. — §. 17. a) Einlösungsvrecht, von einem Skriographargläubiger bei angeblich materiellem Konfurse in Anspruch genommen. 220. b) Nachweis der Zahlungsfähigkeit bei Geltendmachung des Einlösungsvrechtes. 31, 375. — §. 19. Aufsehung der Hypothekbestellung mit dem Paulianischen Rechtsmittel. 296. — §. 20. Belangung des wieder zu Kräften gekommenen Kredits. 172.

Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

§. 19. Kollision der Hyp.-Gläubiger bei solidarischen Hypotheken. 385. — §. 23. Nr. 1. Ueber den Umfang des Vorzugs.

rechtes der Kinder. 301. — §. 23. Nr. 3. Vererblichkeit des Vorzugsrechtes der Ehefrau. 187. — §. 23. Nr. 8. Vorzugsbegründung durch Sperre. *104.

B. Prozeß-Novelle vom 17. November 1837.

§. 19. Spezielle Antwort auf die Frage. 350. — §. 31–34. Erßes Frisgesuch; Erfordernisse; Folge des Mangels gehöriger Begründung. 415. — §. 38. Unzulässige Inzidentrestitutions gegen den Ablauf des Verweisterrnins, wenn die neuen Verweismittel rechtzeitig entdeckt und benützt werden konnten. 395. — §. 62. Berufungssumme durch Zusammenrechnung bei der Berufung ober Abhäsion mehrerer Gantgläubiger. 80. — §. 70. a) Zwangsnachlaß; Stellung der einwilligenden Gläubiger zu den weigernden. 238. b) Zwangsnachlaß, bedingt durch Feststellung seines Betrags. 383. c) Liquidität der Forderungen. 279. d) Zwangsnachlaß, im Gantverfahren beantragt. 277. — §. 71. Ueber die Wahl der Exekutionsmittel. *37. — §. 90. Nachweis der Zahlungsfähigkeit bei gerichtlichen Versteigerungen. 369.

C. Wechsel- und Merkantilrecht und Prozeß.

a) Solbarische Verpflichtung bei Handels- und Fabrikgesellschaften. (Augsb. R.) 364. b) Einkaufskommission zu Eisenbahnpromessen; Einzählungen, vom Kommissionär geleistet; Erfahypflicht des Kommittenten. 329. c) Einkaufskommission; Konsenserklärung, aus längerer Nichtbeantwortung eines Briefes abgeleitet. 381. d) Kommission; Uebervorthellung des Kommittenten durch den Kommissionär; Anerkennung des Kontokorrents, worin die betrügerischen Ansätze vorkommen. 410. e) Einflagung eines Abrechnungs-salbo. 205. f) Zahlungszeit für gelieferte Waaren. *102. g) Waarenkauf; frankirte und unfrankirte ersendung; Tragung der Gefahr; Offerte und Abshluß; Erklärung mit umgehender Post; Großhandel und Kleinhandel. 401. h) Zahlung des Kaufpreises, Skonto, Rabatt; Verbindlichkeit des Käufers; Zahlung mit Wechseln; kann der Verkäufer, bei Nichteinslösung des empfangenen Wechsels, auf die Kontraktklage zurückgehen? Verweislust. 404. i) Waarentransport; Einhalten gewisser Pieserzeit von Seite des Frachtführers; Folge des Nichteinhaltens; Eintritt eines anderen Frachtführers; Entschädigungsanspruch des Frachtführers, wenn ein zugesagter Transport nicht stattfindet. 407. k) Spedition; Speditionsgut zur Verfügung eines Dritten; haftet der Speditur für Beschädigungen und Entwendungen während des Transportes? Befreit Ausnahme der Waare von Seite des Adressaten den Speditur von der Haftung? Kann die versehrte Waare dem Speditur heimgeschlagen werden? 408. l) Honorar der Senfale. *74. m) Binsen von Binsen, einem Banqueler zugebilligt. *13. n) Binsversprechen in Solawechseln. 126, 127. o) Sicherheitsleistung bei eigenen Wechseln. *103. p) Zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Akzeptanten bedarf es weder einer Präsentation, noch eines Protestes. *101. q) Domizilirter Wechsel; Präsentation und

Protestserhebung. 287. r) Erklärung des Oremiums des Augsb. Handelsstandes, die Protestfrist nach §. 41 der deutschen Wechselordn. betr. *02. s) Einrede der Wechselzahlung durch Abrechnung. *14. t) Exekutionsanrufen in Merkantilsachen; Verzugsinsen. *78.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren. a) Statutenkollision: α) in Bezug auf Immobilienverträge. 98. β) In Bezug auf Vertragsverhältnisse; Gesetze des Erfüllungsortes. 302. γ) Bezüglich der Verjährung der Binsenforderung. 63. b) Derogirende Kraft des Gewohnheitsrechtes *71. c) Herkommen und Verjährung. 285. d) Herkommen in Gemeindesachen. *100. e) Irrthum über zweifelhafte Rechtsfälle. 366. f) Unvordenklichkeit: α) Alter der Zeugen. 192. β) Nichtwissen der Zeugen, den Anfang des streitigen Zustandes betr. *79. g) Klagenverjährung: α) Tempus utile; Unkunde der klagebegründenden Umstände. 48. β) Verjährungszeit der actio emti zur Geltendmachung von Forderungen aus dem ädilit. Edikte. *31. γ) Begründet schon die Anstellung der Klage, oder erst die erste Ladung eine Unterbrechung der Klagenverjährung. 273. δ) Unterbrechung der Klagenverjährung durch außergerichtliche Mahnung; bono fides. *29. h) Verjährung von Einreden, welche klageweise geltend gemacht werden können. *39.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte. 1) Eigenthum. a) Vermuthungsbeveis über Eigenthum, Miteigenthum und andere dingliche Rechtsverhältnisse. *87. b) Ob wahres Gemeindegewohnheit oder gemeinschaftliches Miteigenthum der Gemeindeglieder? Entscheidung aus den Umständen der bisherigen Behandlung. 207. c) Gutsherrlichkeit nach bayer. Recht. 113, 138. — 2) Servituten. a) Waldweide; Verjährungs-erwerb = Unterbrechung durch Pfändung und Rüßstrafen. *112. b) Beweislast bei der actio negatoria. (bayer. R.) 255. — 3) Reallasten. a) Grundherrliche Gefälle der vormal. Reichsritterschaft; Weide. 282. b) Lutzhent in ein ständiges Reichthum verwandelt. 335. c) Klagebegründung hinsichtlich eines Kleinrentenrechtes. 349. d) Art. 6 des Ablösungsgesetzes, auf gemeindliche Reichnisse nicht anwendbar. 367. e) Baualast: α) Erbschende Verjährung bezüglich der Kirchenbaualast. *45. β) Baupflicht bei nothiger Erweiterung der Schule; tantum proeser. quantum possesum. *93. γ) Legitimation der farrgemeinde zur Klage gegen den Rentherrn wegen Anerkennung ihrer Freiheit von der Konkurrenz zum Kirchenbau mit Hand- und Spanndiensten. 170. — 4) Realgewerbe. a) Zu Art. V. Nr. 3 des Gewerbsgesetzes, von Gewerbebefugnissen vermöge Besitzstandes oder Ausübung. 152. b) Erbschende Verjährung von Gewerbebefugnissen. 254. — 5) Hypothekenrecht. a) Kollision der Hyp.-Gläubiger bei solidarischem Hypotheken. 385. b) Zinsberechnung beim Zwangsverkauf von Hyp.-Objekten außer dem Universalconcurs. *113. c) „Vollständige Bezahlung“ im Sinne des §. 64 Abs. 3 des

Hyp.-Gef. bei dem Einlösungsbrechte. 30. d) Nachweis der Zahlungsfähigkeit bei Geltendmachung des Einlösungsbrechtes. 31, 375. e) Einlösungsbrecht, von einem Othlographargläubiger bei angeblich materiellem Konkurse beansprucht. 220. f) Aufsechtung der Hyp.-Bestellung mit dem Paulinianischen Rechtsmittel. 204.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeine Gegenstände. a) Konfessionsklärung durch Nichtbeantworten. 381. b) Wechselseitige Fahrlässigkeit. 265. c) Imulation. 304. d) Einßen von Einßen. *13. e) Verjährung von Einßenforderung. 63. f) Nichterliche Feststellung einer Entschädigungssumme. 351. g) Unbegründete Zahlungseinrede. 156. h) Kompensation; Gleichartigkeit der Forderungen 414. i) Kompensation gegen die Spolienlage. 414. k) Zahlung einer Nichtschuld aus Rechtsirrtum; Nachweis des Irrthums. 353. l) Das ädilit. Edikt bezieht sich nicht auf den Fall, wenn vertragmäßig bedungene Nebensachen fehlen. *67. m) tempus utile bei Verjährung der Temporalklagen, insbesondere der Klagen aus dem ädilit. Edikte. 48. n) Verjährungszeit der actio empti zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem ädilit. Edikte. 31. o) Beurtheilung der Obligationsverhältnisse nach den Gesetzen des Erfüllungsortes. 362. — 2) Verträge und vertragähnliche Verhältnisse. a) Verträge über Eigenschaften oder denselben gleichgeachtete Rechte 96. b) Einrede bedingter Vertragseingehung; Beweislast. 350. c) Klage auf Proskollung eines Immobilienvertrages; Einrede, daß Kläger noch nicht erfüllt habe. *62. d) Bürgschaft bei gemeinen schlechten Lügern und Bauern. (bayer. N.) 268. e) Dienstmieth: α) Kontraktlich unterzogter Dienstwechsel. *110. β) Beschädigung aus Anlaß einer iustitellung. 306. f) Dienstvertrag: α) Klausel „auf Wohlverhalten“ bei Anstellungen. 128. β) Uebnahme gutsherrlicher Beamten und Diener vom Staate in Folge aufgehobener Standes- und gutsherrlicher Verordnungen. *16. *13. g) Kauf: α) Rechtsfolge mangelhafter Erfüllung des Verkäufers. 284. β) Recht des Käufers, vom Kaufgelde den Betrag der auf dem gekauften Gute lastenden Hyp.-Schulden abzuziehen. *80. γ) Bestimmung des Zahlungsmittels bei einem Kaufgeschäfte. *90. h) Einkaufskommission. 320, 381. i) Lottozettel und Originalliste von einander abweichend; Regreßpflicht des Kollektors; Beweislast. 265. k) Beendigung der Mieth (Pacht); Beweislast. 111. l) Aufsechtung approbierter Rechnungen. (Preuß. N.) 300. — 3) Obligationen aus Rechtsverletzungen. a) Injurien: α) Kompensation wechselseitiger. 284. β) Deklaration auf die Injurienklage (bayer. N.) *95. γ) Einrede der Retorsion. *96. b) Haftung des Postfilak für Verletzungen durch Schuld eines Postfilak. *57. α) Beweislast bei beschuldiger Entschädigungsklage. *58. β) Antrag auf fortlaufende Zahlungen für die Dauer beschränkter Arbeitsfähigkeit. *59. γ) Einwand, Kläger habe die Anrufung ärztlicher Hilfe verzögert. *60. δ) Einrede der Verjährung auf Grund der Verordn. über Postreklamationen. *61. c) Natur der Schmerzensgeldforderung. 154. 4) Vermischte Fälle. a) Klagen aus außerehelichem Welschase; Gerichtsstand 153. b) Satisfaktionsanspruch der von einem Ehemann Geschwächten. 32.

1. D. Familienrecht. a) Gutshandelsrathung nach bayer. Recht; Beschränkung der Anwendungen an den zweiten Ehegatten: 113, 138. (Berichtigung S. 192). b) Mitthaltung der Ehefrau für die Schulden des Ehemannes nach Ansb. Recht. *25. c) Haftung der Frau für Gewerbschulden des Mannes; Sitten zu offenem Kram und Markt. (Ansb. R.) 201. d) Eheliche Gütergemeinschaft im Eichsfältschen. 145, 360. (Berichtigung S. 256.) e) Aufhebung allg. Gütergemeinschaft nach fränk. Recht. 209, 225. f) Anforderung der Heimsteuer während des Ehescheidungsprozesses. 10. g) Vererblichkeit des Vorzugrechtes der Ehefrau. 187. h) Ehenichtigkeit wegen verheimlichter Schwangerschaft. 222. i) Einkindschaftung von Kindern, welche bereits in einer früheren Ehe eingekindschaftet waren. 89. k) Aufhebung einer Einkindschaft. 92. l) Vorzugrecht des Kindervermögens. 301. m) Stellung des Vormundes zur Obervormundschaft, insbesondere bei verschiedener Ansicht über Fragen in Betreff der Vermögensverwaltung. 177, 193. n) Zuständigkeit zur Obervormundschaft über außereheliche Kinder. *83. o) Uebertragung der Obervormundschaft an ein anderes, als das regelmäßig zuständige Gericht aus Gründen der Zweckmäßigkeit. *85.

2. Erbrecht. a) Erbschaftsanfall an Verschwundene. 17, 33, 19. b) Beweispflicht Desjenigen, der sich auf das Ueberleben des Unfalles gründet. *49. c) Werbung eines Verschwundenen; keine Vermuthung für sein Fortleben bis zum 70. Jahre. *51. d) Todeserklärung eines Abwesenden vor seinem 70. Lebensjahre; Ausnahme nach Umständen. *54. e) Erbschaftlicher Gerichtsstand. 65, 81. f) Kann ein einzylaltes zur Fortsetzung der Rechtsreihe des Erblassers gezwungen werden? 356. g) Erbeinsetzung unter widersprechenden Modalitäten. *108. h) Gerichtlich protokolliertes Testament: α) Erforderniß der Vorlesung; Unterzeichnung. 60. β) Unrichtige Bezeichnung des Testirers bei Beglaubigung des Handzeichens. 61. i) Testament vor Pfarrer und zwei Zeugen nach Bamberger Recht. 315. k) Gutshandelsrathung in Ehe- und Erbverträgen. (bayer. Recht.) 113, 138. l) Vermächtniß einer conductio operis. 280.

III. Strafrecht und Strafprozeß.

A. Strafrecht. Th. I des StGB. Art. 30. Ein Monat Gefängniß ist durch Anwendung doppelter Schärfung auf 15 Tage abzukürzen. 156. — Art. 45, 57 und 62. Ueber den Versuch der Verleitung eines Andern zur Begehung eines Verbrechens. 161. (S. auch bei Art. 290. sub. h.) — Art. 104. Minderung der Freiheitsstrafe nach diesem Art. im Verhältnisse zu der nach Art. 109 Abs. 2 verurtheilten Schärfung derselben. *72. — Art. 108. Kompetenzfrage bezüglich des Falles, wenn nach Verurtheilung des Angeklagten durch den Schwurgerichtshof, aber noch vor dem Strafvolzuge, ein früher begangenes Vergehen des Angeklagten entdeckt wird. 259. — Art. 109. Bei Verletzung mehrerer Personen aus Fahrlässigkeit durch eine und dieselbe Handlung liegt

eine reale Konkurrenz nicht vor. 156. (S. auch Art. 104 u. 108.) — Art. 110. Fall, in welchem ein fortgesetztes Verbrechen nicht vorliegt. *47. (S. auch Art. 108.) — Art. 125. Einrede der Nothwehr beim Duell ausgeschlossen. *47. — Art. 139. Anfang der Verjährungszeit. 157. — Art. 140. Verjährungszeit bei Missethätigkeiten. *120. — Art. 147. Nr. VI. Art. 148 und 183. Gift im strafrechtlichen Sinne. 157. — Art. 191. Zu dem darin bezeichneten Verbrechen ist ein Angriff auf den Körper des Kindes mit dem Geschlechtstheile des Angreifenden nicht erforderlich. *47. — Art. 206, 207. Die hierin verordnete Ehrenstrafe ist mit der Freiheitsstrafe auch in dem Falle zu verbinden, wenn letztere zu einer Vergehenstrafe gemindert wird. 157. — Art. 209 mit Art. VI. Nr. 3. der Dicht. Nov. v. 25. März 1816. Ausgezeichnete Diebstahl mittelst Gebrauches des sich verschaffen rechte Schlüssels. 158. — Art. 256. a) Der „wirkliche“ Worthell beim Betrüge braucht kein bleibender zu sein. *47. b) Die Verletzung zur Eingehung einer gültigen Ehe durch fälschliches Vergeben von Vermögensbesitz begründet, wenn weder ein Schaden am Vermögen des getäuschten Ehemanns eingetreten ist, noch heimliche Verlassung desselben stattfand, weder einen Betrug am Vermögen, noch an der Person. 157. — Art. 258. f. Art. 256. sub b. — Art. 266. Urkundenfälschung, um eine schon vollbrachte Unterschlagung zu verdecken. 157. — Art. 269. Wenn die Angabe der ganzen Wahrheit durch eine Selbstanlage des Zeugen bedingt ist, kann deren Vorenthaltung nicht als Meineid betrachtet werden. *47. — Art. 277. Daß auf die Seite Schaffen von Gegenständen schließt das Merkmal der Verheimlichung vor den Gläubigern bei dem betrügerischen Banquerout schon in sich. *47. Die Größe der Beschädigung der Gläubiger hat bloß Einfluß auf die Straßausmessung. *47. — Art. 281. f. bei Art. 256. sub b. — Art. 290. a) Wenn die falsche eidliche Aussage rechtzeitig zurückgenommen wird, kann der intellektuelle Urheber nur wegen Versuches des Meineides bestraft werden. *47. b) Daß Werben eines Andern zum Meineide ohne Erfolg ist ein strafbarer Versuch von Seite des Werbenden. *47, 161. c) Ein gegen die Vorschrift des Art. 46 Abs. 4 des StPG. v. 10. Nov. 1818 abgenommener Zeugeneid ist rechtlich unwirksam. *47. d) Eine eidliche, falsche Zeugenaussage in einer Untersuchung kann, wenn die Angabe der Wahrheit durch eine Selbstanlage bedingt war, nicht als Meineid bestraft werden. *47. e) Ein in einer Untersuchung, wenn auch ohne Nachtheil für den Beschuldigten, begangener Meineid wird dadurch, daß derselbe Zeuge im nachherigen Civilprozeß die Sache wahrheitsgemäß angibt, nicht beseitigt. 157. — Art. 317. Daß Verbr. der Widersehung kann auch an Gerichtsdienernsgeliffen begangen werden. *48. — Art. 368. Die Bestimmungen über Körperverletzungen finden auch bei Verwundungen im Duell Anwendung. *48. — Art. 373. f. bei Art. 250 sub b. — Art. 405. a) Amtsehrenbeleidigung an Forstgehilfen. 158. b) Desgl. an Landgerichtsfunktionären und an Grenzjollennuchmern. *48. c) An einem verstorbenen Beamten kann dieses Vergehen nicht begangen werden. *48. — Art. 419. Durch Art. 2 und 8 des Gesetzes

v. 20. Aug. 1848 ist die Bestimmung im Art. 419 Abs. 2., die Bestrafung der wiederholten fahrlässig bewirkten Entweichung von Gefangenen betr., nicht aufgehoben. 158. — Art. 420. Zum Verbrechen der unerlaubten Selbsthilfe wird eine gegen den berechtigten Eigenthümer gerichtete, die Behauptung des Besizes bezweckende unbefugte Gewaltthatung erfordert. *48. — Art. 443. Bestechung; um Sachbeschädigung zu bewirken. 158.

B. Strafprozeß. Th. II des StGB. Art. 9. Ueber die Beweiskraft strafrechtlicher Erkenntnisse im Civilverfahren. 363. — Art. 22. a) Kompetenz bei schriftlicher Amtsbehebeldung. 129. b) Kompetenz, begründet durch den Gebrauch eines falschen Amtsattests bei Ungewißheit über den Ort der Fälschung. 135. c) Desgleichen bei Urkundenfälschungen. 257. d) Kompetenzfrage bezüglich des Falles, wenn nach Verurtheilung des Angeklagten durch den Schwurgerichtshof, aber noch vor dem Strafvolzuge, ein früher begangenes Vergehen des Angeklagten entdeckt wird. 250. e) Sadung oder Verhaftung, in Folge Art. 17. vorgenommen, begründet keine Prävention. 263. f) Untersuchungshandlungen und Ergreifung des Thäters, welche nach Art. 17 und 19 von einem gemäß Art. 22 Abs. 1 und 2 nicht kompetenten Gerichte vorgenommen werden, begründen eine Prävention auch dann nicht, wenn sich später herausstellt, daß der Thäter auch in dem Bezirke des anfänglich nicht kompetenten Gerichtes, welches nach Art. 17 und 19 an der Stelle des kompetenten gehandelt hatte, strafrechtliche Handlungen begangen hat. 158. g) Prävention durch Requisition um Vernehmung des Verdächtigen. 131. h) Prävention bei Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen 131, 204. i) Die im Konkurrenzfalle mehrerer Reate einmal begründete Kompetenz durch Prävention wird durch nachherige Einstellung des Verfahrens bezüglich eines Reates nicht geändert. 97. k) Einfluß thätiger Reue auf die Kompetenzfrage 131, 130. — Art. 30. Kompetenz bezüglich eines von einem Bayern im Auslande verübten Verbrechens. 133. — Art. 482. s. bei Art. 22 sub. h.

C. Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848. Art. 4. a) Ueber die Ablehnung sämmtlicher Mitglieder eines Untersuchungsgerichtes und die Entschlagung der Amtsfunktion von Seite derselben, so wie über die dadurch nothwendig werdende Delegation eines anderen Untersuchungsgerichtes hat das Appellationsgericht in einer Plenarversammlung zu entscheiden *45. b) Gegen die Verfügung des Präsidenten des AG., daß über eine Sache der Vortrag in der Plenarversammlung zu erstatten sei, ist eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, wohl aber in dem Falle, wenn die Sache durch einen Gerichtsbefehl an die Plenarversammlung verwiesen wurde. *46. — Art. 19 und 25. In welchen Fällen Disziplinarsachen in einem strafrechtlichen Senate und unter Beiziehung des Staatsanwaltes zu erledigen sind. 150. — Art. 40. Durch die unbeendigte Vernehmung einer der Theilnahme an der That verdächtigen Auskunftsperson allein erhält die Voruntersuchung noch keine Nichtigkeit gegen dieselbe. *46. — Art. 57. In dem Verwelfungskenntnisse sind die den Thatbestand bedingenden Artikel des StGB. vollständig anzuführen. *46. — Art. 69. Wenn nach Ansicht des obersten Ge-

richtshofes die That durch kein Strafgesetz verboten ist, hat, derselbe, das Strafverfahren in geheimer Sitzung einzustellen. *46. (S. auch Art. 250.) — Art. 157. Sachverständige haben auch den Beizug zu leisten. *46. — , rt. 173 bis 178. Ueber die Grenzen der Kompetenz der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgünde. 150, 269, 303, 321. Art. 180. Krankengeschichten und ärztliche Gutachten dürfen, auch wenn sie auf die Thäterschaft bezügliche Aeußerungen enthalten, den Geschwornen in's Rathungszimmer mitgegeben werden. *46. — Art. 181. Herausgehen von Geschwornen aus dem Rathungszimmer vor beendigter Erathung. 159. — Art. 191. Ueber die Befugniß der Geschwornen, dem Schuldausspruche beizufügen: „bei geminderter Zurechnungsfähigkeit“, ohne zu diesem Zwecke durch eine besondere Frage veranlaßt worden zu sein. 1. — Art. 212. a) Der Schwurgerichtshof darf, auch nach Verkündung des Wahrspruches an den Angeklagten, die Urtheilsfällung aufsetzen. *46. b) Was unter der „Hauptsache“ zu verstehen. *46. — , Art. 213. Kompetenzfrage, bezüglich des Falles, wenn nach Verurtheilung des Angeklagten durch den Schwurgerichtshof, aber noch vor dem Strafprozeßzuge, ein früher begangenes Vergehen des Angeklagten entdeckt wird. 250. — Art. 239. Eine ohne Anstrag oder Genehmigung des Angeklagten von einem Dritten eingereichte Denkschrift kann nicht berücksichtigt werden. *46. — Art. 245. a) Die Prüfung der Nichtigkeitbeschwerde des Staatsanwaltes hat sich auf die aufgestellten Beschwerdepunkte zu beschränken. *46. b) Wenn sich bei Prüfung der wegen Gesetzesverletzung erhobenen Staatsanwaltschaftlichen Nichtigkeitsbeschwerde zeigt, daß die Gesetzesanwendung wegen mangelhafter thatsächlicher Motivirung des Urtheils nicht bemessen werden kann, so ist das Urtheil gleichwohl wegen Mangels an Gründen über die Thatfrage (Art. 326) zu vernichten. 160. — Art. 250. Bei dem auf Beschwerde nur eines der in die öffentliche Sitzung verwiesenen Beschuldigten sich ergebenden Mangel eines strafrechtlichen Thatbestandes, ist auch die Verweisung der Theilnehmer derselben That zu vernichten, wenn gleich dieselben kein Rechtsmittel dagegen einwenden haben. 160. — Art. 293 s. unten Art. 371. — Art. 326 s. oben bei Art. 245 sub b. — Art. 338. Auch wenn die auf die Annahme eines höheren Grades des Verbrechens gerichtete Berufung des Staatsanwaltes nicht begründet ist, kann eine Strafserhöhung bezüglich des geringeren Grades eintreten. *46. — Art. 362. a) Wegen freisprechende Erkenntnisse kann von dem Staatsanwalte nur wegen unrichtiger Anwendung des Strafgesetzes die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden. *47. b) Auch wenn sich der Beschuldigte bei dem Urtheile erster Instanz beruhigt hat, und die lediglich von dem Staatsanwalte eingewendete Berufung in zweiter Instanz verworfen wurde, ist die Nichtigkeitsbeschwerde des Beschuldigten hiegegen zulässig. 160. — Art 371 bis 375. Bei Vorgerichtstellung eines unter der Herrschaft der früheren Gesetzgebung im Ungehorsamsverfahren Verurtheilten nach dem 1. Jan. 1849 richtet sich das Verfahren nach dem neuen Gesetze, und ist dem Verurtheilten die im Art. 293 des StP.W. bezeichnete Wahl

zu gestatten; unterwirft er sich dem früheren Urtheile nicht, so tritt das gesetzliche Verfahren auf eine Voruntersuchung ein. 160.

D. Aufschlagsbetrugationen. a) Heimliche Maßmählen. *33. b) Zulässigkeit von Nichtigkeitsschwerden. *70. c) Lauf der Berufungsfrist für die Kreisfiskale. *71. d) Zulässigkeit von Beschwerden wegen Verweigerung der Entscheidung über Nebenpunkte. *71.

E. Forststrafgesetz v. 28. März 1852. Art. 71. Verjährungsfrist. 160. — Art. 81. Werth und Geldstrafe bei Pflanzenentwendung aus einer künstlichen Aussaat. *48. — Art. 90. Auch das um die Forstaxe erkaufte Holz darf ohne forstpolizeiliche Genehmigung nicht weiter veräußert werden. *48 — Art. 170. Zulässigkeit von Beschwerden zur Wahrung des Gescheß. *48.

F. Preßstrafgesetz v. 17. März 1850. Art. 2. Von Unterdrückung eines Preßzeugnisses. *1, *17.



Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Befugniß der Geschwornen, dem Schuldausspruch beizufügen: „bei geminderter Zurechnungsfähigkeit“, ohne zu diesem Besatze durch eine besondere Frage veranlaßt worden zu sein. — Zur Lehre vom vertheiligten Verichtsstand der ehemaligen unmittelbaren Reichsadelligen. — Einforderung der Heimsteuer, während bereits ein Ehescheidungsprozeß unter den Eheleuten schwebt.

Ueber die Befugniß der Geschwornen, dem Schuldausspruch beizufügen: „bei geminderter Zurechnungsfähigkeit“, ohne zu diesem Besatze durch eine besondere Frage veranlaßt worden zu sein.

So! Einer schwurgetreu die ganze Wahrheit sagen,
So muthet ihm nicht zu, ein Stück zu unterschlagen.

Nach der bisherigen Praxis des obersten Gerichtshofes steht eine solche Befugniß den Geschwornen nicht zu. Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung vom 29. März 1853 sagen hierüber ¹⁾:

„Die Geschwornen sind nicht berechtigt, an den ihnen zur Beantwortung übergebenen Fragen Abänderungen zu machen, oder denselben Zusätze beizufügen, sie haben vielmehr nach ausdrücklicher Vorschrift der Art. 189 und 191 des StPG. vom 10. Nov. 1848 nur über die ihnen gestellten Fragen in Berathung zu treten und mit einfacher Be-

¹⁾ Sitzungsberichte der bayerischen Strafgerichte Bd. 5 S. 126 ff. Im Wesen übereinstimmend die Motivirung einer früheren Entscheidung desselben Gerichtshofes (vom 30. Dezember 1852). Sitzungsberichte Bd. 4 S. 453 ff.

jahung oder Verneinung darüber abzustimmen, mit der alleinigen Ausnahme, daß einzelne Fragen auch nur theilweise bejaht oder verneint werden können, welche Ausnahme sich aber nur auf solche Verhältnisse bezieht, wo von einer quantitativen Theilung wirklich die Rede sein kann, auf den hier in Frage stehenden Beisatz jedoch nicht den mindesten rechtlichen Bezug hat, indem der Zustand geminderter Zurechnungsfähigkeit durch Art. 3 des Gesetzes vom 29. August 1848 über einige Verbesserungen des I. Theiles des StGB. vom J. 1813 als Strafmilderungsgrund anerkannt ist, und hierüber nach ausdrücklicher Vorschrift des Art. 178 des StPB. vom 10. Nov. 1848 eine gesonderte Frage gestellt werden soll.“

Gemäß dieser Rechtsansicht hat der oberste Gerichtshof in Bezug auf den gegebenen Fall, in welchem die Geschwornen ohne Veranlassung durch besondere Frage den erwähnten Zusatz gemacht hätten, sich dahin ausgesprochen: die Geschwornen haben hiebei, den angeführten gesetzlichen Bestimmungen entgegen, ihre Befugnisse überschritten.

Es sei dem Herausgeber dieser Blätter vergönnt, die Begründung einer anderen Ansicht zu versuchen.

Im Art. 3 des Gesetzes vom 29. Aug. 1829, die Abänderung einiger Bestimmungen des ersten Theiles des Strafgesetzbuches von 1813 betreffend, ist ausdrücklich anerkannt, daß der Ausspruch über geminderte Zurechnungsfähigkeit zur Entscheidung der Thatfrage gehöre. In Schwurgerichtsfällen sind es die Geschwornen, welchen die Entscheidung der Thatfrage überhaupt, insbesondere auch die Frage geminderter Zurechnungsfähigkeit zukommt. Die Geschwornen müssen eidlich geloben²⁾:

²⁾ StPB. v. 10. Nov. 1848 Art. 110.

„Die gegen A. erhobene Anklage und dessen Vertheidigung bei der gerichtlichen Verhandlung mit sorgfältiger Aufmerksamkeit zu verfolgen, die Unschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise gewissenhaft zu prüfen, in der Ausübung der ihnen als Geschwornen obliegenden Verrichtungen nur Gott, die Gerechtigkeit und Wahrheit vor Augen zu haben, und den Ausspruch nach ihrem Gewissen und der durch die Verhandlungen in ihnen begründeten freien Ueberzeugung zu geben.“

Wenn sich nun in einem gegebenen Falle zufolge der sorgfältigen Aufmerksamkeit auf die Verhandlungen und gewissenhafter Prüfung der Unschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise in den Geschwornen die Ueberzeugung begründet, daß der Angeeschuldigte zwar die That, deren er angeklagt ist, begangen habe, daß jedoch das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung in demselben zur Zeit der begangenen That durch große Geistesbeschränktheit, durch Altersschwäche, durch Gemüthskrankheit, durch unverschuldete Trunkenheit oder durch eine andere derartige Verwirrung der Sinne in einem die Annahme geminderter Zurechnungsfähigkeit rechtfertigenden Grade getrübt war, so sind dieselben durch den geleisteten Eid verpflichtet, ihren Wahrspruch nach dieser ihrer freien Ueberzeugung abzufassen, d. h. auszusprechen, der Angeklagte sei schuldig, jedoch bei geminderter Zurechnungsfähigkeit. Durch ein „Schuldig“ ohne den Beisatz würden sie hier ihrer beschworenen Pflicht,

„den Ausspruch nach ihrem Gewissen und der durch die Verhandlungen begründeten freien Ueberzeugung zu geben“,

eben so sehr zuwiderhandeln, als durch einen auf „Nichtschuldig“ gehenden Wahrspruch.

Man kann gewiß nicht annehmen, daß zufolge

des Art. 178³⁾ dem Präsidenten oder dem Schwurgerichtshofe die unsktliche Macht zustehen, durch Unterlassung einer besonderen Fragestellung in Betreff geminderter Zurechnungsfähigkeit, beziehungsweise durch Zurückweisung eines hierauf gerichteten Antrags, die Geschwornen der gewissenhaften Erfüllung ihrer beschworenen Pflicht zu entheben, oder gar sie zu einem ihrer freien Ueberzeugung nach gegen Wahrheit und Gerechtigkeit verstößenden Wahrspruch zu zwingen. Den Beschlüssen über die Fragestellung einen solchen Einfluß auf den Inhalt des Wahrspruches beimessen, hieße nichts Anderes, als die Entscheidung eines Bestandtheiles der Thatfrage an die rechtsgelehrten Richter übertragen und damit die prinzipiellen Grenzen der Funktionen des Gerichtshofes einerseits, der Geschwornen andererseits, verrücken und verwirren. Man muß Bedenken tragen, eine solche Prinzipwibrigkeit als geltendes Recht anzunehmen; soferne sie nicht durch eine unzweideutige Vorschrift aufgedrungen ist. Hier handelt es sich um Anwendung des Art. 191 des StPG. von 1848:

„Die Abstimmung der Geschwornen besteht in der einfachen Bejahung oder Verneinung der gestellten Fragen.“

Doch kann auch ein Geschwornener eine einzelne Frage nur theilweise bejahen oder verneinen.“

Der Wahrspruch „Schuldig“ mit dem durch eine besondere Frage nicht veranlaßten Zusatz „jedoch bei geminderter Zurechnungsfähigkeit“, ist allerdings keine einfache Bejahung der gestellten Frage, aber er ist eine theilweise bejahende, theil-

³⁾ „Ergeben sich bei der Verhandlung Umstände, welche das Gesetz als Strafmilderungsgründe anerkennt, so sind auch darauf besondere Fragen zu richten.“

weise verneinende Antwort auf die Frage. War das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung in dem Verbrecher in einem die Annahme geminderter Zurechnungsfähigkeit rechtfertigenden Grade getrübt, so ist das „Schuldigsein“ kein volles, ganzes; es geht derjenige Theil der Schuld ab, welcher die Differenz zwischen der vollen und geminderten Zurechnungsfähigkeit ausmacht. Der Annahme des obersten Gerichtshofes, daß sich die Bestimmung des Art. 191 Absatz 2 nur auf solche Verhältnisse beziehe, wo von einer quantitativen Theilung die Rede sein kann, läßt sich nicht beipflichten. Unbestritten steht es nach der angeführten Gesetzesvorschrift den Geschwornen zu, ihren bejahenden Ausspruch durch Verneinung der in der Frage vorkommenden, einen höheren Verbrechensgrad bedingenden Merkmale zu beschränken. Wenn z. B. die Frage auf das Verbrechen des durch Einbruch in ein Haus ausgezeichneten Diebstahles gestellt war, so unterliegt es keinem Zweifel, daß eine Antwort der Geschwornen: „Ja, jedoch ohne Einbruch in ein Haus“ — in dem Absatz 2 des Art. 191 ihre Rechtfertigung finde. Gleichwohl springt es in die Augen, daß hier nicht von einer quantitativen Theilung, sondern, wie im Falle geminderter Zurechnungsfähigkeit, von einer qualitativen Minderung der Schuld (hier in subjektiver, dort in objektiver Beziehung) die Rede sei. — Das „theilweise“ des Art. 191 auch auf die Grade der Zurechnungsfähigkeit beziehend, hat man den allgemeinen Sprachgebrauch für sich. Wenn N., der Zeuge der Begehung eines Verbrechens war, in der Erzählung darüber derjenigen Umstände nicht erwähnte, in welchen sich der Zustand geminderter Zurechnungsfähigkeit des Verbrechers kund gab, so ist es ganz richtig, von diesem Erzähler zu äußern: er hat die Wahrheit nur theilweise gesagt. Wenn die Ge-

schwornen ungeachtet ihrer Ueberzeugung, daß der Angeklagte im Zustande geminderter Zurechnungsfähigkeit gehandelt, die Schuldfrage ohne beschränkenden Zusatz bejahen, so hat man allen Grund, zu sagen: daß der Wahrpruch ihrer Ueberzeugung theilweise entspreche, theilweise zuwiderlaufe. Ueberhaupt gebraucht man das Wort „theilweise“ in mannigfacher Weise auch von Seelenzuständen; man spricht von Ereignissen, welche theilweise erfreuen, theilweise betrüben; von Motiven des Handelns, theilweise in Neid, theilweise in Geiz bestehend u. dgl. m.

Aber auch angenommen, der Art. 191 Abs. 2 sei nach dem Sprachgebrauche einer mehrfachen Auslegung fähig, insbesondere auch einer Auslegung, welche die Beziehung auf die Frage geminderter Zurechnungsfähigkeit ausschließt, so entscheiden die bereits dargelegten Erwägungen der logischen Auslegung für die hier vertretene Auffassung, und gegen die andere, deren Ergebnis eine Verrückung der principiellen Grenzen zwischen den Kompetenzgebieten des Gerichtshofes und der Geschwornen und eine Nothigung der Letzteren zur Verleugnung ihrer freien Ueberzeugung wäre ⁴⁾.

Die Ansicht des obersten Gerichtshofes hat die sicherste aller Erklärungswesen ⁵⁾ gegen sich, nämlich die Auslegung nach dem inneren Zusammenhange der Gesetzgebung, insbesondere nach dem Zusammenhange der auszulegenden Gesetzstelle mit anderen Bestandtheilen, mit den Fundamentalbestimmungen desselben Gesetzes.

Gemäß vorstehender Erörterung wurde in dem gegebenen Falle durch den im Wahrpruche unge-

⁴⁾ In ambigua voce legis ea potius accipienda significatio, quae vitio caret. Fr. 19 de legibus (1, 3.)

⁵⁾ Savigny System Bd. 1 S. 223.

fragt gemachten Zusatz „bei vermindelter Zurechnungsfähigkeit“ daß in dem Art. 191 enthaltene Gesetz nicht verletzt; eben so wenig der Vorschrift des Art. 189:

„Sobald die Geschwornen in dem Berathungszimmer angelangt sind, wählen sie einen Obmann aus ihrer Mitte und treten hierauf über die Hauptfrage, sowie über die etwaigen Nebenfragen, in Berathung“

zuwidergehandelt. Denn eben die Berathung über die gestellte Frage:

„Ist die Angeklagte schuldig, das Verbrechen des Kindsmordes dadurch begangen zu haben u. s. w.“

führte die Geschwornen in gewissenhafter Prüfung der Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise zu der Erwägung, ob eine unbeschränkte Bejahung der Gerechtigkeit und Wahrheit entsprechen würde, oder nicht? — Die Geschwornen haben keine weitere, nicht gestellte Nebenfrage eingeschaltet, sondern nur darüber berathen, ob die wirklich gestellte Frage nicht theilweise zu bejahen, theilweise zu verneinen sei. Allerdings kann es nach Art. 178 Gegenstand einer besonderen Frage sein: ob der Angeklagte die That im Zustande geminderter Zurechnungsfähigkeit begangen habe? Aber eben so gut kann es, wenn die Hauptfrage z. B. auf doppelt ausgezeichneten Diebstahl gerichtet ist, nach Art. 174 Gegenstand weiterer Fragen sein, ob die That nur mit einer Auszeichnung, oder ob sie nur als Verbrechen der Summe nach begangen worden?, ohne daß die Geschwornen durch die Nichtstellung solcher weiteren Fragen gehindert werden, die wirklich gestellte Frage theilweise zu bejahen und theilweise (nämlich in Ansehung der zur Stellung einer weiteren Frage geeigneten Merkmale) zu verneinen. Weber in diesem noch in jenem Falle kann der Nichtstellung weiterer Fra-

gen die Wirksamkeit eines rechtskräftigen, dem Wahrspruche vorgehenden, die Anwendung des Art. 191 Absatz 2 beschränkenden Zwischenbescheides beigemessen werden.

Auch eine Verletzung des Art. 196, nämlich von Seite des Schwurgerichtshofes, hat der oberste Gerichtshof angenommen, weil

dem von den Geschwornen (durch den unangefragten Zusatz „bei verminderter Zurechnungsfähigkeit“) begangenen Fehler dadurch hätte abgeholfen werden können und sollen; daß der Schwurgerichtspräsident und beziehungsweise der Schwurgerichtshof selbst auf den Grund des Art. 196 des StPG. die Anordnung traf, daß sich die Geschwornen zur Verbesserung des Wahrspruchs von Neuem in das Berathungszimmer zurückziehen . . .

Hiergegen läßt sich einwenden, daß die Voraussetzungen des Art. 196:

„Sollte der Wahrspruch sich als unvollständig oder in sich widersprechend darstellen“

nicht gegeben scheinen. Niemand kann auf den Gedanken kommen, der Zusatz „bei verminderter Zurechnungsfähigkeit“ stehe im Widerspruch mit der Bejahung der Frage. Aber auch von Unvollständigkeit läßt sich nicht reden. Die Geschwornen erklärten, die Angeklagte habe die That nach allen in der Frage bezeichnenden Umständen begangen; jedoch bei verminderter Zurechnungsfähigkeit. In Ansehung keines der Thatumstände, welche in der Frage vorkommen, fehlt eine bestimmte Antwort; in keiner Beziehung ist ein „zu Wenig“ wahrzunehmen. Gegenstand der Beanstandung ist vielmehr der in Betreff der Zurechnungsfähigkeit gemachte, eine theilweise Verneinung der Frage ausdrückende Zusatz, also ein vermeintes „Zu Viel.“ Die Un-

vollſtändigkeit ſoll aber darin liegen, „daß jedenfalls die erforderliche Gewißheit mangelt, wie der Wahrſpruch über die geſtellte Frage ausgefallen wäre, wenn den Geſchwornen bekannt geweſen ſein würde, daß ſie den fraglichen Weiſaß nicht beifügen dürften.“ — Dieſer Gedanke, daß nach Inhalt des Art. 196 vorausgeſetzte „zu Wenig“ in einem vermeinten „zu Viel“ der Antwort zu finden, mag allerdings als Beiſpiel einer ſinnreichen und kühnen Subſumtion der Anerkennung nicht ermangeln; aber man darf wohl das Bedenken hegen, ob nicht eine vom Buchſtaben ſo völlig emanzipirte Geſetzesanwendung über das Maas der dem Richter erlaubten Genialität hinausgehe⁶⁾. Ueberdieß wurde bereits gezeigt, daß die Annahme, die Geſchwornen dürften den fraglichen Weiſaß nicht machen, im Geſetze nicht begründet ſei. Zur Ehre des Geſetzgebers ſei es wiederholt: nichts weniger lag in ſeiner Intention, als die Geſchwornen auf die unfittliche Wahl zwiſchen zwei Wahrſprüchen zu beſchränken, von welchen der eine wie der andere nach ihrer freien Ueberzeugung eine Verletzung der Wahrheit und Gerechtigkeit enthalten würde⁷⁾.

⁶⁾ „Judicem oportet esse potius eruditum quam ingeniosum“ ſagt aco von Verulam in ſeinem „sermo de officio judicis.“

⁷⁾ In einem Ansbacher Schwurgerichtſſalle (1853), gegen einen jugendlichen (jedoch über 16 J. alten) Angeklagten wegen Brandſtiftung zweiten Grades verhandelt, wurde vom Vertheidiger geminderte Zurechnungsfähigkeit behauptet, und darüber eine beſondere Frage beantragt. Der Gerichtshof verwarf den Antrag. Die Geſchwornen beſahen die auf das erwähnte Verbrechen geſtellte Frage ohne eſſaß, legten jedoch eine ſchriftliche Erklärung in die Hände des Vertheidigers: ſie würden eine Zuſatzfrage über geminderte Zurechnungsfähigkeit, wäre ſie geſtellt worden, beſaßt haben. Haben die Geſchwornen in die-

Ohne Gewicht ist der Einwand: die Zulassung unabgefragter Zusätze der fraglichen Art bringe durch eine Hinterpforte das von unserer Gesetzgebung verworfene französische System der „circonstances atténuantes“ zur Geltung. Es waltet hier ein wesentlicher Unterschied ob. Der Begriff der „mildernden Umstände“ des französischen Rechts ermangelt jeder Grenzbestimmung, die Erklärung, es seien im gegebenen Falle solche Umstände vorhanden, geschieht ohne Bezeichnung der hierbei berücksichtigten Modalität des konkreten Falles, es ist daher einem willkürlichen Ermessen der Geschwornen freie Gelegenheit eröffnet. Auch kommt der mildernde Zusatz bei Verbrechen jeder Kategorie vor, bei Diebstahl, Raub, Mord, wie bei Aufruhr, Körperverletzung, Todtschlag u. dgl. Anders verhält es sich mit der Rücksicht „auf geminderte Zurechnungsfähigkeit.“ Hier steht man nicht auf einem Gebiete ohne Grenzbestimmung; der Ausspruch, die That sei im Zustande geminderter Zurechnungsfähigkeit begangen worden, enthält die Erklärung, das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung sei in dem Verbrecher zur Zeit der begangenen That durch mangelhafte Funktion der Sinne oder des Verstandes in erheblichem Grade verdunkelt gewesen; den Geschwornen ist hier keine Gelegenheit zu willkürlichem Ermessen dargeboten, und es geht nicht an, vorauszusehen, daß eine Befugniß der Geschwornen, ohne Veranlassung durch besondere Frage die Zurechnungsfähigkeit für gemindert zu erklären, willkürlich, mit Außerachtlassung der für eine solche Annahme nöthigen Anhaltspunkte, zur Ausübung kommen werde. Ohnehin sind es nur gewisse Kate-

sem Falle Ihrer Pflicht genügt, Ihren Ausspruch nach freier Ueberzeugung gegeben?

gorleen von Verbrechen, bei welchen eine Minderung der Zurechnungsfähigkeit in Frage zu kommen pflegt. Nebst dem kommt zur Erwägung, daß die Möglichkeit des Mißbrauches einer Befugniß keineswegs geeignet ist, die Negirung dieser Befugniß gegen das Ergebniß anderer Erwägungen zu rechtfertigen. Hier von gilt, was Savigny von der Beachtung des inneren Werthes als Auslegungshilfsmittels sagt *): der innere Werth des Resultates sei unter allen Hilfsmitteln das gefährlichste, indem dadurch am leichtesten der Ausleger die Grenzen seines Geschäftes überschreiten und in das Gebiet des Befehlgebers hinüber greifen werde.

Für die Anwendung der bisher entwickelten Sätze macht es keinen Unterschied, ob eine besondere Frage über geminderte Zurechnungsfähigkeit von keiner Seite beantragt, oder ob ein dcsfalliger Antrag vom Schwurgerichtshof verworfen worden. So wenig als aus dieser Verwerfung kann aus jener Unterlassung ein Präjudiz für den Wahrspruch erwachsen. Zuweilen rechnet der Bertheidiger mit Zuversicht auf Erfolg des Freisprechung verlangenden Antrags, und trägt Bedenken, diese Aussicht durch Stellung eines eventuellen Antrags über geminderte Zurechnungsfähigkeit zu gefährden. Aus dem Stillschweigen der Geschwornen läßt sich um so weniger eine Folgerung ziehen, als das Hervortreten mit einem Antrage dieser Art immer einen gewissen Grad von Sicherheit und Gewandtheit voraussetzt, welcher bei den Geschwornen in der Regel nicht gegeben sein dürfte. Auch kann es wohl vorkommen, daß sich die Ansicht, es sei ein Fall geminderter Zurechnungsfähigkeit vorhanden, erst durch die Berathung unter den Geschwornen feststellt. Wie an einem gesetzlichen, fehlt es demzufolge auch an einem natürlichen Grunde, die bisher erörterte Befugniß der

*) System Bd. I S. 225.

Geschwornen von dem Umstande abhängig zu machen, daß die Stellung einer besonderen Frage über geminderte Zurechnungsfähigkeit von Seite des Angeklagten, resp. seines Vertheidigers, oder von Seite eines Geschwornen beantragt war.

Eine mit dem Gegenstande der vorliegenden Erörterung konnexer Frage ist es, ob denn der Präsident befugt sei, die Stellung einer besonderen Frage in Betreff der vertheidigungsweise vorgebrachten Behauptung geminderter Zurechnungsfähigkeit zu verweigern, und ob der darauf Bezug nehmende Antrag des Angeklagten oder Vertheidigers, der von dem Präsidenten entworfenen Frage eine weitere in erwähn-tem Betreff beizufügen, vom Schwurgerichtshofe verworfen werden dürfe? Die Darlegung der Zweifel, welche der Verf. über die Richtigkeit der in der bisherigen Praxis befolgten Auslegung der Art. 174, 175, 177, 178 und 179 hegt, sei einer späteren Betrachtung vorbehalten. Auch angenommen aber, daß fragliche Verweigerungs- und Verwerfungsrecht stehe fest, so ist schon aus dem Standpunkte der Angemessenheit größere Geneigtheit zur Fragenbewilligung zu empfehlen; sei es auch nur, um dem Präsidenten Gelegenheit zu geben, die Geschwornen über die Voraussetzungen der Annahme geminderter Zurechnungsfähigkeit im Sinne des Art. 171 zu belehren. Auch durch geeignete Belehrung über die praktische Bedeutung des Art. 191 würde der Präsident zwar keine ausdrückliche Vorschrift des Art. 171 befolgen, aber eben so wenig der in diesem Artikel ausgeprägten Intention des Gesetzgebers zuwiderhandeln.

Nachschrist. Im Novemberhefte des V. Jahrgangs der Zeitschrift „der Gerichtssaal“ S. 429 Note* erwähnt Mittermaier billigend der Bestimmung des neuen Zürchergesetzes über das Strafverfahren v. 2 Weinmonat Art. 252: „daß die Geschwornen, auch wenn keine Zusatzfrage wegen des mildernden Ge-

sichtspunktes des Versuches oder der Beihilfe gestellt wurde, doch einen Zusatz ihrem Wahrspruche beifügen und den milderen Gesichtspunkt ihrem Wahrspruche der Schuld zum Grunde legen dürfen.“ — Die Beifügung eines Zusatzes solchen Inhalts möchte den bayerischen Geschwornen nach Art. 191 des StPG. v. 10. Nov. 1848 nicht zustehen; das geht über das „theilweise bejahen oder verneinen“ hinaus. Wurde nur eine auf das „Schuldig als Urheber“ gerichtete Frage gestellt, so kann solche von den Geschwornen, nach deren Ueberzeugung der Angeklagte sich nur des Versuches oder der Beihilfe schuldig gemacht, ohne Bedenken einfach verneint werden.

Die Lehre vom privilegierten Gerichtsstand der ehemaligen unmittelbaren Reichsadeligen.

Vgl. Comment. über die GD. Bd. 1 Auf. 2 S. 137.

In §. 14 der I. Beilage zur Wl. ist bestimmt: „den Standesherrn, welche sich ihren Aufenthalt in den zum deutschen Bund gehörenden oder mit demselben in Frieden lebenden Staaten wählen, bleiben alle durch die Königliche Deklaration (vom 19. März 1807) zugestandene Rechte vorbehalten.“

Demzufolge genießen die Glieder von standesherrlichen Familien, welche mit ihren reichsständischen Besitzungen oder einem Theile derselben durch den Mediatisirungs-Akt der Krone Bayern unterworfen worden sind, unter der bezeichneten Voraussetzung ¹⁾

¹⁾ Da der Kriegszustand unter mehreren Staaten nur als ein vorübergehender anzunehmen ist, so läßt sich aus den Worten des §. 14: „oder mit demselben in Frieden lebenden Staaten“ nicht sowohl eine regelmäßige Voraussetzung, als vielmehr nur ein Fall der

den in der IV. Beilage zur III. S. 6 bestimmten privilegirten Gerichtsstand, ohne Rücksicht auf den Umstand, ob sie dem bayerischen Staate auch durch das Indigenat angehören.

Der angeführte §. 14 des Ediktes über das Indigenat spricht nur von den Standesherrn. Wenn in einem Gesetze gewisse Voraussetzungen bezeichnet sind und zugleich eine gewisse rechtliche Folge, so ist man berechtigt, die Folge auf jene im Gesetze angegebenen Voraussetzungen zu beschränken, und demgemäß anzunehmen, daß sie unter anderen Voraussetzungen nicht gelte (*argumentum a contrario*). Hiemit scheint sich die Ansicht zu rechtfertigen, daß die Glieder der ehemals reichsadeligen Familien, welche mit reichsunmittelbaren Besitzungen der Krone unterworfen wurden, eines gleichen Vorrechts nicht genießen, sondern nur als bayerische Unterthanen auf den im §. 11 der V. Beil. zur III. bestimmten privilegirten Gerichtsstand Anspruch haben.

Dagegen kommt aber in Betracht, daß vom *argumentum a contrario* nur in Bezug auf solche Rechtsfragen Gebrauch gemacht werden kann, für welche es an einer sonstigen Norm fehlt. Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. In Tit. V §. 3 der III. ist bestimmt:

„die der Bayerischen Hoheit untergebenen ehemaligen unmittelbaren Reichsadeligen genießen diejenigen Rechte, welche in Gemäßheit der Königlich-Deutschen Deklaration durch die konstitutionellen Edikte ihnen zugesichert werden.“

Nach Lit. A Nr. 1 der Deklaration vom 31. Dez. 1806, auf welche hier Bezug genommen ist, haben

Suspension für die Dauer des Kriegeß abbleiten. Daraus erklärt sich, daß dieser Beschränkung im Kommentar a. a. O. nicht gedacht wurde.

„die Unserer Souveränität unterworfenen Mitglieder der vormaligen Reichsritterschaft diejenigen allgemeinen persönlichen Rechte und Vorzüge zu genießen, deren nach den gegenwärtigen oder künftigen Gesetzen der Adel in Unserer Monarchie sich zu erfreuen hat.“

Wenn hier von „Unterwerfung unter die Souveränität“ gesprochen wird, so ist darunter die Einverleibung von bisher reichsunmittelbaren Besitzungen in den bayerischen Staat verstanden; indem ja Glieder reichsadeliger Familien durch ihren Wohnort schon früher der bayerischen Souveränität unterworfen sein konnten²⁾. Den in jenem Sinne Unterworfenen sind die Vorzüge und Rechte des bayerischen Adels (darunter auch der privilegierte Gerichtsstand) zugesichert, ohne daß die Wirksamkeit dieser Zusicherung von dem Eintritte der Personen in das Verhältniß bayerischer Unterthanen abhängig gemacht wäre. Für diese Auffassung spricht auch Art. 6 derselben Abtheilung der Deklaration von 1806, nach welcher die adeligen Gutsbesitzer nicht gehindert sein sollten, ihr ständiges Domizil außer dem Königreiche (im Gebiete eines befreundeten Staates³⁾) festzusetzen. — Zur Befestigung des Resultates für das geltende Recht dient ferner die Uebereinstimmung mit der Vorschrift der deutschen Bundesakte Art. XIV a. E., so wie solche in der Wiener Schlussakte von 1820 Art. LXIII interpretirt worden ist. „Es liegt der Bundesversammlung ob, auf die genaue und vollständige Erfüllung derjenigen Bestimmungen zu achten, welche der vierzehnte Artikel der Bundesakte in Betreff der mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsstände und des ehemaligen unmittelbaren Reichsadels enthält. Diejenigen Bundesglieder, deren Ländern

²⁾ Vgl. Bönnert deutsches Staatsrecht S. 265, V.

³⁾ Die Fassung der betreffenden Stelle hängt mit den damaligen Rheinbundesverhältnissen zusammen.

die Besizungen derselben einverleibt werden, bleiben gegen den Bund zur unverrückten Aufrechthaltung der durch jene Bestimmungen begründeten staatsrechtlichen Verhältnisse verpflichtet.“

Mittheilung aus der Praxis.

Einforderung der Heimsteuer, während bereits ein Ehescheidungsprozeß unter den Eheleuten schwebt.
Gemeines und Würzburger R.

Der Klage des Ehemannes gegen den Schwiegervater auf Entrichtung eines Heimsteuer-Restes wurde der Einwand entgegengesetzt, unter den Eheleuten sei ein Scheidungsprozeß anhängig, und zufolge der zivilschen den Eheleuten bereits eingetretenen Absonderung könne der Zweck der Heimsteuer, dem Manne zur Bestreitung der ehelichen Lasten zu dienen, nicht mehr erfüllt werden. Dieser Einwand hatte keinen Erfolg; „Angenommen auch, daß der Kläger seiner Ehefrau und seinen Kindern den Unterhalt nicht mehr reiche, so bleibt er doch immerhin gesetzlich hiezu verbunden, und es ist Sache der Frau, ihn zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit geeignet anzuhalten. Die bloße Anhängigkeit des Scheidungsprozesses vermag an den gesetzlichen Rechten und Befugnissen des Mannes nichts zu ändern, und eine allenfallsige Vermögens-Verschlechterung auf Seite desselben begründet für die Ehefrau nach Th. 3 Tit. 101 §. 1 der fränk. Landgerichtsordnung bloß das Recht, ihres Heirathsgutes halber von dem Manne Versicherung oder Kaution zu verlangen, gleichwie in solchem Falle bei anhängigem Scheidungsprozesse die vorhandenen Kinder berechtigt sind, die Grundtheilung zu verlangen. RGD. Th. 3 Tit. 31 §. 15. v. Schelhaff Beiträge zur deutschen Gesetzkunde §. 54.“

DUGG. v. 20. Febr. 1846. Nr. 164⁴³/44.

Red.: J. H. Seuffert. Verl.: Palm. & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Anfall einer Erbschaft an Verschollene. — Einlösungsdrecht. „Vollständige Bezahlung“ im Sinne des Hyp.-Gef. §. 64 Absatz 2. — Vom Nachweis der Verleibungsmittel nach §. 46 Abs. 2 des Hyp.-Gefes. — Verjährungszeit der netto emtl. zur Geltendmachung von Forderungen, welche auch nach dem Adilitischen Erbk. begründet sind. — Satisfaktions-Anspruch der von einem hemanu Geschwächten. —

Ueber den Anfall einer Erbschaft an Verschollene.

§. 1. Eine der Streitfragen des Privatrechtes, welche erst in neuerer Zeit ihrer Lösung näher rückten, betrifft die Fähigkeit abwesender oder vermischter Personen, ihnen angefallene Erbschaften durch ihren Kurator zu erwerben, in so ferne doch zum Anfall selbst die Gewißheit ihres Lebens zur Zeit seines Eintrittes, also gerade ein Umstand gehört, welcher durch ihr Verschwinden und den Abgang aller Kunde über ihr Schicksal in große Ungewißheit versetzt ist. Zwei Systeme stehen sich in diesem Belange scharf gegenüber. Die ältere gemeine Meinung, davon ausgehend, daß das Vermögen des Abwesenden für ihn bis zum Zeitpunkte seines gewissen oder nach Naturgesetzen annehmbaren Todes durch eine verordnete Pflugschaft zu verwalten ist, trägt kein Bedenken, ihn in dieser Zwischenzeit als fortlebend in jeder Beziehung zu betrachten, sein Leben zu vermuthen, und daher ihm selbst, oder für ihn seinem Kurator die Fähigkeit und Befugniß zum Antritte

und überhaupt zum Erwerbe neu angefallener Erbschaften beizulegen, mit der Folge, daß er dieselben später mit seiner eigenen Habe auf seine Nachfolger transmittirt. Die umgekehrte Ansicht, obwohl in der Fürsorge für das wirklich zurückgebliebene Vermögen des Abwesenden nicht minder eifrig, läßt dennoch eine solche Erstreckung nicht zu, erfaßt den Kurator des Abwesenden bloß als einen Güterpfleger, und spricht ihm die Befugniß ab, neu angefallene Erbschaften anzutreten. Diese letztere Lehre, die unsere Blätter schon früher empfahlen (Bd. I, S. 343), scheint in der gemehrrechtlichen Praxis der neueren Zeit die Oberhand erlangt zu haben. Wir wollen versuchen, den Widerstreit beider Ansichten einer kurzen Prüfung zu unterwerfen.

§. 2. Die Lehre des gemeinen Rechtes beschäftigt sich beinahe ausschließlich nur mit der Fürsorge für das wirklich hinterlassene Vermögen des Abwesenden, welches in den Betracht einer eventuell zu vertheilenden Erbschaft gestellt wird; die meisten Partikulargesetzgebungen haben diesen Gesichtskreis nicht überschritten. Im römischen Rechte sehen wir uns vergeblich nach Bestimmungen über die Behandlung des Rücklasses und der übrigen Rechte von Personen um, welche verschwunden sind, ohne daß von ihrem Schicksale eine verlässige Kunde zu erlangen wäre. Die Lehre der C. 4 „de postlim. rev. (8, 51): ejus hereditatem adiri non posse, cujus vita . . . incerta est, liegt wohl tief im Wesen der Sache; aber der weitere Satz: eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis jure acquiri posse, cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur — läßt immer unentschieden, wie die Sache am Ende zu halten sei, wenn eine solche Nachricht ausbleibt oder unmöglich wird. Das ge-

meine Recht, sich an diese Stelle und einige andere anlehnen, betrachtet nun den Abwesenden als fortlebend und nur durch Zufall verhindert, zurückzukehren oder für seine Angelegenheiten selbst zu sorgen; es läßt ihm daher gleich Minderjährigen oder Irtsinnigen einen Kurator bestellen, der sein Vermögen ebenso verwaltet, als hätte er hiezu Vollmacht ertheilt. Da aber dieser Zustand nicht für immer fortbauern kann, so hat der Gerichtsgebrauch mit Rücksicht auf die gewöhnliche Grenze des menschlichen Lebensalters ziemlich willkürlich eine Vermuthung aufgestellt und ihr die Wirkung einer Rechtsvermuthung beigelegt, daß ein Abwesender, der das 70. Jahr seines Lebens zurückgelegt, alsdann billig für gestorben gelten könne. Er wird daher öffentlich vorgeladen, und wenn er, wie gewöhnlich, nicht erscheint, für todt oder für verschollen erklärt, und dann sein Vermögen an diejenigen hinausgegeben, welche am Tage, wo er das 70. Jahr vollendete, seine Erben sind; andere lassen hiefür erst den Tag entscheiden, an dem die gerichtliche Todeserklärung rechtskräftig wird ¹⁾. Man bezeichnet dieses mit dem technischen Ausdrucke einer *successio ex nunc* und widerseht sich der umgekehrten Ansicht, welche die Erben aus der Zeit hernimmt — *ex tunc* —, wo die letzte verlässige Kunde von dem Leben des Abwesenden vorliegt.

Leysen, Sp. 96, med. 9.

Glück, Intestat-Erbfolge §. 2 S. 7.

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik B. I, S. 240.

Kraut, die Vormundschaft nach den Grund-

¹⁾ Die Todeserklärung tritt mit der öffentlichen Verkündung in Wirksamkeit. Eine Rechtskraft im Sinne des Civilprozeßes ist hier nicht gemeint.

fäßen des deutschen Rechts, B. II, §. 63, S. 230 ff.

Heise und Cropp, Abhandl. II, S. 113 ff.

Die deutschen Gesetzbücher und die Partikularstatuten der einzelnen Staaten haben diese Theorie vielfach modifizirt und näher ausgebildet²⁾ Das bayerische Landrecht erwähnt jener Vermuthung (für den Tod des Siebzigjährigen) nicht, sondern verordnet nur Th. I. Kap. 7 §. 39 Nr. 6: „Dafern aber die Abwesenheit so lange dauert, daß man entweder hieraus, oder sonst aus anderen Umständen den Tod wahrscheinlich vermuthen kann, so bedarf es keiner Kuratel mehr, sondern der Abwesende wird für verstorben erklärt, und seine Hinterlassenschaft auf Art und Weise, wie in Sterbfällen gebräuchlich ist, den rechtmäßigen Successoren . . . gegen genügsame Kaution ausgefolgt.“ Weil aber hier wieder unentschieden blieb, wie lange die vorgeschriebene Kaution zu bestehen habe, so wird meistens kaum vermeidlich sein, hiesfür dennoch auf das 70. Jahr zurückzukommen. Immer aber ist bemerkenswerth, daß die Erbschaft den rechtmäßigen Erben zufallen soll, die solches zur Zeit der nur von den Umständen abhängigen Todeserklärung sind, und nicht denen, die nach Ablauf der 70 Jahre ihn beerbt haben würden.

Das preussische Landrecht Th. II. Tit. 18 §§. 823, 828 und 830 läßt die Todeserklärung erst nach Ablauf von 10 Jahren, von der letzten

²⁾ Vgl. beispielsweise die Salzburg. Verord. von 1777 (Bl. Bd. XVI, S. 209). Nach dem Hohenloher Landrechte sollen die Verwandten erben, welche zur Zeit, da der Abwesende hinweggezogen, ihm die nächsten waren. Mittermaler, v. Priv. R. II, §. 448 Note 7. — Heise und Cropp, II, S. 116, Note 3. — Hier findet sich also bereits die successio. ex tunc im deutschen Partikularrechte beinahe.

Nachricht an gerechnet, und für die erst nach ihrem 65. Jahre Verschwundenen schon nach Ablauf von 5 Jahren zu, will aber nach §. 835 bei Bestimmung der alsdann eintretenden gesetzlichen Erbfolge immer auf den Tag gesehen wissen, an welchem das Erkenntniß auf Todeserklärung rechtskräftig wird.

Das österreichische Civilgesetzbuch von 1811 läßt §. 24 den Tod nur von Demjenigen annehmen, dessen Leben 30 Jahre lang unbekannt geblieben, oder der schon früher das achtzigste Jahr zurücklegte. Als Todestag wird auch hier nach §. 278. derjenige angenommen, an dem die Todeserklärung rechtskräftig wurde.

Das französische Civilgesetzbuch und mit ihm das babilische Landrecht, Art. 112 u. ff., lassen statt der Todeserklärung nur eine Verschollenheitserklärung zu, welche frühestens nach fünf Jahren von dem Fehlen aller Nachrichten erfolgen kann. Das Vermögen des Verschollenen fällt dann seinen Präsumtiven erben zu, die solches am Tage seines Verschwindens oder der letzten von seinem Leben erhaltenen sicheren Nachricht waren (Art. 120), jedoch nur gegen Kautio, welche erst nach weiteren dreißig Jahren, als der gewöhnlichen Frist für die erlöschende Verjährung, oder auch schon früher mit dem zurückgelegten hundertsten Lebensjahre des Verschollenen erlischt. Hier findet sich also bereits die wichtige Abweichung einer f. g. Beerbung ex tunc, weil die nach Art. 120 in den einstweiligen Besitz der Erbschaft gekommenen Erben dieselbe behalten, wenn sich in der Folge ein späterer Todestag nicht ermitteln läßt. (Art. 130 und 131.)

§. 3. Es kann unsere Absicht nicht sein, bei diesem Zwiespalte der Ansichten die wichtige Frage hier in Angriff zu nehmen, was das Natürlichere, und was das rationell Gerechte sei, ob die Ver-
setzung des Todesfalles auf die letzte sichere Kunde

von dem Leben, — oder auf den Zeitpunkt, in welchem das hohe Alter des Vermissten; sein Schweigen auf die ergangenen Ladungen, und andere Umstände mit Sicherheit annehmen lassen, daß er nicht mehr lebe, sein Tod also einer unbekannten Vergangenheit angehöre. Wir müssen vielmehr die Lehre des gemeinen Rechtes unbeanstandet hinnehmen, wonach der Tag des zurückgelegten 70. Lebensjahres oder jeder andere, an welchem nach Partikularstatuten die Todeserklärung rechtskräftig wird, als der wirkliche Todestag für die Bestimmung der Erbfolge gilt, wonach bei dem finsternen Umhertappen in unerforschlichen Thatumständen gewissermaßen das Gesetz selbst und die in ihm begriffene Rechtsvermuthung oder das von ihm zugelassene Urtheil zum Werkzeuge der geheimnißvollen Parze werden, der es gegeben ist, den Lebensfaden eines Menschen abzuschneiden. Wir wenden uns vielmehr sogleich der weiteren Frage zu, ob die rechtliche Nothwendigkeit, den Todestag eines Verschwundenen behufs der Verfügung über seinen Rücklaß und sein wirklich besessenes Vermögen in Folge der gemeinrechtlichen Observanz auf das zurückgelegte 70. Lebensjahr, oder nach besonderen Gesetzen auf irgend einen anderen Tag, oder die Rechtskraft eines den Tod erklärenden Erkenntnisses anzunehmen, — ob diese Nothwendigkeit auch von selbst und naturgemäß zu der weiteren Folge hinführe, das Leben eines solchen Menschen müsse auch in anderer und jeder Beziehung als bis zu jenem Tage fortbauernb angenommen werden, ob insbesondere sein Vermögen sich in diesem unsicheren Zwischenraume noch durch Anfall und Erwerb von Erbschaften oder Vermächtnissen zu erweitern vermöge, ob mit seinem zurückgelassenen Rechtsbesitze auch seine Intestat- und Notherbrechte fortwähren, seine ganze Erbfähigkeit als ein grüner Zweig jenes Stammes fortsprosse?

In der Beantwortung dieser Frage verlassen uns die römischen Gesetzstellen und beinahe alle neueren Partikularstatute, — verläßt uns sogar die ältere Doktrin, so häufig auch der Fall sich zur Entscheidung dargeboten haben muß. Nach den Sitten und Gewohnheiten des älteren deutschen Rechtes wurde ein Abwesender bei der Auseinandersetzung einer Erbschaft nicht berücksichtigt und so lange als todt behandelt, bis er wieder erschien. Die Erbschaft oder der Erbtheil, welche ihm, wenn er zugegen gewesen, zugefallen wären, gingen gleich auf die nächsten Erben nach ihm über oder fielen seinen Miterben an, die nur das Empfangene, wenn er binnen einer bestimmten Zeit sich noch zur Erbschaft meldete, an ihn herauszugeben brauchten ³⁾.

In einigen Gegenden Deutschlands erhielt sich dieser Grundsatz noch lange nach Einführung des römischen Rechtes und bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts. So konnten nach einer holsteinischen Verordnung von 1740, wenn ein Erbe abwesend war, die sonstigen nächsten Erben des Verstorbenen die ihm zugefallene Erbschaft gegen Kauzation sich ausliefern lassen und dieselbe behalten, wenn der Abwesende innerhalb 30 Jahren sich nicht melden würde. Erst durch eine spätere Verordnung von 1798 wurde dieses wieder abgeändert ⁴⁾.

Allein der Einfluß des römischen Rechtes, obwohl hierüber stillschweigend, machte sich dennoch bald auch auf diese Lehre geltend; seit der Einführung desselben und bei der so nahe liegenden Versuchung, den curator absentis als eine fingirte vollständige Personifikation des Abwesenden zu betrachten, fand allmählig die Meinung Eingang und

³⁾ Kraut, a. a. O. II, §. 223, 228 und 253 §. 66.

⁴⁾ Kraut, a. a. O. §. 254, Note 1.

würde vorherrschend, so gut der Kurator das wirkliche Vermögen des Abwesenden verwalte, mit gleichem Rechte könne er auch neue Anfälle an sich ziehen und deren Einverleibung in jenes Vermögen erstreben. Eine positive Ausprägung erhielt diese Lehre zuerst im preuß. Landrechte, wo es I, 1 §. 38 heißt:

Kommt es aber darauf an, ob Jemand einen gewissen Erb- oder anderen Anfall noch erlebt habe, so wird vermuthet, daß ein Mensch, von dessen Leben oder Tode keine Nachricht zu erhalten ist, nur sebzengig Jahre alt geworden sei.

In Uebereinstimmung hiemit findet sich weiter unten — I, 9 §. 469 verordnet:

Der Kurator (des Abwesenden) muß wegen Antretung der (demselben angefallenen) Erbschaft und Verwaltung derselben die den Vormündern überhaupt vorgeschriebenen Pflichten beobachten.

Vergl. auch noch RN. II, 18 §. 832.

In Frankreich hat die Rechtsgeschichte auf derselben Grundlage merkwürdiger Weise den umgekehrten Gang genommen. In älteren Zeiten bestand die Vermuthung, der Abwesende, von dem man keine Nachricht mehr erlangt, sei 100 Jahre alt geworden; bis dahin konnte man in seinem Namen und für sein Vermögen alle ihm angefallenen Erbschaften und Vermächtnisse ganz ebenso erwerben, als wäre er gegenwärtig. Ein Urtheil des Pariser Parlaments von 1634, in feierlicher Sitzung erlassen, führte einen Umschlag der Jurisprudenz herbei. Von dort an wurde angenommen, der Abwesende könne bei der Ungewißheit über sein Schicksal weder als lebend, noch als todt vermuthet werden; Derjenige, der ein Interesse habe, ihn in den einen oder den anderen Fall zu versetzen, müsse solches erst beweisen. Diese Jurisprudenz wurde durch eine große Anzahl von Erkenntnissen bekräftigt und ging dann auch in das System des

Code Nap. über⁵⁾. Derselbe hat die Wirkungen der Abwesenheit in Bezug auf das schon besessene Vermögen des Verschollenen und in Bezug auf in Aussicht stehende Ansprüche, die ihm zugefallen sein können, — dann für den Fortbestand seiner Ehe, in drei verschiedenen Abschnitten gesondert behandelt (Art. 120 — 140). Ueber den zweiten Punkt finden sich hier folgende Bestimmungen, welche gewiß gleich auf den ersten Anblick das Rechtsgefühl lebhaft anregen:

Art. 135. Wer immer ein Recht in Anspruch nimmt, das einer Person angefallen wäre, deren Dasein nicht anerkannt ist, muß den Beweis liefern, daß die Person in dem Zeitpunkte noch lebte, in welchem ihr jenes Recht eröffnet wurde; bis zur Herstellung dieses Beweises ist sein Begehren als ungerechtfertigt zurückzuweisen.

Art. 136. Wird eine Erbschaft eröffnet, wozu Jemand berufen ist, dessen Dasein nicht anerkannt ist, so fällt der Nachlaß ausschließlich auf diejenigen, mit welchen er die Erbschaft zu theilen gehabt hätte, oder die dazu gelangt sein würden, wenn er nicht wäre⁶⁾.

Nach dem folgenden Art. 137 soll jedoch dieser Ausschluß der Erbschaftsklage des zurückkommenden Abwesenden oder seiner Rechtsfolger vor Ablauf der gewöhnlichen Verjährungsfrist nicht im Wege stehen; nur verbleiben dem Besitzer in diesem Falle nach Art. 138 die von ihm in gutem Glauben gezogenen Früchte der Zwischenzeit.

⁵⁾ Locré, Legislation Tom. IV p. 178. — Erf. des Kassationsh. v. 16. Dez. 1807 — Sirey 8—1, 253.

⁶⁾ Als diese zwei Art. im französischen Staatsrathe zur Berathung kamen, machte der erste Consul wirklich den Einwurf, ob es nicht besser sei, von den Mit- oder Nacherben, die für den Abwesenden eintreten wollten, erst den Beweis zu verlangen, daß derselbe auch verstorben sei; der Staatsrath Tronchet und der Justizminister beschwichtigten aber dieses Bedenken schnell durch die Hinweisung auf die oben erzählte Geschichte dieser Lehre. Locré, a. a. O. IV, S. 98.

Die vorstehenden Bestimmungen des französischen Civilgesetzbuches sind von da mit in das badische Landrecht übergegangen ¹⁾ und haben auch auf dem Boden des gemeinen deutschen Privatrechts lebhafteste Anklänge erweckt, sichtbare Früchte getragen. Hierauf hatten sie um so mehr Anspruch, als dieselben der Sache nach, wie oben bemerkt, nur einen Grundsatz des älteren deutschen Rechts wiedergeben und als *raison écrite* aus einer Anwendung höher liegender Grundsätze von selbst fließen. Ein Aufsatz in Heise und Cropp's Abhandlungen — Bd. II, S. 142 — von der einem Verschollenen vor erfolgter Todeserklärung besetzten Erbschaft — hat jene Sätze in der Theorie des deutschen Rechts gründlich entwickelt und vertheidigt; — Pfeiffer's praktische Ausführungen Bd. IV, S. 360 haben sich dieser Meinung angeschlossen; welchen weit gewichtigeren Stützpunkt dieselbe in der neueren Praxis der deutschen obersten Gerichtshöfe findet, wird unten im §. 10 noch zur Sprache kommen.

Es wird nicht schwer fallen, den Gründen für diese Meinung das entschiedene Uebergewicht zu vindiciren; die vorzüglichste Stärke derselben scheint in einer prüfenden Beleuchtung desjenigen zu bestehen, was man auf der anderen Seite für die ältere Ansicht anführt, die jenen Unterschied zwischen wirklichem Vermögen und bloßen Erbhoffnungen übersah, oder verläugnen zu wollen sich das Ansehen gab.

§. 4. Man hat, um den Erwerb neuer Erbschaften für Landes=Abwesende auszuschließen, sich

¹⁾ Das badische Landrecht gibt sich den Schein, die Tragweite dieser Bestimmungen nicht ganz zu erfassen, indem es den Art. 135 übersetzt: Wer ein eigenes Recht . . . Hiernach würde der Kurator des Abwesenden immer noch dem Anfall greifen können, nur die Erben und Gläubiger desselben davon ausgeschlossen bleiben,

zunächst auf den Satz des fr. 90 pr. de acquir. vel omitt. her. (29, 2) berufen, wo es heißt: per curatorem hereditatem acquiri non posse. Man bemerkte, der curator absentis sei ein bloßer Güterpfleger, dem als solchem der Antritt einer Erbschaft nicht zustehe.

Vergl. unsere Zeitschrift Bd. X, S. 236, Seuffert's Archiv Bd. III, Nr. 185.

Dieser Grund ist geeignet, über den wahren Standpunkt zur Auffassung der Frage leicht irre zu führen. Daran festhaltend bliebe der Erwerb immer noch offen für den heres necessarius, der eines Erbschaftsantrittes nicht bedarf, — für Vermächtnisse; von denen dasselbe gilt, und für alle Erben nach jenen Gesetzgebungen, welche, wie das preuß. R. I, 9 §§. 367 und 368 die eröffnete Erbschaft unmittelbar, ohne Dazwischenkunft eines förmlichen Antrittes, auf den berufenen Erben übergehen lassen, nach dem Grundsatz des französischen Rechtes: le mort saisit le vif. Der Kurator eines Abwesenden ist offenbar sein Stellvertreter für dessen ganze Rechtsphäre, er soll wegen der Verhinderung des Abwesenden, selbst zu handeln, dasjenige vornehmen, was dieser gethan hätte, wenn er gegenwärtig gewesen. Nun ist gewiß nichts natürlicher, als daß der Abwesende, wäre er zugegen, eine ihm angefallene reiche Erbschaft antreten hätte, warum soll sein Vermögenspfleger nicht eben so gut hiezu ermächtigt sein? Angenommen, man wüßte, der Abwesende lebt in feindlicher Gefangenschaft oder in fremder Sklaverei, würde man bezweifeln, daß sein Kurator, gleich dem eines Minderjährigen oder eines Unsinigen, die Erbschaft antreten könne? Warum also nur dann nicht, wenn Leben und Aufenthalt völlig unbekannt sind? Jener Satz des römischen Rechtes ist längst als eine veraltete Eigenthümlichkeit desselben anerkannt, wie das Handeln des Pupillen unter dem Ansehen des Vormundes —

tutore auctore. Wir glauben daher, die ganze Frage müsse, um richtig erfaßt zu werden, auf den Anfall der Erbschaft und dessen Bedingnisse zurückgeführt werden, als einen nothwendigen Präjudizialpunkt, um jeden Erwerb, selbst den des suus heres oder den des Vermächtnisses, möglich zu machen.

§. 5. Jeder Anfall eines Erbgesetzes, sei es unter dem Titel der Erbschaft oder des Legates, setzt immer voraus, daß der Nachfolger den Erblasser überlebe. Dieser Satz wurzelt tief im Geiste des römischen —, wie des preuß. Landrechtes, — das franz. Civ.-Ges.-Buch Art. 725, und das österreichische §. 536 haben ihn ausdrücklich aufgestellt. Nun ist unbestreitbar durch die lange Abwesenheit eines Menschen von seiner Heimath, die unterbliebene Rückkehr, den Mangel aller Nachrichten von ihm, über sein Leben und Dasein eine große Ungewißheit eingetreten: Gehört nun zu dem Anfalle und Erwerbe der Erbschaft für ihn und seine Rechtssphäre überhaupt die Gewißheit seines Ueberlebens, also seines Lebens an einem bestimmten Tage, so muß Derjenige, der auf diesen Umstand den Erwerb der Erbschaft für den Vermissten stützt, sei er nun Kurator, oder selbst wieder Präsumtiverbe, denselben erst beweisen, wie Jeder, der sein Recht von einer bestimmten, aber ungewissen Thatsache herleitet, weil Thatsachen nicht vermuthet werden. C. 23 de probat. (4, 19) cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. Bayr. GD. IX §. 1. „Der Kläger sowohl, als der Beklagte muß den Grund seiner Klage oder Einrede beweisen.“ — Preuß. RN. I, 9 §§. 482—484.

Dieser Ibeengang ist so einfach und natürlich, daß es anfangs schwer fällt, zu begreifen, wie man nur daran zweifeln könne. Und dennoch wurden ihm bisher die größten Bedenklichkeiten in den Weg gelegt.

Die Gegner stützen ihre abweichende Meinung vorzugsweise auf denselben Satz: *factum non praesumitur*; daher muß das Leben eines Menschen, der erben will, einmal gewiß sein. Ist es aber gewiß, so bildet es einen Zustand, dessen Fortdauer vermuthet wird, bis ein anderes Ereigniß, der eingetretene Tod, ihm eine bestimmte Grenze gesetzt hat. — (Vgl. Holzschuher, *Theorie und Kasuistik*, Bd. I, S. 239, zu 7) — Dieser Tod bildet daher eine neue ungewisse Thatsache für Den, welcher jenen Erb-anfall bestreitet, indem der Kurator es ist, der das Ende des Lebens nur leugnet. Hier ist also der Tod als das neue Factum nicht zu vermuthen, was von selbst zur Vermuthung des fortdauernden Lebens hinführt. Man sagt ferner: Ein Mensch kann in den Augen des Gesetzes doch nicht zugleich lebendig und todt sein; läßt ihn nun das gemeine Recht vermöge einer mit dem Ansehen einer Rechtsvermuthung bekleideten Observanz bis zum siebenzigsten Lebensjahre, — oder ein Partikularstatut bis zur Rechtskraft des Verschollenheitsbekenntnisses leben, — so „folgt hieraus wieder natürlich von selbst, daß, solange dieser Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist, alle Erbschaften und Vermächtnisse, die ihm, wenn er wirklich noch lebte, angefallen wären, auch ihm, ungeachtet seiner Verschollenheit, als angefallen betrachtet werden müssen.“

Siehe Kraut's „*Vormundschaft*“, Bd. II, S. 255 — Bl. f. Nr. XVI, S. 216 Note 16.

Die Bemerkung: „Die Fortdauer des Lebens wird vermuthet“ — ist eigentlich nicht das rechte Wort, um diese Meinung auszudrücken, — denn Niemand glaubt im Ernste an diese Vermuthung, — man wollte oder sollte vielmehr sagen: wenn das Leben eine gegebene Thatsache ist, so fehlt es nach den Regeln der Logik an einem zureichenden Grunde, seine Endigung durch den Tod als ein neues Factum

anzunehmen; die richterliche Ueberzeugung findet sich daher nach den Regeln der formalen Wahrheit unter dem Eindrucke einer Nöthigung, die Fortdauer des Lebens als eine Folgerung anzuerkennen.

Nur das ängstliche Festhalten an den erstarrten Regeln einer engherzigen Dialektik ist es daher, was früher den freien Aufschwung zu einer verständigeren und naturwüchsigten Erfassung der Frage zurückhielt; man wollte, ohne selbstständiges Denken, mit Vermuthungen und Schlußfolgerungen, wie mit den Figuren auf den Feldern eines Schachbrettes, regelrecht hin und her ziehen und glaubte so die Erkenntniß der Wahrheit, in die Herrschaft gewisser Formeln gehannt, erfassen zu müssen. Wir halten dafür, dieses Hinderniß werde dem tieferen Nachdenken leicht überwindlich sein.

(Fortsetzung folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Einfösungsrecht. „Vollständige Bezahlung“ im Sinne des Hyp.-Ges. §. 64 Abs. 3.

Im §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Gesetzes vom 1. Juni 1822 ist bestimmt:

„In Ansehung des Einfösungsrechtes hat der neuere Hypothekgläubiger vor dem älteren, jedoch nur gegen dessen vollständige Bezahlung, den Vorzug.“

Die Motive einer oberichterlichen Entscheidung sagen hierüber: Diese dem jüngeren, das Einfösungsrecht geltendmachenden Hypothekgläubiger gegenüber dem älteren obliegende Verbindlichkeit der vollständigen Befriedigung kann sich nur auf die prioritätsurtheilsmäßigen Ansprüche, nur auf die privi-

legirten nach §. 16 der Prioritätsordnung in die II. Klasse zu lozirenden, nicht aber auf die älteren Zinsrückstände und die Kosten erstrecken. — Zu den ersteren, welche vom jüngeren, den fraglichen Vorzug in Anspruch nehmenden Hypothetgläubiger zu berichtigen sind, gehören aber gemäß Analogie des §. 68 des Hyp.-Ges. auch die von Zeit des Ausschreibens der Zwangsversteigerung bis zur Abtragung des Kapitals weiter verfallenden Zinsen.

Erk. des O. zu Freising vom 4. Mai 1853 in Sachen v. Roglster und Genossen w. Freuen, Hypothekzinsen betr. Sp.

2.

Vom Nachweis der Befriedigungsmittel nach §. 64 Abs. 2 des Hyp.-Gesetzes.

Beim Eintreten des in Absatz 3 des §. 64 des Hyp.-Ges. vorgesehenen Falles hat durch den jüngeren Hypothetgläubiger die vollständige Befriedigung des älteren dann zu erfolgen, wenn dieser das Einlösungsrecht gleichfalls und zwar rechtzeitig geltend gemacht, zugleich aber auch die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachgewiesen hat. In einem gegebenen Falle wurde ein gerichtliches Vermögens-Attestat für genügend zu Eröringung dieses Nachweises erachtet.

Erk. des O. zu Freising vom 4. Mai 1853 in S. v. Roglster und Genossen w. Freuen. Sp.

3.

Verjährungszeit der actio emti zur Geltendmachung von Forderungen, welche auch nach dem ädilitischen Edikte begründet sind.

Vgl. Bb. XI S. 369 ff.

Wenn gleich in einem Falle, der unter die Vorschriften des ädilitischen Ediktes fällt, auch die Kontraktklage (actio emti) angestellt sein könnte, und

in der gegebenen Rechtsache als angestellt zu betrachten ist, so muß doch in Beziehung auf deren rechtliche Wirkungen und namentlich die Verjährung alles Dasjenige in Anwendung kommen, was das Gesetz von der entsprechenden äbilitischen Klage vorschreibt; weil erstere (*actio emti*), wenn z. B. eine bloße Preisminderung wegen eines Mangels an der verkauften Sache verlangt wird, von selbst die Natur der letzteren annimmt und daher aus einer perpetuirlichen Klage eine *actio temporalis* wird. Kreittmahr in den Anmerk. zum Bayer. M. Th. IV Kap. 3 §. 25 Nr. 12 Lit. d. ¹⁾)

M. G. v. 30. Dez. 1852 in S. Dänkl w. Deimer.
Sp.

4.

Satlsaklons-Anspruch der von einem Ehemann Geschwächten.

Man wird der von dem Ehemann einer anderen Frauensperson Geschwächten das Recht auf Entschädigung Seitens des Defloranten nur dann absprechen dürfen, wenn sie zu der Zeit, wo sie mit demselben fleischlichen Umgang gepflogen, gewußt hat, daß derselbe verheirathet sei, indem bloß unter dieser Voraussetzung sie eines strafbaren Ehebruchs beschuldigt werden könnte, und nur in dieser ihrer eigenen Verschuldung, nicht aber schon in dem ehelichen Stande des Stuprators an sich ein ausreichender Grund zu finden ist, diejenigen rechtlichen Ansprüche auszuschließen, welche nach anerkannter Praxis aus dem Stuprum für die Geschwächte erwachsen.

Erf. des M. G. zu Lübeck v. 19. Mai 1851
Hamburg. Samml. Bd. 2 S. 500.

¹⁾ In der fraglichen Rechtsache war zunächst das bayerische Landrecht in Anwendung zu bringen, welches sich aber über die obige Frage nicht ausdrückt.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalts: Ueber den Anfall einer Erbschaft an Verschollene. — Nöthungs-Nacht
wels durch hypothekenamtliches Attestat. — Infirmität durch die Pest. —
Tempus utilis. — Ursache der klagbegründenden Thatumstände.

Ueber den Anfall einer Erbschaft an Verschollene.

(Fortsetzung.)

§. 6. Um eine Vermuthung mit dem Ansehen einer Rechtsvermuthung bekleiden zu können, ist eine gesetzliche Vorschrift (oder eine andere Norm von gleicher Auktorität) erforderlich; eine solche fehlt aber in Bezug auf das Fortleben eines Menschen, bis er 70 Jahre alt geworden. Zwar hat der Gerichtsgebrauch eine hierauf bezügliche Annahme allmählig eingeführt und zur Observanz erhoben; daß er aber solche bisher gleichförmig auch auf den Erwerb neuer Erbschaften erstreckt habe, dürfte sich nur schwer beweisen lassen; eine gemeine Meinung kann noch nicht für ein Gewohnheitsrecht gelten.

Wenn aber auch, gleichwie jene Gewohnheit das zurückgelegte 70te Lebensjahr, so ein Partikular-Gesetz einen gewissen Tag bestimmt hat, an welchem über das Vermögen eines Verschollenen zum Vortheile seiner Erben verfügt werden kann, ganz eben so, als wäre er an demselben gestorben, wenn daher in diesem Belange die Vermuthung für das Leben rechtlich begründet ist, so folgt hieraus bei

weitem noch nicht von selbst, daß ihm und seiner Vermögensmasse bis zu diesem Zeitpunkte auch alle Erbschaften und Vermächtnisse eben so zufallen müssen, als wäre er gegenwärtig, oder sein Leben sonst gewiß; einer solchen Konsequenz widersetzen sich vielmehr die triftigsten Gründe. Ist durch die anhaltende und auf einfache Weise nicht erklärbare Abwesenheit eines Menschen über sein Leben oder seinen Tod einmal jene Ungewißheit eingetreten, welche eine richterliche Ladung und Forschung hierüber nöthig macht, so kann weder für die eine, noch die andere Voraussetzung mehr eine Vermuthung streiten; den wahren Ausgangspunkt bildet vielmehr für jeden Anspruch, der sich erst daran anknüpfen muß, immer die Negative, nach dem Grundsatz des fr. 2 de prob. (22, 3) *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*^{*)}. Nichts kann daher im Wege stehen, an demselben Tage von der Voraussetzung des Lebens und des Todes eines Menschen in der Vertheilung der Beweislast auszugehen, in so ferne von dem einen oder anderen dieser Umstände die Begründung eines aufgestellten Rechtes oder die Veränderung des bisherigen Rechtszustandes abhängig ist. Der nächste Erbe, der sich die Hinterlassenschaft eines Abwesenden überweisen sehen will, muß immer behaupten und darlegen, daß derselbe bereits gestorben sei, — dieser Punkt gehört wesentlich zum Grunde seines Begehrens, — und solches zu erbringen vermag er nicht, so lange die durch die Abwesenheit entstandene Ungewißheit fortwährt. Daher wird auch der bisherige Zustand der Kuratel von selbst fortbauern müssen.

*) Mit dieser Stelle des römischen Rechts werden noch jetzt die Art. 135 — 138 des Codo Nup. mäßig vergl. Boileux, Comment. I. §. 75. Toullier, Droit Civ. §§. 473 und 474 — I. §. 143.

Für den Abwesenden aber oder seinen Curator oder, was den vorzüglichsten Bedacht verdient, seine eigenen Präsumtiv-Erben oder Gläubiger, welche eine demselben angefallene Erbschaft erwerben, an sich ziehen wollen, gehört dagegen zur Begründung ihres Verlangens eben so unerlässlich die Gewißheit, daß derselbe den Erblasser überlebt habe. Können sie diese nicht herstellen, so müssen sie ausgeschlossen bleiben; der Grundsatz: *factum non praesumitur* findet in dem ersten Falle auf den Tod, in dem zweiten auf das Leben oder Fortleben gleich gut seine Anwendung, je nachdem die eine oder die andere Voraussetzung die unerlässliche Grundlage gewisser davon hergeleiteter Rechte bildet. Auch ist es durchaus natürlich und tief im Wesen der Sache gegründet, daß die Gesetze der Erhaltung des eigenen Vermögens einer Person eine weit gründlichere Fürsorge zuwenden als der um sich greifenden Erweiterung desselben durch neue Anfälle, wenn die letzteren auf einer so schwankenden Grundlage beruhen, wie das muthmaßliche Fortleben eines Verschollenen ist. Im ersten Falle findet sich ein gegebenes wirkliches und körperliches Recht, im zweiten das ungebundene Element einer bloßen Erbhoffnung, — dort ein volkender, hier ein bloß bedingter Erwerb, nur die in der Schwebe hängende Aussicht eines solchen; — dort steht ein Behalten, hier ein noch bedingtes Verlangen in Frage, dort die Vertheidigung des eigenen Besitzes, hier der neue Zugriff auf ein fremdes Gut, mit der Folge, den nächst Verufenen, dessen Anwartschaft doch nicht minder Schutz verdient, und der sein Leben aufweist, dadurch auf die Seite zu drücken; — dort hat die Annahme, der Abwesende werde, wenn über das 70te Jahr hinaus, bereits verstorben sein, noch eine vernünftige Bedeutung, hier ist der Schluß, daß er folglich auch so lange

fortgelebt und dann an seinem 70ten Geburtstage⁹⁾ Alters gestorben sei, völlig sinnlos⁹⁾).

Es wird schwer fallen, diesen wesentlichen Unterschied zu verkennen oder verleugnen zu wollen; daß tiefere Eindringen in das Wesen der Sache muß sich daher ganz entschieden gegen jene Gleichstellung beider Fälle und gegen den Satz sträuben: „hieraus folgt von selbst, daß der Anfall neuer Erbschaften bis zum nämlichen Zeitpunkte unaufgehalten fortgeht.“ Gerade umgekehrt werden vielmehr die vorstehenden Vergleichen zum Schlusse hinführen: Wenn gleich das gemeine Recht das 70te Lebensjahr, — ein Landes- und Partikularstatut einen anderen Zeitpunkt, oder die Rechtskraft eines Urtheiles als solchen aufgestellt haben, an den sich die Rechtsvermutung des eingetretenen Todes einer Person bezieht,

⁹⁾ Schon Dycker bemerkte in demselben Sinne: „Es folgt nicht, post effluxum 70 annorum kann ein Auswärtiger nicht mehr am Leben sein, ergo: ist er in dem 70ten Jahre gestorben.“ Kraut a. a. O. S. 256, N. 6. — Auch Schweppe's röm. Privat-Recht §. 61 sagt in gleichem Sinne: „Auch wenn Jemand verschollen ist, hat das röm. Recht keine Vermuthung für das Verstorbensein, als höchstens nach zurückgelegtem 100. Jahre, aber wohl der Gerichtsgebrauch wegen einer Stelle der Bibel nach dem 70ten Jahre; woraus sich aber keineswegs umgekehrt die Vermuthung ableiten läßt, daß der Verschollene bis dahin noch gelebt habe. — Siehe auch v. Bethmann-Hollweg, Verf. über den Erb.-Proc. S. 317. „Mit faktischen Zuständen ist es anderß. Deren Fortdauer kann aus allgemeinen Gründen nicht präsumirt werden, abgesehen auch dieses häufig behauptet worden ist; vielmehr muß, wenn das Recht des Klägers von einem solchen Zustande abhängig ist, dessen Fortdauer bis zum gegenwärtigen Augenblicke dargethan werden. Bollen, verm. Jurid. Auff. I. S. 89.

lich der Verfügung über ihr eigenes Vermögen gesetzt, so folgt hieraus allein, wegen Ungleichheit des Grundes, noch nichts für den bis dahin zulässigen Erwerb anfälliger Erbschaften zu seinem Vortheile; diese Frage bleibt noch immer eine offene, nicht einmal von einer Analogie berührte, die ihre Entscheidung nur in der freien Anwendung allgemeiner Rechts- und Prozeßgrundsätze zu suchen hat. Die zweischneidige Weise jenes Gerichtsgebrauches, von der das Ober-Tribunal in Berlin spricht (Seuffert's Archiv III. S. 329), scheint nur in einer einseitigen Auffassung zu beruhen, welche zu ehren kein Rechtsgrund verpflichtet. Anders wäre die Sache natürlich nur dann, wenn dieser Anfall durch ein Gesetz ausdrücklich vorgesehen und verordnet ist, wie z. B. im preussischen Landrechte oder nach Kraut a. a. O. II. S. 258, Note 11 im Erbrechte der Stadt Mühlhausen der Fall war. Ist aber der innere Zusammenhang beider Fälle einmal aufgelöst, sind dieselben durch die Einsicht, daß ihrer gleichen Behandlung ein gemeinschaftlicher Grund fehle, von einander abgesondert, so wird wenig mehr zur Unterstützung jener Ansicht übrig bleiben, welche die Erbansfälle an Abwesende ihren ungestörten Fortgang nehmen läßt.

§. 7. Die Vertheidiger der gegentheiligen Meinung stützen sich auch vorzugsweise auf den Beweggrund einer humanen und wohlthätigen Fürsorge für die Interessen eines Abwesenden, der präsumtiv, wie der Minderjährige oder Irtsinnige, seine Angelegenheiten selbst zu überwachen, verhindert sei. — eine Fürsorge, welche seine ganze Rechtssphäre umfasse und gewiß eher zu begünstigen, als einzuschränken sei. Aus eben diesem Grunde scheint auch unter den Neueren Kraut, von seinem eingenommenen Standpunkte aus, das Vormundschaftsrecht zu geben, jene Ansicht in Schutz zu nehmen.

Dieser Grund ist sehr verführerisch, weil er darauf ausgeht, dem Herzen einige Anflänge des Mitgeföhls abzugewinnen; er wird sich indessen leicht auf sein wahres Gewicht zurückführen lassen.

Die Interessen des Abwesenden sind bei solchen Anfällen entweder niemals, oder doch nur äußerst selten im Spiele; denn die Erfahrung lehrt, daß er nie zurückkommt, nicht einmal Kinder von ihm auftreten. Aber unter dem Vorwande dieser Fürsorge wird ein ganz fremdartiges Interesse gefördert, daß der präsumtiven Nachfolger des Abwesenden nämlich, die sich häufig jener Vermuthung als der Brücke für ein ihnen doch nicht zustehendes Transmissionsrecht bedienen und sich zwischen den Abwesenden und die hinter ihm stehenden Mit- oder Nacherben in die Mitte drängen¹⁰⁾. Daß materielle Ergebnis jener Vermuthung ist daher nicht etwa, wie man glauben könnte, ein bloßer Aufschub von Rechten unbestrittener Erben, ein Anwachsen der Früchte, um seiner Zeit dem wahrhaft Berechtigten zum ungeschmälerkten Besitze dessen zu verhehlen, was ihm gebührt, ein Damm gegen die Ungeduld von Erben, die nach dem Genuße der Erbschaft lästern sind, — sondern es ist vielmehr durch das eingeschobene Transmissionsrecht eine mit nichts zu rechtfertigende Verrückung des Erbanges zum unüberbringlichen Nachtheile der Mit- oder Nacherben des Vermissten, denen die Erbschaft bei seinem Ausfalle hätte zu Theil werden müssen. Die gesetzliche Fürsorge für hilfsbedürftige Personen ist aber immer nur eine höchst persönliche, die über ihre eigene Betheiligung nicht hinausgreifen darf; aus eben die-

10) Dieses war insbesondere in den beiden Sachen der Fall, welche durch die B. XVIII. S. 406 bemerkten Erkenntnisse des OAO. in München von 1836 und 1852 ihre Erledigung fanden.

sein Grunde wird das Leben einer Leibesfrucht immer nur in so weit berücksichtigt, als es den Vortheil des nasciturus bezieht, nie aber zum Nutzen Anderer. fr. 7 de Statu hom. (1, 5) — fr. 231 de V. S. (50, 16). Wenn der Kurator auch berufen ist, nicht bloß die Güter, sondern alle Vermögens-Interessen des Abwesenden zu vertreten, so steht ihm entschieden nicht zu, nützliche Geschäfte für dessen Erben und Nachfolger zu führen, wozu dieselben gar keinen Auftrag ertheilen könnten.

Darum soll aber die Einwirkung des Pflegers eines Abwesenden auf solche Erbanfälle nicht völlig ausgeschlossen sein. Er hat darüber zu wachen, daß durch öffentliche Vorladungen und eine möglichste Verbreitung derselben, durch geräumige Termine dem Abwesenden Gelegenheit gegeben werde, sich um den Erwerb zu melden, er hat in der Zwischenzeit provisorische Maßregeln zur Erhaltung des angefallenen Vermögens zu betreiben, ja er hat die Pflicht, das Vorstecken und den wirksamen Eintritt der ganz unnatürlichen poena repudiati gegen den Abwesenden zu verhindern. Denn wenn der Kurator nicht antreten kann, so ist eine gerichtliche Ladung, der Abwesende habe sich bei Vermeidung des anzunehmenden Ausschlagens der Erbschaft zu erklären, sinn- und bedeutungslos. Der Umstand, der ihn verhindert, zurückzukommen, wird von selbst auch eine solche Ladung aufhalten, zu seiner Kenntniß zu gelangen; einer Person aber, die zu handeln verhindert ist, wird auch kaum ein nicht bekannter Präjudizialtermin laufen, oder sein Ablauf einen Nachtheil nach sich ziehen können. Kommt daher der Abwesende zurück, so muß ihm vor Ablauf der dreißigjährigen Verjährungsfrist noch immer die hereditatis petitio zustehen, die ihm C. 17 sam. herc. (3, 36) mit den Worten vorbehält: unde portionem tuam percipere potes, ex facta inter cohere-

des: *divisione nullum praejudiciu timens*. Die einzige natürliche Folge, welche in einer solchen Ediktalladung vorgelegt und auch verhängt werden kann, besteht also nur darin, daß mit der Verfügung über die Erbschaft ohne Rücksicht auf die ungewisse Betheiligung des Nichterscheinenden vorgeschritten würde, wie auch den unbekannten Gläubigern eines Nachlasses nur dieser Nachtheil, aber nie die unzulässige Strafe des Ausschlusses angedroht wird oder mit Erfolg angedroht werden kann. Nur zwei Dinge sind es aber, welche dem Kurator nicht zustehen, das Vorstellen der lebendigen Persönlichkeit des Vermissten, mit der Wirkung, dadurch ein Beblugniß des Erbanfalles zu vereinigen, eine Erbschaft wirklich antreten, ein Vermächtniß erwerben zu können, — und das Verlangen einer Sicherheitsleistung von den Mäch- und Miterben, — besondere Fälle einer etwa wahrscheinlich gemachten Aussicht auf seine Zurückkunft abgerechnet, — weil bei dem Ausbleiben des Verschwundenen seine Mäch- und Miterben von selbst und in Kraft des Gesetzes berufen sind, in seine Stelle und Anwartschaft nachzurücken, und kein Gesetz das Fortleben vermuthet oder an eine bloße Möglichkeit nachtheilige Folgen für jene Nächstberechtigten geknüpft hat. Dieser Ansicht zufolge müßte selbst eine bereits zugelassene Einmischung des Kurators immer nur in den Betracht gestellt werden, daß er dadurch für den Fall eines Wiedererscheinens seines Pflegebefohlenen dessen Rechte wahren, nicht aber auch den Erben desselben einen Kettensteg bauen wollte oder konnte, über den sie bequem zu einer so zweifelhaften Nachfolge hinüberzusetzen im Stande wären. Eine Kuratelbehörde kann auf dem Grunde ihres amtlichen Verurtheils keine darüber hinausreichenden Befugnisse in Anspruch nehmen. Die Erweiterung des *spatium deliberandi* für den Abwesenden zu einem *spatium*

re-apparendi, welches bis zu seinem 70ten Lebensjahre fortwährt, würde inmier noch nicht die Folge haben, daß er bis dahin auch als lebend anzunehmen, sondern nur, daß bei dem mißglückten Eifer, ihm den Beweis seines Ueberlebens durch sein Wiederscheinen offen zu halten, nunmehr erst, wo die Ungewißheit über die Dauer seines Lebens nicht gehoben wurde, seine Erben mit dem Begehren, die ihm angefallene Erbschaft mit zu erwerben, nicht zu hören wären.

§. 8. Es wird nicht für das geringste Verdienst der Meinung, die wir hier vertheidigen, gelten dürfen, daß sie, um gerecht zu sein, die allein natürliche, die allein wahrhaftige, aus den Erfahrungen und Erscheinungen des Lebens hervortretende ist. Wenn das Fortleben des Abwesenden für sein Vermögen vermuthet werden soll, bis er ein gewisses Alter erreicht hat, wenn Partikulargesetze diese Vermuthung häufig nur in engere Gränzen einschließen, so müssen nach klarer Vorschrift der bayr. O.D., XII §. 2, Nr. 8 und XIII, §. 3, Nr. 8 wie nach den Regeln des gemeinen Processes auch gegentheilige Vermuthungen in Betracht genommen, und beide einer billigen Abwägung unterzogen werden. Nun wird aber Niemand läugnen können, daß die beharrliche Abwesenheit eines Menschen, die unterbliebene Zurückkehr da, wo diese doch natürlich gewesen oder er dazu aufgefordert wurde, das Fehlen jeder Nachricht von ihm — nicht bloß Zweifel an seinem Fortleben anzuregen, diesen Umstand ungewiß zu machen im Stande — daß sie nicht einem Zufalle, oder seiner Lust und Laune, verborgen zu bleiben, zuzuschreiben —, sondern daß sie eine Folge, ein Ergebniß, ein mehr oder minder sicheres Kennzeichen seines wirklich eingetretenen Todes selbst seien. Wenn zu dem Anfall einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses das Ueberleben des Erblassers gehört, so ist

daß einzige allgemein gültige, natürliche und daher billig zu verlangende Mittel, ſein Daſein zu beſtimmen, nicht, ſich in eine Höhle einzuschließen, und ſchwankenden Vermuthungen, unſicheren Folgerungen, nothwendigen Annahmen ihr von ſelbſt abrollendes Spiel zu überlaſſen, ſondern aufzutreten, wieder beizukommen, die Vorzeigung ſeiner Perſon zu bewirken, ſelbſt zu reden und zu handeln. Warum alſo da in dem Nebelbilde einer trüben Vermuthung ſich Rathſ erholen, wo die *evidentia facti* allein das natürliche und einzige Mittel wäre, alle Zweifel über einen Umſtand zu zerſtreuen, ihn in das hellſte Licht des Tages zu verſetzen? Das Schweigen, das Verſtummen und Verkommen iſt dagegen ein mehr als dringender Grund, um Jemanden für todt zu halten; denn die Todten ſind es, die nicht mehr reden. Jedermann weiß, daß, wer ein eigenes Vermögen, wer eine Heimath hat, beide nicht im Stiche läßt, — wer eine Erbſchaft oder ſonſt einen Vermögensanfall zu erwarten hat, ſich darum regt und rührt, auch ohne eine öffentliche Ladung abzuwarten, daß er nach Hauſe Briefe ſchreibt, von ſeinem Aufenthalte Nachricht gibt, Anſagen ſtellt, wie die Sachen zu Hauſe ſtehen, Aufträge ertheilt, und Orte bezeichnet, wohin ihm Kunde zu geben ſei. Die Verkehrsmittel ſind in unſeren Tagen in dem Grade vervieľfältigt, raſch und ſicher, daß es nicht ſchwer fällt, mit den entfernteſten Himmelsſtrichen in Verbindung zu treten; — die Vorausſetzungen von Sklaverei oder Abſperrung ſind durch keine Erfahrung unterſtützt. Alle Umſtände weiſen alſo darauf hin, daß Nachrichten von dem Abweſenden zu Hauſe eintreffen, öffentliche und vielverbreitete Ladungen ihn erreichen müßten, hätte ihm nicht der Tod ein ewiges Stillſchweigen auferlegt. Treten noch beſondere Gründe hinzu, wie die Gewißheit beſtandener Kriegs-, See- oder Peſt-Gefahren, ſo wird jene natürliche Ver-

müthung nur um so dringender und nachdruckreicher. Mit einer nur schwer zu verläugnenden Sicherheit läßt sich daher in allen solchen Fällen annehmen, der Landesabwesende, der Verschollene, der Geladene und stumm Gebliebene sei nicht mehr unter den Lebenden.

Man entgegnet uns hierauf: Daß mag alles sein, aber das sind nur menschliche Vermuthungen, deren noch so viele die formale Wahrheit nicht zu begründen vermögen, welche zum Ueberspringen eines Erbrechts erforderlich ist. Wir sind nicht verlegen, hierauf zu antworten. Die ganze Ungevolßheit, in welche die lange Abwesenheit eines Verschollenen die Frage seines Lebens und seines Todes versetzt, läßt sich nie heben, ohne zu Vermuthungen seine Zuflucht zu nehmen, warum also sich nur an eine halten, und die übrigen bei Seite setzen? Ist die richterliche Forschung einmal auf den Boden der Konjecturalprobe hinüberzutreten gedrungen, so kann nur eine weitumfassende Abwägung aller Umstände für und wieder den Ausschlag geben. Was ist denn aber der Satz, daß das zurückgelegte siebenzigste Lebensjahr eines Menschen seinen Tod annehmen lasse, anderes, als eine höchst gewagte Vermuthung, die nur der Geblüthsgebrauch auf seinen Schild erhob? Wird von nur einem einzigen annehmbar sein, und wird nur ein Mensch annehmen, er sei darum an seinem siebenzigsten Geburtstage gestorben? Und was ist gläublicher, was liegt uns näher, daß ein Mensch 75 oder 80 Jahre alt werde, was wir alle Tage ohne Wunder sehen, — oder daß Jemand, der seit zehn Jahren in China oder im Inneren von Afrika verschwunden ist, ohne ein Lebenszeichen von sich zu geben, noch lebe, wieder je zum Vorschein kommen und sein Vermögen übernehmen, ja daß er es mit dem inzwischen Zugefallenen seiner Aeltern und Seitenverwandten ganz so vermehren könne, als wäre

er nie vom Hause fortgekommen? Ist bei dieser letzteren Voraussetzung nur ein vernünftiger Zweifel daran möglich, daß er bereits längst zu Grunde gegangen sei? Aber auch angenommen, ein solcher Landesabwesender hätte wirklich noch über den entscheidenden Zeitpunkt, wo seine Spur verschwindet, hinausgelebt, ist es nicht seine eigene Schuld, daß er keine Nachricht mehr von sich gab und jene Ungewißheit über sein Leben herbeiführte und fortbestehen ließ, eine Schuld, deren Folgen er selbst oder seine Erben zu tragen haben? Und weiter angenommen, er war wirklich durch Zufall verhindert, ein Lebenszeichen in seine Heimath gelangen zu lassen, so hätte sich dieser Zufall wieder in seiner Person ereignet, nur ihn trafe daher die Folge, wenn in der Zwischenzeit seine nachgesetzten oder Miterben die ganze Erbschaft verzehrt oder mit Schulden beladen hätten. Daß siebenzigste Jahr ist ja selbst nur eine Regel, die wieder ihre billigen Ausnahmen erleidet; wie kann man also, auf diesem Felde des Zweifels angelangt, menschliche Vermuthungen verdächtigend bei Seite schieben, wenn Doktrin und Gesetze selbst kein anderes Mittel kennen, als sich an dem Zeitfaden von Muthmaßungen und einer Ueberschau der Umstände aus der Ungewißheit herauszuhelfen? Schon Carpzov, den Pfeiffer den eigentlichen Begründer des Gerichtsgebrauchs bezüglich der 70 Jahre nennt (Kraut, a. a. O. S. 222, N. 5), war selbst anderer Meinung, indem nach seiner Ansicht der Richter lediglich nach den Umständen urtheilen sollte (Kraut, S. 232, Note 21). Auch Glück in seiner Lehre von der Intestaterbfolge §. 2 S. 7 mußte zugeben, zuweilen brauche man nicht einmal das 70 jährige Alter des Verschollenen abzuwarten, um ihn für todt zu erklären, wenn aus besonderen in facto erwiesenen Umständen sehr starke Vermuthungen seines (früheren) Todes, eintreten. Kraut selbst,

der das letztere bedenklich findet (a. a. O. S. 232), gibt dennoch in der umgekehrten Richtung zu, daß vermöge besonderer Umstände, welche jener Präsumtion hinderlich seien, der Richter zu einem späteren Zeitpunkte den Tod des Verschollenen zu vermuthen berechtigt sei. Die Anmerk. zum bayr. Rdt. I, 7 §. 39, Nr. 6 lit. g bemerken abweichend von der Lehre des gem. Rechtes über das entscheidende 70. Lebensjahr: „Wo nun per statuta loci vel consuetudinem nichts gewisses hierin bestimmt ist, da kommt es ad arbitrium judicis an, allwohin es auch unser Codex: ausgestellt sein läßt.“ Im folgenden Punkte werden dann die Umstände, worauf man hiebei hauptsächlich zu sehen hat, einzeln aufgezählt¹¹⁾. Auch das österreichische Gesetzbuch §. 24 Nr. 3 begnügt sich ausnahmsweise bei erwiesenen Kriegs- oder See-Gefahren mit einem weit kürzeren Zeitraume. Ähnliche Vorschriften hatte schon vorher das preuß. Rdt. I, 1 §§. 35 und 36 ertheilt. Sind wir hienach überall auf die Herrschaft der Umstände hingewiesen, bleibt dabei ein Auskunfts-mittel unvermeidlich, warum das natürlichste von allen in der Annahme, daß der verstummte Abwesende nicht mehr sei, verschmähen, wenn das an seine Stelle gesetzte,

¹¹⁾ Glemmt läßt sich eine Stelle der Anmerk. zur bayr. O.D. XII §. 2 lit. c in Verbindung bringen, welche es als eine *praesumptio qualificata* gelten läßt, daß dasjenige, was gemeiniglich zu geschehen pflege, wirklich so geschehen sei —, d. i. in der Anwendung auf diese Frage, daß der stumm gebliebene Abwesende längst nicht mehr sei. Wenn eben diese Stelle Nr. 2 vermuthen will, „daß alles noch in dem Stande sei, wie es ehedem gewesen,“ so läßt sich erwidern: höchstens nur bei Zuständen, die sich nicht von selbst verändern, und unter gleichen Umständen, die aber durch das Verschwinden des Vermißten wesentlich verändert sind.

ihn gerade 70 Jahre leben zu lassen, nicht einen Tag mehr, nicht einen weniger, selbst nur eine aus der Luft gegriffene oder aus den Psalmen hergeholte Vermuthung ist? Und wie kann man es als einen Vorzug rühmen, „daß die Ansicht, welche das 70. Jahr festhält, sich vor der anderen durch Einfachheit und Bestimmtheit, sowie dadurch empfehle, daß sie den ruhigen und ungestörten Besitz des Vermögens sichere“¹²⁾, wenn dieselbe durch ein nach bloßer Einbildung zugelassenes Transmissionsrecht den rechtmäßigen Erbgang verschiebt und vielmehr dem Unrechte gedeihlichen Vorschub leistet?

Wir rechnen deshalb mit Zuversicht darauf, man werde uns die Bestimmung nicht versagen, wenn wir behaupten: Die Meinung, welche den Verschollenen in der Zeit der Ungewißheit seiner Schicksale kein Erbgut mehr erwerben, und also auch nicht auf seine Nachfolger übertragen läßt, so lange nicht der Beweis seines Ueberlebens vorliegt, ist diejenige, welche den Anforderungen der Gerechtigkeit und Wahrheit am nächsten tritt.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zahlungs-Nachweis durch Hypothekensammlisches Attestat.

In einer Rechtsache hatte der beklagte Theil darzuthun, daß eine geschuldete Leibrente in den Jahren 1836 bis 1839 gezahlt worden sei. Der

¹²⁾ Siehe Kraut, a. a. D. VI, S. 260 — Bl. f. N. N. XVI, S. 218, in der Note. Dieser Empfehlungsgrund ist der Ansicht der Minorität im Plenum des württemb. Ob.-Trib. von 1826 entlehnt. Vergl. Bolley, a. a. D. S. 110.

obliegende Beweis wollte durch ein Attestat des Kreis- und Stadtgerichtes W., als Hypothekenamtes, geliefert werden. In Beurtheilung dieses Beweismittels sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Das beigebrachte Hypothekenamtzeugniß ist zwar vollbeweisend in Ansehung der geschehenen Löschung der für die Leibrente der A. R. bestellten Hypothek, als einer von dem Hypothekenamt vorgenommenen Handlung. Wenn aber in dem Zeugnisse — als Grund der vorgenommenen Löschung — beigelegt ist, daß nach den vorgelegten legalen Nachweisen das jährliche Legat bis zum Todestage der A. R. berichtigt sei, so ist hiemit nicht mehr dargethan, als daß das Hypothekenamt die vollständige Berichtigung der Leibrente für erwiesen erachtet habe. Diese Ansicht des Hypothekenamtes ist aber für den Prozeßrichter durchaus unerheblich, indem dieser bei ihm vorgelegten Beweismittel über die erfolgte Zahlung der Leibrente selbst zu prüfen und auf dem Grunde dieser Prüfung seine Entscheidung zu erlassen hat. Uebrigens ergibt sich aus dem vorgelegten Hypothekenprotokolle, daß die „legalen Nachweise“ über die vollständige Berichtigung der Leibrente, auf deren Grund die Löschung der Hypothek erfolgt ist, lediglich in den Quittungen über die für den Zeitraum vom 1. Jänner 1840 bis zum 17. Febr. 1841 geleisteten Zahlungen, welche auch im gegenwärtigen Rechtsstreite als Beweismittel gebraucht sind, bestanden, und es ist daher das fragliche hypothekenamtliche Zeugniß völlig werthlos.

DUOG. v. 30. Juli 1852. Nr. 47⁵⁰/₅₁.

2.

Insinuation durch die Post.

Vgl. Bd. XV S. 287, Bd. XVII S. 238.

Diese Art der Insinuation kann für zulässig nur bezüglich solcher Erlasse erachtet werden, welche unter

der Adresse einer Partei, resp. ihres Anwaltes, ausgefertigt werden. Für andere Erlasse, insbesondere für Zirkularien, ist ein Insinuationsmandatar am Gerichtssitze aufzustellen, indem eines Theiles diese unverzögert auf die Post gegeben werden können, und die k. Post die geschehene Zustellung nicht bezweifelnden kann, andern Theiles die Insinuation durch Umlaufschreiben an die einschlägigen Gerichte zeitraubend und sehr kostspielig sich darstellt.

Erk. des O. G. zu Freising vom 16. Nov. 1852 im Wörle'schen Schuldenwesen. Sp. 3.

3.

Tempus utile. Unkunde der Klagebegründenden Thatumstände.

Ueber die Tragweite der in fr. 6 de calumniatoribus (3, 6) vorkommenden Aeußerung des Gaius: „qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere“ sind die Ansichten bis auf die neueste Zeit sehr verschieden. Vgl. Mühlensbruch im Arch. f. civ. Pragä Bd. II S. 366, Arnolds in der Gießener Zeitschrift Bd. XIV S. 31 f.; Savigny, System Bd. III S. 413 Note d. Unser oberster Gerichtshof hat sich in einem Erk. vom 30. Dez. 1852 (Dantl. w. Dehner) für die früherhin gangbare Ansicht . . .

vgl. Olsh. Comment. Bd. III S. 555 f.

(S. 498 der I. Ausg.)

entschieden, nach welcher in jener Stelle der allgemeine Satz ausgesprochen ist, daß Unkenntniß von Umständen, welche die Klage bedingen, ein den Beginn der Verjährung hemmendes Hinderniß bei den Temporalklagen sei, für welche die Verjährungszeit tempus utile ist; insbesondere auch (zufolge fr. 19 §. 6 de aedil. edict. 21, 1) für die Klagen aus dem ädilischen Edikte. Sp.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Anfall einer Erbschaft an Verschollene. — Geschlecht die Deposition von Abfindungsschuldbriefen für an den Staat abgetretene Grundrenten, welche zur Sicherheit wegen darauf lastender Raten die Berechtigten verlangen können, bei den Landgerichten als Kollisions- oder als Administrationsbehörden? — Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Erforderniß der Vorlesung. Unterzeichnung. — Gerichtlich protokolliertes Testament. Unrichtige Bezeichnung des Testators bei Beglaubigung seines Handzeichens. — Verjährung der Anwartschaft nach preuss. Recht. Statutenkollision. — Verurteilungssumme. Zusammenrechnen der Forderungen, gegen deren Reonition appellirt wird. Gemeinshaftliche Abfindung mehrerer Gantgläubiger.

Ueber den Anfall einer Erbschaft an Verschollene.

(Schluß.)

§. 9. Ein Beispiel wird dazu beitragen, den Gegensatz beider Meinungen mit ihren Folgen in ein helleres Licht zu versetzen.

Kein geschichtliches Ereigniß hat wohl je so vielen Anlaß zu Verschollenheitsverklärungen gegeben, als in unseren Tagen der russische Feldzug. Dahier in München lesen wir monumental bekundet, daß derselbe dreißig tausend Bayern das Leben kostete; wenigstens ein Dritttheil davon sind bloß vermißt. Es ist allerdings denkbar und im Bereiche der Möglichkeit, daß diese zehn Tausend, oder doch die Mehrzahl derselben gefangen wurden, sich im Innern Sibiriens niederließen, ganze Distrikte bevölkerten und nicht mehr daran dachten, in ihr schönes Heimathland zurückzukehren, woran sie doch Niemand verhindern könnte, daß sie selbst vergaßen, nach Hause um Geld zu schreiben; — es ist ferner möglich, daß Jeder derselben in dieser Abgeschiedenheit siebenzig Jahre

alt wurde; hat diese Annahme aber auch nur einen Schein für sich, hat sie einen vernünftigen Sinn? Gewiß nicht! Wenn in den ersten zwanzig Jahren nach geschlossenem Weltfrieden zehn oder zwölf wieder unerwartet zurückkamen, läßt sich daraus auf die Uebrigen schließen? Und angenommen, es wäre nachweisbar, daß jetzt nach vierzig Jahren noch zehn solcher Vermißter am Leben sind, ohne daß sie je etwas von sich hätten hören lassen, läßt sich dasselbe von den zehn Tausend, und überhaupt von Jedem vermuthen, mit nur einigem Grade von Wahrscheinlichkeit voraussetzen, bis er das siebenzigste Jahr zurückgelegt hat? Sind nicht der längst eingetretene Frieden, die Liebe zur Heimath, zu unserem wärmeren Himmelsstriche, die Sehnsucht nach den Angehörigen, die Aussicht auf das väterliche Erbe, Alles Beweggründe in Fülle, um ein solches Verstummen eines lebendig Geliebten unerklärbar zu machen?

Wir sehen den Fall, zwei Stiefbrüder, der Eine im Jahre 1780, der Andere 1782 geboren, wären damals im J. 1812 in demselben Regimente mit in den Krieg gezogen, und seitdem zu gleicher Zeit spurlos verschwunden; der Ältere hätte bereits vorher ein bedeutendes Vermögen von seiner Mutter ererbt gehabt, — der sonst kinderlose Vater wäre erst zwanzig Jahre später, im J. 1832 gestorben und hätte, ohne Ahnung, daß von dem Leben seiner Kinder noch je ernstlich die Rede sein könne, einen weitläufigen Seitenverwandten zum Erben seines ganzen Nachlasses eingesetzt, — welches müßte dann das Schicksal dieser Vermögensmasse werden? — Nach der gemeinen und früher vorherrschenden Meinung wäre anzunehmen, die beiden Söhne seien in einem Winkel Rußland's verborgen und dort siebenzig Jahre alt geworden, dann aber gestorben, was den Tod des Ersteren in das Jahr 1850, den des zweiten auf 1852 versetzen würde. Beide hätten im J. 1832 ihren Vater beerben und als übergangene Motherben

sein Testament entkräftigen müssen, auch dieses Vermögen hätte der Kurator der Abwesenden oder die Behörde fort verwaltet. Im J. 1850 würde dann der Ältere für todt gelten und von dem Jüngeren als präsumtiv überlebend beerbt, — im J. 1852, wo es auch in Ansehung des Jüngeren zur Todeserklärung kommt, würde endlich die in seiner eingebildeten Person zusammengefloßene ganze Vermögensmasse auf seine Intestaterben übergehen, und damit die Sache beendet sein. Hiedurch könnten die mütterlichen Seitenverwandten des jüngeren Bruders, wenn sie zufällig die nächsten wären, das ganze Vermögen erhalten und die väterlichen Verwandten beider, sowie die mütterlichen des älteren Bruders, völlig ausschließen, während doch von diesen Seiten das ganze Vermögen herkam, und jenen ersteren, den Tod auf das Jahr 1812 versetzt, gar nichts gebührte.

Heißt das nicht, mit Vermuthungen ein leichtfertiges Spiel treiben, mehrere Erbgänge an dem schwachen Faden der Voraussetzung fortzuspinnen, jeder Verschollene sei erst an seinem 70. Geburtstage gestorben? Heißt das nicht, die Einbildungskraft von Wasserfall zu Wasserfall über Fiktionen herabstürzen, um unten bei einem handgreiflichen Unrechte anzulangen? Und das Alles nur, um in Mißachtung der natürlichen Eindrücke des *id quod plerumque fieri solet*, worauf bereits fr. 114 de reg. juris verwiesen hat, nicht ein Haar breit von dem Sage abzuweichen: *Factum non praesumitur*, — menschliche Vermuthungen können nie eine Thatsache herstellen oder ihres Beweises überheben! Oder ist es vielleicht eine Empfehlung des juristischen Urtheiles in der deutschen Rechtspflege, daß es sich von der frischen Erfahrung des Lebens absondert, wenn dabei das Recht selbst den Zufälligkeiten eines blinden Fatalismus Preis gegeben wird?

Wir hoffen, in der Betrachtung dieser Folgen

keine geringe Stütze für die von uns vertretene Meinung zu finden.

§. 10. Theorie und Praxis haben in der neueren Zeit den Wendepunkt bereits erreicht und sind nachdrücklich in die Bahn eben dieser Meinung eingelenkt, welche, um den Erwerb einer Erbschaft für einen Abwesenden verlangen zu können, erst den Beweis erfordert, daß er den Anfall auch erlebt habe. Für diese Ansicht erklären sich, außer den bereits oben im §. 3 angeführten Abhandlungen von Heise und Tropp (B. II, S. 162 ff.) — dann Pfeiffer's prakt. Ausführungen (B. IV, S. 360), — noch insbesondere

Bolley, verm. jur. Aufsätze, B. I, Abh. III, S. 84 ff.

Ab. Diet. Weber, über die Verbindl. zur Beweisführung, Moschn. VI, §. 15 — II. Ausgabe, S. 161 ¹³⁾.

Mühlenbruch, in der Fortsetzung zu Glück's Pandekten B. 42, S. 466 ¹⁴⁾.

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik, B. II, Abth. 1 S. 739 ¹⁵⁾.

13) „Diesem aber steht unstreitig entgegen, daß das Leben eines Menschen, so wie der Tod res facti ist, und folglich das Eine so gut wie das Andere von Dem erwiesen werden muß, dessen Antrag sich in jenem oder in diesem gründet.“ Vergl. oben Note 9 (S. 36) die Alleg. von Lynker, Schweppe und von Bethmann-Hollweg.

14) „Passender scheint es daher, den Verschollenen, wie andere auswärtige und unbekannte Erbs-Interessenten edictaliter, vorzuladen und im Richterschnellungsfall der allgemeinen Präclusion zu unterwerfen.“

15) „So wie . . . , so möge auch im Falle einer dem Verschollenen angefallenen Erbschaft nach Fruchtlosigkeit der erforderlichen Vorladungen dieselbe Denjenigen, mit welchen der Verschollene, wenn er sich ge-

Seuffert's Pandektenrecht III. Ausgabe
 §. 566 ¹⁶⁾ — ferner mittelbar auch
 Bangerow's Zeitschen Bd. 1. S. 60 Nr. 2
 — ¹⁷⁾.

Die gegentheilige Meinung wird noch lebhaft
 vertheidigt von Kraut, in seiner Vormundschaft,
 Bd. II, §. 66, insbesondere S. 258 ff., — dem auch
 unser (bereits verstorbener) Mitarbeiter in Bd. XVI,
 S. 215, 216, Note 16 und S. 232 beigetreten ist.

Indessen hat bei weitem die Mehrzahl der
 deutschen obersten Gerichtshöfe in ihren Er-
 kenntnissen die neue Lehre von dem unzulässigen Er-
 werbe anfallender Erbschaften für Verschollene an-
 genommen. Dahin gehören

a) eine nicht genannte deutsche Juristen-Fakul-
 tät und das bestätigende Erkenntniß des Ob.-App.-
 Gerichtes in Lübeck aus dem J. 1825;

melbet hätte, konkurriert haben würde, oder Denjen-
 igen, welche bei seiner Nichtexistenz das nächste Recht
 zur Erbschaft haben, gegen gleiche Kauktion übertre-
 ten werden. — Jedenfalls ist der Grundsatz fest-
 zuhalten, daß einem Verschollenen, wenn nicht der
 Erwerb ipso jure geschieht, durch den Kurator eine
 Erbschaft nicht erworben werden könne."

- 16) „Für einen Verschollenen kann die Untretung durch
 einen Stellvertreter (Kurator) deswegen nicht bewirkt
 werden, weil man ja nicht weiß, ob er den Erblas-
 ser überlebt habe."
- 17) Diese Stelle betrifft zunächst die Frage, wer von
 zwei Vermissten als überlebend anzunehmen sei, und
 lautet hierüber so: „Kann kein Beweis (über den
 früheren Tod einer Person vor einer anderen) er-
 bracht werden, so kann nur das Prinzip ent-
 scheiden, was Marclan ... angibt, daß man nämlich
 Keinen als vor dem Anderen verstorben annehmen
 kann, d. h. wenn zum Eintreten einer bestimmten
 rechtlichen Folge nothwendig vorausgesetzt wird, daß
 die eine Person die andere überlebt habe, so kann
 dieselbe nicht Platz greifen."

(Heise und Tropp a. a. D. S. 163, Note 31 — und S. 174).

b) Daß Ob.-App.Ger. in Kassel, durch Erf. vom J. 1834;

(Pfeiffer a. a. D. S. 401, Nr. 741).

c) Daß zu Wiesbaden,

(Bl. f. d. M. B. X, S. 236, Nr. 5).

d) Daß zu Oldenburg, durch Erf. v. 1840, (Seuffert's Archiv I, Nr. 160).

e) Daß zu Darmstadt, durch zwei Erf. v. 1845 und 1847,

(Seuffert's Arch. III. Nr. 185).

f) Daß zu Wolfenbüttel, durch ein Erkenntniß, welches dem Kurator Besiß und Verwaltung, aber nicht definitiven Erwerb der Erbschaft verstattete;

(Scholz, Sammlung interessant. Aufsätze, II, S. 127, — v. Holzschuher a. a. D. II. S. 739, Note).

Hieher ist auch noch zu zählen

g) das württembergische Ober-Tribunal in Stuttgart, vermöge eines Plenar-Gutachtens vom 17. August 1826,

(Wolke, a. a. D. I, S. 106) ¹⁸⁾.

-
- 18) In diesem Gutachten an das Justizministerium bestätigte das Ober-Tribunal zwar die auf eine königl. Generalverordn. v. 1817 sich stützende Praxis der würtemb. Gerichte für die Erbfähigkeit der Verschollenen, es schloß aber nach der Stimmenmehrheit mit dem Antrage, daß diese Praxis, als mit einem entschiedenen rechtlichen Grundsatz streitend, im Wege der Gesetzgebung dahin zu ändern sei: daß kein Verschollener eine während seiner Abwesenheit ihm angefallene Erbschaft ohne eigene Willenserklärung erwerben könne, wo sodann, wenn er sich innerhalb einer gewissen Frist (auf die öffentlichen Ladungen) nicht erklären sollte, die Erbschaft den Erben; nicht des Verschollenen, sondern des

Auf der entgegengesetzten Seite stehen ziemlich vereinzelt noch

1) Das Ob.-Appell.-Ger. in München, welches in zwei Erf. von 1836 und 1852 der älteren Meinung huldigte, wonach der Tod eines Menschen bis zu einem gewissen Alter nicht vermuthet werde, vielmehr erst erwiesen werden müsse, um ihn von dem Erwerbe einer angefallenen Erbschaft auszuschließen. (Bl. f. R. XVIII, S. 406.)

2) Auch das preuß. Ober-Tribunal in Berlin hat sich noch in neuester Zeit eben dieser Ansicht angeschlossen, indem es in einem Erkenntnisse v. 1848 auch nach gemeinem Rechte dem Kurator des Verschwundenen die Befugniß zum Intritte neu angefallener Erbschaften zuerkannte.

(Seuffert's Archiv III, Nr. 298 u. 343.)

Abweichend in dem Grundsatz hievon scheint eine Entscheidung aus dem J. 1842 zu sein, welche den Kurator des Abwesenden ausdrücklich als bloß auf das zurückgelassene Vermögen beschränkt erklärt hatte.

(Seuffert's Archiv I, Nr. 164.)

So bedeutend auch das Ansehen dieser zwei Gerichtshöfe sein mag, so wird ihre Meinung das numerische Uebergewicht der vorher erwähnten Präjudicate doch nicht zu erschüttern vermögen, zumal sich das preussische Ob.-Trib. sichtbar in seiner Entscheidung unter dem Einbruche des ihm zunächst vor-schwebenden preuß. Landrechtes befand.

Es läßt sich wohl billig annehmen, daß die beiden obersten Gerichtshöfe in Berlin und München

Erblässers, welche zur Zeit des Todes des Letzteren seine nächsten waren, zugetheilt wurde. In einem Erlasse vom nämlichen Tage an die vier Kreisgerichtshöfe bemerkte gleichwohl das Ober-Tribunal, daß es entschlossen sei, bis zum Erscheinen eines neuen Gesetzes stets der alten Praxis zu folgen.

in dieſer Frage noch nicht ihr letztes und unabänderliches Wort geſprochen haben, obwohl ſie in ihren Bedenklichkeiten den Kaiſer Napoleon auf ihrer Seite finden ¹⁹⁾).

§. 11. Daß Ergebniß der bißherigen Erörterung faſſen wir in folgenden Sätzen zuſammen:

a) Die Vorſchriften der Art. 135 — 137 des franz. Civ.-Geſ.-Buches, von den einem Abweſenden möglicher Weiſe zuſtehenden eventuellen Rechten handelnd, ſind nicht etwa eine Eigenthümlichkeit eines fremden poſitiven Rechtes, ſondern ſie finden ſich tief in der Geſchichte, dem Weſen und den Grundſätzen des deutſchen gemeinen Rechtes gegründet und müſſen daher auch auf dem Gebiete des letzteren ihre Anwendung finden; der Kurator eines Landesabweſenden, deſſen Schickſale unbekannt ſind, kann daher für denſelben keine ihm ſeit der letzten ſicheren Kunde von ſeinem Leben angefallene Erbſchaft antreten, kein Vermächtniß erwerben und noch weniger auf ſolche Weiſe die Wirkung der Transmiſſion auf ſeine präſumtiven Nachfolger erſtreben.

b) Zum Anfall eines jeden Erbgutes, als unerläßliche Vorausſetzung ſeines Erwerbes, ſelbſt für den nothwendigen Erben, gehört vielmehr immer das Ueberleben des Erblassers, deſſen Gewißheit für Abweſende durch die bloße Vermuthung, daß der einmal Lebende bis zum ſiebenzigſten Jahre, oder irgend einem anderen Zeitpunkte fortlebe, nicht erſetzt werden kann, — und zwar ſelbſt dann nicht, wenn, gleichwie die gemeinrechtliche Obſervanz das ſiebenzigjährige Alter, ſo ein Partikularſtatut irgend einen anderen Zeitpunkt als den präſumtiven Todestag eines Verſchollenen in Bezug auf die Vererbung ſeines eigenen Nachlaſſes aufgeſtellt haben ſollte.

c) Daher trifft die Beweislaſt in Bezug auf

¹⁹⁾ Siehe oben Note 6 S. 25.

daß Erleben des entscheidenden Anfalles immer Denjenigen, welcher den letzteren behauptet und daraus Rechte herleitet, — aber nicht die für einen früher eingetretenen Tod den Gegner, welcher jenes Erleben nur in Widerspruch zieht.

d) Der Kurator des Abwesenden, wenn gleich ein Güterpfleger, kann zwar die Fürsorge für dergleichen Erbansfälle auch in so weit mit in den Bereich seines Amtes ziehen, daß er darüber wacht, daß vorerst alle Mittel angewendet werden, um dem Abwesenden den persönlichen Erwerb möglich zu erhalten, wie z. B. öffentliche Ladungen auf geräumige Termine, möglichste Verbreitung derselben u. dgl. m. — er kann sich auch dem Vorstecken der unzulässigen poena repudiati widersetzen, an deren Stelle in der Ladung nur die natürliche Folge zu treten hat, daß im Falle des Nichterscheinens mit der Verfügung über eine solche Erbschaft, ohne Rücksicht auf die Betheiligung des Abwesenden, fortgeschritten würde, was nicht einem eingebildeten Aus schlagen, sondern nur einem Verluste von Besitz und Genuß der Erbschaft gleich kommt.

e) Sind aber alle diese Mittel vergebens erschöpft, um den Abwesenden zu entdecken oder zur Stelle zu bringen, so fällt die Erbschaft an die Mit- oder Nacherben desselben, welche dazu berufen gewesen, wenn er entschieden den Anfall nicht erlebt hätte.

f) Diese letzteren sind zwar, besondere Umstände und dringliche Verlustsgefahren abgerechnet, zu einer Sicherheitsleistung nicht verbunden; kommt aber der Abwesende oder sein rechtmäßiger Nachfolger später noch zum Vorscheine, so bleiben ihm alle Klagen auf Herausgabe jener Erbschaft vor Ablauf der gewöhnlichen Verjährungsfrist von selbst vorbehalten.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Geschlecht die Deponirung von Ablösungsschuldbriefen für an den Staat abgetretene Grundrenten, welche zur Sicherheit wegen darauf haftender Lasten die Berechtigten verlangen können, bei den Landgerichten als *Einkaufszins* oder als *Administrationsbehörden*?

I. In Folge des Grundentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848 hatte ein Gutsherr seine Grundrenten an den Staat abgetreten. Die Güter, aus welchen solche flossen, stunden im Lehenverbande zum Staate. Es wurde daher vom kgl. Staatsministerium der Finanzen, gemäß Art. 34 des allegirten Gesetzes, die Hinterlegung der Ablösungsschuldbriefe zur Sicherheit des Lehenherrs bei dem treffenden kgl. Landgerichte angeordnet und vollzogen. Der Gutsherr beabsichtigte nun auch die Ablösung des Lehenverbandes nach dem besonderen Gesetze hierüber vom nämlichen Tage. Da sich jedoch über den Ablösungsmaassstab eine Vereinigung nicht erzielen ließ, vielmehr die vom Gutsherrn behauptete, vom Lehenfiskus bestrittene Eigenschaft eines Sohn- und Tochterlehen im Rechtswege ausgetragen werden mußte, beantragte der Gutsherr, aus der Gesamtsumme der hinterliegenden Ablösungsschuldbriefe ein besonderes Depositum zum Betrage der gesetzlichen Maximallehenablösungsprozente als vorläufige Kaution für das Lehenärar zu bilden, den Ueberrest aber an ihn verabsolgen zu lassen. Dieser Antrag wurde vom Landgerichte aus materiellen Gründen abgewiesen; die dagegen erhobene Beschwerde aber vom kgl. Appellationsgerichte wegen Mangels einer Justizsache und somit fehlender Kompetenz der Civilgerichte verworfen. Bei weiterer Verfolgung der Beschwerden an den obersten Gerichtshof war also die oben aufgeworfene Rechtsfrage zu beantworten.

Unterm 1. Oktbr. 1853 (Nr. 1075^{a 52/53})
erging die oberstrichterliche Entscheidung dahin:

„daß kgl. Appellationsgericht sei in der Sache
„zuständig und habe auf die wider den Be-
„schluß des Landgerichtes erhobene Beschwerde
„zu verfügen, was Rechts“

auf folgenden Gründen:“

„Der Art. 34 Abs. 2 des Gesetzes vom 4. Juni
1848 über die Grundentlastung gestattet, daß die
vom Staate für abgetreten erhaltene Grundrenten
ausgestellten Ablösungsschuldbriefe auf Verlangen der
Berechtigten in so weit in gerichtliche Verwahrung
genommen werden, als es durch den Inhalt ihrer
Berechtigung gerechtfertigt wird. Die Veranlassung
dieser Bestimmung findet sich in der im Abs. 1
desselben Art. aufgestellten Voraussetzung, daß die
Rechte Derjenigen, zu deren Gunsten dauernde Lasten
auf den abgetretenen Grundrenten ruhten, auf die
Ablösungskapitalien übergegangen sind. Die Beur-
theilung des Bestandes und Umfangs solcher Berech-
tigungen kann offenbar und ausschließlich nur Gegen-
stand der Civiljustizpflege sein; es folgt daher von
selbst, daß die Ueberwachung und Aufrechthaltung
der deshalb vom Gesetze angeordneten Sicherheits-
maßregel der Deponirung auch nur denjenigen Civil-
gerichten, bei welchen die Ablösungsbriefe hinterliegen,
zustehen kann.“

II. Gleiche Entscheidung, im Wesentlichen aus
denselben Gründen, erließ der oberste Gerichtshof am
nämlichen Tage (Nr. 1075^{b 52/53}) in einem andern
Falle, in welchem auf den abgetretenen Zehentrenten
die kirchliche Baupflicht haftete, der Gutsherr deren
Ablösung nach dem Gesetze vom 28. Mai 1852 beab-
sichtigte und zwar bis zur quantitativen Feststellung
derselben durch die Distriktpolizeibehörde den gesetz-
lichen Maximalbetrag der Ablösungssumme in gericht-
licher Verwahrung belassen, den Mehrbetrag der Ab-
lösungsschuldbriefe aber verabsolgt haben wollte. Daß

Landgericht hat den Antrag, — hier unter ausdrücklicher Bezeichnung seiner Eigenschaft als Justizstelle, als unbegründet abgewiesen, daß kgl. Appellationsgericht die Beschwerde dagegen wegen Mangels einer Justizsache verworfen. In Bezug auf diese abweichenden Verhältnisse besagen die oberstrichterlichen Motive:

„Eine Ausnahme von der Regel, daß die Behandlung der bei den Gerichten deponirten Grund- oder Zehentrentenablösungsschuldbriefe Justizsache sei, läßt sich auch durch das Gesetz vom 28. Mai 1852 nicht rechtfertigen. Denn wenn gleich die Art. 12 und 13 die quantitative Feststellung der Zehentbaupflicht den Distriktpolizeibehörden in erster und den Kreisregierungen in zweiter Instanz zuweisen, so muß doch diese, gemäß Art. 15 a. a. O., auf gutem oder rechtlichem Wege vorausgegangen sein, bevor das zur Verwahrung berufene Gericht in die Lage kommen kann, die Rechtmäßigkeit der ganzen oder theilweisen Aufhebung des Depositums zu prüfen, weil es für die richtige Verwendung des Depositums im äußersten Falle verantwortlich bleibt. Wenn daher kgl. Landgericht die Anträge des Gutsherrn auf eine Aenderung des Depositumstandes zur Zeit zurückgewiesen hat, so bewegte sich dasselbe immer noch innerhalb der Grenzen seines judiziellen Wirkungskreises.“

2.

Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Erforderlich der Vorlesung. Unterkreuzung.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung, bei welcher es sich von der Gültigkeit eines gerichtlich aufgenommenen Testaments handelte, sagen hierüber:

Der Umstand, daß aus dem Protokolle nicht ersichtlich ist, ob dasselbe dem Testirer vorgelesen worden sei, bietet keinen Grund dar, das fragliche gerichtliche Testament anzufechten.

Die ausdrückliche Beurkundung, daß das Protokoll vor dem Schlusse des Aktes vorgelesen, und dessen Inhalt von der Person, deren Erklärung beurkundet worden, genehmigt worden sei,

vgl. Anmerk. zur O. Kap. 2 §. 3 lit. f.
kann keineswegs in dem Falle als eine wesentliche Bedingung der Gültigkeit und vollen Beweiskraft des Protokolles angesehen werden, wenn dasselbe von der vor Gericht handelnden Person unterzeichnet worden ist. Denn Derjenige, welcher ein Protokoll, das über eine von ihm abgegebene Erklärung aufgenommen worden, zur Bestätigung unterzeichnet, gibt hiermit thatsächlich kund, daß ihm der Inhalt des Protokolles bekannt sei, und er das darin Vorgetragene als mit seiner Erklärung übereinstimmend anerkenne. Seuffert, Comment. Bd. 2 S. 173 Not. 5. — (Im gegebenen Falle enthielt der Schluß des Protokolles die Erklärung des Testirers: er bestätige durch Handzeichen, daß dieses — nämlich das im Protokolle Beurkundete — sein freier und ungezwungener Wille sei.)

OLG. v. 25. Juni 1853. Nr. 1603⁵¹/₅₂.

3.

Gerichtlich protokolliertes Testament. Unrichtige Bezeichnung des Testirers bei Beglaubigung seines Handzeichens.

Das gerichtliche Protokoll, welches über die Testamenterrichtung des Johann Reck aufgenommen worden, hatte den Mangel, daß bei dem zur Bestätigung am Schlusse beigefügten Handzeichen ein unrichtiger Name angegeben war, nämlich:

S. m. ¹⁾ des Johann Kammerknecht.

Die wegen dieses Mangels versuchte Anfechtung des gedachten Testaments hatte keinen Erfolg. Die Motive der obersterichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Durch das von einer Kommission des k. LG.

¹⁾ Signum manus.

Zinnenstadt am 10. Aug. 1849 in der Wohnung
 des Bauers Johann Kech aufgenommene Protokoll
 ist beurkundet, daß Joh. Kech durch seinen Dienst-
 knecht Georg Kammerknecht am Tage vorher um
 Abordnung einer Gerichtskommission zur Aufnahme
 seines letzten Willens hatte bitten lassen, daß die
 Gerichtskommission sich vorerst von der Disposition-
 fähigkeit des Joh. Kech überzeugt und sodann die
 letzte Willensmeinung des Joh. Kech zu Protokoll
 genommen hat. Auch der Umschlag des
 verschlossen zu Gerichtshanden genommenen Proto-
 kolles vom 10. Juli 1849 enthält die Beurkundung
 der Gerichtskommission, daß sich in diesem Umschlage
 die letztwillige Disposition des Bauern Johann
 Kech befinde, wie derselbe solche der unterfertigten
 Kommission wörtlich zu Protokoll erklärt habe. Bei
 diesen Umständen könnte selbst dann, wenn Gewiß-
 heit darüber bestünde, daß das am Fuße des Pro-
 tokolls befindliche Handzeichen nicht von Johann
 Kech, sondern von Georg Kammerknecht herrühre,
 nicht der leiseste Zweifel darüber obwalten, daß das
 in dem Protokolle vom 10. Juli 1849 Enthaltene
 der letzte Wille des Bauers Johann Kech sei. . . .
 Auch ohne die dem Protokolle
 (später) beigefügte amtliche Berichtigung hätte für-
 höchst wahrscheinlich erachtet werden müssen, daß die
 dem Kreuze von dem Kommissionsaktuare beigefügte
 Anmerkung:

„S. m. des Johann Kammerknecht“
 lediglich auf einer Namensverwechslung beruhe, da
 der Schlusssatz des Protokolles in Verbindung mit
 dem vorausgehenden Inhalte desselben offenbar auf
 ein nun folgendes Handzeichen des Testators hin-
 weist, und die Namensverwechslung in dem Um-
 stande ihre Erklärung findet, daß der Name „Kam-
 merknecht“ im Eingange des Protokolles vorkommt,
 so daß jedenfalls nach Anleitung der Anmerk. zur

GD. Kap. 2 §. 3 lit. f. zu einer Vernehmung des Aktuars Anlaß gegeben gewesen wäre. Durch die dem Protokolle am 1. Feb. 1850 beigelegte amtliche Berichtigung, welche von den nämlichen Gerichtspersonen herrührt, von welchen das Protokoll vom 10. Juli 1849 aufgenommen worden, ist aber über die stattgehabte Namensverwechslung volle Gewißheit hergestellt, und es kann auch das Datum dieser Berichtigung keinen Zweifel über deren volle Glaubwürdigkeit begründen, da es sich um eine Thatsache handelt, welche auch nach Ablauf mehrerer Monate dem Gedächtnisse der Kommissionsmitglieder noch lebhaft eingeprägt sein konnte.

DAOE. v. 25. Juni 1853. Nr. 1603^{1/52}.

4.

Verjährung der Zinsenforderung nach preuß. Rechte. Statutenkollision.

In einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 11. Juni 1853 Nr. 949^{1/52} wurde die Bestimmung des preussischen Landrechtes Zhl. I Titel 11 §. 849, daß 10 Jahre rückständige Zinsen verjährt seien, auch in dem Falle angewendet, wo der Schuldner nach eingegangenem Hauptvertrage in eine Stadt übersiedelt war, in welcher das preussische Landrecht keine gesetzliche Kraft hat.

In den Motiven ist hierüber Folgendes bemerkt:

In der Doktrin und Praxis ist der Grundsatz anerkannt, daß sich alle Rechtsverhältnisse bezüglich eines Vertrages, namentlich jene der Erlöschung und speziell jene der Extinktiverjährung, nach den Gesetzen des Eingehungsortes¹⁾ richten, und eine Dozimisveränderung hierauf keinen Einfluß habe.

¹⁾ Vgl. indessen Bl. f. R. u. W. Bd. 8 S. 16.

Seuffert's Kommentar zur Gerichtsordnung
Band I Seite 257 u. 262.

Es findet dieser Grundsatz auch namentlich in Beziehung auf Zinsen seine Bestätigung in Fr. I princ. de usur. (22, 1) wornach das Maasß der Zinsverbindlichkeit nach den Gesetzen des Ortes, wo das betreffende Hauptgeschäft zu Stande kam, bemessen werden soll; eine Bestimmung, welche nothwendig auf dem Principe beruht, daß das Rechtsverhältniß der accessorischen Verbindlichkeiten den Gesetzen des Eingehungsortes bezüglich der prinzipalen Obligation unterworfen ist, so daß die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Verjährung der Zinsenforderung, welche am Orte des Hauptvertrages gelten, nur eine Konsequenz jener Bestimmung ist.

b

5.

Eideszuschlebung, betr. das precarium als Verstoßfehler.

Einer solchen Eideszuschlebung wurde um desswillen nicht stattgegeben, „weil das behauptete precarium, das als ein Rechtsbegriff sich nicht zur Eidesaufgabe eignet, von dem Deferenten thatsächlich gar nicht näher bezeichnet worden ist.“

DAWG. v. 8. März 1853. Nr. 986^{50/51}.

Berichtigungen.

Im Kommentar üb. d. GD. Bd. I. Aufl. II. S. 137. Note 13. B. 8 und Note 13^a B. 7 statt „43“ lies „63“; — S. 222 B. 3. statt „der öffentlichen“ l. „der Benutzung öffentlicher.“

In Bd. XIX der l. f. RA. S. 16. B. 1, 2. st. „werden“ l. „worden.“

Verl.: J. H. Seuffert. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Vom erbchaftlichen Gerichtsstand. — Abzugsziehung an Streitgenossen. — Verurteilungssumme. Zusammenrechnen der Forderungen, gegen deren Forderung appellirt wird. Gemeinschaftliche Abkänstion mehrerer Gantgläubiger.

Vom erbchaftlichen Gerichtsstand ¹⁾.

1.

Welcher Gerichtsstand für die hereditatis petitio gelte, ist eine unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern bestrittene Frage ²⁾. Im Streite liegt die Wahl zwischen dem Domizil-Gerichte des Beklagten und dem forum rei sitae, wobei die Zuständigkeit des letzteren von Manchen nur unter besonderen Voraussetzungen angenommen wird ³⁾. Ein drittes Forum für Erbschaftsklagen begegnet uns in der

¹⁾ Zur Erläuterung des Kommentars ü. d. O.D. Bd. I (Aust. II). S. 248. Ergebnis der zwischen Hrn. R. Brater und dem Verfasser über diesen Gegenstand gepflogenen Verhandlungen. Die Punkte, bezüglich welcher die Ansichten des Ersteren mit den im Kommentar aufgestellten Sätzen nicht ganz übereinstimmen, sind daselbst mit * * bezeichnet.

²⁾ Vgl. Wayer, Vorträge über den gemeinen ordentl. Civilprozeß S. 65; Arnolds Beiträge S. 117—126. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 65. Seuffert's Archiv Bd. 4 Nr. 84; Bd. 6 Nr. 62.

³⁾ Vgl. Linde Lehrbuch S. 90.

Praxis, nämlich der perſönliche Gerichtsſtand deſ Erblassers.

Die Erbſchaftsklage ſoll gegen Denjenigen angeſtellt werden, welcher den Nachlaß oder Nachlaßſachen pro herede oder pro possessore beſitzt⁴⁾. So lange ſich aber die Erbſchaftſachen im Gewahrsam der Verlaſſenſchaftsbehörde oder eines von ihr beſtellten Kurators befinden, fehlt es an jener Vorauſetzung der Erbſchaftsklage, an einem Beklagten mit den geſetzlichen Merkmalen. Da man nun die Interessenten nicht nöthigen kann, einen poſſeſſoriſchen Vorſtreit zu führen⁵⁾, wenn ſie es vorziehen, ſofort zum endlich entſcheidenden Streite überzugehen⁶⁾, ſo führte das praktiſche Bedürfniß darauf, die Geltendmachung der kollidirenden Ansprüche, wie ſie durch deren Anmeldung bei der Verlaſſenſchaftsbehörde geſchieht, in eine Prozeßverhandlung über das Erbrecht übergehen zu laſſen⁷⁾, und dieſem Uebergange entſprechend, den für die Perſon deſ Erblassers kompetent gewieſenen Richter, welchem die

⁴⁾ Vgl. fr. 9, 11 §. 1, fr. 12, 13 pr. §. 4, 5, 8, fr. 16 §. 2 de hered. petit. (5, 3) mit Bayer RM. III, 1 §. 9 Nr. 1, 2 und Anmerk. zu dieſer Stelle Nr. 3.

⁵⁾ Ueber die Geſtaltung deſ poſſeſſoriſchen Vorſtreites in obiger Sachlage ſ. Bl. f. RM. V S. 257, XIX S. 102 f.

⁶⁾ Vergl. Kretſchmar zu RM. III, 1 §. 10 Nr. 1 a. G.: „Interdicta adipiscendae poſſeſſionis gehören nicht ad poſſeſſoriam ſummariam ſondern ad plenariam et ordinariam. Da nun zwiſchen dieſen letztern, dann dem Petitorio ſowohl circa proceſſum, als probationem, wenigſtens dem hieſigen Gerichtsſtylo nach, kein Unterſchied mehr iſt (OD. III §. 4 r. 18 Not. s), ſo thut Kläger weit beſſer, wenn er das Interdictum fahren läßt und ſtatt deſſen gleich in petitorio agirt. . . .“. — Abweichend Seuffert's Archiv I Nr. 280.

⁷⁾ Vgl. Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 111, 265.

Verlassenschaftsbehandlung als Geschäftszweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit zusteht, auch als Richter für den Erbschaftsstreit anzuerkennen⁸⁾. Obnehin ergibt sich aus der Natur der hereditas, als einer universitas juris, das Postulat eines forum universale. Da nun die mannigfachen Sachen und Rechte, welche den Nachlaß bilden, nur durch die Beziehung auf die Person des Erblassers (als dessen Vermögen) zur Einheit zusammengefaßt sind, so scheint es eine natürliche Folge, das forum (universale) für die Erbschaftsklagen in dem persönlichen Gerichtsstande des Erblassers aufzustellen. Dem entspricht es auch, daß der Wohnort des Erblassers es ist, nach dessen Gesetzen sich die Erbfolge in den Nachlaß bestimmt⁹⁾; indem, wie Savigny (System Bd. VIII §. 356, 359, 360) gezeigt hat, die Normen über den Gerichtsstand mit denen über Statuten-Kollision der Regel nach in Wechselbeziehung stehen. In der That wurde der persönliche Gerichtsstand des Erblassers als forum universale für Erbschaftsprozesse aus dem Standpunkte des gemeinen Rechts schon von Pütter (Rechtsfälle Bd. I S. 42), wie folgt, anerkannt:

„Hereditas bewirkt bekanntlich ein iudicium universale. Dabei ist es nicht mit einem oder anderen actibus iudicii ausgemacht, sondern auf alle und jede nur vorkommenden Fälle, die qualicumque modo ad iudicium gehören, den Rechten nach abgesehen, so daß das nur der Kürze halber so ausgesprochene Brocardicum: hereditas sequitur forum defuncti, eben das heißt, als

8) Natürlich dessen Zuständigkeit für streitige Rechts-sachen dieser Art vorausgesetzt. Vgl. in dieser Beziehung Comment. a. d. OÖ. Bd. 1 (Ausf. II) S. 249 Note 17.

9) Savigny System Bd. VIII §. 375, 376. Zum Theil abweichend Bayer. Pandrecht Th. III Kap. 12 §. 1 Nr. 6.

enn ausdrücklicly gesagt würde: *hereditas ejusque judicium universale, et quidquid eo perlinet, sequitur forum defuncti.*“

2.

In der Gerichtsordnung von 1753 iſt der Gerichtsſtand für die *hereditatis petitio* nicht beſonders erwähnt ¹⁰⁾. Aber der §. 9 Kap. I beſtimmt allgemein:

Alle Klagen, welche mehr auf die Sache ſelbſt, als auf die Perſon gehen, ſollen ſowohl in *petitorio* als *possessorio* bei der Obrigkeit des Orts, wo ſich die Sache befindet, ohne Unterſchied derſelben geſtellt werden.

Im Hinblick auf die Anmerk. zu dieſem §. und zum folgenden §. 10 lit. b ¹¹⁾ läßt ſich nicht bezweifeln, daß dieſe Vorſchrift nach der Intention des Geſetzgebers auch für *petitorische* und *possessorische* Erbſchaftsklagen gemünzt war. Für die Fälle des „Liegens der ſtreitigen Erbſchaft an verſchiedenen Orten“ dachte man nicht an das oben bezeichnete *forum universale* ¹²⁾, ſondern an das *forum continentiae ex identitate reali*, von welchem der §. 10 Kap. I der O.D. handelt ¹³⁾.

Zehn Jahre nach Verkündung der O.D. er-

¹⁰⁾ Die Stelle des §. 14 Kap. I: „Im Uebrigen repräsentirt die Erbſchaft, ſo lange ſie liegt, allegelt noch die Perſon des Verſtorbenen“ — hat keinen Bezug auf die zur Geltendmachung des Erbrechts dienenden Klagen. Da es bei beſtrittener Erbfolge noch ungewiß iſt, wem die Delation geſchah, ſo kann hier der Gegensatz von liegender und angetretener Erbſchaft keinen weſentlichen Einfluß äußern. Vgl. unten Nr. 4.

¹¹⁾ Vgl. auch Anmerk. zum R.R. III, 1 §. 9 Nr. 3. Gleichwie *actiones reales* überhaupt nur *contra possessorem* gehen, ſo hat auch *petitio hereditatis* u. ſ. w.

¹²⁾ S. Comment. u. d. O.D. Bd. I (Ausf. II) S. 116 f.

¹³⁾ Vgl. unten S. 72.

klärte ſich ihr Verfaſſer und Kommentator für eine andere Anſicht. Derſelbe äußert nämlich, und zwar unter Bezugnahme auf die angeführte (1760 erſchienene) Deſubktion Pütter's, in den Anmerkungen zum Landrecht von 1756 Th. III Kap. 1 §. 9 Nr. 10:

„Von dem Foro, wo mit dieſer Klage angebunden werden muß, wird zwar in Tit. Cod. ubi de hered. agatur.¹⁴⁾ eigens gehandelt, jedoch ſo zweifelhaft, daß ſich die Authores in der Auslegung ſelbſt nicht mit einander vereinigen können; communior et probabilior opinio aber geht nach dem bekannten Principio, quod hereditas repræſentet personam defuncti dahin, daß das Forum, worunter der Erbſaffer ſeines Domicilii oder Privilegii halber geſtanden iſt, auch quoad totam hereditatem generaliter fundirt ſei, mithin all übrige fora particularia contractus, rei sitae und ſonſt nach ſich ziehe, ausgenommen quoad bona extra territorium sita. . . .“

In dem auf das Erſcheinen von Bd. III der Anmerkungen zum Landrechte folgenden Jahre erging in Bezug auf einen Kompetenzkonflikt eine landesherrliche Entſchließung (6. Aug. 1764), welche lautet:

„Ihro Kurfürſtliche Durchlaucht haben ſich über die wegen der Baron Wechmannſchen Verlaſſenſchafts-Verhandlung hinc inde erſtatteten Hof- und Kriegsraths-Berichte gehorſamſten Vortrag thun laſſen. Da nun kündigen Rechts iſt, daß das Forum, worunter der Erbſaffer ſeines domicilii oder fori privilegiati halber in Lebzeiten geſtanden hat, auch quoad totam hereditatem et bona intra territorium sita fundirt

¹⁴⁾ III, 20: Illic, ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit: hereditatis controversia terminanda.“
Vgl. fr. 29 §. 4 de inoff. testam. (5, 2), fr. 50 de judiciis (5, 1). — Arndts u. Wayer a. a. O. S. auch Wayer im Archlv f. civ. Praxis Bd. 6 S. 180 f. Heffter eb. Bd. 11 S. 201 f.

sel, mithin alle *fora particularia* sowohl in loco *relatio*, als sonst von Rechtswegen nach sich zieht ¹⁵⁾: so wollen Ihre Kurfürstliche Durchlaucht, daß die Baron Weichmann'sche Verlassenschaft bei dem Hof-Kriegsrath *ex capite iudicii et fori universalis* um so mehr verhandelt werde, als damit theils durch die vorgenommene Obsequation, theils durch die *a parti-bus interessatis* abgeforderte Erklärung bereits der Anfang gemacht, folglich das Forum allschon prävenirt worden ist, sich auch vor kurzen Jahren ein ganz gleichförmiges *praejudicium* in der Baron Klingberg'schen Verlassenschaft ergeben hat."

Diese landesherrliche Entschließung wurde in Mayr's Generalien-Sammlung (Bd. IV S. 928) aufgenommen und kommt daher als Prozeß-Novelle mit Gesetzeskraft in Betracht ¹⁶⁾. Faßt man ihren Inhalt für sich in's Auge, so mag allerdings die Meinung sich darbieten: sie beziehe sich nur auf die Kompetenz zu Verlassenschafts-Verhandlungen, soweit diese in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschlagen ¹⁷⁾. Aber aus dem Zusammenhange mit der angeführten Anmerk. zum Art. III, 1 S. 9 Nr. 10 ergibt sich, daß eine solche Beschränkung der Intention bei Aufstellung der motivirenden Prämissen nicht stattgefunden habe, daß vielmehr die Zuständigkeit des Forum, worunter der Erblasser seines Domizils oder Privilegiums halber in Lebzeiten gestanden, insbesondere auch für die Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*) als „künftigen Rechts“ anerkannt werden wollte. Der nächste Gegenstand des

¹⁵⁾ Vgl. Pütter a. a. O. S. 7, wo es (in §. 4) für unfeugbar erklärt ist: *quod hereditas, tamquam successio in omne jus defuncti, hujus etiam forum aequatur, et quidem neutiquam forum aliquod speciale, veluti contractus vel rei sitae, sed forum defuncti generale, sive domicilii, sive privilegium.*"

¹⁶⁾ Comment. u. d. O. D. Bd. 1 S. 7 (Anst. II S. 6).

¹⁷⁾ Vgl. Bayer, Vorträge über den bayer. Civilprozeß zu Kap. I S. 9.

Kompetenzkonflikt, in dessen Entscheidung auf das „kündige Recht“ über den Gerichtsstand in Erbschaftssachen Bezug genommen worden, mag zwar eine Verlassenschafts-Behandlung in den Grenzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewesen sein; aber die Tragweite des als Entscheidungsmotiv ausgesprochenen Grundsatzes geht über diese Grenzen hinaus. Des Umstandes, daß im gegebenen Falle theils durch die vorgenommene Obsequation, theils durch die Aufforderung der Interessenten zur Erklärung „bereits der Anfang gemacht war“, ist dabei nicht als der hauptsächlichlichen Voraussetzung, sondern nur als eines bestärkenden Momentes gedacht worden. Das Hauptmotiv der Entscheidung war die Annahme der „communior et probabilior opinio“, von welcher die Anmerk. zum VI. spricht, und Pütter den Rechtsatz ableitet: *hereditas ejusque iudicium universale, et quidquid eo pertinet, sequitur forum defuncti*. Nach den Auslegungsgrundsätzen, welche für solche durch spätere Verkündung mit der Kraft allgemeiner Gesetze befehlten Reskripte gelten¹⁸⁾, ist aus der Entscheidung des einzelnen Falles die darin ausgedrückte allgemeine Regel herauszufinden; die allgemeine Regel, welche dem Reskripte von 1764 zu Grunde lag, erstreckt die Wirksamkeit des darin bezeichneten *forum universale* auch auf streitige Erbschaftssachen, auf das Gebiet des Civilprozesses. Aus der Bezugnahme auf Pütter's Deduktion in der Gräfflich Würmbrandischen Verlassenschaftssache, welche in der mehrgedachten Anmerk. zum VI. vorkommt, sowie aus der Uebereinstimmung des in dem Reskripte von 1764 Gesagten mit Stellen der Deduktion, läßt sich die Annahme begründen: daß die Ausführung des genannten Schriftstellers auch bei Abfassung des

18) Vgl. Savigny System I. S. 260.

Reſcriptes vorgeſchwebt habe. In dem §. 5 derſelben (§. 8) heißt es aber:

„Wie nun der allgemeine erſchtsſtand einer erlaſſenſchaft Beides, voluntaria und contentiosa, unter ſich begreift: ſo war es natürlich, daß dem höchſtverleiſſlichen Reichshofrath bei gegenwärtig Reichsgräflich Wurmbrandiſcher Verlaſſenſchaft, ſowohl die Obſignation und Sperrung im Sterbeſaule, nebst der nachherigen Reſignation, Inventur, Nachſuchung und Eröffnung der letzten Willensverordnungen, Ingleichen die Bevormundung des minderjährig nachgelassenen Herrn Sohns,, als auch alles Erkenntniß über die Erbsfolge ſelbſten von Rechtswegen zukam.

So wie die petitorische Klage zuſolge des in dem Reſcripte von 1764 außgeſprochenen Rechtsſatzes an das erbſchaftliche „forum universale“ gehört, eben ſo die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel (interdictum quorum bonorum und remedium ex l. ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo); nicht minder die actio familiae erciscundae und die vorbereitenden Rechtsmittel¹⁹⁾ (interdictum de tabulis exhibendis und actio ad exhibendum).

3.

In der erſten Abtheilung gegenwärtiger Erörterung wurde bemerkt, daß die Ausnahme des perſönlichen Gerichtsſtandes des Erblassers als forum universale für den Erbſchaftsſtreit in Fällen, wo noch keiner der Interessenten in den Beſitz gekommen iſt, dem praktiſchen Bedürfnisse entſpreche. Dieſes Bedürfniß waltet nicht ob, wenn der Erbſchaftsſtreit erſt eingeleitet wird, nachdem einer der Präſtendenten in den Beſitz des Nachlaſſes gelangt iſt. Die „mehr auf die Sache gehende“ Klage kann nun gegen den Beſitzer bei dem forum rei ſitae

¹⁹⁾ S. inbeſſen Comment. I. S. 78 (Aufl. II. S. 100).

angestellt, und dem Postulate der Einheit der Rechtsverfolgung in Ansehung aller zum Nachlaſſe gehörigen Sachen, durch Klagstellung nach den Grundsätzen vom *forum continentiae ex identitate reali* entsprochen werden. Auch der Einklagung bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten, dessen Person durch den Besiz des Nachlaſſes festgestellt ist, steht nun kein Hinderniß mehr im Wege. Nach erfolgter Ausantwortung des Nachlaßbesizes an einen Prätendenten möchte es sogar nicht selten als unangemessen und ſachhinderlich erscheinen, wenn eine spätere Erbſchaftsklage an die ehemalige Verlaſſenſchaftsbehörde, welcher der Beklagte weder für ſeine Person, noch durch Liegen ererbter Vermögensſtücke untergeben iſt, gebracht werden müßte. In der That iſt Grund vorhanden, anzunehmen, der in dem Reſkripte vom 6. Aug. 1764 ausgeprägte Rechtsſatz ſolle ſich nur auf diejenigen Fälle ſtreitiger Erbſchaftſachen beziehen, wo die Streitverhandlung bereits vor Erledigung der in der Sphäre der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegenden Verlaſſenſchaftsbehandlung, inſbeſondere vor Belangung eines Prätendenten in den Nachlaßbeſiz eingeleitet wird. Kreitzmahr, unzweifelhaft der Verfaſſer des Reſkriptes von 1764, äußert im weiteren Verlaufe der mehrerwähnten Num. 10 zum Bd. III, 1 §. 9:

„Wie und auf was Weis ſich die Verlaſſenſchaften, welche in mehrerlei Gerichts-Diſtrikten liegen, *ex continentia causae* auch *ad iudicium omnium superius* qualiſizieren mögen, iſt ſchon *ad Cod. jud. cap. 1 §. 10 lit. b* in nolis von uns angeführt worden.

Dieſe Aeußerung würde in ſchneidendem Widerſpruche mit dem Vorhergeſagten (vgl. oben S. 69) ſtehen, wenn man nicht die beiden Stellen auf verſchiedenartig geſtaltete Fälle bezieht.

Nach der erſten Stelle ſoll das *forum rei sitae*, als abſorbiert vom univerſellen Erbſchaftsforum, nicht

in Betracht kommen; nach der zweiten wird: das Liegen der Verlassenschaft als das für die Bestimmung des Verichtsstandes entscheidende Moment bezeichnet, und demzufolge für den Fall des Liegens in mehreren Verichtsbezirken die Zuständigkeit des *forum continentiae* angenommen. Daß Kreittmayr beim Niederschreiben der zweiten Stelle an den Inhalt der ersten nicht mehr gedacht habe, läßt sich gewiß nicht voraussetzen. Man muß vielmehr den Schein des Widerstreites durch eine passende Unterscheidung zu heben suchen. Eine solche Unterscheidung bietet sich in den Erwägungen dar, nach welchen die Annahme, die Erbschaftsklage gehöre an den allgemeinen Verichtsstand des Erblassers, als ein Postulat des praktischen Bedürfnisses erscheint. Nach Ausantwortung des Nachlasses waltet gezeigtermaßen dieses Bedürfniß nicht mehr ob; also fehlt es nicht an einem innern Grunde für die Vermuthung, der Verfasser dieser Anmerkungen, wie des *Rescriptes* von 1764, habe für die Wirksamkeit jenes *forum universale* nur die Zeit vor Erledigung der Verlassenschaftsbehandlung, vor Ausantwortung des Nachlasses im Sinne gehabt.

Die Annahme einer in dieser Art beschränkten Intention empfiehlt sich um so mehr, als damit auch für die Stellen der Anmerkungen zur *GD.*, welche die vom *Forum* der dinglichen Klagen geltenden Regeln auf die *hered. petitio* beziehen, ein Gebiet der Anwendung erhalten wird. So wie die Prozessualisten unserer Zeit bei der Lehre vom *Forum* der Erbschaftsklage von der besonderen Sachlage, welche die obrigkeitliche Verlassenschaftsbehandlung herbeiführt, keine Notiz nehmen, so hatte auch Kreittmayr in den Schriftstellern, welche er bei Abfassung der *GD.* und der Anmerkungen zu dieser benützte, keinen Anlaß gefunden, sich darüber auszusprechen, was unter solchen Umständen über den Verichtsstand Rechtens sei.

Er hatte lediglich den Fall einer Erbſchaftsklage gegen den Erbſchaftsbeſitzer vor Augen, wie ihm bloß dieſe faktiſche Vorausſetzung auch noch bei Re- digirung des Rr. III, 1 §. 9 Nr. 1²⁰⁾ vorſchwebte. Erſt in der Zeit zwiſchen der Verkündung des Land- rechts (1756) und der Abfaſſung der Anmerkungen zum III. Theil dieſes Geſetzbuches wurde er durch die oben erwähnte Stelle von Pütter's Rechts- fällen (1760) darauf aufmerkſam gemacht, daß es in der Praxis anders ausſehe, als er aus den von ihm be- nützten Autoren entnommen, und daß für den Fall, wenn noch keiner der Prätendenten im Beſitz, die Verhandlung der Erbſchaftstreite bei dem Gerichte, unter welchem der Erbſtifter ſeines Domizils oder Privilegiums halber geſtanden, in notoriſcher Übung ſei. Dieſen Fortſchritt ſeiner praktiſchen Anſchauung benützte er ſofort bei Abfaſſung der An- merk. 10 zu Rr. III, 1 §. 9, und die nächſte Ge- legenheit, die ein zu landesherrlicher Entſchließung erwachſener Fall darbot, wurde von ihm ergriffen, um darin die in der ebenerwähnten Anmerkung be- reits adoptirte Lehre nicht etwa als Neuernng in's Leben zu führen, ſondern als „künbiges Recht“ in Anwendung zu bringen; künbig, zwar nicht nach Beſtimmungen der G.D., bei deren Redaction an Fälle dieſer Kategorie gar nicht gedacht war, wohl aber nach der Praxis, in und außer Bayern; aber nur für Fälle der noch ſchwebenden obrigkeitlichen Verlaſſenſchaftsbehandlung, ohne daß für die anderen Fälle, wo ein Prätendent bereits in den Beſitz ge- langt iſt, die Geltung der in der G.D. und den An- merk. zu dieſer ausgeſprochenen Anſicht verkürzt wer- den wollte. Demzufolge gehören

²⁰⁾ „*Petitio hereditatis*, mittelſt welcher der rechtmäßige Erbe Denſelgen, der die Erbſchaft entweder pro herede, oder poſſessore inne hat, um die Abtretung derſelben belangt.“

1) Erbschaftsprozesse, sowohl possessorische, als petitorische, unter mehreren kollidirenden Prätendenten, von welchen keiner noch zum Besiz des Nachlasses (beziehungsweise des den Streitgegenstand bildenden Nachlasttheiles) gelangt ist, an das Gericht, unter welchem der Erblasser seines Domizils oder Privilegiums halber gestanden, also an dasjenige Gericht, welches für die Verlassenschaftsbehandlung zuständig ist ²¹⁾).

2) Will wider einen (pro herede oder possessore) besizenden Gegner geklagt werden, so ist dieß bei dem forum rei sitae (beziehungsweise forum continentiae ex identitate reali) zu thun. War jedoch der petitorisch zu Verklagende in Folge eines possessorischen Rechtsstreites (mit dem jetzigen Kläger) in den Besiz gelangt, so ist der Richter des letztern auch für den petitorischen Streit zuständig ²²⁾).

3) In den Voraussetzungen des forum rei sitae fehlt es, wenn die Klage ²³⁾ nur auf Ersatz für veräußerte oder verzehrte Erbschaftsstücke, oder auf den Betrag von Erbschaftsgeldern oder eingezogenen Kapitalien geht. In solchem Falle gehört sie an den persönlichen Gerichtsstand des Beklagten. Geht aber die Klage zugleich auf körperliche, im Besiz des Beklagten befindliche Erbschaftssachen, welche in einem anderen Gerichtsbezirke liegen, so ist ein Fall des forum continentiae gegeben, welcher über die im Komment. u. b. O. Bd. I S. 84 ff. (Ausf. II

²¹⁾ Vgl. Stürger Bemerkungen S. 98—9, S. 133 ad IV, S. 193 ad 4.

²²⁾ Zufolge O. I §. 10, beziehungsweise C. 10 de judic. (3, 1), C. 13 de rei vind. (3, 32); cap. 1. X. de causa poss. (2, 12); cap. 1. X. de sequest. poss. (2, 17). Vgl. Anmerk. zur O. a. a. D. lit. a und Gruffert's Archiv Bd. 3 Nr. 372.

²³⁾ Von einer nach Erledigung der Verlassenschaftsbehandlung (§. Nr. 1) anzustellenden Klage handelt es sich.

§. 116 ff.) bezeichneten Grenzen dieses Gerichtsstandes hinausgeht. Aus demselben Klagegrunde (dem Erbrechte) werden Sachen, welche an einem bestimmten Orte liegen, und zugleich Leistungen gefordert, bezüglich welcher ein solches räumliches Verhältniß nicht obwaltet. Hier ist die Klage bei demjenigen Obergerichte einzureichen, welchem sowohl das den persönlichen Gerichtsstand des Beklagten bildende Gericht, als auch das *forum rei sitae* der geforderten Erbschaftssachen untergeben ist, und in Ermangelung eines gemeinschaftlichen Obergerichts das Forum nach den im Comment. §. 85 (Ausfl. II §. 117) vorgetragenen Grundsätzen zu bestimmen.

4) Was oben §. 72 über den Gerichtsstand der *actio familiae erciscundae*, sowie der vorbereitenden Rechtsmittel gesagt ist, soll gleichfalls nur für die Zeit gelten, während welcher der allgemeine Gerichtsstand des Erblassers für die Erbschaftsklagen zuständig ist. Die Erbtheilungsklage gegen einen Besitzer, resp. Mitbesitzer des zu theilenden Nachlasses oder Nachlaßtheiles, gehört an das *forum rei sitae*, resp. *continentiae ex identitate reali*. Die vorbereitenden Rechtsmittel folgen dem Wechsel, welcher für den Gerichtsstand der Hauptsache eintritt.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Uebung an Streitgenossen.

Eine Gutsherrschaft klagte gegen die Erben der Wittve N. mehrere Schuldforderungen, mit deren Bezahlung die Erblasserin im Rückstand geblieben war, ein, und es wurde der Klägerin unter Anderen auch darüber Beweis auferlegt: daß sich die Wittve Katharina N. mit der Gutsherrschaft wegen rückständiger Gefälle am 11. Okt. 1835 auf eine in zehn

Jahresfristen zahlbare Summe von 50 fl. abgefunden habe.

Es handelte sich in der Folge, da der klägerische Urkundenbeweis als mißlungen betrachtet wurde, von der Zulässigkeit des eventuell gebrauchten Beweismittels der Eidesbelation, welche die Beklagten aus dem Grunde, weil der Eid ein ihnen fremdes Faktum betreffe, bestritten und äußersten Falles dem klagenden Gutsherrn zurückgeschoben hatten.

Das betr. Appellationsgericht, welches die Sache in erster Instanz zu entscheiden hatte, erkannte auf Ableistung des dem Kläger referirten Eides ¹⁾, und dieser Ausspruch, gegen welchen die Beklagten in Verbindung mit anderen nicht hierher gehörigen Beschwerdepunkten appellirten, wurde durch oberstgerichtliches Erkenntniß vom 18. Dezember 1853, Reg.-Nr. 774¹/₅₂ aus nachstehenden Gründen bestätigt:

„Der Streitentscheidungs Eid setzt allerdings nach der O. XIII, §. 2, Nr. 2 eine Geschichte voraus, von welcher der Delat selbst eigene Wissenschaft haben kann, und ein solches eigenes Wissen ist nur dann als vorhanden anzunehmen, wenn es sich entweder von einer eigenen Handlung des Delaten, oder von einem Faktum oder Zustande handelt, dessen Hergang, resp. Dasein, er selbst unmittelbar wahrgenommen hat.

Seuffert's Kommentar zur O. Band III S. 296.

Diese Voraussetzung ist aber jedenfalls bezüglich des Mitbeklagten Michael M. gegeben, indem die klägerische Behauptung, daß er dem Akte, in welchem zwischen der Gutsherrschaft und der Wittve M. die Uebereinkunft rücksichtlich der fraglichen Abfindungssumme getroffen wurde, persönlich beigewohnt habe,

¹⁾ Das U. G. nahm an, daß die Beklagten, weil sie sich zur Zeit des fraglichen Vergleiches bei ihrer Mutter aufhielten und damals schon die Mündigkeit erreicht hatten, in der Lage gewesen seien, von jenem Vergleichsabschlusse Kenntniß zu erlangen.

weder von ihm selbst, noch von den übrigen Beklagten speziell widersprochen worden, mithin für zugestanden zu erachten ist. Da sonach bezüglich des erwähnten Mitbeklagten das Erforderniß der eigenen Wissenschaft vorliegt, so hat es nicht wesentlich darauf anzukommen, ob dieselbe Voraussetzung auch bezüglich der übrigen Mitbeklagten gegeben sei, denn die Regel, daß das erwähnte Erforderniß bei theilbarem Interesse bezüglich aller Streitgenossen, denen der Eid zugeschoben wird, vorhanden sein müsse, beschränkt sich nach der Natur der Sache nur auf den Fall, wenn die Umstände so beschaffen sind, daß der Eid nothwendig von sämmtlichen Streitgenossen abzuleisten wäre, und zwar insonderheit, wenn es sich von einem dieselben unmittelbar verpflichtenden Faktum handelt. Jene Regel erleidet aber eine sich von selbst verstehende Ausnahme, wenn die Eideszuschreibung eine Handlung betrifft, welche, obwohl nur Einem der Streitgenossen bekannt, oder nur von ihm allein vorgenommen, doch auf das ganze Rechtsverhältniß ihren Einfluß erstreckt.

Seuffert a. a. O. S. 311. sub VI. 13.

Ein solcher Ausnahmefall ist hier gegeben, indem es sich nicht von einer eigenen, die Verpflichtung der Beklagten unmittelbar begründenden Handlung derselben, sondern von einer Handlung ihrer Mutter und Erblasserin handelt, wegen welcher die Beklagten, als deren Erben, somit als mittelbar verpflichtet, in Anspruch genommen worden sind, folglich die zu beschwörende Thatsache von der Beschaffenheit ist, daß sie auf das ganze Rechtsverhältniß Einfluß hat.

Daß die prozessualische Wirksamkeit der dem Mitbeklagten Michael M. auf zulässige Art geschehenen Eideszuschreibung sich unter den hier obwaltenden Umständen auch auf die übrigen Streitgenossen zu erstrecken hat, kann in der Erwägung keinem Zweifel unterliegen, daß in dem Falle, wenn der erwähnte Mitbeklagte den zugeschobenen Eid angenommen und

abgeleistet hätte, schon hierdurch allein die rechtliche Folge der Entbindung der sämtlichen Beklagten von der Klage bezüglich des libellirten Vergleichsquantums herbeigeführt worden sein würde, ohne daß hiezu auch noch die Eidesleistung der übrigen Beklagten, welche in Ermangelung eigenen Wissens nicht hätten schwören können, nothwendig gewesen wäre.

Bei der an dem Mitbeklagten Michael M. zulässigen und ihre Wirksamkeit auch auf die übrigen Mitbeklagten erstreckenden Eideszuschreibung unterliegt die hierdurch bedingte Statthaftigkeit der Eideszurückschreibung an den Kläger keinem Anstande, da die zu beschwörende Thatsache so beschaffen ist, daß Kläger den Eid auf den Grund eigenen Wissens schwören kann.

Gl.

2.

Berufungssumme. Zusammenrechnen der Forderungen, gegen deren Locallon appellirt wird. Gemeinschaftliche Abhäsion mehrerer Oantgläubiger.

Wgl. Koniment. ii. d. O.D. Bd. 4 S. 42.

Eine Zusammenrechnung der Forderungen mehrerer, wenn gleich von einem und demselben Anwalte vertretenen, jedoch in keinem Oitiskonsortium stehenden Gläubiger ist (insbesondere auch zum Zwecke der gemeinschaftlichen Abhäsion) unstatthaft. §. 62 der Nov. v. 1837.

Wenn dagegen die einzelnen im Appellations- (Revisions-) Wege bekämpften Posten, jeder für sich, die Appellations- (Revisions-) Summe nicht erreichen, wohl aber die erforderliche Beschwerde-Summe bei der vom Appellanten (Revidenten) selbst liquidirten Post vorhanden ist, so findet eine Zusammenrechnung jener einzelnen Posten der Appellanten (Revisen) zur Bildung der für die Zulässigkeit des Rechtsmittels nöthigen Summe allerdings statt.

OLGE. v. 11. Juli 1853. Nr. 1057⁵¹/₅₂. Wgl. auch OLGE. Nr. 1434⁵⁰/₅₁.

Red.: J. M. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Vom erbchaftlichen Gerichtsstand. — Zur Lehre vom Beweise des Eigenthums, Miteigenthums und anderer Rechtsverhältnisse dinglicher Natur. Vermuthungsbeweis. — Einkindschaft von Kindern, welche bereits in einer früheren Ehe eingekindschaftet worden. — Aufhebung einer Einkindschaft, wegen Nichterfüllung der zum Besten der zu un-
!1!
terenden Kinder angeordneten Erfordernisse. — Anordnung eines Vergleichsversuchs ohne Weiseln der Anwälte. — Statutenkollision. Verträge über Eigenschaften oder denselben gleichgeachtete Rechte. —

Vom erbchaftlichen Gerichtsstand.

(Schluß).

4.

Ueber den Gerichtsstand bei Forderungsklagen aus Schuldbverhältnissen des Erblassers spricht sich die C.D. Kap. I §. 14, anknüpfend an die Bestimmung, daß der Gerichtsstand des Vaters für die Kinder durch die Vertheilung der väterlichen Erbschaft aufhört, dahin aus:

„Im Uebrigen repräsentirt die Erbschaft, so lange sie liegt, allezeit noch die Person des Verstorbenen, und wenn die Jurisdiction einmal gegen ihn in Sachen prävenirt worden ist, so kann sich auch der Erbe derselben, unter dem Vorwande, daß er für seine Person nicht dahin gehörig sei, hierin keineswegs entziehen.“

Zur Erläuterung dieser Bestimmung äußert Kreittmayr in der Anmerk. zum §. 14 a. E.:

„Wie der Verstorbene selbst bei Lebzeiten in Personal-Ansprüchen seine ordentliche Obrigkeit, in realibus aber *judicem loci rei sitae* zu erkennen gehabt hat, so richtet man sich auch nach seinem Tode noch allerdings darnach, besonders in *hereditato-jacente*;

nach angetretener Erbschaft steht man nicht mehr auf das *forum defuncti*, außer so weit die Sache schon bei Lebzeiten gegen ihn angefangen ist; und wenn die Erbschaftsstücke unter mehrererlei Jurisdiktionen liegen, so ist nicht außer Acht zu lassen, was man oben S. 10. de *connexitate causarum* ²⁴⁾ angeführt hat.“

Abgesehen von den eine Beschränkung andeutenden Worten „besonders in *hereditate jacente*“, ist hier ausgesprochen, daß mit der That-
sache, welche dem Liegen der Erbschaft ein Ende macht, nämlich mit der Erbschafts-Antretung die Zuständigkeit des Gerichtes, unter welchem der Erblasser für seine Person gestanden, bezüglich der Geltendmachung von Forderungen an Letzteren, welche jetzt erst durch Klagestellung geschieht, nicht mehr stattfindet. Demzufolge müßten z. B. die Klagen der Gläubiger eines Erblassers, welcher seinen Wohnsitz zu Passau hatte, gegen den zu Aschaffenburg wohnenden Erben, sobald dieser angetreten, bei dem Gerichte des letzteren Ortes erhoben werden; und zwar ohne Rücksicht auf den Umstand, daß etwa zur Zeit der Klagestellung die Verlassenschaftsbehandlung bei dem Gerichte zu Passau noch schwebt, und die Auskunftung des Nachlasses an den Erben noch nicht stattgefunden hat. Indessen wurde bereits gezeigt, daß erhebliche Gründe für die Annahme sprechen, Kreittmayr habe bei Redigirung der *GD.* und der Anmerkungen zu dieser die besondere Sachlage, welche eine sich durch Monate oder gar Jahre fortschleppende obrigkeitliche Verlassenschaftsbehandlung mit sich bringt, nicht im Sinne gehabt. Daß die Zuständigkeit des *forum accessorium* (d. h. des dem Gerichtsstande des Erblassers folgenden) für Klagen aus Forderungen gegen den

²⁴⁾ Darunter ist hier das *forum continent.* verstanden.

Erblaffer bezüglich der Zeit, wo das Liegen der Erbschaft durch die Antretung aufgehört hat, nicht unbedingt ausgeschlossen werden wollte, lassen die Worte „besonders in hereditate jacente“ entnehmen; auch kommt in Betracht, daß Lauterbach (colleg. theor. pract. V, 1 §. 57), den Kreittmayr für obige Stelle der Anmerkungen anführt, eine von dieser abweichende Ansicht aufstellt, wie folgt:

„Ex alterius persona communi jure forum sortitur heres, qui in foro defuncti actionibus contra defunctum radicalis recte convenitur et sese defendere tenetur, licet ipse ex sua persona ibi Jurisdictioni subjectus non sit, adeo, ut heres etiam absens ad illud forum vocari, et contra illum procedi possit, etiamsi judicium nondum coeptum; nec ipse suo proprio privilegio forum defuncti, nec in cujus locum successit, declinare valeat, etsi judicium a defuncto non fuerit acceptum. . . .“

Im Hinblick auf diese Auslegungs-Elemente mag es weniger überraschen, daß Kreittmayr in der mehrerwähnten Anmerk. 10 zum R.R. III, 1 §. 9 sich für die Zuständigkeit des unverfellen Erbschaftsgerichtes (d. h. des forum, unter welchem der Erblaffer seines Domicilii oder Privilegii halber gestanden) auch in Bezug auf einschlagende Forderungssklagen ausspricht; wie denn die insbesondere auch das forum contractus erwähnenden Worte eine andere Deutung nicht zulassen. Der hier doktrinell ausgesprochene Rechtsatz erhielt später durch das Rescript vom 6. Aug. 1764, beziehungsweise dessen Aufnahme in die Generalien-Sammlung, ein legislatives Gepräge. In dem Rescripte ist es als ein Satz „kündigen Rechtsens“ anerkannt, daß das Forum, worunter der Erblaffer seines domicilii oder fori privilegiati halber in Lebzeiten gestanden, auch quoad totam hereditatem. . . .

„alle fora particularia sowohl in loco rei

sitae, als sonst von Rechtswegen nach. sich ziehe."

Diese Stelle umfaßt offenbar auch die Zuständigkeits-Frage in Bezug auf Forderungsklagen aus Schuldverhältnissen des Erblassers. Aber auch hier hat man guten Grund, in gleicher Weise, wie in Ansehung des Gerichtsstandes bei der Erbſchaftsklage, zu unterscheiden. Der fragliche Satz ist in dem Reſkripte nicht als ein von dem (nach der Gerichtsordnung) bestehenden Rechte abweichender, als ein jetzt erst zur Feststellung gelangender ausgesprochen, er wird vielmehr aus dem „kündigen Rechte" abgeleitet; es muß daher eine solche Beschränkung seiner Geltung eintreten, daß dadurch für die Bestimmung der O.D. ein Gebiet geeigneter Wirksamkeit übrig bleibt. Stürzer (Civilgerichtsverfahren S. 193) lehrt:

„Erben werden, so lange die Erbſchaft nicht getheilt ist, da belangt, wo der Erblasser sein Forum hatte, da die liegende Erbſchaft personam defuncti repräsentirt."

Allerdings ist die Bedeutung, in welcher hier der Ausdruck „liegende Erbſchaft" gebraucht ist, nicht im Einklang mit der Erläuterung des §. 14 in Kreittmayr's Anmerkungen; sie schließt sich aber dem „kündigen Rechte" an, auf welches in dem Reſkripte von 1764 Bezug genommen ist, sie entspricht dem aus der obrigkeitlichen Verlassenschaftsbehandlung erwachsenen praktischen Bedürfnisse und den Zuständen, wie sie wirklich sind. Davon gibt insbesondere daß in Bd. XVII S. 281 f. unserer Zeitschrift mitgetheilte Erkenntniß des obersten Gerichtshofes vom 19. Juni 1852 Zeugniß. Die Motive sagen unter Anderem:

„Die bayerische Rechtsprechung hat die angeführte Bestimmung der O.D. (I, §. 14) nicht nach ihrem beschränkteren Wortlaut aufgefaßt, sondern in dem Sinne: daß die Klagen wegen Forderungen an die Erbſchaft

bei dem Gerichte, bei welchem der Erbſaffer ſeinen allgemeinen Gerichtsſtand hatte, anzubringen ſind, wenn die betreffenden Anſprüche ſchon vor der Auseinanderſetzung der Erbſchaft, inſondere vor der Einſetzung des Beklagten in den Beſitz, beziehungsweiſe vor der Erbſchaftübertragung, erhoben waren.“

Der während des Schwebens der Verlaſſenſchaftsbehandlung wirſame univerſelle Gerichtsſtand zieht alle *fora particularia* ²³⁾, inſondere auch das etwa in einem Falle begründete *forum contractus* an ſich. Aber die mehrerwähnte Anmerkung 10 zum *U. R. III*, 1 §. 9 und das Reſkript von 1764 gehen noch weiter, indem ſie auch das *forum rei sitae* in jenem univerſellen Gerichtsſtand aufgehen laſſen; ſo daß man annehmen muß: auch dingliche (und andere regelmäßig bei dem *forum rei sitae* anzubringende) Klagen in Bezug auf Sachen, welche ſich in der (noch nicht ausgeantworteteten) Erbſchaft befinden, gehören an das Gericht, bei welchem die Auseinanderſetzung der Verlaſſenſchaft überhaupt anhängig iſt. Die Anmerkung zum *U. R.*, welche zur Erläuterung des Reſkripts dient, ſtellt das *forum rei sitae* mit dem *forum contractus* zuſammen; woraus ſich ergibt, daß die Erwähnung des erſteren nicht etwa auf die *her. petitio* bezogen werden könne, ſondern von ſpeziellen Klagen, „welche mehr auf die Sache, als auf die Perſon gehen“, zu verſtehen ſei.

Was hier von perſönlichen und dinglichen Klagen, welche gegen den Erbſaffer begründet waren, geſagt iſt, findet gleichmäßig Anwendung auf die Anſprüche der Legatäre, wie auf die Geltendmachung

²³⁾ Vorausgeſetzt natürlich, daß es ſich nicht von Sachen ſolcher Kategorien handelt, bezüglich welcher dem Erbſchaftsgerichte die Kompetenz überhaupt mangelt; z. B. in Merkantilsachen, wo für dieſe beſondere Gerichte beſtellt ſind.

von Schuldverhältniſſen, in welche die liegende Erbmaſſe getreten iſt.

5.

Es ſcheint Grund vorhanden, zu bezweifeln, ob die Ergebniſſe der biſherigen Erörterung auch in denjenigen Landeſtheilen ſich zur Anwendung eignen; in welchen die älteren Novellen zur G.D. Geltung nicht erlangt haben ²⁶⁾. Zu dieſen älteren Novellen gehört auch das Reſkript vom 6. Aug. 1764. Allein in dieſer landeſherrlichen Entſcheidung wollte, wie oben dargelegt wurde, nicht ein neuer, von den geltenden Normen abweichender Rechtsſatz zur Anerkennung gebracht, vielmehr das ſchon beſtehende „Kündige Recht“ ausgeprägt, damit auch die Tragweite der einſchlagenden Beſtimmungen der G.D. bezeichnet und als Richtſchnur befolgt werden, waſ ſich aus dem Standpunkte des gemeinen Rechts als „communior et probabilior opinio“ darſtellte. Allerdings hat die Lehre vom erbſchaftlichen univerſellen Gerichtsſtand, auch als gemeinrechtliche, gute Gründe für ſich (Nr. 1); und das Reſkript von 1764 kann für die fraglichen Landeſtheile, wenn auch nicht als Geſetz, doch als werthvolles Hilfsmittel zur Auslegung der G.D., zur Beſtimmung des Umfangs benützt werden, welche die einſchlagenden Beſtimmungen derſelben nach der Intention ihres Urhebers haben ſollten. Iſt nun wirklich (wie dem Schreiber dieſes Aufſaßes verſichert wurde) die Lehre vom erbſchaftlichen univerſellen Gerichtsſtande mit den entwikelteten Folgeſätzen auch in den Gerichten jener Landeſtheile einheimiſch und gangbar geworden, ſo muß man Bedenken tragen, dieſe Praxis zu beanſtanden.

²⁶⁾ Comment. d. d. G.D. Bd. I S. 9 f. (Aufl. II S. 8 f.)

Die Lehre vom Beweise des Eigenthums, Miteigenthums und anderer Rechtsverhältnisse dinglicher Natur. Vermuthungsbeweis.

Im Kommentar zur O. Bb. 3 C. 226 ist bemerkt: die in der O. Kap. XII §. 2 Nr. 1¹⁾ verordnete Beschränkung der Wirksamkeit menschlicher Vermuthungen finde keine Anwendung, wo 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. Wenn über die rechtliche Beschaffenheit von Zuständen, welche in Bezug auf Grundstücke aus alten Zeiten überliefert worden, in der jetzigen unter den Interessenten Streit entsteht, wenn z. B. ein neuerlich zwischen einem Gutsherrn und einer Gemeinde entstandener Konflikt zur Entscheidung der Frage drängt, ob diesem oder jenem Theile das Eigenthum oder nur ein Nutzungsrecht an einer gewissen Oedung oder an einem Waldbestricke zustehe, so kommt es nicht selten vor, daß beiderseits keine anderen Behelfe zur Lösung der Zweifelsfrage vorliegen, als eine Reihe von Ausübungshandlungen verschiedener Modalität, in Verbindung mit anderen zu deren Würdigung dienlichen, etwa aus Urkunden, Augenschein oder Expertisen ershellenden Umständen. Hier handelt es sich nun nicht davon, von diesen einzelnen faktischen Erscheinungen auf eine andere Thatsache zu schließen, sondern vielmehr von rechtlicher Beurtheilung ihrer Beschaf-

¹⁾ „Die praesumptio hominis kann für sich allein niemals einen ganzen oder halben Beweis ausmachen, oder den Beweis auf den Gegentheil schleben, sondern höchstens nur zum Behelfe und in so weit dienlich sein, daß, wo mehr dergleichen zusammenkommen, nach Gestalt der Dinge auf das iuramentum suppletorium vel purgatorium erkannt werden mag.“

fenheit, von einer Entscheidung darüber, ob die für den einen oder anderen Theil beigebrachten Umstände das Gepräge der Eigenthums- oder Miteigenthums- oder Servitutsausübung tragen, ob demnach der Rechtszustand des Eigenthums, Miteigenthums oder eines bloßen Nutzungsrechtes in Ansehung dieser oder jener Partei anzunehmen sei. Für die Lösung der juristischen Aufgabe, von welcher es sich handelt, erscheint eine Eidesleistung des einen oder anderen Theils als unerheblich; indem ja nicht die Wahrheit von Thatfachen zu bekräftigen, sondern das Facit einer rechtlichen Würdigung zu ziehen ist. Der Richter würde nicht „*sanum et prudentem legum usum et applicationem*“²⁾ machen, wenn er einen so gearteten Fall über den Leisten der allseitigen Vorschrift der O.D. (XII §. 2 Nr. 1) schlagten wollte.

Ein oberstrichterliches Erkenntniß, von solchen Erwägungen ausgehend, schließt seine Entscheidungsgründe mit folgender Aeußerung:

„Das Eigenthum eines früher oben, durch allmählichen Anflug in Walbung übergegangenen Grüns des, zwischen der Klägerin (einer Gemeinde), die ihn als Gemeinbeeigenthum, und dem Beklagten (f. Fiskus), welcher ihn als Bestandtheil eines benachbarten Staatswaldes in Anspruch nimmt, streitig geworden, kann durch eine freie Ueberschau und vergleichende Würdigung der sämmtlichen vorgelegten Urkunden, Pläne, Beschäftigungen

²⁾ Baco de Verulamio (sermo de officio judicis (in fine): „Postremo no sint Judices tam ignari juris et praerogativae suae, ut cogitent, non sibi relinqui, tanquam muneris sui partem principalem, sanum et prudentem legum usum et applicationem. Etenim in animum revocare poterunt dictum illud Apostoli de lege humanis legibus majore: Nos scimus quia lex bona est, modo quis eo utatur legitime.“

und Vermessung, durch eine Prüfung und natürliche Erklärung der einzelnen Befiſchhandlungen beider Theile, durch ein umsichtsvolles Eindringen in die erkennbaren Auffassungen der Parteien und einen versammelten Anschlag der übrigen auf die Frage einflußreichen Umstände vollständig hergestellt werden, ohne daß es nöthig wäre, auf irgend einen Eid über jene in dem festen Bewußtsein keines lebenden Menschen mehr begriffene wahre Verwandtniß der Sache zurückzugreifen, weil jene Umstände nicht sowohl Vermuthungsgründe, als vielmehr die konstitutiven Merkmale für das nur aus ihnen hervortretende Eigenthum selbst bilden, und insbesondere ein Glaubenseid hier nichts zur Erleuchtung des richterlichen Urtheiles beizutragen vermöchte.“

Vergl. C. 4 de prob. (4, 19); Cap. 13 X eod. (2, 19).

OLGE. v. 1. Dez. 1853 in Sachen: Fiskfuß g. Kirchenlamig. Nr. 1330⁵⁰/₅₁.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Einkindschaftung von Kindern, welche bereits in einer früheren Ehe eingekindschaftet worden.

Oberpfälzer und gemeines ¹⁾ Recht.

Das oberpfälzische Nr. enthält keine Bestimmung, gemäß welcher die Einkindschaft auf eheliche Kinder beschränkt, sonach in dem Falle ausgeschlossen wäre, wenn, nachdem eine Ehe, bei deren Eingehung eine Einkindschaft stattgefunden hat, durch

¹⁾ In dem C. 88 der Erg.-Bl. zu Bd. 18 bezeichneten Sinne, nach welchem das gemeine Recht in Betreff der Einkindschaft in den Ergebnissen der wissenschaftlichen Bearbeitung des Institutes besteht.

den Tod gelbft worden, der überlebende Ehegatte zur weiteren Ehe schreiten will, und hiesel Stiefkinder; welche er in voriger Ehe durch Einkindschaft als rechte aufgenommen hat, in der neuen Ehe gleichfalls vereinkindschaftet werden sollen.

In der Einleitung und in Absatz 5 des Tit. 26 ist zwar nur von Kindern „erster“, „voriger“ Ehe, im letzten Absätze dieses Titels von „ehelichen“ Kindern, welcher Ausdruck allen Umständen nach als gleichbedeutend mit „ehelichlich“ aufzufassen ist, die Rede. Allein daraus, daß das Gesetz nur des gewöhnlich vorkommenden Falles, daß nämlich der eine oder andere Ehegatte zur zweiten Ehe schreitet und nur leibliche Kinder in die neue Ehe bringt, ausdrücklich erwähnt, kann nicht gefolgert werden, daß dasselbe die Einkindschaft bereits vereinkindschafteter Kinder bei weiteren Ehen für unstatthaft habe erklären wollen.

Das oberpfälzische Landrecht hat die Frage, ob in solchen Fällen eine Einkindschaft statthaft sei oder nicht, unentschieden gelassen, und hienächst ist der Grundsatz entscheidend, daß zunächst der bestimmt ausgesprochene Wille der bei einem Vertrage Betheiligten über das zwischen denselben bestehende Rechtsverhältniß Maafß gibt, in so fern nicht der Vertrag Bestimmungen enthält, welche unbedingt gebietenden oder verbiethenden Gesetzen, oder dem Zwecke des Rechtsverhältnisses widerstreiten.

Diesem Grundsätze zufolge konnte, da das Institut der Einkindschaft in der Oberpfalz gesetzlich anerkannt ist, und ein Gesetz, durch welches die Einkindschaft bereits in voriger Ehe vereinkindschafteter Kinder verboten wäre, wie erwähnt, nicht besteht, der angefochtene Vertrag nur dann für unstatthaft erachtet werden, wenn eine solche Einkindschaft dem Zwecke dieses Institutes widerstreiten würde. Dieses ist aber nicht der Fall, und die Einkindschaft bereits

in voriger Ehe vereinkindschafteter Kinder in einigen Statutarrechten, wie z. B. in der kaiserlichen Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken Th. III Tit. 115, sogar ausdrücklich für zulässig erklärt.

Der Hauptzweck der Einkindschaft ist, die nachtheiligen Folgen zu verhüten, welche die bei Eingehung einer zweiten oder weiteren Ehe nothwendige Ausscheidung des den Kindern der vorigen Ehe von dem verstorbenen Ehegatten zugefallenen Vermögens für den überlebenden Ehegatten, besonders wenn derselbe dem Gewerbestande angehört, mit sich bringen kann. Das Bedürfniß, diesen Folgen vorzubeugen, und die Möglichkeit, diesen Zweck durch Einkindschaft zu erreichen, ist aber in der Regel in demselben Maaße gegeben, wenn bloß leibliche Kinder, als wenn leibliche und vereinkindschaftete Stiefkinder, oder bloß vereinkindschaftete Stiefkinder des zu weiterer Ehe schreitenden Ehegatten vorhanden sind.

Die Gründe, welche gegen die Statthaftigkeit der Einkindschaft solcher Stiefkinder geltend gemacht worden sind, nämlich, daß durch eine solche Einkindschaft die Gefahren, welche in jeder Einkindschaft liegen, bis zu einem Grade gesteigert würden, welcher dieses Verhältniß als ganz unzweckmäßig darstelle, und daß namentlich der Umstand, daß das vereinkindschaftete Kind an keinen der neuen Ehegatten durch ein natürliches Band geknüpft sei, für dasselbe Nachtheile befürchten lasse,

v. d. Pfordten in den Bl. f. N. N. Bd. IV
S. 298 —

sind nicht entscheidend. Denn eben, weil jede Einkindschaft für die Kinder der vorigen Ehe sowohl in Ansehung ihres Vermögens, als auch in Ansehung ihrer Person nachtheilig sein kann, hat das Gesetz genaue Nachforschungen hierüber, Vernehmung der Vormünder und Verwandten, gerichtliche Bestätigung vorgeschrieben, und hiedurch ist hinreichende Vorsorge

getroffen, Einkindschaften, welche aus Rücksicht auf die Persönlichkeit der unirenden Eltern und die Vermögensverhältnisse der Eltern und Kinder Gefahren für Letztere besorgen lassen, zu verhindern. Rinkelmann über die Einkindschaft S. 98, 99.

DMGE. v. 19. Nov. 1853. Nr. 6⁵¹/₅₂.

2.

Anfechtung einer Einkindschaft, wegen Nichterfüllung der zum Besten der zu untrenden Kinder angeordneten Erfordernisse.
Oberpfälzer und gemeines ¹⁾ Recht.

In einem gegebenen Falle wurde die Gültigkeit einer Einkindschaft wegen Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften über Vorbereitung, Form und Bestätigung dieses Aktes von Seite der unirenden Eltern angefochten. Der oberste Gerichtshof nahm an, daß ihnen diese Anfechtungsbefugniß nicht zukomme. Die Motive sagen:

„Zwar bestimmt das Gesetz (Oberpfälz. MR. Art. 26 Abschn. 1) ganz allgemein, daß wenn die Vorschriften über die Art und Weise, auf welche Einkindschaften aufgerichtet werden sollen, unterlassen worden, dieselben für nichtig und unkräftig gehalten, auch nicht angenommen, noch zugelassen werden sollen.

Allein wenn die erwähnten Vorschriften des Gesetzes über die gerichtliche Bestätigung der Einkindschaften und die derselben vorauszuschickenden Erhebungen und Vernehmungen einzig und allein den Zweck haben, das Interesse der zu untrenden Kinder der vorigen Ehe zu wahren, so ist es unbenkbar, daß der Gesetzgeber beabsichtigt haben sollte, auch die untrenden Eltern aus der Außerachtlassung von Rautelen, welche lediglich die Wahrung des

¹⁾ S. oben S. 89 Note 1.

Interesse der Kinder voriger Ehe zum Zwecke haben, Rechte gegen diese Kinder ableiten zu lassen. Die Absicht des Gesetzgebers kann daher nur die gewesen sein, solche Verträge für respektiv, nämlich zu Gunsten der Kinder ungiltig zu erklären, und in einem solchen Falle ist es gestattet, den zu weiten Ausdruck des Gesetzes auf den Gedanken des Gesetzgebers zurückzuführen. Vgl. bayer. M. Th. I Kap. 1 §. 10 Ziff. 3.

Nun ist es aber allerdings augenscheinlich, daß die in Abs. 1 des allegirten Titels enthaltenen Vorschriften lediglich den Zweck haben, zu verhüten, daß Einkindschaften zum Nachtheile der vorhandenen minderjährigen Kinder voriger Ehe abgeschlossen werden. Wenn angeordnet ist, daß die bereits bestellten oder, wenn noch keine bestellt wären, zu bestellenden Tutoren und etliche nächste Blutsfreunde der Kinder erster Ehe vom Gerichte beigezogen, befragt und unter Vorlage des Vertragsentwurfes und der übergebenen Vermögensspezifikation auf ihren Eid darüber vernommen werden sollen, ob solche Einkindschaft

„mehrbemelten der ersten Ehe Kindern nutz- oder nachtheilig sein möge“,

so ist der Zweck dieser Vorschrift im Gesetze ohnehin klar angegeben. Aber auch die angeordnete gerichtliche Konfirmation hat einzig und allein den Zweck der Wahrung des Interesse der vorehelichen Kinder; denn das Gesetz schreibt vor, daß das Gericht, wenn die Vormünder und Blutsfreunde obige Frage verneinen, die Einkindschaft einstellen, im entgegengesetzten Falle aber die allerseits „eingewilligte“ Einkindschaft konfirmiren und bestätigen solle. Hieraus folgt, daß das Gericht nicht befugt ist, auch auf das Interesse der unirenden Eltern oder der in der neuen Ehe zu erwartenden Kinder Rücksicht zu nehmen, und im Falle, wenn dieses für gefährdet erachtet

würde, die Konfirmation ungeachtet der Zustimmung der Vormünder und Verwandten der Kinder voriger Ehe zu verweigern.

Endlich sind auch die im Eingange des Abs. 1 enthaltenen Vorschriften über Vorlage des Einkindschafts-Vertrages und der Designation des Vermögens der Kinder und Eltern offenbar auf den nämlichen Zweck gerichtet, da diese Vorlagen, wie aus dem Nachfolgenden hervorgeht, nur dazu dienen sollen, den Vormündern und Blutsfreunden, sowie dem Gerichte, eine Grundlage für die im Interesse der Kinder voriger Ehe anzustellende Untersuchung der Sache darzubieten.

Es liegt auch in der Natur der Sache, daß das Gesetz nur im Interesse der minderjährigen Kinder voriger Ehe besondere Kontrolle anzuordnen für nothwendig erachtet. Denn die Eltern bedürfen einer besonderen Fürsorge des Gesetzes nicht, und zwar um so minder, als den Eltern durch die Einkindschaft zunächst nur Vortheile zugehen, indem sie im Besitze des Vermögens des verstorbenen Ehegatten bleiben, und der Nothwendigkeit, das den Kindern der vorigen Ehe von diesem angefallene Vermögen auszuscheiden, enthoben werden.

Allerdings kann durch die Einkindschaft auch den in der neuen Ehe zu erzeugenden Kindern Nachtheil zugehen; allein wenn auch in der Einleitung des Tit. 26 als Veranlassung der nachfolgenden Vorschriften angeführt ist, daß bei dem Mangel gemeinrechtlicher Vorschriften

gemeiniglich, da die Einkindschaften nicht förmlich und mit der ersten oder anderen Ehe Kinder Nachtheil geschehen, sollen für unkräftig erachtet werden, daraus dann allerhand Mißverstand, Schaden und Kosten erfolgen. . . .

so ist doch in Abs. 1 des alleg. Titels keine Spur davon zu finden, daß die vorgeschriebene cognitio

causae auch die Wahrung des Interesse der zu erwartenden Kinder der neuen Ehe zum Zwecke habe. Aus den Bestimmungen des Gesetzes geht vielmehr, wie bemerkt, hervor, daß wegen zu befürchtender Gefährdung der zu erwartenden Kinder die Bestätigung des Vertrages nicht verweigert werden könne. Es erscheinen bei der Einkindschaft auch nur die angehenden Eheleute einerseits, und die Kinder voriger Ehe andererseits als Kontrahenten, und der Gesetzgeber hatte auch keine Veranlassung, zur Wahrung der Rechte noch nicht existirender Rechtssubjekte Bestimmungen zu treffen.“

DAAG. v. 19. Nov. 1853. Nr. 6⁵¹/₅₂.

3.

Anordnung eines Vergleichsversuches ohne Beisein der Anwälte.

In einer Rechtsache unter Geschwistern hatte das Obergericht angeordnet, daß vor Verkündung des von ihm gefällten Erkenntnisses nochmals ein Vergleich, und zwar ohne Beisein der Anwälte, versucht werde. Hierüber führte einer der Anwälte Beschwerde an den obersten Gerichtshof. Dieselbe wurde als ungegründet abgewiesen. Die Motive sagen:

„Nach der GD. Kap. 7 §. 6 kann der Richter jederzeit verlangen, daß die Partei persönlich vor Gericht erscheine, und zwar ohne Anwalt, wie schon das Marginale andeutet, nach welchem in dieser Gesetzstelle von den Sachen gehandelt wird, in welchen kein Anwalt zugelassen wird, wenn nur eine erhebliche Ursache zu einer solchen Anordnung gegeben ist. Ob aber eine erhebliche Ursache vorhanden, hängt von dem Ermeßen des Richters ab, und es genügt hiezu schon die Beforgniß, daß der Anwalt, in dessen pekuniärem Interesse der Fortgang des Prozesses liegt, einem Vergleichsabschlusse hinderlich sein könnte.

In Fällen aber, in welchen das Gesetz es in das Ermessen des Richters legt, von einer Maaßregel Gebrauch zu machen, kann, wenn der Richter von der gesetzlichen Befugniß wirklich Gebrauch macht, keine Ehrenkränkung für Denjenigen liegen, gegen den die durch ein Gesetz gestattete Maaßregel in Anwendung gebracht wird. Hiernach hat sich auch eine Praxis gebildet, ohne daß es noch einem Anwalt beikam, in einer solchen Anordnung eine Kränkung seines Ehrgefühls zu finden.“

DAWG. v. 10. Mai 1852. Nr. 745⁵¹/₅₂.

4.

Statutenkollision. Verträge über Liegenschaften oder denselben gleichgeachtete Rechte.

Ueber ein Giltrecht im Eichstättischen war in einem oberpfälzischen Orte ein Kaufvertrag geschlossen worden. Nach dem oberpfälzischen R. Th. I Tit. 8 S. 212 ist es den unsieghelmäßigen Unterthanen zur Pflicht gemacht, die Kaufverträge um unbewegliche Güter, denen das Giltrecht gleichzuachten kommt, sub poena nullitatis obrigkeitlich protokolliren zu lassen. In Anwendung dieser Vorschrift wurde der bezeichnete Kaufvertrag für unwirksam erachtet. Die Erfordernisse, welche die Förmlichkeit der Handlung betreffen, sind zufolge GD. XIV §. 7 in notis nach den Gesetzen des Orts des Kontraktsabschlusses zu bemessen. Hieran ändert der Umstand nichts, daß der Ort, wo das den Klagegegenstand bildende Recht ausgeübt wird, in einem Landestheile liegt, für welchen das fragliche formelle Erforderniß nicht gilt. Nach den Gesetzen des Orts der gelegenen Sache ist bloß die „innere Wesenheit des Rechtsgeschäftes“ zu beurtheilen.

DAWG. v. 29. März 1844 in S. Rinf w. Gibner.

o.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die durch Prävention begründete Kompetenz in Straffsachen. — Vom Verfahren in Verlassenschaftssachen. Uebergang von Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in einen Civilproceß. — Behandlung von eventuellen, während des Schwebens einer Sache in der höheren Instanz eingereichten Gesuchen um Restitution gegen das bevorstehende Urtheil, soferne es nicht der Perusung. (resp. Revisions-) Bitte gemäß ausfallen sollte. — Obwagt. —

Ueber die durch Prävention begründete Kompetenz in Straffsachen.

Art. 22 Abs. 3 und 482 Thl. II des StGB.

In Nr. 16 des XVIII. Jahrganges dieser Blätter S. 241—244 sind zwei oberstrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte nach dem Gesetze vom 28. Mai 1850 angeführt, welche beide sich auf den in der Ueberschrift bezeichneten Gegenstand beziehen, aber, bei thatsächlicher Verschiedenheit der beurtheilten Fälle, auch in den Resultaten auseinandergehen.

Es sei vergönnt, einige Bedenken in Betreff der zweiten Entscheidung geneigter Würdigung zu unterstellen.

Wie aus dem ersteren Erkenntnisse Nr. XXXIV S. 241 ff. mit Bezugnahme auf Seite 8 ff. desselben Jahrganges ersichtlich ist, wurde von dem obersten Gerichtshofe der Grundsatz ausgesprochen, daß die durch Prävention einmal begründete Kompetenz eines Gerichtes in Betreff mehrerer in verschiedenen Gerichtsbezirken begangener Reate durch Einstellung des Strafverfahrens bezüglich eines Reates nicht geändert werde. Es ist am Schlusse des angeführten Erkenntnisses vom 11. Januar 1853, so weit diese

Blätter es mittheilen, mit deutlichen Worten ausgesprochen, daß die dem kgl. Kreis- und Stadtgerichte Nürnberg durch die Prävention des kgl. Kreis- und Stadtgerichtes Würzburg ein für allemal entzogene Kompetenz nicht wieder habe aufleben können.

Im entgegengesetzten Sinne ist der zweite unter Nr. XXXV auf S. 243 ff. vorgetragene Fall durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 5. Februar 1853 entschieden. Daß solche Abweichung durch die Verschiedenheit der gegebenen faktischen Verhältnisse rechtlich nicht geboten war, dafür dürften nicht ganz unwichtige Gründe sprechen.

Nachdem die Voruntersuchung gegen den Sprachlehrer Stephan G. in Würzburg wegen Preßvergehens durch Herausgabe der Druckschrift: „Der bayerische Staat und die fränkische Industrie“ bei dem nach Art. 457 Abs. 1 Thl. II des StGB. zuständigen Kreis- und Stadtgerichte Würzburg bereits durchgeführt war, kam zur Kenntniß des dortigen Untersuchungsrichters, daß gegen G. auch bei dem kgl. Kreis- und Stadtgerichte Nürnberg eine Voruntersuchung wegen eines Aufsatzes im „Nürnberg. Kurrier“ anhängig sei. Unter Berufung auf Art. 22 Abs. 3 Thl. II des Strafgesetzbuches machte dieser Untersuchungsrichter Anspruch auf Kompetenz auch in Ansehung der zweiten Untersuchung. Allein noch ehe er diese zweite Untersuchung zu Ende geführt hatte, war die erstere Sache von dem kgl. Appellationsgerichte an das Schwurgericht verwiesen und von diesem abgeurtheilt worden.

Nach dieser Sachlage hatte also der Untersuchungsrichter am kgl. Kreis- und Stadtgerichte Würzburg die Voruntersuchung über den zweiten That bereits an sich gezogen und bis zu einem gewissen Stadium durchgeführt, ehe die erstere Untersuchung zur Aburtheilung kam. Es fragt sich nunmehr vor Allem, ob genannter Untersuchungsrichter überhaupt befugt war, diese zweite Untersuchung

an sich zu ziehen und Untersuchungs-handlungen vorzunehmen? Nach Art. 22 Abs. 3. und Art. 482 Thl. II. des StGB. unterliegt die Bejahung dieser Frage keinem Zweifel.

In dieser hienach im Allgemeinen begründeten gesetzlichen Befugniß des Untersuchungsrichters konnte der Natur der Sache nach der Umstand, daß die erstere Untersuchung schon so weit gereicht war, daß sie dem kgl. Staatsanwalte vorgelegt werden konnte, nichts ändern. Sämmtliche, die Aburtheilung einer Strafsache bezielende gerichtliche Prozeduren, Voruntersuchung, Verweisung, öffentliche Verhandlung u. s. w., dürfen nicht als vereinzelte, unter sich in keinem Zusammenhange stehende Bruchstücke, sondern müssen vielmehr als ein organisch gegliedertes Ganzes betrachtet werden. Wenn nun das Gesetz bezüglich der bei Konkurrenz mehrerer, an verschiedenen Orten begangener Thaten durch Prävention begründeten Zuständigkeit eines einzigen Gerichtes keinen Unterschied macht, in welchem Stadium eine bereits bis zur Ladung oder Verhaftung des Angeschuldigten gediehene, jedoch noch nicht zur Aburtheilung gekommene Untersuchung einen zweiten, in einem anderen Gerichtsbezirke begangenen That an sich ziehen könne; wenn ferner nicht wohl in Abrede gestellt werden kann, daß die Bestimmung des Art. 22 Abs. 3 Thl. II. des StGB. bei dem neueren Strafprozeß von ungleich höherer Bedeutung ist, als dies früher der Fall war, so kann auch der Umstand, daß etwa die Voruntersuchung über den ersten That bereits durchgeführt ist, die Wirksamkeit der oben angeführten Gesetzesbestimmung nicht aufheben, wollte man nicht die wohlmeinende Absicht des Gesetzgebers, welche aus dem allegirten Artikel im Zusammenhange mit Art. 108 und 109 a. a. O., dann Art. 4 des Preßgesetzes vom 17. März 1850 erhellt, nämlich gleichzeitige Verhandlung und Aburtheilung der meh-

renen Akte, soferne dieß überhaupt noch möglich ist, in vielen Fällen ohne genügenden Grund vereiteln.

Der Untersuchungsrichter am kgl. Kreis- und Stadtgerichte Würzburg war also jedenfalls gesetzlich befugt, auch nach beendigter Voruntersuchung über das erstere Preßvergehen die Voruntersuchung über das zweite Vergehen in die Hand zu nehmen. Dieß scheint auch in Ziff. 2 des. unter Nr. XXXV mitgetheilten oberstichterlichen Erkenntnisses zugegeben. Sobald aber dieser Untersuchungsrichter die zweite Voruntersuchung mit Fug und Recht einmal begonnen hatte, so war, wie in dem Falle Nr. XXXIV, seine Kompetenz durch Prävention begründet und konnte durch die nachfolgende Verweisung und Aburtheilung des ersteren Preßvergehens die dem kgl. Kreis- und Stadtgerichte Nürnberg rücksichtlich des zweiten Vergehens einmal entzogene Kompetenz nicht wieder aufleben; es konnte das einmal gesetzlich begründete Vorkommen auf Seite des Untersuchungsrichters am kgl. Kreis- und Stadtgerichte Würzburg nicht mehr wirkungslos gemacht, der angezeigte subjektive Zusammenhang beider in Frage stehenden Preßvergehen nicht mehr gelöst werden.

Der Umstand, daß in dem ersteren Falle die Einstellung bezüglich des einen Aktes verfügt worden war, während hier im Gegentheile die Verweisung vor das Schwurgericht eintrat, möchte wohl am allerwenigsten gegen die Ansicht, deren Vertheidigung hier versucht wird, sprechen. Der bei Konkurrenz von Verbrechen ebenso wie von Vergehen maßgebende Art. 22 Thl. II des StGB. äußert seine Wirkung in beiden Fällen mit gleicher Stärke und Dauer, und ein gesetzlicher Grund zu verschiedenartiger Behandlung derselben ist nirgends gegeben. Hievon abgesehen wäre aber gerade im ersteren Falle, nach Aufhebung der Konkurrenz mehrerer Akte, eher Ursache vorhanden gewesen, die

andere Untersuchung dem an sich zuständigen forum delicti wieder zuzuweisen, als in einem Falle, wo es sich darum handelt, durch gleichzeitige Aburtheilung der mehreren Reate die bereits angeführten Art. 108 und 109 des StGB. Thl. I; oder bei Preßvergehen den Art. 4 des Preßgesetzes zur Anwendung zu bringen.

Ob die Kompetenz eines Gerichtes über mehrere Untersuchungsfachen erst durch oberstrichterliches Erkenntniß bei Kompetenzkonflikten festgestellt worden, oder die Prävention den gemeinsamen Gerichtsstand gleichsam ipso jure begründet, kann naturgemäß keinen Unterschied machen, da in beiden Fällen ein und dasselbe Gesetz, sei es mittelbar oder unmittelbar, seine Herrschaft ausübt.

Der Art. 4 des Preßgesetzes ist allerdings nicht geeignet, auf die Entscheidung der vorliegenden Prinzipienfrage Einfluß zu äußern, da er keine Bestimmung über Kompetenz zur Verhandlung und Aburtheilung mehrerer Gesetzübertretungen, sondern nur, abweichend von Art. 109 Thl. I des StGB., über die Strafzumessung unter der faktischen Voraussetzung gleichzeitiger Aburtheilung mehrerer im Preßgesetze mit Strafe bedrohten Handlungen trifft.

Eine andere Frage aber möchte schließlich sein, ob nicht in solchen Fällen dem durch getrennte öffentliche Verhandlung und Aburtheilung der mehreren konkurrirenden Reate hervorgerufenen Uebelstande, insbesondere bezüglich der Strafzumessung nach den eben allegirten beiden Gesetzesartikeln, vielleicht dadurch vorgebeugt werden könnte, daß die Aburtheilung des einen Reates in so lange suspendirt würde, bis die Untersuchung über den zweiten gleichfalls bis zur Verweisung gebieten oder durch Einstellung des Verfahrens Erledigung gefunden hätte. Man vergleiche hiezu die Ergänzungsblätter zum 18. Jahrgange S. 1 u. ff. Allseid.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Vom Verfahren in Verlassenschaftssachen. Uebergang von Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in einen Erbprozess.

Wgl. Bd. 5 S. 257.

In einer bei dem Kreis- und Stadtgerichte Augsburg anhängigen Verlassenschaftssache wurden zufolge Beschlusses vom 29. Januar 1847 alle Diejenigen, welche Ansprüche auf Einweisung in den Besitz des Vermögens des zu machen hätten, zur Liquidirung derselben binnen drei Monaten bei Vermeidung des Ausschlusses öffentlich aufgefordert.

Die in Folge dieser Aufforderung angemeldeten Erbprätenbenten beliefen sich der Zahl nach gegen 250 Personen. Das königl. Kreis- und Stadtgericht Augsburg, den Konkursprozess zum Vorbilde nehmend, um den Zusammenstoß dieser vielen Prätenbenten auf eine geregelte Bahn und zur kürzesten Lösung zu bringen, beraumte nunmehr durch weiteren Beschluß vom 7. April 1848 einen Termin zur Impugnation der eingekommenen Anmeldungen, und gleichzeitig zwei weitere Termine zur Schlußverhandlung an. Mit Bezug auf die Vorschriften der Gerichts-Ordnung vom Konkursverfahren wurden die Termine, um dieses possessorische Verfahren einem von sämmtlichen Interessenten bringend gewünschten geordneten Ende zuzuführen, für unerstrecklich erklärt, und zugleich die Anlage der nöthigen Beweisbehelfe bei Vermeidung des Ausschlusses aufgetragen.

Dieses Verfahren wurde auch, einiger dagegen eingereichten Verwahrungen unerachtet, bis an's Ende durchgeführt. Nach dem Schlusse der sehr umfangreichen Verhandlungen erließ das kgl. Kreis- und Stadtgericht den 9. November 1849 als Verlassenschaftsgericht einen neuen Beschluß (Nr. 582), wodurch in

den Besiz der ganzen noch in Gerichtshänden befindlichen Verlassenschaft drei Klassen von Seiten-Verwandten zu drei gleichen Theilen, und im Ganzen 20 Personen als die nächst berufenen eingewiesen, alle übrigen mit Erbsansprüchen hervorgetretenen dagegen auf den Rechtsweg verwiesen wurden. In den Gründen zu diesem Beschlusse wurde unter Anderem bemerkt, daß Verlassenschaftsgericht habe hier über den Besiz der Erbschaft nur eine provisorische Verfügung getroffen, den Erbsprätendenten blieben natürlich alle possessorischen und petitorischen Rechtsmittel vorbehalten.

Gegen diesen Beschlus überreichten elf Anwälte Nichtigkeitsbeschwerden wegen Mangelß der Gerichtsbarkheit, theilweise auch der Ladung, nebstdem liefen gegen denselben 21, zum Theile mit jenen Nichtigkeitsbeschwerden eventuell verbundene Berufungen ein.

Das königliche Appellationsgericht, von der Erwägung ausgehend, daß die Verhandlung und Entscheidung auch über den bloßen Erbschaftsbesiz nur dem ordentlichen Richter, und nicht einer Verlassenschaftsbehörde zustehen, hob wirklich durch Erkenntniß vom 24. August 1852 die vom königl. Kreis- und Stadtgerichte als Verlassenschaftsbehörde erlassenen Beschlüsse vom 7. April 1848, d. i. die Ladung zu der Impugnationsverhandlung, und vom 9. November 1849, d. i. den Endbeschlus, als nichtig auf und verwies sämmtliche Erbsprätendenten und Cessionarien von solchen mit ihren Erbschafts- und sonstigen Ansprüchen auf den Rechtsweg.

Gegen diesen vernichtenden Auspruch ergriff der Vertreter eines Theiles der Interessenten, Advokat P., das Rechtsmittel der Berufung an den obersten Gerichtshof, mit der Bitte, den Beschlus des Kreis- und Stadtgerichtes aufrecht zu erhalten.

Die Beschwerde des Adv. P. wurde für begrün-

bet erachtet. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen unter Anderem:

1) Das königl. Appellationsgericht hat seinen vernichtenden Ausspruch vorzugsweise darauf gegründet, daß das Kreis- und Stadtgericht als Verlassenschaftsbehörde unter mehreren collidirenden Prästendenten über die Einsetzung in den Besiß des Nachlasses entschieden habe, was aber nicht in den Bereich der Nachlassbehandlung falle, sondern nur dem Prozeßgerichte zustehe, so daß eine offenbare Ueberschreitung der Kompetenz in jenem Ausspruche unterlaufen sei und denselben mit unheilbarer Nichtigkeit behafte. Allein ein Verlassenschaftsgericht und ein Prozeßgericht sind nach der bestehenden Gerichtsverfassung nicht nothwendige Gegensätze, die Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte erster Instanz ist vielmehr eine solidarische, welche in Civilsachen die zwei Hauptzweige der streitigen und der freiwilligen gleichmäßig umfaßt und mit einem Bande umschlingt. Die Behandlung von Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bringt mit sich, daß, wenn sich im Verlaufe der Sache ein streitiger Punkt ergibt, derselbe summarisch instruiert und in Kraft der ihm innewohnenden streitigen Gerichtsbarkeit von dem nämlichen Richter entschieden werde, ohne daß es nöthig oder unerlässlich wäre, die Grenzlinien dieser verschiedenen Amtsbefugnisse in die Erlasse und Handlungen des Gerichtes scharf einzuzichnen, oder den Ueberstritt von der einen in die andere Sphäre durch ein förmliches Verweisungsurtheil kund zu geben. Welches ebenso tritt der ordentliche Richter, der eine Streitsache instruiert hat, vor der Fällung seines Urtheiles durch den ernstlichen Versuch eines Vergleiches auf das Feld des Notariates als eines Zweiges der freiwilligen Gerichtsbarkeit über, ohne daß man ihm diese Befugniß je beanstandet hätte.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht Augsburg

hat in seinen Beschlüssen vom 29. Januar 1847, 7. April 1848 und 9. November 1849 die Eigenschaft eines Verlassenschaftsgerichtes angenommen, welches über den Besitz der streitigen Erbschaft eine provisorische Verfügung zu treffen habe, weshalb sogar die gewöhnlichen possessorischen Rechtsmittel für den förmlichen Rechtsweg vorbehalten wurden. Es ist gewiß, daß diese Erlasse und die sie vermittelnden Verhandlungen die Grenzen, in denen sich die freiwillige Gerichtsbarkeit zu bewegen hat, überschreiten, daß ein Notariatsbeamter, ein Patrimonialgericht II. Klasse oder ein adeliger Verwandter dergleichen Urtheile und Entscheidungen nicht erlassen könnten. Indem aber jene Verfügungen alle formalen und materiellen Bedingungen zu einem summarischen Prozeßverfahren und einer gültigen Entscheidung hierüber in sich vereinigen, so konnte die Annahme einer ungenauen Bezeichnung, wie die eines Verlassenschaftsgerichtes ist, ihrem aus dem Wesen der Sache und den inneren Elementen der Gerichtsbarkeit zu beurtheilenden Rechtsbestande keinen Eintrag thun.

Das ordentliche Gericht, welches das königl. Appellationsgericht mit der entschiedenen Streitfrage befaßt sehen wollte, ist ohne Zweifel eben wieder das Kreis- und Stadtgericht Augsburg, in dessen Bezirke und in dessen Händen sich die streitige Erbschaft befindet, eben dieses Gericht hat aber seine kollegiale Entscheidung bereits in einer Weise gegeben, daß nichts annehmen läßt, daßselbe würde, wenn sich seiner Eigenschaft als Prozeßgericht klar bewußt; auf ein anderes Ergebnis gelangt sein.

Daß die Grenzlinien der zweifachen Amtsgewalt des Kreis- und Stadtgerichts in seinen Verhandlungen, der Anlage und Aufschrist der Akten und selbst in der Vorstellung der mitwirkenden Richter in einander geflossen zu sein scheinen, ist von geringem Belange, wenn nur das Verfahren mit dem Beschlusse

selbst auf haltbaren Grundlagen einer kräftigen Urtheilsfällung ruht. Der wenig angemessene Vorbehalt weiterer possessorischer Rechtsmittel läßt nicht annehmen, die Verhandlung sei aus der einmal betretenen prozessualen Bahn wieder gewichen.

Auf der anderen Seite muß der Mangel der Gerichtsbarkeit, welcher im Sinne der G.D. Kap. XVI §. 2 eine Nichtigkeit des Verfahrens und der Entscheidung begründen soll, ein so wesentlicher und durchgreifender sein, daß ein bloßer Irrthum über die Natur der Amtsbefugnisse, welche ein an sich zuständiges Gericht auszuüben glaubt, jenen auf die Wurzel reichenden und unheilbaren Fehler keineswegs nach sich zu ziehen vermag.

Der Hauptgrund des königl. Appellationsgerichts, in einer strengen Absonderung und gegensätzlichen Auffassung der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit desselben Gerichtes beruhend, vermöchte daher den Ausspruch dieses Gerichtshofes nicht zu rechtfertigen.

2) Weder die Natur der Rechtshilfe, welche das königliche Kreis- und Stadtgericht in Gang brachte, noch das dabei eingeschlagene Verfahren boten einen weiteren Anlaß dar, um zu der Folgerung zu gelangen, dieses Gericht habe in irgend einem Punkte seine Amtsbefugniß überschritten.

Daß Rechtsmittel, zu dessen Geltendmachung die sämmtlichen zusammentreffenden und im Widerstreite befindlichen Erben aufgefordert wurden, ist das gemeinrechtliche Interdictum quorum bonorum, vermöge dessen ein jeder Erbe, der sein besseres Erbrecht auf eine gründliche Weise vor seinem Gegner wahrscheinlich zu machen vermag, verlangen kann, durch richterliche Hilfe und mit Vorbehalt einer endgültigen Entscheidung der Sache auf dem petitorischen Wege, in den Besiz der Erbschaft gesetzt zu werden.

Vergl. tot. tit. Cod. quor. bon. (8, 2) insbesondere C. 1 Hereditatem ejus; quem patrem

tuum fuisse dicis, petiturus, iudicibus, qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega. C. 3 eodem: Ergo iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis, per interdictum quorum bonorum, in petitorem corpora transferantur, secunda actione proprietatis non exclusa.

Die praktische Anwendbarkeit dieses Interdiktes im heutigen Rechte, welche nur das bayer. M. III 1 §. 10 proem. in Zweifel zieht, läßt sich nicht mit Grund bestreiten.

Daß für diesen Besitzstreit die wichtigsten Rechtsfragen mit zur gelegentlichen Erörterung kommen müssen, welche leicht für die ganze Folge präjudiziell werden, und über den Rechtsbestand der kollidirenden Erbrechte selbst mittelbar entscheidend bleiben können, ist kein Grund, um den Besitzstreit auszuschließen, da das Recht mit seinen Quellen und Grundsätzen seiner Natur nach immer eine bekannte Sache ist, den Gerichten aller Instanzen offen und zu Gebote steht, mithin auf diesem Felde die summarische Erkenntniß sich von der endgiltigen nicht unterscheidet.

Weder die Zulassung von possessorischen Rechtsmitteln überhaupt da, wo es sich erst um die Erlangung eines streitigen Besizes handelt, noch die zugelassene Analogie des Remedium ex l. ult. C. de Ed. D. Hadr. toll. waren daher geeignet, in dem Verfahren des königl. Kreis- und Stadtgerichtes Augsburg eine Ueberschreitung seiner Zuständigkeit wahrnehmen zu lassen, wie das königl. Appellationsgericht selbst zugeben mußte, sobald nur die richtige Grundlage fest steht, daß jenes Gericht seit seinem Beschlusse vom 20. Januar 1847 sich wirklich auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit befand.

3) Auch das in dieser Besitzstreitigkeit vom königl. Kreis- und Stadtgerichte eingeleitete und durchgeführte Verfahren ist dem Vorwurfe eines Mangels der

Gerichtbarkeit oder der Ladung von keiner Seite ausgesetzt. Alle wesentlichen Regeln der Prozeßführung sind dabei in Obacht genommen, daßselbe bewegte sich in den Formen des unbestimmt summarischen Prozesses, welcher von geschmeidiger Beschaffenheit, und weder in dem gemeinen noch dem bayerischen Prozesse so scharf ausgeprägt ist, daß er nicht einer erweiterten Gestaltung nach den Erheischungen und Eigenthümlichkeiten eines so verwickelten Falles, wie der vorliegende ist, fähig bliebe.

Das Recht der Beiladung aller Betheiligten zu der Auseinandersetzung einer Erbschaft steht jedem Gerichte, wie der Verlassenschaftsbehörde unbedenklich zu. Gerichtsordnung VIII §. 4 Nr. 5. Sind sie einmal bekannt, so kommt es nur darauf an, daß jedem derselben ein ausreichender Weg eröffnet werde, sein eigenes Recht darzulegen und auszuführen und das seiner Gegner zu bekämpfen. Beides ist in der gewöhnlichen Weise des Bierschriftenwechsels geschehen. Die Vereinigung dieser zahlreichen Verhandlungen in einem Verfahren entspricht wieder den Regeln der Gerichtsordnung IV §. 9, welche die Verbindung von Klagen, die einerlei Ursprung haben, selbst in einer Libelle verstatet, so wie der Anleitung in Kap. I §. 10; wonach Sachen, welche zusammengehören, nicht so leicht von einander getrennt werden sollen.

Alle Regeln des possessorischen Prozesses nach Gerichtsordnung III §. 4 Nr. 2—6 sind im Uebrigen genau eingehalten, mit Einschuß der, welche den petitorischen Rechtsweg immer vorbehalten wissen will.

Es ist zwar richtig, daß weder der gemeine, noch der bayerische Prozeß eine solche vereinigte Behandlung kollidirender Erbansprüche bestimmt entwirft oder in sich aufgenommen haben, allein dem ungeachtet mußte dem mit der Sache befaßten Gerichte vermöge der ihm obliegenden Prozeßleitung

freistehen, in einer so verwickelten Sache, von der sich eine andere Art der Entwirrung gar nicht in den Bereich der Voraussicht ziehen läßt, zur analogen Anwendung des genau hierauf anpassenden Konkursverfahrens zu greifen, soferne nur keine der allgemeinen Regeln eines kräftigen Verfahrens dabei umgangen oder verletzt wird. Das vorzüglichste und ganz unumgängliche Interesse dieser so zweckmäßigen Vorbereitung der Sache besteht nicht sowohl darin, einigen der Erbsinteressenten den bisher vom Gerichte selbst ausgeübten Besitz der Erbschaft zuzuwenden, welcher selbst durch eine einstweilige Einweisung in den Fruchtgenuß bis zum endlichen Ausgange der Sache vertreten werden könnte, als vielmehr, da sich keiner der Interessenten bisher im Besitze befindet und schon hiedurch als der natürliche Beklagte benutzgerzeigt wäre, durch eine vorläufige kollektive Prüfung, Vergleichung und Abwägung der sich vielfach durchschneidenden Ansprüche mit Hilfe der von vorne herein bekannten Rechtsregeln festzustellen, wer als der präsumtive Berufene in dem bevorstehenden Hauptprozesse die weit günstigere Stelle des Beklagten einzunehmen habe, und so ein Parteienverhältniß geregelt aufzustellen, welches zu ordnen, die Vorschriften der Gerichtsordnung IV §. 16 „im Zweifel sei der sich zuerst Meldende für den Kläger zu erachten, und auszuweisungsweise habe das Loos hierüber zu entscheiden,“ sich hier als völlig unzureichend bewähren.

Durch das vernichtende Erkenntniß des königl. Appellationsgerichtes fände sich dagegen diese Sache von Neuem in alle Wechselfälle unabsehbarer Verwirrung gestürzt, welche auf die einfachste Weise zu umgehen und eine endliche Entscheidung vorzubereiten, das vor Augen liegende Verfahren so zweckförderlich erscheint.

Wenn es gleich einen Konventionalprozeß nicht gibt, so erscheint doch der hier eingeleitete nicht neu

erfunden oder aus dem Stegreife gegriffen, sondern er stützt sich vielmehr auf die nächstgelegene Analogie, welche unter den auskunftswelse in Anwendung kommenden Rechtsquellen von jeher die erste Stelle einnahm. Dabei ist gar nicht abzusehen, welchen ernstlichen Antrieß irgend einer der Interessenten in sich verspüren könnte, sich der Einleitung des Kreis- und Stadtgerichtes zu widersetzen, da dieselbe doch geelignet erschien, um jeden Anspruch auf einen Theil der streitigen Masse, auch den am entferntesten liegenden, auf dem kürzesten Wege zur gründlichen Erörterung zu bringen. In keinem Falle läßt sich aus dem Neuen, Außergewöhnlichen und anfangs Ueberraschenden dieser Verfahrensweise der Vorwurf der Nichtigkeit, der auf bestimmte Fälle beschränkt ist, weder gegen das Verfahren selbst, noch die gegebene Entscheidung herleiten.

4) Was zum Schlusse noch die Vollständigkeit der gepflogenen Verhandlungen betrifft, so hat der Umfang derselben allen billigen Anforderungen mehr als hinlänglich Genüge geleistet. . . .

Dieser ganzen Erörterung zur Folge zeigte sich daher von keiner Seite ein Mangel der Gerichtsbarkeit in der angenommenen Eigenschaft als Verlassenschaftsgericht, noch ein Mangel der Ladung oder des vollständigen Gehöres, wegen verordneter Verbindung der Beivelse mit der Verhandlung selbst, oder Ausschluß einiger nachgeschobener Legitimationsbehelfe, weshalb sich vielmehr der vernichtende Ausspruch des königl. Appellationsgerichtes als nicht gerechtfertigt zur Abänderung und Zurückverweisung der eventuell angehängten Berufungsbeschwerden an eben diesen Gerichtshof eignete.

DAVE. vom 10. Okt. 1853. Nr. 1018⁵²/₅₃.

2.

Behandlung von eventuellen, während des Schwebens einer Sache in der höheren Instanz eingereichten Gesuchen um Restitution gegen das bevorstehende Urtheil, sofern es nicht der Verurtheilung (resp. Revisions-) Bitte gemäß ausfallen sollte.

In einer Rechtsache reichten die Revidenten nach bereits übergebenem Revisionslibelle auch noch zwei eventuelle Restitutionsgesuche gegen das einst rechtskräftige Urtheil bei dem Untergerichte vorsorglich ein, bittend, dieselben erst nach Eingang des obersterichterlichen Erkenntnisses (sofern durch dieses den Beschwerden nicht abgeholfen werde) zu verhandeln. Es wurden darhi 7, angeblich erst in den letzten 14 Tagen entdeckte Zeugen zu weiteren Artikeln vorgeschlagen. Der oberste Gerichtshof beschloß, die beiden Restitutionsgesuche zu avoziren und eben so in Erledigung zu bringen, als wären sie dem Revisionslibelle einverleibt. Gründe:

Jene neuen Behelfe eigneten sich nach Vorschrift der G.D. Kap. 15 §. 5 Nr. 7 und §. 7 Nr. 9, dann im Sinne des dießseitigen Plenarbeschlusses vom 4. Dez. 1843 (Reg.-Bl. v. 1844 S. 35) nur zur Verbindung mit dem eingewendeten Rechtsmittel der Revision, nicht aber zum willkürlich aufschlebenden Vorbehalte bis nach rechtskräftiger Erledigung des Hauptbeweisverfahrens. Dies ergibt sich einerseits schon aus der Natur der restitutio in integrum contra sententias d. i. gegen rechtskräftige Urtheile, als eines außerordentlichen, nur zur letzten Nothhilfe bestimmten Rechtsmittels, welches nach G.D. Kap. 16 §. 1 Nr. 1 nicht stattfindet, so lange noch ein remedium ordinarium übrig ist, während hier noch auf dem ordentlichen Wege der Revision, nur mit Erweiterung durch jene neuen Behelfe, Abhilfe zu erlangen ist, — andererseits auch aus der Formel

des Restitutionsbeides, welche nach G.D. a. a. O. Nr. 2 dahin lautet, daß Impetrant seine neuen Be-
helfe ante sententiam, d. h. vor dem rechtskräftig
geforderten Urtheile beizubringen nicht vermocht habe,
welchen Eid die Kläger, nachdem sie schon jetzt ihre
neuen Zeugen benennen, nicht zu leisten vermöchten.
— Nur ungeeignet und aus Mißverständniß wurden
daher jene Gesuche in der Form eines außerordent-
lichen Rechtsmittels an die erste Instanz gerichtet,
und da hierin kein geöffentlicher Erzeß zu erkennen
war (G.D. IV §. 7 Nr. 5), der Richter Alles, was
zu einem Antrage und Rechtsbehelfe seiner Eigenschaft
noch gehört, von Amtswegen zu ersehen hat (ebd.
Nr. 6), und es unschädlich sein soll, wenn ein Be-
schwerdelibell bei dem ungehörigen Richter angebracht
wurde (G.D. XV §. 6 Nr. 3), — so befindet sich
der oberste Gerichtshof nach Vorschrift der G.D. XV
§. 9 Nr. 1, welche die Sache nach Maßgabe der
eingewendeten speziellen Beschwerden mit Allem,
was davon abhängt, an den höheren Richter
bevolmirt, vollkommen in dem Rechte; jene beiden
auf einer falschen Bahn wahrgenommenen Restitu-
tionsgesuche zu avociren und nach den angeführten
Gesetzstellen eben so zur Erledigung zu bringen, als
wären sie dem Revisionslibelle selbst einverleibt.

DAGE. v. 28. Juni 1853. Nr. 939^{49/50}.

Gnomen.

Der Richter wie der Arzt, sie müssen überall
Mit Urtheil und Rezept sich richten nach dem Fall.

Nur Eines fragt sich: hat die Sache guten Grund?
Wahrheit klingt immer wohl, gleichwohl aus weissen Mund.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Anbeirathung eines Gutes nach bayer. Recht. — Unzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der Streitigkeiten über die Verpflichtung der Israeliten zu Kultusbeiträgen. — Cosa-Vertrag, welche ein Fluchtversprechen enthalten, sind nicht ungültig. — Lausel „Auf Wohlverhalten“ bei Anstellungen.

Anheirathung eines Gutes nach bayer. Recht.

Wgl. Wb. 10 S. 187, 299.

Die Grundsätze, welche im obigen Betreffe in diesen Blättern B. 16 S. 257—63 mit Bezug auf mehrere MGG. aufgestellt wurden, haben eine prinzipielle Anerkennung in einem neueren obersterlichen Urtheile gefunden, so daß eine kurze Zusammenstellung der maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte in dieser Materie die Mittheilung der neuesten Entscheidung passend einleiten wird.

In der Regel kommen Eheverträge der fraglichen Art nur in Ober- und Niederbayern unter Bauerleuten, und meist nur aus der älteren Notariatspraxis vor.

Gemeinhin wird aus einer, auch im gemeinen Leben vorkommenden, Verkennung des Rechtsbegriffes des Heirathsgutes (dos) auch von dem Ehe manne ein Heirathsgut nach den Verträgen eingebracht, was, wie die Verordnung vom Jahre 1805, abgedruckt in dem Ulmer Regierungsblatte S. 385 bis 387, zeigt, eine allgemeine Uebung des in den Händen rechtsunkundiger Schreiber befindlichen Notariats war.

Die Hauptbestimmung, welche eine Abweichung von dem Dotalsystem bildet und die Gemeinschaftlichkeit des von beiden Ehetheilen zusammengebrachten Vermögens während der Ehe und den Uebergang als Miteigenthum, insbesondere des Anwesens, auf den überlebenden Eheheil begründet, liegt, den Vertragsworten gemäß, regelmäßig darin:

daß jener Eheheil, welcher im Besitze des Gutes (bäuerlichen Anwesens) ist, dieses dem andern Eheheile, welcher baareß Geld einbringt, „entgegen- oder anheirathet“, meist mit dem Beisatze „in der Art,“ daß dieser Eheheil Mitbesitzer oder Miteigenthümer und nach dem Tode des Vorabsterbenden „Alleineigenthümer“, „Alleinbesitzer“ oder „unvertriebener Besitzer“ sein, beziehungsweise bleiben solle.

An diese Hauptbestimmung schließt sich bei den Verabredungen über künftige Todesfälle regelmäßig die weitere wesentliche Bestimmung an, daß der überlebende Eheheil, im Falle von dieser Ehe Kinder vorhanden wären, sich mit diesen wegen des Vater- oder Muttergutes „vertragen“ oder „vergleichen“ solle, was auch dann nach dem Vertrage eintreten soll, wenn aus der früheren Ehe des vorabsterbenden Eheheiles ersteheliche Kinder vorhanden sind. Für den Fall kinderloser Ehe wird regelmäßig dem Ueberlebenden die Hinauszahlung eines s. g. „Rückfalls“ an die Verwandten des Vorabsterbenden aufgelegt. — Nach dem im bayerischen Landrechte herrschenden Dotalsystem besteht, abgesehen von der Errungenschaft, hinsichtlich des gegenseitigen Einbringens der Eheleute die Hauptwirkung im Falle der Trennung der Ehe durch Tod darin, daß das Einbringen des Ehemannes (contrados) der überlebenden Frau nur nutznießlich verbleibt, die dos der Frau aber den Gegenstand der Muttergutsauszeige

für den überlebenden Eheheil seinen eigenen Kindern gegenüber bildet, dagegen den Stiefkindern gegenüber herauszugeben ist; ferner, daß im Falle des kinderlosen Vorabsterbens eines Eheheiles das von dem Verstorbenen eingebrachte Gut (dos oder contrados) lebenslänglich nur nuznießlich und gegen eine den Intestaterben des Verstorbenen zu leistende Kaution von dem Ueberlebenden besessen wird.

B. Dd. Th. I Kap. 6 §. 36 Nr. 7; §. 37 Nr. 1 und 2 §. 38 Nr. 3.

Dagegen äußert sich die Wirkung der Eheverträge der bezeichneten Art bei den gedachten Trennungsfällen der Ehe darin, daß

1) im Falle des Vorabsterbens der Ehefrau mit Hinterlassung von Kindern aus ihrer früheren Ehe das von ihr als dos eingebrachte Gut (Anwesen) auf den überlebenden Ehemann, den Stiefvater, alleineigenthümlich, gegen die Verpflichtung, den Stiefkindern ein Geld-Äquivalent der Muten ihrer Mutter als Muttergut hinauszugeben, übergeht, obgleich die Bestimmungen des b. Dd. Th. I Kap. 5 §. 5 über die Muttergutsauszettelge sich nur auf die eigenen Kinder des überlebenden Ehemannes beziehen.

2) Im Falle des Vorabsterbens des Ehemannes fällt das von ihm als contrados (meist als Heirathsgut bezeichnete) eingebrachte Anwesen der Ehefrau alleineigenthümlich zu, gegen die Verpflichtung, den Kindern ein Äquivalent (Wätergut) hinauszugeben, was auch den Stiefkindern (den Kindern des vorverstorbenen Ehemannes aus seiner früheren Ehe) gegenüber gilt, welche Hinausgaben in der Regel durch Versicherung einer bestimmten Summe auf dem Gute bewirkt werden. —

3) Im Falle des Vorabsterbens eines Eheheiles ohne Kinder aus dieser oder einer früheren Ehe fällt das von dem vorabgestorbenen Eheheile als dos oder contrados eingebrachte Gut

dem Ueberlebenden eigenthümlich, im Gegensatz zu dem gesetzlichen, lebenslänglichen *usufructus* gegen Ration, zu, in welchem Falle, abgesehen von der meist getroffenen Stipulation eines Rückfalles an die Intestaterben des Vorabgestorbenen, das Intestaterbrecht der Verwandten durch Erbvertrag (M. Th. III Kap. 11) ausgeschlossen wird. Im Falle des Vorabsterbens der Ehefrau mit Hinterlassung von Kindern aus ihrer Ehe bewirken die Eheverträge der fraglichen Art, wenn das Gut von der Ehefrau eingebracht wurde, keine Abänderungen der gesetzlichen Bestimmungen des Landrechtes, weil nach M. Th. I Kap. 5 §. 5 bei der Muttergutsauszeige den Kindern kein Recht auf eigenthümliche Erwerbung des von der Mutter eingebrachten Gutes in specie, sondern nur ein Recht auf Sicherung eines *Aequivalentes* (in genere) zusteht. — Dem Einsender dieser Zeilen ist keine Stelle des bayr. Landrechtes und der Annotationen zu Kap. 6 des ersten Theiles bekannt, in welcher sich der Ausdruck „Anheirathung eines Gutes“ fände, obwohl im gemeinen Leben nicht selten gesagt wird, es hätten Mann und Frau sich Alles (gegenseitig) angeheirathet: in dem Sinne, daß der Ueberlebende den Verwandten des Vorverstorbenen nichts, oder den Kindern jedenfalls nicht das Gut herauszugeben habe. — Nur an einer Stelle der Anmerkungen zu Th. III Kap. 1 §. 17 Nr. 5 lit. d u. e, gelegentlich der Obsequation und Inventur eines Nachlasses, ist aus der alten, in der Gen. Sammlung v. 1771 pag. 67 abgedruckten Tagordnung als ein Fall der Ausnahme, in welchem auf Vorabsterben der Ehefrau Obsequation zc. einzutreten hat, bezeichnet, „wenn bei Bauersleuten der Ehefrau das halbe Gut oder Vermögen angeheirathet wurde.“ Hier ist aber nicht der Fall, den die Eheverträge der fraglichen Art begründen, gemeint, sondern jener, wenn der Ehemann die Hälfte

seines Vermögens der Ehefrau schon im Ehevertrage überlassen hat, so daß bei ihrem Absterben das Intestaterbrecht ihrer Verwandten auf diese eheherrliche Vermögenshälfte wirksam wird. —

Als den historischen Grund von Eheverträgen der fraglichen Art muß man unzweifelhaft einen Rest der Idee der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft bezeichnen, welche überall in Deutschland naturwüchsig und althergebracht, durch das in der Provinzialgesetzgebung herrschende Dotalsystem, insbesondere auf dem Lande, nicht verdrängt werden konnte. Als das Motiv solcher Eheverordnungen muß man ferner die Erhaltung des elterlichen Anwesens, bewirkt durch Bewahrung des Anwesens in der Hand des überlebenden Familienhauptes, gegenüber den Kindern erachten. Die Redakteure solcher Eheverordnungen haben endlich die gesetzliche Ausdrucksweise und das Rechtsverhältniß bei der dem bayerischen Landrechte eigenthümlichen Muttergutsauszeige des leiblichen Vaters seinen Kindern gegenüber (B. Lit. Th. I Kap. 5 §. 5) auf alle Fälle übertragen, in welchen das Gut von dem vorverstorbenen Etheil eingebracht wurde; daher die Ausdrücke „auszeigen“, „vergleichen“ um das Vater- oder Muttergut, — daher die Rechtsfolge, daß die Kinder ein Recht auf Eigenthumsübergang des Gutes ihres verstorbenen Vaters in specie nicht haben.

Hiernach lassen wir das erwähnte oberstrichterliche Erkenntniß vom 10. Mai 1853 Nr. 334^{51/52} folgen, dessen thatsächliche Unterlagen aus den Gründen sich hinreichend ergeben.

„Den in Ober- und Niederbayern, namentlich bei Bauerleuten, gemeinhin und insbesondere in früherer Zeit, vorkommenden Eheverträgen, in welchen der Mann oder die Frau, wenn eines derselben im Besitze eines bäuerlichen Anwesens ist, dasselbe dem anderen Theile, welcher nur barees Geld in die Ehe

bringt, nach den Vertragsworten: „an und entgegenheirathet“, nach welchen Verträgen der überlebende Theil, nach Absterben jenes Theiles, welcher das Gut in die Ehe gebracht hat, lediglich verbindlich erklärt wird, sich wegen des Vater- oder Muttergutes, je nachdem das Gut von dem Ehemanne oder von der Frau herrührt, zu vertragen oder zu vergleichen, liegt ein im Volke wurzelnder, durch das römische Dotalsystem nicht völlig verdrängter Rest der deutschrechtlichen ehelichen Gütergemeinschaft zu Grund, und als unbestreitbarer Zweck dieser Vertragsbestimmungen erscheint die Erhaltung des von beiden Eheleuten zusammengebrachten Vermögens, auf welches hin die Ansässigkeit begründet wurde, auch für den Fall der Trennung der Ehe durch Tod, in der Hand des Ueberlebenden und namentlich die Erhaltung des Anwesens in seiner Hand als der Basis der gemeinde-bürgerlichen Ansässigkeit. Ueberall, wo das bayr. Landrecht Geltung hat, wird, nach der allgemeinen Auffassung, unter dem „Ausmachen des Vater- oder Muttergutes“, unter dem „Vergleichen oder Vertragen“ wegen des Vater- oder Muttergutes niemals eine Abtretung, Entäußerung des Anwesens, des Gutes an die Kinder von Seite des überlebenden Eheheiles, sondern immer nur eine Geldabfindung des Kindes verstanden, deren Betrag sich nach dem reinen Werth des von dem vorverstorbenen Theile eingebrachten Immobilialvermögens bemisst, in dessen Besitz sohin selbstverständlich der überlebende Eheheil bleibt. Aus diesem, wie erwähnt, bei bäuerlichen Anwesen in Ober- und Niederbayern gemeinhin bestehenden Wesen des Vertrags, welchen der überlebende Eheheil mit den vorhandenen Kindern über das Vermögen des vorverstorbenen Eheheiles, welches ihm durch den Ehevertrag „angeheirathet“ wurde, abschließt, — folgt von selbst, daß dieser Ausdruck seine Erklärung nicht nach dem Dotalsysteme

finden und mit Einbringen, das, paraphernum oder mit contrados gleichbedeutend erachtet werden könne, sondern daß eine beschränkte Gütergemeinschaft dieser Vertragsbestimmung zu Grunde liege, indem der Besitz und das Eigenthum des Anwesens, von welchem Eheheile dasselbe auch herrührt, dem überlebenden Eheheile unter der Auflage verbleiben soll, den Kindern wegen des Einbringens des verstorbenen Eheheiles eine Geldabfindung zu gewähren. Um demnach eine Vertragsbestimmung der fraglichen Art als gegeben anzunehmen, kraft welcher der überlebende Eheheil lediglich zu einer Abfindung der Kinder hinsichtlich des Vermögens des vorverstorbenen Eheheiles verpflichtet, dagegen aber berechtigt erscheint, das Anwesen als Eigenthum innezubehalten, sind als wesentlich nur die beiden Stipulationen erforderlich: daß das von dem vorverstorbenen Eheheile eingebrachte Anwesen dem überlebenden Eheheile angeheirathet wurde, und daß demselben lediglich die Verpflichtung aufgelegt ist, sich wegen des Vater- oder Muttergutes mit den Kindern zu vergleichen oder zu vertragen. Außerwesentlich und lediglich nur dazu dienend, die Intention der Papißzenten noch klarer zu dokumentiren, erscheinen demnach die in derlei Verträgen meistens vorkommenden Zusätze bei der Anheirathung des Gutes, wie z. B. zum vollen Miteigenthum und Mitbesitz, oder in der Art „angeheirathet“, daß der Ehemann (oder die Ehefrau) nach dem Tode des anderen Eheheiles Alleineigenthümer oder unvertriebener Besitzer bleiben solle.

Im gegenwärtigen Falle nun hat nach dem Ehevertrage v. 17. Januar 1809 Martin Huber, der jetzige Beklagte, der Wittve Juliane Meindl, der Mutter des Klägers, 1600 fl. baar, als „wahres Heirathsgut“ zugebracht, zur billigen Vergleichung „dessen“ diese ihm ihr gesamtes Anwesen sammt Zubehör, kurz ihr ganzes Vermögen „an und ent-

gegengeheirathet“, wobei für den Fall des Vorabsterbens der Frau lediglich bestimmt ist, daß der überlebende Mann sich mit dem schon vorhandenen Sohne erster Ehe (dem Kläger) um das Muttergut vertragen müsse.“ — Dieser Vertrag enthält die obenbezeichneten wesentlichen Stipulationen, welche bei Verträgen der fraglichen Art die außerdem gesetzliche unmittelbare Intestaterbfolge des Sohnes in das Vermögen seiner Mutter nach M. Th. I Kap. 6 §. 37 Nr. 2 ausschließen und ihn auf eine Geldabfindung für das mütterliche Vermögen beschränken. — Vergleicht man mit diesem Vertrage jenen zwischen dem Vater des jetzigen Klägers mit dessen Mutter am 19. Mai 1791 abgeschlossenen Ehevertrag, in Folge dessen am 17. Januar 1809 die Wittve Meindl. das von ihrem Manne eingebrachte Anwesen als Alleineigenthum erwarb und ihrem Sohne, dem jetzigen Kläger, das Vätergut mit 2500 fl. auswies, so trifft man wörtlich dieselben Stipulationen, wie in dem Vertrage v. 17. Jan. 1809. Dort wie hier, wird das Anwesen, welches 1791 der Ehe mann einbrachte, der Ehefrau, welche dagegen bares Geld in die Ehe brachte, „an und entgegengeheirathet“, und im Falle der Trennung der Ehe durch Tod „soll ein wie der andere (Eheheil) sich mit den Kindern billig vertragen.“ Der in dem Vertrage von 1791 enthaltene Beisatz: „dergestalt an und entgegengeheirathet, daß sie (die Ehefrau) unvertriebene Besitzerin des Anwesens sein und bleiben solle,“ dient nur dazu, um den Willen und die Absicht der Contrahenten, welche faktisch schon in den getroffenen Stipulationen liegen, ganz ausdrücklich kundzugeben. Bei der völlig identischen Formulirung der beiden Verträge von 1791 und 1809 in den Hauptstipulationen, welche Verträge in demselben Gerichtsbezirke, ja selbst in derselben Familie abgeschlossen wurden, läßt sich aus dem Abgange des obenbezeichneten nicht

wesentlichen, sondern nur erläuternden Beisageß in dem Vertrage von 1809 in keiner Weise auf eine andere und abweichende Absicht der Kontrahenten schließen, als jene, welche im Vertrage v. 1791 mit klaren Worten ausgesprochen ist. — Aus diesen Gründen ist der primäre Klagsanspruch auf Herausgabe des von der Mutter des Klägers herrührenden Unwesens unbegründet. Es ist daher der Revisionssbitte des Beklagten stattzugeben; dem Kläger steht aus dem Vertrage vom 17. Jan. 1809 nur das Recht zu, eine dem Einbringen seiner Mutter entsprechende Selbfindung (s. g. Muttergut) von dem Beklagten zu verlangen. p. μ.

Unzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der Streitigkeiten über die Verpflichtung der Israeliten zu Kultusbeiträgen.

*D Schicksal! Hier und dort versuchte ich mein Glück;
An jeder Pforte rief der Herr vom Haus: Zurück!*

Das Edikt vom 10. Juni 1813 über die Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen und die II. Beilage zur Verfassungsurkunde enthalten keine besonderen Bestimmungen über die Beischaffung der zu den Ausgaben dieses Kultus erforderlichen Geldmittel. Auch das Edikt vom 24. März 1809 hatte sich hierüber nicht ausgesprochen. Einen näheren gesetzlichen Anhaltspunkt bietet die Verordnung über die Umlagen für Gemeindebedürfnisse vom 22. Juli 1819 dar, in dem der Art. I lit. b unter den Zwecken, für welche Gemeindefiskalumlagen erhoben werden können, sub Nr. 10 aufzählt:

die Anschaffung von Kirchen- und Schulrequisiten, den Unterhaltszuschuß für Geistliche, Schullehrer u., in so ferne die im Finanzetat dazu bestimmten Summen und das Stiftungsvermögen nicht ausreichen.

Hierzu kommt noch die Bestimmung des Art. V in Betrachtung: daß in der Regel kein Staatsbürger verbunden ist, zur Befriedigung der Bedürfnisse von Kirchen und Schulen einer Religionspartei, zu welcher er nicht gehört, mittelst Umlagen beizutragen; wonach, also die den israelitischen Kultus betreffenden Umlagen lediglich auf die Israeliten fallen.

In der Bestimmung des angeführten Art. I dieser Verordnung fand das Ministerium des Innern, laut der Entschließung vom 12. Dez. 1833, — welche am 15. Dez. 1834 sämmtlichen Kreisregierungen zur Darnachachtung mitgetheilt wurde, —

Döllinger, Sammlung Bd. VI S. 196, die Konkurrenzpflicht der jüdischen Glaubensgenossen ausgesprochen und wies die Regierungen an, den Fortbestand des israelitischen Kultus durch staatspolizeiliche Anhaltung der Konkurrenzpflichtigen Mitglieder in Anwendung der Vorschriften des Umlagengesetzes zu sichern. Diesem aus dem Umlagengesetze entnommenen Grunde fügt die Ministerialentschließung noch die allgemeinen Betrachtungen bei:

daß jeder genehmigten Privat- oder öffentlichen Kirchengesellschaft, nach §. 38 des II. Ediktes zur Verf.-Urk., unter der obersten Staatsaufsicht die Befugniß zukomme, alle inneren Kirchenangelegenheiten zu ordnen,

daß nach §. 30 des Ediktes den kirchlichen Oberen, Vorstehern oder ihren Repräsentanten das allgemeine Recht zur Aufsicht, mit den daraus hervorgehenden Wirkungen, eingeräumt sei, und

daß, von diesem staatsrechtlichen Gesichtspunkte ausgehend, die durch den §. 21 des Ediktes vom 10. Juni 1813 näher bestimmte israelitische Kultusverwaltung befugt und verpflichtet sei, die zur Aufrechterhaltung des Kultus nöthigen Anordnungen selbstständig zu erlassen, vorbehaltlich des Obergewichtsrechts der Staatsgewalt.

Diese Auffassung der Beitragspflicht als Gegenstand des staatspolizeilichen Aufsichtsrechtes, wonach dieselbe dem Gebiete der Rechtspflege entzogen ist, — fand jedoch bei den Gerichten nicht allenthalben Anklang; Klagen wegen der Beitragspflicht wurden häufig im Civilrechtswege angenommen und entschieden. Aber selbst die Verwaltung blieb dem aufgestellten Systeme nicht treu, wie folgender Fall ergibt. Seit vielen Jahren wurden von der ledigen W. S. zu Würzburg gegen die Entrichtung der ihr zugemutheten Kultusbeiträge Schwierigkeiten erhoben. Bis 1847 wurden diese durch die Entscheidungen und Exekutionsmaaßregeln des Magistrats erledigt. Auf ein neuerliches Anrufen wurde aber die Kultusgemeinde durch Entschliessungen des Staatsministeriums des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten vom 6. Dez. 1847 und 27. Juli 1848 auf den Civilrechtsweg verwiesen, gestützt auf die Betrachtung, daß das Edikt vom 10. Juni 1813 §. 22 die Bildung eigener Judengemeinden untersage, und daß nach den Bestimmungen des II. Ediktes zur Verf. Urk. §. 24, 28, 32, nur den öffentlichen Kirchengesellschaften die Rechte öffentlicher Korporationen verliehen, die übrigen Kirchengesellschaften aber nur als Privatgesellschaften zu achten seien. Mehrere Jahresbeiträge wurden nun auch durch Einschreitung des Gerichts beigetrieben, und auf eine im Jahre 1851 von der W. S. erhobene Klage gegen die Kultusgemeinde sprach sich das Appellationsgericht ebenfalls für die Zuständigkeit der Gerichte aus. Dagegen hat der oberste Gerichtshof durch das in dieser Sache am 19. Dez. 1853 erlassene Erkenntniß (M. 16^{53/54}) entschieden, daß dergleichen Streitigkeiten nicht als Justizsache zu betrachten seien. Die Entscheidungsgründe sagen hierüber Folgendes:

„Die Israeliten genießen in Bayern nicht die

Rechte öffentlicher Kirchengesellschaften, sie sind aber als Privatkirchengesellschaft aufgenommen, und es stehen ihnen als solcher alle dieser verfassungsmäßig eingeräumten und namentlich die durch das Edikt vom 10. Juni 1813 für die Israeliten näher bestimmten Befugnisse zu.

§. 23 des angef. Edikts.

In dieser Aufnahme und insbesondere in der Befugniß, unter gewissen Voraussetzungen eigene kirchliche Gemeinden zu bilden (§. 24), eigene Schulen zu errichten (§. 33) u., liegt die Nothwendigkeit, für den damit verbundenen Aufwand zu sorgen. Die Mittel dazu sind durch die Verordn. über die Umlagen für die Gemeindebedürfnisse vom 22. Juni 1819 Art. I. lit. b. Nr. 10 und Art. VI bezeichnet, wonach das Bedürfniß für Kirchen und Schulen jeder Konfession von den Angehörigen derselben durch Umlagen, nach dem Steuerfuße oder nach einem anderen von der Gemeinde zu wählenden Maafstabe, zu erheben sind. Die Verpflichtung zur Beitragsleistung beruht nicht auf einem Vertrage oder sonstigem civilrechtlichen Verhältnisse; sie wird nicht dadurch begründet, daß der Einzelne seine Zustimmung zu der Bildung der kirchlichen Gemeinde oder zu den einzelnen, den Aufwand veranlassenden Einrichtungen erteilt habe, oder daß er diese benütze u.; sie findet vielmehr ihre ausschließliche Begründung in seiner Eigenschaft als konfessionelles Mitglied der Gemeinde. Zu einer richterlichen Entscheidung über diese Verpflichtung und über den Maafstab derselben würde es daher an aller civilrechtlichen Grundlage fehlen, während es der Staatspolizei nicht gleichgiltig sein kann, ob die von derselben autorisirten Kultus- und Schulanstalten durch den Abgang der erforderlichen Geldmittel in's Stocken gerathen.

Mit Recht wurde daher diese Auffassung der Beitragspflicht der Israeliten zu den Kultusbedürf-

nissen, als Gegenstand des staatspolizeilichen Aufsichtsrechtes, durch die Entschlieſung des k. Staatsm. des Innern vom 12. Nov. 1833 festgehalten. Die hiergegen in dem Erkenntniſſe des k. Appellationsgerichtes erhobenen Bedenken, welche auch das k. Ministerium veranlaßt haben, die früheren Streitigkeiten zwischen der Klägerin und der Kultusgemeinde durch die Entschlieſungen vom 6. Dez. 1847 und 27. Juli 1848, als zur administrativen Entscheidung nicht geeignet, auf den Rechtsweg zu verweisen, — ſind von keinem entscheidenden Belange: denn

1) wenn das Edikt vom 10. Juni 1813 §. 22 die Bildung eigener Judengemeinden unterſagt, ſo bezieht ſich dieſes lediglich auf die politiſche Gemeinde, wie aus dem weiteren Inhalte deſſelben §. und aus der Beſtimmung des oben angeführten §. 24, — welcher die Bildung eigener kirchlichen Gemeinden der Iſraeliten geſtattet, — unzweifelhaft hervorgeht.

2) In der Beſtimmung der II. Weil. zur Verſ. Urk., §. 24, 28, und 32 wonach nur den öffentlichen Kirchengeſellſchaften die Rechte öffentlicher Korporationen verliehen, die übrigen Kirchengeſellſchaften aber nur als Privatgeſellſchaften zu achten ſind, kann keineswegs der Sinn gefunden werden, daß die letzteren lediglich aus dem Standpunkte eines civilrechtlichen Sozietätsverhältniſſes beurtheilt werden ſollen; es muß vielmehr das innere Verhältniß dieſer Kirchengeſellſchaften aus den weiter vorliegenden geſetzlichen Beſtimmungen und Verhältniſſen entnommen werden.

In gleichem Sinne hat ſich der Gerichtshof in dem Erkenntniſſe vom 10. März 1843, Nr. 10³⁹/₄₀ ausgeſprochen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Sola-Wechsel, welche ein Zinsversprechen enthalten, sind nicht ungültig.

Es ist schon öfter in erster und zweiter Instanz ¹⁾ ausgesprochen worden, daß Sola-Wechsel, in welchen ein Zinsversprechen enthalten ist, ihre Wechselkraft nicht verlieren.

In den Motiven zu einem erstrichterlichen Erkenntniß vom 25. Oktober 1851 (M. 1852 Nr. 27) kommt hierüber Folgendes vor:

Nirgendß in den Bestimmungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung ist ein Verbot der bisher bei Sola-Wechseln üblichen und nach bayer. Wechselrechte ausdrücklich erlaubten bedingenen Zinsen zu finden, und es kann daher ein solches Verbot, welches als Prohibitiv-Gesetz bestimmt ausgedrückt sein müßte, auch nicht in das Gesetz hineingelegt werden, namentlich folgt aus dem Hineinlassen einer ausdrücklichen Bestimmung über das Erlaubtsein solcher Zinsen durchaus noch kein Verbot derselben, denn gerade das Verbot müßte ausdrücklich ausgesprochen sein.

Eben deswegen findet sich auch im Art. 8 des Einführungs-Gesetzes zur allgem. deutschen Wechselordnung eine ausdrückliche Bestimmung rücksichtlich der gleichfalls bisher üblichen und zulässigen Sola-Wechsel auf Kündigung, wodurch ausdrücklich solche Wechsel drei Jahre nach dem Einführungs-Termine der Wechselkraft für verlustig erklärt werden, während der Sola-Wechsel auf bedingene Zinsen hierbei nicht erwähnt wird.

¹⁾ Von den Wechsel- und Mercantillgerichten zu München und Gießen. Der gegentheiligen Meinung folgte, wie in den heurligen Verh. d. R. d. Abg. vorkam, das W. O. zu Altschaffenburg.

Und wäre auch, wie nicht, ein bestimmtes Verbot der bedungenen Zinsen bei Solawechseln vorhanden, oder könnte selbst ein solches Verbot, ohne daß es ausdrücklich ausgesprochen wäre, aus anderen Bestimmungen gefolgert werden, so würde dennoch hieraus die Ungiltigkeit des Solawechsels nicht folgen, sondern nur die Ungiltigkeit der bedungenen Zinsen; denn es ist Regel, daß durch die Ungiltigkeit einer nichtwesentlichen Nebenbestimmung die Giltigkeit des Rechtsgeschäftes im Uebrigen nicht berührt wird, — *utile per inutile non vitiatur*, — es wäre denn, daß durch ausdrückliches Gesetz die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Rechtsgeschäftes davon abhängig gemacht wäre, in welchem Falle eben aber wieder die ausdrückliche Bestimmung mangelte.

Auf erhobene Berufung erfolgte in zweiter Instanz am 7. März 1853 bestätigendes Erkenntniß. Gründe:

Eigenen Wechseln konnte vor Einführung der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung unbestritten ein Zinsversprechen beigelegt werden, und es ist dieses durch die letztere nicht ausdrücklich verboten.

In einer andern Streitsache (N. 1852 Nr. 1), wo der Beklagte gegen einen Zahlungsauftrag bei Vermeidung der Sperre unter Anderem auch deshalb die Berufung ergriff, weil in den der Klage zu Grunde liegenden Wechseln neben der Hauptsache auch noch Zinsen stipulirt worden, und diese Wechsel deshalb nicht mit Wechselkraft versehen seien, kommt hierüber in den Motiven zum oberichterlichen Erkenntniß vom 26. Septbr. 1853 Folgendes vor:

Eigene Wechsel konnten vor Einführung der deutschen Wechselordnung unbestritten ein Zinsversprechen enthalten, und die deutsche Wechselordnung

enthält hierüber keine Bestimmung, sohin auch keine Abänderung. Es widerstreitet auch keineswegs der Natur des Wechsels, wenn der eigene Wechsel auch auf Zinsen, von der Wechsel-Summe zu berechnen, lautet, wenn nur der erlaubte Zinsfuß eingehalten wird.

Dr. Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. II. §. 270.

Eben so wenig ergibt sich eine Unsicherheit über die Wechsel-Summe, nachdem ein solcher Wechsel den Zinsfuß und den Tag des Zinsenlaufes enthält, sohin sich die Forderung des Wechselgläubigers ganz klar berechnen läßt ¹⁾. Posset.

2.

Klausel „Auf Wohlverhalten“ bei Anstellungen.

Wurde bei einem an sich das Gepräge der Perpetuität tragenden Anstellung ein Beisatz gemacht, zufolge dessen die Dauer vom Wohlverhalten des Angestellten abhängen soll, so involvirt diese Klausel nicht den Vorbehalt der Entlassbarkeit nach Belieben. Eine Entlassung auf Grund derselben müßte sich vielmehr durch Anführung spezieller Thatfachen motiviren lassen, und nöthigenfalls würde dem Diener der Rechtsweg offen stehen.

DAWG. v. 1. Juli 1853. Nr. 36⁵²/₅₃.

¹⁾ Uebereinstimmend die Praxis des Kammergerichts und des Obertribunals zu Berlin. Ebenhaar und Tauchnitz, Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 2 S. 95 und 128. Abweichend dagegen die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe zu Stuttgart und Moskau. Seuffert's Archiv Bd. 3 Nr. 200, Bd. 7 Nr. 93.

Verichtigung. Bd. XVIII S. 408 B. 4 von unten statt $\frac{61}{62}$ lies $\frac{60}{61}$.

Verl.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Gerichtsstand bei Ehrenbeleidigungen durch die Schrift. — Prävention durch Requisition und Vernehmung des Verdächtigen. Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen. Einfluß thätiger Reue auf die Kompetenzfrage. — Kompetenz zur Führung der Voruntersuchung wegen eines von einem Bayern im Auslande verübten Verbrechens. — Kompetenz, begründet durch den Gebrauch eines falschen Amtssattels bei der Ungewißheit über den Ort der Falschung. — Einfluß thätiger Reue auf die Kompetenzfrage. — Von der Beschränkung der Zuwendungen an den zweiten Ehegatten. Gutsanbeirathung. — Klage auf Räumung des Mieth- (oder Pacht-) Objektes. Beweislast. — Der Grundsteuerkataster als Beweismittel für die Realität eines Gewerbes. — Zeugenbeeidigung durch einen Funktionär — heilbarer Mangel.

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

XLVII.

Gerichtsstand bei Ehrenbeleidigungen durch die Schrift.

Der Schmiedmeister F. von Wattenweiler, welcher glaubte, daß das k. Landgericht Krummbach in einer ihn betreffenden Gewerbsache nicht ganz unparteiisch verfahren sei, beauftragte eine gewisse Julie B. in Krummbach, ihm eine Beschwerdeschrift an S. M. den König zu fertigen. B. vollzog diesen Auftrag und schickte die Beschwerdeschrift unter Couvert mit der Post an den Schmiedmeister F. nach München, da sich dieser damals gerade wegen anderer Geschäfte dort aufhielt. F. übergab das ganze Paquet, ohne dessen Inhalt näher zu untersuchen, in dem k. Kabinete, und da die nebst anderen an F. gerichteten Schreibereien darin befindliche Beschwerdeschrift Ehrenbeleidigungen gegen das Landgericht Krummbach enthielt, wurde bei dem k. Land-

gerichte Roggenburg, als hiezu delegirt, eine Voruntersuchung gegen Johann F. und Julie B. wegen Amtsehrenbeleidigung eingeleitet. Nach Durchführung derselben legte das Landgericht Roggenburg die Akten dem k. Kreis- und Stadtgerichte Memmingen zur weiteren Beschlußfassung vor; dasselbe lehnte jedoch seine Kompetenz in der Sache ab, weil, wenn auch in der Regel Ehrenbeleidigungen durch die Schrift an dem Orte, wo sie geschrieben und zur sichern Bestellung aufgegeben werden, vollendet erscheinen, doch hier, wo die Beschwerdeschrift an Joh. F. nach München geschickt und ihm überlassen worden sei, ob er die Schrift an ihren Bestimmungsort gelangen und somit in die Außenwelt treten lassen wolle, — die Handlung erst durch die Uebergabe der fraglichen Beschwerdeschrift in dem k. Kabinete, somit in München vollendet worden sei. Nachdem aber auch das k. Kreis- und Stadtgericht München seine Kompetenz in der Sache ablehnte, entschied der oberste Gerichtshof diesen negativen Kompetenzkonflikt dahin, daß das Kreis- und Stadtgericht Memmingen zur Beschlußfassung über die Voruntersuchung zuständig sei, und zwar in der Erwägung

1) daß nach den bisherigen Erhebungen anzunehmen sei, daß die im Namen des Johann F. abgefaßte Beschwerdeschrift, durch welche das Vergehen der Amtsehrenbeleidigung begangen worden sein solle, von Julie B. in Krumbach gefertigt und dort der Post übergeben worden sei;

2) daß Ehrenbeleidigungen durch die Schrift als an dem Orte vollendet erscheinen, wo sie geschrieben und zur sichern Bestellung aufgegeben werden;

3) daß sonach hier das Vergehen in Krumbach vollendet worden sei, und das Landgericht Krumbach zu dem Gerichtssprengel des k. Kreis- und Stadtgerichtes Memmingen gehöre.

DAAG. vom 14. Oktober 1853. II.B. Nr. 36.

XLVIII.

Prävention durch Requisition um Vernehmung des Verdächtigen. — Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen. Einfluß thätiger Rede auf die Kompetenzfrage.

Vgl. unten Nr. LI.

Am 26. August 1853 requirirte das k. Landgericht Au das Landgericht Dingolfing, den Knecht Georg St. von Wart wegen eines dem Metzgerknechte Joseph Maier in Zandorf zugegangenen ausgezeichneten Diebstahls nach Art. 46 Ziff. 4 des StPG. vom 10. Nov. 1848 zu vernehmen. Georg St. befand sich damals nicht in seiner Heimath, wurde aber am 18. September 1853 bei dem Landgerichte Erding wegen Vagirens aufgegriffen und an das Landgericht Dingolfing als seine Heimathsbehörde abgeliefert, wo er nicht bloß über den zu Zandorf vorgefallenen Diebstahl, sondern auch über ein ihm zur Last gelegtes Diebstahlvergehen an dem Söldner Joh. Schwinghammer zu Freindorf, Odg. Dingolfing, vernommen wurde. Dieses letztere Gericht hielt sich jedoch nicht für kompetent, in der Sache weiter vorzuschreiten, weil das Landgericht Au durch seine Requisition vom 26. Aug. 1853, welche einer Ladung gleichzuachten sei, prävenirt habe, während andererseits auch das Landgericht Au seine Kompetenz ablehnte, weil St. die entwendete Uhr dem Joseph Maier noch vor seiner Vernehmung zurückgestellt habe, somit in dieser Beziehung thätige Rede vorliege.

Der oberste Gerichtshof entschied diesen negativen Kompetenzkonflikt dahin, daß das k. Landgericht Au zur Durchführung der Voruntersuchung zuständig sei. Gründe:

1) das Requisitionsschreiben des k. Landgerichtes Au an das k. Landgericht Dingolfing vom 26. Aug. 1853, worin das Ansuchen um Verneh-

mung des Verdächtigen; nach Art. 46 Ziff. 4 des StPG. vom 10. Nov. 1848 gestellt wurde, ist einer Ladung im Sinne des Art. 22 Abs. 3 Th. II des StGB. gleich zu achten.

2) Gleichermaßen war das Landgericht Dingolfing von dem im Bezirke des Landgerichtes Au vorgeschalteten Diebstahle und dem dessfalls auf St. ruhenden Verdachte schon früher unterrichtet, als es von dem in seinem eigenen Bezirke an Joh. Schwinghammer zu Freienborn verübten Diebstahle Nachricht erhielt, was erst durch Mittheilung des Landgerichtes Erding vom 20., eingelaufen am 23. September 1853, erfolgte.

3) Die Verhaftung des St. zu Erding geschah inhaltlich des Schreibens dieses Landgerichtes wegen Bagirens, sohin aus einem polizeilichen Grunde, und ohne Veranlassung von Seite des Landgerichtes Dingolfing.

4) Wenn auch hierauf das Landgericht Dingolfing den eingelieferten St. am 23. September 1853 über beide Diebstähle verhörte, so hatte doch jedenfalls das Landgericht Au durch sein Schreiben vom 26. August 1853 nach Art. 22 Th. II des StGB. die Zuständigkeit zur Führung der Voruntersuchung über beide Diebstähle durch Zuvorkommen mit der Ladung für sich begründet. Uebrigens ist

5) die Zuständigkeit des Landgerichtes Au zur Führung der Voruntersuchung über die beiden Diebstähle vorzüglich auch noch dadurch begründet, daß der im Bezirke desselben zu Zamborf verübte Diebstahl als ein ausgezeichnetes angezeigt ist, somit ein Verbrechen bildet, der im Bezirke des Landgerichtes Dingolfing begangene Diebstahl aber nur als Vergehen erscheint, und das Verbrechen, als die höher straffbare That, das bei der Bestrafung nur als erschwerender Umstand in Berücksichtigung kommende Vergehen nothwendig an sich zieht, und endlich

6) die bezüglich des in Zamborf verübten Diebstahles etwa stattgefundenen thätigen Mene, worüber der oberste Gerichtshof zur Zeit sich auszusprechen nicht berufen ist, auf die Zuständigkeitsfrage keinen Einfluß hat.

OLGE. vom 21. Nov. 1853 U.B. Nr. 37.

XLIX.

Kompetenz zur Führung der Voruntersuchung wegen eines von einem Bayern im Auslande verübten Verbrechens.

Am 29. Juli 1853 machte der in der Korrek-tionsanstalt zu Gbrach detinirte Glasergeselle Franz Berchtold von Bayerbießen, Landgerichts Landsberg, bei dem Polizeikommissariate dortselbst die Anzeige, daß er im Jahre 1851 während seines Auf-enthaltes auf der Insel Cuba zu Havanna einen Mord verübt habe, und derselbe wurde zum Behufe der desfalls einzuleitenden Voruntersuchung an sein Heimathsgericht, das k. Landgericht Landsberg, abgeliefert. Dieses unterzog sich anfangs der Führung der Untersuchung, lehnte aber dann seine Kompetenz hiezu ab, weil nach Art. 30 Th. II des StGB. wegen eines von einem Bayern im Auslande verübten Verbrechens zur Führung der Voruntersuchung dasjenige Gericht zuständig sei, in dessen Bezirke derselbe aufgegriffen werde, somit im vorliegenden Falle das k. Landgericht Burgebrach. Da jedoch auch dieses seine Zuständigkeit ablehnte, entschied der oberste Gerichtshof diesen negativen Kompetenzkonflikt dahin, daß das k. Landgericht Burgebrach zur Führung der Voruntersuchung gegen Franz Berchtold wegen eines von ihm angeblich zu Havanna im Jahre 1851 begangenen Mordes zuständig sei. Gründe:

1) In der Voraussetzung, daß Berchtold als bayerischer Unterthan im Auslande ein Verbrechen begangen hätte, erscheint dasjenige Gericht gemäß

Art. 30 Th. II des StGB. zur Führung der Voruntersuchung kompetent, bei welchem derselbe ergriffen wird, und nach dieser Kompetenz bemisst sich auch jene des zur Beschlußfassung nach Art. 49 des StGB. vom 10. Nov. 1848 kompetenten Kreis- und Stadtgerichtes gemäß Art. 47 a. a. O.

2) Der Polizeibehörde (Polizei-Kommissariat) zu Ebrach ging durch die Selbstanzeige des Berchtold vom 29. Juli 1853 Kenntniß eines von ihm angeblich begangenen Verbrechens zu; sie war daher gemäß Art. 19 Th. II des StGB. und §. 40 der Instruktion für die Polizeidirektionen vom 24. Sept. 1850 (Reg. Bl. 2517—2518) verpflichtet, den Berchtold, wenn derselbe nicht zufällig als Zwangsarbeiter sich schon in ihrem Gewahrsam befunden hätte, zu ergreifen und an das einschlägige Gericht, hier das Landgericht Burgebrach, in dessen Bezirk der Ort der Ergreifung gehört, abzuliefern.

3) An dieser gesetzlichen Kompetenz kann der Umstand nichts ändern, daß Berchtold zu Ebrach in der Korrekptionsanstalt sich befand, indem der Akt der polizeilichen Ergreifung eines wegen Verbrechens Verdächtigen gemäß Art. 19 Th. II des StGB. in das Bereich der strafrichterlichen Thätigkeit fällt, demnach Berchtold nach dem 29. Juli 1853 auch als wegen Verbrechens nach Art. 30 Th. II des StGB. ergriffen, bis zu seiner Ablieferung sich in Ebrach befand; eben so wenig der Umstand, daß das k. Landgericht Landsherg als Heimathsgericht des Berchtold der Führung der Untersuchung anfangs sich unterzog *).

DNB. vom 13. Januar 1854 II. B. Nr. 38.

*) Die Frage, ob das Polizeikommissariat Ebrach befugt und verpflichtet gewesen wäre, den Berchtold zu ergreifen, wenn er sich nicht in der vorliegenden Zwangsarbeitsanstalt befunden hätte, möchte zweifelhaft sein,

I.

Kompetenz, begründet durch den Gebrauch eines falschen Amtssattes bei der Ungewißheit über den Ort der Fälschung.

Der Handelsmann Johann Hofmann hatte von dem Landgerichte Bogen, die schriftliche Erlaubniß zum Verkaufe einer Art Liqueur zu einem bestimmten Preise erhalten, und als er dieselbe bei dem Landgerichte Waldmünchen zum Zwecke des unbeanstandeten Verkaufes auch im Bezirke dieses Gerichtes produzirte, zeigte sich, daß die Ziffer des festgesetzten Verkaufspreises in dem Atteste verändert worden war. Das Landgericht Waldmünchen hielt sich nicht kompetent zur Einleitung der Voruntersuchung, da die Fälschung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht in seinem Bezirke begangen wurde, aber auch das k. Landgericht Bogen lehnte seine Kompetenz ab, und der oberste Gerichtshof entschied in diesem negativen Konflikte für die Zuständigkeit des Landgerichtes Waldmünchen in der Erwägung:

1) daß hier in Gemäßheit des StGB. Th. I Art. 425 und des Ges. vom 11. Sept. 1825 Ziff. I das Vergehen der Fälschung eines Amtssattes in Frage steht;

2) daß dieses Vergehen eben so durch willentlichen Gebrauch, als durch die Fälschung selbst begangen wird;

da sich die Kompetenz solcher Polizeikommissariate nur auf die ihnen anvertrauten Sträflinge erstreckt; aber dazu war das Polizeikommissariat verpflichtet, dem Landgerichte Burgebrach von der Selbstanzeige des Verchtold alsbald Nachricht zu geben, damit dasselbe dessen Ablieferung an das genannte Landgericht verfüge, worin auch dessen Ergreifung gelegen wäre, so daß die Kompetenz des Landgerichtes Burgebrach zur Führung der Voruntersuchung nach Art. 30 Th. II des StGB. nicht hätte bezweifelt werden können.

3) daß in dem vorliegenden Falle zwar der Ort der Fälschung ungewiß, der wissentliche Gebrauch des Attestes vor dem Landgerichte Waldmünchen aber außer Zweifel gesetzt ist;

4) daß daher das Landgericht Waldmünchen zur Einleitung der Voruntersuchung zuständig erscheint.

DNÖ. v. 13. Januar 1854. II. B. Nr. 39.

LI.

Einfluß thätiger Reue auf die Kompetenzfrage.

Vgl. oben Nr. XLVIII a. G.

In einer bei dem Landgerichte Eichstädt wegen eines am 18. Oktober 1853 zum Schaden der Diensthedchte Joseph Escher und Alois Hierl zu Lippertshofen begangenen Diebstahlsvergehens hatte sich Verdacht gegen den Tagelöhner Johann Birk von Eichstädt ergeben; da derselbe aber inzwischen wegen eines am 29. Oktober 1853 zum Schaden des Gütlers Johann Schachtner zu Pulling verübten Diebstahlsvergehens bei dem Landgerichte Freising in Untersuchung und Verhaft gekommen war, gab das Landgericht Eichstädt seine Akten an das Landgericht Freising ab, welches nun die Untersuchung bezüglich beider Diebstähle durchführte und sie zur weitem Beschluffassung dem Kreis- und Stadtgerichte Michach vorlegte. Dieses verwies jedoch die Sache an das Kreis- und Stadtgericht Nürnberg, zu dessen Gerichtsprengel das Landgericht Eichstädt gehört, weil der im Landgerichte Freising begangene Diebstahl sowohl im Hinblick auf den Umfang des vom Thäter hiebei dargelegten Dolus, welcher sich nur auf die rechtswidrige bleibende Zueignung von 4 fl. 26 fr. erstreckt habe, als auch mit Rücksicht auf die jedenfalls vorliegende theilweise thätige Reue nur als Polizeiübertretung darstelle, daher bei der seinerzeitigen Aburtheilung das im Bezirke des Landgerichtes Eich-

Stadt begangene Vergehen die konkurrierende Polizei-
 übertretung als erschwerenden Umstand nach sich ziehe.
 Aber auch das Kreis- und Stadtgericht Nürnberg
 erklärte sich für unzuständig, weil die gemäß Art. 22
 Abs. 3 Th. II des StGB. für beide Reate begrün-
 dete Kompetenz des Landgerichts Freising als Unter-
 suchungsgerichts auch die Kompetenz des Kreis- und
 Stadtgerichts Michach als erkennenden Gerichts be-
 gründete, welche durch die eine materielle Würdigung
 der Sache voraussetzende Annahme, daß der im Be-
 zirkte des Landgerichts Freising verübte Diebstahl we-
 gen theilweiser thätiger Reue mit polizeilich strafbar
 sei, nicht wieder aufhören könne.

Der oberste Gerichtshof entschied für die Zustän-
 digkeit des Kreis- und Stadtgerichts Michach. Gründe:
 An der durch die prävenirende Verhaftung für
 das LG. Freising zur Durchführung der
 Voruntersuchung in beiden Beziehungen, und
 folgeweise in gleichem Umfange (hinsichtlich der
 Beschlußfassung) für das Kreis- und Stadtge-
 richt Michach begründeten Kompetenz vermag der
 Umstand, daß bei der seinerzeitigen Aburthei-
 lung der im Landgerichtsbezirke Freising began-
 gene Diebstahl wegen in Mitte liegender theil-
 weiser thätiger Reue dem Thäter möglicher
 Weise nur als Polizeiübertretung angerechnet
 werden könnte, nichts zu ändern, da auch unter
 dieser Voraussetzung die bezüglich des Dieb-
 stahlsvergehens an Joseph Escher und And.
 Hierl zu Rippertshofen jedenfalls begründete
 Zuständigkeit auf die Polizeiübertretung sich er-
 strecken würde, abgesehen davon, daß für die
 Entscheidung der Kompetenzfrage die erst später
 zu prüfende Schuldfrage nicht maßgebend
 sein kann.

OLGE. vom 11. Febr. 1854. II. B. Nr. 41.

Nr. 15

Mittheilungen aus der Praxis.

I.

Von der Beschränkung der Zuwendungen an den zweiten Ehegatten. Goldanheirathung.

Pal. Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr.

Bei seiner zweiten Verheirathung hatte J. M. seiner zweiten Ehefrau sein Anwesen im Aufschlag von 10,500 fl. zum Miteigenthum angeheirathet. Von Seite der Kinder erster Ehe wurde behauptet, das fragliche Anwesen sei mindestens 30,000 fl. werth, und deswegen auf Grund Rh. I Kap. 6 §. 47 Nr. 3 klagweise (gegen ihren Vater) die Annulirung jener Anheirathung beantragt. In II. und III. Instanz erfolgte Entbindung des Beklagten von der Klage. Die in der oberstgerichtlichen Entscheidung in Bezug genommenen Motive des zweitrichterlichen Urtheils (Freising) sagen unter Anderem:

1) Nach Maßgabe des bayer. Rh. I Kap. 6 §. 47 Nr. 3:

„Kann auch das Ehegatt, welches sich abermals ehelicht, von seinem eigenen Vermögen dem neuen Ehegatten für seine Person kein Mehreres als einem Kinde von voriger Ehe, welches am wenigsten bekommt, *titulo mere gratuito et lucrativo* durch letzten Willen oder sonst zuwenden, und soll allenfalls solcher Ueberschuß unter den Kindern voriger Ehe allein vertheilt werden.“ —

Kann eine dergleichen Klage der erstehelichen Kinder nicht vor dem Tode desjenigen ihrer Eltern, welcher dem neuen Ehegatten zu viel hinterlassen hat, erhoben werden. Denn früher besteht jene Rechtsverletzung, welche das Fundament der Klage bilden soll, noch nicht. W. Kreittmayr sagt in seiner Anmerk. zur angeführten Gesetzstelle, daß diese Bestimmung aus dem römischen Rechte und dem alten Landrechte von

1616 herübergenommen sei, und beruft sich hiebei auf C. 6. de sec. nuptiis (5, 9), dann auf Tit. I. Art. 15. des alten RM. und die Erläuterungen hiezu von V. Schmid. Alle diese Gesetze und Autoren sprechen nun nur von dem Vermögen, welches der conjux binubus seiner zweiten Ehehälfte und seinen erstehelichen Kindern nach seinem Tode hinterlassen hat, und von der Theilung des Vermögens nach seinem Tode.

Die eben erwähnte Stelle des bayer. RM. sagt gleichfalls, daß der allenfallsige Ueberschuß unter den Kindern voriger Ehe vertheilt werden soll; setzt daher den Tod des conjux binubus voraus, weil von einer Theilung seiner Hinterlassenschaft nur die Rede sein kann, wenn er gestorben ist. Dafür sprechen auch die Worte, daß dem (zweiten) Ehegatten kein Mehreres als dem Kinde voriger Ehe, welches am wenigsten bekommt, zugewendet werden kann. So lange nämlich der zur zweiten Ehe geschrittene Vater lebt, weiß man nicht, welches Kind am wenigsten bekommt; indem ja der Vater einem seiner Kinder oder allen fortwährend bis zur letzten Minute seines Lebens auf die eine oder andere Weise etwas zuwenden kann. Erst wenn der zum zweiten Male verheirathete Vater gestorben ist, kann man zusammenrechnen, wie viel jedes Kind und also auch das am wenigsten bedachte zu seinen Lebzeiten und erbschaftsweise bekommen hat. Erst dann kann sich also herausstellen, ob die Stiefmutter von ihrem verstorbenen Manne wirklich mehr erhalten hat, als dessen am wenigsten bedachtes Kind erster Ehe. Mit Bestimmtheit geht dies aus dem RM. a. a. O. §. 46 und den Anmerk. z. d. St. hervor. Dort ist nämlich bestimmt, daß diese Strafe der zweiten Ehe wegfallen soll, wenn die vorhandenen Kinder und Kindeskinde vor dem weiter verheiratheten Ehegatten wieder sämmtlich verstorben sind.

2) Im gegebenen Falle kann kein Klagerecht mit so weiniger Zugestanden werden, als in dem angefochtenen Heirathsvertrage ausdrücklich bestimmt ist, daß der überlebende Ehegatte und Eigenthümer des Anwesens verpflichtet sei, sich mit den hinterlassenen Kindern um die Elterngüter in gesetzlicher Art zu vertragen; hiernach also die Frau des Verklagten nach dem Tode ihres Mannes den Kindern ihren gesetzlichen Erbtheil auszahlen soll. Erst, wenn diese solches nicht thut, wächst den Kindern ein Klagerecht. Aber

3) auch nach dem Tode des Vaters kann der fragliche Heirathsvertrag den Kindern erster Ehe keinen Grund zur Klage nach der oben angeführten Landrechtsstelle bieten. Diese Gesetzesstelle spricht nämlich nur von Zuwendungen *titulo mere gratuito et lucrativo*. Eine solche enthält aber jener Ehevertrag nicht. In demselben wurde von J. M. und seiner zweiten Frau allgemeine Gütergemeinschaft eingegangen, und daher das Wirthschafts-anwesen nicht *titulo mere gratuito et lucrativo* der Anna M. zugewendet, indem dieselbe in die gemeinschaftliche Vermögen auch 1290 fl. und Alles, was sie in Zukunft noch erwirbt, einwarf und für den Fall des Vorabsterbens ihres Ehemannes Bestimmung der etwa vorhandenen Kinder oder Auszahlung eines Rückfalles von 2100 fl. und überhaupt alle Passiven übernahm. — B. Kreittmayr sagt in den Anmerk. zur angef. Stelle „dritten und vierten“ über den Unterschied inter *titulum onerosum vel lucrativum et gratuitum*:

„Es fragt sich hiebei, ob binubus vel binubas dem andern Ehegatten nicht wenigstens *titulo dotis vel donationis propter nuptias* mehr als einem Kinde voriger Ehe zubringen könne? — und ist kein Zweifel quod sic, nachdem juxta §^m 13 Nr. 1, §. 14 Nr. 1 das Heiraths-

gut propter onera matrimonii und die Widerlage wegen des Heirathsgutes, mithin keines von beiden titulo mere lucrativo sed potius oneroso erlangt wird. Von der Morgengab, Er rungenschaft und übrigen communione bonorum conjugali haben wir bereits oben Nr. 1 ver nommen, daß dieses Alles kein titulus lucra- tivus, sondern onerosus sei.“
 Dort hat sich nämlich B. Kreittmayr „sichens- teils“ dahin ausgesprochen, daß Dasjenige, was man aus der Gütergemeinschaft erwerbe, nicht als aus des andern Ehegatten Vermögen titulo mere lucrativo vel gratuito erworben anzusehen sei, sondern unter vielen Gegenverbindlichkeiten erlangt werde.
 A. G. v. 20. Sept. 1850 (Wogl u. Konf. wider J. Mayer) bestätigt durch O. G. v. 20. April 1852 (Wogl u. Konf. w. Mayer).

Schl.

2.

Klage auf Räumung des Miete- (oder Pacht-) Objectes.
 Beweiskraft.

euffert's Archiv b. 6 Nr. 29.

— Nach dem Klagvorbringen war der Vertrag auf unbestimmte Zeit gegen vierteljährige Aufkündigung abgeschlossen, und letztere erfolgt. Der Beklagte be- hauptete aber (die Aufkündigung einräumend), daß Haus auf drei Jahre gemiethet zu haben, welche Zeit noch nicht vorüber war. Vom Obergerichte wurde dem Kläger zu beweisen aufgelegt: daß er das Haus gegen vierteljährige Aufkündigung vermie- thet habe. Gründe: Der Vermiether ist verbunden, dem Miether den Gebrauch des vermiethten Gegen- standes in jeder Beziehung vollständig zu gewähren.
 Fr. 9 pr., fr. 15 §. 1, fr. 19 §. 2, fr. 25 §. 1
 loc. cond. (19, 2).

Der Miether kann aber erst, nachdem er den vertragsmäßigen Gebrauch der gemietheten Sache zu machen in der Lage gewesen, also erst nach Auflösung des Miethverhältnisses, und wenn für den Gebrauch eine Zeitbestimmung stattgefunden hat, nicht vor Ablauf der Miethezeit zur Zurückgabe der gemietheten Sache angehalten werden, es sei denn, daß einer der im Gesetze bestimmten, den Vermiether vor vollständiger Gewährung des Gebrauchs zu einseitiger Auflosung des Vertrags berechtigenden, durch ihre Charakterisirung die angegebene Regel unterstützenden besonderen Fälle vorliege.

..... Pr. 24 §. 2 eod.; C. 3 eod. (4, 6).

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen folgt, daß zur Begründung der auf den Miethvertrag sich stützenden Klage auf Zurückgabe der vermieteten Sache die Behauptung wesentlich erforderlich sei, und im Beugungsfalle erwiesen werden müsse, daß und auf welche Art der Miethvertrag erloschen sei, also im Falle der Gebrauch nach den Vertragsbestimmungen einen gewissen Zeitraum hindurch gewährt werden sollte, daß eben für den betreffenden Zeitraum kontrahirt worden, und derselbe abgelaufen sei, im Falle dagegen (nach Behauptung des Klägers) auf willkürliche Kündigung kontrahirt worden sein soll, — daß diese Vertragsbestimmung getroffen worden, und in Gemäßheit derselben die Kündigung erfolgt sei.

Der oberste Gerichtshof hingegen entband den Kläger von der Beweislast und legte dem Verklagten zu beweisen auf: daß die Dauer der Mieth auf drei Jahre festgesetzt worden sei. Grünbe:

1) Zu einem Miethvertrage gehört nur die Uebereinkunft beider Kontrahenten, daß der Vermiether dem Miether die Sache gegen einen bestimmten Preis zur Benützung überlasse. Pr. Inst. de loc. eod. (3, 25).

Daraus folgt

2) daß die besondere Festsetzung der Miethzeit nicht als nothwendiger, sondern nur als zufälliger Bestandtheil dieses Vertrags angesehen werden könne;

Fr. 14 loc. cond. (19, 2);

daß daher die Behauptung des Klägers, die Vermiethung sei auf dreimonatliche Kündigung geschehen, nicht als zur Begründung der Klage auf Räumung der gemietheten Wohnung erforderlich zu betrachten, und darum auch nicht im Falle des Leugnens dem Kläger zum Beweise aufzulegen sei. Es liegt vielmehr

3) in der Behauptung des Beklagten, daß er auf 3 Jahre gemiethet habe, diese Miethzeit also noch nicht abgelaufen sei, durch welche er größere Rechte in Anspruch nimmt, als der Kläger ihm ertheilt zu haben zugibt, eine der Klage auf Räumung entgegengestellte und von dem Beklagten dem leugnenden Kläger gegenüber zu beweisende Einrede ¹⁾. I. H. Böhmcr de actionibus Sect. II cap. 8 §. 10.

Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 27. Sept. 1850. Flach Entscheidungen Th. III S. 54 f.

3.

Der Grundsteuerkataster als Beweismittel für die Realität eines Gewerbes.

In einer Realgewerbsache hatte das Obergericht dem Kläger unter Anderem zu beweisen aufgelegt: „daß in dem Grundsteuerkataster der Steuergemeinde Illertissen in Verbindung mit (Klägers)

¹⁾ Liegt weder eine gesetzliche oder herkömmliche, noch eine vertragmäßige Bestimmung über die Dauer des Miethverhältnisses vor, so kann zu jeder Zeit gekündigt werden, wobei jedoch dem Miether zur Räumung eine billige Frist zu gönnen ist. S.

realer Brandweinnerei eine reale Bierschenktgerechtigkeit vorgetragen sei.“ Auf Revision des beklagten Theils wurde diese Beweisauflage gestrichen. Gründe: Auf keinen Fall könnte der Eintrag im Grundsteuerkataster den Klagegrund abgeben, sohin auch nicht Gegenstand der Beweisauflage sein, sondern er könnte nur als Mittel zum Beweis des Klagegrundes dienen. Allein der §. 95 des Grundsteuergesetzes ¹⁾ von 1828 findet auf reale Gewerbsrechte überhaupt keine Anwendung. Denn derselbe bezieht sich lediglich auf den §. 61 ²⁾ und auf die Liquidation der Dominikalien, Zehnten und anderer nutzbarer Rechte. Das im §. 95 gesetzte Präjudiz kann daher bei realen Gewerbsrechten keine Anwendung finden. Daß aber der Eintrag mit Einwilligung der Beklagten, sohin vermöge vertragsmäßiger Anerkennung geschehen wäre, wurde vom Kläger nicht behauptet

DAGE. v. 8. März 1853. Nr. 212⁵¹/₅₂.

4.

Zeugenbeeidigung durch einen Funktionär — heilbarer Mangel.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Da die diesfallige Wichtigkeit keine unheilbare ist, und der beklagte Magistrat dieselbe in seiner Beweisdeduktionschrift, in welcher hiezu Zeit und Ort gewesen wäre, nicht angeregt hat, so kann auch dergleichen hierauf um so weniger eine Rücksicht genommen werden, als Revident auch jetzt noch unterlassen hat, deshalb einen sachgemäßen Antrag zu stellen.

DAGE. v. 8. März 1853. Nr. 986⁵⁰/₅₁.

1) Bestimmung über die Beweiskraft des Grundsteuerkatasters als Saal- und Lagerbuch.

2) Bestimmung über die allgemeine Liquidation, auf welche sich die Anlage der Kataster gründen soll.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst Bayern.

Inhalt: Eheliche Gütergemeinschaft im ehemaligen Fürstenthum Eichstädt. Verfügungsrecht des erstversterbenden Gatten. — Zur Erklärung des Art. V Nr. 3 des Gewerbegesetzes. Von größeren Gewerbebefugnissen, welche vermöge des bisherigen Verhältnisses oder vermöge der Ausübung zukommen könnten. — Klagen aus außer-ehelichem Beischlaf. Gerichtsstand. — Natur der Schmerzensgeldforderung. — Einrede der Zahlung, mangelhaft vorgebracht. — Uebersicht der neuesten strafgerichtlichen OABG. März 1854. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eheliche Gütergemeinschaft im ehemaligen Fürstenthum Eichstädt. Verfügungsrecht des erstversterbenden Gatten.

Die Eheleute Bräunlein hatten sich im Jahre 1825 unter der Stipulation der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft nach Eichstädter Observanz verheirathet, wobei für den Fall des früheren kinderlosen Todes des Ehemannes ein Rückfall von 200 Gulden an seine nächsten Verwandten stipulirt wurde. Der Rückfall für die Verwandten der Frau wurde auf 1500 Gulden festgesetzt. Das Einbringen des Erstverstorbenen betrug 400 fl., das der Letzteren 3000 fl. Bräunlein starb 1849 mit Hinterlassung eines Testaments, worin er (außer dem bestimmten Rückfalle) jedem seiner fünf Geschwister ein Legat von 300 fl. vermachte. Zwei dieser Geschwister zerbirten ihre Ansprüche an den israelitischen Handelsmann Hauch, welcher auch von der Wittve die betreffenden 680 fl. bezahlt erhielt. Sie erhob später Klage

auf Rückzahlung von 600 fl., weil sie nur zur Zahlung des Rückfalles verpflichtet sei, das Testament dem Ehevertrage zuwider laute, daher ungiltig, und die Zahlung der 600 fl. indebite geschehen sei. Die beiden unteren Instanzen erkannten auf Entbindung von der Klage, indem sie davon ausgingen, daß der Ehevertrag den Testirer nicht verhindert habe, über seine ideelle (Gesamnt-) Vermögenshälfte zu verfügen. Für die entgegengesetzte Ansicht entschied der oberste Gerichtshof, von nachstehenden Erwägungen ausgehend:

I. Nach der Eichstädter Polizeiordnung vom 1. April 1684, Abschn. 1 und 4, und der Verordnung über die Verheirathung lediger und verwittweter Personen von 1708, Nr. 1,

Arnold, Beiträge Bd. I S. 331, 334, 345, 346, —

tritt zwischen den Ehegatten, wenn kein Vertrag geschlossen, und dadurch eine „gerönnte“ („geronnene“) Heirath getroffen ist, — eine Vermischung des beiderseitigen Vermögens nicht ein; der überlebende Ehegatte erbt aber, falls keine Deszendenten vorhanden sind, das ganze Vermögen des Verstorbenen, mit Ausschluß der Ascendenten und Seitenverwandten.

Dieses wird als eine reine Erbschaft betrachtet, und es ist daher die Befugniß zu beliebigen testamentarischen Verfügungen über das eigene Vermögen des erstversterbenden Ehegatten nicht ausgeschlossen: — „salvo jure testandi de suo.“

Anderß verhält es sich, wenn die Ehegatten durch Ehevertrag ihre Vermögensverhältnisse geordnet haben, namentlich durch die Stipulation der allgemeinen Gütergemeinschaft. Welches Vermögensverhältniß diese Stipulation zur Folge habe, ist in den Eichstädtschen Verordnungen nicht ausdrücklich verfügt.

Einen Anhaltspunkt gibt jedoch der Absatz 2 der angeführten Polizeiordnung, welcher den Fall vorsieht, daß durch den Vertrag ein Theil dem andern

das gesammte Vermögen anheirathet und sich pure über ein und das andere zu disponiren die nuda facultatem vorbehält.

Hier

„bekommt der überlebende Theil, wenn keine ultima dispositio legalis vorhanden ist, das gesammte Vermögen nicht zwar vi. consuetudinis ab intestato, sondern vi. pactorum dotarium, indem ihm das gesammte Vermögen angeheirathet, und nur allein nuda facultas disponendi reservirt, dieser Reservation aber eo ipso, weil keine dispositio ultima gemacht worden, auch tacite renunziert worden ist, und verbleibt ihm solchen nach alles als angeheirathetes Gut.“

Der hier genannten Anheirathung steht die Stipulation der allgemeinen Gütergemeinschaft gleich: denn durch diese wird ebenfalls das Vermögen des Einen zum Eigenthum des Andern gemacht.

Daß „geronnene Heirath“, Anheirathung und Gütergemeinschaft im Sprachgebrauche des Eichstädtischen Statutarrechtes koexistiren, geht insbesondere aus der Handlohnordnung von 1689, §. 59, hervor:

„Ist aber ein Kauf ic. über ein solches Grundstück erfolgt; wobei das Weib oder der Mann, ex communione bonorum oder Gemeinschaft, zugleich das condominium und mit zu disponiren hat, als da etwann zwei Personen eine sogenannte geronnene Heirath mit einander getroffen und ihr ermögen einander angeheirathet haben.“

S. Arnold a. a. O. B. II S. 361.

Daß durch die Stipulation der allgemeinen Gütergemeinschaft bloß ein Sozietätsverhältniß entsteht, und zwar zu gleichen Hälften an dem gesammten eingebrachten und künftig zu erwerbenden Vermögen, ist in den Eichstädtischen Verordnungen nirgends angedeutet, vielmehr ist nach der in Franken, namentlich in den vormaligen geistlichen Fürstenthümern Bamberg und Würzburg, wie auch im Fürstenthum Baireuth herrschenden Auffassung des Institutes der allgemeinen Gütergemeinschaft als con-

dominium in solidum ¹⁾), mit Sicherheit anzunehmen, daß auch hier dieses Institut in dem Sinne verstanden wurde: jeder Ehegatte werde ungetheilter Eigenthümer des ganzen Vermögens, welches ihm nach dem Tode des anderen Gatten vermöge eigenen Rechtes verbleibt.

Vgl.: Lange, die Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter deutschen Eheleuten 1. Hauptstück §§. 3 und 10, 7. Hauptstück §§. 2, 5, 10.

Hofacker, Princ. jur. civ. B. I §. 457, §. 463, Nr. I.

Mittermaier, d. Priv.R. Th. II §. 386 Note 13 ²⁾).

¹⁾ Vgl. Schellhaß, Beiträge z. deutschen Gesetzkunde §. 44 S. 79. — In der Inauguralabhandlung des Herausgebers über die f. g. reclamatio uxoria des fränkischen Rechtes (1815) ist bemerkt: die allgemeine Gütergemeinschaft der fränkischen Landgerichtsordnung sei weder aus dem Standpunkte der röm. Sozietät, noch aus dem des condominium pro indiviso aufzufassen, sondern vielmehr aus dem des deutschen Gesamteigenthums. Der Unterschied bestehe zunächst darin, daß bei dem römischen condominium immer, als den einzelnen Genossen zustehend, intellektuelle Theile gedacht werden, und die Rücksicht auf eine das Rechtssubjekt bildende Personen-Mehrheit überall hervortrete; wohingegen bei der deutschrechtlichen Gütergemeinschaft die mehreren Personen nicht als Einzelne, sondern, als in einer Personeneinheit begriffen, wie eine Art juristischer Person bildend, in Betracht kämen. Vgl. auch unten S. 209 f. u. S. 225 f. S.

²⁾ Nach einer Entschließung des k. Justizministeriums vom 18. Juni 1824, welche auch dem oberstrichterlichen Erkenntniß vom 6. März 1840 Nr. 1208^{38/39} (Eckertlein gegen Endres) zu Grunde gelegt ist, hat sich zufolge der gemachten amtlichen Erhebungen die Observanz im Eichstädtischen dahin ausgebildet, daß unter Eheleuten vom Bürger- und Bauernstande,

Sieht man auf die speziellen Verhältnisse des vorliegenden Falles, so sprechen diese ebenfalls entschieden dafür, daß durch die Stipulation der allgemeinen Gütergemeinschaft, unter Festsetzung eines nach dem Verhältnisse des beiderseitigen Einbringens bemessenen Rückfalles an die Verwandten des Erstversterbenden, nicht das von den vorigen Richtern angenommene Sozietätsverhältniß, sondern ein ungetheiltes Eigenthum am ganzen Vermögen, mit Ausschluß der Rückfallbeträge, pactirt werden wollte; denn es war sicherlich nicht die Absicht der Kontrahenten, an die Stelle des oben bezeichneten statutarischen Erbrechtes ein für sie weit nachtheiligeres Vermögensverhältniß zu setzen, wodurch insbesondere die Braut sich hätte gefallen lassen, einen großen Theil ihres eingebrachten Vermögens an die Verwandten des Mannes hinauszugeben, wenn es diesem beliebte, eine letztwillige Verfügung in solcher Art zu treffen.

Die Entscheidung der vorigen Richter ist, nach den Motiven des landgerichtlichen Erkenntnisses, welchem auch das k. Appellationsgericht zustimmt, — aus zwei Stellen in Arnold's Beiträgen, B. I S. 334. und 335, geschöpft.

Diese Bezugnahme beruht auf einem gänzlichen Mißverständnisse beider Stellen. Die erste ist die bereits angeführte Verfügung der Eischstädter Polizei-

1 selbst im Falle des Nichtbestehens von Eheverträgen, die allgemeine, durch den Tod des einen Ehegatten fortgesetzte Gütergemeinschaft präsumirt wird, und daß diesem gemäß der überlebende Ehegatte im Besitze des vorhandenen Vermögens bleibt und erst bei dessen Uebergang zur zweiten Ehe die Vorausbestimmung, resp. Nachlassregulirung, erfolgt. Die Gerichte wurden angewiesen, bei Ermangelung ausdrücklicher Eheverträge diese observanzmäßigen Normen in Anwendung zu bringen.

ordnung von 1684 über die Befugniß des Ehegatten, de suo zu testiren, insoferne kein Ehevertrag in Mitte liegt, das Vermögen des Verstorbenen daher dem Ueberlebenden nur *vi consuetudinis et titulo successionis ab intestato*, — nicht *vi pactorum dotialium* zufällt. In der zweiten Stelle spricht der Herausgeber die Ansicht aus,

„daß im Wittwenstande die in der Ehe bestandene Gütergemeinschaft mit den Kindern prorogirt werde, und daß dem überlebenden Gatten in solchem Falle irrtümlich der Prorogation in Beziehung auf das gemeinschaftliche Vermögen die letztwillige Disposition über seine idelle Hälfte zustehe.“

Dieser Ansicht liegt aber keineswegs die Annahme zu Grunde, daß eine ideelle Theilung zu gleichen Hälften auch schon zwischen den Ehegatten selbst bestanden habe. Jene Theilung wird vielmehr auch bei der Prorogation einer unzweifelhaft *pro indiviso* bestandenen Gütergemeinschaft aus dem Gesichtspunkte angenommen: daß das eigenthümliche Wesen der Gütergemeinschaft auf die Dauer der ehelichen Verbindung beschränkt ist, und daß eine gleichartige Fortsetzung derselben nach der Ehe mit diesem Wesen unverträglich sei, daß daher in der neuen Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Elterntheile und den Kindern nur jener *jure communione*, die Kinder aber *jure successionis*, an dem Vermögen Theil nehmen; wonach eine Disposition über den betreffenden Antheil an dieser, als Sozietätsverhältniß aufzufassenden Gemeinschaft nicht weiter ausgeschlossen ist.

Vgl. Pfeiffer, prakt. Ausführungen B. I S. 96,

(auf welche in der citirten Note Arnold's Bezug genommen ist);

Strube, rechtliche Bedenken B. IV Bch. 155, S. 381, 382.

Mittermaier, Beiträge zur Geschichte der ehelichen Gütergemeinschaft in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. II S. 318.

Aus jener Stelle, welche ohnehin nur eine doktrinale Autorität in Anspruch nimmt, kann daher auf die hier in Frage stehenden Verhältnisse keine Folge abgeleitet werden.

Zu der Annahme der vorigen Richter, daß die in dem Vertrage vom 24. Jan. 1828 enthaltene Rückfallsstipulation nicht zwischen dem Ehegatten, sondern zwischen jedem derselben einerseits und dessen Ascendenten andererseits abgeschlossen worden sei, — weshalb hierin eine Begrenzung der Dispositionsbefugniß nicht gefunden werden könne, gibt die Fassung des Vertrages keine Berechtigung, vielmehr erscheint der Art. IV, welcher die Festsetzung des Rückfalles enthält, als integrierender Theil der zwischen den Verlobten über ihre Vermögensverhältnisse getroffenen Verabredungen, — als eine Beschränkung der im Art. I pactirten allgemeinen Gütergemeinschaft. Die Mitwirkung der Eltern war schon darum nothwendig, weil sie sich verpflichteten, das beiderseits zugesagte Einbringen zu leisten. Außerdem wurden sie über das ihnen zustehende Intestaterbrecht belehrt und leisteten, mit Rücksicht auf die Rückfallsstipulation, auf ihre befalligen Rechte Verzicht.

S. Arnold, a. a. O. B. I. S. 39.

Hierdurch wird aber der Festsetzung des Rückfalles die Kraft einer zwischen den künftigen Eheleuten abgeschlossenen Vertragsbestimmung nicht benommen. Dieselbe ist auch nicht auf die Eltern beschränkt, sondern sie bezieht sich auch auf die beiderseitigen Seitenverwandten aus, welche zu dem Vertrage nicht gezogen wurden.

NOG. v. 11. Nov. 1853. Nr. 154^{51/52}.

M.

2.

Zur Erläuterung des Art. V Nr. 3 des Gewerbegesetzes. Von größeren Gewerbbefugnissen, „welche vermöge des bisherigen Besitzstandes oder vermöge der Ausübung zukommen könnten.“

Wgl. Bd. 8 S. 133.

Der Art. V Nr. 3 des Gewerbegesetzes vom 11. Sept. 1825 ist auf reale Gewerbrechte nicht anwendbar; denn es ist daselbst nur die Rede von den aus der Konzession entspringenden Befugnissen; in welchem Umfange darnach das Gewerbe ausübt werden kann. Die Abgrenzung der Gewerbe ist nämlich durch polizeiliche Vorschriften geregelt, und so bestimmt der Art. V im Eingange, daß, um die mit einem Gewerbe verbundenen Befugnisse zu erlangen, auf den Inhalt der Konzessionsurkunde und die darin enthaltene Bezeichnung des Gewerbes gesehen werden soll. Diesen Grundsatz wollte das Gesetz jedoch nicht mit aller Strenge durchgeführt wissen, wenn etwa ein Gewerbsmann zur Zeit der Publikation desselben größere Gewerbbefugnisse hatte. Durch Nr. 3 des Art. V sollten die im Einzelnen faktisch bestehenden Ausnahmen von dem polizeirechtlichen Umfange der Gewerbbefugnisse und zwar nur zu Gunsten des damaligen Konzessionisten geschont werden. Der Art. V Nr. 3 steht daher nur in Verbindung mit Art. X Nr. 2 und kann somit nicht angewendet werden, um einen privatrechtlichen Titel lediglich auf die Ausübung zur Zeit der Publikation des Gesetzes v. 1825 zu begründen, wenn auch Ausübung oder Besitz nicht jene Qualifikation haben, welche erforderlich ist, um darauf civilrechtlich einen Titel der Zuständigkeit zu gründen. Diese Auslegung des Art. V Nr. 3, wonach die Realität einer den gewöhnlichen Umfang eines Gewerbes überschreitenden Gewerbbefugnis lediglich aus dem faktischen Zustande im J. 1825 in Anspruch genommen werden könnte, widerstreitet nicht

nur über Ueberschrift: „aus der Konzession hervorgehende Befugnisse“, sondern auch dem Art. IV Nr. 2; welchem zufolge nur solche Gewerbe real sein können, welche diese Eigenschaft „dermalen“ schon haben (damals schon hatten). Das Gesetz wollte also keiner Gewerbebefugniß diese Eigenschaft beilegen, wenn sie nicht schon nach Civilrecht oder nach den jedes Orts bestehenden Verordnungen begründet war, weswegen auch nach Art. I die bereits begonnene Verjährung von nun an nicht mehr vollendet werden konnte.

! Der Vollzug des Art. V Nr. 3 ressortirt daher nur zur Gewerbspolizeibehörde, welche das Konzessionswesen zu überwachen hat; von gerichtlicher Beurkundung des Besitzstandes bezüglich eines realen Gewerbrechtes auf Grund desselben aber kann keine Rede sein.

Nach dieser Ansicht hat der oberste Gerichtshof schon in mehreren Fällen (RMr. 822⁵⁰/₅₁. RMr. 846⁵⁰/₅₁) und neuerlich wiederum erkannt am 20. Febr. 1854. RMr. 1207⁵²/₅₃.
3/7.

3.

Klagen aus außerehelichem Beischlaf. Gerichtsstand.

Vgl. Kommentar ü. d. G.D. Bd. I (Ausfl. II) S. 61 Note 3.

In einer Rechtsache, Ansprüche aus außerehelichem Beischlaffe betr., wurde das Gericht des Ortes, wo der fragliche Beischlaf stattgefunden haben sollte, für zuständig erachtet. Gründe:

Der außereheliche Beischlaf ist eine unerlaubte Handlung, ein Privatbelikt¹⁾;

vgl. Motive zu dem Plenarbeschuß des f. Oberappellationsgerichtes vom 23. Juni 1841, Regierungsblatt S. 636—640 Nr. 4.

Klagen aus solchen Handlungen können nach der G.D. Kap. I, §. 4 bei dem forum delicti an-

¹⁾ Vgl. Indessen Bl. f. RMr. Bd. XVIII Erg.Bl. S. 75.

gebracht werden. Denn daß sich die Bestimmungen dieses §. auf den Civilprozeß beziehen, daß sie nicht bloß auf die Bestrafung der Frevel, sondern auch auf die Verfolgung der aus denselben entspringenden privatrechtlichen Verbindlichkeiten sich beziehen, beweist eben ihre Einreihung in die G.D. und der aus §. 10 a. a. D. abzuleitende Grundsatz; daß dasjenige Gericht, welches die Rechtsfolge einer Thatfache rücksichtlich des Strafpunktes auszusprechen hätte, auch für den Civilpunkt kompetent sein muß²⁾.

Erk. des UG. zu Amberg v. 2. Dez. 1851

S. Elisabeth F. gegen Victor B.

Fr. M.

4.

Natur der Schmerzensgeldforderung.

Bgl. Bb. XIII S. 318; Bb. XV S. 174; Seuffert's Archiv Bb. IV Nr. 227.

Ein durch Umwerfen des Gilwagens Verletzter klagte gegen den Postfiskus Ersatz erlittenen Schadens und verursachter Auslagen, nebstdem ein Schmerzensgeld von 1000 fl. ein. In Beurtheilung dieser letzteren Forderung sagen die Motive der oberstgerichtlichen Entscheidung:

Von einem Schmerzensgelde enthalten die römischen in Deutschland zur Anwendung kommenden Gesetze nichts, und ist solches erst durch die Gerichtspraxis in Berücksichtigung des Umstandes, daß es im deutschen Rechte von jeher hergebracht war, Verletzungen der Menschen mit Geld nach einer Tage oder nach dem Ermessen des Richters zu büßen, nach Analogie des Art. 20 der P.G.D. von 1532 als Buße für den Beschädiger in der Art gebilligt und eingeführt worden, daß bei vorhandenem *damnum*

²⁾ Bgl. Seuffert, Comment. u. b. G.D. Bb. I S. 7 Nr. 2 lit. a (Ausfl. II S. 96, 106).

injuria datum mittelst der actio legis Aquiliae utilis auch Schmerzensgeld gefordert werden könne, dessen Größe aber den Verhältnissen gemäß arbiträr festzustellen sei.

Vgl. Glück, Comment. Bb. X S. 388; Schmidt, von Klagen und Einreden §. 1206 u. 1212; Schwegge, röm. Priv.R. §. 547 u. 549; v. Wening-Ingenheim, Civ.R. §. 330; Köfchen, Vorlesungen §. 591; Buchta, Pand. §. 388.

Schmerzensgeldforderung ist hienach keine Schadensersatzforderung im gesetzlichen Sinne, zu deren Begründung das vom Kläger in Bezug genommene, in Mitte gelegene Vertragsverhältniß hinreicht. Daß Schmerzensgeld ist eine vom Richter arbiträr nach Beschaffenheit der Verwundung, der Dauer und Kosten der Kur festzusetzende Buße (Strafe), und es wird, um solches dem Verwundeten zusprechen zu können, immer mindestens ein aquilisches Verschulden, ein Vergehen im Sinne des aquilischen Gesetzes erfordert. Daß aber ein Verschulden dieser Art beim fraglichen Vorgange stattgefunden habe, hat Kläger gar nicht behauptet, und es sind auch in der Klage von ihm keine derartigen Thatumstände angeführt, daß ein Verschulden dieser Art sich entnehmen ließe. In der Replik hat der Kläger sogar ausdrücklich erklärt, daß es sich nur von den aus dem in Mitte liegenden Vertragsverhältnisse fließenden Verbindlichkeiten handle, und daß ein aquilisches Verschulden hier gar nicht in Frage stehe. Hienach gebricht es aber der Schmerzensgeldforderung an der erforderlichen Begründung. . . .

OAGG. v. 29. Nov. 1852. Nr. 508⁵⁰/₅₁.

5.

Einrede der Zahlung, mangelhaft vorgebracht.

Die von einem Mitgläubiger einer Forderung im Konkurse entgegengesetzte Einrede, daß dieselbe ganz oder doch theilweise bezahlt sei, trägt in Ermangelung aller näheren Angabe der Zeit, der Umstände oder des Theiles, welcher bezahlt sein soll, das Gepräge eines nur vermuthungsweise ohne feste Grundlage und auf Gerathewohl hingeworfenen Verteidigungsbehelfes in dem Grade an sich, daß eine solche Einrede, als der Vorschrift der G.D. VI §. 8 zuwider, nicht deutlich, ordentlich und umständlich vortragen, auf keine Art Beachtung Anspruch machen kann.

DAGE. v. 23. Sept. 1853. Nr. 47⁵¹/₅₂.

Uebersicht der neuesten strafgerichtlichen DAGE. *)

März 1854. Bgl. Erg.Bl. S. 45.

I. Strafgesetzbuch von 1813 Th. I.

1. Art. 30. Ein Monat Gefängniß ist unter Anwendung doppelter Schärfung auf 15 Tage abzukürzen. Bgl. Reskript v. 22. März 1814 L.S. Nr. 38. — (28. März. Nr. 91.)

2. Art. 109. Wenn der Verletzung mehrerer Personen Fahrlässigkeit in der Art zu Grunde liegt, daß die verschiedenen Verletzungen in derselben fahrlässigen Hand-

*) Durch die „Uebersicht der neuesten strafgerichtlichen DAGE.“ wollte die Redaktion einem ihr geäußerten, auf beschleunigte Veröffentlichung jener Aussprüche gerichteten Wunsche entsprechen. Da aber die vierteljährigen Berichte über die Sitzungen des Kassationshofes in der neuen, unter der Aufsicht des kgl. Justizministeriums erscheinenden Zeitschrift regelmäßig schon in dem auf den Ablauf des Quartals folgenden Monate in's Publikum gelangen werden, so ist kein Bedürfnis mehr vorhanden, die „Uebersicht“ in den Bl. f. M. fortzusetzen.

lung oder Unterlassung ihre erste Entstehung haben, so liegt eine reale Konkurrenz mehrerer fahrlässiger Körperverletzungen nicht vor. — (10. März. Nr. 69.)

3. Art. 139, 140. Die Verjährungszeit läuft vom Tage der That, nicht von der Zeit an, zu welcher ein Antrag der Staatsbehörde auf Anhebung der Untersuchung gegen den Thäter gestellt wurde. — (4. März. Nr. 68.)

4. Art. 147 Nr. 7; Art. 148 u. 183. Unter Gift versteht das StGB. nicht schädliche Stoffe überhaupt, (z. B. den syphilitischen Stoff), sondern solche, welche, wenn auch in kleinen Gaben dem menschlichen Körper beigebracht, ohne äußerlich sichtbare Verletzung, mit Sicherheit lebensgefährliche Folgen nach sich ziehen. — (10. März. Nr. 69.)

5. Art. 206, 207. Die Strafe des Mißbrauchs rechtl. Privatgewalt durch Verführung zur Unzucht: „Unfähigkeit zu allen öffentlichen Aemtern und Würden mit Verleumdungsstrafe“ ist eine Gesamtverbrechensstrafe, so daß weder die Ehren- noch die Freiheitsstrafe als Haupt- oder Nebenstrafe erscheint. Tritt demnach nach Art. 3 des Ges. v. 29. Aug. 1848 Herabsetzung der gesetzlichen Strafe ein, so ist es den Gerichten gestattet, mit der zu einer Vergehensstrafe gemilderten Freiheitsstrafe gleichwohl die Ehrenstrafe (als Verbrechensstrafe nach Art. 22 Nr. II Unmerk. B. I S. 33, 108) zu verbinden. — (27. März. Nr. 86.)

6. Art. 56, 258, 281, 373. Die Verleitung zur Eingehung einer gültigen Ehe durch fälschliches Vorgeben von Vermögensbesitz (Vorzeigen fingirter Schuldscheine) begründet, wenn weder ein Schaden am Vermögen des getäuschten Eheheißes eingetreten ist, noch heimliche Verlassung desselben stattfand, weder einen Betrug am Vermögen, noch an der Person. Daß die Ehe aus einem anderen Grunde (z. B. wegen Söldtzen) getrennt wurde, ändert nichts. — (11. März. Nr. 72.)

7. Art. 266. Auch die Absicht, durch die gefälschte Privat-urkunde eine schon vollbrachte Unterschlagung zu verdecken, schließt den Thatbestand des Betruges durch Urkundenfälschung nicht aus. — (3. März. Nr. 66.)

8. Art. 290. Auf den Fall, daß Jemand, welcher in einer Untersuchungssache einen Meineid, gleichwohl ohne entstandenen Nachtheil für den Beschuldigten, geschworen hat, in einem Civilprozeß hinterher als Zeuge vernommen, über die Sache die Wahrheit angibt, finden die Restripte v. 12. April 1815 (L. S. Nr. 81) und 11. April 1819 (L. S.

Nr. 109) über Strafflosigkeit des Meineides keine Anwendung. — (8. März. Nr. 88.)

9. Art. 405. An Forstgehilfen, welchen durch die Verordnung v. 22. Dez. 1821 §. 10 Funktionen des Revierförsters als eigene Ausübung von Amtshandlungen zugewiesen sind, kann, ungeachtet ihnen als Aspiranten (§. 11 der alleg. Verordnung) nur vorübergehende Funktionen im Staatsdienste übertragen sind (Anmerk. z. StGB. Band III S. 273), das Vergehen der Amtsehrendefreudigung begangen werden. — (11. März. Nr. 70, 71.)

10. Art. 419. Durch Art. 2 u. 8 des Ges. v. 29. Aug. 1848 ist die Bestimmung des Art. 419 Absatz 2 Z. I d. StGB., die Bestrafung der wiederholten fahrlässig bewirkten Entweichung von Gefangenen betr., nicht aufgehoben, weil diese Bestimmung keine Strafe des Rückfalls (welcher nach Art. 111 Z. I d. StGB. u. Anmerk. B. I S. 264 Nr. 1 immer dolose Handlungen voraussetzt), sondern nur einer wiederholten, also gesteigerten Fahrlässigkeit enthält. — (24. März. Nr. 83.)

11. Art. 443. Auch dann ist Bestechung gegeben, wenn der Zweck des Handelnden (welcher ein Geschenk u. gibt oder verspricht) nur darauf gerichtet ist, den Beamten zur Beschleunigung der Angelegenheit zu bestimmen. („Erwinnen“ im Sinne der Anmerk. B. III S. 336 Nr. 2). — (28. März. Nr. 92.)

II. Diebstahls=Novelle vom 25. März 1816.

Art. 6 Nr. 3. Für Annahme der (in ebenerwähnter Gesetzstelle) bezeichneten Auszeichnung des Diebstahls. entscheidet nicht die Länge des Zeitraumes, welcher zwischen dem Wegnehmen des Schlüssels und der Vollbringung des Diebstahls lag, (cf. Reskr. v. 11. Okt. 1814 L.S. Nr. 55), noch auch der Umstand, ob die Erlangung des Schlüssels mit Schwierigkeiten verbunden war. — (3. März. Nr. 62.)

III. Gesetz vom 29. Aug. 1848, einige Abänderungen des Strafgesetzbuches Z. I betr.

Art. 2 (s. oben I, 10); Art. 3 (s. oben I, 5); Art. 8 (s. oben I, 10).

IV. Strafgesetzbuch von 1813 Z. II Abs. 3.

Art. 22 Abs. 3 vgl. mit 17 u. 19. Untersuchungsbandlungen und Ergreifung des Thäters, welcher nach Art. 17 u. 19,

insbesondere Nr. 4, von einem gemäß Art. 22 Absatz 1 u. 2 nicht kompetenten Gerichte vorgenommen werden, begründen eine Prävention auch dann nicht, wenn sich später herausstellt, daß der Thäter auch in dem Bezirke des anfänglich nicht kompetenten Gerichtes, welches nach Art. 17 u. 19 an der Stelle des kompetenten gehandelt hatte, strafrechtliche Handlungen begangen hat. — (28. März. Nr. 42.)

V. Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848.

1. Art. 19, 25. Die Beschlußfassung über Disziplinareinschreitungen gegen Untersuchungsrichter wegen Führung einer strafrechtlichen Untersuchung in einem strafrechtlichen Senate und die Beiziehung des Staatsanwaltes hiebei nach Art. 19 des StPG. v. 10. Nov. 1848, welche auf der im Art. 25 des alleg. Ges. den Staatsanwälten eingeräumten Befugniß beruht, ist auf diese Fälle beschränkt, und hat bei anderen Disziplinareinschreitungen, wenngleich der Anlaß hiezu in einer strafrechtlichen Untersuchung liegt, nicht stattzufinden. — (28. März. Nr. 96.)

2. Art. 173 bis 178. Thätige Reue, in so ferne durch dieselbe Straflosigkeit oder (in den Fällen des Art. IX der alleg. Diebstahl-Novelle Nr. 1 und 2) das Herabgehen auf eine niederere Strafart bewirkt wird, ist als eine mit dem Verschulden des Angeklagten im Zusammenhange stehende Thatfache von den Geschwornen zu entscheiden, ist somit der Beurtheilung des Schwurgerichtshofes entrückt, welchem lediglich zukommt, von der Schuld unabhängige Thatfachen, wie die auf aktenmäßigen Zeitverhältnissen und auf Unterlassung strafbarer Handlungen beruhende Verjährung, bei der Frage des Strafausspruches zu würdigen. Demnach kann hinsichtlich der thätigen Reue, unter der gesetzlichen Voraussetzung, daß die Verhandlung thatsächliche Anhaltspunkte hiezu ergeben hat, an die Geschwornen eine besondere Frage gestellt werden. — (23. März. Nr. 81.)

3. Art. 181. Wenn Geschworne nach ihrem Abtreten in das Rathungszimmer vor Beendigung der Rathung dasselbe verlassen, und nicht ausnahmsweise konstatirt ist, daß ein mit der Rathung ganz außer Bezug stehender Grund hiezu Anlaß gegeben habe, so ist eine wesentliche Förmlichkeit, unter welcher der Wahrspruch zu Stande kommen soll, verletzt, welche Verletzung, bei ihrer Fortwirkung auf eine spätere wiederholte Rathung, durch solche auch nicht geheilt werden kann. — (28. März. Nr. 85.)

4. Art. 245. Gelangt der Richter bei Prüfung der auf Gesetzesverletzung gestützten staatsanwaltschaftlichen Beschwerde zu dem Ergebnisse, daß sich die Gesetzesanwendung wegen mangelhafter thatsächlicher Motivirung des Urtheiles nicht prüfen lasse, so ist das Urtheil gleichwohl wegen Mangels an Gründen über die Thatsfrage (Art. 326) zu vernichten. (3. März. Nr. 62.)

5. Art. 250. Bei dem auf Beschwerde nur eines in die öffentliche Sitzung verwiesenen Beschuldigten sich ergebenden Mangel eines strafrechtlichen Thatbestandes, ist auch die Verweisung der Theilnehmer derselben That zu vernichten, wenn gleich sie ein Rechtsmittel dagegen überhaupt nicht eingewendet haben. — (11. März. Nr. 72.)

6. Art. 293. S. unten Nr. 9.

7. Art. 326. S. oben Nr. 4.

8. Art. 362. Auch wenn sich der Beschuldigte bei dem Urtheile erster Instanz beruht hat, und lediglich von dem Staatsanwalte dagegen Berufung eingewendet ist, welche in zweiter Instanz verworfen wurde, ist die Nichtigkeitbeschwerde des Beschuldigten hiegegen zulässig. — (3. März. Nr. 65.)

9. Art. 371—75. Bei Vorgerichtstellung eines unter der Herrschaft der früheren Gesetzgebung im Ungehorsamsverfahren Verurtheilten nach dem 1. Januar 1849, richtet sich das Verfahren nach dem neuen Gesetze, und ist dem Verurtheilten die im Art. 293 des StPG. v. 10. Nov. 1848 bezeichnete Wahl zu gestatten. Unterwirft er sich dem früher gegen ihn ergangenen Urtheile nicht, so tritt das gesetzliche Verfahren auf eine Voruntersuchung ein. — (3. März. Nr. 67.)

IV. Forstgesetz vom 28. März 1852.

Art. 71. Der angeführte Artikel setzt die Verjährungsfrist auf „ein Jahr vom Tage der Uebertretung“ in dem Sinne fest, daß keine Verjährung vorliegt, wenn innerhalb Jahresfrist auch die zweitrichterliche Aburtheilung erfolgte, wenn gleich diese (die Urtheilsfällung in zweiter Instanz) über 6 Monate verzögert wurde. Der Absatz 2 unterstellt lediglich den Fall, wenn die Urtheilsfällung in der höheren Instanz nach Jahresfrist erfolgt, wo dann das Urtheil innerhalb 6 Monaten von Einwendung des Rechtsmittels an gefällt sein muß. — (24. März. Nr. 84.)

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Ueber den Versuch der Verleitung eines Anderen zur Begehung eines Verbrechens. — Gerichtshand der Adligen bei dinstlichen Klagen. — Kirchenbaukast. Legitimation der Pfarrgemeinde zur Klage gegen den Aeltesten auf Anerkennung ihrer Freiheit von der Konkurrenz mit Haus- und Spanndiensten und seiner Verpflichtung zur Uebernahme dieser Leistung. — Von der Belangung des verurtheilten Schuldnere, wenn er wieder zu Acten kommt. — Omonen. —

Ueber den Versuch der Verleitung eines Anderen zur
Begehung eines Verbrechens.

Art. 45—48, dann 57—62 Th. I des

Die Frage, ob Derjenige, welcher mit rechtswidriger Absicht einen Anderen zur Begehung und Ausführung eines Verbrechens zu bewegen unternommen hat, ohne daß sein Bemühen einen Erfolg gehabt hätte, sich eines strafbaren Versuches schuldig gemacht habe oder nicht, wurde von dem obersten Gerichtshofe in Aburtheilung mehrerer Fälle verschieden beantwortet.

In der Sitzung vom 15. September 1849 in der Untersuchung gegen den Bauer Johann Sebalb von Hallstadt wegen Versuches der Verleitung zum Meineide (Sitzungsberichte der bayer. Strafgerichte Bd. I S. 137) wurde (unter Bezugnahme auf Thl. I des StGB. Art. 269 und die Anmerkungen hiezu — Bd. II S. 274 Nr. 5, dann Art. 45 ff.) ausgesprochen, daß ein strafbarer Versuch sich rechtlich nicht annehmen lasse, indem das Gesetz einen Meineidi-

gen voraussetze, um wegen intellektueller Urheberschaft Strafbarkeit zu begründen, im gegebenen Falle aber es zu einem Meineide nicht gekommen sei.

Dagegen wurde in der Sitzung vom 15. Mai 1852 in der Untersuchung gegen den Bauer Georg Kraus von Deiselskühn wegen entfernten Mordversuches (Sitzungsberichte Bd. IV S. 173 ff.) erkannt, Georg Kraus habe dadurch, daß er den beurlaubten Soldaten Wolfgang Schwarz aufgefordert, die Katharina Singer umzubringen, und ihm hiefür Geld und andere Vortheile versprochen habe, sich des Verbrechens des entfernten Versuches zum Morde schuldig gemacht. Dieser Ausspruch wurde auf Art. 57 und 62 Thl. I des StGB. gestützt, hiebei aber erklärt, daß die Art. 45—48 a. a. O. auf den gegebenen Fall unanwendbar seien. — Ganz in demselben Sinne und mit derselben Motivirung erfolgte die Entscheidung in der Sitzung vom 4. März 1853 in der Untersuchungssache gegen die Eheleute Georg und Katharina Köglmaier wegen Verbrechens des nächsten Versuches der Verleitung zum Meineide (Sitzungsberichte Bd. V S. 56).

Es sei vergönnt, für die Richtigkeit der beiden jüngeren Entscheidungen auch diejenigen Artikel des Strafgesetzbuchs geltend zu machen, welche in den oberstrichterlichen Motiven für unanwendbar erklärt sind.

Zur Begründung der Strafbarkeit des erfolglos gebliebenen Verbens eines Dritten zur Begehung eines Verbrechens wurde, wie bereits angeführt, einzig und allein auf Art. 57 in Verbindung mit den folgenden speziellen Artikeln, welche vom Versuche handeln, Bezug genommen.

Es möchte aber die Fassung des Art. 57:

„Ein Versuch ist vorhanden, wenn eine Person, in der Absicht, ein Verbrechen zu begehen, äußerliche Handlungen vorgenommen hat, welche auf Vollbringung oder Vorbereitung desselben gerichtet sind“,

wohl, nicht so geradehin mit der allgemeineren Fassung:

„In der Absicht, daß ein Verbrechen begangen werde u. s. w.“

vertauscht werden können. Der Artikel, wie das Strafgesetzbuch ihn enthält, im Zusammenhange mit den Anmerkungen, zeigt deutlich, daß es sich nur von Vorbereitung oder Einleitung eines Verbrechens handelt, welches der Thäter nach dessen ganzem Umfange selbst auszuführen und zu vollenden beabsichtigt. Die Worte des Gesetzes sind in diesem Punkte entschieden und klar. Eine Ausdehnung desselben auf den Fall, daß die unmittelbare Vollführung der That selbst durch einen Dritten stattfinden soll, läßt sich aber mit der Natur des Strafrechtes und mit Fundamentalarbestimmungen unsers Gesetzbuches nicht vereinigen¹⁾. — Wenn Jemand einen Dritten zur Begehung eines Verbrechens zu verleiten sucht, ohne sich unmittelbar an der Vollführung dieser That theiligen zu wollen, so ist der Kreis seiner Handlungen, so weit sie auf jenes Verbrechen Bezug haben, mit der Einwirkung auf den Dritten durch Zureden, Versprechungen oder Drohungen u. dgl. völlig abgeschlossen; seine Absicht geht nicht dahin, die That selbst zu vollführen.

Fehlt es nun an einer Gesetzesvorschrift, welche derlei mittelbare Versuchshandlungen für strafbar erklärt, so kann auch eine Strafe wegen derselben nicht verhängt werden.

Diese in unserem Strafgesetzbuche, wenn die Beantwortung der vorwürfigen Frage lediglich auf-

¹⁾ Vgl. StGB. Th. I Art. 1 und Anmerk. Bb. I S. 66. Blff. 1 mit fgl. Reskript vom 29. April 1815 (Jahrbücher von Gänner und Schmidt I S. 288): „weil strafgesetze keine ausdehnende Erklärung zulassen“.

Art. 57 f. geschöpft werden will, anscheinend vorhandene Lücke dürfte aber am einfachsten ausgefüllt werden, wenn wir für alle solche Fälle die Art. 45 und folgende Thl. I des StGB. zur Geltung bringen.

Der Art. 45 vor Allen, welcher von den Urhebern eines Verbrechens im Allgemeinen handelt, zählt dreierlei Arten derselben auf. Bei diesen drei Kategorien von Urhebern ist durchgängig mit von dem vollendeten Verbrechen die Rede, wie die Ausdrücke:

„Wer das Verbrechen durch eigene körperliche Kraft und That unmittelbar bewirkt hat; wer dem Vollbringer vor oder bei der Ausführung in der Absicht, damit das Verbrechen entstehe, eine solche Hilfe geleistet hat, ohne welche diesem die That nicht möglich gewesen wäre“;

endlich

„wer mit rechtswidriger Absicht Andere zur Begehung und Ausführung des Verbrechens bewogen hat“,

unwiderleglich darthun. Der Art. 46 a. a. O., durch welchen obiger dritter Punkt erläutert wird, drückt sich ganz in derselben Weise aus. Wenn nun die Bestimmungen der Art. 57 und ff. über den Versuch auf die beiden ersten Arten der Urheberschaft unbedingt angewendet werden und von jeher angewendet wurden, was steht der Anwendung dieser Artikel auch auf die dritte Gattung von Urhebern eines Verbrechens im Wege? Diesem ganzen Artikel 45 vom vollendeten Verbrechen stehen die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über den Versuch ganz gleichmäßig gegenüber, und es ist zu einer Ausnahme bei dem sogenannten mittelbaren Urheber kein Grund gegeben.

Man hat allerdings dagegen eingewendet: „Der Mangel eines physischen Urhebers benimmt das Dasein eines intellektuellen; so oft daher das Verbrechen nicht wirklich vollführt worden ist, kann von Anwen-

hung des Art. 45 bis 48 über den intellektuellen oder mittelbaren Urheber keine Rede sein.“ Dieser scheinbar wichtige Einwand dürfte aber wesentlich an Bedeutung verlieren, wenn wir uns mehr an die Sache, als an das Wort halten. Wichtig ist, ein intellektueller oder mittelbarer Urheber eines Verbrechens ist undenkbar, wo der physische oder unmittelbare Urheber desselben, mithin das Verbrechen selbst nicht existirt. Ist aber damit die Möglichkeit des Versuches der intellektuellen oder mittelbaren Urheberchaft ausgeschlossen? Die Absicht des Verwendenden geht dahin, daß das betreffende Verbrechen ausgeführt werde. Ist seine Einwirkung auf den Dritten von dem beabsichtigten Erfolge, so hat er sich, gleichwie der unmittelbare Urheber, nach Art. 45 Ziff. III u. f. w. des vollendeten Verbrechens schuldig gemacht. Tritt diese seine Voraussetzung nicht ein, so wird er wegen Versuches der Verleitung eines Anderen zur Vollführung eines Mordes, also wegen Versuches der mittelbaren Urheberchaft nach Art. 45 Ziff. III u. ff., dann Art. 57 u. ff. der Strafe unterworfen.

Nach dieser Auffassung ergibt sich wohl die Anwendbarkeit des Art. 45 Ziff. III und des Art. 46 neben den Art. 57 u. ff. von selbst.

Was hier im Allgemeinen ausgeführt worden, gilt aber auch von dem Verbrechen des Meineides; kein Bedenken erwächst aus der Fassung des Art. 269 Thl. I des StGB. in Ansehung des hier nur besonders hervorgehobenen intellektuellen Urhebers, welche sich ganz der Ausdrucksweise des Art. 45 Ziff. III anschließt. —

Milfeld.

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

LII.

Gerichtsstand der Adelligen bei dinglichen Klagen.

Vgl. Bd. 18 S. 17, 326.

Eine gegen den Frhrn. von Freyberg = Eisenberg als Besitzer der vormalß mit gutherrlicher Gerichtsbarkeit versehenen Güter Landstrost und Offingen bei dem Kreis- und Stadtgerichte Augsburg eingereichte („auf die Sache gehende“) Klage war von diesem Gerichte wegen Mangels der Kompetenz abgewiesen worden, weil der im §. 11 Abs. 2 der Beil. V zur Verf.-Urkunde verliehene privilegirte Gerichtsstand mit der Aufhebung der gutherrlichen Gerichtsbarkeit durch das Gesetz vom 4. Juni 1848 erloschen sei, indem dieses keine dem Artikel XII des Gesetzes vom 28. Dezbr. 1831 gleichlautende Bestimmung enthalte; und als Kläger sich nunmehr an das k. Landgericht Günzburg, in dessen Bezirk die Güter Landstrost und Offingen liegen, mit derselben Klage wandte, schützte der Beklagte die Einrede der Inkompetenz vor, weil er die Gerichtsbarkeit noch vor dem 18. April 1848 abgetreten habe, ihm also gemäß Art. 1 des Ges. vom 4. Juni 1848 der Vorbehalt, nach dem Gesetze vom 28. Dezbr. 1831 behandelt zu werden, zu Gute komme. Das Landgericht Günzburg hatte diese Einrede verworfen, weil der fragliche Vorbehalt sich nur auf die Entscheidung nach dem Ges. vom 28. Dezbr. 1831 beziehe, nicht aber auch auf andere Vortheile, welche dieses Gesetz im Art. XII den Verzichtenden eingeräumt habe; dagegen erkannte das Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg, der Beklagte sei nicht schuldig, sich auf die Klage bei dem k. Landgerichte Günzburg einzulassen, weil nach dem Sinne des Art. 1 des Ges. vom 4. Juni 1848 die bis zum

18. April 1848 erklärte Abtretung als freiwillig erfolgt anzusehen sei; die abtretenden Gutsherrn daher Anspruch auf die Vortheile hätten, welche das Gesetz vom 28. Decbr. 1831 gewähre, und nur jenen Gutsherrn, welche bis zum 18. April 1848 die Abtretung der Gerichtsbarkeit nicht erklärt hätten, mit der kraft des Gesetzes entzogenen Gerichtsbarkeit auch die Rechte, welche ausschließlich mit dem Besitze derselben verknüpft gewesen, entzogen worden seien.

Da nun nicht bloß eine oberrichterliche Entscheidung über die Einrede der Inkompetenz, sondern auch ein rechtskräftiger die Kompetenz ablehnender Beschluß des Kreis- und Stadtgerichts Augsburg vorlag, bat Kläger um Entscheidung des zwischen dem k. Appellationsgerichte von Schwaben und Neuburg und dem k. Kreis- und Stadtgerichte Augsburg bestehenden negativen Kompetenzkonfliktes, worauf der oberste Gerichtshof das letztere für zuständig erklärte, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Aus den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahre 1831 Bd. 27 S. 177 geht hervor, daß die Einschaltung des Art. XII in das Gesetz vom 28. Decbr. 1831 Ges.-Bl. S. 258 nicht deswegen erfolgte, weil ohne denselben mit der Annahme des Gesetzentwurfs auch die Bestimmungen des §. 11 der Beil. V. zur Verf.-Urkunde außer Geltung gekommen wären. Der auf die Einschaltung gerichtete Antrag ging vielmehr ausdrücklich davon aus, daß nur die Einziehung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit, keineswegs aber Aenderungen an den sonstigen Rechten des Adels und insbesondere nicht an den im §. 11 des Ediktes über den Adel bezeichneten in der Absicht des Gesetzes liegen. Der Beisatz (nämlich im Art. XII) sollte nur zur besseren Sicherstellung der bestehenden Rechte gemacht werden. Dieser Antrag wurde ohne Diskussion angenommen, und der Art. XII des Gesetzes von 1831 hatte mit

hin nur den Zweck, jedem Zweifel vorzubeugen, nicht aber, eine Abänderung an dem Gesetzworschlage zu machen. Daraus ergibt sich die Unzulässigkeit der Folgerung auf eine Verschiedenheit der beiden Gesetze vom 28. Decbr. 1831 und vom 4. Juni 1848; in diesem Punkte, und daß, weil eine jenem Artikel XII ähnliche Bestimmung in den letzteren sich nicht findet, darnach die dinglichen Gerichtsbarkeitsverhältnisse nach §. 11 Abs. 2 des Ediktes über den Adel als aufgehoben erachtet werden müßten.

Es wurde aber auch

2) in diesem §. 11 Abs. 1 den Adelligen der Gerichtsstand vor den Kreis- und Stadtgerichten in bürgerlichen und peinlichen Fällen als selbstständiges Privileg verliehen, und der Abs. 2 enthält bezüglich der dinglichen Klagen nur eine Beschränkung desselben auf solche Grundstücke, welche zu einem Gutskomplexe gehören, worauf ihnen nach dem Edikte über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit eine solche zusteht. Diesem zufolge war, was das Gerichtsbarkeitsverhältniß bei dinglichen Klagen betrifft, die Erwerbung des im Abs. 1 den Adelligen verliehenen Privilegs allerdings durch das gemäß Weil. VI zur Verf.-Urkunde bestehende Institut der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit bedingt:

Es findet sich aber

3) keine Bestimmung, zufolge welcher die Fortdauer des einmal erworbenen Privilegs auch an die Fortdauer dieses Instituts geknüpft worden wäre. War also die Bedingung des Erwerbs zur Zeit der Verleihung des Privilegs bei einem Grundstücke vorhanden, so gehört dasselbe in Ansehung dieses zu den erworbenen Rechten. Erworbene Rechte aber sind fortdauernd, wenn auch die Gesetze oder die Einrichtungen, welche ihr Erwerb voraussetzte, wieder aufgehoben werden. Es ist ein allgemeiner Grundsatz, daß durch die Aufhebung bisher bestandener Gesetze nicht auch deren bisher erzeugte Wirkungen vernichtet

werden. Diese Vernichtung würde vielmehr auf einem besondern Gesetze beruhen müssen. Es ergibt sich also, daß durch die lediglich in Ansehung des Instituts der gutherrlichen Gerichtsbarkeit veränderte Gesetzgebung nicht auch diejenigen Rechte vernichtet wurden, welche, ohne einen Bestandtheil dieses Instituts selbst auszumachen, nur auf Grund von dessen bisherigem Bestehen erworben worden waren.

Dafür aber,

4) daß diese Grundsätze auch für das Gesetz vom 4. Juni 1848 maßgebend sind, spricht die Bestimmung des Art. 2 des Ges. vom 4. Juni 1848, die Grundlagen der Gesetzgebung u. betreffend, wonach das Aufhören des privilegierten Gerichtsstandes sowohl der Standesherrn und der erblichen Reichsräthe, als auch der Adelligen als Gegenstand der künftigen Gesetzgebung über die Gerichtsorganisation und das Verfahren in Civil- und Strafsachen u. bezeichnet ist, ohne irgend einen darauf bezüglichen Beisatz, aus welchem hervorginge, daß derselbe zum Theil jetzt schon nicht mehr bestehe.

Diesem nach ist

5) die Frage nicht weiter von Relevanz, ob der Beklagte, weil er den Verzicht auf die Gerichtsbarkeit noch vor dem 18. April 1848 erklärte, gemäß Art. 1 des Gesetzes von 1848 die Behandlung nach dem Gesetze von 1831 auch in Ansehung des Art. XII anzusprechen habe. In den Gründen des Erkenntnisses des Landgerichts Würzburg wurde dieses verneint, weil der Art. 1 des Ges. von 1848 nur die Entschädigung nach jenem von 1831 zugesagt habe, der übrigen darin und insbesondere im Art. XII eingeräumten Vortheile aber nicht erwähne. Allein dem Ausgeführten zufolge konnte auch nur von der Entschädigung für den Verlust der Gerichtsbarkeit die Rede sein, weil weder das Gesetz von 1831, noch

jenes von 1848 die Erlöschung des Gerichtsstandes-privilegs zum Gegenstande hatte.

MGG. vom 25. Februar 1854 II. B. Nr. 42.

Nr. 11

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Kirchenbaulast. — Legitimation der Pfarrgemeinde zur Klage gegen den Beisitzern auf Anerkennung ihrer Freiheit von der Konkurrenz mit Händ- und Spanndiensten und seiner Verpflichtung zur Uebernahme dieser Leistung.

Bgl. 18 S. 37

Durch Beschluß der Kreisregierung, im Wege des administrativen Provisoriums gefaßt, waren die Pörochianen zu II. für schuldig erkannt worden, zu einem dortigen Kirchenbau Händ- und Spanndienste zu leisten. Dies veranlaßte die Pfarrgemeinde, mit einer Klage gegen den k. Fiskus, als baupflichtigen Beisitzern, aufzutreten, in welcher nicht bloß für den veranlassenden Baufall, sondern überhaupt auf Anerkennung der Freiheit der Klägerin von Leistung der Händ- und Spanndienste zur Unterhaltung der Kultusgebäude in II. und auf Anerkennung der Verpflichtung des k. Fiskus zu dieser Leistung pro futuro angetragen war. Von dem in erster Instanz erkennenden Gerichtshof wurde die Klage nur in ihrer speziellen Richtung auf den durch das erwähnte Regierungs- Provisorium geregelten Baufall zugelassen, im Uebrigen der Beklagte von derselben aus dem Grunde entbunden, weil als Berechtigter in Ansehung der kirchlichen Baulast die durch die Kirchenverwaltung vertretene Pfarrkirche erscheine, daher nur gegen die Pfarrkirche auf Anerkennung der Befreiung von der Baupflicht, und andererseits nur von der Pfarrkirche auf Anerkennung der Baupflicht geklagt werden könne.

Diese Beanstandung der passiven und aktiven Sachlegitimation wurde aber vom obersten Gerichtshofe nicht als gegründet erkannt. *Motive:*

Das k. Alerar ist als alleiniger Dezimator in der Pfarrflur u. bei der Insuffizienz des Kirchenvermögens gesetzlich (Concil. Trident. sess. XXI. de ref. C. 7.) zur Unterhaltung der dortigen Kultusgebäude verpflichtet. Indem der Vertreter des k. Alerars geltend machte, daß die Parochianen gemäß eines bestehenden Herkommens gehalten seien, einen Theil dieser Baulast auf sich zu nehmen, nämlich zu den Bauten durch unentgeltliche Hand- und Spanndienste zu konkurriren, hat derselbe das Bestehen einer der Pfarrgemeinde nicht bloß der Pfarrkirche, sondern auch dem Alerar gegenüber bestehenden Verpflichtung behauptet, welche Behauptung die Pfarrgemeinde berechtigt, mittelst einer der *actio negatoria* anlogten Klage den k. Fiskus zur Anerkennung ihrer Freiheit von dieser Verpflichtung zu zwingen, und zwar um so mehr, als nirgend behauptet ist, daß auch von der Kirchenverwaltung u., gegen welche allein nach der erstrichterlichen Ansicht diese Klage soll gestellt werden können, die Pfarrgemeinde zur Konkurrenz durch Hand- und Spanndienste gezogen werden wolle, und der letzteren, wenn dies nicht der Fall wäre, nach der Ansicht des k. Appellationsgerichtes gar kein Mittel zu Gebote stünde, einen auch für alle künftigen Fälle Maß gebenden Ausspruch darüber zu bewirken, daß den Parochianen die in Frage stehende Verpflichtung nicht obliege.

Im Wesentlichen die nämlichen Gründe sprechen für die Berechtigung der Pfarrgemeinde zur Stellung der *actio confessoria utilis* auf Anerkennung der Verpflichtung des k. Alerars zur Leistung der Hand- und Spanndienste, da das Ortsherkommen, welches — dem von dem Richter I. Instanz angenommenen

allgemeinen Herkommen gegenüber — die Befreiung der Parochianen von diesen Diensten begründen soll, nach der Klagebehauptung eben darin besteht, daß die Baulast bisher von dem k. Merar (früher von seinem Zehentrechts-Vorfahrer, dem Johanniter-Orden) ihrem vollen Umfange nach, also mit Einschluß der Hand- und Spanndienste, getragen worden sein soll. Allerdings wäre die Kirchenverwaltung zur Stellung dieser Klage legitimirt; allein auch der Pfarrgemeinde steht die Befugniß hiezu zu, auch diese hat ein rechtliches Interesse, daß das k. Merar zur Leistung der Hand- und Spanndienste für verpflichtet erklärt werde, es muß demzufolge derselben auch ein Mittel zu Gebote stehen, einen solchen Ausspruch herbeizuführen, und dieses Mittel liegt lediglich in der Befugniß der Pfarrgemeinde zur Stellung der *actio confessoria utilis*, da dieselbe die Kirchenverwaltung zu dieser Klage nicht zwingen kann. — Der k. Fiskus ist daher mit Unrecht von der Klage, in so weit dieselbe den oben angeführten Ausspruch bezieht, entbunden worden.

DAWG. v. 12. Sept. 1853. Nr. 642^{51/52}.

2.

Von der Belangung des verganteten Schuldners, wenn er wieder zu Kräften kommt.

In einer Nachschrift zu der in Bd. 17 S. 394 mitgetheilten DAWG-Entscheidung obigen Betreffs versuchte der Herausgeber eine nähere Begründung der im Kommentar ii. d. GD. IV S. 433 ausgesprochenen Ansicht, daß „wieder zu Kräften gekommen sein“ des verganteten Schuldners bedinge nur das Angreifen der neu erworbenen Vermögensstücke, nur das *iterum bona distrahi*, keineswegs aber schon die Klagestellung nach Beendigung des Konkurses. Im Falle die unbefriedigte Forderung

im Prioritätsbekenntnisse zuerkannt worden: und nur wegen Insuffizienz der Masse durchgefallen, bedürfe es keiner neuen Klagestellung, die Nachforderung könne sofort durch ein Exekutionsgesuch geschehen. Hierbei sei es nicht Sache des im Konkurse unbefriedigt gebliebenen Gläubigers, seinerseits eine neuerworbene *pinguior fortuna* des früheren Gemeinschuldners darzulegen; vielmehr gehöre es zur Vertheidigung gegen das Exekutionsgesuch, daß der Imporator nicht im Sinne des Gesetzes „wieder zu Kräften gekommen.“

In einem neueren Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes vom 21. Mai 1853 wurde zwar anerkannt, daß es, wenn die Liquidität der Forderung im Konkurse genügend hergestellt ist, einer neuen Klagestellung nicht bedürfe, vielmehr die Nachforderung durch ein Exekutionsanrufen geschehen könne. Im übrigen aber beharrt der Gerichtshof auf der in früheren Erkenntnissen adoptirten, von dem Kommentar abweichenden Ansicht. (Gründe: ¹⁾)

Die Gerichtsordnung bestimmt im C. XIX §. 20, daß Denjenigen, welche sich in dem Konkurse nicht gemeldet oder wenigstens das Ihrige nicht erlangt haben, der Regreß gegen den Schuldner, wenn dieser wiederum zu Kräften komme, vorbehalten bleibe. Das Belangen des Schuldners *ad pinguiorem fortunam* ist nach dieser Bestimmung wenn auch nicht Bedingung des Anspruches an sich, welcher allerdings durch die Beendigung des Konkursverfahrens nicht aufgehoben worden, doch unlängbar eine Bedingung der weiteren Rechtsverfolgung gegen den Schuldner. Immerhin steht nach dem Gesetze so viel fest, daß der Regreß gegen den Kreditar erst

¹⁾ Es handelte sich von Beurtheilung einer gegen den verganteten Schuldner im Exekutionsprozeß erhobenen Klage. Dieselbe wurde abgewiesen.

eintreten kann, wenn dieser zu besseren Vermögensumständen gelangt ist. Stellt der im Konkurse unbefriedigte Gläubiger auch nur ein Exekutionsanrufen, wie dies unbedenklich geschehen kann, wenn die Liquidität der Forderung im Konkurse genügend hergestellt ist, so muß das Gesuch doch eine Darlegung der inzwischen eingetretenen besseren Vermögensumstände des Kreditors enthalten, und dem Schuldner muß Gelegenheit verschafft werden, seine Erinnerungen hiegegen vorzubringen. In so ferne hat eine derartige Imploration gewissermaßen den Charakter einer neuen Klage, worüber, dem Exekutionsverfahren vorhergehend, eine Verhandlung zu pflegen ist. Es gehört nicht zur Vertheidigung gegen das Exekutionsgesuch, zu behaupten und darzuthun, daß Implorat im Sinne des Gesetzes nicht wieder zu Kräften gekommen sei, indem gerade umgekehrt der Regreß des Gläubigers von der *pinguior fortuna* des Schuldners abhängig gemacht ist. Auch das gemeine Recht gestattet in einem solchen Falle den exekutiven Angriff des vom Schuldner neu erworbenen Vermögens nicht ohne alle Einschränkung, sondern nach *fr. 7 de cessione bon. (42, 3)* nur dann: *si tales facultates acquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit.*

Zwar könnte man für zweifelhaft halten, ob diese Digestenstelle nicht ausschließlich von der in den Gesetzen begünstigten *cessio honorum* zu verstehen sei, bei welcher bekanntlich der Schuldner Anspruch auf das *beneficium competentiae* hat. Allein der Gerichtsgebrauch hat sich, wie Bayer in der Theorie des Konkursprozesses S. 26 anführt, dahin entschieden, daß das *fr. 7 ibidem* auch auf den Fall anzuwenden sei, wenn der Kreditur, wie dies in concreto der Fall ist, nicht *bonis* gebirt hat.

Nach dem gemeinen Rechte hat der Richter nach Billigkeitsrückichten zu ermitteln, ob eine Hülfsvoll-

streckung auf das neu erworbene Vermögen des Kreditars statfinde. Es darf dem Schuldner nicht jeder neue Erwerb, derselbe mag noch so unbedeutend sein, wieder entzogen, und dadurch für den Kreditar die Unmöglichkeit herbeigeführt werden, einen neuen Hausstand zu begründen. Das neu erworbene Vermögen muß von Belang sein, wenn es im Wege der Hilfspollstreckung angegriffen werden soll. Ist es unbedeutend, so soll, wie Bayer a. a. O. bemerkt, das Exekutionsgesuch sofort zurückgewiesen werden ²⁾.

So hat sich die Sache im gemeinen Rechte durch den Gerichtsgebrauch gestaltet, und in diesem Sinne ist die Bestimmung der G.D. c. XIX §. 20 um so mehr auszulegen, als die Gerichte in zweifelhaften Fällen durch das Promulgationsedikt d. d. 14. Dez. 1753, ausdrücklich auf das gemeine Recht hingewiesen sind.

Wollte man jene Bestimmung so auffassen, daß es lediglich von dem Exekutionsverfahren abhängt, ob sich ein Vermögen vorfinde, so hätte der Beisatz „wenn der Schuldner wieder zu Kräften kommt“ gar keine Bedeutung, da es sich von selbst versteht, daß die Hilfspollstreckung zessirt, wenn nichts vorhanden ist. Will also ein im Konkurse unbefriedigt gebliebener Gläubiger aus dem vom Kreditar neu erworbenen Vermögen befriedigt werden, so hängt, vorausgesetzt, daß die Liquidität der Forderung keinem Umstande unterliegt, die weitere Rechtssperfolgung von

²⁾ Bayer's Aeußerung lautet: „Wenn der neue Erwerb unbedeutend ist, so wird den Exekutionsanträgen der unbefriedigten Gläubiger keine Folge gegeben.“ Damit ist keineswegs gesagt, daß ein Exekutionsanrufen, welches nicht eine Darlegung der inzwischen eingetretenen besseren Vermögensumstände des Kreditars enthält, sofort zurückzuweisen sei. S.

einer vorläufigen Untersuchung der jetzigen Vermögensverhältnisse des Schuldners ab.

Der Gläubiger hat, er mag mit einer förmlichen Klage oder einem Exekutionsanrufen auftreten, dem Gerichte darzulegen, daß der Schuldner in dem obest angegebenen Sinne ad pinguorem fortunam gelangt sei. In dem vorliegenden Falle hat der Kläger den Exekutivprozeß gewählt. Nach der Natur dieses Prozesses hatte derselbe über alle Umstände, worüber ihm der Beweis obliegt, mit der Klage den Urkundenbeweis anzutreten (C. j. C. III §. 3 Nr. 5. Bayer's Theorie der summarischen Prozesse §. 43). Da nun aber Kläger über einen die weitere Rechtsverfolgung bedingenden Umstand, nämlich über die pinguior fortuna der Beklagten, keinen urkundlichen Nachweis, ja nicht einmal eine Bescheinigung beigebracht haben, so erscheint der in dieser Sache eingeleitete Exekutivprozeß unstatthaft, und es war daher auf die Revisionsbeschwerde, welche die Beklagten gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß d. d. 1. Febr. 1853 unter'm 23. März l. J. angebracht haben, dem von den Revidenten gestellten Antrage gemäß, wie geschehen, zu erkennen.

OLWlt. Nr. 995^{52/53}.

Gnomon.

Auf dunkeln Pfaden geht der Richter, wenn er strebt,
Daß Recht zu finden, was im Volksbewußtsein lebt.

Von einem Ufer führt zum andern stets die Fähr,.
Als wenn sie weder da, noch dort zu Hause wäre.
Gelehrte zeigen oft die nämliche Erscheinung,
Im Schwanken zwischen dieser und der andern Meinung

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Zur Lehre von der Obervormundschaft. — Freiwilliger Armenanwalt. Deserviten. Retentionsrecht. — Das Vorzugsrecht der Ehefrau nach Prior. Ordg. §. 23 Nr. 3 ist vererbtlich. — Adhäsionsbeschwerde. Konvexität. — Rechtskraft über gerichtsdablehnende Einrede. — Unvollständigkeit. Älter der Zeugen. —

Zur Lehre von der Obervormundschaft.

Von

r. August Senffert.

Nicht selten kommt es vor, daß Vormundschaft und Obervormundschaft in Fragen der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung verschiedener Ansicht sind.

Der Vormund hält es für angemessen, daß diese oder jene Mündelsache veräußert werde, der Obervormund erachtet die Beibehaltung der Sache als im Interesse des Mündels gelegen. Umgekehrt glaubt etwa der letztere, daß sich eine Sache nicht ohne Vermögensschaden für den Pflegling beibehalten lasse, der Vormund ist anderer Meinung. Der Vormund will vorhandene Kapitalien zum Ankaufe von Staatspapieren verwenden, der Obervormund hält die Anlegung derselben im Wege von hypothekarischen Darlehen an Private oder ihre Verwendung zum Ankaufe von Grundstücken den Umständen nach für vortheilhafter. Oder es sind etwa Vormund und Obervormund einverstanden, daß diese oder jene Sache veräußert werden solle; es kann kein Zweifel bestehen,

daß ein zum Mündelvernißgen gehöriges Landgut zu verpachten, ein Haus zu vermietthen sei; Vormund und Obervormund divergiren aber über die Person des Käufers, Pächters oder Miethers; der Vormund zieht das Angebot des einen vor; der Obervormund das des anderen.

Wenn nun der Fall so gelagert ist, daß der Vormund etwas thun will, wozu er der obervormundschaftlichen Zustimmung bedarf — und nach heutigem gemeinem Rechte ist dies in allen wichtigeren Fragen der Vermögensverwaltung der Fall —, die Obervormundschaft aber ihre Zustimmung, z. B. das decretum de alienando, einfach nicht ertheilen zu können glaubt, so bietet sich weiters keine Schwierigkeit dar; die in Frage stehende Verwaltungshandlung muß unterbleiben. Allein die Sachlage kann auch umgekehrt sich verhalten. Der Obervormund kann die Ueberzeugung haben, daß etwas Positives geschehen muß, wenn nicht das Interesse des Pfleglings auf das Empfindlichste benachtheiligt werden soll; der Vormund ist der Ansicht, daß ein solcher Fall nicht vorliege, oder er will zwar auch etwas thun, aber etwas anderes, als der Obervormund. Muß sich hier letzterer — von dem Falle abgesehen, daß wegen offenbar am Tage liegender Nichtbefähigung, Nachlässigkeit oder Böswilligkeit des Vormunds des zur Remotion desselben Grund vorhanden ist — bei dem Widerspruche des Vormundes beruhigen? — oder gibt die Ansicht des Obervormundes den Ausschlag, so zwar, daß derselbe befugt ist, die Einwilligung des Vormundes, soferne der Pflegling selbst handelt, zu suppliren, oder aber wenn, wie dies heutzutage regelmäßig der Fall, eine Bethheiligung des Pfleglings selbst nicht stattfindet, dem Vormunde die Vornahme der Handlung im obervormundschaftlichen Sinne geradezu bei Strafeinschreitung zu be-

fehlen, oder unmittelbar selbstthätig einzugreifen und anstatt des Vormundes die Handlung selbst vorzunehmen, einen Vertrag selbst abzuschließen?

Die Beantwortung dieser Frage nach gemeinem Rechte mit Rücksicht auf einige Partikulargesetzgebungen soll der Gegenstand dieser Erörterung sein, und zwar soll vorerst das rein römische Recht in's Auge gefaßt, sodann untersucht werden, ob und inwiefern vom Standpunkte des heutigen Rechtes etwas anderes angenommen werden müsse.

Nach römischem Rechte bezog sich das Amt des Obervormundes für's Erste auf die Bestellung und Einsetzung des Vormundes, indem er unter bestimmten Voraussetzungen die *datio*, bez. *confirmatio tutoris* und *curatoris*, die Sorge für die Inventarisirung und die Kautionleistung hatte; sodann mußte er mitwirken bei der Festsetzung der Alimente und bei Veräußerungen; endlich trat er in Thätigkeit bei Beendigung der Vormundschaft, wenn von Seiten des Vormundes ein genügender Excusationsgrund vorgebracht, nicht minder wenn Veranlassung gegeben war, den Vormund entweder auf Grund einer erhobenen Anklage (*suspecti postulatio*), oder von Amtswegen zu reinoviren¹⁾. Dagegen war dem Obervormunde nach römischem Rechte nicht eine fortlaufende Aufsicht auf die Führung der Vormundschaft zur Pflicht gemacht. Das römische Recht kennt keine jährliche Rechnungsstellung an den Obervormund; es schreibt ihm nicht vor, regelmäßige Einsicht von der Verwaltung des Vormundes zu nehmen und daß Einzelne der Geschäftsführung zu überwachen; sondern verpflichtet ihn nur im Allgemeinen, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Vormund nachlässig oder dolos zu Werke gehe, auch von Amtswegen das Remotionsverfahren einzuleiten und nach

¹⁾ A. Mgl. Pugeta Pand. §. 356.

Lage der Sache die Remotion auszusprechen. Der Schwerpunkt der vormundschaftlichen Amtsführung lag nach römischem Rechte in der Thätigkeit des Vormundes. Dieser ergänzte als Tutor die juristisch unvollkommene Persönlichkeit des unmündigen Pfleglings durch Interposition seiner Autorität oder ertheilte als Kurator seinen Konsens zu den Handlungen des Pfleglings, wenn dieser mündig war; er führte, wenn der Pflegling nicht in Person handeln konnte oder handelte, so ferne Stellvertretung zulässig war, selbstständig die Geschäfte desselben und verwaltete das Mündelvermögen domini loco; nur bei gewissen Handlungen, insbesondere Veräußerungen, war er gebunden, die Zustimmung der Obrigkeit zu erhalten. Der römische Magistrat war aber nicht im eigentlichen Sinne Obervormundschaftsbehörde²⁾.

Schon diese allgemeinen Erwägungen dürften dafür sprechen, daß der Obervormund nach römischem Rechte nicht die Befugniß gehabt habe, im Falle Widerspruches des Vormundes den Konsens oder die Autorität desselben zu suppliren, oder, wenn der Pflegling nicht selbst handeln konnte oder doch nicht selbst handelte, dem Vormunde die Vornahme der Handlung anzubefehlen, bez. dieselbe für den Vormund vorzunehmen. War im einzelnen Falle es klar, daß lediglich Unfähigkeit oder böser Wille den Widerspruch oder die Weigerung des Vormundes veranlasse, so konnte der Obervormund allerdings einschreiten, indem er das Remotionsverfahren einleitete, nach erhobenem Thatbestande den Vormund removirte und einen tüchtigeren an seine Stelle setzte. War aber dem nicht so, mußte der Obervormund anerkennen, daß sich in der vorwürfigen Verwaltungsfrage eine Meinungsverschiedenheit wohl denken lasse, ohne daß

²⁾ Oßfen, Vorles. über das gemeine Civilrecht (Ausg. von Erxleben) Bd. III. Abth. 1 §. 746. Nr. III.

man befugt sei, die abweichende Meinung unbedingt als irrig zu bezeichnen, so war er nicht berufen, noch ermächtigt, den Konsens oder die Autorität zu suppliren, oder durch Zwang des Vormundes, durch selbstthätiges Eingreifen seine Ansicht zur Geltung zu bringen. Daß der Magistrat gegen den Vormund keinen Zwang ausüben, d. h. eben, daß er nicht dem Vormunde unter Strafandrohung den Befehl zu irgend einer Rechtshandlung erteilen dürfe, ist in einer Gesetzesstelle deutlich ausgesprochen.

Fr. 17 de auctor. et consensu tut. (26, 8):
 Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum Praetor cogere, primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare; deinde, etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc jacturam consequitur.

Es wird für den Fall, daß der Vormund mit Ungrund seine Thätigkeit verweigert hätte, ihm lediglich die für ihn daraus resultirende Haftung im künftigen iudicium tutelae in Aussicht gestellt, zugleich aber bemerkt, daß es ja möglich sei, daß der Vormund Recht habe, hiemit aber angedeutet, daß dem Obervormunde eigentlich eine Kognition über die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit der vom Vormunde verweigerten Rechtshandlung gar nicht zustehe.

In anderen Stellen ist allerdings die Möglichkeit der Supplirung der Autorität des Tutors durch die Obrigkeit statuiert, so in Const. 18 §. 4 de iure delib. (6, 30); Const. 7 qui admitti (6, 9); dann in fr. 1 §. 5 quod falso tutore auctore (27, 6). „Allein die erste dieser Stellen setzt ausdrücklich voraus, daß der Pupill einen Tutor nicht gehabt habe, und die anderen sind wohl auch von diesem Falle zu verstehen. Die Rechtshandlungen des Pfleglings werden nicht ipso jure, sondern praetorio jure, per praetoris tuitionem aufrecht er-

halten, womit also bestimmt das Ausnahmeverhältniß gegenüber der civilrechtlichen Stellung und Kompetenz des Magistrats constatirt ist ³⁾.

Auch im älteren deutschen Rechte erscheint der Vormund — regelmäßig der nächste männliche Verwandte von der Vaterseite her ⁴⁾ — selbstständig in der Verwaltung der Güter des Pfleglings, Eine fortlaufende Beaufsichtigung durch das Gericht findet nicht statt. Der Vormund ist zu keiner Rechnungsstellung gegenüber dem Gerichte verpflichtet ⁵⁾. Nur ist ihm auch schon nach älterem deutschen Rechte die Veräußerungsbefugniß meist entzogen ⁶⁾.

Allein allmählig entwickelte sich unter dem Einflusse der Idee des Königsschutzes, der Vorstellung, daß der König von Gott vor Allen berufen sei, Wittwen und Waisen zu schützen, zu wachen darüber, daß ihnen in keiner Weise Unrecht geschehe, daß ihr Vortheil und ihr Nutzen in jeglicher Beziehung gewahrt werde, das Institut der Obervormundschaft; von Anfang an berechnet und abzielend auf umfassende und fortwährende Beaufsichtigung der vormundschaftlichen Amtsverwaltung ⁷⁾. Bei Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland fanden im Allgemeinen auch die Rechtsätze Eingang und Geltung, welche auf die Stellung und Aufgabe der obervormundschaftlichen Behörde Bezug hatten; so insbesondere gelangte der Grundsatz zur Anerkennung, daß der Obervormund dem Pflegling haftbar sei für jede durch sein Versehen verursachte oder ermöglichte Benachtheiligung desselben ⁸⁾. Allein der im deutschen

³⁾ Vgl. Glück Komm. Bd. XXX S. 469.

⁴⁾ Vgl. Mittermaier D.P.R. Bd. II S. 415.

⁵⁾ Kraut Vormundschaft Bd. II S. 92—93.

⁶⁾ S. Walter's deutsche Rechtsgeschichte S. 483.

⁷⁾ Kraut Vormundschaft Bd. I S. 9 u. 10.

⁸⁾ Kraut a. a. O. Bd. I S. 98.

Rechte wurzelnde Hauptgesichtspunkt des Rechtsverhältnisses, daß nämlich der Obervormund im Allgemeinen wie im Einzelnen fortlaufende Aufsicht zu pflegen habe über die Thätigkeit der Vormünder, wurde festgehalten und gelangte in Reichsgesetzen zu wiederholter Anerkennung. So ist insbesondere in der Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 §. 1 ausgesprochen,

„daß es den Obrigkeiten zustehe, gebührliches und billiges Einsehen zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und vernachtheiligt bleiben“⁹⁾.

Dieses Prinzip war kein neues; es wurzelte in dem Gewohnheitsrechte der damaligen Zeit, war stets im Sinne einer Detailaufsicht auf die vormundschaftliche Amtsführung verstanden worden und hat sich in dieser Weise bis auf die neueste Zeit im Rechtsleben, im Rechtsbewußtsein des Volkes erhalten.

Was heißt es nun, die Obrigkeiten sollen die Obergufsicht über die Vormünder haben, sollen waschen darüber, daß die Interessen der Pflieglinge in keiner Weise veräuimmert werden? Soll die Obergufsicht sich lediglich dadurch bethätigen können, daß sie Handlungen des Vormundes, welche gegen den Vortheil des Pflieglinge sind, ihr Veto entgegensetzt und sie verhindert? Soll sie nur verneinend sich äußern können? Gewiß nicht. Im Wesen der Obergufsicht liegt auch ein positives Element: sie muß da, wo es gilt zu handeln, der Vormund aber überhaupt nicht oder nicht so handeln will, wie nach Ansicht der Obergufsichtsbehörde gehandelt werden muß, den Ausschlag geben können, die Möglichkeit haben, ihren Willen durchzusetzen. Wäre dem nicht so, so ergäbe sich das völlig verkehrte Verhältniß, daß die Behörde, welcher die Obergufsicht über die Verwal-

⁹⁾ Im §. 3 ist die Pflicht des Vormundes hervorgehoben, alljährlich der Obrigkeit Rechnung zu stellen.

tung der Vormünder gebührt, diesen in der That sich unterordnen, ihrem Willen nachgeben müßte.

Dem Gefagten zufolge muß angenommen werden, daß der Obervormund nach deutschem Rechte in Kraft seines Obergaufsichtsrechtes befugt sei, dann, wenn der Pflegling selbst handeln will, der Vormund aber seine Einwilligung verweigert, diese zu suppliren; nicht minder wenn, wie dieß meistens der Fall, eigenes Handeln des Pfleglings nicht in Frage ist, dem Vormunde bei Vermeidung von Strafeinschreitung die Vornahme eines gewissen Geschäftes vorzuschreiben. Hat aber der Obervormund die letztere Befugniß, dann ergibt sich von selbst, daß er auch berechtigt sei, im Falle der Weigerung des Vormundes, eine bestimmte, vom Obervormunde für nothwendig erachtete Verwaltungshandlung vorzunehmen, geradezu selbst dieß zu thun; also etwa für den Pflegling zu kontrahiren. Denn sobald der Obervormund für ermächtigt erachtet wird, dem Vormunde bei Vermeidung von Strafe bestimmte Weisungen zu ertheilen: so ist nicht abzusehen, warum Derjenige, welcher das Recht hat, die Vornahme einer Rechtshandlung zu befehlen, diese nicht sollte selbst vornehmen können. Der Vormund, indem er einen Befehl des Obervormundes vollzieht, kontrahirt im Namen des letzteren, als Beauftragter desselben: materiell ist das Verhältniß das nämliche, als ob der Obervormund selbst kontrahirte. Die bloße Form kann aber jedenfalls nach heutigem Rechte keinen Unterschied begründen.

Ich habe als nothwendigen Inhalt des nach heutigem gemeinen Rechte der Oberkuratel zustehenden Obergaufsichtsrechtes die Befugniß derselben bezeichnet, den Konsens des Vormundes zu suppliren, ihm bestimmte Verwaltungshandlungen, die, sie im Interesse des Pfleglings für geboten erachtet, anzubefehlen und nöthigenfalls sie selbst vorzunehmen,

Die Stellung des Vormundes zur Behörde, so fernere deren Befehle zu vollziehen hat, ist hiernach, wie bereits angedeutet wurde, die eines Vollzugsorgans. (Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Freiwilliger Armenanwalt. Deserviten. Retentionsrecht.
Bgl. Bd. 17 S. 381.

Ein Rechtsanwalt, welcher die Vertretung einer Ehefrau im Armenrechte in deren Ehescheidungsache freiwillig übernommen hatte, wollte sich aus den Alimentengeldern, die seine Klientin von ihrem Manne während der ihr für die Dauer des Prozesses gestatteten Separation für sich und die bei ihr befindlichen zwei Kinder zu beziehen hatte, wegen seiner Deserviten bezahlt machen und retinirte von diesen für seine Klientin eingenommenen Geldern den Betrag von 16 fl. Auf deren Beschwerde wurde dem Anwalte vom Ehegerichte die Herausgabe des ungebührlich retinirten Betrages auferlegt. Sein hiegegen ergriffener Refurs wurde durch oberstrichterliches Erkenntniß v. 14. März 1854 Nr. 390⁵³/₃₄ als ungegründet aus folgenden Gründen abgewiesen:

Eine das Armenrecht genießende Partei ist nach G.D. III, §. 8 nicht nur aller Gerichtsgebühren entzogen, sondern auch deren Advokat schuldig, derselben gratis zu dienen. Der Umstand, daß Advokat N. nicht vom Gerichte als Offizialanwalt der Katharina M. aufgestellt wurde, sondern in Folge der ihm von ihr erteilten Vollmacht deren Vertretung freiwillig übernommen hat, kann ihn von der Verbindlichkeit, ihr, so lange sie das Armenrecht genießt, gratis zu dienen, nicht befreien, indem das Gesetz in dieser Hin-

sicht keinen Unterschied macht, und ein desfallsiger Unterschied auch in der Erwägung nicht eintreten kann, weil die Pflicht zur unentgeltlichen Vertretung der Armenpartei nicht auf der offiziellen Aufstellung des Anwalts beruht, sondern in deren Unvermögenheit ihren Grund hat, und daher der Anwalt, welcher die Vertretung einer Partei im Armenrechte freiwillig übernimmt, sich derselben Verpflichtung unterwirft, welche dem vom Gerichte bestellten Officialanwalte obliegt.

Eben so wenig vermag der Umstand etwas zu ändern, daß Rath. M. den Advokaten M. bloß durch das Versprechen, ihn wegen seiner Bemühungen zu honoriren, bewogen haben soll, das ihm ertheilte Mandat zu übernehmen, weil Rath. M. auch ohne ein desfallsiges Versprechen verbunden ist, ihrem Anwalt die gehaltenen Auslagen und den gebührenden Lohn zu entrichten, wenn sie in der Lage sein wird, diese Verbindlichkeit zu erfüllen. In so lange sie aber des Armenrechtes theilhaftig ist, muß diese Verbindlichkeit suspendirt bleiben, und es kann der vom Deferviten geltend gemachte weitere Umstand, daß ihn Rath. M. wegen seiner Befriedigung auf die von ihrem Ehemanne ihr zu entrichtenden Alimentationsbeträge vertröstet habe, deshalb keine Beachtung finden, weil diese nur auf den Nothbedarf bemessenen Alimiente nicht als eine die Rath. M. zahlungsfähig machende Verbesserung ihrer Vermögensumstände betrachtet werden können.

Es ist zwar dem Anwalt gestattet, so lange er mit seinem gebührenden Lohn nicht gänzlich befriedigt ist, die der Partei zuständigen Akten, Dokumente und andere in Händen habende Sachen zurückzubehalten, allein diese Retentionsbefugniß erleidet namentlich in Sachen einer Armenpartei eine Ausnahme, so lange dieselbe nicht zu Kräften gekommen ist. Ann. z. G.D. II §. 5 Note m am Ende. ...Gl.

2.

Das Vorzugsrecht der Ehefrau nach Prior.Ordn. §. 23 Nr. 3 ist vererblich.

Hierüber sagen die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung:

Das der Heirathsgutsforderung der Ehefrau in §. 23 Ziff. 3 der Prioritätsordnung eingeräumte Vorzugsrecht der IV. Klasse ist nicht auf die Person der Ehefrau beschränkt, sondern geht auch auf deren Erben über.

Sowohl nach gemeinem Rechte

Fr. 37 de acquir. hered. (29, 2), als auch nach dem preuß. R. Th. I Tit. 9 §. 350 bewirkt der Erwerb der Erbschaft den Eintritt des Erben in alle Rechtsverhältnisse des Verstorbenen, so weit diese nicht höchst persönliche Rechte und Verbindlichkeiten sind, welche blos an der Person des Erblassers haften.

N. Pr. R. a. a. O. §. 360, Einl. §. 102.

Zu den höchst persönlichen Rechten, welche nicht auf den Erben übergehen, können unbedingt nur jene gerechnet werden, deren Ausübung, wie z. B. der Statusrechte, ihrer Natur nach auf die Person des Berechtigten beschränkt ist. Dagegen sind Vermögensrechte, welche von den Erben ausgeübt werden können, nur dann von obiger Regel ausgenommen und als höchst persönliche Rechte anzusehen, wenn sie als der Person des Berechtigten auflebend vom Gesetze ausdrücklich erklärt sind; es gilt dies auch von den s. g. Privilegien im engeren Sinne ¹⁾, den Wohlthaten, zu welchen auch das in Frage stehende

¹⁾ Manche sprechen hier von Privilegien im weiteren Sinne. Vgl. Senffert, prakt. R. §. 20. — Red.

Vorzugsrecht gehört. Die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen privilegii causae und privilegii personae beruht lediglich darauf, daß einige Privilegien der gesetzlichen Regel zufolge auf die Erben übergehen, andere aber ihrer Natur nach, oder gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung blos der Person des Privilegirten zustehen.

Fr. 196 de reg. juris.

Da nun hier eine Rechtswohlthat in Frage ist, welche mit einer unzweifelhaft auf die Erben übergehenden Forderung der Ehefrau im Zusammenhange steht und keineswegs ihrer Natur nach lediglich der Person der Ehefrau anflehte, sondern auch von deren Erben ausgeübt werden kann, so könnte das in §. 23 Ziff. 3 der Pr.O. eingeräumte Vorzugsrecht als ein höchst persönliches Recht der Ehefrau nur dann angesehen werden, wenn dasselbe durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung auf die Person der Ehefrau beschränkt wäre. Eine solche gesetzliche Bestimmung besteht nicht; eine Beschränkung des Vorzugsrechtes auf die Person der Ehefrau kann namentlich nicht daraus gefolgert werden, daß die Pr.O. der Erben der Ehefrau in §. 23 Ziff. 3 nicht ausdrücklich erwähnt, da sich der Uebergang des Vorzugsrechtes auf die Erben nach der gesetzlichen Regel von selbst verstand, und überdies sprechen noch besondere Gründe dafür, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sein kann, das fragliche Vorzugsrecht auf die Person der Ehefrau zu beschränken. Aus dem Umstande nämlich, daß das Vorzugsrecht der IV. Klasse nicht für alle den Ehefrauen gegen ihre Ehemänner zustehenden Forderungen eingeräumt, sondern auf gewisse Arten von Forderungen (Heirathsgut und sonstige Mäthen, Morgengabe, Widerlage, Wittibsig) beschränkt worden ist, muß gefolgert werden, daß das Vorzugsrecht den Ehefrauen nicht oder nicht

ausschließend mit Rücksicht auf ihre Person, sondern lediglich oder doch vorzugsweise mit Rücksicht auf die rechtliche Natur der bevorzugten Forderungen eingeräumt worden sei, und der legislative Grund, aus welchem nur diesen Forderungen ein Vorzugsrecht ertheilt worden, liegt offenbar in den beschränkten Rechten, welche den Ehefrauen, und den ausgedehnten Befugnissen, welche den Ehemännern an diesen Vermögenstheilen während der Ehe zustehen, und in Folge welcher den Ersteren die Sicherung ihrer Rechte in Ansehung derselben besonders erschwert ist; — ein Vorzugsrecht aber, welches nicht sowohl in der Persönlichkeit der (ursprünglich) berechtigten Ehefrau, als in dem Rechtsgrunde der Forderung seinen Grund hat,

fr. 68 de reg. juris: ubi genus actionis id desiderat,

samt nicht als ein der Person der Ehefrau anklebendes höchst persönliches Recht angesehen werden.

Ferner war auch jenes den Ehefrauen früher zugestandene Vorzugsrecht, an dessen Stelle das Vorzugsrecht des §. 23 Ziff. 3 der Pr.D. getreten ist, nicht auf die Person der Ehefrau beschränkt, sondern ging auf deren Erben über. Nach gemeinem und bayerischem Rechte, dessen Klassifikation der Gesetzgeber bei Erlassung der Pr.D. vorzugsweise im Auge hatte, stand den Ehefrauen wegen des eingebrachten Heirathsgutes eine allgemeine stillschweigende Hypothek

C. un. §. 1 de rei uxor. act. (5, 13),

GD. Kap. 20 §. 6 Nr. 1 —

und in Ansehung dieser Hypothek ein Privilegium, ein Vorzugsrecht vor anderen Pfandgläubigern zu,

C. 12 §. 1 qui pot. in pign. (8, 18); §. 29

Inst. de act. (4, 6); GD. a. a. O.

das privilegierte Pfandrecht war auf die Person der Ehefrau und deren Deszendenten beschränkt,

C. 12 §. 1 cit., §. 29 cit., G.D. a. a. D. §. 14
Nr. 10, 11,

daß Pfandrecht selbst dagegen, welches der Ehefrau nach G.D. a. a. D. §. 6 Ziff. 3 auch in Ansehung der Paraphernalgüter, der Morgengabe, der Widerlage und des Wittwensitzes zustand, ging auf alle Erben der Ehefrau über.

§. 1, 4, 6 der C. un. cit., G.D. XX §. 14
Nr. 9.

Nun kann aber das den ehefräulichen Forderungen im §. 23 der Pr.:D. eingeräumte Vorzugsrecht der IV. Klasse nur als ein Surrogat des früher durch das allgemeine stillschweigende Pfandrecht der Ehefrauen begründeten Vorzugsrechtes angesehen werden, was aus der Gleichstellung des Heirathsgutes mit den übrigen Illaten, der Morgengabe und Widerlage, aus der Gleichstellung der ehefräulichen Forderungen mit den Forderungen der Kinder und Minderjährigen, welchen eine privilegierte Hypothek nicht zustand, dann aus der Gleichstellung derselben mit allen denjenigen Forderungen, welche aus der Pr.:D. vorausgegangenen Rechtsgeschäften entstanden und mit einer Generalhypothek versehen waren, hervorgeht. Aus einer Vergleichung des Ranges, welchen die Heirathsgutsforderung der Ehefrauen nach gemeinem Rechte (II. Klasse 3. Stelle) und nach der G.D. (V. Klasse) einnahm, ergibt sich ferner, daß, wenn den Ehefrauen in Ansehung des Heirathsgutes in der Pr.:D. ein dem früheren Privilegium ²⁾ analoges Vorzugsrecht hätte eingeräumt werden wollen,

²⁾ D. h. dem Pfandprivilegium der Ehefrau, wohl zu unterscheiden von dem der Ehefrau nach gemeinem Rechte wegen der Dotalsforderung gleichfalls zustehenden, nicht vererblichen persönlichen Vorzugsrechte (privileg. exigendi). Vgl. Buchta, Pand. §. 248 Nr. 2. Die heutige IV. Klasse ist eine diesem römisch-rechtlichen priv. exigendi analoge Kategorie. G.

denselben jedenfalls eine Stelle vor der IV. Klasse hätte angewiesen werden müssen. Das Vorzugsrecht der IV. Klasse geht daher eben so, wie der an die Stelle der stillschweigenden Hypothek getretene Rechts- titel zur Erlangung einer Hypothek

Hyp. Ges. §. 12 Ziff. 6, v. *Ö n n e r*, *Komment.*
Bd. I S. 182, 188

auch auf die Erben der Ehefrauen über.

DAVE. v. 11. Juli 1853. Nr. 1057⁵¹/₅₂

3.

Adhäsionsbeschwerde. Konnerität. — Rechtskraft über ge-
richtsablehnende Einrede.

„Nach Verhandlung einer Rechtsache, in welcher der Verklagte sich einer gerichtsablehnenden Einrede bedient hatte, war erstrichterlich erkannt worden: . .

1) Beklagter sei schuldig, sich auf die Klage einzulassen, und sei die bedingte Streitseinlassung als pure geschehen zu erachten; 2) sei die Klage in der angebrachten Art abzuweisen; 3) habe Kläger sämtliche Kosten zu tragen. Gegen Nr. 2 und 3 dieses Erkenntnisses appellirte Kläger; wegen Nr. 1, insbesondere wegen Verwerfung seiner gerichtsableh- nenden Einrede adhärirte Beklagter. In zweiter Instanz erfolgte Verwerfung der Adhäsionsbeschwerde, in der Hauptsache aber ein Beweisinterlokt. Ueber die nun wegen Verwerfung der Adhäsionsbeschwerde ergriffene Revision des Beklagten sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung unter Anderem: .

Die Adhäsionsbeschwerde des Beklagten verfolgt einen von der Appellationsbeschwerde verschiedenen Gegenstand; sie befaßt sich mit einem von dem Ap- pellanten nicht angegriffenen Punkt, indem sie die Kompetenz des vom Kläger angegangenen Gerichtes bestreitet; während dieser die Entscheidung angreift, welche der Richter erster Instanz hinsichtlich der er- hobenen Klage, dann im Kostenpunkte erlassen hat; es mangelt daher an der zur Begründung der Ad-

häsion nach G.D. Kap. 15 §. 9 Nr. 3 erforderlichen Konnexion der Beschwerde des Adhärenenten mit den Beschwerden des Appellanten, und war deshalb die Adhäsionsbeschwerde des Beklagten, wie geschehen, vom Richter der vorigen Instanz als unzulässig zu verwerfen. Unerheblich ist das Vorbringen des Adhärenenten, daß seine Adhäsionsbeschwerde schon um deswillen nicht habe zurückgewiesen werden können, weil sie sich als Nichtigkeitsbeschwerde darstelle, welche an das Berufungsfatale nicht gebunden sei. Da hier über die Einrede der Inkompetenz des Gerichtes unter den Parteien förmlich verhandelt, und nach gepflogener Verhandlung hierüber erkannt wurde, so kommen die gesetzlichen Bestimmungen von der Appellation zur Anwendung.

DASt. vom 19. Juli 1853. Nr. 1738⁵¹/₅₂.

4.

Unvordenklichkeit. Alter der Zeu

Bgl. Bd. 5 S. 256.

Die Vorschrift des bayer. MR. Th. II Kap. 4 §. 9 Nr. 1, nach welcher beim Unvordenklichkeitsbe-
weise die Zeugen 54 J. alt sein müssen, gilt zunächst
für jene Zeugen, welche über den ganzen vierzigjäh-
rigen Zeitraum ihrer Wissenschaft deponiren sollen,
und von denen daher schon zwei, wenn sie sonst ein-
redefrei sind, vollen Beweis machen; während bei
jenen, die bloß über einen späteren Theil der Ver-
jährungsperiode deponiren, von selbst auch ein ver-
hältnißmäßig jüngeres Lebensalter ausreicht.

Bgl. DASt. v. 8. März 1853. Nr. 986⁵⁰/₅₁.

Berichtigung. In Nr. 8 S. 117 Z. 13 v. o. statt „Anwe-
sen“ l.: „Ansehens.“

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nur Lehre von der Obervormundschaft. — Haftung der Frau für
Gewerkschulden des Mannes. Eignen zu offenem Stram und
Markt. Ausbacher Recht. — Eintragung eines Abrechnungsakts. —
Wahres Gemeindegut, oder gemeinschaftliches Miteigentum
der sämtlichen Gemeindeglieder? Anregung dieser Frage durch In-
tervention, Entscheidung aus den Urtheilen der bayerischen Land-
schaft. —

Nur Lehre von der Obervormundschaft.

Von

Dr. August Seuffert.

(Schluß.)

Am bestimmtesten findet sich dieses Verhältniß
(die Stellung des Vormundes als Vollzugsorgan
der Behörde) entwickelt und ausgeprägt im allge-
meinen preussischen Landrechte Thl. II Tit. 18 Abschn. 5
§. 231 ff. Nachdem vorerst die Obliegenheiten des
Vormundes im Allgemeinen bezeichnet sind, heißt
es weiter:

§. 235. In allen diesen Beziehungen sind
die Vormünder als Bevollmächtigte des Staa-
tes anzusehen.

§. 236. Sie sind also schuldig, sich bei Füh-
rung ihres Amtes nach den Vorschriften der
Gesetze und den besonderen Anweisungen des vor-
mundschaftlichen Gerichts sorgfältig zu achten.

§. 237. Das Gericht ist, sie dabei zu diri-
giren und unter beständiger Aufsicht zu halten,
befugt und verpflichtet.

Allein die Stellung des Vormundes ist keineswegs bloß die eines Vollzugsorganes, das etwa nur für die Vollziehung verantwortlich wäre. Der Vormund sinkt dadurch, daß man seine Verpflichtung statuiert, den Weisungen der Behörde Folge zu leisten, nicht zum bloßen Diener der Behörde herab. Der Vormund ist vielmehr immerhin Derjenige, welcher in erster Linie sich mit den Angelegenheiten des Pflégling's zu befassen hat. Seine Aufgabe ist es, zu prüfen, ob diese oder jene Verwaltungshandlung vorzunehmen sei, und wie dies zu geschehen habe; zum Kreise seiner Thätigkeit gehört die erste Einleitung und Vorprüfung des Geschäftes ¹⁰⁾, die Unterhandlung mit den dritten Personen, an welche vermiethet, verpachtet, von welchen gekauft werden soll u. s. w.: er muß der Obervormundschaft die thatsächlichen Verhältnisse unterbreiten und hiemit seinen Antrag verbinden. Wenn auch die Obervormundschaftsbehörde für berechtigt und verpflichtet zu halten ist, von allen einzelnen thatsächlichen Verhältnissen nach Thunlichkeit selbst Einsicht zu nehmen und eigene Anschauung sich zu verschaffen, so kommt doch in Betracht, daß der Natur der Sache nach die Behörde, welche vielleicht Hunderte von Vormundschaften zu überwachen hat, die fast durchaus noch eine Reihe von anderen Amtsgeschäften hat, nicht in der Lage ist, diese Einsichtnahme in umfassender Weise zu pflegen. Sie ist vielmehr darauf angewiesen, im Allgemeinen dem Vormunde, so ferne sie nicht Grund hat, an seiner Tüchtigkeit zu zweifeln, einen gewissen Spielraum zu lassen, innerhalb dessen er sich frei bewegt — und berechtigt, bis zu einem gewissen Grade sich auf die Mittheilungen des Vormundes, was das Thatsächliche anlangt, zu verlassen. Hiernach ergibt sich von selbst ein Wirkungskreis des

¹⁰⁾ Kraut a. a. O. Bb. II. C. 95 — 6.

Vormundes, der ihn über die Stellung eines bloßen Dieners der Obrigkeit erhebt, zugleich aber auch seine Verantwortlichkeit in erster Linie begründet, sobald er etwas bei Einleitung und Vorprüfung des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, bei Besorgung der ihm zur selbstständigen Erledigung überlassenen Verwaltungsgeschäfte übersehen hat, während freilich in dem Falle, wenn der Obervormund glaubte, ungeachtet des Widerspruches der Vormundschaft auf einer Verwaltungsmaßregel beharren zu müssen, und dieselbe dem Vormunde entweder anbefahl, oder selbst vollzog, auch der Obervormund in erster Linie oder vielmehr ausschließlich für haftbar zu erklären ist¹¹⁾.

Eben weil aber der Vormund nicht bloßer Diener der Oberkuratelbehörde ist, weil es vorzugsweise und in erster Linie seine Aufgabe ist, jede Verwaltungshandlung einzuleiten und im Voraus zu prüfen, so muß es für unstatthaft erachtet werden, daß die Oberkuratelbehörde ohne alle Zuziehung des Vormundes irgend eine Verwaltungshandlung vornehme. Der Obervormund muß vielmehr, auch wenn er den ersten Impuls gibt, den Vormund mit seinem Gutachten und seinen Anträgen vernehmen und daß von ihm Vorgebrachte in Erwägung ziehen; und mit Recht hat das Oberappellationsgericht zu Dresden in einem Falle, wo zwischen der Mutter und dem Vater eines außerehelichen Kindes über die Alimentation desselben mit obervormundtschaftlicher Genehmigung, jedoch ohne irgend welche Betheiligung des Vormundes ein Vergleich abgeschlossen worden war, durch Erkenntniß vom 29. Oktober 1844 (Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen B. II Nr. 198) die Wichtigkeit dieses Vergleiches ausgesprochen.

¹¹⁾ Kraut a. a. O. — J. M. Seuffert's prakt. Pand. R. ed III Band III §. 510 Note 6.

Wenn jedoch in den Motiven dieses Erkenntnisses gesagt wird, daß seinem Wesen und seiner Bestimmung nach ein obervormundschaftliches Dekret die Genehmigung Dessen ausspreche, was der Vormund that, mithin nothwendiger Weise die Handlung eines solchen voraussetze, folglich auch nur da wirksam und gültig sei, wo es als Bestätigung zu ihr hinzutrete: so kann dieser Deduktion dem Obigen zufolge nicht beigepröcht werden, wie denn auch im nämlichen Erkenntnisse nebenbei bemerkt ist, daß die Obrigkeit das, was zum Amte des Vormundes gehört, in der Regel nicht selbst besorgen dürfe, welche Worte darauf schließen lassen, daß der oberste Gerichtshof wohl fühlte, es könne der Oberkuratelbehörde nicht unbedingt die Berechtigung zum Selbsthandeln abgesprochen werden.

Es wurde oben bemerkt, daß das allgemeine preussische Landrecht am bestimmtesten den Grundsatz der Unterordnung des Vormundes unter die Oberkuratelbehörde, die Verpflichtung desselben, den Weisungen der Oberkuratelbehörde Folge zu leisten, ausgesprochen habe. Was das bayerische Landrecht betrifft, so bestimmt dasselbe — Thl. I Kap. VII §. 17 Nr. 5:

In Sachen, welche zu des Pupillen offenbarem Nutzen gereichen, kann der Vormund den Konsens nicht abschlagen, und wird derselbe allenfalls von Amtswegen durch die Obrigkeit ersetzt.

In den Anmerkungen hiezu wird bemerkt, daß das römische Recht einen Zwang des Vormundes für unstatthaft erachtet, vielmehr den Pflögling auf das *judicium tutelae* vertröstet habe, daß man aber *jure hodierno* es auf diesen sehr ungewissen und gemeiniglich in weitem Felde stehenden Regreß nicht mehr ankommen lasse, sondern *jura pupilli* noch *re adhuc integra salvere*, und in Sachen,

wo der Nutzen desselben offenbar sei, *consensus tutoris*, so ferne er nicht selbst daran wolle, von Amtswegen oder durch einen *ad hunc actum specialiter* bestellten *curatorem* ersetzen zu lassen pflege.

Nun ist es allerdings richtig, daß das bayerische Landrecht in der hervorgehobenen Stelle, wie im ganzen §. 17, lediglich die Fälle im Auge hat, wo der Pupill selbst handelt; daß die Obervormundschaftsbehörde ermächtigt wird, nöthigenfalls den Konsens zu suppliren, d. h. eben anstatt des Vormundes die Einwilligung in die Handlung des Pfleglings zu ertheilen. Allein daß der Gesetzgeber nur den vom Standpunkte des Rechtslebens, besonders wenn Unmündige in Frage, als Ausnahme zu bezeichnenden Fall vor Augen gehabt hat, wenn der Pflegling selbst handelt, zwingt uns noch nicht zu einem *argumentum a contrario* für den die Regel bildenden Fall, wenn eine Betheiligung des Pfleglings selbst nicht stattfindet. Das bayerische Landrecht hat in der angezogenen Stelle immerhin das Prinzip ausgesprochen, daß der Widerspruch des Vormundes den Abschluß eines dem Pfleglinge vortheilhaften Geschäftes nicht solle hindern können, und zweifelsohne würde es, wenn es den Fall vor Augen gehabt oder berücksichtigt hätte, daß der Pflegling nicht selbst handelt, in Konsequenz dieses Prinzips verordnet haben, es müsse bei Divergenz zwischen Vormundschaft und Obervormundschaft die Ansicht der letzteren den Ausschlag geben, woraus sich von selbst ergibt, daß letztere nöthigenfalls statt des Vormundes kontrahiren könne.

Auch das allgemeine preussische Landrecht sagt in Konformität mit der Bestimmung des bayerischen Landrechtes — im §. 248 a. a. O.:

Weigert sich der Vormund, in eine Handlung zu willigen, die der Pflegebefohlene für sich

zuträglich hält: so kann Letzterer bei dem vormundschaftlichen Gerichte auf nähere Prüfung und auf Ergänzung dieser Bestimmung antragen.

Allein es hat zugleich in den bereits früher hervorgehobenen §§en das gemeinrechtliche Prinzip der Oberaufsicht in einer Weise ausgeprägt, daß über die Berechtigung der Behörde, dem Vormunde zum Abschlusse von Geschäften Namens des Pfléglings Verfügungen zu ertheilen, kein Zweifel bestehen kann.

Die Anmerkungen zum bayerischen Landrechte a. a. O. geben es der Obrigkeit auch anheim, in dem Falle, wenn der Vormund sich weigert, zu einem vom Pfléglinge beabsichtigten Rechtsgeschäfte seinen Konsens zu ertheilen, diesen durch einen ad hunc actum bestellten curator suppliren zu lassen. Dieses Auskunftsmittel mag dazu dienen die primäre und beziehungsweise alleinige Verantwortlichkeit des Obervormundes auszuschließen. Allein da, wo es gilt rasch zu handeln, wo aber etwa die thatsächlichen Verhältnisse derartig verwickelt sind, daß der Spezialkurator erst längerer Zeit bedürfte, um sich gehörig zu informiren, wird dasselbe ohne Nachtheil für den Pflégling nicht angewandt werden können — ganz abgesehen davon, daß regelmäßig nicht mit Bestimmtheit vorauszusehen ist, ob der Spezialkurator im Sinne des Obervormundes seine Willenserklärung abgeben werde.

Anlangend die Beantwortung unserer Frage in der Doktrin, so hat auch diese von jeher das vorhandene Bedürfniß, für den Fall, daß Vormundschaft und Obervormundschaft miteinander im Konflikte sind, einen Ausweg zu finden, wohl gefühlt; allein während im Rechtsleben selbst sich die Schwierigkeit meist naturgemäß in der Weise löste, daß die Meinung des Obervormundes bei obwaltender Divergenz den Ausschlag gab, und der Vormund im Sinne des Obervormundes handeln mußte: gelang-

ten insbesondere die älteren Juristen, beengt durch die römischrechtliche Auffassungsweise und den Begriff der Obergewalt nicht in seinen natürlichen Elementen zergliedernd, regelmäßig nicht zu einem befriedigenden Resultat. Auch sie hatten fast stets nur den Ausnahmefall des praktischen Rechtslebens vor Augen, daß nämlich der Pflögling selbst das Geschäft abschließt, und untersuchten nun, in wie ferne der Oberkuratel die Befugniß zustehe, den Konsens zu suppliren. Diese Frage wurde bald verneint, indem das Recht der Konsenssupplirung nur zustehe, wenn der Pflögling gar keinen Vormund habe — dieß in Gemäßheit von Stellen des römischen Rechts; bald wurde unterschieden zwischen solchen Rechtsgeschäften, zu deren wirksamen Abschlusse ohne hin eine Mitwirkung der Obrigkeit erforderlich, und solchen, wo dieß nicht der Fall sei, und nur in Ansehung letzterer eine Konsenssupplirung zugelassen. Vgl. Lauterbach, Collegium theor. - pract. Lib. XXVI Tit. VIII §. 4, 9. In neuerer Zeit haben mehrere Schriftsteller in der That, wenn auch nicht immer mit scharfer Ausprägung, sich zu dem Principe bekannt, daß es der Obrigkeit zustehe, den Konsens des Vormundes zu suppliren und demselben Weisungen zum Abschlusse von Rechtsgeschäften zu ertheilen. Vgl. Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. I S. 12 a. G.; Mittermaier im Archiv für civ. Praxis Bd. XVI S. 230 ff. Kraut, Vormundschaft Bd. II S. 95 — 96 ¹²⁾. S. auch Bluntschli Deutsches Privatrecht Bd. II §. 184 Nr. 3.

¹²⁾ S. noch J. H. Seuffert's Prakt. Handb. . ed. III Bd. III §. 504 S. 97: „Was zum Amte des Vormundes gehört, darf die Obrigkeit nicht selbst, ohne jenen zuzuziehen, besorgen. Wenn jedoch unter Umständen, welche positives Handeln erheischen, bezüglich einer dem obervormundschafilichen Konsense unterliegenden erwaltungs- resp. Vertretungshandlung

Nach dem Ergebnisse meiner Ausführung erscheint die Zuständigkeit der Obervormundschaftsbehörde nach deutschem Rechte als eine sehr bedeutende. Es versteht sich, daß sie selbst wiederum der Kontrolle der höheren Instanzen unterliegt, und daß durch diese im Interesse der bevormundeten Personen auf Anrufen der Vormünder allenfallsige nachtheilige Verfügungen und Rechtshandlungen der Obervormundschaftsbehörde rückgängig gemacht werden können, was der Dritte, welcher mit letzterer unmittelbar kontrahirt hat, sich gefallen lassen muß ¹³⁾.

Ob vom legislativen Standpunkte aus sich der Grundsatz der Unterordnung des Vormundes unter die Befehle der Obervormundschaftsbehörde empfehle, ist eine wohl in Erwägung zu ziehende Frage. Es läßt sich nicht läugnen, daß es, um mit den Worten Buchta's ¹⁴⁾ zu reden, ein der Einfachheit, Sparsamkeit und Energie der Verwaltung ungünstiges Extrem ist; wenn die obervormundschaftliche Zuständigkeit dergestalt ausgedehnt wird, daß sie die vormundschaftliche Verwaltung nahezu absorbiert: und wohl dürfte es versucht werden, den Vormund selbstständiger gegenüber der Behörde, etwa unter Kontrolle von Mitgliedern der Familie zu stellen ¹⁵⁾. — den Kreis der Verwaltungshandlungen genau zu bestimmen, welche er ganz unabhängig von der Behörde vornehmen darf ¹⁶⁾. Allein anderseits läßt

die Meinungen des Vormundes und der Obrigkeit auseinandergehen, so gibt letztere den Ausschlag, und die fragliche Handlung, z. B. Vertragseingehung, kann von der Obrigkeit selbst vorgenommen werden.

¹³⁾ S. H. Seuffert a. a. D. Note 11.

¹⁴⁾ Pand. R. §. 331 a. G.

¹⁵⁾ Kraut a. a. D. Bd. I S. 97.

¹⁶⁾ Erst wenn dies geschehen, wird die von Mittermaier und Kraut a. a. D. (Bd. II S. 96) gemachte Unterscheidung von praktischer Bedeutung sein können.

sich, wie bereits auszuführen versucht worden, durch aus nicht sagen, daß mit unserm Grundsatz der Unterordnung der Vormundschaft unter die Befehle der Behörde die vormundschaftliche Verwaltung absorbiert, der Vormund in die Stellung eines bloßen Dieners und Vollziehers der obrigkeitlichen Befehle versetzt werde: und nimmermehr dürfte es angehen, die Zuständigkeit einer Obergaufsichtsbehörde in der Weise zu normiren, daß sie zwar durch ihr Veto nachtheilige Handlungen verhindern, allein wo positives Handeln erforderlich erscheint, dieses gegen die Weigerung der Vormundschaft nicht ermöglichen könnte.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Haftung der Frau für Gewerbschulden des Mannes. Sitten zu offenem Kram und Markt. Ansbacher Recht¹⁾.

Um die Haftung für die Gewerbschulden ihres Mannes (des Gemeinschuldners) abzuwenden, machte die Ehefrau geltend: sie würde (nach der Ansbacher Konkursordnung) für die Handelsschulden ihres Mannes nur dann zu haften haben, wenn sie mit demselben gemeinschaftlich, d. h. auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust, das Handelsgewerbe betrieben hätte. Dadurch allein, daß sie an der Ausübung des Geschäftes faktisch Theil genommen, daß sie ihrem Ehemanne beim Gewerbsbetriebe Beihilfe geleistet habe, sei ihre Haftung für die Han-

¹⁾ Die Anwendung der in den vorliegenden Entscheidungsgründen entwickelten Grundsätze beschränkt sich nicht auf das Ansbacher Recht. Vgl. Bl. f. R. Wb. 8 S. 318.

delsschulden noch nicht begründet. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die faktische Theilnahme der Ehefrau an dem Geschäfte des Ehemannes begründet für sich allein die fragliche Haftung. Die hier einschlägige Stelle der Ansbacher Konkursordnung von 1731 ²⁾ bestimmt, daß „die Ehefrau sich des juris praelationis in Ansehung ihres Heirathsgutes nicht bedienen möge, wenn sie mit dem Manne in einem gemeinen Gewerbe, als zu offenem Kramladen und Markt oder in einer öffentlichen Wirthschaft geseßen, da sie pro socia et correa debendi, damit Diejenigen, so mit ihr kontrahiren, nicht hintergangen werden, billig zu halten“. — Diese gesetzliche Bestimmung spricht ganz allgemein und unbedingt den Ehefrauen der bezeichneten Kategorien das Vorzugsrecht in Ansehung ihres Heirathsgutes ab, es erklärt die Ehefrauen, welche mit ihrem Ehemanne zu offenem Kramladen und Markt oder in einer öffentlichen Wirthschaft geseßen sind, sonach faktisch an dem Gewerbsbetriebe Theil genommen haben, unbedingt als socias und correas ihrer Ehemänner, ohne anzudeuten, daß diese Mitthftung durch ein in Ansehung des Gewerbes mit dem Ehemanne eingegangenes Sozietätsverhältniß, oder durch das Bestehen der partikularrechtlichen Errungenschaftsgemeinschaft bedingt sei. Das Gesetz bezeichnet zwar die Gewerbe, von welchen weiterhin die Rede ist, als „gemeine“, den beiden Eheleuten gemeinschaftliche; allein es bestimmt zugleich, welche Gewerbe und unter welchen Voraussetzungen dieselben als beiden Ehegatten gemeinschaftliche, — abgesehen von vertragmäßiger Verabredung oder bestehender Errungenschaftsgemeinschaft, — angesehen werden sollen, nämlich („als“) wenn die Ehefrau mit dem Ehemanne zu offenem

²⁾ Arnold, Beiträge I. S. 60.

Kramladen und Markt oder in einer öffentlichen Wirthschaft gegessen ist, es leitet bei derartigen Gewerben aus der faktischen Theilnahme der Ehefrau am Gewerbe die rechtliche Fiktion ab, daß das Gewerbe ein gemeinschaftliches der Ehegatten sei, und hiefür sprechen auch die Schlussworte des Gesetzes:

Da sie pro socia et correa debendi billig zu halten,

indem der Gesetzgeber, wenn er ein nach Vertrag oder Gesetz auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust betriebenes Gewerbe vorausgesetzt hätte, gesagt haben würde:

Da sie socia et correa debendi ist.

Mit Recht hat der Richter zweiter Instanz bemerkt, daß, wenn der Gesetzgeber bei der in Frage stehenden Bestimmung ein zwischen den Ehegatten bestehendes vertragmäßiges Sozietätsverhältniß vorausgesetzt oder solche Schulden im Auge gehabt hätte, welche die Ehefrau selbst kontrahirt hat, dieselbe ganz überflüssig gewesen wäre, und andrerseits ist nicht abzusehen, wie die Haftung der Ehefrauen für die Gewerbsschulden nur auf gewisse Arten von Gewerben, und bei diesen nur unter Voraussetzung der öffentlichen Theilnahme der Ehefrau am Gewerbsbetriebe hätte beschränkt werden können, wenn dieselbe als Ausfluß der partikularrechtlichen Errungenschafts-Gemeinschaft angesehen worden wäre, da der Erwerb aus allen Gewerben zur ehelichen Errungenschaft gehört.

Allg. preuß. Rdt. Th. II Tit. 1 §. 396, 402 — 5.

Endlich spricht für die Ansicht des Richters II. Instanz auch der in der (Ausbacher) Konfiskationsordnung selbst angeedeutete Grund des Gesetzes,

„damit Diejenigen, so mit ihr kontrahiren, nicht hintergangen werden. —

Denn dem Publikum gegenüber erscheint die öffentlich mit dem Ehemanne handelnde und wirth-

schaftende Ehefrau als Mittheilnehmerin an dem Geschäfte. Der Gewerbsgläubiger, welcher sieht, daß die von ihm creditirten Waaren von der Frau öffentlich feilgeboten und verkauft werden, ist berechtigt, dieselbe als Gewerbsgenossin des Ehemannes anzusehen, und einem Dritten ist es nicht leicht möglich, zu wissen, auf welche Weise etwa die Ehegatten durch Vertrag unter sich ihre Güterverhältnisse geregelt haben.

Ist nun aber die Haftung der Ehefrau für die Gewerbschulden schon durch die faktische öffentliche Theilnahme derselben an dem Gewerbsbetriebe durch die Thatfache, daß sie dem Publikum gegenüber zum Geschäftsbetriebe mitgewirkt hat, begründet, so war auch die Einrede der Gläubiger R. N. und B. durch die Behauptung,

daß Rosa N. mit ihrem Ehemanne zu offenem Kram und Laden gegessen sei,

hinreichend substantiirt, da in diesem Asserte keineswegs eine Schlußfolgerung aus nicht näher angegebenen Thatfachen liegt, sondern mit dem gebrauchten, allenthalben üblichen und allgemein verständlichen Ausdrucke eben das vorerwähnte, die Mitthastung der Ehefrau begründende faktische Verhältniß bezeichnet wird. Rosa N. ist mit ihrem Ehemanne „zu offenem Kram und Laden gegessen“, wenn sie nicht etwa bloß das eine oder andere Mal bei besonderen Anlässen ausnahmsweise im Laden Aushilfe geleistet, sondern regelmäßig und gewöhnlich (wenn auch nicht immer) in öffentlichem Laden, sei es in ihrem Wohnhause oder auf Jahrmärkten, sowohl allein, als auch neben und mit ihrem Ehemanne das Kaufen und Verkaufen oder auch nur letzteres besorgt hat.

OLG. vom 11. Juli 1853. Nr. 1057⁵¹/₅₂.

2.

Einflagung eines Abrechnungssaldo ¹⁾.

Pal. Bd. 13 S. 141; Bd. 15 S. 92. Seuffert's Archiv Bd. 2 Nr. 35; Bd. 3 Nr. 105.

In einem Falle der bezeichneten Kategorie wurde eingewendet, es fehle, weil die einzelnen Posten der gepflogenen Abrechnung nicht dargelegt seien, an der erforderlichen thatsächlichen Begründung. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Für persönliche Klagen gilt allerdings (C.D. IV §. 7 Nr. 2 u. 3) die Regel, daß der spezielle Klagegrund mit allen zu dessen Beurtheilung nothwendigen einzelnen Umständen angegeben werden müsse. Allein da hier nicht aus dem ursprünglichen Kontratsverhältnisse, sondern aus einem *constitutum debiti proprii* geklagt ist, so bedarf es nicht einer Anführung derjenigen faktischen Momente, wodurch die ursprüngliche Verbindlichkeit begründet wurde, sondern nur jener Thatfachen, welche die neue Verpflichtung und deren zivilrechtliche Wirksamkeit erkennen lassen. Denn das *constitutum debiti proprii* begründet nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze

Fr. 18 §. 3 de constit. pec. (13, 5) eine selbstständige Obligation und Klage; es kann daher bei der Frage, ob bei dieser Klage alle erforderlichen Thatfachen, und namentlich ob die *causa specialis* angeführt sei, nicht auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß, sondern nur auf das neuerliche Versprechen, das *constitutum*, ankommen ²⁾. Diese

¹⁾ Seuffert's prakt. Pand.R. §. 309 Note 8.

²⁾ Natürlich dessen Annahme vorausgesetzt. Vgl. Dollmann in den Bl. f. R.A. Bd. 7 S. 130. Ueber die erforderliche Annahme konnte unter den Umständen des gegebenen Falles kein Zweifel obwalten.

neuerliche causa debendi ist aber in der Klage und Replik, sowie in den Klagsbeilagen unbezweifelt enthalten. Es ist nämlich unter abschriftlicher Beilage des Buchabschlusses (die Klage war von einem Banquier angestellt), sowie der betreffenden Wechsel und Briefe, angeführt, daß Beklagter mit dem Kläger in Geschäftsverkehr gestanden, und sich hieraus ein Saldo von 1027 fl. 57 fr. ergeben habe, dieser Saldo endlich vom Beklagten unter Anerkennung desselben durch Ausstellung von Solawechseln gedeckt, von diesen Wechseln aber der Betrag von 629 fl. 57 fr. noch nicht bezahlt worden sei. — Aus diesen Thatfachen ergibt sich, daß Beklagter die ursprüngliche Verbindlichkeit zur Zahlung eines Saldo aus dem früheren Obligationsverhältnisse anerkannt und dessen Zahlung durch Ausstellung von Wechseln versprochen habe. Ein solches Versprechen, eine bereits bestehende Schuld zu erfüllen, bildet nun gerade den Begriff des Konstitutums; es ist daher auch zur Begründung einer Klage hieraus durchaus mehr nicht nothwendig, als daß ein solches Versprechen gemacht worden sei, indem, wenn dies nicht der Fall, sondern die Ausführung der die ursprüngliche Verbindlichkeit begründenden Momente erforderlich wäre, das Konstitutum gar keine selbstständige Bedeutung und Wirksamkeit hätte, die ihm doch in den Gesetzen, namentlich in dem allegirten fr. 18 §. 3 ausdrücklich beigelegt ist. Darauf, ob die anerkannten Forderungen, deren Erfüllung mittelst der fraglichen Wechsel zugesichert wurde, gegründet und klagbar waren, hat es des fr. 3 §. 1 eod. ungeachtet nicht anzukommen, weil nach jetzigen Rechtsansichten nur die neue Verpflichtung berücksichtigt, und diese als gültig angesehen wird, wenn nur in ihr selbst kein Grund der Unwirksamkeit und Ungültigkeit liegt. Es ist daher, wenn der Beklagte den fraglichen Buchextract anerkannte und die abschriftlich probuzirten Wechsel ausstellte, ganz gleich-

giltig, ob die demselben im Kontokorrente zur Last geschriebenen Posten begründet waren oder nicht³⁾). . . .

DAGE. v. 14. Juni 1853. Nr. 1513⁵¹/₅₂.

3.

Wahres Gemeindeeigenthum, oder gemeinschaftliches Miteigenthum der sämtlichen Gemeindeglieder? Anregung dieser Frage durch Intervention, Entscheidung aus den Umständen der bisherigen Behandlung.

1) Wenn mehrere Mitglieder einer Gemeinde gegen die übrigen mit der actio com. divid. auf Theilung eines Waldes auftreten, den sie für ein freies und gemeinschaftliches Privateigenthum der sämtlichen Gemeindeglieder ausgeben, und sich hiebei aus der Antwort der Beklagten die Vorfrage ergibt, ob nicht vielmehr jener Wald ein Eigenthum der Gemeinde als Körperschaft — patrimonium universitatis — sei, in welcher Voraussetzung die Theilung eine Administrativsache und der organischen Einwirkung der Gemeindefüratelsbehörden unterworfen wäre, — so muß die Erledigung dieser Präjudizialfrage nicht nothwendig in einem eigenen Vorstreite vorhergehen, sondern sie kann im nämlichen Verfahren im Wege der Beiladung oder der freiwilligen Intervention der Gemeindeverwaltung, als der eigentlich Berufenen, sich dem Fortgange jener Theilungs-

³⁾ Indem im weiteren Verlaufe der extrahirten Entscheidungsgründe untersucht wird, ob der eingeklagte Saldo nicht einen verbotenen Anatozismus enthalte (s. Erg. Bl. S. 13), ist faktisch anerkannt, daß ein Zurückgehen auf die einzelnen Bestandtheile des Saldo wenigstens da stattfinden, wo die Handhabung von Verbotsgesetzen in Frage kommt. Aber ein solches Zurückgehen kann sich noch in anderen Beziehungen rechtfertigen. S. hierüber Bl. f. M. Bd. 13 S. 142 Note 2; vgl. Seuffert's Archiv Bd. 2 Nr. 36; Bd. 6 Nr. 262.

klage zu widerlegen, mit zur gelegenheitlichen Verhandlung gebracht und darauf hin entschieden werden.

2) Ein zu einer Gemeinde gehöriger Wald, welcher von der Gemeindebehörde in der Art bewirthschaftet wird, daß den Mitgliedern die Forstnutzungen daraus zufließen, hat schon an sich mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung des Gemeindewesens im deutschen Rechte und das als die Regel bekannte Vorkommen dieses Falles die Vermuthung für sich, daß das Eigenthum daran der Gemeinde als Körperschaft, und den Mitgliedern nur ein Nutzungsrecht zustehe, in so ferne nicht das Widerspiel, daß er ein ausschließendes Eigenthum der letzteren sei, durch die Erwerbs- und Besitztitel oder sonst auf klare Weise erwiesen wird.

3) Wenn jedoch überdies aus den in Bezug genommenen und heiliegenden Vorakten, Gemeinderrechnungen, Verhandlungen der Verwaltungsstellen und anderen liquiden Behelfen klar hervorgeht, daß der fragliche Wald von jeher als wahres Gemeindegut behandelt, verwaltet, bewirthschaftet, der Ueberwachung der Oberfürstatel unterworfen war, so vermag die Uebereinstimmung dieser Kennzeichen schon von vorne herein eine solche Evidenz über die wahre Beschaffenheit und Zuständigkeit jenes Eigenthums zu begründen, daß Diejenigen, die ihn für Privateigenthum ausgeben, gar nicht zum Beweise dieses Umstandes, von dem das Gegentheil schon hergestellt vorliegt, gelassen zu werden verlangen können.

DAGE. v. 4. Okt. 1853. RN. 172⁵¹/₅₂.

Verichtigung. In Bd. XIII S. 160 Z. 24 statt „534“ lies „535“.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Aufhebung allgemeiner Gütergemeinschaft nach fränkischem Rechte. —
Inbegriffsrecht, von einem Chirographargläubiger bei angeblich mate-
riellem Konkurse in Anspruch genommen. — Unrechtmäßigkeit wegen
verheimlichter Schwangerschaft von einem Dritten. Beweiselast. Ein-
reden. —

Aufhebung allgemeiner Gütergemeinschaft nach frän- kischem Rechte.

Das Würzburger oder sogenannte Fränkische Recht ist in seiner praktischen Auffassung mit beson-
deren Schwierigkeiten verbunden, theils weil es meistens
aus deutschem, in Gewohnheit und Gerichtsge-
brauch wurzelndem Rechte besteht, theils weil es kein
geordnetes Ganzes bildet, sondern aus einzelnen
Landesbräuchen, wie sich solche bis zum 16. Jahrhun-
dert erhalten hatten, zusammengetragen, theils weil
es bei der legislativen Redaction noch mit Bestim-
mungen des römischen Rechts vermischt wurde,
und in der Gesetzesprache Provinzialismen eine be-
deutende Rolle spielen.

Bei dieser Beschaffenheit mag es keineswegs
befremden, daß in einer Bearbeitung des fränkisch-
würzburgischen Rechtes ¹⁾, deren Verfasser dasselbe
nicht auch aus eigener Praxis kannte, manche Be-

¹⁾ Schellhaff, Beiträge zur deutschen Gesetzkunde S. I
Bamberg 1827.

hauptungen von sehr zweifelhafter Richtigkeit vorkommen. Den unbefriedigenden Lehrsätzen dieser Schrift entgegenzutreten, scheint um so angemessener, als sie bei Bearbeitung von fränkischen Rechtsfällen häufig zum Leitfaden dient.

Zu den in der Praxis nur mit Vorsicht anzuwendenden Stellen gedachter Schrift gehört auch der in §. 46 Note d aufgestellte, in seinen Folgen sehr wichtige Satz:

„daß Derjenige von beiden in Gütergemeinschaft Lebenden Ehegatten, ohne dessen Wissen und Willen Schulden kontrahirt wurden, sich von Bezahlung derselben dadurch losmachen könne, daß er die Gütergemeinschaft aufhebe und auf allen Antheil an dem Vermögen oder Nachlaß des andern Ehegatten verzichte.

Während die kaiserliche Landgerichtsordnung Th. III Tit. 104 §. 2 ausspricht, daß, so lange die Gütergemeinschaft währt, alle Schulden der Eheleute, sie seien gleich vor, oder nach dem Zusammenheirathen gemacht, von dem gemeinschaftlichen Vermögen bezahlt werden sollen, ist als Beleg für erwähnten Lehrsatz der nämliche Titel dieser Landgerichtsordnung §. 9 und 10 angeführt, also lautend:

Die Schulden, so von Mann oder Weib heimlich und nicht mit beider Wissen und Willen gemacht werden, die sollen dem unwissenden Ehemenschen unschädlich, es auch dieselbe gar etwas daran zu zahlen nicht schuldig sein, es wäre dann Sach, daß beide Eheleute einander all ihre Haab und Güter vermacht oder durch Kinder vererbt hätten. In diesen Fällen ist dasjenige, so in Kraft gethauer Vermächtniß oder Vererbung durch Kinder des Andern Erbe sein will, die Schulden zu bezahlen verbunden.“

Daß einer der Ehegatten die mit seinem andern Gatten bestehende Gütergemeinschaft unter Verzichtleistung auf das Vermögen oder den Nachlaß des andern Ehegatten nach seinem freien Willen wie-

der aufheben könne, ist hier, wie wir sehen, nicht bestimmt ausgesprochen; sondern diese Befugniß will nur gefolgert werden, und zwar aus dem einzigen Umstande, daß es heißt: so des Andern Erbe sein will. Diesen beim ersten Anblicke eben so auffallenden, als in seinen Folgen weitgehenden Schluß zieht jedoch von Schellhaß nicht für sich allein, sondern er folgt nur dem Beispiele, das ihm schon Jos. M. Schneidt, dieser Rector der fränkischen Juristen, gegeben hatte. In einer im Jahre 1774 „de jure conjugis circa contractus ab altero conjugum initos“ bekannt gemachten Dissertation ²⁾ behandelt Schneidt diese Rechtsfrage zuerst nach römischem, dann nach deutschem und diesem folgend nach fränkischem Rechte, in letzter Beziehung je nach dem verschiedenen Güterstande der Eheleute, ob sie nämlich in allgemeiner oder partikulärer Gütergemeinschaft, oder nach besonderen Eheverträgen leben.

Nachdem er alle Grundsätze einer *societas universalis* bei der allgemeinen und einer *societas generalis* bei der partikularen Gütergemeinschaft anwendbar gefunden, und bei der ersten alle *nomina et actiones* schon durch das Gesetz als *invicem* gebirt, bei der letzten aber für alle Schulden, die nicht gemeinsam zum Besten der Familie gemacht wurden, jedes der sie kontrahirenden Ehegatten mit seinem Vermögen haftbar erklärt hat, behandelt er besonders die Frage umständlich, in wie ferne beide Ehegatten über liegende Güter einseitig zu verfügen befugt sind, und kommt dann ³⁾ auf die Schulden der Ehegatten, bezieht sich aber hier statt einer weitem Ausführung lediglich auf seine „*delineatio elementorum juris franconici*“ §. 96,

²⁾ Thesaurus jur. franc. Absch. I p. 1545.

³⁾ Ibidem p. 1607.

und auf eine im nämlichen Band des thes. jur. franc. p. 1508 seq. befindliche Abhandlung Döthleins „de communione bonorum inter conjuges“.

Nur die Frage berührt er näher, was hinsichtlich der Schulden der Eheleute dann Rechtens sei, wenn sich im Verlaufe der Ehe eine allgemeine Gütergemeinschaft in eine partikuläre, oder eine partikuläre in eine allgemeine umgeändert hat, was sich sehr leicht ereignen kann, wenn nämlich die Kinder einer Ehe absterben, oder in einer anfänglich kinderlosen Ehe Kinder nachgeboren werden; in beiden Fällen läßt er aber alle Schulden aus dem gemeinschaftlichen Vermögen bezahlen.

Uebergehend zu der weitem Frage: wie den Eheweibern dann zu helfen sei, wenn sie ohne Ehepacten geheirathet haben und erst nachher erfahren, daß ihre Männer überschuldet, oder wenigstens mit heimlichen Schulden belastet seien, — äußert er die Meinung, daß, so lange noch keine Kinder empfangen, oder keine Kondonationen errichtet sind, die Ehefrau sich durch neu zu errichtende Ehepacten noch versehen könne, weil es nach französischem Rechte einestheils den Ehegatten gestattet sei, auch während der Ehe Eheverträge zu errichten; anderseits aber die Gläubiger des Mannes auf die Güter der Frau noch keine Rechte erworben hätten. Selbst wenn die Frau schon geschwängert sei, aber noch nicht geboren habe, meint er, sei es unverwehrt, solche Eheverträge noch zu errichten, weil geborene und lebende Kinder, nicht aber auch geboren werdende die Gütergemeinschaft unter den Eheleuten begründen. Der Satz, daß die nascituri den gebornen Kindern gleich zu achten seien, stehe hier nicht entgegen, weil dieser Grundsatz nur zum Besten der Kinder eingeführt sei, Andern nicht nutzen könne und zum Nachtheil der Kinder nicht angewendet werden dürfe. Selbst wenn

die Geburt des Kindes: schon erfolgt sei, fügt er bei, könne die Frau nach der Verordnung von 1700 binnen sechs Wochen noch reklamiren, und ruft dann aus:

Quid? quod et mulieri in hoc casu adhuc leges provinciales aliud dent remedium, scilicet renunciandi bonis mariti et sic se liberandi.

Hiebei beruft er sich auf die Worte der obigen Gesetzesstelle ⁴⁾: „Erbesein will“, und bemerkt hiezu, daß dieser Ansicht auch die Doctoren Barthel und Zehner in ihrer Dissertation „de jure hereditario aut feudi successorio etc. etc.“ beistimmen; derselben könne der §. 2 der angezogenen Gesetzesstelle (Tit. 104) nicht entgegenstehen, weil hier (im §. 2) nur die Regel, im §. 10 aber die Ausnahme aufgestellt sei. Noch wird auf Dasjenige Bezug genommen, was hierüber in der im nämlichen thesaur. jur. franc. pag. 1489 mitenthaltenen Abhandlung Kleibert's „de communione honorum“ ⁵⁾ weiter ausgeführt sei.

Was die hier angezogene Dissertation der Doctoren Barthel und Zehner betrifft, so handelt sie ⁶⁾ von dem Erbrechte oder der Lehenfolge eines Religiösen, der seine Religion geändert hat, hat daher mit der dahier zu beantwortenden Frage auch nicht das Geringste gemein. Ihr sind aber 70 Streitfragen (controversae positiones), unter diesen auch 10 aus dem fränkischen Rechte beigelegt, und von diesen lautet die fünfte:

Mulier ex conjugē susceptis et de facto

⁴⁾ R.O.D. Th. III Tit. 104 §. 10.

⁵⁾ Thesaur. jur. fr. l. c. pag. 1489 seq.

⁶⁾ Discursus juris publ. abbreviatus de jure hereditario aut feudi successorio eorum, qui cum renunciatione mundi in statu regulari apud Catholicos exstiterent, et ad unam vel alteram ex tribus religionibus transcunt. Praes. D. Joanne Casparo Barthel submittit Georgius Fridericus Zehner. Wirceburgi 1737.

viventibus liberis non obligatur debita mariti ante matrimonium contracta solvere, sed potest se liberare renunciando bonis ejus.

Ausgeführt ist diese These nicht, sondern die Rechtfertigung derselben, wie bei allen solchen den Dissertationen beigelegten Streitfragen der mündlichen Erörterung vorbehalten; nur ist beigelegt: „Per §. 10 contra §. 2 tit. 104 Part. 3 ordinat. Provincial.“, womit die oben angeführten Stellen der Landgerichtsordnung gemeint sind.

Weiter noch geht aber Joh. Heinrich Kleibert in der bereits erwähnten Dissertation „de primariis communionis bonorum conjugalis effectibus secundum statuta Suinfurtensia“. ⁷⁾ Während das Schweinfurter Statut mit der kaiserlichen Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken bezüglich der Gütergemeinschaft, insbesondere hinsichtlich der Haftungsverbindlichkeit des einen Ehegatten für die von dem Andern kontrahirten Schulden fast wörtlich übereinstimmt, hebt auch Kleibert zum Nachweise seiner Behauptung ⁸⁾, daß auch die mit ihrem Manne in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau nur für solche Schulden ihres Mannes zu haften habe, die von demselben zu ihrem oder zum gemeinschaftlichen Nutzen gemacht worden seien, die Stelle des Schweinfurter Statuts hervor, in welcher es gleichfalls heißt:

„Dasjenige, so in Kraft gethaner Vermächtniß des andern Erbe sein will.“ Kleibert räumt ein, daß die Ehefrau für alle Schulden ihres Mannes dann haften müsse, wenn sie dessen Erbschaft antreten wolle, und fährt fort ⁹⁾:

Sicuti autem quilibet heres, tam testamentarius quam

⁷⁾ S. Note 5.

⁸⁾ Thes. jur. franc. Abschn.

⁹⁾ Ibidem. p. 1491.

ex cognatione proximus, hereditatem repudiare potest, ac nisi illam adierit, ex omni nihil solvere teneatur, ita quoque uxori, et secundum circumstantias vice versa marito, per verba: daß Andern Erbe sein will, liberum est, utrum hereditatem adire, an ea abstinere velit, ne, quod in favorem superstitis introductum est, quod scilicet propter liberos procreatos eosque educandi onus, vel propter pacta successoria, bona defuncti consequi possit, in odium ejus ac bonorum detrimentum detorqueatur.

Wenn nun gleich der von Schellhaß aufgestellte Behrfsatz auch Stimmen der ältern Doktrin für sich haben mag, so sei es doch vergönnt, denselben mit Hilfe einer nähern Erwägung der einschlagenden Gesetzstellen zu beanstanden.

1) Alles dreht sich um die Worte des Gesetzes: Erbe werden will. Lediglich aus diesen, oder aus dem einzigen Worte will, soll der bedeutungsvolle Schluß begründet werden, daß jeder der Ehegatten die Befugniß habe, die bestehende Gütergemeinschaft einseitig aufzuheben, mit andern Worten: sich von derselben unter Verzichtleistung auf die Güter des Andern zurückzuziehen, oder die Erbschaft desselben förmlich auszuschlagen.

Bei der mangelhaften Abfassung, die sich überall an der Landgerichtsordnung bemerken läßt, ist es an sich eine gewagte Sache, aus einem einzigen Worte einen solchen Behrfsatz zu ziehen. Die RGD. bedient sich nicht selten des Wortes und statt oder ¹⁰⁾, welches und bei seiner wörtlichen Anwendung einen vom Gesetzgeber durchaus nicht beabsichtigten Sinn erzeugen würde; sie nimmt ferner (an den nämlichen Stellen) keinen Anstand, die vollbrachte That statt des Versuches, ein Umbringen oder Tödten an die Stelle eines mit Gift nach dem Leben Streben zu setzen; an anderen Stellen ¹¹⁾

¹⁰⁾ Brgl. Tit. 50 §. 5; Tit. 51 §. 3.

¹¹⁾ Tit. 118 §. 3; Tit. 50 §. 13.

spricht sie von einem Bekommen und Erlangen mögen oder von einem Mittheilen wollen anstatt von einem Bekommen, Erlangen oder Mittheilen; eben so kann auch hier mit dem Sage,

„so in Kraft gethaner Vermächtniß oder Vererbung durch Kinder des Andern Erbe sein will“

nicht mehr gesagt werden wollen, als „wer durch Vertrag ausdrücklich, oder durch Kinder faktisch erklärt hat, des Andern Erbe sein zu wollen, oder wer durch Vermächtniß oder Kinder als des Andern Erbe zu betrachten ist, oder wer durch Vermächtniß oder Kinder des Andern Erbe wird.“

Stünde die so folgenreiche und mit dem Wesen der Gütergemeinschaft so schwer zu vereinbarende Befugniß eines freiwilligen Rücktrittes den Eheleuten wirklich zu, so würde das Gesetz derselben nicht nur mit bestimmten und deutlichen Worten, sondern auch an einem andern Orte, nämlich da gedacht haben, wo von der Aufhebung der Gütergemeinschaft, nicht aber, wo nur von einer der Folgen der Gütergemeinschaft, nämlich der Haftung der Eheleute für die Schulden, die Rede ist.

Das Gesetz würde diese Befugniß, wie so viele andere Grundideen, z. B. daß der Pflichttheil der Kinder in zwei und der Eltern in einem Drittheil des Vermögens besteht ¹²⁾; daß abgetheilte Kinder nichts mehr zu fordern haben ¹³⁾; daß bei der Gütergemeinschaft alles Vermögen gemeinschaftlich wird ¹⁴⁾; daß kinderlose Ehegatten einander ihr gesamtes Vermögen vermachen können, ohne ihren Eltern einen Pflichttheil zudenken zu müssen ¹⁵⁾ u. dgl. —

¹²⁾ RGD. Th. III Tit. 29 §. 1 und 2; Tit. 36 §. 1; Tit. 77 §. 4.

¹³⁾ Tit. 30 §. 1; Tit. 39 §. 13 und 14; Tit. 76 §. 3; Tit. 80 §. 4 und 8; Tit. 85 §. 2; Tit. 90 §. 4.

¹⁴⁾ Tit. 39 §. 25; Tit. 90 §. 1; Tit. 94 §. 1; Tit. 96 §. 5.

¹⁵⁾ Tit. 36 §. 4; Tit. 99 §. 4 und 5; Tit. 100 §. 2.

höchst wahrscheinlich an mehreren Orten, nämlich sowohl bei der Gütergemeinschaft durch Vertrag, als bei der Gütergemeinschaft durch Kinder erwähnt haben. Die Landgerichtsordnung ist kein Produkt selbstständiger ursprünglicher Gesetzgebung, sie besteht vielmehr aus Rechtsgebräuchen wie sie sich bis zum 16. Jahrhundert bei dem kaiserlichen Landgerichte des Herzogthums Franken erhalten hatten, und später auf Anordnung des Fürsten gesammelt und als Gesetz publizirt wurden. Demzufolge ist anzunehmen, daß man die fragliche höchst anomale Befugniß, wenn ihre Anerkennung wirklich beabsichtigt gewesen wäre, nicht mit dem Wörtchen will nur angedeutet, sondern wenigstens an einem Orte als einen besondern Gebrauch aufgefaßt und als solchen dargestellt haben würde.

2) Um wenigstens noch den Rest deutschen Rechtes gegen das weitere Vordringen des römischen zu retten, waren im Herzogthum Franken bereits im Jahre 1528 auf Veranlassung des damaligen Landrichters und auf Anordnung seines Fürsten alle Landesgebräuche aus den alten Landgerichtsbüchern gezogen, 1570 vervollständigt und 1618 mit kaiserlicher Bestätigung als förmliches Gesetz verkündet worden.

Die LGO. ist nicht als Gesetzbuch das Werk wissenschaftlicher Spekulation, sondern als Rechtsbuch das Werk nur der Erfahrung, und so fest hielt man bei dem Sammeln des Stoffes an dem Bestehenden, daß nicht selten von den Kompilatoren ein oder der andere Gebrauch als den Verhältnissen nicht anpassend oder hart bezeichnet, und dennoch, nur weil er bestanden, mit aufgenommen und zum Gesetze erhoben wurde¹⁶⁾. Die auf

¹⁶⁾ Thes. jur. franc. Abschn. I p. 198, 202, 203 et seq.

solche Weise entstandenen Gesetze haben aber auch ihre Eigenthümlichkeiten oder, wenn man will, Vortheile, die ihnen nicht verkümmert werden dürfen.

Sie geben nämlich das Recht nicht nach schulgerechten Begriffen, sondern in Thatfachen, in einzelnen Fällen; lassen aber ebendeshwegen auch eine spitzfindige Sprachforschung oder noch so scharfsinnige Schlussfolge durchaus nicht zu.

Es kommt bei ihnen Alles auf die Sache an, weniger darauf, wie sie behandelt wurde. In ihrem Titel 104 handelte die RGD. sowohl nach der Ueberschrift, als nach dem Inhalte der §§. von der Frage: Wie und wovon der Eheleute Schulden bezahlt werden sollen, nicht aber von der Gütergemeinschaft, von der Art, wie sie entsteht, oder wie eine bereits bestandene wieder aufgelöst wird.

Nachdem im §. 1 unterschieden ist, ob die Heirath bedingter oder unbedingter Weise geschehen, verfügt sie im §. 2, daß, wenn die Eheleute einander ihre Hab und Güter vermacht, oder durch die im Ehestande erzielten, oder per unionem prolium gemachten Kinder solche gegen einander vererbt haben, wo ferne die Vermächtniß oder Vererbung noch währt, die Schulden, sie seien gleich vor oder nach dem Zusammenheirathen gemacht worden, von beiden Eheleuten, also von den gemeinen Gütern bezahlt werden sollen. Im §. 3 bestimmt sie, daß, wenn die Eheleute nicht vererbt sind, jedes die von ihm gemachten Schulden aus seinen eigenen Gütern zu entrichten habe; im §. 4, daß die Schulden, die zum Besten oder Erhaltung der Güter des einen Theils gemacht wurden, auch aus dessen eigenen Hab und Gütern bezahlt werden sollen, und im §. 5, daß Schulden, die zu beider Eheleute Bestem eingegangen sind, auch von Beiden zu berichtigen sind.

In den §§. 6—8 spricht sie von Eheleuten,

die ein offenes Gewerbe treiben, und in den §§. 9—10 kommt sie dann auf die heimlichen Schulden, die nicht mit Beider Wissen und Willen kontrahirt worden sind. Auch hier unterscheidet sie, ob die Eheleute in Gütergemeinschaft leben oder nicht. Sie stellt nämlich als Regel auf, daß solche heimliche Schulden dem unwissenden Theile unschädlich seien, und dieser daran etwas nicht zu bezahlen habe, setzt aber von dieser Regel zwei Ausnahmen fest, nämlich, wenn solche Schuld in des anderen Ehegenossen Nutzen gekommen, oder wenn beide Ehegatten einander alle ihre Hab und Güter vermacht oder durch Kinder vererbt hätten; in diesen Fällen, fährt sie fort, ist Dasjenige, dem das entlehnte Gut zum Besten angewendet, oder Dasjenige, so in Kraft gethanen Vermächtnisses oder Vererbung durch Kinder des Anderen Erbe sein will, die Schulden zu bezahlen schuldig. Das Gesetz will demnach nichts Anderes sagen, als: in diesen Fällen ist Dasjenige, dem das entlehnte Gut zum Besten angewendet, oder das mit dem Anderen in Gütergemeinschaft lebt, die Schulden zu bezahlen schuldig.

Das Gesetz konnte, wie in seinem §. 2 des nämlichen Titels, sagen: so lange die Vermächtniß oder Vererbung währt; — oder man kann statt der Worte: „so des Anderen Erbe werden will“ lesen: so als des Anderen Erbe zu betrachten ist, oder des Anderen Erbe wird. Mehr als: wer mit dem Anderen in Gütergemeinschaft steht, — wollte hier nicht gesagt werden, und mehr als dieses darf auch den mehrgedachten Worten nicht entnommen werden.

Die Frage ob, und unter welchen näheren Verhältnissen eine einmal zustandegekommene Gütergemeinschaft wieder aufgehoben werden kann, hat das Gesetz nicht hier, sondern, wie wir noch vernehmen werden, an einem anderen Orte behandelt. Die Entscheidung

dieser Frage ist daher auch nicht hier, sondern nur an diesem anderen Orte zu erholen.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Einlösungsrecht, von einem Chirographargläubiger bei angeblich materiellem Konkurse in Anspruch genommen.

Bei dem auf die Klage eines Hypothetgläubigers erfolgten gerichtlichen Verkaufe eines hypothetirten Gutes machte ein Chirographargläubiger das Einlösungsrecht geltend, indem er behauptete, daß materieller Konkurs vorliege. Die beiden unteren Instanzen hatten die Frage, ob in solchem Falle das Einlösungsrecht stattfindet, verschieden beantwortet; der oberste Gerichtshof verneinte dieselbe aus folgenden Gründen. Bei dem auf die Klage eines Hypothetgläubigers erfolgten gerichtlichen Verkaufe eines hypothetirten Gutes gibt der §. 64 des Hypothetengesetzes jedem Hypothetgläubiger, welcher durch den Hinschlag an den Meistbietenden seine Forderung ganz oder zum Theil verlieren würde, das Recht, zu verlangen, daß ihm das versteigerte Gut um das geschehene Meistgebot hingeschlagen werde. Diese Verfügung ist durch den §. 69 auch auf die übrigen, mit einer Hypothet nicht versehenen Gläubiger in Ansehung der zu einer Konkursmasse gehörenden Immobilien für anwendbar erklärt. Revident behauptet nun, daß hierunter auch der Fall zu subsumiren sei, wenn ein allgemeiner Konkurs zwar nicht eröffnet ist, aber eine offenbare Ueberschuldung, — ein materieller Konkurs vorliegt. Diese Ansicht ist jedoch weder durch den Wortlaut, noch durch den Geist des Gesetzes gerechtfertigt.

Für die besondere Begünstigung des Hypothekgläubigers lagen dem Gesetzgeber entscheidende Rücksichten vor: das spezielle Recht, welches sich derselbe für die Sicherheit seiner Forderung auf dem Gute erworben hat, sowie der Umstand, daß im Falle des gerichtlichen Verkaufes eines einzelnen, jene Sicherheit gewährenden Gutes die Gefahr eines Verlustes sofort aus der Vergleichung des darauf geschlagenen Kaufgebotes mit dem Betrage der darauf haftenden Hypotheken klar zu erkennen ist. Für den Chirographargläubiger hingegen, welcher keine besondere Sicherheit anzusprechen hat, ändert sich der rechtliche Stand der Sache erst alsdann, wenn durch die Ganteröffnung die Insuffizienz des Gesamtvermögens des Schuldners als gewiß oder wahrscheinlich anerkannt ist. Das allgemeine Unterpfandsrecht sämmtlicher Gläubiger auf jenes Vermögen tritt jetzt in Wirksamkeit, und es besteht kein Grund mehr, den Chirographargläubigern dasselbe Recht, welches den Hypothekgläubigern schon vorher eingeräumt war, fernerhin zu versagen.

Soweit wollte und konnte der Gesetzgeber aber nicht gehen, daß er das Einlösungsrecht jenen Gläubigern auch für den Fall eines bloß faktisch bestehenden, vom Richter nicht förmlich anerkannten Zustandes der Ueberschuldung, — des materiellen Konkurses, — zugestanden hätte. Die Zuversicht der Steigerungsliebhaber auf den Rechtsbestand ihrer Acquisition, durch welche zum großen Theile der Erfolg der Versteigerung bedingt, und welche schon durch jenes beschränktere gesetzliche Zugeständniß in bedenklicher Weise gefährdet ist, — wäre vollends vernichtet, wenn der Zuschlag von jedem Gläubiger auf den Grund einer, den schwierigsten Erörterungen unterworfenen Allegation einer materiellen Ueberschuldung in Frage gestellt werden könnte, — vielleicht nur in der Absicht, dem Aufsteigerer, welchem Alles daran

gelegen ist, seine Acquisition schnell vereinigt zu wissen, — eine Abfindung abzupressen. Die Fassung des §. 69 läßt auch hierüber keinen Zweifel bestehen; sie setzt voraus, daß die Immobilien, auf welche das Einlösungsrecht geltend gemacht wird, zu einer Konkursmasse gehören. Dieser technische Ausdruck paßt nicht auf ein bloß materiell überschuldetes Vermögen, er bezeichnet den rechtlichen Zustand, in welchen dieser durch die förmliche Banterklärung übergeht. Auch in dem vorhergehenden und dem nachfolgenden Paragraphen spricht das Hypothekengesetz von dem Falle des eröffneten allgemeinen Konkurses.

Vgl. auch: v. Gönner Kommentar B. I
 C. 549; Lehner Lehrbuch des Hyp. R.
 B. I §. 119 C. 167.

DAGE. v. 17. Okt. 1853, Nr. 1726^{52/53}.
 M.

2.

Ehenichtigkeitsklage wegen verheimlichter Schwangerschaft von einem Dritten. Beweisklast. Einreden.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung wurde hierüber geäußert:

1) Wohl gilt der Grundsatz, daß bei Kindern, welche in gesetzlicher Ehe geboren werden, der Ehemann als Vater anzusehen sei; aber nur dann, wenn das Kind nicht vor Anfang des siebenten Monats nach der Hochzeit zur Welt kommt.

Fr. 12 de statu hom. (1, 5); fr. 3 §. 12 de suis et legit. (38, 16).

Da aber im vorliegenden Falle das (am 10. Febr. 1851 geborene) Kind schon am 24. Tage nach der Hochzeit (welche am 17. Januar 1851 stattgefunden hatte) zur Welt kam, so spricht die Vermuthung nicht dafür, daß das Kind aus der ehelichen Beiwohnung entsprossen sei. Ebensowenig spricht gegen den Kläger das Geständniß, „die Beklagte schon am 26. Aug.

1850 beschlafen zu haben“, da auch die Periode von diesem Tage an bis zur Entbindung nur 168 Tage umfaßt, während der kürzeste vom Gesetze angenommene Termin 182 Tage beträgt. Dem Kläger kann daher auf keinen Fall der Beweis aufgelegt werden, daß er der Vater des Kindes nicht sei, da in keiner Hinsicht die Vermuthung ihm entgegensteht. Steht aber die Vermuthung nicht gegen den Kläger, so hat die Beklagte den Verdacht gegen sich, den Mann durch Verschweigen ihrer Schwängerung von einem Dritten betrogen zu haben. Denn wenn eine Frauensperson (sagt

Glück Pand. Comment. Bb. 22 S. 433) auch nicht gehalten ist, ungefragt Alles zu gestehen, so ist sie doch schuldig, dem Bräutigam anzuzeigen, daß sie von einem Andern als ihm schwanger sei, damit er gewarnt werde, eine fremde Frucht in seine Familie zu bringen. — Die Beklagte widersprach jedoch, daß der Kläger getäuscht gewesen sei, da er ja ihren Leib gesehen habe, und die Schwangerschaft so kurz vor der Geburt sich nicht verbergen lasse. Nun ist es zwar gemeiner Erfahrung gemäß, daß unter solchen Verhältnissen eine hohe Schwangerschaft nicht unbemerkt bleiben kann, so daß ein hoher Grad von Unaufmerksamkeit dazu gehört, diesen Umstand zu übersehen, besonders wenn man darauf aufmerksam gemacht worden ist. Eben so steht fest, daß nach fr. 9 §. 2 de jur. et facti ignor. (22, 6) ein hoher Grad von Nachlässigkeit als Entschuldigung des Irrthums nicht dienen kann und also auch nicht geeignet ist, eine Klage zu begründen. Im vorliegenden Falle aber erscheint der Irrthum des Klägers darum entschuldigt, weil es sich nicht darum fragt, ob die Beklagte schwanger, sondern darum, ob sie es vom Kläger gewesen. Der Kläger war sich bewußt, daß er die Beklagte schon am 26. Aug. 1850 beschlafen habe, und da ihm die Zeit der kommenden

Niederkunft nicht bekannt war, so konnte er bei wahr-
genommener Schwangerschaft meinen, daß diese aus
der im August gepflogenen Beivohnung herstamme.
Die Beklagte dagegen mußte über den Grad ihrer
Schwangerschaft eine viel genauere Kenntniß haben.
Sie mußte die Bewegung des Kindes (etwa im
Monat September) bemerkt und deshalb, da sie
selbst gesteht, (vor dem Verlöbniß mit dem Kläger)
auch von Andern beschlafen und demnach nicht ganz
unerfahren gewesen zu sein, auch gewußt haben, daß
ihre Schwangerschaft nicht von der Beivohnung vom
24. August herrühren könne. In dieser Erwägung
erscheint der Kläger allerdings als der Getäuschte,
und bedarf derselbe daher keines weiteren Beweises
zur Begründung seiner Klage ¹⁾).

2) In dem gegebenen Falle hatte die Beklagte
ehrendend vorgebracht:

a) der Kläger habe ihr schon vor dem August
1850, und zwar innerhalb der gesetzlich angenom-
menen Zeugungsperiode beigeohnt;

b) Kläger habe schon vor der Trauung
gewußt, daß sie von einem Dritten schwanger sei;

c) derselbe habe ihr nach der Trauung
ehelich beigeohnt, obwohl er gewußt, daß sie von
einem Andern als ihm schwanger sei; auch

d) den Beischlaf noch nach der Entbindung
mit ihr gepflogen.

Jede dieser Behauptungen wurde als zur Be-
gründung einer peremptorischen Einrede geeignet be-
funden, und demgemäß in viergliedrig-alternativer
Form der Verklagten Beweis aufgelegt.

OLGE. v. 20. Febr. 1852. Nr. 133⁵¹/₅₂.

1) Der ihm von der Vorinstanz aufgelegte Beweis wurde
oberstrichterlich gestrichen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Aufhebung allgemeiner Gütergemeinschaft nach fränkischem Rechte. —
Ausschlagsbeschwerde wegen Mangels der Ladung von Seite eines doch
wirklich Erschienenen. Willkürweigernder Verzicht auf dieselbe. — Rechts-
mittel gegen iudicialische Urtheile. Keine vierte Instanz. — Zwangs-
nachlaß. Stellung der erkrankenden Gläubiger zu den vorgeraden. —
Eine Gemeinde als Genossenschaft streitend. Verwandtschaft oder Ver-
schwägerung von Zeugen mit einzelnen Gemeindegliedern. —

Aufhebung allgemeiner Gütergemeinschaft nach fränkischem Rechte.

(Schluß)

3) Wollte man aber auch annehmen, der Ausdruck: „so des Andern Erbe werden will“, sei von dem Gesetze absichtlich gebraucht, so würde sich doch auch hieraus der angeführte Schluß noch nicht rechtfertigen lassen. Es gibt nämlich nach dem Gesetze wirklich Fälle, in welchen eine einmal zu Stande gekommene Gütergemeinschaft wieder aufgehoben werden kann, in welchen Fällen dann mit der Aufhebung der Gütergemeinschaft auch alle Folgen derselben hinwegfallen; und in Berücksichtigung dieser Fälle konnte das Gesetz allerdings sagen, in wie ferne die Gütergemeinschaft nicht nach dem Antrage des einen Theils wieder aufgehoben wird, oder in so ferne der eine Theil wirklich Erbe des andern werden will.

Wie an vielen Orten, so auch in der Verord-
nung vom 22. Juli 1777 ¹⁷⁾ ist unter Nr. 10 aus:

¹⁷⁾ Landmandate Band III S. 150.

gesprochen, daß die Gütergemeinschaft entsteht entweder durch Kinder, oder durch Einkindschaftung, oder durch Kondonationen. Aufgehoben wird sie aber, und zwar die durch Kondonation entstandene, d. i. ¹⁸⁾ daß bei Eheverträgen mit Konfirmation des kaiserlichen Landgerichts errichtete Gegenvermächtniß aller Hab und Güter, auf den Fall, daß (keine Kinder erzielt werden, oder) die Kinder alle vor ihren Eltern mit Tod abgehen sollten, nur mit beider Eheleute vereinigttem Willen ¹⁹⁾; und wenn der eine Eheheil in eine solche Abänderung oder Aufhebung der Eheverebung nicht einwilligen wollte, bei rechtmäßiger Ursache durch Erkenntniß des kaiserlichen Landgerichts ²⁰⁾. Die durch Kinder oder Einkindschaftung erzeugte aber kann aufgehoben werden, außer dem Todesfalle der Kinder, nur durch Grundabtheilung ²¹⁾. Die von dem einen Ehegatten bei Eingehung der Ehe verschwiegenen oder die während der Ehe heimlich eingegangenen Schulden mögen nun, besonders wenn sie nicht unbedeutend sind, allerdings den andern Ehegatten veranlassen, zur Rettung seines von ihm in die Ehe gebrachten Vermögens eine freiwillige Aufhebung der Gütergemeinschaft, wenn sie nur durch Kondonation und nicht auch durch Kinder erzeugt war, zu versuchen, oder sie mögen dem kaiserlichen Landgerichte, nun dem an dessen Stelle tretenden Gerichte, als rechtmäßige Ursache erscheinen, auf eine solche Aufhebung zu erkennen, so ferne darauf von dem hintergegangenen Eheheile förmliche Klage erhoben worden ist. So

¹⁸⁾ R.O.D. I. III Tit. 120 §. 1 und Landmandaten Bd. I S. 566 Nr. 3.

¹⁹⁾ R.O.D. Tit. 100 §. 4.

²⁰⁾ R.O.D. III. Tit. 100 §. 5.

²¹⁾ Ibidem Tit. 96 §. 7; Tit. 119 §. 12 und 15; Tit. 28—36; Tit. 39 §. 13 und 14.

wie ferner eine üble Wirthschaft (Verschwendung oder Vergeudung der Güter) den Kindern einen gesetzlichen Grund gibt ²²⁾, gegen ihre Eltern auf Grundtheilung zu klagen, so mag die Mißwirthschaft eines Theils, wenn die Vererbung oder die Gütergemeinschaft beider Eheleute durch Kinder, selbst erzeugte oder eingekindschaftete, herbeigeführt worden ist, auch dem andern Gatten einen gesetzlichen Grund zur Grundtheilung um so mehr geben, als es den Ehegatten von dem Gesetze ohnehin freigestellt ist, nach ihrem eigenen Bemessen eine solche Theilung eintreten zu lassen, und nur ein solcher Beweggrund hiebei ausgeschlossen bleiben soll ²³⁾.

Nach gepflogener Theilung steht es dann dem einen Ehegatten sogar frei, die abgetheilten Kinder wieder neuerdings in eine allgemeine Gütergemeinschaft aufzunehmen ²⁴⁾, so daß diesem nicht schuldtragenden Gatten nichts im Wege steht, den andern schuldhaften von der Gütergemeinschaft auszuschließen und sich auf diesem Wege jedenfalls für die Folge gegen heimliche Schulden desselben sicher zu stellen. Ganz richtig hat daher das Gesetz sich an dem oben bezeichneten Orte des Ausdruckes bedient: „so daß anderen Erbe werden will“; nur hat es damit nicht ein ganz willkürliches Abbrechen oder Aufheben der Gemeinschaft, ein Ausschlagen aller Theilnahme, so wie an dem Vermögen, so auch an den Schulden des andern Ehegatten verstanden, es konnte damit ein solches einseitiges Zurücktreten von einem vertragmäßig oder gesetzlich eingeführten Güterstande nicht verstehen; sondern es hat hiemit ein „nicht

²²⁾ Ibidem Tit. 39 Nr. 8.

²³⁾ Tit. 32 §. 4, 10, 11; Tit. 34 §. 1; Tit. 39 §. 21. Schneidt thesaur. jur. franc. Abschn. I p. 1936.

²⁴⁾ Tit. 38 §. 1; Tit. 78 §. unlc. und Landinanden
Abt. III S. 151 Nr. 8.

Erbe werden wollen“ unter den vom Gesetze nach der Verschiedenheit der Verhältnisse auch verschieden gegebenen Voraussetzungen verstanden; nämlich unter gerichtlicher Erkennung auf Aufhebung der Gütergemeinschaft, wenn keine Kinder vorhanden sind, oder unter förmlicher Grundabtheilung der Kinder, wenn durch solche die Gütergemeinschaft herbeigeführt war.

4) Der oben gefolgerte freiwillige Rücktritt aus der Gütergemeinschaft unter Verzichtleistung auf die Güter des andern Theiles würde auch auf unübersteigliche Hindernisse stoßen.

Wie bemerkt, entsteht die Gütergemeinschaft durch Vertrag oder durch Kinder. Die Gütergemeinschaft ist nach dem fränkischen Rechte der gesetzliche Güterstand. Er tritt kraft des Gesetzes mit dem Erscheinen der Kinder ein und hört mit dem Absterben derselben wieder auf. Außerdem wird sie vertragsmäßig nur im Wege der Kondonationen erzeugt. Diese Kondonationen, auch Vererbung oder Vermächtniß genannt, sind aber keine eigentlichen Schenkungen oder letztwillige Verfügungen, sondern sie sind, da die Ausdrücke oder Bezeichnungen in der kaiserlichen Landgerichtsordnung ohnehin nicht mit Sorgfalt gewählt sind, die zufolge den Eheverordnungen eingegangenen Verträge, nach welchen auch für kinderlose Ehen die Gütergemeinschaft eingeführt wird. Bei der Wichtigkeit ihres Gegenstandes, insbesondere bei dem Umstande, daß sie nicht nur den Güterstand der Eheleute feststellen, sondern auch die Rechte Dritter regeln, können sie nur gerichtlich und unter ausdrücklicher Bestätigung von Seite des kaiserlichen Landgerichts errichtet werden. Daß nun von einem Vertrage, und zwar von einem auf solche Weise, nämlich nicht bloß gerichtlich, sondern vor dem kaiserlichen Landgerichte errichteten und von diesem hohen Gerichte kon-

firmirten Verträge einseitig wieder sollte zurückgegangen werden können, würde gegen alle Prinzipien, sowohl des deutschen, als wie des römischen Rechts verstoßen.

Ist aber die Gütergemeinschaft durch Kinder erzeugt, so geht es noch weniger an, sie durch einen einseitigen Rücktritt wieder aufzuheben; denn die Kinder haben, so wie die Gütergemeinschaft aufgehoben wird, ihren Pflichttheil zu fordern, und dieser Pflichttheil kann ihnen nur im Wege der förmlichen Grundabtheilung werden. Als ächten deutschen Rechte war dem fränkischen der Begriff eines Pflichttheils (in der Beziehung auf letztwillige Verfügungen des Erblassers) allerdings fremd; allein zur Zeit, als es von einem Wohnheitsrechte in ein geschriebenes Recht ungeändert wurde, hatte das römische Recht schon so tiefe Wurzeln auch in Franken gefaßt, daß man, wie wir aus einem Berichte eines der Kompilatoren, Rath und Sekretär Fries, ersehen ²⁵⁾, der Meinung war, es müsse nun auch ein Pflichttheil festgesetzt, und in so ferne er in den bisherigen Gebräuchen noch nicht gegeben sei, neu geschaffen werden.

Auch in Franken galt die deutsche Rechtsansicht von der Familie, daß sie eine Rechtsgenossenschaft sei, und den Kindern ein Unrecht (deutsches Erbrecht) am Vermögen der Eltern nicht erst mit deren Tode erwachse, vielmehr diesem Unrechte Schutz schon bei deren Lebzeiten gebühre. Kam es nun zur Theilung des in solcher Weise genossenschaftlichen Vermögens, so wurde dieselbe nach der Gewohnheit, wie sie sich in Franken ausgebildet hatte, in der Art vorgenommen, daß, wenn auch noch beide Eltern am Leben waren, und abgesehen von der Zahl der theilhaftigen Kinder, den Kindern zwei Dritttheile,

²⁵⁾ Theor. jur. franc. Abschn. I p. 146 et seq.

und den Eltern ein Dritttheil des Gutes zugewiesen wurden. Daß, was den Kindern bei der Theilung als Vermögens- oder (deutscher) Erbtheil zugewiesen zu werden pflegte, glaubte man nun für den Pflichttheil halten zu dürfen, und hiedurch kam es dann, daß in der kaiserlichen Landgerichtsordnung der Pflichttheil der Kinder auf zwei Dritttheile des Vermögens bestimmt, und so der Erbtheil zum Pflichttheil erhoben wurde.

Jede Aufhebung der unter den Eltern bestehenden Gütergemeinschaft führt, wie schon bemerkt, die Nothwendigkeit herbei, den eben bezeichneten Pflichttheil zu reichen. Die Erfüllung dieser Gebühr steht unter Obhut der Obrigkeit und geschieht durch förmliche von dieser geleitete Grundabtheilung; woraus sich von selbst ergibt, daß die in Frage befindliche einseitige Ausscheidung des einen Theiles unstatthaft ist.

5) Auf keine Weise kann bei solchen in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten von einem Antreten oder einem Ausschlagen der Erbschaft des andern Theiles die Rede sein; denn daß bei der fränkischen Gütergemeinschaft eine Beerbung des einen Ehegatten von Seite des Andern gar nicht stattfindet, gehört ohnehin zu den nicht bestrittenen Grundsätzen dieses fränkischen Rechts.

Das Gesetz bedient sich zwar da, wo es von der Gütergemeinschaft spricht, nicht selten der Ausdrücke „Beerbung, Erbe werden, Erbgut u. dgl.“ Allein diese Ausdrücke sind hier nicht im Sinne der römisch-rechtlichen Nachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen gebraucht, sondern bezeichnen vielmehr den bereits erwähnten deutschrechtlichen Zustand einer Rechtsgenossenschaft, bei welcher die Genossen zu einander in Bezug auf das Gesamtvermögen gleichsam in dem Verhältnisse stehen, als hätten sie gegenseitig sich beerbt.

Nach den gesetzlichen Folgen der allgemeinen Gütergemeinschaft besteht die Wesenheit derselben darin, daß das gesamte Vermögen beider Ehegatten vermischt und gemeinschaftliches Vermögen derselben wird, daß jedem derselben das Kondominium an dem ganzen Vermögen zusteht, und zwar pro indiviso, wie man zu sagen pflegt ²⁶⁾, und in der Art, daß kein Theil sagen kann: „das gehört (ist) mein oder dein,“ wie sich das Gesetz selbst ganz passend ausdrückt ²⁷⁾. Was aber schon mir gehört, kann ich nicht erst durch Erbgang erwerben.

6) Die oben gedachten älteren Schriftsteller haben ungeeigneter Weise den Ausdruck „Erbe werden“ im römisch-rechtlichen Sinne aufgefaßt, und außer Erwägung gelassen, daß die Annahme einer wirklichen Erbfolge unter den Eheleuten, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft nach fränkischem Rechte lebten, dem Wesen dieses Güterstandes widerstreite. Aber dieselben scheinen auch auf die von ihnen aufgestellte Rechtsansicht selbst nicht viel gehalten zu haben und nicht ohne Besorgniß über deren praktische Folgen gewesen zu sein.

Kleibert fand es für zweckgemäß, sich hiebei zweimal zu entschuldigen.

Ac meum non sit verba statuti interpretari
sagt er im Eingange seiner Ausführung ²⁸⁾;
bona tamen omnium pace, textus hic allegare ac combinare, sententiam meam ex iis probare, definitionem vero aliorum iudicio relinquere licebit.

Dann am Ende seiner Deduktion ²⁹⁾:

Supra jam declaravi et huc cum solenni protestatione repetitum volo, me nullo modo interpretem no-

²⁶⁾ Vgl. oben S. 148 Note 1.

²⁷⁾ Verordnung vom 27. Juli 1782. Landmandaten Bd. III. Seite 269.

²⁸⁾ Theor. jur. franc. Abschn. I p. 1489 §. XL.

²⁹⁾ Ibidem p. 1497 §. XLVI.

altrorum statutorum agere aut velle aut posse, sed sententiam meam per allegatos et combinatos textus probatam B. L. iudicio relicturum esse etc.

Schneidt, der in seiner 1771 herausgegebenen *Delineatio elementorum juris franconici* von dieser Ansicht noch nichts äußert, erwähnt sie in seiner 1774 erschienenen *Dissertation de jure conjugis* etc.³⁰⁾, nicht in der Weise selbstständiger Geltendmachung, sondern nur gelegentlich einer andern Frage, und nicht an dem Orte, den sie hätte ansprechen können, oder den er ihr hätte einräumen müssen, wenn er von ihrer Richtigkeit vollkommen überzeugt gewesen wäre. In seinen im Jahre 1789 dem Publikum übergebenen *Elementen des fränkischen Rechts* aber gedachte er derselben gar nicht mehr, obgleich er in seinem §. 97 ausdrücklich von den ehelichen Schulden und namentlich von den bei einer allgemeinen Gütergemeinschaft eingegangenen Schulden handelt, und darauf im §. 100 alle die Wege aufzählt, auf welchen eine einmal zustandgekommene Gütergemeinschaft wieder aufgelöst wird.

7) Bei dem Erscheinen der „*elementa juris franconici*“ scheint aber dieser Streitfrage auch schon der Lebensfaden (durch die Verordnung vom 22. Juli 1777) abgeschnitten gewesen zu sein³¹⁾.

Nach der in dem Fürstenthume Würzburg bestandenen löblichen Gewohnheit, von Zeit zu Zeit der Vermehrung der Streitsucht durch authentische Erklärung der Gesetze entgegenzutreten, wurden in dieser Verordnung fünfzehn solcher Entscheidungen getroffen.

Unter denselben heißt es unter Nr. 4:

„Der §. 22 des 39. Titels wird dahin erklärt, daß die bei dem kaiserlichen Landgerichte confirmirten Kon-
donationen ohne dessen Bezeichnung und

³⁰⁾ *Thes. jnr. franco*, Abschn. I p. 1607 et seq.

³¹⁾ Landmandaten Band III S. 150.

wirkliche Cassation, auch mit beider Theile Zufriedenheit, nicht sollen aufgehoben werden können; dahingegen *pacta successoria privata*, welche von beiden Eheleuten ohne landgerichtliche Bestätigung verabrebet und zu Stande gebracht worden sind, durch beiderseitige Bewilligung allerdings wiederum gehoben und abgeändert, und kaiserliches Landgericht lediglich in dem Falle, wenn beide Theile über die Aufhebung nicht einverstanden, *ad supplendum partis invitae consensum* implorirt werden können.

Hiedurch ist dennach entschieden, daß eine auf Condonation beruhende Gütergemeinschaft nicht einseitig, sondern nur mit beiderseitiger Einwilligung oder mit gerichtlicher Supplirung des Konsenses, wenn die Condonation aber mit landgerichtlicher Bestätigung errichtet war, was nach der Verordnung vom 13. Juli 1709 Nr. 3 (Landmandaten Band I S. 566) bei allen *condonationes* geschehen soll, nur unter wirklicher Cassation dieser Confirmation wieder aufgehoben werden kann.

Hiebei auch noch auszusprechen, daß eine durch eingekindschaftete oder selbst erzeugte Kinder begründete Gütergemeinschaft nur durch Grundabtheilung aufgelöst werden könne, wurde bei den hierüber so klar vorliegenden Gesetzen für überflüssig gehalten. Wie es aber nach aufgehobener Gütergemeinschaft, sie mag in der einen oder in der andern Art entstanden gewesen sein, mit Bezahlung der beiderseitigen Schulden gehalten werden soll, darüber sprach sich die nämliche Verordnung unter Nr. 10 weiter dahin aus:

„Und da nach hiesigen Landrechten die Eheleute entweder durch Erzeugung von Kindern, oder durch Vereinkindschaftung oder durch Condonationen eine vollkommene Gütergemeinschaft eingehen, sofort vermöge zweiten §. Part. 3 Alt. 104 die während der Gemeinschaft gemachten Schulden gegen einander zu bezahlen schuldig sind, hierüber jedoch sich noch einiger Anstand

erelignet hat; wie es nach aufgehobener solcher Gütergemeinschaft gehalten werden soll: so erklären wir solche Stelle dahin, daß, gleichwie ein in *communione bonorum* lebendes Ehepaar vermöge des Landesmandates von 1700 alle Kontrakte, wogegen es nicht in *tempore* reklamirt hat, zu bezahlen gehalten ist, also dergleichen gemeinschaftlich gemachte Schulden von jenem Vermögen, was bei Kontrahirung der Schuld vorhanden gewesen, auch gemeinschaftlich, so aber solches nicht ausdrücklich, von jenem nachmals erst einem oder dem andern Theile zugeworfenen Vermögen von jedweden Theile nur zur Halbscheid bezahlt werden soll."

Hiermit wurde, ohne des §. 10 des 104. Titels auch nur zu erwähnen, weiter ausgesprochen, daß alle bis zur Aufhebung der Gütergemeinschaft beider Ehegatten bestandenen Schulden, gegen welche von der Ehefrau nicht rechtzeitig reklamirt worden, auch aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zu bezahlen seien, oder mit anderen Worten, daß eine in (allgemeiner) Gütergemeinschaft lebende Ehefrau auch für alle Schulden ihres Mannes, wie bei anderen nachtheiligen Kontrakten desselben, zu haften habe, und daß ihr die Befugniß, sich durch eine Aufhebung der Gütergemeinschaft unter Verzichtleistung auf das Vermögen ihres Mannes von dieser ihrer Haftungsverbindlichkeit zu befreien, nicht zustehe.

Deshalb hat auch Schneidt, als er seine im Jahre 1774 geschriebene Dissertation im Jahre 1787 in seinem *thesaurus juris franconici* wiederholt dem Drucke übergab³²⁾, sich bei der Frage über die Haftungsverbindlichkeit der Ehegatten auf seine *delinea-tio juris franconici* und auf die oben angeführte Dissertation Röthlein's bezogen, zugleich aber auch noch den ganzen §. 10 der Verordnung, vom 22. Juli 1777 beigefügt, um anzuzeigen, welche Berichtigung

³²⁾ *Thes. jur. franco.* Abschn. I p. 1545 und 1608.

seine frühere Ansicht nun im Wege der Gesetzgebung erhalten habe, wodurch zugleich gewarnt wurde, eine gesetzlich abgewiesene Kontroverse nochmals als Lehrsatz aufzuwärmen.

Aus allem Diesem dürften sich daher die Sätze rechtfertigen:

1) Die von H. v. Schellhaß in seinen Beiträgen zur deutschen Gesetzgebung S. 48 lit. d aufgestellte Behauptung, daß ein Ehegatte sich von Bezahlung der von dem andern Eheheile eingegangenen Schulden dadurch befreien könnte, daß er die Gütergemeinschaft aufgebe und auf allen Antheil an dem Vermögen oder Nachlaß des andern Ehegatten verzichte, ist nicht richtig und mit den in der Verordnung vom 22. Juli 1777 niedergelegten gesetzlichen Bestimmungen unvereinbar.

2) Ein einseitiges Aufgeben der Gütergemeinschaft unter Verzichtleistung auf das Vermögen des andern Eheheiles, oder ein Ausschlagen der Erbschaft des letztern ist unzulässig.

3) Eine einmal zu Stande gekommene allgemeine Gütergemeinschaft kann vielmehr auf einseitigen Antrag, wenn sie auf Vertrag beruht, nur auf Erkenntniß des nun an die Stelle des vormallgen kaiserlichen Landgerichts tretenden Gerichts, und wenn dieser Vertrag, wie vorgeschrieben, mit Bestätigung von Seite dieses Gerichts errichtet war, nur kraft erkanter Reskission dieser Bestätigung, wenn ihr aber die durch selbst erzeugte oder eingekindschaftete Kinder bewirkte „Vererbung“ zu Grunde liegt, nur im Wege der förmlichen Grundabttheilung wieder aufgehoben werden.

Geigel.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Nullitätsbeschwerde wegen Mangels der Ladung von Seite eines doch wirklich Erschienenen. Stillschweigender Verzicht auf dieselbe.

Ein Konkursgläubiger, dessen spezielle Ladung zu den Gantverhandlungen zwar verfügt, aber zu den Akten nicht nachgewiesen war, hatte seine Forderung am I. Ediktstage richtig liquidirt, am III. Ediktstage aber versäumt, sich einzufinden und Präsenz zu machen; erst am darauf folgenden Tage überreichte er, um die Folge eines stillschweigenden Zugeständnisses der ihm entgegengesetzten Einreden zu vermeiden, seinen Replikrezeß, mit der Bitte, ihn wegen eines Irrthums gegen das Versäumniß dieser Handlung in den vorigen Stand wieder einzusetzen, worauf indessen nicht eingegangen wurde. Nachdem seine Forderung in dem Prioritätsurtheile I. Instanz nach seinem Antrage lozirt, in dem Urtheile II. Instanz aber, weil derselben die unbeantwortet gebliebene und daher für zugestanden zu haltende Einrede der Zahlung entgegenstehe, ausgeschlossen war, ergriff er an das OAG. die Richtigkeitsbeschwerde gegen das ganze Verfahren, weil er gegen die Vorschrift der GD. nicht speziell und sohin nicht ordnungsmäßig geladen gewesen sei.

Diese Beschwerde wurde als unstatthaft zurückgewiesen. Gründe:

1) der in Frage befindliche Gläubiger war wirklich am I. Ediktstage erschienen und hatte gehandelt, hiedurch aber beurfundet, daß wenigstens die öffentliche Ladung zu seiner Kunde gelangt war. Ein besonderer Nachweis der Ladung zum III. Ediktstage kann nach der Natur dieser Prozeßart nicht verlangt werden.

2) Durch die in I. Instanz nachgesuchte Restitution, welche nur auf der Voraussetzung einer richtigen Ladung beruhen konnte, war der Nullitätsquerel stillschweigend entsagt. Die Bestimmungen der G.D. XV §. 10 vom Verzicht auf die Appellation sind wegen völliger Gleichheit des Grundes auch auf die außerordentlichen Rechtsmittel zu beziehen.

DAGE. v. 23. Sept. 1853. Nr. 47⁵¹/₅₂.

2.

Rechtsmittel gegen schiedsrichterliche Urtheile.
Instanz.

Nach der G.D. Kap. XVII §. 2 Nr. 6 steht, so fern nicht etwas Anderes bedungen ist, jedem Theile frei, gegen einen schiedsrichterlichen Ausspruch an jene Obrigkeit, welche sonst in der Sache ordentlicher Richter ist, oder, wenn die Obrigkeit selbst als Schiedsrichter gewählt wurde, an die nächste höhere Obrigkeit und Instanz zu appelliren, und die Anmerkungen zu dieser Stelle lit. h¹ fügen bei, daß auch von einem Appellationsbescheide noch weiter appellirt werden könne, in so fern nur eine weitere Instanz von Rechtswegen noch übrig sei. Wenn nun der sonst in der Sache ordentliche Richter auf erhobene Appellation in zweiter Instanz, und auf weitere Berufung das vorgesezte Appellationsgericht in dritter Instanz gesprochen hat, so ist eine weitere Instanz von Rechtswegen nicht mehr übrig, da die schon im Generale vom 5. Mai 1750 ausgesprochene Aufhebung der vierten Instanz in der G.D. Kap. XV §. 4 Nr. 7 ausdrücklich bestätigt ist, und die Anmerkungen an oben angeführten Orte sagen, daß die schiedsrichterlichen Aussprüche den richterlichen Entscheidungen ganz gleich gehalten, und mit Appellationen hierin eben so wie gewöhnlich verfahren werden solle.

Hieran ändert nichts, daß nach einer Entscheidung von Seite des Appellationsgerichtes das Oberappellationsgericht an sich als höheres Gericht noch vorhanden ist; denn dies ist auch in allen jenen Sachen, in welchen eine Berufung an das Oberappellationsgericht mit Rücksicht auf die Natur des beschwerenden Ausspruches oder auf die Größe des Beschwerdegegenstandes u. s. w. ausgeschlossen ist, der Fall; allein hier wie dort kann jener Gerichtshof nicht angegangen werden, weil er unter den gegebenen Umständen keine gesetzlich zulässige weitere Instanz bildet.

Endlich kann nicht angenommen werden, daß es in der Absicht des Gesetzgebers lag, dadurch, daß er gegen einen schiedsrichterlichen Ausspruch eine Appellation an den sonst in der Sache ordentlichen Richter gestattete, für dergleichen Fälle ausnahmsweise eine vierte Instanz zu schaffen, und zwar um so weniger, als diese Annahme dem Zwecke des Kompromisses, nämlich schneller als auf dem gewöhnlichen Prozeßwege zu einer Entscheidung zu kommen, geradezu widersprechen würde, und, wie bereits erwähnt, das Gesetz die schiedsrichterlichen Aussprüche in jeder Beziehung den richterlichen Erkenntnissen gleichgestellt hat.

DASE. vom 31. Okt. 1853. R. N. 1462⁵¹/₅₂
Nr.

3.

Zwangsnachlaß. Stellung der einwilligenden Gläubiger zu den weigernden.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Direkt können die Gläubiger den Konsens der Dissentirenden im Klagwege allerdings nicht erzwingen, weil Fristen und Nachlaßbewilligungen zu dem

jenigen Rechtswohlthaten gehören, welche nur der Schuldner vermöge seiner persönlichen Verhältnisse aussprechen kann, sich aber nicht aufdringen zu lassen braucht. Daraus folgt aber nicht, daß, wenn der Antrag auf Nachlaßbewilligung von dem Schuldner bereits ausgegangen ist und von einer Mehrheit der Gläubiger Unterstützung gefunden hat, den Gläubigern versagt sei, auch in ihrem Interesse gemeinschaftliche Sache mit dem Schuldner zu machen, um auf die kürzeste und am wenigsten kostspielige Weise eine schon mehrere Jahre andauernde Konkursache zu beendigen und zu ihrer, wenn auch nur theilweisen Befriedigung zu gelangen. Durch eine solche Theilnahme am Streite geben sie nur ihre Zustimmung zu der Realisirung des Zahlungsplans, welchen der Schuldner zu bewirken strebt, zu erkennen; ihr Beitritt hat nur die Natur einer accessorischen Intervention ¹⁾, durch welche die konsentirenden Gläubiger ihre eigenen Rechte zu wahren suchen, ohne die Rechte des Gegners zu beeinträchtigen. Heffter im Archiv f. civ. Pr. Bd. X S. 349 Note 25.

Die Rechtsache ist eine untheilbare, die Entscheidung derselben äußert ihre rechtlichen Wirkungen gleichzeitig auf den Gemeinschuldner, wie auf die

¹⁾ Und zwar einer accessorischen Intervention mit beschränkter Wirksamkeit, indem, wenn der Antrag auf Verfügung des Zwangsbeitrittes abgewiesen wird, den konsentirenden Gläubigern eine selbstständige Berufung nicht zusteht, Bl. f. R. u. Bd. I S. 175 Nr. 9. Der gemeinrechtlichen Auffassung, daß der Gläubiger-Mehrheit ein selbstständiges Recht auf Zwangsbeitritt gegen die Minderheit zustehe (vgl. Seuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 150), hat sich unsere Gerichtsordnung, welche hier nur den Gesichtspunkt einer dem Gemeinschuldner verbleibenden Rechtswohlthat vor Augen hat, nicht angeschlossen.

Gläubiger; wird der Antrag des Erstem verworfen, so können auch die Gläubiger, sie mögen assistirt haben oder nicht, den Vollzug des vorgeschlagenen Zahlungsplans nicht verlangen. Der Klage auf Zwangsbeitritt muß übrigens jedenfalls die Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger vorausgehen, weil dieselbe einen Bestandtheil des Klagegrundes bildet.

DAWG. v. 23. Aug. 1852. Nr. 118⁵¹/₅₂.

4.

Eine Gemeinde als Genossenschaft streitend: erwandtschaft oder Verschwägerung von Zeugen mit einzelnen Gemeindegliedern..

In den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung einer Weiderechtssache wurde geäußert: Die im Revisionslibelle bezeichneten Zeugen sind zwar wegen Verwandtschaft und Verschwägerung mit theilhaftigen Ortsgemeindegliedern nicht vollkommen unverdächtig, da die Gemeinde hier lediglich als Genossenschaft streitet ¹⁾, und von deren einzelnen Gliedern die Früchte aus dem gemeinschaftlichen Objecte der Genossenschaft zu ihrem eigenen Vortheile bezogen werden; allein dieser ihrer Exzeptionsmäßigkeit kann bei dem durchgängigen Gleichlaute ihrer so entschieden zu Gunsten der Klägerin gerichtenden Aussagen ein erheblicher Einfluß um so minder beigemessen werden, als das Gesamtergebnis der Beweisführung nicht auf ihnen allein beruht.

DAWG. v. 8. März 1853. Nr. 986⁵⁰/₅₁.

1) Vgl. i. f. RA. Bd. 15 . 124

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zum richtigen Verständnisse des Satzes: „Wer erzipirt, bekennt nicht“. — Einzelne Gewerbebefugnisse gehen durch langjährigen bloßen Nichtgebrauch nicht verloren. — Beweiskraft bei der Negativklage; — Berichtigungen.

Zum richtigen Verständnisse des Satzes: „Wer erzipirt, bekennt nicht“.

Unter dieser Ueberschrift verordnet die Bayer. O. R. VI §. 7:

„Wenn die Klage in der Erzeption nicht absolute, sondern nur bedingungsweise eingestanden oder in Zweifel gezogen wird; so muß der Kläger seine Klage, und der Antworter seine Erzeption der Nothdurft nach beweisen, und kann kein Geständniß daraus gefolgert werden.“

Die Anwendung dieser so natürlichen Vorschrift finden wir nicht selten auf Irrwegen, zu Folgerungen führend, welche die Eventualmaxime überhaupt einer unbilligen Verdächtigung bloß stellen; nur aus einem tiefgehenden Mißverständnisse ihrer wahren Bedeutung lassen sich jene Verirrungen der Praxis erklären.

Qui excipit, non fatetur, — dieses gangbare Sprichwort, das wir bis zu seinen Quellen in C. 9 de except. (8, 36); dann Cap. 6 X eod. und C. 63 in 6to de R. J. zurückverfolgen können, will nicht mehr und nicht weniger sagen, als: die ein-

fache Thatsache, daß der Beklagte den Klagegrund widersprochen hat, darf ihn nicht verhindern, Einreden dagegen vorzubringen; daß Vorschützen peremptorischer Einreden schließt daher noch kein Aufgeben, keinen Verlust der vorhergehenden Ablängung der Klage in sich; Beides, verneinende Antwort auf die Klage und aushilfsweise peremptorische Einreden können als Vertheidigungsmittel auf den Grund der Sache sehr wohl nebeneinander bestehen, hintereinander hergehen, wohlgemerkt, soweit ihr Inhalt miteinander vereinbar ist, keinen inneren und nothwendigen Widerspruch enthält. Demselben darf aber nie der über alles billige Maaß hinausreichende Sinn und Geist unterlegt werden, als sei der Inhalt einer Einrede, das zu ihrer Begründung dienende thatsächliche Vorbringen in dem Grade über jeden Rückbezug erhaben, daß es nie zu Rath gezogen und benützt werden dürfe, um die Klagsablängung des Beklagten einer Kritik zu unterwerfen, und sie als eine muthwillige, gesuchte, unhaltbare zu bezeichnen, — um ein klares unzweideutiges Zugeständniß der Klage darin zu erblicken, und die Wirkung des vorhergehenden Widerspruches der Klage wieder aufzuheben. Da vielmehr das Zugeständniß einer Klage, so wie jedes thatsächlichen Vorbringens im Prozesse an keine Stelle, an keine Zeit oder Formel gebunden ist, da es in der Duplik, im Beweisverfahren, ja in der Appellation, wie im Laufe der Hilfsvollstreckung noch immer zulässig ist, und da es die G.D. Kap. XII §. 1 pr. und Nr. 1 mit C. un. de confess. (7, 59) für die stärkste und vollkommenste Probe erklärt, mit dem Urtheile selbst, mit dem rechtskräftigen Urtheile auf eine Linie gestellt hat, — so muß auch der klare und unzweideutige Inhalt Dessen, was zur Entwicklung einer Einrede vorkommt, dazu dienen können, den Beklagten als einen Geständigen bei seinen eigenen Worten zu erfassen, und seinen vorangeschickten

Widerspruch als ein freventliches Eingelenke bei Seite zu setzen.

Wenige Bemerkungen werden das Irrige der bisherigen streng formalistischen Behandlungsweise leicht erkennen lassen.

... 1) Kein Gesetz, weder im röm. oder kanon. Rechte, noch in der bayer. O. hat jenen weiten Umgriff des Sages: wer erzipirt, bekennet nicht, — vorgezeichnet oder zugelassen. Die O. selbst hebt an jener Stelle bloß den Fall hervor, wenn die Klage nur bedingnißweise eingestanden oder in Zweifel gezogen wird; der gänzliche Widerspruch derselben ist als zu unnatürlich für das Folgende gar nicht berührt. Die Anmerkungen zu dieser Stelle beziehen den Satz zunächst auf ihren „dritten Satz“¹⁾, wenn der Beklagte von dem eingeklagten Ansehen abstrahirt, d. h. stille schweigt, und exceptionem solutionis simpliciter vorträgt. Gerade hiefür hat aber die O. an zwei anderen Stellen verordnet, was weder speziell, noch generell widersprochen werde, gelte für zugestanden und bedürfe keines Beweises mehr. O. Kap. IX §. 3, Nr. 1 — und Kap. XII §. 1, Nr. 8. — Für diesen Fall lassen insbesondere jene Regel nicht gelten:

Gönnert's Handbuch, II, 36 §. 13; Strube's rechtl. Bed. III, Bed. 522. —

Seuffert's Kommentar zur O. (Bd. II, S. 253) findet den praktischen Kern des Sages: qui excipit, non fatetur darin, daß der Beklagte mit der verneinenden Streiteinlassung wirksam noch Einreden verbinden könne, welche mit derselben in Widerspruch zu stehen scheinen, wenn er z. B. den Empfang des Darlehens abläugne, und doch excipiendo behaupte, dasselbe bezahlt zu haben. Hier findet sich übereinstimmend mit v. Gönnert und Strube der wahre Sinn jener Regel so genau bezeichnet, daß sie sich für jeden Entwurf einer neuen

Prozessordnung empfehlen läßt. Denn die behauptete Zahlung ist ein dem Darlehen nachfolgender und völlig davon getrennter Umstand; sie läßt überdies nur einen Schluß auf den vorhergehenden Empfang zu und räumt ihn nicht geradezu ein. Beide Vertheidigungsbehelfe sind wohl mit einander vereinbar, ihr innerer Widerspruch ist nur ein scheinbarer. Daß vorgebliche Darlehen kann von dem Erblasser des Beklagten herrühren, wovon er keine Kenntniß hat; — er kann der Meinung gewesen sein, daß aufgezählte Geld als Zahlung einzustreichen, als ein Mittel der Liberation gegen den Kläger, nicht der Verpflichtung für ihn; — er kann seine Zahlung nur im Vertrauen auf die Richtigkeit einer Forderung, aber im Irrthume geleistet haben und sein Geld als Nichtschuld wieder zurückfordern; — die behauptete Tilgung der Schuld kann in einer verworrenen Abrechnung über die gegenseitigen Haftungen begriffen sein, worin sich beide Theile los zählten, mochte nun eine Forderung früher bestanden haben, worin sie wollte.

Strube, a. a. O. Note **.

Wie aber, wenn der Beklagte jeden Empfang der eingeklagten Summe gänzlich läugnet und nur eventuell einwendet, sie sei ihm in beschnittenen Theilen überschickt worden, bei deren Umwechsel er 10% verloren? Auf Fälle dieser Beschaffenheit sind unsere Bedenken gerichtet; in einem solchen Einwande liegt ein Zugeständniß, welches dem vorhergehenden damit unvereinbaren Widerspruche seinen Werth benimmt; — die Auszahlung von 90% der libellirten Summe muß für liquid angenommen werden; nur der Grund der Zahlung kann noch der Gegenstand einer weiteren Erörterung sein.

2) Die GD. verordnet Kap. XII §. 1, Nr. 1, „was nur bedingnißweise eingestanden worden, könne auch andergestalt nicht, als mit der nämlichen Be-

dingniß aufz. und angenommen werden.“ Diese Vorschrift kann nur auf den beschränkten Inhalt des Geständnisses, aber nicht auf seine prozessuale Stellung, auf den verlausulirten Hinterhalt bezogen werden, den ihm eine Partei antweist. Die G.D. Kap. VI. §. 1 am Schlusse: und §. 4 läßt wohl die Einlassung bloß eventuell mit Vorcinreden verbinden, die peremptorischen Cinreden aber nicht bloß in eventueller Beziehung: an: die Kriegsbefestigung anhängen; beide stehen vielmehr als Vertheidigungsbehelfe in der Hauptsache. (als defensiones) auf einer Stufe, sie sind unter sich in Wechselbeziehung und ebenso gemeinschaftlich für den Gegner, wie solches alle Beweismittel, und namentlich Urkunden durch ihren Gebrauch werden. *Probatio sit iudici*, — der Richter muß daher auch das Recht haben, seine Beweisgründe in den Akten überall zu nehmen, wo er sie findet ¹⁾).

Der Satz: *actore non probante reus absolvitur* — C. 4. de ed. (2, 1) — bleibt immer wahr; allein deshalb steht dem Beklagten noch nicht frei, seine zerstörlischen Cinreden in ein verschanztes Lager zu stellen, aus dem sie erst nach gelungenem Beweise der Klage hervorzubrechen bestimmt sind. Ist in ihrem Vortrage ein Zugeständniß für den Kläger enthalten, so muß, wie bei vorgelegten Urkunden, die Protestation, „daß die Anführung sich auf widrige Passus nicht erstrecken solle“, nutzlos bleiben. G.D. Kap. XI §. 5, Nr. 9. Aus jener Vorschrift läßt sich daher auch mehr nicht, als die Folge ziehen, ein solches Zugeständniß, das einer Cinrede inne wohnt, dürfe auch zum Nachtheile des Beklagten nicht getheilt, sondern müsse immer nur in den Grenzen erfaßt werden, in die es sich selbst einschließt, ohne den Kläger der Beweispflicht in Bezug auf die übrigen bestrittenen Punkte zu über-

¹⁾ Bl. f. M. Bb. XIII, C. 366.

heben, wie solches schon aus dem am Schlusse des vorigen Punktes angeführten Beispiele erhellt.

3) *Excipiendo reus fit actor*. Auch die O. hat diesen Satz (R. VI §. 6) der Sache nach wieder gegeben. Was daher von mehreren zusammenstreichenden Klagen verordnet ist, muß auch von verschiedenen mit einander verbundenen Vertheidigungsbehelfen, Klagsabläugnung und Einreden gelten. Nun verordnet aber die O. (R. IV §. 9): mehrere *Actiones*, die Jemand gegen eine Partei habe, könnten in einem Libell zusammengekommen werden, „es seien denn dieselben einander widersprechend, oder präjudizial, oder so beschaffen, daß eine durch Erwählung der anderen aufgehoben werde, welchenfalls sie entweder gar nicht, oder höchstens nur alternative und in subsidium kumulirt werden mögen.“ Der folgende §. 11 schreibt für den artikulirten Libell vor, man solle sich in articulis aller kontradiktorischen Sachen enthalten. Sich innerlich widersprechende Klagen heben also einander auf und können nach Umständen, wenn sie durchaus unvereinbar sind, gar nicht kumulirt werden; warum sollte ein gleiches Verbot nicht auch den Fall von Einreden treffen, welche die eigene, eben abgeläugnete Erzählung des Klägers hinter ihrer Abläugnung zum unentbehrlichen Stützpunkte nehmen? In fr. 43 pr. de R. J. sagt Ulpian: *Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit*. In unserem Falle läßt sich sagen: *lex impedit*, oder auch: *ratio juris impedit*, oder vielmehr noch besser nach Anleitung des fr. 14 §. 1 de interrog. in j. f. (11, 1), nur umgekehrt: *Si id, quod in contestationem (statt: confessionem) venit, et jus et naturam recipere potest*.

4) In einem nächst gelegenen Falle trägt schon nach ihrem jetzigen Stande die Praxis kein Bedenken,

über vergleichen Absichten und Vorbehalte des Beklagten hinwegzusetzen. Wenn derselbe den Urkunden, worauf sich die Klage stützt, vor Einsicht der Originalien seine Anerkennung versagt, später aber selbst Einreden, oder wohl gar Gegenforderungen aus ihnen herleitet, bei dieser Gelegenheit ihren Inhalt erörtert, in seinem Sinne auslegt, so wird gewöhnlich die vorhergehende Beanstandung der Richtigkeit jener Urkunde als eine *protestatio facto contraria*, was sie auch wirklich ist, nicht beachtet²⁾. Was kann verhindern, sich dieselbe Befugniß heizulegen, wenn ohne die materielle Unterlage einer Urkunde die nämliche Wechselbeziehung nur zwischen einer verneinenden Antwort auf die Klage und einer angehängten Einrede vorwaltet, welche die defensive Linie der Negation verläßt und ganz positive Anhaltspunkte zur Beleuchtung des Klagegrundes an die Hand gibt?

5) Die moralische Seite der Rechtsvertretung darf bei der Würdigung und Zulassung ihrer Hilfsmittel nicht völlig außer Acht bleiben. Der gänzliche Widerspruch einer Klage, der eventuell mit Einreden begegnet wird, welche oft ihren Sachverhalt

²⁾ Ein oberstricht. Erf. vom 5. Okt. 1850 (Nr. 1439 1849/50) bemerkt in diesem Sinne: „Kläger hat sich zwar in seiner Replik vorbehalten, die Uebereinstimmung der Abschriften mit den Originalien der Exzeptsbeilagen vorerst noch zu prüfen, allein dessen unerachtet unbedingte Folgerungen daraus gezogen. Zene Urkunden bilden daher eine verlässige Grundlage der zu gebenden und nur aus ihnen möglichen (definitiven) Entscheidung.“

Desgleichen findet sich in einem anderen Erf. v. 9. Januar 1854 (Nr. 849—⁶¹/₅₂) der Satz: „Der Brief selbst ist von dem Beklagten, unerachtet des scheltbaren Vorbehaltes der Erklärung über sein Anerkennniß, durch die ganze Verhandlung als eine bekannte Sache behandelt.“

mit geringen Abweichungen wieder geben, oder als wahrhaftig klar entnehmen lassen, ist gewiß kein redlicher, vor Allen kein ernstgemeinter Behelf, sondern nur ein leichtfertiger, ja ein sträflicher Untrieb, um dem Gegner seine Erfolge zu erschweren. In dieser schlecht verhüllten Eigenschaft kann derselbe auch auf einen ernstlichen Bedacht der Richter keinen Anspruch machen. Denn die G.D. R. XIII §. 6, Nr. 1 und 2 hat in der Formel des Kalumnieneides den Parteien und ihren Fürsprechern aufgelegt, „zur geflissenen Verzögerung der Sache nichts zu thun, die Wahrheit nicht verhalten zu wollen, ... sondern sich jeder Handlung nur aus gutem wahren und gerechten Grunde zu bedienen.“ Seit der Abschaffung jenes Eides ist dieser Punkt nicht erlassen, sondern nur in die selbstverständlichen Pflichten aller derjenigen übergegangen, die vor Gericht auftreten. Von dieser Ansicht ausgehend, hat sich auch der oberste Gerichtshof in mehreren seiner Urtheile mit Recht die Erkenntniß über die Ernstlichkeit der Rechtsbehelfe zum Angriffe, wie zur Vertheidigung beigelegt und die in diesem Punkte nicht standhaft befundenen gleich von vorne herein bei Seite gesetzt³⁾. Ein solcher Entscheidungsgrund,

³⁾ Vergl. unsere Zeitschrift, Bd. XVII, S. 291 und 292. In einem dritten Falle hatte man im Scherze einem armen Manne glauben gemacht, ein verstorbener Reicher habe ihm in einem gerichtlichen Nachtrage zu seinem Testamente 30,000 fl. vermacht; da sich aber bei Gericht hierüber nichts vorfand, so ließ sich der Erstere nicht abhalten, gegen den betreffenden Richter wegen Unterschlagung des vermelmtenen Kodizilles mit der Synbikatsklage auf Ersatz jener Summe aufzutreten. Er wurde jedoch nach verhandelter Sache in drei Instanzen damit abgewiesen. Die Gründe des oberstgerichtlichen Erkenntnisses schließen mit dem Satz: „Eine Vergeltung dieser Vorkommnisse, eine Würdigung ihres Gehaltes liefert daher gleich von

der in die Absichten und Beweggründe hinaufsteigt; mag in der deutschen Rechtspflege auf den ersten Anblick gewagt und abschweifend erscheinen; er beruht aber tief in der Amtsgewalt der Gerichte. Ein anderes Erkenntniß des obersten Gerichtshofes aus dem J. 1852 hat mit summarischer Anführung der Quellen nachgewiesen, wie pflichtvergessen das in die Angewohnungen unserer Sachwalter übergegangene Verhalten sei, die kundbarsten Dinge auf Gerathewohl abzulängnen⁴⁾. Geschieht es dennoch auf eine handgreifliche aus dem eigenen Vortrage der Erwiederung hervorleuchtende Weise, so steht einer so schamlosen Verbindung von Widerspruch und Geständniß die *liquide replicatio doli* entgegen, *quae bonae fidei iudiciis tacite inest* — fr. 21 sol. matr. (24, 3); fr. 8 §. 5. de leg. I. (30) —, die Generierung unlauterer Absichten und arglistiger Verläugnung gegen besseres Wissen nämlich, von der wieder die C. 6 de dolo malo (2, 21) sagt: *dolum ex indiciis perspicuis probari convenit*. Auch auf diese Stelle haben sich bereits zwei

vorne hereln die genügende Widerlegung der eingebildeten Ansprüche des Klägers, und wenn dieselben durch eine zufällig irrige Antwort des Beklagten auf eine bei ihm geschehene Anfrage neue Nahrung erhielten, so vermist man in all' diesen Vorgängen jenen Charakter von Ernstlichkeit, ohne welchen es nicht angeht, einer gerichtlichen Verhandlung einen weiteren Fortgang zu geben. Nr. 1056—⁵⁰/₅₁.

- 4) Bl. f. R. XVII, S. 318. Man könnte den dort angeführten Gesetzesstellen noch das bayer. R. IV, 2 §. 3, Nr. 11 beifügen: „Wenn ein Debitur der von ihm böshafter Weise abgelängneten Schuldforderung überführt werden kann, so soll er nicht nur zur Bezahlung angehalten, sondern auch gestraft werden.“ — Desgleichen §. 7, Nr. 14 a. a. O. vom Depositum.

oberstrichterliche Erkenntnisse im nämlichen Sinne berufen ⁵⁾).

Der heillose Gebrauch, auch die unbezweifelten Theile des gegnerischen Vorbringens zu widersprechen, und den ganzen Sachverhalt nur durch Beweisführung feststellen zu lassen, wird von unseren Fürsprechern irriger Weise als Attribut ihres Monopols betrachtet. Arg. C. 6 §. 4 de postul. (2, 6): *Nemo ex industria protrahat iurgium.*

6) Die Lehre des gemeinen Prozesses steht dieser ganzen Erörterung nicht entgegen, sondern redet ihr vielmehr in gewichtigen Stimmen das Wort. A. D. Weber in seinem Buche über die Verbindlichkeit zur Beweisführung (Abschnitt IV §. 18) bemerkt ausdrücklich als Anhang zur Entwicklung des Sages: *excipiens non fatetur*: „Unstreitig kann der Kläger a) die Thatfachen gerade so, wie sie der Beklagte zur Begründung seiner Einreden bestimmt anführt, als zugestanden zum Grunde legen, wenn er findet, daß daraus für ihn rechtliche Folgen abgeleitet werden können. . . . b) Besteht gleich der Beklagte durch die Einreden den faktischen Grund der Klage nicht dergestalt zu, daß der Richter diesen nun schon gegen ihn als wahr annehmen dürfte, so kann doch der Kläger die Thatfachen, welche der Beklagte bestimmt behauptet, und worauf Einreden von ihm gegründet werden, zum Zweck einer artifizellen Beweisführung nützen, wenn selbige eine Schlußfolge auf die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit der dem Libelle zum Grunde liegenden Thatfachen darbieten ⁶⁾), der Kläger kann aber c), wenn er das Faktische der Einreden für sich nützen will, solches nur gerade so, wie es der Beklagte selbst

⁵⁾ Bl. f. RA. XVI, S. 382; — XVII, S. 272.

⁶⁾ Vrgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. III, S. 227, Nr. 2.

angeführt und zugestanden hat, zur näheren Begründung seiner Absicht annehmen.

Seuffert's Institutionen des Civilprozeßes Buch I, Tit. 5, §. 9 äußern in gleichem Sinne: „Das bloße Vorbringen peremptorischer Einreden ist noch kein Eingeständniß der Klage. Man kann endlich mehrere verschiedene Defensionen gebrauchen, wenn nur keine die andere durch inneren Widerspruch aufhebt“.

Werner im Archiv f. civ. Praxis Bd. XI, S. 64 will aus einer solchen Einrede unter der Form einer in ihr liegenden Konviction des Beklagten den Vortheil für den Kläger ziehen lassen, daß derselbe von der Last des Beweises seiner Klage befreit werden müsse.

Wenn übrigens Seuffert's Kommentar zur bayer. G.D. B. III S. 212 zugibt, immer müsse einem abgelegten Geständnisse so viel Wirksamkeit beigelegt werden, als ihm zufolge seiner inneren Glaubwürdigkeit zukomme, was im einzelnen Falle — nach Prüfung aller Umstände in richterlichem Ermessen stehe, — was kann uns wohl abhalten, diesen Satz bei völliger Gleichheit des Grundes vom Geständnisse auch auf den Widerspruch zu übertragen?

In einer neueren Zeitschrift ⁷⁾ findet sich der Satz aufgestellt und mit einem ergötzlichen Gleichnisse ausgeschmückt, die Eventualmaxime gestatte die successive Geltendmachung einander geradezu ausschließender Thatfachen ganz unbedingt, und hierin liege eine gleichsam sanktionirte Aufforderung zum Lügen. Diese Bemerkung scheint nach der obigen Entwicklung eine Berichtigung zu verdienen, welche den an sich gerechten Tadel mehr ihrer Ausartung

⁷⁾ Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. B. I, S. 300.

durch den Gerichtsgebrauch, als der Eventualmaxime selbst aufbürden, und nebenbei die Grenzen des Erlaubten etwas enger ziehen dürfte^{a)}.

Zwei Beispiele aus wirklich vorgekommenen Fällen werden genügen, um zu überzeugen, wie sehr es Noth thue, auf diesem Felde einen Umschlag der bisherigen Jurisprudenz herbeizuführen.

A. Ein armes Weib trat im J. 1845 in den Hofraum eines Bauernhauses, um, wie sie sagte, sich etwas Schmalz zu kaufen, wahrscheinlicher, um solches zu erbetteln. Der nicht an der Kette liegende und hervorbrechende Hofhund fiel sie an und biß sie so heftig in die Wade, daß sie angeblich neun Wochen lang einer wundärztlichen Behandlung bedurfte. Nach ihrer Heilung klagte sie für Kurkosten und Schmerzensgeld etwas über 300 fl. gegen den Hofbesitzer ein. Als der Anwalt des Letzteren widersprach in seiner Antwort, daß sein Klient einen Hofhund besitze, daß die Klägerin von dessen Hunde gebissen worden und wundärztlicher Hilfe benöthigt gewesen, ebenso alle ihre Aufrechnungen hiefür. Eventuell fügte er jedoch als Einreden bei, auf den Fall, wenn sie Klägerin etwas der Art zu erweisen vermöchte: a) des Beklagten Hund sei ein kleiner und nicht bissiger Haushund; b) die Klägerin sei zu jener Zeit in der Absicht zu betteln bei ihm eingetreten, daher in facto illicito begriffen gewesen, weshalb sie nie eine Entschädigung verlangen könne; c) sein Weib habe der Klägerin vor dem Anfälle zugerufen, wegen des Hundes nicht weiter zu gehen, sondern schnell zurückzugehen, was diese aber außer Acht gelassen; d) die Klägerin habe ihre lange Kur durch anfangs falsche Behandlung selbst herbeigeführt. — Nach verhandelter Sache wurde in zwei Instanzen der Klägerin der Beweis auferlegt, daß sie am 2. April 1845 von einem Hunde des Beklagten in dessen Hofraume in die Wade des rechten Beines gebissen worden, und in Folge hiervon 9 Wochen in wundärztlicher Behandlung gewesen, überdies die Größe

^{a)} S. 304, Nr. 6 (a. a. D.) findet sich bereits eine Andeutung in diesem Sinne. — Vgl. noch Mittermayer im Archiv f. civ. Pr. Bd. 37 S. 143.

ihres Schadens und die Angemessenheit ihres Schmerzensgeldes; — dem Beklagten eventuell, daß die Klägerin von seiner Ehefrau vorher gewarnt worden, im Hofraume weiter zu gehen, (oder) daß Klägerin zuerst verkehrte Heilmittel angewendet, und dadurch die Heilung der Wunde, und auf wie lange verzögert habe. — Die Gründe reduzieren sich auf die bekannten Sätze: *asserenti incumbit probatio*, und *qui excipit, non fatetur*. — *OLG. NN. 293¹⁰/50*.

B. Die Brauerverwaltung zu Dr. H. klagte auf dem Grunde eines schriftlichen Bierabnahmevertrages gegen den Wirth F. eine Forderung von 2600 fl. als Rest einer Bierschuld aus den Monaten Mai — Sept. 1847 ein; der Beklagte widersprach, den Vertrag wegen der Bierlieferung mit dem Brauhause abgeschlossen, je hier bei demselben bestellt, oder einen Eimer von da bezogen zu haben; — wendete aber eventuell ein: wenn der Klagegrund je erwiesen werden könnte, sei das ihm gelieferte Bier von so schlechter Beschaffenheit gewesen, daß es ihm seine Gäste verschreckt und durch verminderten Absatz von Kaffee und Bier, Bratwürsten, Schinken, Zungen und Cigarren . . . (hier folgen noch 10 Artikel bis zum Kartengelde herab) einen Schaden von 4600 fl. verursacht habe; den er kompensations- und widerklagsweise geltend mache. — In dieser eventuellen Weise wurden dann auch die Beweisauflagen über Klagegrund und Einrede aneinander gereiht. — *OLG. NN. 648⁵⁰/51*.

Fälle dieser und ähnlicher Art kommen alle Tage in der Praxis der bayer. Gerichte vor; sie drängen von selbst zur Frage hin: Wie ist hier überall ein vernünftiger Zweifel über etwas mehr möglich, als die unbedeutenden Abweichungen in der beiderseitigen Erzählung? Haben nicht in all diesen Fällen die Beklagten selbst durch ihre Einreden über den Grund der Klage jene *evidentia rei, quae nulla tergiversatione celari potest* zu Tage gefördert, deren das *Cap. 10 X de cohab. Cler.* erwähnt? Und wo läßt sich je der Grund des *fr. 11 §. 4 de Interr. in j. f. (11, 1)* mit besserem Rechte, als zur Rechtfertigung der Vergeblichkeit, der Unter-

drückung jener Widersprüche anwenden: quia Praetorem contemnere videtur?

Wir glauben aus allem Dem folgende Sätze abzuleiten und zur Anwendung empfehlen zu dürfen:

„Wenn der Beklagte mit dem Widerspruche der
 „Klage ausstillungsweise zerstörlische Einreden verbindet,
 „so hat der Richter beiden Vertheidigungsbehelfen
 „nur in so weit Folge zu geben, als sie vereinbar
 „sind. — Geht aber aus der Begründung der Ein-
 „reden mittelbar ein Zugeständniß der Klage selbst
 „hervor, so ist deren vorhergehende Ablängnung als
 „eine protestatio facto contraria in so weit unbe-
 „helflich und nicht zu berücksichtigen, als eine Ueber-
 „einstimmung in den Anführungen beider Theile be-
 „steht. — Ein solches Geständniß kann jedoch
 „gegen den Beklagten nicht getheilt, sondern nur
 „mit den von ihm beigefügten Beschränkungen an-
 „genommen werden. — Die Vereinbarkeit
 „sich scheinbar widersprechender Behelfe ist nach
 „richterlichem Ermessen aus den Umständen
 „den jedes Falles zu beurtheilen.“

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Einzelne Gewerbebefugnisse gehen durch langjähriges bloßen Nichtgebrauch nicht verloren.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt vor:

Wenn angenommen werden muß, daß eiserne Pfannen ein Artikel sind, welchen zu führen ein Eisenhändler befugt ist, so ist die Beilegung desselben res merae facultatis. Wenn auch darin noch so lange Unterbrechungen vorkommen, so erlischt dadurch die Befugniß nicht, einen solchen einzelnen Artikel

dennoch wieder zu verlegen. Auch wird in den Anmerk. zum bayer. LR. Bd. 5 Kap. 26 §. 2 lit. h von der Erlöschung durch non usus nur in Beziehung auf die ganze Berechtigung gesprochen. Bei der Verlegung einzelner Artikel richtet sich vielmehr jeder Handelsberechtigte nach dem durch die Umstände bedingten Vortheile.

DAGE. v. 18. Juli 1853. Nr. 1464^{51/52}.

2.

Beweislast bei der Negatorienklage.

Bayerisches Recht.

Vgl. Bd. 13 S. 412.

Auf die angestellte Negatorienklage hatte der Beklagte in der Vernehmlassung behauptet, daß auf seinem Anwesen das fragliche Streurecht ruhe, und daß er von jeher, und wenigstens mehr als 10 Jahre vom J. 1849 zurückgerechnet, dieses Recht ruhig ausgeübt habe. Auf Grund der Bestimmung des bayer. Landrechts v. 1756 Th. II Kap. 7 §. 11 wurde I. dem Beklagten der Beweis des von der Klägerin widersprochenen zehnjährigen Besitzstandes; eventuell II. der Klägerin der Beweis der Freiheit ihres Waldes von der behaupteten Servitut; dann III. im Falle Mißlingens des Beweises unter I. dem Beklagten der Beweis des Rechtes zum fraglichen Streubezuge aufgetragen. Darüber führte die Klägerin Beschwerde, Streichung der Beweisauflagen I. und II. beantragend. Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen in diesem Betreffe:

Die angefochtene Beweisaufgabe entspricht ganz der (allegirten) gesetzlichen Bestimmung; dieser steht die Vorschrift des Landrechts Th. II Kap. 7 §. 9, Nr. 5 in Verbindung mit der GO. Kap. III §. 4, Nr. 2, wornach bei Grunddienstbarkeiten, wozu das

fragliche Streurecht allerdings gehört, daß possessorium plenarium nicht Statt findet, sondern Derjenige, welcher seine Klage hierinfallß nur auf die Possession gründet, von so langer Zeit artifiziren muß, als nach Maafgabe des R.R. II, 7 §. 5 zur Verjährung solcher Dienstbarkeit erforderlich ist, — keineswegs entgegen. Denn diese Gesetzstellen sprechen nur von einer Klage auf Schutz im ordentlichen Besitze, welche freilich bei Grunddienstbarkeiten nicht Statt findet; der §. 11 Kap. 7 Th. II des R.R. enthält aber eine spezielle Vorschrift darüber, wen bei der Negatorienklage die Beweislast trifft, und hier spricht sich das Gesetz ganz klar dahin aus, daß in dem Falle, wenn der Beklagte im 10 jährigen ruhigen Besitze der prätendirten Servitut gewesen ist, vermöge der mehr für den Besitz als für die Freiheit sprechenden Vermuthung der Negatorienkläger die Freiheit seines Eigenthums von jener Servitut nachweisen müsse. Das Gesetz macht hierbei zwischen persönlichen und realen Servituten (Grunddienstbarkeiten) keinen Unterschied.

Für diese Ansicht hat sich auch schon längst beim obersten Gerichtshofe eine konstante Praxis gebildet. Zwar beruft sich Mevidentin auf ein entgegenstehendes oberstrichterliches Erk. v. 17. Nov. 1832, welches in B. Du Prel's Sammlung von Rechtsfällen Bd. VI S. 132 enthalten ist; allein dieses Erk. konnte der gepflogenen Recherche ungeachtet nicht aufgefunden und daher auch nicht weiter berücksichtigt werden.

MDCC. v. 22. Juli 1853. Nr. 651⁵²/₅₃..

Berichtigungen: Bb. XVII S. 202 Note 1 S. 5 nach III schalte ein: S. 150 Note 4; Bb. XIX S. 149 S. 24 ff. 335 l. 345.

Red.: J. A. Seuffert. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Kompetenz bei Urkundenfälschungen, nach Art. 22 Zb. II des StGB. — Verurtheilung durch den Schwurgerichtshof zu einer Arbeitshausstrafe. Nach Entlassen am Straforte Entdeckung eines weiteren früher begangenen Vergehens. Kompetenzfrage. — Ladung oder Verhaftung, in Folge des Art. 17 Zb. II des StGB. vorgenommen, begründet keine Prävention. — Prävention bei Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen. — Der Votenzettel abweichend vom Eintrag in die Originalliste. Wegreißsücht des Kollektors. Beweislast. Weiderseitige Gabelfähigkeit. — Würgschaft „bei gemeinen schlechten Bürgern und Bauern.“ — Konstitutionsbeschuß in Bezug auf ein Brauntwein-Schenkrecht. Einfluß auf die Beweislast. — Provokation wegen einer vom Provokanten veranfaßten Berührung. — Verthigung von Schreibern in Erkenntnissen. —

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

LIII.

Kompetenz bei Urkundenfälschungen, nach Art. 22 Zb. II des StGB.

Bgl. Bb. 11 S. 45.

In einem Civilprozeße waren zum Beweise der Zahlung 2 nach allen Umständen gefälschte Quittungen des Gläubigers, denen auch Unterschriften von angeblichen Urkundengeugen beigelegt waren, durch ein Restitutionsgesuch bei dem Prozeßgerichte zu A. eingeführt worden. Die Urkunden trugen das Datum „Augsburg“, obwohl wahrscheinlich war, daß sich zur betreffenden Zeit weder der angebliche Aussteller, noch die Urkundspersonen dort befunden hatten. Ueber den Ort, wo die gefälschten Urkunden gefertigt worden seien, namentlich ob in dem Wohnorte

der Verdächtigen, konnte nichts Verlässiges ermittelt werden. Die Verdächtigen hatten die gefälschten Urkunden ihrem am Sitze des Prozeßgerichtes nicht wohnenden Anwalte zu L. behändigt; zwei derselben hatten als Rechttheitszeugen im Prozesse eidliche Aussagen bei dem requirirten Gerichte zu Sch. gemacht, und zwei derselben bei demselben Gerichte den Noven-Eid geleistet. Es wurde, bei dieser Sachlage die Kompetenz zwischen den Untersuchungsgerichten zu A. (Prozeßgericht), zu Augsburg (Datum der Urkunden und Wohnort der Verdächtigen), L. (Wohnort des Anwaltes) und Sch. (Ort der Leistung des Zeugnisses und resp. Noven-Eides) streitig. —

Der oberste Gerichtshof entschied für die Kompetenz des Prozeßgerichtes zu A. — aus folgenden Erwägungen:

1) Zwar wird nach Art. 266 Th. I b. StGB. das Verbrechen der Urkundenfälschung schon durch die Fälschung vollendet, ohne daß der Gebrauch der falschen Urkunde noch hinzukommen müßte; sonach wäre gemäß Art. 22 Th. II des StGB. das forum delicti commissi bei jenem Gerichte begründet, in dessen Bezirk die Fälschung vorgenommen wurde. Es hängt jedoch

2) der in den beiden Quittungen v. 1839 enthaltene Ausstellungsort: „Augsburg“ mit der unwahren Angabe zusammen, daß der angebliche Aussteller und die beiden Urkundspersonen sich damals zu Augsburg bei dem Wirth M. aufgehalten hätten, erscheint daher als fingirt.

3) Der Wohnsitz der Verdächtigen, welcher zu dem Bezirke des Kr. und StG. Augsburg gehört, läßt die Folgerung nicht zu, es habe die Fälschung an einem dieser Wohnsitze stattgefunden, indem dafür keine aktenmäßige Erhebung spricht. Es ist also

4) ungewiß, an welchem Orte die Fälschung verübt wurde, sohin muß gemäß der zweiten Alter-

native des Art. 266 Th. I d. StGB die Vollenbung als durch den Gebrauch der Urkunden eingetreten, somit auch nach Art. 22 Abschn. 1 Th. II d. StGB. jenes Gericht als das zuständige angenommen werden, in dessen Bezirk von den Urkunden Gebrauch gemacht wurde.

5) Der von den Verdächtigen Sch. und Kl. ihrem bevollmächtigten Anwalte B. zu R. gegebene Auftrag; auf Grund der fraglichen Quittungen ein Restitutionsgesuch zu beschäftigen, stellt sich nur als eine den Gebrauch vorbereitende Handlung dar; der die Vollenbung bewirkende Gebrauch trat aber erst durch die Vorlegung der Urkunden zur Instruction des Restitutionsgesuches bei dem RG. N. am Febr. 1849 ein.

6) Die spätere Ableistung des Eides durch Sch. und Kl., sowie des Zeugeneides von Seite der zum Rechtheitsbeweise produzierten G. und Kl. II bei dem hiezu requirirten Landgerichte Sch. stehen mit der fraglichen Urkundenfälschung in unzertrennlichem Zusammenhange, und gemäß Art. 24 Th. II d. StGB. erstreckt sich die in Aufsehung dieses Verbrechens einmal begründete Zuständigkeit des Gerichtes zu N. auf alle Theilnehmer.

Erst. v. 24. April 1853. II. B. Nr. 45.

LIV.

Verurtheilung durch den Schwurgerichtshof zu einer Arbeitshausstrafe. Nach Eintreffen am Straforte Entdeckung eines weiteren früher begangenen Vergehens. Kompetenzfrage. In Art. 108—110 Th. I; Art. 22 Nr. 3 Th. II des StGB. und Art. 213 Nr. 2 des StPG. v. 10. Nov. 1848.

Thomas Pf. war wegen eines nach Art. IX Nr. 1 erste Alternative der Verordnung v. 25. März 1816 möglicherweise mit Zuchthaus zu bestrafenden Diebstahlverbrechens vor dem Schwurgerichtshofe von Oberbayern mit Arbeitshausstrafe von 6 Jahren

belegt worden. Die Verweisung der Sache gemäß Art. 49 Nr. 2 des StPG. v. 10. Nov. 1848 war von dem Kr. und StG. Wasserburg ausgegangen, welches, ohne die Möglichkeit einer Anwendung der Zuchthausstrafe, zur Aburtheilung des fraglichen Diebstahls kompetent gewesen wäre. Im Straforte angekommen legte Th. Pf. bald ein Geständniß über einen von ihm gleichfalls im LG. Türkheim (welches in den Bezirk des k. Kr. und StG. Memmingen gehört) begangenen Diebstahl im Vergehensgrade ab. Es entstand nun die Frage, welches Gericht kompetent sei, auf die von dem k. LG. Türkheim geführte Voruntersuchung weiteren Beschluß zu fassen, welcher Beschluß, wenn wegen des fraglichen Diebstahlsvergehens ein weiteres Verfahren nach Art. 49 Nr. 3 des StPG. v. 10. Nov. 1848 einzutreten hatte, (nach Art. 109 Th. I des StGB.) immer nur zu einer Verschärfung der dem Th. Pf. schon zuerkannten Verbrechenstrafe führen konnte.

Der oberste Gerichtshof entschied sich für die Kompetenz des k. Kr. und StG. Memmingen aus folgenden Erwägungen:

1) Der Art. 213 Nr. 2 letzter Absatz des StPG. v. 10. Nov. 1848 setzt voraus, daß mit der Vollstreckung des bereits erfolgten verurtheilenden Erkenntnisses noch innegehalten werden könne, bis auch über die sich ergeben habenden, in der Anklageschrift nicht enthaltenen, neuen Thatsachen entschieden ist.

2) Hier war aber die Vollstreckung der Strafe wegen des Verbrechens des ausgezeichneten Diebstahls bereits eingetreten, so daß im Hinblick auf den erwähnten Art. 213 Nr. 2 a. a. O. der Art. 108 Th. I des StGB. und der Art. 22 Absatz 3 Th. II des StGB. keine Anwendung mehr finden kann.

3) Der Art. 399 Th. II des StGB. ist durch Art. 368 des StPG. v. 10. Nov. 1848 aufgehoben;

derselbe wäre aber, auch wenn er noch Geltung hätte; auf den gegebenen Fall nicht anwendbar, da gemäß Nr. 2 desselben hier auf eine schwerere Art der Freiheitsstrafe wegen des neuen Reates nicht erkannt werden könnte. Da

4) hievon abweichend der Art. 213 Nr. 2 des StGB. nur von dem Eintritte „einer schwereren Strafe“ im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf die Strafart spricht, so kann die Beschlußfassung bezüglich des neuentdeckten Diebstahlsvergehens nur nach Art. 109 Th. I des StGB. über den Zusammenfluß erfolgen und lediglich in einer Verschärfung der schon zuerkannten Verbrechensstrafe bestehen, wobei es sich

5) nicht um Erneuerung des Schuldausspruches über das abgeurtheilte Diebstahlsverbrechen handelt, weshalb eine Zurückweisung an den Schwurgerichtshof gar nicht in Frage kommt, zumal dieser bereits durch sein Urtheil auf Arbeitshausstrafe das frühere Verbrechen als zur Zuständigkeit des Kr. und StG. gehörig erklärt hat.

Demnach ist das k. Kr. und StG. Memmingen (in dessen Sprengel das LG. Türkheim als forum delicti commissi gehört) zur Beschlußfassung auf die wegen des neuentdeckten Vergehens geführte Voruntersuchung kompetent.

Erk. v. 24. April 1854. Nr. 44 des U.B.

Nachschrift des Einsenders. Die mitgetheilte oberstrichterliche Entscheidung für die Kompetenz des Gerichtes der Begehung der neuentdeckten Handlung zur Ausmessung einer Gesamtstrafe nach Art. 108 und 109 Th. I des StGB. (StG. Memmingen) im Gegensatz zu jenem Berichte, welches in der Sache ursprünglich zuständig war, an dessen Stelle der Schwurgerichtshof formell getreten ist, und dessen Zuständigkeit bezüglich der Strafart durch das schwurgerichtliche Urtheil auf Arbeitshaus-

strafe keinem Anstande unterliegt. (StG. Wasserburg), hat gleichwohl, folgende Bedenken gegen sich:

1) Der Art. 213 des StPG. v. 10. Nov. 1848 weist im Abs. 2 auf die Art. 109 und 110 Th. I des StGB. über Konkurrenz ausdrücklich hin, wodurch auch die im Art. 108 Th. I gegebene Begriffsbestimmung des Zusammenflusses und der dort ausgesprochene Satz: daß ein und dasselbe Gericht über die konkurirenden Macte zu urtheilen habe, in Bezug genommen erscheint.

2) Dieses eine, für Aburtheilung konkurirender Handlungen berufene Gericht ist aber nach den Kompetenzregeln des Art. 22 Nr. 3 Th. II des StGB. zu beurtheilen; daher läßt der Art. 213 Abs. 2 des StPG. v. 10. Nov. 1848 die Deutung nicht zu, als ob die aus dem Begriffe des Zusammenflusses für die Zuständigkeit der Gerichte sich ergebenden Normen nicht mehr einzutreten hätten, wenn die Vollstreckung der Strafe bereits begonnen hat.

3) Das k. Kr.- und StG. Wasserburg ist in Folge des Strafausspruches des Schwurgerichtshofes und der hiedurch bewirkten Qualifikation der ersten Handlung an die Stelle des Schwurgerichtshofes getreten, welcher gemäß Art. 213 Nr. 2 des StPG. v. 10. Nov. 1848 und Art. 109 und 110 Th. I. des StGB. eine verschärfte Gesamtstrafe auszusprechen berufen gewesen wäre.

4) Der Umstand, daß die Voruntersuchung wegen des neuentdeckten Diebstahlvergehens vor dem LG. Türkheim durchgeführt wurde, ist für die Kompetenz des aburtheilenden Gerichts mit Rücksicht auf Art. 17 Th. II des StGB. ohne Einfluß.

5) Der Art. 108, verglichen mit Art. 111 Th. I. des StGB., versteht unter den „noch nicht bestraften“ Verbrechen auch diejenigen, bezüglich welcher die ausgesprochene Strafe „noch nicht erlitten“; also nicht vollständig erstanden ist, daher folgerichtig auch die

im Art. 213 Nr. 2 des StGB. v. 1848 enthaltene Hinweisung bezüglich der Aburtheilung nach den Grundsätzen der Art. 109 und 110 Th. I des StGB. auch für den gegenwärtigen Fall Geltung haben muß, wo zwar eine Vollstreckung der Strafe eingetreten, allein die Strafe noch nicht erstanden ist ¹⁾).

LV.

Fabung oder Verhaftung, in Folge des Art. 17 Th. II des StGB. vorgenommen, begründet keine Prävention.

N. N. hatte im Bezirke des kgl. LG. Wilsbiburg sich eines Verbrechens an A. G. verdächtig gemacht, bezüglich dessen in Folge ergangener öffentlicher Ausschreibung der entwendeten Gegenstände das LG. Neumarkt bei dem in seinem Bezirke wohnenden N. N., in Folge einer Genßdarmarie-Anzeige, Haussuchung und Verhaftung vornahm und den Verhafteten mit den Ueberführungsgegenständen an das LG. Wilsbiburg ablieferte. Hier ergab sich nun, daß mehrere der gefundenen Gegenstände von Diebstählen herrührten, welche im LG. Neumarkt verübt waren, so daß jetzt auch wegen dieser Reate die Untersuchung gegen N. N. ihre Richtung nahm. Das LG. Wilsbiburg glaubte die Fortführung der Untersuchung ablehnen zu können, indem es das LG. Neumarkt als durch Prävention bezüglich der in seinem Bezirke verübten Reate kompetent hielt.

Der oberste Gerichtshof entschied für die Kompetenz des LG. Wilsbiburg. Gründe:

1) Nach Art. 17 Th. II des StGB. sind die Strafgerichte einander jeder Zeit zur Unterstützung

¹⁾ An die Stelle der vollständigen älteren Gesetzgebung sind nur lückenhafte Bestimmungen in der neueren getreten. Darin liegt der Anlaß zu manchem Zweifel solcher Art.

verpflichtet und auch unaufgefordert verbunden, die ihnen kund werdenden Thatsachen, welche zur Förderung der Strafjustiz dienlich sind, zu erheben und einander ungesäumt mitzutheilen.

2) Zu der Zeit, in welcher das k. LG. Neu-
markt Verhaftung und Hausdurchsuchung vornahm, han-
delte es sich nur um das im LG. Wilsbiburg began-
gene Diebstahlverbrechen; jene Handlungen waren
daher nicht durch die eigene Kompetenz des k. LG.
Neumarkt veranlaßt, sondern gemäß Art. 17 a. a. O.
vorgenommen, und der Art. 22 Nr. 3 Th. II des
StGB. über Prävention durch Ladung oder Verhaf-
tung schlägt hier nicht an, weil dabei vorausgesetzt
wird, daß zur Zeit der Ladung oder Verhaftung das
forum delicti commissi begründet war.

3) Der Verdacht aber, daß N. N. sich bei
mehreren im LG. Neumarkt verübten Diebstahlver-
brechen theilhaftig habe, ergab sich erst im Februar
l. J., also zu einer Zeit, in welcher die Zuständig-
keit des LG. Wilsbiburg hinsichtlich des Diebstahl-
verbrechens an N. G. schon begründet war.

Erk. v. 27. März 1854. U. B. Nr. 42.

LVI.

Prävention bei Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen.
Bgl. Bd. 18 S. 8—11.

In zwei oberstrichterlichen Erk. v. 11. und
24. April 1854 U. B. Nr. 43 und 46 wurde aber-
mals der Grundsatz anerkannt, daß Prävention durch
Ladung oder Verhaftung (Art. 22 Abs. 3 Th. II des
StGB.) hinsichtlich eines Vergehens bei Konkur-
renz von Verbrechen, gemäß dem Satze, daß Ver-
gehen in Beziehung zu dem konkurrierenden Verbrechen
nur als erschwerende Umstände in Betracht kommen,
nicht entscheide, sondern die Kompetenz dem Gerichte, in
dessen Bezirk das Verbrechen begangen wurde, zustehe. —

e. µ.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Der Lottozettel abweichend vom Eintrag in die Originalliste.
Negreßpflicht des Kollektors. Beweislast. Welcherseitige
Fahrlässigkeit.

A ließ bei dem Kollektor B durch einen Dritten drei Nummern (auf Terno) setzen. In die Originalliste wurden eingetragen 7, 17 und 27; auf dem Lottozettel standen 7, 18 und 27. Die letzteren drei Zahlen wurden gezogen, aber die Auszahlung des Gewinns, welcher 1350 fl. betragen hätte, wegen des abweichenden Eintrages der Originalliste verweigert. Nun erhob A Ersatzklage gegen den Kollektor, welcher jedenfalls ein Versehen begangen hatte. Der Streit drehte sich zunächst um die Frage der Beweislast, ob Kläger zu beweisen habe, daß auf 18 gesetzt worden, oder Beklagter die Richtigkeit des Eintrages in die Originalliste? Der oberste Gerichtshof entschied für Erstere. Gründe:

1) Daß in Frage stehende Rechtsgeschäft ist unstreitig eine *emptio spei*.

Fr. 18 §. 1 de contrah. empt. (18, 1):
„*veluti cum quasi alea emitur.*“

Der Kollektor handelt dabei als *institor* der Lottoanstalt, nur mit der Eigenthümlichkeit, daß sich diese mit der öffentlich bekannt gemachten und daher als *conditio praepositionis* wirksamen Instruktion die Freiheit von der Haftung für Versehen ausbeugen hat, welche der Kollektor in seiner unvermeidlichen Dazwischenkunft etwa begehen könnte.

Arg. fr. 11 §. 18 de act. empt. vend. (19, 1): „*quia aperte in venditione comprehenditur, nihil erroris nomine praestatum iri.*“

Der Spieler hat gegen die Natur des Mandates

nicht die freie Wahl der Person seines Mandatars, der Kollekteur nicht das Recht, den Auftrag abzulehnen; der Letztere kann daher nur als der Stellvertreter und Beauftragte der Lottoanstalt erfaßt werden.

2) Schon nach allgemeinen Grundsätzen, so wie nach der ihm erteilten Instruktion insbesondere, ist der Kollekteur verbunden, allen Fleiß auf das ihm anvertraute Geschäft aufzuwenden, die bei ihm angemeldeten Spiele vorschriftsmäßig zu behandeln und dem Spieler für ein in der Verwaltung seines Dienstes begangenes Versehen zu haften, zumal der Schlußsatz im §. 6 der Instruktion vom 28. Nov. 1825 ihn hiefür ausdrücklich verantwortlich erklärt hat. Auch ist das Verschreiben einer Nummer in dem Einlagescheine kein geringes Versehen, indem das ganze Interesse des Spielers, einen fruchtbaren Einsatz zu machen, sich an die genaue Uebereinstimmung seiner angegebenen Nummern in den Original-Spiellisten und dem Einlagescheine knüpft, sein ganzes Vertrauen sich daher bei einer hier unterlaufenen Abweichung getäuscht, seine ganze Erwartung vereitelt finden muß.

3) Zu dem Klagfundamente des A. gehört aber im gegebenen Falle nicht bloß, daß B. ein Versehen begangen, was unwidersprechlich vor Augen liegt und selbst zugegeben ist, sondern auch, daß dasselbe von der Beschaffenheit war, den Entgang eines Gewinnes von 1350 fl. für den Kläger als wirkende Ursache hervorgebracht zu haben. Steht aber der Vortrag der Original-Spielliste und des daraus gefertigten Einlagescheins als zweier Abschnitte der nämlichen Urkunde unter sich im Widerspruch, so ist keiner derselben beweiskräftig.

GD. Kap. XI §. 10 Nr. 2, 3.

Daß A. den Einlageschein in Händen hat, legt demselben keine größere Beweiskraft bei, da derselbe

eine aus der Original-Spielliste gefertigte Abschrift bildet; somit letztere als die Mutter-Urkunde, welche sich überdies zur Zeit der Forderung nicht mehr in den Händen des Kollektors befand, den Vorzug verdient. Wären endlich alle Verhältnisse gleich, so würde nach der obigen Stelle der G.D. immer wieder die für die Entbindung nützliche der zur Verurtheilung führenden Urkunde vorzuziehen sein.

4) Dem Kläger muß daher vor Allem obliegen, den Grund, und zwar den vollständigen Grund seiner Klage auf andere Art zu beweisen, den unersäglichsten Umstand nämlich, daß die mittlere der von ihm verlangten Nummern achtzehn und nicht sieben war.

MGK. v. 20. März 1854. Nr. 266^{51/52}.

Nachschrift. Für diese Beurtheilung der Sache wurde noch geltend gemacht: Nach §. 2 u. 6 der Instruktion für die Lottokollektoren v. 28. Nov. 1825, welche als veröffentlichte Regel des Verhaltens den rechtlichen Beziehungen zwischen den streitenden Theilen zu Grunde gelegt werden muß, ist zwar der Kollektor verpflichtet, wie sich von selbst verstünde, die ihm angesagten Nummern in die Original-Spiellisten und von da übereinstimmend in die Einlagscheine einzutragen; allein auch dem Spieler steht frei, sich hievon zu überzeugen, die Originalliste, wenn er auf den Eintrag nicht aufmerksam gewesen, zur Einsicht zu verlangen und auf diese Weise gegen den Kollektor eine im beiderseitigen Interesse gelegene Kontrolle auszuüben. Machte er von diesem ihm dargebotenen Mittel, sich den bezüglichen Gewinn gegen Wechselfälle zu versichern, keinen Gebrauch, überließ er sich einem unverdienten Vertrauen in die Genauigkeit des Kollektors, so hat er sich die Folgen eines Versehens selbst mit zuzuschreiben, da er es abwenden konnte. Der Schaden, der durch das Zusammentreffen von Versehen

und Vernachlässigung von zwei Seiten entstanden ist; hat das Besondere, daß Keiner der Betheiligten ihn von dem Andern ersetzt verlangen kann. Arg. fr. 45 pr. ad leg. Aquil. (9, 2): „scientiam sic pro patientia accipimus, ut, qui prohibere potuit, teneatur, si non fecerit.“ — Fr. 61 §. 5 de furtis (47, 2): „ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis damnosam esse debere.“ Fr. 203 de reg. juris.

2.

Bürgschaft „bei gemeinen schlechten Bürgern und Bauern“.
Bayer. LandR.

Bürgschaften der bezeichneten Personen sollen (RR. IV, 10 §. 4 Nr. 1) andergestalt nicht gelten: „als wenn sie von der Bürger's ordentlichen Obrigkeit nach vorläufiger Einsicht aller Umstände und nöthiger Erinnerung verbrieft, oder in Schulden unter fünfzig Gulden wenigst protokolliert und eingeschrieben sind.“

Zur Erläuterung dieser Vorschrift dienen folgende, den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnommene Sätze:

1) Der Beklagte gehört dem Gemeinbverbande einer Stadt an, betreibt ein bürgerliches Gewerbe und hat in dem Protokolle von 1847, worauf sich die wider ihn erhobene Klage gründet, selbst die Eigenschaft eines Ziegelfabrikanten angenommen, er ist daher unbedenklich dem Bürgerstande beizuzählen.

2) Die Vorschrift des RR., wonach die Bürgschaft bei gemeinen schlechten Bürgern und Bauern andergestalt nicht gilt, als wenn sie von der Bürger's ordentlichen Obrigkeit nach vorläufiger Einsicht und Erinnerung wenigstens protokolliert wurde, ist kein durchgreifendes, sondern ein dem richterlichen Ermeßsen

aus den Umständen frei gegebenes Gesetz, wie sich klar aus der folgenden Nr. 5 zeigt, wonach unter den hievon ausgenommenen vornehmen Bürgern alle jene begriffen sein sollen, von welchen zu muthmaßen ist, daß sie sich nicht so leicht hintergehen lassen.

3) Dieser Ausnahme zufolge ist der Grund des Gesetzes klar; er beruht in der Befürchtung fehlender Einsichten, der Ueberlistung oder zudringlichen Ueberredung zu einem nachtheiligen Rechtsgeschäfte, dessen Folgen, weil erst in der Zukunft verborgen und von noch ungewissen Ausgängen abhängig, der Einfalt gemeiner und unerfahrener Leute nicht so leicht vor Augen schweben werden.

4) Dieser Grund tritt aber im gegebenen Falle nicht ein, weil es das Rentamt, also eine öffentliche Behörde war, welche die Bürgschaft vorschriftsmäßig zur Bedingung gemacht hatte, eine dabei unterlaufene Gefährde nirgends angezeigt ist, die verbürgte Schuld in den gewöhnlichen Bedarf und Verkehr der Landleute einschlägt, und der nun beklagte Bürge den natürlichen Antrieß zu jenem Entschlusse vielmehr in einer Regung der Pietät finden mußte, seinen Vater (den Hauptschuldner) nicht hilflos zu verlassen.

5) Daß derselbe hiebei den Eintritt des Erfolges, welcher die Bürgschaft erst wirksam machte, das Ausbleiben der Zahlung von Seite des Vaters nämlich, nicht vorhergesehen haben mag und wahrscheinlich nicht fürchtete, ist ein Umstand, der fast bei allen Bürgschaften vorkommt. Von dem Wesen und den Wirkungen einer Bürgschaft hatte er aber ganz entschleden eine zureichende Kenntniß.

6) Ein weiterer Punkt aber, den die Fortschritte unseres Zeitalters Bürgern und Bauern gleichmäßig als Regel ihres Verhaltens vorzeichnen, und der im Zweifel auch immer den Ausschlag für das richterliche Urtheil gibt, besteht in der treuen Erfüllung einer eingegangenen Verbindlichkeit, in dem Halten

des einmal gegebenen Wortes, und beim Verneinen von Ausflüchten, welche erst spätere Neue eingibt.
 DAGE. v. 14. März 1854. Nr. 4027¹/₃₂.

3

Konstatirungsbeschuß in Bezug auf ein Brauntwein-Schenkrecht. Einfluß auf die Beweislast.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor: Die allgemeine Vermuthung der Persönlichkeit der Gewerbe kann in besonderen Fällen durch spezielle Vermuthungen geschwächt oder aufgehoben werden. Einem Konstatirungsbeschuße insbesondere, welcher nicht nur die Erhebung tatsächlicher Umstände, sondern auch eine richterliche Beurtheilung dieser Umstände voraussetzt, kann demnach diese Wirkung wohl beigelegt werden. Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch um ein Brauntwein-Schenkrecht. Die Beklagten behaupten dieses Recht als ein Anhängen der mit ihrer Gernsfiederei verbundenen Brauntweinfabrikation, und als ein Ausfluß dieser Fabrikation wurde dieses Recht auch als real konstatirt. Nachdem aber durch die WD. vom 14. Feb. 1811 den Brauntweinbrennern der Wintoverschleiß ausdrücklich untersagt ist, und sogar die Errichtung neuer Brauntweinbrennereien nicht durch bloße Konzession, sondern nur auf allerhöchste Genehmigung gestattet werden kann, so muß bei dem Brauntwein-Schengeverbe eine Vermuthung für die Idealität selbst bei dem Vorhandensein eines Konstatirungs-Beschlusses wohl schwinden. Es war daher um so mehr den Beklagten der Beweis ihres behaupteten Rechtes aufzutragen, als sie auch weitere für die Idealität sprechende liquide Umstände nicht angeführt haben; und die im Konstatirungs-Beschlusse hervorgehobene

Uebung des Gewerbes nach 1811 als dem Gesetze zuwider für sich allein nicht beachtet werden kann.

DAZ. v. 23. Juli 1853. Nr. 1415^{51/52}.

Nachschrift des Herausgebers. Konstatirungs-Beschlüsse, bei welchen es mit der Prüfung der vorgelegten Realitäts-Nachweise keineswegs genau genommen worden, sind leider eine nicht seltene Erscheinung. Wir haben in Bd. 15 S. 273 darauf aufmerksam gemacht, wie hochwichtige Interessen bei diesen Akten der freiwilligen Berichtbarkeit auf dem Spiele stehen. Dieselben wirken in vielen Fällen nach Art eines „definitivam in ventre“ habenden Zwischenbescheides. Um so mehr werden gewissenhafte Beamte darauf bedacht sein, die Konstatirung nur auf Grund einer überzeugenden Nachweisung auszusprechen.

4.

Provokation wegen einer vom Provokanten veranlaßten
rühmung.

Vgl. Bd. 6 S. 282.

Aufgefordert von dem standesherrlich W'schen Kameralamte, zu erklären, ob sie ein gewisses Recht in Anspruch nehme, hatte die Gemeinde Th. die gestellte Frage bejaht. Die in Folge dieser Antwort von der Standesherrschaft gegen die Gemeinde erhobene Provokationsklage wurde abgewiesen. Aus den Gründen der oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir, was folgt:

Die bayerische G.D. fordert zum Begriffe der Diffamation einen auf nachtheilige Weise erfolgten Angriff von Seite des Diffamanten; jeder Angriff setzt aber seinem Wesen nach eine aus freieigener Willensbestimmung hervorgegangene Handlungsweise voraus, und kann demnach in dem Falle nicht angenommen werden, wo Jemand, wie hier die provokirte Gemeinde, zu derjenigen Erklärung, in welcher die Diffamation und Berühmung liegen soll, von

Dem, der sich hiedurch für diffamirt erachtet, selbst veranlaßt und aufgefordert worden ist. In einem solchen Falle kann der vermeintliche Diffamant mit Demjenigen, der sich ohne alle Veranlassung eines klagbaren Rechtes gegen einen Andern berührt, unmöglich auf die gleiche Stufe gestellt werden. Im vorliegenden Falle ist übrigens der Umstand noch besonders zu beachten, daß die vom standesherrlichen Kammeramte an die Gemeinde erlassene Aufforderung für den Fall einer bejahenden Erklärung mit der ausdrücklichen Androhung der Provokationsklage begleitet war; zufolge dieses Umstandes läßt sich in der von der Gemeinde abgegebenen Erklärung das Produkt einer abgedrungenen Vertheidigung (auf einen wenigstens eventuellen Angriff der Gegenseite) nicht wohl verkennen.

DAWG. v. 17. Aug. 1853. Nr. 336⁵²/₅₃.

5.

Berichtigung von Schreibversehen in Erkenntnissen.

Vgl. Bd. VII S. 336. Comment. b. GD. Bd. III S. 372.

Bei Schreibversehen in Erkenntnissen kann die Berichtigung überall durch eine Remonstration an das Gericht, von welchem der Bescheid ausging, herbeigeführt und durch einfache Entschließung verfügt werden. Im Falle bei einem Schreibversehen, welches im Erkenntnisse einer höheren Instanz vorkam, die Remonstration aus Anlaß weiter zu pflegender Verhandlungen an die erste Instanz gerichtet wird, hat diese die Akten, zur Erholung der berichtenden Entschließung, dem Obergerichte vorzulegen, von welchem, wenn es sich von einem DAWG. handelt, die weitere Einsendung an den obersten Gerichtshof zu bewirken ist.

Vgl. DAWG. Nr. 1038⁴⁸/₄₉.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Wird die Klagenverjährung schon durch die Anstellung der Klage, oder erst durch die Insinuation der ersten Ladung unterbrochen? — Zwangsnachlaß, im Mantverfahren beantragt. — Zwangsnachlaß. Liquidität der Forderungen. — Vermächtniß einer *conductio operis*. Vergleich zwischen den Erben und dem Exekutor. Entschädigung des Regalars. *Mutatio libelli*. — Reichsritterschaft. Grundherrliche Verfälle. Weide. — Kompensation wechselseitiger Injurien. — Rechtsfolge mangelhafter Eröffnung des Verkaufers. — Herkommen und Verjährung. Benützung der Gemelnde Gründe. — Domizilirter Wechsel. Präsentation und Protesterhebung. — Abkassationsbeschwerde. Kompetenz. — Kostenkompensation. Prozeßführung juristischer Personen mit Kuratelsensenz. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Wird die Klagenverjährung schon durch die Anstellung der Klage, oder erst durch die Insinuation der ersten Ladung unterbrochen?

Aus dem Standpunkte allgemeiner Erwägungen, wie des bayerischen Prozeßrechtes, wurde oberstrichterlich die Meinung adoptirt, daß die Unterbrechung schon durch die Anstellung der Klage erfolge. Gründe:

Das Institut der Klagenverjährung ist, wie Savigny (System Bd. 5 S. 267) sagt, ein ganz positives Rechtsinstitut, sie ist ein Mittel, wodurch die Geseze theils die Nachlässigkeit der Bürger in Verfolgung ihrer Rechte bestrafen, theils eine sonst unversiegbare Quelle von Streitigkeiten abschneiden und eben so verhindern wollten, daß es nicht in der Macht des Klägers liege, durch Ver-

zögerung seines Auftretens die Vertheidigung des Verklagten zu erschweren und Verlust seiner Vertheidigungs-Beweismittel herbeizuführen. Dem genannten Rechtsinstitute liegt das Bestreben zu Grunde: „Verhältnisse, welche des Streites und des Zweifels fähig sind, festzustellen, und die Ungewißheit in bestimmte Grenzen einzuschließen ¹⁾.“ Zur Erreichung dieser Absicht hat das Gesetz die Seltenbmachung der Rechte, resp. die Beschränkung einer solchen bloß an einen bestimmten Zeitablauf gebunden und bei dieser Verjährungsart eine bona fides von Seite des Verjährenden nicht verlangt ²⁾). Bei vielen Klagen, insbesondere den Injurienklagen ³⁾), würde bei gegentheiliger Voraussetzung eine Verjährung geradezu unmöglich sein. Daraus folgt zunächst, daß eine Lösung der hier vorliegenden Zweifelsfrage, welche sich auf die Nothwendigkeit des guten Glaubens stützt, Billigung nicht finden kann, — daß ferner keiner Auslegung (einschlagender Stellen) stattzugeben ist, die dem ausgesprochenen Zwecke des Gesetzes entgegensteht, oder den Eintritt der Klagenverjährung ganz unmöglich machen, oder die Verjährungsfrist, wie sie das Civilrecht bestimmt, willkürlich verlängern oder abkürzen würde.

Nach diesen Grundsätzen ergibt sich nun, daß zwar die Bestimmung über die Verjährungsfristen dem Civilrechte allein angehöre, die

¹⁾ Bezugnahme auf Savigny a. a. D. S. 268; 270; Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens (Erlangen 1820) S. 149.

²⁾ Bezugnahme auf Kreittmayr's Anmerk. 3. 6. RM. Th. II Kap. 4 §. 1; Seuffert's Pand.M. §. 28; Möllenthiel a. a. D.; Savigny a. a. D. §. 244.

³⁾ Es handelt sich im gegebenen Falle von einer Injurienklage.

weiteren Bestimmungen aber, in wie weit einer vor Gericht vorzunehmenden Handlung die Wirkung der Interruption beigelegt werden könne oder entzogen werden müsse, in der Civilprozeßgesetzgebung zu suchen sind, weil durch letztere der Kläger zur Geltendmachung seiner Rechte vor dem Richter (gerichtliche Unterbrechung einer Verjährung) an gewisse Formen gebunden ist, deren Einhaltung oder Umgehung nicht von seinem freien Willen abhängt.

Dieses führt zunächst zu der Annahme, daß bei Beurtheilung der vorliegenden Frage nicht die Gesetze des röm. Rechtes, welche das Verfahren vor den römischen Gerichten oder bei Erwirkung eines *rescriptum principis* betroffen haben ⁴⁾, zur Richtschnur dienen können, bezüglich der Entscheidung darüber, ob der Kläger eine Handlung vorgenommen oder unterlassen hat, für die ihn eine Strafe der Nachlässigkeit treffen, oder aus welcher eine absichtliche Verzögerung zum Nachtheile des Beklagten abgeleitet werden kann, — sondern lediglich die Bestimmungen des Civilprozeßes, hier der bayer. G.D., sowie der Novellen von 1819 und 1837, welche mit Abänderung gemeinrechtlicher Vorschriften ein bestimmtes Verfahren eingeführt haben, an welches sich der Kläger halten muß.

Die bayer. G.D. Kap. IV §. 3 bestimmt nun ausdrücklich:

„alle actiones erlöschen von der Zeit an, da sie hätten gestellt werden mögen (können), regulariter mit 30 Jahren, wo keine längere oder kürzere Zeit besonders bestimmt ist“,

und fügt bei:

„nach Ablauf dieser Zeit findet die Klage nicht Statt.“

⁴⁾ Bezugnahme auf C. 3 *de praesc.* XXX vel XL ann. (7, 39); C. 2, 3 *de annali exc.* (7, 40).

Als Klage wird in Kap. IV §. 1

„das Verlangen Desjenigen, was Jedem von
Rechts wegen zusteht, im Wege Rechts“
bezeichnet, so wie der folgende §. 10 näher angibt,
wie die Klage bei den Gerichten zu stellen ist.

Nach dem Wortlaute des angeführten §. 3 muß
daher die Uebergabe der Klage bei dem Rich-
ter als der die Verjährung unterbrechende
Akt betrachtet werden, nicht aber die Ladung oder
Kriegsbefestigung, sowie denn auch die OD. Kap. V
§. 9, wo sie die Wirkungen der insinuirten Ladung
aufzählt, die Interruption der Verjährung als eine
Folge nicht aufführt, sondern nur den Eintritt der
mala fides des citati, auf welche es, wie schon
erwähnt, bei der Klagenverjährung nicht ankom-
men hat.

Es muß um so mehr die Klageeinreichung als
die entscheidende Handlung genommen werden, als
nur die Herbeiführung dieser Handlung, die Ein-
haltung der Verjährungszeit mit dieser Hand-
lung vor Gericht, von dem Willen, dem Vermö-
gen (wie sich die OD. ⁵⁾ ausdrückt), dem „Können“
des Klägers abhängig ist, alles Uebrige aber, Cita-
tion, Insinuation und Eintritt der Litiskontestation von
der Thätigkeit des Richters und nicht von der (Klagen-
den) Partei abhängt; zumalen die frühere Bestimmung,
welche dem Kläger die Insinuation der Klage, resp.
Ladung, überließ, außer Wirkung getreten ist, und
die Insinuation bloß durch das Gericht und dessen
Diener vollzogen wird. — Allenthalben ist auch in
der OD. der Grundsatz festgehalten, daß die Prä-
judizialtermine und Fristen salvirt werden, wenn vor
deren Ausbruch die treffende Handlung bei dem
Richter einkommt, nicht aber der andere ausge-

⁵⁾ Nach der ursprünglichen Lesart: „da sie hätten an-
gestellt werden mögen.“

prägt, daß der Gegentheil davon auch noch innerhalb des Termins Kenntniß erhalten müsse.

Bei Annahme der gegentheiligen Ansicht würden die Verjährungsfristen geradezu abgekürzt werden, indem der Kläger, sollte er die Citation noch innerhalb der Verjährungsfrist erwirken, offenbar, weil dieses nicht von ihm abhängt, und er bei den über die Beibringung eines Nachweises der gepflogenen Vermittelung, Ratifikation der Vollmacht, dann über Abweisung der Klagen in angebrachter Art bestehenden Vorschriften, nicht im Stande ist, mit Gewißheit den Zeitpunkt der Citation zu berechnen, so nach genöthigt wäre, die Klage etwa 2 bis 3 Monate vor Ablauf der Verjährungszeit, oder noch früher zu erheben.

DAÖE. v. 5. Dez. 1851. Nr. 987⁴⁹/₅₀.

2.

Zwangsnachlaß, im Gantverfahren beantragt.

Vgl. Bd. 1 S. 157 Nr. 7.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Für allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche, durch welche der Schuldner seine sämtlichen Gläubiger in eine Gemeinschaft zieht, ist eine präklusive Frist zur Anbringung derselben dem Schuldner in keinem Gesetze vorgeschrieben. Die Fristen- und Nachlaßgesuche werden in der G.D. im Kapitel von der Exekution behandelt;

G.D. Kap. XVIII §. 13; vgl. Nov. v. 1837 §. 70;

sie gehören aber nicht nothwendig in das Exekutionsverfahren;

DAÖ Plenarbeschluß v. 29. Okt. 1845.

Es kann also nicht darauf ankommen haben, wie

weit das Exekutionsverfahren gegen den Schuldner bereits gebiehet, ob gegen denselben der Konkurs schon erkannt ist, und ob die Verhandlungen an den Ebißstagen bereits gepflogen worden sind oder nicht; das entscheidende Moment ist darin zu suchen, ob das Nachlaßgesuch zu einer Zeit gestellt wurde, zu welcher der Zweck des Gesuches noch erreicht werden kann. Dieses wird der Fall sein, wenn der Antrag auf Nachlaß noch vor Vertheilung der gemeinsamen Masse unter den Gläubigern angebracht worden ist; denn erst mit der Masse-Vertheilung wird der Konkurs beendet.

Der Umstand, daß das Vermögen des Schuldners bereits veräußert ist, kann kein Grund für die Unstatthaftigkeit des Nachlaßgesuches sein, weil die Konkursmasse noch unvertheilt, und hiedurch die Möglichkeit gegeben ist, von seinen Gläubigern die zu einem nothdürftigen Fortkommen erforderlichen Mittel zu erlangen; es kann also dem Schuldner noch werththätig aufgeholfen werden; in einem anderen Sinne sind die Worte der G.D. XVIII §. 13 Nr. 5: „bei häuslichen Ehren erhalten“ nicht zu verstehen.

Durch die Konkursöffnung gehen dem Schuldner die Vermögensrechte nicht verloren; es ist ihm zwar die Detentions-, Genuß-, Verfügungs-Befugniß entzogen, sein Vermögen geht aber keineswegs in das Eigenthum seiner Gläubiger über; er ist befugt, an den Verhandlungen über die Veräußerung seines Vermögens Antheil zu nehmen und sachgemäße Vorschläge zu machen; er ist berechtigt, unbegründeten Forderungen mit einem Widerspruche zu begegnen, um etwaigen Nachforderungen unbefriedigter Gläubiger zu entgehen. Die durch die Konkursöffnung herbeigeführte Dispositionsbeschränkung erstreckt sich also nicht so weit, daß dem Gemeinschuldner das Recht entzogen wäre, nach erkanntem Konkurse ein Nachlaßgesuch anzubringen.

Gemeinrechtlich sind Nachlaß-Verhandlungen im Laufe des Konkursverfahrens noch zulässig. Vgl. Bayer, Konk.Proz. S. 39 Note 6; Danz, summar. Proz. S. 124; Linde, Lehrb. S. 439. Die bayer. O.D. enthält keine entgegengesetzte Bestimmung. Vgl. Seuffert, Comment. Bd. 4 S. 324 Note 45; Puchta, Anleit. zur Civ.Proz.Praxis zu §. 70 S. 158, 165, 168 u. 171.

DAGE. v. 23. Aug. 1852. Nr. 118⁵¹/₅₂.

3.

Zwangsnachlaß. Liquidität der Forderungen.

Vgl. Bd. 1 S. 169.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Eine genauere Berechnung des Schuldenstandes läßt sich um deswillen zur Zeit nicht herstellen, weil hiebei Liquidität der Forderungen vorausgesetzt wird. Die Liquidations-Verhandlungen bewähren, daß mit Ausnahme einiger kleinen Posten alle übrigen Forderungen entweder vom Gemeinschuldner oder von den im entgegengesetzten Interesse beteiligten Gläubigern in Widerspruch gezogen sind. In dem vorgelegten Zahlungsplane wurde zwar vorgeschlagen, daß sowohl die vom Schuldner, als die von den Gläubigern vorgebrachten Einwendungen zurückgenommen werden sollen; allein der Beklagte kann in Bezug auf seine eigene Forderung zur Annahme dieser Begünstigung nicht gezwungen werden; es können ihm aber auch in Bezug auf die Forderungen anderer Gläubiger seine Einreden, welche er gegen dieselben vorgebracht hat, nicht entzogen werden; es muß ihm überlassen bleiben, zu erwägen, ob es ihm gelingen werde, seine Forderung durch Beweisführung liquid zu stellen und durch seinen Widerspruch andere Forderungen als illiquid aus der Masse zu

verweisen und auf diese Weise einen größeren Antheil aus der Masse zu erhalten; die Befugniß der Mehrheit der Gläubiger geht nur dahin, zu beschließen, ob ein Nachlaß stattfinden soll, und in welcher Größe derselbe zu bewilligen sei.

MAG. v. 23. Aug. 1852. Nr. 118 ⁵¹/₅₂.

4.

Vermächtniß einer *conductio operis*. Vergleich zwischen den Erben und dem Lokator. — Entschädigung des Legatars. *Mutatio libelli*.

Ein Pfarrer hatte den Wiederaufbau seines abgebrannten Pfarrhofes um eine feste Summe als Wenigstnehmender ersteigert und vermachte für den Fall seines vor der Ausführung erfolgenden Ablebens in seinem Testamente einem Dritten die Herstellung jenes Baues um die bedungene Summe. Als der vorausgesetzte Fall bald darauf eintrat, machte der Legatar anfangs Schwierigkeiten, den Ausbau um die noch ausstänbige Bau Summe auf sich zu nehmen, so daß die Erben, um alle Anstände abzuschneiden, sich mit dem auf Entscheidung bringenden Bauherrn — hier der Stiftungs-Kuratel — in einer Weise verglichen, wonach der ganze Afford zurückging, und das Bauwesen der Kirche selbst zur Vollführung überlassen wurde.

Nachdem nun der Bau seiner Vollendung nahe gekommen, klagte der Legatar, die Herstellung des Baues anbietend, gegen die Erben auf Ausbezahlung der (von ihnen gar nicht bezogenen) Afford-Summe als *legatum nominis sub modo*. Nach verhandelter Sache wurde er mit dieser Klage abgewiesen, zwar nur angebrachtermaßen, aber dies nur deshalb, weil gegen diesen Zusatz der Vorinstanzen die Beklagten kein Rechtsmittel ergriffen hatten.

Die Gründe des bestätigenden oberstrichterlichen

Erkenntnißes waren: a) die *conductio operis* sei in der Regel ein höchst persönlicher Vertrag, zur Substituierung eines anderen *conductor* gehöre daher die Zustimmung des Bauherrn als *locator* welche aber hier vom Kläger gar nicht nachgesucht und in keinem Falle erfolgt war; — b) die verklagten Erben seien durch den aktenmäßigen Vergleich mit der Stiftung, zu welchem sie als Universal-Successoren des Verlebten ermächtigt gewesen, außer Stand gesetzt, dem in der Klage gestellten Antrage zu entsprechen, nämlich das Bau-Unternehmen mit den daran geknüpften Vortheilen dem Kläger zu überlassen; — c) die allein zulässige Forderung einer Entschädigung wegen vorzeitigen Vergleiches mit der Stiftung bleibe immer noch vorbehalten, möge die Klage angebrachtstermaßen oder völlig abgewiesen sein.

O.A.G. Erf. v. 26. Nov. 1853. Nr. 1069 ⁵¹/₅₂.

Seltfamer Weise hatte der Pfarrer, als er sein verschlossenes Testament bei Gericht hinterlegte, jenen Legatar (den jetzigen Kläger) mit zur Stelle gebracht, und dieser hiesel zu Protokoll erklärt, daß er den einschlägigen VIII. Punkt (des Testaments) kenne und damit völlig einverstanden sei. Auf diesen Thatumstand sich stützend, machte der Legatar in seiner Replik vorsorglich neben dem Testamente auch noch den Titel eines Vertrages geltend. Die erste Instanz sah hierin eine unstatthafte *mutatio libelli*; der oberste Gerichtshof ging zwar von der Ansicht aus, daß die Aufstellung neuer rechtlicher Gesichtspunkte in der Replik, womit ein weiterer Behelf zur Aufrechterhaltung eines nach allen seinen wesentlichen Merkmalen in der Klage dargelegten Rechtsaktes dargeboten werden will, sich nicht als unstatthafte Klagänderung betrachten lasse; in der Sache selbst aber wurde jener Aufstellung der Replik kein Gewicht beigelegt, weil ein Rechtsgeschäft, in der bezeichneten Weise aus letztem Willen und Vertrag zusammengesetzt, ein

juristisches Unbing sei, unfähig jeder rechtlichen Bedeutung und Wirksamkeit.

5.

Reichsritterschaft. Grundherrliche Gefälle.

Bgl. Bb. 12 S. 313.

Da die f. Deklaration vom 31. Dezember 1806 über die Verhältnisse der vormaligen Reichsritterschaft und ihrer Hinterlassen zur Staatsgewalt in Bezug auf grundherrliche Abgaben eine aufhebende oder auch eine beschränkende Bestimmung nicht getroffen, sondern sub Ziff. V lit. F die adeligen Gutbesitzer im ungestörten Genuße derselben ausdrücklich belassen hat, so kann aus derselben auch nicht gefolgert werden, daß den Gutbesitzern nur die Erhebung solcher Abgaben (als grundherrlicher) verbleiben sollte, welche damals bereits durch rechtmäßiges Herkommen erworben und in ständige unveränderliche Abgaben übergegangen waren. Unerheblich ist es daher, ob die Gutsherrschaft die als Erbzinsen in Anspruch genommenen Gefälle schon vor dem Jahre 1806, oder erst nach diesem Zeitpunkte als grundherrliche Abgaben erworben habe, denn im ersten Falle sind sie durch die f. Deklaration völlig unberührt geblieben, im zweiten Falle aber stand ihrer Erwerbung die Deklaration wieder nicht entgegen, weil diese rücksichtlich des Bezuges von grundherrlichen Gefällen eine prohibitive Disposition nicht getroffen hat, indem auch Dasjenige, was Ziff. V lit. A Nr. 6 verordnet ist, nur von Steuern, nicht aber von grundherrlichen Abgaben zu verstehen ist.

Dieses beweist nicht nur der Umstand, daß der ganze Abschnitt jener Deklaration unter lit. A seiner ausdrücklichen Ueberschrift zufolge lediglich das Steuerverhältniß der adeligen Gutbesitzer und

ihrer Hintersassen zum Gegenstande hat, während das Eigenthum und die grundherrlichen Rechte erst sub lit. F ihre Würdigung und Bescheidung gefunden haben, sondern es unterliegt außerdem auch gar keinem begründeten Bedenken, daß das sub A Nr. 6 vorkommende Wort „Weede“ auf einem bloßen Druckfehler beruht, und daß es statt dessen „Weede“ ¹⁾ heißen soll, weil dieses Wort, was sonst nicht nothwendig gewesen wäre, mit einem großen Anfangsbuchstaben und mit Sperrschrift gedruckt ist, dann weil außerdem das Zahlwort „sechse“ im Zusammenhalt mit den vorausgehenden Bestimmungen, welche eine hiemit gemeint sein sollende Dualität nicht entnehmen lassen, gar keinen verständigen Sinn haben würde. Jedes hiegegen noch übrigen Bedenken schwindet aber vollends, wenn hiemit die Bestimmung sub H Nr. 5 der weiteren mit der ersten zu ganz gleichen Zwecken und auf ganz gleichen Grundlagen erlassenen Deklaration vom 19. März 1807, (Reg. Bl. S. 465) die künftigen Verhältnisse der der k. Souveränität unterworfenen Fürsten, Grafen und Herren zu den verschiedenen Zweigen der Staatsgewalt betr., zusammengehalten wird, wo dieser „Weeden“ gleichfalls Erwähnung geschieht, und wo von ihnen gleich wie von der in einigen Herrschaften üblichen Ordinari-Steuer gesagt wird, daß sie bei ihrer in einem beständig unveränderlichen Quantum erfolgenden Entrichtung nur abusiv den Namen von Steuern geführt haben, weshalb denn auch hier sich dieselbe bereits sub A Nr. 6 der früheren Deklaration enthaltene Anordnung wieder findet, daß dergleichen Abgaben den mediatisirten Fürsten, Grafen und Herren verbleiben und künftig

¹⁾ Auch Weede, d. i. eine besondere Steuergattung. Vgl. Rittermaler, deutsch. Privatrecht. S. 475.

nur unter der Rubrik von grundherrlichen Abgaben und nicht mehr von Steuern vorgetragen werden sollen.

DAGE. v. 5. Februar 1853. Nr. 1679⁵¹/₅₂.
3/7.

6.

Kompensation wechselseitiger Injurien.

Gemeines Recht.

Kompensation wechselseitiger Injurien ist dem gemeinen Rechte keineswegs fremd; vielmehr greift dieselbe allenthalben Platz, wo die gegenseitigen Beleidigungen von gleicher Art sind, wobei es dann nach der eigenthümlichen Natur und Wesenheit der Kompensation der Wirksamkeit des daraus entnommenen Rechtsmittels von selbst keinen Eintrag machen kann, wenn sich zwischen den beiderseitigen Injurien ein zeitlicher Zwischenraum befindet, oder dieselben etwa des nächsten inneren Zusammenhanges entbehren. Fr. 39 solut. matrim. (24, 3). Glück, Comment. Bd. 15 S. 68; Quistorp, Grundsätze des peinl. R. §. 232; Strube, rechtl. Bed. IV Nr. 43 (Ausg. v. Spangenberg III S. 63).

DAGE. v. 9. März 1852. Nr. 1193⁵⁰/₅₁.

7.

Rechtsfolge mangelhafter Erfüllung des Verkäufers.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Der Verkäufer kann den Kauffschilling anbergestalt nicht, als gegen Auslieferung der verkauften Sache begehren; kein Theil ist verbunden, dem anderen mit der Erfüllung des Vertrages voranzugehen, sondern es muß Beides, Uebergabe der Sache und Bezahlung des Kauffschillings zugleich, Zug für Zug

geschehen ¹⁾). Wenn nun der Käufer mit der Erfüllung des Vertrages durch Erlegung eines Theiles des Kaufgeldes voranging, die Uebergabe des erkauften Anwesens aber nur unvollständig vollzogen werden konnte, weil mehrere Inventarstücke abgängig waren, und dem Käufer nicht überliefert werden konnten, so konnte die Verkäuferin von dem Käufer auch nicht die Zahlung des ganzen Kauffchillings verlangen; der Käufer darf aber auch, wenn er das Empfangene zu behalten gedenkt, nicht alle Gegenleistung verweigern, sondern er ist nur befugt, für das an der Leistung des Klägers Mangelnde Entschädigung zu berechnen, oder die Gegenleistung nach Verhältnis zu mindern.

Seuffert, prakt. Pand. R. §. 276.

Der Käufer hat den Werth der fehlenden Inventarstücke in seiner Klagschrift selbst nur auf 417 fl. 42 kr. berechnet; sein rechtliches Interesse, die Hinausgabe des Kauffchillings an die Verkäuferin zu hindern, kann also, nachdem er in den Besitz des Anwesens gesetzt ist, nicht höher als auf den Betrag des Werthes der gekauften, aber nicht tradirt erhaltenen Mobilien veranschlagt werden.

DAUER. v. 16. Aug. 1852. Nr. 1239 ⁵⁰/₅₁.

8.

Herkommen und Verjährung.

Vergl. Bd. 7 S. 33 f., S. 142.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Sätze:

Zunächst und in der Regel pflegt unter dem

¹⁾ Bezugnahme auf bayer. RR. Tb. IV Kap. 3 §. 14 Nr. 4 und Anmerk. zu IV, 3 §. 9, 10 Nr. 2 lit. f.

„Herkommen“ allerdings nur ein auf die Mitglieder einer gewissen Klasse von Personen, namentlich in Ansehung des Besizes gewisser Realitäten in einem gegebenen Bezirke, beschränktes *Gewohnheitsrecht*, d. i. diejenige Handlungs- oder Rechtsnorm bezeichnet zu werden, welche von solchen Personen in der Meinung und Ueberzeugung ihrer rechtsverbindenden Kraft seit einer Reihe von Jahren im Wesentlichen gleichförmig beobachtet worden ist. Allein während nach dieser Auffassung die in solcher Weise entstandene Rechtsnorm alle Objekte oder Realitäten umfaßt, die in dem einschlägigen Bezirke gelegen sind, und hier von der Uebung in der ganzen Klasse auf die einzelne Person oder das einzelne Objekt geschlossen wird, versteht man unter dem Herkommen andererseits nicht minder auch dasjenige Verhältniß, wo von einer längere Zeit hindurch bloß in Beziehung auf ein individuelles Objekt bestandenen Uebung die Rede ist, und in diesem Sinne fällt sodann dasselbe mit der Verjährung oder Ersikung in Eines zusammen.

In diesem beschränkteren Sinne wird schon im römischen Rechte nach dem Zeugnisse des fr. 13 §. 1 commun. praed. (8, 4) und C. 1 de servitut. (3, 34) von einer *consuetudo* und *longi temporis consuetudo* in Beziehung auf einen Steinbruch und ein wieder aufzubauendes Haus gesprochen, und in gleichem Sinne ist jener Ausdruck auch in die deutschen Gesetzgebungen übergegangen, wie z. B. in das bayer. R., woselbst Th. IV. Kap. 7 §. 11 Nr. 5, 9 verordnet ist, daß in gewissen Fällen kein doppeltes Handlohn bezahlt werden dürfte, außer wo vor unbordenklicher Zeit ein Anderes bei dem Gute hergebracht sei, und daß kein besonderes Abfahrtslohn gefordert werden dürfe, wo solches bei dem Gut von Alters Herkommen sei.

In demselben Verständnisse haben endlich auch die Gesetze der neueren, ja sogar der neuesten Zeit den fraglichen Ausdruck theils als Substantiv, theils mit der abjektivischen Beziehung „hergebracht oder herkömmllich“ in sich aufgenommen, wie unter andern der §. 20 der IV Verf. Beil., der §. 111 der VI. Beil. z. B. und zum Theile auch die §§. 4, 10 und 14 des Grundlastenablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 zu entnehmen geben. . . .
 . . . DAGE. v. 17. Aug. 1853. Nr. 1204 ⁵⁰/₃₁.

9.

Domizilirter Wechsel. Präsentation und Protesterhebung.

Vgl. Senffert's Archiv Bd. 6 Nr. 250.

Nach Art. 43 und 99 der D. W. O. ist bei Domizil-Wechseln, bei nicht erfolgter Einlösung in Ansehung der Nothwendigkeit der Präsentation zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten, so wie gegen den Aussteller des eigenen Wechsels zu unterscheiden, ob ein Domiziliat benannt worden oder nicht. Im ersten Falle bedarf es jener Präsentation und Protesterhebung beim Domiziliaten zur Erhaltung des Wechselrechts nicht bloß gegen den Trassanten und die Indossanten, sondern auch gegen den Acceptanten wie gegen den Aussteller des eigenen Wechsels; im zweiten Falle aber ist die Präsentation und Protesterhebung nur zur Erhaltung des Wechselregresses gegen den Trassanten und die Indossanten erforderlich, der Acceptant dagegen und der Aussteller des eigenen Wechsels bleiben auch im Falle der Unterlassung jener Handlungen wechselmäßig verpflichtet.

Entf. des Obertribunals zu Berlin, Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 2 S. 328.

10.

Abhängigkeitsbeschwerde. Konnexität.

Dem Provokaten war rechtskräftig aufgegeben, die provozirte Klage, bei Vermeidung des Nachtheils ewigen Stillschweigens, binnen 30 Tagen anzustellen. Derselbe versäumte die vorgesteckte Frist; reichte aber nach Ablauf der Frist, um Restitution suchend, die Klagschrift ein. Es wurde Verhandlung gepflogen, darauf die Restitution bewilligt und in der Hauptsache erkannt. Nur der Kläger appellirte innerhalb der Berufungsfrist; aber der Beklagte führte im Abhängigkeitswege über die Bewilligung der Restitution Beschwerde. Diese Beschwerde wurde wegen Mangels der Konnexität zurückgewiesen, weil die Restitution eine von der Hauptsache völlig unabhängige Vorfrage bilde, welche der Beklagte, — insofern er nicht schon in der Hauptsache definitiv von der Klage entbunden ist, und demzufolge seinerseits alles Interesse für die Aufsechtung des Urtheils fehlte, — mittelst selbstständiger Berufung zur Würdigung des Oerrichters hätte bringen müssen.

MAG. v. 24. März 1854. Nr. 226⁵²/₅₃.

11.

Kostenkompensation. Prozeßführung juristischer Personen mit Kuratelskonsens.

Daraus, daß ein Prozeß für eine juristische Person und zwar mit Kuratelskonsens geführt worden, lassen sich Gründe zur Kostenkompensation nicht ableiten.

MAG. v. 8. März 1853. Nr. 986⁵⁰/₅₁.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Grenzen der Zuständigkeit der Geschwornen. — Anfechtung einer Hypothekbestellung durch das Paulianische Rechtsmittel. — Zur Interpretation des §. 43 Abs. 1 der Prioritätsordnung. — Ablehnung einer anderen rechtlichen Folgerung ist keine unzulässige Klageänderung. — Simulation wirkt nicht immer Ungültigkeit. —

Ueber die Grenzen der Zuständigkeit der Geschwornen.

Art. 173 — 178 der StPM. v. 10. Novbr. 1848¹⁾.

Der oberste Gerichtshof hat in seiner Sitzung v. 24. Oktbr. 1851 (Sitzg.-Ber. Bd. 3 S. 402) als ein Motiv seines Erkenntnisses den Satz aufgestellt:

Das Vorhandensein der thätigen Mene (beim Diebstahl) gehöre nach Art. 1 des Ges. v. 29. Aug. 1848, die Abänderungen einiger Bestimmungen des 1. Theils des StGB. v. J. 1813 betr., zur Thatfrage, und es könne hierüber von dem Schwurgerichtshofe den Geschwornen eine Frage gestellt werden. Die Stellung einer besondern Frage an die Geschwornen über das Vorhandensein der thätigen Mene wurde aber in einzelnen Fällen (z. B. in der Sitzung des Schwurgerichtshofes v. Oberbayern v. 3. Dezbr. 1853: Anklage gegen M. Scheifelse

¹⁾ Vgl. die in den folgenden Nrn. 20 und 21 erscheinende Ausführung einer andern Ansicht.

und Konf. betr.) unterlassen, und den Geschwornen nach Erklärung der Voraussetzungen, unter welchen das Gesetz thätige Mene annimmt, bemerkt, daß, wenn sie sich von dem Vorhandensein thätiger Mene überzeugt hätten, die Hauptfrage lediglich zu verneinen wäre.

Dieses Verfahren stimmt mit der angeführten Entscheidung des obersten Gerichtshofes darin überein, daß es das Vorhandensein der thätigen Mene zur Thatfrage rechnet, und zur Entscheidung über diese Frage die Geschwornen für kompetent erklärt, hält es aber entweder für überflüssig, oder den Bestimmungen der StPM. v. 10. Novbr. 1848 zuwiderlaufend, den Geschwornen eine besondere Frage über das Vorhandensein der thätigen Mene zu stellen.

Die Gerichtshöfe haben sich sonach nicht bestimmt darüber ausgesprochen, ob eine besondere Frage über diesen Umstand an die Geschwornen gestellt werden muß.

Der von dem obersten Gerichtshofe in Bezug genommene Art. 1 des Ges. v. 29. Aug. 1848 gibt hierüber keinen Aufschluß. Jedenfalls spricht derselbe nicht dafür, daß eine besondere Frage zu stellen sei; denn wenn beim Vorhandensein thätiger Mene dem Thäter überhaupt kein Verschulden zur Last stelle, und seine Handlung als eine an sich straflose betrachtet werden müßte, dann dürfte sicherlich eine Unterfrage über das Vorhandensein thätiger Mene nicht gestellt werden, weil selbe dann als ein Strafaufhebungsgrund zu betrachten wäre.

Als Strafmilderungsgrund wird die thätige Mene in dem Marginale zum aufgehobenen Art. 226 und in den Anmerkungen zu Art. 253 Th. 1 des StGB. anerkannt. Als solcher wird sie aber weder von dem obersten Gerichtshofe, noch in der Praxis der Schwurgerichtshöfe betrachtet, sonst

müßte (Art. 178 der StPM. v. 10. Novbr. 1848) eine besondere Frage über diesen Umstand gestellt werden.

Da nun der oberste Gerichtshof sich weder dahin ausgesprochen, daß eine Frage über thätige Reue an die Geschwornen nicht gestellt werden darf, noch dahin, daß selbe gestellt werden muß, so hat er damit anerkannt, daß thätige Reue weder ein Strafaufhebungs-, noch ein Strafmilderungsgrund sei.

Sie ist auch keines von beiden: sie ist ein Straftilgungsgrund.

Daß sie kein Strafmilderungsgrund im Sinne des Art. 97 Th. 1 des StGB. ist, ist unzweifelhaft, weil ein solcher immer nur eine Abweichung von der gesetzlichen Strafe, nicht die Aufhebung der Strafe selbst bewirken kann.

Als Straf- oder richtiger gesagt: Schuldauflösungsgründe kennt das StGB. Th. I Art. 119 u. f. nur Mangel der Zurechnung und Nothwehr. Wer sich bei Verübung einer dem Gesetze objektiv zuwiderlaufenden Handlung im Zustande gänzlicher Unzurechnungsfähigkeit oder der Nothwehr befunden hat, dem kann diese Handlung nicht als Verschuldung zur Last fallen, sie ist an sich nicht strafwürdig, sie ist straflos. Thätige Reue wird aber nach Vollenbung einer an sich strafbaren Handlung geübt, schließt die Verschuldung des Thäters keineswegs aus und wird deshalb mit Recht im Gesetze als Strafaufhebungsgrund nicht anerkannt.

Durch einen Straftilgungsgrund wird eine an sich strafbare Verschuldung straflos. Der Schuldauflösungsgrund ist eine mit der That selbst verknüpfte, von ihr unzertrennliche Thatfache; der Straftilgungsgrund hingegen eine außerhalb der Verschuldung liegende und nach Vollenbung der strafbaren Handlung existent gewordene Thatfache.

Das StGB. Th. I Art. 137 u. f. bezeichnet als Straftilgungsgründe: das Erstehen der Strafe,

den Tod des Uebertreters und die Verjährung: drei außer der Verschuldung liegende, nach der Verübung der strafbaren That existent gewordene Thatsachen.

Dieses Merkmal findet sich auch bei der thätigen Reue. Es handelt von demselben Art. XI der Diebstahlsnovelle v. 25. März 1816 und Art. 253 Th. I des StGB. In beiden Bestimmungen wird vorausgesetzt, daß die strafbare Handlung vollbracht, das Gut gestohlen oder in Brand gesetzt war. Die Strafe für diese Verschuldungen wird durch die Zurückgabe des Gestohlenen, durch die Dämpfung des ausgebrochenen Brandes ganz oder theilweise getilgt, je nachdem der Ersatz oder die Verhütung des Schadens ganz oder theilweise bewirkt worden ist.

Die Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben, den Eintritt gewisser Thatsachen als Grund für Tilgung der Strafe gelten zu lassen, liegen nicht wie die Milberungs- oder Schuldaufhebungsgründe in der Handlung selbst, sondern außer derselben und sind Gründe der Zweckmäßigkeit.

So sagen die Anm. zu Art. 139 über die Verjährung:

Unter allen Umständen liegt dem Staate daran, einem Verbrecher die Rückkehr zu Tugend und Ordnung zu erleichtern.

Zu Art. 226 und 253 wird ebendortselbst bemerkt, daß wichtige Gründe es rathlich machen, der thätigen Reue einen bedeutenden Einfluß zu gestatten. Die thätige Reue trägt somit diejenigen Merkmale an sich, wie die in Art. 137 und Th. I des StGB. anerkannten Tilgungsgründe. Und überdies ist sie im Gesetze selbst ausdrücklich in der Eigenschaft als Grund zur Tilgung der Strafe aufgeführt. Art. 1 Th. I des StGB. sagt:

So wenig erlittene Strafe die Entschädigung aufhebt oder schmälert, so wenig tilgt oder mindert geleisteter Ersatz die verdiente Strafe.

und die Ann. hiezu Bd. 1 S. 68:

Geleisteter Ersatz tilgt oder mindert demnach die verdiente Strafe in der Regel nicht, und nur eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung kann eine Ausnahme rechtfertigen, wovon bei dem Diebstahle in den Art. 226, 227 ein Beispiel vorkommt.

Weil aber die thätige Reue ein Straftilgungsgrund ist, deswegen steht die Entscheidung über die Frage, ob sie vorhanden sei, nicht den Geschwornen, sondern dem Schwurgerichtshofe zu.

Das oft gehörte Axiom: die Geschwornen urtheilen über die Thatfrage, der Schwurgerichtshof über die Rechtsfrage, läßt sich für die Anwendung brauchbarer dahin fassen: der Schwurgerichtshof darf bei seinem Urtheile keine anderen Umstände in Betracht ziehen, als diejenigen, welche durch den Wahrspruch der Geschwornen festgestellt worden sind. In dieser vollen Ausdehnung ist es in der französischen Gesetzgebung zur Geltung gekommen, und die Jurisprudenz hat den Grundsatz festgestellt:

Toute circonstance susceptible d'entraîner augmentation, diminution ou exemption de peine, doit être soumise au jury.

Une circonstance atténuante ou aggravante ne peut influer sur l'application de la peine qu'autant que cette circonstance a été l'objet d'une question soumise au jury, et qu'elle a été constatée par sa déclaration.

(Sirey. recueil g. des arrêts T. 19 p. 312 T. 22 p. 191.)

Die StPM. v. 10. Novbr. 1848 kennt diesen Grundsatz nicht. Sie verbietet ausdrücklich (Art. 176) den Geschwornen Fragen über diejenigen Umstände zu stellen, welche das StGB. Th. I Art. 91—94

als Strafminderungs- und Straferhöhungsgründe anerkennt. Die Praxis ist noch weiter gegangen: Obwohl der Art. 178 der StPM. ausdrücklich gebietet, daß über das Vorhandensein von Strafminderungsgründen besondere Fragen gestellt werden müssen, hat sich ein Erkenntniß des obersten Gerichtshofes (Sitz.-Ber. I. 411) doch dahin ausgesprochen, daß über den vom Gesetze StGB. Th. I Art. 104 ausdrücklich als Strafminderungsgrund anerkannten Umstand: ob der Angeklagte ohne alles Verschulden mehr als ein halbes Jahr in Untersuchungshaft gewesen sei, eine eigene Frage an die Geschwornen nicht zu richten sei.

Es ist ein längst festgestellter Satz, daß über das Vorhandensein der Verjährung an die Geschwornen keine Frage zu stellen ist, sondern darüber der Schwurgerichtshof zu entscheiden hat. Verjährung ist ein Straftilgungsgrund, wie die thätige Reue. Die über diese Frage gefällten Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes stellen nun aber den Satz auf:

Die Geschwornen sind berufen, festzustellen, ob sich der Angeklagte 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 die erst nach der Verschuldung eingetretenen Gründe wieder getilgt sei.

Sitz.-Ber. B. III S. 9.

Wenn der Grund der Straflosigkeit der That oder der Mangel eines Verbotes der That durch das Strafgesetz in einer Thatfache besteht, welche erst nach Vollendung der That existent geworden ist, so fällt die Würdigung einer solchen Thatfache nicht in das Bereich

der Wirksamkeit der Geschwornen, wie dieselbe im Art. 173. u. f. der StRM. vorgezeichnet ist, indem die Geschwornen nur über die Schuld hinsichtlich der angeschuldigten, an sich strafbaren That sich auszusprechen, daher nur über die mit der That verknüpften Strafaufhebungsgründe zu urtheilen haben, während der Schwurgerichtshof zu prüfen hat, ob die Strafbarkeit der That nicht etwa durch einen außerhalb der Verschuldung liegenden Grund getilgt, beziehungsweise ob die That nicht eine im Strafgesetze nicht verbotene geworden sei.

(Sitz.-Ber. Bd. III S. 408.)

Thätige Reue ist wie die Verjährung nicht ein mit der Begehung der That verknüpfter, die rechtliche Qualifikation derselben modifizirender oder die Verschuldung aufhebender Umstand, sondern folgt der vollendeten strafbaren That nach, liegt außerhalb der Verschuldung und tilgt die auf die verbotene Handlung gesetzte Strafe. Es liegt daher in der ausschließlichen Kompetenz des Schwurgerichtshofes, auf Grund der Akten und der Verhandlung zu prüfen, ob thätige Reue vorhanden sei, und eine Belehrung der Geschwornen über die gesetzlichen Erfordernisse zur Annahme thätiger Reue von Seite des Schwurgerichtspräsidenten ist unzulässig²⁾. Bei Festsetzung der Grenzen für die Kompetenz der Geschwornen darf auch nie vergessen werden, daß der Schwurgerichtshof das urtheilende Gericht und als solches zu-

²⁾ Die Anmerkungen zu Bd. III S. 409 der Sitz.-Ber. glauben, der Umstand der thätigen Reue könne, weil eine eigene Handlung des Angeklagten, nur durch Wahrspruch der Geschwornen festgestellt werden. Ist aber die ununterbrochen gute Aufführung während der Verjährungsfrist nicht auch eine eigene Handlung des Angeklagten?

ständig ist, alle Thatfachen, welche auf das Urtheil Einfluß haben, selbst festzustellen, mit alleiniger Ausnahme derjenigen, über welche er nach Vorschrift der Art. 173—178 den Wahrspruch der Geschworenen einzuholen hat. Die Bestimmungen dieser Artikel sind also Ausnahmßbestimmungen und nur im engsten Sinne zur Anwendung zu bringen.

Karl Mayr.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Anfechtung einer Hypothekbestellung durch das Paulianische Rechtsmittel ¹⁾).

Friedrich St., Sohn der Bierbrauers Wittve Margaretha St. zu A., hatte von seiner Mutter 2300 fl. zu fordern, welche von einem großväterlichen Legate herrührten und auf dem Anwesen der Margaretha St. an I. Stelle versichert waren.

Im Oktober 1851 gebirte Friedrich St. diese Forderung, ließ sich vom Cessionar eine Forderung desselben an seine Mutter im Betrage von 1500 fl. an der Cessionsvaluta abziehen und gab den baar erhaltenen Rest der Cessionsvaluta mit 800 fl. nebst weiteren 700 fl. seiner, damals bereits überschuldeten Mutter als Darlehen.

Drei Monate später, am 9. Januar 1852, bestellte Margaretha St. ihrem Sohne Friedrich für die Summe von 3000 fl., als ein zu 4% verzinsliches, nach 4 monatlicher Aufkündigung rückzahlbares Darlehen Hypothek auf ihrem Anwesen; — an

¹⁾ Wgl. Blätter f. RM. Bd. XIV S. 25.

15. Februar 1852 zeigte dieselbe dem Gerichte ihre Insolvenz an.

Friedrich St. nahm in dem sofort eröffneten Konkurse für seine Hypothekforderung die II. Klasse in Anspruch, von einigen Gläubigern wurde jedoch die bestellte Hypothek und der Anspruch auf Lokation in die II. Klasse aus dem Grunde angefochten, weil die Hypothekbestellung in fraudem creditorum geschehen sei, indem sowohl die Kreditarin, als auch Liquidant zur Zeit der Hypothekbestellung von der Ueberschuldung der Ersteren Kenntniß gehabt hätten.

In I. Instanz wurde die Forderung des Friedrich St. unter der Voraussetzung in die II. Klasse lozirt, daß Liquidant den Eid leiste,

daß die am 9. Januar 1852 für seine Forderung bewirkte Hypothekbestellung nicht in der Absicht vorgenommen worden sei, die übrigen

Gläubiger, oder einige derselben zu verkürzen, dagegen erachtete die II. Instanz die geltend gemachte exceptio Pauliana nicht nur für gegründet, sondern auch für liquid, da Friedrich St. durch Bestellung einer Hypothek für seine Forderung einen Gewinn gemacht und, wie aus den Umständen erhellte, von der bereits zur Zeit der Hypothekbestellung bestehenden Ueberschuldung seiner Mutter Kenntniß gehabt, sonach die unrechliche Absicht derselben, durch die ihm eingeräumte hypothekarische Sicherheit andere Gläubiger zu verkürzen, getheilt habe; — der oberste Gerichtshof lozirte jedoch (durch Erkenntniß vom 13. Juli 1854 Nr. 809^{53/54}) die Forderung des Friedrich St. unbedingt in die II. Klasse, und zwar aus nachstehenden Gründen:

Mittels des Paulianischen Rechtsmittels kann unter den in der OÖ. Kap. 19 §. 19 Ziff. 2 und 3 bezeichneten Voraussetzungen allerdings auch die Bestellung einer Hypothek von den hiedurch benachtheiligten Gläubigern angefochten werden.

Fr. 10 §. 13, fr. 22 quae in fraud. cred.
(42, 8); Seuffert, Kommentar Bd. IV
S. 421 Note 6;

allein. Hierzu wird nicht bloß erfordert, daß die Hypothekbestellung von dem Schuldner gefährlichertweise zum Präjudiz und Schaden anderer Gläubiger geschehen sei, sondern auch — nach Ziff. 3 der O. a. a. D. —, daß der Gläubiger, für welchen die Hypothek bestellt worden, selbst einigen Theil an der Gefährde, oder durch die Hypothekbestellung einen lukrativen Erwerb gemacht hatte, da die Hypothek und der mit derselben für den Gläubiger verknüpfte Vortheil ohne Entschädigung rescindirt werden soll.

Die letztere Voraussetzung ist in dem vorliegenden Falle nicht gegeben. Daß dem Liquidanten eine Forderung im Betrage von 3000 fl. an seine Mutter wirklich zusteht, steht rechtskräftig fest; — es geht zwar aus dem eigenen Vorbringen des Revidenten hervor, daß Friedrich St. seiner Mutter nicht ein Darlehen von 3000 fl. gegen Bestellung der angebotenen Hypothek gegeben hat, daß vielmehr dessen Forderung zum Theile dadurch entstanden ist, daß er sich bei der schon im Oktober 1851 stattgehabten Cession seiner hypothekarisch versicherten Legat-Forderung von 2300 fl. an G. Sch. zwei Schuldscheine seiner Mutter im Betrage von 1500 fl. an der Cessionsvaluta abziehen ließ;

vgl. allg. pr. W. Thl. I Tit. XVI §. 45, und daß Liquidant auch die übrigen 1500 fl. seiner Mutter gleichzeitig mit dieser Cession, und nicht erst am 9. Januar 1852 bargeliehen hat; — allein auch die Bestellung einer Hypothek für eine bereits bestehende Forderung (vetus creditum) kann, auch wenn derselben ein gesetzlicher Titel zur Erwerbung einer Hypothek nicht zur Seite steht, als ein lukrativer Erwerb des Gläubigers nicht angesehen werden.

Das dingliche Recht der Hypothek ist nur ein accessorisches Recht, welches zur Sicherheit einer Forderung dienen soll; — wenn auch die Bestellung einer Hypothek dem Gläubiger in Ansehung seiner Forderung einen wesentlichen Vortheil gewähren kann, so ward doch das Vermögen des Gläubigers durch die Hypothekbestellung nicht positiv vermehrt, es wird durch dieselbe nicht eine Bereicherung des Gläubigers bewirkt, sondern soll nur ein möglicherweise eintretender Schaden von demselben abgewendet werden.

Vgl. Franke im Archiv für civ. Prag. Bd. XVI S. 127, 128, 134.

Die Bestellung einer Hypothek für eine bestehende Schuld kann daher nicht als ein Akt der Liberalität angesehen, sie kann nicht mit einer Schenkung, mit der Zuwendung eines Legates, von welchen fr. 6 §. 11 und 13 quae in fraud. cred. spricht, auf gleiche Linie gestellt werden,

vgl. Savigny, System Bd. IV S. 52, 53, und wenn die wirkliche Bezahlung einer Schuld eine titulo lucrativo geschehene Alienation im Sinne der G.D. a. a. D. Ziff. 3 unbezweifelt nicht ist, so kann die Bestellung einer Hypothek, durch welche die Zahlung der Schuld nur gesichert werden soll, um so weniger als eine solche betrachtet werden.

Es ist daher auch die für eine bereits bestehende Schuld bestellte Hypothek der Anfechtung mittels des Paulianischen Rechtsmittels nur dann unterworfen, wenn die Hypothekbestellung von dem Schuldner gefährlicher Weise zum Präjudiz und Schaden anderer Gläubiger geschehen ist, und auch der Gläubiger an dieser Gefährde Theil genommen hat.

Vgl. fr. 22 eod. — Franke a. a. D. S. 260. — Savigny, System Bd. IV S. 55. — Wangerow, Pandekten §. 697. Ann. IV. Seuffert's Archiv obersterichterlicher Entscheidungen Bd. IV S. 456.

Daß Friedrich St. an der Gefährde der Kreditoren, an der fraudulösen Absicht, welche dieselbe bei Bestellung der Hypothek gehabt haben soll, selbst einigen Theil gehabt habe, hat Exzipient gar nicht behauptet, abgesehen davon, daß diese allgemeine Behauptung zur Begründung der Einrede nicht genügt hätte, sondern die besonderen Umstände, aus welchen die Gefährde erhellen soll, hätten angeführt werden müssen.

Vgl. Seuffert, Comment. Bd. IV S. 422 Note 13.

Zwar wurde behauptet, daß auch Friedrich St. davon Kenntniß gehabt habe, daß seine Mutter schon zur Zeit der Hypothekbestellung überschuldet gewesen sei, und das Gericht II. Instanz hat diese Thatsache für genügend erachtet, um das Vorhandensein einer rechtswidrigen, unredlichen Absicht des Liquidanten annehmen zu können; — allein mit Unrecht, denn der Gläubiger, welcher ohne betrügerische Vorspiegelungen, oder sonstige unredliche Umtriebe lediglich für seine wohlbegründete Forderung Zahlung oder Sicherstellung zu erlangen bestrebt ist, macht nur von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch und handelt auch dann weder widerrechtlich, noch unredlich, wenn er sich hiebei bewußt ist, daß durch seine Befriedigung oder Sicherstellung dem Schuldner die Mittel zur Befriedigung anderer Gläubiger entzogen werden; — v. Kreittmayr bemerkt zu Kap. 19 §. 19. der O.D. (lit. b) ausdrücklich, es sei Jedem erlaubt, sich in Zeiten zu vigiliren, so gut er kann, und hindere nicht, daß man von dem schlechten Zustande des debitoris schon Nachricht gehabt habe, cum jura vigilantibus scripta sint, und das von Kreittmayr allegirte fr. 6 §. 7 quae in fraudem sagt, daß derjenige, welcher die ihm geschuldete Summe bezahlt erhalten, auch dann, wenn er gewußt habe, daß der Schuldner nicht mehr

solvendo sei, von der actio Pauliana nicht getroffen werde: sibi enim vigilavit.

Vgl. auch fr. 10 §. 2 eod.

Bei diesen Verhältnissen hat es darauf, ob die Schuldnerin die angefochtene Hypothekbestellung gefährlicher Weise, d. i. in der Absicht, den Liquidanten auf Kosten anderer Gläubiger zu begünstigen, vorgenommen habe, nicht weiter anzukommen, da jedenfalls die unter Ziff. 3 der G.D. a. a. O. bezeichnete Voraussetzung — lufrativer Erwerb, oder Theilnahme des Gläubigers an der Gefährde — fehlt.

Die geltend gemachte exceptio Pauliana ist daher ungegründet, und es kann dem Liquidanten auch nicht, wie in I. Instanz geschehen, der Eid aufgelegt werden:

daß die Hypothekbestellung nicht in der Absicht vorgenommen worden sei, andere Gläubiger zu verkürzen,

da die Eidesauflage besondere Thatsachen zum Gegenstande haben müßte, aus welchen die Theilnahme des Liquidanten an der Gefährde zu entnehmen wäre, solche Thatsachen aber von dem Exzipienten nicht behauptet worden sind, und namentlich die Thatsache, über welche derselbe dem Liquidanten den Haupteid zugeschoben hat, nämlich daß derselbe am 9. Januar 1852 von der Ueberschuldung seiner Mutter Kenntniß gehabt habe, für sich allein einen Schluß hierauf, wie eben erörtert, nicht zuläßt.

Auf gleiche Weise wurde erkannt am 24. Juli 1854. Nr. 1127⁵³/₅₄. ***y***.

2.

Zur Interpretation des §. 23 Ziff. 1 der Prioritätsordnung.

Ein Sohn der Kreditrix hatte im Konkurse eine hypothekarisch versicherte Darlehensforderung von 3000 fl. liquidirt und nahm für dieselbe für den

Fall, daß er aus dem Erlöse des Hypothekobjektes keine volle Befriedigung erhalten sollte, auf dem Grunde des §. 23 Ziff. 1 der Prioritätsordnung Lokation in die IV. Klasse in Anspruch, da nach dieser gesetzlichen Bestimmung alle Forderungen der Kinder an ihre Eltern sich zur Lokation in die IV. Klasse eigneten.

In I. Instanz wurde auch diese Darlehensforderung eventuell in die IV. Klasse lozirt, vom Gerichte II. Instanz dagegen wurde dieselbe in die V. Klasse verwiesen, und diese Lokation auch vom obersten Gerichtshofe bestätigt.

Die Gründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 13. Juli 1854 (Nr. 809³/₅₄) sagen in dieser Beziehung:

Die Behauptung des Revidenten, daß nach §. 23 Ziff. 1 der Prioritätsordnung jedweder Forderung der Kinder an ihre der Gant verfallenen Eltern das Vorzugsrecht der IV. Klasse gebühre, ist gerade nach dem Wortlaute des Gesetzes, auf welchen Revident sich bezieht, ungegründet, indem aus demselben hervorgeht, daß dieses Vorzugsrecht nur gewissen Forderungen der Kinder eingeräumt werden wollte.

Der Schlußsatz der Ziff. 1 des §. 23

„oder (was sie) als sonst erworbenes Vermögen zu fordern haben“

kann nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, als ob hiemit Forderungen aller Art, welche den Kindern gegen ihre Eltern zustehen, haben bezeichnet werden wollen, denn in diesem Falle wäre es einerseits ganz unnöthig gewesen, vorausgehend einige Arten der Forderungen der Kinder an ihre Eltern — Vater- und Muttergut, Voraus bei Einkindschaftungen — speziell aufzuführen, wodurch die Absicht des Gesetzgebers nur verdunkelt werden konnte, andrerseits aber wären die Worte: „als sonst erworbenes Ver-

mögen“ ohne alle Bedeutung und rein überflüssig, indem es genügt hätte, zu sagen:

„oder sonst zu fordern haben“; —

vielmehr weisen diese Worte, von welchen nicht angenommen werden darf, daß sie bedeutungslos seien, darauf hin, daß der Gesetzgeber hierbei solche Forderungen im Auge gehabt habe, welche, gleich den Forderungen für Vater- und Muttergut und Voraus, in dem elterlichen Verhältnisse ihren Grund, oder doch ihre Veranlassung haben, nämlich Ersatzforderungen für Vermögenstheile, welche aus Anlaß dieses Verhältnisses, namentlich aus Anlaß der väterlichen Gewalt in den Besitz des Patens gekommen und, wie dies in Konkursfällen gewöhnlich, nicht mehr in natura vorhanden sind, und es kann daher das Vorzugsrecht der IV. Klasse keinesfalls auf solche Forderungen ausgedehnt werden, welche aus zwischen den Eltern und Kindern abgeschlossenen Verträgen herühren.

Da die Forderung der Revidenten auf einem Darlehen beruht, eignet sich dieselbe demzufolge — abgesehen von der bestellten Hypothek — nach §. 25 Ziff. 1 der Prioritätsordnung lebiglich zur Lokation in die V. Klasse.

h.

3.

Ablehnung einer anderen rechtlichen Folgerung ist keine unzulässige Klageänderung.

Hierüber sagen die Motive einer oberstrichterlichen Verfügung:

Was den Gesichtspunkt der Bereicherung des Beklagten betrifft, so hat der Kläger ihn zwar erst in der Replik ausdrücklich geltend gemacht. Es kann dies jedoch nicht als eine unzulässige Aenderung der Klage angesehen werden, da der Kläger nicht

etwa durch neue Thatumstände eine anderweite Begründung seines Anspruches versucht, sondern lediglich aus den schon in der Klage erzählten Thatfachen eventuell eine zweite rechtliche Folgerung zieht, indem er meint, wenn auch kein von ihm an den Beklagten gegebenes Darlehen bewiesen werde, so habe dieser sich doch zu dem baaren Empfange von 350 fl. bekannt und sei daher, nachdem der Wechsel als solcher seine Kraft verloren habe, mit dem Schatzen des Klägers bereichert. . . .

Erk. des OAB. zu Lübeck vom 22. Januar 1853. Frankfurter Sammlung (von J. J. Römer) Bb. 1 S. 24.

4.

Simulation wirkt nicht immer Ungültigkeit.

Wurde ein wirklich beabsichtigtes Geschäft (z. B. eine Schenkung) unter dem Scheine, als sei es ein anderes (z. B. Kauf und Verkauf) eingegangen, so sind Gültigkeit und Wirkungen nach dem, was beabsichtigt wurde, zu beurtheilen. . . . Keineswegs zu rechtfertigen wäre die Annahme, daß die vorgekommene Verkleidung an und für sich ein hinreichender Grund sei, das Geschäft als ungültig anzusehen. Wurde unter den gegebenen Umständen durch die beabsichtigte Schenkung, wie sie in der That verabredet worden, keinem Geseze, keinem bestehenden Rechte zuwider gehandelt, so gelangt das Geschäft in dieser Eigenschaft zu rechtlicher Wirksamkeit, ohne daß derjenige, zu dessen faktischem Nachtheile es etwa gereicht, die hier nicht als rechtswidrig erscheinende Simulation zur Anfechtung geltend machen könnte.

Vgl. OABG. v. 28. März 1854. Nr. 1781^{61/52}.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Ueber die Grenzen der Kompetenz der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgründe. — Testament vor dem Pfarrer und zwei Zeugen nach Sainberger Recht. — Subjektive Alagenhäufung. — Zeugenverwerfung. — Verwahrung. Würdigung in der höheren Instanz.

Ueber die Grenzen der Kompetenz der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgründe:

Von Prof. Dr. Dollmann.

Bgl. oben S. 280 f.

Die Geschwornen haben die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld. Demgemäß ist die Hauptfrage an dieselben dahin zu richten, ob sich der Angeklagte des Verbrechens, welches den Gegenstand der Anklage bildet, schuldig gemacht habe, wobei alle wesentlichen thatsächlichen Beziehungen, wie solche in der Anklageschrift enthalten sind oder sich bei der Verhandlung herausgestellt haben, in die Frage mit aufzunehmen sind. Es sind ferner an die Geschwornen über diejenigen Thatumstände so weit thunlich abgesonderte Fragen zu stellen, welche eine schwerere Qualifikation des Verbrechens begründen, und eben so auf die bei der Verhandlung hervorgetretenen Strafmilderungsgründe. Dagegen sind solche Thatumstände, welche bloß auf die Ausmessung der Strafe innerhalb eines höchsten und niedrigsten Strafmaasses

Einfluß haben, der Würdigung des Gerichtshofes überlassen. — Der Schwurgerichtshof hat, im Falle der Wahrpruch auf schuldig lautet, auf die durch das Gesetz angebrohte Strafe zu erkennen; wenn er jedoch der Ansicht ist, daß die That, deren der Angeklagte durch den Wahrpruch für schuldig erklärt worden ist, durch kein Strafgesetz verboten sei, so hat er auf Freisprechung von der Strafe zu erkennen¹⁾.

Indem sich die bayerische Gesetzgebung, auch hierin im Wesentlichen dem französischen Vorbilde folgend, mit der Aufstellung dieser Prinzipien begnügt hat, um den Geschwornen und dem Schwurgerichtshofe ihre Funktionen zuzuweisen und die Grenzen ihrer Zuständigkeit bezüglich der Aburtheilung festzustellen, hat sie die kasuistische Durchbildung dieser Grundsätze und die Lösung der mancherlei auftauchenden Detailfragen der Doktrin und dem Gerichtsgebrauche überlassen.

Greifen wir für jetzt einen Punkt heraus und fragen wir, in wie ferne die Berücksichtigung und Würdigung der Strafaufhebungsgründe der Urtheilfindung der Geschwornen anheimfällt, in wie ferne sie in das Bereich der Kognition des Schwurgerichtshofes gehört, so hat unser bayerischer Gerichtsgebrauch im Einklange mit der übrigen deutschen Schwurgerichtspraxis bereits nach einer doppelten Richtung hin eine entschiedene Stellung eingenommen.

1.

Es ist unbestrittene Praxis, daß die Berücksichtigung der Unzurechnungsfähigkeit, so wie der Noth-

¹⁾ Grundlagengesetz v. 4. Juni 1848, Art. 10 Nr. 4, Art. 20. — StGG. v. 10. Novbr. 1848 Art. 178, 176—178, Art. 202.

weh'r den Geschwornen zustehe, daß die Entscheidung über das Dasein oder Nichtdasein dieser Strafaufhebungsgründe unmittelbar in dem Verdict über das Schuldig enthalten sei, so daß nicht einmal eine besondere Frage darüber an die Geschwornen zu stellen kommt, indem es hinreicht, daß sie durch den Schwurgerichtspräsidenten auf die Beachtung jener Momente aufmerksam gemacht werden²⁾.

Die Unzurechnungsfähigkeit wie die Nothwehr sind Strafaufhebungsgründe, welche der Handlung selbst innewohnen und dieselbe von Anfang an als eine schuld- und straflose erscheinen lassen.

Einen gleichen Charakter hat der die rechtsverletzende That veranlassende Zwang, die Drohung, der Befehl, eben so der Nothstand, so ferne diese Thatfachen im Strafrecht als Strafaufhebungsgründe anerkannt sind; auch ihre Würdigung gebührt den Geschwornen, und es ist somit nach dieser Seite der allgemeine Grundsatz aufzustellen, daß die Beur-

2) Cod. annot. par Teulet et Sulpicy (1847) T. II, p. 154; Anm. zu Cod. d'i. cr. art. 337 n. 6: La démente et la légitime défense sont comprises dans la question principale et ne doivent pas faire l'objet d'une question particulière. Zu a. 339 n. 38: La démente faisant disparaître complètement la criminalité du fait ne peut pas être l'objet d'une question d'excuse, ni par conséquent d'une question spéciale; elle est nécessairement comprise dans la question principale de culpabilité. ib. n. 41. En matière d'homicide la question de légitime défense est comprise dans celle relative à la culpabilité de l'accusé, et ne peut en conséquence faire l'objet d'une question d'excuse. — Höchster, Lehrbuch des franz. Strafrechts (1852) S. 419 Note a. — Die übereinstimmende preussische Praxis ist bezeugt in *Goldammer's Archiv f. preuss. Strafrecht*, Bd. I S. 604, Bd. II S. 176; — die bayerische in den *Sitzungsberichten* Bd. IV S. 315, Bd. V S. 356, 359; Bd. II S. 208.

theilung aller jener Strafaufhebungsgründe, welche bewirken, daß die That von Hause aus als unverschuldet erscheine, den Geschwornen zustehe.

2.

Mit nicht minderer Entschiedenheit hat sich nach der anderen Seite der Gerichtsgebrauch dahin befestigt, daß die Berücksichtigung der Verjährung der Strafverfolgung, sowie des mangelnden Antrages auf Bestrafung in jenen Fällen, wo die Strafverfolgung durch einen solchen Antrag bedingt ist, nicht der Geschwornenbank, sondern lediglich dem Gerichtshofe gebühre. Haben die Geschwornen nach Lage der Schuldbeweise ein Schuldig gefunden, überzeugt sich aber der Gerichtshof, daß das Delikt verjährt sei, oder daß es an dem die Strafverfolgung bedingenden Antrage des Betheiligten gebreche, so hat er den Beschuldigten von der Strafe freizusprechen³⁾.

³⁾ Rauter, traité théorique et pratique du droit pénal (1836) T. II p. 462 n. 789. Carnot. in Comm. d. C. d'instr. crim. T. II §. 739 n. 3. Toulet zu a. 364 d. C. d'i. cr. Rogron zu demf. Art. — Hinsichtlich des preussischen Gerichtsgebrauchs bezeugt Burckardt in Goldammer's Archiv f. preuß. Strafrecht I, 603, daß derselbe ganz allgemein darüber einverstanden ist, daß die Geschwornen darüber keinen Spruch abgeben dürfen, ob das unter Anklage gestellte Verbrechen bereits verjährt ist, oder nicht. „Denn diese Frage berührt weder die That, noch die Schuld, sondern einzig und allein die nackte Rechtsfrage, ob die verübte That unter das Strafgesetz falle, oder nicht.“ Eben so Stemann a. a. O. II, 176. — Der bay. Kassationshof hat u. 11. Jan. 1851 ein Erkenntniß vernichtet, weil der Schwurgerichtshof, nachdem der Präsident die Frage, ob Verjährung eingetreten sei, zugleich mit der Schuldfrage den Geschwornen zur Würdigung und Entscheidung anheimgegeben hatte, unterlassen hatte, die eingetretene Ver-

Die Schwurgerichtshöfe haben sich, was die Entscheidung der Verjährungsfrage anlangt, mit Recht durch die Erwägung nicht beirren lassen, daß die Beurtheilung derselben nicht auf der Entscheidung einer reinen Rechtsfrage, sondern zugleich auf der Würdigung rein thatsächlicher Umstände beruht. Es wäre ein völliges Verkennen der Stellung und der Zuständigkeit des Schwurgerichtshofes, wollte man annehmen, daß ihm die Beurtheilung des Thatsächlichen prinzipiell und absolut entzogen sei. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Aburtheilung der Schwurgerichtsfälle der Assise zusteht, und daß aus dem Inbegriffe der Urtheilsfunktionen eben nur das Urtheil über Schuld oder Nichtschuld den Geschwornen übertragen ist. Alle übrigen Momente der Urtheilsfällung, welche somit der Kompetenz der Geschwornen nicht anheimfallen, gehören von selbst zur Zuständigkeit des Gerichtshofes, auch wenn eine thatsächliche Feststellung dazu erforderlich ist; — wie denn die Würdigung der Strafzumessungsgründe, welche doch sammt und sonders eine thatsächliche Grundlage haben, ausdrücklich dem Schwurgerichtshofe übertragen ist.

Jährung zu berücksichtigen; Stglingsber. Bd. III S. 9. Vgl. Dr. Walther und Ulstet i. d. Bl. f. RM. Bd. 16 S. 7, S. 321 und folg. — Eben so ist in einem Erkenntnisse des Kassationshofes v. 21. Oktbr. 1851 (Stg. B. Bd. III S. 408) ausgesprochen, daß die Feststellung und Würdigung des mangelnden erforderlichen Strafantrages und der dadurch begründeten Ausschließung der Strafbarkeit nicht in das Bereich der Wirksamkeit der Geschwornen fällt, indem der Schwurgerichtshof zu prüfen habe, ob die Strafbarkeit der That nicht etwa durch einen außerhalb der Verschuldung liegenden Grund getilgt, bez. ob die That nicht eine im Strafgesetze nicht verbotene geworden sei. —

Ein viel scheinbarerer Einwand gegen die Freisprechung von der Strafe, welche der Gerichtshof in den bezeichneten Fällen erläßt, könnte daraus hergeleitet werden, daß nach dem Wortlaute des Gesetzes (StPB. v. 10. Novbr. 1848 Art. 202) der Schwurgerichtshof auf das Schuldig der Geschwornen nur dann die Freisprechung von der Strafe zu erkennen hat, wenn die That, deren der Angeklagte durch den Wahrspruch der Geschwornen für schuldig erklärt worden ist, durch kein Strafgesetz verboten ist. Ein Delikt, welches verjährt ist, oder zu dessen Verfolgung der erforderliche Strafantrag nicht vorliegt, wird aber hierdurch der Eigenschaft einer durch das Strafgesetz verbotenen Handlung nicht entkleidet; nur die Verfolgung desselben soll aus besonderen Gründen unterbleiben. So bemerkt auch Deulet zu Art. 364 des Cod. d'instr. crim., daß im Falle der Verjährung weder eine Losprechung von der Schuld, noch eine Freisprechung von der Strafe zulässig sei, sondern dem Gerichtshofe stehe nur die Erklärung, daß die öffentliche Klage erloschen sei, und demgemäß die Freilassung des Angeklagten zu¹⁾. Allein diese Auffassung hat in der französischen Jurisprudenz keinen Eingang gefunden. Diese geht vielmehr davon aus, daß das Gesetz dem Schwurgerichtshofe nur zwei Formen der Urtheilsfällung nach erfolgtem Schuldausspruche vorzeichnet: die Verurtheilung in eine Strafe oder die Freisprechung von der Strafe. Sind aber hiemit die Urtheilsformen erschöpft, so muß sich die Praxis durch Interpretation helfen, und so werden in der That in der französischen wie in der bayerischen Praxis jene Fälle, in welchen sich während der Verhandlung die Unzulässigkeit der Strafverfolgung herausstellt, jenen Fällen

¹⁾ Vgl. auch Hélie, *théorie de l'instr. cri*
p. 682.

gleichgestellt; in welchen das Gericht die Ueberzeugung gewonnen hat, daß die den Gegenstand der Anschul- digung bildende Handlung unter kein Strafgesetz fällt ⁵⁾).

In dem bezeichneten Gerichtsgebrauche hinsicht- lich der Verjährung und des mangelnden Strafan- trages sind wir ohne Zweifel befugt, die Anerkennung des allgemeinen Grundsatzes zu finden, daß die Wür- digung solcher Strafaufhebungsgründe, deren Wesen in einer Ausschließung der Strafverfolgung enthalten ist, während sie das Dasein der Schuld unberührt lassen, dem Gerichtshofe und nicht den Geschwor- nen zusteht.

Zu den Strafaufhebungsgründen dieses Charak- ters gehört aber außer den oben genannten auch noch die Ertheilung einer Abolition oder Amnestie und die bereits erfolgte rechtskräftige Aburtheilung der Sache; auch durch diese Thatfachen wird einfach die Straf- verfolgung ausgeschlossen, während die Schuld durch dieselben nicht berührt wird.

3.

Während so die Praxis in den beiden bisher dargestellten Punkten kaum mehr einer Insechtung ausgesetzt sein dürfte, tritt hinsichtlich zweier spezieller Strafaufhebungsgründe des bayerischen Rechtes ⁶⁾

⁵⁾ Rogron, zu art. 364 des Code d'instr. cr. — Goltz- dammer a. a. O. S. 603. — Sitzungsberichte Bd. 3 S. 9. — Die hannov. StPD. (1850) weist ausdrücklich die Berücksichtigung des Todes des Verschuldigten, der bereits erlittenen Bestrafung, der Verjährung den Richtern zu: §. 188 a. G.

⁶⁾ Dem französischen Rechte sind diese Exculpationsgründe eben so fremd, als dem neuen preussischen Strafgesetzbuche. Der Strafaufhebungsgrund der thätigen Reue beim Diebstahle ist dem österreichischen StGB. ent- nommen, §. 187 (alt. I, 167).

fortwährend eine Verschiedenheit der Auffassung zu Tage und macht sich in den Anträgen der Bertheiliger und in Kassationsrekursen geltend.

Es ist die thätige Reue beim Diebstahl und die freiwillige rechtzeitige Rücknahme des Meineides, welchen diese Bemerkung gilt.

Sind diese Strafaufhebungsgründe jenen Umständen zu vergleichen, welche die Schuld ausschließen; und gehören sie somit zur Kognition der Geschwornen?

Oder haben sie vielmehr denselben Charakter; wie die Verjährung und der Mangel eines Antrages auf Strafverfolgung, so daß ihre Würdigung dem Gerichtshofe gebührt?

Unser Kassationshof hat in mehreren Erkenntnissen die erste Ansicht ausgesprochen, und in dem Folgenden soll eine erneute und möglichst eingehende Begründung derselben versucht werden?).

Hier ist nun:

a) zuvörderst zu behaupten, daß dem Strafaufhebungsgrunde der thätigen Reue und der freiwilligen Rücknahme des Meineides in der Beziehung, welche für uns die entscheidende ist, derselbe juristische Charakter zukommt, welchen die Unzurechnungsfähigkeit und die Nothwehr an sich tragen: es wird durch jene Thatfachen ebenfalls die Schuld aufgehoben.

Der Beweis dieses Satzes wird keine Schwierigkeit haben, wenn wir davon ausgehen, daß die Frage, ob in einem gegebenen Falle ein Reat vorliege, eine Frage ist, welche das Gericht zu lösen hat, und welche also nur vom Standpunkte des Gerichtes aus beurtheilt werden muß. Hieraus wird von selbst folgen, daß das Dasein der Schuld nach

?) Sitzungsberichte Bd. III S. 402, Bd. V, S. 145. — Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege d. K. M. Bayern Bd. I S. 145.

keinem andern Zeitpunkte zu beurtheilen ist; als nach dem, wo sich das Gericht mit der Sache befaßt, d. h. nach dem Zeitpunkte der Eröffnung der Untersuchung. Da nun die exculpierende Wirkung der thätigen Meue, wie der Zurücknahme des Meineides, das durch bedingt ist, daß jene Handlungen der Eröffnung einer Untersuchung in der Richtung auf den Diebstahl oder den Meineid zuvorgekommen sind, so ist klar, daß, wenn gleichwohl in einem solchen Falle später eine Strafverfolgung wegen Diebstahls oder Meineides eingetreten ist, dieselbe eben so wenig eine Schuld vorfindet, als wenn ein Fall der Unzurechnungsfähigkeit oder der Nothwehr vorläge.

Ist dem aber also, so folgt von selbst, daß die Unterschiede, welche zwischen dem Strafaufhebungsgrunde der Unzurechnungsfähigkeit und der Nothwehr einerseits und dem der thätigen Meue und der Rücknahme des Meineides andererseits allerdings stattfinden, für die uns vorliegende Frage völlig gleichgültig sind. So kann namentlich darauf nichts ankommen, daß die zuerst bezeichneten Umstände der That von Anfang an das Gepräge einer unverschuldeten ausdrücken, während durch die zuletzt erwähnten erst hinterdrein die von Anfang an allerdings vorhandene Schuld getilgt wird. Denn hinsichtlich der Frage nach der Schuld kommt es lediglich auf den Zeitpunkt der Strafverfolgung an, in diesem Zeitpunkte aber ist in den letzteren Fällen eben so wenig, wie in den ersteren, eine Schuld vorhanden *).

Indem wir hiemit alles Gewicht darauf legen, daß die Strafverfolgung auch in den letzteren Fällen

*) Allerdings muß auch die Verjährung schon vor der Eröffnung der Untersuchung vollendet sein. Allein durch diesen Umstand kann der entlebene spezifische Charakter der Verjährung nicht alterirt werden, in Folge dessen ihre Berücksichtigung Sache des Gerichts hofes ist.

keine Schuld vorfindet, können wir dem in einer Anmerkung zu einem Berichte über ein Erkenntniß unseres Kassationshofes hauptsächlich betonten Gesichtspunkte nur eine adiminulirende Bedeutung einräumen ⁹⁾. Es wird dort der Umstand hervorgehoben, daß es sich bei der thätigen Reue „um eine der That nachfolgende eigene Handlung des Angeklagten fragt, welche nur durch einen Wahrspruch der Geschwornen festgestellt werden kann, während bei der Verjährung und bei dem Verzicht auf die Strafverfolgung Thatfachen in Frage sind, welche nur der Schwurgerichtshof festzustellen und zu beurtheilen im Stande ist.“

Soll diese Argumentation ihren Nerv in der hervorgehobenen Unfähigkeit der Beurtheilung und Feststellung der bezeichneten Thatfachen nach beiden Seiten hin haben, so vermögen wir nicht, uns dieselbe anzueignen. Warum soll der Schwurgerichtshof nicht im Stande sein, eine der That nachfolgende eigene Handlung des Angeschuldigten festzustellen und zu würdigen, da ihm doch die Feststellung und Würdigung aller die Strafzumessung bedingenden Momente übertragen ist, unter welchen ebenfalls eigene Handlungen des Angeschuldigten sein können? ¹⁰⁾ Und warum sollen andererseits die Geschwornen nicht im Stande sein, die thatsächlichen und juristischen Erfordernisse der Verjährung zu würdigen, da sie doch das Dasein der gleichermaßen auf faktischen und rechtlichen Momenten beruhenden Schuld festzustellen haben? Nicht in der Unfähigkeit zu der einen und anderen Beurtheilung, auch nicht in der Beschaffenheit der thätigen Reue als einer eigenen Handlung des Angeschuldigten möchte das Prinzip für die Kompetenzabgrenzung der Geschwornen und des Gerichtshofes

⁹⁾ Sitzungsberichte Bd. III S. 409.

¹⁰⁾ StGB. I Art. 92 und 94. Auch der Rückfall ist nach der neuesten Gesetzgebung ein Strafzumessungsgrund.

hofes zu suchen sein, sondern lediglich in dem Inhalte der den Geschwornen übertragenen Vollmacht, und in der Wirkung der thätigen Reue selbst. Die Rücksicht, daß in der thätigen Reue eine eigene Handlung des Beschuldigten zu Tage tritt, kann lediglich zur Begründung einer Analogie mit den von Anfang an wirkenden Aufhebungsgründen der Verschuldung benutzt werden. Die Analogie liegt darin, daß es in beiden Fällen ein subjektives Moment ist, welches die Strafbarkeit ausschließt: dort ein Zustand des Handelnden, hier eine nachträgliche Handlung, welche mit der strafbaren That in einem Continuitätsverhältnisse steht und mit ihr ein zusammenhängendes Ganze bildet. Hiedurch ist allerdings eine große Kluft gegenüber der Verjährung und den mit der letzteren gleichgearteten Strafaufhebungsgründen befestigt. Denn die Verjährung steht zu dem verübten Delikte in einem ganz äußerlichen und zufälligen Verhältnisse, indem ihr Eintritt eine von dem Willen des Thäters ganz unabhängige Folge positiver Gesetze ist ¹¹⁾).

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Testament vor dem Pfarrer und zwei Zeugen nach Bamberger Recht.

Bgl. Bd. XII Erg. Bl. S. 71.

Hierüber entnehmen wir aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung, folgende Sätze:

¹¹⁾ Aus den Ausdrücken der Diebstahlsnovelle Art. 11 befürchten wir keinen Einwurf. Allerdings sagt der

1) Wird ein Testament in obiger privilegirter Form des Bamberger Rechtes mündlich errichtet und des Beweises wegen in Schrift gebracht, so ist die Beidrückung von Siegeln bei der Unterschrift der Zeugen — im Hinblick auf die Notariatsordnung vom 1512 Tit. I §. 5 — nicht für nöthig zu erachten. Die Schrift erscheint hier lediglich als Beweismittel über das mündlich errichtete Testament; die Zeugen sind daher bezüglich der Urkunde nicht Solennitäts-, sondern Beweiszeugen.

2). Uebereinstimmend mit dem angeführten §. 5 der N.O. bestimmt §. 11 Th. I Anh. I S. 56 des Bamberger R. bezüglich der Redaktion des mündlichen Testaments (obiger Kategorie) in die Schrift, daß der zur Aufzeichnung verpflichtete Pfarrer den Aufsat den Zeugen vor ihrer Unterschrift vorlesen solle („schuldig sei“). Wenn nun eine Testamentss-Beweisurkunde dieser Art der geschehenen Vorlesung nicht erwähnt, und der das Testament anfechtende Intestaterbe, daß die Vorlesung geschehen, bestreitet, der eingesezte Erbe aber solches behauptet, so fragt es sich, welchem von Beiden die Beweislast aufzubürden sei? Der oberste Gerichtshof hat in einem gegebenen Falle dem klagenden Intestaterben zu beweisen aufgelegt:

daß die Vorlesung der über das Testament errichteten Urkunde vom 13. Febr. 1851 (Klagsbeilage) von Seite des Pfarrers vor den Zeugen unterlassen worden sei.

Hieran knüpfte sich eventuell, für den Fall der Er-

Art.: „Wenn der Dieb u. s. w., so findet dieses Diebstahls wegen keine Untersuchung und Verurtheilung Statt.“ Es kam gewiß den Verfassern der Novelle nicht in den Sinn, durch diese Ausdrucksweise den Streit entscheiden zu wollen, ob die thätige Reue ein Aufhebungsgrund der Schuld oder nur der Strafverfolgung sein soll...

bringung dieses Beweises, die weitere dem beklagten Testamentserben gemachte Beweisauflage:

daß der Erblasser am 13. Febr. 1851 in Gegenwart des Pfarrers N. und der erbetenen Zeugen E. und F. seinen letzten Willen in der Art erklärt habe, wie in der Klagsbeilage unter Nr. 1—5 enthalten ist.

In der Motivirung kommt unter Anderem vor:

Reidet ein Testament an keinem äußeren Sollenmangel, wird jedoch von dem auf Nichtigkeit desselben klagenben Intestaterben das Dasein eines solchen, trotz der äußerlich vollständigen Form, oder ein anderweitiger innerer Mangel bei der Konfektion, welcher eines besonderen Ausdruckes in der Form nicht bedarf, behauptet, so trifft ihn in beiden Fällen die Beweislast.

Vorst. Beweislast S. 69.

Glück, Kommentar Bd. 34 S. 290.

Blätter f. R. N. Bd. 13 S. 220.

Man erwähnt zwar, die der Klage beigelegte Testamentsurkunde der dem Pfarrer zur Pflicht gemachten Vorlesung nicht, allein es begründet die fragliche Vorschrift keinen Zusatz zu den sonstigen Formbestimmungen, sondern sie stellt nur eine Bedingung auf, von welcher die Beweiskraft der den Hergang der Testamentserrichtung beschreibenden Urkunde abhängen soll.

Es ist daher für die Gültigkeit des mündlichen Testamentes die Erwähnung des Vorlesens an die Zeugen in der hierüber gefertigten Urkunde als Form nicht nothwendig, andererseits wird aber die Beweiskraft der Urkunde als Beweismittel des Testamentes durch den allenfalls möglichen Nachweis über die Unterlassung der Vorlesung bei der Errichtung der Urkunde zerstört.

Allein auch dieser Nachweis über einen Konfektionsmangel der Beweisurkunde hat nicht die gänzliche Nichtigkeit des mündlichen Testamentes zur

Folge, da ein solches nicht allein durch die hinterher, des Beweises wegen, errichtete Urkunde, sondern auch, wenn diese Urkunde verloren wird, oder an einem Konfektionsmangel, wie hier behauptet ist, leidet, durch Abhör der Zeugen (wenn sie noch leben) bewiesen werden kann, diese Zeugen aber, ungeachtet der nicht geschenehen Vorlesung, die Gesezmäßigkeit des Vorganges bestätigen können.

Seuffert's pr. Pandkt. (1849) §. 524
Note 16; §. 525 letzter Absatz.

Wenn demnach in dem behaupteten Mangel der Vorlesung kein Solennitätsmangel des Testaments selbst liegt, sondern dieser behauptete Mangel nur die Beweiskraft der Skriptur, welche das mündliche Testament beweisen soll, berührt und überdies ein solcher ist, welcher den inneren Hergang bei Errichtung des Beweisdokumentes betrifft, so hat der Kläger denselben zu beweisen und derselbe ist, da er im Falle des Nachweises die Beweiskraft der zum Beweise des mündlichen Testaments vorgelegten Skriptur (Urkunde) aufhebt, keineswegs unerheblich. — Weil ferner der Kläger die gesetzmäßige Entstehung des materiellen Inhaltes der Testamentsurkunde, welcher in Nr. 1—5 der fraglichen Urkunde bezeichnet ist, überhaupt und schlecht hin in der Klage bestreitet, so kann nicht als von ihm eingeräumt angenommen werden, daß, abgesehen von allen Mängeln der Testamentsurkunde, der Testator mündlich (ohne Rücksicht auf den Beweis hierüber durch die Urkunde) in gesetzlicher Weise so seinen letzten Willen vor dem Pfarrer und zwei Zeugen ausgesprochen habe, wie in der Urkunde sub Nr. 1—5 verzeichnet ist. — Auf das Gegebensein eines rein mündlichen, nicht durch die Skriptur, sondern auf andere Weise zu erweisenden Testaments, hat sich aber eventuell der Beklagte berufen, und dieses Vorbringen erscheint,

gegenüber der allgemein angestellten Testamentnichtigkeitssklage, für den Fall der Nichtbeweisfähigkeit der über das mündliche Testament errichteten Skriptur, als wahre, eventuelle Einrede. Es muß auch diese Behauptung dem Beklagten zum Beweise nachgelassen werden, nämlich für den Fall, daß der Kläger die Unterlassung der Vorlesung der Urkunde beweisen sollte. In diesem Sinne ist daher der Beklagte durch die Beweisaufgabe der vorligen Instanzen, aus welcher die Folgerung gezogen werden könnte, als sei sofort der Klagsbitte stattzugeben, wenn Kläger den Beweis, daß die Vorlesung unterblieben, erbringen sollte, allerdings beschwert, und es mußte, da in der Revisionsbitte des Beklagten um Streichung der fraglichen dem Kläger gemachten Beweisaufgabe auch die auf das Oeringere — die Gestattung eines Einredebeweises dagegen, virtualiter enthalten ist, dem Beklagten der bezeichnete eventuelle Beweis freigelassen werden.

DAOE. v. 27. Aug. 1853. Nr. 544⁵²/₅₃.

p. µ.

2.

Subjektive Klagenhäufung.

In einem gegebenen Falle hatten 36 Hinterlassen einer Hofmark gegen den Gutsherrn zusammen das Recht eingeklagt, aus den gutherrlichen Wäldungen ihren alljährlichen Streubedarf unentgeltlich zu beziehen. Die vom Beklagten entgegengesetzte Einrede der fehlerhaften Klagenhäufung wurde verworfen. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen unter Anderem:

Nach den Anmerk. zur OÖ. Kap. VII §. 2 lit. g versteht man unter Litisconsorten jene Parteien, welche die nämliche causam und das nämliche

ius agendi vel defendendi haben. Nun behaupten die Kläger, es stehe ihnen als Unterthanen der Hofmark Sch. das Recht zu, aus den Gutsvaldungen ihren alljährlichen Streubedarf unentgeltlich zu beziehen. Wenn sie nun auch die causa remota ihrer Berechtigung nicht bezeichnet haben, so ist doch durch aus kein Grund gegeben, anzunehmen, daß sie solche aus verschiedenen Rechtstiteln ableiten. Es ist daher anzunehmen, daß die causa petendi bei allen Klägern dieselbe sei. Gleiches ist bezüglich des Gegenstandes der Klage und der Sache der Fall, wider welche der Anspruch gerichtet ist; es würde deshalb in hohem Grade unzuweckmäßig und widernatürlich erscheinen, jeden der 36 Kläger zu einer gesonderten Klage anzuhalten.

DAGE, v. 13. Mai 1848. Nr. 1034⁴⁵/₄₆.

3.

Zeugenberwerfung. Verwahrung. Würdigung in der höheren Instanz.

Erachtet der höhere Richter die vom Untergerichte (wegen angenommener Untüchtigkeit) bewirkte Berwerfung eines Zeugen als nicht gerechtfertigt, so ist gleichwohl der (durch rechtzeitige Verwahrung gesicherten) Beschwerdeführung des Produzenten keine Folge zu geben, wenn aus dem Zusammenhalte mit den sonstigen Beweismitteln hervorgeht, daß die Aussage, deren Nachholung verlangt ist, auf keinen Fall eine Aenderung im Gesamtergebnisse herbeiführen könne.

Bgl. DAGE, v. 8. März 1853. Nr. 986⁵⁰/₅₁.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ueber die Grenzen der Kompetenz der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgründe. — Einkaufskommission oder Lieferungsauf. Eisenbahnproben. Einzahlungen, vom Kommissionsär geleistet. Verschleiß des Kommittenten. — Ausdrücklicher Verzicht auf die Duplik zieht die Annahme des Angebots der zur Begründung von Reklamen angeführten Thatsachen nach sich. — Stutzgehalt, in eine ständige Rente verwandelt. —

Ueber die Grenzen der Kompetenz der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes hinsichtlich der Berücksichtigung der Strafaufhebungsgründe.

von Prof. Dr. Dollmann.

(Schluß.)

b) Sollte die unter a) vorgetragene Argumentation gleichwohl noch Zweifel übrig lassen, so bietet sich für den von uns vertheidigten Satz noch eine andere selbständige Begründung dar, welche für sich allein ebenfalls vollkommen ausreichend scheint.

Wenn es einen der thätigen Reue und der Rücknahme des Meineides völlig gleichartigen Strafaufhebungsgrund gäbe, bei welchem gar nicht zweifelhaft sein kann, daß die Beurtheilung desselben ein Stück der Schuldfrage bilde und somit der Kompetenz der Geschwornen zufalle, so wäre wohl damit ein ausreichender Beweis dafür geliefert, daß auch für die zuerst genannten Exculpationsgründe ein Gleicheß gelten müsse.

Dies ist nun aber in der That der Fall.

Wer bereits zu einer strafbaren Versuchshandlung vorgegangen ist, dann aber freiwillig von Vollendung des Verbrechens absteht, ist ohne Zweifel in dem Sinne straflos, daß eine Schuld desselben schlechthin nicht vorliegt. Denn es gehört zum Thatbestande des strafbaren Versuches, daß die Vollendung der That durch äußere Hindernisse unterblieben sei, so daß, wo dies letztere Moment fehlt, keine Schuld vorhanden ist. Die Geschwornen haben in der Schuldfrage bezüglich des Versuches immer auch jenen Umstand zu würdigen und zu bescheiden ¹²⁾.

Dies gilt selbstverständlich von allen Fällen des freiwilligen Abstehens vom Versuche, somit auch von jenen, wo nach den Umständen des Falles das Abstehen vom Versuche sich durch eine positive Handlung äußern muß. Man denke sich, der A hat in eine Flasche Mixtur, von welcher der B von Zeit zu Zeit zu nehmen pflegt, Gift gethan. Einige Tage darauf ergreift den A Reue, und er vertauscht die vergiftete Flasche mit einer anderen unschädlichen, ehe noch der B von der ersteren genommen hat. — Doch nehmen wir jene Beispiele, welche unser Gesetzbuch selbst darbietet. Wer nach gelegtem Brande, durch Reue bewogen, vor Ausbruch des Feuers die Brandmaterialien wieder hinweggenommen oder getilgt hat, unterliegt keiner peinlichen Strafe, sagt

¹²⁾ Nach der preussischen Praxis ist der Umstand, daß der Beschuldigte nur durch äußere Umstände an der Vollendung des Verbrechens verhindert wurde, in die Frage hinsichtlich des Versuches mit aufzunehmen, und zwar soll ganz speziell danach gefragt werden, durch welche äußere Umstände der Versuch nicht zur Vollendung gediehen ist. *Goldammer's Archiv* Bd. I, S. 590.

Art. 251 des StGB. Thl. I, und die Anmerkungen (Bd. 2 S. 208) bemerken hierzu ausdrücklich, daß dieser Satz auf den allgemeinen Bestimmungen über strafflosen Versuch beruht, weil zur Vollenbung des Verbrechens erfordert wird, daß das Feuer ausgebrochen sei. — Einen anderen hieher gehörigen Fall bietet das Komplott (Art. 53). Ein Theilnehmer am Komplott, welcher bei der Ausführung des verbrecherischen Planes nicht mitgewirkt hat, ist strafflos, wenn er vor der Ausführung der That das Komplott der Obrigkeit angezeigt hat, was die Ann. (I, S. 170) ebenfalls mit Recht auf die Grundsätze des freiwilligen Abstehens vom Versuche zurückführen; da das Komplott, für sich betrachtet, und so weit die That nicht zur Ausführung kam, nur als Versuch strafbar ist.

Die vollständige Gleichartigkeit dieser letzteren Fälle mit der thätigen Reue beim Diebstahle und der Zurücknahme des Meineides wird keines weiteren Beweises bedürfen. Wir haben ganz gleichmäßig auf beiden Seiten zuvörderst eine strafbare Handlung, dann eine nachfolgende eigene positive Thätigkeit des Beschuldigten, durch welche die Strafbarkeit der ersteren getilgt worden ist. Sind nun aber beide Fälle gleichartig, so müssen sie auch in allen den Beziehungen, in welchen der gleichartige Charakter einflußreich ist, auf gleiche Weise beurtheilt werden.

Gehört somit die durch nachträgliche positive Handlungen bethätigte Reue beim Versuche zur Schulbfrage, so muß auch die beim Diebstahle und bei dem Meineide durch eine nachträgliche positive Thätigkeit kundgegebene Reue einen Bestandtheil der Schulbfrage bilden. Zum Ueberflusse mag hinsichtlich der Rücknahme des Meineides noch darauf hingewiesen werden, daß die officiellen Erläuterungen zu dem maßgebenden Reskripte ausdrücklich die Rechtfertigung und Begründung des Satzes an die Grund-

säße vom freiwilligen Abstehen beim Versuche anknüpfen ¹³⁾).

Wenn auch dem französischen Rechte der Strafaufhebungsgrund der thätigen Reue beim Diebstahle eben so fremd ist, als der der Rücknahme des Meineides, so sind demselben doch solche Fälle nicht unbekannt, in welchen die Strafbarkeit eines bereits vollendeten Verbrechens durch die nachfolgende positive Handlung des Thäters aufgehoben wird. Die Theilnahme an einem Komplott gegen die innere oder die äußere Sicherheit des Staates ist als solche und abgesehen von jeder Ausführungshandlung ein mit dem Tode bedrohtes vollendetes Verbrechen. Wenn jedoch ein Komploteur vor dem Anfange der Ausführung, und ehe noch die obrigkeitliche Verfolgung begonnen hat, das Komplott der Obrigkeit anzeigt, oder wenn er selbst erst nach der Eröffnung der Strafverfolgung die Verhaftung eines Komploteurs bewirkt, so soll er dadurch Strafflosigkeit erwerben ¹⁴⁾.

Es ist ein feststehender Satz in der französischen Jurisprudenz, daß die Entscheidung dieser Fragen den Geschwornen anheimfällt. Da nun diese Fälle den in Frage stehenden völlig gleichgeartet sind, da ferner das französische System der Fragestellung an die Geschwornen dem bayerischen Rechte in allen wesentlichen Punkten zum Vorbilde gedient hat, so wird die Behauptung gerechtfertigt sein, daß die von

¹³⁾ Jahrb. f. Gesetzgeb. und Rechtspf. von Gönner und Schmidlein, Bd. I, S. 273. — Ein anderer mit der thätigen Reue beim Diebstahle ganz gleichgearteter Fall ist die rechtzeitige obrigkeitliche Anzeigende von einem Beamten begangenen Bestechung durch den Bestechenden. StGB. Thl. I Art. 448. Der Letztere hatte aber freilich nur ein Vergehen verschuldet.

¹⁴⁾ Cod. pén. n. 86, 87, 89, 91, 108.

und. vertheidigte Ansicht auch in der Praxis des Mutterrechtes ihre mittelbare Unterstützung finde.

Durch die bisherige Ausführung möchte auch die formale Seite der Frage ihre Erledigung gewonnen haben.

In welcher Form sollen die Geschwornen zu einer Entscheidung über die den Gegenstand unserer Erörterung bildenden Momente veranlaßt werden? Soll ihnen eine selbständige Frage über die thätige Reue beim Diebstahle und die Rücknahme des Meineides als Zusatz zu der Hauptfrage vorgelegt werden? Soll der bezeichnete Umstand in der Hauptfrage ausdrücklich hervorgehoben und eingeflochten werden? Soll gar keine ausdrückliche Hervorhebung dieser Thatfachen weder in der einen, noch in der anderen Form stattfinden, sondern soll es einfach den Geschwornen überlassen bleiben, bei der Prüfung der Schuld jene Umstände zu berücksichtigen und in ihrer Antwort auf die Hauptfrage zur Geltung zu bringen?

Gegen die Stellung einer selbständigen Frage auf thätige Reue oder Zurücknahme des Meineides würde man sich zuvörderst allerdings nicht darauf berufen können, daß keine der in dem StPG. v. 10. Novbr. 1848 über die Fragestellung enthaltenen Bestimmungen (Art. 173—178) auf eine solche Fragestellung direkt Anwendung finde. Schon in den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses des Kassationshofes ist gebührend hervorgehoben (Zeitschr. f. Gesetzgeb. und Rechtspf. d. K. K. Bayern Bd. I S. 147), daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, in den Art. 174—178 des Gesetzes absolute Schranken für die Fragestellung vorzuzeichnen, daß es vielmehr dem Schwurgerichtspräsidenten vorbehalten sei, unter Zuhilfenahme der Gesetzes-

analogie, die den Verhältnissen des einzelnen Falles entsprechenden Fragen zu stellen:

Desto erheblicher sind die Gründe anderer Art, welche dieser Behandlung der Sache entgegen stehen.

Wir müssen von dem Wesen und der Bedeutung der Hauptfrage ausgehen.

Die Hauptfrage wird dahin gerichtet, ob sich der Angeklagte des Verbrechens, welches den Gegenstand der Anklage bildet, schuldig gemacht habe (Art. 173 des angef. StPG.). — Begreift somit die Hauptfrage die Schuld nach allen dieselbe bedingenden Momenten, so haben die Geschwornen bei der Würdigung derselben alle Umstände zu berücksichtigen, welche die Schuld aufzuheben geeignet sind; es kann hierbei keinen Unterschied machen, ob die betreffende Thatfache die Schuld von Anfang an ausschließt, oder ob sie die Schuld erst hinterher, aber noch vor Beginn der Strafverfolgung beseitigt hat; die Geschwornen müssen die Hauptfrage eben so gut dann verneinen, wenn sie glauben, daß die That von Anfang an eine schuldhafte nicht gewesen, als wenn sie annehmen, daß die Schuld hinterdrein, aber noch vor der Strafverfolgung getilgt sei; in beiden Fällen ist gleichmäßig für sie eine Schuld nicht vorhanden.

Ist dem aber also, so ist es entweder überflüssig oder widersinnig, eine besondere Frage auf das Dasein thätiger Reue oder die Rücknahme des Meineides zu richten.

Es kommt nämlich eine zwelfache Möglichkeit hier in Betracht.

Entweder die Geschwornen halten den Diebstahl, den Meineid für verschuldet und nehmen keine thätige Reue, beziehungsweise keine freiwillige Zurücknahme der falschen Aussage an. Oder aber sie halten zwar die Verübung eines Diebstahles, eines Meineides für erwiesen, sie haben aber zugleich die Ueberzeugung.

gewonnen, daß die Erfordernisse der thätigen Reue u. s. w. vorliegen.

Im ersten Falle liegt in der Bejahung der Hauptfrage von selbst eine Verneinung der auf thätige Reue u. s. w. gerichteten Beifrage, und die besondere Stellung der letzteren erscheint somit zum mindesten als überflüssig.

Im zweiten Falle dagegen würde in der unserer Beurtheilung unterliegenden Fragestellung eine widersinnige Zumuthung an die Geschwornen liegen. Sie würden in der Lage sein, die erste Frage zu bejahen, sofort aber die dadurch festgestellte Schuld durch Bejahung auch der zweiten Frage wieder aufzuheben, also gleichsam in einem Odem Schuldig und Nichtschuldig auszusprechen.

Man könnte sich versucht finden, die Zulässigkeit einer abgesonderten Fragestellung durch eine subtile Unterscheidung zu retten, in der Weise, daß die Hauptfrage auf die von Anfang an dagewesene Schuld, die Beifrage aber auf die spätere Tilgung derselben zu beziehen sei. Allein abgesehen davon, daß die gehörige Einsicht in die Bedeutung einer so feinen Unterscheidung von den Geschwornen nicht mit genügender Sicherheit erwartet werden kann, so erscheint dieselbe schon um deswillen als unzulässig, weil die Bejahung der Schuld von selbst auf die Gegenwart, auf den Zeitpunkt der Urtheilsfällung bezogen werden muß. Nur mittelst einer gewalthätigen Unterstellung könnte man der Bejahung der Hauptfrage eine ausschließliche Beziehung auf die von Anfang an vorhandene Schuld geben, während dabei unbestimmt gelassen würde, ob nicht die Schuld später gleichwohl noch getilgt worden. —

Steht hiernach die Unstatthaftigkeit einer besonderen Fragestellung hinsichtlich der thätigen Reue und der ihr gleichartigen Straftilgungsgründe fest, so kann es sich nur noch darum handeln, ob diese

Momente in der Hauptfrage besonders hervorgehoben werden sollen oder nicht.

Erwägt man, daß nach Art. 173 Abs. 1 des angef. StPG. alle wesentlichen thatsächlichen Beziehungen, wie solche in der Anklageschrift enthalten sind oder sich bei der Verhandlung herausstellen, in die Hauptfrage aufzunehmen sind, und daß die thätige Reue u. s. w. für die Beurtheilung der Schuld ein wesentlicher thatsächlicher Umstand ist, so scheint die ausdrückliche Aufnahme derselben in die Hauptfrage unmittelbar durch das Gesetz vorgeschrieben.

Mein so klar und bestimmt diese Vorschrift lautet: in unserem Falle ist sie unausführbar.

Die ausdrückliche Einflechtung der bezeichneten Umstände in die Hauptfrage ist deshalb unthunlich, weil die Abstimmung der Geschwornen in der einfachen Bejahung oder Verneinung der gestellten Fragen bestehen muß (StPG. v. 10. Novbr. 1848, Art. 191). Nun darf aber eine Frage, welche einfach zu bejahen oder zu verneinen ist, begreiflicher Weise keine ungleichartigen, theils positive, theils negative, Bestandtheile haben, weil das Ja oder Nein sich auf alle Stücke der Frage gleichmäßig beziehen muß. Die Momente der thätigen Reue und der Zurücknahme des Meineides könnten aber in gar keiner anderen als in einer negativen Fassung dem übrigen positiven Inhalte der Frage eingefügt werden. —

Ist auf diese Weise weder die Stellung einer besonderen Frage, noch auch die ausdrückliche Einflechtung in die Hauptfrage statthaft, so muß die Hauptfrage in ihrer Richtung auf die Schuld hier gerade so ausreichen, wie dann, wenn Nothwehr oder Unzurechnungsfähigkeit in Frage steht; die Berücksichtigung der thätigen Reue und der Zurücknahme der falschen Aussage muß in ganz gleicher Weise, als durch die Hauptfrage veranlaßt und in der Ant-

wort auf dieselbe enthalten angesehen werden. Haben die Verhandlungen hinreichende Anhaltspunkte dazu ergeben, so wird der Vorsitzende die Geschwornen anzuweisen haben, daß sie bei ihrer Würdigung der Schuld jene Momente in sorgfältige Erwägung zu ziehen, und, wenn sie dieselben für begründet erachten, ein Nichtschuldig auszusprechen haben. Hierin ist dann eine hinreichende Bürgschaft gegeben, daß jenen Umständen die gebührende Berücksichtigung zu Theil werde.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Einkaufskommission oder Lieferungskauf. Eisenbahnpromessen. Einzahlungen, vom Kommissionsdr geleistet. Ersatzpflicht des Kommittenten.

In den genehmigten Statuten einer Eisenbahngesellschaft war bestimmt:

- 1) Die ersten Unterzeichner des Aktienkapitals haften, abgesehen von dem sofort bei Erlangung des Interimsscheins einzuzahlenden 1 Prozent des Aktienbetrages, für 20 Prozent der Einzahlung (§. 12).
- 2) Im Falle der Nicht-einzahlung der von der Gesellschaft auszuscheidenden Einzahlungsquoten, ist dieselbe befugt, nach ihrer Wahl, entweder unter Verlust der bisher erworbenen Rechte die Streichung aus der Aktionärsliste vorzunehmen, oder die Einzahlungsquote von dem ersten Unterzeichner beizutreiben (§. 13).
- 3) Im Falle der Uebertragung der Interimsscheine (Promessen) an Dritte von Seite des ersten Unterzeichners, soll, wenn dieser an der Stelle des jeweiligen Inhabers des Interimsscheins die geforderte Einzahlung leistet, zu seinen Gunsten der betreffende Interimsschein annullirt, und ihm ein neuer ausgestellt werden. — (§. 12, II).

Ein Fabrikbesitzer hatte einem Banquier Einkaufskommission bezüglich solcher Promessen gegeben und war diesem für die Anschaffungskosten, so wie für Einzahlungen bis zu 20 Prozent, welche der Banquier, bei fruchtlosen Aufforderungen an denselben, auf eine Partie Promessen geleistet hatte, welche bis zur Zahlung der Anschaffungskosten in Depot bei ihm verblieben waren, mehrere Tausend Gulden schuldig geworden, welche Forderung, unter Vorlage eines Conto-Corrents, eingeklagt wurde. —

Ueber die bei solchem Geschäfte einschlagenden Rechtsfälle spricht sich ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 5. August 1853 Nr. 1390^{51/52} in Folgendem aus:

Es liegt nach der Klage kein Kaufgeschäft, insbesondere kein Lieferungskauf dem zwischen den Streittheilen stattgefundenen Geschäftsverkehre zu Grunde, sondern eine Einkaufskommission, das ist ein Mandat. Nach den Bestellungsbriefen wird von Seite des Beklagten Auftrag gegeben: Eisenbahnaktien, beziehungsweise Interimsscheine, der betreffenden Eisenbahngesellschaft, Mainzer Zeichnung, für ihn, unter Beschränkung auf einen gewissen Cours und ein bestimmtes Agio (worin hier die Preisbestimmung der Waare besteht) einzukaufen. Aus allen Briefen ist, auch ohne besondere Rücksicht auf die gebrauchten kaufmännischen Ausdrücke, unzweideutig zu entnehmen, daß der Kläger für den Beklagten bei Dritten (das heißt bei Besitzern solcher Interimsscheine) solche käuflich erwerben sollte.

Davon, daß sich Kläger (wie dieß bei dem Lieferungskaufe der Fall ist) dem Beklagten gegenüber verbindlich machte, bis zu einem bestimmten Termine eine gewisse Anzahl Werthpapiere zu einem bestimmten Cours zu liefern, d. h. käuflich abzugeben, ist nirgends die Rede. Kläger verkaufte nicht an den Beklagten zu einem übereingekommenen Preise,

sonderin er besorgte (innerhalb der ihm vom Beklagten bezeichneten Grenzen) den Einkauf von Werthpapieren bei Dritten für den Kläger, wodurch sich das Gegebensein einer Einkaufskommission klar ausspricht.

Wer sich mit Erwerbung von Aktien einer Eisenbahngesellschaft befaßt, von dem muß angenommen werden, daß er die Satzungen der Gesellschaft kenne, deren Aktionär er durch den Erwerb von Aktien wird, wodurch er sich diesen Satzungen thatsächlich unterwirft. Dies war auch bei dem Beklagten der Fall; seine Kenntniß des §. 12 dieser Satzungen ergibt sich aus seinem Briefe vom 19. April 1845 (Nr. 4) an den Kläger durch die Worte: „wobei es sich von selbst versteht, daß auch ich, gleich jedem andern Besitzer dieser Aktien, für die erste Einzahlung von 20% garant bleibe.“

Der Umstand, daß der Beklagte die erwähnte Garantie-Zusicherung in den späteren Bestellungsbriefen der zweiten und dritten Partie Aktien zu 20% nicht wiederholte, ist unerheblich, weil einerseits der erste Bestellungsbrief, der Natur des ganzen fortgesetzten Geschäftes nach, auch für die späteren Bestellungen in dieser Beziehung maßgebend ist, andererseits, weil schon durch den Erwerb solcher Aktien und durch den hiedurch auf Seite des Beklagten bewirkten Eintritt in die fragliche Aktiengesellschaft, für denselben die Verbindlichkeit begründet wird, dem Vorbesitzer dieser Aktien für die 20% Einzahlung zu haften, mag nun dieser Vorbesitzer einer der ersten Unterzeichner von Aktien sein oder nicht, weil diese Verbindlichkeit dem ersten Unterzeichner gegenüber auf den ersten und jeden weiteren Erwerber der Aktie und so fort bis auf den Vorbesitzer des Beklagten, hier den Kläger, als Käufer übergeht. Aus diesem Grunde hat auch die erste Instanz mit Recht über die Haftung über-

nahme des Beklagten hinsichtlich der 20% Einzahlung keinen Beweis von dem Kläger gefordert. Aber auch aus dem Gesichtspunkte der nützlichen oder nothwendigen Verwendungs ersieht der Erlassanspruch des Klägers bezüglich der von ihm geleisteten Einzahlung bis zu 20% begründet, weil nach §. 13 der Satzungen, bei deren Nichtzahlung, von Seite der Gesellschaft der Verlust des ganzen Rechtes gegen den ersten Unterzeichner, und hiemit auch die Annullirung der an einen Dritten abgegebenen Aktie verfügt werden kann. Zudem daher der Kläger für den Beklagten diese Einzahlung leistete, machte er eine zur Erhaltung des beklagteschen Aktienanspruches nothwendige Auslage. Ohne diese, schon aus den Statuten sich ergebende Haftung jeden Erwerbers von Aktien dem ersten Unterzeichner gegenüber, ist in der That ein Handel mit diesen Aktien rechtlich nicht denkbar; denn die Gesellschaft hat nach §. 13 der Satzungen, nach ihrer Wahl, ein Auslagungsrecht der schuldigen Einzahlung gegen den ersten Unterzeichner oder das Recht, den Verlust aller erworbenen Ansprüche durch Streichung aus der Aktionärsliste vorzuziehen. Im Falle der ersten Alternative muß jeder Aktienverkäufer von seinem Abkäufer für den Anspruch des ersten Unterzeichners, welcher auf ihn zurückgeht, gedeckt sein; im Falle der letzten Alternative würde ohne Zahlung von Seite des ersten Unterzeichners mit dem Verluste seines Rechtes auch der Verlust des Rechtes des späteren Erwerbers der Aktie verknüpft sein.

Der letzte Satz der zweiten Abtheilung des §. 12 der Statuten:

„Leistet der erste Unterzeichner an der Stelle des jeweiligen Inhabers des Interimsscheines die geforderte Einzahlung, so soll zu seinen Gunsten der betreffende Interimsschein annullirt und ihm ein neuer ausgestellt werden“,

räumt ferner dem ersten Unterzeichner nur das Recht ein, sich durch die Einzahlung anstatt des Besitzers der Aktie zum Herrn der Aktie und somit wieder zum Aktionär zu machen, legt ihm aber hiezu keine Verbindlichkeit auf, indem er auch Namens des Besitzers die Einzahlung leisten und hiefür Ersatz ansprechen kann, so daß der Inhaber der Aktie fortfährt, Eigenthümer derselben zu sein und Aktionär zu bleiben. Es liegt in der Natur der Sache, daß von diesem Rechte der von der Gesellschaft auf Zahlung gebrängte erste Unterzeichner Gebrauch machen wird, wenn das Unternehmen sicheren Gewinn in Aussicht hat, daß er dagegen den Ersatz der geleisteten Einzahlung von dem Besitzer fordern wird, wenn ein sicherer Gewinn nicht vor auszusehen ist. Aus dieser Erörterung ergibt sich, daß der Kläger, indem er, als die Einzahlungen auf die fehlenden 19%, für welche die ersten Unterzeichner haften, ausgeschrieben wurden, und der Beklagte den gestellten Anforderungen nicht genügte, die ihm als Vorbesitzer des Beklagten oder als erstem Unterzeichner obliegenden Einzahlungen leistete, ein Recht des Ersatzes, sowohl kraft der nach den Gesellschaftsstatuten an den Beklagten erfolgten Uebertragung der Aktien, so wie auch in Folge der von ihm hiedurch für den Beklagten gemachten nothwendigen Auslagen hat, und nicht verbunden war, sich durch Annulirung der Aktien des jetzigen Besitzers zum Herrn derselben zu machen.

e. μ.

2.

Ausdrücklicher Verzicht auf die Duplik zieht die Annahme des Zugeständnisses der zur Begründung von Replikten angeführten Thatfachen nach sich.

... Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Der §. 20 der Prozeßnovelle von 1837 verordnet zwar, daß hinsichtlich der Folgen des Ungehorsams in Beziehung auf die Replik und Duplik die Bestimmungen des §. 18 in Anwendung kommen, und nach diesem §. 18, welcher die Folgen des Ungehorsams in Beziehung auf die Vernehmlassung über die Klage festsetzt, soll wider den ungehorsamen Beklagten, so ferne die Klage nicht auf brieflichen Urkunden beruht, nach Vorschrift des Prozeßgesetzes vom 22. Juli 1829 §. 6 Abs. 1 verfahren, und somit lediglich die Kontumazialfolge des Ableugnens der Klage angenommen werden; allein überall wird zur Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Vorschriften ein wirklicher Ungehorsam des Beklagten vorausgesetzt, welcher nach §. 18 des Proz. Ges. nur dann gegeben ist, wenn derselbe (im schriftlichen Verfahren) eine Antwort auf die Klage innerhalb der dafür anberaumten Frist nicht abgibt, oder wenn er (so viel das protokollarisch = mündliche Verfahren anbelangt) in dem angeetzten Verhandlungstermine entweder gar nicht erscheint, oder, hiebei wirklich erschienen, nichts desto weniger im Laufe des Termins eine Antwort auf die Klage nicht abgibt.

In jedem dieser drei Fälle kann das entscheidende Kriterium des Ungehorsams nur in dem gänzlichen Unterlassen der eigenen Prozeßhandlung gegenüber der gerichtlichen Aufforderung gesucht, es kann aber dagegen gewiß nicht als „Ungehorsam“ erklärt werden, wenn der Beklagte im Verhandlungstermine gehörig erschienen ist und nach genommener Einsicht des gegentheiligen Rezesses seinen Verzicht auf die ihm obliegende Handlung erklärte; denn er hat nicht nur der Ladung gehorsam Folge geleistet, sondern auch eine Antwort auf die gegentheilige Prozeßhandlung wirklich abgegeben, da nämlich dem erklärten Verzicht auf die zuständige Duplik unter den angeführten Umständen unmöglich ein anderer Si n

unterlegt werden kann, als daß der Beklagte in dem eingesehenen Replikrezeß keine Veranlassung aufgefunden habe, um sich zur Wahrung seiner Rechte mit einer besonderen Schlußerklärung hierüber vernehmen zu lassen.

Jedenfalls erheischt die Vorschrift des §. 18 und beziehungsweise §. 20 des Proz.Ges., in welcher ein Fall der hier in Frage befindlichen Art nicht vorgesehen ist, im Zweifelsfalle schon aus dem Grunde die beschränkteste Anwendung, weil das hierin wenigstens noch theilweise festgehaltene Prinzip der negativen Litiskontestation schon an sich mit dem die ganze Prozeßlegislation durchdringenden Prinzipie des Verzichtes schwer vereinbar ist; sie muß daher zum wenigsten da wegfallen, wo der Verzicht auf die eigene Prozeßhandlung ausdrücklich erklärt ist. Denn es liegt im Wesen des Verzichtes, daß er niemals dem Verzichtenden selbst, sondern immer nur dem Gegner desselben zum Vortheile gereichen kann, dem gegenüber Rechte aufgegeben werden, und es ist ein solcher Fall wesentlich von demjenigen verschieden, wo eine Partei gar nichts thut, was zu der ihr obliegenden Prozeßhandlung nur in irgend einer Beziehung steht, weil einem solchen gänzlichen Unterlassen, daß eben deshalb auch nur allein unter den Gesichtspunkt des Ungehorsams fällt, ein freiwilliger Verzicht der Partei möglicherweise wohl zu Grunde liegen kann, aber nicht nothwendig unterstellt werden muß.

DAGE. v. 17. Dez. 1850. Nr. 1242¹⁰/₄₉.

3.

Blutgericht, in eine ständige Reichniss verwandelt.

Art. 4 und 8 des Bodenentlastungsgesetzes.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Es kann zwar der Auslegung des Art. 4, wonach unter Blutzehent nur die unmittelbare Naturalerhebung des zehnten Theiles der Erträgnisse aus der Viehzucht verstanden werden dürfte, im Allgemeinen nicht beigepflichtet werden, weil der Ausdruck „Blutzehent“ auch dann noch richtig gebraucht wird, wenn das abfallende zehnte Stück nicht in Natur, sondern dessen wechselnder Werth nach laufendem Preise vom Zehentherrn genommen wird. Anders verhält es sich aber, wenn die Größe des Anfalles der Viehstücke auf die Abgabe keinen Einfluß mehr hat, auf eine Zahl nichts weiter ankommt, somit auch eine Zählung oder ein Werthsanschlag gar nicht vorgenommen wird. In einem solchen Falle hat die Abgabe die Eigenthümlichkeit eines Zehents überhaupt, also auch des Blutzehents verloren, und ist in ein ständiges Gefäll übergegangen. Daß diese Umwandlung ¹⁾ die Wirkung einer rechtsgiltig bestehenden Fixation eines Grundgefälles habe, vermag im Hinblick auf §. 2, 3, 4 Kap. X. Th. II des bayer. M. und die Nummerk. z. a. St. Nr. 2, wo alle Arten von Zehenten für Realasten erklärt sind, keinem Zweifel unterzogen zu werden. War sonach die Subsumtion unter die Ausnahmestimmung des Art. 4 nicht gerechtfertigt, so folgt die Stellung unter die Regel (Art. 8 Abs. 2) von selbst.

DAGE. v. 3. März 1854. Nr. 1176⁵²/₅₃.

¹⁾ Im gegebenen Falle fand zwar noch ein Wechsel nach der Zahl des trächtigen Mutterviehes statt; aber die Zahl und der Werth des abfallenden Jungviehes kamen nicht mehr in Betracht; hinsichtlich der Zehentfrucht war seit länger als 80 Jahren eine gleichzeitliche jährliche Wertheilung beibehalten worden.

..22.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ueber die Zuständigkeit in Fällen des Gesetzes vom 15. April 1840, den Schutz des Eigenthums an Erzeugnissen der Literatur und Kunst gegen Veröffentlichung, Nachbildung und Nachdruck betreffend. — Klagebegründung hinsichtlich eines Kleinzeitschreibers. — Gewisse Antwort auf die Klage; genügender Widerspruch in der umgekehrten Erzählung einer streitigen Geschichte. — Beweislast bei dem Einwande bedingter Vertragserfüllung. — Nichterliche Bestimmung einer Entschädigungssumme nach notorischen Preisverhältnissen; Zeugniss schwerverständiger von Amtswegen. — Wiederanstreben früherer Beschlüsse in M. Instanz. —

Ueber die Zuständigkeit in Fällen des Gesetzes vom 15. April 1840, den Schutz des Eigenthums an Erzeugnissen der Literatur und Kunst gegen Veröffentlichung, Nachbildung und Nachdruck betreffend.

Das Gesetz vom 15. April 1840 bestimmt, was als widerrechtliche Veröffentlichung und Vervielfältigung eines Erzeugnisses der Literatur oder der Kunst zu verstehen, welche Entschädigung dem durch eine solche widerrechtliche Veröffentlichung oder Vervielfältigung Beeinträchtigten zu leisten, welche Strafe gegen den Beeinträchtigenden zu verhängen sei, und welche weitere Sicherungsmaassregeln zum Schutze des Beeinträchtigten getroffen werden sollen, als Beschlagnahme, Konfiskation und Vernichtung der Exemplare, Vorrichtungen u. s. w. Zugleich bestimmt dasselbe ein polizeiliches Untersuchungsverfahren (Art. IX) und verfügt im Art. X:

„die Distriktpolizeibehörden haben in erster, die Kreisregierungen in zweiter, und der Staatsrathsausschuss, bei Erfüllung der allgemeinen Vorbedingungen, in

„letzte Instanz sowohl über die Entschädigung
„die Strafe zu erkennen.“

Seit dem Erscheinen des Ediktes vom 4. Juni 1848 über die Freiheit der Presse und des Buchhandels haben sich, und zwar auf den Grund des §. 7 desselben, welcher bestimmt:

„Bei Polizeiübertretungen, welche durch die Presse be-
„gangen werden, sowie bei Uebertretungen gesetzlicher
„Vorschriften über Presse und Buchhandel steht die
„Strafgerichtsbarkeit nicht den Polizeibehörden,
„sondern den Gerichten zu“ —

verschiedene Ansichten darüber gebildet, wer in Fällen des Gesetzes vom 15. April 1840 kompetent sei, und während die Einen, darunter die Blätter für administrative Praxis von R. Brater, Bd. 2 S. 249 und Bd. 3 S. 240, behaupten, daß ungeachtet dieses jüngeren Gesetzes die Polizeibehörden fortwährend noch kompetent seien, bestehen die Anderen darauf, daß nur die Gerichte Zuständigkeit besitzen.

Ein Staatsrathserkenntniß vom 30. Januar 1851 (von Strauß fortges. Sammlung der Verordnungen Bd. XXII S. 152) entscheidet für die erste Ansicht und motivirt dieselbe dahin, daß

- a) das Gesetz vom 15. April 1840 kein rein polizeiliches, sondern, da es auch die Entschädigungsansprüche begreife, ein gemischtes sei; daß
- b) dasselbe als Spezialgesetz durch das allgemeine Preßedikt vom 4. Juni 1848 nicht nur nicht aufgehoben, sondern im §. 3 dieses letzteren ausdrücklich bestimmt sei, daß die in Bezug auf das Eigenthum und Nutzungsrecht in Ansehung von Schriften u. s. w. geltenden gesetzlichen Bestimmungen auch ferner gehandhabt werden sollen, und daß
- c) hiedurch also auch die im Gesetze vom 15. April 1840 enthaltenen Bestimmungen über Zustän-

bigkeit um so mehr aufrecht bleiben, als eine ausdrückliche Abänderung nirgends ausgesprochen sei. Dieser Ansicht trat auch ein k. Appellationsgericht bei, wie sogleich gezeigt werden wird.

In einem anderen Falle hat dagegen auf den Antrag eines Schriftstellers, gegen den Buchhändler wegen widerrechtlicher, ohne seine Bewilligung vorgenommener neuer Auflagen einer von ihm verfaßten Schrift (Art. I Abs. 3 des Ges. von 1840) Untersuchung einzuleiten und die gesetzliche Entschädigung ihm, dem Schriftsteller, zuzuerkennen, die angegangene Distriktpolizeibehörde, ein unmittelbarer Magistrat, sich auf den Grund des §. 7 des Ediktes vom 4. Juni 1848 und der Motive hiezu für inkompetent, das aber sofort angerufene Gericht, ein kgl. Kreis- und Stadtgericht, sich als Polizeistrafgericht für kompetent erklärt.

Außer der hiedurch entstandenen Rechtsfrage, wer in Fällen des Gesetzes vom 15. April 1840 kompetent sei, ob die Polizeibehörden, oder die Gerichte als Polizeistrafgerichte, hat sich aber auch noch eine andere erhoben, die nämlich: ob die Civilgerichte bei Entschädigungsforderungen nach dem Gesetze vom 15. April 1840 kompetent seien oder nicht?

Ein Autor hatte in einem Briefe an seinen Verleger die Behauptung aufgestellt, daß ihm dieser, weil er neue Auflagen seines Werkes ohne seine Bewilligung veranstaltet habe, zu einer Entschädigung nach dem Gesetze vom 15. April 1840 verpflichtet sei, und auf diesen Brief gründete der Buchhändler eine Provokationsklage bei dem Civilgerichte. Gegen diese machte der Provokat u. A. geltend, daß die Provokation nicht vor das Civilgericht gehöre, weil dieses in der Hauptsache nicht kompetent sei, indem dieselbe bloß vor die Distriktpolizeibehörde, oder äußersten Falles vor das Polizeistrafgericht gehöre.

Das Civilgericht erkannte auch auf Abweisung

der Klage, indem nicht das Civilgericht, sondern entweder die Polizeibehörde, oder das Gericht als Polizeistrafgericht kompetent sei, und auf die von dem Provokanten ergriffene Berufung bestätigte das Appellationsgericht den erstinstanzlichen Auspruch und motivirte diese Bestätigung in folgender Weise:

„Da es sich um Schutz des Eigenthums an Erzeugnissen der Literatur gegen Nachdruck handelt, so ist der Fall nach dem Gesetze vom 15. April 1840 zu beurtheilen, und es kommt der Art. I, VI bis VIII dieses Gesetzes zur Anwendung, wonach nicht nur dem Beeinträchtigten Entschädigung zu leisten, sondern auch Geldstrafe angedroht ist. Nach Art. X dieses Gesetzes steht jedoch der Distriktpolizeibehörde die Jurisdiktion sowohl über die Entschädigung, als über die Strafe zu. Es kann somit nicht bezweifelt werden, daß ein Entschädigungsanspruch wie der erhobene in jedem Falle zur polizeilichen Kompetenz ressortirt, wenn auch keine Untersuchung wegen dieser behaupteten Rechtsverletzung eingeleitet werden würde, was nach Art. IX des alleg. Gesetzes nur auf Antrag des Verletzten geschehen kann, welchen Antrag zu stellen derselbe aber nach Umständen sich vorbehielt. Daß bezüglich des Verlags der erwähnten Druckschrift ein Vertrag in Mitte liegt, ändert nichts an der Sache, da die civilrechtliche Natur von dergleichen Entschädigungsansprüchen an sich überhaupt nicht in Frage steht, sondern es sich nur um die Kompetenz zur Aburtheilung derselben handelt, welche ausnahmsweise durch das angeführte Gesetz den Polizeibehörden zugewiesen ist. Dieses Gesetz spricht selbst im Art. I Abs. 4 von Verträgen, und es nimmt daher an, daß Rechtsverletzungen, welche ungeachtet solcher Verträge oder gegen solche stattgefunden haben, zur Kompetenz der Polizeibehörden sich eignen. Daß dieses Gesetz seinem ganzen Inhalte nach administrativer Natur ist, geht schon daraus hervor, daß laut der Schlußbestimmung lediglich das Ministerium des Innern mit dem Vollzuge beauftragt ist.

„Der §. 7 des Ediktes vom 4. Juni 1818 über die Freiheit der Presse und des Buchhandels hat an dieser Kompetenz der Polizeibehörden nichts geändert;

„denn er wies nur die Strafgerichtsbarkeit bei Uebertretungen gesetzlicher Vorschriften über Presse und Buchhandel den Gerichten zu, nur diese soll den Polizeibehörden entzogen sein, und diese Bestimmung ist nur eine Konsequenz des allgemein angenommenen Grundsatzes, daß die Bestrafung aller Uebertretungen, begangen durch die Presse, lediglich den Gerichten zustehen soll. Hiernach läßt sich aus dem erwähnten §. 7. nicht folgern, daß auch die Jurisdiktion über Entschädigungen, welche aus Uebertretungen des Gesetzes vom 15. April 1840 abgeleitet werden, den Polizeibehörden entzogen wäre. Hätte dieses der Gesetzgeber bei Erlassung des neueren Gesetzes beabsichtigt, so würde eine ausdrückliche Bestimmung deshalb nothwendig gewesen sein, da ein früheres spezielles Gesetz nicht durch eine spätere allgemeine Bestimmung, wenn man überhaupt den §. 7 des Preßgesetzes vom 4. Juni 1848 als solche betrachten könnte, aufgehoben werden kann. Hiernach hat es bezüglich der Entschädigung bei der bisherigen administrativen Kompetenz sein Verbleiben.“

Demnach ergeben sich in Gegenständen, welche nach dem Gesetze vom 15. April 1840 zu beurtheilen sind, bezüglich der Kompetenz die Rechtsfragen:

- I. Haben über die Entschädigungsfrage, wenn diese nach dem fraglichen Gesetze allein erhoben wird, die Civilgerichte Kompetenz oder nicht?
- II. Sind in allen Fällen dieses Gesetzes die Polizeibehörden zuständig, oder sind diese nur noch befugt, über die Entschädigung, nicht aber über die Strafe zu erkennen?

Zu I.

Daß die Civilgerichte da, wo aus dem Gesetze vom 15. April 1840 lediglich eine Entschädigungsforderung erhoben wird, wie die angeführte oberichterliche Entscheidung bezuziert, keine Kompetenz haben, daß dergleichen Forderungen, welche offenbar privatrechtlicher Natur sind, ausschließlich zur Kompetenz der Polizeibehörden gehören, nicht im Wege

des Civilprozesses, sondern lediglich im Wege der polizeilichen Untersuchung verfolgbar sein sollen; scheint mir nicht begründet zu sein.

Das Gesetz vom 15. April 1840 bestimmt im Art. VI zunächst die Verpflichtung des Beschädigers zur vollen Entschädigung des Beschädigten; im Art. VII die Größe der Entschädigung und die Festsetzung derselben durch die zuständige Behörde, und sagt dann ex abrupto im Art. IX:

„die Untersuchung ist in allen Fällen nur
„auf den Antrag des Verletzten einzuleiten.“

Der Ausdruck: „in allen Fällen“ läßt eine zweifache Auslegung zu. Es kann damit

a) entweder die rechtswidrige Veröffentlichung, oder die Nachbildung, oder die Vervielfältigung eines Erzeugnisses der Literatur, oder die rechtswidrige Veröffentlichung u. s. w. eines Erzeugnisses der Kunst und zugleich der im Art. VIII verpönte Verkauf solcher widerrechtlicher Erzeugnisse gemeint sein; oder es kann

b) derselbe auf die Entschädigung, die Bestrafung, die Konfiskation und Vernichtung bezogen werden.

Wie man diesen Ausdruck aber auch denken mag, nirgends ist im Gesetze ausgesprochen, daß die rein privatrechtliche Entschädigungsfrage nicht vor den Civilrichter gebracht werden dürfe, nur im Wege der polizeilichen Untersuchung verfolgt werden könne, ausschließlich vor die Polizeibehörde gehöre. Wohl scheinen

1) die Motive zu dem Gesetzesentwurfe diese Intention anzudeuten; denn sie sagen, daß der Entwurf in dem Art. VI und VII vor Allem bestimme, daß dem Verletzten volle Entschädigung zuerkannt werde, daß Schadenersatz die erste und notwendigste Folge jeder Rechtsverletzung sei, und daß die Hauptaufgabe des Gesetzes gerade in der Sicherstellung des Berechtigten vor Beschädigung liege;

Beil.-Band zu der Verhandlung der Kam-

mer der Abgeordneten im Jahre 1840

§. 13, 14,

dann fahren die Motive §. 16 a. a. O. fort:

„Was die Zuständigkeit der Behörden und die Instanzenordnung betrifft, so schien eine Abweichung von den für Polizeilübertretungen geltenden Bestimmungen in zweifacher Beziehung unvermeidlich. Die beträchtliche Größe der Geldbuße und der zu leistenden Privatentschädigung, worüber der Polizeirichter zu erkennen haben soll, ferner der Umstand, daß die Konfiskation nicht selten werthvolle Gegenstände treffen kann, erfordern unzweifelhaft eine erhöhte Gewährung. In dieser Erwägung wurde festgesetzt, daß die Untersuchung und Entscheidung der vorkommenden Uebertretungen ausschließlich den Distriktpolizeibehörden zu übertragen sei u. s. w.

Auch hatte der Gesetzesentwurf im Art. VII das Wort: „polizeirichterlich“ aufgenommen, dieses war aber in Folge der Diskussion in der zweiten Kammer (§. 58—59 Bb. 3 der Verh. der K. d. N. von 1840) in den Ausdruck: durch die zuständige Behörde, jedoch nur vorläufig, verwandelt worden, indem man die Frage, wer zur Entscheidung kompetent sei, der Berathung über den Art. IX vorbehielt.

2) Bei der Berathung des Art. IX und des Art. X war von dem Abgeordneten Frhrn. von Thon Dittmer die Modifikation eingebracht worden, daß die Entschädigungsfrage vor die Gerichte verwiesen werden solle. Diese wurde von anderen Kammermitgliedern unter Bezugnahme auf Art. 7 Nr. 2 Zhl. II des StGB. bekämpft, und hierauf äußerte der k. Staatsminister von Abel in der Sitzung der 2. Kammer vom 7. März 1840 wörtlich Folgendes:

„diesen Bestimmungen (Art. 7 Nr. 2 Zhl. II des StGB.) gegenüber scheint es dem Systeme der bestehenden Gesetze und den wichtigen Interessen, welche

„hier nicht aus dem Auge zu verlieren sind, sehr angemessen zu sein, daß die Verfolgung des Entschädigungsanspruches wenigstens nicht unbedingt auf den civilrechtlichen Weg auch gegen den Willen des Beschädigten und auch dann, wenn die Entschädigungsansprüche ganz evident sind, hinübergewiesen werde.“
Bd. 3 der W. v. R. v. M. S. 81.

3) Derselbe Minister sprach sich im Verlaufe der nämlichen Debatte hierüber noch in folgender Weise aus:

„Ich mache aber wiederholt darauf aufmerksam, daß, wie ich bereits angeführt habe, auch für die Strafsfälle, die der Kompetenz der Strafgerichte zugewiesen sind, im Art. 7 Ziff. 2 Thl. II des StGB. der Grundsatz keineswegs unbedingt angenommen ist, es müsse jede Entschädigungsfrage an die Civilgerichte hinübergewiesen werden. Das StGB. erkennt auch hier an, wie wichtig es für den Beschädigten sein kann, gleichfalls schnelle Entscheidung durch den Strafrichter zu erlangen; dieser Grundsatz ist in dem erwähnten Artikel auf das Entschiedenste anerkannt. Warum sollte nun derselbe Grundsatz gänzlich ausgeschlossen werden bei Polizeiuntersuchungen, die eine Uebertretung zum Gegenstande haben, bei welcher die Herstellung des Thatbestandes so einfach ist?“
Bd. 3 S. 101 a. a. D.

4) Diese Erklärungen des k. Ministers sind um so bedeutungsvoller, als sowohl von dem Referenten Dr. Bayer, als von anderen Kammermitgliedern hervorgehoben wurde, daß Art. 7 Thl. II des StGB. in seiner Ziffer 2 keineswegs die Ausdehnung der Untersuchung und Entscheidung des Strafgerichtes auf privatrechtliche Forderungen wegen Kosten, Wiedererstattung und Schadenersatz unbedingt befiehlt, sondern nur gestatte (Weil. Bd. 1 S. 426; Verh. Bd. 3 S. 80), und daß die Entschädigungsfrage eine rein privatrechtliche sei.

5) Wenn nun in Erwägung gezogen wird, daß
a) der Art. 7 Thl. II des StGB. bloß vorschreibt, daß der Betheiligte über die Frage des Scha-

- denersafes von dem Untersuchungsrichter vernommen worden sein; und ein Erkenntniß des Strafgerichtes hierüber verlangt haben müsse, wenn das Straferekenntniß sich hierüber aussprechen soll; daß
- b) dieser Artikel als Muster und Vorbild für das neue Gesetz aufgestellt wurde; daß
 - c) die Aeußerungen des Ministers, welcher den Gesetzentwurf an die Stände gebracht hatte, sich als die gewichtvollste Erkenntnißquelle in Betreff der An- und Absichten der Staatsregierung darstellen; daß
 - d) als Regel gilt: in allen privatrechtlichen Ansprüchen sind die Civilgerichte kompetent, wo nicht im Gesetze eine ausdrückliche Ausnahme gemacht ist, und daß diese Regel ihren Stützpunkt in der Verfassungsurkunde hat, daß
 - e) eine ausdrückliche Bestimmung, dieser rein privatrechtliche Gegenstand könne nur im Wege der Untersuchung, nur vor den Polizeibehörden geltend gemacht werden, in dem Gesetze vom 15. April 1840 nirgends zu finden ist, und daß
 - f) nach einer bekannten Rechtsregel Rechtswohlthaten nicht aufgedrungen werden, als beneficium causae aber die Bestimmungen des Gesetzes vom 15. April 1840 zu betrachten sind —
- so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz vom 15. April 1840 die Verfolgung der aus ihm entspringenden Ansprüche auf Entschädigung von dem Civilrechtswege nicht ausgeschlossen, sondern nur gestattet haben wollte, sie auch im Wege der polizeilichen Untersuchung durchzuführen.

Zu II.

Was nun die 2. Frage betrifft:

ob in allen Fällen dieses Gesetzes die Polizeibehörden kompetent seien?

so muß dieselbe befohlen werden. Denn abgesehen von dem, was in der erwähnten Staatsrathsbentscheidung und bezüglich der Entschädigungsfrage in dem angeführten oberichterlichen Erkenntniß bemerkt wurde, ist noch Folgendes zu erinnern:

1) Wie oben zu I. 1. gezeigt wurde, ist das Hauptmotiv des Gesetzes vom Jahre 1840 die Entschädigung des Beschädigten und dessen Sicherstellung vor Beschädigung. Dieses geht noch weiter daraus hervor, daß durch den auf den Antrag der Kammer der Reichsräthe im Art. IX eingeschalteten Beisatz über die Verjährung die Kompetenz der Polizeibehörden zu Annehmung einer Untersuchung auch dann noch fortbesteht, wenn die strafrechtliche zweijährige Verjährungszeit bereits abgelaufen ist.

Verh. der 1. Kammer Bd. II S. 46—60;
Beil. Bd. 2 hiezu S. 31, 32 und 37.

Verh. der 2. Kammer Bd. 3 S. 59—61,
69—110 und S. 277; Bd. 6 S. 44—418.

Hiernach sind da, wo z. B. das bayer. Landrecht oder das gemeine Recht die Verjährungsfrist für die Entschädigungsklage bestimmen, die Polizeibehörden während eines Zeitraumes von 30 Jahren kompetent, während sie schon nach Ablauf von 2 Jahren nicht mehr befugt sind, zu strafen.

Die Entschädigung des Beschädigten ist also das Principale, die Strafe das Accessorium, und letzteres folgt immer dem ersteren. Wer über das Principale kompetent ist, der ist es auch über das Accessorium.

2) Das Gesetz vom 4. Juni 1848 befaßt sich zunächst mit Abänderung des Ediktes vom 26. Mai 1818 über die Freiheit der Presse und des Buchhandels und beabsichtigt nur, die Presse und deren Freiheit von jenen Beschränkungen zu befreien, welche ihr entweder in dem Edikte vom 26. Mai 1818 positiv auferlegt, oder aus diesem abgeleitet wurden.

Es befaßt sich also bloß mit jenen Bestimmungen, welche das Edikt von 1818 über die Presse und den Buchhandel erteilt, und so wenig in diesen Bestimmungen etwas über den Nachdruck u. s. w. enthalten war, eben so wenig trifft das neue Gesetz in dieser Hinsicht eine Anordnung. Dasselbe verfügt vielmehr

3) im §. 3, daß die in Ansehung der Schriften erworbenen Eigenthums- und Nutzungsrechte unter dem Vorwande der Freiheit der Presse und des Buchhandels nicht gestört, daß vielmehr die Gesetze zum Schutze solcher Rechte gehandhabt werden sollen. Daß zu diesen Gesetzen das Gesetz vom 15. April 1840 gehört, unterliegt um so weniger einem Zweifel, als bei der Debatte über den §. 3 des Ediktes vom 4. Juni 1848 in der Kammer der Reichsräthe der Reichsrath Frhr. Schenk von Stauffenberg als Referent bemerkte:

„Unter Aufrechterhaltung der gesetzlichen Vorschriften
„und Verfügungen zum Schutze solcher Erzeugnisse der
„Presse verstehe ich die Aufrechterhaltung des Gesetzes
„vom 15. März. 1840, was ich ausdrücklich hieher
„bemerke.“

Verh. d. R. d. Reichsr. von 1848, Bd. 1 S. 432,

Das Wort „März“ ist offenbar ein Sprachverstoß oder ein Druckfehler, weil ein Gesetz vom 15. März 1840 nicht, sondern nur das Gesetz vom 15. April 1840 existirt.

Dieser Aeußerung stimmte der Reichsrath Bischof Richarz bei, (S. 433 a. a. O.), und der bei dieser Verhandlung anwesende Justizminister Feinb hatte gegen diese beiden Aeußerungen eben so wenig als irgend ein Reichsrath etwas zu erinuern.

Wenn nun das Gesetz vom 4. Juni 1848 unbedingt die Gesetze zum Schutze der in Ansehung der Schriften erworbenen Eigenthums- und Nutzungsrechte gehandhabt wissen will, wenn hiezu das Gesetz vom 15. April 1840 unbestreitbar zu zählen ist, so

kann nicht angenommen werden, daß durch den §. 7 eine Abänderung bezüglich der Geltendmachung dieser Rechte beabsichtigt, daß durch denselben der Art. X des Gesetzes vom 15. April 1840 aufgehoben werden sollte, und es kann also auch nicht angenommen werden, daß das neuere Gesetz, welches im §. 3 das ältere unbedingt aufrecht erhalten und gehandhabt wissen wollte, durch seinen §. 7 dasselbe habe abändern wollen.

4) Eine solche Abänderung kann um so weniger angenommen werden, als sie in dem Gesetze nicht ausdrücklich enthalten und in den Motiven zu dem Gesetzesentwurfe auch nicht angedeutet ist, indem letztere bloß sagen, daß durch die §§. 7 und 8 das Strafverfahren in Polizeiübertretungen von dem Wirkungskreise der Polizeibehörden getrennt und dem Forum der ordentlichen Gerichte zugewiesen sei. Auch die Kammerverhandlungen lassen die Absicht einer solchen Abänderung nicht erkennen.

5) Kann nun, wie bereits oben bemerkt wurde, ein neueres allgemeines Gesetz ein früheres spezielles nicht außer Wirkung setzen, so kann auch der §. 7 des Ediktes vom 4. Juni 1848 nicht anders verstanden werden, als daß bloß in jenen Fällen, in welchen die Preßedikte vom Jahre 1818 und 1848 verletzt worden, die Strafgerichtsbarkeit den Gerichten und nicht mehr den Polizeibehörden zustehe.

Es dürfte daher keinem Zweifel unterliegen, daß die Polizeibehörden in allen Fällen des Gesetzes vom 15. April 1840, d. h. sowohl hinsichtlich der Entschädigung, als der Strafe, Beschlagnahme, Konfiskation u. s. w. fortwährend noch und ungeachtet des §. 7 des Ediktes vom 4. Juni 1848 kompetent sind.

Wenn sich hiernach die Frage:

ob die Polizeibehörden nur noch befugt seien, über die Entschädigung, nicht aber über die Strafe zu erkennen?

von selbst beantwortet; so soll nur noch hinsichtlich der in der angeführten obergerichtlichen Entscheidung aufgestellten Ansicht, daß die Polizeibehörden bloß noch in der Entschädigungsfrage, die Gerichte aber bezüglich der Strafe kompetent seien, bemerkt werden; daß

1) eine solche Trennung ein zweifaches Untersuchungsverfahren veranlassen würde und somit die widrige Erscheinung herbeiführen könnte, daß in dem einen der Beschuldigte freigesprochen, in dem anderen verurtheilt wird, und daß

2) der Zusammenhang, in welchen das Gesetz von 1840 den Strafpunkt mit der Entschädigungsfrage bringt, eine solche Trennung unzulässig macht.

W. R. S.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Klagbegründung hinsichtlich eines Kleinzehntrechtes.

Die der Bestimmung der G.D. IV §. 7 Nr. 3 in den Ann. lit. c gegebene Erläuterung, daß bei Realklagen die causa remota s. specialis nicht angegeben zu werden braucht, kann bei einer Klage auf Anerkennung des Kleinzehntrechtes zufolge des Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 nicht mehr Platz greifen. Da nämlich der Art. IV dieses Gesetzes bestimmt, daß der Kleinzehent da, wo er nicht bereits seit dreißig Jahren hergebracht, oder durch Vertrag, Vergleich oder richterliches Urtheil anerkannt ist, für die Zukunft ohne Entschädigung aufhört, so folgt hieraus von selbst, daß eine Klage auf Anerkennung des Kleinzehntrechtes nothwendig auf den einen oder anderen Rechtstitel, von dessen Vorhandensein der Fortbestand eines dergleichen Anspruches

durch die ausdrückliche Bestimmung des alleg. Gesetzes abhängig gemacht ist, speziell gegründet sein muß, damit ihre Zulässigkeit vom Richter sofort geprüft werden kann.

DAGE. v. 20. Juni 1854. Nr. 1673^{52/53}.
3/7.

2.

Spezielle Antwort auf die Klage; genügender Widerspruch in der umgekehrten Erzählung einer streitigen Geschichte. Beweiskraft bei dem Einwande bedingter Vertragseingehung.

Vgl. Bb. III S. 357; Bb. VII 191; Bb. VIII S. 22 Nr. 3.

Ein Sohn klagte gegen seinen Vater auf Erfüllung des Versprechens, ihm zum Behufe seiner Verheirathung eine Mitgabe zu verabsorgen. Er habe seinen Vater im J. 1851 darum angegangen, und dieser ihm auch versprochen, ihm bis Lichtmess 1852 ein Heirathsgut von 800 fl. auszuzeigen, was er sogleich dankbar angenommen, vom Vater aber nun nicht gehalten werde. Der Vater, persönlich ohne Anwalt erschienen, gestand zu, seinem Sohne 800 fl. Heirathsgut zugesagt zu haben; allein es sei hierbei die Nebenbedingung (Bedingniß) gemacht worden, daß Kläger dieses Heirathsgut erst dann erhalten solle, wenn derselbe, vom Korporal zum Aktuar vorgedrückt, die Heirathsbewilligung erwirkt habe. — Wer hatte hier die wahre Bewandniß der Sache zu beweisen? — Beide Vorinstanzen legten dem beklagten Vater den Beweis auf, daß jene Nebenbedingung getroffen worden sei, weil der Beklagte durch unterlassenen speziellen Widerspruch für zugestanden gelten lassen müsse, daß Heirathsgut auf Lichtmess 1852 zahlbar versprochen zu haben, dem er daher nur eine besondere Bedingniß als Einrede beifüge. — Der oberste Gerichtshof legte dem Kläger den Beweis auf, daß ihm sein Vater bis Lichtmess 1852 ein Heirathsgut von 800 fl. zu bezahlen

versprochen habe, weil die O. O. Kap. XII §. 1 Nr. 10 verordne, was nur bedingungsweise zugestanden sei, könne andergestalt nicht als mit der nämlichen Bedingung auf und angenommen werden, weil die Absicht des beklagten Vaters offenbar nicht dahin gegangen, ein gegebenes Versprechen, auf einen bestimmten Tag zu bezahlen, zuzugestehen, die Aufstellung eines dies incertus für die Erfüllung seiner Zusage vielmehr als das gerade Widerspiel einen genügenden Widerspruch des behaupteten dies certus enthalte.

O. O. v. 23. Juni 1854. Nr. 1027^{53/54}.

3.

Richterliche Feststellung einer Entschädigungssumme nach notorischen Preisverhältnissen; Bezug Sachverständiger von Amtswegen.

Ein Holzhändler hatte seinem Fuhrmann eine bestimmte Quantität Holz in Bausch und Bogen um 600 fl. zur Abführung aus dem Walde bis in die Stadt in Accord gegeben; am Ende wurden dem Fuhrmann 173 fl. zurückgehalten, weil er mit 30 Klafter Brennholz und 40 Baumstämmen im Rückstande geblieben. Auf die Klage des Fuhrmanns wurde demselben seiner Behauptung gemäß zum Beweise auferlegt, daß er jene noch fehlenden Maasse oder wie viel davon gleichfalls nach der Anweisung des Beklagten abgefahren habe. — Wie aber, wenn er es nicht vollständig zu beweisen vermöchte, was sollte dann geschehen, was im Endurtheile erkannt werden? — Das oberstrichterliche Erkenntniß gab hierüber in seinen Entscheidungsgründen folgende Anleitung:

Bleibt aber der Kläger in seinem Beweise einigermaßen zurück, so erwächst dem Beklagten daraus wohl eine Entschädigungsforderung, die er abziehen und dadurch den eingeklagten Forderungsrest verhält-

nüßmäßig auf eine geringere Summe zurückführen darf; worin aber dieser Abzug zu bestehen habe, ist erst nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens, den von beiden Theilen hiesitz gelieferten Anhaltspunkten, notorischen Preisverhältnissen und durch richterliches Ermessen festzustellen, wobei den Richtern unbenommen bleiben muß, im Falle eines wahren Zweifels über die gewöhnlichen Preise des Fuhrlohns in jener Gegend Sachverständige von Amtswegen zu Rath zu ziehen und durch deren Meinung ihre gewissenhafte Ueberzeugung zu erleuchten. Nur in dieser Weise läßt sich die Vorschrift des schon oben erwähnten fr. 19 §. 3 loc. cond. (19, 2) erschöpfen: Officio judicis hoc convenire, habere rationem, quanti conductoris intererat.

DAWG. v. 29. Mai 1854. Nr. 775^{52/53} ***

A.

Wiederaufleben früherer Beschwerden in III. Instanz.
 Ab. 8 S. 414; Komment. u. O. Ab. 4 S. 138.

Hat sich die in II. Instanz gestellte Abhäsionsbeschwerde durch den auf die Beschwerde des Appellanten ergangenen Ausspruch erledigt, so lebt jene von selbst wieder auf, wenn diese Erledigung durch die abändernde Entscheidung über die Hauptbeschwerde, welche der Gegner des Abhängenten in III. Instanz erwirkt, wieder entkräftet wird. Dem obersten Gerichtshofe liegt in solchem Falle ob, die frühere Abhäsionsbeschwerde, auch ohne neuere Anregung von Seite des Berufungsabhängenten, seiner Würdigung zu unterziehen.

Vgl. DAWG. v. 17. Dez. 1850. Nr. 1242^{40/49}.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: *Condictio indebiti. Zahlung einer Nichtschuld aus Rechtsirrtum. Nachweis über Stattegefundenen Irrthum. — Das Bindewort „dann“ als Ausdruck alternativer Beweelaussage. — Kann ein Benefizialerbe gezwungen werden, einen gegen den Erblasser bereits begonnenen Rechtsstreit fortzusetzen, und unter welchen Voraussetzungen? — Ueber den Gerichtsstand der Toren und des Vertrages. — Ansetzung approbierter Rechnungen. — Latentkollision. Gesetze des Erfüllungsortes. — Beweiskraft der Strafgerichte. Erkenntnisse bezüglich des Altspunktes betr. — Solidarische Verpflichtung bei Handels-, bez. Fabrik. Gesellschaften. — Irrthum über zweifelhafte Rechtsfälle. Gleichnitter Gütergemeinschaft. — Art. 6 des Bodenentlastungsgesetzes auf Reichnisse, welche auf den Meldeverband Bezug haben, nicht anwendbar. — Berichtigungen. —*

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Condictio indebiti. Zahlung einer Nichtschuld aus Rechtsirrtum. Nachweis über Stattegefundenen Irrthum.

Preuss. R.

In der oberstrichterlichen Beurtheilung des aus Bd. XIX S. 145 f. unserer Zeitschrift ersichtlichen Rechtsfalles (DABG. v. 11. Nov. 1853 Nr. 154^{51/52}) kommt hierüber vor:

Nach preuss. Landrechte wird in Betreff der Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung zwischen beiden Klassen des Irrthums (über Rechtsfälle oder Thatfachen) nicht unterschieden.

Ehrl. I Tit. 16 §. 166¹⁾.

¹⁾ Nur in einem besonderen Falle — bei Zahlungen aus einem bloß wegen Mangels der gesetzmässigen Form unverbindlichen Geschäfte — verfügen die

Diese Abweichung vom gemeinen Rechte und von der Regel des §. 12 der Einleitung ist in dem amtlichen Schlußberichte von Suarez unter Anderem durch folgende Bemerkung motivirt:

„Es ist unbillig, daß ein Mensch, der aus einer offenkundigen Unwissenheit der Rechte eine Zahlung geleistet hat, zu welcher nicht der geringste Grund einer Verbindlichkeit existirte, und wodurch der Empfänger einen Vortheil erhielt, zu dem er gar kein Recht hatte, einer bloßen Fiktion zu Gefallen, nicht soll kondiziren können, und der Empfänger gegen alle principia mit seinem Schaden sich bereichern soll.“

S. Bornemann, systemat. Darstellung des pr. Civ. Rechtes, Bd. III S. 379; vgl. auch die übereinstimmende Rechtsprechung des geh. Obertribunals zu Berlin (Ergänzungen u. von Gräff, Könnig und Simon, Bd. II S. 222; III 2. C.).

Eines weiteren Nachweises über den behaupteten Irrthum, als Grund der geleisteten Zahlung, bedarf es hier nicht. Nach §. 181 des Landrechtes a. a. O. ist ein besonderer Nachweis hierüber nur in so ferne erforderlich, als nicht schon aus den Umständen klar entnommen werden kann, daß die Zahlung wirklich aus Irrthum geschehen sei.

Vgl. auch ebd. §. 166.

Nach der Rechtsprechung des geh. Obertribunals zu Berlin wird der Irrthum angenommen, sobald der Mangel einer Verpflichtung nachgewiesen — und die Behauptung des Irrthums nicht widerlegt ist.

S. Gräff a. a. O. S. 224. C. 1; vgl. Bornemann, System. 2. Ausgabe Bd. III S. 339.

Hält man sich aber auch streng an die Bestim-

§§. 176, 184, daß die Rückforderung wegen einer vorgeschützten Unwissenheit der betreffenden gesetzlichen Vorschriften nicht statt finde.

mung des Gesetzes, so spricht hier der Umstand, daß die Zahlung nicht an die Verwandten, sondern an einen fremden Cessionar, den Israeliten Hauch, geschah, entscheidend für die Annahme, daß die Klägerin nicht in der Absicht einer Schenkung die Zahlung geleistet habe, sondern weil sie sich dazu durch das Testament ihres Ehemannes für verpflichtet erachtete.

Auch erfolgte dieselbe auf die Aufforderung des vermeinten Gläubigers, worauf die Praxis ebenfalls entscheidendes Gewicht legt.

S. Erkenntniß des geh. Obertr. vom 6. Januar 1843, bei Gräff u. S. 224. M.

2.

Indewort „dann“ als Ausdruck alternativer
auflage.

In einem rechtskräftigen Beweisinterlokute waren zwei selbständige Einreden durch das Bindewort „dann“ verbunden, ohne daß aus den Entscheidungsgründen die Bedeutung dieser Nueinanderreihung der einzelnen Sätze zu ersehen war. Nach geschlossenem Beweisverfahren wurde von Seite des Probaten behauptet, es bestche Rechtskraft darüber, daß diese beiden Einreden kopulativ zu beweisen seien, und daß daher Beklagter und Probatant beweiskünftig sei, wenn er eine derselben nicht dargethan habe.

In einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 9. Juni 1854 M. 283⁵²/₅₃ wurde angenommen, daß die fraglichen Einreden nur alternativ zu beweisen gewesen seien, und dieser Ausspruch durch folgende Gründe gerechtfertigt.

Es wurde zwar dem Beklagten durch das Urtheil zweiter Instanz der Beweis der angeblichen verschiedenen Vertragsbestimmungen nicht ausdrücklich in alternativer Fassung auferlegt, sondern es wurden

diese Vertragsbestimmungen durch das Bindewort „dann“ verbunden; allein da weder aus den Entscheidungsründen zu jenem Urtheile hervorgeht, daß beide Thatfachen kopulativ bewiesen werden sollten, noch dieses die Natur des Rechtsverhältnisses mit sich bringt, vielmehr jede einzelne derselben eine selbstständige Wirksamkeit äußert, wie Kläger in der Revision selbst anerkennt und sogar näher ausführt; das Bindewort „dann“ aber nicht nothwendig andeutet, daß beide Sätze neben und miteinander erprobt werden müssen, um von Einfluß gegen den Klagbeweis zu sein, vielmehr nach fr. 29 und 53 de. verb. signif. solche unbestimmte Bindewörter je nach den Umständen bald disjunktiv, bald konjunktiv zu verstehen sind, so muß angenommen werden, daß es dem Beklagten frei gestanden habe, die eine oder die andere der fraglichen Einreden zu beweisen.

..b...

3.

Kann ein Benefizialerbe gezwungen werden, einen gegen den Erblasser bereits begonnenen Rechtsstreit fortzusetzen, und unter welchen Voraussetzungen?

Wenn der Erbe die Erbschaft nur unter der Rechtswohlthat des Inventars tritt, so haftet derselbe in Gemäßheit der C. 22 §. 4 de jure deliber. (6, 30) den Gläubigern des Verlebten nur in so weit, als der Nachlaß reicht.

Ist nun der Nachlaß unter die Gläubiger auf dem Grunde eines errichteten Inventars entweder vom Gerichte oder von dem Erben vertheilt worden, ohne daß für den Letzteren etwas übrig blieb, so ist derselbe den übrigen Gläubigern, welche sich erst später gemeldet, oder in Folge geringeren Vorzuges bei der Vertheilung nichts erhalten haben, nicht weiter verpflichtet.

Denn mit der Ueberlassung des unzureichenden Nachlaßvermögens an die bekannten oder bevorzugten Gläubiger hört nach C. 22 §. 5 und 7 de jure delib. jede Haftung des Benefizialerben, sohin jede aus dem Schuldverhältnisse des Erblassers auf ihn übergegangene Verbindlichkeit auf und ist in der Richtung gegen ihn erloschen, da diesen Gesetzesstellen gemäß ein solcher Erbe nach Ausschüttung der Masse nicht weiter mehr von den Gläubigern beunruhigt werden soll, und jede weitere Klage gegen ihn zesfällt, nachdem er durch jene Ueberlassung Alles erfüllt hat, wozu er als Benefizialerbe verpflichtet ist.

Dieser muß also nicht, wie ein anderer Erbe, der die Erbschaft unbedingt angetreten hat, die Rechtsverhältnisse seines Erblassers unter allen Umständen vertreten, sondern nur in Beziehung auf das zureichende Vermögen.

Ueber dieses hinaus ist er kein Erbe mehr und daher nach obigen klaren Gesetzesstellen auch nicht schuldig, sich in einen Rechtsstreit einzulassen.

Es geht also auch ein bereits gegen den Erblasser anhängig gewesener Rechtsstreit auf den Benefizialerben nur unter der Voraussetzung über, daß für ihn nach Vertheilung der Masse etwas übrig bleibt, und zwar nur in so weit, als er etwas aus der Masse erhalten hat, nicht aber auch dann, wenn die Masse unzureichend war, weil er dann, wie erwähnt, aufhört, Erbe zu sein.

Diese Grundsätze wurden auch vom obersten Gerichtshofe in einem Erkenntnisse vom 20. Mai 1854 Nr. 574^{51/52} bei der Entscheidung eines Falles anerkannt, wo es sich um eine Klage gegen einen Beamten wegen Ersazes eines Defizits in einer von ihm als Mitglied eines Gerichtes behandelten Verlassenschaft handelte, wobei der klagende Theil dem k. Fiiskus den Streit verkündet hatte. Im Laufe des Prozesses starb der Beklagte, und seine Erben

traten die Erbschaft theils gar nicht, theils nur unter der Wohlthat des Inventars an; da aber das Vermögen überschuldet war, erhielt der Kläger bei der gerichtlichen Verlassenschaftsbehandlung nur einen Theil seiner Forderung; an die Erben kam hiernach vom Vermögen ihres Vaters und Watten gar nichts.

Der zur Erklärung darüber, ob er den Streit gegen die Erben fortsetzen wolle, aufgeforderte Kläger bestand auf der Entscheidung der Sache gegen die Benefizialerben, weil er dem k. Fiskus den Streit verführet, also ein Interesse dabei habe, daß sein Anspruch den Erben gegenüber liquid gestellt werde, wenn er auch nichts von ihnen selbst erlangen könne.

Der oberste Gerichtshof entband jedoch die Erben von der Klage aus den oben angeführten rechtlichen Erwägungen und bemerkte nur noch wegen jenes besonderen Interesses des Klägers an Fortsetzung des Streites gegen dieselben Folgendes:

„Ob und welchen Einfluß etwa die Entscheidung des vormürfigen Rechtsstreites für den künftigen Prozeß gegen den k. Fiskus in Folge der Streitverführung des Klägers gehabt hätte, wenn B. selbst am Leben geblieben wäre, oder seine Erben die Erbschaft unbedingt angetreten hätten, ist für die Frage, ob die jetzigen Beklagten den Prozeß fortzusetzen haben, ganz irrelevant.

Denn da sie als Benefizialerben nicht in alle Verpflichtungen ihres Erblassers ohne Ausnahme und in ihrem ganzen Umfange succedirten, sondern diese nur in einem ganz beschränkten Maasse, nämlich bis zum Bestande der Erbmasse, übernommen haben, so waren sie auch nur schuldig, den Prozeß in so weit fortzusetzen, als jene Verpflichtungen auf sie übergingen, so daß, wenn diese erloschen, oder erfüllt sind, der Rechtsstreit in Beziehung auf sie keinen Gegenstand der Entscheidung mehr hat; im Interesse des Klägers einem subsidiär verpflichteten Dritten

gegenüber aber läßt sich eine Verbindlichkeit der jetztigen Beklagten; eine hinsichtlich ihrer durch Erbschöpfung ihrer eigenen Verpflichtung hinfällig gewordene Klage noch gegen sich gelten zu lassen und den beschalligten Rechtsstreit fortzusetzen, offenbar nicht begründen.

..d...

4.

Ueber den Gerichtsstand der Forensen und des Vertrages.

In einem oberstrichterlichen Erkenntniße vom 6. Mai 1854 N. 813⁵²/₅₃ wurden folgende Grundsätze aufgestellt:

Beklagter ist zwar ein Ausländer, besitzt aber ein in Bayern gelegenes Gut und unterliegt in so fern den Pflichten der Forensen.

§. 13. des Edikts über das Indigenat vom 26. Mai 1818.

Ein Forense kann in Bayern vor dem geeigneten L. Gerichte belangt werden, in so weit sein in Bayern gelegenes Gut einen zureichenden Exekutionsgegenstand darbietet, oder dafür angenommen werden will.

§. 15 lit. c daselbst.

Zwar bezeichnet diese Gesetzesstelle nur den Fall, wenn von dem L. Fiskus oder einem L. Unterthan Klage gestellt wird; allein der Grund des Gesetzes, nämlich die durch den Besitz eines Gutes in Bayern gegebene Möglichkeit, das richterliche Urtheil zu vollziehen, paßt nicht minder auf den Fall, wenn ein Ausländer Kläger ist, und gestattet insbesondere die Anwendbarkeit des Gerichtsstandes des Kontraktes, welcher nach §. 6 Kap. I der Gerichtsordnung gegen Ausländer ohne Unterschied, es mag der Kläger selbst ein Ausländer oder ein Inländer sein, Platz greift.

Wenn auch Beklagter als Ausländer der Herrschaft der bayerischen Gerichtsordnung im Allgemeinen nicht unterworfen ist, so zwingt ihn doch sein Gut-

besitz in Bayern, der Bestimmung jenes §. 6 Kap. I der Gerichtsordnung sich zu fügen, welcher die Anbringung der Klage auf Vertragserfüllung an dem Orte gestattet, wo der Vertrag abgeschlossen wurde; wenn nur der Beklagte sich dort persönlich befindet.
..b...

5.

Anfechtung approbirter Rechnungen.

Preuß. Recht.

In einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 1. Oktober 1853 Nr. 996^{51/52} wurde die Rechtsfrage, ob die Bestimmung des preussischen Landrechtes Thl. I Titel 14 §. 150, wornach Rechnungen, welche einmal abgelegt und quittirt sind, nach Ablauf von 10 Jahren unter keinerlei Vorwand mehr angefochten werden können, auch auf Verwalter des Vermögens von Gemeinden, Kirchenstiftungen und derlei juristische Personen Anwendung finde,

bejahend entschieden.

Das I. Appellationsgericht hatte die angeführte Bestimmung des preussischen Landrechtes auf Verwalter der genannten fraglichen juristischen Personen um deswillen für unanwendbar erklärt, weil nach §. 629 Titel 9 Thl. I dieses Landrechtes gegen den Fiskus, gegen Kirchen und solche Korporationen, welche gleiche Rechte mit diesen genießen, und welchen auch die Dorfgemeinden beizuzählen sind, nur die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren stattfindet, somit eine kürzere Verjährungszeit den erwähnten Korporationen gegenüber ausgeschlossen sei, zumal bezüglich der Verjährung gegen quittirte Rechnungen für diese Korporationen eine ausdrückliche Ausnahme von jener allgemeinen Vorschrift nirgends, insbeson-

bere, weber im Titel 14 Thl. I, noch im Titel 6 Thl. II des Landrechtes statuiert sei.

Diese Ansicht wurde nun in den oberstrichterlichen Motiven aus folgenden Erwägungen als unrichtig erklärt.

Allerdings macht das Gesetz von der allgemeinen Vorschrift des §. 629 Titel 9 Thl. I des Landrechtes auch bei Rechnungen, welche von Verwaltern des Vermögens der oben genannten Korporationen abgelegt werden, bezüglich der Verjährungszeit eine Ausnahme, und gestattet bezüglich dieser Rechnungen die Anwendung der speziellen Vorschrift des §. 150 Titel 14 Thl. I.

Denn im §. 131 und 132 Titel 6 Thl. II des Landrechtes, wo von Korporationen die Rede ist, wird verordnet:

„die Repräsentanten sind der Korporation von ihren Handlungen Rechenschaft abzulegen verbunden. Dabei, sowie überhaupt wegen aller den Repräsentanten gegen die Korporation zukommenden Rechte und Verbindlichkeiten, worüber in den Stiftungsgesetzen, in ihrer Instruktion oder in besonderen geschäftlichen Vorschriften nicht abweichende Bestimmungen vorhanden sind, werden die Repräsentanten als Bevollmächtigte, und wenn sie zugleich das Gesellschaftsvermögen administrieren, als Verwalter fremder Güter angesehen und beurtheilt. (Thl. I Titel 13 Abschnitt 1, Titel 14 Abschnitt 2.)“

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Bestimmung des §. 150 Titel 14 Abschnitt 2 Thl. I des Landrechtes nicht bloß auf Privatverwalter, sondern auch auf die Verwalter des Vermögens von Kommunen, Kirchen und Stiftungen Anwendung findet, zumal im Titel 6 Thl. II des Landrechtes über den fraglichen Punkt keine besonderen, von dem oben allegirten §. 150 abweichenden Bestimmungen enthalten sind, vielmehr hierauf im §. 132 *ibid.* ausdrücklich hingewiesen wird.

Daß von der Klägerin in ihrer Berufung angezogene, in v. Rämpf's Annalen der preussischen inneren Staatsverwaltung Bd. III S. 896 abgedruckte Reskript der königlich preussischen Ministerien des Innern und der Finanzen, welches unter dem 2. Oktober 1819 an die k. Regierung zu Erfurt erlassen wurde, kann hierbei um so weniger berücksichtigt werden, als einestheils in diesem Reskripte des in Frage stehenden §. 150 nicht erwähnt ist, andernteils den Ministerien keine gesetzgebende Gewalt (namentlich nicht für Bayern) zukommt, vielmehr sprechen sich die Kommentatoren Biellß, Bd. III S. 403, und Bornemann, Bd. III S. 453, übereinstimmend dahin aus, daß die Anwendbarkeit des fraglichen §. 150 auf Verwalter des Vermögens der genannten Korporationen um so minder bezweifelt werden könne, als auch Suarez in seiner Revisionsbemerkung sich dahin äußert, daß dem fisco, pñs corporibus u. s. w. keine längere Frist zu lassen sei; was auch der Bestimmung des gemeinen Rechts, nämlich des fr. 13 §. 1 de divers. temporal. præscript. ganz entspricht, welche in das preussische Landrecht übergegangen ist.

..d...

6:

Statutenkollision. Gesetze des Erfüllungsortes.

Bgl. Bd. VIII S. 16.

Ein Ausländer hatte im Ausland mit einer Fabrikgesellschaft in Bayern einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem er die Geschäftsleitung der Fabrik übernahm.

Als nun aus diesem Dienstvertrage ein Rechtsstreit zwischen dem Geschäftsführer und der Fabrikgesellschaft entstand, kam es bei Entscheidung der Sache darauf an, nach welchen Gesetzen das Rechtsverhältniß zu beurtheilen sei.

In dem oberstgerichtlichen Erkenntniſſe vom 6. Mai 1850 Nr. 643⁴⁹/₅₀ wurde hierüber Folgendes angeführt:

Die Anwendbarkeit der am Wohnorte der Fabrikgeſellſchaft geltenden Geſetze findet ihre volle Rechtfertigung in der Vorſchrift des Nr. 21 de oblig. et action. (44, 7), wornach bei Obligationsverhältniſſen die Geſetze des Ortes, wo die Verpflichtungen in Erfüllung kommen ſollen, zur Anwendung zu kommen haben, ſo wie in der Beſtimmung der Gerichtsordnung Kap. 14 §. 7 Nr. 8 und Anmerkungen hiezu lit. h, daß nämlich die Geſetze des Ortes, wo der Kontrakt errichtet wurde, nur hiſſichtlich der Form und der Solennitäten der Handlung zu beobachten ſeien,
..h...

7,

Beweiskraft der ſtrafgerichtlichen Erkenntnisse bezüglich des Civilpunktes betr.

Bgl. Bl. f. N. N. Bb. XVIII S. 183.

In einem oberappellationsgerichtlichen Erkenntniſſe vom 17. Juni 1854 (Landauer g. Ploest und Konſ. w. Entſchädigung, Nr. 1298⁵¹/₅₂) kommt hierüber vor:

„Wenn auch Art. 9 Thl. II des Strafgeſetzbuches von 1813 in Art. 368 des Geſetzes vom 10. Novbr. 1848 nicht ausdrücklicly aufgehoben iſt, ſo fällt die Beſtimmung über die Beweiskraft der ſtrafgerichtlichen Erkenntnisse für den Civilpunkt doch deßwegen hinweg, weil durch Art. 205 und 360 des Geſetzes v. 10. Novbr. 1848 (die Abänderungen des II. Theiles des StGB. betr.) die früher beſtandene Zuſtändigkeit der Kriminalgerichte für den Civilpunkt aufgehoben, und inßbeſondere durch das neue Geſetz der Grund deß im Art. 9 des älteren

enthalteneu Ausspruches nothwendig mit der Veränderung des Beweisverfahrens weggefallen ist.

Daraus, daß im Art. 368 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848 der Art. 8, nicht aber Art. 9 des älteren Strafprozeßgesetzes ausdrücklich aufgehoben worden, kann für die fortdauernde Giltigkeit des letzteren schon deswegen nichts gefolgert werden, weil das neue Gesetz nur über die Abänderungen sich aussprechen mußte, welche und so weit solche das strafrechtliche Verfahren und folgeweise den hierin erforderlichen oder zulässigen Beweis betrafen, daher, nachdem der Gerichtsstand der Konnexität durch Art. 205 weggefallen war, darüber nichts mehr zu bestimmen hatte, wie in dem civilgerichtlichen Verfahren der Richter seine Ueberzeugung zu schöpfen habe.

Wegen Aufhebung der Konnexität hat der Civilrichter seine Ueberzeugung lediglich nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung zu schöpfen, kann daher auch das strafgerichtliche Urtheil nur im Rückblicke auf Gerichtsordnung Kap. 9 §. 1 und etwa Kap. 12 §. 5 beachten.“

e.

8.

Solidarische Verpflichtung bei Handels-, bez. Fabrik-Gesellschaften.

Augsburger Recht.

In einem oberstrichterlichen Erkenntniße vom 6. Mai 1850 Nr. 643⁴⁹/₅₀ ist in dieser Beziehung folgende Ausführung enthalten.

Die erneuerte und vermehrte Wechselordnung der ehemaligen Reichsstadt Augsburg vom 5. Novbr. 1778 Kap. 11 §. 2 bestimmt, daß, wenn in einer Handlung einer oder mehr socii vorhanden sind, alle für einen und einer für alle in solidum mit ihrem völligen Vermögen, es sei zu der Handlung gewidmet oder nicht, stehen müssen, es wäre denn,

daß einer oder der andere gleich anfänglich sowohl in den Oblatorien als auch in dem Raggionsbuche sich deutlich erklärt hätte, nur für eine gewisse Summe gehalten sein zu wollen.

Es fragt sich nun,

- a) ob die allegirten Bestimmungen der Augsbürger Wechselordnung auf Handelsgeschäfte, welche nicht durch Wechsel vermittelt werden, Anwendung finden, und
- b) ob Fabrikgesellschaften unter den Begriff von Handelsgesellschaften zu subsumiren seien.

Beide Fragen müssen entschieden bejahend beantwortet werden.

Mit dem Kap. 10 der Wechselordnung vom Jahre 1778 endigen sich die Bestimmungen des eigentlichen Wechselrechtes und des Wechselprozesses, und die folgenden Kapitel handeln theils ausschließend theils zum Theile von Handelsfachen überhaupt, wie denn insbesondere das hier entscheidende Kap. 11 lediglich die Rechtsverhältnisse in Beziehung auf Errichtung einer Handlung und auf Handelsgesellschaften zum Gegenstande hat, ohne die gegebenen Bestimmungen auf den Wechselverkehr zu beschränken.

Es ist auch kein Grund vorhanden, eine solche Beschränkung aus dem Namen des Gesetzes als einer Wechselordnung abzuleiten, da es hinsichtlich des Umfanges eines Gesetzes nicht auf den Namen und dessen nächste Veranlassung, sondern einzig und allein auf den materiellen Inhalt der einzelnen Bestimmungen ankommen hat.

Fabrikgeschäfte gehören nun zwar nicht zum Handel im engeren, wohl aber im weiteren Sinne,

Wender, Grundsätze des deutschen Handelsrechtes §. 29

und müssen daher auch nach gleichen Grundsätzen, wie der Handel im engeren Sinne beurtheilt werden, weil die Rechtsverhältnisse im Verkehre nach außen hier und dort die nämlichen sind.

..d...

9.

Irrthum über zweifelhafte Rechtsfälle. Kistner
meinschaft.

Preuß. und gemeines R.

In dem aus Bd. XIX S. 145 f. unserer Zeitschrift ersichtlichen Rechtsfalle handelte es sich auch von der Frage, ob der Klägerin nicht der Umstand entgegenstehe, daß die Zahlung, deren Erstattung sie forderte, von ihr aus Rechtsirrtum (nämlich aus Irrthum über die in Betreff der ehelichen Gütergemeinschaft im Eidsstädtischen geltenden Normen) geleistet worden. In dieser Beziehung äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung unter Anderem:

Daß preussische Landrecht geht von dem Gesichtspunkte aus: daß jeder Einwohner des Staates gehalten ist, sich um die Gesetze, welche ihn oder seine Handlungen betreffen, genau zu erkundigen, daß daher Niemand sich mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen könne,

Einleitung des R. M. S. 12,

so wie auch das gemeine Recht den Satz: daß der Rechtsirrtum in der Regel dem Irrenden nicht zu Gute komme, auf die Voraussetzung beschränkt, daß das Gesetz die betreffende Frage bestimmt entscheide, und der Irrende sich ohne Schwierigkeit über dasselbe Gewißheit hätte verschaffen können. Cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia (fr. 9 §. 3 de juris et facti ignorantia (22, 6). Letzteres wird aber alsdann nicht angenommen, wenn es sich entweder um kontroverse Rechtsfälle, oder um Bestimmungen eines partikulären oder eines Gewohnheitsrechtes handelt;

vgl. Savigny, System Bd. III S. 336;

Seuffert, Erörterungen II. Abtheilung

S. 73 u. f.; Dollmann, in den Bl. für R. M.

Bd. VII S. 219; Bangerow, Pandekten

Bd. I S. 102; Bl. f. R. M. Bd. XV S. 320;

Seuffert's Archiv Bd. V S. 399.

Im vorliegenden Falle betrifft der Irrthum

der Klägerin kein Gesetz, welches unter die Bestimmung des angeführten §. 12 subsumirt werden könnte, vielmehr sind die Quellen, aus welchen hier das Recht geschöpft werden muß, so unvollständig und mangelhaft, daß die Richter der beiden unteren Instanzen der nämlichen Ansicht gehuldigt haben, welche der Zahlung zu Grunde lag. Wird diese jetzt von dem obersten Gerichtshofe als irrig erkannt, so kann am wenigsten die Klägerin der Vorwurf einer schuldhaften Unwissenheit treffen, zumal aus dem Munde dieser Richter.

MDGG. v. 11. Nov. 1853. Nr. 154^{51/52}. M.,

10.

Art. 6 des Bodenentlastungsgesetzes auf Reichnisse, welche auf den Gemeindeverband Bezug haben, nicht anwendbar.

In Verhandlung der aus Bd. 8 S. 236—7 ersichtlichen Rechtsache kam es in Frage, ob die dort bezeichnete Abgabe durch Art. 6 des Bodenentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848 erloschen sei. Diese Frage wurde vom obersten Gerichtshofe verneint. Gründe:

Das angeführte Gesetz hat, wie schon die Ueberschrift bekundet, lediglich die Aufhebung der standes- und gutherrlichen Gerichtsbarkeit, dann die Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten zum Gegenstande. Schon die Verbindung, in welche zwei an sich doch so verschiedene Betreffe in einem und demselben Gesetze miteinander gebracht wurden, gibt unzweifelhaft zu erkennen, daß hiedurch zunächst nur jene Lasten und Reichnisse berührt werden wollten, welche bis dahin den mit Gerichtsbarkeit bekleideten Standesherrn und adeligen Gutbesitzern als Grundherren ¹⁾ zu verreichen waren. In so ferne übrigens hierin von Grundlasten im Allgemeinen gesprochen wird, konnten von selbst auch alle jene Abgaben nicht aus-

¹⁾ Der Ausdruck „Grundherr“ ist hier wohl in einem weiteren Sinne gebraucht, nach welchem er auch die Lehens-, Bodenzins-, u. dgl. Berechtigungen umfaßt. S.

geſchloſſen werden, welche in gleicher Weiſe vom Staate ſelbſt, von einer Stiftung oder einem mit Gerichtsbarkeit nicht verſehenen Privaten bezogen wurden. Immerhin hat es dieſes Geſetz nur mit Grundlaſten zu thun. Wenn daher gleichwohl im Art. 6 auch der rein perſönlichen, d. i. der nicht auf Grund und Boden haftenden Abgaben erwähnt, ſofort bezüglich dieſer verordnet worden iſt, daß ſie ohne alle Entſchädigung aufzuhören haben, ſo konnten hierunter nach dem Zuſammenhange, in welchem dieſe ganz ſinguläre Diſpoſition mit allen ſonſtigen Beſtimmungen des Geſetzes ſteht, von ſelbſt nur jene nicht auf Grund und Boden haftenden Abgaben verſtanden werden, welche biß dahin von den Verpflichteten Demjenigen, zu dem ſie in einem grund- oder gerichtsherrlichen Verbande geſtanden hatten, noch außerdem, ſei es nun neben dem grundherrlichen, oder doch aus Rückſicht ihres untergeordneten Verhältniſſes zu demſelben verabreicht wurden.

Wollte man von einem ſolchen oberherrlichen Verhältniſſe, in dem die vom Geſetze gemeinten Abgaben ihren Grund haben müſſen, und welches ſich in dem bloßen Gemeindeverbande nicht von ferne erkennen läßt, gänzlich abſehen, ſo würde eine Menge von Rechten und Leiſtungen der fraglichen Geſetzesbeſtimmung verfallen, in Anſehung deren es bißher noch Niemand eingefallen iſt, die Anwendbarkeit derſelben anzusprechen, und am Ende wäre kein privatrechtlicher Titel mehr ausreichend, um Schutz gegen die ſich hierauf ſtützenden Reklamationen zu gewähren.

MGE. v. 28. März 1854. Nr. 552⁵³/₆₄.

Berichtigungen.

Im Comment. ii. d. O. D. Bd. I (Aufl. II) S. 129 Note 34 ſtatt „Feuſt“ lies „Gott“, und (S. 3) ſt. „XIII“ ſ. „VIII.“

In den Bl. f. N. N. Bd. XVIII S. 64 der Erg. Bl. S. 9 ſt. „170“ ſ. „192“; — Bd. XIX S. 219 Note 4 S. 1 ſt. „XVII“ ſ. „XVIII“.

Red.: J. A. Seuffert. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

: Ueber Nachweise der Zahlungsfähigkeit. — Konsenderklärung aus längerer Nichtbeantwortung eines Briefes abgetheilt. Einkaufskommission. — Zahlungsmachtig. — bedingt durch Bestimmung seines Betrages. — 10. zelle. — Berichtung. — Gnopt. —

Ueber Nachweise der Zahlungsfähigkeit.

§. 96 der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 und, Hyp.
Ges. §. 64.

vom kgl. Advokaten Dr. Hättner zu München.

I.

Bei Versteigerungen wird jeder Bieter wieder frei, so bald ein Anderer ein Mehrgebot gelegt hat; ohne daß es darauf ankommt, ob dieser solvent, d. h. sein Angebot zu erfüllen im Stande ist. Demzufolge muß Jeder, dem an sicherer und baldiger Erzielung eines baaren Erlöses liegt, die Nichtzulassung von zahlungsunfähigen Mitbieteren wünschen. Diesem Bedürfnisse entsprechend verordnete §. 96 der Prozeßnovelle von 1837 in Ansehung der Zwangsveräußerung von Liegenschaften:

daß beim Gerichte unbekannte oder solche Personen; gegen deren Zahlungsfähigkeit Zweifel obwalten, zur Steigerung nicht zuzulassen seien, wenn sie nicht bei der Tagfahrt ihre Zahlungsfähigkeit nachweisen.

Was

1) den Umfang der hier in Frage kommenden Zahlungsfähigkeit betrifft, so bestimmt sich derselbe natürlich nach dem Werthe des Exekutionsobjektes, nach dem Verlaufe der für den Meistbietenden in Aussicht stehenden Verbindlichkeiten, unter Berücksichtigung der Kosten einer weiteren Versteigerung für den Fall der Anwendung des §. 105 der angef. Prozeßnovelle. Im Verlaufe der Versteigerung können gegen die Zahlungsfähigkeit eines Bieters Bedenken eintreten, welche am Anfange, nach dem Betrage der ersten Gebote, noch nicht obwalteten. Im Allgemeinen läßt sich eine feste Norm für Würdigung der Zahlungsfähigkeit nicht aufstellen; es steht in richterlichem Ermessen, die richtige Mitte zu finden zwischen ungebührlicher Beschränkung der Konkurrenz und einer Leichtigkeit der Zulassung, welche die Sicherheit des Resultates gefährdet.

2). Der Steigerungslustige darf dem Gerichte nicht unbekannt sein, es dürfen keine Zweifel an seiner Zahlungsfähigkeit bestehen. Das Gesetz verlangt nicht positiv: die Zahlungsfähigkeit muß gerichtskundig sein. Personen, welche dem Gerichte bekannt sind, werden mit keiner Beweisführung belastigt, wenn gegen ihre Zahlungsfähigkeit keine Zweifel obwalten. Das richterliche Kennen kann sich auf Vorkommnisse im Amte selbst stützen oder darauf beruhen, daß die Solvenz einer Person volks-, gegen- oder ortskundig ist. In so ferne die Person des Richters selbst dem Gebiete dieser Gemeinkundigkeit angehört, darf er auch die auf außeramtliche Erfahrungen gegründete Kenntniß berücksichtigen. Der Allegation eines solchen Notorium von Seite eines Theiligten bedarf es nicht, weil die Zahlungsfähigkeit der Steigerungslustigen von Amtswegen zu beachten ist.

3) Zur Erbringung des Nachweises der Zahlungsfähigkeit, von welchem der §. 96 spricht, wird keineswegs erfordert, sich über den Besiz von Geld im nöthigen Betrage (s. oben Nr. 1) auszuweisen; auch anderes Vermögen, bewegliche und liegende Habe, wie Kapitalvermögen, kommt in Betracht; ja sogar eine unbestrittene Hypothekforderung auf dem Gantobjekte kann nach Umständen als Gewährschaft dienen, wenn sie genügend groß und versichert ist, um die Betheiligten außer Verlustgefahr zu setzen. Weder eine förmliche Beweisantretung wird gefordert, noch ein strenger, den Regeln des ordentlichen Prozesses entsprechender Beweis. Bescheinigung genügt, Glaubhaftmachung, Erbringung der Wahrscheinlichkeit künftiger Erfüllung der für den Steigernden aus etwaigem Meistgebote erwachsenden Verbindlichkeiten. Zur Glaubhaftmachung dienen obrigkeitliche Vermögenszeugnisse oder ähnliche Behelfe, oder auch Vorzeigung werthvoller Vermögensstücke, guter Werthpapiere, so ferne keine Anhaltspunkte für Bedenken, z. B. darüber gegeben sind, ob denn das Vorgezeigte dem Vorzeiger gehöre. Dergleichen Bedenken vorzubringen, ist den Interessenten unbenommen.

4) Daß die Berücksichtigung der Zahlungsfähigkeit der Steigerungslustigen von Amtswegen geschehen soll, schließt darauf bezügliche Anträge der Interessenten nicht aus. Als Interessenten erscheinen zunächst die Gläubiger, deren Befriedigung in Frage, auf welche die Zahlungsfähigkeit des Meistbietenden offenbar Einfluß hat. Aber auch der Schuldner gilt hier als Interessent, als Eigenthümer und gleichsam Verkäufer des Versteigerungsgegenstandes, so wie wegen seines Anspruchs auf den Ueberschuß des Erlöses und wegen seiner fortbauernenden Haftung für das durch den Erlös nicht Bedeckte. Jedoch möchte nach erfolgter Güterabtretung oder Konkursöffnung die Ver Silberung der Masse lediglich als Angelegenheit

der Gläubigerschaft anzusehen sein¹⁾. — Andere Steigerungslustige mögen allerdings durch Ausschließung von Konkurrenten den Vortheil eines niedrigeren Kaufpreises erstreben; aber ihr Interesse ist kein rechtliches, hat weder ein dingliches Recht, noch eine Obligation zur Grundlage und ist daher nicht zu beachten²⁾.

5) Die Berücksichtigung der Solvenz der Steigerungslustigen ist im Interesse der Betheiligten verordnet. Daher treten die obrigkeitlichen Bedenken in den Hintergrund, und die Erbringung eines Solvenznachweises wird unnöthig, wenn sich für die Zulassung ohne Nachweis sämtliche Betheiligte (Gläubiger und Schuldner) erklärt haben³⁾. Ganz fehlt es etwa auch von Deckung einer namhaften Gerichtskostensumme und deren Gefährdung durch Zahlungsunfähigkeit des Meistbietenden, so dient allerdings die Autonomie der sonstigen Betheiligten dem Gerichte nicht zur Nichtsnur.

6) Die Beurtheilung der Zahlungsfähigkeit der auf das Ausschreiben der Versteigerung erschienenen Erwerbslustigen, insbesondere die Prüfung der etwa vorgelegten Solvenznachweise geschieht von Amtswegen, und der Richter faßt (vor dem Beginne oder im Laufe der Versteigerung) seinen Beschluß, ohne die Betheiligten über diesen Gegenstand hören zu müssen. Wenn indessen der Richter von einem Steigerungslustigen den Solvenznachweis verlangt, so kann dieß nicht nur diesem zur Erörterung seiner Vermögensverhältnisse Anlaß geben, sondern auch die an-

¹⁾ Bgl. *GD.* XVIII §. 14; XIX §. 17. *Ödner*, *Handb. Wb.* 4 S. 600 f.; dessen *Komment. zum Proj. Ges.* von 1819 S. 449; *Heffter*, *System* §. 529.

²⁾ Bgl. §. 4 *Inst. de replic.* (4, 14), fr. 24 *de re jud.* (42, 1), fr. 7 *de exc.* (44, 1) mit *GD.* VI §. 3.

³⁾ Bgl. fr. 41 *de minor.* (4, 4).

wesenden Interessenten; (s. Nr. 4) zur Erbitung des Wortes anregen, entweder um sich für die Zulassung auszusprechen, oder sich dagegen zu erklären. Auch gegen die faktische Zulassung eines Bietenden, von Seite des Richters kann anwesenden Interessenten Erinnerungen vorzubringen nicht verwehrt werden, so wie nicht minder die bereits ausgesprochene Zurückweisung auf Remonstration von Betheiligten sofort wieder aufgehoben werden kann. Es würde der Natur eines solchen von Amtswegen zu erledigenden Inzidentpunktes widerstreiten, wenn darüber eine förmliche Verhandlung in protokollarischen Wechselfällen gepflogen, oder gar ein Beweisverfahren eingeleitet werden wollte. Vielmehr ist das bezügliche Vorbringen eines beanstandeten Kaufliebhabers oder eines Gläubigers, resp. des Schuldners, in dem für die Versteigerungstagfahrt eröffneten Protokolle dem Wesen nach zu bemerken, und darauf, unter abschließender Rücksicht auf die vorliegenden Behelfe, ein kurz motivirter Protokollarbescheid zu erlassen.

7) Die Zurückweisung eines Steigerungslustigen wegen Ermangelung des Solvenznachweises kann durch Minderung oder gar Aufhebung der Bietungskonkurrenz zum wesentlichen Nachtheile der Interessenten, der Gläubiger und des Schuldners, gereichen. Daher die Nothwendigkeit der Zulassung von Rechtsmitteln gegen die den Zwischenbescheiden über Art und Weise des Exekutionsverfahrens angehörige Zurückweisungsverfügung⁴⁾. Ergeht diese von Amtswegen,

⁴⁾ Man hat die Meinung aufgestellt, auch gegen die (von Interessenten beanstandete) Zulassung eines Steigerungslustigen finde ein Rechtsmittel statt. Ein Bedürfniß, wie bezüglich der Zurückweisungsverfügung, waltet hier nicht ob. Denn der Erfolg des Rechtsmittels könnte doch nur zu einer weiteren Versteigerung führen, ein Resultat, welches ohnehin eintritt, wenn sich Insolvenz des Meistbietenden ergeben sollte. Die

ohne daß sich die Interessenten vorher über die Zivilsachenfrage geäußert, so muß natürlich der Annehmung des Oerrichters eine Demonstration bei dem Unterichter vorhergehen⁵⁾. Hat in der Versteigerungstagfahrt kein Interessent Einspruch gegen die fragliche Zurückweisung (vor oder alsbald nach dem Ausspruch) erhoben, und ist demzufolge der Versteigerungssatz ohne Beanstandung jener Maßregel vor sich gegangen, so ist Anfechtung derselben im Wege der Berufung deswegen unstatthaft, weil das Stillschweigen der Interessenten unter den obwaltenden Umständen, wo der Zurückweisung eines Steigerungslustigen durch den Uebergang zur Versteigerung sogleich die praktische Folge gegeben wird, als Zustimmung, als Verzicht auf Einwendungen aufgefaßt werden muß. — So wenig der einfache Einspruch eines Interessenten den Uebergang zur wirklichen Versteigerung aufzuhalten vermag, eben so wenig der Vorbehalt einer Beschwerdeführung (Verwahrung). Zur Verwahrung (in diesem Sinne) ist es noch am Schlusse der Versteigerung (durch den provisorischen Zuschlag) Zeit. An den Oerrichter kann die vorbehaltene Beschwerdeführung in Betreff der Zurückweisung erst mit dem etwaigen Rechtsmittel gegen das definitive Ergebnis der Versteigerung (den Abjudikationsbescheid) gelangen. — Nur ein Interessent (im Sinne von Nr. 4) kann über die Zurückweisung eines Steigerungslustigen Beschwerde führen; dem Zurückgewiesenen selbst läßt

Doktrin muß Bedenken tragen, sich für eine unnöthige Vervielfältigung der Rechtsmittel, zumal im Exekutionsverfahren, auszusprechen. Daher empfiehlt sich die Ansicht, gegen die Zulassung eines Steigerungslustigen finde zwar Demonstration, nicht aber bei deren Erfolglosigkeit Beschwerdeführung an den Oerrichter statt. S.

⁵⁾ Prozeßnovelle von 1837 §. 55. Seuffert, Wb. 4. S. 27 Nr. 2.

sich höchstens die Befugniß einräumen, der Berufung eines Interessenten unterstützend beizutreten. Haben die Interessenten gegen die verfügte Zurückweisung nichts einzuwenden, so ist die Sache für dieses Verfahren erledigt, auf dessen Gang eine von dem Zurückgewiesenen etwa im Interesse seines Credits erhobene Extrajudizialbeschwerde keinen Einfluß äußern kann.

Wurde mit Grund oder Ungrund der beigebrachte Zahlungsnachweis für ungenügend erachtet, der allseitigen Notorietät die Anerkennung versagt? Davon handelt es sich bei der Beschwerdeführung über die Zurückweisung. Die überhaupt dem Appellanten zustehende Befugniß, das frühere Vorbringen *circa facti veritatem et circumstantias* vor dem Oberrichter besser auszuführen⁶⁾, mag auch in Fällen dieser Kategorie zur sachdienlichen Ausübung gelangen. Ein im Bewußtsein des Unterrichters vorhandenes Notorium ist vielleicht für den Oberrichter nicht vorhanden; in welchem Falle dieser, was in den vorinstanzlichen Motiven darüber vorkommt, als gerichtliches Zeugniß aufzufassen und zu würdigen hat⁷⁾. Gelangt der Oberrichter zu der Ansicht, daß die fragliche Zurückweisung eines Steigerungslustigen nicht hätte stattfinden sollen, so ist als Folge die Aufhebung der Subhastationshandlung auszusprechen.

II.

Durch den §. 64 des Hypothekengesetzes wurde das Lösungsrecht der Hypothekgläubiger⁸⁾ neu

6) O.D. XV §. 5 Nr. 8. Gönner, Handb. Bd. 3 Abh. 60 §. 8—19; Geuffert, Comment. Bd. 4 S. 71 f.

7) Vgl. D.M.G. v. 19. April 1854 in der Heilsichen Bantfacht.

8) O.D. XVIII §. 7; Gönner, Comment. zum Hyp.-Ges. Bd. I S. 531 f.

gestaltet; und dem Gläubiger, der davon Gebrauch machen will, aufgegeben:

sich hierüber binnen acht Tagen, bei Verlust des Rechtes vor Gericht nicht nur zu erklären, sondern auch die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachzuweisen.

Dieser Solvenznachweis ist

1) nicht nach Art einer Förmlichkeit vorgeschrieben, sondern als Vorsichtsmaßregel im Interesse derjenigen, welche, dem Einlösenden vorgehend, aus dem Gantobjekte befriedigt werden sollen. In Ermangelung eines vorgehenden Hypothetgläubigers ⁹⁾ bedarf es auch keines Solvenznachweises. Das Gleiche gilt, wenn, beziehungsweise soweit die Vorgehenden nicht auf Bezahlung bestehen, sondern ihre Forderungen auf dem Gantobjekte stehen lassen wollen, oder doch erklären, daß sie des Einlösenden Solvenz nicht beanstanden. Kann die Erklärung eines Gläubigers, einlösen zu wollen, wegen Ermangelung des Solvenznachweises, die Zuerkennung des Einlösungsrechtes (Zuschlag des Gantobjektes) nicht verschaffen, so mag sie doch in so weit wirksam sein, daß sie dem Erklärenden gegen den (ihm nachstehenden) wirklichen Einlöser den Anspruch auf Befriedigung erhält ¹⁰⁾. Dem Erfordernisse des Solvenznachweises würde in der That die Bedeutung einer bloßen Formvorschrift beigelegt, wenn man in der Nichtbeibringung einen Grund finden wollte, dem vorgehenden Gläubiger das Befriedigungsrecht zu entziehen, welches schon als billige Folge der Stellung

⁹⁾ Im Falle des Hyp. Ges. §. 69 kommen noch andere Gläubiger (der I. Klasse); auch die Konkurskosten in Betracht.

¹⁰⁾ Natürlich ist hier überhaupt nur von solchen Forderungen die Rede, zu deren Deckung das Pfandgebot nicht ausreicht.

erscheint, die der ältere Gläubiger im Verhältnisse zu dem Nachhypothetgläubiger einnimmt.¹¹⁾

2) Der Obliegenheit, „die Mittel zur Befriedigung der vorgehenden Gläubiger nachzuweisen“, kann genügt werden, ohne den Besitz baaren Geldes im erforderlichen Betrage nachweisen zu müssen; vielmehr gilt hier gleichmäßig, was oben (S. 371) von der Beschaffenheit des Solvenznachweises von Seite der Steigerungslustigen gesagt wurde; es will ja der Einlösende in den Platz eines Steigerers eintreten. Zu einer Kautionsleistung ist derselbe nicht verbunden, und das momentane Vorzeigen einer Summe baaren Geldes würde reelle Sicherheit nicht gewähren. Für einen als Steigerer zugelassenen Gläubiger, welcher nun den Meistbietenden durch Ausübung des Einlösungsrechtes verdrängen will, ergibt sich die Nothwendigkeit des Solvenznachweises nur durch Vorhandensein vorgehender Einlösungskonturrenten. Der Umfang der nachzuweisenden Zahlungsfähigkeit bestimmt sich auch hier, wie im Falle des §. 96 (vgl. S. 370), nach dem ungefähren Verlaufe der für den Einlöser in Aussicht stehenden Verbindlichkeiten.

3) Auch im Falle des §. 64 handelt es sich nicht von einem Beweise nach den Erfordernissen des ordentlichen Prozesses, sondern nur von Glaubhaftmachung (vgl. oben S. 371). Ist für die geforderte Nachweisung auch Notorietät dienlich? Ja. Die Vorschrift des §. 64 ist im Zusammenhange mit dem Ganzen der Civilprozeßgesetzgebung aufzufassen¹²⁾; ihre Fassung ist nicht von der Art, daß anzunehmen

¹¹⁾ Ob hier die Praxis der Ansicht des Verf. folgen werde, scheint erheblichen Zweifel zu unterlegen. S.

¹²⁾ Vgl. C. 18 de testibus (4, 20): „lex posterior ex antiquiore, lex particularis, ex communi jure interpretanda est.“

wäre, der Befehlgeber habe hier die Anwendung der Regel, nach welcher Notorietät eines Thatumstandes der Beistimmung anderer Beweise enthebt, ausschließen wollen. Zur Bestätigung dieser Ansicht dient auch das von der Anwendung des §. 96 Bemerkte (vgl. oben S. 370)¹³⁾. Den Einlöser lästiger zu behandeln als den Steigerungslästigen, würde um so weniger zu rechtfertigen sein, da jener durch den ihm aus dem Steigerungsergebnisse drohenden Verlust zu dem Erwerbe des Gantobjectes getrieben wird.

4) Daß kein insolventer Einlöser zugelassen werde, liegt zunächst im Interesse der vorgehenden, aus der Zahlung des Einlösenden zu befriedigenden Gläubiger; wohingegen die dem Einlöser nachstehenden ein solches Interesse offenbar nicht haben, da das Meistgebot, bei welchem der Einlöser bedroht ist, noch weniger an die diesem nachstehenden Gläubiger reichen würde. Nur jenen Vorgehenden steht es daher zu, der beantragten Einlösung wegen Ermangelung genügenden Solvenznachweises in dem Weg zu treten¹⁴⁾, so wie auf deren Anerkennung der Solvenz des Einlösungs-Aspiranten, beziehungsweise deren Zufriedenstellung ohne Solvenz-Nachweis, vom Richter der Einlösung stattzugeben ist. Dem Wollenden geschieht durch Nichterfordern des Solvenz-Nachweises kein Unrecht. Natürlich bindet das Kreditgeben des einen Einspruchsberechtigten die andern dem Einlöser Vorstehenden nicht. Kann aber der Schuldner Einspruch erheben, wenn alle einspruchs-

¹³⁾ Vgl. Erf. des N.O. von Oberbayern v. 7. Feb. 1854 in S. Bayer w. Heute; DABG. v. 19. April 1854 in der Heiftischen Gantfache.

¹⁴⁾ Vgl. in Betreff der Einspruchsbesugniß Erf. des N.O. der Oberpfalz in der Heiftischen Gantfache v. 8. April 1853; des N.O. für Oberbayern vom Feb. 1854 in S. Bayer w. Heute.

berechtigten Gläubiger den Solvenz-Nachweis erlassen) oder den ungenügenden als genügend annehmen wollen? Diese Frage ist zu verneinen. Ein Interesse des Schuldners, wegen Anspruch auf den Mehrerlös, kann hier nicht Platz greifen. Sollte wirklich die unvorsichtige Zulassung eines insolventen Einlösers zu dem Resultate führen, daß bei einer nöthig werdenden weiteren Versteigerung ein noch geringeres Meistgebot erzielt würde, so kann der Schuldner, wenn nun dessen fernere Haftung für den in Folge dieser Differenz (zwischen dem Meistgebote der früheren Versteigerung und demjenigen, um welches nach dem Ergebnisse der späteren der Zuschlag erfolgen mußte) ungedeckt gebliebenen Forderungsbetrag in Anspruch genommen werden wollte, zu seiner Vertheidigung (*exc. doli generalis*) geltend machen, daß dem Gläubiger die Befriedigung aus dem Pfandobjekte in Ansehung des fraglichen Differenzbetrages durch seine eigene Schuld entgangen sei, und ihm daher Vergütung dafür nicht gebühre.¹⁵⁾

Die Vorschrift des Solvenznachweises ist lediglich im Interesse der aus der Zahlung des Einlösers zu befriedigenden Gläubiger gegeben. Daher kann sich der Meistbietende nicht darauf berufen, um den Antrag auf Zurückweisung eines Einlösungs-Aspiranten zu motiviren.

5) Es ist Aufgabe des Richters, die von den Einlösungs-Aspiranten beigebrachten Solvenznachweise von Amtswegen zu prüfen. Gegen die Ansicht, daß jeder erst nach Ablauf der im §. 64 bestimmten achttägigen Frist einlaufende Solvenznachweis außer Beachtung zu bleiben habe, waltet das Bedenken ob, daß im Falle einer Konkurrenz von

¹⁵⁾ Bgl. fr. 9 de distract. pign. (20, 5): *si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum*

Einlösungsverklärungen, sich erst nach dem Ablaufe von acht Tagen herausstellen kann, welche Verpflichtungen dem Konkurrenten, dessen Einlösungsbegehren genehmigt wird, aus dem Zuschlage erwachsen. Die nicht durch Versäumung eines (richterlich) vorgesteckten peremptorischen Termins ausgeschlossenen Nachweise können bis zum Eintritte der Rechtskraft des Zuschlagbescheides nachgetragen werden ¹⁶⁾. Daselbe gilt von den Einwendungen der Interessenten (vgl. Nr. 4) gegen die Solvenz des Einlösungsaspiranten. Der richterliche Ausdruck über die Solvenznachweise erfolgt im Zuschlagbes-

¹⁶⁾ Vgl. DMOG. vom 19. April 1854 (Note 13): „das Hypothekengesetz verordnet zwar im §. 64 allerdings, daß der Gläubiger, welcher das Einlösungsrecht ausüben will, darüber innerhalb 8 Tagen, von dem Tage der Versteigerung an gerechnet, bei Erlaß des Urtheils vor Gericht sich nicht nur erklären, sondern auch die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachweisen müsse. Um dieser Vorschrift zu genügen, ist jedoch ein vollständiger Beweis über den erforderlichen Vermögensbesitz eben so wenig notwendig, als es auf die Einhaltung der im streitigen Beweisverfahren vorgeschriebenen Formen anzukommen hat. W. und S. haben nun zwar innerhalb der vorgeschriebenen Tage keine Erwähnung vor dem Gerichte der ersten Instanz darüber gemacht, daß sie Vermögen besitzen und welches; es hat aber die erste Instanz in ihrem Adjurationsbescheide bestätigt, daß die Zahlungsmittel und die Zahlungsfähigkeit Welber gerichtsbekannt, Beide Kapitalisten seien, und S. auch noch ein nicht unbedeutendes Anwesen besitze; und eben sowohl verbleiben auch die Vermögenszeugnisse Veräußerung, welche erst, nachdem das nunmehr bestrittene zweitrichterliche Urtheil verkündet worden war, beigebracht worden sind“. — (Leicht möglich, daß obige Frage, wenn sie sich dem obersten Gerichtshofe wieder dargestellt, Aufgabe einer Plenarberatung wird. S.)

scheide. Die Beschwerdeführung darüber steht auch solchen Interessenten zu, welche früher in Betreff des Einlösungsrechtes keine Erklärung abgegeben, aber von dem Vollzuge des Bescheides eine Beeinträchtigung ihres Rechtes zu besorgen haben.¹⁷⁾ Einem Interessenten, welchem vor dem Bescheide keine Gelegenheit zum Vorbringen eines Einspruches gegen die Solvenz eines Einlösungsaspiranten gegeben war, steht vorerst der Weg der Remonstration offen, die Berufung an den Obergerichter erst nach Zurückweisung der Remonstration. Uebrigens finden die allgemeinen Vorschriften, betreffend die Berufung im Exekutionsverfahren, auch hier Anwendung. Insbesondere gilt dies auch von der Beschränkung der Oberberufungsbefugniß, welche gleichmäßig, wie für den Schuldner, auch für die bei der Exekution aktiv Betheiligten gilt.¹⁸⁾

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Konsensklärung, aus längerer Nichtbeantwortung eines Briefes abgeleitet. Einkaufskommission.

Leuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 10, Bd. 4 Nr. 211, Bd. 5 Nr. 117.

Der Kommissionär in London hatte dem Kommissionisten in Bremen unter dem 1. Sept. brieflich angezeigt, wie er den Auftrag (zum Theil abweichend von der Instruktion) alsbald auszuführen gedenke, und dabei die Zuversicht ausgesprochen, damit die Zufriedenheit des Auftraggebers zu erlangen. Erst am 6. Oktober, nachdem das An-

¹⁷⁾ Bgl. O.D. XV, §. 2.

¹⁸⁾ Bgl. D.M.G. v. 6. März 1851 in G. Feinzelmeier iv. Benß, und v. 23. Juni 1854 in G. Bayer iv. Feulle.

gezeigte in der Hauptsache bereits geschehen war, erging Antwort auf jenen Brief, Empfangsweigerung wegen nicht gehöriger Ausführung des Auftrages erklärend.

In Beurtheilung der Klage des Kommissionärs auf Erstattung seiner Auslagen wurde der Beklagte (die Erbringung eines dem Kläger aufgelegten Beweises vorausgesetzt) der verspäteten Antwort wegen für empfangspflichtig erklärt. In den Entscheidungsgründen erklärte sich der oberste Gerichtshof zu Rülbeck zwar gegen die Ansicht mehrerer Rechtslehrer, daß aus der Annahme eines Briefes, ohne gegen dessen Inhalt zu protestiren, allgemein dessen Genehmigung folge, stellte aber dann den Grundsatz auf, daß den Gesetzen zufolge

un: Fr. 16 ad SC. Macedon. (14, 6), fr. 18 mand. (17, 1), fr. 4 §. 5 de fidej. et nomin. (46, 1), fr. 2 pr. ad municip. (50, 1), C. 2 si aliena res pign. (8, 16), Clement. 1 c. 1 de procur.

eine stillschweigende Einwilligung dann anzunehmen sei, wenn Jemand, von einem auf seinen Namen oder für ihn oder mit Gefährdung oder Beeinträchtigung seiner Rechte unternommenen oder abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Kenntniß erhaltend, doch die Sache ihren Gang fortgehen läßt, ohne dagegen zu protestiren, so ferne es sich zugleich vernünftiger Weise erwarten ließ, daß der Andere einverstanden sein werde; wobei die Gesetze offenbar von dem Gesichtspunkte ausgingen, daß es wider Treu und Glauben verstoßen würde, hier erst den Ausgang abzuwarten, und je nachdem dieser gut oder schlimm ausfalle, das Geschäft wider sich gelten zu lassen oder aufzurufen. Hierzu komme noch im gegebenen Falle, daß Kläger in seinem Schreiben vom 1. Sept. die Meinung ausgesprochen habe, den Auftrag gut ausgeführt zu haben, worin die Erwartung liege,

im Falle der Mißbilligung diese ausgesprochen zu sehen, und daß die Parteien schon vorher in Kontraktverhältnissen gestanden, woraus die Pflicht beider Kontrahenten folge, für das Interesse und die Schadloshaltung des Anderen möglichst zu sorgen, daher sich die nöthige Mittheilung baldigst zu machen, und zwar auf Seiten des Kommittenten so gut, wie auf der des Kommissionärs, daher Ersterer seine Mißbilligung der ihm angezeigten Maßregeln des Letzteren diesem sofort zu erkennen geben müsse, und Beklagter, der dieses nicht gethan, als das Verfahren des Klägers in so weit genehmigend gelten müsse, wie er es aus dessen Schreiben vom 1. Sept. habe entnehmen können.

Bremer Handelsblatt v. 1854. Beil. zu Nr. 152
S. 576 f. ¹⁾

2.

Zwangsnachlaß, bedingt durch Feststellung seines Betrages:

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt vor:

Aus den Verhandlungen ergibt sich nicht, zu welchem Betrage des Nachlasses der Beklagte verpflichtet werden soll. Es sind dem Gläubiger R. für seine in 300 fl. bestehende Forderung nicht bestimmte Prozente geboten und zugesichert worden, sondern die Forderung wurde auf einen Massarest

¹⁾ Der Einsender des Artikels (im Handelsblatt) bemerkt am Schlusse: Das vorstehend aufgestellte und den kaufmännischen Ansichten und den Bedürfnissen des Handels gewiß entsprechende Prinzip hat später bei den Bremischen Gerichten vielfache Anerkennung gefunden; indessen hatte das OLG. späterhin schon mehrfach Gelegenheit, zur Uebertretung in Ausbeutung jenes Prinzips zu warnen, namentlich in solchen Fällen, wenn eine etwas frühere oder spätere Antwort auf den Antrag des Geschäftes doch keinen Einfluß mehr hätte äußern können.

hingewiesen, welcher vom Gemeinschuldner nicht einmal annäherungsweise bestimmt werden konnte.....
 Bei der dormaligen Aktenlage ist der Richter außer Stand gesetzt, zu beurtheilen, ob der Nachlaß ein billiger und den obwaltenden Verhältnissen angemessener sei.....

DA&G. v. 23. Aug. 1853. Nr. 118⁵¹/₅₂.

Miszelle.

Am 7. und 8. März 1854 hatte der Schwurgerichtshof zu Osnabrück sich mit der Aburtheilung der Anklage wegen eines durch Benützung einer falschen Urkunde gesetzlich ausgezeichneten Betruges zu beschäftigen. Der Angeklagte sollte nämlich die falsche Urkunde in einem Prozesse benützt haben, um den Kontrakt, aus dem Entschädigungsforderung erhoben, anders abgeschlossen nachzuweisen, als der Kläger ihn dargestellt hatte. Zur Feststellung der Frage: ob und eventuell welchen Schadenersatz der Kläger zu fordern berechtigt, wenn der Kontrakt in der von diesem behaupteten Weise geschlossen worden? — waren ein Obergerichts-Vice-Direktor und ein Amtsrichter als Sachverständige zugezogen, welche ihr Gutachten auch wirklich abgaben.

Vorstehender Mittheilung (im Magazin für hannoversches Recht Bd. 4 S. 436) war die Bemerkung beigefügt: Wo fünf rechtsgelehrte Richter den Gerichtshof bilden, deren rechtliches Gutachten doch nicht minder gewichtig erscheinen dürfte, klingt die Zugiehung solcher Sachverständigen fast komisch

Berichtigung.

Die im Kommentar über die Gerichtsordnung Bd. II Aufl. II S. 121 erwähnte Vorschrift der Formations-Verordnung vom 17. Dez. 1825, daß in jedem Regierungsbezirk ein Fiskaladjunkt am Sitze des Appellationsgerichts wohnen solle, ist in Folge der Einrichtung der Staatsanwaltschaft durch neuere Bestimmung außer Kraft getreten. Dieselbe stand in Zusammenhang mit der nun weggefallenen Funktion der Fiskale in politischen Strafsachen.

Gnome.

Unnötig Beiwerk, statt zu nützen, schadet viel;
 Denn viele Leser schreckt ein langer Weg zum Ziel.

Red.: J. A. Seuffert. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
 in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Erläuterung des §. 19 der bayer. Prioritätsordnung. — Inzidentrestitution, eine Art der Iedereinschung gegen den Ablauf des Verfallstermines; Unzulässigkeit derselben, wenn bei gehöriger Gleichanwendung die neuen Wechse schon früher erlosch und rechtzeitig geltend gemacht werden konnten. — Beschädigung eines Dienstboten oder Tagelöhners aus Anlaß seiner Dienstleistung. — Provocation wegen gerichtlicher Anmeldung, an N. oder dessen Ordre keine Zahlung zu leisten. — Retrospect. — Sonstige. —

Zur Erläuterung des §. 19 der bayer. Prioritätsordnung.

(Nachtrag zu Bd. XVIII S. 81 ff., S. 97 ff.)

Der Herausgeber dieser Blätter hat bereits in einer Nachschrift zu vorbemerktem Aufsatz (ebendas. S. 107) darauf hingewiesen, daß eine Abhandlung über denselben Gegenstand in Arnold's praktischen Erörterungen aus dem Rechtsgebiete, Heft II Nr. IX S. 163—234, eine dem preuß. Rechte sich annähernde relative Sozietätstheorie (§. 27, S. 193) aufstelle. Das Wesen derselben besteht kurz darin, daß auch hier eine buchstäbliche Anwendung des §. 19 Abs. 2 der bayer. Prioritätsordnung für unzulässig erklärt wird, weil sie rechtswidrig und anderen Bestimmungen des Hypothekengesetzes wie der Prioritätsordnung entgegen wäre (§. 36 S. 214, dann S. 223), und daß dafür im engen Anschlusse an den §. 521, I, 50 der preuß. G.D. vorgeschlagen wird, die solidarische Hypothek, soweit es ohne Gefahr für sie selbst möglich ist, pro rata des Erlöses auf die zwei oder mehreren verhafteten Pfandobjekte

zu vertheilen, und in dasjenige, was dann von jedem übrig bleibt, nur die eben hierauf eingetragenen jüngeren Hypothetgläubiger einrücken zu lassen. Vgl. §§. 39—42 S. 220 ff. und bes. §. 43 S. 225. Bereits vorher wird im §. 27 S. 193 der Einwand gegen diese Theorie für grundlos erklärt, daß sie irthümlich von dem Grundsatz ausgehe, als hafte von mehreren für dieselbe Forderung verpfändeten Objecten jedes nur nach Verhältniß seines Werthes, so daß hiebei der gesetzlich feststehende Grundsatz der Solidarität des Pfandrechtes vernachlässigt wäre.

Es wird gewiß auf den ersten Anblick einleuchten, daß eine solche Erklärung weit rationeller und annehmbarer als die wörtliche Anwendung sei; ob sie aber auch mit den positiven Vorschriften der bayer. Prioritätsordnung im möglichsten Einklange stehe, dürfte eine andere Frage sein. Mittlerweilen hat aber diese relative Societätstheorie die Anerkennung und Bestätigung in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse gefunden. Der Fall war in seinen wesentlichen Grundzügen etwa folgender ¹⁾:

Ein in Gant gerathener Schuldner R. besaß ein Hauptgut mit dem Erlöse von 2000 fl., und ein Nebengut, welches um 500 fl. verkauft wurde. Die hypothekarische Belastung beider Güter war folgende:

Folium I. — Erlös 2000 fl.	Folium II. — Erlös 500 fl.
1835. Gläub. A. 2000 fl. solib.	1835. Gläub. A. 2000 fl. solib.
1845. „ R. 500 fl.	1846. Gläub. B. 500 fl. solib.
1840. „ D. 500 fl. solib.	

Da bei einem Gesamterlöse von 2500 fl. eine Hypothekenlast von 3000 fl. vorhanden war, so mußten 500 fl. verloren gehen; wer hatte diesen Verlust zu erleiden?

¹⁾ Der Fall wurde hier zur leichteren Uebersicht in den Summen etwas vereinfacht; alle erheblichen Umstände derselben sind aber treu wiedergegeben.

Nach dem Wortlaute des §. 19 Abs. 2 sollten alle drei Forderungen in eine Reihe gebracht, und nach der Zeitfolge ihres Eintrages aus der vereinigten Masse bezahlt werden. Hiernach wären A. und B. ganz zum Zuge gekommen, C. hätte nichts erhalten; so erkannte auch wirklich die erste Instanz. — Nach dem von unseren Blättern in obigem Aufsatze vertheidigten Systeme der Spezialität und Priorität, und insbesondere nach den am Schlusse (Bd. XVIII, S. 102 und 103) aufgestellten Vollzugsvorschriften könnte B. als der der solidarischen Hypothek im Alter nächstfolgende Gläubiger verlangen, daß die Anweisung in der Art geschehe, daß A. den Erlös des Nebengutes mit 500 fl. ganz, dagegen von dem Hauptgute nur einen Zuschuß von 1500 fl. erhalte, und ihm hiedurch auf dem letzteren das vollständige Nachrücken in die frei gewordenen 500 fl. möglich mache; C. müßte dann wieder leer ausgehen. Diese Lösung würde also im vorliegenden Falle zufällig mit der ersten und erst Richterlichen übereinstimmen. — Nach der relativen Sozietätstheorie von Arnold's Erörterungen wäre, wie nach der preuß. G.D. I, 50 §. 521, A. aus dem Erlöse beider Hypothekobjekte pro rata zu befriedigen, würde daher auf das Hauptgut mit 1600 fl., auf das Nebengut mit 400 fl. eingewiesen, dort blieben 400 fl. für B., hier 100 fl. für C. übrig, so daß der jüngste Gläubiger nicht ganz durchfallen, B. dagegen 100 fl. verlieren müßte. Da diese Summen weit größer sein könnten (und auch wirklich um das Zehnfache größer wären), so wird ersichtlich, welches Interesse bei den abweichenden Ergebnissen sich an die Anwendung des einen oder des anderen dieser verschiedenen Grundsätze anknüpft.

Das k. Appellationsgericht huldigte wirklich der zuletzt erwähnten relativen Sozietätstheorie, indem es auf die Berufungen beider Nachgläubiger abän-

bernd zu Recht erkannte: Aus den zwei Kauffchillingen zu 2000 fl. und zu 500 fl. sei vor Allem A. mit seiner Forderung von 2000 fl. nach Verhältniß der Größe der beiden Kauffchillinge zu befriedigen, worauf erst aus dem verbleibenden Reste des Kauffchillings für das Hauptgut zu 2000 fl. A. mit seinem Kapitale von 500 fl., und aus dem Reste des Erlöses für das Nebengut zu 500 fl. D. mit seinem Kapitale von 500 fl. zu befriedigen sei. Die Entscheidungsgründe hiezu bemerken vor Allem, daß unstreitig hier der §. 19 Abs. 2 der Prioritätsordnung in Anwendung zu kommen habe, und fahren dann fort:

„Allen, da die Bestimmungen des §. 19 der Prioritätsordnung, seinem Wortlaute nach angewendet; mit den Vorschriften des §. 17 der Prioritätsordnung, dann den Bestimmungen des Hypothekengesetzes §. 11, 33 und 39 über Spezialität und Rangverhältnisse der Hypotheken, welche nach §. 61 auch im Quantverfahren über das Vorzugsrecht der Hypotheken zur Entscheidung zu dienen haben, im vorliegenden Falle in Kollision treten würden, weil hienach die Forderung des A., welche auf dem Nebengute gar nicht versichert ist, aus dem Erlöse desselben gleichwohl auch in II. Klasse befriedigt werden soll (?), während doch nach §. 17 der Prioritätsordnung ein Hypothekengläubiger in keinem Falle auf ein Gut, das ihm nicht verpfändet ist, angewiesen werden soll, und die angeführten §§. des Hypothekengesetzes bestimmen, daß Hypothekenrechte nur auf jenen Sachen erworben werden, welche für eine Forderung verpfändet wurden, und der Vorzug unter den Hypotheken sich ohne alle andere Rücksicht nur nach dem Zeitpunkt richtet, wie auf ein bestimmtes Gut jede Hypothek vor der anderen eingetragen ist, — so können die Bestimmungen des §. 19 der Prioritätsordnung nur insoweit zur Anwendung gebracht werden, als sie nicht der ausdrücklichen Vorschrift des §. 17 der Prioritätsordnung und den angeführten Bestimmungen des Hypothekengesetzes widersprechen.“

„Dadurch wird nun zwar der Inhalt des §. 19 der Prioritätsordnung in einer seinen Wortlaut einschrän-

tenden Weise zur Anwendung gebracht; allein da hier verschiedene gesetzliche Bestimmungen, welche, da das Hypothekengesetz und die Prioritätsordnung am nämlichen Tage verkündet wurden, einander nicht berogiren, mit einander im Widerspruche stehen; so muß die streitige Frage über die Lokation der Forderung des Appellanten D. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Rechte der Hypothekforderungen entschieden werden.

Dieses vorausgeschickt kann daher nicht, wie der Unterrihter gethan, der Erlös der fraglichen beiden Hypothekenobjekte zusammengeworfen und derselbe sofort zur Befriedigung der Hypotheken, welche auf diesen Objekten eingetragen sind, dem Alter nach, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben auf beiden Objekten versichert sind oder nicht, und insbesondere zur Befriedigung der Forderung des R., welche nur auf dem Hauptgute, nicht aber auf dem Nebengute versichert ist, verwendet werden, sondern es hat a) vorerst die Befriedigung des A. mit der im Ganturtheile eingestellten Summe in Haupt- und Nebensache aus dem Erlöse der beiden fraglichen Objekte nach Verhältniß der Forderung zu geschehen; b) aus dem Reste, der hiernach aus dem Erlöse des Hauptgutes verbleibt, hat die Befriedigung der Forderung des R., wie sie dem Betrage nach unangefochten in das Ganturtheil eingestellt ist, und c) aus dem Reste des Erlöses, der nach verhältnißmäßiger Verwendung des Erlöses des Nebengutes zur Befriedigung der Forderung des A. noch verbleibt, die Forderung des Appellanten, wie sie im Ganturtheile aufgeführt ist, zu geschehen.

Die Bitte des Appellanten D., die Forderung des A. ausschließlich auf den Erlös des Hauptgutes und nur den allenfalls hieraus nicht zur Bezahlung gelangenden Rest auf den Erlös des Nebengutes anzuweisen, kann nicht gewährt werden, weil die Befriedigung der Gläubiger im Konkurse in der Art zu geschehen hat, daß ohne Beeinträchtigung der Rechte des Einzelnen die möglichste Befriedigung der übrigen Gläubiger erzielt wird; im vorliegenden Falle aber eine wenigstens theilweise Befriedigung der Forderung des R. unmöglich wäre, wenn dem Antrage des Appellanten statt gegeben würde.“

Auf das Revisionsgesuch des R., welcher das erstinstanzliche Urtheil wieder hergestellt sehen wollte, bestätigte der oberste Gerichtshof vielmehr das Erkenntniß der zweiten Instanz aus den demselben beigefügten Gründen.

DAUER. v. 4. März 1853 in Krazer's Sache. — Nr. 1392⁵⁰/₅₁.

Das Gewicht dieser Gründe dürfte wohl kaum ausreichen, die Bedenken zu beschwichtigen, welche sich dagegen in der Richtung erheben lassen, um der von dem Aufsatze unserer Blätter anempfohlenen und im erstinstanzlichen Prioritätsurtheile faktisch auch nie-bergelegten Lösung den Vorzug zu vindiziren.

1) Die Fassung des §. 19 im Regierungsentwurfe der Pr.D., an welche sich unsere Lösung genau anschließt, hatte die Billigung der Kammer der Abgeordneten erhalten, zwei von den drei Faktoren der Gesetzgebung waren also darüber einig; die Kammer d. RR. mißbilligte den Entwurf im Prinzipie nicht, sie fand ihn nur unklar, wollte ihn „durch eine Umschreibung nur verdeutlichen“, die aber unglücklicher Weise den Sinn umdrehte; mithin wird die Rückkehr zum Geiste des Entwurfes wohl die natürlichste Art der Auflösung darbieten. (Vergl. oben Bd. XVIII S. 87 Nr. 6 und S. 90).

2) Die Lösung in Arnold's „praktischer Erörterung“, von ihr selbst relative Sozietätstheorie genannt, gibt im Grunde die Regel der preuß. GD. I, 50 §. 521 wieder; diese hatte schon die Kammer d. RR. als Gegenvorschlag in Anregung gebracht, die Kammer der Abgeordneten aber abgelehnt, mithin hat diese Auslegung die entscheidende Mißbilligung der Gesetzgebung gegen sich.

3) Unsere Lösung steht mit dem ersten Absatze des §. 19 im innigsten Zusammenhange, ist nur eine Konsequenz desselben, wie schon im obigen Aufsatze

bei Gelegenheit und am Schlusse des dort aufgestellten ersten Falles angedeutet ist (Wb. XVIII, S. 98); gleichwie dort in der Kollision den Kurrentgläubigern gegen die Nachhypotheken der Nachgang angewiesen ist, so läßt nunmehr der Absatz 2 unter mehreren Nachhypothekgläubigern den jüngeren gegen den älteren zurückstehen, und nicht als gleichbetheiligten Sozjus brüderlich neben ihm hergehen. Unsere Lösung scheint daher mit dem ganzen Systeme und Zusammenhange des Gesetzes in besserem Einklange zu stehen.

4) Die Worte im §. 19 Abs. 2: „ohne Unterschied, auf welche Gründe sie ursprünglich eingetragen waren“, welche im Wesentlichen schon im Entwurfe standen, über die daher Jedermann einig war, werden von der „praktischen Erörterung“ ganz gestrichen und außer Anwendung gesetzt (§. 40 S. 223), — nach unserer Lösung behalten sie eine Wirkung, die nur auf einen viel engeren Umkreis zurückgeführt ist. (Wb. XVIII, S. 87 Nr. 5, S. 103 und 104).

5) Die Bemerkung der appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe, nach dem erstrichterlichen Urtheile solle die Forderung des R., welche auf dem Nebengute gar nicht versichert sei, gleichwohl aus dem Erlöse desselben auch in zweiter Klasse befriediget werden, ist durch nichts gerechtfertigt, weil sie von der dunkeln Vorstellung eingegeben ist und gleich vorne herein von der stillschweigenden Voraussetzung ausgeht, als sei die solidarische Hypothek von Rechts wegen auf den zwei Objecten pro rata vertheilt, was doch dem Begriffe der Korrealität und den positiven Vorschriften der Prioritätsordnung geradezu entgegen ist. R. verlangt keinen Kreuzer von dem Erlöse des Nebengutes; vermöge des ihm als dem älteren Nachgläubiger von dem Gesetze eingeräumten

Vorrechtes, die Ausweichung in seinem Interesse zu verlangen, darf er nur mit Zuversicht erwarten und darauf bestehen, daß A., dem es völlig gleichgiltig sein muß, seine Befriedigung zunächst aus dem ganzen Erlöse des Nebengutes annehme und nur den hier nicht gedeckten Rest von 1500 fl. auf dem Hauptgute angewiesen erhalte. Das zufällige Verhältniß von Haupt- und Nebengut darf nicht zu der Ansicht irre leiten, als sei die Haftung des letzteren für die solidarische Hypothek eine bloß zur Aushilfe bestimmte, oder als müsse mit der Befriedigung aus dem Hauptgute der natürliche Anfang gemacht werden.

6) Auch dem Principe der Publizität ist unsere Lösung angemessener, wie sich gerade an obigem Falle recht anschaulich nachweisen läßt. Denn als D. im J. 1846 seine 500 fl. als das jüngste Kapital herlieth, fand er auf dem Hauptgute bereits 2500 fl., auf dem Nebengute 2000 fl. vor sich eingetragen, und den vollen Werth beider Massen bereits von Hypotheken erschöpft; er konnte daher sehr wohl einsehen, wie hoffnungslos die von ihm doch bezielte weitere Deckung sei. A. dagegen, als er im J. 1845 seine 500 fl. vorstreckte, fand sich auf dem Hauptgute zwar auch schon 2000 fl. vorgehen, also dessen wahren Werth mit Pfandrecht schon belastet; allein er konnte und durfte so argumentiren: A. hat noch eine zweite Hypothek auf dem Nebengute; kommt die Sache zur Gant, so kann und muß er sich nach dem Gesetze mit 500 fl. dort hinüber weisen lassen und mir auf dem Hauptgute für eben so viel das Feld zum Nachrücken räumen. Aus dieser sich ganz auf positive Gesetze und zwar auf die beiden Absätze des §. 19 der Prioritätsordnung stütenden günstigeren Lage konnte ihn auch D. durch seine um ein Jahr jüngere Hypothek nicht wieder verdrängen.

7) Die „praktische Erörterung“ macht

im §. 43 (S. 225) die Bemerkung, welche auch das appellationsgerichtliche Erkenntniß sich am Schlusse obiger Stelle aneignete, jeder nachstehende Hypothetgläubiger habe das Recht, eine solche Vertheilung der vorstehenden solidarischen Hypothek zu verlangen, daß jeder der Nachhypotheken möglichst viel zur Befriedigung übrig bleibe; . . . die nachfolgenden Gläubiger stünden sich in dieser Beziehung mit gleichen Rechten gegenüber. Dieser Satz, schon im §. 17 (S. 181) aus einer *Communio incidens* der Gläubiger im Konkurse hergeleitet, ist durch die positiven Vorschriften der bayer. Prioritätsordnung nicht gerechtfertigt; diese hat vielmehr auch unter den nachfolgenden Hypothetgläubigern eine Rangordnung zur Ausübung des Rechtes, die Ausweichung und günstigere Vertheilung der solidarischen Vorhypothek zu erlangen, aufgestellt, und zwar nach Maaßgabe ihres eigenen durchlaufenden Alters im Festhalten des Grundsatzes: *Prior tempore, potior jure*.

8) Wer diesen Gesichtspunkt festhält, und vor Allem mit dem Nachdenken auf der oben im Punkte 6 gezeigten Uebereinstimmung mit dem Principe der Publizität verweilt, der wird sogar gegen die §§. 30, 32 und 33 der „praktischen Erörterung“ zu geben müssen, daß der Grundsatz der bayer. Prioritätsordnung von sehr rationellen Gründen unterbaut, daß er folgerichtiger, gerechter und weiser sei als der der preuß. Gerichtsordnung. Denn wenn nach der Natur des Pfandrechtes der solidarische Pfandgläubiger die Wahl hat, aus welchem Objecte er seine Befriedigung verlangen wolle, wenn ferner die Theilung unter mehreren Selbstschuldnern — *correi debendi* — nicht *ipso jure*, sondern nur *ope exceptionis* vor sich geht, so ist es gewiß natürlich, wenn jenes Wahlrecht aus dem Grunde der Unzulänglichkeit beschränkt werden soll, daß für dessen Ausübung der nächstälteste Hypothetgläubiger subrogirt werde, und

daß die Beschränkung darauf hinwirke, die nachgehende Hypothek, und unter mehreren die ältere vor der jüngeren möglichst zu erhalten, nach dem Sage: *alteri per alterum iniqua conditio inferri nequit*. Gleichwie aus reif bemessenen Gründen dem Gläubiger, der die Inmischung oder Auspfändung erwirkt hatte, durch eine rein positive Bestimmung ein Vorzug in der vierten Klasse eingeräumt ist, so wird dem eingetragenen Nachhypothekgläubiger ein *beneficium excussionis*, d. h. das Privilegium gegeben, eine solche Vertheilung der ihm vorgehenden solidarischen Hypotheken, so weit es ohne deren Nachtheil geschehen kann, zu verlangen, daß seine ältere aufrecht erhalten und ihr der Vorzug vor der jüngeren auf einem anderen Objecte bleibe.

9) Nur im Vorübergehen soll noch berührt werden, daß nach unserer Lösung der Erlös jedes nach und nach verkauften Hypothekobjectes sogleich vertheilt werden kann, mit dem Vorbehalte, die Ausgleichungen zuletzt zu bewirken, während nach der Theorie der relativen Sozietät die unvermeidliche Ratenerrechnung nie vor dem Verkaufe aller Hypothekobjecte möglich wäre. Würde z. B. im obigen Falle das Nebengut erst um ein Jahr später verkauft, so könnte A. unbedenklich gleich Anfangs den vollen Erlös des Hauptgutes mit 2000 fl. an sich ziehen; wenn aber im folgenden Jahre das Nebengut versteigert wäre, so hätte er dessen Erlös mit 500 fl. auch noch zu beziehen und dafür von dem schon erhaltenen Erlöse des Hauptgutes dem B. eben so viel wieder hinauszugeben, was er leicht dadurch bewirken könnte, daß er dem B. den vollen Erlös des Nebengutes durch Anweisung überließe. Die Folgerung, B. werde nun aus einem Gute bezahlt, auf dem eine Hypothek für ihn gar nicht eingetragen sei, ist daher nur scheinbar und leicht zu widerlegen.

Diese Gründe werden genügen, um den am

Schlusse des obigen Aufsatzes (Bd. XVIII, S. 103) aufgestellten und anempfohlenen Vollzugsvorschriften für künftige Fälle noch mehr Nachdruck zu verleihen. ****

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Inzidentrestitution, eine Art der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf des Beweistermines; Ungültigkeit derselben, wenn bei gehöriger Fleißanwendung die neuen Behelfe schon früher entdeckt und rechtzeitig geltend gemacht werden konnten.

..... Die immer häufiger werdenden Inzidentrestitutionsgesuche beschränken ihre formelle Begründung meistens auf die Anführung und das Anerkennen des Eides, daß der Appellant erst seit dem angefochtenen Urtheile oder in den letzten 14 Tagen die neuen Beweismittel entdeckt habe, ohne sich die mindeste Mühe zu geben, darzulegen, warum solches bei gehörigem Fleiße nicht bereits früher und im Laufe des Beweistermines möglich gewesen sei. Wie ungenügend und verwerflich eine solche Art der Begründung sei, läßt ein oberstrichterliches Erkenntniß aus der neuesten Zeit ersehen.

Die beklagten Grundholden, gegen welche ihr Gutsherr den Bestand eines von ihnen widersprochenen Frohgelbes zu beweisen hatte, versuchten ihren Gegenbeweis an gehöriger Stelle bereits im J. 1851, wurden aber bei hergestelltem Klagsbeweise in erster und zweiter Instanz zur Fortentrichtung verurtheilt. Hiegegen wendeten dieselben im Juli 1853 die Revision ein, trugen aber drei Monate später mit Hilfe eines Inzidentrestitutionsgesuches einen angeblich in den letzten 14 Tagen erst zu ihrer Kenntniß gekommenen Fixationsvergleich aus dem J. 1664

nach, der in dem Archive ihres früheren Gutsherrn hinterlegt war, und aus welchem die Persönlichkeit, somit die Erlöschung der streitigen Reichniß hervorgehen sollte. Vom obersten Gerichtshofe wurde das Inzidentgesuch als formell unzulässig (und auch der Sache nach unerheblich) abgewiesen. Ersteres geschah aus dem Grunde, — „weil die Inzidentrestitution wegen aufgefundenener neuer Beweismittel eine Art der Wiedereinfügung gegen den Ablauf des Beweistermines, die nur gelegentlich in der höheren Instanz nachgesucht wird, mithin nicht nur, wie auch der dleßseitige Plenarbeschluß vom 14. Dez. 1843 (Reg.Bl. 1844 S. 35 und 43) feststellte, an den 14 tägigen Termin des Art. 38 der Novelle v. 1837, sondern auch vermöge der darin begriffenen Zurückweisung an die im Art. 36 lit. c erwähnte Bedingniß gebunden ist, daß irgend ein Hinderniß, des angewendeten größten Fleißes unerachtet, die Erlangung der bezielten Beweismittel verzögert habe, — im gegebenen Falle jedoch auf keine Weise angeführt oder wahrscheinlich gemacht ist, warum jene Schritte, welche die neuen Behelfe aus den Schw....schen Archiven im Okt. v. J. in die Hände der Beklagten brachten, denselben Erfolg nicht schon früher und vor Ablauf ihres Gegenbeweistermines haben konnten, es mithin ihrer Seits an der rechtzeitigen Bewerbung fehlen mußte.“

DAOE. v. 16. Aug. 1854. Nr. 1569⁵²/₅₃.
****.

2.

Beschädigung eines Dienstboten oder Tagelöhners aus Anlaß seiner Dienstleistung.

Einem Entschädigungsanspruche solchen Betreffes setzte der Dienstherr unter Anderem entgegen, Kläger habe selbst seinen Unfall veranlaßt, indem er den

ihm gegebenen Auftrag nicht habe annehmen müssen. . . .
 Ueber diesen Einwand äußern die Motive der oberst-
 richterlichen Entscheidung:

Dem Kläger, als einem Menschen, welcher von
 dergleichen mechanischen Einrichtungen lebt, ist es
 nicht zuzumuthen, mit seinem Lohnherrn deshalb zu
 brechen, und sich die Aussicht auf künftigen nachhal-
 tigen Erwerb zu entziehen, weil dieser nicht die ge-
 hörige Vorsicht anwendet; es ist dem Kläger nicht
 zu verübeln, daß er sich auf die Autorität seines
 Lohnherrn hin dem Auftrage in der von diesem vor-
 geschriebenen Weise unterzog. In solcher Annahme
 eines gefährlichen Auftrages liegt kein Grund, dem
 Beschädigten das Recht auf Schadloshaltung zu ent-
 ziehen ¹⁾.

DAGE. v. 12. Dez. 1853. Nr. 1776⁶¹/₅₂.

3.

Provokation wegen gerichtlicher Anweisung, an . . . oder dessen
 Ordre keine Zahlung zu leisten.

In Sachen des M. gegen N. wurde (im Exe-
 kutionsstadium) dem D. gerichtliche Weisung zuge-
 fertigt, bis auf weiteres an N. oder für dessen Rech-
 nung nichts verabsolgen zu lassen. Dieses veran-
 laßte den D., welcher in dieser Arrestverfügung die
 Verflümmung einer gegen ihn als Schuldner zustehenden
 Forderung sah, zu einer Provokation gegen M.; er
 wurde aber damit abgewiesen. In den Motiven der
 oberstgerichtlichen Entscheidung kommt unter Anderem
 vor: Wenn Revident D. geltend macht, daß M. doch
 jedenfalls durch die gestellte Provokationsklage von
 der Sachlage Kenntniß erhalten, und hiedurch genü-
 gende Veranlassung gehabt habe, ausdrücklich zu er-
 klären, daß er keinen Anspruch an Provokanten mache,

¹⁾ Bezugnahme auf Pr. RM. Zbl. I Zlt. 13 §. 81.

gleichwohl aber dieß nicht gethan habe, so kann daraus augenfällig ein rechtlicher Grund zur Aufrechterhaltung der vorliegenden Provokation nicht entnommen werden.

MAG. v. 4. Januar 1850. Nr. 640⁴⁷/₄₈.

Dr. Heinrich Log,

II. Staatsanwalt beim kgl. Oberappellationsgerichte.

(N e k r o l o g ¹.)

Wenn Herz und Geist in schönem Vereine, wenn hohe Wissenschaftlichkeit und reiche Kenntnisse, Geschäftsgewandtheit und Berufseifer, sittliche Würde und treue Ergebenheit gegen König und Vaterland einem Manne Anspruch auf das ehrende Andenken seiner Mitbürger begründen, so hat sich dessen der am 15. Sept. l. J. vom unerbittlichen Tode schnell dahin geraffte II. Staatsanwalt beim kgl. Oberappellationsgerichte von Oberbayern, Hr. Dr. Heinrich Log, um so mehr würdig gemacht, als alle die genannten Tugenden bei ihm mit einer seltenen Verschidenheit gepaart waren.

Der Verbliebene stammte aus einer geachteten Beamtenfamilie und wurde am 14. Febr. 1803 zu Marlenburghausen, Edgß. Haffurt in Unterfranken, geboren. Den vorbereitenden Unterricht im Lateinischen erhielt er zu Haffurt und absolvirte sodann 1815/20 das Gymnasium in Würzburg mit solcher Auszeichnung, daß er in jedem Jahre den ersten Platz unter seinen Mitschülern sich errang. 1820/25 widmete er sich auf der dortigen Hochschule mit aller Liebe den allgemeinen Wissenschaften und der Jurisprudenz, promovirte schon am 19. April 1825 als Doctor Juris utriusque, und veröffentlichte bei dieser Gelegenheit eine sehr geschätzte Abhandlung unter dem Titel: Nonnullae de Morae initio quaestiones. Das Sommersemester 1825 brachte er auf der Universität Heidelberg zu, um seine juristischen Kenntnisse unter den dortigen berühmten Rechtslehrern noch mehr zu befestigen und zu erweitern. Hier reifte in ihm der Entschluß, die

¹) Aus der Neuen Münchener (A. Dtt. 1854).

rein wissenschaftliche Laufbahn zu betreten, und deshalb wollte er sich auch nach seiner Rückkehr von Heidelberg bei der juridischen Fakultät in Würzburg habilitiren. Da jedoch dieser sein Wunsch scheiterte, so wendete er sich sofort dem praktischen Berufsleben zu, ohne sich je von der ihm theuer gewordenen Wissenschaft zu trennen. Er praktisirte nun von 1826 bis 1828 beim k. Landgerichte Nisingen, erstand im Jahre 1827 das juridische Staats-Examen und erwarb sich auch hier den ersten Platz in der I. Klasse, ungeachtet sich tüchtige Nebenbuhler mit ihm um diese Ehre stritten. Seine dienstliche Laufbahn war nunmehr folgende: 29. Mai 1828 Accessist am kgl. Appellationsgerichte des Unter-Mainkreises, 10. Januar 1832 funktionirender Aktuar am Landgerichte Würzburg l. d. M., 10. Februar 1833 Landgerichts-Aktuar zu Marktstett, 26. Juni 1836 als Aktuar nach Dettelbach kommitirt, 26. Dezember des. J. zum Landgerichts-Aktuar daselbst ernannt, 21. August 1842 Assessor bei dem k. Appellationsgerichte von Oberfranken, und 2. Dezember des. J. Rath bei dem Wechselgerichte zu Bamberg, dann 2. Mai 1848 Appellationsgerichtsrath in Aschaffenburg, dabei vom 13. Dezember des. J. bis April 1851 funktionirender Oberstaatsanwalt, endlich 8. April 1852 II. Staatsanwalt beim kgl. Oberappellationsgerichte. In allen diesen Stellen gewann er sich durch seine Berufstreue und Gewandtheit die allgemeine Achtung, sowie die Zuneigung und Freundschaft seiner Kollegen. Wie er sich zur Staatsanwaltschaft hingezogen fühlte und von welchem würdigen und erhabenen Standpunkte aus er das Amt eines Staatsanwaltes betrachtete, das bezeugt am besten seine Rede, welche er am 12. April 1849 bei Eröffnung der ersten Schwurgerichtssitzung in Würzburg gehalten hat. (S. Neue Würzburger Zeitung 1849, Nr. 105.) Er lebte mit ganzer Seele den verschiedenen ihm übertragenen Aemtern, verlor dabei aber nie die Wissenschaft aus den Augen. Kinder seiner wenigen Ruhestunden sind die zahlreichen Aufsätze in den „Blättern für Rechtsanwendung“²⁾, dann die vielen Referate in den „Sitzungs-

²⁾ Auch unsere Zeitschrift hat durch den frühen Tod des eben so edlen als hervorragend tüchtigen Mannes einen schweren Verlust erlitten. Seine Beiträge vereinigen alle guten Eigenschaften in seltener Weise: gründliche Gesehkunde und großen Erfahrungreichthum, Fruchtbarkeit, Umsicht und

berichten der bayerischen Strafgerichte“ und noch in den letzten Tagen seines Lebens beschäftigte ihn die Mitwirkung an der (von Hrn. Prof. Dr. Dollmann redigirten) „Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern.“

Neben der ernstlichen Rechtswissenschaft betrieb er zu seiner Erholung die Musik und zwar nicht bloß praktisch, sondern auch theoretisch. Auf dem Klaviere hatte er es zur vollsten Meisterschaft gebracht, aber er liebte nur die klassische Musik, und konnte sich mit den Kompositionen des musikalischen jungen Europas, wie er sich scherzend auszudrücken pflegte, wegen ihrer Barockheit und Selbsttänzerien nicht befreundeten, obgleich er auch in der Fingerfertigkeit seines Gleichen suchte. In seinem Privat- und Familienleben war er das Muster eines Freundes und Familienvaters. Am 15. August 1835 hatte er sich mit Isabella Bauer, einer Tochter des k. Oberzollinspektors Bauer, welcher am 28. Januar 1845 zu Würzburg in seinem 70. Jahre, allgemein geachtet und betrauert, starb, verheirathet, und diese Ehe war durch drei Kinder gesegnet. Sein erstgeborener Sohn Ludwig, ein äußerst talentvoller Knabe, starb in einem Alter von 10 Jahren, und sein Tod verursachte dem Herzen des liebenden Vaters eine nie vernarbende Wunde. Das zweitgeborene Töchterchen erreichte ein Alter von nur 10 Monaten. Möge Gott seinen jüngsten nunmehr 13 jährigen Sohn Heinrich, wie den Erben des Namens, so den Erben der Tugenden des Vaters werden lassen, und die theuere trauernde Gattin in ihrem herbenelde trösten!

Dr. J. G.

Schärfe der Erwägungen, Reife und Richtigkeit des Urtheils, Bestimmtheit im Ausdruck der gefaßten Meinung, ein schönem Ebenmaß der klaren, reinen Überzeugungskraftigen Darstellung. G.

Gnome.

Hier meine Meinung, stell' die deine gleich entgegen;
Aus solchem Widerspiel erwächst der Wahrheit Segen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Waarenkauf. Frankirte und unfrankirte Waarenversendung. Tragung der Gefahr. Offerte und Abschluß. Erklärung mit umgehender Post. Großhandel und Kleinhandel. — Zahlung des Kaufpreises, Skonto. Rabatt. Rineverbindlichkeit des Käufers. Zahlung mit Wechseln. Kann der Verkäufer, bei Nichteinführung des empfangenen Wechsels, auf die Kontrahatslage zurückgehen? Beweislast. — Frachtführer. Einhalten gewisser Lieferungszeit. Folge des Nichtenhaltens. Eintritt eines anderen Frachtführers (ober Schliers). Entschädigungsanspruch des Frachtführers, wenn ein zugesagter Transport nicht stattfindet. — Speditionen. Speditionsgut zur Verfügung eines Dritten. Haftung der Spediteur für eichädigungen und Entwendungen während des Transports? Besteht Ausnahme der Waare von Seite des Adressaten den Spediteur von der Haftung? Kann die verkehrte Waare dem Spediteur beimgeschlagen werden? — Kommission. Uebervorstellung des Kommitenten durch den Kommissionär. Anerkennung des Kontokorrents, in welchem die betrüglischen Aufträge vorkommen. — Instanzen der Lage gegen einzelne übertragte keine unzulässige Klagenänderung. — Streitpunktveränderung in dritter Instanz. — Geltendmachung von Einreden des Exekutiveprozeßes im Wege der Nachklage. Verdictstaud. — Kompensationscinrede gegen die Vollentklage. — Kompensation. Forderungen von gleicher Art und Verschaffenheit. — Gültigwerden der Forderung im Laufe des Prozesses. — Gemeinbemarlung. Vertretung der Besitzer ihrer Bestandtheile durch die Gemeinde. — Verleses Fristverlängerungsgesuch. Erfordernisse. Folge des Mangels an gehöriger Begründung. —

Merkanthilrechtliche Mittheilungen aus der Praxis der Frankfurter Handelskammer. 1)

I. Waarenkauf. Frankirte und unfrankirte Waarenversendung. Tragung der Gefahr. Offerte und Abschluß. Erklärung mit umgehender Post. Großhandel und Kleinhandel.

1) Wenn eine Bestellung von Waaren unter der ausdrücklichen Bestimmung geschehen ist, daß dieselben frei an einen gewissen Platz gestellt werden, so ist hieraus zu folgern, daß die eigentliche Liefer-

1) Lesefrüchte aus dem im Laufe des J. 1854 erschienenen Buche: „Ausgewählte Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt am Main. Eine Quelle des Handelsrechtes. Herausgegeben von Dr. Konrad Maß.

ung auf dem bestimmten Plage geschehen solle. Demzufolge war die Versendung auf Gefahr und Kosten des Versenders und resp. Verkäufers geschehen, also aller, während des Transportes an der Waare zugegangene Schaden und Nachtheil von diesem zu tragen.

2) Diejenigen Waaren, deren Versendung nicht franko geschehen, und wobei in Bezug auf die Gefahr keine besondere Verabredung getroffen ist, sind, allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen zufolge, als auf Gefahr des Käufers versandt zu betrachten.

3) Bei Frankolieferungen der zu Wasser ankommenden Güter ist nach der kaufmännischen Sprachweise an und für sich gemeint, daß die Lieferung von dem, welcher sie zu leisten hat, auf seine Kosten nur bis an das Ufer, d. h. bis der Rand des Fahrzeuges den Ausladeplatz berührt, zu bewirken sei, also der Empfänger (Destinatar) die Kosten der Ausladung und die städtischen Gebühren zu bezahlen habe.

4) Eine briefliche Anfrage der Art:

ob Adressat z. B. 10 Orhoft Spiritus der angegebenen Qualität zu dem bezeichneten Preise brauchen könne? — für welchen Fall man werthe Resolution erbitte —

ist nach kaufmännischem Begriffe überhaupt keine verbindliche Offerte, keine solche Offerte, welche durch einfache Acceptation von selbst in einen festen Vertrag umgewandelt werden könnte. Eine solche Anfrage, eine solche Bitte um Resolution stellt sich vielmehr als ein bloßes Ausbieten der Waare, dem Feilbieten zu vergleichen, wo der Verkaufs- und Kaufvertrag erst dadurch zu Stande kommt, daß erst noch ein besonderer Abschluß stattfindet. Der Kaufmann, der seine Waare nicht an seinem Wohnorte an den Mann bringen kann, pflegt deshalb öfters an andere Orte zu schreiben und sie gleichzeitig an mehrere Kunden auszubieten; er würde in seiner Absicht ganz mißverstanden und großem Nachtheile ausgesetzt sein, wenn Jeder, an

welchen eine solche Anfrage gelangte, durch deren Bejahung ein festes Recht auf die Waare erlangen würde, welche unterdessen vielleicht anderweit begeben sein kann, oder deren einzelne, gerade in jenem Briefe erwähnte Muster und Sorten nicht mehr oder nicht alle mehr bei dem Eintreffen der Antwort vorhanden sind. Während seine Ausbietschreiben laufen, kann der Kaufmann nicht sein Magazin schließen, Kauflustige, die unterdessen an Ort und Stelle eintreten, nicht abweisen, Korrespondenz nicht abbrechen. — Wollte man aber einem solchen Ausbietschreiben demungeachtet eine verbindende Natur beilegen, so wäre doch (so ferne der Schreiber des Briefes nicht ausdrücklich bemerkt hätte, daß er innerhalb eines gewissen längeren Zeitraumes dem Adressaten die Waare an Händen lasse) das Zustandekommen eines Vertrages dadurch bedingt, daß der Adressat die Offerte zeitig, d. i. mit umgehender Post, acceptire. Denn sonst wäre ja der Differenz in ganz unbestimmte Zeitferne an der Verfügung über seine Waare gehindert, der Adressat aber hätte eine offene Prämie, ob und wann er sich erklären wolle. Eine solche Ungleichheit der Lage kann in der Absicht keiner der beiden Parteien liegen und widerstreitet der kaufmännischen Ordnung noch ganz besonders bei Waaren von wechselndem Coursverthe, dessen Schwankungen der Adressat in keiner Weise durch Zögerungen zum Nachtheile des Differenzen darf benützen wollen. Der Begriff der umgehenden Post darf aber auch nicht einseitig nach dem Verhältnisse des Adressaten bemessen werden, also nicht danach, wann er den Brief wirklich erst in seine Hände bekam, sondern mit beiderseitiger Gleichheit nach dem normalen Verhältnisse zwischen Abgang und Ankunft, also nach den Zeiten des regelmäßigen Postenlaufes, da der Differenz den regelmäßigen Postenlauf voraussetzen durfte, überdies ein solcher Brief, wenn er verbindlich sein soll, für Rechnung und Gefahr des Adres-

faten läuft, und der Offerent sichtlich in seinem Rechte ist, wenn er, sobald er in der gewöhnlichen Zeit keine Antwort bekommen, also eine Annahme nicht erfahren hatte, über die Waare weitere Verfügungen, sei es als Eigenthümer, sei es als Verkaufskommissionär, trifft.

5) Die Anwendung des Begriffes von Großhandel und Kleinhandel¹⁾ wird im einzelnen Falle von besonderen Thatumständen abhängen. Wenn Großhandel derjenige ist, bei welchem Käufer und Verkäufer nur nach Zentnern, Ballen, ganzen Stücken u. s. w., also in größeren Quantitäten miteinander handeln, so wird es darum doch noch nicht als Großhandel angesehen werden können, daß ein Konsument bei einem Verkäufer eine solche Quantität auf einmal nimmt. Wenn im Gegensatz der Kleinhandel derjenige ist, bei welchem im Einzelnen nach der Elle, dem Pfunde, Gescheide, dem Schoppen und nach anderen Unterabtheilungen der Zahl, der Marke und des Gewichtes verkauft wird, so wird doch auch durch diese Definition die Schwierigkeit der Grenzbestimmung nicht immer gehoben sein²⁾. Bei dem Detailhandel des regelmäßigen Kaufmannes ist das Feilbieten im offenen Laden erforderlich. Der Großhändler kann dessen entbehren.

II. Zahlung des Kaufpreises, Skonto. Rabatt. Zinsverbindlichkeit des Käufers. Zahlung mit Wechseln³⁾. Kann der Verkäufer, bei Nichteinlösung des empfangenen Wechsels, auf die Kontraktlage zurückgehen? Beweislast.

1) Nach dem in Frankfurt bestehenden Handelsgebrauche und kaufmännischen Sprachgebrauche ist

¹⁾ Einen Fall doppelstichiger Bedeutsamkeit des Gegensatzes von Groß- und Kleinhandel s. in Seuffert's Archiv Bd. 2 Nr. 22. Vgl. auch ebd. Bd. 5 Nr. 119.

²⁾ Der Kleinhandel z. B. von s. g. kurzen Waaren..... verkauft bei vorkommender Nachfrage auch eine größere Abtheilung an den unmittelbaren Konsumenten, nicht zum Zwecke des weiteren Handels.

³⁾ Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 2. Nr. 88, 89, 151.

der Ausdruck *Rabatt* nicht gleichbedeutend mit dem Ausdruck *Skonto*, sondern es walten zwischen dem Sinne beider Ausdrücke wesentliche Verschiedenheiten ob, indem man unter *Skonto* den für gewisse Waaren bei Komptantzahlung oder rechtzeitiger Zielzahlung eintretenden üblichen Prozentenabzug am Fakturapreise, unter *Rabatt* dagegen eine besonders vereinbarte Preisminderung, einen verabredeten Nachlaß zu verstehen pflegt, wodurch jedoch nicht ausgeschlossen sein kann, daß..... bei gewissen Artikeln (z. B. im Buchhandel) oder nach besonderer übereinstimmender Willensmeinung zweier Kontrahenten der Ausdruck *Rabatt* auch als gleichbedeutend mit *Skonto* (*Escompte*) gebraucht werden möge.

2) Wenn auf Kredit, z. B. Ziel sechs Monate, verkauft ist, so hat der Käufer nach der entschiedenen, unter Handelsleuten bestehenden Rechtsgewohnheit vor Ablauf dieses Zieles irgend Zinsen nicht zu vergüten. Wenn gleichzeitig mit der Ueberlieferung der Waare auch die Faktura, welche das z. B. sechsmonatliche Ziel ausdrückt, dem Käufer zugestellt wurde, so gebührt vom Eintritte dieses Zahlungszieles oder Fälligkeitstermines an, bei unterbliebener Bezahlung, dem Verkäufer die Vergütung von Zinsen, in Ermangelung abweichender Uebereinkunft zu 5 Prozent.

3) Wenn der Käufer dem Verkäufer zur Bezahlung des Kaufpreises einen mit Giro versehenen Wechsel zusandte, und Letzterer den Empfang mit der Bemerkung, er werde den Betrag nach Eingang gutschreiben, anzeigte, so fragt sich, ob in dem Falle der Nichteinlösung des Wechsels bei Verfall der Giratar die Wechselregreßklage anstellen muß, oder unter gleichzeitiger Rückgabe des protestirten Wechsels die Klage aus dem Kaufkontrakte im ordentlichen Prozeß anstellen kann? Die letzteres bejahende

Ansicht Bender's¹⁾ ist nicht zu billigen; die ursprüngliche Waarenforderung hat neben der Wechselforderung nicht fortbestanden, vielmehr war die Waarenforderung durch die Remesse ausgeglichen, und konnte nicht der Käufer und Girant gleichzeitig in doppelter Verbindlichkeit bestehen, einmal aus der Waarenschuld und dann noch daneben aus dem von ihm girirten Wechsel über den nämlichen Betrag. Wenn der Verkäufer und Giratar unter einfacher Zurückgabe des Wechsels die Klage aus dem ursprünglichen Kaufvertrage in ordentlichen Prozesse erhebt, so hat er zu gewärtigen, daß ihm sogleich die Einrede der erfolgten Bezahlung mit zerstörender Wirkung entgegengesetzt werde. — Die Worte der Empfangsanzeige, man werde den Betrag nach Eingang gutschreiben, geben nur den Sinn, daß Giratar den Wechselregreß sich vorbehalte, wenn der Wechsel nicht bezahlt werde; der Wechselregreß ist aber durch gehörige Beobachtung der wechselmäßigen Verpflichtungen des Inhabers bedingt. Ward durch Nichtbeobachtung solcher wechselmäßiger Verpflichtungen der Wechsel mit Präjudiz behaftet, so lebt die ausgeglichene Waarenschuld dadurch, daß der Bezogene und Acceptant den präjudizirten Wechsel nicht zahlte, nicht wieder auf. Der Inhaber kann nur im gewöhnlichen Verfahren noch diejenigen belangen, die sich sonst mit seinem Schaden ungerechter Weise bereichern würden, und die ursprüngliche Waarenschuld kommt hiebei nur noch in so ferne in Betracht, als der frühere Waarenschuldner etwa durch Nichtbezahlung des Betrages der Waarenfactura und durch Nichtzurücknahme des Wechsels sich mit dem Schaden des Verkäufers ungerechter Weise

¹⁾ Handbuch des Frankfurter Privatrechts S. 804 zu Note 3.

bereichern würde; worüber dieser, wenn er solchen Satz behauptet, den Beweis je nach Gestalt der Thatfachen zu erbringen hätte.

III. Frachtführer. Einhalten gewisser Lieferungszeit. Folge des Nichteinhaltens. Eintritt eines anderen Frachtführers (oder Schiffers). Entschädigungsauspruch des Frachtführers, wenn ein zugesagter Transport nicht stattfindet.

1) In der Regel erhalten die Obliegenheiten des Fuhrmannes ihr Maas und Ziel durch den ihm vom Absender zugestellten Frachtbrief. Mithin ist der Fuhrmann nur dann an eine bestimmte Lieferzeit gebunden und dem Gutsempfänger für den durch eine jede Verspätung entstandenen Schaden verhaftet, wenn eine solche Lieferzeit in dem Frachtbriefe vorgeschrieben worden; wohingegen die verzögerte Ablieferung überhaupt den Frachtverlust nicht anders unbedingt nach sich zieht, als wenn der Frachtbrief besagt, daß solche diesen Verlust zur Folge haben soll.

2) Indem ein Schiffer oder Fuhrmann die von einem Plaze für einen anderen Plaz bestimmten, mit einem direkten Frachtbriefe versehenen Waaren an einem Zwischenplaze von demjenigen Frachtführer, welchem die Waaren ursprünglich verladen worden, zum Behufe des Weitertransportes übernimmt, verpflichtet sich jener Schiffer oder Fuhrmann zugleich, das übernommene Gut nach Vorschrift des Frachtbriefes und sonach in unversehrtem Zustande an den Adressaten abzuliefern. So wie also dieser bei gehöriger Lieferung die in dem Frachtbriefe vorgemerkte Fracht und Spesen dem Ueberbringer des Gutes zu berichtigen hat, so ist er auch berechtigt, im Falle, wo die Waaren sich versehrt finden sollten, für den an denselben entstandenen Schaden den Ueberbringer in Anspruch zu nehmen, ohne daß der letztere vorzuschützen darf, daß der fragliche Schaden von dem ersten Frachtführer verursacht worden sei, weil er,

der zweite Frachtführer, wie vorher bemerkt, mit den Waaren die Verbindlichkeit, solche unversehr abzuliefern, übernommen hatte, und es mithin seine Sache gewesen, vor der Einladung des Gutes sich über dessen Zustand zu vergewissern.

Auf der anderen Seite kann ein Fuhrmann dadurch, daß er die Waare an einen anderen Fuhrmann oder Spediteur zur Weiterbeförderung abgibt, in keinem Falle außer Verbindlichkeit treten, vielmehr bleibt er nach wie vor unter den Bestimmungen, welche der Frachtbrief besagt, und aus dem Frachtkontrakte überhaupt dem Absender haftbar.

3) Wurde einem Fuhrmanne oder Schiffer eine Ladung von bestimmtem Gewichte um vereinbarten Frachtsatz zugesagt, und demselben die Weisung ertheilt, sich an einem bestimmten Tage zur Uebernahme der Güter an einem gewissen Einladeorte einzufinden, nun aber der Promittent durch einen Unfall, der ihn allein persönlich traf, in die Unmöglichkeit versetzt, seinerseits die Ladung dem Schiffer zu verschaffen, so kann dieser hiedurch nicht von seiner Verbindlichkeit befreit sein, dem Schiffer oder Fuhrmanne die stipulirte Gegenleistung (die Fracht) zu entrichten oder wenigstens volle Entschädigung zu leisten. Wenn nicht besondere Geseze, wie für die Seeschifffahrt, es vorschreiben, kann der bestellte Schiffer in einem solchen Falle nicht für verpflichtet erachtet werden, seinerseits sich um Erlangung anderer Güter zu bemühen, oder mit der Hälfte der bedungenen Fracht sich zu begnügen.

IV. Spedition. Speditionsgut zur Verfügung eines Dritten. Haftet der Spediteur für Beschädigungen und Entwendungen während des Transportes? Befreit Ausnahme der Waare von Seite des Adressaten den Spediteur von der Haftung? Kann die versehrte Waare dem Spediteur heimgeschlagen werden?

1) Der Spediteur, welcher Waaren zur Verfügung eines Dritten erhalten hat, muß dieselben

bis zum Eintreffen dieser Verfügung aufbewahren und darf sie nicht eigenmächtig an die Adresse dieses Disponenten absenden.

2) Der Spediteur ist, in so ferne er keine besonderen Garantien übernommen hat, außer aller Verantwortung, wenn er bei der Auswahl des Fuhrmannes, der Ausstellung des Frachtbriefes und der Verladung überhaupt regelmäßig verfahren ist ⁵⁾, und haftet insbesondere nicht für eine Entwendung, die sich ereignete, nachdem er die Waare dem Fuhrmanne verladen hatte; alle durch die Entwendung entstandenen Schäden treffen entweder Denjenigen, welcher die Entwendung verübte oder durch Unterlassung der nöthigen Sorgfalt verschulbete, oder wenn weder der Eine, noch der Andere ermittelt werden kann, dann als Zufall den Eigenthümer der Waare.

3) Eine unbedingte Annahme der Waare ohne Rechtsvorbehalt von Seite des Destinatar's (vorgescriebenen Adressaten) hebt jedenfalls die etwaige Haftungsverbindlichkeit eines Speditors auf.

4) Eine Berechtigung des Eigenthümers, die (versehrte) Waare dem Spediteur heimzuschlagen, existirt auch in dem Falle nicht, wo nach den besonderen Umständen eine Entschädigungsverbindlichkeit des Speditors anzunehmen wäre. Denn eine Entschädigungsverbindlichkeit löst sich nur in Geldleistung auf, vermag aber keineswegs die Eigenthumsverhältnisse zu verändern oder einen erzwungenen Verkauf und Kaufkontract herbeizuführen.

⁵⁾ Uebereinstimmende Entscheidungen s. bei Poffet „*erichtliche Entscheidungen in Wechsel- und Merkantilsachen*“ S. 446 f. Vgl. *Seuffert's Archiv* Bd. V Nr. 306. Abweichend die württembergischen Gerichte. *Obb. Bd. VI* Nr. 243.

V. Kommission. Uebervorthellung des Kommittenten durch den Kommissionär. Anerkennung des Kontokorrents, in welchem die betrügerischen Ansätze vorkommen.

Obwohl nach allgemein bestehendem und sich auch von selbst rechtfertigenden Handelsgebrauche durch die Anerkennung der Wichtigkeit eines Conto corrent der Anerkennende als zur Zahlung des entzifferten Saldo verpflichtet angesehen werden muß, so ist doch nie außer Acht zu lassen, daß aller Handelsverkehr wesentlich auf Treue und Glauben beruht, und daß der Betrügende unmöglich aus seinem Betrüge Vortheil ziehen darf. Wenn daher bei Kommissions- Einkauf und Verkäufen der Kommissionär den Kommittenten hinsichtlich der Preise übervorthelt oder hintergangen haben sollte, so ist der verletzte Kommittent allerdings zu schützen und ihm zu seinem Rechte zu verhelfen, ohne daß der Umstand der von ihm geschehenen Anerkennung des betreffenden Conto corrent hieran einen Unterschied zu machen vermag.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Fallenlassen der Klage gegen einzelne Mitverklagte keine unzulässige Klagänderung.

Vgl. Bd. V S. 333, Bd. XVI S. 96 ¹⁾.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

¹⁾ Die a. a. O. mitgetheilten Entscheidungen sind abweichend. Es kommt eben im einzelnen Falle darauf an, ob aus dieser Veränderung eine Erschwerung der Lage oder Vertheidigung der übrigen Verklagten erwachsen kann.

Daß ein Kläger, welcher mehrere Gegner für dieselbe Forderung als *correi debendi* in seiner Klage zugleich in Anspruch genommen, im Laufe der Verhandlung dieselbe gegen einen oder einige fallen läßt, bildet durchaus keine die Beklagten in ihrer Vertheidigung beengende Aenderung der Klage im Hauptwerke, sondern eine jederzeit zulässige Berichtigung. Hierin kann also kein Grund zur Entbindung von der Klage in der angebrachten Art gefunden werden.

DAGE. v. 9. Januar 1854. Nr. 849^{51/52}.

2.

Streitpunktänderung in dritter Instanz.

Gegen die jüdische Handelsmannswittve R. und Genossen hatte die Stadtgemeinde K. wegen Weibesz und Brunnengeldbeitrages Klage erhoben. Von der Klägerin war mit Beziehung auf das Edikt vom 10. Juni 1813 ausdrücklich zugestanden worden, daß diejenigen Juden von der streitigen Abgabe befreit seien, welche in Folge ihrer Unsähigkeit auf Landbau oder ordentlich konzessionirte Gewerbe als wirkliche Gemeindeglieder erscheinen; es wurde aber den Beklagten das Weibesz und Brunnengeld aus dem Grunde abgefordert, weil sie (nach dem Klagevortrage) in die eine oder andere dieser Kategorien nicht gehören, sondern den Nothhandel treiben und sohin keine Gemeindeglieder seien. Auch von den Beklagten wurde in der Vernehmung unter Widerspruch dieser letzteren Behauptung auf das erwähnte Edikt nur in so weit Bezug genommen, als sie nach dessen Bestimmungen als wirkliche Gemeindeglieder zu betrachten seien. Streitig blieb auf Grund dieser Verhandlung lediglich die Frage, ob die Beklagten ihre Unsähigkeit zu K. auf die oben bemerkte Weise wirklich erlangt haben; dieser (auch in der

Beweisauflage der I. und II. Instanz ausgeprägte) Standpunkt war von den Beklagten noch in ihrer Berufung zur II. Instanz festgehalten und ausdrücklich anerkannt, daß Edikt von 1813 in keiner weiteren Ausdehnung und Wirkung in Anspruch genommen, sondern der damals schon gestellte Antrag auf Entbindung von der Klage allein auf den Art. 6 des Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 gestützt.

Dagegen nehmen die Beklagten in ihrem Revisionslibelle, den gezeichneten Standpunkt verlassend, daß Edikt von 1813 in einer viel ausgebehnteren Wirksamkeit, nämlich zum Nachweise der Behauptung in Anspruch, daß zufolge der hier ausgesprochenen unbedingten Gleichstellung der jüdischen Glaubensgenossen mit den christlichen Gemeindeangehörigen ihre Verbindlichkeit zur Entrichtung der streitigen, auch von den Letzteren nicht zu entrichtenden Abgabe ohne Ausnahme erloschen sei. In Betreff dieser Aenderung der Klagbekämpfung sagen die Motive der oberstgerichtlichen Entscheidung:

Wenn die Beklagten nunmehr das Edikt von 1813 als ein wahres Prohibitivgesetz gegen die Klageanforderung darstellen, so beruht hierin ein völlig neues, den faktischen Standpunkt der Sache alterirendes Vorbringen; daß in der Revisionsinstanz um so weniger mehr berücksichtigt werden darf, als der klagenden Stadtgemeinde bisher noch keine Gelegenheit gegeben war, sich hierüber vernehmen zu lassen. Der Satz: „jura noscit curia“ kann demnach hier, wo das Recht nur in einer bestimmten thatsächlichen Begrenzung in Anspruch genommen ist, eben so wenig eine Anwendung finden, als daß von dem Beklagten und Revidenten bereits in der Vernehmung gestellte Petitum auf definitive Klageentbindung den Richter zu berechtigen vermag, mit entschiedener Verletzung der Rechtsgleichheit beider Parteien von demjenigen Stande der Sache abzu-

gehen, wie er sich durch deren beiderseitige Zugeständnisse in der Verhandlung gebildet hat. . . .

DAGE. v. 28. März 1854. Nr. 552⁵³/₅₄.

3.

Geltendmachung von Einreden des Exekutivprozesses im Wege der Nachklage. Gerichtsstand.

Gegen die im Exekutivprozeße erhobene Klage waren mehrere Kompensationsposten aufgestellt worden. Einige derselben wurden in dem den Beklagten verurtheilenden in Rechtskraft erwachsenen Erkenntniße v. 23. Juni 1849 (wegen Illiquidität) zur besonderen Austragung verwiesen, ein anderer im Urtheile übergangen, in den Entscheidungsgründen als unbegründet dargestellt. Als nun auch dieser auf dem Wege der Nachklage bei dem Gerichte, vor welchem der rechtskräftig entschiedene Exekutivprozeß geschwächt hatte, zur abermaligen Geltendmachung kam, wurde das angegangene Gericht, bei welchem der jetzige Beklagte seinen ordentlichen Gerichtsstand nicht hatte, für unzuständig erachtet. In den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Der Zusammenhang, in welchem jene, nunmehr im Wege der Nachklage geltend gemachte Forderung als ein Theil der früheren Kompensationseinrede mit dem ausgestrittenen Vor- oder Exekutivprozeße gestanden hatte, erscheint jedenfalls durch das in solchem ergangene und in Rechtskraft erwachsene Erkenntniß vom 23. Juni 1849 wieder als aufgehoben, da jener im Tenor desselben völlig übergangene Anspruch inhaltlich der Entscheidungsgründe definitiv abgewiesen wurde, und der jetzige Kläger dadurch, daß er hierfür in seiner Nachklage noch einen weiteren (bei Geltendmachung im Wege der Kompensationseinrede nicht erwähnten) Forderungsgrund an die Hand genommen;

die in Mitte liegende Aufhebung jenes Zusammenhanges gewissermaßen selbst anerkannt hat.
 OABG. v. 29. Mär; 1851. Nr. 184⁵⁰/31.

4.

Kompensationsreinde gegen die Spolienklage.

Obgleich bei dem Spolium nach Thl. IV Kap. 15 §. 1 Nr. 10 des bayer. RN. die Kompensation ausgeschlossen ist, so ist doch diese gesetzliche Bestimmung nur auf die Voraussetzung begründet, daß es hiebei auf eine Restitution in natura anzukommen hat; eine Voraussetzung, welche nicht gegeben ist, wenn der Beklagte die hinweggenommenen Gegenstände veräußert hat, und somit unter den Theilen nur mehr der Ersatz ihres Werthes im Streite befangen ist.

OABG. vom 17. Dez. 1850. Nr. 1242⁴⁸/49.

5.

Kompensation. Forderungen von gleicher Art und Beschaffenheit.

Wenn im bayer. RN. Thl. IV Kap. 15 §. 1 Nr. 10 von Forderungen gleicher Art und Beschaffenheit gesprochen wird, so ist dieses, wie die Bestimmung Nr. 9 a. a. O. zu entnehmen gibt, nur dahin zu verstehen, daß die beiderseitigen Forderungen auf eine und dieselbe Gattungsleistung und zwar vertretbarer Art gehen müssen, weil nur unter dieser Voraussetzung der Gegenstand der einen dazu dient, die andere zu erfüllen und aufzuheben.

OABG. v. 17. Dez. 1850. Nr. 1242⁴⁸/49.

6.

Fälligerwerden der Forderung im Laufe des Prozesses.

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 204, 290.

Wenn eine Forderung vor eingetretener Fälligkeit eingeklagt, aber im Laufe des Prozesses fällig

wird, ſo muß dadurch die Einrede der zu früh erhobenen Klage als beſeitigt angeſehen werden.

Erſt. des OAG. zu Lübeck v. 8. März 1853.

Frankfurter Sammlung von Römer (Boſelli)

Bd. 1 S. 48.

7.

Gemeindemarkung. Vertretung der Beſitzer ihrer Beſtandtheile durch die Gemeinde.

Vgl. Bd. 4 S. 1 f., Bd. 7 S. 254, Bd. 9 S. 224, Bd. 10 S. 320, Bd. 11 S. 331, Bd. 15 S. 13, Bd. 16 S. 92.

Durch Dekret des OAG. zu Kaſſel vom 15. Febr. 1842 (2949) wurde ausgeſprochen, daß, ſo ferne an einer Gemarkung im Ganzen eine Gerechtsame in Anſpruch genommen werde, der Gemeinde, zu welcher die Gemarkung gehört, die Vertretung der Beſitzer der Beſtandtheile derſelben in ihrer Geſamtheit zukomme.

Heuſer, Annalen. Jahrg. I S. 389 f. Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 360.

8.

Erſtes Fristverlängerungsgeſuch. Erforderniſſe. Folge des Mangels an gehöriger Begründung.

In den Motiven einer oberſtrichterlichen Entſcheidung kommt hierüber vor:

Zwar hat der Richter Imae mit Recht das Fristverlängerungsgeſuch des Beklagten vom 10. April 1851 für nicht gehörig begründet erklärt, da nach §. 32 und 34 des Geſ. vom 17. Nov. 1837 auch zur Begründung eines erſtmaligen Fristverlängerungsgeſuches eine glaubwürdige, in der Perſon der Partei oder des Anwaltes oder in der Sache ſelbſt liegende Hinderungsurſache dargelegt werden muß, und dieſem Erforderniſſe durch das Vorbringen:

daß Beklagter noch nicht im Stande geweſen, ſeine Gegenbeweiſsmittel vollſtändig zu ſammeln,

nicht genügt war, ſondern auch glaubwürdig hätte dargelegt werden ſollen, wodurch Beſagter gehindert worden ſei, die Gegenbeweiſmittel zu ſammeln und ſeinem Anwalte mitzutheilen.

Allein nach §. 31 Abſ. 4 und §. 33 des Geſ. vom 17. Nov. 1837 tritt, wenn auch das Friſtverlängerungsgeſuch als unbegründet beſunden ward, bezüglich auf den erſten Termin, welcher zur Vorſnahme irgend einer Prozeßhandlung vorgeſetzt iſt, lediglich für die Partei, oder im Falle der Prozeß durch einen Anwalt geführt wird, für dieſen eine Geldſtrafe von 5—10 fl.; und erſt im wiederholten Falle¹⁾ die Folge des Ungehorsams (§. 29) ein. Es hätte daher, da das Geſuch vom 10. April 1851 das erſte Friſtverlängerungsgeſuch war, wenn baſſelbe auch mit Recht für nicht geſetzlich begründet erklärt wurde, gleichwohl zur Einbringung eines Gegenbeweiſnachtrages eine weitere Friſt von 8—14 Tagen gewährt, und lediglich der Anwalt des Beſagten in eine Geldſtrafe verurtheilt werden ſollen. Da nun der Gegenbeweiſnachtrag ſchon am 6. Tage nach Ablauf der Gegenbeweiſfriſt eingereicht worden iſt, konnte derſelbe nicht als beſert erklärt werden. Der Beſagte hat ſich das Recht der Beſchwerde gegen den nicht ſelbſtändig appellablen Zwiſchenbeſcheid nach Vorſchrift des §. 51 des mehrerwähnten Geſetzes gewahrt, und es mußte daher unter Abänderung dieſes Zwiſchenbeſcheides die nachträgliche Erhebung des Gegenbeweiſnachtrages angeordnet werden, waß die Aufhebung der erſt- und zweitrichterlichen Erkenntniſſe, als zu vortheilhaft erlaſſen, zur nothwendigen Folge hat.

DAGE. v. 13. Dez. 1853. Nr. 158⁴⁸/49.

1) Vgl. hierüber Bd. XVII S. 167.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Von Unterdrückung eines Preßerzeugnisses nach Art. 2 des Preßstrafgesetzes vom 17. März 1850. — Ist die Miltigkeit und Beweiskraft der gerichtlichen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommenen Protokolle durch Unterzeichnung der handelnden Privatpersonen bedingt? — Zinsen von Zinsen einem Banquier zugebilligt. — Olnrede der Zahlung eines Wechsels durch Abrechnung. — Uebernahme der gntöberlichen Pflichten und Diener nach Art. 1 des betreffenden Gesetzes vom 4. Juni 1848. — Onomen. —

Von Unterdrückung eines Preßerzeugnisses nach Art. 2 des Preßstrafgesetzes vom 17. März 1850 *).

Hat seine schlimme Lust der Freiheitdrang gezeigt,
So naht die Stunde, wo man sich zur „Umkehr“ neigt.

Seit das Gesetz vom 17. März 1850, zum Schutz gegen den Mißbrauch der Presse, in Wirksamkeit getreten, sind bereits vier Jahre abgelaufen. Gleichwohl hat erst in jüngster Zeit die Anwendung obiger Bestimmung (Art. 2) zu Wichtigkeitsbeschwerden an den obersten Gerichtshof und hiedurch zur Erörterung verschiedener darauf bezüglicher Fragen, auch in der Tagespresse, Anlaß gegeben ¹⁾). Bei dem

*) Ergebnis einer Verhandlung, welche über diesen Gegenstand zwischen einem Grn. Mitarbeiter (G. M.) und dem Herausgeber gepflogen wurde.

1) Während der beiden ersten Jahre nach Verkündung des Gesetzes ist die Unterdrückungsbefugnis nur in wenigen Fällen ausgeübt worden. Man hat die volle praktische Bedeutung des Art. 2 nicht erkannt, bis R. Brater in einer gründlichen Erörterung (Bl. f. administrative Praxis Bd. 2 S. 37 f.) auf das Verhältnis zwischen strafgerichtlicher Verfolgbarkeit und

verhältnißmäßig geringen Material, welches sich für die Auslegung der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen in den Kammerverhandlungen findet, konnte es nicht fehlen, daß sich allenthalben Zweifel über die Anwendung und namentlich über die Behandlung im Verfahren ergaben. Beiträge zur Lösung dieser Aufgabe zu liefern, ist der Zweck nachstehender Erörterung.

1.

Der dem Art. 2 des Gesetzes entsprechende Art. 3 des Entwurfs war also abgefaßt:

„In jedem verurtheilenden Erkenntniß kann zugleich die Unterdrückung oder Vernichtung der für strafbar erklärten Schrift oder des für strafbar erklärten Theiles derselben verfügt werden.“

Gleiche Verfügung kann vorbehaltlich der von der Polizeibehörde vorzunehmenden Beschlagnahme (§. 8 des Gesetzes vom 4. Juni 1848, über die Freiheit der Presse) wegen des gesetzwidrigen Inhaltes einer Schrift auch in denjenigen Fällen eintreten, in welchen nach Art. 1 Abs. 1 eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht vorliegt.“

Der hier in Bezug genommene Art. 1 Abs. 1 lautet im Entwurf wie im Gesetz selbst:

„Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Inhalt einer Schrift tritt ein, sobald dieselbe veröffentlicht, ausgestellt, ausgegeben oder sonst in Umlauf gesetzt ist.“

Nach dem von der Staatsregierung ausgegangenen Gesetzesvorschlage war demzufolge die Verfügung der Unterdrückung oder Vernichtung einer bereits veröffentlichten Schrift auf den einzigen Fall der Verurtheilung einer Person wegen ihres sträflichen Inhaltes beschränkt; und auch für diesen Fall sollte diese Verfügung dem richterlichen Ermessen anheimgestellt sein, indem, sagen die Motive, Fälle

der Unterdrückungsbefugniß aufmerksam machte und den relativ weiteren Umfang der letzteren darlegte. Vgl. unten Note 8. — 6.

gedenkbar sind, in welchen es genügt, eine Schrift im Inlande außer Verkehr zu setzen²⁾).

Eine Unterdrückung oder Vernichtung außer dem Falle der Verurtheilung einer Person sollte nach dem Entwurfe wegen gesetzwidrigen Inhalts nur in Bezug auf eine noch nicht veröffentlichte und daher nicht strafbare Schrift verfügt werden können. Die Intention der Staatsregierung war keineswegs darauf gerichtet, dem Schwurgerichtshofe die Befugniß zu ertheilen; auch im Falle eines auf „Nichtschuldig“ lautenden Wahrspruches die Unterdrückung oder Vernichtung der nach dem Urtheile der Geschworenen unsträflichen Schrift zu verordnen; oder den in geheimer Sitzung beratenden Senat des Kreis- und Stadtgerichtes mit der Machtvollkommenheit auszurüsten, in Bezug auf eine bereits veröffentlichte Schrift mit dem Beschlusse auf Einstellung des Strafverfahrens den andern zu verbinden: die Schrift sei wegen gesetzwidrigen Inhalts zu unterdrücken.

Die Kammer der Abgeordneten war es, von welcher die in das Gesetz aufgenommene Fassung des Art. 2 Abs. 2 u. 3³⁾ (Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs)

²⁾ Verh. d. R. d. Abg. von 1848/50 Well. Bd. 1 S. 134 (Molke zu Art. 3). Daß „außer den inländischen Verkehr setzen“ kann durch die Anordnung an die Sortimentsbuchhändler geschehen, die ihnen zum Vertrieb eingesandten Exemplare an den auswärtigen Verleger zu remittiren. Unseres Wissens kommt diese mildere Verfügung in der Praxis nicht vor.

³⁾ Abs. 2: „Welche Verfügung kann wegen des gesetzwidrigen Inhalts einer Schrift auch in den Fällen eintreten, wenn eine Verurtheilung nicht erfolgt, oder eine Person, gegen welche eine Anklage gerichtet werden könnte, nicht gegeben ist.“

Abs. 3: „Diese Verfügung ist im ersten Falle durch den Schwurgerichtshof (Assisengericht), beziehungsweise das mit Verurtheilung der Polizeilübertretungen

ausgegangen ist. Schon der Ausschuß (I. und III. vereinigt) hatte diese Aenderung des Entwurfs beantragt und in seinem Berichte (Berh. v. 1849/50 Beil. Bd. 3 S. 163), wie folgt, motivirt:

„Da nach Art. 1 Abs. 1 eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nur durch Veröffentlichung, Ausstellung u. s. w. einer Schrift eintritt, so läßt die in Abs. 2 gegenwärtigen Artikels (3 des Entwurfs) genommene ausschließende Bezehung auf Art. 1 Abs. 1 die Annahme zu, als stünde es in den Befugnissen der Gerichte, eine Schrift ihres ungesetzlichen Inhalts wegen zu unterdrücken oder zu vernichten, auch wenn diese nicht veröffentlicht, ausgegeben, oder sonst in Umlauf gesetzt wurde. Eine solche Bestimmung würde den Gerichten das Recht zu einem vorsorglichen polizeilichen Akte gewähren und wäre mit dem Edikte vom 4. Juni 1848 nicht in Einklang zu bringen.

Hat man aber den Fall im Auge, daß eine Verurtheilung eines Angeklagten nicht erfolgte, oder daß überhaupt eine Person, gegen welche eine Anklage gerichtet werden könnte, nicht vorhanden ist, daß aber gleichwohl eine veröffentlichte Schrift gegenwärtigen Inhalts vorliegt, so wird man, wenn man unter Umständen nicht auf eine Absurdität kommen will, den Gerichten die Befugniß einräumen müssen, die Unterdrückung der Schrift zu verfügen.

Der Ausschuß beantragt daher, den Abs. 2 dieses Artikels in folgender Weise zu fassen (folgt die in das Gesetz übergegangene Redaction ⁴⁾).

Dabei schien vorzugsweise bezüglich des letzteren Falles nothwendig, die Gerichte genau zu bezeichnen, welche in einem oder dem andern Falle diese Verfügung zu treffen haben, weshalb der Ausschuß beantragt, dem Artikel 3 (des Entwurfs) als dritten Absatz zuzusetzen: (was Abs. 3 Art. 2 des Gesetzes enthält ⁵⁾).

beauftragte Strafgericht, im letzteren durch dasjenige Gericht zu erlassen, welches über die Erweisung zu entscheiden hat.

⁴⁾ S. Not. 3 „Abs. 2“.

⁵⁾ S. Not. 3 „Abs. 3“.

Der Referent (Paur) hatte nicht diesen dritten Absatz, sondern zu dem zweiten die Bestimmung beantragt:

„Zu diesem Behuf ist in allen Fällen, welche durch Geschworne abgeurtheilt werden, an dieselben eine lediglich auf die Gesetzwidrigkeit der Schrift gerichtete Frage zu stellen.“

Aber bei der Umfrage im Ausschusse wurde die gestellte Frage:

Sollen Geschworne über die strafrechtliche Qualität einer Schrift aburtheilen?

mit „allen“⁶⁾ gegen 3 Stimmen“ verneint, und sodann der jetzt den Abs. 3 des Art. 2 bildende Zusatz einstimmig angenommen.

Der in solcher Weise entstandene Vorschlag der beiden Ausschüsse wurde in der Kammer der Abgeordneten ohne Debatte adoptirt, erhielt später auch die Zustimmung der Kammer der Reichsräthe und die Sanction von Seite der Staatsregierung.

2.

In den meisten Preßprozessen ist es nicht die tatsächliche Beweisfrage, welche in Zweifel gestellt ist, sondern lediglich die Subsumtion des Faktums unter das Strafgesetz, so daß der auf „Nicht schuldig“ lautende Wahrspruch keine andere Deutung zuläßt, als die: Der gesetzwidrige Inhalt der Schrift, welchen die Anklage behauptet, ist nicht gegeben. Gleichwohl kann der Gerichtshof im Falle eines solchen Wahrspruchs die Unterdrückung oder Vernichtung der Schrift wegen gesetzwidrigen Inhalts verordnen. Wie reimt sich das zusammen? Man könnte versucht sein, anzunehmen, daß ein Zusammenreimen unmöglich sei, daher eine Ungereintheit vorliege.

⁶⁾ Die beiden Ausschüsse waren vollständig versammelt, im Ganzen 18 Botanten.

Aber der Ausschuß war vielmehr, wie obiger Auszug aus seinem Berichte darlegt, der Meinung, daß Gerechtigkeit (d. h. die Nichtermächtigung des Gerichtshofs, auch im Falle eines freisprechenden Urtheils die Unterdrückung oder Vernichtung zu verordnen) könne zu Ungereimtheiten (Absurditäten) führen. Versuchen wir, diese Auffassung zu erklären.

Gesetze haben mitunter (wie schon vom Macedonianischen Senatusconsult her bekannt ist) die Natur von Gelegenheitsgedichten. Bei Berathung des Preßgesetzes schrieb man nicht mehr 1848, sondern es war der Februar 1850 herangekommen. Die Erfahrungen eines Jahres über schwurgerichtliche Erledigung von Preßprozessen (in und außer Bayern) lagen vor. Freisprechungen waren vorgekommen, welche dem Unbefangenen als Gefährdungen der Autorität des Gesetzes und der Obrigkeit erscheinen mußten. Daher vielseitige Besorgniß, der nöthige Schutz gegen den Mißbrauch der Presse sei von den Geschwornen nicht zu erwarten. Wenn nun aber grundgesetzmäßig feststand, daß über Anklagen wegen Verbrechen und Vergehen, begangen durch die Presse, Schwurgerichte zu erkennen haben, sollte jede Freisprechung von der Anklage auch die Freigebung der Schrift und deren ungehinderte Verbreitung zur nothwendigen Folge haben? — Man nehme an: ein Flugblatt, worin die Person des Monarchen verunglimpft, oder die bestehende Regierungsform mit Spott oder Verachtung behandelt, oder zum Ungehorsam gegen die Gesetze oder gegen die Anordnungen der Obrigkeit aufgefordert ist, wurde in 4000 Exemplaren abgedruckt. Die Polizeibehörde erhält rechtzeitig Kenntniß, schon nach dem ersten Schritte der Veröffentlichung erfolgt die Beschlagnahme fast der ganzen Auflage. Staatsanwalt, Untersuchungsgericht, Anklagkammer verwalten ihr Amt, die Sache kommt zur öffentlichen Verhandlung, und auf eine

beredete Vertheidigung ergeht der Wahrspruch: Nicht schuldig! Der Schwurgerichtshof ist vielleicht einstimmig überzeugt, daß die der Beschlagnahme unterworfenene Schrift den Thatbestand des in Art. 12, resp. 16, des Preßgesetzes bedrohten Vergehens enthalte. Soll er nun dieser Ueberzeugung ungeachtet verpflichtet sein, dem Wahrspruche gemäß nicht bloß den Angeklagten freizusprechen, sondern auch die Freigebung der Schrift selbst, gleichsam die Ausstreitung des gemeingefährlichen Giftes durch das ganze Land, anzuordnen? Die vereinigten Ausschüsse der Kammer der Abgeordneten, sich auf den Standpunkt polizeiamtlicher Fürsorge stellend, waren mit 15 gegen 3 Stimmen der Meinung: daß wäre eine Absurdität, und die Kammer selbst trat dieser Meinung bei, indem sie den darauf gebauten Vorschlag ohne Debatte genehmigte.

Der §. 6 des Ediktes über die Freiheit der Presse vom 4. Juni 1818 verweist nur die Anklagen wegen Verbrechen und Vergehen, durch die Presse begangen, nur die Aburtheilung der Personen an das Schwurgericht, nicht aber die Entscheidung über die Freigebung der Schrift. Eben weil es sich bei diesem zweiten Punkte nicht bloß von Folgen einer in der Vergangenheit liegenden Gesekwidrigkeit, sondern von Verhütung eines dem Gemeinwesen durch die Verbreitung einer gemeingefährlichen Schrift erst zuzufügenden Nachtheiles handelt, hat man eine doppelte Erwägung der Frage, ob der Inhalt der Schrift für gesekwidrig zu achten, für angemessen, und im Hinblick auf die gemachten Erfahrungen für nöthig gehalten. Es ist daher allerdings so, im Falle eines auf Nichtschuldig lautenden Wahrspruches können zwei einander widerstreitende Aussprüche über die Thatbestands-Frage, ob der Inhalt einer Schrift gesekwidrig, vorkommen, und jedem dieser widerstreitenden Aussprüche wird eine Folge gegeben; der Angeklagte ist von Schuld und Strafe freigesprochen,

und die Schrift, wegen welcher er angeklagt worden, verfällt der Unterdrückung. Wer etwa in der Zulassung dieses Widerstreites eine Ungereimtheit finden wollte, dem kann man im Sinne des Ausschussesrichters mit dem Argument (*ex absurdiori*) des römischen Juristen Julian¹⁾ begegnen:

Dir gilt als ungereimt mein Satz, nicht ohne Grund; Doch ungereimter noch ist deiner Weisheit Fund.

3.

Wegen des gesetzwidrigen Inhalts einer Schrift kann deren Unterdrückung oder Vernichtung auch in den Fällen eintreten, wenn eine Person, gegen welche eine Anklage gerichtet werden könnte, nicht gegeben ist, nämlich durch Verfilgung desjenigen Gerichtes, welches über die Verweisung zu entscheiden hat.

Wenn z. B. der Urheber einer Schrift gesetzwidrigen Inhalts gestorben, eine andere nach den allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften verantwortliche Person nicht vorhanden ist, so kann eine strafgerichtliche Einschreitung nicht mehr stattfinden. In Erwägung aber, daß die ungehinderte Verbreitung gemeingefährlich wirken könnte, hat der Gesetzgeber den Gerichten eine von der strafgerichtlichen Verfolgung unabhängige Unterdrückungsbefugniß eingeräumt. Voraussetzungen der Ausübung dieser Befugniß sind:

a) gesetzwidriger Inhalt der Schrift, d. h. es müssen in derselben Äußerungen oder Mittheilungen vorkommen, deren Verbreitung auf diesem Wege nach Bestimmungen des Preßgesetzes als unzulässig erscheint²⁾.

¹⁾ „Fr. 51. §. 2 ad leg. Aquil. (9, 2): Quod si quis absurde a nobis haec constituta putaverit, cogitet longo absurdius constitui. . . .“

²⁾ Vgl. Brater in den Bl. f. administratve Praxis, Bd. 2, S. 59: „Es ist der ausgesprochene Wille des

b) Es darf im einzelnen Falle eine Person, gegen welche eine Anklage gerichtet werden könnte, nicht gegeben sein. Einen Hauptfall bilden die außer Bayern erscheinenden Schriften gesetzwidrigen Inhalts, insofern sie nicht der im Art. 6 bezeichneten Kategorie⁹⁾ angehören. Die gedachte Voraussetzung kann ferner durch Tod, Unzurechnungsfähigkeit, Verjährung¹⁰⁾ eintreten; auch, bei Ermangelung strafrechtlicher Verantwortlichkeit einer andern Person, durch Unkunde über die Person des Verfassers. Die Praxis, auch des obersten Gerichtshofes¹¹⁾, nimmt dieselbe überall als gegeben an, wo zwar die objektiven Merkmale des Thatbestandes eines preßgeschlichen Reates vorliegen, aber nach den Umständen anzunehmen ist, daß es an gesetzwidriger Absicht des Beschuldigten ermangle; so insbesondere bei Berichterstattungen und Reproduktionen, in welchen der Inhalt einer gesetzwidrigen Schrift oder sonstigen strafbaren Aeußerung nur erzählungsweise, resp. in weiterem Abdruck, mitgetheilt wird¹²⁾.

Gesetzgeber, daß keine Schrift verbreitet werde, welche Aufforderungen zu verbrecherischen Handlungen, Verläumdungen und Schmähungen, Angriffe auf religiöse Einrichtungen u. s. w. enthält; es ist demzufolge der Inhalt derartiger, zur Verbreitung bestimmter Schriften ein gesetzwidriger Inhalt. Dieses rein objektive Verhältniß besteht unabhängig von der Frage, ob im einzelnen Falle die Verbreitung des gesetzwidrigen Inhaltes auch mit Strafe bedroht sei; die Strafe erscheint nur als das äußerste und wirksamste Mittel, dem gesetzgeberischen Willen Nachdruck zu geben."

⁹⁾ Zeitungen, Zeitschriften und Flugblätter.

¹⁰⁾ Der Fall der Verjährung war in der beim obersten Gerichtshof vorgekommenen Reinhard'schen Sache gegeben.

¹¹⁾ Vgl. die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in den Sachen des Hr. Feust (Redakteurs des Nürnberger Korrespondenten) und Volkhard's. S. unten die Nachschrift.

¹²⁾ Im Allgemeinen läßt sich gegen diese Praxis nichts einwenden. Zwar möchte man dafürhalten: eine bloß

Es fragt sich, ob die Verfügung der Unterdrückung oder Vernichtung einer Schrift nicht auch durch ein Verschulden Desjenigen bedingt sei, zu dessen pekuniärem Nachtheil sie gereicht, ob insbesondere dem Verleger ein vielleicht in die Tausende gehender Schaden zugefügt werden könne, ohne daß derselbe durch eine schuldhafte Handlung oder Un-

teressirende; vielleicht gedankenlos nachschreibende Mittheilung über das anderwärts Geschriebene oder Gesagte enthalte überhaupt nichts Gesetzwidriges, und sei daher schon deswegen nicht geeignet, eine Unterdrückungsordonnanz zu rechtfertigen. Aber man hat wohl Ursache, die Richtigkeit der in diesem Bedenken ausgeprägten Deutung des Ausdrucks „gesetzwidriger Inhalt“ in Zweifel zu ziehen. Sollte wirklich Majestätsbeleidigungen, Herabwürdigungen der Staatsregierung, Aufforderungen zum Aufruhr, Verspottungen der Religion, Verläumdungen von Ehrenmännern die größtmögliche Publizität nicht nachhaltig verwehrt werden können, wenn solche ohne böse Absicht in der Form von Neuigkeiten aufgetischt werden? Soll die Propagierung von falschen Gerüchten, welche wirklich zur Störung des öffentlichen Vertrauens oder zur Erregung von Gehässigkeiten geeignet sind, in der harmlosen Leichtgläubigkeit des Neuigkeitenslieferanten einen Freibrief zu gemeinschädlicher Wirksamkeit haben? Wahrscheinlich hätte der umkehrlustige Doppelausschuss auf diese Fragen ganz lakonisch, mit seinem Krastworte: Absurdität! geantwortet. Im Sinne der Urheber der fraglichen Gesetzstelle muß man daher diese vermeinte renge der Unterdrückungsbefugniß aufgeben. Es wäre auch damit nicht viel verloren, wenn nur keine Verwechslungen vorkommen, z. B. zwischen Herabwürdigung der Staatsregierung und freiwilligem Tadel ihrer Handlungen, zwischen Gerüchten, welche das öffentliche Vertrauen stören könnten, und düsteren Prognosen über künftige Verwickelungen u. s. w. Hier ist der Sitz der Krankheit, gegen welche die Doktrin nichts vermag, weil es sich dabei nicht von Mißgriffen, sondern von Mißbrauch handelt. Vgl. Abrißgenß unten die Nachschrift. S.

terlassung zu dieser Maafregel Anlaß gegeben hat? Fußt vielleicht die Einkäumung der Unterdrückungsbefugniß auf einer Vermuthung oder Fiktion, daß auf Seite des eine Schrift von gesetzwidrigem Inhalte verlegenden Buchhändlers auch in dem Falle, wenn er den Druck ohne vorgängige Prüfung des Inhaltes beivertstelligt hat, wenigstens eine Unbesonnenheit, somit ein unwissentliches Verschulden begangen worden? — Für die Beantwortung dieser Fragen kommt in Betracht, daß es eine Erwägung der polizeilichen Sphäre ¹³⁾ war, welche den Gesetzgeber bestimmte, die Gerichte mit der fraglichen Unterdrückungsbefugniß zu bekleiden. Es gilt, einen dem Gemeinwesen künftig drohenden Nachtheil abzuwenden; die Lösung dieser Aufgabe darf nicht von Nachweisung eines im einzelnen Falle begangenen Verschuldens abhängig sein; man bedarf daher jenes Mittelgliedes einer Vermuthung oder Fiktion nicht, um die aus der Unterdrückung folgende Benachtheiligung des Verlegers mit allgemeinen Grundsätzen in Einklang zu bringen. Die Gesetzgebung hat im Interesse des öffentlichen Wohls solche Eingriffe in das Privateigenthum autorisirt, ohne den Staat für den Fall, daß ein Verschulden nicht vorliegt, zur Schadloshaltung zu verpflichten; der Verleger oder sonstige Interessent muß daher den ihm dadurch verursachten Verlust wie einen Zufall tragen. Wer auf dem Felde der Presse spekulirt, mag sich versehen, und die Möglichkeit weitester Anwendung der Repressivgesetze in Rechnung bringen.

(Schluß folgt.)

¹³⁾ Dem Gesetzgeber schwebte die Erwägung der polizeilichen Sphäre vor; seine Vorschrift ermächtigt aber den Richter zur Unterdrückung nur wegen gesetzwidrigen Inhaltes der Schrift. Besorgniß gemeinschädlichen Einflusses ist für sich kein hinreichendes Motiv richterlicher Ausübung der Unterdrückungsbefugniß.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ist die Gültigkeit und Beweiskraft der gerichtlichen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommenen Protokolle durch Unterzeichnung der handelnden Privatpersonen bedingt?

Die Motive einer, die Gültigkeit eines gerichtlich protokolirten Testamentes betreffenden oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Der Mangel der Unterschrift des Testators in diesem Protokolle könnte auch nicht als ein formeller, die Gültigkeit des Protokolls oder dessen Beweiskraft aufhebender Mangel angesehen werden. Denn der Grund der vollen Beweiskraft eines gerichtlichen Protokolls liegt in der amtlichen Autorität der Gerichtspersonen, von welchen das Protokoll aufgenommen worden, und in dem öffentlichen Glauben, welcher den Beurkundungen derselben über die in ihren Wirkungskreis fallenden Vorgänge beigelegt ist;

GD. Kap. 11 §. 2.

Durch die Beurkundung der Gerichtskommission, daß das im Protokolle Enthaltene von der in demselben genannten Person vor der Gerichtskommission erklärt worden sei, ist daher die Thatsache vollständig bewiesen, ohne daß es noch weiter der durch die Unterschrift des Protokolls ausgedrückten Bestätigung der betheiligten Privatperson bedarf, daß sie die im Protokolle enthaltene Erklärung wirklich abgegeben habe. Es besteht auch keine positive Vorschrift, durch welche die Unterschrift Desjenigen, über dessen Handlung oder Erklärung ein gerichtliches Protokoll aufgenommen worden, als wesentliches Erforderniß eines ordentlichen Gerichtsprotokolls erklärt wäre,

Vgl. GD. Kap. 2 §. 3. Numerk. lit. f, da die Bestimmung der GD. Kap. 4 §. 15 nur auf in streitigen Civilsachen aufgenommene Protokolle

bezogen werden kann. Seuffert Comment. Bd. 2
S. 173, 175.

DAUE. v. 25. Juni 1853. Nr. 1603⁵¹/₅₂.

2.

Zinsen von Zinsen, einem Banquier zugebilligt.

Vgl. Bd. 8 S. 413.

Ein adeliger in Staatsdiensten stehender Gutsherr besaß eine Reihe von Jahren hindurch in Geschäften mannigfacher Art mit einem Banquier Verkehr gepflogen, worüber von Letzterem im Handelsbuche laufende Rechnung (Contocorrent) geführt war. Wegen der Nichtberichtigung eines Abrechnungssaldos kam es zur Klage von Seite des Banquiers. Der Beklagte machte unter Anderem den Einwand, in dem eingeklagten Saldo seien Zinsen von Zinsen begriffen. Dieser Einwand wurde unter Bezugnahme auf

Glück, Comment. Bd. 21 S. 1135 a. E.
S. 126 und

Seuffert, prakt. Pand. R. S. 233 Note 10 für unerheblich erachtet; indem in der deutschen Praxis von dem römischen Verbote des Anatozismus nach richterlichem Ermessen Umgang genommen werde, der eigenthümliche Geldverkehr mit einem Kreditgebenden Banquier aber ein Verhältniß sei, welches diese Abweichung von den gemeinrechtlichen Zinsbeschränkungen rechtfertige ¹⁾).

DAUE. v. 14. Juni 1853. Nr. 1513⁵¹/₅₂.

b.

1) Vgl. Savigny System Bd. 1 S. 179: „In dem Handelsstand ist es allgemein üblich, am Ende eines Jahres, zuweilen selbst eines kürzeren Zeitraums, Abschlüsse zu machen und den Saldo auf neue Rechnung zu übertragen, da er dann sogleich wieder Zinsen trägt, obgleich er selbst zum Theile aus Zinsen des abgeschlossenen Zeitraums besteht. Das ist der Regel des römischen Rechts allerdings entgegen, aber es

3.

Einrede der Zahlung eines Wechsels durch Abrechnung.

In einer Wechselstreitsache (F. 1853 Nr. 60) hat der Beklagte dem Kläger den Haupteid dahin beferirt, daß er schwören soll, es habe ihm Beklagter die eingeklagte Summe weder ganz, noch theilweise, und zwar weder in baarem Gelde, noch auf dem Abrechnungswege bisher bezahlt.

Die erste Instanz (B. u. M. G. München) hat jedoch diesen Eid dem Kläger nur dahin aufgelegt, daß Beklagter die eingeklagte Summe weder ganz, noch theilweise bezahlt habe, und auf die vom Beklagten eingelegte Berufung, dahin gehend, daß dem Kläger auch noch darüber der Haupteid aufgelegt werde, daß die eingeklagte Schuld durch Abrechnung weder ganz, noch theilweise getilgt sei, hat die zweite Instanz den erstrichterlichen Ausspruch unter'm 10. Oktober 1853 bestätigt aus nachfolgenden Gründen:

Beklagter hat excipiendo vorgebracht, daß er die eingeklagte Summe auch wirklich dem Kläger, und zwar baar oder doch eventuell im Abrechnungswege zu ganz oder doch eventuell mehr als zur Hälfte bereits gezahlt habe; dieses Vorbringen ist die Einrede der Zahlung und zergliedert sich nach den verschiedenen Zahlungsarten, die Beklagter eintwendet,

geschieht offen und allgemein und kann gar nicht anders sein, ohne die Einfachheit der Rechnungsführung zu stören; auch paßt der Zweck des römischen Verbots auf diesen Fall gar nicht. Hier ist also das Verbot durch eine allgemeine Gewohnheit des Handelsstandes abgeschafft, wobei es gar nicht darauf ankommt, wie viele Einzelne sich von diesem Zusammenhange der Sache Rechenschaft geben mögen; denn Alle handeln so im Gefühl der Nothwendigkeit und Rechtmäßigkeit ihres Verfahrens."

in die Einrede der Baarzahlung und in die Einrede der Zahlung durch bereits gepflogene Abrechnung.

Im Wechselprozeß kann die Einrede der Zahlung nur insoferne zur Würdigung kommen, als behauptet wird, der Wechsel sei baar bezahlt worden; denn wenn auch eine Wechselschuld auf mancherlei Art und eben so bezahlt und getilgt werden kann, wie andere Schulden insgemein abgetragen zu werden pflegen, so kommt doch zu berücksichtigen, daß die Wechselgeschäfte aus ganz anderen Absichten zu Stande kommen, weshalb in Ansehung der Wechselzahlung die Regel angenommen werden muß, daß sie auf die Art geschehen müsse, wie sie im Wechselbrieфе beschrieben ist; in dem gegenwärtig eingeklagten Wechsel ist eine andere Zahlungsart nicht festgesetzt, daher muß baare Zahlung geleistet werden, und es kann sich deshalb der Beklagte mit einer andern Einrede der Zahlung als der der Baarzahlung nicht schützen, ausgenommen er macht sie in instanti liquid, was aber hier nicht der Fall ist.

Will aber auch angenommen werden, daß die Einrede der Zahlung auf eine Tilgung des Wechsels durch Abrechnung ausgedehnt werden kann, so gebietet es im gegebenen Falle der so ausgedehnten Einrede an der gehörigen Substanziung, indem vom Beklagten nicht angegeben wurde, wann und auf welche Weise Abrechnung gepflogen worden ist.

Endlich auch angenommen, daß es einer weitem Substanziung deshalb gar nicht bedürfe, so ist dennoch der Beklagte dadurch, daß dem Kläger der Haupteid nur in der beschränkten Form auferlegt wurde, nicht beschwert; denn der vom Beklagten dem Kläger zugeschobene Haupteid ist allgemein dahin aufgelegt, daß der Beklagte die eingeklagte Summe weder ganz, noch theilweise bezahlt habe, sohin ist, da daß Zahlen im allgemeinen Sinne eine Leistung Dessen ist, was man schuldig wurde, und in dem

Gattungsbegriffe der Zahlung, die verschiedenen Unterarten der Zahlungsweise, sei es nun durch Baarzahlung oder mittelst Abrechnung, enthalten sind, der Eid, so wie er vom Unterrichter auferlegt wurde, gegenüber dem Vorbringen des Beklagten erschöpfend, und eine Erweiterung der Eidesformel in der Art, *in appellando* gebeten wurde, überflüssig.

Poffet.

4.

Ueberrahme der gutsherrlichen Beamten und Diener nach Art. 1 des betreffenden Gesetzes vom 4. Juni 1848.

Die Ueberrahme der Beamten und Diener wird in Art. 1 des Ges. v. 1848, die Aufhebung der ständesherrlichen und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit betr., als Entschädigung der Gerichtsherrn für den Verlust der Gerichtsbarkeit dargestellt. Der Artikel beruht also auf der Unterstellung, daß der Gerichtsherr seinem Beamten oder Diener gegenüber die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung des Gehaltes oder einer Pension hätte. Dieses ist aber nur der Fall bei Anstellungen in ständiger Eigenschaft. Ermanget diese Eigenschaft, so kann der Gutsherr gegen den Fiskus weder auf Ueberrahme des fraglichen Beamten oder Dieners, noch auf Vergütung des demselben fortgezahlten Gehaltes klagen.

DUOG. v. 1. Juli 1853. Nr. 36⁵²/₅₃.

Gnomien.

Soll nicht, statt guten Rechts, das Unre i Sieget bleiben,
Dürft ihr die Konsequenz nicht auf die Spitze treiben.

Wohl liegt dem Fehler ob, nach strengem Recht zu sprechen;
Auwachen aber gleimt, die Spitze abzubrechen.

Red.: J. A. Seuffert. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst: Bayern.

Inhalt: Von Unterdrückung eines Preßzeugnisses nach Art. 2 des Preßstrafgesetzes vom 17. März 1850. — Liquidation im Konkurse durch Bezugnahme auf das Hypothekenbuch. — Folgen der Unterlassung einer Erklärung über den in Ausübung einer Einrede im Konkurse zugehobenen Hauptzins. — Haftung der Ehefrau für die Schulden des Ehemannes nach Münchener Recht. — Unterbrechung der Klagenverjährung durch außergerichtliche Mahnungen. — Ergänzung des durch Handelsbücher begründeten Beweises.

Von Unterdrückung eines Preßzeugnisses nach Art. 2 des Preßstrafgesetzes vom 17. März 1850.

(Schluß.)

4.

Gesetzeslegung ist gar eine harte Nuß,
Wenn man im leeren Raum doch etwas finden will.

Es ist eine öfter vorkommende Erscheinung, daß gerade solche Stellen der neueren Gesetze, welche aus Abänderungs- oder Zusatzvorschlägen der Kamern hervorgegangen sind, sich bei der Anwendung als unreif, lückenhaft, mehrdeutig zeigen. Bedingung des Gedeihens legislativer, zukunftschauender Thätigkeit ist strenge Sammlung des Geistes, nachhaltige Konzentration des Geistes auf den einen Gegenstand. Die Landtagsmitglieder haben sich aber während der Dauer der Versammlung mit „rebus omnibus et quibusdam aliis“ zu befassen, bei welcher Beschäftigungsmannigfaltigkeit nichts natürlicher ist, als daß ihre legislativen Experimente keine Meisterstücke zu Tage fördern.

Nach dem Vorschläge der K. d. Abgeordneten wurde die vorstehend erörterte Unterdrückungsbefugniß

der Berichte auch für die Fälle eines Nichtschuldig der Geschwornen und eines Beschlusses auf Einstellung des Verfahrens eingeführt, ohne zugleich Bestimmungen über das Verfahren, welches dem Unterdrückungsbeschlusse vorhergeht, und über die Rechtsmittel zu geben, welche den Betheiligten dagegen zustehen sollen. Diese Lücken sind durch Folgerungen aus allgemeinen Grundsätzen und durch analoge Anwendung auszufüllen.

Bei dem Verfahren muß jedenfalls der oberste Grundsatz aller Rechtspflege: „beide Theile soll man hören (ohne Gehör keine Verurtheilung)“ bethätigt werden. Der Staatsanwalt beantragt im öffentlichen Interesse einen Eingriff in das Privateigenthum; diesem Antrage darf nicht stattgegeben werden, ohne den betheiligten Privaten ¹⁴⁾ rechtliches Gehör zu verstatten. Diese kommt von der Person, gegen welche das strafgerichtliche Verfahren eingeleitet wurde, verschieden sein; während dieses Verfahren etwa gegen den Verfasser gerichtet ist, steht ein pekuniärer Verlust dem Verleger in Aussicht. Daher ist es nur eine Konsequenz jenes obersten Grundsatzes, daß zur öffentlichen Verhandlung über die aus einem Preßzeugnisse abgeleitete Anklage nebst dem Angeklagten auch der in seinem Eigenthum bedrohte Verleger, zum Zwecke seiner Vernehmung bezüglich der Unterdrückungsfrage, geladen werde; daß eben so, wenn die mit einem Beschlusse auf Einstellung zu verbindende Unterdrückung in Frage kommt, dem Verleger eine vorgängige, Abwehr des drohenden Verlustes bezweckende Erklärung (an einem dafür festzusetzenden Termine oder in einer innerhalb präklusiver Frist einzureichenden Denkschrift) gestattet sei. In einem gegebenen Falle handelte es sich von Un-

¹⁴⁾ Bei Unterdrückung einzelner Zeitungsblätter läßt sich im Allgemeinen ein pekuniäres Interesse der Abonnenten nicht annehmen.

terdrückung eines Blattes einer Zeitung, welche nur die Unterschrift des verantwortlichen Redakteurs (Dr. Feust) an sich trägt, ohne Nennung eines Eigenthümers oder Verlegers. Hier wurde angenommen, daß der Redakteur zur Vertretung der Eigenthümer auch in Bezug auf die Unterdrückungsfrage ermächtigt sei, und demzufolge eine weitere Vernehmung in diesem Betreffe, als die des Redakteurs, nicht für nöthig erachtet¹⁵⁾.

Was die Rechtsmittel gegen den auf Unterdrückung gerichteten Beschluß angeht, so dient zur Ausfüllung der Lücke des Gesetzes die Analogie der anderen Bestimmungen unseres Strafprozesses, welche von der Beschwerdeführung gegen Urtheile handeln, wodurch ein Nachtheil definitiv zugefügt wird; insbesondere der Artikel 230 ff., Art. 324 ff. und Art. 361, 362 d. StP.O. von 1848. Im Falle einer Verurtheilung wegen Bestechung zu einer Geldbuße im Betrage von 24 kr. findet Berufung statt, und sie sollte ausgeschlossen sein bei richterlicher (gleichfalls auf der Annahme einer Gesetzwidrigkeit beruhender) Zufügung von Vermögensnachteilen, welche sich auf Hunderte oder Tausende belaufen können? Man kann nicht voraussetzen, daß der Gesetzgeber die wiederholte Prüfung, deren Zulassung er dort für nöthig fand, hier ausschließen wollte. In dem Drange der Landtagsaufgaben wurde eben an die spezielle Rechtsmittelfrage in Bezug auf den von der R. d. Abg. vorgeschlagenen Zusatz nicht gedacht. Bei solchen Auslassungen der Gesetzgebung ist man auf das Anknüpfen an Vorschriften ähnlichen Betreffs, auf das

15) Von der Verstattung vorgängigen Gehörs bei Schriften ausländischen Verlags Umgang zu nehmen, ist kein Rechtsgrund vorhanden. — Wird die Einreichung einer schriftlichen Erklärung verstattet, so müssen natürlich in der Ladung die eines geschwädigten Inhalts beschuldigten Stellen bezeichnet werden.

„ad similia procedere“, daß „interpretatione vel jurisdictione supplere“ angewiesen. Auch im Gebiete des Strafprozesses ist die analoge Anwendung zulässig, so ferne es sich nicht von Erstreckung einer Strafbestimmung auf einen vom Gesetzgeber nicht gedachten Fall handelt.

Der von dem Unterdrückungsbeschlusse eines Kr. u. Stadtgerichts Betroffene kann sich dagegen der Berufung an das Appellationsgericht bedienen¹⁶⁾ und sich im Falle der Erfolglosigkeit dieses Rechtsmittels, wie dieß auch bei Verfügung der Unterdrückung durch das Appellationsgericht oder den Schwurgerichtshof zusteht, im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde (nach Analogie der gedachten Art. 361 und 362) an den obersten Gerichtshof wenden¹⁷⁾.

Auf der anderen Seite stehen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde auch dem Staatsanwalt wegen Verwerfung seines Antrags auf Unterdrückung zu; zwar letztere (abgesehen von Verletzung einer wesentlichen Förmlichkeit) nicht in Fällen, wo diese Verwerfung stillschweigend durch Uebergehung geschah, weil das Gesetz (Art. 2) die Verfügung der Unterdrückung selbst im Falle eines verurtheilenden Erkenntnisses in der Hauptsache (durch Gebrauch) des

¹⁶⁾ In Betreff der Förmlichkeiten dieser Berufung, welche gegen eine mit dem Beschlusse auf Einstellung des Verfahrens verbundene Verfügung gerichtet ist, dürften eben wegen dieser Verbindung die Vorschriften über die Berufungen gegen Beschlüsse nach Artikel 19 zur Anwendung kommen; eben deswegen auch die appellationsgerichtliche Behandlung der Sache in gleicher Sitzung geschehen.

¹⁷⁾ Der Schwurgerichtshof, welcher ungeachtet des Nichtschuldig der Geschwornen auf Unterdrückung erkennt, erläßt hier einen Beschuß, auf welchen die Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen verurtheilende Schwurgerichtshoferkennnisse weniger passen, als Art. 361 u. 362. S.

Wortes „kann“) dem Ermessen der Gerichte anheimstellt, und daher eine „unrichtige Anwendung des Gesetzes“ nicht nachzuweisen ist; wohl aber beide, wenn die Verwerfung durch die Annahme, die Schrift habe keinen gesetzwidrigen Inhalt, ausdrücklich motivirt ist¹⁸⁾.

Zu gleichem Resultate gelangte unser oberster Gerichtshof (in Beurtheilung der Nichtigkeitßbeschwerden Reinhart's und Volkhard's), jedoch auf anderem Wege. Derselbe ging nämlich von der Ansicht aus, in der Unterdrückung einer Schrift liege der Wirkung nach ein preßpolizeilicher Strafausspruch¹⁹⁾; und gegen Aussprüche dieser Kategorie finde nicht bloß Berufung, sondern auch Nichtigkeitsbeschwerde statt.²⁰⁾ Der Annahme, daß auch letzteres Rechtsmittel zulässig sei, scheint zwar der Umstand entgegenzustehen, daß in Art. 35 des Preßgesetzes nur von der Berufung an das Appellationsgericht die Rede ist. Aber dieses Bedenken wurde im Hinblick auf die allgemeine, auch die preßpolizeilichen Strafsachen umfassende Bestimmung des Grundlagengesetzes Art. 12 über den Wirkungsbereich des Kassationshofes, und in Erwägung, daß die Gesetzgebung für die diesseitigen Landestheile in diesem Betreffe mit der einen Kassationsrekurs auch in solchen Sachen zulassenden Gesetzgebung der Pfalz völlig gleichgestellt werden wollte²¹⁾, für unerheblich erachtet.

¹⁸⁾ Vgl. Sitzungsberichte Bd. V S. 340.

¹⁹⁾ Man begeht wenigstens keine Ketzerei, wenn man Strafaussprüche ohne erwiesenes Verschulden des zu Verurtheilten den Dingen beizählt, welche sich nicht wohl denken lassen. S.

²⁰⁾ Im Falle des Art. 36 steht dem Staatsanwalt (abgesehen von dem Rechtsmittel zur Wahrung des Gesetzes) keine von beiden zu.

²¹⁾ Vgl. die Aeußerungen des II. Präsidenten und des Regierungskommissärs in den Stenogr. Ber. über die Verh. der R. d. Abg. von 1850. Bd. 3 S. 576.

In Verfolgung der gedachten Ansicht wurde vom obersten Gerichtshofe in Fällen erfolgloser Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse auf Unterdrückung nach Art. 2 Abs. 2 des Preßgesetzes auch der Art. 246 des Strafprozeßgesetzes von 1848 ²²⁾ in Anwendung gebracht ²³⁾.

Nachschrift des Herausgebers. Seit Ein-
sendung vorstehenden Artikels zum Abdrucke ist das
4. Heft Bd. 5 der Sitzungsberichte erschienen, wel-
ches unter Anderem die oberstrichterlichen Entschei-
dungen in den drei (bereits erwähnten) Nichtigkeits-
beschwerdesachen Dr. Feust, Reinhardt und Voss-
hard enthält. In der ersten sagen die Motive der
Entscheidung vom 29. Okt. 1853 ausdrücklich
(S. 419): die in Art. 2. Abs. 2 u. 3 des Preß-
strafgesetzes vom 17. März 1850 in dem Falle,
wenn eine Person, gegen welche eine Anklage gerichtet
werden könnte, nicht gegeben ist, eingeräumte Befug-
niß, die Unterdrückung der Schrift wegen ihrer Ge-
sehwidrigkeit zu verfügen, greift auch dann
folgerecht Platz, wenn eine gleichwohl vorhandene
Person wegen Mangels einer gesetzwidrigen Ab-
sicht oder der Imputabilität nicht verfolgt werden
kann. Eben so heißt es in den Entscheidungsgründen
der dritten Sache (S. 451): eine Person, gegen
welche eine Anklage gerichtet werden könnte, ist auch
dann nicht gegeben, wenn gegen eine bestimmte Person

²²⁾ „Wird die Nichtigkeitsbeschwerde eines bloß zu einer
Vergehen- oder Polizeistrafe Verurtheilten als un-
zulässig oder unbegründet verworfen, so ist derselbe
zu einer Geldstrafe von 25 bis 100 Gulden, und im
Falle der Unvermögenheit zu einer Gefängnißstrafe
von 8 Tagen bis zu 4 Wochen zu verurtheilen“.

²³⁾ Wegen diese Anwendung möchte der auch in dem fgl.
Reskripte vom 29. April 1815 (Jahrbücher von
Günner und Schmidlein I S. 228) anerkannte
Satz in Betracht kommen, daß Strafgesetze keine aus-
dehnende Erklärung zulassen. S.

daß. Strafverfahren wegen Mangels einer rechtswidrigen Absicht eingestellt wird, weil hiernach gegen diese Person eine Anklage nicht gerichtet werden kann, und die Ausübung dieser (d. h. der Unterdrückungs-) Befugniß auch bei Einstellung des Strafverfahrens gegen eine bestimmte Person steht dem diese erkennenden Gerichte folgerecht um so mehr zu, als gleiche Verfügung auch bei erfolgter Freisprechung des Angeklagten von dem Schwurgerichtshofe erlassen werden, diese möglicher Weise aber auf der Annahme eines objektiv nicht gesetzwidrigen Inhalts der Schrift beruhen kann.

Dem Erf. vom 29. Okt. 1853 (Dr. Feust betr.) liegt ferner (§. 420), im Einklang mit dem oben Note 12 Gesagten, die Annahme zu Grunde, daß die Unterdrückung stattfinden könne, wenn von einer Mittheilung Beunruhigung der Staatsbewohner, oder Störung des öffentlichen Vertrauens oder Erregung von Gehässigkeiten

als eine auch bloß objektive, von der dafür preßgesetzlich verantwortlichen Person nicht beabsichtigte Wirkung zu besorgen wäre. Aber in dem gegebenen Fall war der oberste Gerichtshof der Meinung, daß bei dem Zweck und der Form der Darstellung, weil in dem fraglichen Artikel der Inhalt einer preßstrafgesetzlichen Anschuldigung gegen einen Dritten in einem Berichte über die gerichtliche Verhandlung lediglich historisch angeführt wurde, jene Besorgniß nicht obwalte.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Liquidation im Konkurse durch Bezugnahme auf das Hypothekenbuch.

Die in Seuffert's Kommentar Zhl. IV §. 386 ausgesprochene Ansicht:

daß bei definitiv eingetragenen Forderungen die ausdrückliche Bezugnahme auf den Inhalt des Hypothekenbuchs oder auf den bei den Gant- oder Hilfsakten befindlichen Hypothekenbuchs-Auszug einer weiteren Beweisführung nicht bloß im Punkte der Priorität, sondern auch in dem der Liquidität enthebe,

hat in einem oberstrichterlichen Erkenntniß vom 30. März 1852 (RN. 297⁵⁰/5₁) wiederholt Anerkennung gefunden; — es ist in den Gründen dieses Erkenntnisses — unter Bezugnahme auf die §§. 46, 49, 52, 118 des Hyp.-Ges. — desfalls bemerkt, daß für den wirklichen Bestand, für die Richtigkeit einer im Hypothekenbuche mit Angabe des Rechtstitels (§. 115 Ziff. 2 des Hyp.-Ges.) ohne Protestation eingetragenen Forderung eine qualifizierte Rechtsvermuthung streite, in Folge welcher (GD. Kap. 12 §. 2 Ziff. 4) der Hypothek-Gläubiger, welchem ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechender Eintrag im Hypothekenbuche zur Seite steht, von dem gesonderten Beweise seiner Forderung befreit sei, und es dem Gegner, welcher die Richtigkeit der Forderung bestreitet, obliege, darzuthun, daß dieselbe nie zur Existenz gekommen, oder bereits getilgt sei.

h.

2.

Folgen der Unterlassung einer Erklärung über den in Ansehung einer Glurde im Konkurse zugeschobenen Haupteid.

In einem Konkurse hatte ein Gläubiger gegen die Forderung eines anderen Gläubigers eine Einrede vorgebracht und über die derselben zum Grunde gelegten Thatsachen diesem Gläubiger den Haupteid zugeschoben. Da Letzterer unterlassen hatte, sich im III. Ediktstage über die Annahme des Eides zu erklären, wurde von dem Exzipienten geltend gemacht,

daß der Haupteid für verweigert, sofort die geltend gemachte Einrede für liquid zu erachten sei.

Der oberste Gerichtshof hat die auf diese Ansicht sich stützende Beschwerde in einem Erkenntnisse vom 30. März 1852 (Nr. 297⁵⁰/51) für ungegründet erklärt, worüber in den Gründen dieses Erkenntnisses vorkommt:

Nach der OÖ. Kap. 19 §. 12 Ziff. 3. findet die Bestimmung unter Ziff. 1 a. a. O., nach welcher der dem Schuldner am I. Ediktstage deferirte Eid am II. Ediktstage entweder abgelegt, oder referirt, und, wenn weder das eine, noch das andere geschieht, pro relato gehalten werden soll, in dem Falle, wenn im II. Ediktstage einem Gläubiger über eine Einrede der Haupteid deferirt wird, keine (analoge) Anwendung; in diesem Falle ist der Delat bezüglich seiner Erklärung an die Ediktstage „nicht so genau gebunden“, er verwirft daher, wenn er sich im III. Ediktstage über Annahme des im II. Ediktstage deferirten Eides nicht erklärt, hiemit noch keinen Nachtheil, er kann diese Erklärung auch noch später abgeben und muß, wenn dieses nicht geschieht, unter Vorsetzung eines abgekürzten peremptorischen Termines und unter Androhung der Annahme der Eidesverweigerung (OÖ. Kap. 13 §. 2 Nr. 4 Ann. lit. e) — da die in Kap. 19 §. 12 Ziff. 1 bestimmte Kontumazialfolge nur für den dem Richter zugeschobenen Haupteid gilt — hiezu aufgefordert werden,

h.

3.

Mithaftung der Ehefrau für die Schulden des Ehemannes nach Ansbacher Recht.

Die Ansbacher Konkursordnung vom 8. Oktober 1731, welche, in so weit sie Bestimmungen über die Haftung der Ehefrauen für die Schulden der Ehemänner enthält, noch gegenwärtig gesetzliche Geltung

hat¹⁾), setzt (Art. XXIV) die Ehefrau mit ihrem eingebrachten Heirathsgute in die II. Klasse; 2. Stelle, fügt jedoch mehrere Ausnahmefälle bei, in welchen sich, wie das Gesetz sich ausdrückt, „das Eheweib „sothanen juris praelationis nicht bedienen mag“, und unter diesen ist (Ziff. 6) auch der Fall aufgeführt, „wenn sie sieht, daß des Mannes Vermögen „in's Abnehmen kommt, und sie ihres Eingebachten „halber nicht zeitig sich vigilirt.“

Gestützt auf diese Bestimmung, beantragten in einer Konkursache mehrere Gläubiger, die Illationforderung der Ehefrau des Bankirers aus der Gant zu weisen, weil sie schon vor Eröffnung des Konkurses gewußt, daß das Vermögen ihres Ehemannes in's Abnehmen gekommen sei, und demzufolge nach Art. XXIV der Ausbacher Konkursordnung für die Schulden des Ehemannes zu haften habe; — die angerufene Bestimmung der Ausb. K.:O. wurde jedoch in I. und II. Instanz für nicht mehr anwendbar erklärt, sofort die Ehefrau des Kridars mit ihren Forderungen nach Maßgabe der Prior.-Ordnung vom 1. Juni 1822 theils in die II., theils in die IV. Klasse logirt, und diese Lokation wurde auch durch oberstriedterliches Erkenntniß vom 5. November 1852 (RN. 577⁵¹/₅₂) bestätigt.

Durch die Bestimmung des allegirten Art. XXIV der Ausbacher Konkursordnung — sagen die Entscheidungsgründe —

daß das Eheweib sich sothanen juris praelationis nicht bedienen könne, ist nicht ausgesprochen, daß die Ehefrau in all den aufgeführten Fällen selbst als Mitschuldnerin angesehen werden, oder mit ihren Ansprüchen von der Konkursmasse ausgeschlossen sein, sondern nur, daß

¹⁾ Arnold Beiträge zum deutschen Privatrechte. Bd. 1. S. 13 und 60 Note 2 RN. 481²/₄ RN. 374⁰/₄ T.

sie mit denselben nicht mit dem Vorrang der II. Klasse, also vor den Gläubigern der nachfolgenden Klassen befriedigt werden solle; hieraus aber folgt lediglich, daß die Ehefrau, da ihr in dem vorausgesetzten Falle auch in der III. und IV. Klasse kein Platz angewiesen ist, in der V. Klasse, in welche alle mit keinerlei Privilegium versehene Gläubiger verwiesen sind, ihre Befriedigung zu suchen und zwar mit den in diese Klasse lozirten Gläubigern pro rata zu theilen hat.

Es liegt auch kein Grund vor, welcher berechtigen könnte, die angeführte gesetzliche Bestimmung in einem anderen, als diesem, dem klaren Wortlaute entsprechenden Sinne aufzufassen.

Allerdings kommen unter den aufgeführten 8 Ausnahmefällen einige vor, in welchen eine Mithaftung der Ehefrau für die Schulden des Ehemannes unzweifelhaft begründet ist (Ziff. 1, 2, 3, 8); allein daraus, daß in diesen Fällen die Ehefrau sich des Vorzugs der II. Klasse aus dem Grunde nicht bedienen kann, weil sie für die Schulden des Ehemannes mitzuhaften hat, kann nicht gefolgert werden, daß dieser Grund der Entziehung des Vorzugsrechtes auch in allen übrigen Fällen, insbesondere in dem Ziff. 6 aufgeführten, gegeben sei, da für die Entziehung des Vorzugsrechtes in den verschiedenen Ausnahmefällen auch ganz verschiedene Gründe obgewaltet haben können, und die Annahme, daß der Gesetzgeber mit den Worten:

„mag sich sothanen juris praelationis nicht bedienen“

den gänzlichen Ausschluß der Ehefrau von der eherrlichen Gantmasse habe aussprechen wollen, wäre um so minder gerechtfertigt, als in mehreren der oben angeführten Fälle der Mithaftung der Ehefrau (Ziff. 1—3) diese Mithaftung sich keineswegs auf alle Schulden des Ehemannes erstreckt, nämlich nur in Ansehung der Gewerbschulden (Ziff. 1), der mit

dem Ehemanne zu gemeinschaftlichem Nutzen kontrahirten Schulden (Ziff. 2), dann jener Schulden des Ehemannes, für welche die Ehefrau intercedirte, begründet, sonach die Ehefrau auch in diesen Fällen keineswegs von der Konkursmasse ausgeschlossen ist, sondern nur jenen Gläubigern, welchen sie mithaftet, gegenüber ihres Vorzugsrechtes sich nicht bedienen darf. Die Ansicht der Revidenten könnte sonach nur dann für begründet erachtet werden, wenn für die Mithaftung der Ehefrau auch in dem unter Ziff. 6 aufgeführten Falle, wie in den Ausnahmefällen Ziff. 1 — 3 und 8 selbstständige, von den Bestimmungen der Konkursordnung unabhängige Rechtsgründe vorlagen; — solche Gründe sind aber nicht vorhanden und konnten auch von den Revidenten nicht geltend gemacht werden.

Die Konkursordnung hat, indem sie die Ehefrauen anweist, sich ihres Eingebrachten halber zeitig zu „vigiliren“, offenbar die den Ehefrauen nach dem damals subsidiär geltenden gemeinen Rechte zustehende Befugniß im Auge, ihr Eingebrachtes, wenn der Ehemann in Vermögensverfall geräth, auch während des Bestandes der Ehe zurückzufordern, und durch die Unterlassung dieser gesetzlichen Befugniß von Seite der Ehefrau kann bei dem Mangel irgend eines Obligationgrundes offenbar nicht deren Mithaftung für die Schulden des Ehemannes begründet werden, und zwar auch nicht in dem Falle, wenn durch diese Unterlassung zufällig dem einen oder anderen Gläubiger in so ferne ein Nachtheil zugegangen sein sollte, als derselbe, wenn die Ehefrau früher ihr Eingebrachtes zurückgefordert und hiedurch das Bekanntwerden der misslichen Vermögensverhältnisse ihres Ehemannes veranlaßt hätte, vielleicht abgehalten worden sein würde, demselben zu kreditiren.

Die Vorinstanz hat daher mit Recht angenommen, daß die Bestimmung der Ansbacher Konkurs-

rechnung, auf welche die Revidenten ihren Antrag gründen, nicht eine Mithaftung der Ehefrau für die Schulden des Ehemannes festsetze, sondern lediglich eine Vorschrift über die Lokation der Ehefrau enthalte; als solche aber ist dieselbe nicht erst durch die Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822, sondern schon durch die preussische Lokationsordnung (zufolge des königl. preuss. Patents vom 19. März 1800 S. 8) außer Wirksamkeit gesetzt, und es ist daher die Ehefrau des Kreditors mit Recht, ohne Berücksichtigung dieser Bestimmung, lediglich nach Massgabe der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 locirt worden. ***y***

4.

Unterbrechung der Klagenverjährung durch außergerichtliche Mahnungen. Bona fides.

Vgl. Bd. 12 S. 365.

Einer Klage auf Rechnungsstellung war die Einrede der Klagenverjährung entgegengesetzt worden; — der Kläger hatte hierauf entgegnet, daß die Verjährung der Klage durch Mahnung des Beklagten unterbrochen worden, und hatte, da ihm in II. Instanz der Beweis aufgelegt worden war, daß der Beklagte gerichtlich gemahnt worden sei, hiegegen Beschwerde geführt, wobei er sich vorzugsweise auf Kap. 4 S. 3 der G.D. berief, welche zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Mahnungen nicht unterscheide.

Durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 11. Oktober 1853 (Nr. 670^{51/52}) wurde diese Beschwerde für ungegründet erklärt.

Die Lehre von dem Verluste der Rechte durch Nichtgebrauch, — sagen die dießfalligen Entscheidungs-Gründe — sonach auch von dem Verluste des Rechtes, einen Rechtsanspruch vor Gericht geltend zu machen, gehört nicht dem Prozeß, sondern dem Civil-Rechte an; es können sonach, wenn es sich

um die Voraussetzungen, die Hindernisse und Folgen der Klagen-Verjährung handelt, nur die Bestimmungen des einschlägigen Civil-Rechts, nicht jene der Gerichts-Ordnung als Entscheidungs-Norm dienen, und durch die Einführung der bayer. G.D., welche in Kap. 4 §. 3 auch von der Klagenverjährung handelt, ist den diesfallsigen Bestimmungen der in den verschiedenen Gebietstheilen des Königsreichs geltenden Civil-Gesetze nicht derogirt worden.

Nach dem sonach hier zur Anwendung kommenden der gemeinen Civil-Rechte, insbesondere der C. 2 de annali praescript. (7, 40) wird aber die Verjährung einer Klage von Seite des Berechtigten lediglich durch Stellung der Klage, und nur ausnahmsweise, wenn gegen die Klagestellung bei dem zuständigen Richter Hindernisse obwalten, durch eine Protestation bei der Obrigkeit oder vor Zeugen unterbrochen, dagegen durch außergerichtliche bloße Mahnungen die Unterbrechung der Verjährung nicht bewirkt.

Nur dann könnten außergerichtliche Mahnungen von Einfluß auf die Verjährung einer Klage sein, wenn mala fides des Verpflichteten als Hinderniß der Klagenverjährung angesehen werden müßte, da auch außergerichtliche Mahnungen geeignet wären, dem Verpflichteten von den Ansprüchen seines Gegners Kenntniß zu geben, und denselben hiedurch in malam fidem zu versetzen; allein aus den für das Erforderniß der bona fides angeführten Stellen des kanonischen Rechts — C. 5 und 20 X de praescript. (2, 26) — kann keinesfalls gefolgert werden, daß bei allen Klagen durch das Bewußtsein der Schuld auf Seite des Verpflichteten die Klagenverjährung ausgeschlossen werde, sondern ist diese Wirkung der mala fides (der conscientia rei alienae) jedenfalls auf dingliche und solche persönliche Klagen zu beschränken, welche auf Restitution einer unrechtmäßig besessenen (fremden) Sache gerichtet sind, . . .

(Vgl. Savigny, System d. h. r. R. Bd. V
§. 244, 245.)

und da hier eine persönliche Klage auf Rechnungsstellung in Frage steht, konnte die allenfallsige malitioses der Beklagten, und konnten daher auch allenfalls stattgehabte außergerichtliche Mahnungen keinenfalls von Einfluß auf die Verjährung der Klage sein.

Auf gleiche Weise wurde in der Sache Nr. 1360, 18^{48/49} entschieden. ***

5.

Ergänzung des durch Handelsbücher begründeten Beweises.
Vgl. Bd. 5 S. 2

In Seuffert's Kommentar zur Bayer. Ger.-Ordnung Band III S. 143 ist die Ansicht ausgesprochen, daß die eidliche Befräftigung, durch welche Handelsbücher nach G.D. Kap. 11 §. 3 Ziff. 2 volle Beweiskraft erlangen, durch eine Beweisergänzung anderer Art, z. B. die Aussage eines vollgiltigen Zeugen nicht ersetzt werden könne; — in den Gründen eines oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 13. März 1852 (Nr. 885, 18^{49/50}) wurde indessen die Beweisergänzung durch die Aussage eines vollgiltigen Zeugen für zulässig erklärt.

Durch die, nach G.D. Kap. 10 §. 13 Nr. 5 und §. 17 halbe Probe machende Aussage des Zeugen N. N. — sagen diese Entscheidungsgründe: — und durch den Inhalt des Facturabuches ist die Absendung der in der Klagebeilage verzeichneten Waaren an die Beklagte vollständig erwiesen, und die eidliche Befräftigung des Inhalts des Facturabuches durch den Kläger nicht weiter erforderlich; — denn der in der G.D. Kap. 11 §. 3 Nr. 2 erwähnte Eid — Bucheid — ist im Wesentlichen nichts Anderes, als der Erfüllungseid (Glück, Kommentar Bd. XXII S. 71. Bayer, Vorträge

über den ord. gem. Civilprozeß VII. Aufl. S. 494); die Anmerkungen zur O. (l. cit. lit. g) sagen sogar, daß beim Bucheide die sonst ad iuramentum suppletorium erforderlichen Stücke nicht so genau erfordert werden, und hieraus folgt im Hinblick auf die geschlichen Voraussetzungen des Erfüllungseides (O. Kap. 13 §. 3 Ziff. 2), daß durch ein gehörig gesichertes Handelsbuch mindestens halber Beweis geliefert werde (vgl. v. Kreittmayr, Ann. zum O. Thl. V Kap. 26 §. 8 lit. d.); daß nun aber dieser halbe Beweis nur durch den Eid, und nicht auch durch andere Beweismittel — insbesondere halben Zeugenbeweis — ergänzt werden könne, ist in der Ger.-Ordnung nirgends ausgesprochen; es kann dieses auch daraus, daß dieselbe in Kap. 11 §. 3 Ziff. 2 bloß des Eides, als Mittel zur Ergänzung des durch das Handelsbuch gelieferten Beweises erwähnt, nicht gefolgert werden, indem hiermit nur ausgesprochen werden wollte, daß das Handelsbuch allein nicht vollen Beweis mache, und ein Beleg dafür, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sei, abweichend von den Grundsätzen des gemeinen Rechtes

(Glück a. a. O. S. 74 und Ebeling, über die Beweiskraft der Handelsbücher S. 53 S. 70.)

andere Beweismittel zur Ergänzung des durch ein Handelsbuch gelieferten halben Beweises auszuschließen, ergibt sich aus der Bezugnahme der Anmerkungen auf Lehser und Lauterbach, welche beiden Schriftsteller (Medit. spec. 279. §. 9 und Colleg. pract. Pand. lib. XXII 4. §. 50) gleichfalls die Zulässigkeit der Ergänzung dieses Beweises durch andere Beweismittel, als den Eid, annehmen.

h.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Heilmühle Malzmühlen. — Ueber die Wahl der Exekutionsmittel. — Verjährung von Eintreden, welche klagenweise geltend gemacht werden können. — Geschliche Zeugnis der Verwandten, sich in Civilsach-
sachen der Zeugnis-Veristung gegen. Verordnete, zu entziehen. —
Uebernahme des Patrimonialgerichts- Personale von Seite des Staats,
zufolge des Gesetzes vom 4. Juni 1848. — Kirchenbaukosten. Erb-
schende Verjährung. — Uebersicht der neuesten Strafgesetze. —
Januar und Februar. — Quome. — Berichtigung. —

**Aus oberstrichterlichen Entscheidungen in Aufschlags-
sachen nach dem Gesetze vom 10. Nov. 1848.**

XII ¹⁾.

Heilmühle Malzmühlen.

(§. XXI letzter Absatz des Aufschlag- Mandats v. 1807.)

Bei mehreren Dekonomen des kgl. Landgerichts D. wurden auf Anzeile der betreffenden Aufschlags-
Station sogenannte Handschrott- mühlen weggenom-
men, welche zum Schrotten des geringen Getralbes,
insbesondere des Habers zum Viehfutter gefertigt
und in Folge von Empfehlungen landwirthschaftli-
cher Blätter, wegen Nützlichkeil für den bezeichneten
ökonomischen Zweck, angeschafft worden waren. Daß
diese Mühlen zum Malzbrechen gebraucht worden
seien, war nicht angezeigt, sie waren aber, nach
dem Gutachten der Sachverständigen, an sich zum
Malzbrechen verwendbar, jedoch nur in der Art, daß
auf denselben in sehr langer Zeit ein nur sehr ge-

¹⁾ Bgl. Bd. XVIII S. 385 — 92.

ringes Quantum Malz mit Mühe und unvollkommen gebrochen werden konnte, z. B. in 3 bis 5 Stunden 1 Mägen, ein Dreißiger, ein Mäsel. —

Das k. Ob.App.Ger. bestätigte in mehreren Erkenntnissen vom 21. März 1854 die in den selben Vorinstanzen erfolgte Freisprechung der Beschuldigten aus folgenden Gründen:

Der §. XXI des Malzausschlags-Mandats vom 28. Juli 1807 behandelt den erheblichsten Fall der Gefährdung des Finanz-Verrats hinsichtlich des Malzausschlags durch Malzbrechen ohne Kontrolle der Ausschlags-Erhebungsbeamten. Diese Gefährdung kann von den gewerbeberechtigten und besonders verpflichteten Müllern u. ausgehen, in welchem Falle der erste Absatz lit. a und b des Gesetzes maßgibt, oder von Ausschlagspflichtigen (Brauern, Branntweinbrennern), welchen Partikularmalzmühlen erlaubt sind, worüber der 2. Absatz verfügt, oder endlich von jeder, auch nicht ausschlagspflichtigen Person, welche ohne gewerbliche Berechtigung oder sonstige Bewilligung in Besitze einer zum Malzbrechen geeigneten Mühle, was immer für einer Art, betroffen wird, — welcher Fall in dem letzten Absätze des Gesetzes vorgesehen ist.

Die Fassung dieses Absatzes: „Im Falle, wo eine heimliche Malzmühle was immer für einer Art entdeckt wird“, läßt mit Rücksicht auf das weite Feld der Mechanik und auf die Möglichkeit schrankenloser Beeinträchtigung des Gefalles durch finanziell nicht kontrolirte Malzbereitung zweierlei entnehmen,

1) daß keine Art der Konstruktion einer Mühle, wenn dieselbe nur zum Malzbrechen geeignet ist, ausgeschlossen sei, daher keine Rücksicht auf den Zweck zu nehmen ist, zu welchem sie ursprünglich konstruirt wurde;

2) daß ein wirklicher Gebrauch einer solchen

Mühle zum Malzbrechen, also zum Zwecke der Aufschlagsbetrug, zur Vollendung der fraglichen Gesellschaftsbetrug nicht erfordert werde. —

Demnach entspricht es schon dem Geiste des eingeführten Aufschlagsmandats, daß alle s. g. transportablen Haus- und Handmühlen, wenn dieselben zum Malzbrechen geeignet sind, unter die gesetzliche Bezeichnung „heimliche Malzmühlen“ fallen, daß daher ihr unangezeigter Besitz gesetzlichen Anlaß zur Einschreitung nach dem Aufschlags-Mandate gebe.

In diesem Sinne spricht sich auch das an die königl. Reg. des vormal. Starkreises ausgeschriebene Minist.-Rescript vom 24. Feb. 1829 (Döllinger, W.D.G.B. 13, S. 1246) aus, und es besteht für einige Gewerbberechtigte bezüglich der Kaffee-, Gewürz- und Sichorienmühlen die Befreiung von aufschlagamtlicher Kontrolle lediglich in so lange und in so weit, als diese Mühlen nicht auch eine das Malzbrechen „zulassende Einrichtung“ haben.

Vgl. Fin.M.N. vom 23. Sept. 1845. Geret, B.G.B. 23. S. 149.

Hienach kam vom gesetzlichen Standpunkte (an welchem auch das Ausschreiben der k. Regierung R. v. D.W., R. d. F. v. 22. Juni 1843 (J.B.G. 888) eine Aenderung nicht bewirken konnte) nicht bezweifelt werden, daß auch die in neuerer Zeit zu landwirthschaftlichen Zwecken zunächst konstruirten und von Oekonomen angeschafften Handschrottmühlen, der finanziellen, aufschlagamtlichen Kontrolle unterworfen seien, in so fern dieselben eine das Malzbrechen zulassende Einrichtung haben. — Unter einer solchen Einrichtung kann aber nur eine solche verstanden werden, welche das Brechen des Malzes in der Art ermöglicht, daß der Zweck einer Aufschlagsbetrug vernünftigerweise erreichbar erscheint. Ist aber eine zum Malzbrechen zwar an sich anwendbare Handmühle von einer Konstruktion, daß

die Länge der Arbeitszeit zum Bruche einer Quantität Malzes und der dieser Zeit entsprechende Arbeitslohn außer Verhältniß stehen zu dem Gehalt, welcher durch Nichtentrichtung des Aufschlags für diese Quantität Malzes sich ergeben würde, so liegt im Geiste des Gesetzes eine solche Einrichtung nicht vor, wie das M.-Reskr. vom 23. Sept. 1845 sie im Auge hat; denn auch die dort bezeichneten besonderen Mühlen der Gewerleute sind wohl auch an sich schon zum Malzbrechen verwendbar. — Im gegenwärtigen Falle ist aber richterliche Ueberzeugung dafür begründet, daß die der aufschlagamtlichen Kontrolle nicht unterstellte Handschrottmühle, welche sich im Besitze des Beschuldigten befand, eine solche Einrichtung im Sinne des Gesetzes nicht habe, indem auf derselben nur eine sehr geringe Quantität Malzes in unverhältnißmäßig langer Zeit, mit Mühe und unvollkommen gebrochen werden kann, so daß mit derselben eine Defraudation der Aufschlagsgefälle nicht erzeugt werden kann, daher der gesetzliche Begriff einer „heimlichen Malzmühle“ nicht gegeben ist. — Daß unter Anwendung derselben gesetzlichen Grundsätze gefällte oberstrichterliche Urtheil vom 12. Aug. 1851 ²⁾, auf welches sich das k. Reg.-Fiskalat zur Rechtfertigung seiner Beschwerde berufen hat, betraf eine mechanische Getraidemühle, auf welcher in einer Stunde leicht ein Schäffel jeden Getraides gemahlen, beziehungsweise gebrochen werden konnte, beruhte somit auf ganz anderen tatsächlichen Voraussetzungen. —

DASt. in Nr. 560, 561, 562, 563³⁾/₅₄.

²⁾ Wgl. Bl. f. M. Band 16 S. 362.

Ueber die Wahl der Exekutionsmittel.

In der Praxis herrscht vielfach die Ansicht, daß bei Durchführung der Exekution jedesmal vorerst die bewegliche Habe des Schuldners als Exekutionsmittel in Angriff genommen werden müsse, ehe dessen unbewegliches Eigenthum der Exekution dienen dürfe, und werden deshalb Gesuche, welche sofort das unbewegliche Eigenthum in Vorschlag bringen, nicht berücksichtigt, beziehungsweise wird darauf zunächst die Mobiliarexekution eingeleitet.

Diese Ansicht beruht auf ungenauer Auffassung des §. 71 der Proz.-Nov. v. J. 1837.

Nach diesem §. ist hinsichtlich der Exekutionsmittel bestimmt, daß derjenige Gläubiger, der ein Faustpfand habe, sich vor Allem an dieses zu halten habe. Besitzt er ein solches nicht, so hat er bei Verlust des ihm zustehenden Vorschlagsrechtes in seinem Gesuche um Exekution diejenigen Gegenstände vorzuschlagen, woraus er am schnellsten befriedigt werden kann.

Aus diesen klaren Worten geht hervor, daß der Gläubiger in der Wahl der von ihm vorzuschlagenden Exekutionsmittel an keine Normen gebunden ist, sondern daß es ihm freisteht, Dasjenige vorzuschlagen, woraus er hoffen kann, am schnellsten befriedigt zu werden. Daß nun, wenn genugsam fahrende Habe vorhanden ist, er diese vorziehen wird, versteht sich von selbst; daraus folgt aber nicht, daß er diese auch immer vorschlagen müsse, daß vorerst nur die bewegliche Habe das Mittel der Exekution sein dürfe, und ein Versuch der Mobiliarexekution überall voranzugehen habe, ehe zu anderen Exekutionsmitteln übergegangen werden könne.

Hat der Gläubiger von dem bezeichneten Vorschlagsrechte Gebrauch gemacht, die Exekutionsmittel nach der ihm zustehenden unbeschränkten Wahl und nach seinem Gutdünken, wie er seine Befriedigung am

schnellsten hoffen kann, bezeichnet, so kann gegen diesen Vorschlag der Exekutionsmittel der Schuldner seine Einwendungen innerhalb unersprechlicher Frist von 14 Tagen von Insinuation des Zahlungsbefehles an vorbringen, und dann erst, wenn auf diese Weise eine Vereinigung der Parteien hinsichtlich der Wahl der Exekutionsmittel nicht stattgefunden, hat das Gericht nach den in dem allegirten §. Abs. 3 aufgestellten Normen zu entscheiden. Diese Normen sind also lediglich dem Gerichte für den Fall gegeben, wenn hinsichtlich der zu wählenden Exekutionsmittel die Parteien nicht einig sind. Sie sind aber keineswegs in dem Sinne aufgestellt, daß der Gläubiger sich daran bei dem auszuübenden Vorschlagsrechte binden müßte.

Wenn nun der Gläubiger von seinem Vorschlagsrechte Gebrauch gemacht, und Einwendungen gegnerischerseits nicht erhoben worden, so hat der Richter lediglich nach dem Antrage des Gläubigers sich zu richten; denn hier bedarf es keiner Entscheidung mehr, wo stillschweigend der Schuldner seine Zustimmung gibt, sonach eine Vereinigung der Parteien über die Wahl der Exekutionsmittel anzunehmen ist.

Findet bei geringer, nur den häuslichen Bedürfnissen des Schuldners dienender Mobiliarschaft, zur Vermeidung nutzlosen Zeit- und Kostenaufwandes, der Gläubiger für gut, statt der Mobiliarexekution, sofort den Auweßensverkauf vorzuschlagen, und es bringt der Schuldner innerhalb gesetzlicher Frist keine Einwendungen vor, so hat sofort das Gericht dem Antrage auf Immobiliarexekution stattzugeben, ohne vorerst und wider den Willen des Antragstellers, wie es manchmal vorkommt, die Mobiliarexekution zu versuchen.

Wenn gar manche Gerichte so weit gehen, bei Hypothekforderungen den Anträgen der Gläubiger, welche auf sofortige Immobiliarexekution dringen,

nicht zu entsprechen, sondern auch hier vorerst mit der Mobilienregulation beginnen zu müssen glauben, so ist dieses offenbar ein Wißkennen gesetzlicher Vorschrift. (§. 49 des Hyp.-Ges.) Fr. Riesch.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verjährung von Einreden, welche klageweise geltend gemacht werden können.

Die Frage, ob der Rechtsatz, daß Einreden durch Verjährung nicht verloren gehen (fr. 5 §. 6. D. de doli mali et metus except. 44, 4), nach gemeinem Rechte auch auf solche Einreden Anwendung finde, welche klageweise geltend gemacht werden können, wurde in einem oberstrichterlichen Erkenntniß vom 23. Juli 1852 zur Sache N. 541⁵⁰/₅₁, in welcher der gestellten Injurienklage die Einrede der Kompensation, gegründet auf die Behauptung, daß auch Kläger den Beklagten injuriert habe, entgegengesetzt worden war, bejahend entschieden, und zwar in der Erwägung: daß eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, welche den erwähnten Rechtsatz in Ansehung solcher Einreden beschränkt, nicht vorhanden ist, daß ferner die Gründe, welche für die Verjährung des Klageredtes sprechen, für die Verjährung der Befugniß, sich auf dem Grunde des nämlichen Verhältnisses gegen eine Klage zu schützen, nicht in gleichem Maße geltend gemacht werden können (Savigny, System d. h. r. R. Bd. V §. 524), und daß endlich die Verjährung der Klage immer noch eine naturalis obligatio bestehen läßt (Savigny a. a. O. §. 248—51), welche zur Begründung einer Einrede, insbesondere der hier geltend gemachten exceptio compensationis gebraucht werden kann. (fr. 6 D. de compens. — 16, 2 —.)

h

2.

Gesetzliche Befugniß der Verwandten, sich in Civilstreitsachen der Zeugniss-Leistung gegen Verwandte zu entschlagen.

In einer Streitsache wegen Entschädigung waren die Mutter und Schwiegergroßmutter des Beklagten von der Klägerin als Zeugen vorgeschlagen worden.

Beide weigerten sich, Zeugschaft zu leisten, da ihnen wegen ihres Verwandtschafts-, resp. Schwägerschafts-Verhältnisses zu dem Produkten gesetzlich das Recht zustehe, sich der Zeugschaft zu entschlagen, und auch die Thatfachen, über welche sie vernommen werden sollten, nicht solche seien, von welchen der Natur der Sache nach nur Familienglieder Kenntniß haben könnten.

Das Gericht II. Instanz erklärte diese Weigerung für unstatthaft, da ein absolutes Recht, die Zeugschaftsleistung zu verweigern, Niemandem zustehe, sondern es lediglich im richterlichen Ermessen liege, ob die Gründe, aus welchen sich der Zeugschaftsleistung entzogen werden wolle, rechtserheblich seien, und die von den vorgeschlagenen Zeugen zur Rechtfertigung ihrer Weigerung geltend gemachten Gründe nicht für rechtserheblich erachtet werden könnten.

Der oberste Gerichtshof sprach jedoch auf erhobene Beschwerde durch Urtheil vom 4. März 1853 (RN. 696^{52/53}) aus, daß die Mutter und Schwiegergroßmutter des Beklagten nicht verpflichtet seien, sich auf Antrag der Klägerin als Zeugen vernehmen zu lassen.

In den Gründen ist zur Motivirung dieses Ausspruches gesagt:

Die O. hat die Entscheidung der Frage, von wem und unter welchen Umständen die Zeugschaftsleistung in einer Civilstreitsache abgelehnt werden könne, keineswegs, wie das Gericht II. Instanz dasürhält, lediglich dem Ermessen des Richters anheim gestellt,

die *GD.* erkennt vielmehr in Kap. 10 §. 8 an, daß es Fälle gebe, in welchen eine rechtserhebliche, d. i. gesetzlich begründete Ursache, die Zeugenschaftsleistung zu verweigern, sonach auch ein Recht des vorge- schlagenen Zeugen zu solcher Weigerung bestehe, und wenn die *GD.* diese Fälle im Texte des Gesetzes nicht speziell aufgeführt hat, so ist diese Lücke nach Anleitung der Promulgationspatente vom 14. Dezember 1753 und 2. Januar 1756 aus dem gemeinen Rechte zu ergänzen.

Auch die Anmerkungen zur *GD.* Kap. 10 §. 8 enthalten keine Andeutung, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sei, die Entscheidung dieser Frage lediglich dem Ermessen des Richters anheimzugeben.

Nach gemeinem Rechte — C. 16 Cod. de test. (4, 20); C. 6 ibid.; fr. 10 pr. Dig. de grad. et affin. (38, 10); fr. 4 Dig. de test. (22, 5) — sind aber Eltern und Schwiegereltern — *soceri* —, unter welsch' letzteren nach fr. 146 Dig. de verb. signif. auch die Großeltern des Ehegatten zu verstehen sind, unbedingt nicht verpflichtet, in Sachen gegen ihre Kinder oder Schwiegerkinder (Enkel) Zeugenschaft zu leisten, und wenn die Anmerkungen zur *GD.* a. a. O. sich, hiemit übereinstimmend, dahin aussprechen, daß Blutsverwandtschaft (bis zum 7. Grade) und Verschwägerung (so weit eine Parentel vorhanden, also um so mehr Verschwägerung in gerade aufsteigender Linie) eine rechtserhebliche Ursache, die Zeugenschaftsleistung zu verweigern, begründe, so kann hierin nicht der Ausdruck der Ansicht des Verfassers der Anmerkungen, sondern nur eine Bezugnahme auf die subsidiär zur Anwendung kommenden Bestimmungen des gemeinen Rechtes gefunden werden.

Eine gesetzliche Bestimmung, durch welche die bezeichnete Befugniß, die Zeugenschaftsleistung zu verweigern, beschränkt wäre, besteht nicht (vgl. Glück's Kommentar Bd. XXII S. 186), und nur die gemein-

rechtliche Praxis, welcher auch die Ann. zur O.D. verpflichtet, hat eine Beschränkung derselben in der Art eingeführt, daß auch Verwandte und Verschwägerter des bezeichneten Grades in solchen Fällen zur Zeugenschaftleistung verpflichtet sein sollen, wo die Wahrheit *per se et natura negotii* nur durch Anverwandte und Verschwägerter ermittelt werden kann, wie in *causis matrimonii, consanguinitatis; aetatis liberorum* u. dgl. (vgl. Böhmert *jus eccles. L. II tit. 21 §. 6*), wobei v. Kreitzmayr mit Recht bemerkt, daß, wenn auch in anderen Fällen deshalb, weil *per accidens* keine (anderen) Zeugen zugegen gewesen, Verwandte zur Zeugenschaft gezwungen werden könnten, die Regel durch die Limitation, *si veritas aliter haberi non potest*, gänzlich über den Haufen geworfen würde.

(Vgl. v. Stürzner, Bemerkungen zum B. Civil-Gerichts-Verfahren. S. 624. Seuffert, Kommentar Bd. III S. 60.)

Die Beschwerdeführerinnen sind daher, die Eine als Mutter, die Andere als Großmutter der Ehegattin des Beklagten, gegen welchen sie als Zeugen vorgeschlagen worden sind, gesetzlich berechtigt, die Zeugenschaftleistung zu verweigern, in so ferne nicht die Thatfachen, über welche sie aussagen sollen, ihrer Natur nach so beschaffen sind, daß Andere, als Blutsverwandte oder Verschwägerter, hievon nicht oder nicht leicht Wissenschaft haben können, und es kann hiebei weder auf den größeren oder geringeren Werth, welchen die Vernehmung der vorgeschlagenen Zeugen für die Klägerin haben kann, noch darauf ankommen, ob das Interesse, die Wahrheit zu ermitteln, oder Gründe der Billigkeit für das Verlangen der Klägerin sprechen.

(Folgt nun die Erörterung, daß die Thatfachen, über welche die vorgeschlagenen Zeugen vernommen werden sollten, nicht von der Art

seien, daß andere Personen, als: Blutsverwandte oder Verschwägerte, hievon nicht oder nicht leicht Wissenschaft haben könnten.)

h

3.

Uebernahme des Patrimonialgerichts-Personale von Seite des Staates, zufolge des Gesetzes vom 4. Juni 1848.

Vgl. Bb. 10 S. 93 d. Erg.-Bl.

In einer vorgekommenen Rechtsache klagte eine Standesherrschaft gegen den k. Fiskus darauf, daß D., der Amtsdienner eines bisher mit einem Domänenamte vereinigten Patrimonialgerichtes II. Kl., gemäß Art. I des Ges. v. 4. Juni 1848 mit seinem ganzen unausgeschiedenen Gehalte übernommen werde. In Beurtheilung dieses Anspruches saßen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Nach Art. 1 des Ges. v. 1848, die Aufhebung der standes- und gutherrlichen Gerichtsbarkeit betr., sind die Gerichts- und Polizeibeamten und Diener vom Staate zu übernehmen „unter den Anstellungsbedingungen, welche am 12. April 1848 bestanden haben“. Der Staat tritt also bezüglich dieser Beamten und Diener so an die Stelle der Gerichtsherrn, daß er die nach den Anstellungsbedingungen derselben gegen jene obgelegenen Verbindlichkeiten ohne Unterschied übernahm. . . . Da nun das Amt zu W. in der Vereinigung des Patrimonialgerichtes II. Kl. und des Domänenamtes bestand, und da die Emolumente, welche für den Amtsdienner aus dieser Vereinigung sich ergaben, dem D. als Theile seiner Amtsdiennerbesoldung zugewiesen wurden; so war diese Kumulation von Funktionen und Bezügen eine Anstellungsbedingung desselben ¹⁾). Die Befestigung

¹⁾ Vgl. DAGE. in Nr. 512⁴⁰/₄₉. S. auch DAGE. in Nr. 1454⁵⁰/₅₁.

der Stelle bei dem Patrimonialgerichte nämlich hing nicht vom Belieben des Gerichtsherrn ab. Sie war eine organisch nothwendige Stelle im öffentlichen Dienste, und die Ernennung zum Amtsdienere muß daher auch hauptsächlich auf die Gerichtsdienerstelle bezogen werden, weswegen denn auch die implicite und ohne Ausschcheidung geschehene Uebertragung der mit Emolumenten verbundenen Funktion bei dem Amte als Domänenamt eben als eine Bedingung der Anstellung des D. als Gerichtsdiener zu beurtheilen ist. Die aus der Vereinigung des Gerichts und des Domänenamts in derselben Stelle sich ergebenden Emolumente waren ein Theil der Besoldung, durch welche die Subsistenz des D. in seiner Stellung bei dem Patrimonialgericht W. begründet werden sollte. Die Standesherrschaft wäre daher die stabile Eigenschaft der Anstellung vorausgesetzt, verbunden, den D. für den Entgang der Emolumente aus seiner Funktion bei dem Amte als Domänenamt zu entschädigen, wenn die vom Beklagten beanspruchte Ausschcheidung begründet wäre. Es steht dieser aber entgegen, daß im Sinne des Art. 1 des Ges. von 1848 das Klerar den Gerichtsherrn von jeder aus den Anstellungsbedingungen sich ableitenden Verbindlichkeit zu liberiren hat. Denn dieses Gesetz hat nicht nur keinen Vorbehalt der Gehaltsausscheidung mit Hinsicht auf §. 55 der Beil. VI der Verf.-Urk. gemacht, sondern der Landtagsabschied v. 4. Juni 1848 §. 11 Nr. 2 trat auch noch insbesondere dem an den Thron gebrachten Wunsche der Ständeversammlung darin bei, daß die vom Staate übernommenen Beamten und Diener unter Belassung ihres ganzen Gehaltes baldigst verwendet werden sollen²⁾.

DAÖG. v. 29. Nov. 1852. Nr. 1629^{51/52}.

²⁾ Die angezogene Stelle des Landtagsabschlusses von

4.

Kirchenbaulast. Erlöschende Verjährung.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Die Grundsätze des römischen Rechts über die Erlöschung der (Personal- und Real-) Servituten durch bloßen non usus innerhalb 10 und 20 Jahren finden hier keine Anwendung, und zur Begründung der Behauptung, daß die klagende Gemeinde durch 30jährige Verjährung von der fraglichen Last befreit worden sei, hätte ein bestimmter Fall angeführt werden müssen, in welchem, mindestens 30 Jahre vor der Klagestellung, die in Frage stehende Leistung von der Pfarrgemeinde verlangt und von derselben verweigert worden wäre, da diese Verjährung in der Erlöschung der actio confessoria utilis ihren Grund hat, und bei einer Last, welche, wie die hier in Frage stehende (Kirchenbaulast), nur auf Anfordern zu einer Leistung verpflichtet, die Unterlassung dieser Leistung für sich allein zur Stellung der actio confessoria utilis noch nicht Anlaß gibt.

OAGG. v. 12. Sept. 1853. Nr. 642⁵¹/₅₂.

Uebersicht der neuesten strafgerichtlichen OAGG.

Januar und Februar.

I. Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848.

Art. 4. Ueber die Ablehnung sämtlicher Mitglieder eines Untersuchungsgerichtes und die Entschlagung der Amts-

1848 (Ges. = Bl. S. 49) lautet:

„Den beigefügten Wünschen:

2) daß die vom Staate in Folge dieses Gesetzes übernommenen standes- und gutherrlichen Gerichts- und Polizeibeamten und Diener, wo möglich unter Belassung ihres ganzen Gehaltes, baldigst verwendet werden sollen

werden Wir nach Ähnlichkeit entsprechen“.

funktion von Seite derselben, sowie über die dadurch nothwendig werdende Delegation eines andern Untersuchungsgerichtes hat das Appellationsgericht in einer Plenarversammlung zu entscheiden. E. v. 17. Febr. 1854.

Gegen die Verfügung des Präsidenten des Gerichtshofes, daß über eine Sache der Vortrag in der Plenarversammlung zu erstatten sei, ist eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig. E. v. 16. Januar 1854.

Eine solche ist aber dann zulässig, wenn die Sache durch einen Gerichtsbeschluß an die Plenarversammlung verwiesen wurde. E. v. 17. Febr. 1854.

Art. 46 Nr. 4. Durch die unbeeidigte Vernehmung einer der Theilnahme an der That verdächtigen Auskunfts-person allein erhält die Voruntersuchung noch keine Richtung gegen dieselbe. E. v. 11. Febr. 1854.

Art. 57. In dem Verweisungskenntnisse sind die den Thatbestand des Verbrechens oder Vergehens bedingenden Artikel des Strafgesetzbuches vollständig anzuführen. E. v. 24. Januar 1854.

Art. 69 Nr. 1. Wenn nach der Ansicht des obersten Gerichtshofes die That durch kein Strafgesetz verboten ist, hat derselbe das Strafverfahren in geheimer Sitzung einzustellen. E. v. 11. Febr. 1854.

Art. 157. Sachverständige haben auch den für die Zeugniß vorgeschriebenen Eid zu leisten. E. v. 14. Januar 1854.

Art. 181. Krankengeschichten und ärztliche Gutachten dürfen, auch wenn sie auf die Thäterschaft bezügliche Aeußerungen enthalten, den Geschwornen in's Berathungszimmer mitgegeben werden. E. v. 13. Febr. 1854.

Art. 212. Der Schwurgerichtshof darf auch nach Verkündung des Wahrspruches an den Angeklagten die Urtheilsfällung aussetzen. Erk. v. 16. Januar 1854.

Unter der „Hauptsache“ sind alle zum Thatbestande des in Frage stehenden Verbrechens erforderlichen faktischen Momente verstanden. E. v. 16. Januar 1854.

Art. 239. Eine ohne Auftrag oder Genehmigung des Angeklagten von einem ritten eingereichte Denkschrift kann nicht berücksichtigt werden. E. v. 5. und 24. Januar 1854.

Art. 245. Wel einer Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes ist die Prüfung auf die aufgestellten Beschwerdepunkte zu beschränken. E. v. 16. Januar 1854.

Art. 338. Auch wenn die auf die Annahme eines höheren Grades des Verbrechens gerichtete Berufung des Staatsanwaltes nicht begründet ist, kann eine Straferhöhung be-

zöglich des geringeren Grades eintreten. C. v. 13. Febr. 1854.

Art. 362. Gegen freisprechende Erkenntnisse kann von dem Staatsanwalte nur wegen unrichtiger Anwendung des Strafgesetzes die Richtigkeitsbeschwerde erhoben werden. C. v. 25. Febr. 1854.

II. Erster Theil des Strafgesetzbuches.

Art. 110. Wenn ein Verbrechen zwar an derselben Person, aber zu verschiedenen Zeiten, auf verschiedene Weise und mit verschiedenen Genossen begangen wird, liegt keine Fortsetzung vor. C. v. 7. Januar 1854.

Art. 125. Die Einrede der Nothwehr ist bei ausgeschloffen. C. v. 21. Febr. 1854.

Art. 191. Bei der unergzwungenen unfreiwilligen Unzucht ist ein Angriff auf den Körper des Kindes mit dem Geschlechtsheilen des Angreifenden nicht erforderlich. C. v. 11. Febr. 1854.

Art. 256. Der „wirkliche“ Vortheil beim Betrug braucht kein bleibender zu sein. C. v. 5. Januar 1854.

Art. 269. Wenn die Angabe der ganzen Wahrheit durch eine Selbstanklage des Zeugen bedingt ist, kann die Vorenthaltung derselben nicht als Meineid betrachtet werden. C. v. 24. Januar 1854.

Art. 277. Bei dem betrügerischen Banquerout schließt das auf die eite Schaffen von Gegenständen das Merkmal der Verheimlichung vor den Gläubigern schon in sich. C. v. 24. Januar 1854.

Die Größe der Beschädigung der Gläubiger hat lediglich Einfluß auf die Strafmessung. C. v. 24. Januar 1854.

Art. 290. Wenn die falsche eidliche Aussage rechtzeitig zurückgenommen wird, kann der intellektuelle Urheber nur wegen Versuch des Meineides gestraft werden. C. v. 28. Januar 1854.

Das Werben eines Dritten zum Meineide ohne Erfolg ist ein strafbarer Versuch von Seite deswerbenden. C. v. 28. Januar 1854.

Ein gegen die Vorschrift des Art. 46 Abs. 4 des St. O. v. 10. Nov. 1848 abgenommener Zeugeneid ist rechtlich unwirksam. C. v. 11. Febr. 1854.

Eine eidliche falsche Zeugenaussage in einer Untersuchung kann, wenn die Angabe der Wahrheit durch eine Selbstanklage bedingt war, nicht als Meineid gestraft werden. C. v. 11. Febr. 1854.

Art. 317. Das Verbrechen der Uebersetzung kann auch an einem Gerichtsdienergehülfen begangen werden. E. v. 25. Febr. 1854.

Art. 368. Die Bestimmungen über Körperverletzung finden auch bei Verwundungen im Duell Anwendung. E. v. 21. Febr. 1854.

Art. 405. Das Vergehen der Amtskehrenbeleidigung kann auch an einem Landgerichtsfunktionär begangen werden; — E. v. 21. Januar 1854; — eben so an einem reuzkollektnehmer; — E. v. 21. Febr. 1854. An einem verstorbenen Beamten kann dieses Vergehen nicht begangen werden. E. v. 4. Febr. 1854.

Art. 420. Zum Verbrechen der unerlaubten Selbsthilfe wird eine gegen den berechtigten Eigenthümer gerichtete, die Behauptung des Besitzes bezweckende unbefugte Gewaltthatung erfordert. E. v. 24. Januar 1854.

III. Forstgesetz vom 28. März 1852.

Art. 96. Auch das um die Forsttaxe erkaufte Holz darf ohne Genehmigung der Forstpolizeibehörde nicht weiter veräußert werden. E. v. 28. Januar 1854.

Art. 81. Wenn der Werth der aus einer künstlichen Ansaat entwendeten Pflanzen ohnedem schon mehr als Einen Kreuzer beträgt, darf derselbe nicht verdoppelt werden. E. v. 4. Febr. 1854.

Die Geldstrafe beträgt in allen Fällen das Doppelte des Werthes der Pflanze. E. v. 4. Febr. 1854.

Art. 179. Eine Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist auch in Forststrafsachen zulässig. E. v. 4. Febr. 1854.

Mr.

Gnomic.

Es ist doch sonderbar: auf Richter reimt sich Dichter;
Sie sind zwar nicht verwandt, doch ähnlich die Geschlechter.

Verichtigung. In Nr. 4 S. 49, Inhaltsanzeige, Sellen 9—11 ist statt: „Verfungsunne“ bis „Gantgläubiger“ zu lesen: „Widerrufung, betr. das precarium als Besitzfehler.“

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Erbanfall an Verschoffene; Beweispflicht Desjenigen, der sich auf das Ueberleben des Anfalles gründet. — Vererbung eines Verschoffenen; keine Vermuthung für sein Fortleben bis zum 70. Jahre. — Kodifizirung eines Abwesenden vor seinem 70. Lebensjahre. Ausnahme nach Umständen. Bildungslosse des deutschen gemeinen Rechts. — Zur Lehre von der Rechtskraft gegen Dritte. — Haftung des Postkuts für Verletzungen durch Schuld eines Postkuts. — Umwerfen des Altmagens. Entschädigungsklage eines verletzten Passagiers. Beweiskast. — Entschädigungsklage wegen Verletzung durch Umwerfen des Altmagens. Antrag auf fortlaufende Zahlungen für die Dauer beschränkter Arbeitsfähigkeit. — Entschädigungsforderung wegen Körperverletzung. Einwand, Kläger habe die Anrufung ärztlicher Hilfe verzögert. — Passagierverletzung durch Umwerfen des Altmagens. Uebrig der Verjährung gegen die Entschädigungsklage. — Klage auf Protokollierung eines Immobilienvertrags. — Anwendung der Art. 41 u. 43 der allg. d. Rechtsordnung. —

Zur Lehre von den Verschoffenen.

1.

Erbfall an Verschoffene; Beweispflicht Desjenigen, der sich auf das Ueberleben des Anfalles gründet.

Vergl. oben S. 17 f. der regelmäßigen Folge.

Im Bd. XVIII, S. 406 unserer Zeitschrift finden sich zwei Entscheidungen des OLG. in München aus den Jahren 1836 und 1852 mitgetheilt, welche nach bayer. RM. den Anfall von Erbgütern an Lebensabwesende ungehindert fortgehen, die Gewißheit ihres Lebens durch die Vermuthung der Fortdauer bis zu erwiesenem Tode vertreten lassen. In dem laufenden Bande S. 55 ist die Erwartung ausgesprochen, dieser oberste Gerichtshof dürste, gleich dem in Berlin, einen so wichtigen und folgereichen Grundsatz später noch einer neuen Prüfung unter-

werfen. In Bezug auf den zuerst erwähnten dieser Gerichtshöfe ist jene Vorhersagung in einem gleichfalls nach bayer. Nt. entschiedenen Falle bereits eingetroffen.

Die Umstände desselben waren folgende:

Johann Geigenmüller starb im J. 1819 mit Hinterlassung von 4 Kindern; ein fünfter Sohn, Michael G., im J. 1778 geboren und daher damals 41 Jahre alt, war als Soldat mit in den russischen Krieg gezogen, aber seit Nov. 1812 vermißt. Die 4 Erben verkauften das Gut ihres Vaters an F. und zogen den Kauffchilling ein; der abwesende Bruder Michael blieb als hoffnungslos verloren dabei unberücksichtigt. Alle vier starben kinderlos, der letzte von ihnen im J. 1847; er wurde von den nächsten Seitenverwandten beerbt, welche für's Erste die Aufstellung eines Curator absentis für den abwesenden Michael erwirkten und durch diesen den Gutsverkauf von 1819 gegen den Käufer als nichtig anfechten ließen, weil der mitbetheiligte fünfte Bruder, der vermißte Soldat, dazu nicht mitgewirkt habe. — Nach gepflogener Verhandlung wurde der Beklagte in erster Instanz von der erhobenen Klage definitiv entbunden, weil der Kurator für den Abwesenden keine Erbschaft antreten, kein Erbrecht geltend machen könne. In zweiter Instanz wurde die Klage nur angebrachtermaßen abgewiesen, weil ja Mich. G. bei einem etwaigen Wiederauftreten noch eine hered. petitio anstellen könne. Dieses Erkenntniß erhielt auch die oberstrichterliche Bestätigung, aus Gründen, welche einer Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urtheiles gleichkommen. Es heißt nämlich darin:

Der Kläger, als Kurator des abwesenden Michael G., greift die Giltigkeit des von dem Beklagten mit den Geschwistern dieses Letzteren am 14. Mai 1819 abgeschlossenen Kaufvertrages über das väterliche Anwesen aus dem Grunde an, weil Michael G. oder ein Vertreter desselben zu diesem Rechts-

geschäfte hätte zugezogen werden müssen. Diese Klage wäre alsdann begründet, wenn feststände, daß jener seinen Vater überlebt habe und Erbe desselben geworden sei, indem in diesem Falle die Geschwister nicht befugt gewesen wären, über die gemeinschaftliche Erbschaft zu verfügen. Der Vater Johann G. starb aber nach dem Klagsvortrage im J. 1819, während jener schon am 12. Nov. 1812 im russischen Feldzuge als vermißt in den Minedelisten abgeschrieben wurde. Dem auf den Erbanfall gegründeten Anspruche des Kurators setzt der Beklagte daher mit vollem Rechte den Mangel der Legitimation zur Sache entgegen. — Aber auch abgesehen hievon ist der Beklagte durch den Ablauf der 30jährigen Extinctivverjährung geschützt, da die gegen den Kauf von 1819 gerichtete Klage erst am 26. Febr. 1850 an gestellt wurde, so wie demselben auch der Erwerb des erkauften Gutes durch Ersizung zur Seite steht. Eine Suspension der Verjährung ist ebenfalls nicht eingetreten. Der Krieg mit Rußland war 1813 beendet, daß aber M. G. durch äußere Umstände zurückgehalten worden sei, mußte durch spezielle That sachen artikulirt und nachgewiesen werden,

OLGE v. 3. April 1854 in Sachen: Geigen müller g. Fahrenbauer. Nr. 700^{51/52};

Vgl. den folgenden Artikel.

2.

Werbung eines Verschollenen; keine Vermuthung für sein Fortleben bis zum 70. Jahre.

Vgl. den vorhergehenden Artikel.

Welche Fortschritte der Grundsatz der Successio ex tunc in das Vermögen eines Verschollenen ¹⁾ als weit natürlicher allmählig mache, läßt

¹⁾ S. oben Nr. 2 der regelmäßigen Folge S. 19. Vgl. Gajus, *System* Bd. 2 §. 63 S. 18 Note c.

auf's Neue ein Erkenntniß des OAB. in München ersehen ²⁾).

Ludwig B. von Augsburg, geb. im J. 1779, war seit vielen Jahren landesabwesend; sein im J. 1815 ausgezeigtes Vatergut zu 2500 fl. wurde obervermundschaftlich verwaltet, er selbst im J. 1849, wo er 70 J. alt gewesen, gerichtlich für todt erklärt. Er hatte zwei Brüder, von denen der ältere August im J. 1845 mit Hinterlassung einer Tochter Anna verstorben —, der jüngere Wilhelm zur Zeit der Todeserklärung noch am Leben war. August hatte aber bereits im J. 1830, weil er bei der väterlichen Erbschaft sehr begünstigt war, zu Gunsten Wilhelm's auf seinen Antheil an dem Vermögen des verschollenen Bruders Ludwig Verzicht geleistet. Wenn fiel nun dieses Vermögen nach der Todeserklärung zu? Dem Wilhelm, wenn der Verzicht von 1830 noch gültig war. Die Richterin Anna, welche ihren ganz arm verstorbenen Vater August nicht beerbt hatte, widersetzte sich aber dem, weil der Letztere bereits 1845 verstorben und den erst 1849 erklärten Tod ihres Oheims Ludwig nicht erlebt habe, sie selbst daher in Kraft eigenen Rechtes als Intestaterbin zur Nachfolge in die eine Hälfte seines Rücklasses berufen sei. In dem Streite über die von ihr erhobene heredit. petitio setzte sie diesen Grund der ihr gegenüber gehaltenen Einrede des Verzichts als Replik entgegen. Dieser Grund mußte auch durchgreifen und den Verzicht von 1830 unwirksam machen, wenn wirklich der verschollene Ludwig seinen 1845 verstorbenen Bruder August überlebt hätte. Wer hatte aber solches zu beweisen? Konnte hiefür wegen der Todeserklärung von 1849 eine Vermuthung streiten? —

²⁾ Der Fall wurde hier zur leichteren Faßlichkeit in der Zahl der theilhaftigen Personen etwas vereinfacht; alle wesentlichen Punkte sind treu wiedergegeben.

Der oberste Gerichtshof verneinte die Frage, und legte vielmehr der Klägerin Anna B. den Beweis auf, daß der verschollene Ludwig B. ihren 1845 verstorbenen Vater August überlebt habe. — Gründe: Da nach dem Augsburger Statutar, wie nach gemeinem Rechte nur vermuthet wird, daß ein vermählter Mensch nicht älter geworden sei, als 70 Jahre, dafür aber, ob er früher noch gelebt, oder nicht mehr gelebt habe, durchaus keine rechtliche Vermuthung besteht, bei der täglichen Hinfälligkeit des menschlichen Lebens wohl auch keine bestehen kann, — da ferner die Replik, daß Ludwig zur Zeit des Todes von August noch gelebt habe duplicando widersprochen ist, so war bei der Relevanz dieser Replik, wie geschehen, auf Beweis zu erkennen.

MGG. v. 10. April 1854 in S. Baumer g. Baumer. RN. 636^{52/53}.

Nachschrift. Der Herausgeber der Bl. f. RA. war von jeher Anhänger der successio ex nunc. Vgl. Erörterungen einzelner Lehren des röm. Priv.R. Abtheil. I (1820) S. 53; prakt. Pand.R. §. 39³). Bei Anwendung dieser Ansicht, welcher auch Savigny a. a. O. beipflichtet, hätte sich ein anderes Resultat ergeben. Nach dem Stande bei Ablauf des 70. Jahres von der Geburt des Verschollenen waren als Intestaterben desselben der Oheim Wilhelm und die Nichte Anna berufen. Zur Beseitigung des der Letzteren aus dem Verzicht ihres Vaters (August) entgegengestellten Einwandes würde der Umstand ausreichen, daß sie nicht Erbin desselben (ihres Vaters) geworden. Auf die Frage, wer von den Weiden (dem Verschollenen und seinem Bruder August) den Anderen überlebt habe, käme es gar nicht an.

³) S. auch Bl. f. RA. Bd. I S. 351.

3.

Todeserklärung eines Abwesenden vor seinem 70. Lebensjahre.
Ausnahme nach Umständen. Bildungstheorie des deutschen
gemeinen Rechts.

Joh. Schmidt, geb. im J. 1789 unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, war als Soldat mit in den russischen Krieg gezogen, wurde aber seit 4. Dez. 1812 als gefangen in den Listen abgeführt und kam seither nicht wieder zum Vorscheine. Später fiel ihm ein väterlicher Erbtheil zu, der von seinem Kurator an sich gezogen und obervormundschaftlich verwaltet wurde. Im J. 1853, wo er 41 Jahre spurlos verschwunden, aber erst 64 Jahre alt gewesen, trugen seine armen Geschwister darauf an, das Verschollenheitsverfahren einzuleiten und ihnen den Rücklaß auszuantworten; sie wurden in beiden Vorinstanzen hiemit abgewiesen, weil das gemeine Recht hiezu das 70. Lebensjahr erfordere. Der oberste Gerichtshof, durch die weitere Beschwerde der Geschwister hiemit befaßt, erkannte abändernd, es sei ihren Anträgen Statt zu geben.

Gründe: Der Irrthum beider Vorinstanzen liegt darin, daß im gegebenen Falle das gem. Recht das 70. Lebensjahr des Verschollenen als eine unumgängliche Bedingung verlange, um zu dessen öffentlicher Vorladung und Todeserklärung schreiten zu können, nachdem darüber, daß derselbe bereits längst mit Tod abgegangen, wohl kein vernünftiger Zweifel mehr bestehen kann. Ein Gesetz läßt sich hiefür nicht anführen; der allmählig vorherrschend gewordene Gerichtsgebrauch, mit der Annahme und Erklärung des Todes eines Landesabwesenden bis zu seinem 70. Jahre zu warten, ohne alle positive Grundlage erst im vorigen Jahrhundert aus unsicheren Bibelstellen herangebildet, kann nur als eine Regel erfaßt werden, welche bei dem Vorliegen besonderer Umstände, um wieder davon abzugehen, ihre selbstverständlichen Aus-

nahmen erleiden muß. — Das Würzburger Privilegiatrecht, insbesondere das Mandat von 1673 (Mand. Samml. II, S. 292), begnügt sich, wie bekannt, mit einer Abwesenheit von 25 Jahren; das bayer. Landrecht I, 7 §. 39, Nr. 6 läßt die Todeserklärung und Vertheilung des Nachlasses eines Vermissten zu, wenn die Abwesenheit so lange dauert, daß man entweder hieraus, oder sonst aus anderen Umständen den Tod wahrscheinlich vermuthen könne; das preuß. R. II, 18 §. 823, wenn binnen 10 Jahren von Leben oder Tod keine Nachricht eingegangen; das östreich. Civ.-Ges. B. §. 24, wenn derselbe volle 30 Jahre unbekannt geblieben; für Kriegs- und Seegefahren läßt dasselbe, wie auch das preuß. R. I, 1 §. 35 und 36 noch besondere Ausnahmen zu; — das bad. R. Satz 115 begnügt sich gar nur mit einem Zeitraume von 4 bis 5 Jahren. Die Gesetze der ersten deutschen Staaten, so wie insbesondere derjenigen Gebiete, zwischen denen Gollhofen gerade in der Mitte liegt, sind also darüber einig, daß auch ohne Kriegsgefahren eine Abwesenheit von 10, 25 oder 30 Jahren genüge, — besondere Umstände aber, deren Ueberschwänglichkeit hier von selbst einleuchtet, selbst jenen Zeitraum abzukürzen erlauben. Die Fortbildung des in Deutschland gemeinhin geltenden Rechtes kann sich daher in einem Punkte, wo die bisher beobachtete Regel selbst nicht auf Gesetzen, sondern nur in einem schwankenden Gerichtsgebrauche und einer nicht gleichförmigen Entwicklung der Lehre beruht ¹⁾, von dem rückwirkenden

¹⁾ Vergl. Loyer, Vol. II, Spec. 96, mod. 6. „Judex absente aliquando ante 70. annum pro mortuo habet.“ — Glück's Intestaterbfolge, §. 2, S. 7. „Zuweilen braucht man nicht einmal jenes Alter des Verschollenen abzuwarten, um ihn für todt zu erklären, wenn aus besonderen in facto erwiesenen Umständen sehr starke Vermuthungen des Todes eintre-

Einflüsse der massenhaften Abweichung aller Gesetzbearbeitungen unmöglich frei erhalten; vielmehr sind im vorliegenden Falle alle Voraussetzungen in den von selbst sprechenden Umständen gegeben, um auch vor erreichtem 70. Lebensalter zum Verschollenheitsverfahren gegen J. G. Sch. schon dormalen übergehen zu können.

DAZ. v. 13. Mai 1854. RN. 503^{53/54}.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zur Lehre von der Rechtskraft gegen Dritte.

Zu den Ausnahmefällen, in welchen *res judicata* auch gegen Dritte wirksam ist, rechnet die *GD. XIV §. 11 Nr. 4* zuletzt denjenigen, wenn die Sache mit dem rechtmäßigen Kontradictor einmal ausgetragen worden ist, und anbei in Ansehung des Dritten die nämlichen oder noch stärkere Ursachen obwalten. Hinsichtlich der letzteren Voraussetzung bemerken die Anmerkungen zur *GD. a. a. O. Note g*: „daß eadem vel major vincendi ratio nicht vorhanden sei, wenn *legitimus contradictor*, z. B. ob *suam contumaciam et culpam*, in *processu* unterliegt.“

Aus culpa wird nach *fr. 50 §. 1 de legis I* die Unterlassung der Berufung gegen eine beschwerende Sentenz betrachtet. (Seuffert's Comment. Bd. III S. 383 Note 24.) Dieses kann aber nur alsdann angenommen werden, wenn die Sache so beschaffen ist, daß durch rechtzeitig ergriffene Berufung eine Abhilfe gegen die als wirklich beschwerend befundene Sentenz hätte bewirkt werden können, mit-

ten.“ — Siehe oben (regelm. Folge) S. 44 und in Bezug auf die Vermissten des russischen Feldzuges S. 49 §. 9.

hin durch Unterlassung der Berufung ein Nachtheil entstanden ist, welcher schuldhaft auf diese Weise verursacht wurde, denn die Unterlassung einer Berufung, welche erfolglos gewesen sein würde, kann als culpa nicht betrachtet werden.

DAGE. v. 3. Februar 1854. NN. 1688^{52/53}.
Gl.

2.

Haftung des Postkonn. für Verletzungen durch Schuld eines Postkonn.

Bgl. Bb. XI S. 18; Bb. XVIII S. 398.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Kläger stand mit dem k. Postärar in einem Kontraktverhältnisse. In einem solchen haftet jeder Kontrahent dem anderen, zwar nicht für casus, jedoch für jeden durch negligentia zugefügten Schaden, es mag der Vorwurf der negligentia den Kontrahenten selbst oder eine andere Person treffen, welche er mit der Vertragserfüllung ganz oder theilweise beauftragt, und für welche er demnach verantwortlich ist. Mit Unrecht vermißt das k. Fiskalat die erforderliche Bestimmtheit der Klage, weil derjenige Postbedienstete nicht bestimmt bezeichnet worden sei, den der Vorwurf der negligentia treffe. Die Person desselben ist im gegenwärtigen Prozesse Nebensache, weil der Kläger sich nicht an diesen, sondern an seinen Kontrahenten, das k. Ärar, zu halten hat. Ganz richtig bemerkt der Kläger, daß nur durch Nachlässigkeit eines Postbediensteten ein betrunkenen Postknecht als Führer des Eilwagens habe zugelassen werden können. Wenn im konkreten Falle oblag, dafür zu sorgen, daß kein betrunkenen Mensch den Post bestiege und Gesundheit und Leben der Passagiere der Gefahr aussetze, dieses berührt den Entschädigungsanspruch des Klägers nicht und ist eine nur

in dem Rechtsverhältnisse zwischen dem k. Postärar
und dessen Bediensteten relevante Frage:

OBGE. v. 31. Dez. 1853. Nr. 1576^{51/52}.

3.

Umwerfen des Kistwagens. EntschädigungsKlage eines ver-
letzten Passagiers. Beweislast.

Bgl. Bb. XI S. 18; Bb. XVIII S. 398.

Dem Kläger wurde unter Anderem zu beweisen
aufgelegt:

daß der am 9. Mai 1850 Nachts 10 U. von
Bamberg nach Schweinfurt abgefahrene Kist-
wagen unweit B. in Folge der Trunken-
heit des Postillons umgestürzt ist.

In Betreff dieser Belastung des Klägers mit
dem Nachweise, daß das Umwerfen durch ein Ver-
schulden herbeigeführt worden, sagen die Motive
der oberstrichterlichen Entscheidung:

Zwar ist es, wenn aus einem Kontraktverhält-
nisse auf Entschädigung gegen einen Kontrahenten
geklagt wird, der den Vertrag gar nicht, oder nicht
gehörig oder nicht vollständig erfüllt hat, dessen Sache,
zu beweisen, daß er seinerseits seiner Verbindlichkeit
genügt habe. Allein in vorwürflicher Sache handelt
es sich nicht von einer gar nicht oder nicht vollstän-
dig erfolgten Vertragserfüllung, sondern von einem
bei Gelegenheit der Erfüllung stattgehabten, durch
die Erfüllung selbst veranlaßten Unfalle, welcher zwar
der Tendenz des Vertrags widerstreitet, sich aber eo
ipso als eine nicht gehörige Vertragserfüllung nur
dann darstellen würde, wenn angenommen werden
müßte, daß nur in Folge einer negligentia ein Wa-
gen umfallen könnte. Dies ist aber der Fall nicht,
vielmehr kann dies eben so gut Folge eines unver-
meidlichen Zufalles, als einer Unachtsamkeit, insbe-
sondere auf Seite des Wagenführers, sein; und es

läßt sich daher schon jetzt und ohne vorgängigen Beweis des klägerischen Vorbringens nicht behaupten, daß der beklagte k. Postfiskus, resp. Einer von dessen Bevollmächtigten, den Vertrag nicht gehörig erfüllt habe.

DAGE. v. 31. Dez. 1853. Nr. 1576^{51/52}.

Nachschrift des Herausgebers. Daß k. Postärar hatte vertragsmäßig die Verbindlichkeit übernommen, den Kläger in der bezeichneten Nacht, unter den bei Eilwagen üblichen Modalitäten, nach Schweinfurt führen zu lassen. Wenn nun der Eilwagen in der Nähe von Bamberg umgeworfen, und Kläger durch den hierbei erlittenen Beinbruch zu einem weiteren Aufenthalt in Bamberg genöthigt, also nicht, wie vertragsmäßig gebührte, nach Schweinfurt geführt wurde, so liegt schon darin die Nichterfüllung des Vertrages von Seite des Postärars vor, so wie dessen Verpflichtung, den durch diese Nichterfüllung erweislich zugegangenen Schaden zu ersetzen. Allein auch das Umwerfen, an sich betrachtet, läßt die Leistung des Postärars als eine fehlerhafte und vertragswidrige erscheinen, so daß ihm (meines Erachtens) die durch diese Vertragswidrigkeit verursachten Schäden zur Last fallen, so ferne nicht seinerseits der Beweis eines kasuellen Vorgangs geliefert wird. Vgl. Seuffert's Archiv Bb. I Nr. 168; Bb. IV Nr. 113, 114.

4.

Entschädigungsklage wegen Verletzung durch Umwerfen des Eilwagens. Antrag auf fortlaufende Zahlungen für die Dauer beschränkter Arbeitsfähigkeit.

Der Kläger hatte unter Anderem gebeten, zu erkennen:

daß der k. Fiskus ihm für jeden Tag seines Lebens, an welchem er künftighin noch arbeitsbeschränkt sein würde, 1 fl. 30 kr. oder überhaupt eine bestimmte Summe bezahle.

Das Fiscalat bemerkte, die Klage sei wenigstens in so ferne abzuweisen, als sie die Entschädigung pro futuro zum Gegenstand habe, weil ein Schaden, der noch nicht wirklich erwachsen sei, nicht Gegenstand einer Klageforderung sein könne. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: Der unmittelbar aus der negligentia hervorgegangene Schaden, nämlich die Arbeitsbeschränkung des Klägers, ist nach dessen Behauptung bereits vorhanden. Welcher pekuniäre Verlust hieraus für die Zukunft dem Kläger erwachse, läßt sich jetzt schon secundum aequum et bonum ermessen. Sollten in der Zukunft von der erlittenen Beschädigung unabhängige Wechselfälle eintreten, wodurch eine gänzliche Erwerbslosigkeit oder Erwerbsbeschränkung, welche nicht mehr als Folge des gegenwärtig erlittenen Unfalles zu betrachten wäre, herbeigeführt würde, so bleibt es dem k. Fiscalat frei, dies geltend zu machen; da er ja nicht eine Übersallsumme als Entschädigung pro futuro entrichten, sondern periodische Entschädigungsgelder zahlen soll.

DAKE. v. 31. Dez. 1853. Nr. 1576⁵¹/52.

5.

Entschädigungsforderung wegen Körperverletzung. Einwand, Kläger habe die Anrufung ärztlicher Hilfe verzögert.

In einer Rechtsache bezeichneten Betreffs wurde verklagter Seitß darüber Beschwerde geführt, daß nicht der Nachweis der exzeptionischen Behauptung vorbehalten worden: Kläger habe selbst durch verzögerte Beihilfe ärztlicher Hilfe seine Krankheit und Arbeitsunfähigkeit veranlaßt, resp. verlängert. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Beschwerde ist ungegründet, weil der Kausalzusammenhang (zwischen der Verletzung und der Krankheit, resp. Arbeitsunfähigkeit) auch dann nicht

wegfällt, wenn Kläger ärztliche Hilfe früher hätte suchen sollen. Man kann von Demjenigen, welcher eine Verletzung erlitten hat, nicht fordern, daß er, um die Ersatzverbindlichkeit des Urhebers zu erleichtern, die größte Sorgfalt anwende und die schnellsten und zweckmäßigsten Maßregeln ergreife, in welcher Beziehung ein Urtheil zu fällen ihm oft unmöglich ist, zumal dergleichen Verletzungen in der Regel sich am Anfange weniger schmerzhaft und gefährlich zeigen, als in der Folge.

DAGE. v. 31. Dez. 1853. Nr. 1576⁵¹/₅₂.

6.

Passagierverletzung durch Umwerfen des Eilwagens. Einrede der Verjährung gegen die Entschädigungsklage.

In einem gegebenen Falle wollte diese Einrede von fiskalischer Seite darauf begründet werden, daß die Klage nicht, wie die Verordnung vom 31. Juli 1817 vorschreibe, innerhalb 90 Tagen von Zurückweisung der Postreklamation erhoben worden. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: Die in der allegirten Verordnung erwähnten Postreklamationen betreffen bloß die an ihre Adresse nicht gelangten Briefe oder Pakete. Ergäbe sich dieß nicht schon deutlich genug aus den Worten der Verordnung und dem Zusammenhange derselben, so würde die darin vorkommende Bezugnahme auf die frühere Verordnung vom 22. Sept. 1814, so wie der Satz jeden Zweifel heben: „daß die Reklamationen bei der Postbehörde binnen Jahresfrist vom Tage der Aufgabe, und so viel die vom Auslande kommenden Stücke betreffe, vom Tage des Eintrittes in das Königreich anzustellen seien“.

DAGE. v. 31. Dez. 1853. Nr. 1576⁵¹/₅₂.

Klage auf Protokollirung eines Immobilienvertrags.

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 6 Nr.

Nachdem der Käufer eines Bauerngutes in Folge rechtskräftigen Erkenntnisses in den Besitz des erkauften Anwesens gesetzt worden, beantragte er die gerichtliche Protokollirung des Kaufvertrages; wogegen die Verkäuferin besonders aus dem Grunde protestirte, weil der Käufer noch nicht erfüllt habe, was er zu leisten schuldig sei. In Beurtheilung dieser Protestation sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung unter anderem:

Die Einrede, daß der Käufer den Vertrag noch nicht erfüllt habe, kann nicht Platz greifen, weil der Käufer von der Verkäuferin nicht die Erfüllung einer durch den Kaufvertrag übernommenen Verbindlichkeit, sondern nur die Verlautbarung desselben d. i. die von der Verkäuferin abzugebende gerichtliche Erklärung verlangt, daß der Vertrag in der Art außergerichtlich abgeschlossen worden sei, wie in dem Aufsatze v. 28. Januar 1843 enthalten ist; durch die gerichtliche Anerkennung des Vertrages wird zwar die Entstehung und der Inhalt des Vertrages bezeugt, nicht aber die Erfüllung desselben bezweckt. Auch nach protokolliertem Vertrage ist keiner der Kontrahenten an der Geltendmachung seiner Rechte gehindert.

OLG. v. 16. Aug. 1852. Nr. 1239⁵⁰/₅₁.

Bekanntmachung des Gremiums des Handelsstandes zu Augsburg in Betreff der Anwendung der Art. 41 und 93 der allgemeinen deutschen Wechselordnung in Augsburg.

Das unterfertigte Gremium des Handelsstandes hat aus mehrfachen von hier und auswärts ihm kundgegebenen Zweifeln und Anfragen über die richtige Anwendung des Artikels 41 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung Veran-

lassung genommen, die desfalls erhobenen Bedenken und verschiedenen Meinungsäußerungen einer reiflichen Prüfung zu unterstellen, hierauf aber nach Einvernehmung sämtlicher Banquiers hiesigen Platzes und Einholung rechtlichen Gutachtens eines praktischen Rechtsgelehrten seine Ansicht in folgender Weise festgestellt und deren öffentliche Bekanntmachung beschlossen.

§. 1.

Die im letzten Absätze des Art. 41 der allgemeinen deutschen Wechselordnung festgesetzte Protestfrist beginnt ihren Lauf mit dem aus dem Wechsel selbst ersichtlichen Zahlungstage oder Verfalltage nach Maßgabe der Art. 30, 32 und 92 der allgemeinen deutschen Wechselordnung.

Die Wirkung der nach Art. 6 des Einführungsgesetzes vom 25. Juni 1850 der Stadt Augsburg ausnahmsweise gewährten allgemeinen Zahlungstage (Kassiertage) s. g. *Contri* und der im ersten Absätze des Art. 93 der allgemeinen deutschen Wechselordnung desfalls für die (nicht auf Sicht lautenden) zwischen solchen Zahlungstagen fällig gewordenen Wechsel ausgesprochenen Verlegung der Zahlung vom eigentlichen Verfall- und resp. Zahlungstage auf den nächsten allgemeinen Zahlungstag erstreckt sich lediglich auf die tatsächliche Zahlungseistung selbst, wogegen deren Einfluß auf eine Ausdehnung der in Art. 41 festgesetzten Protestfrist nach Absatz 2 des Artikels 93 ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Demnach muß also (abgesehen von etwa dazwischen fallenden allgemeinen Feiertagen und unbeschadet der nach Art. 92 desfalls eintretenden Modifikationen) ein am Dienstag dahier verfallener Wechsel schon am folgenden Donnerstag selbst, welcher zugleich allgemeiner Zahlungstag ist, und nicht später, ein am Mittwoch verfallener spätestens am folgenden Freitag Mangels Zahlung protestirt werden. —

§. 2.

Die Dauer und der Ablauf der im letzten Absätze des Artikels 41 der allgemeinen deutschen Wechselordnung festgesetzten Protestfrist ist in allen Fällen ohne Unterschied so zu berechnen, daß der Wechsel-Inhaber den Protest Mangels Zahlung nur dann noch rechtzeitig erhebt, wenn er dies spätestens bis zum Ablaufe des letzten der auf den Zahlungstag (s. oben §. 1) zunächst folgenden zwei Werktage besorgt.

Ganz gleichgiltig ist hierbei, ob und wie viele Nichtwerk- tage, Sonntage oder allgemeine Feiertage, an welchen nach Art. 92 ohnehin jede wechselrechtliche Requisition ausdrücklich

ausgeschlossen ist, zwischen den im Wechsel bezeichneten Zahlung- resp. Verfalltag, oder den wegen seiner feiertäglichen Eigenschaft etwa an dessen Stelle tretenden nächsten Werktag und die darauf folgenden Werktage sich einreihen; solche Tage bleiben vielmehr jedesmal ganz außer Rechnung und es kommt bloß darauf an, daß außer dem Zahlungstage (im Sinne der Art. 30, 32 und 92) noch ein erster und ein zweiter Werktag, gleichviel mit oder ohne Unterbrechung durch Sonn- und Feiertage, eintreten und verfließen sei, ehe von Versäumung der erst mit Ende des zweiten Werktages ablaufenden Protestfrist die Rede sein kann.

Hienach ist z. B. bei einem auf einen werktäglichen Samstag oder auch auf einen feiertäglichen Freitag verfallenen Wechsel, für welchen aus diesem Grunde der Samstag der Zahlungstag wäre, der folgende werktägliche Montag der erste und Dienstag der zweite, falls aber Montag oder Dienstag ein Feiertag wäre, Mittwoch der zweite, falls endlich beide Tage Feiertage wären, so würde erst der folgende werktägliche Mittwoch der erste und der werktägliche Donnerstag jener zweite Werktag nach dem Zahlungstage sein, von welchem Art. 41 spricht und mit welchem die Protestfrist ausläuft; so ist bei einem auf Gründonnerstag verfallenen Wechsel wegen des darauf folgenden allgemeinen Feiertages Charfreitag der Charssamstag der erste und wegen dazwischen fallenden Sonntags und des allgemeinen Feiertags Ostermontag erst der hierauf folgende Dienstag, insofern er ein Werktag ist, der zweite und letzte Tag der Protestfrist u. s. w.

Die Protestfrist hat also nicht eine bestimmte Anzahl von so oder so viel Tagen höchstens, sondern sie besteht in allen Fällen außer dem Zahlungstage noch aus jenen zwei Tagen, welche die demselben zunächst folgenden Werktage sind. —

Vorstehendes veröffentlichen wir mit dem Bemerken, daß das hiesige Oremium des Handelsstandes bei etwa über diesen Gegenstand abzugebenden Zeugnissen oder Gutachten lediglich der hier festgestellten Auslegung folgen werde, bis nicht von Seite der gesetzgebenden Gewalt etwa eine entgegenstehende authentische Interpretation oder ein abänderndes Gesetz erfolgen wird.

Mugsburg, den 17. Januar 1854.

Das Oremium
des Mugsburger Handelsstandes.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Gerichtsstand der Hauptintervention. — Aufschlagslofen: a) Zulässigkeit von Nichtigkeitsbeschwerden. b) Lauf der Berufungsfrist. c) Zulässigkeit von Beschwerden wegen Verweigerung der Entscheidung über Nebenpunkte. — Minderung der Freiheitsstrafe nach Art. 104 Ab. 1 des StGB. im Verhältnisse zu der gegebenen Falso vermirkten Schärkung derselben. — Honorar der Senale. Derogrende Kraft des Gewobuheitsrechts. — Exekutionssanktionen in Werkaufsachen. Verzugszinsen. — Unvordenklichkeit. Nichtwissen der Zeugen, den Anfang des streitigen Zustandes betr. — Recht des Käufers, vom Kaufgelde den Betrag der auf dem verkauften Gute lastenden Hypothekschulden abzugiehen. —

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

LVII.

Gerichtsstand der Hauptintervention.

Wgl. Bd. 1 S. 25; Bd. 5 S. 277; Bd. 12 S. 302.

Bei der durch Auspfändung vom Kr. u. StG. Augsburg verhängten Exekution ergab sich, daß der Schuldner sein Anwesen verkauft habe und mit seinen Habseligkeiten nach H. im LG. Schongau übergezogen sei. Auf Requisition des k. Kr. u. StG. Augsburg pfändete das LG. Schongau dem Schuldner Effekten bis zu dem Betrage von 134 fl. ab und nahm dieselben unter Anlegung des Amtssiegels in einem geeigneten Lokale in Verwahrung. Mittlerweile trat die Ehefrau des Schuldners bei dem k. LG. Schongau mit einer Interventionsklage auf, indem sie behauptete, die gepfändeten Gegenstände seien ein Theil ihrer Mitaten und ihr ausschließendes Eigenthum; sie bat um das Erkenntniß, daß diesel-

ben ihr Eigenthum und aus dem Pfandneß zu entlassen seien. Daß k. K. Schongau gab durch Erkenntniß der Einrede der Inkompetenz statt, weil Interventionen vor das forum des Hauptstreites gehörten, dieser aber bei dem StG. Augsburg anhängig sei. Aber auch die von der intervenirenden Ehefrau hierauf bei dem Kr. u. StG. Augsburg erhobene Interventionsklage wurde von diesem wegen Inkompetenz a limine abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof entschied am 22. Mai 1854 (UB. Nr. 44) in dem hienach angeregten negativen Kompetenzkonflikte sich für die Kompetenz des k. Kr. u. StG. Augsburg, aus folgenden Erwägungen:

1) Es könnte zwar der Bestimmung der G.D. Kap. 8 §. 4, Nr. 4, wonach „die Prinzipalintervention in Form einer ganz besonderen Klage verhandelt, folglich bei der ersten gehörigen Instanz angebracht werden soll“ der Sinn unterlegt werden, daß damit nur auf den Unterschied zwischen Prinzipal- und accessorischer Intervention hingewiesen werde, indem die letztere keine besondere Klage bildet, und der accessorische Intervenient den Rechtsstreit in der Lage, sohin auch in der Instanz aufnehmen muß, in welcher er sich gerade befindet. Für diese Auslegung könnte auch angeführt werden, daß das Wort: „Instanz“ nicht gleichbedeutend ist mit „Gerichtsstand“, und daß die Anmerkungen zur G.D. Kap. 1 §. 10 lit. a, besagen: „das punctum interventionis gehöre zum forum der causa principalis“, weil diese Bemerkung, wenn sie lediglich von der accessorischen Intervention verstanden werden wollte, ganz unnöthig gewesen wäre.

Allein

2) der Annahme, daß nach der G.D. die Interventionenklage immer dahin gehöre, wo die erste oder die Hauptklage anhängig ist, stehen wieder die

Anmerkungen zu Kap. 8 §. 4 lit. d entgegen, wo ausdrücklich erläutert wird, es greife das forum connexionis eben darum nicht Platz, weil die Sache als eine ganz besondere Klage per novum processum traktirt werden soll, sondern man verweise sie gleich an ihre Behörde. Daraus geht allerdings hervor, daß die Textesworte der G.D. „als ganz besondere Klage“ mit sich bringen, die Interventionsklage müsse bei demjenigen Gerichte angebracht werden, wohin sie, je nach ihrer Eigenschaft als Personal- oder Real-Klage gehört, ohne Rücksicht auf das forum des schon anhängigen Streites, wenn dieses nicht an sich schon auch für die Interventionsklage das eintretende ist.

3) Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß die Anmerk. zu G.D. Kap. 8 §. 4, Nr. 4 weder mit dem Texte selbst in voller Harmonie stehen, noch mit sich selbst, nämlich mit der Stelle zu Kap. 1 §. 10 im Einklange sind, und eben darum müssen dieselben in strengem Wortsinne verstanden werden. Es hat nämlich die Interventionsklage nur dann die Natur einer selbstständigen Klage, wenn der Dritte Ansprüche auf dasselbe Objekt erhebt, über welches in der ersten anhängigen Klagsache gestritten wird, wie in dem Falle, wenn der Faustpfandgläubiger in A. sein Pfandrecht gegen den in B. wohnenden Schuldner bei dem Gerichte zu B. durch Klage zu realisiren sucht, nun aber ein Dritter das in A. bei dem Pfandgläubiger befindliche Pfandobjekt als sein Eigenthum in Anspruch nimmt. Nach der G.D. Kap. 8 §. 4 Nr. 4, in Verbindung mit den Anmerkungen muß diese Interventionsklage bei dem Gerichte in A. angebracht werden. In solchen Fällen kann auch die Verhandlung und Entscheidung derselben neben der schon anhängig gemachten Klage selbstständig vor sich gehen, wenn für deren Sistirung nicht, wie die Anmerk. zur angeführten Stelle sagen, ein besonderer

Grund vorhanden, z. B. daß punctum interventionis präjudizial ist. Außerdem steht es dem Interventionskläger frei, nach Umständen provisorische Sicherheits-Maassregeln für den Fall seines Sieges zu beantragen, sowie der Beklagte im Hauptstreite im Falle seines Unterliegens vom Kläger Kaution verlangen kann, sowohl wegen künftiger Erstattung des Streitobjektes, als wegen Fortführung der Interventionsache an seiner Stelle.

4) Verschieden aber von diesen sind die Fälle, wenn der Intervenient nicht Ansprüche erhebt auf den Streitgegenstand selbst, welchen der bereits anhängige Prozeß betrifft, sondern wenn er nur verhindern will, daß zum Behufe der Exekution des Urtheils gewisse Sachen in Angriff genommen und zum Verkaufe gebracht werden. Hier will der Intervenient sich lediglich gegen eine Verfügung des Richters schützen, der sein Urtheil zum Vollzuge bringt. Es sind nicht sowohl kollidirende Ansprüche zwischen dem Kläger im Hauptstreite und dem Intervenienten in Bezug des Streitgegenstandes selbst in Frage, sondern es handelt sich mehr nur um ein Verbiehungs-Recht in Bezug der Wahl des Exekutionsobjektes, welches dem vollziehenden Gerichte gegenüber zu begründen ist. Die Eigenschaft einer im Sinne der O. „besonderen per novum processum zu traktirenden Klage“ hätte die Intervention hier nur dann, wenn zwischen dem Beklagten im Hauptstreite und dem Intervenienten kollidirende Rechtsansprüche in Ansehung der als Exekutionsobjekt gewählten Sache erhoben würden. Außerdem kann aber Jener, zu dessen Gunsten die Exekution vom Richter beschäftigt wird, als Beklagter im Bindikationsprozeß wegen der gepfändeten Sachen nicht betrachtet werden; denn durch die gerichtliche Sperre, wenn diese auch eine Besizentsehung des Intervenienten bewirkte, hat der Kläger im Hauptstreite den

Besitz des vom Richter gesicherten Exekutionsobjectes noch nicht erworben. Es handelt sich bei dieser Intervention also nur darum, dem Richter die Gründe für die beantragte Zurücknahme seiner Verfügung, als in die Rechte eines Dritten eingreifend, darzuthun.

5) Dafür, daß die durch eine solche Intervention angeregte Frage zur Kognition des Richters in Hauptstreite gehört, wenn dieser nur die Art der Gerichtsbarkeit hat, welche zur Entscheidung über das dem Einspruche zu Grund liegende Recht erfordert wird, spricht sowohl das gemeine Recht, als die G.D. und die Anmerkungen a. a. O. an der Stelle: „soll man das Interventionsrecht sogleich durch klare briefliche Urkunden oder sonst ohne weitläufige Proben genugsam darthun oder beweisen, daß durch die Exekution ein unwiederbringlicher Schaden unfehlbar zugehen würde; außerdem soll die Exekution nicht sistirt, sondern damit fortgefahen werden, jedoch gegen Caution.“ — Diese Stelle kann nur verstanden werden von Handlungen und Nachweisen, welche der Intervenient dem Richter in dem anhängigen Hauptstreite gegenüber vorzunehmen und beizubringen hat, wie auch daraus hervorgeht, daß Frhr. v. Kreittmayr auf *Mevii decisiones* T. V. decis. 334 verglichen mit d. 58 verweist. Gemeinrechtlich ist nämlich nach fr. 15 §. 4 de judic. (42. 1) die Zuständigkeit des Richters in Hauptstreite für diese Interventionsfrage außer Zweifel: „si rerum, quae pignoris jure captae sunt, controversia fiat, constitutum est, ipsos, qui rem judicatam exequentur, cognoscere debere de proprietate, et si cognoverint ejus fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exequentur“. —

**Aus oberstichterlichen Entscheidungen in Aufschlags-
sachen nach dem Gesetze vom 10. Nov. 1848.**

XIII.

Zulässigkeit von Nichtigkeitbeschwerden.

Wgl. Bb. XVIII S. 392.

Wenn auch bei Malzbestrafungen die bei Po-
lizeistrafsachen analog anzuwendenden Bestimmungen
des Gesetzes v. 10. Nov. 1848, die Abänderungen
des II. Theiles des StGB. v. 1813 betr., hinsichtlich
des öffentlichen Verfahrens mit Ausschluß jeder Be-
weistheorie im Allgemeinen, nach Art. 3 und 4 des
Ges. v. 10. Nov. 1848, die Untersuchung und Ab-
urtheilung der Aufschlagsbestrafungen betr., maas-
gebend sind, so gibt doch der Art. 6 des eben bezeich-
neten Gesetzes klar zu erkennen, daß das k. Ober-
appellationsgericht lediglich die Stellung einer
obersten Berufungsinstanz unter der Voraussetzung
einer bestimmten Beschwerdesumme oder einer der
speziell bezeichneten Maßnahmen gegen den Beschul-
digten einzunehmen habe, wodurch dasselbe hinsichtlich
seiner Kompetenz lediglich an die Stelle des früheren
Geheimen Rathes, nachher des kgl. Staatsrathes (Wd.
v. 8. Aug. 1810 NB. S. 642) getreten ist, und so-
nach eine Wirksamkeit des obersten Gerichtsho-
fes als Kassationshofes in Strafsachen nach dem
Gesetze v. 10. Nov. 1848 über die Abänderung des
II. Theiles des StGB. v. 1813 überall nicht be-
gründet ist. Nachdem nun in der Verordnung v.
8. Aug. 1810 Art. 2 die Zulässigkeit eines Refur-
ses überhaupt und einer Oberberufung an das
Oberappellationsgericht an eine Beschwerdesumme von
400 fl. gebunden ist, somit dasselbe überhaupt nur
unter dieser und anderen gegenwärtig nicht in Be-
tracht kommenden gesetzlichen Voraussetzungen ange-
gangen werden kann, diese Beschwerdesumme aber

hier nicht gegeben ist, so war, wie geschehen, die Nullitätsbeschwerde, sowie das Gesuch um Wiederaufnahme der Untersuchung abzuweisen.

Erk. v. 20. März 1854. R.Nr. 1572^{52/53}.

XIV.

Lauf der Berufungsfrist.

In dem Falle, wenn das Kreisfiskalat bei der Verhandlung einer Aufschlagsache oder bei der hierauf erfolgten Urtheilsfällung in öffentlicher Sitzung nicht vertreten war, läuft demselben das 30 tägige Berufungs-Fatale von dem Tage der Zustellung einer Urtheilsabschrift an, weil der Art. 5, letzter Absatz des Ges. v. 10. Nov. 1848, unbedingt die Zustellung einer Abschrift des gefällten Urtheils an das Kreisfiskalat gebietet, daher in dem gegebenen Falle (wenn das Fiskalat bei der Urtheilsfällung nicht vertreten war) erst hiedurch die „Eröffnung“ des Urtheils nach Art. 6, letzter Absatz des allegirten Gesetzes, bewirkt wird. —

Erk. v. 21. März 1854. R.Nr. 1294^{52/53}.

XV.

Zulässigkeit von Beschwerden wegen Verweigerung der Entscheidung über Nebenpunkte in Aufschlagsachen.

Es war wegen Verweigerung der Festsetzung von Reisekosten und Diäten für die Vertretung des Appellaten bei der Verhandlung in 2. Instanz, bezu- huf der Erholung derselben von dem in die Kosten II. Instanz verurtheilten Staatsärar Beschwerde geführt. Dieselbe wurde als zulässig erachtet, weil die Behandlung von Polizeitraffsachen (Art. 3 des Ges. v. 10. Nov. 1848) nach Analogie der Bestimmungen der G.D. Kap. 3, §. 3, Kap. 10 §. 3 und §. 13 Nr. 5 ¹⁾ die Zulässigkeit einer solchen Extra-

¹⁾ Vgl. Minist.-Resk. v. 8. Aug. 1849.

judizialbeschwerde rechtfertigt. Sie wurde ferner als begründet gefunden, weil der Abweisungsgrund der 2. Instanz:

daß die geforderte Kostenfestsetzung nach Fällung des Urtheils in öffentlicher Sitzung, bei welcher eine Liquidation nicht eingereicht wurde, hinterher von dem Gerichte nicht mehr geschehen könne,

nicht stichhaltig geachtet wurde, da die liquidirten Kosten nicht die Honorirung des Vertreters für die Rechtsausführung in öffentlicher Sitzung zum Gegenstande haben, daher auch von Richtern, welche bei der öffentlichen Verhandlung nicht thätig waren, unbedenklich hinterher festgestellt werden können.

Erk. v. 21. März 1854. Nr. 1294⁵²/₅₃.

q. μ.

Milderung der Freiheitsstrafe nach Art. 104 Th. I des StGB. im Verhältnisse zu der gegebenen Falls verwirkten Schärfung derselben.

Der Art. 104 Th. I des StGB. bestimmt:

„Langwieriges, ohne alles Verschulden über ein halbes Jahr dauerndes Gefängniß mindert die Dauer der verwirkten Freiheitsstrafe um so viel, als der unverschuldet erlittene Arrest beträgt.“

Wenn nun der Schuldige, etwa wegen Zusammenflusses das Maximum der StrafGattung mit Schärfung verwirkt (Art. 109), dagegen Anspruch auf die in Art. 104 bestimmte Milderung der verwirkten Freiheitsstrafe hat, so fragt sich, ob es angeht, jene Schärfung mit dieser Milderung gewissermaßen zu kompensiren, sonach die verwirkte Freiheitsstrafe ohne Milderung der Dauer, aber auch ohne Schärfung zuzuerkennen?

In einem Erkenntniſſe vom 13. Mai 1853 (in der Unterſuchung gegen Cäcilie Schuſter et cons. wegen ausgezeichneten Betruges) bejahte das Kreis- und Stadtgericht München dieſe Frage, ohne ſeine Anſicht näher zu motiviren. Für die Verneinung der Frage ſprechen dagegen folgende Erwägungen: Das Maximum der betreffenden Strafgattung darf niemals überſchritten werden, und die Straſſchärfung hat gerade vorwiegend den Zweck, da, wo das Maximum der zuläſſigen Freiheitsſtrafe dem Verſchulden gegenüber immer noch als zu gering erſcheint, durch äußere That das für das Verſchulden zugefügte Uebel zu erhöhen. Das Maximum der betreffenden Freiheitsſtrafe iſt die höchſte Freiheitsſtrafe, welche verwirkt werden kann. Nach Art. 104 nun iſt die verwirkte Freiheitsſtrafe um die Dauer des langwierigen unverſchuldet erlittenen Unterſuchungsarreſtes zu mindern; iſt nun das Maximum der Freiheitsſtrafe verwirkt, ſo muß eben das Maximum der Freiheitsſtrafe um die Dauer des unverſchuldet erlittenen Unterſuchungsarreſtes verkürzt werden. Die Strafe iſt ſo auszuſprechen, als wäre eine unverſchuldete Haft gar nicht gegeben, und von dieſer Strafe muß die Zeit der unverſchuldeten Haft abgezogen werden. Dieſe Dauer der Unterſuchungshaft iſt ſo zu betrachten, als wäre der Inculpirt während dieſer Zeit in Strafhafte geweſen; dieſe Zeit iſt mit der Zeit der noch zu erleidenden Freiheitsſtrafe ſammenzurechnen; würden ſie zuſammen die verwirkte Strafe oder das Maximum der betreffenden Strafgattung überſteigen, ſo würden die Artikel 13, bez. 16 und 28 Zhl. I des Strafgeſetzbuches, es würden ferner die im konkreten Falle in Frage ſtehenden Artikel, ſo weit ſie ein Maximum der Strafe feſtſetzen, durch den die Milderung mit der Schärfung kompensirenden Ausſpruch verletzt. Daher iſt in dergleichen Fällen einerſeits die Milderung der

Dauer der Freiheitsstrafe zu verwirklichen, anderseits die Schärfung nicht wegzulassen.

§ — f.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Honorar der Sensale. Derogirende Kraft des Gewohnheitsrechts.

Der §. 20 der bayerischen Wechselordnung von 1785 bestimmt unter Nr. 3: „der Sensal soll unter hinlänglicher Strafe keine andere als die taxordnungsmäßige Provision nach zu Stande gebrachten Geschäften zu nehmen berechtigt sein“. Die jenem Wechselgesetze angehängte Taxordnung setzt fest, daß der Sensal für Aufbringung eines Anlehens bis 1000 fl. incl. $\frac{1}{2}\%$, bis 3000 fl. incl. $\frac{1}{4}\%$ und über 3000 fl. ohne Unterschied $\frac{1}{8}\%$ „jedoch den dormaligen Merkantilgewohnheiten durchgehends unnachtheilig“ zu nehmen befugt sei. Ein Münchner Sensal, welcher die Aufnahme eines Anlehens von mehr als 3000 fl. vermittelte, erhob Klage auf Zahlung einer Provision von 1% und stützte dieselbe darauf, daß ihm einerseits vertragsmäßig ein Honorar von 1% bestimmt sei, anderseits ihm aber auch abgesehen von dem Betrage ein solches Honorar gebühre, weil nach gegenwärtigem Münchener Handelsusus ein Sensal, welcher für eine dritte Person ein Kapitel aufbringt, 2% oder doch wenigstens 1% der betreffenden Summe, ohne Unterschied der Größe, zu fordern befugt sei. Der Beklagte führte aus, daß die klägerischen Behauptungen, so weit sie auf ein Gewohnheitsrecht sich stützen, keinen rechtlichen Werth hätten, weil 1) durch die Worte „jedoch den dormaligen Merkantilgewohnheiten durchgehends unnachtheilig“ aus-

gesprochen werden wolle, daß nur solche Merkantilgewohnheiten durch die Taxordnung nicht ausgeschlossen werden wollen, welche zur Zeit der Erlassung jener Verordnung bereits bestanden, 2) aber durch die absolute Natur der fraglichen Bestimmungen, welche insbesondere in Festsetzung einer Strafe für Uebertretungsfälle sich offenbart, die Entstehung eines entgegengesetzten Gewohnheitsrechts für alle Zeiten unmöglich gemacht sei. Dieser Ansicht trat theilweise sowohl das Stadtgericht München, als das Appellationsgericht von Oberbayern bei. Das Erkenntniß des Stadtgerichts München spricht sich in dieser Beziehung folgendermaßen aus: Offenbar wollte durch den Beisatz, „den dermaligen Merkantilgewohnheiten durchgehends unmachttheilig“ nur gesagt werden, daß da, wo bereits zur Zeit der Einführung der Wechselordnung und der damit zusammenhängenden Taxordnung davon abweichende Merkantilgewohnheiten bestanden hätten, diese nicht beseitigt werden, vielmehr neben der Taxordnung Geltung haben sollten; neuere, d. h. solche Merkantilgewohnheiten, die sich erst nach Erlaß dieser Verordnung bilden würden, sollten aber für Berechnung der Provisionen für die Sensalen in Zukunft nicht mehr maßgeben, vielmehr eben durch diese Taxordnung außer Wirksamkeit gesetzt werden. Dies geht nicht nur schon aus dem Wortlaute dieser Stelle hervor, in welcher statt des Wortes „dermaligen“ — sollte sie anders so gedeutet werden können, daß die den Sensalen für Kapitalaufbringung zukommenden Provisionen nach den je bestehenden Ortsgewohnheiten sich bemessen sollten — eher „jemaligen“ oder „dermaligen und künftigen“ hätte gesetzt werden müssen, sondern auch aus der Absicht des Gesetzgebers überhaupt, welche, wie die §§. 19 und 20 der allegirten Wechselordnung deutlich erkennen lassen, eben die war, daß geldbedürftige Personen gegen möglichst geringen Auf-

Bringerlohn Anlehen erhalten sollten. (Erkenntniß v. 1. Juli 1853.)

Daß fgl. Appellationsgericht von Oberbayern äußert sich über diesen Punkt in seinem Erkenntniß vom 2. Nov. 1853 in folgender Weise: Irrig ist die Ansicht des Unterrichters, daß durch den in der Tagordnung gebrauchten Ausdruck „den dormaligen Merkantilgewohnheiten durchgehendß unnachtheilig“ die Entstehung von Merkantilgewohnheiten überhaupt nach dem Erlasse jener Verordnungen und in Folge dessen ihre Berücksichtigung von Seite des Richters ausgeschlossen sei. In dem erwähnten Zusage kann eine ausdrückliche oder nur mit Bestimmtheit zu folgernde Klausel dahin, daß gegen das fragliche Gesetz auch keine künftige Gewohnheit sich bilden dürfe, in keiner Weise gefunden werden. Wäre wirklich dieses Verbot darin enthalten, so könnte doch solches keine Wirkung haben, indem Buchta (Vorles. zu §. 13 Bd. I S. 31) richtig bemerkt, ein Gesetz könne so wenig ein künftiges Gewohnheitsrecht, als ein künftiges Gesetz aufheben. Dieser Grundsatz ist sowohl der Natur der Sache, als dem bayerischen Landrechte gemäß, indem die Anmerkungen zu Th. I Kap. I §. 12 ausdrücklich besagen, es werde die Aufhebung eines Gesetzes dadurch nicht gehindert, daß die *clausula omnium legum posteriorum derogatoria* diesem einverleibt sei, und (zu Thl. I Kap. 2 §. 15, Nr. 4, 5) diesen Satz bezüglich einer jüngeren Gewohnheit dem älteren mit der Klausel versehenen Gesetze gegenüber wiederholen. Es ließe sich daher in jenem Zusage nichts Anderes erkennen, als eine Bestimmung, die sich ohne Festsetzung des Gegentheils nach *MR. Thl. I Kap. I §. 12, Nr. 3* von selbst verstände (daß nämlich durch das Generalgesetz die Partikulargewohnheiten nicht aufgehoben sein sollten), würde nicht die Natur des Gesetzes als eines absoluten, wodurch in der Regel auch alle früher bestan-

denen partikulären Gewohnheiten aufgehoben werden, dessen ausdrückliche Hinzufügung erklären und rechtsfertigen..

Vgl. Savigny, System Bd. I S. 196.

In der bezüglichen Stelle der Wechselordnung ist nämlich eine allgemeine für sämtliche Sensale des ganzen Landes (so weit die bayerische Wechselgerichtsordnung Gesetzeskraft hat) geltende Rechtsregel enthalten, die mit unabänderlicher Nothwendigkeit herrschen soll, ohne der individuellen Willkür Spielraum zu lassen (ebendas. S. 57). Jene Eigenschaft derselben kann keinem Zweifel unterliegen. Diese ihre absolute oder gebietende Eigenschaft aber ergibt sich aus dem Wortlaute der Bestimmung, daß kein Sensal unter hinlänglicher Strafe eine andere Provision, als die taxordnungsmäßige zu fordern berechtigt sein soll, indem sich der Charakter eines Prohibitivgesetzes am besten und zuverlässigsten aus der Hinzufügung einer Strafe für den Fall der Uebertretung ergeben läßt. Mag deshalb die Statthaftigkeit des von dem Kläger für sich in Anspruch genommenen Gewohnheitsrechts schon aus dem Grunde großem Bedenken unterliegen, weil, wenn sich dasselbe für Vermittler von Darlehen überhaupt gebildet hätte, dessen Anwendbarkeit für Sensale, denen ein direktes Verbot entgegensteht, nicht thunlich erschiene, so würde für diese insonderheit von einem giltigen Gewohnheitsrechte nur dann die Rede sein können, wenn es sich hinsichtlich ihrer über das ganze Land erstreckte. Denn obgleich die Meinung, daß Prohibitivgesetze durch eine neuerliche entgegengesetzte Gewohnheit nicht entkräftet oder beseitigt werden können, in diesem Umfange eine unrichtige ist, so ist doch so viel gewiß, daß allgemeine Prohibitiv- oder absolute Landesgesetze durch eine entgegenstehende partikuläre Gewohnheit nicht alterirt werden können; denn in diesem Falle muß der Gewohnheit,

selbst wenn sie neuer ist als das Gesetz, jede Kraft abgesprochen werden.

Savigny System I 196, Seuffert, Pandektenrecht 2. (und 3.) Aufl. §. 10; Buchta, Pandekten §§. 13 und 17; dessen Vorlesungen hiezu S. 43 Ziff. 2 lit. b 1c.

Es ist daher dem behaupteten Ortsgebrauche von Anfang an alle Wirkung abzusprechen.

§ — f.

2.

Exekutionsanrufen in Merkantilsachen. Verzugszinsen.

In einem bei dem Merkantilerichte München gestellten Exekutionsanrufen wurde der Betrag der Verzugszinsen nicht ausgerechnet, sondern bloß durch Angabe des Kapitals, der Prozente und des Zeitpunktes, von und bis zu welchem diese Zinsen gefordert werden, bezeichnet. Das Wechsel- und Merkantilericht ließ in seinem Dekrete vom 20 März 1854, worin bezüglich der übrigen Posten Sperre verfügt wurde, die Verzugszinsen unberücksichtigt, bemerkend, „daß man auf die Verzugszinsen wegen Mangels genauer Berechnung keine Rücksicht genommen habe“. Diese Entscheidung beruht auf der Voraussetzung, daß die Zinsen in dem Exekutionsanrufen genau ausgerechnet sein müssen, soll ihnen eine Beachtung zugewendet werden. Diese Voraussetzung scheint jedoch erheblichen Bedenken zu unterliegen. Die Wechsel- und Merkantilerichtsordnung von 1785 enthält in Kap. X §. 2 bloß die Bestimmung, daß auf klägerisches Anrufen die Sperre verwilligt werde, sobald innerhalb der vorgestreckten Frist von 3 Tagen der Kläger nicht befriedigt worden ist. Wie das Anrufen gestaltet sein müsse, sagt dieser Paragraph nicht. Es gelten daher dieselben Normen für Anrufen im Merkantilerprozeß, welche die Gerichtsordnung und die Praxis für andere Pro-

geßachen festgestellt. Wie es hier genügt, wenn das „Quantum in Richtigkeit ¹⁾“ ist und aus dem Anrufen zur Genüge erkannt werden kann, so auch in Merkantilsachen. Das Quantum der Verzugszinsen aber wird vollkommen genau erkannt, wenn Kapital, Prozente, sowie Anfangs- und Endpunkt des Zinsenlaufes angegeben sind. G — f.

3.

Unvordenklichkeit. Nichtwissen der Zeugen, den Anfang des streitigen Zustandes betr.

Das bay. LR. Th. II Kap. 4 §. 9 Nr. 3 verlangt zwar, daß bei der Immemorialverjährung die Zeugen auch darüber aussagen sollen, daß sie den Anfang des streitigen Zustandes weder selbst wissen, noch anderwärts in Erfahrung gebracht haben. Allein aus der Fassung der angeführten Stelle: „die Zeugen müssen auch,

daß sie 3^{te} ein Anderes niemals gehört, und den Anfang der streitigen Sache weder selbst wissen, noch anderwärts in Erfahrung gebracht haben,

deponiren“, — insbesondere aus der Verbindung oben erwähnten Erfordernisses mit dem anderen der Verbindung, ein Anderes niemals gehört zu haben, läßt sich erkennen, daß es bei jenem lediglich auf eine Erläuterung des auch im gemeinen Rechte begründeten zweiten Hauptrequisites abgesehen war, nämlich auf die Erprobung, es sei auch aus dem vorhergehenden Menschenalter keine Erinnerung eines anderen Bestandes auf das jetzige gekommen. Eben deshalb wird nach einer konstanten Gerichtspraxis nicht verlangt, daß die Zeugen auch hinsichtlich des Anfanges des streitigen Zustandes in der oben bemerkten negativen Weise sich ausdrücklich auszusprechen haben; was außerdem auch darin seinen

¹⁾ Bgl. Bd. XVIII §. 1.

guten Grund hat, daß das Bekanntsein des rechtlichen Ursprungs zunächst dem Gegenbeweise angehört.

MKG. v. 8. März. 1853. Nr. 986⁵⁰/₅₁.

4.

Recht des Käufers, vom Kaufgelbe den Betrag der auf dem verkauften Gute lastenden Hypothekenschulden abzugleichen.

Wenn bei Gutskäufen der auf dem Kaufgegenstande lastenden Hypothekenschulden im Vertrage nicht erwähnt wurde, so ist darum nicht anzunehmen, der Käufer sei den bedungenen Kaufpreis zu zahlen verbunden, ohne den Betrag der Hypothekenschulden abzurechnen zu dürfen. Die Befugniß des Käufers zu dieser Abrechnung ist nicht dadurch bedingt, daß solche im Kaufvertrage bedungen worden. Schon kraft der Gesetze muß der Verkäufer für den Betrag der auf dem übergebenen Grundvermögen lastenden Hypotheken Gewähr leisten, resp. sich denselben am Uebergabsschillinge abrechnen lassen¹⁾, so ferne er nicht deren Uebernahme von Seite des Käufers neben dem Kaufpreise besonders und ausdrücklich ausbedungen hat, was ihm zu beweisen obliegen würde. Im Hinblick auf die in §§. 49, 51 und 54 des Hyp. Ges. v. 1. Juni 1822 bestimmte Haftung des Gutserwerbers für die eingetragenen Hypothekforderungen kommt es auch für jenes Abrechnungsrecht nicht darauf an, daß die Eintragung der Hypothekforderungen, beziehungsweise Einleitung der Hilfsvollstreckung, gegen den Erwerber bereits stattgefunden habe.

MKG. v. 9. Nov. 1852. Nr. 548⁵⁰/₅₁.

¹⁾ Bgl. fr. 66 do contr. emt. (18, fr. 65 do evict. (21, 2).

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Gerichtsstand des Wohnorts eines Kommiss, welcher Geschäftsreisender ist. — Zuständigkeit zur Obervormundschaft über außereheliche Kinder. — Obervormundschaft über eheliche Kinder; Uebertragung derselben an ein anderes, als das regelmäßig zuständige Gericht aus Gründen der Zweckmäßigkeit. — Das abwillige Eodit bezieht sich nicht auf den Fall, wenn vertragmäßig bedingene Nebenlagen fehlen. — Kauf unter Vorkerkern in Bayern über ein bayerisches Gut geschlossen. Muß sich der Verkäufer in österreichischen Banknoten bezahlen lassen? — Provokation, unstatthaft gegen einen Diamanten, welcher ein Gefäß, bez. eine Rechtsvermuthung für sich hat. — Hauptpflicht bei nöthiger Erweiterung einer Schule. *Tantum praescriptum quantum possessum.* — Injunctio-Revision. Die Vorentscheidung auf Erhebung der neuen Beweismittel keiner Rechtskraft fähig. — Injunctio-Revision. Declaration des Beklagten, er terlich verworfen, dann erneuert. — Ehre der Injunctio-Revision. — Injunctio-Revision, Uinrede, nur requirit zu haben.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes über Kompetenzkonflikte.

LVIII.

Gerichtsstand des Wohnorts eines Kommiss, welcher Geschäftsreisender ist.

Die Kinder des Konstantin S. wurden von ihrem Großvater in der Art zu Erben eingesetzt, daß das Erbgut derselben nicht in die Hand ihrer Eltern gelangen, sondern eine Vermögenskuratel eintreten sollte.

S. hatte sich im Jahre 1838 im Bezirke des Landgerichts Eitmann mittelst erhaltener Handelskonzession ansäßig gemacht und ist daselbst heimathsberechtigt, er suchte aber in der Folge sein Fortkommen als Kommiss und ist dermalen Handlungsreisender der Fabrikanten F. und Komp. in Münch-

berg. Wegen Führung der Oberkuratel hinsichtlich des den Kindern des S. angefallenen Erbvermögens entspann sich zwischen den Landgerichten Etmann und Mündyberg ein negativer Kompetenzkonflikt, welcher durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 12. Juni 1854 (UB. Nr. 48) dahin entschieden wurde; daß das Landgericht Mündyberg die zuständige Oberkuratelbehörde sei. Gründe:

„Nach den Akten steht thatsächlich fest, daß die S. . . schen Eheleute zwar im J. 1838 die Ansässigmachung in Z. (Landgerichts Etmann) erwirkten, daß sie aber Z. alsbald verließen und nach Mündyberg zogen, wo Konstantin S. als Handlungscommis bei F. und Komp. eintrat. Es muß somit der Ort, an welchem er sich in Condition befindet, als der seines Wohnsitzes für jetzt betrachtet werden.

Allerdings ist die dienstliche Stellung desselben bei F. und Komp. in Mündyberg von der Art, daß sie nicht als ihrer Natur nach perpetuirlich zu betrachten ist, da das Vertragsverhältniß sich auflösen, also Umstände eintreten können, welche eine Veränderung des Wohn- und Aufenthaltsortes mit sich bringen. Allein zur Begründung des Domizils ist ein immerwährender Aufenthalt an dem betreffenden Orte nicht erforderlich. Es kommt nur darauf an, daß der Ort, an welchen sich Jemand begibt, für jetzt als der des bleibenden Aufenthaltes so lange betrachtet werden muß, bis künftig etwa eintretende Umstände eine Veränderung herbeiführen könnten.

Dieses ist aber auch bei Demjenigen der Fall, der bei einem Handlungs- oder industriellen Etablissement sich in einer vertragmäßigen Stellung befindet, ohne anderwärts ein Domizil zu haben, so daß seine Abwesenheit von diesem etwa nur als eine vorübergehende aufgefaßt werden könnte.

Der Umstand endlich, daß S. bei F. und Komp.

die Stelle eines reisenden Kommiss bekleidet, steht der Annahme seines Domizils in Münchenberg nicht im Wege. Ist nämlich dem Obigen zufolge sein Domizil daselbst begründet zu betrachten, so bringen die Geschäftsreisen immer nur ein mit dem animus revertendi verbundene vorübergehende Entfernung mit sich, durch welche das Domizil nicht aufgehoben wird.

Hat nun aber Konstantin S. sein forum domicilii bei dem Landgerichte Münchenberg, so ist eben dieses auch die für die Obervormundschaft über die Kinder desselben zuständige Behörde, indem die Kinder dem Gerichtsstande des Vaters folgen. **GD. I. §. 3.**

LIX.

Zuständigkeit zur Obervormundschaft über außereheliche Kinder.

Wgl. Wb. 16 S. 265.

Die ledige Magdalena B...., in Bamberg heimathsberechtigt, aber bei ihrem Vater, dem Kasernehausmeister B. bei dem Chevauxleger-Regimente in Augsburg, wohnend, gebar daselbst ein außereheliches Kind. Daß wegen der Pflegschaftsbestellung für dieses Kind angegangene Kreis- und Stadtgericht Bamberg erklärte sich hiezu für inkompetent, weil Magdalena B. mit dem Pfleglinge ihren Wohnort im Bezirke des Kr. u. StG. Augsburg habe. Aber auch dieses lehnte die Kompetenz ab, weil der Aufenthalt der Magdalena B. in Augsburg gleich jenem ihres im Militärdienste stehenden Vaters nur ein vorübergehender sei. Dieser negative Kompetenzkonflikt wurde durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 12. Juni 1854 (UB. Nr. 47) dahin entschieden: daß das Kreis- und Stadtgericht Augsburg als Obervormundschaft des außerehelichen Kindes der Magdalena B. zuständig sei.

Gründe: „Gemäß des Gesetzes vom 15. Aug. 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechts- sachen betr. §. 3, haben Soldaten bis zum Ober- offizier ihren Gerichtsstand sowohl vor dem Gerichte ihres Wohnorts, welches ohne Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Militärperson das zuständige wäre, als auch vor dem Gerichte ihrer Garnison. Bei letzterem muß aber der Gerichtsstand des Vaters der Magdalena B. um so mehr als begründet angenommen werden, weil aus den Akten nur hervorgeht, daß derselbe in Bamberg das Heimathsrecht, nicht aber, daß er daselbst auch das Domizil erworben habe.

Die Akten lassen ferner entnehmen, daß Magdalena B. ihr Fortkommen nicht etwa als Dienstmagd sucht, sondern daß sie sich bei ihrem Vater befindet. Diesem zufolge kommt ihr gemäß G.D. I, 3 der Gerichtsstand des Vaters ebenfalls zu.

Daran ändert auch der Umstand nichts ab, daß der Aufenthalt ihres Vaters in Augsburg, weil er sich im Militärverbande befindet, Veränderungen unterworfen sein kann, welchen dann auch jener der Magdalena B. unterläge. Denn auch abgesehen von der oben angeführten gesetzlichen Bestimmung ist unter dem den Gerichtsstand des Wohnorts begründenden Aufenthalte nicht nothwendig ein perpe- tuirlicher zu verstehen. Es genügt vielmehr die Absicht, jetzt an diesem Orte zu wohnen, wenn auch künftig Umstände eintreten können, welche eine Veränderung herbeiführen.

Dasjenige Gericht aber, bei welchem die Mutter eines außerehelichen Kindes ihren Gerichtsstand hat, ist auch zuständig für die Obervormundschaft bezüglich des letztern.“

LX.

Obervormundschaft über eheliche Kinder; Uebertragung derselben an ein anderes, als das regelmäßig zuständige Gericht aus Gründen der Zweckmäßigkeit.

Wgl. Bb. 18 S. 277.

Dr. A. verheiratete sich zu München, dem gemeinschaftlichen Geburtsorte beider Ehegatten, und wurde später bei der Gewerbschule in Bamberg als Lehrer angestellt, woselbst er im Jahre 1848 mit Hinterlassung einer aus dieser Ehe vorhandenen noch unmündigen Tochter starb. Bevor noch eine Verlassenschaftsverhandlung in Bamberg gepflogen war, und eine Vormundschaftsbestellung stattgefunden hatte, verließ die Wittve A. ihren bisherigen Wohnort Bamberg und zog mit ihrer Tochter nach München, wo sie auch das Heimathsrecht hat.

Zur Vornahme der Löschung eines für die A. schen Eheleute eingetragenen und zurückbezahlten Hypothekapitals sollte die obervormundschaftliche Genehmigung beigebracht werden, und hierdurch wurde wegen Einleitung einer Kuratel über das Kind der Wittve A. ein negativer Kompetenzkonflikt zwischen den Kreis- und Stadtgerichten Bamberg und München, von denen ein jedes sich hiezu für inkompetent erklärte, herbeigeführt, welcher von dem kgl. Oberappellationsgerichte durch Erkenntniß vom 17. Juni 1854 (UB. Nr. 49) dahin entschieden wurde: daß das Kr.- und StG. München zur Führung der Obervormundschaft über die Tochter des verstorbenen Lehrers A. zuständig sei.

Gründe: „Zwar steht der Grundsatz fest, daß jenes Gericht, bei welchem der Vater zur Zeit seines Todes den ordentlichen Gerichtsstand hatte, auch die für die Obervormundschaft über das von demselben hinterlassene Kind zuständige obrigkeitliche Behörde sei.

Bamberger Landrecht Thl. I. Anhang 3. Titel 2. §. 13. und bayr. Landr. I, 7. §. 7.

Durch seine Anstellung in Bamberg hatte Dr. A. daselbst auch das Domizil erworben und sohin seinen ordentlichen Gerichtsstand bei dem Kr. und StG. Bamberg. Auch war hierin zur Zeit seines Todes noch keine Veränderung eingetreten. Nach den obigen gesetzlichen Vorschriften, und da eheliche Kinder dem Gerichtsstande ihres Vaters folgen, unterliegt es keinem Zweifel, daß das Kr. und StG. Bamberg die zur Uebernahme der fraglichen Obervormundschaft zuständige Behörde ist. Der Umstand aber, daß die Wittve und Mutter des Kindes noch vor der Vormundschaftsbestellung Bamberg verließ, und mit ihrem Kinde nach München, ihrem Heimathsorte, sich zurück begab, um daselbst für die Zukunft zu wohnen, konnte an diesem Verhältnisse nichts ändern, weil das Domizil, einmal begründet, zu den erworbenen Rechten gehört, sohin dem Kinde durch die Verlegung des Wohnsitzes der Mutter nicht entzogen werden konnte. Wenn also die Mutter nun ihren ordentlichen Gerichtsstand bei dem Kr. und StG. München hat, so ist dieses ohne Einfluß auf das für das Kind in Bamberg begründete Domizil mit dessen rechtlichen Folgen, weil der Grundsatz, daß das Kind dem Gerichtsstande der Mutter folgt, nur in Ansehung außerehelicher Kinder gilt.

Allein vorliegend sprechen Gründe der Zweckmäßigkeit dafür, daß das Kr. und StG. München sich der Obervormundschaft unterziehe. Die Wittve A. besitzt in Bamberg nichts mehr, sie wohnt seit dem Tode ihres Ehegatten in München, ihrem Geburtsorte, und nichts deutet darauf hin, daß die Mutter oder das Kind wieder nach Bamberg, um da ihren Aufenthalt zu nehmen, zurückkehren würden. Unter diesen Umständen ist eine in Bamberg bestehende Vormundschaft mit dem Wohle des Pflégelings nicht vereinbar, weil von dort aus die Einwirkung auf dessen Person erschwert ist, während

auch die Uebernahme der Obervormundschaft von Seiten des Kr. und StG. München diesem keine Geschäftslast von Bedeutung aufblirbet, da nach dem Urtheile des Armenpflugschaftsrathes zu München eine Güter- und Vermögensverwaltung nicht in Aussicht steht.“

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Das abkilitische Edikt bezieht sich nicht auf den Fall, wenn vertragsmäßig bedungene Nebensachen fehlen.

Bayerisches und gemeines Recht.

Im bayerischen Landrechte Thl. IV Kap. 3 §. 23, wo vom edicto aedilitio die Rede ist, wird sub Nr. 4 bestimmt:

Werden hierinfaß alle Sachen für mangelhaft gehalten, welche Dasjenige nicht an sich haben, was sie entweder ihrer ordinären natürlichen Eigenschaft, oder dem Versprechen nach an sich haben sollen.

In den Anmerkungen Kreittmahr's zu dieser Gesetzesstelle Nr. 3 lit. C ist nun nach vorheriger Aufzählung der schon im Landrechte selbst aufgeführten Beispiele von Mängeln einer Sache weiter angeführt:

„Noch größer ist der Mangel, wenn sogar an dem, was Verkäufer ausdrücklich versprochen hat, etwas abgeht, es bestche solches gleich in einem besondern corpore, welches noch hätte hinzukommen sollen, oder aber in einer gewissen Qualität, so der Verkäufer angegeben hat.

Es wird sich hiebei auf mehrere Schriftsteller und namentlich auf fr. 32 und 33 de aedil. edicto (21. 1) bezogen.

Diese Behauptung ist nun bezüglich des corpus, welches zu der verkauften Hauptsache vermöge des Vertrages hinzukommen sollte, jedoch nicht trarirt wurde, sowohl nach den Worten des Gesetzestextes, als auch nach der Natur und dem Zwecke des ädilischen Ediktes, sowie nach den oben angeführten Bestimmungen des gemeinen Rechtes offenbar unrichtig.

Der Text des bayerischen Landrechtes spricht nur von dem Abgange jener Eigenschaften der Sache, welche sie nach ihrer gewöhnlichen Beschaffenheit oder vermöge ausdrücklicher Zusicherung an sich haben soll, folglich von Fehlern an dem Gegenstande, nicht aber von dem Fehlen des Gegenstandes selbst.

Accessorien eines Hauptobjectes, welche nicht als absolut wesentliche Bestandtheile desselben anzusehen sind, sondern nur vermöge spezieller Vertragsbestimmung mit dem Hauptobjecte verkauft werden, gehören eben so wie die Hauptsache zu dem Gegenstande des Kaufvertrages, und wenn sie daher mit dem Hauptobjecte nicht übergeben werden, so liegt hierin kein Fehler im Sinne des Landrechtes a. a. O. §. 23 Nr. 4, sondern ein Abgang dessen, was nach dem Vertrage mit dem Hauptobjecte ebenfalls übergeben werden sollte.

Das Hinzukommen, resp. die Tradition dieser Accessorien zum Hauptobjecte des Kaufgeschäftes ist folglich nicht etwas, was dieses Hauptobject an sich haben, sondern etwas, was mit und neben demselben noch besonders übergeben werden soll, also eine Sache, welche eben so wie jenes Hauptobject ein speziell bestimmter Gegenstand des Kaufes ist.

Das ädilische Edikt hat es überhaupt nicht mit den rechtlichen Wirkungen des Kaufvertrages bezüglich der Erfüllung desselben, sondern nur mit den Folgen der Fehlerhaftigkeit der Sache, also der

inneren, und nach dem bayerischen Landrechte a. a. O. auch mit der juristischen Eigenschaft der Sache zu thun, und kann sich daher auf dasselbe nie berufen werden, wenn die Existenz, resp. Tradition, des Kaufgegenstandes oder der ausdrücklich versprochenen Pertinenzien derselben selbst in Frage steht, sondern einzig und allein dann, wenn dieser Gegenstand und resp. dessen Pertinenzien wohl tradirt wurden, aber einen Fehler an sich haben.

Die Bezugnahme auf fr. 32 und 33 de aedil. edicto beruht offenbar auf einem Mißverständnisse. Denn nach diesen Gesetzesvorschriften soll der Verkäufer nicht bloß bei der verkauften Hauptsache, sondern auch bei den Accessorien die Fehler der Sache anzeigen und dafür verantwortlich sein; es ist also hier nur verordnet, daß, wenn auch bloß bei diesen Accessorien ein Fehler vorhanden ist, der Verkäufer eben so, als wenn er bei der Hauptsache stattfinden würde, verhaftet sei, keineswegs aber, daß, wenn eine versprochene Pertinenz zur Hauptsache gar nicht vorhanden sei und nicht tradirt werde, dieß als ein Mangel der Hauptsache angesehen, und hierauf die Vorschrift des ädilischen Ediktes angewendet werde.

Glück's Kommentar Band 20 §. 1110 S. 60.

Die erwähnte Bemerkung Kreittmahr's ist hiernach wohl in so ferne richtig, als das Abgehen eines versprochenen corpus, welches zu der verkauften Sache noch hinzukommen sollte, ein Mangel ist; allein unrichtig ist sie, wenn er diesen unter die Vorschrift des Landrechts l. c. §. 23 Nr. 4 subsumirt, da in einem solchen Falle wohl von einer Klage auf Kontrakterfüllung und beziehungsweise Einrede des nicht erfüllten Vertrages, nicht aber von der Klage und resp. Einrede aus dem ädilischen Edikte die Rede sein kann.

Nach dieser Ansicht wurde auch vom obersten

Gerichtshofe in einem Erkenntnisse vom 19. Juni 1854 Nr. 1829^{62/55} entschieden. ..d... 11

2.

Kauf unter Oesterreichern in Bayern über ein bayerisches Gut geschlossen. Muß sich der Verkäufer in österr. Banknoten bezahlen lassen?

Mehrere österreichische Unterthanen hatten ein in Bayern gelegenes Gut geerbt, und wurde dieses von dem betreffenden bayerischen Gerichte öffentlich zum Zwecke der Theilung versteigert, wobei einer der Erben selbst das Gut ersteigerte und sonach von dem Kaufpreise die treffenden Erbtheile der übrigen Erben hinauszahlen mußte.

In welchen Münzsorten der Strichschilling zu zahlen sei, war unter den Versteigerungsbedingungen nicht erwähnt.

Der Steigerer wollte nun an seine Miterben die Zahlung in österreichischen Banknoten leisten, weil diese in Oesterreich Zwangskurs haben, und da sie die Annahme der Zahlung in dieser Weise verweigerten, deponirte derselbe die Banknoten bei dem österreichischen Gerichte des Wohnorts der Miterben.

Diese letzteren stellten nun bei dem k. bayerischen Gerichte, wo die Versteigerung vorgenommen, sohn derjenige Kontrakt, vermöge dessen der Steigerer die Zahlung an sie zu leisten hatte, abgeschlossen wurde, Klage auf Herauszahlung des sie treffenden Antheils am Kaufschillinge.

Dieser setzte die Einrede der Zahlung entgegen, weil er den Klägern den geforderten Betrag in österreichischen Banknoten, welche jeder österreichische Unterthan wegen des gesetzlichen Zwangskurses nach ihrem Nominalwerthe annehmen müsse, angeboten,

auf ihre Weigerung aber, sie anzunehmen, gerichtlich deponirt habe, was als Zahlung gelte.

Diese Einrede wurde von dem k. Oberappellationsgerichte durch Erkenntniß vom 6. Mai 1854 Nr. 813⁵²/₅₃ in Conformität mit der Entscheidung des treffenden k. Appellationsgerichtes als ungegründet verworfen, und zwar aus folgenden wesentlichen Erwägungen.

Der Kaufvertrag wurde im Bezirke des kgl. bayerischen Landgerichtes G. im Wege gerichtlicher Versteigerung abgeschlossen und enthält keine Bestimmung darüber, nach welchem Münzfuße die Zahlung des Kaufschillinges geschehen solle. Es muß daher angenommen werden, daß der an dem Orte, wo der Vertrag geschlossen wurde, übliche Münzfuß, also auch die Zahlung in bayerischer Reichswährung, nicht aber in österreichischen Banknoten beabsichtigt gewesen sei. Wäre letzteres der Fall gewesen, so hätte dieß von Demjenigen, der das Kaufangebot machte, ausdrücklich erklärt, und das Angebot in dieser Weise auch angenommen werden müssen; da aber solches nicht geschehen, vielmehr für die erste, bei der Gutseinweisung zu erlegendende Frist baare Zahlung, sohin in baarem Gelde bedungen, und eine andere Zahlungsart auch für die weiteren Fristen nicht bestimmt worden ist, so kann jetzt den Klägern (vor den bayerischen Gerichten) die Zahlung des Kaufschillinges in österreichischen Banknoten wider ihren Willen nicht aufgedrungen werden. ..b...

3.

Provokation, unstatthaft gegen einen Diffamanten, welcher ein Gesetz, bez. eine Rechtsvermuthung für sich hat.

Nach Ger.-Ord. Kap. IV §. 5 Nr. 6 mag der Diffamant, der sich im wirklichen Besitze des angerühmten Rechtes befindet, zur Klage in der

Hauptsache nicht aufgefördert werden, sondern ist der vermeintliche Diffamat vielmehr selbst dahin aus und in diffamatorio abzuweisen. — Dem Besitze und Quasi-Besitze in der hier berührten Beziehung muß es nun auch gleich kommen, wenn Jemand an einem Rechte fest hält, bezüglich dessen er zwar keine factische Besitzhandlung anzuführen vermag, für dessen Zuständigkeit ihm aber eine gemäß unbestrittener tatsächlicher Voraussetzungen anwendbare Gesetzesvorschrift, oder auch eine in der Natur und geschichtlichen Entwicklung eines Institutes begründete Rechtsvermuthung zur Seite steht; weil der Grund des Gesetzes, es nicht in den Betracht einer lästigen und zur Klage verpflichtenden Verührung zu stellen, wenn Jemand nur Rechte zur Sprache bringt, in deren Ausübung er sich befindet, auch den Fall gleichmäßig mit umfaßt, wenn er, um dieselben neuerdings auszuüben, eines Beweises seiner Berechtigung gar nicht bedarf.

Wenn etwa nach dem Landesrechte der Zehentherr einer Markung die Verpflichtung hat, zur Kirchenbaulast beizutragen, und nun eine Kirche diese Befugniß zu ihren Rechtszuständigkeiten zählt, eine ihr im Administrativwege zugewiesene Konkurrenz-Quote des Zehentherrn einzieht, oder demselben ein ihr zugemuthetes Zeugniß, seinen Zehent zur Unterhaltung der Kirche stets außer Beizug lassen zu wollen, verweigert, so kann jene Kirche nicht als angebliche Diffamantin zur Klagestellung herausgefordert werden, weil sie sich in jener Annahme oder dieser Weigerung auf dem gesetzlichen Rechtsboden bewegt, auf die Vorschrift der Gesetze selbst stützt; vielmehr muß der Zehentherr, der seinen Zehent von jener Last befreien will, um ihn z. B. der Ablösungskasse überweisen zu können, seinerseits mit der Negatorienklage hervortreten.

In diesem Sinne ergingen zwei OABG. vom

23. Dezember 1853 (Nr. 1443^{51/52}) und vom 10. Januar 1854 (Nr. 1379^{52/53}). ****

4.

Baupflicht bei nöthiger Erweiterung einer Schule. — *Tantum praescriptum quantum possessum.*

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 5, Nr. 52. Bl. f. Rhl.
S. 45; Bd. XVIII. S. 352.

Einer Standesherrschaft lag unstreitig seit den ältesten Zeiten ob, das Schulgebäude einer Stadt zu unterhalten; sie weigerte sich jedoch, eine durch An- wachß der Bevölkerung nöthig gewordene Erweite- rung auf ihre Kosten zu bewerkstelligen. Die erste Instanz legte dem Magistrate den Beweis auf, daß seit Menschen Gedenken, so oft eine Erweiterung der Schule nöthig gewesen, die Standesherrschaft diesem Bedürfnisse abgeholfen habe. Der oberste Gerichtshof, über diesen Beweis hinweggehend, verurtheilte das beklagte f. Haus sogleich nach den Klagsblitten. In den Entscheidungsgründen kommt vor:

„Ohne Grund hält das f. App.-Ger. dafür, diese unbestrittene Baupflicht umfasse noch nicht von selbst die nunmehr durch Zunahme der Bevölkerung nöthig gewordene Erweiterung des Schulgebäudes. Der Grundsatz: *tantum praescriptum quantum possessum*, worauf sich jener Gerichtshof beruft, ist nicht durchgreifend, um die daraus hergeleitete Unterscheidung zu rechtfertigen

Die Unterhaltung der Schule „in baulichen Würden“ muß immer der Rücksicht untergeordnet bleiben, daß sie auch ihrer Bestimmung, ein Bedürf- niß für den ersten Unterricht der ganzen städtischen Jugend zu decken, Genüge leiste. Denn nicht das Haus, sondern der ganze Schulzweck jener Gemeinde ist in den analogen Betracht des herrschenden Grund- stückes zu stellen. Das Nichtvorkommen des Falles

einer bekannnten Erweiterung, ist bloß als ein zufälliges Ergebniß des fehlenden Anlasses zu würdigen, den älteren Zustand zu verändern. Eine gründliche und umsichtsvolle Erfassung des Satzes: tantum praescriptum, quantum possessum läßt aber auf die Zufälligkeiten, denen die Ausübung eines Rechtes oder die Bethätigung einer Pflicht im Einzelnen nach dem Wechsel wandelbarer Erheischungen unterworfen ist, kein entscheidendes Gewicht legen, um darin die Kundgabe einer engeren Begrenzung zu erblicken.

DAGE. v. 3. Dez. 1853. Nr. 1031^{47/48}.

5.

Inzident-Restitution. Die Vorentschießung auf Erhebung der neuen Beweismittel keiner Rechtskraft fähig.

Wenn mit der Ergreifung eines ordentlichen Rechtsmittels ein Inzident-Restitutionsgesuch um Erhebung neu aufgefundenener Beweise verbunden wurde, der Oberrichter dieselbe zulässig befunden und daher nach G.D. Kap. XV, §. 5 Nr. 8 und dem Plenar-Beschlusse vom 14. Dez. 1843 (Reg.-Bl. 1844, S. 35) eine vorläufige Entschließung auf Abnahme des juram. nov. und eventuelle Vernehmung der Zeugen oder Produktion der Urkunden erlassen hat, so ist durch diese Verfügung der Hauptsache noch in keiner Weise präjudizirt, nicht einmal in so weit, daß nach abgelegtem Noven-Eide die erhobenen Beweismittel wirklich als neu aufgefundenene Behelfe für die Hauptsache mit in Betracht gezogen werden müßten. Zeigt sich etwa bei der Erledigung der Hauptsache, daß die angeblich neuen Zeugen nur als Sachverständige nachgeschleppt werden wollten, um einen besseren Werthsaufschlag eines streitigen Grundstückes aufzustellen, also einen Nachweis zu liefern, zu dessen Erlangung jeder Grund-

besitzer in der Gemeinde gleich Anfangs vorgeschlagen werden konnte, — oder ergibt sich aus ihren Aussagen selbst, daß der Produzent sie längst gekannt habe —; daß sie als seine Dienstboten, Hausgenossen oder als Sequester des streitigen Grundstückes sich ihm vorüberhin als die am besten unterrichteten Personen darbieten mußten, — so kann ihren bereits erhobenen Aussagen auch jetzt noch wegen fehlenden Erfordernisses des neuen Auffindens oder sonst aus formellen Gründen die Zulassung und Würdigung des Inhaltes versagt werden.

MAG. v. 24. Januar 1854 in Sachen: Fehler g. Weber. — Nr. 1432⁴⁸/₄₉. ****

6.

Injurienklage. Deklaration des Beklagten, richterlich verworfen, dann erneuert.

Bahr. Recht.

: Die Befugniß des Beklagten, sich durch Deklaration von der Injurienklage loszumachen, kann nicht so weit ausgedehnt werden, daß, wenn der Beklagte bereits deklariert hat, über die Gültigkeit der Deklaration vollständige Verhandlungen gepflogen worden sind, in Folge derselben durch Urtheil die Deklaration als ungiltig verworfen wurde, und dieses Urtheil die Rechtskraft beschritten hat, der Beklagte alsdann noch eine zweite, verbesserte Deklaration abgeben könnte. Das Gesetz spricht nur von einer Deklaration, kennt aber keine zweite verbesserte, und wollte man eine solche zulassen, würde dies offenbar der Absicht des Gesetzes widersprechen, weil dieses die Neue des Beklagten und hinreichende Genugthuung für den Kläger vor Augen hat, dieser doppelte Zweck aber vereitelt würde, wenn nach einer einmal geschienenen Deklaration, und so oft diese für ungenügend erklärt würde, immer wieder eine neue zu-

gelassen würde; indem gerade daraus ersichtlich wäre, daß es dem Beklagten mit seiner Deklaration nicht Ernst ist, und er die Beschimpfung nicht bereue, und indem in einer solchen offenbar nicht aus freiem Antriebe und aus der Absicht, dem Kläger zu satisfaziren, hervorgegangenen Deklaration keine genügende Satisfaktion für den Beleidigten gefunden werden könnte.

DAGE. v. 5. Januar 1854. Nr. 350^{53/54}.

7.

Einrede der Minderjährigkeit.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Die Behauptung, der Beklagte sei bei Eingehung des Rechtsgeschäftes noch minderjährig und deshalb nicht dispositionsfähig gewesen, bildet nach heutigem Prozeßrechte eine vom Beklagten gehörig vorzuschüßende Einrede. Diese muß aber im vorliegenden Falle als versäumt angesehen werden, da sie in der Exzeptionschrift gar nicht vorkommt, sondern erst in der Duplik zur Sprache gebracht ist...

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 8. März 1853.
Frankfurter Sammlung (von J. J. Römer)
Bd. 1 S. 53.

8.

Injurienklage. Einrede, nur retorquirt zu haben.

Vgl. Bd. 1 S. 104.

Nur wenn augenblickliche Erwiderung einer erlittenen Injurie stattgefunden hat, so daß jene als ein Akt abgedrungener Selbstvertheidigung erscheint, mag der Injurienklage, welche wegen des beleidigenden Inhalts der Erwiderung erhoben wird, mit der Einrede, nur retorquirt zu haben, begegnet werden können.

Vgl. DAGE. v. 9. März 1852. Nr. 1193^{50/51}.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen. — Domizil eines Wirthschaftspächters. — Zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Acceptanten bedarf es weder einer Präsentation, noch eines Protestes. — Haftungszeit für gelieferte Waaren. — Sicherheitsleistung bei eigenen Wechseln. — Auch der erfolglose Synter Versuch gewährt dem Gläubiger ein Vorzugsrecht. — Das Herkommen in Gemeindefachen noch kein Grund der Verweisung oder Zulassung auf dem Rechtswege. — Anrechnung zum Unverfallenden unter Bestimmungen, welche die Eigenschaft eines Erben ausschließen. — Vertragmäßige Beschränkung der persönlichen Freiheit. Kontrollirliche Verpflichtung eines inländischen Gewerbegehilfen, beim Austritt aus dem bisherigen Dienst, nicht bei einem gleichartigen inländischen Etablissement in Arbeit zu gehen. — abwechselnde Verjährung der erb. Unterbrechung durch Pfändung und Auktionsstrafen. — Ome. —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes über Kompetenzkonflikte.

LXI.

Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen.

Bächler, fürstlich Thurn- und Taxis'scher Hofstapeziker in Regensburg, erhob im November 1853 bei dem k. Kreis- und Stadtgerichte daselbst eine Schulds- und Arrestklage gegen den Schauspielsdirektor Gerlach für eine Forderung von 806 fl. 48 kr. und erwirkte hiedurch den Arrest auf fahrende Habe im Anschlage von 869 fl. 12 kr. In der zur Rechtfertigung des Arrestes anberaumten Tagesfahrt erschien den 17. Dezember 1853 für Gerlach der k. Advokat M. als Anwalt ohne Vollmacht und Bächler in Person mit seinem Anwalte. Beide Theile vereinigten sich dahin, daß Advokat M. für Gerlach dem Bächler die sämtlichen in Beschlag genommenen Garderobe- und Bibliothekstücke an Zah-

lungsstatt für seine ganze Forderung überließ, mit dem Anhange, dem Letzteren stehe die Besitzergreifung jeden Augenblick frei. — Fünf Tage später, den 22. Dezember 1853, ging Gerlach, weit überschuldet, mit Tod ab; erst nunmehr, und wie es scheint, bei Gelegenheit der Versiegelung des Nachlasses wußte Bächler den Besitz der ihm überlassenen Mobilien zu erlangen. Die Gläubiger des Gerlach ermächtigten jedoch den k. Advokaten Kl. zur Zurückforderung derselben in den Bereich der Aktivmasse, und dieser stellte im Mai 1854 wiederholt eine Requisitionsklage gegen jenen Vergleich, zugleich auf Zurückgabe der bemerkten Effekten in Folge des der Masse daran verbliebenen Eigenthums gerichtet, sich auf den Abgang der Vollmacht oder Genehmigung für Advokat M. und auf den Abschluß zu absichtlicher Gefährde der übrigen Gläubiger stützend. Diese Klage, zuerst bei dem k. fürstlich Thurn- und Taxis'schen Gerichte I. Instanz in Regensburg eingereicht, welches nach lit. B Nr. I der k. Deklaration vom 27. März 1812 (Reg.Bl. 1812, S. 841), den persönlichen Gerichtsstand des Bächler als eines Taxis'schen Hofdieners bildet, wurde wegen Zusammenhanges der Sache mit der Arrestsache hier ab- und an das k. Kreis- und Stadtgericht Regensburg verwiesen, — bei dem Letzteren wiederholt vorgelegt, aber auch von diesem Gerichte wegen persönlicher Unzuständigkeit über den Beklagten nochmals abgewiesen. Advokat Kl. regte hierauf nach Art. 14 des Gesetzes von 1850 über Kompetenzkonflikte den negativen Kompetenzkonflikt bei dem obersten Gerichtshofe an, ohne sich für eines der im Widerstreite begriffenen Gerichte zu erklären.

Der oberste Gerichtshof erklärte durch Erkenntniß vom 1. Sept. 1854 das k. Kreis- und Stadtgericht Regensburg als kompetent. Gründe:

1) Die erhobene Requisitionsklage ist zwar nach Beschaffenheit der beiden Behelfe, worauf sich dieselbe

gründet, — Ueberlassungen Zahlungsstatt durch einen nicht bevollmächtigten Anwalt, und Veräußerung zu absichtlicher Gefährde der übrigen Gläubiger, — eine persönliche, hat mithin ihrer Natur nach dem Gerichtsstande des Beklagten zu folgen, woran auch

2) der in der primären Klagsbitte nur folgerweise vorkommende Bezug auf ein der Masse an den streitigen Effekten noch immer zustehendes Eigenthum nichts zu ändern vermag. Dabei steht jedoch

3) vorzugsweise der Rechtsbestand eines in Laufe einer Streitsache gerichtlich abgeschlossenen Vergleiches in Frage, welchen zu beurtheilen dem mit der Hauptsache befaßten Gerichte zusteht, in dessen Verhandlungen jener Vergleich seine Stelle einnahm, und welches den ganzen Streit entscheiden sollte. Vgl. (in analoger Beziehung) G.D. Kap. XVII §. 2 Nr. 3. Ueberdies kann

4) die Art und Weise, wie sich Bändler bei der Versiegelung des Nachlasses auf Anlaß einer gerichtlichen Verfügung in den Besitz jener Effekten zu setzen wußte, dabei nicht völlig außer Betracht bleiben.

5) Nach G.D. Kap. I §. 10 soll man Sachen, welche zusammen gehören, nicht leicht von einander trennen, sondern vor einer Obrigkeit allein verhandeln lassen; der Zusammenhang der Sachen aber als ein thatsächlicher Anhaltspunkt fällt in jedem einzelnen Falle unter die Herrschaft der begleitenden Umstände.

6) Von einer *causa exempta* handelt es sich hier nicht, indem die G.D. (I. §. 10) darunter nur eine solche versteht, welche nach ihrer inneren Beschaffenheit der ordentlichen Gerichtbarkeit entrückt ist, wie Ehestreitigkeiten, Berg- oder Wechselfachen.

7) Im Zweifel verdient überall das ordentliche Gericht vor dem mit einer erimierten Gerichtbarkeit versehenen den Vorzug, und das letztere hat hier selbst sich für unzuständig erklärt.

Auß diesen Gründen war: das k. Kreis- und

Stadtgericht Regensburg als das zuständige Gericht zur Verhandlung und Entscheidung der erhobenen Klage der Gerlach'schen Gläubiger zu erklären.

LXII.

Domizil eines Wirthschaftspächters.

Der Privatier Joseph Muck in Regensburg setzte in seinem Testamente dd. Regensburg 16. Oktbr. 1853, die fünf Kinder seiner mit Franz Xaver Steinherr verheiratheten Tochter Josepha zu Erben ein; und verordnete dabei, daß bis zu ihrer Großjährigkeit die Erbschaft durch einen Kurator unter der obervormundschaftlichen Ueberwachung verwaltet werden soll. Da die Steinherr'schen Eheleute sich jetzt als Wirthschaftspächter in Isareck, Landgericht Moosburg, aufhalten, vorher aber in Dingolfing ansäßig waren, so ergab sich wegen der Uebernahme dieser Vormundschaft zwischen den Landgerichten Dingolfing und Moosburg ein negativer Kompetenzkonflikt, dessen Entscheidung der von dem Landgerichte Moosburg prov. modo aufgestellte Kurator Nepomuk Faist beantragte.

Der oberste Gerichtshof entschied am 3. Juni 1854, dem generalstaatsanwaltschaftlichen Antrage entsprechend, sich für die Kompetenz des k. Landgerichtes Dingolfing als obervormundschaftlicher Behörde — aus folgenden Gründen:

„Die Entscheidung dieses Kompetenzkonfliktes hängt von der Frage ab, ob die Steinherr'schen Eheleute ihr Domizil in Dingolfing oder in Isareck haben, da jene Obrigkeit nach cod. civil. I 7. §. 7 den Vormund bestellt, in deren Bezirk des Pupillen Vater sein Domizil hat.

Den Akten zufolge muß nun als feststehend angenommen werden, daß die Steinherr'schen Eheleute sich jetzt in Isareck nur als Wirthschaftspächter

aufhalten, daß dieser Pacht mit dem 1. März 1855 zu Ende geht, daß dieselben in Isareck eigenthümlichen Grundbesitz nicht erworben haben, daß sie vor der Pachtung der Wirthschaft in Isareck sich in Dingolfing ansäßig gemacht und daselbst gewohnt hatten, endlich daß sie bisher auch anderwärts eine Ansässigmachung nicht begründeten.

Hatten nun aber die Steinherr'schen Eheleute das Domizil in Dingolfing erworben, ehe sie den Pacht des Wirthshauses in Isareck übernahmen, so haben sie jenes durch letzteren nicht wieder verloren; denn der Aufenthalt am Orte des Pachtes ist nur als eine durch vorübergehenden Zweck bedingte Abwesenheit vom bisherigen Wohnort zu betrachten und involvirt den Verzicht auf die Rückkehr an denselben nicht. Der Annahme eines solchen Verzichts steht vorliegend vielmehr die Erklärung des Steinherr vom 1. Februar 1854 entgegen.

Diesem zufolge und mit Hinsicht auf die Anmerk. zur O. I §. 3 lit. c war das k. Landgericht Dingolfing als die zur Uebernahme der fraglichen Vormundtschaft zuständige Behörde zu erachten."

e. µ.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Acceptanten bedarf es weder einer Präsentation, noch eines Protestes.

Hierüber kommt in den Motiven zum Erkenntnis zweiter Instanz vom 28. Dez. 1853 (R. 1853 Nr. 80) Folgendes vor:

Das Vorbringen des Appellanten, daß ihm der fragliche Wechsel nicht vorgezeigt, und derselbe zur

Zahlung mit aufgefordert worden sei, ist gänzlich unstichhaltig, da nach Vorschrift des Art. 41 der allgemeinen deutschen Wechselordnung nur zur Ausübung des bei nicht erfolgter Zahlung statthafter Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten erforderlich ist, daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden; dagegen der Art. 44 l. c. ausdrücklich vorschreibt, daß es zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Acceptanten mit Ausnahme der domizilirten Wechsel weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhebung eines Protestes bedürfe. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, daß der Acceptant aus dem Accepte zum Wechselschuldner geworden ist, und seine Schuld am Verfalltage fällig wird; ohne daß sie untergeht, wenn der Wechselgläubiger nicht sofort Zahlung begehrt.

B. ¹⁾.

2.

Zahlungszeit für gelieferte Waaren.

In einer bei dem I. Wechsel- und Merkantilerichter Straubing anhängigen Merkantilstreitsache (Nr. 95) kommt in Betreff der Zahlungszeit für gelieferte Waaren in den Motiven zum oberrichterlichen Erkenntnisse (Freising) vom 11. Mai 1854 vor:

Es ist durchaus sowohl von den Kaufleuten, als von den Gerichten anerkannt, daß, wenn für gelieferte Waaren eine Zahlungszeit ausdrücklich nicht bedungen ist, bei Schnittwaaren 6 Monate vom Tage der Ablieferung oder vom Tage der Faktura an, und bei Kolonial- und anderen (kurzen) Waaren 3 Monate nach der Ablieferung die Zahlung erfolgen müsse, und wenn diese nicht erfolgt,

¹⁾ Die mit B. bezeichneten Beträge sind von Hrn. Offizianten Posset mitgetheilt.

die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Verzugszinsen vom Tage des Saumfales an eintrete.

P.

3.

Sicherheitsleistung bei eigenen Wechseln.

Auf den Grund einer von Seite eines Wechselschuldners bei seinem Domizilgerichte nach dem Tode seiner Ehefrau gemachten Protokollareklärung, daß er den vorhandenen Kindern ein Muttergut nicht auszeigen könne, und nur so viel Vermögen besitze, als er Schulden habe, beantragte der Wechselgläubiger unter Anlage einer beglaubigten Abschrift dieser Erklärung die Vornahme der prov. Wechselsperre, da hier jener Fall vorliege, wonach wegen Unsicherheit des Wechselschuldners die prov. Wechselsperre zur Sicherung des Wechselgläubigers vorgenommen werden müsse. Art. 29 der allgem. d. Wechselordnung.

Vom Gerichte erster Instanz (S. 1853 Nr. 136) wurde aber dieser Antrag abgewiesen, weil weder die Bestimmungen der WGO. Kap. I §. 7, noch des Art. 29 der allgem. deutschen Wechselordnung, wo es sich nur um Regreß auf Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten, sohin um das Vorhandensein eines gezogenen Wechsels, einer Tratte, handelt, Anwendung finden.

Auf eingelegte Berufung hat jedoch das Gericht zweiter Instanz unterm 27. Febr. 1854 zu Recht erkannt, daß der vom Kläger auf Vornahme der prov. Wechselsperre bei dem Beklagten gestellte Antrag nicht unbedingt, sondern nur in der Art, wie derselbe angebracht ist, abzuweisen sei.

Die Motive hiezu waren folgende:

Allerdings handelt es sich im §. 29 der allgem. d. Wechselordnung nur um Regreß auf Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten, sohin um das

Vorhandensein eines gezogenen Wechsels, einer Tratte; allein im §. 98 Ziffer 4 derselben d. Wechselordnung ist ausdrücklich bestimmt, daß der erwähnte §. 29 auch für eigene (trockene) Wechsel, worunter der vom Kläger vorgelegte Solawechsel des Beklagten gehört, gelte, und darnach der Sicherheitsregreß im Falle der Unsicherheit des Ausstellers des Wechsels stattfinde.

Was dagegen das Verlangen betrifft, sogleich hierorts auszusprechen, daß an dem Vermögen des Beklagten ohne weiters die Sicherheits Sperre vorgenommen werde, so kann demselben nicht willfahrt werden, weil der gestellte Antrag nicht nach Vorschrift der Wechsel- und Merkantilerichtsordnung Kap. I §. 7 begründet, und jedenfalls die Frage, in welcher Weise der Sicherheitsregreß wegen Unsicherheit des Wechselausstellers stattfinde, vor Allem zu entscheiden ist.

Art. 29 und 98 Nr. 4 mit Rücksicht auf Art. 25 Abs. 2 der allgem. d. Wechselordnung.

ß.

4.

Auch der erfolglose Sperrversuch gewährt dem Gläubiger ein Vorzugsrecht.

Das Gericht erster Instanz hat die Vornahme der vom Kläger gegen den Beklagten beantragten Sperre deshalb verweigert, weil schon in anderen Streitsachen die disponiblen Exekutionsgegenstände mit Sperre belegt seien, und Kläger weitere Objekte nicht benannt habe. (G. 1854 Nr. 125).

Das Gericht zweiter Instanz hat jedoch unterm 27. April 1854 ausgesprochen, daß die vom Kläger beantragte Sperre zu vollziehen sei.

Gründe.

Abgesehen davon, daß es nicht Offizialaufgabe des Gerichts ist, Anzeigen des Sperrkommissärs zu

suppliren, da nicht mit Bestimmtheit angenommen werden kann, daß ein, wenn auch fruchtloser Versuch, die Sperre vorzunehmen, ein zweitesmal das nämliche Resultat ergeben müsse, da insbesondere auch in der Zwischenzeit die Befriedigung eines früher eingewiesenen Gläubigers außergerichtlich erfolgt sein kann; eben so Objekte, welche früher verheimlicht wurden, bei wiederholtem Sperrversuch vorgefunden werden können: so ist durch die Abweisung des Auszugs Kläger in seinem wohlervorbenen Rechte schwer verletzt.

Es ist anerkannter und von dem obersten Gerichtshofe ausgesprochener Grundsatz, daß die Auspfändung als wirklich im Sinne der Prioritätsordnung §. 23 Nr. 8 erlangt auch dann anzusehen ist, wenn der Abgeordnete des Gerichts kein bewegliches Eigenthum des Schuldners vorgefunden hat,

OLG. Plenarbeschluß vom 11. Juni 1849
Reg.Bl. S. 633,

wobei nur die Auspfändung des Schuldners, nicht auch die Auspfändung einer dem Schuldner gehörigen Sache als Voraussetzung des vom Gläubiger zu erlangenden Vorzugrechtes vom Gesetz bezeichnet ist. Die Auspfändung ist aber dann geschehen, wenn der Abgeordnete des Gerichtes im Vollzug des erhaltenen Auftrages sich in die Wohnung des Schuldners begeben, und die Vornahme der Auspfändung versucht hat, weil der Erfolg der Auspfändung außer dem Bereich der Thätigkeit des Gläubigers liegt.

Die Prioritätsordnung bestimmt deutlich, daß ein Vorzugsrecht durch die Inmischung, wie durch die Auspfändung erworben sei, sobald der Gläubiger es durch sein Anbringen dahin gebracht hat, daß seine Einweisung in die Güter des Schuldners nicht nur beschlossen, sondern auch in der That unternommen wurde; der Erfolg dieses Aktes mag sein, welcher er will.

P.

5.

Das Herkommen in Gemeindefachen noch kein Grund der Verweisung oder Zulassung auf dem Rechtswege.

Vgl. Comment. d. b. O. d. Aufl. II Bd. I S. 161 Note 64.

Die §§. 19, 26 und 30 des Gemeindeediktes erwähnen bei Gemeinderchten und Pflichten des Herkommens und besonderer Ortsrechte als Entscheidungsquellen; mehrere Stellen des Gemeindeumlagegesetzes v. 1819; insbesondere Art. I, 6, Nr. 1, 9 und 10, Art. II, Nr. 4, Art. IV enthalten einen gleichen Bezug. Eine sehr verbreitete Meinung besteht nun darin, sowie einer jener Titel für Rechte oder Befreiungen in Gemeindefachen angerufen werde, eigne sich die Sache schon von selbst dazu, um die Gerichte mit seiner Prüfung und Geltendmachung zu befassen. Das Irrige dieser Ansicht wird in einem oberstgerichtlichen Erkenntnisse gezeigt.

Zwei Ortschaften einer zusammengesezten Gemeinde stritten sich auf dem administrativen Wege um die Verbindlichkeit, eine gewisse Wegstrecke herzustellen und zu unterhalten; der Hauptort der Gemeinde berief sich für seine Freiheit von jeder Konkurrenz auf Vertrag und Herkommen. Die Kreisregierung vertheilte zwar die Baulast auf die ganze politische Gemeinde nach dem Steuerfuße, behielt aber jenem Hauptorte vor, seine Befreiung aus einem Vertrage auf dem Civilrechtswege weiter zu verfolgen. — Diese Ortschaft klagte nun wirklich gegen die andere konfessorisch auf alleinige Uebernahme der Baulast, und stützte ihre Klage auf einen Vertrag von 1770 und das alte Herkommen. Der oberste Gerichtshof ließ jedoch diesen letzteren Bezug nicht als Klagegrund zu. In den Gründen wurde hiefür angeführt:

Ein rechtliches Herkommen über die Art und Weise, die Wege in der Markung des Ortes M.

zu unterhalten, ist in der Regierungsbentschließung vom . . . nicht für den Civilrechtsweg vorbehalten; kein Gesetz, namentlich nicht der Art. VI des Gemeindeumlagegesetzes v. 1819, hat ausgesprochen, und kein Rechtsgrund bringt mit sich, daß in dem Falle, wenn in einer wahren Gemeindefache, und insbesondere in Bezug auf den Maßstab der Vertheilung von Gemeindeumlagen Herkommen und partikulare Ortsrechte als Befreiungsgründe angerufen werden, die Entscheidung dieses streitigen Punktes auf den Civilrechtsweg gehöre. Ortsrechte und Herkommen sind vielmehr dem öffentlichen wie dem Privatrechte gemeinschaftliche Entscheidungsquellen, weshalb die Hinweisung auf eine derselben noch keinen Grund bildet, die Gerichte mit einer Streitfrage befaßten zu können.

Vergl. die Rescripte des Minist. d. Inneren v. 12. Mai 1825 Nr. 3, und v. 21. Januar 1836 — *Fornbrun* Staatsbürger, Bb. II, S. 379 und 380. —

Aber auch ganz abgesehen hievon, so ist im vorliegenden Falle ein rechtliches Herkommen durch nichts kennbar bezeichnet, da die bloß bestandene Uebung, wonach die Anstößer des Weges, die seiner benöthigt waren, wenn er zu weit herabgekommen, Steine und Prügel in denselben warfen, als die höchst mangelhafte Abwehr eines Nothstandes nur darauf hinweist, daß damals gar keine Regel, weder des öffentlichen noch des Privatrechtes bestand, wie jener Weg erhalten werden sollte, nicht aber, daß hierin ein Wille der Gemeinde, von der Meinung einer moralischen Nothwendigkeit eingegeben, zusammentraf. Arg. fr. 39 de leg. (1, 3) Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. — In Ermangelung irgend eines haltbaren Privatrechtstitels war mithin die Sache nur dazu

geeignet, die beflagte Ortschaft W. von der ganz ungegründeten Klage zu entbinden.

MAZE. v. 29. Sept. 1854, in Sachen: Dpfenbach g. Molleg. — Nr. 960^{52/53}.

5.

Ernennung zum Univerfalerben unter Bestimmungen, welche die Eigenschaft eines Erben ausschließen.

Die Wittive W. zu A. errichtete am 10. April 1829 ein Testament, worin sie ihre beiden Stiefföhne Leonard und Valentin als Univerfalerben in gleiche Theile einseßte, dergestalt jedoch, daß die einem Jeden zufallende Erbportion durch einen Kurator verwaltet, den beiden Erben nur die Nutzungen jährlich eingehändigt, die Substanz aber erst nach ihrem Tode an deren Kinder nach erreichter Großjährigkeit ausgeliefert werden sollte. Würde sich jedoch Leonard W. mit einer honetten Bürgerstöchter verehelichen, so sollte ihm zu seiner Etablierung die Hälfte „seiner Erbportion“ herausgegeben werden.

In einem Prozesse über die aus diesem Testamente hervorgehenden Rechtsverhältnisse kam es in Frage, ob die Brüder Leonard und Valentin W. nach obigen Bestimmungen Erben geworden oder nicht. Die Frage wurde verneint. In den oberstgerichtlichen Motiven kommt hierüber vor:

Erbe ist nur derjenige, welcher in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt, und Dritten gegenüber die Person desselben repräsentirt. Außerdem kann, wer aus einem Testament etwas erhält, nicht Erbe genannt werden; er ist nichts weiter als ein Legatar. In allen jenen Beziehungen aber enthält das stiefmütterliche Testament Verfügungen, durch welche der Benennung der beiden Stiefföhne als „Univerfalerben“ alle rechtliche Wirkung wieder entzogen wurde. Die Stiefföhne sollten den

Besitz des Nachlasses nicht erhalten, dieser sollte vielmehr für die Stiefenkel sogleich nach dem Tode der Testirerin vormundschaftlich verwaltet, und vom Vormund bereinst den Enkeln ausgeliefert werden. Nur die Erträgnisse des Nachlasses sollten den beiden Stiefföhnen nach den zwei Hälften desselben vom Vormund jährlich auf ihre Lebenszeit ausgeliefert werden. Die Stiefföhne waren demnach nicht die Repräsentanten der Erblasserin, sie befanden sich nicht einmal in den Verhältnissen des Usufruktuars, sondern standen, obgleich Erben genannt, demjenigen gleich, welchem die *reditus* einer Sache legirt sind, wie denn auch aus C. 13 de hered. instit. (6, 24) hervorgeht, daß für den Erwerb ex titulo universali die bloße Bezeichnung „Erbe“ noch nichts entscheidet. Würde aber auch die Verfügung, daß dem Leonard W. im Falle der Verheirathung mit einer honesten Bürgerstochter die Hälfte seiner s. g. Erbportion der Substanz nach zu seinem Etablissement ausgehändigt werden sollte, als eine Erbeinsetzung sub conditione suspensiva betrachtet werden können, so änderte dieß im Uebrigen an der Eigenschaft der Enkel als Erben nichts ab, und ist hier um so weniger von Einfluß, weil die Bedingung nicht eingetreten ist. Aber auch diese Verfügung kann nur als die bedingte Zuteilung eines Legates beurtheilt werden.

Stryk usus mod. Pand. lib. XXX §. 4.

Hier findet auch der Rechtsatz Anwendung, daß, wenn der Testirer den Einen auf den Nießbrauch, den Andern aber auf die Proprietät eingesetzt hat, Jener nur als heres in re singulari, sohin gemäß C. 13 de hered. instit. als Legatar, der Letztere aber als Erbe zu betrachten ist, welcher vorläufig nur den Genuß der Erbschaft entbehrt. Thibaut, Pand.R. §. 805; Seuffert, prakt. Pand.R. §. 639 Nr. 2.....

DAÖE. v. 11. April 1854. Nr. 139⁵²/53.

6.

ertragmäßige Beschränkung der persönlichen Freiheit. Kontraktliche Verpflichtung eines inländischen Gewerbegehülfen, beim Austritt aus dem bisherigen Dienst nicht bei einem gleichartigen inländischen Etablissement in Arbeit zu gehen. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 8; auch Bd. 2 Nr. 272 und Bd. 3 Nr. 38.

Der Strohhutfabrikant Heide zu Braunschweig hatte im J. 1834 mit dem Fabrikarbeiter Gerecke daselbst einen Vertrag abgeschlossen, Inhalt dessen dieser bei jenem als Arbeiter gegen Lohn eintrat und sich bei Vermeidung einer Konventionalstrafe von 100 Th. verpflichtete, nach seinem Austritt aus dem Dienste des Heide bei Niemand im Braunschweigischen Lande sich zu verdingen oder in Dienst zu treten, welcher ein ähnliches oder gleiches Geschäft, namentlich eine Strohhut- oder Drahtfabrik betreibe. Nachdem G. längere Zeit bei H. in Diensten gestanden, verließ er solche und trat in der Germann'schen Strohhutfabrik ein. H. verlangte klagend Zahlung der verwirkten Konventionalstrafe und sofortigen Austritt des G. aus dem Germann'schen Geschäft. Die Klage wurde zurückgewiesen. Gründe:

Die Vertragsklausel, wodurch Beklagter sich in der oben angegebenen Weise verpflichtet hat, und die Stipulation einer Konventionalstrafe für den Fall des Entgegenhandelns erscheint, weil unsittlich und widerrechtlich, als unerlaubt. Es können nämlich keine Vertragsbestimmungen zugelassen werden, durch welche die natürliche Freiheit übertrieben beschränkt, und der Privatwillkür eines Anderen unterworfen wird ¹⁾. So gelten keine Verträge gegen das öffentliche Recht ²⁾, keine gegen die Gesetze, Konstitutionen

¹⁾ Vgl. Savigny System Bd. III S. 184.

²⁾ Vgl. fr. 38 de pactis (2, 14); fr. 25 §. 1 de reg. juris; C. 6 de pactis (2, 3).

und Eelike ³⁾; die Freiheit der Eingehung und Fortsetzung einer Ehe darf durch Privatwillkür nicht beengt werden ⁴⁾; ungiltig sind die Bedingung gänzlicher Ehelosigkeit ⁵⁾, die auf Aenderung oder Nichtänderung der Religion und Beschränkung des Erziehungsrechtes des Vaters in Ansehung der Wahl der Religion für seine Kinder gerichteten Bedingungen; die Bedingung, seinen Wohnsitz unabänderlich an einem bestimmten Orte zu nehmen ⁶⁾; unkräftig ist, was dem Gemeinwohle zuwiderläuft ⁷⁾, und anderes zu diesen Kategorien Gehörendes ⁸⁾.

Durch die Kontraktsklausel, nach dem Austritt aus dem Dienste des Klägers sich bei Niemand in dem hiesigen Lande zu verdingen oder in Dienst zu treten, der ein gleiches oder gar nur ein ähnliches Geschäft wie der Kläger führt, namentlich in Verbindung mit dem ferner abgenommenen Versprechen, sich selbst niemals mit einem gleichen oder ähnlichen Geschäfte in der Stadt Braunschweig zu betheiligen, würde aber Kläger auf die Auswanderung angewiesen, ohne daß mit der Befugniß dazu das Recht des Aufenthaltes und um so weniger das Recht des Gewerbebetriebes in einem fremden Staate verbunden wäre; er wäre das Gewerbe, das er erlernt, und dem er sich bestimmt hat, zu seiner Subsistenz auszuüben gezwungen, für seine ganze Lebenszeit vom Kläger ab-

³⁾ Fr. 14, 15 de condit. instit. (28, 7); fr. 137 §. 6 de verb. obl. (45, 1); fr. 27 de reg. juris.

⁴⁾ Vgl. fr. 19, 134 pr. de verb. oblig.; C. 2 de inut. stip. (8, 39); C. 5 in f. de sponsa. (5, 1); fr. 28 pr., fr. 71 §. 1, fr. 72 §. 4 de condit. et demonstr. (35, 1); fr. 8 §. 1 de usu et habit. (7, 8); C. 5 de instit. et subst. (6, 25).

⁵⁾ Fr. 22, 63 §. 1, fr. 72 §. 5, fr. 74, fr. 75 §. 2, fr. 100 de cond. et demonstr. (35, 1).

⁶⁾ Fr. 71 §. 2 eod.

⁷⁾ Fr. 13 §. 1 de pollicit. (50, 12).

⁸⁾ Fr. 61 de pactis (2, 14).

hängig, und gewissermaßen dienstbar gemacht, zumal eine lebenslängliche Anstellung im Geschäfte des Klägers nicht stattgefunden hat, vielmehr dem letzteren die Auflösung des Kontraktverhältnisses nach geschehener Kündigung frei geblieben ist.

Es kann daher obgedachte Zusage als gültig nicht anerkannt und in Vollzug gesetzt werden, indem was kein Gegenstand einer Willenserklärung sein kann, auch als Vertragsbedingung nicht auferlegt.⁹⁾ und von Konventionalstrafen nicht erreicht werden kann¹⁰⁾. Nur mit Beschränkung auf einen gewissen Ort und auf eine mäßige Zeit würde der in Rede stehenden Kontraktsklausel allenfalls Rechtsschutz gewährt werden dürfen¹¹⁾.

Erk. des vormal. Oberlandesgerichtes zu Wolfenbüttel v. 13. März 1845. Zeitschrift für Rechtspflege im S. Braunschweig 1854. S. 71 f.

7.

Waldweibe. Verjährungserwerb. Unterbrechung durch Pfändung und Rügstrafen.

Zum Nachweise der Verjährungsunterbrechung sind Pfändungen und Rügstrafen nicht dienlich, wenn sie lediglich aus dem Standpunkte des Forstschutzes, wegen Weidens in jungen Schlägen, in nicht hütbaren Walddistrikten verhängt worden sind.

Vgl. OABG. v. 8. März 1853. Nr. 986^{50/61}.

⁹⁾ Vgl. fr. 123, 137 §. 6 de verb. oblig.

¹⁰⁾ Fr. 134 pr. cod.; C. 2 de inut. stip. (8, 39):

¹¹⁾ Bezugnahme auf Analogie der fr. 62 §. 2, fr. 64 §. 1 de cond. et demonstr. (35, 1).

Gnomic.

Zum Schaden brauchen, was zum Besten eingeführt,
Ist eine Art Gebrauch, die nimmer sich gebührt.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber Zinsberechnung bei dem Zwangsverkaufe von Hypotheken-Objekten außer dem Universalbankrotte. — Ueber Verjährung der Polizeilübertretungen. — Exemplando reus lateri potest. Die Klirre eine zulässige Quelle, um den Ursprung eines vorübergehenden Widerspruchs der Klage anzufügen und durch Zugeständnisse wieder zu entkräften. — Quomodo.

Ueber Zinsberechnung bei dem Zwangsverkaufe von Hypotheken-Objekten außer dem Universalbankrotte.

Von D. Kleinert.

Der §. 40 des Hypothekengesetzes bestimmt:

„Die Hypothek erstreckt sich gegen den Schuldner sowohl, als gegen jeden dritten Besitzer der Sache, nebst dem Kapital auch auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, wenn dasselbe als ein verzinsliches im Hypothekenbuche (§. 22 Nr. 8). eingetragen ist.“

Wenn nun ein Hypothekenobjekt außer dem Falle eines Universalbankrottes im Wege der Zwangsversteigerung verkauft wird, so fragt sich, von welchem Zeitpunkte an müssen die Zinsen des laufenden Jahres berechnet werden ¹⁾.

Es versteht sich von selbst, daß die Annahme des Zeitpunktes ganz gleichgiltig ist, wenn nur ein

¹⁾ Ueber das Hypothekengesetz selbst, noch die Verhandlungen des Landtags von 1822 geben hierüber Aufschluß.

Hypothetgläubiger vorhanden, und Besitzer des Hypotheken-Objectes und Schuldner in einer Person vereinigt sind, weil in diesem Falle die Forderung sich nicht nur auf die Hauptschuld, sondern auch auf deren Accessionen: Zinsen, Schaden und Kosten, erstreckt²⁾).

Konfurriren jedoch mehrere Hypothetgläubiger zur Befriedigung ihrer Ansprüche aus dem nicht ausreichenden Erlöse eines Hypothekenobjectes, oder ist nur ein Hypothetgläubiger vorhanden, und der Schuldner nicht zugleich Besitzer des Hypothekenobjectes, in welchem Falle sich das dingliche Recht nur auf die Hauptschuld und die privilegierten Zinsen, nicht aber auf weitere Zinsen und Kosten erstreckt, für welche der dritte Besitzer nicht haftbar ist³⁾, so muß obige Frage entschieden werden.

Nach der Natur der Sache sind hier 3. Hauptpunkte möglich:

1) Der Tag des den Verkauf des Hypothekenobjectes verfügenden Gerichtsbeschlusses;

2) die Kauffchillingssberechnungstagfahrt und resp. Auszahlung des Erlöses aus dem versteigerten Immobile oder detsfallsige gerichtliche Einweisung;

3) die Anstellung der betreffenden Klage.

Jeder dieser Momente entziffert natürlich ein anderes Resultat für die rückständigen Zinsen.

Von den 3 erwähnten Wegen, die man zur Feststellung des Zeitpunktes der Zinsberechnung einschlagen kann, und die ungleichförmige Praxis wirklich einschlägt, läßt sich nur der erste rechtfertigen.

2) §. 43. des H. G. Gönner, Komm. z. H. G. Bd. I S. 387.

3) §. 42 und §. 43 des H. G. Gönner a. a. O. S. 383: Von Fällen, in welchen noch ein besonderer Grund der Verpflichtung des dritten Besitzers gegeben ist, handelt es sich hier nicht.

Wenn ein Hypothekenobjekt zur Befriedigung der Gläubiger mit ihren Forderungen an Kapital und allen rückständigen Zinsen nicht zureicht, und deshalb mehrere Hypothekengläubiger in Bezug auf Befriedigung aus dem unzureichenden Erlöse kollidiren, ergibt sich ein Partikularkonkurs im Sinne der O.D. Kap. XIX. §. 1.⁴⁾

Für einen solchen dienen die Bestimmungen des Hypothekengesetzes zur Richtschnur⁵⁾, aber auch die Bestimmungen der Prioritätsordnung können nach Umständen zur Anwendung gebracht werden⁶⁾, in so ferne die Prioritätsordnung nicht ganz singuläre, auf einem besondern Grunde basirte Rechtsätze aufstellt. Das Hypothekengesetz, die Prioritätsordnung und das Einführungsgesetz bilden ein geschlossenes Ganzes und dienen sich wechselweise zur Erläuterung, Unterstüßung und Ergänzung⁷⁾.

Das Hypothekengesetz und die Prioritätsordnung beruhen im Allgemeinen auf demselben Rechtsgrunde: Sicherstellung der Forderungen. Wenn die Prioritätsordnung auch nur das Vorzugsrecht einer Forderung vor einer andern normirt, so bildet gewiß gerade dieser Vorzug einen wesentlichen Bestandtheil der Sicherheit der Forderung; Vorzug und Sicherheit gehen Hand in Hand⁸⁾.

Niemand wird behaupten wollen, daß die letzte Hypothek ebenso sicher sei als die erste.

Außer der Gleichheit des Rechtsgrundes ist auch die Ähnlichkeit der Fälle nicht zu verkennen. Bei dem Zwangsverkaufe eines Hypothekenobjectes

⁴⁾ Seuffert, Komm. z. O.D. Bd. IV S. 335.

⁵⁾ Seuffert a. a. D. S. 338.

⁶⁾ Anderer Ansicht ist Seuffert a. a. D. S. 337.

⁷⁾ Dönnert a. a. D. S. 80. Rede des Abg. v. Seuffert in d. Sgg. d. R. d. Abg. v. 15. Mai 1822, Verhandl. d. R. d. Abg. d. 1822 Bd. III S. 120.

⁸⁾ Dönnert a. a. D. S. 78.

außer dem Universalkonkurse findet nämlich doch immer ein Konkurs statt, der der Gläubiger unter sich. Deshalb sind die Bestimmungen der Prioritätsordnung bei einem solchen Zwangsverkauf in analoge Anwendung zu bringen.⁹⁾

Das Analogon der Konkursöffnung im Universalkonkurse bildet aber für die angeführte Art des Partikularkonkurses der den Zwangsverkauf des Hypothekenobjectes verfügende Gerichtsbeschuß.

§. 16 der Pr.O. bestimmt:

„Der Vorzug der Hypothek-Gläubiger unter sich richtet sich, den Bestimmungen des H.G. §. 59 und 60 gemäß, nach dem Zeitpunkte, wie auf ein bestimmtes Gut jede Hypothek vor der andern in das Hypothekenbuch eingetragen ist. Dieser Vorzug des Kapitals erstreckt sich auch auf die bedungenen Zinsen des bei der Konkursöffnung laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres; dann auf die während des Konkurses weiter verfallenden Zinsen, jedoch nur alsdann, wenn das Kapital als ein verzinsliches im Hypothekenbuche eingetragen ist.“

Weiter bestimmt §. 29 der Pr.O.:

„Die bedungenen Zinsen von Hypothekforderungen sind nach den Bestimmungen des §. 16 und 25 zu beurtheilen, von allen andern Forderungen hört der Lauf der Zinsen während des Konkurses auf. An den hievon bedungenen bis zur Eröffnung des Konkurses rückständigen Zinsen wird ein Jahreszins in jene Stelle gesetzt, wohin das Kapital selbst gehört.“

Im Universalkonkurse werden demnach die privilegierten Zinsen von Eröffnung des Konkurses an berechnet; die Eröffnung des Konkurses bestimmt aber entweder ein besonderer Beschluß — decretum

⁹⁾ Oöner a. a. O. S. 494. Lehner, Lehrb. d. bahr. H.R. §. 129, 6; §. 183 u. §. 184. Glück, Komm. d. P. Bd. I S. 37. Wangerow, Leitf. §. 24. Götschen, Vorles. üb. d. g. Civ.R. Bd. I S. 108. Wenig-Ingenheim, Lehrb. d. allg. Civ.R. §. 19.

de aperiundo concursu, — oder sie fällt bei dem Einverständnisse aller Betheiligten über die Konkurs-
Eröffnung mit der gleichzeitigen Erlassung der Edik-
talen zusammen ¹⁰⁾).

Bei dem Zwangsverkaufe von Hypothekobjekten
außer dem Universalconcurs wird durch das Erkennt-
niß auf Subhastation — wie bei dem Universalcon-
curs durch den betreffenden Gerichtsbeschluß, oder die
Ausschreibung der Ediktalen ¹¹⁾ — die Sache des
Schuldners für die Forderung des Imploranten in
der Wesenheit, wenn auch nicht formell, mit Be-
schlag belegt. In analoger Anwendung des Gesetzes
B.D. Kap. XIX §. 19 Nr. 4 wird daher dem Be-
sitzer des Immobils das Dispositionsrecht hierüber
entzogen, und deshalb muß zur Salvirung des
Exekutionsobjectes ein Veräußerungsverbot erlassen,
und die richterliche Requisition um Eintragung des-
selben in das Hypothekenbuch an das betreffende Amt
gestellt werden ¹²⁾).

Der Gerichtsbeschluß auf Zwangsverkauf eines
Immobils vertritt also die Stelle der Konkursöff-
nung im Universalconcurs, diese Konkursöffnung
bildet demnach das Analogon für den erwähnten
Gerichtsbeschluß, so daß von diesem an die pri-
vilegirten Zinsen berechnet werden müssen.

Mit der Auszahlung und Einweisung des Kauf-
schillings schließt der Universalconcurs wie der
Partikularconcurs. Die Analogie der Prior.Orb. ist
daher auch ein Grund gegen die Berechnung der
privilegirten Zinsen vom Tage der Kaufschillings-
Berechnung oder Auszahlung im Partikularconcurs.

Den Moment der Klagestellung als den Ent-

¹⁰⁾ Geuffert l. c. S. 347.

¹¹⁾ Geuffert l. c. S. 348.

¹²⁾ Lehner l. c. S. 139. Sellmuth, der jetzige Kauf
des Ed. Proj. S. 195.

scheidungs punkt für die Zinsenberechnung anzunehmen¹³⁾, ist ebenso unstatthaft. Abgesehen von der bekannten Kontroverse, welche Wirkung die Stellung einer Klage an und für sich hat, ist diese Wirkung in keiner Beziehung der Art, daß sie einen Anhaltspunkt für die Annahme geben könnte, es seien die privilegierten Zinsen aus Hypothekskapitalien vom Momente der Klagestellung an zu berechnen; ja nicht einmal auf Verzugszinsen äußert das erste Dekret hier eine Wirkung, weil wegen Verzugszinsen anderen Hypothekgläubigern gegenüber ein Vorzugsrecht nicht geltend gemacht werden kann¹⁴⁾.

Dazu kommt die Erwägung, daß häufig eine Klagestellung von Seite der Hypothekgläubiger, deren bevorzugter Zinsanspruch den Gegenstand der Berechnung bildet, gar nicht vorgekommen ist. Wenn von drei Hypothekgläubigern nur der letzte minder gesicherte auf Bezahlung gedrungen und das Subhastationsdekret erwirkt hat, so wäre es doch offenkundig die ärgste Anomalie, das Maß der vorgehenden Zinsen der beiden ersten Gläubiger nach dem Tage der Klagestellung des dritten bestimmen zu wollen. Natürlich können die Rechte der übrigen Gläubiger durch den Umstand, daß nur ein (ihnen nachstehen-

¹³⁾ Dieser Ansicht scheint Gönner zu sein. Er bemerkt im Komm. über das bayer. H.G. Bd. I. S. 338: „Dieses (vorausgegangene) Jahr ist nach der Verfallzeit der Zinsen zu bemessen: wenn also die Zinsen am 6. März 1823 fällig sind, und der Gläubiger am 8. April seine Forderung geltend macht, so werden die am 6. März 1824 fällig werdenden Zinsen für das laufende, die am 6. März 1823 verfallenen Zinsen als der Rückstand des unmittelbar vorausgegangenen Jahres angesehen.“ — Unter Geltendmachung der Forderung kann hier wohl nur Klagestellung verstanden werden.
¹⁴⁾ §. 43 des H.G.

der) Hypothetgläubiger sein Kapital fordert, in welcher Weise verändert oder zerstört werden.¹⁵⁾

Man würde jedoch zu weit gehen, wenn man aus der Analogie der Prioritätsordnung folgern wollte, daß die von dem Tage des den Zwangsverkauf verfügenden Gerichtsbeschlusses bis zur Kaufschillingsberechnungstagsfahrt oder bis zur Auszahlung des Hypothek-Kapitals laufenden Zinsen die Stelle von privilegierten einnehmen müßten¹⁶⁾. Die Bestimmung des §. 16 der Pr.O., daß sich der Vorzug des Kapitals auch auf die während des Konkurses laufenden Zinsen erstrecke, kann hier deswegen nicht zur analogen Anwendung kommen, weil das Ergebniß dieser Analogie den Bestimmungen der §§. 42 und 43 des H.G., wonach bei Konkurrenz mehrerer Gläubiger nur die Zinsen des laufenden und vorhergegangenen Jahres, — also nicht auch die während des gerichtlichen Verfahrens laufenden, — zufolge dinglichen Rechtes mit demselben Vorzuge, wie die Hypothekenforderung selbst, geltend gemacht werden können, direkt entgegen stehen würde. Diese spezielle Bestimmung des Gesetzes kann nicht bei Seite gesetzt werden. Auch der §. 68 des H.G., den man analog für die gegentheilige Ansicht geltend machen will, ist nicht anwendbar, weil derselbe in dieser Beziehung speziell nur einen Universalkonkurs im Auge hat, und die Bestimmung, daß die privilegierten Zinsen auch bis zur Beendigung des Universalkonkurses laufen, gerade wegen der Eigenthümlichkeit dieses Verfahrens in denselben aufgenommen wurde, was daraus erhellt, daß die Befriedigung der Hypothetgläubiger nach §. 70 des Hyp.G. während des Laufs des Konkurses nur in der Art

¹⁵⁾ Oßner, Komm. Ab. I S. 493.

¹⁶⁾ Diese Ansicht hat ein obersterichterliches Erkenntniß in den Bl. f. R. u. Ab. XIX S. 31 aufgestellt.

stattfinden kann, wie §. 16 der Pr.O. ein Vorzugsrecht einräumt ¹⁷⁾, womit also der Universalkonkurs dem Partikularkonkurs hier ausdrücklich entgegen gesetzt wird, wie dieses auch in der besonderen Bestimmung im zweiten Satz des §. 68 des Hyp.-Gef. der Fall ist.

Ueber Verjährung der Polizeiübertretungen.

In der Beilage zur Allgemeinen Zeitung vom 12. Nov. l. J. wurde eine wichtige Entscheidung des obersten Gerichtshofes mitgetheilt, nach welcher die Verjährungszeit bei Polizeiübertretungen nicht ein Jahr, wie das Appellationsgericht zu Bamberg angenommen hat, sondern zwei Jahre betragen soll. Es sei vergönnt, die Vermuthung zu äußern, daß die Entscheidung anders ausgefallen sein würde, wenn Juristen einer längst vergangenen Zeit, wenn insbesondere die Römer Julian, African und Paulus die Richterstühle eingenommen hätten. In Stellen der Pandekten, welche aus Schriften der Genannten entnommen sind, ist gezeigt, daß die dem Richter zustehende Ausfüllung von Lücken bestehender Vorschriften, welche durch Bethätigung juristischer Konsequenz aus den Prinzipien dieser Vorschriften geschieht, keineswegs darauf beschränkt sei, den Inhalt einer Vorschrift unverändert zur Anwendung zu bringen, sondern daß bei der Anwendung diejenigen Modifikationen einzutreten haben, welche, in Beachtung aller Besonderheiten und Beziehungen des einer ausdrücklichen Norm entbehrenden Falles, die juristische Konsequenz mit sich bringt. Von Julian liegt die Beurtheilung folgenden Falles

¹⁷⁾ Oßner Komm. Ab. I. S. 552.

vor.¹⁾ Ein Ehemann, dessen Frau sich in interessanten Umständen befand, hatte letztwillig verordnet: Wird mir ein Sohn geboren, so soll er zu 2 Dritttheilen, die Mutter mich zu einem Dritttheil beerben; kommt eine Tochter zur Welt, so erhalte diese einen Dritttheil, die Mutter zwei Dritttheile meines Nachlasses. Nun gebar nach dem alsbald erfolgten Tode des Testirers die Wittve Zwillinge, einen Sohn und eine Tochter. Für diesen Fall war keine Vorschrift gegeben; Aufgabe war, die Lücke mittelst juristischer Konsequenz auszufüllen, d. h. die fehlende Norm durch Ausmittelung des Verhältnisses zu suchen, in welches die vom Testirer ausgegangenen Vorschriften Mutter, Sohn und Tochter zu einander stellen. Dieses Verhältniß war, daß der zur Welt kommende Sohn noch einmal so viel erhalten solle, als die Wittin, diese aber noch einmal so viel, als die Tochter. In konsequenter Fortführung dieses Verhältnisses entschied der Jurist: es seien sieben Theile zu machen, von welchen der Sohn vier, die Wittve zwei, die Tochter einen erhält. Von African und Paulus wurden ähnliche Fälle in gleicher Weise entschieden²⁾.

Nach derselben Methode das „ad similia procedere, interpretatione vel jurisdictione supplere; ad consequentias producere“ üben, wurden die römischen Juristen zur Entscheidung obiger Verjährungsfrage etwa folgendermaßen argumentirt haben. In den vorhandenen Bestimmungen (des Strafbuches von 1813) über Verjährung ist das Verhältniß ausgeprägt, daß „nach Verschiedenheit der Schwere der Vergehen und Verbrechen verschiedene Zeiträume bestimmt sind“³⁾. Da nun die Polizeiüber-

¹⁾ Fr. 13 pr. de lib. et postum. (28, 2).

²⁾ Fr. 47 §. 1, Ir. 81 pr. de hered. instit. (28, 5).

³⁾ Anmerk. 3. StGB. Bb. I. §. 327.

tretungen den Vergehen gegenüber eine minder schwere Klasse strafrechtlicher Handlungen bilden, so ist hier das erste Ergebniß juristischer Konsequenz, daß für Polizeilübertretungen jedenfalls eine mindere Verjährungszeit anzunehmen sei, als für Vergehen gesetzlich bestimmt ist. Das Maß der Minderung nach der minderen Schwere der strafrechtlichen Handlungen ist vom Strafgesetzbuche (Art. 140) bei zwei Abstufungen durch Herabgehen auf die Hälfte (von 20 zu 10, von 10 zu 5), bei einer dritten durch Verringerung um drei Fünftheile (5 zu 2) festgesetzt. Die Besonderheit dieser dritten Gradation erklärt sich theils aus der in mehrfacher Hinsicht wesentlichen Differenz zwischen Arbeitshaus und Gefängniß (vgl. Art. 15, 23, 24, 27 des StGB. Thl. I), theils aus dem Umstande, daß man es unangemessen fand, die Verjährungszeit bei Vergehen anders als auf einen ganze Jahre enthaltenden Zeitraum, nämlich auf $2\frac{1}{2}$ Jahre (Hälfte der Verjährungszeit bei den mit Arbeitshaus bedrohten Verbrechen) festzusetzen. Ein der wesentlichen Differenz zwischen Arbeitshaus und Gefängniß entsprechender Gegensatz war zwischen Gefängniß und Polizeilarrest zur Zeit der Verkündung des Strafgesetzbuches von 1813 nicht begründet; auch ergibt sich bei Anwendung des bei zwei Gradationen gesetzlich adoptirten Steigerungs- resp. Minderungsmaßstabes auf das Verhältniß zwischen Vergehen und Polizeilübertretungen für letztere ein ganzjähriger Verjährungszeitraum. Dem Allen zufolge führt die juristische Konsequenz aus den im Strafgesetzbuche enthaltenen Vorschriften zu dem vom Bamberger Gerichtshofe angenommenen Resultate, daß die Polizeilübertretungen durch den Ablauf eines Jahres verjähren⁴⁾.

.(⁴) In keinem der Entwürfe einer Strafgesetzgebung über Polizeilübertretungen (aus den Jahren 1822, 1827/28,

Es handelt sich hier von Lösung einer wissenschaftlichen Aufgabe; daher wird daran, daß wir civilistische Aussprüche römischer Juristen als wissenschaftliche Autorität, als Muster der Methode juristischer Konsequenz zur Ergänzung eines Strafgesetzbuches der neueren Zeit benützen, um so weniger etwas Bedenkliches gefunden werden, als (wenigstens wo es sich nicht von Vermehrung der strafbaren Fälle handelt) für das Strafrecht wie für das Civilrecht der Grundsatz gilt, es sei bei dem unzweifelhaften Dasein einer Lücke zunächst die Bestimmung eines konkreten Gesetzes wegen gleicher *ratio legis* auf den übergangenen Punkt anzuwenden (s. g. Gesetzesanalogie), in Ermangelung eines solchen bestimmten Gesetzes aber auf die Prinzipien der einschlagenden Gesetzgebungsabschnitte oder auf die leitenden Grundsätze der positiven Gesetzgebung im Ganzen (s. g. Rechtsanalogie) zurückzugreifen⁵⁾.

Die angeführten Aussprüche römischer Juristen betreffen zunächst die Ergänzung von Vorschriften lektivwilliger Verfügungen, nicht die Ausfüllung von Lücken der Gesetzgebung. Aber der Textirer wird öfter mit dem Gesetzgeber zusammengestellt: *Statuat enim quilibet de rebus suis, ut decet, et voluntas ejus; lex sit*⁶⁾; und von jeher hat man

1831 u. 1851) ist für diese Kategorie strafrechtlicher Handlungen eine längere Verjährungszeit, als der Zeitraum eines Jahres in Antrag gebracht. Gewiß ein sehr bedeutsames Moment für die Annahme, daß der Ausspruch des obersten Gerichtshofes auch der Intention der Staatsregierung nicht gemäß sei.

5) Vgl. Köstlin System des deutschen Strafrechts S. 25 G. 59. Andere reden hier nicht von Rechtsanalogie, sondern von juristischer Konsequenz. Buchta Pand. S. 16 a. E.; Seuffert pr. Pand. R. S. 18.

6) Nov. 22 cap. 2 pr. vgl. fr. 14 qui testam. fac. poss. (28, 1); fr. 114 S. 14 de legatis I.

kein Bedenken getragen, die von der Auslegung und Befolgung, lektivwilliger Verfügungen sprechenden Gesetze auch für Auslegung und Anwendung gesetzlicher Vorschriften zu benützen?).

Mittheilung aus der Praxis...

Excipiendo. reus lateri potest. Die Klurbe eine zulässige Quelle, um den Umfang eines vorhergehenden Widerspruchs der Klage auszulegen und durch Zugeständnisse wieder zu entkräften.

(Bu Bd. XIX S. 241 1).

Von einem lehnbaren Bauerngute, welches Sch. im J. 1820 oder spätestens 1830 von seinen Schwiegerältern übernommen hatte, wurden seit undenklichen Zeiten drei Sinra Korn gilt und eben so viel Haber gilt, dann 3 fl. 23 kr. Grundzins an die Gutsherrschaft entrichtet; vom J. 1846 an verweigerte derselbe diese Abgaben. Der Gutsherr erhob daher im J. 1849 die confessorische Klage gegen ihn, sich darauf stützend, daß jene Reichnisse auf dem Gute des Beklagten hafteten und seit 10, 20, 30 und 40 Jahren, ja seit undenklicher Zeit unweigerlich davon entrichtet worden seien. Der Beklagte widersprach zwar in der Vernehmlassung, daß ein Grundzins und eine Getreidgilt in jenen Beträgen auf seinem Gute haften und seit den angegebenen Zeiten davon entrichtet worden seien; allein eventuell zu den Einreden übergehend, gab er dennoch mittelbar diesen alten Besitzstand so unzweideutig zu, daß klar ersichtlich wurde,

7) Mühlenbruch Pand. Allegate zu §§. 58—64.

1) Die Allegation in Bd. XIX S. 249 Note 4 ist dahin zu berichtigen: Bl. f. M. XVIII S. 318.

der Widerspruch habe mit seinem Nachdrucke nur die rechtliche Eigenschaft als Grundabgaben, als Getraidegilt und Grundzins treffen sollen, indem dieselben vielmehr der Wahrheit nach eine persönliche Reichthum gewesen und auch geblieben, als solche aber nach Art. 6 des Ablösungsgesetzes v. 1848 erloschen seien. — In den beiden Vorinstanzen wurde dem Gutsherrn wegen verneinender Einlassung in den Streit der Erwerb jener Grundreichthümer durch Erbsitzung von 10, 20 oder 30 Jahren zum Beweise auferlegt; der oberste Gerichtshof dagegen verurtheilte den Beklagten sogleich als geständig nach der Klagebitte. Die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses lauten dahin:

„Von allen Beschwerden zeigte sich die erste an der Spitze stehende des Klägers gegründet: Denn

1) nach G.D. Kap. IV §. 7 Nr. 2 ist in der Klage, wie in den übrigen Schriften, die Geschichte rein, deutlich und kurz, jedoch mit Anführung aller erforderlichen Umstände vorzutragen; nach Kap. VI §. 8 sollen die Einreden deutlich, ordentlich und umständlich vorgetragen, und jede Klage punctatim beantwortet werden. Nach §. 19 der Nov. v. 1837 wird jeder nicht besonders widersprochene Thatumstand für zugestanden angenommen, und der allgemeine Widerspruch nicht beachtet. Der Grundsatz der G.D. Kap. VI §. 7: Qui excipit non fatetur wird von den Anmerkungen hiezu nur auf den Fall bezogen, wenn die Einrede den Klagegrund ganz mit Stillschweigen überging. Weitere formelle Vorschriften für die Auffassung des Inhaltes jener Schriften und ihrer Wechselbeziehung bestehen nirgends. Den Gerichten muß daher die Amtsgewalt zustehen, aus dem ganzen Inbegriffe der Antwort auf eine Klage, der Vergleichung einzelner Stellen mit den übrigen, welche sie erläutern oder berichtigen, und der Zusammens-

haltung von Erwiderung der Klage und Eintreten nach den selbstverständlichen Regeln der gewöhnlichen Mittheilungsweise zu ermitteln; auf welche Punkte ein mehrere Umstände umfassender Widerspruch zu beziehen; und wie er überhaupt zu verstehen und auszulegen sei. Schon das Verbot des allgemeinen Widerspruches entkräftigt die negative Umschreibung einer Klagsbehauptung; wenn das Folgende ersehen läßt, daß sich die Abläugnung nur auf einen Theil des Sages, und auf welchen zu erstrecken bestimmt sei.

2) Die Klage behauptete nun, der Beklagte und sein Besigvorfahre hätten seit 10, 20, 30 und 40 Jahren; ja seit undenklichen Zeiten ihre Getraidegilt und einen Grundzins von ihrem Gute an den Gutsherren entrichtet; — die Vernehmlassung widersprach, daß Korn- und Haberzins, sowie der Grundzins auf dem Gute hafte und jene Zeit über unweigerlich verabreicht worden seien. Allein der spätere Verlauf und der ganze Zusammenhang dieser Schrift enthält unabweisliche Zugeständnisse, daß diese Vernehmlassung sich auf die rechtliche Eigenschaft jener Gefälle als Kornzins und Grundzins zu beschränken gemeint war. Denn S. 64 wird behauptet, die fraglichen Reichnisse seien nicht dinglicher, sondern persönlicher Natur, und ... die Gutsherren hätten bei Gelegenheit des Ueberganges von Würzburg an Bayern ein im vorigen Jahrhunderte einseitig auferlegtes und bezogenes Hundebrod in Kornzins und ein Schutzgeld in Grundzins umgewandelt, was an der rechtlichen Natur dieser Giebligkeiten nichts ändere, die nach wie vor rein persönliche Abgaben geblieben seien; ferner . . . Sch. habe dieselben daher mit vollem Rechte in den Jahren 1846 bis 1848 verweigert. Der Exzeptionsnachtrag ließ endlich geradezu das klare Geständniß fallen, außer den eingeklagten Beträgen habe die Gutsherrschaft weitere nie erhoben, weshalb jene die Steuern sein mußten.

nei 3) Durch eine Annäherung und den inneren Zusammenhang dieser Aeußerungen ist für den Gerichtshof auf einleuchtende Weise der Besitzstand der Gutsheerrschaft von 1814 bis 1845 einschläffig, daß ist auf 32 Jahre, in der Weise zugegeben, daß dieselbe eine früher als Hundebrod und Schutzgeld aufgelegte Abgabe jene lange Zeit über unter dem veränderten Titel grundherrlicher Gefälle fortbezogen habe, und ist nebenbei der Nachdruck der vorangeschickten Abläumung ernstlich nur darauf zurückgeführt, daß jene Reichnisse wohl den willkürlichen Namen, nicht aber auch den grundhaltigen Bestand von Gutslasten an sich trügen, weshalb dieselben als persönlich nach Art. 6 des Ablösungsgesetzes erloschen seien.

4) Mehr war auch zu der rechtlichen Gewißheit ihres Fortbestehens nicht erforderlich. Ein Besitzfehler klebte jener Rechtsausübung nicht an, da dieselbe weder heimlich, noch bittweise und noch weniger gewaltthätig vor sich ging, die Besitzer sich vielmehr selbst die Umwandlung, welche damals ganz erlaubt und unverfänglich, auch im Geiste der großherzoglichen Verordnung v. 9. Juni 1807 §§. 152, 162 und 165 war, gutwillig gefallen ließen. Insbesondere fand aber Sch. die Umwandlung seiner eigenen Aufklärung zufolge zur Zeit seiner Gutsübernahme, mag nur diese in die Jahre 1820, 30 oder 38 fallen, bereits als vollendete Thatsache vor, und hat sie eben hiedurch als einen hergebrachten Zustand seines Gutes mit auf sich genommen. Sollten daher die streitigen Gefälle wirklich in ihrem Ursprunge persönliche, nach dem Gesetze v. 1848 der Erlöschung verfallene gewesen sein, so hat eine dreißigjährige Ausübung von 1814 bis 1845 als wahre Gutslast, wofür schon der Name einer Korngift und eines Grundzinses untrüglige Kennzeichen darbieten, dieselben in dingliche, das Gut selbst behaftende Lasten umgeschaffen, weshalb der verspätete Rückgriff auf

eine Abstammung, welche günstigere Folgen für ihn haben könnte, dem Beklagten und seinen Rechtsfolgern für immer verschlossen bleiben muß.

5) Da sich auf solche Weise dem Vorbringen der ganzen Vernehmung zufolge die zum Beweise ausgesetzte Verjährung in ihren Grundelementen als bereits vollendet darstellte, der Beklagte seiner Verneinung des Klagegrundes keine nähere Entwicklung gab, der innere Widerspruch seiner verschiedenen Vertheidigungsbehelfe (defensiones) aber sich gegen ihn selbst kehrt und ihren Ungrund klar entnehmen läßt, so zeigte sich die erhobene Klage nicht nur in den Rechten gegründet, sondern auch in den Thatfachen liquid, weshalb aus Anlaß der ersten Revisionsbeschwerde des Klägers verurtheilend nach der Klagsbitte zu erkennen war. — Nur vermöge eines solchen Verständnisses der Eventualmaxime, über durchsichtige Vorbehalte hinweggehend, nur vermöge einer Verschmelzung und solidarischen Würdigung des gesammten Eindruckes aller Theile einer Antwort auf die Klage läßt sich dem Gebote der C. 2 §. 8 de jurejur. propt. cal. (2, 59) Genüge leisten, wo es heißt:

Antiqua itaque calumnia quiescente et ejus ambagibus constitutio nostra dilucida et compendiosa in terris clareat omnibus, et sit maximum dirimendarum causarum remedium.

DAGE. v. 7. Okt. 1854 in Sachen: Deuster g. Schineller, — Nr. 1796^{52/53}. ****.

Gnome.

Zum Irrthum abwärts fährt sich leicht; wie schwer dagegen,
Der Wahrheit Pfad hinauf die Irrenden bewegen.

Red.: J. A. Seuffert. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

