

welches der Beklagte in zweiter Instanz als nichtig wegen Mangels der kollegialen Berathung angefochten hat, war nur ein prozeßleitendes, welches vom Einzelrichter gültig erlassen werden konnte; denn

1) es wurde auf den einseitigen Antrag des Klägers ohne vorausgegangene Verhandlung darüber, ob und in welcher Art die Exekution stattfinden soll, erlassen, hat also auch darüber nichts entschieden, noch entscheiden können oder wollen. Es hat auch

2) nicht wirklich ausgesprochen, daß nun die Immobiliarexekution durch Anwesenungsverkauf so gleich eintreten soll, sondern durch die Anordnung der Anwesenens-Schätzung und durch die Aufforderung an die Parteien, ein öffentliches Blatt zur Ausschreibung des Verkaufes zu benennen, nur eine vorbereitende Verfügung getroffen, welche zwar erwarten ließ, daß der Richter alsbald zur wirklichen Immobiliarexekution schreiten werde, eine solche Verfügung aber nicht nothwendig zur unmittelbaren Folge haben mußte; jedenfalls hätte diese noch besonders erlassen werden müssen, wobei die kollegiale Berathung noch stattfinden konnte.

3) Wenn in jenem Dekrete die Einleitung der Exekution durch Anwesenens-Verkauf wirklich ausgesprochen worden wäre, so lag es dem Beklagten ob, dagegen zu remonstriren, damit es abgeändert werde, oder doch nicht in Rechtskraft erwachsen könne, und erst dann, wenn ein Inhabersdekret erfolgte, konnte er gegen dieselbe Beschwerde führen.

DAUG. v. 20. Nov. 1849. Nr. 33⁴⁹/₅₀.

4.

Klage auf Herausgabe des Errungenschaftsanteils nach erfolgter Ehetrennung: Schweinfurter Stadtrecht.

Nach erfolgter Ehescheidung klagte die G.'sche

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Berufungssumme. Schäden als Hauptsache. Verschiedenheit im Ansage des Streitgegenstandes bei Würdigung beiderseitiger Berufungen.

Vgl. Comment. üb. d. G.D. Bd. IV, S. 31, 39.

Ein Nachbar vindizirte von dem anderen eine kleine Grundfläche, welche angeblich zum Garten des Klägers gehört, von dem Beklagten aber theilweise seinem neuerbauten Stadel einverleibt worden war. Zur Beurtheilung der Zulässigkeit der Berufung gegen das vom ersten Richter in der Sache ergangene Interlokut wurde der vindizirte Grund geschätzt, wobei sich ein Werth von weniger als 50 fl. ergab; ein Theil der Sachverständigen bemerkte jedoch, daß wenn man die darauf stehende Gebäulichkeit berücksichtige, der überbaute Theil des streitigen Grundes mehr als 100 fl. werth sei. Das Appellationsgericht wies die beiderseitigen Berufungen wegen Mangels des erforderlichen Streitwerthes ab, weil auch für den Beklagten immerhin nur der Werth des den Gegenstand der Klage bildenden Grundes in Anschlag kommen kann; der Schaden, der ihm in Folge der Vindikation rücksichtlich seiner Gebäulichkeit erwachsen könne, dürfe hier, nach der Bestimmung des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 §. 58, nicht berücksichtigt werden.

Der oberste Gerichtshof mißbilligte diese Ansicht und wies das Appellationsgericht zur materiellen Entscheidung über die Berufung des Beklagten an, — aus folgenden Gründen:

regten Frage nicht ausdrückliche Erwähnung geschah, so trifft doch mit obiger Beantwortung der Frage zusammen, was darin in Betreff der Protokollirung gesagt wurde: „Wenn die gerichtliche Protokollirung des Vertrages ausdrücklich bedungen wurde, dann erscheint die Protokollirung als eine nothwendige Bedingung der Perfektion des Vertrags.“

DAGAst. Nr. 1010⁵⁴/₅₅.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Bestimmungen über Ehescheidungsstrafen im Ehevertrage.
Stipulatio turpis.

Der Banquier G. schloß mit seiner Ehefrau mehrere Wochen vor der im Sept. 1845 erfolgten Trauung einen Ehegelöbniß- und Erbvertrag am 15. Juli desselben Jahres gerichtlich ab, dessen §. 9 wörtlich dahin lautete:

Die Verlobten hoffen mit Zuversicht, daß sie in glücklicher und friedlicher Ehe leben werden. Sollte dieselbe indessen wider alles Erwarten durch richterliches Erkenntniß getrennt und dabei Herr G. für den überwiegend schuldigen Theil erachtet werden, so wird die Höhe der alsdann von ihm zu zahlenden Ehescheidungsstrafe hiermit auf 8000 Thlr. festgesetzt, wodurch alsdann sämtliche Ansprüche der geschiedenen Gattin an das Vermögen oder den Nachlaß des Herrn G. ausgeglichen sein werden.

Der hier vorausgesetzte Fall trat hinterher wirklich ein, indem die Ehe des G. auf dessen Antrag,

nicht entgegengesetzte Thatsachen darzuthun vermag.
 OAGG. v. 22. Dez. 1855. Nr. 1533⁵³/₅₄.

2.

Hopfenkauf. Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs. Beweislast.

Der Klage auf Bezahlung einer Quantität (340¹/₄ Pfd.) verkauften und überlieferten Hopfens wurde der Einwand entgegengesetzt: Kläger habe ihm allen seinen vorrätthigen Hopfen, wenigstens vierzehn Zentner verkauft, und die Zahlung sei erst nach Ablieferung des Ganzen zu leisten. In Beurtheilung dieser Rechtsache wurde geäußert:

Der Verkäufer vertretbarer Sachen, wohin auch der Hopfen gehört, kann, sobald er eine Quantität vorgewogen und abgeliefert hat, sofort auf Zahlung, des nach Zentnern bestimmten Preises klagen. Denn, wenn Sachen nach Zahl, Maas und Gewicht verkauft werden, wird der Kaufsvertrag als solcher erst mit dem Vollzuge der Zuzählung oder Zuwiegung, aber auch für jene Quantität vollkommen perfekt, für welche dieselbe erfolgt ist.

Fr. 35 §. 5. 6 de contrah. emt. (18, 1).

Hat nun der Kläger behauptet, daß er nur Hopfen im Allgemeinen, ohne Begränzung oder Ausdehnung auf eine bestimmte Quantität an den Beklagten verkauft habe, und daß der Preis in Bezug auf das vorgelegte Muster auf 96 fl. pr. Zentner festgesetzt worden sei, so ist er um so mehr berechtigt, für die zugewogenen, abgelieferten und probehaltig befundenen 340¹/₄ Pfd. Hopfen sofort Zahlung zu verlangen, als allseitig feststeht, daß Baarzahlung bei Ablieferung bedungen worden. Wenn hingegen der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ¹⁾

¹⁾ Vgl. indessen Comment. über die O.D. Aufl. II Bd. II S. 308 lit. d. — Red.

Blätter
für
Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

in Verbindung mit

Christian Carl Gild und Carl Friedrich Dollmann,

herausgegeben

Johann Adam Seuffert.

Neue Folge I. Band.

Der gesammten Folge XXI. Band.

Erlangen, 1856,
Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

Druck von **J u n g e & S o h n** in **Erlangen**.

Alphabetisches Register

zum

ein und zwanzigsten Bande der Blätter für
Rechtsanwendung.

Neue Folge I. Band.

	Seite
Ablehnungsrecht: des Angeklagten bezüglich der Geschwornen	337
Ablösungsgesetz: Arrestgesuch auf Grund Art. 34 desselben	350
Abweisung in der angebrachten Art	296
Abwesende: Extinktiverjährung gegen dienstlich Abwesende (pr. Recht)	448
Ueber die Berücksichtigung der Rechte des abwesenden Vaters bei den im Interesse des minderjährigen Kindes zu treffenden Anordnungen	381
Actio negatoria: Beweislast, wenn Erlöschung einer früher bestandenen Servitut in Frage ist	495
Adhäsion: Verzicht auf dieselbe durch ein nach Mittheilung der gegnerischen Berufung eingereichtes Gesuch um Verlängerung der Beweisfrist	494
Anwaltengebühren, s. Refurs.	
Alimente, provisorische: einer Ehefrau während des Scheidungsprozesses verabreicht, sind nicht zur Rückforderung geeignet	165
Alimentenklage: Ernährung des Kindes durch Dritte	220
Amtschreibenbeleidigung: über deren Thatbestand	372
Ankauf: von Papieren, die auf jeden Inhaber lauten, von verdächtigen Personen. (pr. Recht)	32
Ansbacher Recht, s. Kirchenbauten.	
Appellation, s. Berufung.	
Arrest: zur Sicherung des später Verfallenden	125
Arrestgesuch auf Grund Art. 34 des Ablösungsgesetzes	350

	Seite
Legitimation zur Anstellung eines Arrestgesuchtes . . .	270
Revision gegen Erkenntnisse auf Arrestverhängung . . .	416
Au porteur-Papiere, s. Ankauf. Privatschuldbriefe.	
Ausland, s. Verbrechen.	
Aussetzung: civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale derselben . . .	181
Ausstände einer Handlung: hierauf beanspruchtes Separationsrecht . . .	168
Bayerisches Recht, s. Exceptio non num. pecun. Näherrecht. Verzugszinsen.	
Bayreuther Recht, s. Einstandsrecht. Gütergemeinschaft. Intestaterbfolge. Kirchenbauten.	
Beamte: Haftung des Fiskus für Beschädigungen durch deren Nachlässigkeit . . .	121,
Benefizialerben: Kompetenz der Wechselgerichte bezüglich der Wechselsforderungen gegen dieselben . . .	212
Bergordnung, Kurpfalz-bayerische v. 1784: deren Geltung im Würzburgischen . . .	246
Berichtigung und Zahlung . . .	342
Berufung: eventuelle, einer Remonstration beigefügt . . .	55
Prüfung der Berufungs- (Revisions-) Zulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege? . . .	190
Berufungsunzulässigkeit gegen einen Bescheid über Zeugenbeeidigungs- Mobilität . . .	191
Zulässigkeit der Berufung gegen das Dekret über Feststellung der zur Eidesleistung für eine Genossenschaft bestimmten Schwurmänner . . .	462
Inwiefern Berufung gegen das Erkenntniß auf Leistung des Disfessionseides im Executivproceß zulässig sei . . .	376
Berufung im Konkurse. Ueber den Satz, daß der Sieg eines appellirenden Gläubigers auch anderen Mitgläubigern zu Gute komme . . .	223
Berufung zur dritten Instanz, s. Revision.	
Berufungssumme: Schäden als Hauptsache. Verschiedenheit im Ansätze des Streitgegenstandes bei Würdigung beiderseitiger Berufungen . . .	142
Berufungssumme durch Zusammenrechnen verschiedener Forderungen in Konkursfällen . . .	144
Unschätzbarkeit des Beschwerdegegenstandes . . .	446
S. auch Revisionssumme.	
Beschädigung: durch Nachlässigkeit der Beamten; desfallsige Haftung des Fiskus . . .	121
Besitzstreit, erbchaftlicher; Einmischung der Käufer von Erbchaftstheilen . . .	57
Beweis, zusammengesetzter . . .	87, 301
Beweis von Dolus und bösem Glauben . . .	400
Beweis über Gemeindemitglieds- Eigenschaft . . .	479
Beweis der Nichtrealität eines Gewerbes . . .	285
Beweisführung: durch beglaubigte Abschriften . . .	16
Beweiskraft: des Grundsteuerkatasters . . .	174

	Seite
Beweiskraft der Gutsrechnungen	87, 301
Beweiskraft der Strafurtheile im Civilprozeße	74, 288, 484
Beweislast: bei der actio negatoria, wenn Erlöschung einer früher bestandenen Servitut in Frage ist	495
Beweislast bei dem Einwande unvollständig erfüllten Verkaufs	366
Beweislast über Nichteinhaltung der Lieferungszeit	415
Beweislast in Realgenverbstreiten	303
Beweislast über die Eigenschaft eines Zehentrechts	412
Beweisap: eine Expromission betr.	171
Dedgleichen im Betreff des Entschädigungsanspruches wegen eines durch Lokomotiv-Funken verursachten Brandes	439
Brandschaden: durch Lokomotiv-Funken veranlaßt	439
Civilprozeßsache, s. Justizsache.	
Civilrechtliche Verhältnisse: als Thatbestandsmerkmale von Verbrechen und Vergehen	181
Clausula: rebus sic stantibus. (pr. Recht)	64
Commis: Haftung des Prinzipals für dessen Handlungen	278
Communicatio ad Cameram: ihr Unterbleiben eine heilbare Nullität	474
Condictio indebiti: Verzugszinsen bei derselben. (pr. Recht)	464
Constitutum possessorium. (pr. Recht)	368
Cura prodigi: freiwillige Unterwerfung unter dieselbe	477
Datum: Zurückweisung einer Privaturkunde im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines sichern Datums	85
Debitverhandlungen in Verlassenschaftsakten; Rechtsmittel gegen die beschaffigen Verfügungen	166
Declaration, s. Injurienklage.	
Depositen: Haftung des Staatsärzars für gestohlene	152
Destinatar: dessen Verhältniß zu dem Frachtführer und Schiffer	274
Devolution: über deren Umfang	224
Diebstahl: von mehreren Personen verabredet, aber nur von einer Person ausgeführt	369
Dienstpersonale: Haftung des Unternehmers für dasselbe	439
Diffessionseid: Erkenntniß auf dessen Leistung im Exekutivprozeße. Berufungszulässigkeit?	376
Dolus: dessen Beweis	400
Domizil: von dessen Begründung. Animus perpetuo commorandi	145
Dotationsoberberechtigung eines Kindes, dem ein Voraus ausgemacht ist. (fränk. Recht)	318
Ediktstag, s. Präsenz machen.	
Ehe, zweite: umfassen deren Nachtheile auch die statutarische Portion?	401
Ehefrau: die ihr während des Scheidungsprozesses provisorisch verabreichten Alimente können nicht zurückgefordert werden	155
Eheleute: deren wechselseitiges Testament, s. Testament.	

	Seite
Eheliche Pflicht: Kompetenz hinsichtlich der Anträge auf deren Leistung, bei in Aussicht stehender Ehescheidungsklage	257
Ehegerichtskompetenz: Differenzen bei gemischten Ehen	391
Ehescheidungsprozeß: Anträge wegen Vermögenssicherung während desselben gehören nicht vor das Ehe- sondern vor das betr. Civilgericht	209
Ehescheidungsstrafen: Bestimmungen hierüber im Ehevertrage. Stipulatio turpis. (pr. Recht)	164
Ehestreitigkeiten: in gemischter Ehe. Erläut. des Art. III der W. v. 28. Juli 1818	396
Eheverlöbniß, bedingtes. Verlöbniß: Mündigung	157
Eheverträge: Konventionalstrafen in denselben	240
E. auch Ehescheidungsstrafen.	
Ehrenstrafen: ob sie wegen Meineids im Falle der Anwendung des Art. 99 Nr. IV Th. I des StGB, gerechtfertigt erscheinen?	5
Eid: dem Sohne zuerkannt in dem vom Vater für ihn geführten Prozesse	271
Eidesleistung: einer Gemeinde	43
Ableistung des einem Kloster auferlegten Eides	495
Eidesleistung bei Streitgenossen	109
Eidesunfähigkeit: deren Eintritt nach der Eideszuerkennung. Zuständigkeit des Untergerichts, über die Folgen dieses Eintritts zu erkennen, wenn der fragliche Eid oberichterlich zuerkannt war	90
Wie ist in diesem Falle zu erkennen?	497
Eidesunmündige: hat deren Meineid auch die Ehrenstrafen zur Folge?	5
Strafbarkeit des von Eidesunmündigen geschwornen Meineides	95
Eigenthum, s. Gemeinde-Eigenthum.	
Eingepfarrte, s. Kirchenbauten.	
Einkommensteuer: ist im Konkurse aus der gemeinen Masse zu berücksichtigen	407
Einlösungsrecht: über „vollständige Bezahlung“ im Sinne des Hyp.-Gef. §. 64 Abs. 3 bei Ausübung dieses Rechts von Seite eines jüngeren Hyp.-Gläubigers gegenüber dem älteren	305, 507
Einreden: unzulässige Verbindung sich widersprechender	74, 173
Der Nichtwiderspruch einer in faktischer Hinsicht mangelhaften Einrede ist unnachtheilig	342
Verfahren in Bezug auf Einreden, welche sich im Laufe des Verfahrens hervorgethan haben, und etwa erst in einer oberen Instanz vorgebracht werden	156
Einrede des unvollständig erfüllten Verkaufs; Beweislast	366
Die der Klage auf Erfüllung eines Lieferungsgeschäftes aus dem Grunde entgegenge setzte exceptio doli, weil Kläger zur Zeit des Handelsabschlusses bereits auf telegraph. Wege eine einflussreiche Nachricht gehabt, als unerheblich verworfen	264

	Seite
Exceptio non numeratae pecuniae; einmal entgegengesetzt ist sie perpetuirt	296
Die Unterzeichnung des Hypothekenbriefes nach aufgenommenem Hypothekenprotokolle enthält kein die exc. n. n. p. ausschließendes wiederholtes Schulbekenntniß	76
Einrede der Rechtsabhängigkeit	93
Einrede des Verzichts; nöthige Begründung	479
Begründung der Zahlungseinrede	342
Einspruch: des Miethers gegen beabsichtigten Hausverkauf	253
Einspruchsrecht: nach bayreuth. Provinzialrechte.	
1) Was ist unter Kindern „außer dem Brode der Eltern“ zu verstehen?	348
2) Das Anbieten des Vorkaufs ist erforderlich	349
Emittent: von Privatschuldbriefen auf den Inhaber; Verhältniß desselben zu den Partialgläubigern	452
Enteignungsprozesse: in solchen können zwar nicht Prozeßzinsen, wohl aber Verzugszinsen zuerkannt werden	85
Enthebung vom Portefeuille; Reaktivierung; Gehaltsanspruch	456
Entschädigung: wegen Brandes, durch Lokomotiv-Funken verursacht	439
Erbeinsetzung: mit den Worten „N. respektive dessen Familie“	493
Erbsfolge, s. Intestaterbsfolge.	
Erbschaftlicher Besitzstreit: Einmischung der Käufer von Erbschaftstheilen	57
Erbschaftsentsagung: nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. (pr. Recht)	320, 335
Erfüllungseid: dem Sohne auferlegt, dessen Vater für ihn als Kläger auftrat. Nachträgliches Erbieten in der höheren Instanz	271
Errungenschaft: die Gemeinschaft derselben nach Mainzer Landrecht wird nach dem Tode eines Ehegatten mit den Ehekindern nicht fortgesetzt	239
Klage auf Herausgabe des Errungenschaftsantheils nach erfolgter Ehetrennung. (Schweinfurter Stadtrecht)	61
Einwand, Klägerin habe keine Unterstützung im Haushalt und im Gewerbesbetrieb geleistet. (Dasselbe Stadtrecht)	462
Ersizung, s. Servituten.	
Exceptio doli	264
Exceptio non numeratae pecuniae	76, 296
S. das Nähere unter Eintreden.	
Erekutionsverfahren: erfordert die Verfügung der Entschädigung kollegiale Verathung?	60
Uebereinkommen zur Anwendung eingeleiteter Erekution. Dessen Gültigkeit bei Wiederaufnahme des Erekutionsverfahrens in Frage gestellt. Ist der Bescheid über diesen Inzidentpunkt als im Erekutionsverfahren ergangen zu betrachten?	76
Frage über Revisionszulässigkeit im Betreffe des im Ere-	

	Seite
Insultationsverfahren entstandenen Streites zwischen dem Abjubilatar und einem Kauffchillings=Assignatar	476
Exekutivprozeß: Erkenntniß auf Leistung des Dissef- sionseides. Revisionszulässigkeit?	376
Expromission: Klage daraus; Begründung; Beweisfah	171
Extrajudizialbeschwerde: gegen einen Bescheid über Zeugenbeerdigung=Modalität	191
Ertinktivverjährung: gegen dienstlich Abwesende. (pr. Recht)	448
Faustunterpfand: an einem Waarenlager im Universal- Konkurse beansprucht	168
Fideikommiße, bedingte: deren Transmission. (preuß. Recht)	448
Finanzgesetz: Erlöschung von Forderungen an die Staats- kasse nach §. 31 des Finanzgesetzes v. 1831	304
Firma: Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der frü- heren Firma	269
Klage gegen Theilhaber einer Firma	275
Fiskus: dessen Haftung für Beschädigungen durch Beamten- nachlässigkeit, insbesondere bei Erhebung und Verabfolgung von Inskriptionsgebühren. Einfluß dienstlicher Personalver- änderungen	121
Haftung des Staatskassars für gestohlene Depositen	152
Entschädigungsanspruch gegen den Fiskus der l. Verkehrs- anstalten wegen eines durch Lokomotiv=Funken verur- sachten Brandes. Beschränkte Geltung des Sayes: qui jure suo ulitur etc. Haftung des Unternehmers für das Dienstpersonale. Beweisfah	439
Flußbette: Streitigkeit darüber, ob eine Grundfläche Ufer- länderei oder Bestandtheil des Flußbettes sei	127
Form: der Immobiliärverträge; Statutenkollision. Noth- wendigkeit der schriftlichen Form solcher Verträge nach pr. Rechte	377
Forstrechte: der Hausbesitzer und Bürger der Stadt Rürn- berg in dem s. g. Reichswalde	225
Frachtführer: Verhältniß des Destinatarz zu demselben	274
Fränkisches Recht, s. Dotationsoberechtigung. Heimsteuer. Notherbrecht.	
Fristen= und Nachlaßverträge von Gemeinden	280
Fruktifikation: bei Kneefeldern	431
Gebühren=Ermäßigung, s. Refuzo.	
Gehalt: Reaktivirung nach vorgängiger Enthebung vom Portefeuille; Gehaltsanspruch	456
Unter dem Gesamtgehalt im Sinne des §. 23 der IX. Beil. zur W. U. sind auch die Mehrbezüge aus früheren Dienst- verhältnissen begriffen	459
Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. (bayer. Recht)	461
Geigel, Philipp: D. U. Rath. Nekrolog	111
Berichtigung hierzu	480

	Seite
Gemeinde-Eigenthum: zufolge der W. v. 13. Februar 1805 behauptet	478
Gemeindemarkung: Mithut auf derselben, dem Weibeberechtigten gegenüber	109
Gemeindemitglieds-Eigenschaft: deren Beweis	479
Gemeinden: Eidesleistung einer Gemeinde	43
Fristen- und Nachschverträge von Gemeinden	280
Gemeinderichte: Streitigkeiten hierüber nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes. Verwaltungssache	159
Gemeindenumlagen: sind im Konkurse aus der Immobilienmasse zu berichtigen	408
Gerichtszuständigkeit, s. unter Kompetenz.	
Geschäftsverkauf: sammt der bisherigen Kundschaft	269
Geständniß: im Strafverfahren; Wirksamkeit im Civilprozeß	319
Geständniß, beim Sühneversuch abgelegt	449
Gewerbe: Beweis der Nichtrealität eines Gewerbes	285
Kompetenz zur Konstatirung der radizirten Eigenschaft eines Gewerbes	317
Gewerbekaduzität; Geltungsgebiet der W. v. 8. Febr. 1811	333
Beweislast in Realgewerbstreiten	303
Erlösung von Realgewerbrechten durch Nichtausübung Dreißigjährige Nichtausübung als Erlösungsgrund bei Realgewerbrechten	336
Gewerbsteuer: ist im Konkurse aus der gemeinen, nicht aus der Immobilien-Masse zu berichtigen	407
Glaube, böser: dessen Beweis	400
Gnommen 1, 48, 128, 145, 161, 177, 181, 417, 456, 464,	512
Grundsteuerkataster: dessen Beweisraft	174
Gütergemeinschaft, eheliche: nach bayreuther Recht	501
Gutsrechnungen: deren Beweisraft	87, 301
Gutschätzung, s. Exekutionsverfahren.	
Gutszertrümmerung, gewerbemäßige: deren strafrechtliche Eigenschaft	113, 129
Verkaufbarung der Parzellenkäufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbemäßiger Gutszertrümmerung	252
Haftung, s. Fiskus. Prinzipal. Unternehmer.	
Hagelversicherungsverein: als juristische Person	254
Hand- und Spanndienste, s. Kirchenbanten.	
Handelsfirma, s. Firma.	
Handelsfrauen	270
Handelsgerichtliche Praxis: Mittheilungen aus derselben	273
Handlungreisende: Verkehr mit denselben	277
Rechtsgeschäfte mit Handlungreisenden. (pr. Recht)	464
Hausbau: auf fremdem Grundstück, mit Einwilligung des Eigenthümers	334
Hegezeit: bei Akefeln	431
Heimsteuer: deren Forderung vom Manne nach dem Tode der Frau. (fränk. Recht)	310
Heirathsverträge, s. Eheverträge.	

	Seite
Herkommen: als Übung eines Rechts	491
Hoppentkauf: Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs; Beweislast	368
Hypothekengesetz: „vollständige Bezahlung“ im Sinne des §. 64, Abs. 3	305, 507
Hypothekenzinssklage: gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts	97, 321
Eingetragene Protestation ist gegen diese Klage unerheblich	445
Hypothekgläubiger: deren Beziehung zur Zahlung der Forderungen der I. Klasse, beugleich zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung	406
Immobilienverträge: die Vorschrift des Largesetzes v. 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobilienverträgen ist keine zivilrechtliche Statutenkollision bezüglich der Form der Immobilienver- träge. Nothwendigkeit der schriftlichen Form nach preuß. Recht	161
Immobilienverträge nach vorösterreichischem Rechte	377
Injurien, briefliche: Statutenkollision	472
Injurienklage: deren Entkräftung durch Deklaration auf dieselbe nach gem. Rechte	331
Intestaterbfolge: des mit Kindern konkurirenden Ehe- gatten nach bayreuth. Recht	221
Inzidentpunkt im Exekutionsverfahren	501
Jüdischer Zeigeneid: ob in der Synagoge abzu- nehmen?	76
Der Bescheid über die Art dieser Eidesabnahme ist nicht appellabel	444
Jugend, s. Strafmilderungsgründe	491
Justizsache: Prüfung der Revisions- (Revisions-) Zu- lässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justiz- sache vorliege?	190
Verpflichtung, einer Schützengesellschaft beizutreten, keine Civilprozeßsache	149
Kapazität, s. Gewerbe	
Kapitalverbrechen: sind nur die mit Todesstrafe bedrohten	216
Kauf: Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs Wiesern berechtigt die Erfüllungsskimmis des Verkäufers den Käufer vom Vertrage zurückzutreten und auf das In- teresse zu klagen?	366
Ankauf von Papieren au porteur von verdächtigen Perso- nen. (pr. Recht.)	397
Kind: Sorge für das Kind bei Abwesenheit des Vaters	32
Kind „außer dem Brode der Eltern“	381
Nothrecht der Kinder nach fränk. Rechte	348
Kindesaussetzung: zivilrechtliche Verhältnisse als That- bestandsmerkmale derselben	286
Kirchenbauten: Hand- und Spanndienste der Eingepfarrten hierzu nach Ansbacher und Bayreuther Provinzialrecht	181
Klausel, s. Clausula	94

	Seite
Kleefelder: Fruktifikations- und Hegezeit. Oberaufsichts-	
kompetenz des betr. Staatsministeriums	431
Kloster: Eidesleistung für dasselbe	495
Kuratelkonfens zu dessen Prozeßführung	494
Kollegialberathung: über Verfügung der Gütschätzung	
im Exekutionsverfahren	60
Komis: Haftung des Prinzipals für dessen Handlungen .	278
Kompensation: illiquide Gegenforderung	80
Kompetenz: Ehegerichts-kompetenz-Differenzen bei ge-	
mischten Ehen	391
Zur Erklärung des Art. III der V. v. 28. Juli 1818,	
die Kompetenz über Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen	
betr.	396
Gerichtszuständigkeit für Anträge, die Leistung der eheli-	
chen Pflicht betr., bei in Aussicht stehender Ehescheidungs-	
klage. Mandatum de revertendo	257
Anträge wegen Vermögenssicherung, welche während eines	
Ehescheidungsprozesses gestellt werden, gehören nicht vor	
das Ehegericht, sondern vor das betr. Civilgericht	209
Kompetenz in Streitigkeiten über Gemeinderichte nach voll-	
zogener Theilung des Gemeindegrundes	159
Kompetenz zur Konstatirung der radizirten Eigenschaft eines	
Tafelrechts	317
Oberaufsichtskompetenz des betr. Staatsministeriums be-	
züglich der Fruktifikation und Hegezeit bei Kleefeldern .	431
Gerichtszuständigkeit in Prozessen über Ausübung des	
Weiberrechts, welche bei Verkündung des Gesetzes v. 28.	
Mai 1852 bereits anhängig waren	40
Kompetenz im Betreffe der Verpflichtung, einer Schützen-	
gesellschaft beizutreten	149
Kompetenz der Wechselgerichte bezüglich der Wechselforderun-	
gen gegen Benefizialerben	212
Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen	
oberstrichterliche Erkenntnisse im Kompetenzpunkte . . .	17
Kompetenzkonflikte: oberstrichterliche Entscheidungen	
über dergleichen unter Gerichten	209, 257
Konkurs: Präsenzmachen am ersten Ebidstage	231
Appellation im Konkurse; über den Satz, daß der Sieg	
eines appellirenden Gläubigers auch anderen Mitgläubig-	
ern zu Gute komme	223
Konkurskosten, s. Kosten.	
S. auch Partikularkonkurs.	
Konventionalstrafen: in Heirathsverträgen	240
Körperverletzung: culpa mit Waffen	374
Kosten: über die Beziehung der Hypothekgläubiger zu den	
allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masse-	
verwaltung	409
Kostenpunkt, vom Untergerichte vorbehalten, vom Oberge-	
richte durch Kompensation erlabigt. Revisionssumme in	
diesem Falle	454

	Seite
Kreidumlagen: ob zu deren Berichtigung im Konkurse die Immobiliarmasse beizutragen habe?	408
Kuratelkonsens: aus der landgerichtlichen Beglaubigung der Vollmacht zu entnehmen	445
Kuratelkonsens; prozeßführende Klöster	494
Legitimation: zur Anstellung eines Arrestgesuchtes	270
Lehnherrliche Erinnerung: unterlassene Einholung derselben, eine heilbare Nullität	474
Leugnen, frivoles: dessen Strafe	301
Lieferungsgeschäft: Klage auf Erfüllung; exceptio doli, weil Kläger zur Zeit des Handelsabschlusses bereits auf telegraph. Wege eine einflussreiche Nachricht gehabt, als unerheblich verworfen	264
Beweislast über die Nichteinhaltung der Lieferzeit	415
Mainger Recht, s. Errungenschaft.	
Malzausschlagsgesälle: sind im Konkurse aus der gemeinen, nicht aus der Immobilial-Masse zu berichtigen.	407
Mandant: dessen Klagerecht aus Verträgen des Mandatars	273
Mandatum de revertendo: Kompetenz zu dessen Erlassung. (pr. Recht.)	261
Mehrbezug: aus früheren Dienstverhältnissen	459
Meineid: dessen Strafbarkeit bei Eidesunmündigen	5, 95
Vergl. auch Ehrenstrafen.	
Miethe: auf eine Reihe von Jahren; Arrest zur Sicherstellung des Vermiethers	125
Einpruch des Miethers gegen beabsichtigten Handverkauf.	253
Ministerstelle: Enthebung von derselben; Reaktivierung; Gehaltsanspruch	456
Miszellen	176, 432
Mithut: auf einer Gemeindemarkung, dem Weibeberechtigten gegenüber; Eidesleistung durch einige der Streitgenossen	109
Mora s. Verzug.	
Muttergutsanzeige: für Kinder von Siegelmäßigen.	385
Nachsch- und Fristenverträge: von Gemeinden	280
Näherrecht: vertragsmäßiges; Rückkaufsrecht. (bayer. Recht.)	238
S. auch Einstanderecht.	
Nekrolog: Philipp Geigel, DMBath	111
Berichtigung hiezu	480
Nichtausübung, s. Gewerbe.	
Nichtigkeit, heilbare wegen unterbliebener communicatio ad Cameram	474
Nichtigkeitsbeschwerde: einer kathol. geistlichen Ehegerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des prot. Ehegerichts.	391
Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen obersterliche Erkenntnisse in Kompetenzpunkte	17
Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des StPGesetzes v. 10. Nov. 1848	193

	Seite
Non bis in idem	261
Notariatsurkunde: auswärtige, als öffentliche Urkunde anerkannt	26
Nothverbrecht: der Kinder nach fränk. Recht	286
Nudum praeceptum	241
Nürnberg, s. Forstrechte.	
Oberberufung, s. Revision.	
Ortsrechte: Bezugnahme hierauf; nöthige Begründung	490
Pächter: Verjährungsbesitz durch dieselben. (pr. Recht.)	240
Partikularkonkurs: zur Feststellung der Rangordnung der Hyp.-Gläubiger in dem Erlöse eines verpfändeten Gutes auch außer dem Falle einer Ueberschuldung zulässig	92
Pflichttheil: über den geeigneten Weg zu dessen Ermittlung bei Erbstreitigkeiten	83, 49
Possessorium ordinarium: dessen Verbindung mit dem Petitorium; das letztere aber nur aus Hilfsweise zu verstehen	829
Präsenz machen: am ersten Ediktstage; dessen Nothwendigkeit	231
Preussisches Recht: Ankauf von Papieren au porteur von verdächtigen Personen	32
Clausula rebus sic stantibus	64
Constitutum possessorium	368
Bestimmungen über Ehescheidungsstrafen im Ehevertrage	164
Erbchaftsdenkmal nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. 320,	335
Form der Immobilienverträge	377
Rechtsgeschäfte mit Handlungsreisenden	464
Mandatum de revertendo; Kompetenz zu dessen Erlassung	261
Wechselseitige Testamente der Ehegatten	220
Transmission bedingter Fideikomnisse	448
Verjährungsbesitz durch Pächter	240
Unterbrechung des Verjährungsbesitzes bei Servituten	352
Extinktiverjährung gegen dienstlich Abwesende	448
Verzugszinsen bei der condictio indebiti	464
Prinzipal: dessen Haftung für Handlungen seines Commis	278
Priorität: Verhältniß der I. und II. Klasse	406
Privatschuldbriefe: auf den Inhaber; deren Rechtsgiltigkeit	417
Verhältniß zwischen dem Emittenten und den Partialgläubigern	452
Privaturkunde: deren Zurückweisung im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines sicheren Datums	85
Protestation: deren Unerheblichkeit gegen die Hypothekenzinsklage	445
Querela non numeratae pecuniae durch Protestation zum Hypothekenamtsprotokolle	471
Prozeßzinsen; illiquider Forderungsbetrag	80, 81
Querela non numeratae pecuniae: durch Protestation zum Hypothekenamtsprotokolle	471

	Seite
Reaktivirung: nach der Enthebung vom Portefeuille; Gehaltsanspruch	456
Realgewerbe, s. Gewerbe.	
Realzitation: im Verfahren des mündlichen Verhörs. Nachtrag hiezu	289 336
Rechtsausübung: beschränkte Geltung des Satzes „der sein Recht Ausübende fügt kein Unrecht zu“	439
Rechtshängigkeit: Verweisung von Streitposten wegen Rechtshängigkeit. Entkräftung dieses Anspruchs in zwei- ter Instanz läßt Revision nicht zu	93
Rechtskraft	296
Rechtsmittel: gegen Verfügungen über Debitverhandlun- gen in Verlassenschaftsacten	166
Refurs: gegen Gebührenermäßigung; Einreichung bei dem Refursgerichte	222
Remonstration: Zur Erläuterung des §. 55 der Prozeß- novelle von 1837	79
Remonstration mit eventueller Berufung	55
Remonstrationen gegen oberstrichterliche Erkenntnisse	17
Revision: gegen Erkenntnisse auf Arrestverhängung	416
Prüfung der Revisionszulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege	180
Revisionsunzulässigkeit, wenn in zweiter Instanz die Sache zur weiteren Aburtheilung über Streitposten an die erste Instanz zurückverwiesen wurde, welche dieselbe wegen Rechtshängigkeit ad separatim verwiesen hatte	93
Ueber Revisionszulässigkeit bei gleichförmiger Entscheidung über einen Inzidentpunkt im Exekutionsverfahren	76
Revisionsunzulässigkeit bei gleichförmigen Erkenntnissen über einen im Exekutionsverfahren entstandenen Streit zwischen dem Abjudikatar und einem Kauffchillings-Affig- natar	476
Revisionssumme: Unschäbbarkeit des Beschwerdegegen- standes	446
Revisionssumme, wenn der Kostenpunkt vom Untergericht vorbehalten und vom Obergericht durch Kompensation erledigt wurde	464
Richteramt: die Auffassung geltend gemachter Verträge betreffend	88
Vernehmung Sachverständiger von Amtswegen	284
Realkaufrecht. (bayer. Recht.)	238
Sachlegitimation: über Vererbung des Gläubigers	288
Sachverständige: deren Vernehmung von Amtswegen	284
Schäpfung: ist zu deren Verfügung im Exekutionsverfah- ren Kollegialberathung erforderlich?	60
Schiffer: Verhältniß des Destinatars zu demselben	274
Schuldbekennniß: wiederholtes, um die exc. non num. pecuniae zu beseitigen; Hypothekenprotokoll und Hypothe- kenbrief	76
Schuldengesellschafts-Verhältnisse: ob Justizsache?	149
Schweinfurter Stadtrecht, s. Errungenschaft.	

	Seite
Selbsthülfe: civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale	181
Ein Fall erlaubter Selbsthülfe	187
Separationsrecht: an einem Waarenlager und den Umständen einer Handlung im Universalbankrotte auf Grund einfacher Zusicherung in Anspruch genommen	168
Sequestration: bei Klagen auf Kontraktderfüllung	350
Servituten: ist zur Erfizung erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks von den Ausübungshandlungen Kenntniß hatte?	384
Unterbrechung des Verjährungsbesizes. (pr. Recht.)	352
Sicherung, f. Vermögenssicherung.	
Siegemäßige: Muttergutsauszeige für deren Kinder	385
Sohn: des Vaters Klage für den Sohn; Eid dem Sohne zuerkannt. Nachträgliches Erbielen in der höheren Instanz	271
Sponsalitia largitas	157
Staatsärar, f. Fiskus.	
Staatskasse, f. Finanzgesch.	
Statutarische Portion: erstrecken sich die Nachtheile der zweiten Ehe auf dieselbe?	401
Statutenkollision: bezüglich der Form der Immobilienverträge	377
Bezüglich brieflicher Injurien	381
Stipulatio turpis	164
Strafgesetze: zu deren Auslegung	1, 369
Strafmilderungsgründe: Zusammenreffen derselben.	
Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit.	177, 481
„Ermächtigung“ zur Straßerabsehung wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit	465
Strafrechtliche Bedenken	177, 481
Strafurtheile: deren Beweiskraft im Civilprozeße.	74, 288, 484
Streitgenossen: Eidesleistung bei denselben	109
Tafelrecht: Konstatirung rabizirter Eigenschaft. Kompetenz	317
Targeseß: von 1852; die Vorschrift des Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobilienverträgen ist keine civilrechtliche	161
Telegraph: dessen Benützung im kaufmännischen Verkehr.	330
Testament: dessen Erklärung durch einen Beistand	314
Von der Erklärung des Testirers, die den Zeugen vorgelegte Schrift enthalte seinen letzten Willen	455
Wechselseitiges Testament unter Eheleuten. Bestimmungen zu Gunsten der Kinder. Erbschen durch deren Tod. (pr. Recht.)	220
Testamentsexekutoren: nudum proceceptum	241
Thatbestand: civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale. Selbsthülfe. Aussetzung	181
Transmission bedingter Fideikomnisse. (pr. Recht.)	448
Uferländerei: Streikigkeit darüber, ob eine Grundfläche Uferländerei oder Bestandtheil des Flußbettes sei	127

	Seite
Unternehmer: dessen Haftung für das Dienstpersonal	439
Untersuchungsakten: deren Benützung zu civilrechtlichen Zwecken	433
Unschärfe des Beschwerdegegenstandes	446
Urkunde: Zurückweisung einer Privaturkunde im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines sicheren Datums	85
Die Vorschrift des Targesezes v. 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobilienverträgen ist keine civilrechtliche	161
Vater: Sorge für das Kind bei Abwesenheit des Vaters	381
Der Vater als Kläger für den Sohn. Eid dem Sohne zuerkannt. Nachträgliches Erbieten in der höheren Instanz.	271
Vaterschaft: über die Befugniß der außerehelichen Mutter zur Erhebung der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft.	29
Verbrechen: von einem Bayer im Auslande begangen, von dem zuständigen auswärtigen Gerichte bestraft. Non bis in idem	281
Kapitalverbrechen sind nur die mit Todesstrafe bedrohten.	216
Verfahren: des mündlichen Verhörs; Realzitation.	289
Verjährung: Verjährungsbefiß durch Pächter (pr. Recht.)	240
Ist zur Servituten-Erskizung erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks Kenntniß von den Ausübungshandlungen hatte?	364
Unterbrechung des Verjährungsbefißes bei Servituten (pr. Recht.)	352
Extinktivverjährung gegen dienstlich Abwesende. (pr. Recht.)	448
Extinktivverjährung von realen Gewerbrechten durch Nichtausübung	332, 336
Verkauf: eines Geschäfts sammt der bisherigen Kundschaft.	269
Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs	366
Wozu berechtigt den Käufer die Erfüllungsgäumniß des Verkäufers?	397
Verlassenschafts akten: Debitverhandlungen in denselben. Rechtsmittel gegen die beschalligen Verfügungen	166
Verlautbarung: der Parzellenkäufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbmäßiger Gutszertrümmerung	252
Vermögenssicherung: Kompetenz für beschallige Aufträge während eines Ehescheidungsprozesses	209
Verschwendung: freiwillige Unterwerfung unter beschallige Kuratelstellung	477
Vertheidiger: als Zeuge vorgeschlagen	47
Vertrag: dessen Aufhebung wegen veränderter Umstände. (pr. Recht.)	64
Gäumniß als Grund des Rücktritts vom Vertrage	397
Richteramt, die Auffassung geltend gemachter Verträge betr.	88
Verträge über Immobilien, s. Immobilienverträge.	
Verwahrung: ist deren Einlegung innerhalb der 14 tägigen Frist gegen eine inappealable Verfügung notwendig, von welcher die Partei zugleich mit dem Endurtheile Kenntniß erhält?	28

Verwaltungskosten: im Konkurse	406
Verwaltungssachen: dazu gehören Schlingengesellschafts-Verhältnisse	149
Desgl. Streitigkeiten über Gemeinderchte nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes	159
Desgl. die Konstatirung der radizirten Eigenschaft eines Gewerbrechtes	317
Verwandte: über deren Befreiung von der Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung	65
Verzicht: faktischer auf Abhäsion	494
Einrede des Verzichtes; nöthige Begründung	479
Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren Firma	269
Verzug: als Grund des Rücktritts vom Vertrage	397
Verzugszinsen: Unterschied von Prozeßzinsen	80, 81
Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. (bayer. Recht.)	461
Verzugszinsen bei der <i>condictio indebiti</i> . (pr. Recht.)	464
Voraus: dessen Bestellung schließt die Dotationsberechtigung des Kindes nicht aus. (fränk. Recht.)	318
Waarenlager: hieran beanspruchtes Separationsrecht	168
Wahrspruch: Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des StPG. v. 10. Nov. 1848	193
Wechselgerichte: deren Kompetenz bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben	212
Weide: Mithut auf einer Gemeindegemarkung, dem Weidberechtigten gegenüber	109
Weiberecht: Gerichtszuständigkeit in Prozessen über dessen Ausübung, welche bei Verkündung des Gesetzes v. 28. Mai 1852 bereits anhängig waren	40
Werthpapiere au porteur, s. Ankauf. Privat-schuldbriefe.	
Widerklage: ist sie gegen ein Mitglied der königlichen Familie in einer von demselben bei einem Untergerichte klagbar verfolgten persönlichen Rechtsache zulässig?	353
Widersehung: Thatbestandeserfordernisse	9
Widerspruch: dessen unnachtheilige Unterlassung gegen Einreden, die in faktischer Hinsicht mangelhaft sind	342
Würzburg, s. Verg.ordnung. Fränkisches Recht.	
Zahlung: „Berichtigung“ und „Zahlung.“ Begründung der Zahlungseinrede	342
„Vollständige Bezahlung“ im Sinne des Hyp.-Gesetzes S. 64 Absatz 3	305, 507
Zehentrecht: Beweislast über dessen Eigenschaft	412
Zeuge: der Verteidiger als Zeuge vorgeschlagen	47
Zeugeneid: ob bei Juden in der Synagoge abzunehmen? Besch eid über Zeugenbeidigungs-Moralität; Berufungsunzulässigkeit; Extrajudizialbeschwerde	191
Zeugniß: Verbindlichkeit zu dessen Ablegung; Ausnahme in Ansehung naher Verwandten	65
Zinsen, s. Verzugszinsen.	

	Seite
Zurechnungsfähigkeit, geminderte, s. Strafmil- derungsgründe.	111
Zurückweisung an den vorigen Richter	224
Zusatzlag des ohne Erfolg versteigerten Gutes an den Gläu- biger	70
Berichtigung hiezu	96

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung und Prioritätsordnung.

Erstes Kapitel. §. 1. Ein Fall erlaubter Selbsthilfe. 187. — §. 8. Von Begründung des Domizils. 145. — §. 13. a) Ehegerichts-Kompetenz-Differenzen bei gemischten Ehen. 391. b) Zur Erläuterung des Art. III. der B. v. 28. Juli 1818, Ehe-
streitigkeiten bei gem. Ehen betr. 396. c) Gerichtszuständigkeit für
Anträge, die Leistung der ehelichen Pflicht betr. Mandatum de rever-
tendo. 257. d) Kompetenz für Anträge wegen Vermögenssicherung
während eines Ehescheidungsprozesses. 209. e) Kompetenz in
Streitigkeiten über Gemeinderichte nach vollzogener Theilung des
Gemeinbegrundes. 159. f) Kompetenz zur Konstatirung der rabi-
zirten Eigenschaft eines Gewerbrechtes. 317. g) Gerichtszustän-
digkeit in Weiderechtsstreitigkeiten, welche bei Verkündung des Ge-
setzes v. 1852 bereits anhängig waren. 40. h) Oberaufsichtskom-
petenz des betr. Staatsministeriums bezüglich der Fruktifikation u.
Hegezeit bei Akefeldern. 431. i) Kompetenz über Schuppenfell-
schaftsverhältnisse. 149. k) Kompetenz der Wechselgerichte bezüglich
der Wechselforderungen gegen Benefizialerben. 212. l) Ueber
Nichtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen oberstrichterl. Er-
kenntnisse im Kompetenzpunkte. 17. — §. 17. Debitverhandlung-
en in Verlassenschaftsakt. 166.

Zweites Kapitel. §. 2. Richteramt, die Auffassung gel-
tend gemachter Verträge betr. 88. — §. 5. Rekurs gegen Ge-
bührenermäßigung, bei dem Rekursgerichte eingereicht. 222.

Drittes Kapitel. §. 4. Possessorium ord. u. petitorium
kumulirt. 329. — §. 6. a) Kuratelskonsens durch Vollmachtsbe-
glaubigung ertheilt. 445. b) Prozeßführende Klöster; Kuratelskon-
sens. 494.

Viertes Kapitel. §. 7. a) Klage aus einer Expromission;
Begründung. 171 b) Sachlegitimation über Beerbung des Gläu-
bigers. 288. c) Prozeßzinsen. 80, 81. — §. 17. Abweisung
in der angebrachten Art. 296.

Fünftes Kapitel. §. 2. Ueber die Realzitation im Verfahren des mündlichen Verfahrens. 289. (Nachtrag. 336.)

Sechstes Kapitel. §. 2. a) Ungültige Verbindung sich widersprechender Eintreden. 74, 173. b) Eintreden, im Laufe des Verfahrens hervorgehoben. 156. — §. 8. a) Eintrede des Verzichts; nöthige Begründung. 479. b) Begründung der Zahlungseintrede. 342. c) Triviale Leugnen. 301. — §. 10. Perpetuität der einmal entgegengesetzten exc. non num. pecuniae. 296.

Siebentes Kapitel. §. 1. Sachlegitimation über Beerbung des Gläubigers. 288. — §. 9. Legitimation bei Arrestgesuchen. 270.

Achtes Kapitel. §. 1. Widerklage gegen Mitglieder der fgl. Familie. 353. — §. 4. Einmischung der Käufer von Erbschaftstheilen in den erbchaftlichen Besitzstreit. 57. — §. 6. a) Arrest zur Sicherung des später Verfallenden. 125 b) Arrestgesuch auf Grund Art. 34 des Abkündungsgesetzes. 350. — §. 7. Sequestration bei Klagen auf Vertragserfüllung. 350.

Neuntes Kapitel. §. 1. a) Beweislast bei der actio negatoria. 495. b) Desgl. bei dem Einwande unvollständig erfüllten Verkaufs. 366. c) Desgl. über Nichteinhaltung der Lieferzeit. 415. d) Desgl. in Realgewerbestreiten. 303. e) Desgl. über die Eigenschaft eines Zehntrechters. 412. — §. 2. Zusammengefügter Beweis. 87, 301. — §. 3. a) Fall unnöthiger Beweisauslage über Gemeindemitglieds-Eigenschaft. 479. b) Bezugnahme auf Ortsrechte; nöthige Begründung. 490. — §. 14. a) Beweis von Dolus und bösem Glauben. 400. b) Beweis der Nichtrealität eines Gewerbes. 285. c) Beweisjah, Expromission betr. 171. d) Beweisjah, einen durch Lokomotivfunken verursachten Brand betr. 439.

Zehntes Kapitel. §. 8. Verbindlichkeit, ein Zeugniß abzulegen. Ausnahme in Ansehung naher Verwandten. 65. — §. 14. Jüdischer Zeugeneid, ob in der Synagoge abzunehmen? 444.

Elfstes Kapitel. §. 2. a) Beweisraft des Grundsteuerkatasters. 174. b) Auswärtige Notariatsurkunde als öffentl. Urkunde anerkannt. 26. c) Beweisraft der Strafurtheile im Civilprozeß. 74, 288, 484. — §. 3. a) Mangel eines sichern Datums bei Privaturkunden. 85. b) Beweis durch Gutrechnungen. 87, 301. — §. 4. Beweisführung durch beglaubigte Abschriften. 16. — §. 6. Benützung der Untersuchungsakten zu civilrechtlichen Zwecken. 433.

Zwölftes Kapitel. §. 1. a) Geständniß im Strafverfahren, dessen Wirksamkeit im Civilprozeß. 319. b) Geständniß, beim Eühneverfuch abgelegt. 449. — §. 3. Vernehmung Sachverständiger von Amtswegen. 284.

Dreizehntes Kapitel. §. 1. a) Eidesleistung einer Gemeinde. 43. b) Ableistung des einem Kloster auferlegten Eides. 495. c) Ableistung bei Streitgenossen. 109. d) Der Vater als Kläger für den Sohn; Eid dem Sohne zuerkannt. 271. — §. 3. a) Nachträgliches Erbieten zum Erfüllungseid in der höhern Instanz. 271. b) Eintritt der Eidesunfähigkeit nach Zuerkennung des Relingungseides. 90, 497.

Vierzehntes Kapitel. §. 4. Communicatio ad Cameram;

ihm Unterbleiben eine heilbare Nullität. 474. — §. 6. Ist zur Verfügung der Gutsabschätzung Kollegialberatung erforderlich? 60. — §. 7. Abweisung in angebrachter Art. 296. — §. 11. Rechtskraft. 296.

Fünfundzwanziges Kapitel. §. 5. a) Rechtsmittel gegen Verfügungen, welche die in Verlassenschaftsacten gepflogenen Debitverhandlungen betreffen. 166. b) Extrajudizialbeschwerde gegen einen Bescheid über Zeugenbeeidigungsmodalität. 191. c) Einreden, welche sich später hervorgethan, in der oberen Instanz vorgebracht. 156. — §. 9. Umfang der Devolution; Frage der Zurückweisung an den vorigen Richter. 224. — §. 10. Verzicht auf Adhäsion. 494. — §. 11. Prüfung der Berufungszulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege. 190.

Sechszehntes Kapitel. §. 2. a) Nichtigkeitsbeschwerden u. Remonstrationen gegen oberstrichterl. Erkenntnisse im Kompetenzpunkte. 17. b) Nichtigkeitsbeschwerde einer kath. geistl. Ehegerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des prot. Ehegerichts. 391.

Neunzehntes Kapitel. §. 5. Ueber Nothwendigkeit des Präsenzmachens am 1. Ebstage. 231. — §. 16. Appellation im Konkurse; über den Satz, daß der Sieg eines appellirenden Gläubigers auch andern Mitgläubigern zu Gute komme. 223.

Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

§. 3. Separationsrecht und Faustunterpfand an einem Waarenlager u. den Ausständen einer Handlung auf Grund einfacher Zusage beansprucht. 168. — §. 8. Partikularkonkurs zur Feststellung der Rangordnung der Hyp.-Gläubiger in dem Erlös des Hyp.-Objekts außer dem Falle einer Ueberfahndung. 92. — §. 15. Ueber die Beiziehung der Hyp.-Gläubiger zur Zahlung der Forderungen der 1. Klasse und zu den allg. Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung. 406. — §. 21. Ueber die Beanspruchung eines Faustunterpfandes, s. oben §. 3. — §. 31. Konkurskosten. 409.

B. Prozeßnovelle v. 17. Nov. 1837.

§. 8. Ueber Realzitation im Verfahren des mündlichen Verhörs. 289. (Nachtrag. 336.) — §. 21. Unterlassener Widerspruch einer in faktischer Hinsicht mangelhaften Einrede. 342. — §. 51. a) Berufungsunzulässigkeit gegen einen Bescheid über Zeugenbeeidigungsmodalität. 191. b) Zur Lehre von der Vertwahrung. 28. — §. 52. a) Erkenntniß auf den Diffessionseid im Exekutionsprozeß; Berufungszulässigkeit, wenn dadurch auch über die Prozeßart entschieden wird. 376. b) Appellabilität des Dekrets über Bestimmung der Schwurmänner einer Genossenschaft. 462. — §. 53. Berufungsunzulässigkeit gegen das Erst. Inst., wodurch das Untergericht angewiesen wird, über ad separatim verwiessene Streitposten anderweit zu erkennen. 93. — §. 54. a) Revision gegen Erkenntnisse auf Arrestverhängung. 416. b) Ueber Revisionszulässigkeit bei gleichförmiger Entscheidung über einen die

Wiederaufnahme des Exekutionsverfahrens betr. Inzidentpunkt, wobei es sich um die Gültigkeit eines Uebereinkommens zu Abwendung der Exekution handelt. 76. c) Revisionsunzulässigkeit bei gleichförmigen Erkenntnissen über einen im Exekutionsverfahren entstandenen Streit zwischen dem Adjudikatar und einem Kaußchillingss-Assignatar. 476. — §. 55. a) Zur Erläuterung dieser Gesetzesstelle. 79. b) Remonstration mit eventueller Berufung. 55. c) Remonstration gegen oberstrichterliche Erkenntnisse. 17. — §. 57. a) Berufungssumme; Schäden als Hauptsache. Verschiedenheit im Ansehe des Streitgegenstandes bei Würdigung beiderseitiger Berufung. 142. b) Revisionssumme, wenn der Kostenpunkt vom Untergericht vorbehalten und vom Obergericht durch Kompensation erledigt wurde. 454. — §. 58. Schäden als Hauptsache, f. §. 57. a. — §. 62. Berufungssumme durch Zusammenrechnen verschiedener Forderungen in Konkursfällen. 144. — §. 63. Unschätzbarkeit des Beschwerdegegenstandes. 446. — §. 70. Fristen und Nachschußverträge von Gemeinden. 280. — §. 87. Ist zur Verfügung der Guttschätzung Kollegialberatung erforderlich? 60. — §. 100. Zuschlag an den Gläubiger. 70. Berichtigung hiezu. 96. — §. 108. f. §. 54. suc. b u. c.

II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren. a) Herkommen. 491. b) Bezugnahme auf Ortsrechte. 490. c) Geltung der churbayer. Bergordnung v. 1784 im Würzburgischen. 246. d) Die Vorschrift des Targesezes v. 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobilienverträgen ist keine civilrechtliche. 161. e) Statutenkollision. α) Bezügl. der Form der Immobilienverträge. 377. β) Bezüglich brieflicher Injurien. 331. f) Beschränkte Geltung des Satzes: wer sein Recht ausübt, fügt kein Unrecht zu. 439. g) Hagelversicherungsverein als jurist. Person. 254.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte. 1) Eigenthum. a) Uferländerei oder Flußbett. 127. b) Gemeinde-Eigenthum, zufolge der B. v. 13. Febr. 1805 behauptet. 478. c) Hausbau auf fremdem Grundstück. 334. d) Verjährung: α) Verjährungsbesitz durch Pächter. (pr. R.) 240. β) Extinktivverjährung gegen dienstlich Abwesende. (pr. R.) 448. γ) Beweis des bösen Glaubens. 400. c) Ankauf von verdächtigen Personen. (pr. R.) 32. — 2) Servituten. a) Ist zur Ersetzung erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks von den Ausübungshandlungen Kenntniß hatte? 364. b) Unterbrechung des Verjährungsbesitzes. (pr. R.) 352. c) Mithut auf einer Gemeindemarkung, dem Weideberechtigten gegenüber. 109. d) Müllrberger Forstrechte im sog. Reichswalde. 225. e) Beweislast bei der actio negatoria. 495. — 3) Gewerborechte. a) Beweislast in Realgewerbstreiten. 303. b) Beweis der Nichtrealität eines Gewerbes. 285. c) Konstatirung der rabizirten Eigenschaft eines Gewerbes; Kompetenz. 317. d) Gewerbesabjuzität; Geltungsgebiet der B. v. 8. Febr. 1811. 333. e) Erlöschung von Realgewerborechten durch Nichtausübung. 332, 336. — 4) Retrakt.

a) Vertragsmäßiges Näherrecht; Rückkaufrecht. (bayer. R.) 238.
 b) Vom Einstandsrechte nach dem Bayreuther Provinzialrechte. 348. — 5) Realkasten. a) Beweis durch Gutrechnungen; zusammengesetzter Beweis. 87. 301. b) Beweislast über die Eigenschaft eines Zehentrechts. 412. c) Hand- und Spanndienste der Eingepfarrten zu Kirchenbauten nach Ansbacher u. Bayreuther Provinzialrecht. 94. d) Arrestgejud auf Grund Art. 34 des Ablösungsgesetzes. 350. — 6) Hypothekenrecht. a) Hypothekenindulgenz gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts. 97, 321. b) Eingetragene Protestation ist gegen diese Klage unerblich. 445. c) „Vollständige Bezahlung“ im Sinne des §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Gesetzes. 305, 507. d) Ueber die Beziehung der Hyp.-Gläubiger zur Zahlung der Forderungen der 1. Klasse u. zu den allg. Kosten des Konkursprozesses u. der Masseverwaltung. 406.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeine Gegenstände.

a) Kompensation; illiquid. Gegenforderung. 80. b) Prozeßzinsen; illiquid. Forderungsbetrag. 80, 81. c) Zinsen im Entschädigungsprozesse wegen Enteignung. 85. d) Verzugszinsen bei der cond. indebiti. (pr. R.) 464. e) Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. (bayer. R.) 461. f) Erlösung von Forderungen an die Staatskasse nach §. 31 des Finanzgesetzes v. 1831. 304. — 2) Verträge u. vertragähnliche Verhältnisse. A. Allgemeines. a) Clausula rebus sic stantibus. (pr. R.) 64. b) Stipulatio turpis. 164. c) Die Vorschrift des Targesezes wegen Errichtung öffentl. Urkunden über Immobilienverträge ist keine civilrechtliche. 161. d) Statutenkollision bezüglich der Form der Immobilienverträge. Nothwendigkeit schriftlicher Form nach pr. Recht. 377. e) Immobilienverträge nach vorderösterreichischem Rechte. 472. f) Verzug, als Grund des Rücktritts vom Verträge. 397. — B. Spezielles. a) Darlehn. α) Quarela non numeratae pecuniae durch Protestation zum Hypothekenamts-Protokolle. 471. β) Exceptio non num. pecuniae; wiederholt Schuldbekennniß. Hyp.-Protokoll u. Hyp.-Brief. 76. γ) Exceptio non num. pecuniae; deren Perpetuität nach einmaliger Vorbringung. 296. — b) Dienstvertrag. α) Unter dem Gesamtgehalt sind auch Mehrbezüge aus früheren Dienstverhältnissen begriffen. 459. β) Enthebung vom Portefeuille; Reaktivierung; Gehaltsanspruch. 456. γ) Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. (bayer. R.) 461. — c) Expromission, Begründung der Klage hieraus. 171. — d) Kauf. α) Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs. 386. β) Wiewfern berechtigt die Erfüllungsskummis des Verkäufers den Käufer, vom Verträge zurückzutreten u. auf das Interesse zu klagen? 397. γ) Geschäftsverkauf sammt der bisherigen Kundschaft. 269. δ) Verlautbarung der Parzellenverkäufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbmäßiger Gutszertrümmerung. 252. ε) Constitutum possessorium beim Kaufverträge. (pr. R.) 368. η) Rückkaufrecht. 238. θ) Ankauf von verdächtigen Personen. (pr. R.) 32. — e) Kaufmännischer Verkehr. α) Benützung des Telegraphen im kaufmännischen Verkehr. 330. β) Handelsfrauen. 270. γ) Verkehr mit Handlungsreisenden. 277. δ) Rechtsgeschäfte mit Handlungsreisenden. (pr. R.) 464. ε) Haftung des Prinzipals für die Hand-

lungen seines Commis. 278. *γ)* Klage gegen Theilhaber einer Firma. 273. *δ)* Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren Firma. 269. — *1)* Lieferungsgeſchäft. *α)* Klage auf Erfüllung; *exceptio doli*, weil Kläger zur Zeit des Abſchlusses bereits auf telegraphiſchem Wege eine einflußreiche Nachricht gehabt, als unerheblich verworfen. 264. *β)* Beweislaſt über Nichteinhaltung der Lieferungszeit. 415. *γ)* Verhältniß des Deſtinatørs, zum Frachtführer u. Schiffer. 274. — *g)* Mandat. *α)* Klagerrecht des Mandanten aus Verträgen des Mandatørs. 273. *β)* Haftung des Unternehmens für das Dienſtpersonal. 439. S. auch oben sub. *f. γ. δ. ε.* — *h)* Miete. *α)* Miete auf eine Reihe von Jahren. 125. *β)* Einſpruch des Miethers gegen beabſichtigten Hausverkauf. 253. — *i)* Werthpapiere. *α)* Privatſchuldbriefe auf den Inhaber; deren Rechtsgiltigkeit. 417. *β)* Verhältniß zwischen dem Emittenten und den Partialgläubigern. 452. — *3)* Obligationen aus Rechtsverletzungen. *a)* Entkräftung der Injurienklage durch Deklaration, nach gem. Rechte. 221. *b)* Fiſkaliſche Haftung für Beamtennachläßigkeit, inbeſondere in Bezug auf Inſerationsgebühren. Einfluß dienſtlicher Perſonalveränderungen. 121. *c)* Haftung des Staatsärzts für geſtohlene Depoſiten. 152. *d)* Brand, durch Lokomotivfunken veranlaßt. Haftung des Unternehmers für das Dienſtpersonal. 439.

D. Familienrecht. *a)* Alimentenklage; Ernährung des Kindes durch Dritte. 220. *b)* Klage auf Anerkennung der Vaterſchaft, von der außerhehlichen Mutter erhoben. 29. *c)* Sponsalitia largitas; bedingtes Eheverlöbniß; Verlöbniß-Kündigung. 157. *d)* Konventionalſtrafen in Eheverträgen. 240. *e)* Beſtimmungen über Eheſcheidungsſtrafen im Ehevertrage. *Stipulatio turpis.* (pr. R.) 164. *f)* Dotationsberechtigung eines Kindes, dem ein Voraus ausgemacht iſt. (fränk. R.) 318. *g)* Forderung der Heimsteuer vom Manne nach dem Tode der Frau. (fränk. R.) 310. *h)* Eheliſche Gütergemeinschaft nach Bayreuther Recht. 501. *i)* Die Errungenschaftsgemeinschaft nach Mainzer Recht wird nach dem Tode eines Ehegatten mit den Ehekindern nicht fortgeſetzt. 239. *k)* Klage auf Herausgabe des Errungenschaftsantheils nach erfolgter Ehetrennung. (Schweinfurter Stadtrecht.) 61. *l)* Einwand, Klägerin habe keine Unterſtützung im Haushalte und im Gewerbebetriebe geleiſtet. (Schweinf. Stadtrecht.) 462. *m)* Umfaſſen die Nachtheile der zweiten Ehe auch die ſtatutarische Portion? 401. *n)* Proviſoriſche Alimente während des Scheidungsproceſſes ſind nicht zur Mißforderung geeignet. 155. *o)* Nichtigkeitsbeſchwerde einer kath. geiſtl. Ehegerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des proteſt. Ehegerichts. 391. *p)* Zur Erläut. des Art. III der B. v. 28. Juli 1818, die Kompetenz in Eheſtreitigkeiten bei gemiſchten Ehen betr. 396. *q)* Sorge für das Kind bei Abweſenheit des Vaters. 381. *r)* Die Muttergutsauszeiße für die Kinder von Siegelmäßigen. 385. *s)* Freiwillige Unterwerfung unter *cura prodigi.* 477.

E. Erbrecht. *a)* Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. (pr. R.) 320, 335. *b)* Erbschaftlicher Beſitzſtreit; Einmiſchung der Käufer von Erbtheilen. 57. *c)* Intestat-erbsfolge des Ehegatten mit konkurrirenden Kindern nach Bayreuth. Recht. 501. *d)* Muttergutsauszeiße bei Siegelmäßigen. 385.

e) Erbeinsetzung mit den Worten „N. respektive dessen Familie 493. f) Testamentserklärung durch einen Beistand. 314. g) Von der Erklärung des Testators, die dem Zeugen vorgelegte Schrift enthalte seinen letzten Willen. 455. h) Wechselseitiges Testament unter Eheleuten. Bestimmungen zu Gunsten der Kinder. Erbschaften durch deren Tod. (pr. R.) 220. i) Testamentserketoren. *Nudum praeceptum*. 241. k) Ausnützung des Pflichttheils. 38, 49. l) Notherbredt der Kinder nach fränk. Recht. 286. m) Transmiffion bedingter Fideikomiffe. (pr. R.) 448.

III. Strafrecht und Strafprozeß.

A. Strafrecht. Th. I. des StGB. Art. 1. Zur Auslegung der Strafgesetze. 1. — Art. 2. Ueber die strafrechtliche Eigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung. 113, 129. — Art. 7. Die Kettenstrafe ist keine Kapitalstrafe. 216. — Art. 69. Die Bestimmung unter Num. V dieses Art. kann auf kufpofe Körperverletzung mit Waffen nicht angewendet werden. 374. — Art. 99, mit Art. 3 des Gesetzes v. 29. Aug. 1848. Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit. 177, 481. (S. auch bei Art. 269.) — Art. 106, nun Art. 3 des Gef. v. 29. Aug. 1848. „Ermächtigung“ zur Straferabsetzung wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit. 465. — Art. 137. Verbrechen, welche ein Bayer im Auslande begangen, von dem zuständigen auswärtigen Gerichte bestraft. Non bis in idem. 261. — Art. 174. Das civilrechtliche Verhältniß als Thatbestandsmerkmal bei dem Verbrechen (oder Vergehen) der Aussetzung. 181. — Art. 221, nun Art. II Nr. 9 der V. v. 25. März 1816. Der erschwerende Umstand der vorausgegangenen verabredeten Verbindung kann demjenigen Komplottanten, der an der Ausführung des Diebstahls nicht Theil genommen hat, nicht aufgerechnet werden. 369. — Art. 269. 290. a) Strafbarkeit des von Eidesumwundenen geschwornen Meinesides. 95. b) Auf die im Art. 269 bestimmten Ehrenstrafen kann nicht erkannt werden, wenn sich die Hauptstrafe gemäß Art. 99 Nr. IV. in Gefängniß umwandelte. 5. — Art. 317. Widersehung an obrigkeitlichen Dienern. 9. — Art. 368. Kufpofe Körperverletzung mit Waffen. 374. — Art. 370. f. o. bei Art. 174. — Art. 405. Amtschrenbeleidigung. 372. — Art. 420. a) Civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale bei der Selbsthülfe. 181. b) Ein Fall erlaubter Selbsthülfe. 187.

B. Strafprozeß. Th. II des StGB. Art. 7. Benützung der Untersuchungsakten zu civilrechtlichen Zwecken, 433. — Art. 9. Beweisraft der Strafurtheile im Civilprozeße. 74, 288, 484. — Art. 204. Der Vertheidiger als Zeuge vorgeschlagen. 47.

C. Strafprozeßgesetz v. 10. Nov. 1848. Art. 105. Vom Milderungsrecht des Angeklagten. 337. — Art. 134. Der Vertheidiger als Zeuge vorgeschlagen. 47. — Art. 196, 230. Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des StPG. 193.

Samstag den 5. Januar 1856. 21. Jahrgang. N. 1.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Auslegung der Strafgesetze. Meineid. Widersehung. — Durchführung durch beglaubigte Abschriften. —

Zur Auslegung der Strafgesetze. Meineid. Widersehung.

Steht aller Müß' zum Troß der Zweifel ungehoben,
So wirst du als gerecht durch Milde dich erproben.

Wer die guten Eigenschaften des Strafgesetzbuches von 1813 zu bezeichnen unternimmt, kommt nicht in Versuchung, auch die Milde der Strafbestimmungen zu rühmen. Diese tragen vielmehr, verglichen mit dem durch Doktrin und Praxis vermittelten weiland gemeinrechtlichen Strafmaße, das Gepräge der Verschärfung. In dieser Beziehung war der Einfluß des *code pénal* unverkennbar, zumal im Gebiete der Staatsverbrechen. Seit Verkündung des bahnbrechenden bayerischen Strafgesetzbuches sind nun 42 Jahre vorübergegangen, und während dieser Zeit fast in allen deutschen Staaten umfassende Reformen der Strafgesetzgebung durchgeführt worden. Diese neueren Strafgesetzgebungen bekräftigen die Fortschritte der Wissenschaft, man ist von einseitiger Durchführung der s. g. Abschreckungstheorie zurückgekommen und hat nicht nur überhaupt das Strafmaß vielfach herabgesetzt, sondern es auch als eine Forderung der Gerechtigkeit erkannt, den Gerichten in Ausmessung der im einzelnen Falle zu erkennenden

Neue Folge I. Band.

Strafe einen solchen Spielraum zu gewähren, welcher die volle Berücksichtigung obwaltender besonderer Milberungsgründe möglich macht. Bayern, welches sich im Jahre 1813 an die Spitze des Fortschrittes gestellt hatte, ist nun hinter den anderen deutschen Staaten zurückgeblieben. Diese ungünstige Positur gibt sich insbesondere durch das viel höhere Strafmaas kund, indem die bayerische Strafpraxis, in Vergleichung mit den Bestrafungen in den anderen deutschen Staaten, als eine übermächtig harte erscheint¹⁾. Zu den Ursachen dieser Erscheinung, den höheren Strafandrohungen und den engen Gränzen des richterlichen Ermessens, gesellt sich auch eine der Strenge zuneigende Richtung der Gesetzauslegung (nicht der Strafausmessung). Eine beklagenswerthe Folge der Zersplitterung in Partikulargesetzgebungen ist die Entwöhnung von Anwendung der allgemeinen wissenschaftlichen Grundsätze, insbesondere auch der Auslegungsregeln, für welche der Praktiker in dem Landesgesetzbuch keine bestätigende Vorschrift findet. Bei Durchlesung der Mittheilungen aus der Strafrechtspraxis der einzelnen deutschen Staaten könnte man auf den Gedanken kommen, daß es eine deutsche Strafrechtswissenschaft nicht mehr gebe oder doch den Praktikern völlig verschlossen sei. Nicht positive Erzeugnisse legislativer Machtvollkommenheit, sondern allgemein wissenschaftliche Sätze liegen in den Stellen des römischen und kanonischen Rechtes vor, nach welchen bei Zweifelhafzigkeit der Auslegung eines Strafgesetzes nach der milderen Meinung entschieden werden soll²⁾.

1) Vgl. den Artikel „zur Statistik der Strafrechtspflege“ in Bd. XVI, S. 93 — 96*.

2) Vgl. Heffter, Lehrbuch des Strafrechtes. Ausg. V, §. 22; Köstlin, System des deutschen Strafrechtes (1855) §. 25.

Fr. 42 de poenis (48, 19). Hermogenianus: „Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae.“

Fr. 155 §. 2 de reg. juris. Paulus: „In poenalibus causis benignius interpretandum est.“

Fr. 192 §. 1 Marcellus: „In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius.“

Cap. 49 de reg. juris in VI^o. Bonifacius VIII: „In poenis benignior est interpretatio facienda.“

Ganz richtig bemerkt Marcellus, es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, im Zweifel nach der milderen Ansicht zu urtheilen. Denn wo noch der geringste Zweifel darüber obwaltet, ob der Gesetzgeber Handlungen der vorliegenden Beschaffenheit bei seiner Strafbestimmung, oder bei der strengeren unter mehreren, im Sinne gehabt, läßt sich der Richter, welcher nicht nach der milderen Auffassung entscheidet, auf das Wagniß ein, dem Angeklagten ein vom Gesetzgeber nicht gewolltes Uebel, ein Unrecht zuzufügen. Es ist zwar für Viele eine schwere Aufgabe, bei Motivirung des Urtheils zuzugeben, daß man zu einer befriedigenden Lösung des obwaltenden Zweifels nicht gelangt sei, daß die Auslegungskunst der Urtheiler ihr Ziel nicht erreicht habe; Manche wäghen vielleicht, durch Aufstellung eines solchen Zwischengliedes der Argumentation die Autorität ihres Richteramtes zu gefährden. Aber der Wahrheit unbefangene die Ehre zu geben und die Möglichkeit der Zufügung eines Unrechtes gewissenhaft zu vermeiden, muß vielmehr jene Autorität befestigen; die ächten Priester der Gerechtigkeit, welchen ihr Richteramt nicht bloß nährenden Beruf sondern heilige Herzensangelegenheit ist, werden durch Bedenken der angeführten Art nicht in Versuchung ge-

führt. Bei der Beschaffenheit unserer Gesetze, insbesondere bei den schwankenden Beziehungen der späteren Novellen zu dem Gesetzbuche von 1813, kommt der Richter häufig in den Fall, in unbefangener Ziehung des Resultates einer gewissenhaften Erwägung aller Gründe für und wider sagen zu müssen: es ist wahrscheinlicher, daß diese Meinung dem Willen des Gesetzgebers entspreche, zur Gewißheit darüber, daß nur diese die richtige sein könne, habe ich es nicht gebracht. Oft scheinen die für die eine Ansicht entwickelten Gründe wohl geeignet, volle Ueberzeugung zu gewähren; aber es ist nicht gelungen, die etwa aus anderen Stellen entspringenden Bedenken, überhaupt die für die andere Meinung sprechenden Gründe mit gleicher Bündigkeit aus dem Felde zu schlagen. Handelt es sich in solchen Fällen von der Wahl zwischen einer strengeren oder milderen Auffassung, zwischen Annahme der Strafbarkeit oder Entscheidung für Straflosigkeit einer Handlung, zwischen Annahme einer höheren oder Entscheidung für die geringere Strafbarkeit, so darf sich der Richter durch höhere Wahrscheinlichkeit, daß die strengere Auffassung im Sinne des Gesetzgebers liege, nicht bestimmen lassen, das Urtheil nach dieser strengeren Meinung zu sprechen, es hat vielmehr die Regel: in poenalibus causis benignius interpretandum est — den Ausschlag zu geben. Nur da, wo jeder Zweifel über die Richtigkeit der strengeren Ansicht beseitigt ist³⁾, hat ein dieser folgendes Urtheil das Gepräge eines gerechten Ausspruchs. Die Annahme der Zweifellosgkeit unterliegt besonderen Schwierigkeiten und Bedenken, wenn die mildere Meinung die frü-

³⁾ Geffter a. a. O. Bei „nicht zweifelloser Interpretation“ — soll obiger Grundsatz gelten.

here Praxis für sich hat, und hiedurch die Zweifelhafteigkeit der Frage außer Zweifel scheint.

Vorstehende Bemerkungen wurden durch eine Anzahl von Entscheidungen unseres obersten Gerichtshofes veranlaßt, von welchen sich die Vermuthung wasgen läßt, daß sie milder ansgesfallen wären, wenn die Lehre der römischen Juristen Hermogenian, Paulus und Marcellus, welche der Pabst Bonifaz VIII. allen christlichen Richtern ans Herz gelegt hat, einige Berücksichtigung gefunden hätte. Es sei vergönnt, ein Paar derselben ins Auge zu fassen.

1) Im Art. 99 Th. I des StGB. finden sich Bestimmungen über den Einfluß des jugendlichen Alters zwischen 12 und 16 Jahren auf die Zuerkennung der Strafen, wobei jedoch nur von Milderung der Todes- und der verschiedenen Arten von Freiheitsstrafen die Rede ist, der Ehren- und demüthigenden Strafen aber (Art. 22 — 24) keine Erwähnung geschieht. In einem gegebenen Falle wurde gegen einen des Meineides Schuldigen, welcher zur Zeit dieser That das 16. Jahr noch nicht zurückgelegt hatte, unter Anwendung der Bestimmung IV des Art. 99 nur auf Gefängniß erkannt, die Frage aber, ob mit der Gefängnißstrafe nach Art. 269 auch auf immerwährende Unfähigkeit zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern, so wie zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides zu erkennen gewesen, vom obersten Gerichtshofe durch Urtheil vom 17. Dez. 1852 bejaht. „Hat der Befehlgeber“ (sagen die Motive ⁴⁾)

„in jenen Befehlstellen, wo er verordnete, in wie weit bei jungen Leuten, welche zwar das 12. aber noch nicht das 16. Lebensjahr zurückgelegt haben, eine Strafmilderung einzutreten

⁴⁾ Sitzungsberichte der bayer. Strafgerichte Bd. IV S. 445.

habe, von solcher Unfähigkeitserklärung und Ehrenstrafe keine Erwähnung gemacht, und sagt er auch sonst nirgends davon etwas, daß sie erlassen oder gemildert werden sollen, sondern hat er sich darauf beschränkt, lediglich zu bestimmen, wie die in den einschlägigen Gesetzen angedrohte Todes- und Freiheitsstrafe vom Richter zu mildern sei, so geht daraus unverkennbar hervor, daß es keinesweges in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sei, daß bei denselben Verbrechen auf die vom Gesetze angedrohte Strafe der Unfähigkeit u. nicht erkannt werden solle, und der Richter die diesfallsige strafgesetzhliche Bestimmung unbeachtet lassen solle, da ja bei den vorerwähnten Umständen eine solche Befugniß des Richters nicht präsumirt werden kann, sondern auf eine ausdrückliche Bestimmung sich stützen müßte. Aus dem Angeführten ergibt sich vielmehr zur Genüge, daß es der Tendenz des Gesetzgebers ganz entgegen wäre, einem Meineidigen, den der Gesetzgeber in Rücksicht auf das allgemeine Wohl nicht bloß als unfähig zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern, sondern für immer unfähig zur Ablegung eines Zeugnißes oder Eides erklärt haben will, die genannte Ehrenstrafe gänzlich zu erlassen“

Bei dieser Erörterung ist es als ausgemacht vorausgesetzt, daß die Richtervägnung der Ehrenstrafen im Art. 99 eine dem Gesetzgeber bewußte, absichtliche sei, daß der Gesetzgeber mit diesem Stillschweigen einen bestimmten Willen ausgeprägt habe. Die Richtigkeit dieser Voraussetzung erscheint aber als sehr zweifelhaft, indem, wenn eine solche Absichtlichkeit obgewaltet hätte, zuverlässig davon in den Motiven des Entwurfs oder in den Berathungsprotokollen, und folgerweise auch in den offiziellen

Anmerkungen Erwähnung geschehen wäre. Daß fragliche Stillschweigen erklärt sich vielmehr aus der Bemerkung Julian's in fr. 12 de legibus (1, 3); „non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi;“ bei Abfassung des Art. 99 ist an die Ehrenstrafen nicht gedacht worden, und der Richter hat daher die sich darbietende Zweifelsfrage nach dem vermuthlichen Willen des Gesetzgebers zu lösen. In dieser Beziehung fehlt es nicht an festen Haltpunkten (*sententia manifesta*):

a) die Anmerkungen (Bb. I S. 241 f.) sagen:

„Wenn gleich mit dem zurückgelegten achten Jahre die Strafbarkeit anfängt, so muß dennoch bis zu dem vorbemerkten Zeitpunkt des vollendeten sechzehnten Jahres die Strafe selbst ihrer Qualität nach verändert, und die ordentliche Strafe gemildert werden; denn der mit der Jugend stets verbundene Mangel an Kenntnissen, an Erfahrung, an Ueberlegung und der vorherrschende durch Vernunft nicht hinreichend geleitete Trieb der Sinnlichkeit erlaubt eine Zurechnung zur vollen Strafe nicht.“

Der von solchen Erwägungen ausgehende Gesetzgeber kann unmöglich gewollt haben, daß dem jugendlichen, nicht vollzurechnungsfähigen Schuldigen eine für die ganze Lebenszeit fortwirkende Ehrenstrafe, die in Frage befindliche immerwährende Unfähigkeit, zuerkannt werde; bei dem Strafvollzuge soll hier (nach Art. 101) die Erstrebung des Besserungszweckes in den Vordergrund treten, und es darf folgerweise dem Sträfling die Aussicht, durch Fähigkeit zu allen Ehren die Früchte seiner Besserung zu erndten, nicht entzogen sein.

b) Wenn die für ein Verbrechen angedrohte

Freiheitsstrafe wegen jugendlichen Alters des Schuldigen zur Gefängnißstrafe herabsinkt, so tritt Umwandlung der an sich verbrecherischen That in ein Vergehen ein, worüber in den Motiven einer früheren oberstrichterlichen Entscheidung eine gründliche Ausführung vorliegt⁵⁾. Eine nothwendige Folge dieser Umwandlung ist das Wegfallen der Ehrenstrafe, mit welcher das umgewandelte Verbrechen neben der kriminellen Freiheitsstrafe bedroht ist, indem ein Vergehen niemals eine Verbrechensstrafe nach sich ziehen kann. In den Anmerk. Bd. I S. 71 heißt es:

„der Charakter der strafbaren Handlung, ob sie Verbrechen oder Vergehen, ist allemal nur nach der Hauptstrafe, niemals aber nach den allenfalls damit verbundenen Nebenstrafen zu bestimmen.“

Unrichtigerweise wird dieser Satz in den Motiven zum DABG. v. 17. Dez. 1852 nur auf die Fälle der allgemeinen Regel bezogen, nach welcher (Art. 23 und 24 Th. I des StGB.) Unfähigkeit zu Würden u. s. w. als Folge einer jeden Kriminalstrafe einzutreten hat⁶⁾. Die zur Erläuterung des angeführten Satzes in den Anmerkungen a. a. O. hinzugefügten Beispiele (Art. 295 und Art. 361) betreffen ja gerade solche Fälle, in welchen die Verbindung von Ehren- und Freiheitsstrafe in der gesetzlichen Strafandrohung ausdrücklich vorkommt. In der Strafandrohung wider den Meineid (Art. 269) erscheint die Freiheitsstrafe als die Hauptstrafe, die Ehrenstrafe als die Nebenstrafe, welche sich jener zugesellt, mit jener verbunden wird. In den Anmerkungen Bd. II S. 274—5 lesen wir:

⁵⁾ Sitzungsberichte Bd. III S. 43 f., Bgl. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 1 f.

⁶⁾ Sitzungsberichte Bd. IV S. 446.

„die Strafe des Meineides ist ohne Rücksicht auf den Eintritt und den Betrag des bezielten Erfolges vier- bis achtjähriges Arbeitshaus, geschärft durch öffentliche Ausstellung, verbunden mit immerwährender Unfähigkeit zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern und zur Ablegung eines Zeugnißes oder Eides.“

Demzufolge steht es allerdings fest, daß durch die nach Art. 99 erfolgende Umwandlung der angebrohten Arbeitshausstrafe in Gefängniß die begangene That selbst ihrer Eigenschaft als Verbrechen entkleidet wird, und daher mit der kriminellen Strafe der Unfähigkeit zu allen Würden u. s. w. nicht belegt werden kann.

Dieses Resultat stellt sich als gerechtfertigt dar, auch wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß Stillschweigen unserer Gesetzgebung über die vorwürfige Frage sei ein bewußtes. Bei der Umwandlung der Arbeitshausstrafe in Gefängniß verstand sich im Hinblick auf Art. 2 Abs. 3 Th. I des StGB. das Wegfallen der accessorisch angebrohten kriminellen Ehrenstrafe von selbst, und es bedurfte daher keiner ausdrücklichen Vorschrift dieses Wegfallens.

Vorstehende Ausführung wurde mit der vollsten Ueberzeugung von der Richtigkeit der ausgeführten Ansicht niedergeschrieben; aber wenn auch die Frage als eine wirklich zweifelhafte gelten könnte, würde doch nach obiger Auslegungsregel der Ausschlag für diese mildere Meinung zu geben sein.

- 2) Der Art. 317 Th. I des StGB. bestimmt:
 „Wer in der Person obrigkeitlicher Diener oder einer obrigkeitlich beorderten Militärperson sich einer Verfügung der Obrigkeit mit Gewalt widersetzt, ist eben so zu strafen, als wäre seine Gewalt unmittelbar wider die obrigkeitliche Person selbst gerichtet gewesen.“

Bei der Anwendung dieser Gesetzesstelle wurden die Worte „einer Verfügung der Obrigkeit“ von jeher dahin ausgelegt, daß es keinen Unterschied mache, ob der obrigkeitliche Diener, resp. die Militärperson zu der fraglichen dienstlichen Handlung durch einen besonderen, in Bezug auf den gegebenen Fall ergangenen obrigkeitlichen Befehl beordert war, oder ob die dienstliche Handlung in Gemäßheit einer in der allgemeinen Dienstesinstruktion (z. B. für die Gensdarmarie) enthaltenen Verfügung vorgenommen wurde. Diese über den buchstäblichen Inhalt der Gesetzesstelle hinausgehende Auslegung hat eine Stelle der Anmerkungen für sich, nämlich Bd. II S. 52, 3), wo es heißt:

„Unterschieden im Allgemeinen, gleichfalls ohne Unterschied, ob von allgemeinen Vorschriften oder von besonderen Anordnungen in einzelnen Sachen die Rede ist.“

Immer muß aber das Merkmal der Widersehung gegen eine obrigkeitliche Verfügung gegeben sein. Geht der obrigkeitliche Diener über den ihm in der einzelnen Sache gegebenen Befehl hinaus, und die gewaltsame Widersehung wird gegen diese Ueberschreitung gerichtet, so ist der Fall des Art. 317 nicht gegeben. Gerade so verhält es sich, wenn der Gensdarme zu einer Verhaftung, Hausdurchsuchung u. dgl. unter Umständen schreitet, welche die dienstesinstruktionsmäßigen Voraussetzungen solcher Einschreitung nicht enthalten. Nach dieser Auffassung wurde der Art. 317 in früheren Jahren von dem obersten Gerichtshofe mehrfach (Bl. f. R. A. Bd. VIII S. 30, Bd. IX S. 128) zur Anwendung gebracht und dabei ausdrücklich anerkannt, daß die Stelle der Anmerkungen Bd. III S. 52 Nr. 4, nach welcher

„die thätliche Widersehung durch Inkompetenz

der anordnenden Obrigkeit oder durch Widerrechtlichkeit ihrer Anordnung nicht entschuldigt wird,“

sich nur auf obrigkeitliche Personen d. h. die Obrigkeit selbst beziehe, und keine Anwendung auf obrigkeitliche Diener gestatte.

Dagegen hat sich die Praxis der neuesten Zeit einer strengeren Ansicht zugewendet. Nach den Motiven einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 9. Sept. 1853 ¹⁾ soll es zur Anwendung des Art. 317 genügen, daß sich der Genßbarne „äußerlich in Ausübung seines Dienstes befand.“ In dieser Beziehung wurde bemerkt:

„Es wird nach den Anmerkungen zum StGB. Bd. III S. 52 und 53 Nr. 4 der Thatbestand der Widersehung durch die Inkompetenz zu der betreffenden dienstlichen Handlung auf Seite der obrigkeitlichen Person oder des obrigkeitlichen Dieners nicht aufgehoben, und hat, wenn eine Ueberschreitung der dienstlichen Befugnisse bei Arretirungen auf Seite eines Genßbarnen vorliegen sollte, nach Art. 201 des Ediktes vom 11. Oktober 1812 lediglich Einschreitung gegen den Genßbarnen bei dem Militärgerichte einzutreten.“

Gegen diese Motivirung waltet aber das wesentliche Bedenken ob, daß die verhängnißvollen Worte „oder des obrigkeitlichen Dieners“ in der angeführten Stelle der Anmerkungen nicht vorkommen, indem diese nur von der Inkompetenz der „anordnenden Obrigkeit“ spricht. Dieser völlig ungerechtfertigte Zusatz steht in offenem Widerstreit mit dem Inhalte des Art. 317, welcher nicht die Widersehung gegen die Einschreitung des obrigkeitlichen Dieners bedroht, sondern die Widersehung ge-

¹⁾ Sitzungsberichte Bd. V S. 329 f.

gen die Verfügung der Obrigkeit, in deren Vollzug der obrigkeitliche Diener begriffen war; wodurch die Annahme des im Art. 317 bedrohten Verbrechens, wenn die fragliche Einschreitung des Dieners durch eine Verfügung der Obrigkeit nicht ermächtigt war, als ausgeschlossen erscheint. Die Kompetenz des Dieners zu der Einschreitung, das Dasein einer den Diener zu der Einschreitung ermächtigenden Verfügung ist unerlässliche Voraussetzung der Anwendung des Art. 317, daher hat man guten Grund, jene Einschaltung „oder des obrigkeitlichen Dieners,“ als eine gesetzverletzende zu bezeichnen. Eine ausdehnende Auslegung einer Gesetzstelle, welche Auslegung dem unzweideutigen Inhalte einer anderen widerspricht, darf natürlich niemals Platz greifen.

Eben so wenig findet das in den angezogenen Motiven bedeutungsvoll vorkommende „lediglich“ einen Haltpunkt im Art. 201 des Ediktes vom 11. Okt. 1812, indem hier von einer Bestimmung, daß die Ueberschreitung der dienstlichen Befugnisse von Seite des Gensdarmen keinen Einfluß auf die Beurtheilung der gegen die unbefugte Einschreitung begangenen Widersehung haben solle, keine Spur zu finden ist. Wäre aber auch eine solche Bestimmung im Jahre 1812 ergangen, so würde sie gegen die neuere Vorschrift des im Jahre 1813 verkündeten Strafgesetzbuches nicht in Betracht kommen.

Die Rechtfertigung der in dem MGE. vom 9. Sept. 1853 zur Anwendung gekommenen Ansicht wurde, in Bezug auf Arretirungen durch Gensdarmen ohne spezielle obrigkeitliche Verfügung, neuerdings in einer Anmerkung versucht, welche in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern Bd. II S. 200 der Mittheilung aus einem MGE. vom 2. Juni 1855 beigelegt ist. Diese Anmerkung lautet:

„Der Art. 123 des Ediktes (die Errichtung

der Gensdarmrie betr.) setzt allerdings voraus, daß der Arretirte durch sichere Anzeigen den Verdacht eines Verbrechens auf sich geladen habe, daß sonach der auf denselben geworfene Verdacht ein dringender sei; allein dadurch, daß das Edikt die Gensdarmrie ermächtigt hat, auch ohne Aufforderung der Polizeibehörde oder des Untersuchungsgerichts Personen, welche sich durch sichere Anzeigen eines Verbrechens verdächtig gemacht haben, zu arretiren, hat es derselben nothwendig auch die Beurtheilung der Erheblichkeit und Stärke der in jedem einzelnen Falle vorliegenden Verdachtsgründe anheimgegeben, und wenn daher auch ein Gensdarmerie bei Würdigung der vorliegenden Verdachtsgründe geirrt und eine Person auf dem Grunde von Anzeigen, welche zu strafrechtlicher Einschreitung für ungenügend befunden wurden, verhaftet haben sollte, so hat er hiebei gleichwohl in Ausübung einer ihm (nach Art. 123 des Ediktes) im Allgemeinen eingeräumten dienstlichen Befugniß gehandelt“.

Dieser Ausführung lassen sich folgende Bedenken entgegenstellen. Indem man die Worte des Art. 317 „einer Verfügung der Obrigkeit“ auch auf den Inhalt einer allgemeinen Dienstesinstruktion bezieht, steht man bereits auf dem Boden einer ausdehnenden Auslegung, welche nur deswegen für statthaft zu achten ist, weil sie eine Stelle der mit Gesetzeskraft versehenen Anmerkungen für sich hat. Abgesehen von solchem Stützpunkte lassen Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung zu, so wie auch die Analogie nicht zur Vermehrung der Straffälle führen kann^{*)}. Diese Regel muß um so mehr

*) StGB. von 1813 Th. I Art. 1 und Anmerk. Bd. I

dann zur Richtschnur dienen, wenn es sich von Ausdehnung des Ergebnisses einer ausdehnenden Auslegung handelt. Diejenige Ausdehnung aber, welcher oblige Anmerkung das Wort redet, würde die Grenzen jeder Auslegung überschreiten, nämlich das vorliegende Gesetz ganz bei Seite, und ein anderes, wesentlich verschiedenes an dessen Stelle setzen. Der Art. 317 spricht von der Widersehung gegen eine Verfügung der Obrigkeit, er bedingt die Annahme des bedrohten Verbrechens durch den objektiven Zusammenhang der Einschreitung des obrigkeitlichen Dieners mit einer obrigkeitlichen Verfügung, vermöge dessen erstere als Verwirklichung der letzteren sich darstellt. Die Anmerkung der Zeitschrift hingegen findet den Thatbestand des in Art. 317 bedrohten Verbrechens auch dann gegeben, wenn ein solcher Zusammenhang zwischen der Einschreitung des Dieners und einer Verfügung der Obrigkeit nicht wirklich, sondern nur in der irrigen Meinung des Dieners stattfindet, wenn also die Einschreitung das objektive Merkmal der Verwirklichung einer obrigkeitlichen Verfügung nicht an sich trägt, wenn hiernach die Voraussetzung, unter welcher die Strafandrohungen der Art. 315 und 16 auch auf Fälle der Widersehung gegen obrigkeitliche Diener Anwendung finden sollen, in der That nicht gegeben ist. Das Gesetz schreibt vor: die Widersehung gegen den Diener muß sich als Widersehung gegen eine Verfügung der Obrigkeit darstellen; die Anmerkung der Zeitschrift sagt aber: es kommt darauf, was das Gesetz vorschreibt, nicht an, sofern sich nur der einschreitende Gensdarme eingeildet hat, durch eine Stelle der Dienstesinstruktion zu der fraglichen Einschreitung

§. 66 Nr. 1; vgl. Rescript v. 29. April 1815 (Gönnner und Schmidlein, Jahrbücher Bd. I S. 228). Vgl. Köstlin, a. a. O. (1855) §. 25.

ermächtigt zu sein⁹⁾. Die Einbildung des Genßbarinen wird, in Bezug auf Begründung der Straffälligkeit im Verbrechengrade, mit dem vom Gesetze vorausgesetzten Dasein und Zutreffen einer obrigkeitlichen Verfügung auf gleiche Linie gestellt. Da nun in allen Fällen solcher Einschreitungen, wo nicht besondere Merkmale einer gewissenlichen Ueberschreitung der Dienstbefugniß hervortreten, auf Seite des Einschreitenden die Meinung, in den Gränzen seiner Befugniß zu handeln, als vorhanden anzunehmen ist, so würde ein im Sinne der Anmerkung redigirter Artikel also lauten:

Wer sich einer dienstlichen Einschreitung obrigkeitlicher Diener oder einer obrigkeitlich beorderten Militärperson mit Gewalt widersezt, ist eben so zu strafen, als wäre seine Gewalt unmittelbar wider eine obrigkeitliche Person selbst gerichtet gewesen. Fälle gewissenlicher Ueberschreitung der Dienstbefugniß sind ausgenommen.

Eine solchergestalt abgefaßte Bestimmung ist es, welche die mehrgedachte Anmerkung an die Stelle des Art. 317 zu setzen unternimmt. Offenbar hat man hier, den Boden der Auslegung überschreitend, ein für angemessen gehaltenes Hineinlegen¹⁰⁾ gewagt, und nicht einem Auslegungsergebnisse, sondern einer erweiternden Abänderung des Gesetzes das Wort gesprochen¹¹⁾.

In der früheren milderen Praxis steht uns eine gewichtige Autorität für die Annahme zur Seite, daß

9) In der That eine kühne und eigenthümliche analoge Anwendung römischrechtlicher Sätze, den s. g. putativen Titel betreffend!

10) Nämlich der Gleichstellung einer bloß vermeinten Verfügung der Obrigkeit mit einer gewissenlichen.

11) Vgl. über die Unstatthaftigkeit einer solchen Pseudo-Auslegung Savigny System Bd. I S. 321.

die Frage wenigstens als eine höchst zweifelhafte gelten müsse.

Wir schließen mit dem Wunsche, es möge überall in den strafgerichtlichen Berathungszimmern, den Richtern in die Augen fallend, die Wandschrift angebracht werden:

In poenalibus causis benignius interpretandum est.

Mittheilungen aus der Praxis.

Beweisführung durch beglaubigte Abschriften.

Die Beanstandung der unternommenen Beweisführung, durch beglaubigte Abschrift einer rheinheffischen Notariatsurkunde, wurde für unerheblich erachtet. Man erwog, daß bei Abschriften von Urkunden, die im Auslande von Behörden oder Notaren beglaubigt werden, nicht die Vorschriften der G.D. Kap. XI §. 4 Nr. 2 maßgebend sein können, vielmehr die Zuständigkeit derselben nach den dortigen Gesetzen zu beurtheilen sei¹⁾. Da nun nach den in Rheinheffen bestehenden Gesetzen diejenigen beglaubigten Abschriften und Auszüge, welche die Notare von und aus den von ihnen aufgenommenen und bei ihnen beständig aufbewahrten Urkunden erteilen, bei allen gerichtlichen und außergerichtlichen Verhandlungen vollen Beweis liefern, so müssen dergleichen von den dazu berufenen öffentlichen Beamten herrührende beglaubigte Abschriften und Auszüge auch in Bayern dieselbe Beweiskraft wie die Originalien haben.

Entsprechend diesen Erwägungen hat das OAG. am 4. Febr. 1854 in der Rechtsache Nr. 706¹/₅₂ erkannt.

¹⁾ Bezugnahme auf Seuffert's Comment. über die G.D. Bd. III S. 148 Note 16.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Demonstrationen gegen oberstrichterliche Erkenntnisse. Beantragung der Verweisung an die Verwaltungsbehörde durch den Staatsanwalt nach Art. 4 des Kompetenzkonflikt-Gesetzes. — Auswärtige Notariatsurkunde als öffentliche Urkunde anerkannt. — Ist die Einlegung einer Verwahrung in der durch §. 51 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 bestimmten Frist notwendig gegen eine der selbstständigen Berufung nicht unterworfenen richterliche Verfügung, von welcher die Partei zugleich mit dem Endurtheile Kenntniß erhält? — Ueber die Befugniß der außerordentlichen Richter zur Erhebung der Klage auf Anerkennung der Patenschaft. — Ankauf von Papieren, die auf den Inhaber lauten, von verdächtigen Personen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Demonstrationen gegen oberstrichterliche Erkenntnisse. Beantragung der Verweisung an die Verwaltungsbehörde durch den Staatsanwalt nach Art. 4 des Kompetenzkonflikt-Gesetzes.

In der Nummer 19, 3, S. 300 des 20. Jahrganges dieser Blätter wurde ein oberstrichterliches Erkenntniß mitgetheilt, welches in Folge einer durch den Beklagten bei dem obersten Gerichtshofe erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde die Urtheile erster und zweiter Instanz als nichtig aufhob, weil die Gerichte in dieser Sache nicht zuständig seien.

Gegen dieses oberstrichterliche Erkenntniß vom 23. April 1855 richtete nun die Klägerin an den obersten Gerichtshof selbst eine Nichtigkeitsbeschwerde, verbunden mit einer eventuellen Demonstration und beantragte die Vernichtung, eventuell die Zurücknahme des erwähnten Erkenntnisses.

Zur genaueren Bezeichnung des Standes der
Neue Folge 1. Band.

Sache muß bemerkt werden, daß der Beklagte die Einrede der Inkompetenz dem Gerichte nicht entgegengesetzt, daß Beweisinterlokut, welches der Klägerin den Beweis des Klagegrundes und ihm den Beweis seiner Einrede und Widerklage auferlegte, die Rechtskraft hat beschreiten lassen, und erst, nachdem er in erster und zweiter Instanz als sachfällig erkannt worden, die Oberberufung, obschon die hiezu erforderliche Summe offenbar nicht gegeben war, ergriffen und später mit dieser eine auf den Mangel der Kompetenz der Gerichte gegründete Wichtigkeitsbeschwerde verknüpft, in dieser aber erklärt hatte, daß er für den Fall der Unstatthaftigkeit der letzteren seine Revision zurücknehme. Zugleich mit Erhebung der Wichtigkeitsbeschwerde stellte der Beklagte bei der königlichen Regierung von Schwaben und Neuburg den Antrag, diese Behörde möge einen bestehenden Kompetenzkonflikt anregen und die Zuständigkeit der Administrativbehörden für die Sache in Anspruch nehmen, und der kgl. Generalstaatsanwalt beantragte sofort nach Art. 4 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betreffend, die Verweisung der Sache an die Verwaltungsbehörden. Das königl. Oberappellationsgericht verwies die Sache nicht vor den Kompetenzkonfliktsenat, weil es sich veranlaßt fand, das erwähnte Erkenntniß vom 23. April 1855 zu erlassen.

Die Wichtigkeitsbeschwerde der Klägerin bezieht sich bezüglich der Befugniß des obersten Gerichtshofes zur Vernichtung seines eigenen Erkenntnisses auf G.D. Kap. 16 §. 2 Nr. 3, auf den Kommentar zu derselben B. 4 S. 184 und auf die Blätter für N.N. Bd. 8 S. 198 und Bd. 17 S. 301, und stützt sich in der Hauptsache darauf, daß

1) die Kompetenzfrage durch die Beweisinterlokute bereits rechtskräftig entschieden sei, und der Beklagte dadurch, daß er die Einrede der Inkompe-

tenz der Gerichte nicht erhoben, auf diese und mithin auch auf die Nichtigkeitsbeschwerde ex defectu competentiae nach S. 41 Bd. 17 der Bl. f. N. verzichtet habe; daß

2) ein rechtskräftiges Definitivurtheil vorliege, indem die zu einer Berufung an die dritte Instanz erforderliche Summe nicht gegeben sei, mithin auch kein Kompetenzkonflikt mehr habe angeregt werden können, und daß

3) ein defectus citationis vorliege, indem nach Anregung des Kompetenzkonfliktes durch den kgl. Generalstaatsanwalt die Sache nach Vorschrift des Gesetzes vom 28. Mai 1850 hätte behandelt werden sollen.

Die mit der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin verbundene eventuelle Remonstration gegen das oberstrichterliche Erkenntnis vom 23. April 1855 beruht auf den so eben erwähnten Gründen und sucht nebstdem darzuthun, daß eine Justizsache und nicht ein vor die Administrativbehörden gehöriger Gegenstand hier vorliege.

Mittels Erkenntnisses vom 31. August 1855 verwarf das kgl. Oberappellationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde und die Remonstration der Klägerin aus folgenden Gründen:

„Das oberstrichterliche Erkenntnis vom 23. April 1855 wird von der Klägerin als nichtig angefochten

1) wegen Mangels der Kompetenz oder Jurisdiction,

2) wegen entgegenstehender oder verletzter Rechtskraft und

3) wegen Mangels der Citation.

In allen Beziehungen ist diese Beschwerde grundlos.

Zu 1. Jeder Richter hat seine Zuständigkeit und Kompetenz zu untersuchen und darüber zu entscheiden, um eine von ihm selbst ausgehende unheil-

bare Nichtigkeit zu vermeiden, weil ein von einem inkompetenten Richter erlassenes Urtheil die Rechtskraft nicht erlangt und 30 Jahre lang als nichtig angefochten werden kann. Zu dieser Entscheidung ist er nicht bloß im Falle eines Streites über die Gerichtszuständigkeit, sondern auch von Amtswegen berechtigt und verpflichtet, eben aus dem Grunde, weil eine unheilbare Nichtigkeit des ganzen Prozeßverfahrens in Frage, und ihm die Leitung dieses Verfahrens zusteht, sohin auch die Vermeidung jeder Unregelmäßigkeit obliegt, um so mehr einer solchen, welche die Nichtigkeit der Verhandlung zur Folge haben würde. Im vorliegenden Falle hat der Beklagte nicht bloß gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 15. September 1854 revidirt, sondern auch nachträglich eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Mangels der Zuständigkeit der Gerichtsbehörde an den obersten Gerichtshof mit der Bitte gebracht, daß in dieser Sache bisher gepflogene Verfahren zu annulliren. Diese Beschwerde war nach der G^{es.} Kap. 16 §. 2 zulässig und der oberste Gerichtshof war daher, als zur Entscheidung angerufen, höherer Richter veranlaßt und kompetent, darüber zu entscheiden, ob die in den Vorinstanzen verhandelte Streitsache wirklich eine Justizsache, oder ob sie ein zur Kompetenz der Administrativbehörden gehöriger Streitgegenstand sei, und wenn der oberste Gerichtshof nach seiner rechtlichen Ueberzeugung zu dem Ausspruche gelangte, daß eine Justizsache nicht vorliege, so mußte er zugleich die rechtliche Folge hiebon aussprechen und erkennen, daß die Erkenntnisse der ersten und zweiten Instanz als nichtig aufzuheben und der Antrag der Klägerin an die zuständige Administrativbehörde hinzuweisen sei. Daß in dieser Art erlassene oberstrichterliche Erkenntniß vom 23. April 1855 kann demnach wegen Mangels der Kompetenz nicht angefochten werden. Zur Zeit

der Fällung dieses Erkenntnisses war noch von keiner Verwaltungsstelle nach Art. 5 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 über Kompetenzkonflikte ein Kompetenzkonflikt angeregt. Der Antrag des kgl. Generalstaatsanwaltes vom 9. Dezember 1854 kann als eine solche Anregung nicht gelten, weil dieser immer nur von der die Kompetenz für sich in Anspruch nehmenden Administrativstelle (Kreisregierung oder Centralstelle) geschehen kann (Art. 5, 2 und 3 l. c.), und weil der Antrag nur nach Art. 4 Nr. 1 l. c. gestellt worden ist, folglich erst in dem Falle, wenn nicht demselben entsprochen worden wäre, die Veranlassung zu Anregung eines Kompetenzkonfliktes nach Nr. 2 ibid. sich ergeben haben würde. Es war daher der oberste Gerichtshof als solcher ohne Beziehung von höheren Verwaltungsbeamten in der Sache zu entscheiden kompetent.

Zu 2. Zur Zeit dieser Entscheidung lag auch noch kein rechtskräftiges Erkenntniß über die Zuständigkeit der Gerichte vor, weil von dem Beklagten die forideklinatorische Einrede, oder die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte niemals vorgebracht worden, folglich auch der Richter zu einem Erkenntnisse hierüber nicht veranlaßt war, die bloß faktische oder stillschweigende Annahme der Zuständigkeit von Seite der Gerichte erster und zweiter Instanz aber als eine rechtskräftige Entscheidung über die Kompetenzfrage nach Art. 2 l. c. nicht angesehen werden kann. Eben so wenig war ein rechtskräftiges Erkenntniß in der Hauptsache gegeben, indem der Beklagte gegen das Urtheil zweiter Instanz revibirt hat und diese Revision als unzulässig wegen Mangels der Summe nur dann zurückgewiesen werden könnte, wenn eine Justizsache vorläge und der oberste Gerichtshof die Zuständigkeit der Civilgerichte anerkannt hätte, über die an eine Summe nicht gebundene Nichtigkeitsbeschwerde aber vor Allem zu erkennen

war, weil davon die Kompetenz zur Entscheidung über die Revision abhing. Klägerin meint zwar, der Beklagte habe durch die eingelegte Revision auf das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet, das Erkenntniß sei bezüglich der Frage über die Kompetenz in Rechtskraft übergegangen und habe vom obersten Gerichtshofe nicht mehr abgeändert werden können; allein ein solcher Verzicht läßt sich nach Lage der Akten nicht, sondern nur ein unschädlicher Rechtsirrthum annehmen, da beide Theile und die Gerichte die Zuständigkeit der Ei lgerichte als begründet faktisch voraussetzten und einen Zweifel darüber niemals angeregt haben. Jedenfalls wurde die Nichtigkeitsbeschwerde noch rechtzeitig geltend gemacht, da über die Revision noch nicht erkannt, sohin noch *res integra* war. Wenn aber auch der oberste Gerichtshof bei Fällung seines Erkenntnisses einen solchen Verzicht mit Unrecht nicht angenommen hätte, so würde dieses Erkenntniß wohl als ungerecht oder unrichtig prädicirt, aber nicht wegen Mangels der Kompetenz oder wegen entgegenstehender Rechtskraft als nichtig, so wie überhaupt nicht angefochten werden können, weil er ja auch darüber zu urtheilen hatte, ob eine Rechtskraft wegen Verzichts vorliege, und gegen dieses Urtheil eine weitere Beschwerdeführung nicht stattfindet, da ein höherer Richter hiefür nicht besteht.

Zu 3. Eine Nichtigkeit wegen Mangels des rechtlichen Gehöres soll in dem Umstande liegen, daß der Klägerin der Antrag des Generalstaatsanwaltes vom 8./9. Dezember 1854 nicht mitgetheilt, die Einreichung einer Denkschrift nicht gestattet und hierauf eine mündliche Verhandlung in öffentlicher Sitzung nicht gepflogen worden sei. Es wurde jedoch bereits oben ad 1 bemerkt, daß nach den dort allegirten Geseßbestimmungen dieser Antrag nicht als Anregung eines Kompetenzkonfliktes durch eine Ver-

waltungsstelle anzusehen sei, folglich war auch das im Art. 7 u. f. vorgeschriebene Verfahren nicht einzuleiten, sondern vom obersten Gerichtshofe als solches ohne Beiziehung höherer Verwaltungsbeamten zu erkennen, wie es auch geschehen ist. Es war zunächst über die Nichtigkeitssbeschwerde des Beklagten und über die dadurch angeregte Frage der Zuständigkeit der Civilgerichte zu entscheiden, diese Entscheidung lag dem obersten Gerichtshofe auch schon von Amtswegen ob, um durch Feststellung der Kompetenz oder Jurisdiction jede weitere Nullität zu beseitigen, und dabei war lediglich die aus den vorgelegten Akten zu entnehmende Beschaffenheit der Streitsache zu berücksichtigen und nach den über die Kompetenzverhältnisse bestehenden Gesetzen zu beurtheilen. Eine weitere Vernehmung der Klägerin über die Beschwerde des Beklagten war daher unnöthig, folglich begründet auch deren Unterlassung keinen Mangel rechtlichen Gehöres. Zu dieser Entscheidung war weder die Anregung eines Kompetenzkonfliktes erforderlich oder die Veranlassung, noch der Antrag des fgl. Generalstaatsanwaltes maßgebend, und man würde die Stellung und den Wirkungsfreis der Staatsanwaltschaft gänzlich mißkennen, wenn man die bei den Unter- und Obergerichten zur Wahrung der Straf- und anderen Gesetze bei den Entscheidungen derselben aufgestellten Staatsanwälte in die Kategorie der Verwaltungsstellen einreihen wollte.

Die Nichtigkeitssbeschwerde der Klägerin ist daher durchaus unbegründet.

Eventuell hat dieselbe mit dieser eine Demonstration gegen das oberstrichterliche Erkenntniß vom 23. April 1855 verbunden und um Zurücknahme desselben gebeten. Die Zulässigkeit dieser Demonstration wird auf den §. 55 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 gegründet, dieser § ist aber

auf oberstrichterliche Definitiverkenntnisse eben so wenig anwendbar, als gegen dieselben eine Berufung zulässig ist. Der oberste Gerichtshof hat nicht auf oder über einseitigen Antrag im Anfange oder im Laufe des Prozesses, sondern nach verhandelter Sache über das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten auf dem Grund der ganzen Aktenlage erkannt, von einem auf einseitigen Antrag ergangenen Beschlusse kann sonach hier keine Rede sein. Der §. 55 setzt aber auch voraus, daß gegen die Verfügungen des Richters, welcher einen solchen Beschluß erlassen hat, überhaupt noch eine Berufung oder Beschwerde an einen höheren Richter möglich ist; an dieser Voraussetzung mangelt es aber hier gänzlich. Zur materiellen Rechtfertigung der Demonstration wird auf die für die Nichtigkeitsbeschwerde angeführten Gründe Bezug genommen, welche hier nach der bereits vorausgegangenen Widerlegung derselben nicht weiter zu erörtern sind. Sodann wird aus den einschlägigen Gesetzen darzuthun gesucht, daß hier keine Verwaltungs-, sondern eine Justizsache vorliege, sohin nur die Zivilgerichte kompetent seien. Da diese Darstellung nur eine rechtliche Deduktion zur Widerlegung der vom obersten Gerichtshof ausgesprochenen Rechtsansicht enthält und ihre Argumentation auf dieselben Gesetze gründet, welche auch der oberste Gerichtshof bei seinem Erkenntnisse vom 23. April 1855 gehörig gewürdigt und zum Grunde gelegt hat, so zeigt sich diese Demonstration in ihrer rechtlichen Eigenschaft lediglich als eine Berufung, welche klar machen soll, daß die Klägerin Recht habe, dieselbe verdient aber keine Beachtung und hätte diese nur dann finden können, wenn sie per evidentiam facti darzuthun vermochte, daß das oberstrichterliche Erkenntniß auf einer unwahren faktischen Grundlage be-

ruhe, was jedoch nicht geschehen ist. Cod. jud. Kap. 15 §. 12. Die Demonstration ist daher gleichfalls abzuweisen.“

OAG. vom 31. August 1855 in S. israelitische Kultusgemeinde in Wallerstein w. Aaron Nothenheim.

Das vorstehende Erkenntniß des obersten Gerichtshofes scheint bezüglich der Frage über den Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde in Widerspruch mit dem in Bd. 17 S. 41 dieser Blätter angeführten oberstrichterlichen Urtheile zu stehen. Dieses frühere Erkenntniß hat die Frage: ob in dem Nichtvorbringen der Einrede der Inkompetenz und in dem in Rechtskraft Uebergehenlassen eines Erkenntnisses, durch welches ein inkompetenter Richter sich für kompetent erklärt, ein stillschweigender Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde liege, bejaht, das spätere Erkenntniß vom 31. August 1855 hat sie verneint, und der zuletzt entscheidende Senat erklärte sich mithin für eine der früheren Entscheidung widersprechende Rechtsansicht. Bei diesem Widerstreite hätte wohl die Rechtsfrage, um welche es sich handelt, nach Art. II des Gesetzes vom 17. November 1837 über Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes um so mehr vor die Plenarversammlung des obersten Gerichtshofes gebracht werden sollen, als im Art. III bestimmt ist, daß der Plenarbeschluß für den veranlassenden Fall als Entscheidungsnorm diene und daß dieser sofort hiernach von dem betreffenden Senate abzuurtheilen sei. Ob, wenn dem entgegen — wie im vorliegenden Falle — ein Senat des obersten Gerichtshofes die veranlassende Sache entscheidet und hierbei, ohne zuvor einen Plenarbeschluß veranlaßt zu haben, eine Rechtsansicht adoptirt, welche im Widerspruch mit einer, von einem anderen Senate früher aufgestellten Rechts-

ansicht steht, eine Richtigkeit gegeben sei, ist in dem Gesetze nicht ausgesprochen. Sie scheint mir aber deshalb vorzuliegen, weil nach der Bestimmung des fraglichen Gesetzes dem betreffenden Senate die Kompetenz mangelte, den ihm vorliegenden Fall ohne vorgängigen Plenarbeschluß zu entscheiden.

W. L. S.

Nachschrift des Herausgebers. Das DMO. vom 28. November 1851 fuhte nach der Mittheilung in unserer Zeitschrift Bd. XVII S. 40 f. auf der Voraussetzung, daß eine Partei bei schon gegebenem Richtigkeitsgrunde und der Bekanntheit mit solchem die Verhandlungen fortgesetzt, richterlichen Auflagen genügt, das ordentliche Rechtsmittel der Berufung ergriffen hat, ohne die Richtigkeit der betreffenden Verhandlungen oder Judikate geltend zu machen. In dem vorstehenden neueren Erkenntnisse ist aber nicht als feststehend angenommen, daß dem Beklagten der obwaltende Richtigkeitsgrund schon in einem früheren Stadium des Verfahrens zum Bewußtsein gekommen war. Man hat deswegen Ursache, die Qualifikation zur Verweisung an die Plenarversammlung zu bezweifeln. — Ueber das am Schlusse obiger Mittheilung angeregte Bedenken hat der Herausgeber seine mit der Praxis des DMO. übereinstimmende Ansicht im Kommentar über die GD. Bd. IV S. 181 ausgesprochen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 168.

2.

Auswärtige Notariatsurkunde als öffentliche Urkunde anerkannt.

In einer Rechtsache hatten die Kläger den ihnen rechtskräftig aufgetragenen Beweis, daß sie die Erben des zu Mainz verlebten P. G. geworden seien,

durch Vorlage eines Auszugs aus dem von einem großherzoglich hessischen Notar aufgenommenen Inventar über den Nachlaß des P. G. angetreten, und von den Gerichten I. und II. Instanz wurde angenommen, daß der fragliche Beweis durch diese Urkunde vollständig erbracht sei. Hiegegen führte Beklagter in der Oberberufung aus: bei Urkunden, welche von auswärtigen Behörden gefertigt seien, könne die gültige Errichtung nur dann angenommen werden, wenn es an den im Inlande geltenden Erfordernissen nicht fehle; daher könne das fragliche Inventar, welches, um als *documentum publicum* nach bayerischem Rechte zu gelten, von einer Gerichtskommission hätte errichtet werden müssen, nur als ein außergerichtliches Zeugniß betrachtet werden. Diese Ausführung wurde für unerheblich erachtet. Nach der G.D. Kap. XI §. 1 haben amtliche Urkunden, d. i. solche, welche von einer öffentlichen Person über die ihr amtlich durch eigene Wahrnehmung fundgewordene Wahrheit von Thatsachen nach den darüber bestehenden Vorschriften gefertigt sind, die Kraft vollständigen Beweises, und Seuffert bemerkt in seinem Kommentar Bd. III S. 118 Note 9 hiezu ausdrücklich, daß das Wort „amtlich“ hier in dem weiteren Sinne gebraucht sei, nach welchem es auch die Funktionen der Gerichtsboten so wie der Notare begreife. Notariatsakte müssen daher als öffentliche vollständig beweisende Urkunden betrachtet werden, wo den Notaren durch die Gesetzgebung der Charakter öffentlicher Personen beigelegt ist, die in dem Akte befundete Thatsache in den ihnen angewiesenen Geschäftskreis fällt, und die hiefür vorgeschriebenen Formen eingehalten sind. Hierbei ist es wohl einleuchtend, daß bei Prüfung der Stellung und Kompetenz der handelnden Person, so wie der von ihr einzuhaltenen gesetzlichen Formen nur diejenigen Bestimmungen maßgebend sein können, welche an dem Orte gelten, wo die Urkunde

errichtet wurde, so daß eine im Auslande ausgestellte Urkunde auch von den Gerichten des Inlandes als richtig und gültig anerkannt werden muß, wenn sie den Gesetzen des Landes, wo sie ausgestellt worden, entspricht.

Bl. f. N. V. Bd. XIII S. 111.

Daß aber die Notare nach den in Rheinheffen geltenden Gesetzen zur Fertigung von Nachlaßinventaren befugt sind, und daß ihre hierüber aufgenommenen Urkunden die Eigenschaft von amtlichen Urkunden an sich tragen, ist notorisch, auch von den Revidenten so wenig bestritten, als daß bei Errichtung der vorgelegten Urkunden die nach jenen Gesetzen erforderlichen Formen eingehalten wurden.

Entsprechend diesen Erwägungen wurde vom OLG am 4. Februar 1854 in der Rechtsache Nr. 706⁵¹/₅₂ erkannt.

3.

Ist die Einlegung einer Verwahrung in der durch §. 51 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 bestimmten Frist nothwendig gegen eine der selbständigen Berufung nicht unterworfenen richterliche Verfügung, von welcher die Partei zugleich mit dem Endurtheile Kenntniß erhält?

In der aus Bd. XX S. 94* ersichtlichen Sache war der Beschluß vom 23. September und die an demselben Tage erfolgte Eidesabnahme dem Kläger zugleich mit dem Endurtheile notifizirt worden. Er legte gegen ersteren keine Verwahrung ein, sondern verband seine beschaffigen Beschwerden mit der nach Ablauf der 14 tägigen Frist gegen das Endurtheil eingelegten Berufung. Es wurde deshalb die Frage erhoben, ob er seines Beschwerderechtes gegen den Beschluß nicht durch die Versäumung der rechtzeitigen Verwahrung verlustig geworden sei. Die Motive des angeführten oberstrichterlichen Erkenntnisses sagen hierüber:

„Nach dem Wortlaute des Gesetzes würde die

Bestimmung des angeführten §. allerdings auch hier Anwendung finden; auch kann der vorliegende Fall nicht unmittelbar unter den Gesichtspunkt des Plenarbeschlusses des obersten Gerichtshofes vom 26. April 1843 (Reg.Bl. S. 373), subsumirt werden, wonach es keiner vorausgegangenen Verivahrung bedarf, wenn die einer selbständigen Verivung nicht unterworfenen richterliche Entscheidung zugleich mit dem Erkenntnisse in der Hauptsache ergangen ist. Eine solche Anwendung würde jedoch der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechen. Diese geht dahin, daß die Verhandlung des Rechtsstreites nicht durch ein Inzidentverfahren über solche Beschwerden aufgehalten werden soll, welche möglicherweise durch den Ausgang des Prozesses hinwegfallen, daß aber in solchen Fällen immerhin „das Gericht und die Gegenpartei nicht in Ungewißheit darüber bleiben sollen, ob jener richterliche Ausspruch als gerecht erkannt werde.“

§. Motive des Gesetzentwurfes §. 65.

Daß, von der an dem gleichen Tage erfolgten Notifikation des Beschlusses und des Endurtheiles an, dem Kläger eine zweifache Nothfrist laufen sollte, wäre eine Abnormität, für welche unsere Prozeßgesetzgebung nirgends ein Vorbild darbietet und welche mit dem angeführten Motive des Gesetzes in keinem Zusammenhange stünde.“

W.

4.

Ueber die Befugniß der außerehelichen Mutter zur Erhebung der Klage auf Anerkennung der Waterschaft.

In Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 55 wurde ein Erkenntniß des OLG. zu München vom 13. April 1824 mitgetheilt, welches der außerehelichen Mutter das Recht zugesteht, in ihrem eigenen Interesse die Klage auf Anerkennung der Waterschaft gegen den Schwängerer anzustellen, so wie ein neues

reß Erkenntniß des O.A.G. zu Dresden, welches derselben dieses Recht abspricht. Die Frage ist in jüngster Zeit bei dem bayerischen obersten Gerichtshofe einer eingehenden Erörterung unterworfen worden, deren Resultat wir nachfolgend mittheilen.

Eine lebige Weibsperson aus Rheinbayern, welche sich als Dienstmagd in Oberbayern aufhält, erhob gegen ihren Dienstherrn Klage auf Anerkennung der Vaterschaft zu ihrem Kinde und auf Alimentationsbeitrag. Der Beklagte machte hiergegen unter anderen geltend: die hier angestellte *actio filiationis affirmativa utilis*, so wie die *actio alimentaria*, stehe nur dem Kinde zu; da die Klägerin nun nicht als Vormünderin ihres Kindes bestellt sei, und ihr auch nach der beßfalls zur Anwendung kommenden Gesetzgebung der Pfalz die gesetzliche Vormundschaft nicht zustehe, so sei sie zu der erhobenen Klage nicht legitimirt. Der Gerichtshof verwarf diese Einrede aus folgenden Gründen:

Wenn es auch streitig ist, aus welchem Gesichtspunkte nach dem deutschen gemeinem Rechte und nach dem bayerischen Landrechte die Klage des außerehelich erzeugten Kindes gegen den Vater auf Anerkennung der Paternität zu beurtheilen sei, so betrachten doch beide den außerehelichen Beischlaf und die Erzeugung des Kindes, der Geschwächten gegenüber, als eine unerlaubte Handlung des Stuprators, für deren Folgen er derselben Entschädigung zu leisten verpflichtet ist. Hierzu gehört insbesondere die Verpflichtung desselben, zur Alimentation des Kindes beizutragen. Diese liegt zunächst der Mutter ob; sie hat daher ein eigenes persönliches Interesse, die Verurtheilung des Kindesvaters zu dieser Leistung zu erwirken und beßfalls die Anerkennung der Vaterschaft zu verlangen. Die gemeinrechtliche Praxis gestattet der Mutter in dieser Beziehung die Präjudizklage *de partu agnoscendo*. „Der Grund dieses heutigen Rechtes

sagt Glück in den Erläut. der Pand. Bd. 28
S. 149,

beruht hauptsächlich in den Verordnungen des kanonischen Rechts; denn diese legen, ohne einige Rücksicht auf die römischen Gesetze, dem Vater schon als Zeuger seines Kindes, die Pflicht auf, auch seine unehelichen Kinder zu ernähren. . . Er ist dazu sogar in einem vorzüglicheren Grade als die Mutter verbunden. Es muß also auch die Mutter des unehelichen Kindes ihn zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit, wenn er dieselbe verweigert oder verzögert, aufzufordern und durch die Präjudizialklage *de partu agnoscendo* die Verpflegung ihres Kindes auf ihn zu übertragen berechtigt sein. Da diese Klage, ebenso wie die direkte Präjudizialklage, auf Anerkennung und Ernährung des unehelichen Kindes gerichtet wird, und auch die Paternität des Vaters zum Grunde hat, so wird sie *actio de partu agnoscendo utilis* genannt.“

Vgl. Böhrer, *doctr. de Action. Sect. II*
Cap. 1 §. 29,

Leyser, *meditat. spec.* 36 Nr. 5,

Schmidt, von Klagen und Einreden §. 395.

Das bayerische Landrecht enthält keine Abweichung von dieser gemeinrechtlichen Auffassung. Es stellt die Entschädigungsansprüche der Kindesmutter unter den Gesichtspunkt der *lex Aquilia*,

Th. IV Kap. 16 §. 6 Nr. 6,

und legt dem Stuprator die ausschließliche oder theilweise Alimentation des Kindes sogar für den Fall auf, wenn die Waterschaft ungewiß ist, weil die Mutter auch anderen in Unehren beigehalten hat.

Th. I Kap. 4 §. 9 Nr. 4.

Um so mehr muß die Mutter alsdann zur Forberung des Alimentationsbeitrages für berechtigt erachtet werden, wenn diese Ungewißheit hinwegfällt und der Beklagte, als alleiniger Beihälter, für den Vater des Kindes zu halten ist. Für die Geschwächte

ist allerdings die Anerkennung der Vaterschaft nicht der unmittelbare Gegenstand der Klage; sie bildet aber die Grundlage ihrer pekuniären Ansprüche. Diefelbe ist daher nothwendig in den Fall gesetzt, dieses Fundament ebenfalls klagbar geltend zu machen. — Der oberste Gerichtshof ist sogar noch weiter gegangen. Durch Erkenntniß vom 13. April 1824 in Sachen Gruber gegen Plattner Nr. 461^{23/24}, wurde der außerehelichen Mutter die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft, — ohne Verbindung mit weiteren Ansprüchen auf Alimentation des Kindes oder Schadloshaltung für die Defloration, aus dem Gesichtspunkte zugestanden: daß sie dabei ihrer eignen Ehre wegen betheiligt sei, um ein bestimmtes Individuum zum Vater des Kindes zu haben und nicht als lieberliche, sich jedem preisgebende Dirne zu erscheinen.“

DAGE. v. 5. Mai 1855. Nr. 261^{54/55}.

M.

5.

Ankauf von Papieren, die auf jeden Inhaber lauten, von verdächtigen Personen.

Preuß. R.

Die Vorschriften der §§. 18 u. 19 Tit. 15 Thl. I des A. O. R., so wie des §. 49 des Anh., wonach der Käufer einer Sache schon deshalb, weil er die Sache von einer ganz unbekannten, oder von einer solchen Person gekauft hat, die mit Sachen solcher Art nicht zu handeln, oder nach ihrem Stande und ihrer Lebensart sie nicht zu besitzen pflegt, — verpflichtet wird, dem besser berechtigten Rückforderer die Sache unentgeltlich herauszugeben, finden auf Ankäufe von Papieren, die auf jeden Inhaber lauten, und nicht außer Kurs gesetzt sind, nicht Anwendung.

Entf. des Obertribunals zu Berlin v. 5. April 1854. Entscheid. d. O. T. Bd. 27 S. 348.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den geeigneten Weg zur Ermittlung des Pflichttheiles bei Erb-
streitigkeiten. — Gerichtszuständigkeit in Prozessen über Ausübung des
Welberechts, welche bei Verkündung des Bescheides vom 29. Mai bereits
anhängig waren. — Zur Lehre von der Leistung des einer Gemeinde
auferlegten Abtes. — Der erziehlicher des Angeklagten auf die Zeu-
genliste gesetzt. — Gnomé. —

Ueber den geeigneten Weg zur Ermittlung des Pflichttheiles bei Erbstreitigkeiten.

Wenn sich ein Notherbe darüber beklagt, daß ihn der Erblasser durch seine letztwillige Verfügung am Pflichttheile verlegt habe, oder auch wenn derselbe wirklich auf den Pflichttheil gesetzt ist und über den Betrag, welcher von ihm in dieser Beziehung beansprucht wird, eine Differenz obwaltet, so ergibt sich beinahe immer die Frage, in welcher Weise denn ermittelt werden könne, worin der Pflichttheil bestehe, ob er verlegt und wie viel zu seiner Deckung oder Ergänzung erforderlich sei. Wie ist aber diese Frage, welche sich offenbar um einen streitigen Thatbestand dreht, zur Lösung zu bringen? Als der gewöhnliche und am nächsten liegende Weg, der auch am häufigsten betreten wird, scheint sich die Beweisaufgabe darzubieten. So oft der Richter im Angesichte der Verhandlungen einer Sache auf ein streitiges Faktum stößt, wovon der Ausgang der Sache abhängt, setzt er es der treffenden Partei zum Beweise aus; daß Beweisinterlokut ist das ganz regel- und normalmäßige Mittel, um aus der Ungewißheit über be-

strittene Thatsachen herauszukommen, die Beweis-
aufgabe ist zugleich eine bequeme Brücke, um von
der vorgenommenen Prüfung der Rechtsfragen auf
die Erforschung des Faktums, was ihnen zu Grunde
liegt, hinüberzusetzen. Die Sorge, wie derjenige,
dem eine erhebliche Behauptung widersprochen ist,
seinen Beweis zu erbringen vermöge, glaubt man
in der Berufung auf die Verhandlungsmaxime ge-
trost ihm selbst überlassen zu können; die Frage da-
über, wie am Ende die sich durchkreuzenden Beweis-
erhebungen mit Hilfe einiger in ewiger Bereitschaft
stehender Notheide zu entwirren und zu einem festen
Niederschlage zu bringen seien, liegt noch in weitem
Felde und belästigt uns für den Augenblick nur
wenig. Da nun das Recht auf den Pflichttheil, und
ebenso seine Verhältnißzahl zum Bestande der ganzen
Erbenschaft meistens unbeanstandet feststehen, und der
Notherbe, der ihn verlangt, nicht die Verletzung als
die bloße Negation des Umstandes, daß er ihn habe
oder damit zufrieden gestellt sei, zu beweisen haben
wird, so scheint der einfachste Ausweg von selbst
dahin zu führen, dem eingesetzten Erben, welcher in
Bezug auf den Pflichttheil als Schuldner einer noch
ungewissen Werthssumme zu betrachten ist, den Be-
weis darüber aufzulegen, daß der Notherbe durch
dasjenige, was er als Vorempfänger wieder einwer-
fen muß, und was ihm der Erblasser in seinem Tes-
tamente noch zulegte, dasjenige, was ihm gebührt,
auch vollständig zugewendet erhalten habe, mit an-
deren Worten, daß sein Pflichttheil nicht verletzt sei.
Dem Gegner bleibt dann natürlich überlassen, wie
er das Widerspiel von dem Allen in seinem vorbe-
haltenen Gegenbeweise darzuthun vermöge. Beweis-
aufgaben dieser Art kommen wirklich in der Praxis
vor und führen dann zu jenen monströsen Beweis-
verfahren, wobei die Liquidation einer ganzen Erb-
schaft ihren obligaten Tummelplatz innerhalb der

Gränzen eines ganz unscheinbaren Betwelskthemas findet.

Eine nähere Betrachtung dieser Sache wird nicht bloß auf das Mißliche und Verwirrende, sondern auch auf die Unhaltbarkeit einer solchen Behandlung verwickelter Streitfragen hinführen.

1) Um den wahren Erbtheil eines Jeden von mehreren Miterben zu ermitteln, ist der gesetzlich vorgezeichnete Weg die förmliche Erbtheilung, worüber das römische Recht in seiner Lehre von der *actio familiae erciscundae*, und das bayer. Landrecht Th. III Kap. 1 §§. 14—16 die geeigneten Vorschriften erteilt haben. Die Klage auf Erbtheilung hat aber das Eigenthümliche eines *judicium duplex*, daß ein Jeder der Betheiligten dabei als Kläger und Beklagter zugleich erscheint.

Fr. 2 §. 3 *fam. ercisc.* (10, 2):

„In familiae erciscundae iudicio unus quisque heredum et rei et actoris partes sustinet.“
Der wahre Sinn dieser Anleitung kann nur der sein, der zufällige Umstand, welcher von den Miterben die Klage erhebt, solle die Gesichtspunkte ihrer alle Interessen umfassenden Erledigung nicht verrücken können, einem jeden Miterben liege vielmehr ob, zu dem allseitigen Zusammentrage der Elemente, welche zur Erbtheilung gehören, seiner Seite mitzuwirken, soviel an ihm gelegen ist, ein jeder solle sich in der gleichen Lage befinden, eine Verurtheilung oder einen Obstieg als den Schluß der ganzen Operation anzunehmen.

2) Da dieses Verfahren in vielen Fällen ein zusammengesetztes und verwickeltes sein muß, so erwähnt schon das römische Recht an mehreren Stellen des *Modestinus*, insbesondere in *Const.* 5, 15 und 21 h. t. (3, 36) eines *arbitri familiae erciscundae iudicio datus*, dessen Verrichtungen wir in dem Ante des französischen Notars und der deutschen

Verlassenschaftsbehörde genau wieder finden. Das Verfahren dieses arbiters gewährt den Vortheil, nicht die ganze Masse der dabei auftauchenden Fragen den Gerichten aufzubürden, sondern nur die wahrhaft streitigen auszuscheiden, um den Richter mit ihrer Erledigung befassen zu können. In den deutschen Gerichten sind insbesondere die Berrichtungen jenes arbiters unter dem Namen der Verlassenschaftsbehandlung wohl bekannt, deren Schlußstein sodann die Erbtheilung, oder wenn die Theile sich nicht darüber vereinigen, die Aufstellung eines Erbvertheilungsplanes bildet, mit dem Vorbehalte, denjenigen, der ihn angreifen will, damit auf den Rechtsweg zu verweisen und also mittelbar ihm die Rolle des Klägers anzuweisen.

3) Jede Streitverhandlung über Größe und Anwendung des Pflichttheils hat die Aufgabe der *actio fam. erc.* zu lösen, sie muß sich daher auch unter alle gesetzlichen Regeln fügen, welche jener Klage vorgezeichnet sind. Eine derselben besteht nun darin, daß der Kläger hiedurch zugleich und ohne förmliche Widerklage von selbst Beklagter wird, eine zweite, daß er einen *arbiter familiae erciscundae judicio datus* annehmen, d. h. das Verfahren einer wohlgeordneten Nachlaßbehandlung als eine Vorberereitung seiner Klage mit durchlaufen muß, weil dieses Verfahren den Streit erst auf so einfache Punkte zurückführen wird, in Ansehung deren sich leicht beurtheilen läßt, wer für jeden einzelnen der Kläger und wer der Beklagte sei, wem der Beweis und wem der Gegenbeweis obliege.

4) Wenn dagegen die Frage der Verlegung des Pflichttheils als eine verfallene Thatsache aufgefaßt und dem beklagten Testamentserben der Beweis darüber auferlegt wird, daß durch das vorliegende Testament dem Kläger seine Nothgebührruß bereits zugewendet sei, so liegt in diesem Verlangen

sehr oft eine kolossale Aufgabe verborgen, welche durch ihre Entwicklung den Beklagten beinahe immer beschweren muß, weil sie die ganze Erbtheilung als eine *familia erciscunda* mit all' ihren Elementen umschließt, die Liquidation einer ganzen Erbschaft in ein Beweissthema einspinnt und mithin sich auf zahlreiche Punkte erstreckt, worüber der Beklagte selbst als Kläger zu betrachten, und in keinem Falle beweispflichtig wäre.

Die Erbtheilung, wie wir solche in unseren Verlassenschaftssachen sich entwickeln sehen, umfaßt gewöhnlich die genaue Erhebung des Aktivstandes durch Inventur, die des Passivstandes durch eine veranstaltete Vorladung und Liquidation der Gläubiger, die der Konferenzposten, wobei jeder einzelne Erbe als Schuldner der ganzen Masse, jeder Mit-erbe als sein Gläubiger in Betracht kommt. Erst aus einer genauen Kenntniß dieser Faktoren läßt sich der Bestand der reinen zur Vertheilung kommenden Erbschaft in einer Werthssumme angeben, sich nach dem Verhältnisse der zusammentreffenden Erben und ihrer Portionen vertheilen, jedem Einzelnen sich sein Vorempfang als Gutmachung aufrechnen und sodann das übrige, was ihm noch fehlt, aus der noch vorhandenen Aktivmasse anweisen. Erst wenn all' jene Vorpunkte bekannt sind, läßt sich die Intestaterbportion des Notherben und folglich auch sein Pflichttheil als ein Theil derselben berechnen. In jenem Beweissthema liegt aber nun die Aufgabe für den beklagten und begünstigten Testamentserben versteckt, diese ganze komplizirte Operation nicht bloß auf seine Wag und Gefahr zu veranstalten, sondern auch jedes einzelne Stück derselben zu beweisen, mit den gewöhnlichen Beweismitteln und eingezwängt in zahlreiche Fallfrißten, umstellt von der Gefahr leicht möglicher Versehen darzuthun, was für ihn in den meisten Fällen unerschwinglich sein oder werden muß.

5) Betrachten wir die Sache etwas näher im Einzelnen, so läßt sich gewiß jenes Beweissthema, daß der Kläger in Ansehung seines Pflichttheiles zufrieden gestellt sei, beinahe immer in folgende Glieder auflösen, der Beklagte habe zu beweisen:

a) in welcher Größe sich der wirkliche Aktivstand des Rücklassers an liegenden Gründen, fahrender Habe und Schuldbforderungen gestalte.

Allein hiezu ist die Inventur mit der in ihr begriffenen Befugniß des Richters zur selbstthätigen Forschung nach Aktiven der geeignete Weg; den Aktivstand zu erhöhen, hat überdies nicht der bevorzugte Testamentserbe, sondern der um den Pflichttheil ringende Miterbe ein Interesse, nur ihm kann daher auch die Beweislast über den Aktivstand obliegen, wie schon Const. 3 fam. etc. andeutete: *Si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum*“; der begünstigte Erbe müßte außerdem den Beweis auf sich nehmen, daß die Erbschaft aus nicht mehr als diesen und jenen Stücken bestehe, was doch ein negativer Umstand wäre. Die beste Ermittlung des Werthes der Aktivmasse wird überdies durch ihren öffentlichen Verkauf im Wege der Subhastation oder Lizitation, und bei Aktivauflständen durch ihre gerichtliche Vertheilung erzielt; mithin erscheint in all diesen Punkten der beklagte Haupterbe durch jene Auflage beschwert.

b) Das Beweissthema gibt weiter auf, darzutun, wie groß der Passivstand der Masse, welche liquide Schulden vorhanden sind. Allein hiemit scheint wieder zuviel von dem eingesetzten Erben verlangt zu sein; zur Kenntniß des Passivstandes kann vielmehr nur eine Vorladung und Liquidation der Gläubiger führen, da alle Miterben ein gleiches Interesse haben, die Erbschaft so wenig als möglich mit Schulden beladen zu sehen. Auch hat der Erbe hiezu

die Beweismittel noch gar nicht, die sich nur in den Händen der dritten Gläubiger befinden können und die er gegen dieselben anzufechten sogar leicht in den Fall kommen kann. Eine solche Beweisaufgabe könnte den Erben in die zweideutige Lage bringen, eine eingeklagte Forderung gegen den Gläubiger als grundlos zu widersprechen, sie aber seinem Miterben gleichwohl als Passivum auf- und abzurechnen, weil die Verurtheilung am Ende dennoch erfolgen und mittelbar den Pflichttheil verringern kann.

c) Weiter müßte der Erbe in Gemäßheit jenes Beweisthema's darlegen, wie groß die Vorempfänge seiner Miterben und wie klein seine eigenen seien; in dem ersten Punkte liegt zwar der Beweis ihm, in dem zweiten dagegen seinen Gegnern ob; ja die angeblich verletzten Miterben können leicht sogar über ihre eigenen Vorempfänge unter sich gar nicht einig sein. Hierbei können sehr spinöse Fragen darüber mit einfließen, ob sich denn ein Vorempfang auch zur Kollation eigne, wie namentlich in dem unten beigelegten Falle vorkam, wo eine Tochter ein Darlehen vom Vater empfangen, dieser aber dasselbe in ihrem Konkurse bereits verloren hatte, und in seinem Testamente ihr solches dennoch wieder als Konferendposten aufrechnen wollte. Wie kann diese Frage mit allen Wechselfällen ihrer Lösung in die Auflage, die Deckung des Pflichttheils durch das Testament zu beweisen, zur gelegentlichen Erledigung mit untergebracht werden?

Jenem ganz allgemeinen Beweisthema wird daher in allen Fällen die ganz verschlungene und vielsköpfige Bedeutung inne wohnen, der begünstigte Haupterbe habe darzutun, daß der wahre und erweisliche Aktivnachlaß nach Abzug der erweisbaren Schulden, jedoch mit Einrechnung der sämtlichen zur Kollation sich eignenden und erst zu erprobenden Vorempfänge der Miterben sich immerhin als zur

Vertheilung kommende Erbschaft nur so hoch belaufe, daß der klagende Notherbe unter Zusammenrechnung dessen, was ihm als kollationspflichtiger Vorempfang erwiesen werden konnte und was ihm der Erblasser in seinem letzten Willen noch zuwendete, in Ansehung seines geschildert zu berechnenden Pflichttheiles vollständig zufrieden gestellt erscheine. Welch' schwerfälliger Stoff für das Unternehmen einer Beweisführung, welch' übermäßige Ladung für die geregelte Bahn eines Beweisverfahrens im ordentlichen Prozesse! (Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Gerichtszuständigkeit in Prozessen über Ausübung des Weiberechts, welche bei Verkündung des Gesetzes vom 28. Mai 1852 bereits anhängig waren.

Bgl. Bb. XX S. 330.

Abweichend von dem am ebenbezeichneten Orte mitgetheilten Urtheile vom 27. Dez. 1854 erkannte der oberste Gerichtshof in einer anderen (gleichfalls unterfränkischen) Sache. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Daß die Entscheidung der Streitfrage, welche sich in Folge der Bestimmung des Art. 5 des Ges. vom 4. Juni 1848 darüber ergab: ob die mit Klee besäten Aecker zu den in Fruktifikation befindlichen Feldern zu rechnen seien, von welchen die Weide nicht bloß während des Sommers, sondern auch während des Herbstes, Winters und Frühjahr aus- geschlossen sei, in die Zuständigkeit der Gerichte ge-

hörte, ist in mehreren oberstrichterlichen Erkenntnissen anerkannt und ausgesprochen worden.

Dieses Kompetenzverhältniß ist aber durch das Gesetz v. 28. Mai 1852 geändert worden. Nach Art. 47 und 48 d. G. ist die Entscheidung dieser Frage den Verwaltungsbehörden zugewiesen worden; denn diese Frage läßt sich jenen Fällen nicht beizurechnen, zu deren Entscheidung die Zuständigkeit den Gerichten in den Art. 27, 32 und 48 ausdrücklich vorbehalten worden ist.

Die hierüber zwischen den Streittheilen gepflogenen Verhandlungen wurden aber schon durch die am 2. Sept. 1851 erhobene Klage eingeleitet, und am 7. Febr. 1852 erfolgte das Erkenntniß erster Instanz. Die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte auf den Grund des Ges. v. 28. Mai 1852 konnte bei diesen Verhandlungen nicht vorgebracht werden, weil damals dieses Gesetz noch nicht erlassen war. Es ist im Art. 65 d. G. aber auch bezüglich des Vollzugs desselben bestimmt, daß dasselbe 2 Monate nach der Verkündung, und zwar, so weit es von Ablösung von Weiberechten handelt, für alle, bis dahin noch nicht in erster Instanz entschiedenen Fälle in Wirksamkeit treten soll. Dem Gesetze ist also eine rückwirkende Kraft nur in so weit eingeräumt worden, als die Ablösung von Weiberechten, d. i. die Ermittlung der Entschädigungssumme für das abzulösende Eutrecht nach einem bestimmten Maassstab in Frage gestellt, und über die dessfalls gepflogenen Verhandlungen I. Instanz noch keine Entscheidung erlassen war. Keine dieser Voraussetzungen ist hier vorhanden. Durch die spezielle Erwähnung dieses Ausnahmefalles in den Bestimmungen über den Eintritt der Wirksamkeit des Gesetzes hat der als Regel geltende Grundsatz seine volle Anerkennung und Bestätigung erhalten, daß die Wirksamkeit eines Gesetzes nur für

Künftige nicht für vergangene Fälle eintritt, und die Folgen und Wirkungen, welche sich erst nach Erlassung des neuen Gesetzes entwickelten, doch immer nach dem alten Gesetze zu bestimmen sind. Die Zuständigkeit der Gerichte muß daher, so wie die Handlungen der Beklagten, aus welchen die Kläger eine Verletzung ihrer Rechte ableiteten, nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werden, welche zu der Zeit der begangenen Rechtsverletzung und der gerichtlichen Rechtsverfolgung in Gültigkeit bestanden. Diesem nach können Streitigkeiten, welche nicht die Ablösung des Weiberechts, sondern die Ausübung des Weiberechts selbst auf Ackerfeldern betreffen, und die in erster Instanz von einem Gerichte bereits entschieden worden sind, nicht mehr vor die Verwaltungsbehörden zur Kognition und Erledigung gezogen werden, sondern sie sind in dem Instanzenzuge, in welchem sie sich bereits befinden, von den Gerichten fortzubehandeln und zu entscheiden.

Das oberstrichterliche Erk. vom 27. Dez. 1854 (Nr. 1011^{53/54}) wurde in einer anderen Prozeßlage¹⁾ erlassen; denn als die Hauptsache am 20. Juli 1853 zur Verhandlung kam, war das Gesetz vom 28. Mai 1852 bereits in Wirksamkeit getreten, es wurde die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte auf den Grund dieses Gesetzes ausdrücklich eingewendet²⁾,

¹⁾ Über aus Motiven, von deren Standpunkte aus die Verschiedenheit der Prozeßlage als unerheblich erscheint, und auch die jetzt vorliegende Rechtsache, ungeachtet der Verschiedenheiten der Prozeßlage, zur Verweisung an die Verwaltungsbehörde sich geeignet hätte. S.

²⁾ In den Motiven des N.O.G. v. 27. Dez. 1854 heißt es hierüber: „die vorwürfige Frage muß im Interesse der öffentlichen Ordnung ex officio unabhängig von dem Parteiwillen regulirt werden, und deshalb kann und soll der Oberrichter selbst ohne desfallige Ein-

und es wurde die angeregte Streitfrage in den beiden Vorinstanzen als eine solche erkannt, deren Entscheidung den Gerichten auch nach dem Gesetze vom J. 1852 nicht entzogen sei.

DAOE. v. 14. Sept. 1855. Nr. 890⁵¹/₅₅.

2.

Zur Lehre von der Leistung des einer Gemeinde auferlegten Eides.

Mgl. Bb. III S. 49, 256; Bb. IV S. 8; Bb. XI S. 155.

Einer Stadtgemeinde war der Erfüllungsseid darüber auferlegt, daß eine Mauer, welche einem Gemeinbewege zur Stütze dient, Eigenthum ihres Gegners sei, indem von diesem Eigenthumsverhältnisse die Verpflichtung desselben zur Wiederherstellung der Mauer, der Gemeinde gegenüber abhing. Zur Leistung dieses Eides brachte der Magistrat einen Maurermeister und einen Zimmermann, Mitglieder der Stadtgemeinde, in Vorschlag, — als Baukundige, welche Kenntniß von Plänen, von der Manipulation des Vermessens u. s. w. besitzen und daher zur Beurtheilung der hier in Frage stehenden technischen Thatsache geeignet seien, indem insbesondere die Prüfung der Fundamente der alten Mauer und die Aufbaunng der neuen technische Kenntnisse und den Besitz der Mittel zur Prüfung der Mauerverhältnisse voraussetze, welche den Mitgliedern des Magistrats fehlen. Der Beklagte verlangte dagegen, daß der Eid durch den Bürgermeister und den rechts-

rede, und Beschwerde zur höheren Instanz — (eine solche war gegen die erstgerichtliche Verwerfung der Eintrede nicht geführt worden) — die Verweisung einer an ihn gelangenden Sache, worüber den Justizbehörden die Kognition mangelt, an die Administrativbehörde anordnen.“

kundigen Magistratsrath, der den Prozeß für die Gemeinde durchgeföhrt hatte, oder durch einen derselben im Vereine mit den vorgeschlagenen Schwurmännern geleistet werde. Dieses Begehren wurde insbesondere auf die Bestimmung des fr. 97 de condit. et demonstr. (35, 1) gegründet, worin der Grundsatz aufgestellt sei, daß der einer Gemeinde auferlegte Eid durch die Gemeindevorsteher geleistet werden müsse.

Diese Ansicht fand auch Eingang bei dem Richter erster Instanz, welcher die Leistung des Eides durch den rechtskundigen Magistratsrath anordnete. Auf die Berufung des Magistrats erkannte das Appellationsgericht: der Magistrat habe denjenigen oder diejenigen, welche den Eid ableisten sollen, aus seiner Mitte zu benennen. Der Magistrat legte hiergegen Revisionsbeschwerde ein, durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 6. Sept. 1855 (Nr. 622^{54/55}) wurde jedoch die appellationsgerichtliche Entscheidung aus folgenden Gründen bestätigt:

Wenn das vom Beklagten und vom ersten Richter angerufene fragm. 97 Dig. de condition. et demonstr. (35, 1) als Auskunftsmittel für den Fall der mit einem Legat an die Gemeinde verbundenen Eidesauflage, die Ausschwörung des Eides durch die Gemeindevorsteher bezeichnet:

quemadmodum ergo pareri potest? per eos itaque (municipes) jurabunt, per quos municipii res geruntur, —

so kann diese nur für eine spezielle Klasse von promissorischen Eiden gegebene Vorschrift nicht als Regel für andere Klassen von Eiden aufgefaßt werden, welche selbst alsdann Anwendung finden sollte, wenn diejenigen, welchen die Verwaltung und Vertretung der Gemeinde im Allgemeinen anvertraut ist, von der zu beschwörenden Thatsache keine persönliche Kenntniß haben, wohl aber andere Mitglieder der

Gemeinde. Es würde dieses mit den Grundsätzen im Widerspruche stehen, welche das römische Recht im Betreff der verwandten Frage der Eidesleistung durch Vormünder aufstellt.

Sed nec tutorem cogendum (jurare) D. D. fratres rescripserunt. grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores, sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire. fr. 4 pr. D. de in litem jur.

Daraus, daß dem Gemeindevorstande die Verwaltung und Vertretung der Gemeinde anvertraut ist, kann der ausschließliche Beruf der Mitglieder desselben zur Ausschwörung eines der Gemeinde auferlegten Eides nicht abgeleitet werden; denn diese Eidesleistung läßt sich den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen nicht gleichstellen. Schon bei dem der Parteienwillkür anheim gestellten Haupteide tritt neben dem Gesichtspunkte des Vergleichs immerhin auch die Natur des Eides als Beweismittel hervor, wodurch die Wahrheit eines tatsächlichen Verhältnisses juristisch erbracht werden soll.

Vgl. Linde in der Zeitschrift für Civilt. und Proz. Bd. 15 S. 160 und f.

Der richterlich auferlegte Eid beruht vollends ausschließlich auf diesem zweiten Gesichtspunkte. Bei der Frage, wer für die Gemeinde zu schwören habe, kann daher nur das persönliche Wissen der Schwurmänner entscheiden.

Die gemeinrechtliche Praxis hat sich deshalb längst dahin festgestellt, daß ein solcher Eid auch durch andere Gemeindeglieder geleistet werden könne, und es wird hauptsächlich nur darüber gestritten, welcher Partei die Wahl der Schwurmänner zusteht, und wie viele Mitglieder schwören sollen.

S. Leyser, medit., spec. 143 medit.

III—V. —

Gild, Comment. Bb. 12 S. 221. —

Vinde, im Archiv für Civ.Pr. Bb. 10 S. 9

S. 54 Bb. 13 S. 181 und in der Zeitschr.

Bb. 15 S. 160 und Bb. 18 S. 280. —

Hecht, in der Zeitschrift Bb. 15 S. 153

Bb. 18 S. 262. —

Deurer, im Archiv Bb. 25 S. 208. —

Arnold, über Eidesleistung durch Stellvertreter §. 25.

Die Zulassung der zur Gemeindeverwaltung nicht gehörigen Mitglieder der Gemeinde zur Eidesleistung kann noch weniger im bayerischen Prozesse beanstandet werden, indem die Gerichtsordnung durch ihr Stillschweigen über diese Frage, die Entscheidung lediglich dem durch die Lage der Sache zu leitenden Ermessen des Richters anheimstellt.

Vgl. Seuffert, Comment. zur C.D. Bb. 3 S. 285.

Dem Antrage des Magistrats, daß der auferlegte Erfüllungs Eid durch die von ihm vorgeschlagenen Gemeindeglieder geleistet werden soll, würde daher zu entsprechen sein, wenn nachgewiesen wäre, daß diese über die zu beschwörende Thatsache: „daß die fragliche Mauer zur Zeit ihrer Wiederherstellung auf dem Weinberge des Beklagten stand,“ persönliche Kenntniß besitzen, welche den Mitgliedern des Magistrats fehlt. Jener Antrag wird aber nicht auf ein besonderes historisches Wissen der vorgeschlagenen Schwurmänner gegründet, sondern auf ihre Eigenschaft als Baukundige, welche Kenntniß von Plänen, von der Manipulation des Vermessens u. s. w. besitzen, und daher zur Beurtheilung der hier in Frage stehenden technischen Thatsache geeignet seien, indem insbesondere die Prüfung der Fundamente der alten Mauer und die Aufbaung der neuen technische Kenntnisse und den Besiz der Mittel zur Prüfung der Mauerverhältnisse vorausseze, welche den Mit-

gliedern des Magistrats fehlen. Ob überhaupt ein bloßes Urtheil über die zu beschwörende Thatsache zu einem assertorischen Eide befähige, welcher nach der Bestimmung der G.D. Kap. 13 §. 1 eigenes gutes Wissen voraussetzt, ist hier nicht Gegenstand der Entscheidung; geht man aber hierin auch von dem Standpunkte der revidirenden Partei aus, so ist es jedenfalls einleuchtend, daß es sich hier nicht von einer dem Laien schwer oder gar nicht zugänglichen wissenschaftlichen Erörterung handelt, daß vielmehr der rechtskundige Magistratsrath Noßbach, welcher wegen seiner Theilnahme an der Verhandlung des Rechtsstreits vom ersten Richter zur Leistung des Eides bezeichnet worden war, oder andere Mitglieder des Magistrats, zu dessen amtlichem Wirkungskreise die Gemeinbewege gehören, wohl im Stande sind, sich durch Zuziehung und Belehrung von Fachmännern ein Urtheil über die betreffenden Verhältnisse zu bilden, auf dessen Grund sie so gut, wie die vorgeschlagenen Gewerbsleute den Eid mit gutem Gewissen schwören können.

M.

3.

Der Vertheidiger des Angeklagten auf die Zeugenliste gesetzt.

Der Advokat S., welcher in der Anklagesache wider M. von der Staatsanwaltschaft als Zeuge vorgeschlagen war, protestirte gegen die Ablegung eines Zeugnißes, weil er dem Angeklagten schon in der Voruntersuchung beiräthig gewesen und von demselben zum Vertheidiger bestellt sei. Diese Protestation wurde als unstatthaft verworfen. Gründe:

Die allgemeine staatsbürgerliche Pflicht, vor Gericht Zeugniß abzulegen, leidet zwar dann eine Ausnahme, wenn es sich um Thatsachen, welche ein Rechtsanwalt in Folge und Anlaß des ihm übertragenen Patronats in Erfahrung gebracht hat, handelt.

Ein Rechtsanwalt wird aber der Pflicht, über seine außerhalb dieses Verhältnisses liegenden Wahrnehmungen Zeugniß abzulegen, durch Annahme eines Patronats oder einer Vertheidigung nicht enthoben. Vielmehr könnte es die Zwecke der Rechtspflege geradezu vereiteln, wenn es einem Angeklagten freistünde, durch die Wahl eines für den Ansulldigungsbeveis unentbehrlichen Zeugen zum Vertheidiger dessen Vernehmung zu verhindern. Mithin ist Adv. S. als unzulässiger Zeuge nicht zu betrachten, indem er nach der Intention der Staatsanwaltschaft über Thatfachen, welche sich vor Einleitung der gegenwärtigen Untersuchung ereignet haben, und über Wahrnehmungen, welche er außerhalb seines Verhältnisses als erwählter Vertheidiger des Angeklagten M. gemacht hat, als Zeuge vernommen werden soll. Es wird sich vielmehr erst in der Hauptverhandlung ergeben, ob und wie weit eine Befugniß desselben, unter Berufung auf das zwischen ihm und dem Angeklagten behauptetermaßen seit Einleitung der gegenwärtigen Untersuchung bestandene Klientelverhältniß die Antwort auf ihm vorgelegte Fragen zu verweigern, anzuerkennen ist. Unter diesen Umständen kann er aber als Vertheidiger nicht fungiren; es wird daher verfügt, daß der eventuell bestellte Vertheidiger M. einzutreten habe.

Erk. des Schwurgerichtshofes zu Braunschweig vom 20. Juni 1855. Zeitschrift für Rechtspflege im S. Braunschweig. Jahrgang II. S. 109.

Gnome.

Stellfragen sind begabt mit göttlicher Natur;
Von Sterblichkeit erscheint bei ihnen keine Spur.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Ueber den geeigneten Weg zur Ermittlung des Pflichttheiles bei Erb-
streitigkeiten. Schluß. — Coenuelle Verurtheilung, einer Demonstration be-
gegnet. — Erbschaftlicher Verzicht. Einmündung der Kinder von
Erbschaftstheilen. — Verfügung der Querscheidung im Exekutionsver-
fahren. Erfordert dieselbe Kollegialberatung? — Klage auf Heraus-
gabe des Herrungschafteanteils nach erfolgter Abtrennung. Schwein-
furter Stadtrecht. — *Clausula rebus sic stantibus.* —

Ueber den geeigneten Weg zur Ermittlung des Pflichttheiles bei Erbstreitigkeiten.

(Schluß.)

6) Als das einfachste Mittel, um all' diese
Mißstände und Verwickelungen des Verfahrens zu
vermeiden, kommt uns dafür außer der Anleitung
des römischen Rechtes, welches dem Richter erlaubt,
einen *arbitrarius familiaris* aufzustellen,
nur eine solche Zergliederung der hiebei einverwebten
Fragen entgegen, vermöge welcher diejenigen, welche
das Recht auf den Pflichttheil und dessen Verlauf
als aliquoten Theil der Erbschaft betreffen, von den
übrigen getrennt und als präjudiziell zum Voraus
entschieden, die Frage des Quantum aber, wie hoch
sich nach all' jenen erst zu erhebenden Anhaltspun-
ten der Pflichttheil und seine etwa nöthige Ergän-
zung wirklich belaufe, zu einer abgesonderten sum-
marischen Liquidation verwiesen wird. Denn
eine gerichtliche Erbtheilung läßt sich nie so leicht in
den engen Rahmen des ordentlichen Prozesses mit

seiner souveränen Verhandlungsmaxime einzwängen. Ein solches Liquidationsverfahren ist auch durchaus nicht aus dem Stegreif gegriffen oder dem bayerischen Prozesse fremd; es ist nur zu wenig in Übung und wird seine oft so wohlthätige Vermittelung von der Praxis in den meisten Fällen vernachlässigt. Die Anmerk. zur G.D. Kap. XVIII §. 1 lit. f sagen in vollkommener Uebereinstimmung mit dem gemeinen Prozesse: „Bei Generalaktionen, wie auch wo es um Schaden oder fructus perceptos und dergleichen zu thun ist, wird das Quantum in der Definitivsentenz nicht ausgeworfen, sondern auf Liquidation ausgestellt.“ Jede Klage auf Abgewährung des Pflichttheiles ist aber immer eine Generalaktion, da sie einen seiner Größe nach unbekannten Theil einer Erbschaft als einer universitas juris zum Gegenstande hat. Der oberste Gerichtshof in München hat in einem Erkenntnisse vom 10. Oktober 1853 ausdrücklich das Verfahren eines Untergerichtes gebilligt, welches, um zu einer festen Grundlage über den Erbschaftsbesitz unter einer übermäßigen Zahl von Prätendenten zu gelangen, ein dem Konkurse nachgebildetes Liquidationsverfahren eingeleitet hatte, indem hieburch dem Wesen eines *judicium duplex*, wobei jeder Theil Kläger und Beklagter zugleich ist, am nächsten getreten wird. (Vgl. Bl. f. R.A. Bd. XIX S. 102 f.) Warum sollte eine solche Analogie mit dem Konkursprozeß nicht auch da eintreten können, wo mehrere Erben, wie dort mehrere Gläubiger, unter sich in einem gleich kollektiven Widerstreite begriffen sind, wie viel jedem einzelnen von ihnen nach den hiefür in Mitte liegenden Direktiven gebühre? Die Vorzüge einer solchen Liquidation vor einer gewöhnlichen Beweisauflage geben sich vor allem darin kund, daß hieburch jeder einzelne Interessent in Punkten, worüber sie ihm gebührt, die Lage des Beweisführers auf sich nehmen muß, daß jeder in

diesem rechtmäßigen Angriffe bezüglich anderer Punkte sich zugleich alle Freiheit einer vollständigen Bertheiligung eröffnet findet, daß die Weise zugleich mit der Aufstellung und Entfaltung der Ansprüche verbunden und dadurch die weitaussehenden Verhandlungen über Beweislast und Beweissthema, die Zwischenfälle der Editionen- und Restitutionsgesuche, gleichwie der ganze verwickelte und mühselige Gang des ordentlichen Beweisverfahrens vermieden werden, daß endlich dem Gerichte nebenbei mit zustehen muß, daß Amt eines *arbitrator familiae erciscundae*, den das römische Recht im Sinne hatte, in sich zu vereinigen und gleichwie die Verlassenschaftsbehörde inventirt und Gläubiger zur Anmeldung und zum Nachweise ihrer Forderungen vorladet, ebenso von Amtswegen ergänzende Forschungen anzustellen, welche seiner Aufgabe, den wahren Bestand der zu vertheilenden Erbschaft genau zu umgränzen, einen besseren Vorschub zu leisten im Stande sind. Kommen dabei weit aussehende, noch in der Schwebelage befindliche oder zu verwickelte Posten vor, welche ihre Erledigung in diesem summarischen Verfahren nicht so leicht finden mögen, so können die geeigneten Verwahrungen die endgültige Ausgleichung hierüber noch immer einer späteren gerichtlichen Kognition vorbehalten, wie hiezu fr. 12 und 20 §. 4 *fam. hercisc.* (10, 2) und übereinstimmend damit das bayer. N. R. III Kap. 1 §. 14 Nr. 11 bereits die Anleitung gegeben haben und auch die O. R. Kap. XIX §. 14 für den Konkurs auf das nämliche Auskunftsmittel hinweist ¹⁾).

¹⁾ Zwei Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte in Celle v. 1847 und in Cassel v. 1853 geben dem Pflichttheilberechtigten, der sich für verletzt hält, eine eigene präjudizielle Klage auf Inventarisirung des Nachlasses, ausbühlsweise auf eine eidlische Spezifika-

Nach vorstehenden Betrachtungen hat wirklich der oberste Gerichtshof in München erst in neuester Zeit einen unter der Herrschaft des bayerischen Landesrechtes stehenden Rechtsfall zur Erledigung gebracht. Der Verlauf der Sache war folgender:

Ein Vater von fünf Kindern, von denen drei bereits versorgt und ausgestattet waren, hatte in seinem gerichtlichen Testamente seine jüngste noch bei ihm zu Hause befindliche Tochter in der Art zur Haupterin eingesetzt, daß sie seinen ganzen Immobilienbesitz um einen bestimmten sehr billigen Anschlag übernehmen, ihren Geschwistern gewisse Beträge hinauszahlen, und den Ueberschuß jenes Anschlagspreises zu 1200 fl. mit zwei Schwestern theilen, also jeder 400 fl. davon hinausgeben sollte, indem hiedurch jedes seiner Kinder in Ansehung seines Pflichttheiles hinlänglich gedeckt sein würde. Die vier Geschwister erhoben sogleich eine Nullitätsklage gegen das Testa-

tion desselben, um nach den Ergebnissen seinen Pflichttheil erst berechnen und sodann mit der Ergänzungs-klage hervortreten zu können. Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 35, Bd. VII Nr. 212. Eine besonders angemessene Vorkehrung hat hierüber das franz. Recht getroffen. Das Civilgesetzbuch stellt im Art. 922 die Regeln auf, wie in Berechnung des Pflichttheiles zu verfahren und wie derselbe zu ergänzen sei, verordnet auch schon vorher im Art. 823, wenn Streitigkeiten unter den Erben entstehen, könne sie, und in Art. 838, wenn Minderjährige oder Abwesende dabei betheiligt sind, müsse sie gerichtlich geschehen, wo dann das Gericht nach Gutbefinden einen Richter aus seiner Mitte bestellen könne (*orbiter sam. erisc. judicio dandus*), um über die streitigen Punkte Vortrag als Grundlage seiner Entscheidung zu erstatten. Die Art. 969 und 976 c. d. proced. bezeichnen sodann näher das entsprechende Verfahren, welches der Sache nach auf eine summarische Erbschaftsliquidation hinausläuft. Vgl. preuß. GD. I, 51 §. 69 f.

ment aus mehreren Gründen, mit der sie aber nach verhandelter Sache ohne Zulassung zu einem Beweise in der letzten Instanz zurückgewiesen wurden. Aus-
hülfsweise hatten sie damit unter Bezug auf das R.R. III, 3 §. 15 Nr. 13 eine Klage auf Ergän-
zung des Pflichttheiles, der hier die Hälfte, für
jedes also ein Zehnthel der reinen Erbschaft betrug,
verbunden. Diese Klage wurde mit verhandelt und
dabei von beiden Seiten Vieles über die Größe des
Aktiv- und Passivstandes, besonders über die ange-
lichen Vorempfänge, welche die Kläger nicht aner-
kennen wollten, vorgebracht. Die erste Instanz wies
hierauf die Klage aus formellen Gründen, wegen
präjudizieller Eigenschaft des Nullitätspunktes zurück;
das k. Appellationsgericht legte dagegen der Beflag-
ten, ihrer Behauptung entsprechend, den Beweis auf,
daß der Erblasser durch sein Testament und schon
vorher jedem seiner vier übrigen Kinder ein Zehn-
theil seines Vermögens (als gleichkommend dem Be-
trage des Pflichttheiles) als Erbbestandtheil zuge-
wenbet habe. In den Gründen hiezu war bemerkt,
alles Einzelne, was auf die Komputation des
Pflichttheiles von Einfluß sei, gehöre in das Be-
weisverfahren.

Der oberste Gerichtshof dagegen, durch die Revi-
sionsbeschwerde der Beflagten mit der Sache befaßt,
sah vor Allem, daß für zwei Schwestern, ihre eige-
nen Behauptungen über den Bestand der Erbschaft
und alle hierauf einfließenden Punkte zu Grund ge-
legt, deren Pflichttheil gar nicht verlegt sei, und
nur bezüglich der dritten Schwester und des einzigen
Bruders die Theile in mehreren Stücken darüber
unter sich uneins seien, ob ihnen die Nothgebührruß
durch das väterliche Testament wirklich gedeckt oder
vielmehr geschmälert sei. Derselbe erkannte demzu-
folge zu Recht: „2) Die Klage auf Ergän-
zung des Pflichttheiles sei auf Seite der Mitklä-
ger

innen A. und B. zurückzuweisen; 3) dagegen sei die Beklagte N. zwar verbunden, ihrer Schwester E. das bereits vom verlebten Vater erhaltene, und ebenso ihrem Bruder D. die ihm zugewendeten 1000 fl. jedenfalls bis zum Belaufe von ein Zehnthel der ganzen väterlichen Erbschaft mit Einrechnung der allseitigen erweislichen Vorempfänge zu ergänzen; 4) die Ermittlung, ob eine solche Ergänzung noch erforderlich sei und bis zu welchem Betrage, sei jedoch zur besonderen summarischen Liquidation im Wege der förmlichen Erbtheilung zu verweisen.“

In den Entscheidungsgründen wurde hierüber folgendes bemerkt:

„Die Gegenbeweisaufgabe des 1. Appellationsgerichtes ist beschwerend für die Beklagte: einestheils weil sie die Abgewährung des Pflichttheiles auch für ihre Schwestern A. und B. beweisen soll, die sich doch, ihre eigenen Angaben und Zugeständnisse zu Grund gelegt, über eine Verletzung des Pflichttheiles gar nicht beschweren können; andernteils auch darum, weil jener Beweis, wenn mißglückt, zu nichts führt als dahin, daß die Beklagte, was sie gar nichtkennt, verbunden sei, ihren Geschwistern E. und D. den Pflichttheil zu ergänzen, man aber dann immer noch nicht wüßte, wie viel sie denselben noch darauf zu bezahlen hätte. Bei Streitigkeiten über den Pflichttheil kann die Frage, ob derselbe überhaupt gedeckt sei, von der Größe desselben und der vollständigen Erbtheilung nicht abgesondert werden; das Beweissthema des 1. Appellationsgerichtes dagegen ist zu überladen und selbst verwirrend, weil es zahlreiche Elemente von verschiedener Beschaffenheit umfaßt, aus deren allmählicher Ermittlung auf andere Weise sich erst ein Aufbau der reinen Erbschaft und eine Berechnung des Pflichttheiles als möglich ergibt, insbesondere die ganze Aufstellung des Aktbestandes, wofür die Inventur —, des Passivbestandes, wofür die Gläubigervorladung und Liquidation —, der Vorempfänge einzelner Erben, wofür die Aufzeichnungen des Erblassers und andere Befehle die normalen und schnell-förderlichen Mittel der Ergründung

darbieten. Vielmehr erscheint für die Entwirrung einer verwickelten Erbtheilung, wobei zahlreiche und illiquide Passiven, zweifelhafte Aktiven, bestrittene Konferendposten in Frage kommen, die Beweisaufgabe nicht als der geeignete Weg, um zu ermitteln, wie viel jedem Interessenten gebühre, sondern es ist der Weg einer summarischen Liquidation im Sinne der Anm. z. O. D. Kap. XVIII §. 1 lit. f für Generalaktionen, als der weit einfachere, der gewöhnlichen Auseinandersetzung einer Verlassenschaft vorzuziehen, wobei jeder Theil die Belege sogleich mit seiner Aufstellung zu verbinden hat, und erst nach dem Ergebnisse aller Ab- und Aufrechnungen sich ein Schluß ziehen läßt, wie groß die ganze zu vertheilende Masse sei, wie viel auf den Einzelnen hievon treffe und wie hoch sich der ihm auszuweisende Pflichttheil berechne. Aus Anlaß der dritten Revisionsbeschwerde der Beklagten — war daher . . . die beschwerende Beweisaufgabe für die Beklagte vielmehr blos in die Auflage einer weit besser und sicherer zum Ziele führenden summarischen Liquidation der noch streitigen Passiven und Konferendposten mit ihren Geschwistern C. und D. umzuwandeln.“

DAZ. v. 22. Okt. 1855 in Sachen: Schuster g. Schuster. — Nr. 939⁵³/₅₄.

****.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eventuelle Berufung, einer Remonstration beigelegt.

Bgl. Bd. XVI S. 30.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Das Dekret des Untergerichts vom 19. Dez. 1854, wodurch der Ehefrau B. eine Frist von 24 Stunden zur Fortbringung der ihr gehörigen Gegenstände aus dem Hause vorgelegt wurde, — war

ohne vorgängige Vernehmung derselben auf den Antrag ihres Ehemannes erlassen worden. Wegen Zurücknahme dieses Dekretes hat sich die Imploratin rechtzeitig am 23. Dez. 1854 mit Remonstration an den ersten Richter gewendet, welcher unter den 5. Januar 1855 jenem Dekrete inhärrt hat. Dem Wortlaute des §. 55 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 hätte es nun allerdings entsprochen, daß jetzt erst Berufung an den höheren Richter eingelegt worden wäre, indem gegen Beschlüsse, welche auf den Antrag eines Betheiligten ergangen sind, Berufung von Seiten des anderen Theils nicht stattfindet, und das Rechtsmittel erst, wenn die dagegen eingebrachte Remonstration fruchtlos geblieben ist, eingewendet werden soll. Es hieße jedoch einem dem Geiste der bayerischen Prozeßgesetzgebung nicht entsprechenden Formalismus huldigen, wenn man eine Berufung, welche, — in der Voraussicht des Beharrens des Unterrichters bei seiner Entscheidung, — sogleich eventuell mit der Remonstration verbunden wird, als nicht geschehen betrachten, und wegen unterlassener Wiederholung des Rechtsmittels nach der Erlassung der unterrichterlichen Inhärrt die Berufung als besetzt erkennen wollte. Das Wesentliche der angeführten gesetzlichen Bestimmung liegt nicht in der Form, sondern in der Festsetzung der Zuständigkeit der beiden Instanzen und der Unzulässigkeit der Umgehung des Unterrichters, so lange bei diesem die Zurücknahme der gravirlichen Entscheidung erwirkt werden kann. Wenn auch im Allgemeinen eine eventuelle Berufung vor der Erlassung der unterrichterlichen Entscheidung nicht Platz greifen kann, weil es derselben an einem bestimmten Gegenstande fehlt, so ist ein solcher hier durch die bereits erfolgte, wiewohl der Zurücknahme unterworfenen Verfügung gegeben; sie erlangt volle Wirksamkeit, wenn der vorausgesehene Erfolg der unterrichterlichen Inhärrt einge-

treten ist. Ebenso ist auch die Bezugnahme der Berufung auf die in der Remonstration enthaltene Ausführung allerdings nicht streng formgerichtet; im Wesentlichen muß es aber für gleichgeltend betrachtet werden, ob die Begründung des Rechtsmittels dem Obergerichte in der Berufungsschrift oder in einem zu gleicher Zeit in Vorlage kommenden Aktenstücke vorgetragen ist.

DAGE. v. 18. Mai 1855. Nr. 941⁵⁴/55.

2.

Erbchaftlicher Befißstreit. Einmischung der Käufer von Erbchaftstheilen.

In der aus Bd. XIX S. 102 f. und Bd. XX S. 381 ersichtlichen Rechtsache hatten mehrere (im Possessorium obsiegende) Prätendenten die von ihnen in Anspruch genommenen Erbchaftsantheile an W. und Genossen verkauft. Diese Käufer waren auf die ergangene Ediktalladung mit den ihnen abgetretenen Ansprüchen aufgetreten, jedoch zunächst ohne Erfolg, indem in erster und zweiter Instanz erkannt wurde: den Zessionarien bleibe überlassen, ihre Ansprüche gegen die Zedenten im Civilrechtswege geltend zu machen. Auch der oberste Gerichtshof ließ es bezüglich der Geltendmachung der Rechte aus der fraglichen Zession bei der Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg, fügte aber die Verordn. bei: Die auf die 4 Zedenten fallenden Antheile seien vorläufig in gerichtlicher Verwahrung und Verwaltung zu Gunsten der Zessionare zurückzubehalten. Gründe:

Beide Vorinstanzen stützen ihren zurückweisenden Ausspruch auf den Satz, dem Zessionar oder Käufer stehe nicht zu, sich in den vorliegenden Streit über den Befiß der Erbschaft einzumischen, die Zessionare müßten also hier nur ihre Zedenten wahren

lassen, wonach es dem W. an aller Legitimation zur Annahme von Erbrechten und zur Beschwerdeführung fehle. Diese Ansicht ist indessen nicht haltbar.

1) Dem Käufer einer Erbschaft wie jedem Jessionar stehen in der Regel alle possessorischen und petitorischen Rechtsmittel zu, deren sich sein Rechtsvorfahrer, Verkäufer oder Zedent, selbst hätte bedienen können; er kann sogar auf Erbtheilung klagen und sich an dem Betriebe der letzteren selbst betheiligen.

C. 5, 9 de hered. vel act. vend. (4, 39).

2) Daß ein nur bedingt einz oder nachgefolgter Erbe die *honorum possessio*, um die es sich hier handelt¹⁾, agnosziren könne, ist außer Zweifel.

Fr. 2 §§. 3, 4, fr. 5, 6, 10 de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

Der Eintritt der Bedingung ist aber in solchen Fällen auf den Anfang ihres Schwebens zurückzubeziehen.

Fr. 54 de acquir. hered. (29, 2); fr. 75 de condit. et demonstr. (35, 1).

3) Die Erbschaft selbst war im vorliegenden Falle seit dem Tode der Erblasserin eine gewisse Sache und nur der Eintritt der Bedingung für die substituirtten Erben noch unsicher; es konnten daher auch im J. 1833 (vor der Entscheidung über den Eintritt der Bedingung) Verabredungen über die künftige Erbtheilung gepflogen werden.

Fr. 12 §. 2 fam. ercisc. (10, 2).

Ein aleatorischer und zu nichts verpflichtender Vertrag würde nur dann vorliegen, wenn das Daß sein einer Erbschaft sich überhaupt gar nicht bewährt hätte.

¹⁾ Es handelte sich nämlich von Ansprüchen aus einer testamentarischen Substitution.

Fr. 7 de hered. vel act. vend. (18, 4).

4) Wenn gleich das römische Recht den Verkauf eines noch von Bedingungen abhängenden Erbrechts wegen der daraus erwachsenden Unsicherheit mit mißliebigen Augen ansieht und davon abräth, so blieb derselbe dennoch erlaubt, und soll nur für den Fall ohne Wirkung sein, wenn durch die Erfüllung einer Bedingung die verkaufte Erbschaft dem Verkäufer selbst später wieder aus den Händen fiele.

C. 3 § 3 commun. de legat. (6, 43)

„. . . . melius quidem faciet, si et in his casibus caveat ab omni venditione; §. 4 ibid.: bonae fidei emtoribus integra jura et nullo modo ex hac constitutione diminuta contra venditores habentibus;“

vgl. fr. 19 de hered. et act. vend. (18, 4): „. . . . „posteriore (casu) statim venditionem consistere.“

5) Jedenfalls konnten sich die Zessionare nach OÖ. Kap. VIII §. 4 Nr. 3 als accessorische Interveniënten auch an der Frage über den Besitz der Erbschaft betheiligen; als Nebenbetheiligten steht ihnen nach Kap. XV §. 2 auch das Recht der selbstständigen Berufung für ihre Vormänner zu.

6) Der Streit über die Gültigkeit und die Wirkungen der Zession konnte freilich in diesem summarischen Besitzstreite nicht mit zur Erledigung gebracht werden, zumal die Bedenten nicht geladen und veranlaßt waren, sich darüber zu erklären, auch weitere Verhandlungen in dieser Richtung nicht gepflogen sind; darum konnte auch die Beschwerde der Zessionare darüber, daß nicht die Herausgabe der treffenden Erbtheile verfügt worden,

keinen Erfolg haben. Wohl aber war deren eventuel-
 ler Antrag, auf Sequestration der fraglichen
 Erbtheile gerichtet, im Hinblick auf die vorliegende
 noch durch keine Einwendung beanstandete Original-
 Fessionsurkunde als sachgemäß zu achten. Nach
 C. 4 de hered. vel act. vend. (4, 39) scheint
 in vorliegendem Falle allerdings eine Reskissions-
 klage in Aussicht zu stehen, über deren Erfolg sich
 vor gepflogener Verhandlung kein Urtheil fällen
 läßt. Bis dahin muß also jedem von beiden im
 Konflikte befindlichen Interessenten, deren sich keiner
 im Besitze befindet, Verkäufer wie Käufer, unbe-
 nommen bleiben, das streitige Erbrecht zu verfolgen;
 nam suo quoque jure eorum persecutionem
 habet. Bis eben dieser Umstand beseitigt ist, kann
 nach dem Grundsatz der Litispendenz an dem bis-
 herigen Zustande nichts geändert werden, weil die
 Sequestration und gerichtliche Verwaltung bereits
 besteht, nach OÖ. Kap. VIII §. 7 also nur desto
 mehr eine rechtserhebliche Ursache vorliegt, dieselbe
 fortzusetzen; wobei noch §. 8 Nr. 3 der Nov. von
 1819 in analoge Betrachtung kommt,
 indem jeder von beiden Theilen ein wohlbegründetes
 Interesse hat, die schon bestehende Sicherheit bis
 zum endlichen Ausgange dieser Nachklagen fortbe-
 stehen zu sehen. . . .

DAÖG. v. 14. Juli 1855. Nr. 559^{54/55}.

****.

3.

Verfügung der Gutschätzung im Exekutionsverfahren. Er-
 fordert dieselbe Kollegialberatung?

Die gegen ein Dekret der bezeichneten Kater-
 gorie wegen Mangelß der Kollegialberatung erhob-
 bene Nichtigkeitsbeschwerde wurde für unbegründet
 erachtet. In den Motiven kommt vor:

Daß erstirchterliche Dekret vom 7. Mai 1849,

Ehefrau gegen den geschiedenen Mann auf Herausgabe des ihr zukommenden Errungenschaftsanteils. In erster und zweiter Instanz wurde die Klage, als zu allgemein und mangelhaft substantiirt, in der angebrachten Art abgewiesen. Von Seite des obersten Gerichtshofs erfolgte der Ausspruch: Der Beklagte sei schuldig, über die in der Ehe mit der Klägerin erzielte Errungenschaft Rechnung abzulegen. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Die O. D. stellt in Kap. IV §. 7 Nr. 2—5 als Erforderniß jeder Klage auf, daß die Geschichte mit Anführung aller erforderlichen Umstände vorge tragen, nach Beschaffenheit der Klage der Grund, worauf dieselbe hauptsächlich beruht (*causa petendi et medium concludendi*) angeführt werde, und daß aus dem Petitionum erpressen werden könne, was, wieviel und von welcher Gattung die eingeklagte Sache sei. Als Ausnahme werden in der Anmerkung hiezu lit. d die *actiones generales et universales*, z. B. Erbschafts-, Vormundschafts-, Societäts-, Administrations- und dergleichen Klagen aufgeführt. Diese Beschränkung geht aus der eigenthümlichen Natur der angeführten Klagen und des ihnen zu Grunde liegenden rechtlichen Verhältnisses mit Nothwendigkeit hervor. Sie sind nicht auf bestimmte einzelne Objecte gerichtet, deren nähere Angabe in sehr vielen Fällen dem Kläger sehr unmöglich wäre, namentlich alsdann, wenn der Beklagte ausschließlich die Verwaltung des Vermögens geführt hat, über welche er Rechnung zu legen verpflichtet ist. Der historische Grund einer solchen Klage besteht vielmehr lediglich darin, daß der Beklagte, als Vormund oder Administrator ein fremdes oder als geschäftsführender Genosse ein gemeinschaftliches Vermögen verwaltet habe; das *medium concludendi* bildet die hiedurch begründete Verpflichtung zur Rechnungsstellung und Heraus-

gabe des sich aus der Rechnungsverhandlung für den Kläger ergebenden Guthabens.

In vorliegendem Falle wird die Klage darauf gegründet: daß die zwischen den Parteien bestandene Ehe durch die ehgerichtlichen Erkenntnisse vom 13. März und 22. Nov. 1852 dem Bande nach getrennt worden, wonach das Vermögen derselben gleichfalls getrennt, und die Errungenschaft, welche der Beklagte in Händen habe, zur Hälfte der Klägerin zugefallen sei. Aus den Klagebeilagen geht außerdem die langjährige Dauer dieser Ehe bis zur gerichtlichen Trennung derselben hervor. Daß zwischen den Eheleuten die Errungenschaftsgemeinschaft zu gleichen Hälften bestanden habe ¹⁾, steht durch die Bestimmungen des Schweinfurter Statutarrechts fest. Hiedurch erscheint die Klage genugsam begründet, und es kann der Klägerin nicht zugemuthet werden, über den Bestand der zu theilenden Errungenschaft irgend nähere Angaben zu machen. Sie besitzt hiezü nach der Sachlage offenbar die erforderliche Kenntniß der Resultate der vom Beklagten geführten Vermögensverwaltung nicht, da aus den angeführten Erkenntnissen erhellt, daß die Parteien schon seit 1838 in völliger faktischer Absonderung lebten. Daß es aber für die Verpflichtung des Beklagten, über die von ihm geführte Verwaltung Rechnung zu legen, an einem Objecte nicht fehle, ist dadurch zwischen den Parteien außer Zweifel gestellt, daß der Beklagte aktenußmäßig anerkannt hat, von der Klägerin seien außer 3 Grundstücken 13,271 fl. (größtentheils in Ausständen) in die Ehe gebracht worden. Der Ertrag des eigenen Vermögens aber, so wie das, was die Eheleute durch ihre Handarbeit, Handthierung oder sonst gewinnen, ist beiden Eheleuten gemein, und was davon zur Zeit der

¹⁾ Von einer kinderlosen Ehe handelte es sich.

Theilung noch vorhanden, gehört denselben zu gleichen Hälften²⁾). Die Klage auf Liquidation und Theilung der Errungenschaft erscheint hienach vollkommen begründet, und der gestellte Antrag geht nur in so ferne zu weit, als derselbe jetzt schon auf Herausgabe des der Klägerin zukommenden Antheils gerichtet ist, weil sich erst aus der Liquidationsverhandlung ergeben muß, ob ein zu theilender Ueberschuß vorhanden ist, in welcher Beziehung jedem Theile die seiner Zeit zu stellenden Anträge vorbehalten bleiben mußten.

DAGE. v. 29. Nov. 1854. Nr. 930^{53/54}

5.

Clausula rebus sic stantibus.

Preuß. AR. I, 5 §§. 377, 378 vgl. mit I, 10 §§. 15, 16.

Bei Aufhebung des Vertrags wegen veränderter Umstände ist bezüglich der Frage, ob solche Umstände obwalten, lediglich auf den Zeitpunkt Rücksicht zu nehmen, in welchem der Vertrag zu erfüllen, ob also zu dieser Zeit diejenige Veränderung eingetreten war, welche die Erreichung des beim Abschlusse des Vertrags vorgewalteten Endzwecks unmöglich macht. Veränderte Verhältnisse, welche sich später ereignen, kommen in so weit nicht in Betracht.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 23. Nov. 1853. Entsch. d. DR. Bd. 26 S. 236.

²⁾ Bezugnahme auf Schweinsfurter Stadtrecht Sect. III Tit. 17 §. 13, Sect. V. Tit. 52 §. 11, Sect. VII Tit. 61 §. 2—4 und Tit. 62 §. 2, 3.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Verbindlichkeit ein Zeugniß abzulegen. Ausnahme in Ansehung naher Verwandten. — Zuschlag des ohne Erfolg versteigerten Gutes an den Gläubiger. — Femelekräft des Strafurtheiles für den nachfolgenden Vollprozeß. — Unzulässige Verbindung sich widerstrebender Gläubiger. — Exceptio non numerata pecunie. Wiederholtes Schuldbekenntniß. Hypothekenprotokoll und Hypothekenbrief. — Uebereinkommen zur Anwendung eingeleiteter Exekution. — Tessen Gültigkeit der Wiederaufnahme des Exekutionsverfahrens in Frage gestellt. Ist der Bescheid über diesen Anknüpfungspunkt als im Exekutionsverfahren ergangen zu betrachten? — Zur Erläuterung des §. 64 der Prozeßnovelle von 1837. — Kompensation. Illiquide Gegenforderung. — Prozeßzinsen. Illiquider Forderungsbetrag.

Verbindlichkeit, ein Zeugniß abzulegen. Ausnahme in Ansehung naher Verwandten.

Regel ist, daß sich Jedermann auf Verlangen einer Partei als Zeuge vernehmen lassen muß. Unsere Gerichtsordnung bestimmt in Kap. 10 §. 8:

„Wer sich ohne rechtserhebliche Ursache der Zeugenschaftleistung weigert, soll allenfalls mit Gefängniß, geringer Nahrung oder Geldstrafe dazu angehalten, auch in die durch seine Widerspenstigkeit verursachten Kosten condemnirt werden.“

Zur Erläuterung der Worte „ohne rechtserhebliche Ursache“ äußert Kreittmahr in den Anmerk. lit. a:

„Eine rechtserhebliche Ursache, daß Zeugniß zu verweigern, ist z. B. offenbare Untüchtigkeit, Unverwandtschaft oder besondere Pflicht. Wegen naher Unverwandtschaft oder besonderer Pflicht sind erstlich entschuldigt: Eltern in Sachen ihre Kinder betreffend, et vicis-

sim. . . . Zweitenß Blutsverwandte oder Verschwägerte in causis ihrer Anverwandten oder Verschwägerten, und zwar de jure communi bei jenen bis in den 7ten Grad¹⁾, bei diesen aber, so weit eine Parentel vorhanden ist. — Drittenß Eheleute und Eheverlobte. . . .

Kreittmahr erwähnt zwar die Ausdehnung der für Anverwandte bestehenden Ausnahme „bis in den 7ten Grad“ nur als eine gemeinrechtlich geltende, und diese Modalität der Erwähnung kommt in den Anmerkungen häufig in solcher Beziehung vor, daß damit eine Abweichung von dem, was in Betreff derselben Frage bayerischen Rechts ist, ausgedrückt werden will. Aber einer von dem gemeinen abweichenden Norm des bayerischen Rechts wird dabei nicht gedacht, und demzufolge ist der allgemeine Grundsatz, nach welchem unbestimmte oder lückenhafte Bestimmungen der Gerichtsordnung aus dem gemeinen Rechte zu ergänzen sind, hier in Anwendung zu bringen.

Durch die Bezugnahme auf das gemeine Recht ist man veranlaßt, auch auf die Beschränkungen Rücksicht zu nehmen, welchen die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis die fraglichen Ausnahmen (für Eltern und Kinder, Blutsverwandte bis zum 7ten Grade, Stief- und Schwiegereltern oder Kinder) von der Zeugnißverbindlichkeit unterwirft. In Kreittmahr's Anmerk. lit. a ist unter andern spec. 283 von Leyser med. ad Pand. benützt. In der medit. 27 dieses spec. äußert Leyser:

„In legibus 4 et 5 de testibus, item 10 de gradibus personis arctissime cum

¹⁾ Vgl. fr. 4 de testibus (21, 5) mit C. 16, 19 cod. (4, 20). Das Fragment spricht bloß von Zeugen in Kriminalsachen; aus den Konstitutionen (davon erstere unglöffirt) erhellt die Ausdehnung der Geltung auf Civilsachen.

eo, contra quem evocantur, conjunctis, necessitas testimonii ferendi remittitur: cujus remissionis ratio est, ne vel concordia inter istiusmodi personas amorque mutuus contrario testimonio turbetur, vel conservandi ejus studium testem in mendacium et perjurium inducat. Sed hic iterum suetam limitationem suam, nisi veritas aliter haberi nequeat, infarciunt Doctores, quae quidem ex cap. 2 et ult. X de testibus cogendis, ad quae vulgo provocant, non probatur, sed tamen in praxi recepta est.

Addunt adhuc aliam limitationem commentatores, Martini in processu lit. 20 §. 2 Nr. 139 et Bergerus in elect. Discept. for. tit. 22 pag. 714, si testis utramque partem aequali necessitudine contingat, secundum quam mense Septembri anni 1734 matrem in lite, quae inter liberos ejus vertebatur, coegimus²⁾, ut testimonium pro filia contra filium, cui magis favere videbatur, perhiberet.“

Uebereinstimmend äußert sich der gleichfalls von Kreittmayr häufig (auch in obiger Ann. lit. a) in Bezug genommene Seyfahrt (deutscher Reichsprozess Kap. XIII S. 204), wie folgt.

„In praxi wird deren naher Anverwandten Zeugniß erlaubt³⁾ in probatione consan-

2) Von einem Urtheilsprüche der Helmsstädter Juristenfakultät ist die Rede.

3) Nach diesem Ausdruck könnte man dasürhalten, es handle sich hier von der Zulässigkeit der fraglichen Zeugen, nicht von deren Weigerungsbefugniß. Aber der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden macht es gleichwohl unzweifelhaft, daß von der Weigerungsbefugniß die Rede sei.

guinitatis, nativitatis, in causa matrimoniali, in casu si testes utrique litiganti pari gradu sunt conjuncti, et si veritas aliter haberi nequeat.“

Eben so Hellfeld jurispr. for. ad h. tit. §. 1906:

„Ad testimonium dicendum compelli nequeunt — 3. Parentes et liberi, conjuges, socer et gener, ut et fratres sororesve adversus se invicem. Quos tamen cogi posse, statuit praxis, si utrique litiganti aequali gradu sint conjuncti, vel aliter veritas haberi nequeat.“

Dieser älteren Doktrin und Praxis ist auch der Kommentar über die Gerichtsordnung (Bd. III zu Kap. X §. 8 Note 2) gefolgt, indem er Beschränkungen der fraglichen Ausnahmen angenommen hat, nicht bloß für Fälle, wo es auf die in den Familien vorgekommenen Geburten, Verheirathungen, Sterbfälle und Ehestreitigkeiten ankommt, und die Wahrheit auf andere Art nicht erhoben werden kann, sondern auch für den Fall, wenn das Verwandtschaftsverhältniß auf beiden Seiten gleich ist. In einer Berichtigung zur zweiten Auflage⁴⁾ wurde diese letztere Beschränkung für unstatthaft erklärt, aus folgenden Gründen⁵⁾.

Abgesehen davon, daß eine solche Beschränkung der gesetzlichen Ausnahme keine Gesetzesstelle für sich hat, so kann sie auch nach der Absicht und dem Zwecke des Gesetzes nicht für zulässig erachtet werden, vielmehr muß man die Entschuldigung des Zeugen um so gewisser zulassen, wenn er nicht bloß

⁴⁾ S. den Umschlag zur Lieferung 1 des Bd. III (letzte Seite.)

⁵⁾ Vgl. Erk. des OLG. zu Lübeck v. 14. Mai 1840 (Hamburger Sammlung N. F. Bd. I S. 207 f.)

mit dem Produkten, sondern auch mit dem Produzenten in demselben zur Zeugnißverweigerung berechtigenden Grade verwandt ist. Denn der Grund, weshalb solche Verwandte von der allgemeinen Verpflichtung, vor Gericht als Zeugen aufzutreten, dispensirt werden, sofern sie sich nicht freiwillig dazu entschließen, besteht darin, daß sie mit dem Familiengliede, gegen welches sie zeugen sollen, durch ihre Aussage in ein unangenehmes Verhältniß gerathen würden. Dieser Grund tritt eben dann ganz unfehlbar ein, wenn der Zeuge mit beiden streitenden Theilen in gleichem Grade verwandt ist, weil sein Zeugniß in diesem Falle nothwendig dem einen oder dem andern zum Nachtheil gereichen muß.

Offenbar ist auch die hier geprüfte Beschränkung nur entstanden aus einer Verwechslung der Frage, ob ein nahe verwandter Zeuge sich entschuldigen könne, mit der davon ganz verschiedenen Frage, ob ein naher Verwandter des Produzenten als zulässiger Zeuge anzusehen, oder ob der Producent die Zulassung eines solchen Zeugen zu widersprechen befugt sei? Bei dieser letzteren Frage wird die Sache freilich dadurch verändert, daß der Zeuge mit dem Produkten eben so nah verwandt ist, als mit dem Produzenten, weil dieß Verhältniß in der Regel die sonst eintretende Besorgniß der Parteilichkeit des Zeugen wieder aufhebt.

Arg. fr. 67 §. 1 de ritu nupt. (23, 2).

Da nun aber die eigene Weigerung des Zeugen auf einem ganz anderen Fundamente beruht, und durch dessen gleich nahe Verwandtschaft, mit beiden Theilen sogar noch verstärkt wird, so kann dieß Verhältniß nicht dahin führen, den Zeugen gegen seinen Willen zur Ablegung des verlangten Zeugnisses schuldig zu erkennen.

Dazu kommt, anlangend das bayerische Pro-

gebrecht, der Umstand, daß in Kreittmayr's Anmerkungen nur die eine Beschränkung für Fälle, wenn bei Streitigkeiten über Familiensachen die Wahrheit auf andre Weise nicht zu erhalten ist, erwähnt wird, nicht aber die andere für den Fall gleich naher Verwandtschaft des Zeugen mit beiden Parteien. Diese Uebergangung erscheint um so bedeutsamer, wenn man erwägt, daß dem Kommentator, wie aus den Allegaten der Anmerk. lit. a. erhellt, diejenigen Schriften, in welchen auch die zweite Beschränkung anerkannt wird, vor Augen lagen.

Auch die neueren Schriftsteller über gemeinrechtlichen Civilprozeß kennen diese zweite Beschränkung nicht.

Zuschlag des ohne Erfolg versteigerten Gutes an den Gläubiger.

Der §. 99 der Novelle vom 17. November 1837 bestimmt, daß bei der zweiten Versteigerung eines Immobile der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungswerth erfolge.

Der §. 100 setzt fest, daß wenn am zweiten Versteigerungstage gar kein Angebot erfolge, das Gut dem Gläubiger um die Tage zugeschlagen werde, soferne er es übernehmen wolle. Hiezu macht Seuffert in seinem Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung Bd. 4 S. 278 Note 58 die Bemerkung:

„Der Gläubiger kann sich dadurch, daß er selbst bietet, den Zuschlag unter der Tage nicht verschaffen.“

Diese kurz hingeworfene Bemerkung wird im Kommentare selbst nicht weiter motivirt, dagegen wird in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. XII S. 77 u. ff. eine solche Motivirung versucht.

Vorerst wird hier erläutert, daß sich obige Aeußerung, — daß der Gläubiger dadurch daß er selbst bietet, sich den Zuschlag unter der Lage nicht verschaffen könne, — nicht auf den Fall beziehe, wenn in der zweiten Versteigerung auch ein Dritter ein Angebot, der Gläubiger aber das Meistgebot gelegt habe, also eine Konkurrenz von Steigerungslustigen vorhanden ist.

Dagegen wird daran festgehalten, daß aus dem Gegensatze in den Gesetzesworten:

„Erfolgt am zweiten Versteigerungstage kein Angebot, so wird das Gut dem Gläubiger“ u.

sich ergebe, daß unter dem „kein Angebot“ nur das Angebot eines Dritten verstanden werde.

Es wird sich in diesem Aufsatze auf ein Erkenntniß des königlichen Appellationsgerichts von Oberbayern vom 27. Mai 1843 bezogen, welches obige Ansicht adoptirt habe.

Es möge nun gestaltet sein, gegen die fragliche Ansicht des Kommentars einige Bemerkungen vorzutragen.

Ich glaube nämlich nicht, daß obiger Gegensatz der Gesetzesworte den Sinn habe, daß das Angebot von einem Dritten gelegt sein müsse. Denn wenn bei der zweiten Versteigerung auch nur allein der Gläubiger ein Angebot gelegt hat, so ist ja nicht mehr die Voraussetzung des §. 100, sondern nur mehr die des §. 99 gegeben, d. h. es wird das Gut nicht mehr um die Lage, sondern um das Meistgebot zugeschlagen. Es existirt keine Gesetzesvorschrift, welche den Satz ausspricht, daß sich der Gläubiger dadurch, daß er selbst bietet, den Zuschlag unter der Lage nicht verschaffen könne. In dem allegirten Aufsatze in den Blättern für Rechtsanwendung ist zugegeben, daß sich der Gläubiger den Zuschlag unter der Lage durch eine un-

reblische Machination verschaffen könne, indem er statt seiner von einem Anderen ein niedriges Angebot legen läßt. Allein die Leichtigkeit solcher Umgehung einer Gesetzesvorschrift liefere keinen Grund, die Anwendung derselben auf Fälle auszuschließen, welche nach richtiger Auslegung darunter passen.

Dieser Satz läßt sich nun auch umkehren, indem man sagt: Die Möglichkeit eines Mißbrauchs der Steigerungsbefugniß gibt keinen Grund ab, den Gläubiger von diesem Rechte auszuschließen. Der §. 99 unterscheidet nicht, ob das Angebot von einem Dritten, oder von dem Gläubiger gelegt wurde. Es würde gegen den obersten Grundsatz von der Gleichheit vor dem Gesetze verstoßen, wenn gerade der Gläubiger sich den Zuschlag unter der Lage um das von ihm vereinzelt d. h. ohne Konkurrenz anderer Steigerungslustiger gelegte Angebot (von einem Meistgebot kann hier nicht gesprochen werden) nicht sollte verschaffen können, während dieß einem dritten Unbetheiligten gestattet ist.

Es läge in einer solchen Bestimmung unverkennbar eine Härte gegen den Gläubiger gegenüber dem dritten Unbetheiligten, da es sich bei Letzterem gewöhnlich um einen beabsichtigten Gewinn handelt, während der Gläubiger in der Regel nur einen ihm drohenden Schaden abzuwenden sucht. Wenn also ein unbetheiligter Dritter am zweiten Versteigerungstermine das Recht hat, auf dem Zuschlag unter dem Schätzungswerthe zu bestehen, so ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen gerade dem Gläubiger diese Befugniß verkümmert werden soll.

Nach dieser eben entwickelten Ansicht hat auch das königliche Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg in einem Erkenntniß vom 14. Dezember 1852 in Sachen der Leihkasse Giengen gegen Matthias Wachter entschieden.

Advokat Fleißner.

Nachschrift des Herausgebers. Der Gläubiger ist es, welcher die Zwangsversteigerung durch seine Ausklagung des Schuldners veranlaßt hat, und etwa auch zu dieser Einschreitung einen für die Konkurrenz ungünstigen, für die Erzielung wohlfeilen Kaufs günstigen Zeitpunkt wählen konnte. Hierin liegt eine bedeutsame Verschiedenheit zwischen seiner und der Stellung eines dritten Kaufliebhabers. In Bezug auf die Gelegenheit, den Gegenstand der Versteigerung um einen unter dem wahren Werth bleibenden Preis zu erwerben, mag es sich auch für den Gläubiger häufig um „beabsichtigten Gewinn“ handeln; indem man nicht als Regel annehmen kann, daß der Zuschlag um die Tage den Gläubiger in Schaden bringe. Dem Hypothekgläubiger steht ohnehin noch das Einlösungsrecht nach §. 64 des H.B. zur Seite. Uebrigens hat die Ansicht des Kommentars allerdings keine ausdrückliche Bestimmung für sich, wohl aber den Zusammenhang der betreffenden Stellen. Das öffentliche Ausschreiben der Versteigerung, mit dessen Erwähnung der §. 99 schließt, ist bestimmt, dritte Personen zu Angeboten zu veranlassen. Unmittelbar an diese Erwähnung anknüpfend heißt es nun im §. 100:

„Erfolgt am zweiten Versteigerungstage gar kein Angebot,

d. h. hat die zur Herbeiziehung dritter Kaufliebhaber bestimmte Ankündigung der Versteigerung keinen Erfolg,

so wird das Gut dem Gläubiger um die Tage zugeschlagen, so ferne er es übernehmen will.

Noch mag bemerkt werden, daß auch nach gemeinem Rechte (Nov. 4 cap. 3), in Ermangelung von Käufern der Sachen des Schuldners; die Ein-

gab an den Gläubiger anstatt der Zahlung um einen gerichtlich ausgemittelten Schätzungswerth geschiebt.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Beweiskraft des Strafurtheiles für den nachfolgenden Civilprozeß; — unzulässige Verbindung sich widersprechender Einreden.

(Zu Ob. XVIII S. 183; Ob. XIX S. 363 und Ergänz. Bl. S. 124.)

Ein neunzehnjähriges Bauernmädchen war mit dem fünf Jahre älteren Sohne ihres Nachbarn wegen Schütteln eines Birnbaumes, der auf der Gränze ihrer beiden Gärten stand, in Streit gerathen und hatte ihm hiebei mit ihrem Schnappmesser einen Stich in die Seite versetzt, welcher ihn auf acht Tage zu aller Arbeit untauglich machte. Sie wurde deshalb vor Gericht gestellt und ihrer Ausrede unerachtet, sie habe sich nur wehren müssen, zu vierzehntägigem geschärften Gefängnisse verurtheilt, was sie auch erstand.

Als nun der Verwundete wider sie eine Civilklage wegen Realinjurien erhob, widersprach ihr Anwalt den ganzen Vorgang, versagte dem mit vorgelegten Strafurtheile die Anerkennung und brachte hiedurch die Sache dahin, daß in beiden Vorinstanzen dem Kläger der Beweis der Verletzung, ihr selbst der Gegenbeweis über die Einrede der Nothwehr auferlegt wurde. Der Kläger hatte sich hierbei gleich anfangs beruhigt, die Beklagte suchte

aber nach vergeblicher Appellation die Revision nach, weil ihr nicht auch die vorgeschützte Einrede eines bloßen Zufalles alternativ mit zum Beweise ausgesetzt worden sei, welche beide Vorinstanzen als zum direkten Gegenbeweise gehörig beseitigt hatten.

Der oberste Gerichtshof verwarf diese Beschwerde als ungegründet, und bemerkte hierüber in seinen Gründen, mit allgemeinem Bezuge auf die der Vorinstanz. Noch zwei weitere und näher liegende Gründe stellen sich diesem Begehren (der Beklagten) entgegen, nämlich

a) daß die Beklagte nach dem mit den Kriminalakten im Original vorliegenden Strafurtheile wegen des fraglichen Vorfalles als des Vergehens der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig verurtheilt wurde, und, wie sie selbst anführt, ihre Strafe bereits erstanden hat, jenes Urtheil aber im Hinblick auf Art. 9 Thl. II des StGB. für die civilrechtliche Nachklage die Kraft eines vollen Beweises hat, und im übrigen die Unterstellung jedes Zufalles, der bei der beschuldigten Handlung im Spiele gewesen, auf das bestimmteste ausschließt; dann

b) daß die Beklagte die Einrede der Nothwehr vorschützte und darüber zum Beweise zugelassen ist, wobei es auch in Ermangelung einer klärgerißen Beschwerde sehr Beivenden haben muß, diese Einrede aber, als auf der Grundlage einer freiwilligen und absichtlichen Handlung beruhend, mit der Annahme eines bloßen Zufalles in unauflösbarem Widerspruche steht, während doch nach der GO. Kap. VI §§. 2 und 7 im Vergleiche mit Kap. IV §. 9 einander widersprechende oder sich gegenseitig wiederaufhebende Einreden und andere Vertheidigungsmittel, was in richterlichem Ermessen steht, nicht miteinander cumulirt werden dürfen.

DAUG. v. 16. Okt. 1855 in Sachen Wigelsberger g. Egger. Reg.Nr. 1150, ⁵³/₅₄.

2.

Exceptio non numeratae pecuniae. Wiederholtes Schuldbekenntniß. Hypothekenprotokoll und Hypothekenbrief.

Die exc. non numeratae pecuniae wird beseitigt durch jede der Ausstellung des Schuldscheines nachfolgende ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Ausstellers, durch welche er sich zu der Schuld bekennt. In einem gegebenen Falle wollte eine solche nachfolgende Erklärung in der Unterzeichnung des Hypothekenbriefes, als dem Schuldbekenntnisse im Hypothekenprotokolle nachfolgend, gefunden werden. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung.

Der Hypothekenbrief ist nichts weiter als eine Ausfertigung des Hypothekenprotokolls, welche dem Gläubiger gegeben wird, damit er einen beweisenden Titel für seine Forderung in Händen habe; derselbe kann daher niemals als eine getrennte, selbstständige Urkunde qualifiziert werden, welche eine nochmalige nachträgliche Anerkennung des im Hypothekenprotokolle niedergelegten Bekenntnisses über den baaren Empfang des Darlehens enthält. Es wäre somit ohne allen Belang, wenn auch der Hypothekenbrief wirklich erst einige Tage später von dem Gemeinschuldner unterschrieben sein sollte.

DAAG. v. 4. Sept. 1855. Nr. 1579⁵⁴/₅₅.

3.

Uebereinkommen zur Abwendung eingeleiteter Exekution. Dessen Gültigkeit bei Wiederaufnahme des Exekutionsverfahrens in Frage gestellt. Ist der Bescheld über diesen Inzidentpunkt als im Exekutionsverfahren ergangen zu betrachten?

Ueber diese Frage liegen uns zwei Entscheidungen des obersten Gerichtshofes vor. Die eine ruht auf folgenden Erwägungen.

Betrachtet man die Verhandlungen, welche den vorliegenden gleichförmigen Erkenntnissen der Vorinstanzen zu Grunde liegen, so ergibt sich, daß zunächst die Frage über die Rechtsgültigkeit der Uebereinkunft vom 10. Januar 1848 den Gegenstand des Streits bilde. Gertraud S. erklärte diesen von ihrem Ehemann abgeschlossenen Vertrag deshalb als unwirksam, weil ihre Einwilligung hiezu nicht erholt worden ist. Wenn nun die Vorinstanzen sich für die Gültigkeit jener Uebereinkunft und deren Folgen ausgesprochen haben, so liegt hierin unzweifelhaft keine Entscheidung in executione. Das Resultat geht zwar allerdings dahin, daß dem Georg Heinrich S. das A. St.'sche Grundvermögen um das von W. St. gelegte Meistgebot zugeschlagen werde, es geht auf eine Fortsetzung des früheren Exekutionsverfahrens. Allein zwischen dem früheren und dem jetzigen Exekutionsverfahren liegt ein neues Rechtsgeschäft in Mitte, auf dessen Grund ein Dritter das Gut um das Meistgebot adjudiziert wissen will. Dieses Rechtsgeschäft ist angefochten, der Streit hierüber ist ein ganz selbstständiger Rechtsstreit, und zwar nicht im Exekutionsstadium, indem vielmehr die Fortsetzung der Exekution von Erledigung dieses Rechtsstreits abhängt. Soll eine Streitsache wirklich in executione versiren, so wird vorausgesetzt, daß das Recht, welches im Wege der Hülfsvollstreckung realisirt werden soll, bereits liquid sei, was man hier offenbar nicht behaupten kann. — Demgemäß wurde die Revision gegen die gleichförmigen Urtheile der Vorinstanzen für zulässig, und die Einhaltung des dreißigtägigen Fatale für genügend erachtet, und sofort über die Materialien erkannt.

DAOE. v. 10. Dez. 1852. Nr. 158⁵²/₃₃.

Dagegen wurde obige Frage in einer neueren

Entscheidung bejaht. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Der f. Advokat L., Anwalt des Joh. M. (Klägers), hat am 31. Dez. 1851, nachdem bereits gegen Salomon X. (Beklagten) das Exekutionsverfahren eingeleitet war, mit Vorbehalt der Genehmigung seines Mandanten, mit dem Beklagten und dessen Bruder Bernhard X. einen Vergleich abgeschlossen, wonach Letzterer sich anheischig machte, binnen 6 Monaten an den Kläger 2000 fl., eventuell den ganzen Betrag der judikatmäßigen Forderung zu zahlen, die gegen Salomon X. eingeleitete Exekution aber auf sich beruhen sollte. Auf Grund dieses Vergleiches bestritt der Beklagte in Folge des erneuerten klägerischen Anrufens die Statthaftigkeit der gegen ihn eingeleiteten Exekution, indem er behauptete, daß die Genehmigung des besagten Vergleiches von Seite des Joh. M. nachträglich erfolgt sei; was aber von Letzterem in Abrede gestellt wird. Unter dem 27. Dez. 1852 erging nun der landgerichtliche Beschluß dahin, daß die Einrede der verglichenen Sache als unbegründet verworfen werde, und es sohin bei der verfügten Exekution durch Aufstrich des verpfändeten Anwesens sein Verbleiben habe. Dieses Dekret wurde auf Berufung des Salomon X. in zweiter Instanz bestätigt. Es liegen hiernach zwei gleichförmige Urtheile in executione vor, wogegen nach §. 54 Abs. 8 und §. 108 der Novelle vom 17. Nov. 1837 eine Berufung zur dritten Instanz nicht zulässig ist. Der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen steht nicht entgegen, daß es sich in concreto vor Allem um die Gültigkeit des Vergleiches handelt. Denn nur zum Zwecke der Abwendung der Exekution berief sich der Beklagte auf den Vergleich, indem er ausdrücklich die Bitte stellte, die Exekutionsanträge des Joh. M.

zurückzuweisen. Es war die Frage über den Fortgang der Hülfsvollstreckung zu entscheiden, und hlerüber sind übereinstimmende Aussprüche vorhanden. Bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes ist es gleichgültig, aus welchem Grunde sich der Beklagte von der Exekution zu befreien sucht; so wie auch a. a. O. hinsichtlich der Inzidentpunkte, welche bei diesem Verfahren vorkommen können, keine Ausnahme statuiert ist.

Vgl. den oberstrichterlichen Plenarbeschluss v. 13. März 1845 (NBl. S. 203 f.).

Demgemäß war die Revisionsbeschwerde des Beklagten als unzulässig abzuweisen.

DAGE. v. 6. Mai 1854. Nr. 851⁵³/₆₄.

4.

Zur Erläuterung des §. 55 der Prozeßnovelle von 1837.

Die Ausschließung der Berufung und die Verweisung der gravirten Partei auf den Weg der Remonstration sind im §. 55 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 einfach auf die Voraussetzung gestellt, daß der gerichtliche Beschluß nur auf den Antrag eines Theils ergangen sei. Es kommt daher bei der Anwendung dieser Verfügung nicht darauf an, in welchem Sinne der Richter den Beschluß erlassen hat, ob er dabei die Zulässigkeit einer nachträglichen Rechtsvertheidigung, wie sie der unbedingte Mandatsprozeß gestattet (GD. Kap. V §. 7) für den Imploraten voraussetzte oder nicht. Ist dieser faktisch mit seiner Vertheidigung nicht vernommen worden, so kann er sich wegen Zurücknahme des Beschlusses an denselben Richter wenden, und die Remonstration kann sich insbesondere darüber verbreiten, daß die Annahme, als habe eine rechtsgenügende Verhandlung über den betreffenden Streitpunkt bereits in einem anhängigen

Verfahren über die Hauptsache ¹⁾ stattgefunden, —
irrig und durch die Akten widerlegt sei.

DAK Akten v. 6. Juni 1854. Nr. 1098⁵³/₅₄.

5.

Kompensation. Illiquide Gegenforderung.

Bgl. Bb. XX S. 401.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt
hierüber vor:

Da der klägerische Anspruch durch das Ge-
ständniß ²⁾ des Beklagten liquid gestellt ist, und
von sonstigen Einredebeweisen nicht weiter abhängt,
gegen liquide Forderungen aber illiquide Gegenfor-
derungen, wenn solche Weiterungen herbeiführen
würden, zur Kompensation selbst im ordentlichen
Prozesse nicht gebraucht werden dürfen,

C. ult. §. 1 de compens. (4, 31)

so war die Einrede der Kompensation in dem gegen-
wärtigen Verfahren unberücksichtigt zu lassen.

Erk. des DKG. zu Lübeck v. 28. Febr. 1852.

Frankfurter Sammlung von Römer Bb. I
S. 183—4.

6.

Prozeßzinsen. Illiquider Forderungsbetrag.

Bei Klagen auf einen richterlich festzustellenden Ent-
schädigungsbetrag kommt die Regel, nach welcher von der
Klagzustellung an Verzugszinsen (Prozeßzinsen) zuerkannt
werden, nicht zur Anwendung.

Erk. des DKG. zu Cassel v. 1838. Heuser, An-
nalen III S. 52.

¹⁾ Im Gegensatz zu dem unmittelbar in Frage befind-
lichen Provisorium.

²⁾ Gleiches gilt, wenn der klägerische Anspruch zwar
in Zweifel gezogen, aber durch öffentliche Urkunde
liquid gestellt ist.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Prozeßzinsen. Illiquider Forderungsbetrag. Enteignungsprozesse. — Zurückweisung einer Privatklunde im Gebrauch gegen Dritte wegen Mangels eines sicheren Datums. — Beweis durch Quittrechnungen. Zusammengefügter Beweis. — Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages steht den Gerichten zu, selbst im Widerspruche mit der Aufstellung desjenigen, der daraus Rechte verfolgt. — Eintritt der Eidesunfähigkeit nach der Eidesverurteilung. Zuständigkeit des Untergerichtes, über die Folgen dieses Eintrittes zu erkennen, wenn der fragliche Eid obergerichtlich anerkannt war. — Der Paritularkonkurs zur Feststellung der Rangordnung der Hypothekengläubiger in dem Erlöse eines verpfändeten Gutes auch außer dem Falle einer Ueberschuldung zulässig. — Verweisung von Streitposten wegen Medisshängigkeit. Entkräftung dieses Ausspruches in zweiter Instanz läßt Revision nicht zu. — Hand- und Spanndienste der Eingepfarrten zu Kirchenbauten nach Andacher und Bayreuther Provinzialrecht. — Strafbarkeit des von Eidesunmündigen geschworenen Meineides. —

Prozeßzinsen. Illiquider Forderungsbetrag. Enteignungsprozesse.

Vgl. Kommentar u. d. O. Bd. II (Ausf. II) S. 276 f.

Daß auf der vorigen Seite (80) mitgetheilte Erk. des OLG. zu Cassel gibt uns Anlaß, über obigen Gegenstand einige Bemerkungen vorzutragen.

In täglicher Uebung befindet sich die Regel, nach welcher dem Kläger aus der Geldsumme, die ihm der Beklagte nach dem Urtheile zahlen soll, Zinsen von Zeit der Klagebehändigung gebühren; und zwar abgesehen von einem Zinsversprechen, beziehungsweise von einem sonstigen aus der Beschaffenheit der Sache oder der Eigenschaft der Person fließenden Grunde der Zinsverbindlichkeit.

Die früher herrschende Ansicht war, daß es sich hier nur von Verzugszinsen handle, laufend vom Tage der durch die Klagebehändigung bewirkten

Interpellation¹⁾. Dieser Auffassung würde die Annahme entsprechen, daß die Zuerkennung der fraglichen Zinsen überall weg falle, wo nach den Umständen des besonderen Falles in der Vertheidigung des Beklagten gegen den klägerischen Anspruch eine widerrechtliche Erfüllungs-Verzögerung, eine civilrechtliche Mora nicht gefunden werden kann. Um in einer Zahlungsweigerung widerrechtlichen Verzug zu finden, muß sich die Annahme rechtfertigen lassen, daß den Schuldner dabei ein Vorwurf treffe. Stehen der Verzögerung der Leistung hinreichende Gründe zur Seite, so ist ein Fall des Verzuges nicht gegeben²⁾. Fehlte es nach Lage der Sache nicht an Motiven für den Schuldner, die Existenz der Forderung überhaupt oder doch die Richtigkeit des geforderten Betrages zu bezweifeln, so liegt seine auch nach der Klagestellung fortgesetzte Zahlungsweigerung außer dem Gebiete der Mora. Gerade bei Entschädigungsforderungen mag dieß ein gewöhnlicher Fall sein, insbesondere in Ansehung des geforderten Betrages, indem die über den Schadensbetrag gepflogenen Ermittlungen dem Beklagten weder vor der Klagestellung noch nach derselben (während des Vorverfahrens) zur Einsicht und Prüfung vorlagen. Wo zumal die Sache so beschaffen ist, daß zu dem Resultate der Feststellung einer Summe nur durch das Ergänzungsamt eines richterlichen aestimare gelangt werden konnte³⁾, so war es gewiß nicht an dem Beklagten gelegen, die Zahlung schon früher zu leisten. — Wo sich

¹⁾ Vgl. bayer. R.R. Th. II Kap. 3 §. 21 Nr. 3. — Auch in dem §. 80 erwähnten Casseler D.M.G. wird von Verzugszinsen gesprochen. (Die Parenthese „Prozeßzinsen“ enthält eine Redaktions-Bemerkung.)

²⁾ Vgl. fr. 21, fr. 24 pr. fr. 32 pr. fr. 47 de usuris (22, 1); fr. 42, 63 de rog. juris..

³⁾ Vgl. fr. 4 §. 4, fr. 5 §. 3 de in litem jurando (12, 3).

aber das Vorhandensein eines Verzuges nicht annehmen läßt, da kann auch von einer Obliegenheit, Verzugszinsen zu zahlen, nicht die Rede sein. Aus dem Standpunkte der Lehre von den Verzugszinsen erscheint daher das mehrgedachte Casseler OLG. als gerechtfertigt.

Aber ungeachtet des hier gangbaren Ausdrucks „Verzugszinsen“ pflegt man in der Praxis auf Zinsen von Zeit der Klagebehändigung zu erkennen, ohne zu untersuchen, ob im gegebenen Falle die Merkmale des Verzuges vorliegen oder nicht. Es liegt darin gleichsam eine unbewußte Anerkennung der richtigen Ansicht, welche dahin geht, daß es sich in der That nicht von Verzugszinsen, sondern von einer Zinsverbindlichkeit handle, welche durch Verzug des Beklagten nicht bedingt ist ⁴⁾. Der unterliegende Verklagte hatte nach römischem Rechte den Klagegegenstand dem Kläger, ohne Unterschied der Fälle vorhandener oder nicht vorhandener Mora, mit Verabfolgung oder Vergütung der „causa omnis“ von Zeit der Litiskontestation, zu leisten ⁵⁾. An die Stelle des Zeitpunktes der Litiskontestation tritt heutzutage die Zeit der Klagebehändigung ⁶⁾. Den Satz „causa omnis restituenda est“ erläutert Paulus in fr. 31 pr. de reb. cred. (12, 1): id est, omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatae tempore solutus fuisset (sc. fundus vel homo). Zur causa omnis gehören, nach Analogie der Früchte bei fruchtbringenden Sachen, bei Geldsummen die Zinsen darauf. Usurae

⁴⁾ Vgl. Savigny System Bd. 6 §§. 268 — 271; Mayer Vorträge ed. VIII §. 174 S. 561.

⁵⁾ Vgl. fr. 20 de rei vind. (6, 1); fr. 31 pr. de reb. cred. (12, 1); fr. 2, 3 §. 1, fr. 38 §. 7 de usuris (22, 1); const. 1, 2 cod. (6, 47).

⁶⁾ Savigny a. a. O. §§. 278, 279.

vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari⁷⁾). Es wird vorausgesetzt⁸⁾, der Kläger würde die gebührende Geldsumme, hätte er sie sofort nach der Klagebehändigung empfangen, alsbald fruchtbringend verwendet und sich dadurch einen Zinsgenuß verschafft haben. Eben so wird angenommen, der Beklagte habe die nunmehr zu zahlende Hauptsumme mittlerweile (von Zeit der Klagebehändigung) in seinen Geschäften benutzt, und dadurch Vortheile gezogen, von welchen jetzt ausgemacht ist, daß sie ihm nicht gebührt haben; daher ist ihm deren Herausgabe oder Vergütung aufgelegt, ohne Rücksicht darauf, ob seine bisherige Vertheidigungs-Stellung hinreichende Motive für sich hatte oder nicht. Von diesem Standpunkte ausgehend, gelangt man zu anderen Resultaten, als das OLG. zu Cassel, nämlich zu dem in der Praxis des OLG. zu Lübeck adoptirten Rechtsatz: „bei dieser Art von Zinsen macht es keinen Unterschied, wenn das Quantum der zu zahlenden Hauptsumme erst im Laufe des Processes durch richterliches Erkenntniß festgestellt ist“⁹⁾). Damit stimmt die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes zu Berlin überein¹⁰⁾ und auch das bayerische Oberappellationsgericht hat in dem Plenarbeschlusse vom 5. Juni 1844¹¹⁾ den Unterschied von Verzugs- und Prozeßzinsen dahin anerkannt, daß die gesetzlichen Beschränkungen des Rechts auf Verzugszinsen für die von Zeit der Citation laufenden Prozeßzinsen nicht gelten sollen.

7) Fr. 34 de usuris.

8) Vgl. Savigny a. a. O. S. 133.

9) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 148; Bd III Nr. 17, 18; Bd. V Nr. 261.

10) Savigny a. a. O. S. 163.

11) Regbbf. v. 1844 S. 619 f.

Im Entschädigungsprozeß des Enteignungsverfahrens nach Art. XIX des betreffenden Gesetzes vom 17. November 1837 kommt eine eigentliche Klagstellung nicht vor, daher auch keine Klagebehändigung; folgerweise kann, was von Prozeßzinsen in obigem Sinne gilt, hier nicht zur Anwendung kommen. Fällt die Verzögerung der Entscheidung, und damit auch der Entschädigungsleistung dem entschädigungspflichtigen Theile zur Last, so kann dieser Umstand bei Ermittlung des ganzen hiebei obwaltenden Interesse als Erhöhungsmoment in Ansatz kommen, oder auch in Zuerkennung von wirklichen Verzugszinsen eine Folge erhalten. Eben so steht es im oberichterlichen Amte, wegen Aufenthalts durch unbegründete Berufungen des pflichtigen Theiles, nun erst auf Verzugszinsen zu erkennen ¹²⁾.

Auf die meisten Enteignungsfälle wird übrigens auch fr. 13 §. 20 de act. e. v. (19, 1) passen: „cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.“

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Burdaweißung einer Privaturkunde im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines sicheren Datums.

(Zu Bb. XVIII S. 161 fl.)

Dem Bauern F. wurde durch Beschluß vom 2. und zugestellt 9. September eröffnet, daß man

¹²⁾ Daß die Bestimmung der O. D. Kap. IV §. 7 Nr. 6 auf die oberstrichterliche Amtsbesugniß zu beziehen sei, kann einem erheblichen Zweifel nicht unterliegen. Vgl. O. D. Kap. XV §. 11 Nr. 8.

bei ihm den Vollzug der beantragten Auspfändung für 850 fl. zu Gunsten seines Gläubigers N. verfügt, und deshalb an den Gerichtsdienier den entsprechenden Auftrag erlassen habe. Am 18. September wurden sodann Mobilien bis zum vorfindlichen Werthe von 292 fl. wirklich abgepfändet. Allein schon am 1. Oktober darauf überreichte seine Tagelöhnerin Agatha H. eine Intervention, worin sie jene Mobilien als ihr Eigenthum vindizirte, sich hiefür auf zwei Privaturkunden des F. stützend.

In der ersten, welche vom November des vorhergegangenen Jahres datirt war, also bereits zehn Monate älter sein sollte, bekannte F., von seiner Tagelöhnerin ein Kapital von 442 fl. entlehnt zu haben; vermöge der zweiten vom 11. September, welche nur acht Tage älter war als das Pfändungsprotokoll, und zwei Tage jünger, als die Nachricht, daß die Hülfsvollstreckung verfügt sei, verkaufte er an dieselben sein ganzes Mobiliarvermögen an Hausrath und Feldfrüchten um 352 fl. Der oberste Gerichtshof ließ diese (Verkaufs-) Urkunde als Grundlage einer statthaften Intervention nicht gelten und bemerkte hierüber in den Gründen: Vor allem kommt zu erwägen, daß die Privaturkunde vom 11. September 1854 im Hinblick auf die G.D. Kap. XI §. 3 Nr. 1¹⁾ dem Beklagten gegenüber nicht unmittelbar beweiskräftig erscheint, daß es bei derselben insbesondere auf die Zeit ihrer Errichtung ankommt, und daß sie daher gegen den Dritten nur insoferne beweisen kann, als nicht bloß die Richtigkeit der Unterschriften, sondern auch die Gewißheit oder Wahrfähigkeit des Datums durch an-

1) Privat-Urkunden „können in der Regel für den Schriftsteller niemals beweisen“. Hier wurde die Urkunde produziert, um den Vollzug der gegen den Aussteller verfügten Hülfsvollstreckung abzuwenden.

bere Behelfe genügender Weise annehmbar oder dargethan wird.

DNBB. vom 29. Januar 1856 Nr. 370⁵⁵/₅₆.

2.

Beweis durch Gutsrechnungen. Zusammengesetzter Beweis.
(Bgl. Bd. XX S. 380.)

Einer Guts herrschaft war auf ihre Konfessorienklage zum Beweise auferlegt, daß sie eine gewisse Rente dreißig Jahre lang in dinglicher Eigenschaft von dem Gute des Beklagten bezogen habe. Sie führte den Beweis durch das Steuerkataster und Hypothekenbuch, die drei letzten Uebergabssbriefe, worin jenes Gefäß mit übernommen war, überdies durch ihre Gutsrechnungen, die entsprechenden Bescheinigungen in dem hiezu edirten Quittungsbüchlein ihres Gegners selbst und durch die Zeugenschaft ihrer zwei letzten Rentenverwalter, welche für jede ihrer betreffenden Verwaltungsperioden den Bezug gleichförmig bestätigten. Nicht leicht konnte ein ähnlicher Beweis je überzeugender und nachdruckssamer geführt sein; der Beklagte gab sich in dessen Resultate doch nicht gefangen, verlangte vielmehr, wo nicht Entbindung von der Klage, doch jedenfalls vorerst den klägerischen Erfüllungsseid, weil die Zeugen singulär, alles übrige nur Vermuthungen seien. Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch das verurtheilende Erkenntniß der II. Instanz. In den Gründen kommt hierüber vor:

Unerheblich ist hiebei, daß die Rechnungen eine eigene Schrift (*scriptura propria*) der Guts herrschaft und noch nicht von einem höheren Alter bekräftiget sind; da dem verrechnenden Beamten alles daran liegen mußte, nichts in Einnahme zu setzen, was er nicht wirklich erhoben, das Interesse an dem jetzigen Gebrauche damals noch nicht vor-

herzusehen war, und der Vortrag der Rechnungen mit allen anderen Schriftstücken und Umständen genau übereinstimmt, so ist auch ihre mitwirkende Beweisraft nicht zu beanstanden. Unerheblich ist noch, daß für die Erhebung in jedem einzelnen Jahre nur die Aussage Eines Zeugen vorliegt, wie es auch gar nicht wohl anders sein konnte, da immer nur ein Rentenverwalter aufgestellt war. Nachdem die Gerichtsordnung für die Würdigung des zusammengefügten Beweises keine besonderen Beweisregeln aufgestellt hat, so muß vielmehr der wesentliche Punkt dem richterlichen Ermeßsen unterstellt bleiben, ob der gesammte Eindruck aller von mehreren Seiten her und aus verschiedenen Beweismitteln auf den nämlichen Punkt zusammenströmenden Erkenntnißgründe für die Ueberzeugung so kräftig und nachhaltig sei, um daraus den vollen Beweis eines Thatumstandes entnehmen zu können, eine Voraussetzung, die sich hier im höchsten Grade gegeben findet.

OLG. vom 9. Nov. 1855 in Sachen Wassermann w. Grailshelm. Reg.-Nr. 58⁵⁴/₅₅.
****.

3.

Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages steht den Gerichten zu, selbst im Widerspruche mit der Aufstellung desjenigen, der daraus Rechte verfolgt.

Die Ehegatten W. schuldeten an E. aus einem Kaufe 100 fl. und stellten demselben hiefür ein schriftliches Zahlungsverprechen aus, welches ihr Freund F. mit ihnen unterzeichnete, wobei er auch mündlich zugesichert haben soll, für die Schuld zu haften. Ob seine Mitunterschrift als Mitschuldner, Bürge oder Zeuge belgesezt worden, war aus der Urkunde nicht klar zu entnehmen. Als nun F. bei dem Vermögensverfalle der Hauptschuldner von dem Gläubiger E. auf Bezahlung der Schuld aus dem

Titel der Korrealität belangt wurde, setzte er die gewöhnlichen Einreden eines Bürgen entgegen, sah sich aber, um denselben auszuweichen, mit der Replik begegnet, es sei nicht aus der Bürgschaft, sondern bloß aus der Korrealität geklagt. Wegen Unklarheit dieses Rechtsverhältnisses wurde auch die Klage in I. Instanz angebrachtermaßen abgewiesen, vom obersten Gerichtshofe dagegen auf die Beschwerde des Klägers zugelassen, unter dem Gesichtspunkte der Bürgschaft in Betracht gezogen und zum Beweise ausgesetzt. In den Gründen kommt hierüber vor:

.... Allein gegen diese Folgerung (der Vorinstanz) macht sich die Betrachtung geltend, daß es nicht darauf ankommt, wie die Parteien die von ihnen assertirten thatsächlichen Verhältnisse rechtlich qualifiziren, in welche Klasse von Verträgen sie ein bestimmtes Uebereinkommen, sei es absichtlich, um nachtheiligen Konsequenzen zu entgehen, oder aus Irrthum und Mißverständniß einreihen, sondern ob bei einer richtigen Subsumtion unter die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen der behauptete Sachverhalt ein darauf gestütztes Begehren rechtfertige. Jene Subsumtion ist wesentlich die Aufgabe des Richteramtes, daß sich durch geflissentlich unrichtige oder (zufällig) irrige Qualifikationen von Seite der streitenden Theile nicht darf abhalten lassen, daß von denselben vorgebrachte faktische Material, mit den gestellten Anträgen zu vergleichen und über letztere je nach ihrer rechtlichen Begründung zu entscheiden.

DUOG. vom 5. Jänner 1856. Nr. 865⁶⁴/₅₅.

4.

Eintritt der Eidesunfähigkeit nach der Eideszuerkennung. Zuständigkeit des Untergerichtes, über die Folgen dieses Eintritts zu erkennen, wenn der fragliche Eid obergerichtlich zuerkannt war.

In einer Rechtsache, Ansprüche aus außerehelichem Beischlaf betr., hatte das Untergericht (am 30. Sept. 1850) auf den Erfüllungsseid der Klägerin, das Obergericht hingegen, weil es an der halben Probe mangle, (am 6. Mai 1855) auf den Reinigungsseid des Beklagten erkannt. Dieses letztere Urtheil beschränkt die Rechtskraft. Der Anwalt des Beklagten beantragte Anberaumung der Schwörungstagfahrt. Nun erfolgte Verurtheilung des Beklagten zur Kettenstrafe wegen Raubs III. Grades, und damit Eintritt der Eidesunfähigkeit. Dieser Zwischenfall veranlaßte den Sachführer der Klägerin zu dem Antrage bei dem Untergerichte: nunmehr den Eid für verweigert zu erkennen und den Beklagten nach Maßgabe der Klagebitte zu verurtheilen. In Erwägung, daß nach O.D. XIII §. 3 Nr. 6 der aufgetragene Reinigungsseid nur von demselben Richter ex novis wieder zurückgenommen werden könne, verwarf das Untergericht den gestellten Antrag. Auf klägerische Berufung erkannte am 6. Mai 1854 das Appellationsgericht zu Passau unter Zurücknahme seines Erkenntnisses vom 6. Mai 1851: es sei das erstinstanzliche Erkenntniß vom 30. Sept. 1850 (auf den Erfüllungsseid der Klägerin) zu bestätigen. Hiegegen ergriff der Vertreter des Beklagten das Rechtsmittel der Oberberufung, den Antrag stellend: Beklagten nunmehr von der Klage zu entbinden. Der oberste Gerichtshof hielt dafür, daß es bei dem neuern Erkenntniß des Appellationsgerichts nicht belassen werden könne. „Schon der Umstand, daß

daß f. UG., — während es in seinem Erf. vom 6. Mai 1851 ausgeführt hat, daß es, um die Klägerin zum Erfüllungsseide zuzulassen, an der erforderlichen Probe ermangle, da nur einiger Verdacht gegen den Beklagten bestehe, — nun in seinem neuerlichen Erf. vom 6. Mai 1854, ohne daß inzwischen neuere Behelfe beigebracht worden, und lediglich auf Grund der früheren Beweisergebnisse, diese für genügend erklärt, um die Klägerin zum Erfüllungsseide zuzulassen, — beurkundet die Unhaltbarkeit dieser Entscheidung.“ Hiernächst wurde bemerkt, daß dieselbe auch über die zu verbessenden Anträge hinausgehe. „Nicht auf einen Widerruf oder eine Abänderung des zweitrichterlichen Erf. vom 6. Mai 1851 lauteten die klägerischen Anträge, sondern vielmehr auf Vollzug desselben, jedoch in der Art, daß nunmehr der dort dem Beklagten auferlegte Reinigungsseid für verweigert erklärt werden möge. Mit Unrecht hat das Untergericht diesen Antrag als einen zu der höheren Instanz, von welcher das Erf. vom 6. Mai 1851 erlassen worden, gehörigen Antrag aufgefaßt. Dasselbe war zu dessen Verbessendung nicht nur zuständig, sondern es war auch gar kein genügendes Motiv vorhanden, denselben sogleich a limine abzuweisen, weil er nicht von der Art ist, daß man annehmen könnte, es ergebe sich dessen Ungrund schon ex ipsis narratis, daher jedenfalls eine Verhandlung hierüber hätte angeordnet werden sollen“ Das OUG. erkannte.

Daß der in der klägerischen Eingabe vom 11. Mai 1852 gestellte Antrag, den dem Beklagten auferlegten Reinigungsseid als verweigert zu erklären und sofort den Beklagten nach den Klagebitten zu verurtheilen, a limine nicht abzuweisen, sondern hierüber ordnungsmäßig zu verhandeln, und sodann salva appellatione, was Rechtens, zu erkennen sei.

DAGE. v. 28. Feb. 1855. Nr. 1410^{53/54}.

Nachschrift. Ueber die Folgen der Eides-
unfähigkeit desjenigen, welcher einen gerichtlichen
Parteieneid schwören soll, — vgl. Seuffert's
Archiv Bd. VII Nr. 128; Schmid Handb. des
Civilproz. Bd. II §. 160 S. 342: „Die poena
recusati kann sie (zunächst von Meineidigen ist die
Rebe) nicht treffen, da sie nicht den Eid verwei-
gern, sondern nicht schwören dürfen, eidesunfähig
sind.“ — Der sich durch zufälligen Verlust eines
Beweismittels ergebende Nachtheil trifft den Be-
weiskührer. Allerdings liegt unter obigen Umstän-
den ein Verschulden des Gegners, welcher schwören
soll, in Mitte; aber dabei handelt es sich von einer
außer Beziehung zu dem fraglichen Rechtsstreit
stehenden Thatsache. Und kann man von einem zu-
gegangenen Nachtheil sprechen, wo der Beklagte
den zuerkannten Reinigungseid zu schwören bereit
war?

5.

Der Partikularkonkurs zur Feststellung der Rangordnung
der Hypothekgläubiger in dem Erlöse eines verpfändeten
Gutes auch außer dem Falle einer Ueberschuldung zulässig.
(S. Kommentar, Bd. IV S. 335; — Bl. f. RM. Bd. XX S. 92.)

Ein oberstrichterliches Erkenntniß v. 3. Januar
1856 gieng hierüber von folgenden Grundsätzen aus:

Der Fall eines Partikularkonkurses ist auch
dann gegeben, wenn außer dem Falle einer drohen-
den Ueberschuldung und eines dadurch beizichteten
Unversalkonkurses mehrere Hypothekgläubiger über
die Wertheilung des zur Befriedigung Aller unzu-
länglichen Erlöses ihres Pfandobjektes streiten, weil
z. B. der dritte, durch jenen Erlös nicht mehr
gedeckte Hypothekgläubiger behauptet, die erste Hy-
pothek sei bereits getilgt, die zweite simulirt, so

daß seine Forderung allein und vollständig aus dem Rausschillinge zu befriedigen sei. Wenn gleich der §. 8 der Prioritätsordnung dieses Falles als zum Partikularkonkurse geeignet nicht erwähnt, so führt doch schon das im §. 59 des Hypothekengesetzes ausgesprochene Prinzip, daß der Vorzug unter den Hypothekgläubigern sich nach der Zeit und Ordnung ihres Eintrages richte, zu dieser Ergänzung eines besonderen Falles als nothwendig hin. Auch ist das Verfahren, welches die §§. 10 und 15 des Einführungsgesetzes zur Regulirung der ersten Rangordnung bei dem Uebertrage in die Hypothekenbücher vorzeichneten, der Sache nach nichts anderes als ein Partikularkonkurs.

DAWitten Nr. 251⁵⁵/₅₆.

6.

Verweisung von Streitposten wegen Rechtshängigkeit. Entrüstung dieses Ausspruchs in zweiter Instanz läßt Revision nicht zu.

Der Unterrichter hatte Gegenforderungen des Beklagten auf Grund vermeintlich entgegenstehender Einrede der Rechtshängigkeit ad separatim verwiesen. Das Gericht zweiter Instanz war in diesem Betreffe anderer Ansicht und verwies die Sache zur weiteren Aburtheilung, in Ansehung jener Gegenforderungen, an den ersten Richter zurück. Gegen wurde vom Kläger das Rechtsmittel der Oberberufung eingewendet, und zur Darlegung der Zulässigkeit, unter Bezugnahme auf Seuffert's Komment. Bd. IV S. 18 bemerkt, daß Obergericht habe den erstrichterlichen Ausspruch nicht aufgehoben, sondern abgeändert. Es erfolgte jedoch Abweisung des Rechtsmittels wegen Unzulässigkeit. In der Verweisung der Sache an das Untergericht zur weiteren Aburtheilung (in Betreff der

Gegenforderungen) liegt (sagen die Motive) kein materielles Erkenntniß über den fraglichen Kontestationspunkt, der erste Richter ist vielmehr in seiner Entscheidung über die Forderungen des Beklagten in keiner Weise gebunden, und einer Berufung gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts kann, zufolge §. 51 und §. 53 Nr. 1 und 2 des Prozeßgesetzes v. 17. Nov. 1837, nicht stattgegeben werden.

DAGE. v. 29. Nov. 1854. Nr. 1509^{53/54}.

7.

Hand- und Spanndienste der Eingepfarrten zu Kirchenbauten nach Ansbacher und Bayreuther Provinzialrecht.

(Su Bd. XII S. 154 f.).

Nach dem Provinzialrechte der Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth sind an Orten, wo die Kosten der Kultusbauten nach Gen. Art. VIII Nr. 4 der Konsistorialordnung von 1594 dem Landesherrn als Patron wegen seines Pfründevergebungsrechtes allein zur Last fallen, die Eingepfarrten dessen unerachtet verbunden, die zum Bauwesen der Kirchen auf dem Lande erforderlichen Hand- und Spanndienste nach Vorschrift des preuß. Landrechtes Th. II Tit. 11 §. 714 unentgeltlich zu leisten, — und zwar besonders aus dem Grunde, weil bei dem Schweigen der Konsistorialordnung über jene Streitfrage des gemeinen kanonischen Rechtes die Entscheidung derselben nach Art. IV des Promulgationspatentes vorzugsweise nach dem preuß. Landrechte und in nächstem Anschlusse an dasselbe erfolgen soll, welches doch in der obigen Stelle die Eingepfarrten ohne Unterschied in allen Fällen für pflichtig erklärt.

DAGE. v. 18. Dez. 1855 (in S. Fiskus g. Wallmersbach.) Nr. 1697^{53/54}.

5.

Strafbarkeit des von Eidesunmündigen geschworenen Meineides.

Mgl. Bb. XX, S. 145 f., S. 161 f.

Die 15 jährige Dorothea Lür aus Braunschweig wußte sich einen Heimathschein der unverehelichten Sonnenberg aus Lengade zu verschaffen, und begab sich mit demselben in ein Bordell nach Hamburg. Hier wurde sie in einer Untersuchungssache gegen B. wegen Kuppelei auf Requisition der Staatsanwaltschaft zu Braunschweig von der Gerichtsbehörde zu Hamburg als Zeugin vernommen; sagte aus, daß sie Dorette Sophie Johanne Sonnenberg heiße, 18 Jahre 10 Monate alt und aus Lengade gebürtig sei, bekräftigte auch eidlich die Wahrheit dieser Angaben nach vorgängiger Verwarnung vor dem Meineide und nach Vorlesung und Genehmigung derselben. Die Lür wurde wegen dieses Meineides von der Staatsanwaltschaft angeklagt und von dem Kreisgerichte zu Braunschweig am 23. März 1855 zwar des Meineides für schuldig, jedoch für straffrei erklärt, da sie zur Zeit des Schwörens noch nicht eidesmündig, der Eid ihr mithin in rechtswidriger Weise abgenommen sei, das Verbrechen des Meineides aber einen rechtsgiltig geschworenen Eid voraussetze.

Auf den Antrag der Staatsanwaltschaft wurde dieses Erkenntniß vom Kassationshofe zu Wolfenbüttel am 1. Mai 1855 im öffentlichen Interesse als nichtig kassirt. Gründe:

1) Die Strafandrohung des Kriminalgesetzbuches gegen den, der mit der Ueberzeugung der Unwahrheit seiner falschen Angabe solche vor einer öffentlichen zur Abnahme von Eiden befugten Behörde durch förmlichen Eid bekräftigt, erscheint an und für sich auf Alle anwendbar, bei welchen die allgemeinen Bedingungen der Strafbarkeit zutreffen.

2) Aus der dem Strafprozeß angehörigen Vor-

schrift über Eidesmündigkeit, nach welcher der Richter Auskunftspersonen, die ihr 18. Lebensjahr noch nicht erreicht, nicht zu beeidigen, sondern ohne Eid zu vernehmen hat, läßt sich nicht folgern, es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, dadurch zugleich den Begriff des Eides überhaupt einzuschränken, und von einem neuen aus der Person des Schwörenden, namentlich dessen vollendeten 18. Lebensjahre zu entlehnenen Merkmale wesentlich abhängig zu machen, oder bei Personen unter 18 Jahren, wenn sie wissentlich falsch schwören, die Strafbarkeit aufzuheben.

3) Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß „Wohheit das Alter erfülle“ muß auch nach dem geltenden Kriminalrechte ¹⁾ bei jugendlichen Verbrechern, wenn sie mit besonderer Ueberlegung gehandelt haben, angewendet werden. Hierunter ist aber die Handlung der Angeklagten, welche sich wissentlich fälschlich für eidesmündig ausgegeben, zu subsumiren, da sie über die Bedeutung des Eides belehrt, vor dem Meineide gewarnt, und nachdem ihr mitgetheilt worden, daß sie den Eid verweigern könne, den falschen Eid aus eigenem freien Antriebe übernommen, und bei dessen Ableistung mit besonderer Ueberlegung und Geflossenheit gehandelt hat.

Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig Jahrg. II S. 142.

¹⁾ Bezugnahme auf das Braunschweig. Kriminalgesetzbuch §. 60 Schlußsatz §. 4. — Vgl. Anmerk. zum bayer. StGB. von 1813 Bd. 1 S. 241: „Auch zeigt die Erfahrung, daß es unter jungen Leuten Bösewichte gibt, bei welchen in der That die Wohheit das Alter ergänzt.“

Berichtigungen. In Nr. 5 S. 71 3. 20 st. „gestaltet“ l. „gestattet.“ — Im Comment. n. d. G.D. Bd. I Aufl. II S. 298 B. 6 st. „1847“ l. „1846.“

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts. — Iribut auf einer Gemeindevermögensrechnung, dem Weldebe-
rechtigten gegenüber. Ueber die Leistung durch Einige aus einer größeren
Anzahl von Streitigen. — Nekrolog. —

Ueber die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Be- sitzer des Hypothekenobjekts.

In der Praxis wie in der Theorie läßt man die Hypothekenzinsklage nach §. 52 des Hyp. Ges. auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts theils unbedingt¹⁾ theils wenigstens in so weit zu, als dieser gemäß der §§. 42 und 54 des Hypothekengesetzes zu haften hat²⁾.

¹⁾ Lehner, Lehrb. d. bayr. H.R. Thl. I §. 98. Auch
Seuffert Komm. üb. d. H.R. (II. Aufl.) S. 75
scheint die Hypothekenzinsklage in ihrem vollen Um-
fange gegen den dritten Besitzer zulassen zu wollen,
da in Anm. 6 a. a. O. die §§. 42 und 54 des
Hyp. Ges., welche von der Haftbarkeit des dritten Be-
sizers handeln, neben den andern §§. nicht allegirt
sind. Indessen wird hier wohl nur die Zulässigkeit
der Hypothekenzinsklage in so weit vorausgesetzt, als
der dritte Besitzer haftet, da die erwähnte Anm. 6
nur den Zweck hat, dieser Klage die Eigenschaft einer
persönlichen auch dem dritten Besitzer gegenüber zu
vindiciren. (Uebrigens. Vgl. unten die Nachschrift.
S. 104).

²⁾ Gönner, Comment. üb. d. Hyp. Ges. Bd. I S. 432.
Arnold, die Einkl. d. Hyp. Zins. 2c. §. 27.

Gegen diese Ansicht bestehen erhebliche Bedenken.

Der §. 52 des Hypothekengesetzes lautet: „Werden bloß rückständige Zinsen eines im Hypothekenbuche eingetragenen Kapitals von den letzten zwei Jahren gefordert, so ist auf die schriftlich oder mündlich angebrachte, jedoch entweder mit dem Hypothekenbriefe oder mit einem beglaubigten Auszuge aus dem Hypothekenbuche bescheinigte, Klage dem Schuldner aufzutragen, den geforderten Rückstand binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Exekution zu bezahlen. Der Schuldner darf mit keiner Einrede gehört werden, welche er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann. Auf weiteres Anrufen des Gläubigers wird, im Mangel einer solchen Einrede, sofort mit der Exekution verfahren. Diese kann in keinem Falle durch ein Rechtsmittel aufgehalten werden; dem Schuldner bleibt jedoch, nach geschahener Zahlung, die Rechtsverfolgung vorbehalten. Hinsichtlich älterer Zinsrückstände bleibt es bei den Vorschriften der Prozeßordnung.“

Schon nach dem Wortlaute dieses §. ist die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes ausgeschlossen; überall ist nur von dem Schuldner, d. h. dem persönlich Verpflichteten die Rede, während in andern Stellen des Hypothekengesetzes genau zwischen diesem und dem dritten Besitzer unterschieden wird, wenn es sich von einer Verbindlichkeit des letzteren und einer Veredytigung gegen ihn handelt.

Aber auch andere Anhaltspunkte sprechen für die Unzulässigkeit der Hypothekenzinsklage dem dritten Besitzer gegenüber. Der §. 52 des Hyp. Ges. steht unter der generellen Rubrik „Wirkungen der Hypotheken,“ und es handeln hier die §§. 42 und 43 von diesen Wirkungen hinsichtlich der Forderung, die §§. 44 — 48 in Ansehung des Schuldners, die §§. 49 — 53 in Ansehung des Gläubigers, die

§§. 54—58 in Ansehung des dritten Besitzers. Nun ist in Hinsicht der Forderung allerdings bestimmt, daß auch der dritte Besitzer für die Zinsen des laufenden und unmittelbar vorhergegangenen Jahres mit dem Hypothekenobjekte hafte, allein in Ansehung des dritten Besitzers ist nirgends bestimmt, daß gegen ihn nach §. 52 des Hyp. Ges. verfahren werden dürfe, eine Bestimmung, die das Gesetz gewiß getroffen hätte, wenn es dieselbe gewollt hätte, und gerade aus der Stellung der einzelnen §§., wonach zuerst von dem Schuldner, dann von dem privilegierten Verfahren, das dem Gläubiger gegen diesen zusteht, und dann erst von dem dritten Besitzer gesprochen wird, muß gefolgert werden, daß es nicht in der Tendenz des Gesetzes lag, dieses Verfahren auch gegen den dritten Besitzer zu gestatten.

Der §. 49 des Hypothekengesetzes räumt dem Hypothekgläubiger das Recht ein, den Schuldner aus dem Rechtsgeschäfte, wofür die Hypothek erworben wurde, persönlich zu belangen oder die dingliche Klage mit der persönlichen zu verbinden oder die dingliche Klage gleich allein anzustellen. Aus der Zusammenstellung dieser Alternativen geht mit Evidenz hervor, daß hiebei dem Gesetzgeber nur der Fall vor Augen schwebte, daß Schuldner und Besitzer des Hypothekenobjekts identisch sind, weil die beiden ersten Alternativen gegen den dritten Besitzer nicht Platz greifen können und die Haftbarkeit des dritten Besitzers besonders bestimmt ist. Ganz dieselbe Auffassung liegt aber auch dem §. 52 des Hyp. Ges. zu Grunde.

Dafür spricht vor Allem die Ausdehnung, welche der Hypothekenzinsklage gegeben wurde. Dieselbe erstreckt sich auf die Zinsen der letzten zwei Jahre mit Ausschluß des laufenden Zinsjahres oder Zinstermins (wenn dieser ein kürzerer, z. B. ein halbjähriger

ist); bezüglich der Zinsrate aus diesem laufenden Zinstermin findet sie nicht statt³⁾;

Der dritte Besitzer haftet aber mit dem Hypothekenobjekte nicht für die Zinsen aus diesem ganzen Zeitraum, sondern, wie erwähnt nur für die des laufenden und unmittelbar vorhergegangenen Jahres. Aus dieser Ausdehnung der Hypothekenzinsklage geht hervor, daß das Gesetz hierbei an den dritten Besitzer gar nicht dachte, weil es sonst nicht eine Bestimmung hätte treffen können, die für diesen gar nicht passend ist.

Dafür spricht weiter, daß der Schuldner zur Zahlung bei Vermeidung der Exekution aufgefordert wird. Es ist hier nicht gerade ausgesprochen, daß die Exekution an dem Hypothekenobjekte statt finden müsse, was allein gerechtfertigt sein kann, wenn der dritte Besitzer der Beklagte ist, sondern das Gesetz hat dem Kläger die Wahl des Exekutionsobjektes überlassen, also auch hier die oben erwähnte Alternative im Sinne gehabt, d. h. sich den Schuldner und Besitzer identisch vorgestellt, weil die Exekution in ein anderes als das Hypothekenobjekt nur bei der persönlichen Klage statt finden kann.

Dafür spricht ferner die Bestimmung, daß der Schuldner mit keiner Einrede gehört werden darf, die er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann. Diese Strenge ist, vom legislativen Standpunkte aus betrachtet, nur dem Schuldner gegenüber gerechtfertigt, nicht auch dem dritten Besitzer gegenüber. Diesem, der oft entfernt von dem Schuldner und resp. früheren Besitzer wohnt, kann nicht zugemuthet werden, binnen der so kurz gestatteten Frist Einreden und deren Beweismittel, die er selbst nicht kennt, bei dem früheren

³⁾ Gönner a. a. O. S. 432. H. M. Arnold a. a. O. Anm. 2.

Besitzer zu erholen; eine Verlängerung der Frist zum Vorbringen von Einreden, für welche überhaupt gar keine Frist vorgestreckt wurde, kann aber wohl nicht gegeben werden ⁴⁾).

Dafür spricht endlich der Schlußsatz des §. 52 des Hyp.Ges., daß es bezüglich älterer Rückstände bei den Vorschriften der Prozeßordnung bleibe. Für solche ältere Rückstände an Zinsen haftet der dritte Besitzer nie ⁵⁾).

Es ist also nicht nur nach dem Wortlaute, sondern auch nach dem Inhalte des §. 52 des Hyp.Ges. nur von dem Schuldner, der zugleich Besitzer ist, die Rede, und da der Hypothekenzinsklage nicht auch, wie dieß bei der Hypothekklage der Fall ist, gegen den dritten Besitzer erwähnt wird, wird sich eine extensive Interpretation für die Zulässigkeit der Hypothekenzinsklage gegen letzteren kaum rechtfertigen lassen.

Der §. 58 des Hypothekengesetzes spricht von den Regreßansprüchen des dritten Besitzers, wenn er durch die dingliche Hypothekklage aus dem Besitze des Gutes gekommen ist.

Nirgendes wird aber von den Regreßansprüchen des dritten Besitzers gesprochen, wenn er durch die dingliche Hypothekenzinsklage aus dem Besitze gekommen ist, welcher Fall bei ihrer Zulässigkeit ge-

⁴⁾ Der Beklagte kann wohl, statt Zahlung zu leisten, wie im unbedingten Mandatsprozeße Einreden vorbringen, es müssen ihm aber doch solche vor der Exekution schon zu Gebote stehen, er muß sie kennen, ehe die Frist abläuft und die Exekution vollzogen wird. So kann er z. B. nicht wissen, ob der Schuldner, resp. frühere Besitzer schon Zahlung geleistet hat oder nicht.

⁵⁾ Abgesehen natürlich hier wie auch sonst von der Uebernahme der Verbindlichkeiten des Schuldners als eigene Schuld.

gen den dritten Besitzer natürlich eintreten kann, und in welchem Falle, weil das Gesetz ausdrücklich nur bei der Hypothekklage einen Negreß gestattet, ein solcher bei der Hypothekenzinsklage nicht statt finden könnte, was die offenbarste Ungerechtigkeit wäre; es liegt also auch hierin ein Grund für die Unzulässigkeit der Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer.

Man könnte zwar einwenden, daß die Hypothekenzinsklage (gleichwie die Hypothekklage) dem dritten Besitzer gegenüber gar keine eigentliche dingliche Klage sei, indem eine Schuldforderung eingeklagt werde⁶⁾, daher auch gegen den dritten Besitzer wie gegen den ursprünglichen Schuldner verfahren werden müsse; allein abgesehen davon, daß die Ansicht, die Hypothekklage (und Hypothekenzinsklage) dem dritten Besitzer gegenüber sei nicht rein dinglicher Natur, kontrovers ist, und namentlich auch den Wortlaut des Gesetzes gegen sich hat, welcher sie als dingliche Klage dem dritten Besitzer gegenüber ausdrücklich bezeichnet⁷⁾ und eine persönliche Klage nur in dem Falle zuläßt, wenn der dritte Besitzer für die übernommenen Forderungen als Schuldner eingetreten ist⁸⁾, welche Eigenschaft ihm also außerdem nicht anhebt, kann auch bei der Richtigkeit der erwähnten Behauptung in dieser kein Grund liegen, das Verfahren nach §. 52 des Hyp.Ges. gegen den dritten Besitzer auszudehnen, weil Wortlaut und Sinn des Gesetzes von dieser Ausdehnung nichts weiß und die Haftbarkeit des dritten Besitzers durch das Verfahren selbst nicht alterirt wird.

Es liegt auch darin keine Gefährdung für die Hypothekgläubiger, wenn man die Hypothekenzinsklage

⁶⁾ Vgl. die oben Anm. 1 angeführte Stelle aus Seufferts Komm. z. O.D. und die dort allegirten Stellen. S. auch Bl. f. R.N. Bd. XX Erg. Bl. S. 14.

⁷⁾ §§. 57 und 58 des Hyp.Ges.

⁸⁾ §. 56 u. f. des Hyp.Ges.

gegen den dritten Besitzer nicht gestattet, weil dieser mit dem Hypothekenobjekte doch nie weiter haften kann, als es die §§. 42 und 54 des Hypothekenobjekts vorschreiben, und weil, wenn ein Hypothekenobjekt, bei welchem zweijährige Zinsen im Rückstande sind, auf einen neuen Besitzer übergeht, dem Gläubiger doch nichts übrig bleibt, als wegen der Zinsen aus dem Zeitraume, der außerhalb der Sphäre dieser Haftbarkeit des dritten Besitzers liegt, die persönliche Klage gegen den früheren Besitzer resp. Schuldner geltend zu machen. Wie der Gläubiger auf der einen Seite hier in Folge seines Zuwartens gegen seinen Schuldner die dingliche Klage verloren hat, so verliert er in Folge desselben Zuwartens das privilegirte Verfahren überhaupt dem dritten Besitzer gegenüber; haftbar bleibt ihm dieser aber ja immer nach §. 42 und §. 54 des Hyp. Ges. und er kann diese Haftbarkeit in jedem anderen zulässigen Verfahren in Anspruch nehmen.

Die Autorität Gönners, als Verfassers des Hypothekengesetzes, kann nicht zur Entkräftung der hier vertretenen Ansicht geltend gemacht werden, da der Inhalt und Wortlaut dieses Gesetzes der Ansicht Gönners widerspricht.

Aber selbst, wenn man die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer zulassen wollte, könnte sich diese nur auf das letztverflossene Zinsjahr, nicht auch auf den Zins des laufenden Zinsjahres erstrecken. Für ein weiter zurückliegendes Zinsjahr, als das letztverflossene, haftet der dritte Besitzer, wie erwähnt, nicht, und ein Zins muß erst verfallen sein, wenn er eingeklagt werden will. Wollte man die Hypothekenzinsklage dem dritten Besitzer gegenüber, so weit als er überhaupt mit dem Hypothekenobjekte haftet⁹⁾, also auch auf den Zins des laufenden Zins-

⁹⁾ Gönners a. a. O. kommt mit sich selbst in Widerspruch, da er die Hypothekenzinsklage für den Zins

jahres erstrecken, so würde man zu der Anomalie kommen, daß der Hypothekgläubiger den alle acht oder vierzehn Tage oder alle Monate u. verfallenen Zins immer besonders mit der Hypothekenzinsklage einklagen könnte; der dritte redliche Besitzer wäre also viel schlimmer daran, als der Schuldner und resp. frühere Besitzer des Hypothekenobjectes. —

Verschieden von der hier erörterten Frage, die nur den Fall vor Augen hat, daß der Zins verfallen war, ehe das Hypothekenobject in den Besitz eines neuen Erwerbers kam, ist die Frage von der Haftung des neuen Erwerbers für die während seines Besitzes verfallenen Zinsen. Denn wenn er auch aus der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nicht entnehmen kann, daß aus der Zeit vor seinem Erwerbe Zinsen rückständig sind, so muß er doch hie-
raus ersehen, daß auf dem erworbenen Immobile verzinsliche Hypothekkapitalien lasten. Die wäh-
rend seines Besitzes verfallenden Zinsen erscheinen daher als seine eigene Schuld¹⁰⁾; für diese Zinsen kann er also gerade wie der frühere Besitzer und ursprüngliche Schuldner mit der Hypothekenzinsklage belangt werden. Kleiner.

Nachschrift des Herausgebers. Im Comment. II. d. OÖ. handelt es sich nicht von dem civilrechtlichen Umfange der Zinsenforderung, sondern nur von dem prozeßrechtlichen Umfange der im §. 52 des Hyp. Ges. bestimmten Art des Verfahrens. Es versteht sich von selbst, daß die Grenzen der civilrechtlichen Haftung, wie überhaupt die Einlagungs-Befugnisse, so auch die Geltendmachung in einer günstigeren Art des Verfahrens begränzen. Indessen erscheint ein Zusatz

des laufenden Jahres ausschließt und sie doch in dieser Richtung gegen den dritten Besitzer zuläßt.

10) Öbner a. a. O. S. 448.

zu der betreffenden Stelle des Kommentars (Auff. II. Bd. II. S. 75 Nr. 3.):

„so weit derselbe (vgl. §. 42 des HGB.) für die Zinsen der Hypothekforderung haftet“
immerhin als angemessen.

In der Hauptsache ist die scharfe und gründliche Kritik, welcher die im Kommentar adoptirte Ansicht in vorstehendem Aufsatze unterzogen wird, wohl geeignet, Zweifel über die Richtigkeit derselben zu erwecken. Insbesondere hat die Annahme des Verfassers, daß bei Abfassung des §. 52 an den dritten Besitzer nicht gedacht worden, sehr gewichtvolle Gründe für sich. Aber aus dem Umstande, daß die Frage der Erstreckung auf den dritten Besitzer dem Gesetzgeber nicht vorgeschwebt haben mag, läßt sich nicht auf dessen Intention schließen, daß eigenthümliche Verfahren des §. 52 gegen den dritten Besitzer nicht eintreten zu lassen. Mit dem §. 49 des HGB. beginnt eine auch den §. 52 umfassende Unterabtheilung, zu Normen über die Wirkungen der Hypothek in Ansehung des Gläubigers bestimmt. Diese Unterabtheilung hat es mit Vorschriften darüber zu thun, welche Rechtsverfolgungsmittel und Wege dem Gläubiger zufolge der erworbenen Hypothek zu Gebote stehen, ohne daß die Beantwortung der Frage, ob und wiefern er sich dieser Mittel und Wege nur gegen den Schuldner oder auch gegen den dritten Besitzer der Hypothekfache bedienen könne, im Bereiche der nächsten Aufgabe lag. Eben deswegen ist dem Umstande, daß in §. 52 nur auf den gewöhnlichen, der Erstwägung sich zunächst darbietenden Fall der Verklagung des Schuldners Bezug genommen wurde, keine ausschließende Bedeutung beizumessen. Hätte der Gesetzgeber die Bestimmungen des §. 52 in ihrer Wirkung auf die Richtung gegen den Schuldner zu beschränken beabsichtigt, so würde er ihnen

wohl einen Platz in der dritten Unterabtheilung (von den Wirkungen der Hypothek in Ansehung des Schuldners) gegeben haben; etwa nach dem ersten Absätze des §. 46, indem die Beschränkung im Gebrauche der dem Schuldner etwa zustehenden Einreden eine wesentliche Eigenschaft der im §. 52 eingeführten Hypothekenzinsklage bildet. Die fünfte Unterabtheilung (Wirkungen der Hypothek in Ansehung des dritten Besitzers) steht in einem Gegensatzverhältnisse, wohl zur dritten, nicht aber zur vierten Unterabtheilung (in Ansehung des Gläubigers), so daß sich die Bestimmungen dieser vierten gleichmäßig auf den Inhalt der dritten wie der fünften beziehen lassen, ohne daß dafür besondere Hinweisungen auf die einzelnen Sen vorliegen müßten. Allerdings passen einige Bestandtheile des §. 52 nicht auf den dritten Besitzer; aber dieser Umstand bestätigt nur die Annahme, daß man bei Abfassung des §. 52 die besondere Lage des dritten Besitzers nicht vor Augen gehabt und nicht in Erwägung gezogen habe. Eben so wenig hat der Gesetzgeber bei Abfassung der Schlußstelle des (gleichfalls zur vierten Unterabtheilung gehörigen) §. 53 den Gegensatz von Schuldner und drittem Besitzer vor Augen gehabt. Gleichwohl wird Niemand behaupten wollen, daß die Worte:

„Toboch kann der Schuldner den Pfandinhaber, ohne Zuziehung des Verpfänders, nicht bezahlen“

auf den dritten Besitzer keine Anwendung finden, und dieser (zur Freimachung seines neuerworbenen Besitzthums) den Pfandinhaber ohne Zuziehung des Verpfänders bezahlen könne. Man erkennt aus der Vergleichung dieser Gesetzstelle, daß ein den dritten Besitzer nicht ausschließender Gebrauch des Wortes „Schuldner“ unserem Gesetzgeber wohl zutrauen ist. Dafür, daß die Richtung gegen den

britten Besitzer nicht ausgeschlossen werden wollte, mag allerdings Gönnert's Meinungsäußerung zur Gewähr dienen, wenn man auch guten Grund haben mag, diesen Kommentator als Bürgen für die positive Annahme, daß die Erstreckung auf den dritten Besitzer speziell beabsichtigt war, nicht gelten zu lassen. Der Erstreckung steht jedenfalls (was für den Standpunkt der analogen Anwendung von Gewicht) auch die ratio juris zur Seite; diese ist immer darauf gerichtet, dem Berechtigten so sicher und rasch, als möglich, zum Genuße seines Rechtes zu verhelfen.

Diese Gründe sprechen für die im Kommentar adoptirte Meinung. Eine Entscheidung der sehr zweifelhaften Frage im Wege der Gesetzgebung oder durch die Autorität eines oberstrichterlichen Plenarbeschlusses wäre zu wünschen.

In den Motiven eines Erf. v. 23. Nov. 1855 (Reg.Nr. 1503⁵⁴/₅₅) hat sich der oberste Gerichtshof, wie folgt, ausgesprochen:

„So wenig der ursprüngliche Schuldner und frühere Besitzer des Hypothekenobjekts sich gegen den Anspruch auf sofortige Entrichtung der nach §. 52 des Hypothekengesetzes bevorzugten Zinsen dadurch allein schützen kann, daß er Einwendungen gegen die Kapitalforderung erhebt, eben so wenig kann dies ein späterer Besitzer, eben weil in diesem zur Aufrechthaltung und Befestigung des Credits eingeführten beschleunigten Verfahren nur sofort liquiderliche Einreden gegen den Rechtsbestand der Forderung, hinsichtlich des Kapitals sowohl als der Zinsen, Berücksichtigung finden können.

Der eventuelle Antrag, die Zinszahlung auf die Zeit vom 24. Dez. 1852 an zu beschränken, stützt sich auf §. 42 des Hypothekengesetzes, wonach sich die Hypothek nur auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorhergegangenen Jah-

reß erstreckt; dann auf §. 43, wonach wegen weiterer Rückstände an bedungenen Zinsen gegen den dritten Besitzer das dingliche Recht auf die hypothekirte Sache nicht geltend gemacht werden kann. Dieß ist nun allerdings richtig; allein in demselben §. 43 ist auch weiter bestimmt, daß wegen dieser weiter rückständigen Zinsen durch besondere Eintragung eine eigene Hypothek erworben werden kann, deren Wirksamkeit gegen dritte Besitzer der Sache von der Zeit ihrer Eintragung anfängt; und diese besondere Hypothek ist im vorliegenden Falle vom Gläubiger dadurch erworben worden, daß er spezielle Zinsenkautio in einem dessen gegenwärtige Zinsforderung erreichenden Betrage hat eintragen lassen. Diese Thatfache ist beklagterseits nicht bestritten; dagegen wird behauptet, die Kautio sei nur Sicherungsmittel für die privilegierten zweijährigen Zinsen, wenn nicht der Eintrag auf einen bestimmten Betrag älterer Zinsrückstände erfolge. Eine solche Behauptung ist aber im Gesetze nicht begründet; auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorhergehenden Jahres erstreckt sich die Hypothek schon dem Gesetze nach, dieselben bedürfen daher keiner besonderen Sicherung; die Behauptung aber, daß die durch Eintragung einer Kautio¹¹⁾ für weitere Zinsen erlangte Hypothek wirkungslos sei, wenn sie in höherem Betrage stattgefunden als zur Deckung der Zinsen auf zwei Jahre, ausschließlich des laufenden, erforderlich, ist von der Art, daß eine ernstliche Widerlegung als offenbar überflüssig erscheint.“

¹¹⁾ Dieser Ausdruck ist hier gebraucht im Gegensatze eines Eintrags zur Sicherung bestimmter Zinsrückstände von angegebenem Betrage.

Mittheilungen aus der Praxis.

Mithut auf einer Gemeindefurk, dem Weiderechtigen gegenüber. Eidesleistung durch Einige aus einer größeren Anzahl von Streitgenossen.

Vgl. Bb. X S. 28; Bb. XI S. 155; Bb. XIII S. 384, 308; Bb. XVI S. 92; Bb. XIX S. 77.

Es handelte sich in einem Rechtsstreite von der Mithut auf der Furk G., welche der größere Theil der dortigen Grundeigenthümer dem Weiderechtigen gegenüber in Anspruch nahm. Von Seite der Kläger sollte ein Haupteid geschworen werden. In dieser Beziehung wurde darüber gestritten, ob alle klägerische Streitgenossen zu schwören schuldig seien, oder ob die Eidesleistung durch Einige derselben genüge. Hierüber sagen die Motive der obersterichterlichen Entscheidung:

Allerdings kann im Falle der Theilbarkeit des Streitgegenstandes die Ableistung des Eides nur von Einem oder Einigen der Streitgenossen den übrigen nichts nützen, und die Verweigerung desselben von Seite der Andern Denjenigen, welche schwören, auch nicht präjudizieren. Denn es streitet hier jeder der Konsorten für seinen Antheil, und die zugelassene Klagenhäufung begründet die Folgerung nicht, daß die Ableistung des Eides von Seite des Einen den Andern zu gut komme. Bei der Untheilbarkeit des rechtlichen Interesse jedes Streitgenossen an dem Streitobjekt, und dem auf das ganze Rechtsverhältniß gerichteten Zweck der Klage für jeden Einzelnen dagegen muß der Deferent in Ansehung des Ganzen unterliegen, wenn auch nur ein und der andere der Streitgenossen durch Ableistung des Eides den Sieg erringt. Wenn auch nicht von Allen geschworen, erstreckt sich der Eid doch immer auf das ganze Rechtsverhältniß,

fr. 28 pr. §. 3 de jurejur. (12, 2), und aus diesem Grunde kann dem Deferenten das Recht nicht eingeräumt werden, die das ganze Rechtsverhältniß erfassende Wirkung des Eides davon abhängig zu machen, daß jeder einzelne Streitgenosse denselben ableiste.

Die Behauptung der Revidentin nun, daß vorliegend jeder der klägerischen Konsorten nur wegen seines Grundstücks klagend aufgetreten sei, ist unrichtig. Denn die Klage bestreitet wörtlich. daß ausschließende Schafhutrecht der Beklagten auf der Gohmannsdorfer Markung. Auch das Petition der Klage geht dahin, daß erkannt werde, es stehe der Beklagten. daß ausschließende Hutrecht auf Gohmannsdorfer Markung nicht zu. Eben so wird sich in der Exzeption für die Ausschließlichkeit des fraglichen Rechts auf den Umstand gestützt, daß die Gohmannsdorfer Ortsnachbarn vor 40 Jahren das Mithüten auf den fraglichen Distrikten der Markung unternommen, der Gohmannsdorfer Schäfer sich aber mit seinen Schafen auf sofortige Protestation des gutsherrlichen Schäfers entfernt, daß sodann auch der gutsherrliche Beamte bei der Gemeinde Gohmannsdorf und den dortigen Einwohnern eine schriftliche Protestation eingelegt, und daß die Gohmannsdorfer sich dabei beruhigt hätten. Auch wurde früher der Einwand des Mangels der legit. ad causam act. eben deswegen verworfen, weil es sich um eine Markungsangelegenheit handle. Aus den Verhandlungen ergibt sich also, daß nicht das Hutrecht auf dem einzelnen Grundstück jedes einzelnen Klägers den Streitgegenstand ausmacht, sondern daß es sich von der Gohmannsdorfer Markung als dem praedium serviens handelt, von dem Rechte der Mithut, welches für die Ortsnachbarn aus dem Gemeinde- und Markungsverbände — jure communitatis — sich ableitet und auf einer gegenseitigen Weide-

servitut unter den grundbesitzenden Ortsnachbarn beruht, indem das Grundstück jedes Einzelnen als Theil der Markung zugleich ein herrschendes und ein dienendes Gut ist. Dieses Rechtsverhältniß ist vorliegend in Frage, weil die Beklagte durch das ihr auf der Markung als solcher zustehende Huthrecht die Koppelhut der Ortsnachbarn auf der Markung ausschließen will. Das Interesse eines jeden der Kläger umfaßt nothwendig gegenüber der Beklagten das Mithuthrecht aller Mitkläger auf den mit dem Huthrecht der Beklagten belasteten Distrikten der Markung, und ist sohin kein theilbares. Die Beklagte könnte nicht gegen einen Theil der Kläger ein ausschließendes und gegen den andern ein konkurrirendes Weiderecht haben, ohne dadurch den letzteren in dem Weiderecht, welches unter den grundbesitzenden Ortsnachbarn gegenseitig besteht, zu beeinträchtigen, und ihm den Erfolg des prozessualischen Sieges wieder zu entziehen.

Auß diesen Gründen wurde das zweitrichterliche Erkenntniß, auf Eideleistung durch Schwurmänner aus der Mitte der Kläger, oberstrichterlich bestätigt.

DAGE. v. 11. Januar 1853. Nr. 1632¹⁸/₄₉.

Philipp Geigel,

Oberappellationsgerichtsrath in Ruhestand.

Nekrolog ¹⁾).

Die Gebrechen unserer Rechtspflege lassen eine gründliche Heilung nur von der Gesetzgebung hoffen; aber eine Milderung ihrer nachtheiligen Einflüsse kann durch Doctrin und Praxis herbeigeführt werden; durch eine sich vom Buchstaben-Kultus emanzipirende, vom Geist der Gesetze und den Grundgedanken der Rechtsinstitute be-

¹⁾ Vgl. Allgemeine Zeitung vom 12. Dec. 1855 S. 5521.

seelte Auslegung, durch weises Maßhalten in Handhabung der formellen Vorschriften, durch Widerstand gegen Schlenkrian und Nummernerledigungssucht, durch warmen Eifer für den Sieg des materiellen Rechtes. Wie einst auf Anregung von Labeo „ingenii qualitate et fiducia doctrinae“ die Bahn zu vielen Verbesserungen gebrochen wurde²⁾, so ist auch in unseren Tagen das ernste Streben vaterländischer Rechtsgelehrten nicht ohne Frucht geblieben, und manche der Neuzeit angehörige Aenderung in Behandlung der Aufgaben des Richteramtes ist der Sache der Gerechtigkeit wahrhaft zu Gute gekommen. Zu den Männern, welche sich in solcher Weise um Vaterland und Gerechtigkeit rühmendwerthe Verdienste erwarben, gehört ein am 1. Nov. 1855 verstorbener Mitarbeiter unserer Zeitschrift, Oberappellationsgerichtsrath Philipp Weigel aus Würzburg (geb. den 15. Sept. 1791). Es war ein biederer, fester, nicht minder menschenfreundlicher Justizmann, der Pflege des guten Rechtes nicht nur mit allen Kräften seines wohlbegabten Geistes, sondern auch mit dem warmen Herzen zugethan. Dieser lebendige Berufseifer machte ihn auch zum Schriftsteller. Es drängte ihn, der erkannten Wahrheit auch außer der Sphäre seines amtlichen Wirkens Geltung zu verschaffen. *Jhr. v. Zuchne's Beiträge und Zeitschrift* und die *Blätter für Rechtsanwendung* haben eine Reihe von praktischen Erörterungen aus Weigel's Feder, und damit eben so viele Bereicherungen der betreffenden Doctrin geliefert. Er hatte die Gabe, seine Aufgabe am rechten Flecke anzugreifen und den Kern der Frage gehörig herauszuschälen; mit Umsicht erwog er alle praktischen Beziehungen und Verwicklungen des nächsten Gegenstandes seiner Betrachtung, und bewährte in Aufstellung und Ausführung seiner Meinung überall den gründlich forschenden selbstständig und scharf denkenden Geist. Die wissenschaftliche Bearbeitung seines heimathlichen, des fränkisch-würzburgischen Rechtes war die mit Vorliebe gepflegte Beschäftigung in der Muße seiner letzten Lebensjahre. In Folge eines im J. 1853 erlittenen Schlaganfalls hatte er sich genöthigt gesehen, um Beruhigung in den Ruhestand nachzusuchen.

²⁾ Vgl. fr. 2 §. 47 de origine juris (2, 1).

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die rechtliche Eigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung. — Haftung des f. Gläub. für Beschädigungen durch Beamtennachlässigkeit, insbesondere bei Erhebung und Verabsolung von Insektationsgebühren. Einfluß dienstlicher Personalveränderungen. — Arrest zur Sicherung des später Vorkommenden. Leiste auf eine Reihe von Jahren. — Streitigkeit darüber, ob eine Grundfläche Uferländerel oder Bestandtheil des Flußbettes sei?

Ueber die rechtliche Eigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung.

Von Franz Samhaber.

Durch Erkenntniß vom 5. November 1855 in Sache B. von H. und vom 24. desselben Monats in Sache J. R. von J. hat sich der oberste Gerichtshof dahin ausgesprochen, die gewerbmäßige Gutszertrümmerung sei nicht Polizeiübertretung, sondern Vergehen.

Die gegentheilige Ansicht, welche von den f. Appellationsgerichten zu Neuburg und Aschaffenburg in den zwei bewegten Untersuchungsfachen vertreten wurde, und auch des Beifalles angesehenen Mitglieder der f. Staatsanwaltschaft sich bereits zu erfreuen hatte, dürfte aus so überwiegenden Gründen den Vorzug verdienen, daß ein Versuch, diese Auffassung zu rechtfertigen, wohl am Platze sein mag.

I.

Sieht man von den oberstrichterlichen Gegenständen vorläufig ab, so ergeben sich zunächst fol-

Neue Folge I. Band.

gende in den erwähnten Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes nicht näher gewürdigte Weise dafür, daß die gewerbmäßige Gutzzertrümmerung den „Polizeiübertretungen“, jedenfalls „denjenigen Uebertretungen, welche weder Verbrechen noch Vergehen sind,“ angehöre.

1) Unter eine höhere Klasse des Straffsystems läßt sich eine verbotene Handlung nur dann einreihen, wenn das Gesetz die schwerere Qualifikation unzweideutig sanktionirt hat; wie die Strafe überhaupt, so setzt auch der höhere Strafgrad eine gesetzliche Vorschrift voraus.

In Bayern knüpfen sich an den Begriff „Vergehen“ so tiefeingreifende staatsbürgerliche Folgen (Ausschluß von jeder Theilnahme an Gemeinde-, Distrikts- und Kreisvertretung), daß doppelter Grund besteht, eine strafbare Handlung nur bei zweifellos nachgewiesenem Willen des Gesetzgebers den „Vergehen“ beizuzählen.

Die gewerbmäßige Gutzzertrümmerung nun ist in den Gesetzen, insbesondere in dem Spezialgesetz vom 28. Mai 1852, weder ausdrücklich noch mittelbar als „Vergehen“ erklärt, indem namentlich das Wort „Gefängniß,“ wie später zu zeigen, hier für keineswegs entscheidet; schon wegen Mangel einer die Vergehenseigenschaft klar feststellenden Rechtsnorm muß daher diese Qualifikation Beanstandung finden.

2) Das Strafgesetzbuch von 1813 bezeichnet in Art. 2 Abs. 3 des ersten Theiles die „Vergehen“ als Rechtsverletzungen — ein Erforderniß, welches bei Aufstellung der einzelnen Vergehen folgerichtig durchgeführt und in zahlreichen Stellen der Anmerkungen betont worden ist; dagegen werden die „Polizeiübertretungen“ in dem nämlichen Art. 2 (vgl. Anmerk. Bb. I S. 79–80) zunächst

und prinzipmäßig definiert als „Handlungen oder Unterlassungen, welche zwar an und für sich selbst Rechte des Staates oder eines Unterthanen nicht verletzen, jedoch wegen der Gefahr für rechtliche Ordnung und Sicherheit unter Strafe verboten oder geboten sind.“

Eine feiner Mißdeutung fähige Paraphrase des grundsätzlichen Unterschiedes zwischen Verbrechen und Vergehen einerseits und Polizeiübertretungen andererseits findet sich in den Anmerkungen zum Strafgesetzbuch (Bd. I S. 23—25; vgl. auch S. 69): die der Justizgewalt anheimfallenden Thaten, d. h. eben die Verbrechen und Vergehen, sind „unerlaubte Handlungen, welche unmittelbar den äußeren Rechtszustand stören; welche eine Verletzung der Rechte des Staates oder eines Privaten enthalten, oder wenigstens nach ihrer äußeren Beschaffenheit und nach der Absicht des Handelnden auf einen Angriff oder eine Verletzung solcher Rechte gerichtet sind.“ Handlungen dieser Art „sind unerlaubt aus rein juristischen Gründen; sie sind es zu allen Zeiten, unter allen Verhältnissen; ihr Verbot ist mit unauslöschlichen Zügen in das Herz eines jeden vernünftigen Menschen geschrieben.“ — Die „Polizeiübertretungen“ hingegen werden geschildert als „Handlungen, welche zwar nicht unmittelbar eine Verletzung oder Störung des Rechtszustandes enthalten, aber wegen ihrer nachtheiligen Folgen für die öffentliche Ordnung oder wegen ihres mittelbaren Einflusses auf Sicherheit, Sittlichkeit und Wohlstand dem Staate nicht gleichgültig sein können, daher unter Strafe geboten oder verboten werden müssen.“ Die Handlungen dieser zweiten Art „sind oft, an sich betrachtet und abgesehen von ihren möglichen Folgen, rechtlich gleichgültig, sie werden aus rein politischen Gründen verboten und hängen von Zeiten, Umständen, Charakter und Sit-

ten der Nationen, besonderen Einrichtungen und anderen zufälligen Umständen ab.“

Zwar sind die prinzipiellen Gränzen der „Polizeiübertretungen“ durch Aufnahme gewisser geringerer Rechtsverletzungen einigermaßen erweitert worden; keineswegs aber hat umgekehrt das Gebiet der „Vergehen“ einen Zuwachs aus solchen Handlungen gewonnen, die begriffsmäßig den „Polizeiübertretungen“ angehören.

Wendet man nun die Legaldefinitionen des Strafgesetzbuches von „Vergehen“ und „Polizeiübertretungen“, dann die eben ausgehobene Charakteristik der Anmerkungen über beide Arten strafbarer Handlungen auf die gewerbmäßige Gutszertrümmerung an, so läßt sich keinen Augenblick zweifeln, daß dieselbe einzig unter den Begriff „Polizeiübertretung“ paßt.

Die Parzellirung des landwirthschaftlichen Grundbesitzes, Jahrzehnte hindurch von der Staatsgewalt positiv gefördert und auch jetzt noch an sich völlig erlaubt, wird nur durch subjektive Bedingungen: durch die dreimal bethätigte gewinnsüchtige Absicht — in ein verpöntes Unternehmen umgewandelt; auch bei gewerbmäßigem Betrieb fehlt allenthalben das Merkmal „Rechtsverletzung.“ Das Gesetz, die gew. Gutzg. betr. vom 28. Mai 1852, entbehrt durchaus eines juristischen Fundamentes und ist lediglich aus Gründen des öffentlichen Wohles, aus staatswirthschaftlichen und politischen Rücksichten in's Dasein getreten. Die gewerbmäßige Gutszertrümmerung ist bei der bermaligen besorgnißverweckenden Atomisirung des Bodens für unverträglich erachtet worden nicht mit dem äußeren Rechtszustande, sondern mit den Anforderungen der Volkswirtschaft und Politik; die gewerbmäßige Gutszertrümmerung erscheint als eine Auflehnung gegen die Wirthschaftspolizei des Staates, daher

recht eigentlich als „Polizeiübertretung“ — als ein mustergültiges Beispiel zur Veranschaulichung des Wesens von „Polizeiübertretung“, wie solches in den Anmerk. 3. StGB. Bd. I, S. 23–25 entwickelt wird, während die Einreihung unter die „Vergehen“ bei dem Mangel des hierzu wesentlichen Merkmals „Rechtsverletzung“ sich als unzulässig darstellt.

3) Auch nach den Forschungen der Wissenschaft wie nach allen Gesetzgebungen der Neuzeit, insbesondere den bayerischen Entwürfen, sind die „Vergehen“ in der Regel aus dem Gesichtspunkte der Rechtsverletzung, die geringeren „Übertretungen“ aber (die in unserem bis jetzt geltenden Straffsysteme sogenannten „Polizeiübertretungen“ in überwiegendem Umfange aus dem Gesichtspunkte der Rechtsgefährdung oder der Unverträglichkeit mit dem öffentlichen Wohle mit Strafe bedroht; nur wenige Handlungen, die nicht zu den Rechtsverletzungen zählen, welche aber dafür (was bei der gewerbmäßigen Gutzertümmung nicht zutrifft) die sittliche Weltordnung und damit die Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaft und des staatlichen Lebens antasten, sind hier und da in die Klasse der „Vergehen“ aufgenommen. Demnach kann, auch abgesehen von dem (übrigens gerade vom obersten Gerichtshofe gewählten) Sonderstandpunkte des Strafgesetzbuches von 1813 nebst Anmerkungen hierzu, die gewerbmäßige Gutzertümmung ihrem inneren Wesen nach nur als „Übertretung“ oder „Polizeiübertretung“, nicht als „Vergehen“ aufgefaßt werden, wie denn auch der im Jahre 1854 veröffentlichte, mithin dem Gesetze über die gewerbmäßige Gutzertümmung vom 28. Mai 1852 nachgefolgte, Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen diesem Reate keine Stelle eingeräumt hat.

4) Zu den bisherigen allgemeineren Erwä-

gungen gesellen sich Gründe aus dem eben erwähnten Spezialgesetze vom 28. Mai 1852, dessen Art. 7 verordnet:

„Die Untersuchung und Aburtheilung der Uebertretungen des gegenwärtigen Gesetzes richtet sich sowohl bezüglich der Zuständigkeit der Gerichte, als bezüglich des Verfahrens nach den für die Behandlung von Vergehen bestehenden Vorschriften.“

Hätte der Gesetzgeber die gewerbmäßige Gutszertrümmerung als „Vergehen“ erklären wollen, so würde in einfachster Weise das Wort: „Vergehen“ genügt haben, um sowohl die materielle Eigenschaft der That zu bestimmen als auch zugleich die Zuständigkeit und das Verfahren von selbst zu regeln. Statt dessen wurden aber die gewerbmäßigen Gutszertrümmerungen mit wohlbedachter Vermeidung des Ausdrucks „Vergehen“ lediglich als „Uebertretungen des gegenwärtigen Gesetzes“ unschreibungsweise bezeichnet, und nur bezüglich der Zuständigkeit der Gerichte wie des Verfahrens die für Vergehen bestehenden Vorschriften als maßgebend erklärt. Die Begriffe: „Uebertretungen des gegenwärtigen Gesetzes“ einerseits und „Vergehen“ andererseits sind im Sinne des Art. 7 nicht identisch, sondern stehen im Gegensatze, der nur in prozessualischer Beziehung durch ausdrückliche gesetzliche Gleichstellung aufgehoben wird; gerade diese beschränkte Gleichstellung dient zum Beweise, daß im Uebrigen, nämlich auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts, eine Verschiedenheit der Qualifikation anerkannt werden wollte.

5) Die Motive zu Art. 11 des Entwurfs eines Gesetzes über Gutszertrümmerungen, welcher Artikel als Art. 7 unverändert in das Gesetz vom 28. Mai 1852 überging, knüpfen an die Rechtfertigung der in Antrag gebrachten strengen Strafen folgende Betrachtung:

„Aus der Beschaffenheit jener Strafbestimmungen fließt aber auch zugleich die Rechtfertigung der im Art. 11 aufgestellten Vorschrift, da es bedenklich sein würde, die Verfügun^g so bedeutender Strafen in die Hände von Einzelrichtern zu legen und an das für gewöhnliche Polizeiübertretungen vorgeschriebene summarische Verfahren zu knüpfen.“ (Verh. d. R. d. Abg. 1852. Beilagenband IV. S. 285.).

Diese Motivirung ist mit der Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung schlechthin unvereinbar; denn unter Voraussetzung dieser Eigenschaft verstünde sich die Verhandlung vor Kollegialgerichten nach den für Vergehen bestehenden Vorschriften mit Naturnothwendigkeit ganz von selbst, und hätte man an ein polizeiliches Verfahren vor Einzelrichtern weder jemals denken können, noch viel weniger nöthig gehabt, ein solches Verfahren durch eigene Normen erst auszuschießen. Wenn also die Motive in der prozessualischen Gleichstellung der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung mit den Vergehen augenscheinlich eine Anomalie erblicken, welche einer besondern Rechtfertigung bedarf und letztere durch die Schwere der angebotenen Strafen auch wirklich findet, so kann der fragliche That nach seiner materiellen Eigenschaft unmöglich ein „Vergehen“ sein.

Indem die ausgehobene Stelle der Motive die Vergehen^squalität ausschließt, anerkennt dieselbe noch zu allem Ueberflusse die Eigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung als „Polizeiübertretung“ auch dadurch, daß dieselbe anderen (den „gewöhnlichen“) Polizeiübertretungen nur insofern gegenübergestellt wird, als bei der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung das Strafmaximum eigenthümlich hoch gegriffen ist und deshalb bezüglich der richterlichen Zuständigkeit und des Verfahrens größere Garantien Bedürfnis waren.

Bringt man endlich die Motive zu Art. 11 (nun Art. 7), wornach das Verfahren und die Kompetenz nach den für Vergehen bestehenden Vorschriften bloß deshalb normirt wurde, weil „es bedenklich wäre, die Verfügung so bedeutender Strafen in die Hände von Einzelrichtern zu legen und an das für gewöhnliche Polizeiübertretungen vorgeschriebene summarische Verfahren zu knüpfen,“ — in Zusammenhalt mit Art. 17 des Ges. v. 25. Juli 1850 die Gerichtsverfassung betr., wo es heißt:

„Den Stadt- und Landgerichten (also nach Art. 2 desselben Gesetzes den Einzelrichtern) steht die Untersuchung und Aburtheilung derjenigen Uebertretungen zu, welche weder Verbrechen noch Vergehen noch Preßpolizeiübertretungen sind.“

Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen über die Behandlung der Polizeistrafsachen“ — :

so ergibt sich mit noch größerer Evidenz, daß jedenfalls die Krone die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung ihrer materiellen Eigenschaft nach nicht als Vergehen ansah, sondern als einfache „Uebertretung“ (Polizeiübertretung), welche an und für sich, wenn nicht um der hohen Strafe willen eine ausdrückliche Ausnahmsbestimmung getroffen worden wäre, der Herrschaft des alleg. Art. 17. anheimfiel.

In vollständigem Einklange mit den mehrgeachten Motiven zu Art. 11. resp. 7. des Ges. die gew. Gutsz. betr. steht der Bericht des Ausschussreferenten der Abgeordnetenversammlung S. 11. (Berh. d. R. d. Abg. v. 1852 Beilagenband IV S. 352), worin die Uebertragung des bei Vergehen stattfindenden Verfahrens auf diese „Uebertretung“ gleichfalls als eine nur durch Zweckmäßigkeitsgründe veranlaßte prozessualische Singularität, welche die rechtliche Eigenschaft der That nicht berührt, dargestellt wird,

wie aus den Worten: „Der Art. 11. . . . entzieht die Bestrafung dieser Uebertretungen dem Einzelrichter“ u. s. w. — sehr einleuchtend hervorgeht.

Da nun überdies beide Kammern ohne irgend eine Erinnerung gegen die Motive zu Art. 11 des Entwurfs und gegen das ebenbesagte Referat diesem Artikel (als Art. 7) in unveränderter Fassung beistimmten, so ist anzunehmen, daß alle Faktoren der Gesetzgebung denselben in dem ohnehin durch den Wortlaut unterstützten Sinne des Entwurfs aufrecht erhielten, somit die gewerksmäßige Gutszertrümmerung materiell als einfache „Uebertretung“ oder „Polizeiübertretung“ erklärten.
(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Haftung des k. Fiskus für Beschädigungen durch Beamtennachlässigkeit, insbesondere bei Erhebung und Verabsolung von Inserationsgebühren. Einfluß dienstlicher Personalveränderungen.

Bgl. Bd. XV S. 190; Bd. XVI S. 346.

Die Wittve W. brachte gegen den k. Fiskus klagend vor: in den J. 1827 bis 1844 habe sie resp. ihr Ehemann in die von ihnen verlegte Zeitung im Auftrage des k. Landgerichts A. amtliche Inserationen aufgenommen, für welche ein Gebühren Betrag von 536 fl. 55 kr. erwachsen sei. Diese Gebühren seien gegen amtliche Quittung von den Debiten zu erheben und vom Landgericht ihr (der Klägerin) abzuliefern gewesen. Der verstorbene Landgerichtsbienner F. habe dieselben auch erhoben,

aber unterschlagen. Derselbe sei in Konkurs verfallen gewesen, das Fiskalat habe die fraglichen Inserationsgebühren liquidirt, die Masse aber zu deren Tilgung nicht hingereicht. Daher werde die Haftung des k. Fiskus in Anspruch genommen. Von Seite des Beklagten wurde diese Haftung abgelehnt, indem solche nur den damaligen (später zu einer andern Stelle beförderten) Amtsvorstand treffe. In Beurtheilung dieser Rechtsache äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Wird im Einklange mit der Deduktion des Beklagten selbst das Rechtsverhältniß zwischen dem Aerar und dem Landgerichtsvorstand auf die vom Mandat geltenden Grundsätze zurückgeführt, so ergibt sich die Haftungsverbindlichkeit des Aerars im vorliegenden Falle schon um beßwillen, weil nicht widersprochen ist, daß derjenige Beamte, unter dessen Verwaltung des Landgerichts A. die fraglichen amtlichen Inserate bethätigt, die Gebühren vom Gerichtsbienner (angeblich) erhoben, aber nicht abgeliefert wurden, zur Zeit der Anstellung der Klage von dieser Amtsverwaltung durch Beförderung bereits entfernt war. Gemäß fr. 20 de instit. act. (14, 3) nämlich jessirt die Klage gegen den Mandatar, und findet nur gegen den Mandanten statt, wenn die Amtsverwaltung, in welcher der Mandatar mit dem Dritten in Verkehre stand und beschädigt wurde, beendet ist;

vgl. fr. 5 §. 8, fr. 11 §. 4 de instit. act. (14, 3); fr. 5 §. 3 de doli mal. exc. (44, 4); Thibaut System d. P.R. §. 873; Glück im Kommentar Bd. XIV S. 196 und S. 247;

.....
Diese Grundsätze finden auf das Verhältniß zwischen den Subjekten der Staatsämter, dem Fiskus und Dritten um so mehr sich rechtfertigende

Anwendung, weil Amtshandlungen eines Beamten als solche der Staatsgewalt selbst zu beurtheilen sind, und weil es nicht die individuelle physische Person des Beamten ist, mit welcher das den Dritten betreffende Rechtsgeschäft zu Stande kommt, sondern die Behörde selbst, welcher der Kontrahent sein Vertrauen zuwenden muß. Wenn also Beamte in ihrer Amtssphäre handeln, und sich in Bezug auf dieses Amtsgeschäft eine rechtswidrig den Dritten beschädigende Handlung zu Schulden kommen lassen, so kann sich der f. Fiskus als Repräsentant des Staats in dessen civilrechtlichen Beziehungen nicht zu seinem Schutze auf culpa des Beamten berufen. Diese ist vielmehr dem dritten Beschädigten gegenüber die eigene des f. Fiskus und von ihm selbst zu vertreten, während für das zwischen dem Beamten und dem Staate bestehende Rechtsverhältniß die Vorschriften der C. 13 und 21 in *line mandati v. contra* (4, 35) entscheiden, wornach der Mandatar dem Mandanten für jeden Grad der culpa einzustehen hat. — Zwar führt das f. Fiskulat dagegen an, daß hier Beschädigung des Dritten durch Negligenz des Beamten in Frage sei, daß diese einen *excessus mandati* involvire, dieser aber ein *factum illicitum* ausmache, welches den Staat nicht verpflichte, weil dessen Haftung jedenfalls ein *factum licitum officialis* nach der von Strzyk und Lehser aufgestellten (auch von Kreittmayr ad cod. civ. Bd. V Kap. 24 §. 14 berührten) Theorie voraussetze. Allein nach den vom Mandate geltenden Rechtsgrundsätzen, auf welche es bei dem Mangel besonderer gesetzlicher Bestimmungen auch in Ansehung des Umfangs der Haftung des Fiskus anzukommen hat, haftet der Mandant dem Dritten nur aus solchen Handlungen des Mandatars nicht, welche dieser über die Grenzen des Mandats hinaus nicht in der Sache

des Mandanten, sondern wie in eigener Sache vorgenommen hat, während, was der Mandatar von Kommissionen wegen mit dem Dritten handelt, so anzusehen ist, als hätte es der Prinzipal selbst gethan. Daraus folgt, daß die Haftung des Staats für Beamte Dritten gegenüber eine Amtshandlung des Beamten voraussetzt, und dieß ist es, was die Rechtslehrer *factum licitum* nennen, nämlich eine Handlung, zu welcher der Beamte vermöge seines Amtes befugt war. Für ein *factum illicitum* dagegen, nämlich den Mißbrauch der amtlichen Stellung zu Rechtswidrigkeiten haftet der Staat nicht, wenn er dabei selbst nicht in culpa ist, wie etwa durch Uebertragung eines Amtes an ein notorisch schlechtes Subjekt. So z. B. ist die Eintragung der Hypotheken eine Amtsobliegenheit, also *factum licitum* des Hypothekenkommissärs, nicht aber auch die Negozirung von Darlehen. Würde also der Beamte sich dazu hergeben, dann aber das Geld unterschlagen, und fingirte Schulds- und Hypothekenbriefe ausstellen, — so wäre dieß ein *factum illicitum*, ein Mißbrauch der amtlichen Stellung bei einem zu den Amtsobliegenheiten nicht gehörigen Geschäft. — Ein Verhältniß dieser Art waltet vorliegend nicht ob. Die Besorgung der amtlichen Inserationen in öffentliche Blätter, die Erhebung der Gebühren dafür von den Zahlungspflichtigen gegen amtlich ausgestellte Quittung und die Ablieferung derselben an den Verleger des öffentlichen Blattes, gehört zu den Obliegenheiten des Landgerichtsvorstandes als solchen. . . . Die Unterschlagung der Gelder wurde dadurch herbeigeführt, daß der Amtsvorstand, mit Vernachlässigung der Dienstvorschriften die amtlichen Quittungen in der Hand des Gerichtsbieners ließ und die Ablieferung nicht überwachte, sohin durch eine Vernachlässigung seiner Dienstobliegenheit bezüglich der

mit dem Verleger der Zeitung bestandenen Geschäftsverbindung. Es handelt sich sohin auch nicht von bloßer Negligenz, sondern von der Nichterfüllung der im amtlichen Geschäftskreise vom Landgerichtsvorstand mit dem Verleger der Zeitung kontrahirten Verbindlichkeit, und diese Nichterfüllung begründet die Haftung des Fiskus eben deswegen, weil das in Frage befangene Rechtsgeschäft als *factum licitum* des Beamten dem Ausgeführten zufolge eben so zu betrachten ist, als ob der Fiskus selbst kontrahirt hätte. Der Mandant kann sich dem Dritten gegenüber der Vertretung des durch die Vernachlässigung von Seite des Mandatars entstandenen Nachtheils nicht entziehen, den Dritten des Erfasses wegen an den Mandatar nicht verweisen.

DAGE. v. 6. Febr. 1855. Nr. 673⁵²/₅₃.

2.

Arrest zur Sicherung des später Verfallenden. Miethz auf eine Reihe von Jahren.

In einem gegebenen Falle war Kläger kraft Miethvertrages vom 8. November 1853 berechtigt, auf die Dauer von fünf Jahren, bis zum 1. Jänner 1859, gegen Ueberlassung der gemietheten Lokalitäten, vom Beklagten jährlich 1200 fl., in vierteljährig voranzuzahlenden Raten, als Miethzins anzusprechen. Als nun dem Vermiether kund ward, daß der Miether (ein Ausländer) das in dem Miethlokale gegründete Etablissement aufgeben resp. nach Antwerpen versetzen zu wollen geäußert habe, auch mehrere Thatumstände als Vorbereitungen der Ausführung dieser Absicht erschienen, beantragte und erwirkte Jener zur Sicherstellung der später im Laufe der 5 Jahre verfallenden Miethzinse Beschlagnahme (Arrest) der inferirten Mobilien. Hierüber äußern die Motive des DAGE. unter Anderem:

Die Voraussetzung der künftigen Forderung des Klägers, die Ueberlassung der gemietheten Lokalitäten an den Beklagten, ist als bisher vom Kläger erfüllt, nicht beanstandet, und die seinerzeitige fortwährende Erfüllung bis zum Ablauf der Miethzeit angeboten. Ein Mehreres ist in der Pflicht des Klägers nicht gelegen, ihm liegt namentlich eine Kautionsverbindlichkeit nicht ob, weil jedes Entgegenhandeln von seiner Seite oder eine andere das Miethverhältniß beseitigende Thatsache den Beklagten von der Miethgelbentrichtung befreien und hiemit auch die Aufhebung des Arrestes nach sich ziehen würde. Der unbeanstandete Satz, daß auch hinsichtlich noch nicht fälliger und selbst bedingter Forderungen Arrestanlage statthaft sei,

arg. fr. 6 quibus in causis in poss. eatur (42, 4): „in possessionem mitti solet creditor, et si sub conditione ei pecunia promissa sit“ —

Ist hier unbedenklich anwendbar.

Daß Arrestgesuch bezweckt thatsächlich nichts Anderes als die Sicherung des dem Kläger gesetzlich zustehenden Retentionsrechtes an den vom Miether in das Miethlokal inferirten Sachen für seine Forderung des Miethzinses, im Falle Beklagter die Miethe vor Ablauf der bedungenen Dauer aufgeben wollte. Für diesen Zweck ist entscheidend, ob Beklagter äußere Handlungen vorgenommen hat, welche bezeugen, daß er die Miethe aufgeben und in Folge dessen seine inferirten Sachen wegbringen wolle, ferner ob dieß bewerkstelligt werden könne, ohne daß Kläger sein Retentionsrecht in vollem Umfange auszuüben vermöchte. Daß die impetrirte Arrestanlage den Genuß der Miethe, insoferne dieselbe zu dem Zwecke des Fabrikbetriebes eingegangen wurde, erheblich auf Seite des Impetraten beeinträchtigt, kann einen rechtlichen

Anstand gegen die Arrestanlage selbst nicht begründen, weil ein anderes Arrestobjekt als die Platten des Impetraten in dem Miethlokale für den Kläger nicht gegeben ist und der Beklagte diese Beeinträchtigung jederzeit durch eine andertweitige Kaution für den Miethbetrag bis zum Ablauf der Miethzeit beseitigen kann.

DAGE. vom 11. Oktober 1855. Nr. 1698^{54/55}.

3.

Streitigkeit darüber, ob eine Grundfläche Uferländerel oder Bestandtheil des Flußbettes sei?

Unterhalb Wasserburg befindet sich zwischen der Obelzhamer Wand und dem Inn eine Grundfläche, aus welcher die Bauinspektion Rosenheim die daselbst befindlichen Steine wegschaffen ließ. Den Besitzern der genannten bewaldeten Bergwand erschien diese Wegschaffung ein Eingriff in ihr Eigenthum, als dessen Bestandtheil die fragliche Grundfläche (zwischen Wand und Fluß) ihnen galt. Sie erhoben deshalb eine Entschädigungsklage gegen den k. Fiskus zum Betrage von 672 fl. Von Seite des Beklagten wurde bestritten, daß die fragliche Grundfläche die Eigenschaft einer zum Eigenthum der Kläger gehörigen Uferländerel habe; es sei vielmehr eine Sandbank und Bestandtheil des (nach Art. 1 des Wasserbenützungsgesetzes vom 28. Mai 1852) dem Staate gehörigen Flußbettes, indem diese Sandbank nur auf ihren höchsten Punkten und beim niedrigsten Wasserstand über das Wasser hervorrage.

Aus der oberstrichterlichen Beurtheilung dieses Rechtsfalles entnehmen wir, was folgt:

Die Kläger glauben sich darauf stützen zu können, daß im Art. 18 des Gesetzes über die Ver-

nützung des Wassers vom 28. Mai 1852 ausdrücklich bestimmt ist, daß die Ufer der öffentlichen Flüsse den Eigenthümern der anliegenden Grundstücke gehören. Allein weder in der Klage noch in den Verhandlungen wurden von ihnen solche Momente angegeben und dargelegt, woraus zu entnehmen wäre, daß fragliche Grundfläche als Ufer im Sinne des vorallegirten Gesetzes zu erachten komme. Der Art. 19 des besagten Gesetzes spricht aus:

daß die Uferlinie sich nach dem mittleren Wasserstande bestimme, und daß dieser von der Verwaltungsbehörde festgesetzt, und, wo es nothwendig ist, auf angemessene Weise bezeichnet werde.

Daß dieses im Art. 19 bezeichnete Verfahren schon stattgefunden und ein den Klägern günstiges Ergebnis geliefert habe, ist aber nirgends behauptet, noch weniger dargelegt, und es ist hienach um so minder zu einer Abänderung des Ausspruches der vorigen Instanz (Beklagter sei nicht schuldig, sich auf die Klage, wie sie angestellt ist, in den Streit einzulassen) rechtliche Veranlassung gegeben, als die nach Vorschrift des vorangeführten Art. 19 bezüglich der fraglichen Grundfläche vorzunehmende Ermittlung und Feststellung des Wasserstandes selbst auch rücksichtlich des erhobenen Entschädigungsanspruches von wesentlichem Einfluß und maßgebend ist.

DAGE. v. 5. Nov. 1855. Nr. 887³/₄.

Gnomic.

Was Treu' und Glauben und Gewohnheit mit sich bringt,
Geführt wie Vorthell, den sich Einer ausbedingt.

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

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die rechtliche Eigenschaft der gewerbmäßigen Gutzertümmung. — Verurteilungssumme. Schäden als Hauptsache. Verschle im Ansehe des Streitgegenstandes bei Würdigung beiderseitiger fungen. — Verurteilungssumme durch Zusammenrechnen verschiedener verurtheilen in Konturfällen. —

Ueber die rechtliche Eigenschaft der gewerbmäßigen Gutzertümmung.

(Schluß.)

II.

Aus dem Worte „Gefängniß“, dessen sich das Ges. v. 28. Mai 1852 zur Bezeichnung der die gewerbmäßige Gutzertümmung treffenden Freiheitsstrafe bedient, aus dem Inhalte des Art. 7 dieses Gesetzes, endlich aus den Aeußerungen einiger Abgeordneten suchen die beiden eingangserwähnten Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes die Vergehenseigenschaft der in Frage stehenden strafbaren Handlung zu konstruiren.

Ob durch diese Gründe die obigen Ausführungen besiegt seien, darf wohl vorerst einigermaßen in Zweifel gezogen werden.

1) Das erste Argument der oberstrichterlichen Urtheile besteht darin:

Ob eine strafbare Handlung Verbrechen, Vergehen oder Polizeiübertretung sei, hiesfür gebe, soferne nicht im Gesetze selbst bezüglich der Eigen-

schaft der That speziell etwas bestimmt sei, lediglich die Strafe den Maßstab; die Strafe des Gefängnisses sei nach dem Strafgesetzbuche und den Anmerkungen hierzu ausdrücklich als Vergehensstrafe erklärt, somit jede Handlung, die vom Gesetze mit Gefängniß belegt ist, wenn nicht besondere Vorschriften des speziellen Strafgesetzes entgegenstehen, als Vergehen zu qualifiziren. Diesem gelte auch von der mit Gefängniß belegten gewerbmäßigen Gutszertrümmerung, zumal da die Strafgesetze immer genau zwischen Gefängniß- und Arreststrafe unterscheiden, daher das Gef. v. 28. Mai 1852, wenn die gewerbmäßige Gutszertrümmerung ungeachtet der angebotenen Gefängnißstrafe nicht Vergehen sein sollte, besondere Bestimmungen hätte treffen müssen. —

Hiergegen drängen sich hauptsächlich folgende Bedenken auf:

a) Der oberste Gerichtshof erkennt selbst an, daß die Strafe nur dann den Maßstab für die Qualifikation einer strafbaren Handlung bildet, wenn nicht in dem speziellen Strafgesetze bezüglich der Eigenschaft der That etwas Besonderes bestimmt worden ist.

Eine solche Bestimmung kann aber naturgemäß nicht nur mit ausdrücklichen Worten, sondern auch mittelbar durch eine andere Vorschrift, welche mit Nothwendigkeit auf eine gewisse Eigenschaft des Thaters hinweist, getroffen werden. Ist nun die oben unter I. Ziff. 4 und 5, gegebene Auslegung des Art. 7 des Gef. v. 28. Mai 1852 nicht ganz mißlungen, und haben insbesondere die Motive zu diesem Artikel einigen Anspruch auf Beachtung: so hat das besagte Spezialgesetz, wenigstens indirekt, die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung ausgeschlossen, so daß nach der eigenen Annahme des obersten Ge-

richtshofs ein Fall, in welchem auf die Strafe als den subsidiären Maasstab für die Qualifikation der That zurückgegangen werden müßte, hier gar nicht vorliegt — ein Ergebnis, das um so erwünschter sein möchte, weil die Ergänzung eines neuen unter dem Einflusse reformatorischer Rechtsbildungen geschaffenen und mit selbstständigem Verstand begabten Gesezes aus einem älteren in sich abgeschlossenen Strafgesetzbuche immerhin eine etwas mißliche Sache ist.

b) Enthielte übrigens das Gesez über die gewerbmäßigen Gutszertrümmerungen wirklich eine Lücke hinsichtlich der Eigenschaft der That, deren Ausfüllung durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuches von 1813 geboten wäre, so muß vor allem bemerkt werden, daß in letzterem die Grenze zwischen Vergehen und Polizeiübertretung keineswegs durch die Strafart als äußeren Maasstab, wie die mehrerwähnten oberstrichterlichen Urtheile unterstellen, bezeichnet worden ist. Einzig und allein der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen hat seine Feststellung nach den Strafen erhalten, wie sich aus den Begriffsbestimmungen des Art. 2 Th. I des StGB. und aus den vom obersten Gerichtshofe allegirten Stellen der Anmerkungen (Bd. I S. 26—29 und S. 69—80) klar ergibt. Nachdem die angebliche Gesezesvorschrift, welche lediglich die Strafarten zum Unterscheidungsmerkmal zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen gestempelt haben soll, nicht existirt, scheint die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung ihrer Grundlage zu entbehren.

Allein nicht nur, daß Strafgesetzbuch und Anmerkungen nirgends den Strafgrad als Kennzeichen dafür, ob eine unerlaubte Handlung Vergehen oder Polizeiübertretung sei, erklärt

haben: die Wahl der Strafe als Maasstab war hier sogar unmöglich. Denn die oberste Bedingung für diesen Maasstab ist eine strenge Scheidung der Strafarten, womit die verschiedenen Klassen strafbarer Handlungen bedroht sind; sobald dieselbe Strafart bei mehreren Gattungen unerlaubter Handlungen gleichmäßig vorkommt, wird die Klassifikation der letzteren nach der Strafe unausführbar. Nach unserem Strafgesetzbuche sind nun wirklich die Hauptstrafen der Verbrechen durchgängig verschieden von den Hauptstrafen der Vergehen; hier konnte also die Strafart als Unterscheidungsmerkmal angenommen werden. Dagegen die einzelnen Vergehensstrafen (Anmerk. Bb. I S. 33—34) finden sich größtentheils zugleich auf dem Gebiete der Strafpolizei, was jedenfalls — vorläufig abgesehen von dem Gefängnisse — bezüglich der (im StGB. v. 1813 noch beibehaltenen) körperlichen Züchtigung, dann sämmtlicher Eigenthumsstrafen, namentlich der Geldbuße, ferner des Verweises, und allenfalls des Widerrufes und der Abbitte (so lange die beiden letzten Strafen Geltung hatten) behauptet werden darf. Bei dieser Doppelstellung mehrerer Strafarten kann die Grenze zwischen Vergehen und Polizeilübertretungen gar nicht durch die Strafe bestimmt werden. Körperliche Züchtigung, Geldbuße, Verweis u. s. w., obgleich im Strafgesetzbuche als Vergehensstrafen aufgeführt, sind eben so oft bloße Polizeistrafen, nämlich dann, wenn dieselben in anderen Gesetzen gedroht sind; in gleicher Weise folgt aus der Aufzählung des Gefängnisses als Vergehensstrafe im Strafgesetzbuche höchstens so viel, daß die in diesem selbst mit Gefängniß belegten Handlungen Vergehen seien, keineswegs aber, daß letztere Eigenschaft nothwendig allen Uebertretungen, die nach

anderen Gesetzen mit Gefängnißstrafe geahndet werden, zukommen müsse.

Warum das Strafgesetzbuch von 1813 nur für die Grenze zwischen Verbrechen und Vergehen, nicht auch für jene zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen den Strafgrad als äußeres Kennzeichen hingestellt habe, erklärt sich sehr leicht. Verbrechen sowohl als Vergehen sind Rechtsverletzungen (Art. 2 Th. I des StGB.) und entbehren (außer dem Falle der Fahrlässigkeit) eines auf die innere Beschaffenheit der Uebelthat gebauten, allgemein gültigen Unterscheidungsgrundes — eines durch innere Merkmale bestimmten Begriffes (Anmerk. Bd. I S. 27); hier bedurfte es daher eines äußeren Maßstabes, und diesen fand der Gesetzgeber in den Strafarten, welche bei Verbrechen und Vergehen so gewählt wurden, daß beide niemals dasselbe Uebel als Hauptstrafe gemein haben. Dagegen die Definition der Polizeiübertretungen in Art. 2 Th. I des StGB. enthält, wenigstens zunächst und vorwiegend, innere Merkmale, und die Anmerkungen Band I S. 23 — 25 (vgl. mit S. 69) machen den prinzipiellen Gegensatz zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen noch klarer. Bei Rechtsverletzungen sind Zweifel denkbar, ob Vergehen oder Polizeiübertretung vorliege, weil der Umfang der letzteren durch Aufnahme einzelner Rechtsverletzungen von sehr geringer Strafbarkeit einigermaßen erweitert worden ist (Anm. I S. 25 Note k.); sobald aber eine Handlung nur aus dem Gesichtspunkte der Rechtsgefährdung oder der Unverträglichkeit mit dem öffentlichen Wohle verboten ist, wie die gewerbmäßige Gutzertümmung, dann paßt nur der Begriff des Strafgesetzbuches und der Anmerkungen von „Polizeiübertretung“, niemals der von „Vergehen“, weil zu

letzterem nothwendig eine Rechtsverletzung gehört. Nicht alle Handlungen, sondern bloß alle Rechtsverletzungen, welche mit Gefängniß, Geldstrafe u. s. w. geahndet werden, sind nach dem Strafgesetzbuche (Th. I Art. 2) Vergehen. Erst da, wo ein innerer Unterscheidungsgrund mangelt, kann das äußere Kennzeichen der Strafarten in Frage kommen.

Da ein durch wesentliche innere Merkmale erzeugter Begriff Vergehen und Polizeiübertretungen, wenigstens regelmäßig, scheidet, was bei Verbrechen und Vergehen sich umgekehrt verhält; da sonach bei den meisten Polizeiübertretungen, insonderheit bei der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung, ein Bedürfniß nach einem äußeren von den Vergehen abgrenzenden Maßstabe nicht besteht; da endlich deshalb, weil die Vergehenstrafen größtentheils zugleich Polizeistrafen sind, die Strafart das Unterscheidungsmerkmal für Vergehen und Polizeiübertretungen gar nicht abgeben kann: so springt in die Augen, daß auch eine analoge Anwendung dessen, was das Strafgesetzbuch über die Strafen als Kennzeichen, ob eine Handlung Verbrechen oder Vergehen sei, verordnet hat, auf die Grenzbestimmung zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen durchaus verwerflich ist.

c) Nachdem ich erwiesen zu haben hoffe, daß überhaupt nicht die Strafarten das Gebiet der Vergehen und der Polizeiübertretungen scheiden, soll noch dargelegt werden, wie auch insbesondere der Satz: daß „die Strafgesetze immer genau zwischen Gefängniß- und Arreststrafe unterscheiden“ und erstere mit den Vergehen, letztere mit den Polizeiübertretungen verknüpfen, nicht allenthalben (obschon häufig) sich bewahrheitete.

Sogar im ersten Theile des Strafgesetzbuches

werden „Gefängnißstrafe“ oder „Gefängniß“ und „Arrest“ einige Male als gleichgeltend gebraucht (Art. 35, 104, 105): koordinirt der „Gefängnißstrafe“ ist „Festungsarrest“ (Art. 27), im Falle des (aufgehobenen) Art. 136 Abs. 3 war trotz des angedrohten „Gefängnisses“ die Vergehenseigenschaft der strafbaren Handlung mehr als zweifelhaft. Als Ungehorsams-, beziehungsweise Frivolitäts- (nicht Vergehens-) Strafe finden wir das „Gefängniß“ in Thl. II des StGB. (Art. 206, 398 Abs. 3).

Das Gesetz v. 1. Juli 1834 die Verletzungen der Zollordnung betr. §. 9 benannte mehrmals „Gefängnißstrafe“, neben welcher einmal promisee der Ausdruck „Arrest“ vorkommt, für Uebertretungen, die nicht Vergehen sind (vgl. §. 2).

Disziplinarstrafe im weiteren Sinne und ohne Zusammenhang mit einem „Vergehen“ ist das „Gefängniß“ nach Art. 6 Abs. 3 des Ges. v. 12. Mai 1848, einige Absänder. des StGB. v. 1813 und anderer Strafbestimmungen betr., ferner nach zahlreichen Stellen des StPB. vom 10. November 1848 (Art. 45, 151, 155 Abs. 3 und 4; 160, 168 Abs. 2; 227); einmal in diesem Gesetze (Art. 181 am Ende) wird in gleicher Bedeutung „Arrest“ gebraucht; auch als Sukkumbenzstrafe findet sich das „Gefängniß“ daselbst (Art. 246).

Die Uebertretungen des Ges. v. 26. Februar 1850, die Versammlungen und Vereine betr., obwohl mit „Gefängnißstrafe“ belegt (Art. 21, 22), gehören schwerlich zur Klasse der „Vergehen“, stehen vielmehr, um nur Eines Grundes zu gedenken, nach Art. 24 Abs. 1 in einem scharfen Gegensatz mit den Verbrechen und Vergehen.

Den bisherigen (keineswegs erschöpfenden) Belegen, deren Gewicht für Ermittlung der gesetzlichen Sprachweise nicht durch noch fortdauernde Geltung der einzelnen Stellen bedingt ist, mögen schließlich

zwei wo möglich noch überzeugendere Beweise angefügt werden:

Art. 4 des Ges. v. 10. Nov. 1848, die Abänd. d. Verord. v. 9. Aug. 1806 über den Wild- diebstahl betr., gebrauchte zweimal die Bezeichnung „Gefängniß“ für eine ausdrücklich als „Polizeiübertretung“ erklärte Handlung.

Das Gesetz, die Bestrafung der Jagdfrevel betr., v. 25. Juli 1850 verordnet im Art. 3 Ziff. 1 u. 2, der Jagdfrevel „als Polizeiübertretung“ solle mit „Gefängniß“ bestraft werden; und Art. 6 Abs. 2 bestimmt: „Bei den als Polizeiübertretungen strafbaren Jagdfreveln sind die Hülfeleistung und Begünstigung mit einer Gefängnißstrafe“ zu belegen.

Da hiernach ein untrennbares Wechselverhältniß zwischen „Gefängniß“ und „Vergehen“ nicht besteht, so erscheint ein zwingender Schluß von dem Einen auf das Andere nicht gerechtfertigt.

2.

Der zweite Grund für die Vergehenbelohnung der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung soll in Art. 7 des osterwähnten Ges. v. 28. Mai 1852 liegen, wornach derlei Sachen nicht etwa bloß den Gerichten, sondern eben nur jenen Gerichten, welche für Vergehen zuständig sind, zugewiesen seien.

Daß Art. 7 nicht für, sondern gerade gegen die Vergehenqualität zeugt, hoffe ich oben unter I Ziff. 4 und 5 dargethan zu haben. Aus der Zuweisung an die bei Vergehen kompetenten Gerichte folgt eine materielle Gleichstellung der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung mit den Vergehen schon deshalb nicht, weil auch andere Polizeübertretungen (namentlich die durch die Presse verübten, denen man wohl auch die Uebertretungen des Gesetzes, die Versammlungen und Vereine betr., vom 26. Februar 1850 anreihen darf),

den Gerichtsstand und Prozeß der „Vergehen“ theilen. Entscheidend sind aber die oben bereits näher erörterten Motive zu Art. 7 (im Entwurfe Art. 11), welche (wie auch der Bericht des Referenten der Kammer der Abgeordneten) die Vorschriften des Art. 7 in ihrer rein prozessualischen Natur außer Zweifel stellen und auf das Befriedigendste aufklären, warum bei der gewerbmäßigen Gutzzertrümmerung, unbeschadet ihrer rechtlichen Qualifikation als polizeiliche Uebertretung, Zuständigkeit und Verfahren ausnahmsweise nach Art der Vergehen normirt werden mußte. Lediglich zum Schutze der Beschuldigten haben die (von keiner Seite beanstandeten) Motive um der hohen Strafen willen das polizeiliche Verfahren vor Einzelnrichtern beseitigt; eine Auslegung, welche das Schutzmittel durch Konstruirung eines „Vergehens“ mittelst desselben in sein Gegentheil verkehrt, widerstrebt der bewährten Regel *Modestin's*: „*Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem*“ (L. 25 D. de legibus).

3.

Als dritten Grund macht der oberste Gerichtshof geltend, daß der Berichterstatter und mehrere Mitglieder der Kammer der Abgeordneten die fragliche Gesetzesübertretung ausdrücklich als „Vergehen“ bezeichneten, ohne von irgend einer Seite einer Einsprache zu begegnen. —

Allein was den Berichterstatter, Abg. Fink, anbelangt, so beweist dessen Referat (Berh. d. R. d. Abg. 1852 Beilagenband IV S. 349 ff.) genau das Gegentheil, indem dasselbe die gewerbmäßige Gutzzertrümmerung nirgends als „Vergehen“, sondern nur (§. 11) als „Uebertre-

tung“ bezeichnet, den Begriff „Gefängnißstrafe“ auch mit „Polizeiübertretungen“ verknüpft (§. 352 §. 10) und sich in Folgendem äußert (§. 352 des citirten Beilagenbandes IV, §. 11):

„Der Art. 11 regelt die Kompetenzverhältnisse und das Verfahren. Er entzieht (!) die Bestrafung dieser Uebertretungen dem Einzelrichter und knüpft die Untersuchung an die für die Behandlung der Vergehen bestehenden Vorschriften, und zwar mit vollem Rechte, indem es wegen der Wichtigkeit der Sache und der bedeutenden Strafen schon an und für sich nicht rathsam erscheint, das für gewöhnliche Polizeiübertretungen vorgeschriebene summarische Verfahren eintreten zu lassen und die Aburtheilung dem Einzelrichter zu übertragen, andererseits aber durch die Oeffentlichkeit des Verfahrens für die Angeschuldigten selbst eine größere Garantie gegeben ist, und nebenbei diese Oeffentlichkeit auf die Gutsmädler selbst abschreckend einwirken, und sie mehr abhalten dürfte, sich solchen gewinnsüchtigen Spekulationen hinzugeben, durch welche sie Gefahr laufen, nicht nur ihren Kredit, sondern auch ihre bürgerliche Unbescholtenheit in der öffentlichen Meinung aufs Spiel zu setzen. Es wird demnach die unveränderte Annahme des Artikels beantragt.“

Diese ganze Deduktion, welche lediglich aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit eine Ausnahmestimmung von dem Polizeiverfahren empfiehlt, hätte keinen Sinn, wenn die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung wirklich ein „Vergehen“ wäre. Das Referat hat also letztere Eigenschaft in Abrede gestellt.

Wenn gleichwohl, ohne daß der entfernteste Anhaltspunkt für einen Meinungswechsel vorliegt, dem Berichterstatter in Folge der mündlichen Rede zweimal das Wort „Vergehen“ entkam, so wollte damit augenfällig nur der weitere Begriff verbunden werden, wornach jede mit öffentlicher Strafe bedrohte Gesetzesübertretung Vergehen heißt, — eine Bedeutung, die selbst unseren Gesetzen nicht

fremd ist, wie z. B. der Ausdruck „Vergehen wider die Siegestage“ (Art. 433 Th. I des StGB.), die Bezeichnung der Aufschlagsbetrübungen als „Vergehen“ u. dgl. beivährt. Darauf, daß Referent nicht ein „Vergehen“ im streng technischen Sinne vor Augen hatte, deutet auch der Umstand, daß derselbe gerade beim Gebrauche des Wortes „Vergehen“ als einen ganz besonderen Vorzug des Gesetzentwurfes das öffentliche Verfahren vor Gerichten herauöhob, welches doch bei wahren „Vergehen“ sich von selbst verstände und weder nennenswerth noch weniger in eigenthümlicher Weise verdienstlich wäre. (Berh. d. R. d. Abg. 1852. Stenogr. Ber. V. Bd. S. 353).

Zählt demgemäß und bei dem Uebergewichte der wohlertwogenen, ausführlicheren schriftlichen Bearbeitung über ein einzelnes, rasch geborenes Wort der Berichterstatter der Abgeordnetenkammer, obgleich er sich in der Debatte des Ausdruckes „Vergehen“ bediente, zu den Gegnern der Vergehenseigenschaft fraglicher Uebertretung: so dürfte im Munde einiger anderer Abgeordneten, welche obenbrein sämmtlich den ganzen Gesetzentwurf bekämpften, daher kaum unfehlbare Ausleger desselben zu sein scheinen, daß immerhin mehrdeutige Prädikat „Vergehen“ noch weniger als signifikant genommen werden, zumal da es an diesen Rednern gewesen wäre, bei der Absicht, ein Vergehen im streng technischen Sinne zu schaffen, diese Intention nicht bloß durch eine vage Bezeichnung errathen zu lassen, sondern die Motive zu Art. 11 des Entwurfs und die Bemerkungen des Ausschussvortrages hierzu in eingehender Weise anzugreifen. Wie gewagt Schlüsse aus der gewöhnlichen Bedeutung doppelsinniger Worte seien, erkennt man, insofern Kammerdebatten in Frage stehen, beispielsweise daraus, daß ein Mitglied (Bohé), welches die ge-

werbmäßige Gutszertrümmerung „Vergehen“ nannte, hinwieder die darauf gesetzte Freiheitsstrafe als „Arreststrafe“, die doch wenigstens nach obersterichterlicher Annahme, den Polizeibübertretungen korrespondirt, bezeichnet hat.

Hätten aber auch einige Redner an ein wahres Vergehen gedacht, so liegt darin noch lange keine Offenbarung des Willens der Kammermehrheit oder gar sämtlicher Faktoren der Gesetzgebung; auch das Unterlassen einer Einsprache von anderen Seiten ist nicht geeignet, jede einzelne Aeußerung von Abgeordneten ohne Weiteres zu Akten der Gesetzgebung zu potenziren.

Der Satz: „qui tacet, consentire videtur“, auch in seiner berechtigten Tragweite, hat nirgendß einen minder sicheren Boden als bei Landtags- und ähnlichen Verhandlungen — aus Gründen, deren punktenweise Aufzählung weder im Plane dieses Aufsatzeß liegt, noch nöthig sein dürfte.

Nur gegenüber umfangreichen, einläßlichen, keines Doppelsinnes fähigen Erörterungen eines Redners mögen — und selbst da mit großer Vorsicht — aus dem Schweigen Anderer zuweilen Schlüsse gezogen werden; kurze und dazu mehrdeutige Erklärungen Einzelner gehen, wiewohl von den Uebrigen keineswegs gebilligt, im Strom der Debatte, indem sich der Kampf um die Kardinalpunkte konzentriert, häufig unbemerkt oder doch ohne Widerspruch vorüber.

Um vieles schwerer als die Nichtanfechtung des mündlich aufgetauchten Prädicats „Vergehen“ wiegt jedenfalls die Thatsache, daß in keiner Kammer wider die Motive zu Art. 11 des Entwurfeß und den beifälligen Bericht des Ausschußreferenten Fink Einsprache geschah, nachdem doch bei diesen Aktenstücken in höherem Maße, als es gegenüber einem jeden in der Debatte gefallenem Worte mög-

lich ist, ernste Prüfung durch die Volksvertretung vorausgesetzt werden muß.

Angesichts der osterwähnten Motive, deren stillschweigende Zurücknahme alle Wahrscheinlichkeit und parlamentarischen Maximen gegen sich hat, vermag ein Präjudiz aus der Duldung des Ausbruchs „Vergehen“ von Seite des Ministeriums um so weniger zu erwachsen, als die rechtliche Eigenschaft der fraglichen Uebertretung nicht ex professo erörtert ward, und die Regierungsborgane, gegenüber einer lebhaften und zahlreichen Opposition mit Vertretung der wesentlichsten Bestimmungen des Entwurfs befaßt, nicht in der Lage waren, jede einzelne gelegentliche Aeußerung zu bekämpfen.

Erwägt man schließlich, daß die kritische Debatte am Vorabend des Sessionsschlusses nicht ohne Spuren von Erschöpfung und Eile stattfand; erinnert man sich der Worte eines hervorragenden Mitgliedes: die Kammer berathe diesen Gegenstand, „wie das erfahrene Volk des Alterthums sein Lamm speiste, vor dem Auszüge aus Egypten mit dem Wanderstab in der Hand;“ — ferner: es sei „ein heillofes Unglück, daß man in den letzten 24 Stunden eine Materie von dieser Wichtigkeit zu berathen habe“ — so scheint die schweigende Hinnahme der Bezeichnung „Vergehen“ vollends der Kraft, den Schluß allseitiger Bestimmung zu erzeugen, entkleidet zu sein. —

Nach der bisherigen Gesamtentwicklung kann wohl der Nothbehelf, daß im Zweifel die mildere Strafbestimmung gilt,füglich entbehrt werden; und es mag vergönnt sein, die Hoffnung zu nähren, daß die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung in der bayerischen Rechtsprechung noch nicht unwandelbar feststehe.

Gegenstand des vorliegenden Streites ist die von dem Kläger als sein Eigenthum in Anspruch genommene Grundfläche, von welcher ein Theil zur Errichtung der Gebäulichkeiten des Beklagten gebient hat. Siegt der Kläger ob, so verliert der Beklagte nicht nur eine Grundfläche von 174 Quadratfuß, sondern seine darauf befindlichen Gebäulichkeiten können außerdem nicht weiter bestehen; wie denn auch das Klagbegehren darauf gerichtet ist: daß der Beklagte den auf dem streitigen Grundstücke stehenden Theil seines Stabels auf seine Kosten abzubrechen habe; — was nothwendig noch weiter den Umbau des Stabels und des darunter befindlichen Kellers zur Folge haben würde.

Für den Beklagten besteht daher der Streitgegenstand nicht in einer leeren Grundfläche, sondern in dem weit werthvolleren, seinen Gebäulichkeiten einverleibten Bauplatze, und es relevirt in dieser Beziehung nicht, daß der Streitgegenstand für den Kläger nur den Werth der Grundfläche des ihm angeblich entzogenen Theiles seines Gartens darbietet.

Das k. Appellationsgericht hat geglaubt, auf diese Verhältnisse, im Hinblick auf die Bestimmung des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 §. 58 keine Rücksicht nehmen zu dürfen, nach welcher bei der Berechnung der Berufungssumme die als Nebenfache zu- oder aberkannten Schäden nicht in Anschlag kommen.

Diese Bestimmung findet aber keine Anwendung auf den vorliegenden Fall. Sie hat die accessorischen Ansprüche im Auge, welche neben dem Hauptgegenstande des Prozeßes von einer Parthei an die andere erhoben werden und würde alsdann Platz greifen, wenn der Kläger mit seiner Vindis-

kation eine Entschädigungsforderung u. dgl. verbunden hätte.

Eine solche Nebenforderung steht aber hier nicht in Frage; das höhere Interesse für den Beklagten, der größere Werth des Streitsgegenstandes für denselben, geht vielmehr unmittelbar aus der gegen ihn erhobenen Eigenthumsklage hervor.

Hiernach muß die Zulässigkeit der Berufung dieser Partei aus dem von den Sachverständigen S. und R. aufgefaßten Gesichtspunkte beurtheilt werden, wonach der Streitwerth für dieselbe den Betrag von 50 fl., sowie den die Zulässigkeit der Revisionsbeschwerde bedingenden Werth von 100 fl. übersteigt.

DAGE. vom 18. Dezember 1855. Nr. 285⁵⁵/₅₆.

2.

Berufungssumme durch Zusammenrechnen verschiedener Forderungen in Konkursfällen.

(Vgl. Bd. XIX, S. 80.)

Nach dann, wenn nicht ein Gläubiger, sondern der Kridar selbst im Punkte der Liquidität gegen zwei oder mehrere Gläubiger die Berufung ergriffen hat, deren Forderungen zwar nicht einzeln, wohl aber zusammengerechnet die Berufungssumme erreichen, ist nach §. 62 der Novelle von 1837 dem Erfordernisse der appellablen Summe Genüge geleistet, und zwar in der Erwägung, daß der Bestand der letzteren immer nach dem kollektiven Interesse des Appellanten an dem Inbegriffe aller seiner Beschwerden zu beurtheilen ist.

DAGE. v. 9. Novbr. 1855. R. N. 1742⁵⁴/₅₅.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der Begründung des Domizils. *Animus perpetuo commorandi*. — Verpflichtung, einer Schützengesellschaft beizutreten, keine Civilprozeßsache. — Haltung des Staatsärzts für gestohlene Depositen. — Provisorische Alimente, einer Ehefrau während des Scheidungsprozesses verabreicht, sind nicht zur Zurückforderung geeignet. — Vom Verfahren in Bezug auf Ehereben, welche sich im Laufe des Verfahrens „hervorgethan haben“ und etwa erst in einer oberen Instanz vorgebracht werden. — *Sponsalitia largitas*. Verbindliches Uebereinkommen. Verlobungs-Kündigung. — Streitigkeiten über Gemeinderchte nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes. Verwaltungssache.

Zur Lehre von der Begründung des Domizils. *Animus perpetuo commorandi* ¹⁾.

Hier will ich bleiben, jezt behagt mir dieser Ort;
Hört das Behagen auf, so zieh' ich wieder fort.

Bei Uebersiedelungen von Personen und Familien an einen anderen Ort erscheint es häufig zweifelhaft, ob und wann der neue Aufenthaltsort als Wohnort (Domizil) zu betrachten sei. Die Uebersiedelung ist mit „Sack und Pack“ geschehen, und an dem Orte, wohin sie bewirkt wurde, hat man sich in aller Vollständigkeit häuslich eingerichtet; aber das seither bewohnte anderwärts gelegene Auserwiesen wurde nicht verkauft, sondern verpachtet oder vermiethet, und behielt vielleicht noch einen Theil seiner früheren, dem Eigenthümer zugehörigen Einrichtung und Ausstattungsgegenstände; so daß die Rückkehr in das frühere Verhältniß ohne große Schwierigkeit ausgeführt werden könnte. Ein Staatsbiener tritt

¹⁾ Nach einem Lübecker *DAZ.* v. 30. Nov. 1854 (Hamburger Samml. Bd. II S. 912 f.) bearbeitet.

in Ruhestand und siedelt in eine Stadt über, in welcher er gute Anstalten für Erziehung und Bildung seiner Kinder findet, ohne daß für die Absicht, den Aufenthalt an diesem Orte auch über die Dauer des erwähnten Bedürfnisses zu erstrecken, besondere Anhaltspunkte vorliegen. Wenn nun eine in solchen Lokalbeziehungen stehende Person, bei dem Gerichte des neuen Aufenthaltsortes verklagt, den *animus perpetuo habitandi* und die Begründung des Domizils und des Gerichtsstandes²⁾ an diesem Orte in Abrede stellt, so liegt allerdings die Lösung der erhobenen Vorfrage nicht auf platter Hand.

Daß Beklagter zur Zeit der Klageerhebung anderswo sowohl Grundeigenthum als Heimathsrechte hatte, und daß er etwa, wenn er früher im Auslande wohnte, des dortigen Unterthanen-Regens noch nicht entlassen ist, muß für völlig unerheblich erachtet werden. Denn das Domizil ist zwar mit staatsrechtlichen Befugnissen und Pflichten der Regel nach verbunden, aber nicht von der vollen Landesunterthänigkeit bedingt, sondern vor Allem davon abhängig, wo Jemand den Mittelpunkt seiner gesamten privatrechtlichen Existenz hat, und daß weder die *origo* allein, noch die bloße *possessio* ein Domizil begründen, ist in den Quellen des gemeinen Rechts ausdrücklich ausgesprochen.

Fr. 190 de verb. signif. (50, 15) vgl. mit C. 7 pr. de incol. (10, 39); fr. 17 §. 12 und fr. 22 §. 7 ad municip. (50, 1) vgl. mit C. 4 de incolis.

Für den Verlust und Erwerb des Domiziles kommt es nicht wesentlich darauf an, ob man positiv und bestimmt die Absicht habe, nach dem bisherigen Aufenthaltsorte nicht wieder zurückzukehren

²⁾ Auch für die Statutenkollision ist die Frage von Wichtigkeit.

und an dem nunmehrigen für immer bleiben zu wollen. Aus den Worten der C. 7 de incolis:

„unde rursus non sit discessurus“ —

läßt sich diese Voraussetzung nicht rechtfertigen, da der unmittelbar beigefügte Zusatz „si nihil avocet“ in Verbindung damit, daß die voluntas vor Allem über das Domizil entscheidet,

vgl. C. 4, 7 eod.

und daß es seiner Natur nach nur ein temporäres d. h. dem Wechsel unterworfenen Verhältniß ist,

Fr. 17 §. 11 ad municip. (50, 1),

deutlich bekundet, wie mit jenen Worten nur das assidue versari und commorari im Gegensatz des bloßen peregrinari und mox discedere, und nur eine Niederlassung bis auf Weiteres und auf im Voraus unbestimmte Zeit gemeint sei ³⁾.

Wenn daher gleich der animus commorandi und revertendi zur Gewinnung und Beibehaltung eines Domizils für eben so erheblich gelten muß, als bei dem Besitze der animus sibi habendi ein wesentliches Moment bildet, so kann doch nicht verkannt werden, daß es für die Frage, ob und wo Jemand sein Domizil habe, zunächst und vor Allem darauf ankomme, ob dessen äußere, namentlich häusliche Lebenseinrichtung auf einen dauernden Aufenthalt an einem bestimmten Orte und darauf hinweise, daß dieser als der Mittelpunkt seiner ganzen bürgerlichen Existenz sich darstelle. Wo dieß bereits oder noch der Fall ist, wird ein Beweis der Absicht, den neuen oder bisherigen Aufenthaltsort als bleibende Stätte und eigentlichen Wohnsitz behandeln und festhalten zu wollen, nicht besonders erfordert werden können, sondern bis klare Anzeichen eines entgegen gesetzten Willens vorliegen, aus der thatsächlichen

³⁾ Vgl. Comment. u. d. OÖ. Bd. I (Ausf. II) S. 53 Note 3.

Lage zu folgern stehen, so daß einerseits die bloße Abwesenheit, wie lange sie auch dauere und wie ungewiß die Rückkehr an sich und deren Zeitpunkt sei, des Domizils nicht verlustig macht, wenn nur die bisherige häusliche oder gewerbliche Einrichtung fortbesteht, andererseits, wenn es hieran nicht fehlt, die unbestimmte Absicht einer Aenderung des Aufenthaltes oder des Rücktrittes in die früheren Lebensbeziehungen, vollends aber die bloße Möglichkeit einer anderweitigen Niederlassung kein Hinderniß darbietet, den bermaligen Aufenthaltsort als wahres Domizil zu behandeln.

Hat die fragliche Person am Orte ihres jetzigen Aufenthaltes ihre ganze Familie bei sich, auch ihren eigenen vollständigen Haushalt, und hat sie diesen etwa in einem gemietheten Hause ganz so wie Stadtangehörige eingerichtet, so fehlt es bei ihr nicht an dem *larem constituere* und *sedes tabulasque habere*, womit nach

fr. 1 §. 2 in f. de agnosc. lib. (25, 3) gerade die Gründung und Führung eines Haushaltes, daß sie *instruere* und *instructum esse* der

fr. 6 §. 2 und fr. 27 §. 3 ad municip. (50, 1) gemeint ist, und was ausdrücklich als wesentliches Kennzeichen des *domicilii* in

fr. 203 de verb. signif. und C. 7 de incolis vgl. mit C. 2 ubi senatores (3, 24) anerkannt wird.

Zur Befräftigung dieses Resultates dient, wenn etwa der Uebersiedler durch Verpachtung des früher bewohnten, in eigener Regie verwalteten Landgutes die wirthschaftlichen und berufartigen Beziehungen zu diesem Besizthume gelöst hat und nur noch dessen Pachtertragnisse und sonstiges Einkommen seine bürgerliche Existenz sichern. Unter solchen Umständen kann das Landgut nicht mehr als der Ort gelten, *ubi rerum ac fortunarum suarum summam con-*

stituit. Vielmehr ist als deren sedes im Hinblick auf fr. 27 §. 1 ad municip. der Ort des jetzigen, in angegebener Beschaffenheit stattfindenden Aufenthaltes zu betrachten.

Noch mag bemerkt werden, daß es der Annahme der Domizil-Begründung nicht im Wege steht, wenn die Person, welche in einen anderen Ort übersiedelte, die polizeiliche Erlaubniß, sich hier aufzuhalten, nur auf gewisse Zeit erwirkt hat. Das Institut der polizeilichen Aufenthaltskarten steht zwar in Beziehung zu dem Heimathsverbande einer Person, berührt aber die Frage des Domizils in keiner Weise *). Ohnehin geschieht die Ausfertigung der Aufenthaltskarten immer nur auf bestimmte Zeit unter Vorbehalt späterer Erneuerung, so daß sich eine der Absicht der Domizil-Begründung entsprechende Erlaubniß auf unbestimmte Zeit gar nicht erwirken ließe.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verpflichtung, einer Schützengesellschaft beizutreten, keine Civilprozeßsache.

Ueber die Frage, ob der aus Erg. Bl. Nr. 2 S. 446 f. ersichtlichen Sache die Eigenschaft einer Civilprozeßsache zukomme, entnehmen wir aus den betreffenden OUAkten folgende Erörterung.

Die Verpflichtung der Beklagten in die Schützengesellschafts-Kasse einen Einkaufs-Gulden, und für die ersten 3 Jahre ihrer Ansässigkeit zu einem Schießen je 1 fl. 12 fr. zu bezahlen, ist bedingt durch deren Verpflichtung, der Gesellschaft beizutreten; denn als

*) Vgl. Kommentar ü. d. OÖ. Wd. I (Ausfl. II) S. 54 Note 8.

Mitglieder der Schützengesellschaft sollen die Beklagten zu diesen Leistungen verpflichtet sein, und schon durch das Wort „Einkaufs-Gulden“ ist diese Leistung als eine Eintritts-Gebühr bezeichnet. Es handelt sich sonach in vorliegendem Rechtsstreite um die Verpflichtung der Beklagten, der Schützengesellschaft beizutreten, und diese Verpflichtung kann als eine privatrechtliche nicht angesehen werden.

Die Schützengesellschaften, Schützengilden, wie sie allenthalben in Deutschland bestanden und noch bestehen, hatten, wenigstens in früheren Zeiten, nicht lediglich den Zweck, den Mitgliedern des Vergnügens halber Gelegenheit zu Schießübungen zu geben, sondern waren vorzugsweise dazu bestimmt, die Unterthanen zum Zwecke allenfälliger Vaterlands-Vertheidigung im Gebrauche der Feuerwaffe zu üben.

Vgl. Einleitung der bayer. Schützenordnung v.

21. Juli 1796. Mayr Gen. Samml. V S. 864:

Dieser Zweck der Schützengesellschaften leuchtet auch aus der Verord. v. 6. Juli 1809 hervor, welche jeden neu angehenden Bürger verpflichtet, drei Jahre lang die Schießstätte zu besuchen, und sich dort im Scharsschießen zu üben, indem eine solche Anordnung nur dadurch erklärt werden kann, daß solche Schießübungen im öffentlichen Interesse für wünschenswerth erachtet wurden. Die Schützengesellschaften waren sonach zufolge ihres Zweckes nicht Privatvereine, sondern, gleichwie die Zünfte, öffentliche Korporationen, welche unter Aufsicht von Staatsbehörden standen, und für welche sogar, wie in Bayern am 21. Juli 1796, von der Staatsregierung Schützenordnungen erlassen wurden.

Daß auch die Schützengesellschaft zu W. eine solche öffentliche Korporation sei, ist von den Klägern ausdrücklich behauptet; es ist behauptet, daß diese, von Kaiser Maximilian I. genehmigte und mit einer Schützenordnung versehene Gesellschaft unter der Kon-

trole der öffentlichen Behörden stehe, daß sie namentlich bei dem Stadtmagistrate jährlich Rechnung zu legen habe; der oben bezeichnete öffentliche Zweck soll auch in den Statuten der Schützengesellschaft zu W. von 1696 ausdrücklich ausgesprochen sein und die neuesten Statuten von 1807 sind nach Inhalt der Einleitung zu denselben vom Magistrate der Stadt W. nicht bloß genehmigt, sondern erlassen worden. Schon diese Eigenschaft der Schützengesellschaft als einer öffentlichen Korporation, als eines unter der Leitung und Kontrolle der Gemeindebehörde stehenden städtischen Institutes spricht dafür, daß, wenn wirklich die Verpflichtung besteht, der Schützengesellschaft beizutreten, diese Verpflichtung nicht eine privatrechtliche sein, sondern nur im öffentlichen Interesse und im Interesse der politischen Gemeinde, ein gemeinnütziges städtisches Institut zu erhalten, seinen Grund haben könne; und wenn weiter erwogen wird, daß nach der Klagebehauptung die Verpflichtung, der Schützengesellschaft beizutreten, an den Eintritt in den Kreis der wirklichen Gemeindeglieder, der Gemeindebürger geknüpft ist, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß dieselbe in den Verhältnissen des Einzelnen zur politischen Gemeinde, in dessen Eigenschaft als Gemeindebürger, sohin nicht in einem privatrechtlichen Verhältnisse ihren Grund habe, daß sie als eine mit dem Gemeindebürgerrechte verknüpfte, gemeindebürgerliche Last angesehen würde.

Hierbei ist es von keinem Einflusse auf die rechtliche Natur dieser Verpflichtung, ob sie auf Gewohnheit oder auf einer allgemeinen oder lokalen ausdrücklichen Verordnung beruht, da die Quelle eines Rechtsfaktes den Charakter des Inhaltes nicht bestimmen, nicht darüber entscheiden kann, ob derselbe dem Privat- oder dem öffentlichen Rechte angehöre.

Der Umstand ferner, daß die in Frage stehende Verpflichtung der Gemeindebürger mittelbar pek-

niäre Vorthelle für die Schließengesellschaft als Korporation zur Folge hat, kann gleichfalls die rechtliche Natur dieser Verpflichtung nicht ändern, indem die Verpflichtung zum Eintritte in die Gesellschaft keine privatrechtliche ist, auch die Verpflichtung zu den Gelbleistungen, welche mit dem Eintritte in die Gesellschaft und mit der Theilnahme an derselben verbunden sind, nicht als eine privatrechtliche angesehen werden kann.

Es handelt sich demzufolge hier nicht von Geltendmachung eines Privatrechtsverhältnisses, es liegt sonach auch eine Civilprozeßsache nicht vor, und kann die Frage, ob die Beklagten der Schließengesellschaft beizutreten und in Folge dessen die eingeklagten Beträge zu bezahlen verpflichtet seien, nicht von den Gerichten, sondern nur von den Verwaltungsbehörden entschieden werden

Vgl. DASten Nr. 899 ⁵²/₅₃.

2.

Haftung des Staatsärars für gestohlene Depositen.

Vgl. Bd. IX S. 348; Bd. XII S. 202.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir folgende Sätze:

1) Zu den Obliegenheiten des Depositaris gehört es, die Sache dem Deponenten, so bald es diesem gefällt, unweigerlich zu restituiren oder hiesfür Entschädigung zu leisten.

Fr. 1 §. 22, 45, 46 depositi (16, 3).

Nirgends ist in den Gesetzen bestimmt, daß der Damuifikat seine Ansprüche zunächst gegen die Debe zu richten habe.

2) Unerheblich für die Haftung des Depositaris ist es, ob die Hinterlegung freiwillig oder auf obrigkeitliche Anordnung in Folge gesetzlicher Bestimmungen geschehen ist; es gehört dieser Umstand

nicht zur Wesenheit des Geschäftes, auf die *causa movens*, welche den Deponenten zur Hinterlegung bestimmte, hat es nicht anzukommen. Durch den obrigkeitlichen Auftrag oder Zwang wird die Natur des Geschäftes nicht im mindesten alterirt, wie dieses schon daraus hervorgeht, daß die Sequestration, welche oft gegen den Willen der Parteien *ex officio* verfügt wird, in den Gesetzen als eine *species depositi* dargestellt wird.

Fr. 6, 17 eod.; Unterholzner, Lehre des röm. R. über Schuldverhältnisse Bd. II S. 660.

3) Auf Fälle einer obrigkeitlich z. B. zum Zwecke einer Untersuchung angeordneten Hinterlegung paßt die Vorschrift des fr. 1 §. 35 eod., nach welcher der Depositar, *qui se deposito obtulit*, nicht bloß „*dolum sed etiam culpam et custodiam*“ d. h. *diligentiam in custodiendo*, die Wachsamkeit eines guten Hausvaters (nicht bloß *dilig. quam in suis rebus*) zu prästiren hat. Unter solchen Umständen hat der Depositar die hinterlegte Sache vor dem Abhandenkommen zu bewahren, also auch gegen Entwendungen; er hat *omnem culpam* zu prästiren, und erst mit der Abwesenheit aller *culpa* beginnt der *casus*, für welchen er nicht einzustehen hat.

Fr. 5 §. 22 ut in poss. legat. (36, 4); fr. 13 §. 1, fr. 14 de pign. act. (13, 7); fr. 68 pr. de contr. emt. (18, 1); C. 19 de pignor. (8, 14).

Hasse, die culpa des röm. R. S. 176; Buchta, Vorles. Bd. II S. 98, 99.

Es muß von der Voraussetzung ausgegangen werden, daß der Depositar durch Wachsamkeit den Diebstahl hätte abwenden können; man kann als Regel annehmen, daß dem *diligens paterfamilias* eine Sache, auf die er besonders Acht zu haben

151 Haftung des Staatsärars für gestohlene Depositen.

veranlaßt ist, durch einfachen Diebstahl ⁵⁾ nicht abhanden kommen könne. Jedoch kann selbstverständlich der Beweis über Abwesenheit aller culpa (casus fortuitus) nicht versagt werden.

Vangerow, Leitsaden Bd. I §. 105;

Puchta a. a. O. §. 99.

Die Beweislast fällt aber in dieser Hinsicht auf den zur Aufbewahrung Verpflichteten.

Seuffert Comment. Bd. III §. 42—3,
(ed. II §. 58).

4) Mag auch die Behörde, aus deren Amtsslokale gestohlen wurde, den bestehenden Deposital-

⁵⁾ Dieser Ausdruck scheint im Gegensatz der Entwendung mittelst Gewaltthätigkeit an Personen (vis major) gebraucht zu sein, indem im gegebenen Falle der Diebstahl, für welchen die Haftung des Staatsärars angenommen wurde, ein durch Einsteigen mit Vorrichtung (über eine Bretterwand) und durch Einbruch (Mauerdurchbrechung) ausgezeichneter war. — Das Kassengewölbe des Landgerichts Sch., woraus die fraglichen Gegenstände entwendet wurden, befindet sich im Erdgeschoße des Landgerichtsgebäudes; das Gewölbe und die daneben angebrachte, nur durch eine (von den Dieben durchbrochene) Mauer getrennte Holzlege stößt an den (zur Zeit des Diebstahls von einer mannhohen Bretterwand begränzten) Hof des Landgerichtsgebäudes auf der Rückseite an. Zur Zeit des Einbruches hat Niemand in der Parterre-Etage sein Nachtlager gehabt, und im Hofe war damals kein Hund. Unter diesen Umständen wurde angenommen, die diligentia in custodiendo sei nicht in vollem Maaße prästirt worden. Es hätte bei der Unsicherheit des Depositenlokales, namentlich der Situation auf der Hinterseite des Hauses in der Richtung gegen den Hofraum und einen öffentlichen Weg, zur Nachtzeit ein besonderer Wächter im Erdgeschoße aufgestellt oder der Verwahrungsort so gewählt werden sollen, daß ein Einbruch nicht geschehen konnte, ohne die Aufmerksamkeit einer in der Nähe befindlichen Person zu erregen.

vorschriften nicht zuwidergehandelt haben, so wird dadurch etwa zwar die Regressnahme des Merars gegen den Beanten ausgeschlossen, keinesweges vermag aber dieser Umstand den f. Fiskus, welcher als eigentlicher Depositar erscheint, von der Haftung für das abhanden gekommene Depositum zu befreien.

DAGE. v. 17. April 1855. Nr. 421⁵⁴/₅₅.

3.

Provisorische Alimente einer Ehefrau während des Scheidungsprozesses verabreicht, sind nicht zur Rückforderung geeignet.

Ein Ehemann, indem er die Klage auf Ehescheidung gegen seine Gattin wegen Ehebruchs erhob, erwirkte gleich Anfangs ein Mandat wider dieselbe, während des Scheidungsprozesses abgesondert von ihr zu leben; zugleich wurde ihm aber auch aufgegeben, für die gleiche Dauer derselben einen provisorischen Unterhalt zu verabreichen. Nach sieben Jahren wurde die Ehe wirklich wegen bringenden Verdachtes eines verübten Ehebruchs geschieden und die Ehegattin als der schuldige Theil erklärt, womit jene Alimentation natürlich erlosch. Nun verlangte aber der Ehemann Rückersatz der von ihm während der sieben Jahre ausbezahlten Alimente. Er wurde jedoch hiemit in allen drei Instanzen zurückgewiesen, und zwar von dem obersten Gerichtshofe insbesondere in dem Anbetrachte: daß nirgends feststeht, ein Scheidungsurtheil wirke auf die Zeit zurück, in welche die Ursache der Scheidung fällt; daß die Beklagte daher auch bis zu der ihr auferlegten Annahme des Scheidebriefes die rechtmäßige Ehegattin des Klägers war; daß die Bezeichnung der Anfangs zuerkannten Alimente als provisorisch nicht den Sinn hatte, sie seien, wie die Prozeßkosten, gegen Widererstattung vorzuschließen, sondern nur den, daß ihr Maas nach ge-

nommener genauer Einsicht der Sache jeder den Verhältnissen angemessenen Abänderung unterliegen könne.

DAZG. v. 31. Jan. 1856. Nr. 1811 ^{53/54}.
* * * *

4.

Vom Verfahren in Bezug auf Einreden, welche sich im Laufe des Verfahrens hervorgethan haben, und etwa erst in einer oberen Instanz vorgebracht werden.

Nach Bamberger Partikulargesetze sollen Weibspersonen, die sich nach begangener Unzucht, jedoch vor gerichtlich ausgetragener Sache mit einem Andern verheirathen, mit dem Anspruche auf Genugthuung abgewiesen werden⁶⁾.

In einem Falle dieser Kategorie verband der Beklagte mit seiner Revision die Anzeige, daß sich Klägerin während der Dauer dieses Prozesses und zwar erst nach geschlossener Verhandlung mit einem Andern verheirathet habe, woraus sich die Bitte um Entbindung von der Deflorationsklage rechtfertige. Hierauf erging oberstrichterliche Verfügung:

Die Klägerin zur Erklärung darüber, daß und wann sie sich verheirathet habe, unter Vorsetzung einer Frist von 14 Tagen, und unter dem Nachtheile, daß die Angabe des Beklagten als zugestanden angenommen werde, auffordern zu lassen.

Das angezeigte Novum wurde von der Klägerin zugestanden, und über dessen Einfluß auf den in III. Instanz schwebenden Prozeß gemäß weiterer oberstrichterlicher Entschließung⁷⁾ bei dem Unterger-

⁶⁾ Bamberger penl. Gesetzgebung §. 217 S. 203.

⁷⁾ Scheint es nicht angemessen, in dergleichen Fällen die Anordnung zu pflegender Verhandlung eventuell mit der Weisung zur Abforderung einer Erklärung des Gegentheiles über die Wahrheit des Novum zu verbinden?

richte schließliche Verhandlung gepflogen. Auf wiederholte Vorlage der (in solcher Weise ergänzten) Akten erkannte nun der oberste Gerichtshof, auf Grund der neuen Einrede, daß erstrichterliche (aus anderen Erwägungen ergangene) Urtheil wiederherstellend: daß Beklagter von der Entschädigung für die Defloration zu entbinden sei.

DAß. v. 30. Juni 1851 Nr. 646 $\frac{49}{50}$.

5.

Sponsalitia largitas. Bedingtes Eheverlöbniß. Verlöbniß-Ründigung.

Aus oberrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Nach den Vorschriften der Gesetze C. 15, 16
de donat. ante nuptias (5, 3)

ist der Bräutigam Geschenke, welche er nach stattgefundenem Verlöbniße seiner Braut gemacht hat (quod affinitatis coeundae causa oder tamquam futuri matrimonii causa largitur), im Falle des Nichtzustandekommens der Ehe zurückzufordern berechtigt, jedoch nur dann, wenn der Grund, weshalb die Ehe nicht vollzogen worden, in der Verletzung der Braut oder ihrer Eltern beruht, oder wenn ein Zufall, z. B. der Tod der Braut, dazu Veranlassung gegeben hat. War hingegen der Bräutigam selbst oder waren seine Eltern Schuld an der Nichtvollziehung der Ehe, so steht ihm wegen dessen, was er in Hinblick auf die Ehe in freigebiger Absicht seiner Braut zugewendet hat, ein Rückforderungsrecht nicht zu.

Im gegebenen Falle war die (Rückforderungs-) Beklagte zur Eingehung der Ehe mit dem Kläger noch fortwährend bereit, und Kläger hatte selbst in der Klage angeführt, nicht Beklagte oder ihr Vater, sondern lediglich er (der Kläger) habe von der beabsichtigten Verheirathung zurückzutreten erklärt; jedoch mit der Erläuterung, daß er seine Einwilli-

gung, die Beklagte zu heirathen, ausdrücklich gegen sie und ihren Vater an gewisse Bedingungen geknüpft habe, unter welchen der Vater der Beklagten ihm sein Gut verkaufen solle, und dann diese Bedingung nicht eingetreten sei.

In Beurtheilung dieses Sachverhältnisses heißt es:

Verlöbniße können bekanntlich gültiger Weise an Bedingungen geknüpft werden. Ist ein Verlöbniß bedingt geschlossen, d. h. die künftige Eingehung der Ehe von einer Bedingung abhängig gemacht worden, und die Bedingung tritt nicht ein, so erscheint die Vollziehung der Ehe als durch Zufall gehindert, und die Geschenke, welche sich die Verlobten gemacht, können den obigen Grundsätzen gemäß in der Regel zurückgefordert werden. Es versteht sich jedoch, daß, wenn eine solche Bedingung rechtliche Beachtung finden soll, sie gleich Anfangs bei der ersten Erklärung der Einwilligung in die Ehe gestellt worden sein muß. Denn wollte einer der verlobten Theile solche Bedingungen für die Vollziehung des Verlöbnißes erst später stellen, so würde dies einen bedingungsweisen Rücktritt von dem Verlöbniße enthalten. Ein solcher einseitiger Rücktritt aber erscheint als Bruch des Verlöbnißes, der zwar nach hentigem (Sächs.) Rechte auch bei einem öffentlichen Verlöbniße keine Klage auf Vollziehung der Ehe mehr begründet, aber doch immer hinsichtlich der noch übrig bleibenden rechtlichen Wirkungen des Verlöbnißes, namentlich also auch in der hier fraglichen Beziehung, den, welcher durch nachträgliches Stellen von Bedingungen die Ehe hindert, als schuldigen Theil erscheinen läßt.

Es war daher auf Beweis des Grundes der Klage zu erkennen.

Erk. des AG. zu Dresden von 1852
(Poppe v. Herbin). Ztschr. f. Rechtspf.
u. Wissensch. N. F. Bd. 13 S. 76.

5.

Streitigkeiten über Gemeinderechte nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes. Verwaltungssache.

Vgl. Comment. ü. d. G.D. Bd. I (Ausf. II) S. 170.

In den Jahren 1833 und 1847 nahm die Gemeinde Großmehring Theilungen von Gemeindegründen vor; ohne dem Besitzer der dem Gemeindeverbande einverleibten Schaumühle einen Antheil zukommen zu lassen. Dieser trat nun, ein der Schaumühle zugehöriges Gemeinderecht behauptend, im Jahre 1848 gegen die Gemeinde klagend auf, und verlangte sowohl aus der früheren als aus der jüngsten Theilung seine Antheile und für den bisher entzogenen Nutzen eine Vergütung von 332 fl. Die Klage wurde zur Verhandlung gezogen, in welcher Beklagte das für die Schaumühle behauptete Gemeinderecht in Abrede stellte. Hierauf erkannte das Untergericht auf Verweis. Der Beklagte appellirte und das Obergericht sprach aus, daß die Klage nicht zur Kompetenz des Civilrichters gehöre. Dieser Ausspruch, vom Kläger angefochten, wurde oberstreichsgerichtlich bestätigt. Gründe:

a) Die Verordnung vom 22. Februar 1808 (Reg.-Bl. S. 854) sagt nicht, daß die Frage über das Gemeinderecht nur dann zur Kulturstelle kompetire, wenn sie sich während der Verhandlung über die Theilung der Gemeindegründe, oder auch vor deren Vollzug ergebe. Aus dem wörtlichen Inhalt derselben geht vielmehr hervor, daß in dem Falle, durch welchen die Verordnung veranlaßt wurde, die Gemeindegründe schon vertheilt waren, und daß die Klage zur Kompetenz der Kulturstellen gehörig bezuweisen erklärt wurde, weil sie einen bereits schon einmal von diesen behandelten und nach den bestehenden Verordnungen dahin kom-

petirenden Gegenstand betreffe. Der diese Verord-
nung veranlassende Fall war also ganz gleichartig
mit dem vorliegenden.

b) Um der Klage in der Hauptsache zu
entsprechen, müßten entweder die schon geschene-
nen Theilungen reassertirt, oder es müßten von noch
unvertheilten Gemeindegrenzen dem Kläger verhält-
nißmäßige Antheile ausgemittelt werden. Daher ist
die Behauptung ungegründet, daß vorliegend keine
prinzipale Klage gegeben sei, für welche sich das
Gemeinderecht als Präjudizialfrage darstelle. Wenn
aber (wie Revident behauptet) die fraglichen frühe-
ren Theilungen nicht durch die Behörde geleitet,
sondern von der Gemeinde via facti vorgenommen
worden wären, so läge darin noch um so mehr ein
Grund, daß die Sache zur Kognition der dafür
kompetenten Kulturstelle gebracht werde. Sind nun

c) vorliegend für die Frage der Zuständigkeit
des Gemeinderechts die Kulturstellen deswegen kom-
petent, weil sie mit einer Theilung von Gemeindegrenzen
in Verbindung steht, so wird hierin das
durch nichts abgeändert, daß der Kläger dieselbe
auf Verjährung und auf seinen Kaufbrief vom 17. Ja-
nuar 1833 stützt. In diesem Anführen sind zwar
privatrechtliche Titel behauptet. Allein die Verord-
nung vom 22. Febr. 1808 macht von der Eigen-
schaft des Titels, auf welchen hin das Gemeindegrenz-
recht beansprucht wird, bezüglich der Kompetenz
nichts abhängig. Der Klagegrund mag politischer
oder privatrechtlicher Natur sein, so steht dessen
Würdigung, wenn die Verordnung vom 22. Febr.
1808 Anwendung zu finden hat, immer der Kul-
turstelle zu.

DAAG. v. 20. Jänner 1854. Nr. 1542^{51/52}.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Vorschrift des Taxgesetzes von 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobilienverträgen ist keine civilrechtliche. — Bestimmungen über Obsehelungsstrafen im Eherechte. *Stipulatio turpis*. — Debitverhandlungen in Verlassenschaftsacten. Rechtsmittel gegen die desfalligen Verfügungen. — Separationsrecht und Hausuntersuchung an einem Waarenlager und den Ausständen einer Handlung im Unverfallconturfe auf Grund einfacher Zustimmung in Anspruch genommen. — Klage aus einer Cypromission. Begründung. Beweislast. — Widersprechende Einreden als unvereinbar nach den Umständen des Falles auch unzulässig. — Beweislast des Grundsteuerfalscherd. — Miethelle.

Die Vorschrift des Taxgesetzes von 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobilienverträgen ist keine civilrechtliche.

Ein Mann der Ordnung thut Verschiedenes nicht zugleich;
Es liegt das Rechtsgebiet nicht im Finanzreich.

Der Art. 23 des Taxregulativs vom 28. Mai 1852 (Gesetzbl. S. 301 u. ff.) bestimmt:

„Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleich geachtete Rechte betreffen, sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, müssen öffentliche Urkunden errichtet werden.

Allen Behörden und Stellen ist untersagt, die Umschreibung des Erwerbs- oder Besitztittels über besagte Immobilien oder ihnen gleichgeachtete Rechte in den Steuer-, Lager-, Grund- oder Hypothekenbüchern eher vorzunehmen, als der Ausweis über die Entrichtung oder Hinterlegung der treffenden Taxen vorgelegt ist.“

Es wurde nun in neuerer Zeit die Frage angeregt, ob die Nichtbefolgung dieser gesetzlichen Bestimmungen eine Nichtigkeit der fraglichen Verträge zur Folge habe, mit anderen Worten, ob in jenen

Neue Folge I. Band.

Landestheilen, in welchen nach den daselbst bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen vor dem Tagregulative v. 28. Mai 1852 zur rechtsbeständigen Errichtung der obenbezeichneten Verträge eine gerichtliche Verlautbarung nicht erforderlich war, solche nunmehr bei Strafe der Nichtigkeit nothwendig ist?

Diese Frage ist mit Rücksicht auf die Entstehung des erwähnten Tagregulativs unbedingt zu verneinen.

Der Entwurf zu fraglichem Gesetze enthielt nämlich nur den Absatz 1 des nunmehrigen Art. 23 und hierin statt der Schlußstelle:

„müssen öffentliche Urkunden errichtet werden“ — die Worte:

„sind bei Strafe der Nichtigkeit öffentliche Urkunden zu errichten.“ —

Vgl. RVerh. der K. d. U. vom J. 18⁵¹/₅₂ Beil. Bb. III S. 203.

Bei Berathung des erwähnten Gesetz-Entwurfes in der Kammer der Abgeordneten wurde jedoch von Seite des Abg. Breitenbach beantragt und durch Kammerbeschluß genehmigt, daß die Worte des Entwurfs: „sind bei Strafe der Nichtigkeit“ u. s. w. in die Worte:

„müssen öffentliche Urkunden errichtet werden“ umgewandelt und zur Sicherung des Alerars noch ein Zusatz beigefügt werde, wie solcher im Art. 23 Abs. 2 des gegenwärtigen Gesetzes unveränderte Aufnahme gefunden hat. Zur Motivirung wurde angeführt: es sei sehr bedenklich und ungeeignet, in ein Finanzgesetz so tiefeingreifende civilrechtliche Normen, wie solche mit den Worten des Entwurfes: „bei Strafe der Nichtigkeit“ beabsichtigt würden, aufzunehmen und gleichsam so nebenbei abzufertigen.

Vgl. RVerh. Stenogr. Ber. Bb. IV S. 309 ff. bes. S. 314.

Nachdem nun der Antrag des Abg. Breitenbach dem Art. 23 des Tagregulativs vom 28. Mai

1852 wortwörtlich und vollständig entspricht, so kann es im Hinblick auf die Motive des Antrags sowie der bezüglichen Kammerbeschlüsse keinem Zweifel unterliegen, daß der eben genannte Art. 23 die vor ihm über die Verlautbarung der Verträge in den einzelnen Landestheilen bestehenden civilrechtlichen Normen durchaus nicht berührt und nur etwa mit sich bringt, daß die Behörden und Stellen die durch ihre Nichtbefolgung des Abs. 2 zu Verlust gegangenen Tagen zu ersetzen haben.

Vgl. Verh. d. Abg. Beil. Bd. III S. 206 und Bd. IV S. 50, Stenogr. Ber. Bd. III S. 312 und 313.

Nachschrift. In einer Rechtsache wurde gegen die Geltendmachung eines über ein Gasthaus geschlossenen Kaufvertrages eingewendet, derselbe sei wegen Ermangelung gerichtlicher Protokollirung ungültig, sowohl im Hinblick auf Art. 23 des Taggesetzes von 1852 als weil die gerichtliche Protokollirung ausdrücklich bedungen worden sei. Bei der Begutachtung in dritter Instanz wurde hierüber bemerkt: die Perfektion und Gültigkeit des Vertrags hängt nicht von der Protokollirung ab, und wenn auch das Tagregulativ bestimmt, daß die gerichtliche Protokollirung zu geschehen habe, so ist dieß lediglich eine administrative Anordnung zur Sicherung der Taggefälle und hat keinen Einfluß auf die Perfektion des Vertrags. Dieß ist bereits von beiden Instanzen ausgesprochen Beklagter hatte nämlich gleich im Beginne seiner Exception die definitive Abweisung der Klage beantragt, weil der Kauf nicht protokolliert worden sei; allein beide Instanzen haben diese Einrede verworfen, annehmend, daß die Protokollirung kein Essentiale zur Perfektion des Vertrags sei, wobei beide Theile sich beruhigten. — Wenn demzufolge in den Motiven des hierauf ergangenen OABG. v. 3. Juli 1855 der in Betreff des Art. 23 ange-

wegen der von ihm behaupteten und durch That-
sachen unterstützten unüberwindlichen Abneigung ge-
gen seine Ehefrau, durch ein am 27. April 1853
gesprochenes Revisions-Erkenntniß getrennt, der G.
dabei für den schuldigen Theil erklärt und in die
Ehescheidungsstrafe verurtheilt wurde, unter Ver-
weisung der durch obigen Vertrag angeregten Frage
zur besonderen Erörterung und Entscheidung.

Nun klagte die geschiedene Ehefrau gegen G.
auf Zuerkennung des sechsten Theils seines Vermö-
gens, wogegen der Verklagte beantragte, die Zuer-
kennung auf 8000 Thlr. zu beschränken. In erster
Instanz wurde nach dem Antrage der Klägerin, in
zweiter nach dem des Verklagten erkannt. Der oberste
Gerichtshof stellte das erste Urtheil wieder her. In
den Motiven wurde unter anderem geäußert:

Niemand kann durch Willenserklärungen zu
Handlungen verpflichtet oder berechtigt werden, welche
die Ehrbarkeit beleidigen. Dies gilt auch von Ver-
trägen, deren Gegenstand ein die Ehrbarkeit beleidigender ist¹⁾. Als die Ehrbarkeit beleidigend er-
scheint es nun aber ohne Zweifel, wenn von Per-
sonen, welche sich zu ehelichen beabsichtigen, schon
vor Schließung der Ehe eine künftige, die Eheschei-
dung herbeiführende Verletzung der ehelichen Pflich-
ten als möglich vorausgesetzt wird, und im Voraus
für diesen Fall kontraktliche Bestimmungen über die
dann dem unschuldigen Theile zu leistende Eheschei-
dungsstrafe, nach Befinden sogar zum Vortheil des
für schuldig zu erachtenden Gatten getroffen werden.
Dazu kommt, daß eine Verzichtleistung auf Rechte,

¹⁾ Bezugnahme auf preuß. RM. Th. I Tit. 4 §. 7,
Tit. 5 §. 39. — Wgl. fr. 26, 35 §. 1 do verb.
oblig. (45, 1); C. 6 do pactis (2, 3).

die aus künftigen unerlaubten Handlungen entstehen möchten, unwirksam ist ²⁾ ³⁾).

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 13. Dez. 1854. _Entschl. des O. T. Bd. 29 S. 373 f.

2.

Debitverhandlungen in Verlassenschaftsacten. Rechtsmittel gegen die desfalligen Verfügungen.

In Verlassenschaftsacten kommen häufig Erklärungen und Anträge von Seite der Erbschaftsprätendenten, Gläubiger, Legatäre u. s. w. vor, in welchen sich kollidirende Interessen geltend machen. Bezüglich der darauf in denselben Verlassenschaftsacten ergehenden Verfügungen entstehen mitunter Zweifel, ob dieselben als in einer Civilprozeßsache, oder als extra viam et ordinem processus ergangen anzusehen und zu beurtheilen seien, welcher Gegenstand insbesondere für die etwa zu ergreifenden

²⁾ Vgl. preuß. R. I Tit. 16 §. 400 mit fr. 27 §. 3, 4 de pactis (2, 14).

³⁾ Die Bezugnahme des Verklagten auf preuß. R. I. Tit. II Tit. 1 §. 825 wurde für unerheblich erachtet, weil bei den Bestimmungen dieses §., wie des vorhergehenden und des nachfolgenden keine, von Brautleuten geschlossene Ehe- und Erbverträge, sondern solche Verträge vorausgesetzt worden seien, welche in Bezug auf die bei erfolgter Ehescheidung dem unschuldigen Theile zu gewährende Abfindung nach bereits eingegangener Ehe unter den Eheleuten errichtet werden. Der §. 824 spreche von einem unschuldigen Ehegatten, der sich der ihm gesetzlich zukommenden Abfindung begibt. Der §. 825 erkläre die dort gedachten Verträge für eben so gültig, wie andere unter Eheleuten geschlossene Verträge. Der §. 826 besage, daß durch Verträge über die Abfindung die aus der Ehe erzeugten Kinder in ihren Rechten nicht verkrüßt werden könnten

Rechtsmittel von wesentlicher Bedeutung ist. In Beurtheilung einer vorgekommenen Rechtsache scheint man die Ansicht adoptirt zu haben, daß der Umstand der Verhandlung und Verfügung in den Verlassenschaftsacten für die Qualifikation nicht entscheidend, vielmehr der Gesichtspunkt der Civilprozeßsache anzunehmen sei, wenn die gepflogenen Verhandlungen den Inhalt einer Debitverhandlung, einer Erörterung über Ansprüche an den fraglichen Nachlaß und über die Verbindlichkeit dafür einzustehen, hatten und vom Gerichte über die kollidirenden Anträge der Betheiligten Bescheid ertheilt wurde. Von einem Interessenten (Erbchaftsverkäufer, beziehungsweise Einlöser einer Anzahl von Forderungen an den Nachlaß) war zu den Verlassenschaftsacten die Eröffnung des allgemeinen Konkurses über die fragliche Erbchaft beantragt worden. Diesem Antrage wurde nicht stattgegeben, vielmehr die Verweisung mehrerer (als Gläubiger oder Legatäre) Betheiligten zur Klagstellung gegen den Ersterwähnten (als Erbchaftskäufer) verfügt. Auf dessen Beschwerdeführung wurde vom Obergericht der erstrichterliche Bescheid aufgehoben und die Vorinstanz angewiesen, gedachten Gläubigern und Legatären den von dem Appellanten in einer konnexen Gantsache vorgelegten Arrangements-Vorschlag zur Einsicht mitzutheilen, deren Erklärungen und Anträge hierüber zu hören, und hiernach weiter zu verfügen oder zu erkennen, was Rechtens. Sowohl jener Implorant als einige Gegenbetheiligte wandten sich nun beschwerend an den obersten Gerichtshof, wobei von einer Seite ausdrücklich geltend gemacht wurde, daß es sich hier von Verhandlungen und Verfügungen extra viam processus handle. Daß O. A. G. erachtete aber die Beschwerdeführungen für unzulässig: da das angefochtene Erkenntniß zweiter Instanz sich offenbar als ein solcher richterlicher Zwischenbescheid darstellt, gegen welchen nach §. 52

Nr. 2 mit §. 51 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 eine selbstständige Berufung nicht zulässig ist.“
DAGE. v. 11. Juni 1852. Nr. 1015⁵⁰/₅₁.

3.

Separationsrecht und Faustunterpfand an einem Waarenlager und den Ausständen einer Handlung im Konkurse auf Grund einfacher Zusage in Anspruch genommen.

Der Kaufmann K. hatte nicht ganz ein Jahr vor dem Bekanntwerden seiner Insolvenz seinem Banquier M., in dessen Hause er zufällig mietweise sein Geschäft betrieb, eine Privaturkunde des Inhaltes ausgestellt: da M. seit vielen Jahren vielfältige Verpflichtungen durch Girirung seiner Wechsel übernommen, ihm auch sehr oft baar Geld behändigte, so gebe er demselben hiemit sein sämmtliches Waarenlager in dessen Hause als eigenthümliches Faustunterpfand, ... ebenso seine daraus entspringenden Ausstände zu seiner gänzlichen Sicherheit, wogegen sich von selbst verstehe, daß M. ihm das Vertrauen des freien Ein- und Verkaufes der Waaren überlasse. Noch zwei Monate vor dem Ausbruche des Fallimentes der Handlung war dieselbe Urkunde gerichtlich anerkannt und ihr Inhalt bekräftigt worden.

In dem bald darauf eröffneten Konkurse liquidierte der Banquier M. eine bedeutende Wechselforderung, für welche ihm in beiden Vorinstanzen das Separationsrecht an den Ausständen der Handlung als Zessionar zugesprochen, der hier nicht gebettete Ueberrest dagegen auf dem Erlöse des Waarenlagers als des bestellten Faustpfandes in die dritte Klasse der Prior.-Ord. eingestellt wurde.

Der oberste Gerichtshof, durch ein Revisionsgesuch der übrigen Gläubiger mit der Sache befaßt, änderte ab und ersetzte jene Forderung als einfache

Wechselschuld in die vierte Klasse zurück. In den Gründen des OABG. v. 26. Jan. 1856 (Nr. 507²/₅₄) kommt hiezu vor:

1) Durch anerkannte Privaturkunde vom . . . hat E. erklärt, er gebe dem M. u. f. w. (folgt ein Auszug der Urkunde), diesem Vertrage kommt in dem nun ausgebrochenen Konkurse der Handlung E. nicht die geringste Wirkung zu. Die Ueberlassung eines ganzen Waarenlagers zum eigenthümlichen Unterpfande, schon an sich eine Verbindung zweier widersprechender und sich ausschließender Rechtsbegriffe darstellend, war keine Hingabe an Zahlungsstatt, weil die Forderung noch ganz unbestimmt und zu jener Zeit nicht einmal geboren, ihre Voraussicht nur als Beweggrund angeführt, die Waaren nach ihrer Individualität nicht bezeichnet, nirgends ein Preis dafür angesetzt oder durch eine Hinweisung ersichtlich gemacht war, weil die Spezies der Leistung und Gegenleistung einem beständigen Wechsel unterlag und der vorbehaltene freie Ein- und Verkauf sich jeder Veräußerung der damals vorhandenen Waaren widersetzte, während doch die Annahme einer Sache an Zahlungsstatt unter den Begriff des Kaufes fällt, mithin auch alle wesentlichen Stücke des letzteren, res, pretium et consensus erfordert. Fr. 15 quib. ex caus. in poss. eatur (42, 4): „Is . . . emptori similis est, . . . qui rem in solum accepit.“

2) Alle diese Gründe passen in gleicher Weise und noch mehr in Bezug auf die Anweisung der Ausstände zur Sicherheit; mit jener Urkunde versehen war M. nicht legitimirt, nur einen einzigen derselben einzuklagen¹⁾ oder eine Elle aus dem

1) Offenbar lag es im Sinne jener Einräumung, daß deren Verwirklichung von einer späteren Abrechnung unter den Theilnehmenden und der Feststellung eines bestimmten Guthabens für den M. abhängen soll.

Waarenlager des F. zu verkaufen. Aber auch ein General- oder Faustpfand konnte dadurch nicht begründet werden, weil es an der Uebergabe des Waarenlagers in den Besitz des F. fehlte, welches doch nach §. 21 Nr. 3 der Prior.-Ord. unerlässliche Bedingung eines wirksamen Faustpfandes ist, weil ihm jenes Vorzugsrecht der dritten Klasse an dem Erlöse nur insofern in Aussicht gestellt ist, als er die Sache zur Konkursmasse wieder einliefert. Durch jene Ueberlieferung in den Besitz des Gläubigers ist eine äußere Kundgabe des eingeräumten Vorzugsrechtes bezeugt, welche auch Dritte in den Stand setzt, darauf Rücksicht zu nehmen, und welche durch eine bloße Repromissio nicht ersetzt werden kann. Der zufällige Umstand, daß sich das Waarenlager in einem gemietheten Gewölbe von F.'s Hause untergebracht fand, ist völlig gleichgültig für den fehlenden Uebergang eines Besizes, weil ihm keine Art Einwirkung auf den Inhalt der verschlossenen Räume zustand.

3) Das Prinzip der Publizität und Spezialität, welches das Hypothekengesetz gleichwie die Prioritätsordnung von 1822 in Ansehung der Separations- sowie der Vorzugsrechte in der II. und III. Klasse durchgreifend beherrscht, ist exklusiv für die Wirkung geheimer Abmachungen, durch welche einer ganzen Vermögensmasse oder doch einem kollektiven Bestandtheile derselben, wie Waarenlager und Ausstände einer Handlung unter der Decke eine bevorzugte Haftung für gewisse Forderungen aufgeprägt werden soll, weil dadurch der Sache nach nur die abgeschaffte Generalhypothek wieder in's Leben gerufen würde. Die Hinweisung auf den rein eingebildeten Uebergang eines Eigenthumes ohne alle Zuständigkeiten eines Eigenthümers würde nur auf eine Umgehung jener weisen Vorschrift des Gesetzes hinauslaufen und findet sich daher in dem Ausschlusse des geringeren Rechtes,

der Generalhypothek, von selbst als das größere nur desto mehr gemißbilligt und mitbegriffen. Fr. 29 de legibus (1, 3). Die Fiktion des Constitutum possessorium, indem sie durch keine äußere Offenbarung in den Umkreis der Wahrnehmung hervortritt, muß im Angesichte jener neuen Gesetze ohnmächtig bleiben, um unter dem Vorwande eines nur in der Idee bestehenden Eigenthumes oder Pfandrechtes eine fahrende Habe, ein Waarenlager oder die Aktivausstände einer Handlung in Masse in dritte Hände hinüberzuspielen und auf solche Weise von einer Konkursmasse zum bitteren Schaden der in gutem Glauben verharrenden Gläubiger absondern oder als gültiges Unterpfand behandeln zu lassen.

3.

Klage aus einer Expromission. Begründung. Beweissth.

Die Klage des Joseph H. war auf zwei Behauptungen gegründet, nämlich

a) darauf, daß er dem nun verstorbenen Joseph N. und dessen Ehefrau ein zu 3 prC. verzinsliches Darlehen von 1000 fl. gegeben, und daß Beklagter Anton N., Sohn der Darlehens-Empfänger und Uebernehmer des elterlichen Bräunwefens, vertragsmäßig alle vorhandenen Schulden seiner Eltern zu übernehmen hatte und übernommen habe, und

b) auf die weitere Behauptung, daß Beklagter diese Schuld zu 1000 fl. am 11. Juni 1849 anerkannt, und zurückzahlen versprochen habe.

In zweiter Instanz wurde dem Kläger zu beweisen aufgelegt:

Daß er den Eltern des Beklagten 1000 fl. geliehen, und Beklagter diese 1000 fl. am

11. Juni 1849 anerkannt und zurückzahlen versprochen habe.

Diese Beweisauflage wurde oberstrichterlich bestätigt. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

In dem Vorbringen der Klage, daß Joseph H. dem Joseph M. und seiner Ehefrau ein Darlehen von 1000 gegeben, und daß ihr Sohn Anton M. nach dem Tode seines Vaters und nach seiner angeblich am 31. Mai 1849 erfolgten Uebernahme des elterlichen Bräuantwessens diese Schuld pr. 1000 fl. am 11. Juni 1849 anerkannt und zurückzahlen versprochen habe, liegen alle gesetzlichen Erfordernisse einer rechtsgültigen Novation durch Expromission, wie sie das bayer. LM. Thl. IV Kap. 15 §. 4 pr. und §. 6 Nr. 1 bestimmt; denn es ist darin der ursprüngliche Schuldner, so wie die rechtliche Eigenschaft und die Größe der Schuld genau bezeichnet, und die ausdrückliche Erklärung des Beklagten, daß er diese Schuld anerkenne und zur Zurückzahlung übernehme, d. h. nunmehr der Schuldner sein wolle, nebst der Zeit dieser Erklärung bestimmt angegeben, sofort ein neues Vertragsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten behauptet, wodurch dieser der Schuldner des Ersteren statt der ursprünglichen Darlehensempfänger geworden ist. Die Klage erscheint daher nach den ihr unterstellten Thatfachen als rechtlich begründet, da hiernach der Beklagte als Expromittent unmittelbar belangt werden kann. Die in zweiter Instanz gemachte Beweisauflage entspricht auch dem Klagevorbringen, so weit es den Klagegrund der Expromission betrifft, indem hiezu wegen des vom Beklagten eingelegten Widerspruches allerdings auch der Nachweis des wirklichen Bestandes der ursprünglichen Schuld gehört, weil ohne diese Voraussetzung die Expromission gegenstandslos wäre, und angenommen werden müßte, daß der Beklagte bei

der Expromission in einem wesentlichen für ihn unverbindlichen Irrthume gehandelt habe, wenn dieselbe dennoch stattgefunden hätte¹⁾).

.... Die Qualität der eingeklagten Schuld und die Art ihrer Entstehung, nämlich durch ein Darlehen, ist ausdrücklich angeführt. Die Angabe der Zeit des Darlehens ist für den Beklagten unerheblich; für ihn entscheidet nur die Zeit der Expromission, welche auf den 11. Juni 1849 bestimmt ist, und der behauptete Umstand, daß die von ihm übernommene Schuld damals bereits bestanden hat. Der Zweifel an der Identität der Schuld wird durch die der Klage entsprechende Beweisauflage, daß Beklagter die seinen Eltern vom Kläger dargeliehenen 1000 fl. anerkannt und zurückzahlen versprochen habe, vollkommen beseitigt, da weder der Kläger noch weitere 1000 fl. Darlehen zu fordern haben will, noch der Beklagte wegen einer solchen Forderung in Anspruch genommen zu werden behaupten konnte.....

DAGE. v. 18. Mai 1855. Nr. 991⁵⁴/₅₅.

4.

Widersprechende Einreden als unvereinbar nach den Umständen des Falles auch unzulässig.

(Sn Bd. XIX S. 241 ff.)

Der actio emti auf Erfüllung eines außgerichtlich abgeschlossenen Gutskaufes setzte der beklagte

¹⁾ Ist es nicht vielmehr Sache des Expromittenten, den stattgefundenen Irrthum nachzuweisen, wenn in der Expromissionsurkunde die causa der übernommenen Schuld angegeben und die Richtigkeit der gegenüberstehenden Forderung unzweideutig anerkannt ist? Paßt der Fall nicht unter die Vorschriften des fr. 25 §. 4 de probat. (22, 3) und des cap. 14 X do fide instrum. (2, 22)? — Vgl. auch bayer LR. Th. IV Kap. 13 § 6 Nr. 1.

Verkäufer unter anderen auch die Einrede entgegen, er sei zur Zeit der Eingehung des Vertrages betrunken und daher seiner selbst nicht mächtig gewesen. Diese Einrede wurde ihm auch zum Beweise auferlegt. Erst während die Sache aus Anlaß der Revision des Beklagten gegen das Beweissthema in der III. Instanz vorlag, wollte sein Anwalt entdeckt haben, daß derselbe auch zur kritischen Zeit an periodischem Wahnsinne gelitten habe; er stellte daher im Wege der Incidentrestitution unmittelbar an die dritte Instanz die Bitte, ihn auch alternativ mit zum Beweise dieser Einrede zuzulassen. — Dieses Restitutionsgesuch wurde vom obersten Gerichtshofe als unerheblich und unzulässig zurückgewiesen, weil die Information, welche der Beklagte dem Anwalte ertheilt haben mußte, daß er damals betrunken gewesen, von selbst ein Zugeständniß enthalte, daß er sich zu jener Zeit bei gesundem Verstande befunden und den Vertrag daher in einem lucidum intervallum abgeschlossen, weil in Voraussehung einer Störung seiner geistigen Kräfte jeder Rückgriff auf die weit tiefer liegende und vorübergehende Trunkenheit unnöthig gewesen, so daß die neu vorgeschützte Einrede als hiemit nicht weiter vereinbar und widersprechend in sich selbst zusammen fallen mußte.

DAÖG. v. 18. Febr. 1856. Nr. 540⁵³/₅₄.

5.

Beweiskraft des Grundsteuerkatasters.

Vgl. Bd. XIV S. 224.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Im §. 95 Abs. 2 des Grundsteuergesetzes ist bestimmt, daß alle nicht angemeldeten Ansprüche und Reklamationen nach Ablauf der dreijährigen Reklamationsfrist ausgeschlossen sein sollen und daß

Grundsteuerkataster als Saal- und Lagerbuch mit Beweiskraft zu gelten habe.

Ein Katastereintrag hat hienach bezüglich der liquidirten Dominikalien die Kraft einer Definitivsentenz nicht, so daß alle nicht angemeldeten Ansprüche für den Berechtigten verloren wären oder irrthümliche Ueberträge aus der Liquidation entgegen dieser und der zustimmenden Erklärung des anderen Interessenten einen neuen von keiner Seite behaupteten Rechtsstand zu schaffen vermöchten.

Der Ausschluß nicht angemeldeter Ansprüche oder unterlassener Reklamationen hat nur auf die definitive Gestaltung des Katasters Bezug, das durch seinen Abschluß eine vollständig beweisende Urkunde werden sollte, welche jedoch den Nachweis eines zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestehenden anderen Verhältnisses in eben der Weise zuläßt, als jeder Beweis, so wie auch ein Saal- oder Lagerbuch durch Gegenbeweis aufgehoben und anstatt der als erwiesen anzunehmenden Thatfache eine ihr entgegenstehende dargethan werden kann.

Durch die Bestimmung des §. 95 Abs. 2 des Grundsteuergesetzes vom Jahre 1828 ist also der Rechtsweg gegen einen in das Definitivum übergegangenen Katastereintrag nicht ausgeschlossen, und war die Klage der Kirchenverwaltung B. auf Leistung der behaupteten höheren Korngift gegen Konrad W. zulässig, es mag dem einen niedereren Betrag enthaltenden Katastervortrage ein Irrthum der Steuerkatasterkommission bei Anlegung des Katasters zu Grunde liegen, wie Klägerin behauptet, oder schon die Liquidation einen Irrthum enthalten haben; zumal in letzterer Beziehung keine Thatumstände geltend gemacht wurden, welche die Heilung des Irrthums nicht mehr gestatten würden

DAß. v. 27. Okt. 1855. Nr. 487⁵⁴/₅₃.

Miszelle.

Eine Dame in vorgerückten Jahren.

Was ist eine Dame in bereits vorgerückten Jahren; — une dame d'un âge déjà avancé? Das Bezirksgericht in Lyon wußte diese heikle Frage, mit der man seine Weisheit auf die Probe stellen wollte, glücklich zu umschiffen. H. Bütier hatte in einer öffentlichen Versteigerung zu Lyon ein sehr baufälliges Haus um 5150 Fr. als Meistbietender zugeschlagen erhalten, ohne die im Saale angehefteten Streichbedingnisse zu und aufmerksam gelesen zu haben. Unter denselben befand sich ganz am Schlusse in gewöhnlicher fortlaufender Schrift auch die Bemerkung mit eingestrichen, einer bereits im vorgerücktem Alter stehenden Dame gebühre auf diesem Hause eine Leibrente von 1500 Fr., welche vom Käufer ohne Einrechnung mit übernommen werden müsse. Als Herr B. diese Bedingung gewahrt wurde, erschrak er anfangs, daß er unbesonnen in eine solche Falle gegangen, schöpfte aber bald wieder Muth in dem Gedanken, die Alte könne höchstens noch einige Jahre leben und werde ihm die Zeit ihres Lebens nicht lang machen. Als er sich aber näher nach ihrer Persönlichkeit erkundigte, neuer Schrecken! Die Dame war erst 49 Jahre alt und konnte bei guter Gesundheit noch 30 Jahre leben.

Nun entstand die Rechtsfrage: Ist ein Frauenzimmer mit 49 Jahren wirklich eine Dame in bereits vorgerückten Jahren? Herr B. verneinte dieselbe und socht den Kauf als nichtig an, weil er durch eine künstlich entstellte Bedingung über den wahren Stand der Sache und den Umfang seiner übernommenen Verpflichtung hintergangen worden sei. Sein Anwalt suchte in einem geistreichen Vortrage die ganze Damenwelt auf seine Seite zu ziehen, indem er den schwierigen Beweis zu führen unternahm, eine Dame von jenem Alter stehe noch in der Blüthe ihrer Jugend. Was konnte hier das Gericht thun? Es täuschte die Neugierde durch eine Abweisung der Klage, ohne auf die Frage einzugehen, aus dem näher gelegenen Grunde, der Kläger hätte sich durch eine Nachfrage von dem wahren Stande der Sache leicht überzeugen können und sollen; über Schaden, welchen man sich durch eigene Schuld zuziehe, könne man sich nicht beklagen. (Gazette des Tribunaux v. 10. März 1856.)

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit. — Civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale. Selbsthülfe. Aussetzung. — Ein Fall erlaubter Selbsthülfe. — Prüfung der Verurteilung. (Revisions-) Zulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliegt? — Beschuld über Art der Beeidigung eines jüdischen Zeugen. Verurteilungszulässigkeit. Extrajudizialbeschwerde. —

Strafrechtliche Bedenken..

- 1) Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit.

Wo Doppelmaß der Kraft nach einer Richtung treibt,
Da spuckt ein Fehler, wenn die Wirkung einseitig bleibt.

Denjenigen, welche zur Zeit des begangenen Verbrechens oder Vergehens das zwölfte, aber noch nicht das sechzehnte Jahr zurückgelegt haben, soll, wenn sie der Zurechnung fähig erkannt worden, die Strafe nach den in Art. 99 Th. I des StGB. v. 1813 bestimmten Abstufungen gemildert werden.

Wenn das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung in dem Verbrecher zur Zeit der begangenen That zwar nicht gänzlich aufgehoben, aber doch durch große Geistesbeschränkung, durch Altersschwäche, durch Gemüthskrankheit, durch unverschuldete Trunkenheit oder durch eine andere derartige Verwirrung der Sinne oder des Verstandes in so hohem Grade gestört war, daß bei der Thatfrage die Zurechnungsfähigkeit als gemindert erklärt wird,

Neue Folge 1. Band.

so sind die Gerichte nach Art. 3 des Gesetzes vom 29. August 1848 ermächtigt, auf eine geringere, als die gesetzliche Strafe zu erkennen. Dieselbe darf jedoch nicht unter das im Art. 99 bestimmte niedrigste Strafmaß herabgesetzt werden.

Für den Fall, was Rechtens sei, wenn bei einem zur Zeit der That noch nicht 16 Jahre alten Angeklagten nebstdem noch eine besondere Minderung der Zurechnungsfähigkeit z. B. wegen Gemüthskrankheit festgestellt ist, wenn also die beiden Strafmilderungsgründe zusammentreffen, — ermangelt es an einer speziellen gesetzlichen Vorschrift. Bei Abfassung des Gesetzes vom 29. Aug. 1848 hat man an das Vorkommen einer solchen Häufung von Strafmilderungsgründen nicht gedacht. Indessen stellt sich die einfachste Lösung der Zweifelsfrage als die richtige dar. Wenn von zwei Strafmilderungsgründen jeder für sich nach Vorschrift des Gesetzes das Herabsetzen der Strafe auf eine niedrigere Abstufung nach sich zieht, so ist eben im Falle Zusammentreffens der beiden Strafmilderungsgründe, damit keine der Gesetzstellen ohne entsprechende Folge bleibe, die Operation des Herabsetzens zweimal vorzunehmen, und eine um zwei Abstufungen ermäßigte Strafe zu verhängen. Diese Lösung paßt auch ganz zu den Worten des Gesetzes von 1848. Wurde ein mit einer zeitlich bestimmten Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen von einem jungen Menschen unter 16 Jahren begangen, so ergibt sich nach Art. 99 Ziff. 3 Arbeitshaus als die gesetzliche Strafe; folglich ist, wenn noch abgesehen von der Jugend eine besondere Minderung der Zurechnungsfähigkeit festgestellt ist, im Hinblick auf Ziff. 4 des Art. 99 nach Art. 3 des Ges. von 1848 die Zuerkennung einer Gefängnißstrafe von 3 bis 12 Monaten gerechtfertigt. Der Ausdruck „gesetzliche Strafe“ bezeichnet nach dem

Wortsinne diejenige, auf welche abgesehen von der im Sinne des Art. 3 stattfindenden Milderung der Zurechnungsfähigkeit nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu erkennen wäre. Zu den gesetzlichen Strafbestimmungen gehören auch die Bestimmungen des Art. 99 über den strafermäßigenden Einfluß der Jugend. Es läßt sich gewiß nicht beweisen, daß man bei Abfassung des Art. 3 beabsichtigt habe, die Tragweite des Ausdrucks „gesetzliche Strafe“ auch für den Fall des Zusammentreffens beider gedachter Milderungsgründe auf die für das fragliche Verbrechen in abstracto bestimmte Strafe zu beschränken, und folgerweise überall, wo nach den sonstigen Umständen ohnehin auf das Minimum der wegen Jugend eintretenden niedrigeren Strafkategorie zu erkennen wäre, die Wirkung der besonders festgestellten geminderten Zurechnungsfähigkeit völlig zu nullifiziren. Führt eine Auslegung zu dem Ergebnisse, daß die ausgelegte Vorschrift in einem Theile der darunter gehörigen Fälle völlig bedeutungslos wäre, so hat man guten Grund, ihre Richtigkeit zu bezweifeln. Aber schon die Zweifelhaftheit genügt, um nach der Regel „in poenalibus causis benignius interpretandum est“ den Ausschlag für unsere Ansicht zu geben ¹⁾).

Zu demselben Resultate gelangt man, wenn die Strafermäßigungsoperation in umgekehrter Ordnung vor sich geht, wenn nämlich zuerst die sich durch Anwendung des Art. 3 ergebende Strafe ermittelt, und hierauf der Einfluß, welcher nach Art. 99 dem jugendlichen Alter des Schuldiggesprochenen zukommt, geltend gemacht wird. Der Inhalt des Art. 99 paßt eben so gut auf eine nach der

¹⁾ Vgl. oben S. 4. Das Gesetzeswort „ermächtigt“ berührt nicht die hier vorliegende Frage; ist doppelte Herabsetzung zulässig?

allgemeinen Strafandrohung ermittelte, wie auf eine wegen besonderer Minderung der Zurechnungsfähigkeit bereits ermäßigte Strafe. Für diese wie für jene findet wegen jugendlichen Alters die im Art. 99 verordnete Herabsetzung statt. — Nichts steht im Wege, dieses umgekehrte Verfahren einzuschlagen, bei welchem der Ausdruck des Art. 3 „gesetzliche Strafe“ lediglich auf die Strafandrohung in abstracto bezogen werden kann, ohne daß man darum zu einem anderen Endergebnisse gelangt.

Die in Art. 3 des Ges. von 1848 ausgesprochene Begränzung des richterlichen Ermessens in Fällen geminderter Zurechnungsfähigkeit war in den Berathungen der Gesetzgebungsausschüsse auf lebhaften Widerstand gestoßen; insbesondere machte man dagegen geltend, daß die frühere Praxis, auch des obersten Gerichtshofes, im Hinblick auf Art. 106 Th. I des StG. in Fällen dieser Kategorie das Strafermäßigungsrecht ohne solche Begränzung ausübte und weit geringere Strafen zuerkannte, als sich durch die Verweisung auf Art. 99 ergeben würden. Auch gegen das kundgemachte Gesetz wurden, wegen der wider die Natur der Sache verstößenden und zu ungerecht harten Resultaten führenden Gränzbestimmung auf dem Gebiete der Doktrin Stimmen des Tadelß laut ²⁾. Ulpian ³⁾ sagt von harten Gesetzesvorschriften: „Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est.“ Aber die Verwerfung doppelter Herabsetzung im Falle Zusammenstreffens zweier gesetzlicher Strafmilderungsgründe ist kein Gebot der lex scripta, sondern gibt guten Grund zu sagen: „Quod perquam durum et injustum est.“

²⁾ Mittermaier im neuen Archiv des Kriminalrechts Jahrg. 1850 S. 344 f.; Köstlin System des deutschen Strafrechts I §. 142 S. 617, B).

³⁾ Fr. 12 §. 1 qui et a quibus manumissi (40, 9.)

Einer anderen Ansicht folgte der oberste Gerichtshof in Beurtheilung der in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. II S. 479 darzulegenden Sache.

2) Civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale. Selbsthülfe. Aussetzung.

Wo sich're Grenzen nicht das Recht vom Unrecht trennen,
Da war' es ungerecht, auf Strafe zu erkennen.

Bei einer Anzahl von Verbrechen und Vergehen gehört das Bestehen bzw. die Beschaffenheit eines gewissen civilrechtlichen Verhältnisses zu den Merkmalen des Thatbestandes; unter anderen bei der Unterschlagung, bei der Selbsthülfe, bei der Aussetzung. Unterschlagung ist rechtswidrige Zueignung von Sachen, welche man für einen Anderen im Besiz oder Gewahrsam hat ¹⁾ Das Vergehen der Selbsthülfe wird ausgeschlossen durch eine solche Beschaffenheit des unter den Betheiligten obwaltenden civilrechtlichen Verhältnisses, welche die geübte Eigenmacht als befugt erscheinen läßt. Das Verbrechen (oder Vergehen) der Aussetzung wird von Personen begangen, welche zur Verpflegung des Ausgesetzten verbunden sind. Nun ist es aber nicht selten der Fall, daß über diejenigen Fälle des Civilrechts (oder Civilprozesses), auf deren Anwendung es bei den Thatbestandsmerkmalen dieser Kategorie ankommt, verschiedene Meinungen unter den Rechtsgelehrten bestehen, daß es darüber an einem deutlichen, alle Zweifel abschneidenden Gesetze fehlt, und auch eine mühevolle Prüfung und Untersuchung nicht auf fe-

¹⁾ Vgl. über den Einfluß civilrechtlicher Fälle auf die Anwendung der die Unterschlagung betreffenden Strafbestimmungen: Dollmann in den Bl. f. R. u. W. Bd. I S. 113 f., S. 129 f., S. 193 f., S. 209 f.

sten Boden führt. Wie hat sich unter solchen Umständen der Strafrichter zu verhalten? — Wo nicht alle im Gesetze bestimmten Voraussetzungen eines Verbrechens oder Vergehens zweifellos gegeben sind, darf der Strafrichter dasselbe als begangen nicht annehmen und die dafür gedrohte Strafe nicht verhängen²⁾. Aber auch in dem Falle, wenn die Ansicht, nach welcher die fragliche civilrechtliche Voraussetzung im gegebenen Falle vorhanden ist, dem Strafrichter als zweifellos richtig erscheint, hat derselbe noch zu prüfen, ob nicht wegen der bestehenden Kontroverse Unsicherheit in Betreff der rechtswidrigen Absicht (Bewußtsein der Rechtswidrigkeit) obwalte, welche das Gesetz bei seiner Strafandrohung voraussetzt.

Der Besitz von Grundstücken geht durch heimliche Occupation von Seite eines Anderen nicht verloren; vielmehr ist der bisherige Besitzer nach gesetzlicher Vorschrift befugt, alsbald nach erlangter Kunde von der Occupation mittelst Selbsthülfe den Occupanten wieder zu verdrängen, und sich dadurch im Besitze zu behaupten³⁾. Wie verhält es sich aber mit der Behauptung des Quasibesizers, wenn auf der dienenden Sache heimlich Vorrichtungen getroffen wurden, welche die fernere Ausübung z. B. des Ueberrachtes ausschließen eben so geeignet sind, wie dies bei der heimlichen Occupation eines Grundstücks in Bezug auf das Gewaltverhältniß des bisherigen Besitzers zur Sache der Fall ist? Allerdings scheint es nicht unbedenklich, dem Quasibesitzer zur Aufrechterhaltung der bisherigen Servitutausübung gleiche Befugniß der

²⁾ S. oben S. 4.

³⁾ Vgl. Savigny Besitz ed VI S. 313 ff.; Wangerow. Lehrbuch S. 207 Anm. 1; Buchta Vorles. zu S. 131 (Wd. I S. 259.).

Selbsthilfe wie dem Grundstückbesitzer selbst einzuräumen. Es handelt sich hier von einem Akt der Selbsthilfe auf anerkannt fremdem Grund und Boden. Da aber die Gleichstellung der quasi possessio mit der possessio ausdrückliche Bestimmungen der Gesetze für sich hat⁴⁾, und der Anwendung dieser Gleichstellung auf den Verlust der quasi possessio keine besondere Vorschrift im Wege steht, so hat man allerdings guten Grund, der unter §. 187 f. mitgetheilten Entscheidung beizupflichten, und die Uebung der Selbsthilfe, welche unter den bezeichneten Umständen zur Behauptung des Quasibesitzes geschieht, unter das Strafgesetz nicht zu stellen⁵⁾.

Von der Verpflichtung zur Verpflegung, welche eine Voraussetzung des Verbrechens bzw. Vergehens der Aussetzung bildet, lehrt Buchta (Pandekt. §. 316), daß sie aus Vertrag, Vermächtniß, Delikt oder Verwandtschaft entspringe. Die Anmerkungen zum Strafgesetzbuch Bd II §. 47 gedenken noch eines weiteren Falles, nämlich der Uebnahme der Verpflegungspflicht durch freiwillige Handlung, z. B. von Seite einer Person, welcher ein Kind gesetzt wurde, und die nun freiwillig (mit Zustimmung der Obrigkeit) für dasselbe zu sorgen übernimmt.

Die Landrämerin M. M. Sorg, von Regens-

⁴⁾ Vgl. fr. 20 de servitutibus (8, 1); fr. 3 §. 2 de procario (43, 26): „qui possessionem corporis vel juris adeptus est.“

⁵⁾ Vgl. Buchta Vorles. zu §. 138 (S. 271): „Der Besitz von Realservituten, welche zu Handlungen berechtigen, wird fortgesetzt, nicht bloß durch Vornahme der Handlung für das herrsch. Grundstück von jedem, der sie für das Grundstück vornimmt, sondern auch ohne dies, bis die Handlung des Quasibesitzes unmöglich wird, z. B. durch Abhaltung oder eine hindernde Anstalt, sofern sich der Besitzer dabei beruhigt.“

burg verreisend, übergab ihr eilf Wochen altes außereheliches Kind der ledigen Anna Paul daselbst, um dasselbe bis zu ihrer nach 3 Tagen erfolgenden Zurückkunft zu verpflegen. Als die Mutter nach 9 Tagen noch nicht zurückgekehrt war, wandte sich die Paul an den Armenpflegschaftsrath mit der Bitte, ihr das Kind abzunehmen, indem ihr die Mittel zur ferneren Ernährung desselben fehlten. Diese Bitte blieb bei dem ersten Vorbringen ohne Erfolg, und auf Wiederholung derselben erhielt sie den Bescheid, daß erst in der Sitzung darüber berathen werden müsse. Sie hatte bei dieser wiederholten Bittstellung das Kind auf das Bureau des Armenpflegschaftsrathes mitgebracht, und ließ nun dasselbe, in ein Kissen eingewickelt, auf einer neben der Thüre dieses Amtszimmers auf dem Gange angebrachten Sitzbank zurück, woselbst es auch von einem sich auf sein Geschäftszimmer begebenden Beamten nach 5–6 Minuten gefunden wurde.

Wegen Vergehens der Aussetzung zur Untersuchung gezogen wurde Anna Paul in beiden Instanzen freigesprochen, indem sie nach Ablauf der 3 Tage, für welche sie die Verpflegung des Kindes übernommen, keine Verbindlichkeit gehabt, dasselbe länger zu behalten, auch die Versetzung in eine hilflose Lage im Sinne des Gesetzes nicht stattgefunden habe. Von Seite der Staatsanwaltschaft wurde nun Nichtigkeitsbeschwerde bei dem obersten Gerichtshofe erhoben und ein kassirendes Urtheil erwirkt. Die Motive sagen ⁶⁾:

„Wer die Verpflegung eines eilf Wochen alten Kindes, dessen Fortkommen durch fremde Pflege bedingt, dessen Leben ohne fremde Hilfe augenblick-

⁶⁾ Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. II S. 289.

licher Gefahr ausgesetzt ist, sei es durch Vertrag gegen Entgelt, sei es durch freiwillige Handlung auf sich nimmt, übernimmt hiemit, auch wenn er sich der Pflege des Kindes nur auf bestimmte Zeit unterzieht, der Natur der Sache nach die Verpflichtung, für dasselbe so lange Sorge zu tragen, als er nicht die übernommene Obsorge für das Kind auf eine andere Person übertragen in der Lage ist, und wenn selbst der Depositar, welcher sich der Verwahrung einer Sache nur auf bestimmte Zeit unterzogen hat, nach Ablauf dieser Zeit in Abwesenheit des Hinterlegers die anvertraute Sache nicht sofort zu derelinquiren berechtigt ist, so kann eine solche Berechtigung ihm so minder demjenigen zustehen, welcher die Pflege eines hilfsbedürftigen menschlichen Wesens auf sich genommen hat."

Gegen diese Argumentation erheben sich folgende Bedenken. Es ist bekannten Rechts, daß Verbindlichkeiten, welche nur auf bestimmte Zeit übernommen wurden, durch Eintritt des Endtermins erlöschen. Hatte die Anna Paul die Verpflegung des Kindes nur auf 3 Tage übernommen, so war sie nach Ablauf dieser Zeit von dieser Verbindlichkeit frei geworden, sie war zur Verpflegung des Kindes nicht mehr verbunden, daher nicht mehr in der das Vergehen der Aussetzung bedingenden Lage. Die Natur der Sache brachte in Folge Nichtzurückkommens der Mutter keineswegs eine Fortdauer der Verbindlichkeit zur Verpflegung mit sich, sondern nur so viel, daß nach Ablauf der Verpflichtungszeit die Befugniß, sich des Kindes zu entledigen, nicht auf eine dessen Leben oder Gesundheit gefährdende Weise ausgeübt werde. Daß aber eine solche Gefährdung im gegebenen Falle stattgefunden, wurde auch vom obersten Gerichtshofe nicht angenommen. Die Natur

der Sache spricht vielmehr entschieden dagegen, einer Person, welche aus Gutmüthigkeit die Verpflegung eines fremden Kindes auf bestimmte kurze Zeit übernommen hatte, diese Verbindlichkeit zu dieser Verpflegung auch nach Ablauf der verabredeten Frist auf unbestimmte Zeit aufzubürden, zumal wenn dieselbe zur Klasse der Dürftigen gehört, und durch solche Bürde in der Thätigkeit für Gewinnung ihres Lebensunterhaltes verkürzt wird. Angenommen, es stehe fest, der Depositar dürfe nach Ablauf der verabredeten Zeit die verwahrte, vom Deponenten nicht zurückgenommene Sache nicht sofort derelinquiren, so ist doch augenfällig zwischen der Verwahrung einer Sache und dem Aufwand von Kosten, Zeit, Mühe bei Tag und Nacht, wie sie die Verpflegung eines kleinen Kindes erfordert, ein so wesentlicher Unterschied, daß die analoge Anwendung schon deswegen nicht für statthaft erachtet werden könnte ⁷⁾. Dazu kommt noch, daß es sich hier davon handelt, mittelst analoger Anwendung das Strafrechtsgebiet zu erweitern, nämlich die Subsumtion eines Falles unter das Strafgesetz zu motiviren, von welchem sich durchaus nicht annehmen läßt, daß er dem Gesetzgeber vorgeschwebt habe; indem die Annahme der Fortdauer der Verpflegungspflicht unter den oben bezeichneten Umständen weder in einer gesetzlichen Vorschrift noch in Lehrrätzen der Schriftsteller einen Haltpunkt findet. So wie aber Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung zulassen, so kann auch die Analogie nicht zur Vermehrung der Straffälle fähig

⁷⁾ In dem unentschiedenen Falle dürfen keine Besonderheiten liegen, welche der Anwendbarkeit des Grundes, der die vorhandene Entscheidung motivirte, äußerlich entgegenstehen. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 18.

ren⁶⁾. Die Strafbarkeit einer Handlung in solcher Weise, wie es in den oberstrichterlichen Motiven geschehen, aus vermeinter Natur der Sache abzuleiten, scheint jedenfalls eine höchst bedenkliche Sache.

Ceterum censeo, in poenalibus causis benignius interpretandum esse.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ein Fall erlaubter Selbsthülfe.

Unter den Fällen erlaubter Selbsthülfe wird Vertheidigung des Besizes gegen versuchte Störungen angeführt¹⁾.

Moriz G. in D. besitzt ein in der Flur letztern Orts gelegenes Holz- und Wiesengrundstück, über welches den Gutsbesitzern K. und St. daselbst, um auf ihre Grundstücke zu gelangen, laut der in G.'s Händen befindlichen Kaufsurkunde über die ihm gehörige Diegenenschaft, unbestrittenermassen die servitus viae zusteht, welche von den Berechtigten von jeher auf einem hiezu besonders angewiesenen befahrenen Wege ausgeübt worden ist.

Als K. und St. am 11. Mai 1853 diesen Weg mit Wirthschaftsfuhren passiren wollten, fanden sie denselben nicht nur mit Pflaumenbäumen bepflanzt, sondern quer vor demselben auch einen Fichtenzaun gezogen, so daß es ihnen unmöglich war, diesen Weg zu passiren und auf diesem Wege mit ihren Fuhren nach ihren Grundstücken zu gelangen. Sie hoben deshalb die ihnen im Wege stehenden und in den Weg gesetzten Bäume

⁶⁾ Vgl. oben S. 13—14 Note 8.

¹⁾ Comment. u. d. G.D. Bd. I Aufl. II S. 48.

(im Ganzen 5 Stück) aus, legten den Fichtenzahn nieder, bedeckten die Wurzeln der ersteren mit Rasen, und setzten dann den Weg mit ihren Fuhrn nach ihren Grundstücken fort, erhoben aber am 14. Mai, „um sich vor ferneren Eigenmächtigkeiten zu schützen“, vor dem zuständigen Justizamt (Gera) Klage wider G.

Auf der anderen Seite trat G. wider K. und St. mit einer Denunziation wegen unerlaubter Selbsthülfe auf. Resultat der Untersuchung war die Freisprechung der Angeschuldigten. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Nach der Ansicht des Denunzianten hätten die Inculpaten, nachdem er sie in Ausübung des ihnen unzweifelhaft zustehenden Rechtes gehindert, um wieder in den faktischen Besitz desselben zu kommen, richterliche Hülfe in Anspruch nehmen, und sich nicht selbst helfen sollen; derselbe hat aber jedenfalls übersehen, daß dieses Uebergehen der richterlichen Hülfe zur strafbaren Selbsthülfe nur dann werden kann, wenn nach gesetzlicher Vorschrift richterliche Hülfe hätte angesprochen werden sollen. Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Denn die Inculpaten haben durchaus nichts weiter gethan, als sich des ihnen unzweifelhaft zuständigen, allseitig anerkannten Rechtes bedient und die dabei ihnen widerrechtlich in den Weg gelegten Hindernisse weggeräumt. Wer aber *jure suo utitur, nemini facit injuriam*. Verschieden davon ist der Fall des Gläubigers, der seinem anerkannten aber nicht zahlenden Schuldner wider dessen Willen eine Sache wegnimmt, um sich mit derselben für seine Forderung zu decken; dieser bedient sich dabei nicht seines Rechtes (denn ein solches steht ihm ja an der weggenommenen Sache noch gar nicht zu) selbst, sondern einer widerrechtlichen Handlung, um sich ersteres zu sichern.

Um ein wirkliches oder vermeintliches Recht zu verfolgen, und um die aus demselben fließenden Konsequenzen für sich geltend zu machen, dazu bedarf es natürlicherweise der richterlichen Hilfe; um sich aber eines unzweifelhaft zustehenden Rechtes zu bedienen, dazu bedarf es der richterlichen Hilfe nicht, es ist auch der Berechtigte wohl befugt, die ihm widerrechtlich in den Weg gelegten Hindernisse selbst zu entfernen und wegzuräumen. Der letztere Fall ist der vorliegende.

Ob die Inculpaten diese ihnen widerrechtlich in den Weg gelegten Hindernisse bei und während der Ausübung ihres Rechtes entfernt haben, oder ob sie diese Hindernisse vorher oder ganz unabhängig von der Ausübung ihres Rechtes entfernt haben, darauf kann in der Sache etwas nicht ankommen. Denn im ersteren Falle haben sie sich eben nur ihres Rechtes bedient und können für die daraus hervorgegangenen, für einen Dritten lästigen oder selbst nachtheiligen Folgen in keinem Falle verantwortlich sein, und es wäre die absurdeste Ausgeburt der Juristerei, behaupten zu wollen, daß die Inculpaten in vorliegendem Falle richterliche Hilfe hätten in Anspruch nehmen müssen, daß sie also mit ihren beladenen Wagen vor dem Berthau des Demunzianten angekommen, ganz ruhig hätten umkehren und mittelst rechtlicher Klage, im Prozeßwege, durch zwei oder drei Instanzen ihre Wagen endlich über den in Rede stehenden Weg auf ihre Grundstücke bugsiren sollen, um vielleicht des Nächsten abermals das Vergnügen eines solchen Prozesses zu haben. — Aber auch im zweiten Falle, also wenn sie die Hindernisse, ohne richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, express und nicht bei Ausübung ihrer Gerechtsame entfernt hätten, würden sie sich eine in das Gebiet des Strafrechtes fallende Selbsthilfe nicht zu Schulden gebracht haben, da sie wohl befugt waren, sich auch in ihrem

Besitzstande selbst zu schützen; denn geht das Besizrecht verloren durch die einfache Thatfache, daß ein Anderer, wenn auch ganz unrectlich, sich einer Sache bemächtigt, wenn nicht der aus dem Besiz verdrängte Eigenthümer sich des Besizes sofort wieder bemächtigt, so kann gegen einen solchen Verlust richterliche Hülfe gar nicht schützen, und es erlaubt das römische, kanonische und deutsche Recht dem Besizer unbeschränkt auch die nothwendige Gewalt der Nothwehr, bezüglich Selbsthülfe zur Behauptung des Besitzstandes.....

Dafür spricht auch, abgesehen vom positiven Rechte, die gesunde Vernunft und das Rechtsgefühl. Denn sonst würde man ja den bekannten Dieb ruhig mit dem gestohlenen Gute laufen lassen müssen, weil man denselben gerichtlich belangen kann; dann müßte man sich auch das Vermauern seiner Hausthüre von irgend Einem, dem die Sache gerade Spaß macht, ruhig gefallen lassen, weil man ja noch durch das Fenster auf die Straße gelangen kann, um richterliche Hülfe zu suchen; dann wäre aber auch der Chicane und der Turbation des böswilligen Feindes, der einen Kostenaufwand seinerseits nicht scheuend, täglich und stündlich sein Opfer in weltläufige mit Verdruß und Schaden verbundene Prozesse verwickeln kann, Thür und Thor geöffnet

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 3 S. 14 f.

2.

Prüfung der Berufungs- (Revisions-) Zulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege?

(Vgl. oben S. 17 f. ¹⁾)

In einer zum obersten Gerichtshofe gebrachten

¹⁾ Im Falle der in Nr. 2 a. d. D. mitgetheilten Entscheidung war eine Nichtigkeitsbeschwerde an den obersten Gerichtshof gebracht; was in der Rechts-

Sache kam bei der amtlichen Würdigung der s. g. Formalien in Frage, ob eine Justizsache gegeben sei. Aber ohne Eingehen in diese Frage wurde das Rechtsmittel wegen Mangels der Revisionssumme zurückgewiesen. In dieser Beziehung wurde bemerkt:

Der Mangel der Jurisdiktion kann und muß zwar, als eine unheilbare Nullität begründend, von dem Obergerichter von Amtswegen berücksichtigt werden, auch wenn derselbe im Beschwerbewege von den Parteien nicht geltend gemacht, und lediglich Berufungs- oder Revisionsbeschwerde erhoben worden ist. Allein immerhin wird hiebei vorausgesetzt, daß der Obergerichter mit einer Würdigung des Grundes der Sache überhaupt befaßt sei, da nur eine Würdigung des Grundes der Sache zu dem Ergebnisse führen kann, daß eine Justizsache nicht vorliege. Ist aber die Berufung oder Revision gegen einen Zwischenbescheid, gegen welchen selbstständige Berufung nicht stattfindet, oder nicht innerhalb der gesetzlichen Rothfrist eingereicht worden, oder ist die gesetzliche Berufungssumme nicht vorhanden, so ist der Obergerichter mit einer materiellen Würdigung der Sache überhaupt nicht befaßt, und daher auch nicht in der Lage, sich über die Unzuständigkeit der Vorinstanz zur Erlassung des angefochtenen Urtheiles auszusprechen zu können, sondern hat sich auf die Abweisung der Berufung oder Revision zu beschränken.

DABlten Nr. 899⁵²/₅₃.

3.

Bescheid über Art der Beeidigung eines jüdischen Zeugen.
Berufungsunzulässigkeit. Extrajudizialbeschwerde.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

sache, von welcher es sich hier handelt, nicht der Fall war.

Daß erstrichterliche in II. Instanz bestätigte Dekret vom 8. Mai 1852, gegen welches die erhobene Revisionsbeschwerde gerichtet ist, war ein Zwischenbescheid, welcher über einen zwischen den Parteien streitig gewordenen Punkt des Prozeßverfahrens, nämlich darüber erlassen worden ist, in welcher Art ein von einer Partei vorgeschlagener Zeuge zu beeidigen sei.

Gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide findet nach §. 51 des Gesetzes vom 17. Nov. 1837 eine gesonderte Berufung (zur II. und III. Instanz) nicht statt, sondern es ist die — rechtzeitig zu wahrende — Beschwerde hierüber mit der Appellation gegen das End- oder Beweis-auflegende Urtheil zu verbinden. Unter diese Bestimmung fällt auch das Dekret v. 8. Mai 1852, da keine der Ausnahmen des §. 52 auf dasselbe Anwendung findet, namentlich die von dem Appellanten in Bezug genommene Ziffer 6 dieses Sen sich auf einen Parteieneid, den Haupteid bezieht.

Die Ansicht des Gerichts II. Instanz, daß die gegen das Dekret v. 8. Mai 1852 erhobene Beschwerde als Extrajudizialbeschwerde zu betrachten sei, ist ungegründet, da eine in einer streitigen Rechtsache vom Gerichte erlassene prozeßleitende Verfügung, wie das mehrgedachte Dekret ist, nicht als eine extra viam et ordinem processus ergangene richterliche Verfügung

GD. Kap. XV §. 5 Ziff. 7
angesehen werden kann. Es hätte daher schon die Berufung des Klägers als unzulässig zurückgewiesen werden sollen

DAGE. v. 27. März 1855. Nr. 407⁵⁴/₅₅.

Berichtigungen. In Bd. XIX Erg. Bl. Nr. 8 S. 113 B. 4 statt „§. 40“ lies „§. 42;“ S. 118 Note 13 B. 2 ft. „338“ I. „388;“ S. 119 Note 16 lies „oberrichterliches.“

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des Gesetzes v. 10. Nov. 1848. —

Die Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des Gesetzes v. 10. Nov. 1848.

Es wurde an die Geschwornen die Frage gestellt, „ob die G. schuldig sei, das Verbrechen des Kindsmordes dadurch begangen zu haben, daß sie ihr Kind in der Absicht, dasselbe zu tödten, unmittelbar nach der Geburt 1 Stunde lang unter dem Oberbette hilflos liegen gelassen und dadurch den Tod desselben herbeigeführt habe.“ Die Antwort der Geschwornen lautete: „Ja, aber ohne Absicht.“ Nachdem dieser Wahrspruch durch den Obmann der Geschwornen verkündet war, glaubte der Schwurgerichtshof die Bestimmung des Art. 196 des Ges. v. 10. Nov. 1848 in Anwendung bringen zu müssen, indem er den Wahrspruch für „in sich selbst widersprechend“ hielt. Der „verbesserte“ Wahrspruch lautete einfach und unbedingt bejahend, daß hierauf erfolgte Urtheil des Gerichtshofes nach Art. 157 Thl. I des StGB. auf Zuchthaus auf unbestimmte Zeit.

Dieser Fall gibt zu folgenden Fragen Anlaß:
1) Ist dieß Erkenntniß mit der Nichtigkeitsbeschwerde

anfechtbar, und wie ist diese Beschwerde genauer zu charakterisiren und zu motiviren? 2) Was hat der Kassationshof zu thun, wenn die Beschwerde gesetzlich zulässig und begründet ist?

Zu 1) Das Ges. v. 10. Nov. 1848 gibt in Art. 230 dem zu einer Strafe Verurtheilten das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde bekanntlich in 3 Fällen:

a) wenn bei der Schöpfung des Wahrspruches oder bei der diesem vorausgegangenen Verhandlung eine wesentliche prozessualische Vorschrift verletzt worden ist;

b) wenn eine solche Verletzung bei der Urtheilsfällung stattgefunden hat;

c) wenn der Schwurgerichtshof das Gesetz unrichtig auf den Wahrspruch angewendet hat.

Aus den Art. 232 und 249, sowie namentlich aus den Motiven zu letzterem ergibt sich unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber bei dem dritten Falle lediglich fehlerhafte Anwendungen des sog. materiellen Strafrechtes (errores in judicando im Gegensatz zu errores in procedendo) im Sinne hatte. Denn wenn auch Art. 232, wie schon das Wort „namentlich“ andeutet, nur Beispiele aufstellen wollte, so dürfte doch der Art. 249 sowohl der Natur der Sache als seiner Fassung nach für eine erschöpfende Aufzählung der hierher gehörigen Fälle zu halten sein. Aus den Motiven ergibt sich hierfür die vollkommenste Bestätigung. Denn es heißt daselbst: „1) die unrichtige Anwendung des Strafgesetzes besteht entweder darin, daß der Affisenhof wegen einer That eine Strafe ausgesprochen hat, die durch kein Gesetz verboten ist

2) Oder es ist eine strafbare That vom Affisenhofe als strafflos erklärt oder auf die That ein unrichtiges Strafgesetz angewendet worden, z. B. auf einen Raub die Strafbestimmung über bewaffneten Diebstahl.“

Wenn nun ebenso unbestreitbar ist, daß die Bestimmung des Art. 196 cit. (das sog. Berichtigungsverfahren) zu den rein prozeßrechtlichen Vorschriften zähle, so kann offenbar ein Verstoß gegen diese Bestimmung nicht unter den lit. c. aufgestellten Nichtigkeitsgrund subsumirt werden, sondern nur entweder unter den Fall lit. a. oder den Fall lit. b. gehören. Daß er unter einen dieser beiden Fälle gehören müsse, d. h. daß wegen Verletzung des Art. 196 eine Nichtigkeitsbeschwerde gegeben sein müsse, kann wohl nicht bestritten werden. Die fragliche Verletzung ist zwar weder im Gesetze selbst, noch in den dazu gehörigen Motiven ausdrücklich erwähnt, allein ohne dem Gesetzgeber ein sehr bedeutendes Uebersehen zu imputiren, läßt sich hier keine Lücke annehmen. Jedenfalls läge in der Wichtigkeit der fraglichen Bestimmung für die Praxis ein unabweisbarer Zwang, die Lücke auszufüllen d. h. die Nichtigkeitsbeschwerde für den fraglichen Fall zu gewähren. Wir glauben aber mit Hilfe der Motive die gesetzlichen Vorschriften, ohne denselben sonderlichen Zwang anzuthun, so interpretiren zu können, daß dem fraglichen Bedürfnisse abgeholfen ist.

Der Gesetzgeber hätte freilich allen Zweifel von vorneherein dadurch abschneiden können, wenn er in Art. 230 ganz einfach verordnet hätte, daß die N. B. ebenso wegen aller Verstöße gegen (wesentliche) prozeßrechtliche, wie gegen materiell kriminalrechtliche Bestimmungen (errores in procedendo und in judicando), oder — noch kürzer — wegen aller (wesentlichen) juristischen Irrthümer (seitens des Gerichts) erhoben werden könne.

Alein der Gesetzgeber wollte, wie die Motive bemerken, den Verurtheilten, welcher sich dem Wahrspruche der Jury ruhig (ohne Beschwerde) unterwerfen will, nicht zweimal der Gefahr eines Kriminalprozesses und dem möglichen Nachtheil eines in

Folge eines neuen Verfahrens härteren Strafurtheiles aussetzen, und verurtheilte deshalb der Staatsbehörde die N. B. wegen eines in dem Verfahren vor dem Assisenhofe oder bei der Schöpfung des Wahrspruches vorgekommenen prozessualischen Fehlers.

Aus diesem Grunde und weil nach Verschiedenheit des Prozeßstadiums, dem die verurtheilte Prozeßvorschrift angehört, auch die Folgen der Kassation verschieden sein müssen, sah sich der Gesetzgeber genöthiget, die angeführte Unterscheidung zwischen den Fällen a und b zu machen. Im ersten Falle muß nicht nur das Endurtheil (Strafurtheil) des Schwurgerichtshofes, sondern auch der Wahrspruch sammt dem diesem vorausgegangenen Verfahren (Hauptverhandlung) kassirt, und die Sache zur wiederholten Verhandlung und Aburtheilung verwiesen werden; im zweiten Falle dagegen wird lediglich, wie im Falle eines *error in judicando*, das Strafurtheil des Schwurgerichtshofes kassirt, und die Sache zur wiederholten Urtheilsfällung auf Grund des Wahrspruches verwiesen.

Endlich sind die beiden Fälle auch noch dadurch von einander unterschieden, daß nach Art. 245 der Kassationshof, wenn der Verurtheilte die N. B. wegen eines Fehlers der ersten Art erhoben hat, prüfen muß, ob nicht bei dem Verfahren oder bei der Urtheilsfällung irgend ein Fehler (in *judicando* oder in *procedendo*) vorgekommen sei, während der Gerichtshof bei einer N. B. (des Verurtheilten) wegen eines Fehlers der zweiten Art lediglich diesen Punkt seiner Würdigung zu unterstellen hat, ohne in eine Prüfung des vorhergegangenen Verfahrens einzugehen.

Unter welchen der beiden Fälle ist nun der Verstoß gegen den Art. 196 zu subsumiren? Zu welchem Prozeßstadium gehört das sog. Berichtigungsverfahren (oder, wie es die Franzosen

nennen, die vérification de la régularité de la déclaration du jury)? Gehört es zur „Schöpfung des Wahrspruches“ (Art. 230 lit. a.) oder zur „Urtheilsfällung“ (Art. 230 lit. b.)?

Um die Auslegung dieser beiden termini handelt es sich. Was gehört zur „Schöpfung des Wahrspruches“? Gehört dazu bloß die Abstimmung sämtlicher Geschwornen im Berathungszimmer über die an sie gestellten Fragen oder auch die Bekanntmachung des Wahrspruches? Gehört dazu bloß die Verkündung durch den Obmann an den Gerichtshof, oder auch die Verkündung durch den Protokollführer an den Angeklagten?

Daß die bloße Abstimmung im Berathungszimmer noch nicht den Wahrspruch vollende, dürfte wohl leicht einzusehen sein. Der Wahrspruch ist nämlich nichts Anderes, als eine Antwort auf eine oder mehrere Fragen und als solche kann er offenbar erst dann für vollendet betrachtet werden, wenn er dem Fragesteller d. i. dem Gerichtshofe (oder Vorsitzenden) eröffnet worden ist. Es liegt dieß im Begriffe der Antwort.

Dieser Ansicht scheint zwar Art. 194 entgegenzustehen, indem es daselbst heißt: „Nach Schöpfung des Wahrspruches kehren die Geschwornen in den Sitzungssaal zurück“. Allein der Gesetzgeber konnte an dieser Stelle nicht angeben wollen, wie die in dem Art. 230 (I. u. II.) enthaltene Unterscheidung zu verstehen sei. Hierüber erklären sich vielmehr die Motive zu dem für die vorliegende Frage speziell maßgebenden Art. 245 auf eine mit unserer Theorie übereinstimmende Art, indem hier der Gesetzesausdruck „bei der Urtheilsfällung“ dahin erläutert und umschrieben wird: „nachdem die Geschwornen ihr Verdict in der vorgeschriebenen Form abgegeben haben, bei der weiteren Prozedur.“

Mit dieser Eröffnung scheint uns aber das

Prozeßstadium der Schöpfung des Wahrspruches beendet zu sein. Die Verkündung an den Angeklagten kann nicht mehr als dazu gehörig betrachtet werden. Sie gehört vielmehr schon zum Stadium der „Urtheilsfällung“. (Das Wort Urtheil hier im engeren Sinne genommen als Gegensatz zum Wahrspruch, wie die französische Jurisprudenz auch das jugement der déclaration du jury und die englische das judgement dem verdict gegenüberstellt.) Diese Zugehörigkeit ist auch äußerlich dadurch ausgeprägt, daß die Verkündung des W. an den Angeklagten nicht mehr, wie dies nach der anderen Auffassung geschehen müßte, durch den Obmann der Geschwornen, sondern durch den dem Gerichtshofe attachirten Protokollführer (Sekretär) geschieht, und daß der W. sofort nach dessen Ueberreichung durch den Obmann an den Präsidenten von diesem und dem Protokollführer unterzeichnet wird (Art. 195).

Indessen setzt der fragliche Beginn des Stadiums der „Urtheilsfällung“ voraus, daß der Wahrspruch entweder wirklich fehlerfrei abgegeben oder doch vom Gerichtshofe als fehlerfrei hingenommen und zur Grundlage des Urtheiles gemacht worden ist. Ist dagegen der Wahrspruch fehlerhaft und wendet der Gerichtshof wirklich das Berichtigungsverfahren an, so ist natürlich das Stadium der Schöpfung des Wahrspruches noch nicht vorüber. Es liegt dann eine nicht befriedigende und nicht akzeptirte Antwort d. i. so viel als gar keine Antwort vor; die Antwort muß erst gefunden werden. Andererseits aber ist dieses Stadium nach Verkündung des Wahrspruches durch den Obmann ebenso dann vorüber, wenn der fehlerhafte Wahrspruch vom Gerichtshofe unbeanstandet hingenommen wurde, wie dann, wenn er wirklich fehlerfrei war, und zwar letzteren Falles ohne Unterschied, es mag

nun der fehlerfreie Wahrspruch vom Gerichtshofe beanstandet worden sein oder nicht. Wenn auch de facto im Falle der Beanstandung eines fehlerfreien Wahrspruches das Wahrspruchschöpfen noch fortbauert resp. erst von Neuem beginnt, so ist dies doch juristisch (de jure) nicht der Fall; denn durch die irrthümliche Anwendung des Berichtigungsverfahrens auf einen fehlerfreien Wahrspruch kann dieser letztere doch offenbar nicht seine rechtliche Wirksamkeit verlieren. Der abgegebene fehlerfreie Wahrspruch ist und bleibt sowohl dem Angeklagten als dem Vertreter des Staates erworben.

Demnach gehört also die unrichtige Anwendung des Art. 196 auf einen fehlerfreien Wahrspruch zu den prozessualischen Fehlern „bei der Urtheilsfällung“ (Art. 230 Nr. II), und es kann daher auch der Staatsanwalt wegen eines solchen Fehlers die N. B. erheben¹⁾. Der entgegengesetzte Fehler aber d. h. die Nichtanwendung des Art. 196 auf einen fehlerhaften Wahrspruch gehört zu den Formverletzungen vor der Urtheilsfällung oder bei der Schöpfung des Wahrspruches, — daher auch in diesem Falle dem Staatsanwälte die N. B. nicht zusteht. (Art. 230 Abs. 2.)

Es mag vielleicht auffallend erscheinen, daß zwei Verstöße gegen eine und dieselbe Bestimmung (Art. 196) zwei verschiedenen Kategorien von Nullitäten angehören, — daß die Eine zu den Formverletzungen bei der Urtheilsfällung (Art. 230 Nr. II), die Andere zu denen bei der Schöpfung des Wahrspruches (Art. 230 Nr. I) gehören soll. Gleichwohl stellt sich dies bei genauerer Betrachtung als ganz natürlich und nothwendig dar. Denn der

¹⁾ Die entgegengesetzte Ansicht ist ausgesprochen im oberstrichterl. Erf. v. 1. Mai 1852. S. *Sitzungsber.* Bd. IV S. 145 ff.

erstgedachte Fehler setzt einen ganz fehlerfreien Wahrspruch voraus, so daß hier offenbar nicht mehr von einem Fehler „bei der Schöpfung des Wahrspruches“ die Rede sein kann. Der andere Fehler dagegen setzt einen nicht korrekten Wahrspruch voraus; zu der Zeit, wo der Fehler (die Nichtanwendung des Art. 196) vorgekommen, war der Wahrspruch d. h. ein korrekter Wahrspruch noch nicht geschöpft; der Fehler muß daher als ein bei der Schöpfung des Wahrspruches vorgekommener bezeichnet werden.

Hieraus ergibt sich aber auch, daß die Unterlassung der Verkündigung des fehlerfreien Wahrspruches an den Angeklagten durch den Protokollführer nach Art. 197, welche Unterlassung im Falle der Anwendung des Art. 196 jedesmal stattfindet, ebenfalls zu den Fehlern bei der Urtheilssfällung zu rechnen sei.

Eine andere Frage ist es aber, ob diese Unterlassung unbedingt und in allen Fällen als eine wesentliche Formverletzung betrachtet werden könne. Von praktischer Wichtigkeit ist diese Frage überhaupt nur in den Fällen, wo der Art. 196 auf einen fehlerfreien Wahrspruch angewandt worden ist; in anderen Fällen wird die fragliche Unterlassung nicht wohl vorkommen. In den bezeichneten Fällen ist nun aber zweierlei möglich: entweder war der fehlerfreie Wahrspruch dem Verurtheilten günstiger, als der „verbesserte“ oder umgekehrt. Ersteren Falles wird wohl nicht der Staatsanwalt, sondern der Verurtheilte die Nichtigkeitsbeschwerde erheben und zwar in der Weise, daß er sich für die Gültigkeit des ersten Wahrspruches erklärt. In einer solchen Erklärung liegt aber offenbar die Anerkennung dieses Wahrspruches, und es ist in der That kein Grund vorhanden, warum man den vom Angeklagten anerkannten und als verkündet akzeptirten fehlerfreien Wahrspruch nicht gelten lassen sollte. Die

Bestimmungen der Art. 196 und 197 können unmöglich so ausgelegt werden, daß sie dem Angeklagten zum Nachtheile gereichen, und es wäre eine große Unbilligkeit, den Angeklagten die nachtheiligen Folgen des Irrthumes des Gerichtshofes in der Anwendung des Art. 196 erdulden zu lassen.

Was sodann die Frage betrifft, ob der erste (fehlerfreie) Wahrspruch bei der wiederholten Urtheilsfällung dem Angeklagten nachträglich verkündet werden müsse, um der Vorschrift des Art. 197 zu genügen, so scheint uns dies im Hinblick auf die in Rede stehende Wichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten überflüssig zu sein. An der Zulässigkeit einer solchen nachträglichen Verkündung hegen wir aber keinen Zweifel, obwohl in dem angeführten oberstrichterl. Erkenntniß v. 1. Mai 1852 das Gegentheil behauptet ist. Denn für's Erste ist es nicht richtig, daß Art. 197 selbst die Gegenwart der Geschwornen bei Strafe der Nichtigkeit verlange; und was sodann den Art. 231 Ziffer 7 betrifft, so spricht derselbe nur von der Anwesenheit während der Verhandlung, welche bekanntlich (Art. 170) mit dem Pläboyer geschlossen ist. Die Geschwornen sind allerdings bei der Verkündung ihres Wahrspruches durch den Protokollführer an den Angeklagten gewöhnlich zugegen; aber warum ihre Gegenwart in diesem Prozeßstadium absolut nothwendig sein solle, ist in der That nicht einzusehen, am Wenigsten in den Fällen, wo die Korrektheit des W. bereits feststeht, die Geschwornen mithin nur mehr müßige Zuschauer wären. Der nachträglichen Verkündung steht also weder der Wortlaut des Gesetzes, noch die Natur der Sache entgegen.

War dagegen der erste (fehlerfreie) Wahrspruch dem Angeklagten ungünstiger als der zweite, so wird dieser gewiß die N. B. nicht erheben,

und es kann sich nur darum handeln, welche Folgen die in diesem Falle erhobene N. B. des Staatsanwaltes (wegen unrichtiger Anwendung des Art. 196) habe. Wir glauben, ganz einfach die Folge, daß der Kassationshof die Verkündung des Wahrspruches an den Angeklagten nach Art. 197 ausdrücklich anordnet, — was gar keinem Auslande unterliegt, weil, wie wir gesehen haben, bei dieser Verkündung die Anwesenheit der Geschwornen keineswegs absolut nothwendig ist.

Mit unserer Ansicht, daß der fehlerfreie Wahrspruch vom Kassationshofe aufrecht erhalten werden muß, stimmt auch das französische Recht vollkommen überein. „Mais la déclaration — so heißt es bei Morin Dict. du droit crim. pag. 480 — ne saurait prévaloir contre la première, si le renvoi dans la chambre des délibérations avait été ordonné sans nécessité absolue. Cass. 15. fév. 1834.

Die Frage, ob in dem Eingangß erwähnten Falle der erste Wahrspruch wirklich fehlerfrei war oder nicht, setzen wir hier, ohne uns in eine weitere Erörterung einzulassen, als bejaht voraus. Nach Lage der Sache war es unzweifelhaft, daß die Geschwornen fahrlässige Tödtung angenommen.

Zu 2) Was der Kassationshof in den fraglichen Fällen zu thun habe, ist hiernach leicht zu beantworten.

a) Wenn der Art 196 irrthümlich auf einen fehlerfreien Wahrspruch angewendet wurde, welcher dem Angeklagten günstiger war, als der zweite Wahrspruch, so hat der Kassationshof auf die deshalb erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten (wegen Formverletzung bei der Urtheilsfällung) lediglich das Erkenntniß des Schourgerichtshofes zu vernichten und die Sache zur wiederholten Urtheilsfällung (durch den Assisenhof) auf

Grund des ersten fehlerfreien Wahrspruches zu verweisen, ohne daß die Anordnung einer nachträglichen Verkündung dieses Wahrspruches (durch den Protokollführer) an den Angeklagten nothwendig wäre.

Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 245, II; 248, II.

War dagegen in diesem Falle der erste Wahrspruch dem Angeklagten ungünstiger, als der zweite, und war die Nichtigkeitsbeschwerde vom Staatsanwalte erhoben worden, — so kommt zu der bezeichneten Kassation noch die Anordnung der nachträglichen Verkündung des ersten Wahrspruches an den Angeklagten durch den Protokollführer.

b) Wenn aber umgekehrt der Art. 196 irrtümlich auf einen fehlerhaften Wahrspruch vom Schwurgerichtshofe nicht angewendet worden war, so kommt es darauf an, ob der Angeklagte die Nichtigkeitsbeschwerde wegen des bei der Schöpfung des Wahrspruches vorgekommenen Fehlers oder wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes erhoben hat.

Ersteres wird dann der Fall sein, wenn der Angeklagte durch den fehlerhaften Wahrspruch in eine ungünstigere Lage versetzt worden ist, als dies ohne den Fehler der Fall gewesen wäre, z. B. die Geschwornen hätten ihrem bejahenden Wahrspruche ungefragt eine Erklärung beigefügt, durch welche die Schuld des Angeklagten im Vergleiche zu dem in den Fragen enthaltenen Reate gesteigert würde. In diesem Falle müßte natürlich nicht bloß das Erkenntniß des Gerichtshofes, sondern auch der Wahrspruch sammt Hauptverhandlung vernichtet, und die Sache zur wiederholten Verhandlung und Entscheidung auf Grund des Verweisungs-Erkenntnisses verwiesen werden.

Der Angeklagte kann aber im Falle der Nichtanwendung des Art. 196 auf einen fehlerhaften Wahrspruch auch (anstatt der Nichtigkeitsbeschwerde „wegen einer bei der Schöpfung des Wahrspruches

vorgekommenen Formverletzung“¹⁾ die Wichtigkeitsbeschwerde „wegen unrichtiger Anwendung des Strafgesetzes“ erheben, und er wird dieß ohne Zweifel jedesmal thun, wenn er durch den fehlerhaften Wahrspruch in eine günstigere Lage versetzt worden ist, als dieß ohne den Fehler der Fall gewesen wäre; z. B. wenn die Geschwornen ihrem bejahenden Wahrspruch ungefragt die Erklärung beigefügt haben: „jedoch bei geminderter Zurechnungsfähigkeit“, und wenn dann der Gerichtshof, die Anwendung des Art. 196 unterlassend, diesen Beisatz lediglich pro non adjecto gehalten und demgemäß Strafe zuerkannt hat.

Nach der herrschenden Ansicht liegt zwar in diesem Falle ein Fehler bei der Schöpfung des Wahrspruches vor²⁾; allein man kann den Angeklagten nicht zwingen, durch eine hieburch mo-

²⁾ Vgl. meinen Aufsatz in Hitzig's Annalen der deutschen und ausländischen Kriminalrechtspflege. Neue Folge v. Schletter 40. Bd. S. 207—223 mit einem Nachtrag hiezu vom Geh. Justizrath Dr. F. A. Wiener im 42. Bd. S. 1—6. Dieselbe Ansicht findet sich in oberstrichterl. Erl. v. 30. Dec. 1852 und 29. März 1853 f. Sitzungsberichte der bayer. Strafg. Bd. 4 S. 453 ff. und Bd. 5 S. 126 ff. — Indessen ist die gegentheilige Ansicht in diesen Blättern (Bd. XIX S. 1—13) von dem Herrn Herausgeber auf eine so gründliche Weise vertreten worden, daß man die Akten in dieser Sache noch nicht für geschlossen erklären kann. Die Frage läßt sich nicht so nebenbei in einer Note erörtern, sondern verlangt eine besondere umfassende Besprechung mit Rücksicht auf alle pro und contra vorgebrachten Gründe. — (Dieser von Hrn. Prof. W. in Aussicht gestellten umfassenden Besprechung sieht der Herausgeber der Bl. f. R. u. um so begieriger entgegen, als er eine Würdigung seiner Ausführung in Bd. XIX S. 1—13 bei Durchlesung der in Hitzig's Annalen mitgetheilten Abhandlung zwar gesucht, aber nicht gefunden hat).

tivirte Wichtigkeitsbeschwerde seine Lage möglicherweise zu verschlimmern. Ihm ist der fehlerhafte Wahrspruch höchst willkommen und es konnte ihm nichts lieber sein, als daß der Gerichtshof die Anwendung des Art. 196 unterließ. Er ist nicht verpflichtet, die für ihn günstigen Folgen dieses Verstosßes des Gerichtshofes durch eine Wichtigkeitsbeschwerde zu beseitigen; ich sage „günstigen Folgen,“ weil er die Wichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes erheben und dadurch eine geringere Strafe, als die ihm zuerkannte, herbeiführen kann. Er kann dies, weil der, obwohl an und für sich fehlerhafte, so doch nach Lage der Sache jetzt unabänderliche Wahrspruch vom Gerichtshofe gegen das Gesetz nicht zur Grundlage seines Erkenntnisses gemacht, m. a. W. weil „vom Schwurgerichtshofe das Gesetz unrichtig auf die durch den Wahrspruch der Geschwornen festgestellten Thatfachen (wozu auch die geminderte Zurechnungsfähigkeit gehört) angewendet worden ist.“ Da nun aber der Kassationshof im Falle einer N. B. wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes nach Art 245 Nr. II lediglich diesen Punkt seiner Würdigung zu unterstellen hat, ohne in eine Prüfung des der Urtheilsfällung vorausgegangenen Verfahrens einzugehen, so bleibt ihm hier nichts Anderes übrig, als nach Art. 249 Ziffer 2 resp. 248 Ziffer 2 lediglich das Strafurtheil zu vernichten und die Sache zur wiederholten Urtheilsfällung auf Grund des Gesamtwahrspruches an die nächste Affise zu verweisen.

Was endlich die Frage betrifft, ob in diesem Falle (der Nichtanwendung des Art. 196 auf einen fehlerhaften Wahrspruch) die Wichtigkeitsbeschwerde auch dem Staatsanwalte zustehet, so ergibt sich die Antwort hierauf aus Obigem von selbst. Er kann sie danach zwar, wie der Angeklagte, wegen

unrichtiger Anwendung des Gesetzes, nicht aber wegen Formverletzung bei Schöpfung des Wahrspruches erheben. Die Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes kann er aber im fraglichen Falle deshalb erheben, weil der Appellhof, wie oben gezeigt, die durch den (wenn auch an sich fehlerhaften, so doch nach Lage der Sache unabänderlichen) Wahrspruch festgestellten Thatfachen (wozu auch die gem. Zur. Z. gehört) seinem Urtheile nicht zu Grunde gelegt hat³⁾, und er kann sie ebenso dann erheben, wenn der Angeklagte durch den fehlerhaften Wahrspruch in eine ungünstigere, wie wenn er in eine günstigere Lage gekommen ist, als dies ohne den Fehler der Fall gewesen wäre. Nur ist zu bemerken, daß wenn ersteren Falles neben dieser N. B. des Staatsanwaltes eine N. B. des Angeklagten wegen Formverletzung bei der Schöpfung des Wahrspruches eingelaufen ist, — die N. B. des Staatsanwaltes wirkungslos bleiben muß, weil in Folge der siegreichen Beschwerde des Angeklagten der Wahrspruch sammt Hauptverhandlung cassirt werden muß.

Ist aber keine solche Beschwerde des Angeklagten eingelaufen, so hat der Cassationshof lediglich das Erkenntniß des Appellhofes zu vernichten

³⁾ Hr. Prof. W. spricht hier, wie aus dem Obigen erhellt, nur von Fällen, welche an einem doppelten Gebrechen leiden, an der Nichtanwendung des Art. 196 auf einen fehlerhaften Wahrspruch, und an dem Fehler des Urtheils, daß ihm die durch den Wahrspruch festgestellten Thatfachen nicht zu Grunde gelegt sind. Die Statthaftigkeit und Beurtheilung staatsanwaltschaftlicher Nichtigkeitsbeschwerden kann aber auch da in Frage kommen, wo nur das erste der beiden Gebrechen, nicht auch das zweite, vorliegt. Hierüber s. oben S. 199.

und die Sache zur wiederholten Urtheilsfällung (durch den Appellhof) auf Grund des (zwar fehlerhaften, aber unabänderlichen) Wahrspruches zu verweisen.

Dr. F. Waltherr.

Nachschrift. Folgende Bemerkungen, durch vorstehende Erörterung veranlaßt, treffen mit dieser im Hauptresultate zusammen.

Es scheint angemessen, die beiden Hauptfälle — Unterlassung der Berichtigung einer fehlerhaften, und unbegründete Berichtigung eines fehlerfreien Wahrspruches — in der ganzen Auffassung auseinander zu halten.

a) Hat der Schwurgerichtshof unterlassen, die Berichtigung eines fehlerhaften Wahrspruches herbeizuführen, so kommt Art. 230 lit. a direkt zur Anwendung. Der Wahrspruch und das vorhergegangene Verfahren ist (relativ — für den Angeklagten) nichtig, nicht weil die Berichtigung unterlassen wurde, sondern — weil eben der der Urtheilsfällung zu Grund gelegte Wahrspruch ein mangelhafter ist, weil also bei der Schöpfung des Wahrspruches ein prozessualer Fehler begangen wurde.

b) Was den andern Fall anlangt — unbegründete Berichtigung eines korrekten Wahrspruches, — so ist wohl davon auszugehen, daß hier eine Lücke des Gesetzes vorliegt, zu deren Ausfüllung die Analogie zu Hilfe genommen werden muß, und zwar zunächst die Rechtsanalogie. Das höhere Prinzip, welches dem Art. 230 zu Grunde liegt, ist aber kein anderes, als der Gedanke, daß nur die prozessualischen Fehler während der der Fällung des Urtheils vorausgegangenen Hauptverhandlung und die Fehler der Geschwornen bei der Findung des Wahrspruches selbst den Wahrspruch und das Verfahren (relativ) annulliren.

Dagegen die Fehler des Gerichtshofes hinsichtlich der ihm in Beziehung auf den Wahrspruch zu-

stehenden Thätigkeit sollen nur eine Nichtigkeit seines Urtheils begründen, während der Wahrspruch aufrecht bleibt.

Das Gesetz macht zweierlei Fehler des Gerichtshofs namhaft: prozessualische Fehler bei seiner Urtheilsfällung, Fehler in der Gesetzesanwendung. Ein ganz verwandter Fehler ist es offenbar, wenn der Gerichtshof statt des fehlerfreien Wahrspruchs einen unter der falschen Voraussetzung der Inkorrektheit des ersten herbeigeführten abändernden Wahrspruch zu Grunde legt. Die Urtheilsfällung ist damit von einer falschen Basis ausgegangen, und die Gesetzesanwendung erhält eine unrichtige Grundlage.

Es ist somit die analoge Anwendung der lit. b und c des Art. 230 begründet. Nur das Urtheil des Schwurgerichtshofes unterliegt der Nichtigkeitsbeschwerde; dem Angeeschuldigten wird aber in allen Fällen der als richtig wiederhergestellte erste Wahrspruch durch den Protokollführer des Gerichtshofs, bevor sich dieser zur neuen Urtheilsfällung in das Berathungszimmer begibt, in der öffentlichen Sitzung zu verkünden sein.⁴⁾ — D.

⁴⁾ Dies scheint um so mehr in der Natur der Sache zu liegen, als wohl der neuen Berathung des Gerichtshofes auch eine wiederholte Anwendung des Art. 199 vorhergehen muß. — Wollte übrigens wegen der früheren Nichtverkündung des ersten fehlerfreien Wahrspruchs nebst dem Urtheile des Gerichtshofes und dem zweiten Wahrspruch auch der erste mit den vorhergegangenen Verhandlungen vernichtet werden, so läge darin eine handgreifliche Verletzung der Vorschrift des Art. 248 Nr. II, nicht minder ein auffallender Widerstreit mit der Feststellung, daß die Beurtheilung auf Grundlage des ersten Wahrspruchs von Rechtswegen gebührt hätte. C.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Anträge wegen Vermögenssicherung, welche während eines Ehescheidungsprozesses gestellt werden, gehören nicht vor das Ehegericht, sondern vor das betr. Civilgericht. — Die Wechselgerichte sind auch bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben zuständig. — Kapitalverbrechen sind nur die mit Todesstrafe bedrohten. — Alimentenfälle. Ernährung des Kindes durch Dritte. — Wechselseitiges Testament unter Eheleuten. Bestimmungen zu Gunsten der Kinder. Erlöschen durch deren Tod. — Entkräftung der Injurienklage durch Deklaration auf dieselbe, nach gemeinem Rechte. — Refus gegen Gebühren. Ermäßigung. Einreichung bei dem Refusgericht. — Appellation im Konkurs. Ueber den Satz, daß der Sieg eines appellirenden Gläubigers auch anderen Mitgläubigern zu Gute komme. — Umfang der Deposition. Frage der Zurückweisung an den vorigen Richter. — Entscheidung.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

LXXII.

Anträge wegen Vermögenssicherung, welche während eines Ehescheidungsprozesses gestellt werden, gehören nicht vor das Ehegericht, sondern vor das betr. Civilgericht.

Katharine M., welche mit ihrem Ehemann in einen Scheidungsprozeß verwickelt war, stellte bei dem Kreis- und Stadtgerichte M. Anträge wegen Sicherung ihres Vermögens, wurde aber von dort nach hierüber gepflogener Verhandlung damit ab, und an das protestant. Ehegericht verwiesen, weil diese Sache, als ein während des Ehescheidungsprozesses entstandener Inzidentstreit, dorthin gehöre. Das Ehegericht, an welches sich die Implorantin hierauf mit der Bitte wendete, auf den Grund der vom Kr. u. StG. M. gepflogenen Verhandlung bezüglich der Vermögenssicherung daß weitere Recht:

Neue Folge I. Band.

liche zu erkennen, erklärte sich jedoch ebenfalls für inkompetent.

Dieser Kompetenzkonflikt wurde durch obersterichterliches Erkenntniß vom 3. November 1855 (Urtheilsbuch Nr. 65) dahin entschieden:

daß das Kreis- und Stadtgericht N. zur Entscheidung dieser Sache zuständig sei.

Gründe: Den protestantischen Ehegerichten ist nach den bestehenden Verordnungen über die Einführung und Organisation derselben und nach den im Königreiche bestehenden verschiedenen Ehescheidungsordnungen nur die Entscheidung über die Auflösung oder den Fortbestand des Eheverbandes, dann der Ausspruch darüber übertragen, wer von den Ehegatten für den schuldigen Theil zu erklären, ob dem einen oder anderen Theile die Wieberverehelichung vorbehaltlich königlicher Dispensation zu untersagen sei, und ob und in welchem Grade von einem Theile Ehescheidungsstrafen verwirkt und zu entrichten seien.

Die Verhandlung und Entscheidung über die civilrechtlichen Folgen der Scheidung bezüglich der Vermögensverhältnisse und der Kinder aber ist den ordentlichen Gerichten vorbehalten.

Verordnung v. 8. Juli 1806, das gerichtl. Verfahren in Ehestreitigkeiten der Protestanten betr. §. 21 Reg. Bl. 1806. S. 286.

Verordnung v. 4. Aug. 1808, den Gerichtsstand in Ehesachen verschiedener Religionen betr. §. 1. Moriz Nov.-Samml. Bd. I. S. 70.

Verordnung v. 22. Nov. 1810, das Instanzenverhältniß in kathol. und protest. Ehesachen im Negatkreise betr. Reg. Bl. 1810 S. 1378 u. von 1811 S. 42.

Gesetz vom 28. Juli 1818, die Kompetenz über Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen betr. Gesetzbl. 1818 S. 474.

Novelle vom 17. November 1837. §. 1
Nr. 2.

Diese Kompetenz haben die protest. Ehegerichte von jeher eingehalten und nach einer konstanten Praxis haben sie nur Anträge auf Leistung persönlicher Verbindlichkeiten, wie z. B. Anträge auf Alimentation oder interimistische Separation während der Dauer des Ehescheidungsprozesses nach den in der O. Kap. I §. 10 ausgesprochenen Grundsätzen vom Zusammenhange und der Konnexität als zu ihrer Kompetenz gehörig erachtet und verbeschieden.

Vgl. Blätter für Rechtsanwendung. Bd. XVI
S. 154 ff.

Der vorliegende Antrag der Ehefrau betrifft aber nicht bloß persönliche Rechte vielmehr ist er darauf gerichtet, ihrem Ehemanne alle Disposition über ihr Vermögen zu entziehen, sie in den Besitz ihres in die Ehe gebrachten Mobilienvermögens zu setzen und daß von ihr inferirte Haus sammt der realen Großpfragnerei Gerechtsame und den Geschäftszutensilien und Vorräthen zu verkaufen. Er bezieht sich daher auch auf Realrechte und bezweckt in dieser Ausdehnung nicht ein bloßes Provisorium, sondern schon eine definitive Vermögenstheilung, welche erst nach eingetretener Rechtskraft des Scheidungsurtheiles erfolgen kann, und, da sie zu den bürgerlichen Wirkungen der Ehescheidung gehört, den ordentlichen Gerichten vorbehalten ist.

Dieser Antrag betrifft für die Ehegerichte nicht bloß einen Gegenstand, welcher zur ehegerichtlichen Gerichtsbarkeit an sich nicht gehört, sondern er steht auch mit dem Ehescheidungsprozesse nicht in einem solchen unmittelbaren Zusammenhange, daß er nicht ohne diesen entschieden werden kann.

Daß das Gesetz vom 28. Juli 1818, die Kompetenz über die Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen

betr., hier nicht maßgebend sei, kann nicht angenommen werden, denn dasselbe bezieht sich auf Katholiken und Protestanten und verordnet ausdrücklich, daß die aus Ehescheidungen entspringenden civilrechtlichen Wirkungen als ein reiner Gegenstand der bürgerlichen Gerichtsbarkeit jederzeit nur von dem ordentlichen Richter beurtheilt werden sollen und wiederholt nur die Vorschriften, welche die älteren oben angeführten Verordnungen enthalten.

³/₇.

LXXIII.

Die Wechselgerichte sind auch bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben zuständig ¹).

Daß Wechsel- und Merkantilgericht München hat eine bei demselben wegen Schuldforderungen aus Wechseln gegen die Benefizial-Erben des verstorbenen Ausstellers der Wechsel angebrachte Klage von der Gerichtsschwelle wegen Mangels der Kompetenz abgewiesen, weil nach der gemäß §. 21 der bayer. WD. v. 1785 zur Anwendung kommenden Augsburger WD. Kap. 10 §. 12 im Falle des bedingten Erbschaftsantrittes der Erben des Wechselschuldners die Sache an die ordentliche Instanz verwiesen werden müsse.

Auf erfolgte Bestätigung dieser Klageabweisung von Seite des Wechsel- und Merkantilgerichtes II. Instanz stellte der Gläubiger bei dem Kreis- und Stadtg. M., als dem Forum des Kontraktes, Klage, da aber dieselbe auch von da wegen Mangels der

¹) Die gegentheilige Entscheidung in Bd. XI S. 184 dieser Bl. ist vor Einführung der allgem. deutsch. WD. ergangen.

Zuständigkeit von der Gerichtsschwelle abgewiesen wurde, weil es sich um eine Wechselsache handle, so veranlaßte der Kläger die oberstrichterliche Entscheidung dieses Kompetenzkonfliktes, welche am 19. April 1856 sowohl in dieser als auch in einer andern ganz gleichartigen Sache (Urtheilsbuch Nr. 67 u. 68) dahin erfolgte:

Daß die Wechsel- und Merkantilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung der Streitsache zuständig seien.

Gründe: Die Frage, ob und wie weit gegen die Erben eines Wechselausstellers bei dem Wechsel- und Merkantilgerichte Klage gestellt werden könne, fällt mit der Frage zusammen, ob und in wie weit die wechselmäßige Verbindlichkeit des Wechselausstellers auf dessen Erben übergehe, ob auch dieser aus dem von seinem Erblasser ausgestellten Wechsel nach Wechselrecht hafte.

Daß eigenthümliche gerichtliche Verfahren zur Geltendmachung wechselmäßiger Ansprüche bildet einen Bestandtheil der Wechselstrenge, in welcher eben das Charakteristische des Wechsels liegt, und eine aus einem Wechsel abgeleitete Forderung, welche nicht in dem für Wechselsachen bestehenden eigenthümlichen Verfahren, und, wo für dieses Verfahren besondere Gerichte bestellt sind, vor dem Wechselgerichte geltend gemacht werden kann, ist eben deshalb keine im Wechselrechte gegründete.

Nun entscheiden aber darüber, ob auch der Erbe des Ausstellers eines Wechsels aus demselben nach Wechselrecht hafte und in Folge dessen vor dem Wechselgerichte belangt werden könne, nicht die Bestimmungen über das Verfahren in Wechselsachen, sondern die Bestimmungen des Wechselrechts. Als eine wechselrechtliche ist diese Frage auch in dem von den Wechselgerichten I. u. II. Instanz in Bezug genommenen Kap. 10 §. 12 der Augsb.

WD. aufgefaßt; indem dort bestimmt ist, daß auch gegen die Erben (nach erklärtem Erbschaftsantritte) ebenso, wie gegen den Wechselschuldner nach Wechselrecht verfahren werde, ausgenommen, wenn sie die Erbschaft cum beneficio inventarii antreten, in welchem Falle die Sache an die ordentliche Instanz verwiesen werden müsse. Hieraus ergibt sich, daß die eben angeführte Bestimmung der Augsb. WD. keine Anwendung mehr findet, da nach Art. 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1850 mit dem 1. Jan. 1851 die allg. deutsche Wechselordnung an die Stelle der in den einzelnen Theilen des Königreichs bis dahin bestandenen wechselrechtlichen Vorschriften getreten ist (wornach auch der auf die Augsb. WD. verweisende §. 21 der bayer. WD. keine gesetzliche Geltung mehr hat) und daß bei Entscheidung der vorwürfigen Frage nur die Bestimmungen der allg. deutschen Wechselordnung zum Grunde gelegt werden können.

Die deutsche WD. enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß die wechselmäßige Verbindlichkeit des Wechselschuldners auch auf dessen Erben übergehe, sie spricht nur von der wechselmäßigen Haftung des Ausstellers eines Wechsels, des Acceptanten, des Indossenten (Art. 8, 14, 23, 81, 100); die deutsche WD. spricht aber auch eben so wenig aus, daß die wechselmäßige Verpflichtung des Wechselschuldners durch dessen Tod erlösche, und schon hieraus muß gefolgert werden, daß der Rechtsgrundsatz, gemäß welchen durch den Erbschaftsantritt der Erbe in alle Rechtsverhältnisse des Verstorbenen, mit Ausnahme der höchstpersönlichen eintritt, sonach alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben übergehen, auch auf die wechselmäßigen Verbindlichkeiten, welche — abgesehen von der Wechselhaft — zu den höchstpersönlichen nicht gerechnet werden können, Anwendung

finde, wie dieß auch früher nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Wechselrechts angenommen worden ist.

Eichhorn deutsches Privatrecht. §. 148.
5 Ausg.

Mittermaier deutsches Privatrecht. §. 356.
7 Ausg.

Thöl Handelsrecht. §. 301.

Noch bestimmter ergibt sich dieseß aber aus der Bestimmung des Art. 2 Ziff. 1 der deutschen W.O., daß der Wechselarrest gegen die Erben eines Wechselschuldners nicht zulässig sei, indem diese Ausnahmebestimmung nach bekannter Auslegungsregel zu dem Schlusse berechtigt, daß, abgesehen von dem Wechselarreste die übrigen Folgen der wechselfähigen Verbindlichkeit des Wechselschuldners sich auch auf dessen Erben erstrecken und die Bestimmung des Art. 2 Ziff. 1 ganz überflüssig gewesen sein würde, wenn nicht als selbstverständlich vorausgesetzt worden wäre, daß die wechselfähige Verbindlichkeit des Wechselausstellers u. s. w. auch auf dessen Erben übergehe.

Steht aber einmal fest, daß die wechselfähige Verbindlichkeit überhaupt mit dem Tode des ursprünglichen Wechselschuldners nicht erlösche, sondern auf dessen Erben übergehe, so kann es auch darauf, ob die Erbschaft mit oder ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetreten worden, in Ermangelung einer entgegenstehenden positiven Gesetzesbestimmung nicht ankommen, da durch den Erbschaftsantritt mit der Rechtswohlthat des Inventars die Wirkungen des Erbschaftsantrittes — der unbedingte Eintritt des Erben in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers — in Ansehung der letztern nur unter der Voraussetzung beschränkt werden, daß die Schulden den Bestand der Activmasse übersteigen, und in dem Falle, wenn der verklagte Erbe durch Vorlage des Inventars nachweist, daß die Erbschaft

überschuldet sei, nach Kap. 11 §. 1 der bayer. Wechselgerichtsordnung ein exekutives Vorschreiten des Wechsel- und Merkantilgerichts ohnehin nicht mehr statt findet.

Die in der Klage geltend gemachte Forderung stellt sich demnach, wenn auch die Klage gegen die Erben des Wechsellaußstellers gerichtet ist, als eine im Wechselrechte gegründete dar, und in Folge dessen sind gemäß Kap. I §. 5 der WGO. nur die Wechsel- und Merkantilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung über diese Klage zuständig. ^{3/7.}

Kapitalverbrechen sind nur die mit Todesstrafe bedrohten.

In der Einleitung zum bayerischen Strafgesetzbuche von 1813 §. 11 Seite 33 und §. 12 Seite 38 sind die Todes- und Kettenstrafe (weil mit dem bürgerlichen Tode verbunden) als Kapitalstrafen und die mit Todes- oder Kettenstrafe bedrohten Verbrechen als Kapitalverbrechen bezeichnet. Die gleiche Terminologie findet sich in den Anmerkungen zu Art. 7, 8 und 9, zu Art. 69 und 70, und zu Art. 291 und 292, indem als Beleg für diese Auffassung des Begriffs „Kapitalverbrechen“ auf Art. 69 und 77 des Gesetzbuchs verwiesen wird, wo sich der Ausdruck „Kapitalverbrechen“ in der angegebenen Bedeutung finden soll.

In Folge dieser Bemerkungen hat sich die gemeine Meinung gebildet, unter Kapitalverbrechen seien solche zu verstehen, die mit Todes- oder Kettenstrafe geahndet werden.

Abgesehen nun davon, daß mit der Aufhebung des bürgerlichen Todes in Bayern die Ursache hinwegfällt, aus welcher in der Einleitung und von den

Anmerkungen a. a. O. die Kettenstrafe als Kapitalstrafe bezeichnet wird: steht die erwähnte Auffassung des Ausdrucks „Kapitalverbrechen“ mit den klarsten Worten des Gesetzbuchs selbst in Widerspruch.

Gerade Art. 69, welcher in den Anmerk. als Beispiel einer Gesetzesstelle angegeben wird, wo die Verbrechen, die mit Kettenstrafe bedroht sind, als Kapitalverbrechen bezeichnet seien, besagt das Gegentheil.

Der angeführte Artikel lautet:

„Eine strafbare Handlung oder Unterlassung, welcher kein rechtswidriger Vorsatz, sondern nur Fahrlässigkeit zum Grunde liegt, soll bloß als Vergehen, daher nicht härter als mit Gefängniß und zwar im Falle grober Fahrlässigkeit in folgendem Verhältnisse gestraft werden:

- I. mit Gefängniß auf 18 Monate bis zu 2 Jahren, wenn die strafbare Handlung bei vorhandenen rechtswidrigem Erfolge ein Kapitalverbrechen wäre;
- II. mit Gefängniß von einem Jahre bis zu 18 Monaten, wenn in der vorbemeldeten Voraussetzung Kettenstrafe eintreten würde.

Offenbar sind hier Kapitalverbrechen denen gegenüber gestellt, welche mit Kettenstrafe bedroht sind, woraus einfach folgt, daß die mit Kettenstrafe belegten Verbrechen zur Kategorie der Kapitalverbrechen nicht gehören.

Auf Art. 69 konnte man sich also nur insoferne berufen, als darin das Wort „Kapitalverbrechen“ vorkommt.

Was die Hinweisung auf Art. 77 betrifft, so würde sie lediglich dann zutreffen, wenn man dabei bereits von der Voraussetzung ausginge, daß die Kettenstrafe eine Kapitalstrafe sei. Dieß soll aber durch diesen Artikel erst erwiesen werden; daher liegt

hier eine unzulässige *petitio principii* vor; und es kann Art. 77 zum Mindesten nicht als Beweis für das gebraucht werden, was durch die Bezugnahme auf denselben erhärtet werden sollte. Zu welchem Ergebnisse dieser Artikel in der That führe, wird sich unten zeigen.

Die vorerwähnte Folgerung aber, daß die mit Kettenstrafe bedrohten Verbrechen keine Kapitalverbrechen seien, wird außerdem bestätigt durch die Bestimmungen des Art. 105 über unverschuldet lange erlittenen Untersuchungsarrest als Strafmilderungsgrund bei Kapitalverbrechen, so wie durch Art. 78 Nr. I und II, wo es heißt:

„..... dann soll gegen denselben

I. bei Kapitalverbrechen 4–6 jähriges Arbeitshaus,

II. bei Verbrechen, welche Zuchthaus oder Kettenstrafe zur Folge haben, ein bis 3 jähriges Arbeitshaus angewendet werden.

Auch hier sind Kapitalverbrechen, und solche, die mit Kettenstrafe bedroht sind, einander entgegengestellt, so daß eine zusammenfassende Subsumtion der Verbrechen, die mit Todes- und derer, die mit Kettenstrafe geahndet werden, unter den gemeinsamen Begriff „Kapitalverbrechen“ als eine irrige zu bezeichnen ist. —

Demgemäß hatte man und hat besonders jetzt ¹⁾ unter Kapitalverbrechen im Sinne des bayerischen Strafrechts nur solche Verbrechen zu verstehen, die mit Todesstrafe bedroht sind.

Daß gegen diese, wie nachgewiesen wurde, allein mit den Worten des Gesetzes in Einklang stehende Terminologie die Autorität der Unmerk-

¹⁾ Seit Aufhebung des bürgerlichen Todes durch Gesetz v. 18 November 1849 Art. 1.

ungen nicht angeführt werden darf, ist wohl kaum einem gegründeten Zweifel unterworfen.

Die Anmerkungen verlangen nur Berücksichtigung in allen den Punkten, wo es auf Erläuterung des Strafgesetzbuchs, auf den Sinn und Grund einer gesetzlichen Bestimmung und auf die Grundsätze zu deren Anwendung ankommt. Wo dagegen die Gesetzesworte selbst so deutlich und klar reden, wie in den besprochenen Artikeln (69, 78 und 105), da bedarf es nicht erst der Erläuterung von Seiten der Anmerkungen, um den Sinn des Gesetzes zu deuten und auf dessen Grund zu kommen²⁾. Und gerade der Umstand, daß der Autor der Anmerkungen sich auf das Gesetzbuch beruft, um seine Terminologie zu beglaubigen (?), während doch der von ihm bezogene Artikel 69 das Gegentheil in der unzweideutigsten Weise besagt: gerade dieser Umstand berechtigt uns, für den vorliegenden Fall die Autorität der Anmerkungen bei Seite zu setzen und lediglich das Gesetzbuch entscheiden zu lassen. —

Daß es aber praktisch nicht gleichgiltig ist, ob man unter Kapitalstrafen nur die Todes- oder auch die Kettenstrafe versteht, ergibt sich bei der Anwendung des bereits besprochenen Art. 77 Nr. I und II. Darnach werden nämlich Gehilfen des 2. Grades bei Kapitalverbrechen mit Zuchthaus von 12—16 Jahren bestraft, bei Verbrechen, gegen deren Urheber 20 jähriges Zuchthaus oder noch eine schwerere Freiheitsstrafe verordnet ist, mit 8—12 jährigem Zuchthaus.

²⁾ Ueber die Unstatthaftigkeit der Annahme einer derogatorischen Kraft der Anmerkungen vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 168; Bd. VII S. 170 und Bd. IX S. 291. — Vgl. noch Sitzungsberichte, Bd. IV S. 112 ff.

Schwerere Freiheitsstrafen als 20 jähriges Zuchthaus sind aber nach bayerischem Rechte die Strafe des Zuchthauses auf unbestimmte Zeit und die Kettenstrafe. Handelt es sich also von Bestrafung eines Gehilfen 2. Grades bei einem für den Urheber mit Kettenstrafe bedrohten Verbrechen, so hat nach der Bedeutung des Ausdrucks: „oder eine noch schwerere Freiheitsstrafe verordnet ist“ — die Nr. 2 des Art. 77 zur Anwendung zu kommen. Zur Befestigung dieser Interpretation dient es nun, daß nach obiger Ausführung unter den in Nr. 1 erwähnten „Kapitalverbrechen“ die mit Kettenstrafe bedrohten nicht begriffen sind.

§6.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Alimentenklage. Ernährung des Kindes durch Dritte.

Der gegen die Alimentenklage der außerehelichen Mutter aufgestellte Einwand:

daß dritte Personen das Kind bis jetzt unentgeltlich erzogen haben und es auch ferner unentgeltlich erziehen wollen, —

kann allerdings, wenn er erwiesen wird, den Beklagten von seiner Alimentationsverbindlichkeit befreien.

Erk. des OLG. zu Dresden, vom dortigen OLG. am 16. Januar 1849 bestätigt. Wochenblatt für merkiv. Rf. 1855 S. 64.

2.

Wechselseitiges Testament unter Eheleuten. Bestimmungen zu Gunsten der Kinder. Erloschen durch deren Tod.

Preuß. RR. II, 1 §. 492, 496.

Die in einem wechselseitigen Testamente zu Gunsten der gemeinschaftlichen Kinder in Beziehung

auf den künftigen Nachlaß des überlebenden Ehegatten getroffenen Verfügungen beschränken den Ueberlebenden, welcher die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hat, hinsichtlich der letztwilligen Disposition über seinen eigenen Nachlaß in dem Falle nicht, wenn die gemeinschaftlichen Kinder ohne Hinterlassung von Descendenten vor dem Ueberlebenden gestorben sind. Die sonstigen Erben der Kinder können eine solche letztwillige Disposition nur dann anfechten, wenn der Inhalt des Testaments deutlich entnehmen läßt, daß der Erstverstorbene auch solchen entfernteren Verwandten resp. Erben der Kinder den Nachlaß habe zugewendet wissen wollen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 1. Juli 1853. Entsch. des O. T. Bd. 26 S. 58.

3.

Entkräftung der Injurienklage durch Deklaration auf dieselbe, nach gemeltem Rechte.

Mgl. Bd. 12 S. 201, Bd. 20 S. 207.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen (es handelte sich von einer wegen Verbalinjurien erhobenen *actio aestimatoria*) wurde hierüber geäußert:

Nach fr. 48 de regulis juris ist das, was im Zorn gesagt wurde, nicht gültig, bis aus dem Beharren hiebei erhellt, daß es der Ausdruck der Gesinnung sei. Diese gesetzliche Bestimmung ist auch auf Verbalinjurien anwendbar, wenn derjenige, welcher wegen derselben von dem Beleidigten mit der Injurienklage belangt wird, sogleich unbedingt bekennet, daß ihm das Gesagte nur im Zorn unbedachterweise entschlüpft, daß es nicht Gegenstand seiner Gesinnung gewesen sei, und er es sofort, unter entsprechender bestimmter Ehrenerklärung, dem Be-

leidigten gegenüber ohne weiteres zurücknimmt. Durch eine solche Deklaration fällt der animus injuriandi, welcher als Grundlage der Injurienklage erscheint, hinweg und dem Beleidigten wird rechtliche Genugthuung gewährt Eine solche unbedingte Deklaration hat die Beklagte dem Revidenten auf seine Klage in ihrer schriftlichen Eingabe vom 1. praes. 5. Dez. 1853 bei dem Gerichte I. Instanz ohne weiteres feierlich gewährt, und zwar mit ihrer eigenhändigen Unterschrift (sohin nicht bloß durch ihren Anwalt) Uebrigens genügt bei der Deklaration, welche ihrem Wesen nach jedes Beweisinterlokt ausschließt, das reumüthige demüthigende Bekenntniß, in der Leidenschaft des Zorns unbedachtsamerweise sich zu rechtswidrigen Aeußerungen hinreißen lassen zu haben, zugleich als Beweis der Wahrhaftigkeit ihres Inhaltes, ohne daß es ferner darauf ankommen hat, wer oder was diese Leidenschaft anfachte

DADE vom 4. Januar 1856 Nr. 1390⁵³/₅₄.

4.

Rekurs gegen Gebühren-Ermäßigung. Einreichung bei dem Rekursgericht.

Wgl. Wb. XI S. 265. Komment. u. d. G.D. Wb. I Aufst. II S. 369 Note 92.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Dieser Rekurs wurde zwar rechtzeitig bei dem das Urtheil publizirenden Richter angemeldet; aber die Rekurschrift wurde unmittelbar beim obersten Gerichtshof exhibirt, wodurch sie erst lange nach Ablauf des 14 tägigen Rekurstermineß an den publizirenden Richter gelangte. Da nun die Verordnung v. 23. März 1813, die Disziplinarsachen der Anwälte betr., in Absatz 12 ausdrücklich festsetzt, die

Rekurse müssen sub poena desertionis binnen 14 Tagen bei jenem Richter übergeben werden, welcher das gravirliche Erkenntniß publizirt hat, dieser Vorschrift aber nicht nachgekommen wurde, so mußte die Beschwerde als desert abgewiesen werden.

DAß. v. 28. Januar 1856. Nr. 21⁵⁴/₅₅.

Nachschrift. Der Herausgeber bezweifelt im Hinblick auf Comment. a. a. O. S. 370 Nr. 4, aus den in Bd. XI S. 265 f. unserer Zeitschrift dargelegten Gründen die Richtigkeit der vorstehenden Entscheidung. Da sich aber die oberstrichterliche Praxis in diesem Punkte befestigt zu haben scheint, so werden die Betheiligten nicht verfehlen, sich darnach zu richten.

5.

Appellation im Konkurse. Ueber den Satz, daß der Sieg eines appellirenden Gläubigers auch andern Mitgläubigern zu Gute komme.

Nach G.D. Kap. XIX §. 16 Nr. 3 kann die von einem Gläubiger eingewandte Appellation auch andern Mitgläubigern zu Gute kommen, so weit sie nämlich eandem causam gravaminis für sich haben. — In einem gegebenen Falle handelte es sich davon, ob nicht die Kinder des Gemeinschuldners mit einem Theile ihres vorlozirten Muttergutes andern Mitgläubigern zu haften hätten, also von einer nicht die Verpflichtungen des Gemeinschuldners betreffenden Frage. Von dem Vertreter einiger Gläubiger wurde gegen das (erststrichterliche) Prioritäts-Erkentniß, in welchem der Behauptung jener Haftung keine Folge gegeben war, das Rechtsmittel der Berufung ergriffen. Bei der späteren oberstrichterlichen Beurtheilung wurde die Frage angeregt, ob der in zweiter Instanz erstrittene Sieg des Appellanten, auch andern nicht ap-

pellirenden Gläubigern zu Gute kommen könne. Diese Frage wurde verneint, indem der Rückgriff der Gläubiger auf die vorlozirten Forderungen der kridarischen Kinder zu dem individuellen Rechte jedes Gläubigers gehöre, daher keine eadem causa gravaminis unter der Gesamtheit der Gläubiger bestehe.

DAGE. v. 27. Juni 1855. Nr. 502⁵⁴/₅₅.

6.

Umfang der Devolution. Frage der Zurückweisung an den vorligen Richter.

Die Grundsätze des über diesen Gegenstand von dem obersten Gerichtshofe am 10. Dez. 1842 erlassenen Plenarbeschlusses wurden durch Erkenntniß vom 25. Januar 1856, Nr. 1741⁵⁴/₅₅ auf einen Fall angewendet, wo das Appellationsgericht auf Abweisung einer Berufung erkannt hatte, „weil dieselbe eine Ausführung der Beschwerden des Appellanten nicht erkennen lasse und das ganz unverständliche Petitum mit dem Inhalte der Beschwerdeschrift in keinem Zusammenhang stehe.“ Der oberste Gerichtshof theilte diese Ansicht nicht und erkannte daher, daß die Berufung nicht abzuweisen sei. Da aber dem Appellationsgerichte nicht zugemuthet werden konnte, einen zur Schöpfung eines materiellen Urtheils geeigneten Sinn in der Schrift zu finden, so wurde sofort auf die Berufung selbst erkannt und das Erkenntniß der ersten Instanz bestätigt. M.

Berichtigung. Im Erg. Bl. Nr. 5 ist in Seite 10 der Inhaltsübersicht st. „Erhöhung“ zu lesen „Erlöschung.“

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die den Hausbesitzern und Bürgern der Stadt Nürnberg zustehenden Forstrechte in dem f. g. Reichswalde. — Die Nothwendigkeit des Präsenzmachens am 1. Goldstage. — Vertragmäßiges Nöherrecht. Blindlaufenrecht. — Errungenschafts-Gemeinschaft des Mainzer Landrechts wird nach dem Tode eines Ehegatten mit den Ehekindern nicht surigeseht. — Konventionalstrafen in Heirathsverträgen. — Verjährungsbesiß durch Pächter.

Ueber die den Hausbesitzern und Bürgern der Stadt Nürnberg zustehenden Forstrechte in dem f. g. Reichswalde.

Ueber diese Forstrechte, welche darin bestehen, daß der größte Theil der Nürnberger Hausbesitzer und ein kleiner Theil von Nichthausbesitzern, f. g. Personalberechtigten befugt ist, gegen Zahlung des Hauer- und Fuhrlohnes, dann einer geringen Recognition unter dem Titel Aufsichtsgelühr (auch Pfandgeld) eine bestimmte Quantität Schnitt-, Stock- und Wellenholzes aus dem ehemaligen Reichswalde zu beziehen, wurden in einem Erkenntnisse des Kreis- und Stadtgerichtes Nürnberg, bestätigt in II. Instanz am 24. Oktober 1854 (P. 791^{53/54}), folgende leitende Grundsätze aufgestellt;

1) Diese Forstrechte, auch Waldbolzrechte genannt, gründen sich nicht in dem Eigenthume oder Miteigenthume der Berechtigten an dem belasteten Walde. Dieser wurde vielmehr schon im elften und zwölften Jahrhunderte zum königlichen und Reichs-

Neue Folge I. Band.

forste gemacht, gelangte im vierzehnten Jahrhundert durch kaiserliche Uebergabe an die Reichsstadt Nürnberg, d. h. an die dortige reichsstädtische Obrigkeit (nicht an die Stadtgemeinde im engeren Sinne), und endlich im Jahre 1806 mit der Stadt und dem reichsstädtischen Gebiete von Nürnberg an die Krone Bayern, ohne daß hiebei den Waldholz-Bezugsberechtigten das Eigenthum an einzelnen Theilen des Reichswaldes, oder das Miteigenthum an der gesammten Waldung vorbehalten worden wäre ¹⁾.

2) Die Berechtigung zum Holzbezuge aus dem Reichsforste haftet aktiv zum allergrößten Theile nicht an der Person des Berechtigten, sondern auf bestimmten Häusern ²⁾. Zwar sollte nach einem Mandate des reichsstädtischen Rathes der Stadt Nürnberg vom 2. April 1798 nicht der Besiz eines Hauses, sondern das Bürgerrecht für die Berechtigung zum Holzbezuge maassgebend und bedingend sein; allein es konnte und wollte auch hiedurch an den bereits bestehenden Rechtsverhältnissen, namentlich jenen der realberechtigten Hausbesizer nichts geändert werden. Es erhielten vielmehr hiedurch nur die Befugnisse derjenigen Bürger, welche ohne Rücksicht auf Hausbesiz eingeforstet waren, eine festere rechtliche Begründung. Doch war dieselbe mehrfachen Kontestationen von Seite des K. Avaras ausgesetzt, und eine nach vielseitigen Verhandlungen unter den Betheiligten getroffene „im Jahre 1838 durch allerhöchste Ministerial-Entschliesung genehmigte und bekannt gemachte Uebereinkunft regelte die Rechtsverhältnisse dahin, daß nur die auf Hausbesiz gegründeten Forst-Rechte als Realrechte in ihrem

¹⁾ Meyer, der Stand der rechtlichen Verhältnisse der deutschen Reichsforste Abth. I §. 96. Abth. II §. 21, 55, §. 26, 52, 58, 66, 75, 83.

²⁾ Meyer l. c. §. 58.

vollen rechtlichen Bestande anerkannt, und durch Anweisung bestimmter Holzquantitäten auf die einzelnen Häuser fixirt wurden, den ohne Hausbesitz eingeforsteten Nürnberger Bürgern dagegen der Holzbezug zwar auf die Dauer ihres Lebens oder ihres Bürgerrechtes belassen werden, dann aber dem f. Merare anheim fallen sollte“.

3) Demgemäß haben nunmehr die in der Stadt Nürnberg bestehenden Forstrechte, und resp. mit dem Hausbesitze verbundenen Waldholzbezüge die Eigenschaft von dinglichen Rechten. Sie haften aktiv auf einem Hause, passiv auf dem ehemaligen Reichswalde. Die Quantität des Bezuges, früher nicht ganz bestimmt, und jedesmal nach dem Bedarfe des herrschenden Grundstückes bemessen, ist nunmehr jedoch mit Rücksicht auf diesen Bedarf fixirt, während sie früher nur durch die forstordnungsmäßige Bewirthschaftung und die Bedingungen der Erhaltung des Bestandes begrenzt und beschränkt war. Derjenige Theil des über einen bedeutenden Flächenraum sich erstreckenden Reichswaldes, aus welchem das Holz in jedem Jahre zu beziehen ist, wird jedesmal durch den der festgesetzten Betriebsweise entsprechenden Turnus bestimmt; es besteht für das herrschende Grundstück kein Recht, die Anweisung in einem näher gelegenen Theile zu verlangen, selbst wenn es ohne Nachtheil des Waldbestandes geschehen könnte. Wird das berechtigte Haus nicht bewohnt, geht der Rauch in demselben nicht auf, so ruht observanzgemäß auch das Forstrecht, und lebt erst bei dessen Wiederbewohnung (Wemalierung) wieder auf ³⁾!

4) Diese dinglichen Waldholzrechte fallen unter den Begriff der Realservituten. Es findet sich zwar

³⁾ Meyer a. a. D. S. 58.

in dem aus den Quellen des römischen Rechtes gezogenen Verzeichnisse dieser letzteren keine ihnen entsprechende Kategorie, allein jenes Verzeichniß ist nicht ausschließend, und es kann aus jeder Art des Nutzens, welchen ein Grundstück dem anderen zu gewähren vermag, eine eigene Servitut gebildet werden ⁴⁾, und wenn auch dem Beholzungsrechte (*servitus lignandi*) das eine oder das andere der Erfordernisse abgeht, welchen eine Servitut nach römisch-rechtlichen Prinzipien entsprechen soll, z. B. *vicinitas* der beiden Grundstücke, — obgleich auch diese nur dann nothwendig war, wenn die Natur und der Zweck der Servitut es mit sich brachte, — so ist doch jenes Recht in der Eigenschaft einer Waldservitut von den Lehrern des deutschen Privatrechtes anerkannt, und als eine Berechtigung zum Holzbezüge aus einer fremden Waldbung bezeichnet, die sich nach dem Bedürfnisse gewisser Güter oder Haushaltungen richtet, oder auf eine bestimmte Quantität gesetzt ist, in Bezug auf ihre Eigenschaften und Folgen aber, in Ermangelung partikulärer Bestimmungen, Gesetze und Observanzen nach den Vorschriften des römischen Rechtes beurtheilt und bemessen werden muß ⁵⁾. In der That treffen auch bei dem also bestimmten Beholzungsrechte alle, jedenfalls die wesentlichen und entscheidenden Merkmale der Servituten ein, wie sich aus vorstehender Entwicklung ergibt, wobei nur noch zu bemerken ist, daß daselbe den Eigenthümer der dienenden Sache niemals

⁴⁾ Seuffert's prakt. PR. Aufl. 3 §. 163.

⁵⁾ Eichhorn Einleitung in das d. PR. §. 176, 181. Selchow elem. jur. germ. §. 419 (540.) Runde d. PR. III. Aufl. §. 141, 273, 274. Mittermaier Grundsätze des gem. d. PR. VII. Aufl. §. 171. Phillips d. PR. I §. 97. Meyer a. a. O. §. 58.

zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet, indem das Fällen und Ausführen des Holzes lediglich für den Berechtigten und auf dessen Kosten geschieht, und nur aus forstpolizeilichen Rücksichten durch die betreffende Forst-Behörde, welcher aus gleichen Gründen auch die Ausstellung der Anweisung obliegt, besorgt und resp. veranlaßt wird.

5) Hieraus folgt endlich, daß das Waldholzrecht zu dem Hause, auf welchem es haftet, im Verhältnisse einer solchen Pertinenz steht, daß es ohne dasselbe nicht veräußert, verpachtet, auch nicht auf ein anderes übertragen, auch bei Veräußerung eines Hauses von dem Verkäufer nicht ganz oder theilweise vor und zurückbehalten werden kann ⁶⁾, daß überhaupt die Grundsätze von der Untheilbarkeit der Servituten in ihrer ganzen Ausdehnung und Strenge hier zur Anwendung kommen.

6) Da alle Realservituten und alle im römischen Rechte nicht erwähnten ähnlichen Berechtigungen, daher auch das deutschrechtliche Beholzungsrecht auch bloß zum Vortheile bestimmter Personen bestellt werden können ⁷⁾, so sind die Rechtsverhältnisse der Nürnberger Bürger, welche ohne Hausbesitz oder ohne Rücksicht auf einen solchen lediglich in dieser Eigenschaft eingeforstet sind (der s. g. Personalberechtigten), lediglich nach den über Personalservituten im Allgemeinen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, wonach ihre Befugnisse dermaßen an die Personen der Berechtigten geknüpft sind, daß sie von denselben weder vererbt, noch bei Lebzeiten

⁶⁾ fr. 11 §. 3 de pign. (20, 1); fr. 44 loc. (19, 1); fr. 23 §. 2 de serv. praed. rust. (8, 3) fr. 12 communia. praed. (8, 4) fr. 47 de contr. emt. (18, 1) Ritttermaier a. a. O. §. 173.

⁷⁾ fr. 33 de usufructu (7, 1); fr. 4 de serv. pr. rust. (8, 3.)

ganz oder theilweise auf andere übertragen werden können, und alsbald erlöschen, wenn die Berechtigung durch eine bestimmte Eigenschaft der Person z. B. das Bürgerrecht bedingt war, und dieses hinweggefallen ist^{*)}).

7) Der Umstand, daß die Ausübung des Beholungsrechtes durch Entrichtung einer Recognition bedingt ist, steht der Auffassung desselben als einer Realservitut nicht entgegen. Denn, wie bereits erwähnt, wird die zu entrichtende Abgabe zunächst nur als Vergütung für das Fällen, Zurichten und die Beauffichtigung des abzugebenden Holzes, zum Theile auch als Äquivalent für die den Real- und Personal-Berechtigten obgelegenen Gegenleistungen gereicht, dann steht der im ganzen unwandelbare durch den wechselnden Werth oder Preis des Holzes nicht bedingte Betrag desselben in keinem Verhältnisse zum Holzbezuge, wenigstens in keinem solchen, daß man ihm die Eigenschaft eines Kaufschillinges beilegen, das ganze Geschäft deshalb als einen Kauf ansehen könnte. Die fragliche Gegenleistung (Pfandgeld) scheint vielmehr neben der Erfüllung der oben angegebenen Zwecke auch die Bestimmung eines Kanons zu haben, wie er bei der Emphyteuse des römischen Rechtes vorkommt. Da übrigens vor Zahlung des Pfandgeldes und Vorlage des Ausweises hierüber die Anweisung zur Holzabfuhr nicht ertheilt wird, und da dasselbe immerhin die Eigenschaft einer Gegenleistung an sich trägt, nach fr. 11 §. 2, fr. 13 §. 8 de act. emt. vend. (19, 1) nicht im Rechtswege erzwungen werden kann, da ferner das gefällte und zugerichtete Holz nicht länger als bis zum Ablaufe der Abfuhrzeit im Walde liegen bleiben darf, so folgt, daß derjenige welcher

*) fr. 6 de serv. legata (33, 3).

daß Pfandgeld nicht, oder nicht rechtzeitig zahlt, des Holzbezuges, wenigstens für das betreffende Jahr, verlustig wird.

8) Bezüglich des Erwerbs und Verlustes des Forstrechts kommen die allgemeinen Grundsätze über Erwerbung und Verlust der Servituten in Anwendung, und insoferne zur Entstehung durch Erfindung *justus titulus* nicht erforderlich ist, kann eine Personalberechtigung auch von solchen durch Verjährung erworben werden, denen das Bürgerrecht der Stadt nicht zusteht.

Umständlichere Erörterungen hierüber finden sich in der öfter allegirten Monographie von Meyer.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber die Nothwendigkeit des Präsenzmachens am I. Ediktstage.

Ueber die sehr bestrittene ¹⁾ Frage:

„ob nach bayerischem Prozeßrechte die Gegenwart des Gläubigers am ersten Ediktstage bei Strafe der Präklusion geboten, oder ob es auch zulässig sei, eine schriftliche Anmeldung der Forderung zu dem Ediktstage einzusenden?“

enthält ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 12. Januar 1856 Nr. 355⁵⁵/₅₆ folgende Erörterungen.

Die Gerichtsordnung verbindet, Kap. XIX §. 5 Nr. 1, die Androhung der Präklusion nur mit dem

¹⁾ S. Geuffert Rom. zur Ger.-Ord. Bd. IV S. 362.

Gebote der Meldung der Forderungen am ersten Ediktstage.

Unter Nr. 2 desselben §. werden sodann umständliche Anordnungen über die Art gegeben, wie bei der Aufnahme der Forderungen verfahren werden soll: die Gläubiger sollen sich mit ihrer Nothdurft in möglichster Kürze ad protocollum vernehmen lassen, weitläufigere Erörterungen sollen in schriftlichen Rezenzen übergeben und dem Protokolle beigelegt werden, in welchem sich darauf mit wenigen Worten zu beziehen ist. Es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß das Gesetz hierbei von der persönlichen Anwesenheit der handelnden Personen ausgeht, wie denn auch die Anmerkung zu der angeführten Stelle, lit. b, als Form der Verhandlung das Diktiren zu Protokoll bezeichnet. Es ist aber nicht ausgesprochen, daß das auf die unterlassene Meldung gesetzte Präjudiz sich auch auf diese — die Form betreffenden Vorschriften erstrecke, daß namentlich die Präklusion auch dann eintreten soll, wenn eine Forderung am ersten Ediktstage schriftlich angemeldet wird, ohne daß der Gläubiger oder dessen Anwalt persönlich erscheint. Der Zweck des Gesetzes ist, daß sogleich beim Beginne des Gantverfahrens die sämtlichen, in demselben geltend zu machenden Forderungen bestimmt, und in übersichtlicher Form aufgestellt werden, und dieser Zweck wird durch die schriftlichen Einsendungen und die Eintragung der Forderung in das Protokoll durch den Kommissär vollkommen erreicht. Allerdings bietet die Anwesenheit sämtlicher Gläubiger den Vortheil dar, daß es unter günstigen Umständen einem klugen und gewandten Kommissär nicht selten gelingt, sogleich an diesem ersten Ediktstage eine gütliche Uebereinkunft zwischen den Betheiligten zu Stande zu bringen; weder der Text des Gesetzes, noch die Anmerkungen, enthalten aber irgend eine Andeutung dafür, daß dieser Gesichtspunkt für den Gesetzgeber

maßgebend gewesen sei. Die angeführte Anmerkung bezeichnet vielmehr nur die Abkürzung als das Motiv, warum der bayerische Konkursprozeß den in anderen deutschen Ländern befolgten gemeinen Reichsstyl, (namentlich in Betreff der Bildung besonderer Akten über die einzelnen Forderungen) verläßt.

Die absolute Ausschließung jener Methode der Einsendung würde dagegen in vielen Fällen zu einer Härte führen, welche man der vaterländischen Gesetzgebung nicht unterstellen darf. An vielen Landgerichten befinden sich keine Anwälte, an anderen ist wenigstens ihre Zahl zur Vertretung der in widersprechenden Richtungen auftretenden Betheiligten bei weitem nicht hinreichend; der entfernt wohnende Gläubiger wäre daher gezwungen, zur Einhaltung der Präsenz an den Ediktstagen Reisen zu unternehmen, oder einen auswärtigen Anwalt zu senden, und sich dadurch einem großen Kostenaufwande zu unterziehen, welcher häufig mit dem Betrage der Forderung in gar keinem Verhältnisse stehen würde.

Wenn man hienach zu der Annahme geführt ist, daß die Gerichtsordnung die schriftliche Meldung der Forderungen am ersten Ediktstage nicht ausschließe, so läßt sich auch in den späteren Verordnungen und Gesetzen eine Abänderung in diesem Betreffe nicht auffinden.

1) Die neuverbesserte Advokaten-Ordnung von 1769 — Mahr Gen. Samml. von 1771 S. 36 — verfügt, daß die Advokaten, welche bei den drei Ganttagen Parteien zu vertreten haben, jederzeit um 9 Uhr Vormittags, bei Strafe von 2 Reichsthalern, persönlich erscheinen sollen.

Es bedarf wohl keiner weiteren Erörterung, daß hier nur eine Disziplinarvorschrift für die Anwälte ertheilt werden wollte, keineswegs aber eine in das Prozeßrecht eingreifende Bestimmung.

2) Eben so wenig kann diese Absicht in der

Verordnung vom 23. October 1801 — Mahr neue Gen. Samml. Bd. II S. 24 — gefunden werden. Sie schärft die genaue Beobachtung der Gerichtsordnung, cap. XIX, §. 4 Nr. 2 und 3, ein.

Darnach sollen die Advokaten und Parteien den ersten Tag eines jeden Ediktstages sub poena praeclusi erscheinen, wo dann sofort ein Präsenzprotokoll zur Bestimmung der Ordnung, in welcher jeder seine Rechtsnothdurft anzubringen hat, formirt werden soll.

Für die Versäumung dieser Ordnung wird die Erholung der in der Advokaten-Ordnung bestimmten Strafe von 2 Reichsthälern anbefohlen.

Es ist unmöglich, in dieser Fassung der Verordnung die Absicht einer legislativen Neuerung zu erblicken.

3) Die Verordnung vom 5. Juli 1811, die Vertretung des Finanzvermögens bei Konkursprozessen betreffend, — Reggöbl. v. 1811, S. 909 —, überweist in der Regel die Einbringung und Liquidation der fiskalischen Forderungen den Rentämtern, welchen zu diesem Behufe die Liquidationsrezesse von den Kreisfiskalen zugefertigt werden sollen. Daß der Rentbeamte den Rezeß zu dem Obergerichte persönlich zu überbringen habe, ist nicht gesagt.

Dagegen

4) ist durch die Verordnung vom 7. Nov. 1811, — Reggöblatt S. 1676, — die Rechtsfachen der Stiftungen betreffend, — angeordnet, daß den Stiftungsfiskalen das Liquidationsprotokoll sammt den dazu gehörigen Belegen und Akten mitgetheilt werden soll, damit sie hieraus den Exzeptionsrezeß verfassen und an das Gericht übersenden können.

Hierin ist klar

die Eingangß bezeichnete Form des Verfahrens, (welche die Ger. Ordng. cap. XIX §. 5 Nr. 2

gleichmäßig für den ersten und zweiten Ediktstag vorschreibt), in dem oben aufgestellten, weitem Sinne aufgefaßt.

5) In das Prozeßgesetz vom 22. Juli 1819 wurde (§. 34) die Bestimmung aufgenommen, daß die Gläubiger an den Edikttagen, um mit dem Diktiren nicht aufgehalten zu werden, ihre Vorträge in schriftlichen Rezenßen übergeben können und die Advokaten werden, besonders wenn sie nicht am Orte des Konkursgerichts wohnen, zur Ersparung der Kosten angewiesen, die Liquidation in solchen schriftlichen Rezenßen zu machen, auf welche sich im Protokolle bezogen werden soll. Nach dem Zeugnisse von **Gönners** Kommentar zum Gesetze vom 22. Juli 1819 S. 444,

wurde dabei von der Voraussetzung ausgegangen, daß die persönliche Anwesenheit der Gläubiger oder ihrer Bevollmächtigten an den Edikttagen durch die Gerichtsordnung geboten sei; auch wurde einem Vorschlage des Abgeordneten von Hofstetten, daß neben der Uebergabe der Rezenße die Einsendung derselben freigestellt werden möge, — Verhandlungen der 2. Kammer, Bd. XI S. 360, 392, — keine Folge gegeben. Weber aus dem Texte des Gesetzes, noch aus den landständischen Verhandlungen über dasselbe ist aber die Absicht ersichtlich, in Bezug auf diese Frage eine legislative Bestimmung zu treffen.

Jene Ansicht kann daher immerhin nur eine doktrinaire Autorität ansprechen, und muß dem richtigeren Verständnisse der Gerichtsordnung weichen.

6) Aehnlich verhält es sich mit dem hieher bezüglichen Vorgange auf dem Landtage von 1837. Die Abgeordneten **Sand** und **Horntal** hatten zu dem vorgelegten Entwurfe des Prozeßgesetzes die Einarückung einer Bestimmung vorgeschlagen, wornach die Liquidation im Konkurse durch Einsendung schrift-

licher Rezeß geschehen könne, welche das Gericht in das fortlaufende Alquibationsprotokoll einzutragen hätte.

Protokolle der Kammer der Abgeordneten Bd. X S. 473.

Auch hier gingen sowohl die Vertheidiger dieses Vorschlags, — S. 474 — als auch die Gegner desselben, — S. 476, 479, — größtentheils wieder von derselben Auffassung des Sinnes der Gerichtsordnung aus, wie auf dem Landtage von 1819.

Auch der Ministerialkommissär v. Stürzer erklärte sich für diese Ansicht, obschon er die Frage als kontrovers anerkannte. S. 493. — Die Kammer stimmte dem Antrage im Sinne einer Abänderung des bestehenden Rechtes bei. S. 496. — Eine positive gesetzliche Bestimmung ist aber aus dieser Verhandlung nicht hervorgegangen, da der Vorschlag, ungeachtet der wiederholten Zustimmung der Kammer der Abgeordneten, — B. XX S. 337, — an der beharrlichen Ablehnung der Kammer der Reichsräthe scheiterte.

7) Auch die Bestimmung des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 §. 118 Abs. 3, daß die Gläubiger ungeachtet der dem Gantgerichte zur Pflicht gemachten Vorlegung eines vollständigen Auszuges aus dem Hypothekenbuche am ersten Ediktstage — verbunden bleiben, nach den Vorschriften der Gerichtsordnung an den Ediktstagen zu erscheinen, ist für die vorwülfige Frage nicht maßgebend. Das Gesetz verweist hier lediglich auf das durch die Gerichtsordnung vorgeschriebene Verfahren und war weit entfernt, in dieser Beziehung etwas Neues verfügen zu wollen.

Die Eingangß entwickelte Auffassung ist nun auch mehreren Entscheidungen des obersten Gerichtshofes zu Grunde gelegt worden:

Erkenntniß vom 23. September 1816, — in

Sachen des Kronfiskalats für den Merkreis, als Vertreter der milden Stiftungen, Registratur-Nr. 462 von 1816.

Erkenntniß vom 11. März 1817, — in Sachen desselben gegen die Mathias Müller'sche Gantmasse Reg. Nr. 629 von 1816.

Erkenntniß vom 10. Juli 1824 in Sachen Adelsdorfer gegen die Schmitt'sche Gantmasse Reg. Nr. 713, 18²³/₂₄.

Erkenntniß v. 22. Mai 1829 in der Schönbbrunn'schen Konkursache Reg. Nr. 793, 18²⁶/₂₇.

Das k. Appellationsgericht . . . hat auf die Auctorität von Spieß Erläuterungen des Gesetzes vom 17. Nov. 1837 (Ausfl. 2) §. 145 S. 96, — angenommen, daß in der — zuletzt erwähnten Sache von dem Gerichtshofe im entgegengesetzten Sinne erkannt worden sei. Dieses ist aber nicht der Fall; vielmehr ist in diesem Erkenntniße entwickelt: „daß durch den §. 34 der Novelle von 1819 nur das schriftliche Rezessiren, zur Ersparung der Kosten, allgemeiner zu machen gesucht worden sei, daß das Eintragen der Forderungen, ihrer Eigenschaft und ihrem Betrage nach, sowie das Vormerken der Rezesse im Liquidationsprotokolle, zur Funktion des Gantgerichtes gehöre, daß aus der Unterlassung derselben die Präklusion der Forderung nicht erwachsen könne, weil dieser Nachtheil auf die angeführte Unterlassung nirgendß gesetzlich ausgesprochen, sowie es nirgendß verboten sei, die schriftlichen Rezesse mittelß Schreibens oder auf andere Weise an das Gantgericht gelangen zu lassen u.“

M.

2.

Vertragsmäßiges Näherrecht. Rückkaufsrecht.

Bayer. Recht.

Bei einem Liegenschaftsverkauf (1853) der Wittve H. an F. war, nach Behauptung der nunmehr klagenden Tochter der ersteren, vom Käufer F. zugesichert worden, der Wittve H. oder einem ihrer Kinder jederzeit die erkauften Realitäten wieder ablassen zu wollen, wenn ihm der dafür ausgelegte Kaufpreis erlegt werde. Als F. den Kaufgegenstand später an E weiter veräußert hatte, klagte gegen diesen eine Tochter der H., zunächst aus dem Standpunkte vertragsmäßigen Näherrechts. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: „Aus der der Klage unterstellten Behauptung folgt nicht, daß der H. und ihren Kindern ein Retraktrecht eingeräumt worden sei. Hätte F. solch' ein Versprechen gegeben, so würde in dessen Annahme nur ein Wiederkaufsvertrag zu erkennen sein.

Bayer. Urth. v. 1756 Th. IV Kap. 5 §. 18

Nr. 3, Kap. 4 §. 15.

Selbst wenn ein Zweifel über den Sinn des Versprechens bliebe, so würde doch die in ihrer binglichen Wirkung anomale Einräumung eines Einstandsrechts durch Vertrag nicht zu vermuthen sein, da zweifelhafte Nebenveredungen eines Kaufvertrags zum Nachtheile des Verkäufers ausgelegt werden ehn — mithin, sofern die Waage zwischen einem Wiederlosungs- (Wiederkaufs-) recht und einem bedungenen Einstandsrecht schwankt, das erstere, als nicht wie das letztere die Proprietät des Käufers beschränkend, angenommen werden muß. Fr. 39 de pactis (2, 14).“

Aus dem Standpunkte des Wiederkaufsrechts wurde eventuell von der Klägerin geltend gemacht, daß die Klage aus dem pactum retrovenditionis

zufolge Nr. IV, 4 §. 15 Nr. 12 dann auch gegen den dritten Besitzer gehe, wenn er vor dem Erwerbe der Sache Kenntniß von jenem Vertrage hatte. Der oberste Gerichtshof adoptirte aber die von Kreittmayr in der Anmerk. 15 zum angef. Sen a. E. geäußerte Ansicht, daß ein Klagenanspruch aus dem Wiederkaufsvertrag gegen den dritten Gutserwerber überhaupt nur in den drei ebd. Anmerk. 12 bezeichneten, hier nicht gegebenen Ausnahmefällen ¹⁾ stattfinde ²⁾).

DAGE. v. 22. Januar 1856. Nr. 383⁵⁵/₅₆.

3.

Errungenschafts-Gemeinschaft, des Mainzer Landrechts, wird nach dem Tode eines Ehegatten mit den Ehekindern nicht fortgesetzt.

Eine Erörterung der hierüber bestehenden Kontroverse findet sich in Bd. XVII S. 118 f. unserer Zeitschrift. In einem vorgekommenen Falle hatte sich das Gericht II Instanz für die daselbst S. 118—20 vorgetragene, die Fortsetzung mit den Ehekindern bejahende Ansicht entschieden, und in

¹⁾ Heutzutage unpraktisch ist der Ausnahmefall des Vorbehalts einer Spezial- (vgl. §. 19 des Hyp. Ges.) oder Generalhypothek. (Wird das Interesse des Rückkaufs in einen bestimmten Geldanschlag gebracht, so läßt sich die Bestellung einer Spezialhypothek zur Sicherheit dieser Interessensforderung allerdings denken. S.).

²⁾ Auch der Eintrag des Rückkaufsrechts unter den Dispositionsbeschränkungen im Hypothekenbuche verschafft der Wiederkaufsforderung nicht die Richtung gegen den dritten Besitzer, sondern bedingt nur Hypothekbestellungen durch Zustimmung des Berechtigten. Die Wirksamkeit der Hypothekenbuchs-Einträge bezieht sich nur auf Handlungen, welche mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehen. §. 25 des Hyp. Ges. S.

Folge dessen den Ehekindern aufgelegt, mit einem Drittheile ihres Muttergutes für Schulden, die von ihrem Vater nach dem Tode der Mutter kontrahirt waren, zu haften. Der oberste Gerichtshof adoptirte hingegen die a. a. O. S. 120—3 entwickelte verneinende Ansicht, und entband demzufolge die Kinder des Gemeinschuldners von der bezeichneten Haftung.

DAÖG. v. 27. Juni 1855. Nr. 502⁵⁴/₅₅.

4.

Konventionalstrafen in Heirathsverträgen.

In Heirathsverträgen eine Konventionalstrafe für den Fall des Rücktritts eines Theils auszubringen, ist nach gemeinem deutschen Privatrechte allerdings zulässig und wirksam ¹⁾.

DAÖG. v. 9. Nov. 1855. Nr. 1742⁵⁴/₅₅.

5.

Verjährungsbesitz durch Pächter.

Preuß. RM. 1, 7 §§. 1, 5, 45, 66 ff., 112, 113, 125, 137
vgl. mit Tit. 5 §. 75 und Tit. 13 §. 122, Tit. 21 §. 98.

Handlungen der Pächter von Grundstücken, welche sich auf Erhaltung oder Fortsetzung des Besitzes von Rechten der verpachteten Grundstücke beziehen, kommen bei der erwerbenden Verjährung dem Eigenthümer zu Statten, ohne daß es dazu eines besonderen Auftrags, oder einer Anweisung desselben bedarf.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 7. März 1854. Entscheib. des O. T. Bd. 27 S. 310.

¹⁾ Bezugnahme auf Mittermaier d. Priv. R. §. 376; Glük Pand. Bd. XXIII S. 89; Seuffert prakt. Pand. R. §. 446 Note 7.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Von Testamentserketoren. Nudum praeceptum. — Erfüllung der kurpfälzbayerischen Verordnung von 1784 in den vormals würzburgischen Gebietsheilen. — Verkaufbarkeit der Darlehenverläufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbdmässiger Gutozertrümmerung. — Einspruch des leibers gegen beabsichtigten Hausverkauf. — Gagesversicherungverein als juristische Person. — An Hrn. Professor Dr. Gdel zu Würzburg. — Berichtigung. —

Von Testamentserketoren. Nudum praeceptum ¹⁾.

In letzten Willen kommen nicht selten Verfügungen vor, insbesondere Auflagen an einen Erben oder einen Legatar, bei deren Erfüllung Niemand ein Interesse hat, als eben dieser Honorirte, so daß es sich dabei nicht von einer Obligation unter zwei gegenüberstehenden Personen, sondern etwa nur von Aufrechterhaltung der Auktorität des Testirers handelt ²⁾. Fehlt es nun auch an einer bestimmten Angabe des Grundes der Verfügung, ist der vom Testirer durch diese erstrebte Zweck unbekannt, weiß man nicht, wem der Vollzug zu Gute kommt

¹⁾ Zum Theile Auszug aus der Begutachtung eines Rechtsfalls in Heuser, Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurheffen. Jahrgang III S. 208 f.

²⁾ Fr. 7 de annuis legatis (33, 1): „In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt.“

men soll, so erscheint die Verfügung als *nudum praeceptum*, dessen Verwirklichung nach mehreren Pandektenstellen im Ermessen des Honorirten steht. So insbesondere, wenn der Testirer die Veräußerung gewisser Sachen untersagt hat, ohne daß man Kunde von der Bedeutung dieses Verbotes, von seiner Richtung auf den Vortheil einer bestimmten Person hat³⁾; oder wenn Geld zum Ankauf von Grundstücken vermacht ist, ohne Andeutung eines besonderen Interesse an dieser Verwendung⁴⁾; aber auch bei Anordnung der Errichtung eines Monumentes für den Erblasser; oder „*cum quis jussit in municipio imagines poni; nam si non honoris municipii gratia id fecisset, sed sua, actio eo nomine nemini competit*“⁵⁾.

Die Juristen, welche die Natur des *nudum praeceptum* in solcher Weise ausprägten, standen auf der Grundlage des Satzes: wo keine *obligatio*, da keine *actio*. Dieser Satz hinderte es aber nicht, für die Verwirklichung der Anordnung des Erblassers mit andern Mitteln zu sorgen. Wenn der unter der Auflage eines Thuns Honorirte die Verrichtung des Legates verlangte, sollte der Vermächtnisträger zur Vorenthaltung bis zur Kautionleistung wegen Erfüllung der Auflage befugt sein⁶⁾; so insbesondere bei einem Geldvermächtniß zum Ankauf von Grundstücken, wenn anzunehmen war, daß der Testirer mit dieser Anordnung eine besondere Fürsorge für den Honorirten bethätigen wollte⁷⁾. Auch das Verbot, gewisse Sachen zu veräußern,

³⁾ Bgl. fr. 114 §. 14 de legatis I (30); fr. 38 §. 4 fr. 93 de legat. III (32).

⁴⁾ Fr. 71 pr. de cond. et demonstr. (35, 1).

⁵⁾ Fr. 7 de annuis legatis.

⁶⁾ Fr. 19 de legatis III.

⁷⁾ Fr. 71 pr. de cond. et demonstr.

sollte bei dem Vorliegen eines solchen Motives aufrecht erhalten werden ⁸⁾. Handelte es sich von Errichtung eines Monumentes, so wurde die nach dem strengen Rechte mangelnde Klagebefugniß durch Einschreitung in öffentlichem Interesse ersetzt: *principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis* ⁹⁾. In Verfolgung dieser Auffassung gelangte man überhaupt zu der Ansicht, daß es im öffentlichen Interesse liege, überall, wo in der letztwilligen Bestimmung nicht bloß ein Wunsch oder Rath, sondern ein Akt der Autorität zu erkennen war, zur Aufrechthaltung dieser Autorität nach obrigkeitlichem Ermessen einzuschreiten. „*Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduc* ¹⁰⁾.“

In der erwähnten, schon im älteren Rechte den pontifices eingeräumten Machtvollkommenheit, den Vollzug der auf die religio, die Dii Manes Bezug habenden letztwilligen Anordnungen zu betreiben, lag für das spätere christliche römische Recht der Anknüpfungspunkt für den allen letztwilligen Bestimmungen, welche auf das Seelenheil des Testators sich bezogen und in der pietas desselben begründet waren, zu gewährenden außerordentlichen Rechtsschutz, wobei der Diöcesanbischof als derjenige bezeichnet wurde, welcher zunächst über die gehörige Ausführung derartiger frommer testamentarischer Anordnungen zu wachen

⁸⁾ Fr. 114 §. 14 de legatis I.

⁹⁾ Fr. 50 §. 1 in f. de hered. petit. (5, 3).

¹⁰⁾ Fr. 7 de annuis legatis (33, 1).

hatte ¹¹⁾). Bisweilen wurde die Sorge für die Vollziehung des letzten Willens dem Bischof vom sterbenden Testator noch besonders an's Herz gelegt ¹²⁾). Aber erst aus dem römischen Rechte nach Justinian ist zu entnehmen, daß die Testatoren nicht selten einem Vertrauensmann die Ueberwachung und Vollziehung aller letztwilliger Verfügungen übertrugen ¹³⁾).

In den germanischen Ländern machte besonders ein Umstand es nothwendig, für einen besonderen Vollstrecker der letztwilligen Verfügungen, für einen s. g. Testaments-Exekutor zu sorgen. Wenn nämlich das römische Institut des Testamentes auch frühe Aufnahme gefunden hatte, so doch nicht zugleich auch die römische Ansicht von einem Testamentserben und einer heredis institutio, die sich erst später, wenn auch nicht durchgreifend, Bahn gebrochen hat ¹⁴⁾), wie sie denn in England bis auf den heutigen Tag nicht zur Anerkennung gekommen ist. Indem es nun darauf ankam, für die Vollziehung der (einer Erbeinsetzung ermangelnden) letzten Willen eine mit der erforderlichen Machtvollkommenheit bekleidete Person zu finden, lehnte man sich in Deutschland zunächst an zwei bestehende Institute des ältern deutschen Rechtes an, nämlich an die Uebertragung der Gewere zur getreuen Hand, Treuhänder, manus fidelis, und an die Vogtei oder Vormundschaft ¹⁵⁾). Kraft der vogteilichen Gewalt hatten

¹¹⁾ C. 28 pr., c. 46 de episcop. (1, 3).

¹²⁾ C. 46 cit.

¹³⁾ Novell. Leonis 68.

¹⁴⁾ Bluntschli deutsches Pr. R. II §. 200 S. 496.

¹⁵⁾ Beseler von den Testamentsvollziehern — in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. IV S. 141 f. — Vgl. Kreittmayr z. Bayer. LR. Th. III Kap. 2 §. 15 Nr. 1: Jene, welche die Incumbenz zum

die Exekutoren die Aufgabe, die ihnen anvertrauten letztwilligen Verfügungen in jeder Weise zu schützen und zur Ausführung zu bringen, den Verstorbenen aktiv und passiv zu vertreten, und besonders alle in Testamente angeordnete Zutwendungen und Anordnungen auszurichten, wobei ihrem Ermessen meistens große Freiheit gelassen war¹⁶⁾. Auch wo sich das Institut der Testamentsexekutoren mehr an das ältere Recht der Salmannen und Treuhänder angeschlossen, wurden dieselben formell als Repräsentanten der Testatoren, denen daher die Vollstreckung der letztwilligen Verfügungen zukam, aufgefaßt¹⁷⁾. Als nun aber mit der vollständigen Reception des römischen Rechts der römische Erbenbegriff wie überhaupt, so auch insbesondere hinsichtlich der Testamentserben Aufnahme fand und das Repräsentationsverhältniß zunächst auf diese überging, dauerte doch das einmal begründete Institut der Testamentsexekutoren fort, und zwar unter Beibehaltung des älteren Grundsatzes von der Repräsentation der Person des Erblassers durch den Testamentsexekutor¹⁸⁾.

Das leitende Princip dieses Institutes, wie es noch heutzutage besteht, findet sich daher im älteren deutschen Rechte und in der schon in diesem begrün-

Vollzug letzter Willen haben, nennt man auf deutsch Geschäftiger, Ausrichter, Treusträger oder Treuhänder, auf Latein *manufidelos*; die *executores piarum causarum* (nannte man sonst) auch Salmänner oder Seelwärter.

16) Beseler a. a. D. S. 152, 153.

17) Beseler a. a. D. S. 154, 155.

18) Vgl. Beseler a. a. D. S. 156 f. mit Carpzov dec. II. 159 nr. 13. — Ueber die Repräsentation in Bezug auf Forderungen und Schulden vgl. Seuffert prakt. PandR. §. 553; Bluntschli a. a. D. §. 201. Bayer. RM. Th. III Kap. 2 §. 18 Nr. 5 und die Noten hiezu (Nr. 3.)

beten und auch im späteren Rechte fortwährend anerkannten Befugniß des Testamentserzefutors, den Testirer in formeller Hinsicht zu vertreten und für die allseitige Vollziehung seines letzten Willens, gemäß der in diesem ihm gewordenen Vollmacht, Sorge zu tragen¹⁹⁾. Wenn nun nach deutschem Rechte der Testirer im Testamentserzefutor in der Art gleichsam noch fortlebt, daß dieser ihn in formeller Hinsicht repräsentirt und die Vollziehung seiner letztwilligen Verfügungen erwirkt, so rechtfertigt sich die Annahme, daß diese Vertretungs- und Vollstreckungsbefugniß sich auch auf die Kategorie derjenigen Verfügungen erstrecke, deren Verwirklichung der Honorirte aus dem römischrechtlichen Gesichtspunkte des nudum praeceptum beanstanden könnte. Nach dieser Ansicht ist von dem OLG. zu Cassel am 5. Mai 1855 erkannt worden²⁰⁾.

Geltung der churpfalz-bayerischen Vergordnung von 1784 in den vormal's würzburgischen Gebietstheilen.

Vom k. Advokaten Dr. Stein.

Ueber die Geltung der bayerischen Vergordnung von 1784 im vormal's fürstbischöflich und großherzoglich würzburgischen Gebiete sind verschiedene Aussprüche von den Gerichten erfolgt, und da diese Frage in der neueren Zeit immer größere praktische Bedeutung gewinnt, nachdem an mehreren Punkten des gedachten Gebietes verschiedene Mineralien erschürft worden sind und insbesondere der Abbau der

¹⁹⁾ Beseler a. a. D. S. 165 f.; Bluntzschli a. a. D.

²⁰⁾ Heuser a. a. D. S. 219.

Braunkohle in den Rhönbezirken eine ziemlich Ausdehnung erlangt hat, so wird die Feststellung dieses Punktes desto nothwendiger.

Nach der in Folge des Luneviller Friedens vom 9. Februar 1801 und der Konvention vom 3. Juni 1802 erfolgten ersten churpfälzbayerischen Besitzergreifung der Fürstbisthümer Würzburg und Bamberg mit Patent vom 22. November 1802 wurde ein „Regierungsblatt für die Churbayerischen Fürstenthümer in Franken“ zur Publikation landesherrlicher Verordnungen gegründet. Beide Fürstenthümer sammt den enklavirten vormals selbstständigen Gebieten wurden anfänglich unter einer gemeinsamen Centralstelle vereinigt mit dem Titel: „Churfürstliches Generalkommissariat in Franken.“ Jenes Blatt war nach einem Ausschreiben des Generalkommissariates vom 12. Februar 1803 das Organ, in welchem alle ergehenden landesherrlichen Verordnungen durch deren Abdruck für die sämtlichen fränkischen Entschädigungslande publizirt sein sollten, und eine in demselben Blatte speziell an die Beamten in dem Fürstenthume Würzburg gerichtete Weisung der unter dem Generalkommissariat stehenden Churfürstlichen Regierung zu Würzburg vom 8. März 1803 nimmt in ihrem Eingange darauf Bezug, daß „sämmtliche churfürstliche Verordnungen“ durch ihren Abdruck in diesem Blatte in specie auch für Würzburg publizirt gelten. Durch höchstes Reskript vom 23. April 1803 und Ausschreiben vom 9. Mai 1803 wurde eine neue Organisation dahin getroffen, daß zwei der Landescentralstelle zu München unmittelbar unterstehende Landesdirektionen zu Bamberg und Würzburg gebildet wurden. Gleichwohl aber blieben die fränkischen Lande nach wie vor in einer besonderen engeren Verbindung, indem das „Generalkommissariat in Franken“ nur in ein „außerordentliches“ umgewandelt wurde, auch eine gemeinsame oberste

Justizstelle bestand, welche ihre gemeinsame Bestel-
lung für beide fränkische Direktionsbezirke durch den
Beisatz: „in Franken“ bekundete, laut deren Aus-
schreiben vom 16. Dezember 1803, wie ein gemein-
sames „protestantisches Oberschulkommissariat in Fran-
ken.“ Auch war es die den Aemtern beider Direk-
tionsbezirke vorgeschriebene Fertigungsformel: „Chur-
pfalz-bayerisches Amt in Franken.“ Reggbl. von
1803 S. 192. Dies Alles ist wichtig, weil daraus
hervorgeht, daß, wenn eine landesherrliche Verord-
nung den Ausdruck „in Franken“ schlechthin gebraucht,
darin die offizielle Ausdrucksweise für den Gesamts-
begriff beider Direktionsbezirke gesehen werden muß.

Für die Publikation landesherrlicher Verord-
nungen trat aber nun ein eigenthümliches Verhältniß
ein, indem gleichwohl nicht ein gesondertes Regie-
rungsblatt für jeden Direktionsbezirk formirt, auch
nicht ein mit den älteren Staaten gemeinsames ein-
geführt wurde, sondern daß „Regierungsblatt für
die churpfalz-bayerischen Fürstenthümer in Franken“
noch zwei Jahre lang fortbestand. Bei dem Mangel
einer ordentlichen administrativen Centralstelle für
ganz Franken war nur einer von drei Wegen mög-
lich, indem entweder eine für beide Direktionsbezirke
bestimmte landesherrliche Verordnung, die jeder Di-
rektion zugekommen war, zweimal, von jeder Direk-
tion besonders, eingerückt, oder in von beiden Direk-
tionen unterfertigter Bekanntmachung abgedruckt wer-
den oder endlich man den Grundsatz annehmen mußte,
daß eine landesherrliche Verordnung, die ihrem In-
halte nach beide Direktionsbezirke angien, wenn sie
in dem Regierungsblatte einmal abgedruckt war,
gleichviel von welcher Direktion, für jeden Direk-
tionsbezirk als publizirt galt. Die beiden ersten
Wege sind nicht eingeschlagen worden, der dritte
aber war den Bestimmungen des Reskripts vom
12. Februar 1803 völlig angemessen; denn, da der

Umstand, daß die landesherrliche Verordnung in diesem Blatte, daß in jedem fränkischen Amte dieses oder jenes Direktionsbezirkes gelesen werden mußte, gedruckt stand, nach Ausschreiben vom 12. Februar und 8. März 1803 ihre Publizität begründen sollte, so mußte, ohne daß ihre Geltung davon abhängen konnte, ob diese oder jene Landesdirektion die Prävention in der Einarückung der nach ihrem Inhalte ganz Bayern oder ganz Franken angehenden landesherrlichen Verordnung hatte, es an deren einmaligem Abdrucke im gemeinsamen Regierungsblatte genug sein. Beispiele liefert fast jedes Stück des Regierungsblattes, z. B. Jahrgang 1804, Stück 2, Ausschreiben vom 23. Dezember 1803, 30. Dezember 1803 und so bis in die letzten Nummern, z. B. Jahrgang 1805, Stück 14, Ausschreiben vom 14. Dezember 1805, 18. Dezember 1805. Keine einzige für beide Direktionsbezirke verbindliche Verordnung findet sich, wenn sie von einer Direktion einmal in diesem Blatte ausgeschrieben war, auch von der andern darin bekannt gemacht.

Eine „höchste Entschließung Sr. Churfürstl. Durchlaucht vom 25. Mai 1804“ wurde nun unter der Ueberschrift: „Die freie Bergwerks-Erklärung und Bergordnung in Franken betr.“ im Jahrg. 1804, S. 154, in folgender Weise ausgeschrieben: „In Gemäßheit der höchsten Entschließung Seiner Churfürstlichen Durchlaucht vom 25. Mai l. J. ist der Bergbau, so wie in den älteren Churstaaten nunmehr auch in Franken für frei erklärt, mit dieser Freierklärung selbst aber die churbayerische Bergordnung von 1784 auch als verbindliches Gesetz für die fränkische Provinz einstweilen und bis dießfaß andere Bestimmung erfolgen wird, sanktionirt worden.“ Es wird sodann in diesem Ausschreiben die successive Einarückung der Bestimmungen der churbayerischen freien Bergwerks-Erklärung und der Berg-

ordnung im Reggbl. angekündigt und damit sogleich der Anfang gemacht durch Einrücken der ersten, hinter welcher unmittelbar das Datum: Bamberg 8. Juni 1804, mit der Fertigung dortiger Landesdirektion folgt. Diese nach dem Wortlaute für „Franken“ ergangene landesherrliche Entschliessung und Freierklärungsverordnung wurde von der Landesdirektion Würzburg nicht auch eingerückt, weil eben das Ausschreiben, Jahrg. 1804 S. 154, keine einschränkende Richtung bloß „an die Bambergischen Beamten“ oder den Befehl: „im Bambergischen“ erhalten hatte, wie sonst bei jedem bloß das Fürstenthum Bamberg und resp. Würzburg angehen sollenden Ausschreiben Solches in der Ueberschrift bemerkt wird; daß aber mit dieser Bekanntmachung vom 8. Juni 1804 die Publikation als zugleich für ganz Franken geschehen von der Landesdirektion Würzburg erachtet wurde und nach dem vorhin Ausgeführten erachtet werden mußte, ist nicht etwa bloße Hypothese, sondern wird außer allen Zweifel gesetzt durch folgenden Umstand.

Die durch jene Bekanntmachung in Aussicht gestellte successive Veröffentlichung der umfangreichen Bergordnung von 1784 im Regierungsblatte unterblieb. Statt dessen wurden den Aemtern Exemplare dieser Bergordnung zugestellt, welche Zusendung auch an die Aemter des Landesdirektionsbezirkes Würzburg erfolgte und mit einem lithographirten Reskripte der Landesdirektion Würzburg begleitet wurde, welches lautet: „Die freie Bergwerkserklärung für die churbayerischen Staaten ist auf ausdrücklichen Befehl Seiner Churfürstlichen Durchlaucht mit Beziehung auf die dabei ertheilte Bergordnung auch für das Fürstenthum Würzburg geltend gemacht, erstere auch durch das Würzburger Regierungsblatt bereits zur allgemeinen Kenntniß gebracht worden. Weiter erhält das

churfürstliche Landgericht N. ¹⁾ in der Anlage ein Exemplar der verbesserten Bergordnung, um sich nach dieser gesetzlichen Richtschnur in vorkommenden Fällen zu bemessen. Würzburg den 6. Februar 1805. Churfürstliche Landesdirektion. Thürheim. Abelnmann.“ Da nun die churpfälzbayerische Freierklärungsordnung an keiner anderen Stelle des Regierungsblattes abgedruckt ist, als an der allegirten im Jahrg. 1804 S. 154, und gleichwohl die Landesdirektion Würzburg dieselbe durch diese wenn schon durch die Landesdirektion Bamberg beschäftigte Bekanntmachung als in dem für Würzburg bestehenden Publikationsorgan veröffentlicht und auch in Ansehung Würzburgs bereits damit zur allgemeinen Kenntniß gebracht oder publizirt bezeichnet, so ist klar, daß die oben aufgestellte Behauptung nicht bloße Deduktionen, sondern auch die amtliche Praxis für sich hat.

In unmittelbarem Zusammenhange damit steht auch die unterm 20. Juli 1804 (Jahrg. 1804, S. 18.) erfolgte neue Organisation der bayerischen Bergdistrikte mit Einschluß Würzburgs und die konstante Anwendung der Bergordnung von 1784 Seitens der Administrativstellen auch für das würzburgische Franken; dagegen ist die Entziehung der Jurisdiktion der ordentlichen Gerichte in streitigen Bergsachen durch die bayerische Verordnung vom 14. September 1809 nur für das Bambergische erfolgt, da 1809 Bamberg allein noch bei Bayern verblieben, Würzburg aber vorübergehend wieder ein selbstständiger Staat war.

¹⁾ Ich entnehme dies Aktenstück einem in der Registratur des l. Landgerichtes Bischofsheim befindlichen Aktenfaszikel sub rubro die Benutzung der Moore, Braunkohlen und Steinkohlen auf dem Rhöngebirge betreffend.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verlaubarung der Parzellenverkäufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbsmäßiger Gutszertrümmerung:

Auf Extrajudizialbeschwerde des A. S. zu D. hat der oberste Gerichtshof ausgesprochen:

Die gegen A. S. anhängige Untersuchung wegen gewerbsmäßiger Gutszertrümmerung steht der Verlaubarung der Parzellenverkäufe von dem R.'schen Anwesen zu S. nicht im Wege.

Die Gründe enthalten, was folgt:

1) Zufolge des den Kammern vorgelegten Gesetzesentwurfes Art. 1 — 4 hatte die parzellenweise Veräußerung landwirthschaftlicher Gutskomplexe gewissen Beschränkungen unterworfen werden sollen, und nach Art. 3 sollten diejenigen Dismembrationen, welche den Bestimmungen der Art. 1 und 2 zuwiderlaufen, für nichtig erklärt werden. Diese sämtlichen Artikel wurden aber verworfen.

Verh. der R. d. Abg. v. 1852, Beil. Bd. IV S. 283, 349; stenogr. Ber. Bd. V S. 351.

Dagegen wurde der Art. 5, welcher nun den Art. 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1852 ausmacht, angenommen, und dieser Artikel bedroht die Parzellirung selbst nicht mit Strafe, sondern lediglich den im Sinne des Art. 2 gewerbsmäßigen Betrieb derselben sowohl, als den gewerbsmäßigen Zwischenhandel und das gewerbsmäßige Vorschubleisten bei Gutszertrümmerungen, auch wenn diese auf Seite der Unternehmer nicht gewerbsmäßig betrieben worden. Daraus ergibt sich

2) daß das Gesetz nicht die Zertrümmerung, objektiv als That betrachtet, zum Gegenstande hat. Diese an und für sich macht nicht das Unerlaubte

und nicht das Strafbare aus. Es sind lediglich subjektive Bedingungen auf Seite der bei der Zertrümmerung sich Betheiligenden, durch welche die Strafbarkeit der Person bedingt wird. Nur der Gewerbsbetrieb ist das Vergehen ¹⁾. Wie es also auch immer allgemeinen Rechtsbegriffen widerstreiten mag, daß ein Handeln reprobirt und selbst bei Strafe verboten, das Ergebnis der Handlung aber dennoch als etwas Rechtsbeständiges zu achten ist, so hat das Gesetz v. 28. Mai 1852, wie es aus den Beschlüssen der Kammern hervorging, nun einmal diese Eigenthümlichkeit, und der Richter ist an dasselbe, so wie es besteht, gebunden. Das Geschäft selbst bleibt also der Beurtheilung nach den Civilgesetzen unterstellt, wenn auch der dabei Handelnde dem Gesetz vom 28. Mai 1852 verfällt.

3) Einer ausdrücklichen Bestimmung über die Nichtigkeit des Geschäfts hätte es auch deswegen um so nothwendiger bedurft, weil der Fall gedenkbar ist, daß eine Zertrümmerung von Mehreren in Gesellschaft unternommen wird, von welchen Einer wegen des Gewerbsbetriebs strafbar ist, der Andere aber nicht, oder daß der Unternehmer nicht, wohl aber der Zwischenhändler Strafe verwirkt. Ohne gesetzliche Bestimmung wäre in solchen Fällen der Einfluß der Strafbarkeit auf den Rechtsbestand des Geschäfts gar nicht zu bemessen.

DAGE. v. 11. April 1855. Nr. 849⁵⁴/₅₅.

2.

Einspruch des Miethers gegen beabachtigten Hausverkauf.

Auf Antrag des Miethers wurde dem Vermietter bei Strafe der Nichtigkeit der Verkauf des Hauses insofern verboten, als derselbe ohne Uebertragung

¹⁾ Vgl. indessen oben S. 129 f. und 145 f. Red.

des miethskontractlichen Verhältnisses auf den Käufer, eventuell ohne zuvorige Abfindung des Miethers geschehen sollte. Gründe:

Wenn der intendirte Verkauf zur Ausführung kommt, so läuft Kläger Gefahr, die von ihm bis 25. October 1853 gemiethete Wohnung durch den neuen Erwerber des Hauses zu verlieren und lediglich auf Verfolgung seines Interesse wider den Beklagten beschränkt zu werden. Er hat aber ein kontraktliches Recht auf den miethweisen Besitz der Wohnung selber, darf sich hierin gegen seinen Vermiether schützen, und ist daher wohl befugt, zur Konsevation seines Rechts gerichtliche Inhibition solcher drohenden Handlungen des Vermiethers, wodurch dasselbe gebrochen würde, zu erwirken. Die Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers ändert hieran nichts; denn es besteht daneben seine kontraktliche Verpflichtung, welche er bei Ausübung der ersteren zu berücksichtigen hat. Dieß geschieht, wenn er dafür sorgt, ut apud emtorem quoque eadem pactione inquilino habitare liceat. Fr. 25 §. 1 loc. conduct. (19, 2).

Urf. des OAG. zu Rostock v. 15. April 1850.

Buchta und Budde. Entscheidungen des OAG. zu R. Bd. I S. 54 f.

3.

Hagelversicherungsverein als juristische Person.

Ein in Oberbayern gegründeter Hagelversicherungsverein hatte im J. 1833 die allerhöchste Genehmigung erhalten. Ein im J. 1834 eingetretener großer Hagelschaden war Anlaß zu einer Statutenänderung durch die Plenarversammlung vom 6. Okt. d. J. geworden. Eine Anzahl von Mitgliedern im Landgerichte Wasserburg weigerte sich, die nach diesem neueren Beschlusse ausgeschriebenen

Beiträge zu entrichten, und wurde in erster und zweiter Instanz von der vom Direktorium gegen sie erhobenen Klage entbunden, weil es sich hier von den Rechtsverhältnissen einer Societät handle, deren *lex contractus* nur durch Zustimmung aller Mitglieder abgeändert werden könne. Dagegen heißt es in den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Hagelversicherungsgesellschaft kann nicht nach den Grundsätzen von der Societät, wie das römische Recht dieselben aufstellt, beurtheilt werden, vielmehr ist solche als ein Verein, eine Gemeinheit (*universitas*) zu betrachten, worauf die bei Vereinen geltenden Grundsätze ihre Anwendung finden. Sie erlischt nicht mit dem Tode einiger Mitglieder, noch durch deren Austritt, und ihre Beschlüsse und Statuten werden in der Art, wie bei Kommunitäten, gefaßt, und durch die Vorstände vollzogen. Demnach sind auch die Beklagten an die von der Mehrheit beliebten Maßregeln gebunden. Wenn also im J. 1834 von der Generalversammlung ein Beschluß gefaßt worden ist, so bindet derselbe auch die Beklagten, sofern dieselben nicht aus erheblichen Gründen dessen verbindliche Kraft anfechten können. Solche liegen aber nicht vor. — Der Beschluß vom J. 1834 und die damals stattgefundene Abänderung der Statuten unterlag der königlichen Sanction, und in so fern streitet für dessen regelmäßige Abfassung eine qualifizierte rechtliche Präsumtion, welche nicht durch ein unmotivirtes Ableugnen entkräftet werden kann

DAGE. v. 5. Juni 1845. Nr. 769⁴⁰/₄₁.

An Hrn. Professor Dr. Edel zu Würzburg.

In dem Vortrage des Hrn. Abgeordneten Prof. Dr. Edel für den I. Ausschuss der Kammer der Abgeordneten über den Entwurf eines Gesetzes: „Einige Aenderungen der Gerichtsverfassung in den Landestheilen diesseits des Rheines“ betr. — findet sich (S. 7) folgende Stelle:

„Man hört häufig, mitunter in Tone des Vorwurfs die Bemerkung, daß in Folge der strengen Interpretationen des Kassationshofes die Praxis der Strafgerichte strenger geworden ist als früher. Die Strenge ist Folge des Schutzes, den die Autorität des Gesetzes gegen willkürliche Interpretationen der Gerichte, gegen die bei diesen oft vorherrschende Neigung zur Milde durch die zusammenwirkenden Funktionen der Oberstaatsanwaltschaft und des Kassationshofes genießt. Beide sind Wächter für die Integrität des Gesetzes.“

Die Bemerkung, deren Grund Hr. Prof. E. behauptet, wurde auf dem Gebiete der Presse zuerst von dem Herausgeber dieser Zeitschrift in Nr. 1. des heurigen Jahrgangs geäußert. Zum Belege sind die Motive zweier oberstgerichtlicher Entscheidungen einer Prüfung unterzogen und die gegen die bethätigte Strenge obwaltenden Bedenken dargelegt. Eine später (in Nr. 8 u. 9) mitgetheilte Erörterung aus der Feder eines Mitarbeiters lieferte einen weiteren Beleg für obige Bemerkung.¹⁾ Ohne Zweifel liegt dem dieser Bemerkung entgegentretenden Ausspruche des sehr verehrlichen Hrn. Abgeordneten eine gründliche Erwägung der von uns entwickelten Bedenken und die festbegründete Ueberzeugung von deren Unerheblichkeit zu Grunde. Im Interesse der Gerechtigkeit und Wissenschaft ersuchen wir Hrn. Prof. Edel, diese Grundlage seines Ausspruchs dem juristischen Publikum nicht vorzuenthalten; die Spalten unserer Zeitschrift stehen ihm für diesen Zweck zur Verfügung. Red. der Bl. f. R. u.

¹⁾ Vgl. noch Nr. 12 und Erg. Bl. Nr. 5 des heurigen Jahrgangs, welche aber zur Zeit der Abfassung des bezeichneten Vortrags noch nicht erschienen waren.

Verichtigung: Im Comment. u. d. G. D. Aufl. II Bd. I S. 142—3 a. E. der Note 7 beizufügen: Siehe dagegen ebd. Bd. XVI S. 307 f.; vgl. auch Bd. XXI S. 257 f.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Gerichtszuständigkeit für Anträge, die Leistung der ehelichen Pflicht betr., in Beziehung auf die Ehescheidungsklage. *Mandatum do revertendo.* — Verbrechen, welche ein Bayer im Auslande begangen, von dem zuständigen auswärtigen Gerichte bestraft. *Non bis in idem.* — Klage auf Erfüllung eines Pflasterungsgeschäfts. *Exceptio doli*, weil Kläger zur Zeit des Handelsabschlusses verheiratet auf telegraphischem Wege eine einflussreiche Nachricht gehabt, als unerheblich verworfen. — Verkauf eines Geschäftes sammt der bisherigen Kundschaft. Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren Firma. — Handelsfrauen. — Legitimation zur Anstellung eines Arrestgefügtes. — Der Vater als Kläger für den Sohn. Eid dem Sohne zuerkannt. Nachträgliche Erbieten in der höhern Instanz.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

LXXIV

Gerichtszuständigkeit für Anträge, die Leistung der ehelichen Pflicht betr., in Beziehung auf die Ehescheidungsklage.
Mandatum do revertendo.

Die Ehescheidungsklage einer Ehefrau, wegen hartnäckiger Verweigerung der ehelichen Pflicht erhoben, wurde von der Gerichtsschwelle zurückgewiesen, „weil nicht behauptet war, daß Erinnerungen und richterliche Zwangsmittel gegen den widersprechenden Theil angerufen resp. fruchtlos versucht worden seien.“ Die Klägerin beantragte nun bei dem Ehegerichte die Erlassung eines Befehles an ihren Ehemann, zur Leistung der ehelichen Pflicht zurückzukehren. Das Ehegericht verwies sie mit diesem Antrage an das ordentliche Gericht des Impforaten. Als sich nun auch Letzteres für unzuständig erklärte, gelangte die Entscheidung des Konfliktes Neue Folge I. Band.

zur Kognition des obersten Gerichtshofes. Der ordentliche Richter wurde für zuständig erkannt.

Gründe:

Zur Zuständigkeit des Ehegerichts gehören diejenigen Klagsachen, welche den Rechtsbestand oder die Trennung einer bestehenden Ehe betreffen.

Wbg. 22. Juli 1806 Regbl. S. 285.

„ 28. — 1818 Gesbl. S. 474.

„ 12. Dez. 1822 Regbl. S. 1313.

Dagegen gehören Streitigkeiten zwischen Eheleuten, worin es sich nicht um die Gültigkeit oder Trennung der Ehe handelt, an das ordentliche Civilgericht, vor welchem die betreffenden Eheleute ihren persönlichen Gerichtsstand haben.

Nov. v. 17. Nov. 1837 §. 1 Nr. 2.

Da es sich bermal lediglich davon handelt, daß der Implorat W. zur Erfüllung der angeblich verweigerten ehelichen Pflicht gegen seine Ehefrau richterlich ermahnt und befehligt werde, so gehört die vorliegende Sache nach dem angeführten Kompetenzverhältnisse unzweifelhaft an das k. O. R. als den ordentlichen persönlichen Gerichtsstand des Imploranten.

Das O. R. hat zwar zur Ablehnung seiner Kompetenz geltend gemacht, daß das beantragte Mandat für die in Aussicht stehende Ehescheidungs-klage präparatorisch sei, und vermöge dieser Eigenschaft gemäß der O. Kap. I §. 10 zum Ehegerichte, an welches die Hauptklage gehöre, ressortire. Allein dagegen kommt zur Erwägung, daß unter präparatorischen Sachen diejenigen verstanden werden, welche das Verfahren in der Hauptsache erleichtern oder nothwendig vorbereiten, somit als Beförderungsmittel erscheinen¹⁾. Das Recht des Ehegatten aber, zu verlangen, daß sein Ehegenosse die eheliche Pflicht

¹⁾ Bezugnahme auf Linde Lehrb. S. 56 und Seuffert Comment. u. d. O. Bd. I (Ausf. II) S. 97.

leiste, ist ein selbstständiges, und die auf diesem Rechte fußende Klage eine für sich bestehende, ohne daß sie in einem nothwendigen Zusammenhange mit der Verfolgung weiteren Rechtes stünde, wie daraus erhellt, daß, wenn der Implorat dem Mandate de revertendo ²⁾ Folge leistet, eine Hauptklage auf Ehescheidung wegen hartnäckig verweigerter ehelicher Pflicht wegfällt. Nach den Grundsätzen des protestantischen Eherechts ist vielmehr nur eine hartnäckige und grundlose Verweigerung der ehelichen Pflicht ein Ehescheidungsgrund, und da eben das mandatum de revertendo als solch' ein Zwangsmittel sich darstellt, so ist auch vor dessen Erlaß und bevor zur Gewißheit gebracht ist, daß es fruchtlos geblieben, der besagte Ehescheidungsgrund und die darauf zu bauende Klage nicht gegeben ³⁾, daher denn von dem vorbereitenden d. h. fördernden oder nützlichen Einfluß der eine Wiederherstellung des ehelichen Lebens bezweckenden richterlichen Prozedur auf den rechtlich noch nicht möglichen Ehescheidungsprozeß nicht die Rede sein kann ⁴⁾.

DNÖ. v. 14. Juni 1856. Nr. 673^{55/56}.

Nachschrift des Herausgebers. Es sei vergönnt, vorstehende Mittheilung mit einigen Bemerkungen zu begleiten.

²⁾ Gemelnhin und dem Wortstunne gemäß wird dieser Ausdruck nur auf den Fall der eigentlichen desortio bezogen.

³⁾ Es erben sich Geseß und Rechte wie eine ewige Krankheit fort. Unstittlich, eine Entweihung des ehelichen Verhältnisses, und daher schlechtthin verwerflich ist die richterliche Zumuthung an den vernachlässigten Gatten, gegen den andern auf Leistung der ehelichen Pflicht klagbar zu werden, und sich seiner Zeit die Beiwohnung ex re judicata (wobei jedoch Exekutionsmaßregeln nicht üblich) gefallen zu lassen. S.

⁴⁾ Bezugnahme auf Strippelmann Ehescheidungsrecht S. 149.

1) Die zurückgewiesene Ehescheidungsklage war auf Grund der Behauptung hartnäckiger Weigerung der ehelichen Pflicht erhoben worden. Indem nun die Klägerin nach Anleitung des ergangenen Bescheides die Erlassung eines auf Rückkehr zur Leistung der ehelichen Pflicht gerichteten Mandates beantragte, bezweckte sie nicht Wiederherstellung und Aufrechterhaltung des ehelichen Lebens, vielmehr nichts anderes als Konstatirung der Hartnäckigkeit ihres Ehemannes in Weigerung der ehelichen Pflicht, also gerade Vorbereitung und Beförderung der zu erneuernden Ehescheidungsklage.

2) Der Satz, Gerichte eximierter Sachen seien für konnege Sachen anderer Art nicht zuständig, paßt zwar auf das Verhältniß der Ehescheidung zur Vermögenstheilung, nicht aber auf die Beziehung der zur Konstatirung einer Ehescheidungsbursache gestellten Imploration zur Ehescheidungsklage selbst.

3) Der Umstand, daß der Ehescheidungsprozeß vor Durchführung des Verfahrens in Betreff der Weigerung ehelicher Pflicht vorausgesetztermaßen nicht möglich ist, hindert nicht, daß letztere als präparatorische Sache bezüglich der zu erneuernden Ehescheidungsklage aufzufassen. In manchen Fällen der *actio ad exhibendum* soll die Vorzeigung dazu dienen, dem Kläger Gewißheit darüber zu verschaffen, ob die Sache diejenige sei, in Ansehung welcher ihm ein rechtlicher Anspruch zusteht. Auch hier kann die Hauptklage nicht erhoben werden, bevor die Vorzeigung erzielt wurde. Gleichwohl ist hier die Eigenschaft der *actio ad exhibendum* als präparatorische Klage unbestritten.

4) Der §. 1 Nr. 2 des Prozeßgesetzes v. 17. Nov. 1837 spricht nur von Fällen, in welchen es sich nicht von Trennung der Ehe handelt. Hier aber ist Konstatirung einer Ehescheidungsbursache, also die Erwirkung der Ehetrennung Zweck des An-

trageß auf Erlassung des Befehls zur Leistung der ehelichen Pflicht.

5) Gegen die Ausführungen von Dr. Feust in unserer Zeitschrift Bd. VII S. 87 und Bd. IX S. 296 hat Frieß in Bd. XVI S. 307 f. zu zeigen gesucht, daß nach preussischem Rechte⁵⁾ das *mandatum de revertendo* bei dem ordentlichen Richter (nicht bei dem Ehegerichte) zu suchen sei. Gegen die von Vekterem entwickelten Gründe läßt sich aber einwenden, daß im Landrechte nur vom Richter (ohne Berührung des Gegensatzes von ordentlichem und Eherichter) die Rede ist, daß die allegirten Stellen der preussischen G.D. nur von Verfügungen des ordentlichen Richters aus Anlaß des von ihm anzustellenden Sühneversuchs sprechen, und daß in §. 53 und folg. desselben Tit. 40 Th. I der pr. G.D. bezüglich der bei Gelegenheit der Ehescheidungsgehe vorkommenden Differenzen wegen des Aufenthaltes der Parteien die Zuständigkeit des Ehegerichts ausdrückliche Anerkennung gefunden hat.

**Verbrechen, welche ein Bayer im Auslande begangen,
von dem zuständigen auswärtigen Gerichte bestraft.**
Non bis in idem.

Der Art. III des Patents über die Verkündigung des allgemeinen Strafgesetzbuchs vom 16. Mai 1813 bestimmt, daß alle Unterthanen den Verordnungen des Gesetzbuchs unterworfen sind und darnach gerichtet werden sollen, sowohl wegen derjenigen Uebertretungen, welche sie im Vaterlande begehen, als auch wegen derjenigen, deren sie sich im Auslande

⁵⁾ Welches in obigem Falle nicht anzuwenden war.

schuldig gemacht haben. Damit ist aber keineswegs ausgesprochen, daß die Anwendung des vaterländischen Strafgesetzbuchs auch in dem Falle eintreten solle, wenn ein Bayer, wegen einer im Auslande verübten That schon von den dortigen zuständigen Gerichten zur Untersuchung gezogen und abgeurtheilt, insbesondere wenn die nach den dortigen Gesetzen über ihn verhängte Strafe bereits vollzogen worden ist. Daß vielmehr hier der Grundsatz „non bis in idem“ zur Anwendung komme, entspricht nicht nur dem gesunden Rechtsgeföhle und der richtigen Doktrin¹⁾, sondern auch den einschlagenden Bestimmungen unserer Strafgesetzgebung. Inwiefern bei Unschuldserkenntnissen, Loßsprechungen und Entlassungen von der Instanz Wiederaufnahme der Untersuchung statfinde, war in Art. 387, 388, 389 und 395 Th. II des StGB. bestimmt, ohne Unterscheidung, ob das Erkenntniß von einem bayerischen oder einem zuständigen Gerichtshofe des Auslandes (wegen einer dort verübten That) erlassen wurde. Eben so allgemein verordnet Art. 137 Th. I des Strafgesetzbuchs:

„Niemand darf wegen desselben Verbrechens mehrmals bestraft werden.“

Eine Ausnahme soll statfinden in „den in II. Theile Art. 399 vorgesehenen Fällen.“ Allerdings hatte der Gesetzgeber bei Abfassung des Art. 399 das eigenthümliche bayerische Strafsystem vor Augen, und an Fälle der Beurtheilung nach auswärtigen Gesetzen nicht gedacht. Daraus mochten sich, wenn ein Ausnahmefall dieser Art vorkam, Schwierigkeiten der Beurtheilung ergeben. Aber ohne Grund wird hieraus die Folgerung gezogen, der Gesetzgeber habe auch die Regel nur in Bezug auf Beurthei-

¹⁾ Vgl. Köstlin System des deutschen Strafrechts S. 23, insbesondere S. 36 f.

lungen durch bayerische Gerichte aufzustellen beabsichtigt. Er hat diese Regel, dem natürlichen Rechtsgefühl folgend, allgemein gedacht und ausgesprochen, und nur bei Formulirung der Ausnahme ist ihm das bei Verweisungen auf andere Artikel so häufig vorkommende Mißgeschick begegnet, daß damit eine erschöpfende Bestimmung nicht gewonnen und der Knoten mancher Schwierigkeiten geschürzt wurde. Zur Lösung der fraglichen Schwierigkeiten hätte man mit Hülfe der Wissenschaft jedesmal gelangen können; aber durch die Aufhebung des Art. 399 (StPB. v. 10. Nov. 1848 Art. 368) ist nunmehr das Interesse einer Erörterung dieses Betreffs weggefallen.

Indem man die im Art. 137 Th. I aufgestellte Regel auf Verurtheilungen durch bayerische Gerichte beschränken will, zieht man den Gesetzgeber einer argen Inkonsequenz. Bei Lossprechungen und Entlassungen von der Instanz fehlte es an jedem Anhaltspunkte, den Art. 388 und 395 Th. II die Anwendung auf solche Fälle zu versagen, in welchen das Erkenntniß von einem zuständigen auswärtigen Gerichte gefällt war. Wie ließe es sich vernünftig erklären, daß der Gesetzgeber gerade bei verurtheilenden Erkenntnissen die Beschränkung auf Erkenntnisse bayerischer Gerichte gewollt habe?!

Die hier ausgesprochene Ansicht wurde auch von den bayerischen Gerichtshöfen mehrfach in Anwendung gebracht ²⁾.

Nach den Grundsätzen, welche die Autorität der Praxis für sich hatten, würde es insbesondere nicht angehen, den im Auslande wegen dort begangenen Verbrechens nach den dortigen milderen Gesetzen bestraften Inländer in Bayern nochmals einem Strafverfahren zu unterziehen, um die Differenz

²⁾ Vgl. Bl. f. R. u. Bd. X S. 331, Bd. XI S. 236 ff.

zwischen der im Auslande erlittenen und der vom bayerischen Gesetze angedrohten Strafe über ihn zu verhängen. Aber leider kommt es vor, daß auch richtige Ansichten in spätern Zeiten ihrem Gegentheile den Platz räumen müssen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Klage auf Erfüllung eines Lieferungsgeschäfts. Exceptio doli, weil Kläger zur Zeit des Handelsabchlusses bereits auf telegraphischem Wege eine einflussreiche Nachricht gehabt, als unerheblich erworfen.

Gegen die (1854 eingereichte) Klage auf Erfüllung eines Lieferungsgeschäfts (zehn Stück Leipzig-Dresdner Eisenbahnactien zum Preise von 174 1/2 betr.) wurde unter anderem eingewendet: Beklagter sei vom Kläger bei dem Handel getäuscht worden, indem der letztere bereits zur Zeit des Handelsabchlusses auf telegraphischem Wege die Nachricht gehabt, daß die Regierung die Leipzig-Dresdner Eisenbahn übernehme, während Beklagter diese für das Steigen der Actien der gedachten Eisenbahn einflussreiche Nachricht erst später erhalten habe. Diese Einrede wurde für unerheblich erachtet.

Gründe des Urtheils I. Instanz: „Bei Beurtheilung des Kaufkontrakts, auf dessen Erfüllung die vorliegende Klage gerichtet ist, kann dem Beklagten, insoweit er durch sein exeptivisches Vorbringen dem Kläger, bezüglich des eingegangenen Geschäfts, eine dolose Absicht beigemessen wissen will, nicht beigespflichtet werden. So wenig man im Allgemeinen die Geltendmachung der exceptio doli bei contractibus bonae fidei, wie hier, dem Mitkontrahenten

absprechen mag, so wenig hat man der Ansicht beizutreten können, daß ein dolus dans causam, welchen die Rechtslehrer zur Rescission des Kaufkontrakts erfordern, bei dem in Frage befangenen Geschäft nachgewiesen sei. Ein dolus, von dem

Hänel, über das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 12. S. 409),

handelt, liegt hier nicht vor, wo es sich um ein Börsengeschäft handelt, deren täglich unzählige abgeschlossen werden, und wobei die Kontrahenten allezeit Gewinn im Auge haben. Ist doch durch den, allen Privaten gestatteten, Gebrauch der elektromagnetischen Telegraphen im Allgemeinen den Börsengeschäften mehr als je Thor und Thür geöffnet und den Spekulanten Gelegenheit gegeben, sich durch diese neuen Hülfsmittel Gewinn zu verschaffen, ohne daß die Gesetze in der Benützung dieser Vortheile eine strafbare Handlung erkannt haben. — Wenn Jemand auf Grund einer ihm zugegangenen telegraphischen Privatdepesche heute an der Börse ein Geschäft zu einem bei weitem niedrigeren Cours abschließt, als der morgende Tag bringt, wird man darin einen dolus erkennen und die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts mit Erfolg darum anfechten können, weil der Käufer sich auf telegraphischem Wege eine Nachricht zu verschaffen gewußt, die auf das Stelgen des Courseß einen wesentlichen Einfluß geübt habe? — Hierzu kommt, daß bei dem hier in Frage befangenen Geschäft, selbst wenn Beflagtenß ausgesprochene Vermuthung begründet wäre, nicht einmal eine Thatfache vorlag, worauf des Klägers Spekulation basirt war, sondern nur ein Vorhaben der Königl. Sächs. Staatsregierung, dessen Realisirung von unendlich vielen Wechselfällen abhängig war und ist, und daß an Bedingungen geknüpft wurde, deren Erfüllung Sel-

tens der Berechtigten höchst problematisch bleibt. Unfehlbar würde es zu viel beweisen und eine große Verwirrung in die Börsengeschäfte aller Art bringen, wollte man den vom Beklagten dießfalls aufgestellten Behauptungen Rechnung tragen.

.. Ebensowenig erscheint die vom Beklagten.... beanspruchte Restitution ex clausula Praetoris generali statthaft; denn die Rechtsregel: *nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet*, läßt sich nimmermehr auf Börsengeschäfte anwenden; eine Durchführung dieses Satzes müßte, consequenter Weise, die Rescision jeden Geschäfts zur Folge haben, wodurch einer der Paciszenten einen Gewinn erzielt hat.

Gründe des Urtheils II. Instanz: Nach dem eigenen Anführen des Beklagten hat Kläger bei Abschluß des fraglichen Geschäfts irgend einer Vorspiegelung, irgend eines falschen Vorgebens, wodurch Beklagter in einen auf den Abschluß des Vertrags bezüglichem Irrthum hätte gesetzt werden können, sich durchaus nicht bedient. Das Ganze, was von Beklagtem dem Kläger zur Last gelegt wird, besteht vielmehr im Wesentlichen bloß darin, daß Kläger in der Speculation, Beklagter werde von der Seiten der Sächsischen Staatsregierung kundgegebenen Absicht, die Leipzig-Dresdner Eisenbahn käuflich zu erwerben, noch nichts erfahren haben, und in der Erwartung, daß der Cours der Aktien durch Bekanntmachung dieses Ereignisses steigen werde, das fragliche Lieferungsgeschäft ihm angeboten und abgeschlossen habe.

Hierin aber liegt durchaus nichts Unerlaubtes und nichts, was zu einer Wiederaufhebung des zu Stande gekommenen Vertrags den Beklagten berechtigen könnte.

Gesetzt auch, Kläger hätte wissentlich einen Irrthum oder vielmehr die Unbekanntschaft des Beklag-

ten mit der vorstehend erwähnten Thatsache benutzt, so bezog sich doch dieser Irrthum durchaus nicht auf eine bestimmte Eigenschaft der zu liefernden Sache, nicht auf den Gegenstand des Vertrags oder andere dabei wesentliche Umstände, sondern betraf ein damit an sich außer aller Verbindung stehendes Ereigniß, welches nur mittelbar Einfluß auf den ohnedem fortwährenden Schwankungen unterworfenen Courswerth der verkauften Aktien äußern konnte. Ob überhaupt ein solcher Erfolg davon zu erwarten stand, und ob er für den Cours der Aktien günstig oder ungünstig sein werde, war damals noch Sache bloßer Vermuthung, bloßer Combination, und Kläger konnte keineswegs mit voller Gewißheit voraus bestimmen, ob das Eine oder das Andere eintreten werde; noch weniger lag ihm irgend eine Verpflichtung ob, den Beklagten von seinen dießfalligen Hoffnungen und der Grundlage derselben vor dem Vertragsabschluß in Kenntniß zu setzen.

Es kann also weder von Geltendmachung einer *exceptio doli mali*, noch von einer Wiedereinsetzung des Beklagten in den vorigen Stand wegen Irrthums oder *ex clausula generali* die Rede sein. Denn es liegt kein *dolus malus* im rechtlichen Sinne (vergl. fr. 1. §. 2. de dolo malo [4. 3.] — fr. 43. §. 2. de contr. emt. [18. 1.] — fr. 7. §. 9. de pactis [2. 14.]) und kein Irrthum des Beklagten über einen solchen Gegenstand vor, welcher bei dem Vertragsabschlusse nothwendig in Betracht kommen mußte. Es tritt hier vielmehr der Grundsatz ein, welcher sowohl in

fr. 22. §. 3. locati cond. (19. 2),

fr. 16. §. 4. de minoribus (4. 4),

als in der Natur der Sache begründet, mit den Worten anerkannt wird: „in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“, und es fällt das Gebahren des

Klägers unter den Begriff des *dolus bonus* oder der *solertia*, welche in

fr. 1. §. 3. de dolo malo

als etwas Erlaubtes, von dem *dolus malus* wohl zu Unterscheidendes hingestellt wird. Ob dagegen, vom moralischen Standpunkte aus genommen, das Verhalten des Klägers gegen Beklagten, die Wahrheit der Ausführungen des Letztern vorausgesetzt, zu billigen sein, oder ob dasselbe einen sittlichen Tadel verdienen würde, ob Kläger einen Gewinn auf nicht ganz lautere Weise gesucht habe, oder nicht, ist für die rechtliche Beurtheilung gleichgültig und kann daher ganz ununtersucht bleiben. Es giebt, wie in fr. 144. pr. de reg. jur. ausgesprochen wird, Vieles, was erlaubt ist und doch dem Ehrgefühl widerstreitet. Die Gesetze vermögen den Verkehr unter den Menschen nicht in solchem Maße zu beschränken, daß dadurch Alles ausgeschlossen würde, was eine Bevortheilung des Einen durch den Andern enthielte.

Vergl. Leyser. med. ad Pand., sp. 59. m. 1. 2.

Thibaut, Syst. des Pand.-Rechts, §. 451.

Glück, Erl. der Pand., Bb. V. §. 452. S. 513.

Beklagter war daher, wie in voriger Instanz geschehen, zu Erfüllung des mit Klägern abgeschlossenen Lieferungsgeschäfts unbedingt zu verurtheilen.

Auch in dritter Instanz (OAG. Dresden) erfolgte (1856) bestätigendes Erkenntniß.

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. Jahrgang 1856 S. 129 flg.

2.

Verkauf eines Geschäfts sammt der bisherigen Kundschaft.
 Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren
 Firma.

Zwischen den Kaufleuten Th. und P. wurde folgender Vertrag abgeschlossen:

„P. überläßt an Th. das bisher gemeinschaftlich geführte Manufaktur-Waarengeschäft, nebst Waarenlager, Kundschaft, eingegangenen Kommissionen u. s. w. P. verzichtet auf seine Firma N. N., und wird dagegen mit 1000 fl. baar entschädigt.“

Diesem Vertrage wurde vermöge Erkenntnisses des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg vom 26. September 1850 Nr. 68 die Wirkung beigelegt:

1) daß P. durch denselben zwar nicht behindert sei, ein neues Manufaktur-Waarengeschäft zu begründen, daß er sich jedoch hierbei nicht der Firma des Geschäftes bedienen dürfe, aus welchem er kraft obigen Vertrages gegen Empfangnahme einer Entschädigung resp. eines Kaufgelbes ausgeschieden sei;

2) daß er nicht befugt sei, die an die frühere von ihm abgetretene Firma eingehenden Aufträge, soferne solche vor Abschluß des Vertrages, oder nachher etwa aus Versehen an ihn gerichtet worden, auszuführen;

3) daß es ihm nicht mehr gestattet sei, die Geschäftsverbindung mit den Kunden des vorher gemeinschaftlichen Geschäftes fortzusetzen oder neue mit denselben anzuknüpfen.

Denn der Vertrag enthält wesentlich Beschränkungen in Ausübung seines Rechtes, welche sich P. zu Gunsten des Th. und für eine von diesem zugesicherte und gegebene Gegenleistung auferlegt hat, einen theilweisen Verzicht auf die ihm als Kaufmann zustehenden Befugnisse im Interesse einer bestimmten Person. Ein solcher Verzicht ist aber voll-

kommen rechtsgültig, da der Gegenstand desselben klar und zweifellos bezeichnet, der freien Disposition der Kontrahenten frei gegeben ist und wohlervorbene Rechte Dritter hiedurch nicht verletzt werden, und jeder Verzicht sich auf alle gegenwärtige sowohl als künftige Vortheile erstrecken kann ¹⁾).

3.

Handelsfrauen.

Zur Begründung der handelsgerichtlichen Kompetenz gegen eine Frau oder Wittve kommt es durchaus nicht darauf an, ob deren Mann ein Kaufmann sei oder gewesen sei, sondern nur darauf, ob ihr selbst die Eigenschaft einer Handelsfrau beigelegt werden könne. Als solche ist sie aber dann zu erachten, wenn sie eine ihr eigenthümliche Handlung auf eigene Rechnung betreibt.

Mittermaier deutsches Pr. R. 5. Aufl. S. 536.

M. Böhl's Handelsrecht I S. 62.

Erk. des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg vom 4. Juli 1843 Nr. 1048 in Sache J. w. D. Vindikation eines Waarenlagers betr.

4.

Legitimation zur Anstellung eines Arrestgesuches.

Eine Spezial-Vollmacht ist nach gemeinem Rechte nur dann nöthig, wenn der im Allgemeinen Bevollmächtigte eine Handlung vornehmen soll, die für den Vollmachtgeber besonders nachtheilige Folgen

¹⁾ Fr. 46 in f., fr. 47 §. 1 de pactis (2, 14); Const. 29 eod. (2, 3).

haben könnte, und von welcher anzunehmen ist, daß er an sie nicht gedacht habe, oder welche zur Erreichung des bei Ausstellung der Generalvollmacht beabsichtigten Zweckes nicht gerade als notwendig oder dienlich erachtet werden kann.

Const. 7 de transact. (2. 4); fr. 19 de jurejur (12. 2.) Bayer. Bortr. 7. Aufl. S. 210 (ed VIII S. 114).

Vergleichen sind Vergleiche, Verzicht, Eideszuschreibungen u. s. w. Arrestgesuche dagegen sind Handlungen, welche nicht, wie die allegirte Const. 7 sich ausdrückt, „decisionem“, sondern „causae actionem“ d. h. die Verfolgung und Sicherstellung der Ansprüche des Mandanten zunächst und in vorzüglichem Maße bezwecken, demjenigen daher, welchem die causae actio im Allgemeinen übertragen ist, ohne alles Bedenken zustehen müssen, weil, wie präjudiziell auch die Folgen solcher Gesuche sein mögen, nicht anzunehmen ist, daß der Vollmachtgeber bei Ausstellung der Generalvollmacht nicht hieran gedacht habe. Die Letztere ermächtigt vielmehr den Mandatar, die Rechte des Mandanten auf jede mögliche und zulässige Weise bei Gericht zu verfolgen.

Erf. des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg vom 4. Juli 1843 Nr. 1018 in Sache J. w. D. Windikation eines Waarenlagers und Arrest betr.

5.

Der Vater als Kläger für den Sohn. Eid dem Sohne zuerkannt. Nachträgliches Erbieten in der höhern Instanz.

A. hatte wegen einer seinem unmündigen Sohne zugefügten Realinjurie gegen B. geklagt. Es kam zur Auflegung des Erfüllungsseides, von dem mittelweise mündig gewordenen Sohn zu schwören.

Hierüber sagen die Motive der oberstichterlichen Entscheidung:

Nach Th. II Tit. 20 §. 565 des allg. preuß. OM. kann der Vater, der Ehemann oder der Vormund, wenn er auch nicht selbst beleidigt worden, die den Kindern, der Ehefrau oder den Pflegebefohlenen zugefügte Injurie an ihrer Stelle gerichtlich ahnden. Kind, Ehefrau oder Pflegebefohlene, durch den Vater, Ehemann oder Vormund vertreten, erscheinen im Streite nicht als Dritte, sondern als Partei selbst, und nach der O.D. Kap. XIII §. 1 Nr. 3 et in notis zu §. 2 desselben Kapitels lit. b. ist der also Vertretene zum Eide zuzulassen, wenn er eigene Wissenschaft von der zu beschwörenden Thatsache hat. . . . Nicht der Kläger Michael K. hat eigenes Wissen von der zu beschwörenden Thatsache, sondern sein Sohn Martin K., an dessen Stelle er geklagt hat. Sonach hat Martin K., welcher seit der Klagstellung das 14. Lebensjahr längst überschritten hat und eidesmündig geworden ist, den erforderlichen Partei-Eid zu schwören. Dem steht nicht entgegen, daß Martin K. sich zum Eide noch nicht erboten, vielmehr Michael K. in der Beweisantretung zum Erfüllungseide zugelassen zu werden verlangt hat. Zur Zeit der Beweisantretung war Martin K. noch nicht eidesmündig geworden, späterhin lief während der Verhandlungen erster Instanz eine ausschließende Frist nicht, innerhalb welcher eine Erklärung, daß Martin K. zu schwören haben sollte, hätte abgegeben werden müssen; daß in der Berufungsschrift des Michael K. an die II. Instanz vorgetragene Verlangen, seinem Sohne den Eid aufzulegen, ist sohin im Streite noch immerhin zu einer Zeit vorgekommen, wornach es nicht ausgeschlossen, sondern zu beachten ist.

DAGE. v. 16. Feb. 1856. Nr. 1572^{53/54}.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Klagerechte des Mandanten aus Verträgen des Mandatars. — Verhältnis des Destinators zu Frachtlührer und Schiffer. — Klage gegen Theilhaber einer Firma. — Verkehr mit Handlungsreisenden. — Festsetzung des Prinzipales für Handlungen seines Kommiss. — Ueber die Anwendung des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 §. 70 auf Pfand- und Nachlaß-Verträge von Gemeinden. — Vernehmung Sachverständiger von Amtswegen. — Vom Fehlen der Richterlichkeit eines Gewerbes. — Zur Lehre von dem Nothwehrrecht der Kinder nach fränkischem Landrecht. — Sachlegitimation über Vererbung des Gläubigers. — Wirkung der Strafgerichtsentcheidung auf den Civilprozeß. —

Aus der handelsgerichtlichen Praxis.

(Bremer Handelsblatt. 1855. Beilage zu Nr. 178.)

1) Klagerecht des Mandanten aus Verträgen des Mandatars.

Die neuerdings aufgestellte Theorie, welcher zufolge der Auftraggeber regelmäßig die von seinem Beauftragten für ihn, aber ohne ihn zu erwähnen, geschlossenen Verträge ohne vorgängige Befristung (mit einer s. g. nützlichen Klage) soll geltend machen können¹⁾, ist abgesehen von entgegenstehenden theoretischen Bedenken²⁾ jedenfalls in die Praxis der

¹⁾ Savigny Oblig. R. I §. 23; Geuffert prakt. Mand. R. §. 338.

²⁾ Heise und Croy jurist. Abh. II Nr. 13 §. 22; Thöl Handelsrecht §. 24 Note 7. — Den theoretischen Bedenken stehen insbesondere mehrere Wandektenstellen zur Seite. Es kommen verschiedene Aussprüche vor, indem die Juristen zum Theil streng an dem Erforderniß der Befristung von Seite des

bremischen Berichte nicht übergegangen, kann auch in solcher Allgemeinheit weder kaufmännischen Ansichten noch den Bedürfnissen des Handels entsprechen³⁾.

2) Verhältniß des Destinatarz zu Frachtführer und Schiffer.

Die schon im römischen Rechte erkennbare Tendenz, dem Dritten ein Klagrecht aus den zu seinen

Mandatarz an den Mandanten festhielten (Papinian in fr. 49 §. 2 *de acquir. poss.* 41, 2), theils dem Mandanten ein nicht gebirtes Klagrecht nur im Nothfalle, *si aliter rem suam servare non potest*, einräumten (Gajus in fr. 2 *de instit. act.* 14, 3), theils das Zustehen einer *actio utilis* ohne diese Voraussetzung anerkannten (Ulpian in fr. 1 *cod.*, fr. 13 §. 25 *de act. emt. vend.* 19, 1). Bei Aufstellung des oben beanstandeten Satzes sieht man in Ulpian's Ausspruch das endliche Resultat der Entwicklung, die Regel des geltenden Rechts. Diese Regel kann allerdings keine Anwendung auf Geschäfte und Verhältnisse finden, zu deren „*lacilum*“ es gehört, daß der Auftraggeber und der dritte Kontrahent auf keine Weise in unmittelbare Berührung kommen. Vgl. Seuffert a. a. D. Note 5^a.

- 3) Der Vorstand des Handelsgerichtes einer freien Stadt äußerte hierüber in einer Zuschrift an den Herausgeber der Bl. f. Nl.: „Meine kaufmännischen Kollegen wollen von einer solchen *actio utilis* (aktiv wie passiv) nichts wissen. Auch nach meiner Erfahrung ist es für Jedermann höchst unangenehm, wenn Jemand als Kontrahent gegen ihn auftritt, mit dem er sein Leben lang nichts zu thun gehabt hat, und mit dem er sich wesentlich auch nie eingelassen haben würde, da er bei ihm im schwarzen Buche steht, wie die Kaufleute es nennen. Die römische Strenge sagt den Kaufleuten weit mehr zu als die deutsche Lagheit, wo immer der Mandant beim Kontrahiren nicht genannt wurde.“

Gunsten abgeschlossenen Verträgen einzuräumen, hat in der Praxis eine noch weitere Ausdehnung erlangt, und wenn auch nicht allgemein, doch mindestens bei Frachtkontrakten zu dem Principe eines dem Destinatar gegen den Schiffer und den Fuhrmann zustehenden Klagrechts geführt. Dies Prinzip ist in den wirklichen Bedürfnissen des Handelsverkehrs begründet und entspricht allein der entschiedenen rechtlichen Ansicht, sowohl des Handelsstandes als der theilhaftigen Frachtführer. Dasselbe hat bei schon erfolgter Ablieferung der Waare (in Bezug auf Haftung für Beschädigungen) bereits gerichtliche Anerkennung gefunden, muß aber auch allgemein vor beschaffter Ablieferung Geltung haben, wenn nicht in vielen Fällen Absender wie Destinatar völlig rechtlos gestellt werden sollen. Uebrigens ist, so lange der Frachtführer sich nicht speziell dem Destinatar ausdrücklich oder faktisch verbindlich gemacht hat, eine anderweitige Disposition des Absenders, z. B. durch Widerruf des Ablieferungsvertrages, so wenig ausgeschlossen, wie die Benützung sonstiger Einreden aus der Person des Absenders von Seite des Frachtführers.

3) Klage gegen Theilhaber einer Firma.

Eine neuerdings (von Brinkmann, Handelsrecht I S. 61, 126, 139) aufgestellte Ansicht, als könne der einzelne Gesellschafter erst nach gerichtlicher gegen die Firma erwirkter Feststellung der Verbindlichkeit, und nach dann nicht erfolgter Erfüllung in Anspruch genommen werden, entbehrt jeden Stützpunktes im gemeinen Rechte, und findet anscheinend ihre Erklärung in der irrigen Meinung, daß das Handlungsvermögen ein von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter getrenntes Ganze bilde. Diese Meinung nähert sich sehr einer

früher ⁴⁾ vertheidigten Ansicht, als sei eine Handelsfirma eine Art moralischer Person. Die letztere Ansicht ermangelt einer rechtlichen Begründung, und ist auch bereits anderweit vollständig widerlegt ⁵⁾. — Es hat auch eine Firma als solche nicht ein von der Person der Theilhaber getrennt zu denkendes Domizil, so daß die Ansprüche an die Firma am Wohnorte der einzelnen Theilhaber geltend gemacht werden können.

In einer (in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Jahrg. III S. 101 mitgetheilten) vor dem Stadtgerichte zu Gera anhängig gewesenen Rechtsache hatte der Kläger S. ein daz selbst unter der Firma M. H. bestehendes Handelshaus, dessen alleinige Inhaberin die Wittve J. M. H.'s war, unter dieser Firma verklagt, ohne die genannte jetzige Inhaberin namentlich zu erwähnen. Nach gepflogenen Verhandlungen wurde die Klage durch ein von der Juristenfakultät zu Leipzig abgefaßtes Urtheil angebrachtermaßen abgewiesen. Gründe: „die Parteien müssen bestimmte Rechtssubjekte sein, und es liegt daher dem Kläger ob, das Rechtssubjekt bestimmt zu bezeichnen, gegen welches er Klage erhebt. Die Firma aber ist nur ein Name, den die Inhaber derselben sich geben, um den Geschäftsgang zu erleichtern, indem in der

⁴⁾ Nämlich von Fassenpflug in Elvers Themis Bd. I S. 59 f.

⁵⁾ Von Dunke ebd. S. 498 f. Hier heißt es (S. 511): „Wären die Handlung oder Firma als solche, nicht die einzelnen Socii, welche unter dieser Firma kontrahirt haben, das Rechts-Subjekt, so würde ja daraus folgen, daß das Aktivum nur jener und nicht diesen zustehe, und ebenso das Passivum nur jener, nicht diesen obliege. Dieses würde aber allen Rechtsbegriffen und aller Praxis widersprechen“ . . .

Annahme und Bekanntmachung dieses Namens nach allgemeinem Handelsgebrauche lediglich die Erklärung liegt, daß diejenigen Geschäfte, welche der Inhaber und Träger einer Firma, oder, wenn deren mehrere wären, einer von ihnen unter diesem Namen mit dritten Personen machen werde, als Geschäfte des Inhabers, beziehentlich der mehreren Inhaber angesehen werden sollen. Dadurch aber wird die Firma selbst oder die vertretene Gesellschaft nicht zu einer juristischen Person; mithin kann die Handlungsfirma als solche nicht als Rechtssubjekt angesehen und mittelst einer Klage belangt werden, vielmehr hat der Kläger die Inhaber und Träger der Firma, unter deren Namen das der Klage zum Grunde liegende Rechtsgeschäft abgeschlossen worden, jedesmal namentlich zu bezeichnen“.

4) Verkehr mit Handlungsreisenden.

Nach allgemeiner kaufmännischer Auffassung und Usage sind Handlungsreisende, insbesondere Reisende für Fabrikanten zum Absatz der Manufaktur- Waaren, nicht allein zu Eingehung von Geschäften und Annahme von Zahlungen als befugt anzusehen, sondern auch zu Abschlüssen von Vergleichen, Rücknahme von Dispositionswaaren und ähnlichen Abmachungen von Differenzen, welche etwa zwischen ihren Prinzipalen und deren Kunden entstanden sind. Dieser Auffassung gemäß wird im täglichen Leben regelmäßig verfahren, ohne daß es den Geschäftsfreunden des Prinzipales einfällt, sich die Vollmacht des Reisenden zeigen zu lassen, zumal wenn er als solcher ihnen vorher angekündigt ist. Eine Durchführung dieses Prinzipes allein kann eine genügende Rechtssicherheit herbeiführen. Bei der entgegengesetzten Annahme wäre nicht anders eine Sicherung für den Kunden zu erreichen, als durch Zurückbehaltung einer beglaubigten Vollmacht des Reisenden — ein Zwang, der fast zur völligen

Unthunlichkeit, sich bei dergleichen Angelegenheiten mit einem Handlungsreisenden einzulassen, führen würde. Demzufolge wurde im gegebenen Falle (betr. die Zahlung für Manufakturwaaren, welche der Beklagte wegen mangelhafter Beschaffenheit zur Verfügung des Klägers gestellt hatte, und an dessen Reisenden zurückgegeben zu haben behauptete) der Beklagte zur Auslieferung der Waare an den Reisenden für befugt erachtet, einerlei, ob noch Differenzen über das Recht der Rücksendung überhaupt zwischen ihm und dem Kläger obschwebten oder nicht; denn im ersteren Falle konnten auch diese im Zweifel gütlich mit dem Reisenden erledigt werden ⁶⁾).

5. Haftung des Prinzipales für Handlungen seines Commis.

Zur Mittheilung über eine Entscheidung des Handelsgerichtes zu Bremen bemerkte die Redaktion des Handelsblattes, was folgt ⁷⁾:

Der Kaufmannsgehilfe, Commis (wenn ihm nicht bestimmte Funktionen z. B. als Verkäufer in einem Laden oder als Handlungsreisenden übertragen sind ⁸⁾), verpflichtet den Geschäftsherrn regelmäßig gar nicht, und nur ausnahmsweise durch solche Handlungen, zu welchem er von jenem beauftragt gewesen ist ⁹⁾. Dies gilt namentlich auch bei der mündlichen Anordnung von Bestellungen, wo der Abgesandte als bloßer Bote, nicht als selbst urtheilender Mandatar handelt, und besteht dabei kein

⁶⁾ Beilage zu Nr. 181 des Brem. Handelsblattes (1855) S. 198. — Uebereinstimmend das D. O. zu Dresden (Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 339); abweichend das D. O. zu Kiel (Ebb. Bd. V Nr. 130.)

⁷⁾ Brem. Handelsblatt a. a. D. S. 167.

⁸⁾ Hierher gehört auch die in Seuffert's Archiv Bd. VI Nr. 57 erörterte Stellung eines Mälergehilfen.

⁹⁾ Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VI Nr. 244.

Unterschied zwischen wichtigen und geringfügigen Sachen. Wer der Bestellung eines Commis, zu welcher dieser nicht beauftragt war, Glauben beizumisst, hat den Schaden zu tragen und kann sich nicht an dessen Prinzipal halten. Auf den ersten Blick scheint diese Entscheidung vielleicht geradezu dem Leben zu widersprechen, in welchem Handlungsgehilfen und Lehrlinge sehr häufig zur Ausrichtung von Bestellungen benützt werden. Thatsächlich aber wird die Anerkennung derselben die Leichtigkeit des Verkehrs so wenig bedrohen, als der Satz, daß die Dienstherrschaft nicht zu bezahlen braucht, was das Gesinde auf ihren Namen vorgt, das Leben beeengt oder den vorsichtigen Detailisten häufig in Verluste bringt. Die Folge wird vielmehr nur die sein, daß ein vorsichtiger Geschäftsmann, wie seither, mündliche Bestellungen nur von ihm bekannten Häusern, die einen ihren Commis ertheilten Auftrag nicht absaugnen werden, annehmen, aber auch der in großen Handelsplätzen nicht geringeren Gefahr betrügerischer Geschäftsbeforgungen von Commis auf den Namen ihrer Prinzipale ein Damm entgegengesetzt werden wird. — Auf der anderen Seite kann ich als vorsichtiger Mann mich leichter dagegen schützen, daß ich mich nicht mit einem Unlegitimierten einlasse, als ich darüber Gewißheit erlangen kann, ob nicht ein (zur Ueberbringung einer Botschaft wirklich bestellter) Bote eine falsche Bestellung macht. In dieser Beziehung hat der Prinzipal für die Fehler und Versehen seines Gehilfen einzustehen. Er muß wissen, ob sein Bote zuverlässig ist. Derjenige, an welchen der Auftrag ausgerichtet wird, befindet sich in gutem Glauben, wenn er demjenigen volles Vertrauen schenkt, den der Auftraggeber selbst ausgewählt hat. Dieser Grundsatz leidet auf wichtige und geringfügige Sachen gleich sehr Anwendung und es kann daher auch hier dieser Unterschied als

überflüssig aufgegeben werden. Strenge Geschäftsformen sind übrigens eine Wohlthat für den Verkehr, und wenn die Furcht vor Nachtheilen denjenigen, welcher diese ohne große Mühe vermeiden kann, zur Anwendung von Vorsicht anspornt, so ist das eben nicht zu beklagen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber die Anwendung des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 §. 70 auf Fristen- und Nachlaß-Verträge von Gemeinden.

Mehrere aus den Kriegsjahren stark überschuldete Gemeinden hatten von der Mehrheit ihrer Gläubiger einen Vertrag erwirkt, worin denselben Nachlaß an Zinsen gestattet und die Tilgung der Schulden auf eine längere Reihe von Jahren festgesetzt wurde. Einige Gläubiger verweigerten den Beitritt zu diesem Vertrage, und beriefen sich unter anderen auf die Bestimmung des oben angeführten §. 70, nach welcher sie nicht angehalten werden könnten, sich längere als fünfjährige Zahlungsfristen gefallen zu lassen.

Hierüber enthält das oberstrichterliche Erkenntniß vom 14. März 1856 Nr. 950⁵³/₅₄, folgende Erörterungen.

Das Gesetz schließt die Bewilligung längerer als fünfjähriger Fristen keineswegs absolut aus, sondern nur insoweit, als dieß „mit der Creditoren allzu großem Schaden“ verbunden wäre. Mag nun auch bei Privaten beides in der Regel zusammenfallen, so treten doch bei Gemeinden eigenthümliche Verhältnisse ein, welche auf die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift wesentlichen Einfluß haben. Ein Privatmann bemißt seine Ausgaben nach seinem

Vermögen und seinem Erwerbe. Diese bestimmen auch seinen Kredit, und die Gläubiger müssen darauf rechnen können, daß sie, wenn es zur zwangsweisen Realisirung ihrer Forderungen kommt, durch die Veräußerung des Vermögens ihres Schuldners in nicht entfernter Zeit möglichst ihre Befriedigung erhalten. Der Aufwand einer Gemeinde richtet sich nach ganz andern von dem Dasein und dem Betrage des korporativen Vermögens völlig unabhängigen Rücksichten. Ebenso der Kredit, weil die Vermögenskräfte der Gemeindegensossen nöthigenfalls durch direkte oder indirekte Besteuerung zur Deckung der Gemeindefschulden in Anspruch genommen werden können.

Sehr häufig stehen daher die Schulden einer Gemeinde mit dem Besizthume derselben als Korporation in gar keinem Verhältnisse, und selbst dieses Besizthum kann nicht durchgängig zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden, indem der §. 24 des Gemeinde-Ediktes dasjenige Vermögen, welches die Gemeinde als nothwendiges Mittel zur Erreichung ihres gesellschaftlichen Zweckes besizt, — die nothwendigen öffentlichen Gebäude, Wege, Brücken, Brunnen, Gränzzeichen, Löschgeräthe 2c. 2c. — für ein ganz unveräußerliches Eigenthum derselben erklärt.

Diese eigenthümlichen Verhältnisse haben veranlaßt, daß den Gemeinden durch die Gerichtsordnung R. 18 §. 10 Nr. 1 das *beneficium competentiae* verwilliget wurde, und daß bei dem Anbringen der Gläubiger auf den Verkauf der Gemeinde-Realitäten das exekutive richterliche Amt lediglich auf das Erkenntniß über die Liquidität der Schuldforderungen beschränkt und den einschlägigen Kommunalverwaltungen überlassen wurde, die Bezahlung der als liquid anerkannten Schulden in angemessenen Fristen durch geeignete Mittel anzuordnen, oder wenn der Schuldenstand einer Gemeinde so bedeutend sein sollte, daß die vorhandenen Mit-

tel eine fristenweise Berichtigung der Schulb in kürzeren Zeiträumen nicht gestatten, einen angemessenen Schuldentilgungsplan für die Gemeinden zu verfassen, welchem alle Gläubiger, in der Voraussetzung, daß sie für ihre Forderung zureichend gedeckt seien, sich zu unterwerfen haben u.

Verordnung vom 13. Mai 1817.

Moriz Nov. Sammlg. Bd. II S. 253.

Daß, unter Aufhebung aller über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden erlassenen früheren organischen Gesetze ergangene Gemeinde-Edikt hat nun diese Bestimmung nicht aufgenommen, vielmehr verfügt der §. 25: daß das zum gesellschaftlichen Zwecke nicht wesentlich nothwendige Gemeinde-Vermögen auf gerichtlichen Auftrag zur Bezahlung der Gemeinde-Schulden der Veräußerung unterliegen könne. Der oberste Gerichtshof hat sich deshalb wiederholt ausgesprochen, daß die angeführte Verordnung von 1817 nicht mehr in Kraft bestehe.

Erkenntniß vom 3. April 1822 Reg.Nr. 213^{20/21}.

„ vom 26 Mai 1823 Reg.Nr. 745^{21/22}.

und vom 8. Januar 1823 Reg.Nr. 245^{21/22}.

Vgl. Bl. f. R.Anwendg. Bd. I S. 314.

Sind aber auch die Gläubiger im Falle, die gerichtliche Rechtshilfe für ihre Forderungen in Anspruch zu nehmen, so können sie auf diesem Wege doch nur alsdann zur Befriedigung gelangen, wenn hinreichendes Gemeinde-Vermögen vorhanden ist, welches nach der angeführten Bestimmung des Ediktes dem gerichtlichen Zugriffe unterworfen werden kann. Fehlt es hieran und wird es deshalb nothwendig, für die Befriedigung der Gläubiger durch Auflage direkter oder indirekter Steuern auf die Gemeinde-Glieder Fürsorge zu treffen, so hört die Einwirkung der Justizbehörden auf und die Kuratelsbehörde muß um die Anordnung der erforderlichen Maßnahmen angegangen werden.

§. Verordng. die Umlagen für die Gemeinde-
Bedürfnisse btr., vom 22. Juli 1819, Art. I b.
Nr. 13 und Art. IX.

Seuffert's Comment. 3. Bd. Bb. IV,
§. 244 Nr. 1.

Diese richten sich aber nothwendig nach den
Steuerkräften und den übrigen in Mitte liegenden
Verhältnissen, und dürfen ein gewisses Maas nicht
überschreiten.

Im vorliegenden Falle nun wäre es, nach den
aktenmäßig vorliegenden Verhältnissen der Gemein-
den offenbar unthunlich, in Ermangelung greifbarer
Exekutions-Objecte, die zur Zahlung der sehr be-
trächtlichen Schulden erforderlichen Beträge durch
Gemeinde-Umlagen und durch die bereits zum Zwecke
der Schulden-Tilgung eingeführten Fleisch-, Mehl-
und Malz-Aufschläge innerhalb 5 Jahren aufzubrin-
gen. Es ist daher klar, daß die Ueberschreitung
dieses Zeitraumes durch die in dem Vergleiche
vom 23. October 1843 stipulirten Fristen in der
That nicht zum Schaden der Gläubiger gereicht.
Dieses wäre vielmehr nur alsdann der Fall, wenn
die Rententen nachgewiesen oder wenigstens wahr-
scheinlich gemacht hätten, daß es möglich gewesen
wäre, für die im administrativen Wege anzuordnen-
den Schulden-Tilgungs-Pläne der betreffenden Ge-
meinden die Festsetzung kürzerer Fristen zu erwirken.

In dieser Richtung fehlt es aber durchaus an
genügenden, positiven Angaben von Seite der ren-
tirenden Gläubiger.

Es ist hierbei nicht außer Acht zu lassen, daß
die Verfügung des §. 70, indem sie unter bestimm-
ten Voraussetzungen die Minderheit der Gläubiger
dem Beschlusse der Mehrheit im Betreffe der dem
Schuldner zu bewilligenden Fristen und Nachlässe
unterwirft, — insbesondere auch im Interesse dieser
Mehrheit gegeben ist, welcher häufig sehr viel daran

gelegen ist, auf diesem Wege, unter Beseitigung aller Weiterungen, mit dem Schuldner ein zweckmäßiges Abkommen zu treffen.

Nach der großen Mehrheit zu urtheilen, welche sich für den Vergleich vom 23. Oktober 1843 ausgesprochen hat, ist anzunehmen, daß dieses hier der Fall gewesen sei. Die Ausführung des verabredeten Schuldbetilgungswerkes wäre aber gefährdet, wenn es den Krediten erlaubt wäre, unabhängig davon gegen die Gemeinde einzuschreiten.

M.

2.

Vernehmung Sachverständiger von Amtswegen.

(Vgl. Comment. u. d. O. D. Bd. II Aufl. II S. 324 f.)

In der (Seite 269) bezeichneten Rechtsache Th. w. P., Geschäftsbeeinträchtigung und Entschädigung betreffend, hatte Kläger Th. die Behauptung aufgestellt, daß in Folge des (allseitig anerkannten) Vertrages, vermöge dessen ihm Beklagter seinen Antheil an dem bisher gemeinschaftlich betriebenen Manufaktur-Waarengeschäfte überlassen, dieser zum Betriebe von Manufaktur-Waarengeschäften überhaupt keine Befugniß mehr habe. Das Untergericht fand sich veranlaßt, hierüber das Gutachten der Handelsvorsteher zu M. einzuholen, obschon dieß im Beweisanktritte nicht beantragt war. Die deshalb erhobene Beschwerde wurde von dem Handels-Appellationsgerichte verworfen (Erf. vom 12. Juli 1851 Nr. 1099); „denn es handle sich hier lediglich darum, aus bereits erwiesenen Thatfachen rechtliche Folgerungen zu ziehen, zu deren Begründung das Untergericht die Einholung eines Gutachtens Sachverständiger für nöthig erachtet habe. In solchen Fällen erschienen aber diese Sachverständigen nicht als Beweismittel, sondern als Gehilfen des

Richters, und sei derselbe befugt, solche von Amts wegen beizuziehen.

Bayer Vortr. (ed. VII) S. 484 ¹⁾.

Sönnner Handbuch II 45.

Auch verordnet schon §. 47 der Münberger HandelsO., daß die Markt- (Handels-) Vorsteher mit ihrem Gutachten in allen Verhältnissen zu vernehmen seien, zu deren Beurtheilung besondere kaufmännische Kenntnisse erfordert würden. Da nun über die Wirkungen eines Vertrages wie der vorliegende allerdings Handelsgewohnheiten bestehen könnten, deren gründliche Ermittlung auf dem eingeschlagenen Wege dienlich sei, auch die Prüfung des Werthes und der Beweiskraft des einzuholenden Gutachtens dem künftigen Endurtheile vorbehalten bleiben müsse, so erscheine die erstrichterliche Verfügung als vollkommen gerechtfertigt.

****.

3.

Vom Beweise der Nichtrealität eines Gewerbes.

Gewerbsgenossen bestritten (1853) als Kläger die Realität des vom Beklagten ausgeübten Mehrgewerbes, und beantragten, unter Bezugnahme auf ein amtliches Protokoll vom J. 1775, nach welchem dem Großvater des Beklagten das Mehrgewerbrecht nur auf Lebenszeit verliehen worden, sofortiges Definitivkenntniß nach der Klagbitte. Da indessen in der Zwischenzeit seit 1775 die Erwerbung eines realen Rechtes immer noch erfolgt sein konnte, so wurde dem klägerischen Antrage nicht entsprochen, sondern vorerst auf Beweis erkannt.

DAÖG. v. 12. Feb. 1856. Nr. 1355³/₃₄.

¹⁾ Ed. VIII §. 249 S. 828—9.

4.

Zur Lehre von dem Notherbrecht der Kinder nach fränkischem Landrecht.

Die kais. Landgerichts-Ordnung des Herz. Franken, Th. III Tit. 21 §. XVII verordnet:

„Als zu Zeiten die Eltern mehr Zuneigung zu einem, denn dem anderen ihrer Kinder haben, und so sie denselbigen durch zulässige Mittel nicht können einen merklichen Vortheil thun, unterstehen sie sich ihnen ein ansehnliches stattliches liegend Gut um ein viel geringere Summe Gelds, denn es sonst veräußert werden möchte, dazzu auch auf geringe Ziel Kaufweise zuzuwenden, oder sonst was stattliches den anderen Kindern zu merklichem Nachtheil und Betrug zuzustoßen: wo solches geschehe, sollen die Eltern dadurch den Kindern das Zweifelhafte auch verwirken und zu geben schuldig sein.“

Auf diese Bestimmung sich stützend erhoben mehrere Kinder eines Vaters gegen diesen und ein anderes Kind desselben, welchem das Gut des ersten abgetreten worden war, Klage auf Rescission des Abtretungsvertrages. Von der ersten Instanz wurde diese Klage zugelassen und auf Beweis darüber erkannt, um wieviel das Gut mehr werth sei, als der pactirte Gutskaufschilling betrage. Auf Berufung des Beklagten wurde jedoch die Klage in zweiter Instanz abgewiesen und diese Abweisung in dritter Instanz aus folgenden Gründen bestätigt.

Die vorliegende Klage bezweckt die Aufhebung des Gutverkaufsvertrages zwischen Johann E. und Leonhard M. und als Grund für die Nichtigkeitserklärung wird angegeben, daß hier eine Veräußerung vorliege, durch welche der Pflichttheil der übrigen Kinder gefährdet und resp. verletzt sei.

Nun ist zwar gestattet, lucrative Zuwendungen, welche nur den Schein eines onerosen Geschäftes an sich tragen, ingleichen gemischte Geschäfte, bei welchen die Bestimmung eines unverhältniß-

mäßig geringen Preiſes den Charakter der Liberalität ausprägt, mittelſ der querela inofficiosae donationis anzufechten.

Const. 9 de inoff. don. (3, 29); Seuffert prakt. Pand. R. 3. Außg. S. 664 Note 3; deſſelben Archiv oberſtrichterlicher Entſcheidungen B. III S. 406.

Allein daſ Recht zu dieſer Querel erwächſt wie daſ zu der querela inofficiosi testamenti erſt mit dem Tode deſ Schenkerſ.

Seuffert Pand. a. a. O. Nr. 5

Hievon machſ nun daſ fränkische Landrecht in ſofern eine Ausnahme, alſ nach der kaiſerlichen Landgerichtſordnung, Th. III Tit. 31, in gewiſſen Fällen die Eltern ſchon in Zeit ihreſ Lebens die legitima zu geben ſchuldig ſind, wohin nach S. 17 dortſelbſt inſbeſondere jener gerechnet wird, wenn die Eltern mehr Zuneigung zu einem denn dem anderen ihrer Kinder haben, und ſich unterſtehen, ihnen ein anſehnlicheſ ſtättlicheſ liegendeſ Gut um viel geringere Summe Geldes, denn eſ ſonſt verkauft werden möchte, zuzuwenden.

Wenn ein ſolcher Fall wirklich vorliegt, ſo können die ſich benachtheiligt glaubenden Kinder wohl zuerſt auf Theilung, und, wenn ſich hiebei eine wirkliche Verletzung deſ Pflichttheileſ durch den in Frage ſtehenden Akt zeigt, auf Ergänzung deſ Pflichttheileſ reſp. auf Reſciſſion deſ Akteſ und Herausgabe deſ Gegenſtandeſ, ſoweit alſ eſ zur Ergänzung deſ Pflichttheileſ nothwendig iſt, klagen.

Const 5, 7, 8 pr. de inoff. don. (7, 29); Nov. 29 cap. 1.

Beide Klagen können natürlich auch in einem Libelle in ſo fern angeſtellt werden, alſ daſ Ergebniß der Theilung in der zweiten zum voraus angegeben zu werden vermag.

Zimmer aber bleibt die erste Klage präjudiziell, indem die von dem Aszendenten verwirkte Theilung an die Stelle des Todes desselben tritt.

So ist aber die vorwürfige Klage nicht gestellt; sie umgeht die Abtheilung gänzlich und ist ausschließlich auf sofortige Nichtigkeitserklärung des Abtretungsvertrages gerichtet, was nach dem Erörterten rechtlich nicht als zulässig erscheint.

Mit Recht hat daher die Vorinstanz diese Klage abgewiesen.

DASt. vom 10. März 1856. RN. 468⁵⁴/₅₅.
 β. κ.

5.

Sachlegitimation über Beerbung des Gläubigers.

In der oben aus Seite 16 ersichtlichen Rechtsache ging aus der beigebrachten Notariatsurkunde unzweifelhaft hervor, daß Kläger faktisch die Erben des P. G. geworden seien. Dieselbe wurde, zur Lieferung des denselben auferlegten Legitimationsbeweises, dem verklagten Nachlassschuldner gegenüber, für genügend erachtet, indem alle gegen die Rechtllichkeit dieses faktischen Zustandes von ihm gemachten Einwendungen, als exceptiones de jure tertii, außer Beachtung bleiben mußten.

Vgl. DASten Nr. 706⁵¹/₅₂.

6.

Wirkung der Strafgerichtsentscheidung auf den Civilprozeß.

Vgl. Bd. XX S. 113 f; S. 240.

Die vom Schwurgerichte erfolgte Verurtheilung des Versicherers wegen vorsätzlicher Brandstiftung genügt auch für den Civilprozeß zur Feststellung der Thatfache.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 9. Nov. 1853. Entsch. d. DT. Bd. 27 S. 231.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Realzitation im Verfahren des mündlichen Verhörs. — Exceptio non numeratae pecuniae. Einmal entgegengezeigt ist sie perpetuirt. Abweisung in der angebrachten Art. Nichtlosth. — Beweiskraft der Gutrechnungen; Strafe falschen Zeugens; zusammengesetzter Verweis. — Verweislast in Realgewerbstreiten. — Forderungen an die Staatskasse. Erbschaft nach §. 31 des Finanzgesetzes von 1831.

Ueber die Realzitation im Verfahren des mündlichen Verhörs.

Dem aufmerksamen Leser der Blätter für Rechtsanwendung wird es auffallen, einen so überschriebenen Aufsatz in denselben zu finden. Er wird fragen, ob, wenn auch nur vorübergehend, diese Zeitschrift ihrem treu eingehaltenen Grundsatz, nicht Gesetzespolitik sondern Gesetzesanwendung zu besprechen, untreu geworden sei.

Diesem freundlichen Leser gegenüber wollen wir bemerken, daß wir allerdings nicht de lege ferenda sprechen wollen, sondern einen in der Praxis vorkommenden Gebrauch zum Gegenstande der Betrachtung gewählt haben. Ob dieser Gebrauch in allen Fällen ein abusum genannt zu werden verdiene, oder ob er in gewissen Fällen und unter gewissen Modalitäten seine Berechtigung in sich trage, das ist nun in den folgenden Zeilen zu erörtern.

Vor Allem ist zu konstatiren, daß viele Richter im mündlichen Verhöre in gar nicht seltenen Fällen und in beständiger Uebung den Beklagten zur ersten
Neue Folge I. Band.

Verhandlung realiter zitiren lassen. Die Legalität dieses Verfahrens kann im Hinblick auf die Bestimmungen der jüngsten Prozeßnovelle nicht behauptet werden, gleichwohl aber hat die Praxis also verfahren den gesetzlichen Boden nicht verlassen.

§. 1. Das Prozeßgesetz von 1837 kennt die Realzitation nicht. In den Motiven zu §. 8 desselben wird in Bezug auf dieselbe bemerkt: „sie gehe „nicht wohl an, da im Civilprozeße der Ungehorsam „der Parteien nur Nachtheile am Vermögen zur „Folge haben dürfe; daher bleibe nichts übrig, als „die Rechtsfolgen des Ungehorsams in der Sache „selbst festzusetzen, also daß der Kläger seine Klage „umständlich zu Protokoll gebe, und daß dem hie- „von in Kenntniß zu setzenden Beklagten die prozeß- „sualische Folge des Ungehorsams angedroht werde.“

Diese Ansicht prägt sich auch im §. 8 des Gesetzes aus. In diesem §. sind 3 Fälle geschieden, nämlich a) die Sachen, die nach §. 1 im mündlichen Verhöre behandelt werden müssen; b) die nur vermöge Uebereinkunft vor der Verhandlungstagsfahrt im mündlichen Verhöre behandelt werden und c) die auf Ansuchen des Klägers versuchsweise im mündlichen Verhöre behandelt werden sollen. In allen diesen Fällen ist ein „in der Sache liegender Rechtsnachtheil“ für den Fall des Ungehorsams nach Maßgabe des §. 18 des Gesetzes angedroht. Der gleiche in der Sache ruhende Rechtsnachtheil zeigt sich in dem Prozeßgesetze v. 22. Juli 1819 §. 6.

§. 2. Gleichwohl vermag die Praxis, um die Gesetzmäßigkeit der Realzitation unter gewissen Voraussetzungen darzuthun, sich auf eine Gesetzesstelle zu berufen, die nirgend aufgehoben wurde. Es ist cod. jud. cap. V §. 2 Nr. 3, welcher wörtlich sagt:

„Die Realzitation, da man jemand persönlich „anhalten und vor Gericht bringen läßt, hat 3^{tes} in

„Civilsachen nur statt, wo periculum fugae, oder „Citatus beständig ungehorsam ist.“

Von der ersten Alternative ist hier nicht die Rede, da periculum fugae eine der Bedingungen einer eigenen Prozeßart, des Arrestprozesses, ist. In welchem Verhältnisse steht nun die andere Alternative zu den Bestimmungen des §. 8 der jüngsten Prozeßnovelle? Wir glauben, daß dieses nicht geradezu ein feindliches sei. In der angeführten Stelle der Motive spricht sich durch die Bemerkung gelegentlich der Realzitation, daß sie nicht wohl an gehe, die Ansicht aus, daß im Allgemeinen man dieselbe nicht billige, daß man Bedenken trage wegen des möglichen Mißbrauches und der mehrfach erforderlichen Kautelen und Unterscheidungen, sie als zulässig zu erklären. Trotzdem wollte man doch nicht weisem richterlichen Ermessen vorgreifen, und es wurde keine dem cod. jud. an beregter Stelle derogirende Bestimmung aufgenommen. So scheint die Praxis dieses Verhältniß aufgefaßt zu haben und wie sich zeigen wird, wohl mit Recht.

§. 3. Ist nun jene Anordnung des cod. jud. nirgendwo aufgehoben, so würde sich die Fortdauer der Anwendbarkeit der Realzitation in dem Falle des beständigen Ungehorsams auch im Verfahren des mündlichen Verhöres behaupten lassen, wenn nachgewiesen werden könnte, daß die Realzitation, den Fall des beständigen Ungehorsams vorausgesetzt, mit dem Geiste und Zwecke dieses Verfahrens wohl vereinbarlich sei. Diesen Nachweis werden wir nun zu liefern versuchen.

Das Verfahren im mündlichen Verhöre soll bekanntermaßen ein mehr konziliatorisches sein als das gewöhnliche. Vor allem soll der Richter seinen persönlichen Einfluß dahin geltend machen, überhaupt allen Prozeß abzuschneiden. Daß in der That dieses Resultat in den meisten Fällen erreicht werde,

beweist die Praxis. Die höchste Justizverwaltungsstelle hat daher zweckmäßig angeordnet, daß nur den tüchtigsten Beamten an jedem Gerichte die Leitung des mündlichen Verhörs übergeben werden solle (Generalisirte Entschliebung des Justizministeriums vom 7. August 1845).

Nun ist aber der für den Kläger widerwärtigste Fall der, wenn er gar nicht im Stande ist, seinen Beklagten vor dem Richter zu treffen. Würde der Beklagte gezwungen, vor dem Richter zu erscheinen, so würde er es in vielen Fällen nicht über sich bringen, der Wahrheit-Hohn zu sprechen, er würde vielmehr derselben die Ehre geben und billigen Vorschlägen des Richters und der Gegenpartei sofort beipflichten. Kann er aber nicht gezwungen werden, zu erscheinen, so kommt es oft vor, daß gerade die wenigst achtbaren Subjekte ruhig vielleicht in der nächsten Kneipe sitzend erwarten, welche „aus der Sache entspringende Nachtheile ihnen zugehen werden.“ Es wird offenbar die Absicht des Gesetzes, welches den Vergleichsversuch im beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs so hoch gestellt hat, und wie die Erfahrung zeigt; mit so vortrefflichem Erfolg, durch diesen Ungehorsam dem redlichen Kläger gegenüber vereitelt. Der Kläger verliert hier einen Vortheil, den das Gesetz Allen einräumen wollte. Er wird nolens volens in die Unannehmlichkeiten, in die Zeitversäumnisse und Kosten eines Prozesses hineingetrieben, für die ihm meistens kaum ein Ersatz in Hoffnung steht. Es ist also ein Eingriff in die Rechte des Klägers, wenn man unbedingt dem Beklagten die Freiheit verstattet, nicht vor dem Gerichte zu erscheinen; der Kläger verliert die meistens glücklich sich wendende Chance, daß der Prozeß mit der ersten Verhandlungstagsfahrt sein Ende finde.

Aber nicht genug, daß auf diese Weise der

Kläger zu Schaden kommt, auch dem Beklagten gehen die gleichen Verluste an Zeit, Geld und die andern unangenehmen Folgen eines Rechtsstreites hierdurch zu. Man dürfte freilich hier zunächst der Einwendung begegnen, daß es in der Macht des Beklagten ja gelegen sei, diesen Uebelständen abzuweichen. Allein gerade das standhafte Richterscheinen vor Gericht ist gewöhnlich Folge eines gereizten Zustandes, eines Troges und einer Verbissenheit, aus der manche Menschen sich mit eigener Kraft zu reißen nicht vermögen, aus der durch höhere Autorität gerissen zu werden ihnen aber als wahre Wohlthat erscheint. Eie und da mag auch Leichtsin, Bequemlichkeit und dgl. die *contumacia* veranlassen, und auch in diesen Fällen ist beiden Theilen gleich sehr durch gezwungenes Erscheinen vor Gericht gebient. Es kommt aber ferner zu erwägen, und das ist ein besonders wichtiges Moment, daß gerade in den kleineren Händeln, welche zum beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhör ressortiren, der Beklagte besonders leicht zum Ungehorsame sich veranlaßt sieht, weil er eben den in der Sache liegenden Nachtheil, der ihm durch das Gesetz gedroht ist, gar nicht fürchtet. Er hat gar nichts gegen diesen Nachtheil einzusetzen, im Gegentheil, es wird ihm noch die besondere Genugthuung gewährt, den verhassten Gegner zu mehrmaligen, Zeit und Geld raubenden Gängen in das Gericht zu zwingen. Nur der Kläger ist es, wie schon oben bemerkt, dem hiedurch ein wirklicher Nachtheil zugeht; der Beklagte hätte bei der ersten Tagfahrt, wenn er gehorsam gewesen wäre, eben auch nicht mehr und nicht weniger zu leisten gehabt, als später in Folge des Ungehorsams, wenn man von den geringen Gerichtskosten absieht. —

Es möchte in dieser Beziehung endlich auch noch der Umstand wohl berücksichtigt zu werden verdienen, daß den Gerichten durch den Ungehorsam

des Beklagten neue, nicht unbedeutende Arbeit zugeht. Es muß ein Prozeß instruiert und durchgeführt werden, der wahrscheinlich hätte vermieden werden können. Denn durch die Erfahrung ist es unzweifelhaft, daß die große Mehrzahl der Prozesse im mündlichen Verhör bei dem Sühneversuche vor Gericht wirklich verglichen werden.

§. 4. Es bleiben nunmehr noch die Bedenken zu beseitigen, welche sich vom Standpunkte der persönlichen Freiheit und des Eingriffes, der durch die Realzitation in dieselbe gemacht wird, ergeben.

Diese Bedenken dürften aber ganz und gar beseitigt werden, wenn man die Realzitation, wie dieß in der Praxis wirklich geschieht, von Bedingungen abhängig macht, die eben durchaus einen Eingriff in die persönliche Freiheit auszuschließen geeignet sind. Es sind dieß die Bedingungen, daß Realzitation erst nach beständigem Ungehorsam (S.O. cap. V §. 2) und nach vorgängiger Androhung eintreten dürfe. Was den beständigen Ungehorsam betrifft, so ist, wenn ein Beklagter auf zweimalige Ladung nicht vor Gericht erschienen ist und sich nicht durch ehehafte Hindernisse als entschuldigt ausgewiesen hat, anzunehmen, daß er der gerichtlichen Autorität zu folgen nicht bereit sei. Freilich muß hier auf den Umstand besonders bei den Landgerichten, wo die Geschäftsüberbürdung auch des Gerichtsbienerpersonals oft eine nothdürftige Führung der Botenbücher und Insinuationenachweise veranlaßt, aufmerksam gemacht werden, daß als *conditio sine qua non* für die Realzitation der gehörig gelieferte Nachweis für zweimalige Ladung des Beklagten gefordert werden muß. Mit der zweimaligen Ladung kann aber ganz zweckmäßig die Androhung der Exekution, wie der technische Ausdruck für Realzitation heißt, verbunden werden. Ist es dem Beklagten darum zu thun, seine persönliche Freiheit nicht an-

taften zu lassen, so steht es ihm offen, entweder das zweite Mal zu erscheinen, oder doch ein Fristgesuch oder sonstige Entschuldigung bei Gericht anzubringen. Uebrigens verschwindet jedes Bedenken vollends durch die Erwägung, daß aus Rücksichten des öffentlichen Wohles sowohl in Strafsachen als behufs der Zeugenvernehmung ohne solche Kautelen die Realzitation Statt findet, und daß in der That der, welcher nach Beobachtung dieser Vorbedingungen seiner ordentlichen Obrigkeit nicht so viel Respekt erweist, sich zu stellen oder sich zu entschuldigen, keine allzugroße Berücksichtigung mehr verdient ¹⁾. Es dürfte daher im Anschlusse an die G.D. Kap. V §. 2 Nr. 3 in den Sachen des mündlichen Verhörs die Praxis als wohl gerechtfertigt erscheinen, mit der zweimaligen Ladung des ungehorsamen Beklagten auf Bitte des Klägers nach vorgängiger Erholung des Insinuationsnachweises über die erste Ladung die Androhung der „Lieferung,“ nach wiederholtem Ausbleiben aber und abermaliger Erholung des Insinuationsnachweises über die zweite Ladung auf Andringen des Klägers das dritte Mal Lieferung oder Realzitation eintreten zu lassen.

Wenn aber Kläger selbst nicht auf Androhung und spätere Ausführung der Realzitation bringt, — welches Andringen, wie ausgeführt, eben zumeist in seinem Interesse liegt — sondern sich mit den in der Sache liegenden Nachtheilen, der Annahme der Klagsabläugnung und des Einrebeverlustes begnügen will, dann darf freilich von der Realladung kein Gebrauch gemacht und muß vielmehr bei den Prozeß-

¹⁾ Auch ist es eine unbestrittene Befugniß des Richters nach gemeinem Prozeßrechte, wenn es im einzelnen Falle nothwendig sein sollte, die streitenden Theile zum persönlichen Erscheinen aufzufordern. Vgl. v. Beyer, VIII Aufl. S. 327.

nachtheilen, die das jüngste Prozeßgesetz androht, beharrt werden. — Ebenso versteht es sich von selbst, daß diese Ausführung nur jene Sachen im Sinne hat, die im mündlichen Verhöre verhandelt werden müssen. ***

Nachschrift des Herausgebers. Daß der in Frage befindlichen „Lieferungs“-Praxis gewichtvolle Bedenken entgegenstehen, ist in vorliegendem Aufsatze nicht verhehlt, sondern offen dargelegt. Indessen läßt sich nicht bezweifeln, daß der Gesetzgebung von 1837 ungeachtet jene in der Gerichtsordnung begründete Übung bei vielen Gerichten auch heutzutage noch bestehe; auch darf man wohl annehmen, daß sie sich der Kenntniß der Obergerichte nicht entzogen habe. Nun sind auch die Gründe, welche für das Beharren bei diesem Gebrauche sprechen, auf dem Gebiete der Presse zur Sprache gebracht; und es steht zu erwarten, ob die Veröffentlichung zum Widerspruche, etwa auch zum Einschreiten von Seite der höchsten Aufsichtsbehörde, anregen, oder ob vielmehr die überlieferte Sitte dadurch, daß sie unangefochten bleibt, eine neue Bekräftigung erhalten werde.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Exceptio non numeratao pecuniae. Einmal entgegengesetzt ist sie perpetuirt. Abweisung in der angebrachten Art. Rechtskraft.

Auf Grund eines Hypotheken-Recognitionscheins vom 13. Sept. 1850 war am 1. Mai 1851 von A. gegen B. Exekutivklage erhoben worden. Die exc. n. n. p. wurde entgegengesetzt, worauf Abweisung der Klage in der angebrachten Art erfolgte.

Am 25. Sept. 1852 stellte der Kläger auf Grund erwäunter Urkunde wiederholt die Exekutivklage, und erwirkte im Laufe des Verfahrens ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß II. Instanz. Der oberste Gerichtshof beließ es aber bei dem von der Klage entblinden Urtheile I. Instanz. Gründe:

Es ist eine durch nichts gerechtfertigte Annahme, daß die Wirkung der einem Schuldbekennnisse innerhalb der gesetzlichen Frist entgegengelegten Einrede des nicht empfangenen Geldes dadurch wieder aufgehoben werde, daß die Urkunde mittlerweise ein Alter von zwei Jahren erreicht. Eine solche Auffassung widerstreitet nicht nur dem Wortlaute der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, sondern auch der ihnen zweifellos zu Grund liegenden Intention. Denn

1) Das bayerische Landrecht Th. IV Kap. 11 enthält in §. 3 zunächst eine Begriffsbestimmung der querela n. n. pec.; sie bestehe, heißt es hier, in dem Widerspruch des wirklichen Empfanges, welcher nur in Hoffnung folgenden Erlages bescheinigt worden sei. In §. 7 ist sodann die Dauer der Querel und in §. 8 deren Wirkung bestimmt. Letztere soll darin bestehen, daß der Gegentheil, ungeachtet der in Händen habenden Bescheinigung, gleichwohl den bescheinigten Empfang beweisen muß. Nicht die Wirkung der Querel ist hier auf den Zeitraum von zwei Jahren beschränkt, sondern die Geltendmachung des Einspruchs wider den Empfang, woraus sich die ganz allgemeine illitimierte Wirkung ergibt. Wo das Gesetz nicht unterscheidet, darf bekanntlich auch der dasselbe anwendende Richter nicht unterscheiden. Das Gesetz enthält aber keine Distinktion und keine Zeitbeschränkung hinsichtlich des Effectes der querela oder exceptio n. n. pec.; es erscheint daher als ein Verstoß gegen die positive Bestimmung des Gesetzes, die Wirkung

einer rechtzeitig vorgebrachten exc. n. n. p. in eine bestimmte Zeitgränze einzuengen, der Protestation über diese Gränze hinaus den ihr zukommenden Effect zu versagen.

Die Anmerkungen zu den angeführten Gesetzesstellen sehen dieß als eine sich von selbst verstehende Folge des dem Aussteller der Schulbursche an die Hand gegebenen Rechtsmittels an, sie sagen: Der dem Gegentheil ausgestellte Schein nützt ihm nichts, nicht aber bloß während zwei Jahren von der Ausstellung an, wenn innerhalb dieser Frist der Einspruch erhoben würde, sondern schlechthin so lange, als er den bescheinigten Empfang nicht auf andere Weise zu erproben vermag. Nach Verfluß der zwei Jahre soll die ex chirographo resultirende Obligation, welche bis dahin inefficax war, erst ihre volle Kraft erlangen, und sodann die Querel nicht mehr Platz greifen, sondern ein für allemal erloschen sein, womit von selbst ausgesprochen ist, daß, wenn die Querel vorher angebracht wurde, die in §. 8 bezeichnete Wirkung, nämlich die Behelflosigkeit der Urkunde und die Nothwendigkeit für den Inhaber eintritt, sein Guthaben auf andere Weise darzuthun.

Geht man auf die Quelle obiger Bestimmungen, nämlich das römische Recht, zurück, so sind auch hierin ausdrückliche Vorschriften für die Unbeschränktheit der Wirkung der querela und exc. n. n. p. enthalten.

C. 8 de n. n. pec. (4, 30): „Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus defunctus est: residuum tempus ejus heres habebit tam adversus creditorem quam adversus ipsius heredem. Sin autem questus est, exc. n. n. p. heredi et adversus heredem ejus perpetuo competit.“

C. 14 §. 4 eod.: „eoque modo perpetuam tibi exceptionem efficere
„et ita tempus statutum interrumpere.“

2) Der Zweck des Gesetzes würde auch gar nicht erreicht werden, wollte man ihm die von der vorigen Instanz vorausgesetzte Bedeutung beilegen. Gutherrige und bedrängte Leute, die geneigt sind, antizipirte Empfangsbescheinigungen auszustellen, sollen gegen die Folgen ihrer Unüberlegtheit geschützt werden. Dieser Schutz wäre aber vergeblich, wenn der Inhaber der Schuldburkunde, dem innerhalb der gesetzlichen Frist von 2 Jahren der Einwand des nicht erhaltenen Geldes entgegengesetzt wird, nur den Ablauf der Frist abzuwarten hätte, um dann die bestrittene Hingabe des Geldes mit der nämlichen Urkunde erreichen zu können. Dem Schuldbekennner wäre dann nur der Vortheil einer Zahlungsfriß zu Theil geworden.

3) Die Doktrin ist aber auch in diesem Punkte durchweg im Einklange, und wenn die in dem angeführten Erkenntnisse citirten Schriftsteller die Perpetuität der Wirkung der rechtzeitig angebrachten Protestation nicht speziell hervorheben, so hat dieß keinen andern Grund, als weil sie annehmen, es verstehe sich ganz von selbst, daß der Ablauf der 2 Jahre dem Schuldbekennner nur dann schade, die Urkunde nur dann ihre volle Wirksamkeit erlange, wenn die Frist unbenützt verstrichen ist, wenn der Aussteller der Urkunde von dem ihm eingeräumten Rechte keinen Gebrauch gemacht hat. Andere Schriftsteller berühren aber auch speziell diesen Punkt, z. B.

Unterholzner im Arch. f. civ. Pr. Bd. VII
S. 72; Götschen Vorles. Bd. III S. 295,
297, 298, 300; Gönnert jurist. Abhandl. I
S. 66, 72f.

Kläger hat sich bei der früher von ihm gestell-

ten Exekutivklage auf dieselbe Urkunde gestützt, die er auch heute zur Begründung seines Anspruchs benützen will, nämlich auf das Schuldbekenntniß und die Hypothekbestellung vom 13. Sept. 1850. Daß der Rekognitionsschein von demselben Tag und der Eintrag in das Hypothekenbuch nicht als selbstständige von dem Hypothekenprotokolle unabhängige Beweisdokumente für die Hingabe des angeblich geliehenen Geldes in Betracht kommen können, bedarf keiner weiteren Ausführung. Da nun die Revidenten in dem früheren Prozesse während der gesetzlichen Frist von 2 Jahren dem Rekognitionsscheine und somit auch dem ihm zu Grund liegenden Schuldbekenntnisse die Anerkennung versagten, weil die darin angegebene Summe in ihrem vollen Betrage nicht an sie ausbezahlt worden sei, so war es an dem Inhaber der Urkunde, den Beweis des Darlehens nunmehr mittelst anderer Behelfe zu erbringen. Dieß ist denn auch durch das landgerichtliche Erkenntniß vom 26. Aug. 1852 ausgesprochen worden. Die gebrauchte Formel der Abweisung in der angegebenen Art hat keinen andern Sinn, als daß es dem klagenden Theil unbenommen sei, mit einer andern, auf urkundliche Beweise gestützten Exekutivklage, oder mit einer Klage im gewöhnlichen Verfahren aufzutreten, um dieselbe Forderung aus einem Darlehensvertrage zu realisiren. Die Unwirksamkeit des Schuldbekenntnisses, der in dem Hypothekenprotokolle niedergelegten Empfangsbescheinigung ist aber dadurch rechtskräftig und ein für allemal ausgesprochen worden, so daß die nämliche Urkunde nicht wiederholt als Beweismittel benützt werden kann.

Ein Verstoß gegen die Rechtskraft der angeführten Entscheidung könnte in dem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse nur dann nicht erblickt werden, wenn die Urkunde durch den bloßen Zeitablauf ein anderes gültiges Dokument hätte werden können.

Nimmt man aber dieseß nicht an, inhärrt der Urkunde heute noch derselbe Mangel, wie zur Zeit der Entgegensetzung der exc. n. n. p., oder mit andern Worten: ist die Wirkung der rechtzeitig vorgeschützten exc. n. n. p. eine durchgreifende oder permanente, dann kann man der Urkunde, ohne mit dem früheren Judikate in direkten Widerspruch zu gerathen, heute keine Kraft beilegen, die ihr bereits abgesprochen wurde.

DAGE. v. 1. März 1856. Nr. 1814⁵⁴/55.

2.

Beweiskraft der Gutsrechnungen; Strafe frivolen Zeugnens; zusammengesetzter Beweis.

Ein Grundholsb verweigerte, wie alle übrigen seiner Gemeinde, der Gutsherrschaft das seit den ältesten Zeiten herkömmliche, in Kolonatverträge von 1794 ausdrücklich ausbedungene, in zwei jüngeren Lehenbriefen übernommene, im Steuerkataster und Hypothekenbuch eingetragene und seit mehr als 40 Jahren verrechnete Frohnd- und Dienstgeld zu 6 fl. jährlich aus dem Grunde, dasselbe sei als verkleidete Frohnd, dann als rein persönliche Last nach Art. 2 und 6 des Ablösungsgesetzes v. 1848 erloschen. Sein Anwalt nahm hievon Anlaß, völlig zu widersprechen, daß die Gutsherrschaft jenes Gefäll seit mehr als 30 Jahren „als reale Abgabe“ bezogen habe, wonach also der Gutsherrschaft über diesen Punkt der Beweis auferlegt wurde. Im Beweisverfahren stellte aber der persönlich erschienene Beklagte an einen als Zeugen vernommenen früheren Verwalter des Gutsherrn die Frage: Ob er nicht sagen müsse, daß er zu der von ihm allerdings geleisteten fraglichen Zahlung gezwungen worden sei? Was der Zeuge damit beantwortete, gegen die Restanten sei die gewöhnliche Exekution vorgekehrt worden.

Die beiden Vorinstanzen, die Gutsrechnungen als *scriptura propria* verwerfend, legten dem Gutsherrn den Erfüllungsseid über das Beweissthema auf; der oberste Gerichtshof dagegen verurtheilte den Beklagten sogleich nach den Bitten der Klage.

Aus den Gründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses entnehmen wir, was folgt:

Vorerst wird die Beweiskraft der auf 40 Jahre rückwärts vorgelegten und ganz unverdächtigen Gutsrechnungen in genauer Uebereinstimmung mit einem früheren Erkenntnisse (Bl. f. N. Bb. XX S. 380) aufs neue dargelegt. Dann fahren die Gründe fort: Die beiden vernommenen Zeugen sind klassisch; ihre für jedes Jahr einzeln stehende Aussage ergänzt noch den aus den Rechnungen und den übrigen Urkunden hervorgehenden Beweis. Wenn die Anmerk. z. G. D. Kap. X §. 17 lit. e am Schlusse es in das Arbitrium der Richter stellen, ob testes singulares *adminiculativi* soweit konjungirt und verschmolzen werden können, daß eine vollständige Probe herauskömmt, so muß dasselbe nur desto mehr noch von dem Zusammentreffen einer Zeugenaussage mit einem mangelhaften Urkundenbeweise gelten.

Hiermit vereinigen sich noch folgende Nebenbeihilfe: a) b) daß der Beklagte seinen Widerspruch gegen die Klage gleich anfangs sichtbar nur auf Schrauben gestellt hatte, indem er denselben hinter die Worte: „als reale Abgabe“ versteckte, was er im Eingange seiner Berufung den Angelpunkt des ganzen Rechtsstreites nennt; c) daß dem Beklagten, persönlich anwesend, in seiner Frage an den Zeugen F. das ausdrückliche Geständniß entschlüpfte, daß streitige Gefäll bezahlt zu haben, was er fortwährend widersprochen hatte, woraus erhellet, daß letzteres bloß ein prozessualer Kunstgriff seines Anwaltes war, so daß ihn nun mit Recht nach Anleitung des fr. 4 pr. de interr. in jure (11, 1)

die verblente Folge trifft: *mentiendo sese oneravit*.

Der Inbegriff all' dieser Beweise, ihr innerer Zusammenhang und ihre genaue Uebereinstimmung sind geeignet, einen so tiefen und nachhaltigen Eindruck auf die richterliche Ueberzeugung hervorzubringen, daß ein vernünftiger Zweifel an dem Inhalte des Beweissthema nicht wohl möglich ist. Da nun die O. D. für die Würdigung des zusammengesetzten Beweises keine besonderen Regeln aufgestellt hat, so ist alles in diesem Belange dem richterlichen Ermessen überlassen, weshalb bei hergestellter voller Gewißheit von der formalen Zugabe eines für das Wesen der Sache selbst nutzlosen Erfüllungsbeides billig Umgang zu nehmen war. Indem die O. D. Kap. IX §. 13 am Schlusse keinen Theil an seinen Behehlen allzusehr eingeschränkt oder verkürzt sehen will, hat sie allen Richtern die Pflicht auferlegt, den dargebotenen Beweisen alle Beweglichkeit zu verleihen, welche mit der Absicht und dem Wortlaute der Gesetze vereinbar sind.

DAUG. v. 26. Mai 1856 in Sachen: Crailsheim
g. Höfer. Nr. 319⁵⁴/₅₅.

****.

3.

Beweislast in Realgewerbsstreiten.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt.

„Dem Vorbringen der Parteien zufolge muß als thatsächlich feststehend angenommen werden, daß seit 1809 der Vater des Beklagten und dieser selbst das fragliche Gewerbe ausgeübt haben, und zwar in realer Eigenschaft, daß also Beklagter Besitzer ist Nun ist es aber ein allgemeiner Grundsatz, daß der Besitzer seinen Rechtsgrund anzugeben

nicht verbunden, daher von der Beweislast frei ist. Nur für diejenigen Fälle wurde dieses in Zweifel gezogen, wenn es sich von dem Besitze der Beschränkung eines seiner Natur nach unbeschränkten Rechts, wie es das Eigenthumsrecht ist, handelt. In diese Klasse gehören aber reale Gewerbsrechte nicht. Der Besitz eines solchen entzieht dem Besitzer eines gleichen Rechts keinen Bestandtheil der darin enthaltenen Befugnisse in der Art, wie der Besitz einer Servitut Bestandtheile des Eigenthumsrechts mehr oder weniger aufhebt. In einem die Koexistenz realer Gewerbsrechte derselben Art betreffenden Streit muß sohin immer der Grundsatz seine Wirkung haben, daß der Besitzer causam possessionis zu beziren nicht verbunden ist. — Daß auf diese Art probatio negativa (daß Gewerbe des Beklagten sei kein reales) übernommen werden muß, ist eine unabwendbare Folge jenes civilrechtlichen Grundsatzes, welchen auch das bayer. Landrecht Th. II Kap. 5 §. 8 Nr. 3—7 adoptirt hat, nach dessen Bestimmung hier also auch die O. D. Kap. IX §. 3 Nr. 3 erläutert und verstanden werden muß.“

OAGG. v. 12. Febr. 1856. Nr. 1355⁵³/₂₄.

4.

Forderungen an die Staatskasse. Erlösung nach §. 31 des Finanzgesetzes von 1831.

Vgl. Bd. V S. 78.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

Der §. 31 hat bloß Forderungen an die Kassen zum Gegenstand, sohin bereits als liquid anerkannte, bei der Kasse zur Zahlung angewiesene Forderungen, zu welchen die hier in Frage befindliche nicht gehört.

OAGG. v. 6. Febr. 1855. Nr. 673⁵²/₅₃.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Vollständige Bezahlung im Sinne des Hypothekengesetzes §. 64 Abs. 3. — Heimsteuerforderung des Mannes nach dem Tode der Frau. — Testament. Erklärung durch einen Beistand. — Fideicommiss. Konstitution. Radikalisirte Eigenschaft. Kompetenz. — Dotations. Berechtigung eines Kindes, dem ein Voraus ausgemacht ist. — Verständniß im Strafverfahren. Wirksamkeit im Civilprozeß. — Erbschaftentfagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. — Berichtigung. —

„Vollständige Bezahlung im Sinne des Hypothekengesetzes §. 64. Absatz 3.“

Ueber diese Frage ist in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. XIX S. 30 ein Erkenntniß des kgl. AG. in Freising mitgetheilt, welches sich dahin ausspricht, daß die in §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Ges. vom 1. Juni 1822 dem jüngern das Einlösungsrecht geltend machenden Hypothekgläubiger gegenüber dem ältern obliegende Verbindlichkeit der vollständigen Befriedigung sich nur auf die prioritätsurtheilsmäßigen Ansprüche, nur auf die privilegierten nach §. 16 der Prioritätsordnung in die II. Klasse zu setzenden, nicht aber auf die ältern Zinsrückstände und die Kosten erstreckt. Da diese Frage zu den Kontroversen gehört, und mir in neuester Zeit oberrichterliche Erkenntnisse bekannt geworden sind, welche sich für die gegentheilige Ansicht aussprechen, daß nämlich im Falle des §. 64 Abs. 3 der jüngere Hypothekgläubiger

biger den ältern, welcher seinerseits ebenfalls vom Einlösungsrechte Gebrauch gemacht hat, auch bezüglich der nichtprivilegirten Zinsen und Kosten vollständig befriedigen müsse, da ferner diese Frage von praktischer Wichtigkeit ist, so möge es verstatet sein, auf dieselbe etwas näher einzugehen.

In den Motiven eines mir vorliegenden Erkenntnisses des kgl. O. von Schwaben und Neuburg vom 11. Sept. 1855, welches sich gegen die Eingangserwähnte Ansicht ausspricht, wird sich auf Gönners Kommentar zum Hyp.-Ges. Bd. I S. 537 bezogen, wornach der neuere Gläubiger, welcher das Einlösungsrecht ausübt, vor dem ältern, welcher es gleichfalls ausgeübt hat, den Vorzug nur in Folge des Ablösungsrechts, juris offerendi, nach §. 63 des Hyp.-Ges. soll erlangen können.

Zum §. 63 führt Gönners a. a. O. S. 513 Nr. 8 an, daß der abzulösende Gläubiger vollständig an Kapital, Zinsen und Kosten befriedigt werden müsse.

Obgleich sich nun die im letzterwähnten Erkenntnisse ausgesprochene Ansicht auf die gewichtige Autorität Gönners stützt, so glaube ich doch, daß der entgegengesetzten, wornach der Ausdruck „vollständige Bezahlung“ sich nur auf Kapital und privilegierte Zinsen erstreckt, der Vorzug zu geben sein dürfte, und zwar aus nachstehenden Gründen:

1) Der Wortlaut des §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Ges. scheint auf den ersten Anblick allerdings dafür zu sprechen, daß der jüngere, das Einlösungsrecht ausübende Hypothekgläubiger den ältern auch bezüglich der nicht privilegierten Zinsen und der Kosten befriedigen müsse.

Allein man darf den Abs. 3 des §. 64 des Hyp.-Ges. nicht aus seinem Zusammenhange reißen und für sich allein betrachten, sondern nur im Zu-

sammenhange mit den übrigen Bestimmungen dieses Paragraphen und dem ganzen Geiste des Hyp.-Gef. und der Prioritätsordnung. Hier fällt vor Allem auf, daß das Gesetz das Einlösungsrecht außer dem Unversalkonkurs nur allein dem Hypothetgläubiger einräumt. Wir haben es also nur mit Hypothetforderungen zu thun, und wenn das Gesetz von vollständiger Befriedigung des vorgehenden Hypothetgläubigers spricht, so hat es gewiß nur die Hypothetforderungen desselben und nicht auch dessen allenfallsige Kurrentforderungen im Auge gehabt.

Die Hypothet erstreckt sich nun aber bekanntlich nur auf das Kapital und die privilegirten Zinsen hieraus. §. 42 des Hyp.-Gef. Die nicht privilegirten Zinsen und die Kosten erscheinen als bloße Kurrentforderungen. Der Gesetzgeber hat das Einlösungsrecht nur zur Sicherung der Hypothetforderungen eingeräumt, er hat es eben deshalb nur dem Hypothetgläubiger gegeben. Es läge eine große Inkonsequenz darin, wenn der jüngere Hypothetgläubiger nicht bloß die ihm vorgehende Hypothetforderung des ältern Hypothetgläubigers, welcher dieses Recht ebenfalls ausgeübt hat, vollständig befriedigen müßte, sondern auch die ihm nachgehende Kurrentforderung desselben, nämlich die nicht privilegirten Zinsen und Kosten.

2) Wenn der einlösende Gläubiger mehrere verschiedenen Rang habende Hypothetforderungen hat, so muß er sich darüber aussprechen, bezüglich welcher dieser Hypothetforderungen er das Einlösungsrecht ausüben will. Wenn z. B. ein Hypothetgläubiger das Einlösungsrecht bezüglich einer im fünften Rang eingetragenen Hypothetforderung ausübt, und derselbe Gläubiger noch eine weitere Hypothetforderung hat, welche im siebenten Range eingetragen ist, und wenn dann ein im achten Range eingetra-

gener Hypothetgläubiger ebenfalls das Einlösungsrecht ausübt, so ist dieser im Falle der Unzureichendheit des Meistgebotes gewiß nur verpflichtet, den ältern Hypothetgläubiger hinsichtlich der im fünften Rang eingetragenen Hypothetforderung vollständig zu befriedigen, nicht aber braucht er auch die im siebenten Range eingetragene Forderung des ältern Hypothetgläubigers, bezüglich welcher derselbe das Einlösungsrecht gar nicht ausgeübt hat, zu befriedigen.

Nun kann aber das Einlösungsrecht außer dem Universalconkurs bezüglich einer bloßen Currentforderung gar nicht ausgeübt werden, folglich ist unter vollständiger Befriedigung des ältern Hypothetgläubigers nur die Befriedigung der in II. Klasse zu lozirenden Hypothetforderung zu verstehen d. h. also des Kapitals und der privilegierten Zinsen; bezüglich der in fünfter Klasse zu lozirenden ältern Zinsen und der Kosten kann außer dem Universalconurse das Einlösungsrecht gar nicht ausgeübt werden, zur Sicherung dieser nicht privilegierten Forderungen ist daher das Einlösungsrecht auch nicht gegeben.

Setzen wir den Fall, daß das Meistgebot für ein im Zwangswege versteigertes Anwesen den Schätzungspreis übersteige, und gerade so viel betrage, daß sämtliche Hypothetkapitalien und privilegierte Zinsen vollständig befriedigt würden, so müßte sich auch der erste Hypothetgläubiger den Verlust der nicht privilegierten Zinsen und Kosten gefallen lassen, weil er ja in diesem Falle das Einlösungsrecht gar nicht ausüben könnte.

Sollte er nun besser daran sein, wenn dieses Meistgebot etwa nur die Hälfte beträgt, also weit weniger Mittel gegeben sind, zur Befriedigung der Gläubiger? Soll er befriedigt werden für nicht privilegierte Forderungen zum Nachtheil der privilegierten?

3) Der Erlös der Hypothekenobjekte ist zunächst bestimmt zur Befriedigung der Hypothekgläubiger, welche ein dingliches Recht darauf haben; bloße Kurrentforderungen haben auf diesen Erlös so lange keinen Anspruch, als noch Hypothekforderungen vorhanden sind. Es wäre also gewiß inkonsequent und dem Geiste des Hyp.-Gef. widersprechend, wenn im Falle der Unzureichenheit der Masse ein Gläubiger für nicht privilegierte Zinsen und Kosten also für eine bloße Kurrentforderung aus der Immobiliarmasse befriedigt würde, während Hypothekgläubiger, welche doch ein ausschließendes Recht auf diese Masse haben, leer ausgehen.

4) Das Einlösungsrecht ist keineswegs identisch mit dem jus delendi und ebensowenig mit dem jus offerendi. Der Satz Gönners, den übrigens auch Lehner in seinem Lehrbuche des Hypothekenrechtes Thl. I §. 116 aufstellt, daß der neuere Hypothekgläubiger bei Geltendmachung des Einlösungsrechtes den Vorzug vor dem ältern nur in Folge des Ablösungsrechtes, juris offerendi ansprechen könne, scheint mir daher ein gänzlich unhaltbarer, welcher im Hyp.-Gef. seine Begründung nicht findet.

5) Indem das Hyp.-Gef. nur den privilegierten Zinsen das Vorzugsrecht des Hypothekkapitals einräumt, will es verhindern, daß ein Gläubiger allzuhohe Zinsrückstände anwachsen lasse und dadurch die nachfolgenden Hypothekgläubiger an ihren Kapitalien Verlust leiden. Es wäre eine Prämie auf die Nachlässigkeit des Hypothekgläubigers in Weitstellung der verfallenen Zinsen, wenn der §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Gef. den von Gönnner angeführten Sinn hätte.

Die Geltendmachung des Einlösungsrechtes hat keinen Einfluß auf das Vorzugsrecht einer Forderung. Dadurch daß auch der ältere Hypothekgläubiger das Einlösungsrecht seinerseits geltend macht,

erwirbt er bezüglich der nicht privilegierten Zinsen und Kosten kein Vorzugsrecht, sondern er kann vom jüngern Hypothekgläubiger nur die vollständige Befriedigung derjenigen Forderungen verlangen, welche ihm vorgehen.

Auß diesen Gründen glaube ich, daß die in Bb. XIX S. 30 dieser Blätter allegirte Entscheidung der vorwürrigen Frage die richtige ist und die vollständige Befriedigung sich nur auf die privilegierten in II. Klasse zu lozirenden Ansprüche zu erstrecken habe. Advokat Fleißner.

Nachschrift. Ein in diesem Sinne ergangenes O.U.G. vom 18. Juli 1856 (Nr. 1309⁵⁵/₆₀) wird demnächst mitgetheilt werden.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Steuerforderung des Mannes nach dem Tode der Frau.
Würzburger Recht.

Auß der Begutachtung eines Rechtsfalles in III. Instanz entnehmen wir, was folgt:

Nach der gesetzlichen Vorschrift der fränkischen Landgerichtsordnung Th. III Tit. 98 §. 1 sind die Eltern ihren Kindern, welche sich noch in ihrer Gewalt befinden, zur Zeit des Verheirathens ein Heirathgut zu geben schuldig. Den Kindern ist also durch diese gesetzliche Bestimmung ein vermögensrechtlicher Anspruch an ihre Eltern verlehnen. Der Anspruch auf ein Heirathgut und auf eine bestimmte Größe desselben ist kein solcher, der sich nicht von der Person des Forderungsberechtigten trennen läßt, sondern er bildet einen Theil seines Vermögens; von höchst persönlicher Art ist nur das zwischen Eltern und Kindern durch die Erzeugung entstandene Ver-

wandtschaftsverhältniß, nicht aber die dadurch begründeten Forderungsrechte am Vermögen der Eltern

Die den Eltern obliegende Verbindlichkeit zur Verabreichung einer Steuer ist in der Verpflichtung, ihren Kindern zu ehelichen Heirathen zu verhelfen (R.D. Tit. 106 §. 3), gegründet. Durch das Heirathgut sollen den Eheleuten die Mittel gegeben werden, die mit dem Ehestande verbundenen Lasten zu bestreiten. Hat die Tochter bei ihrer Verheirathung von ihrem Vater eine Steuer noch nicht erhalten, so bleibt dieser vermögensrechtliche Anspruch auch während der Ehe fortbauernb wirksam. Ist zwischen den Eheleuten durch die in der Ehe erzeugten Kinder das Rechtsverhältniß einer allgemeinnen ehelichen Gütergemeinschaft herbeigeführt worden, so sind alle Vermögensrechte der beiden Eheleute, sie mögen von der Frau oder von dem Manne erworben worden sein, nach Tit. 90 §. 1 ein gemeinsames Gut. Vgl. Tit. 96 §. 5. Dem Ehemanne steht die Befugniß zu, dieses Vermögen zu verwalten, und die darauf Bezug habenden Rechte gerichtlich zu verfolgen und geltend zu machen.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß der Ehemann bei Lebzeiten der Ehefrau die Klage auf Verabreichung eines Heirathgutes zu erheben vollkommen legitimirt wäre. In einem O.A.G. v. 20. Febr. 1846 (Nr. 164⁴³/₄₄.)

Bl. f. R.A. Bd. XVIII S. 368

Ist hie mit übereinstimmend auch bereits ausgesprochen worden, daß durch den Umstand, daß in dem Ehevertrage die Braut resp. Frau als die Person bezeichnet ist, welche die Steuer zu erhalten habe, der Mann bei noch andauernder Ehe, weder gehindert werde, auf deren Entrichtung Klage zu erheben, noch dabei an den Konsens der Frau gebun-

den sei, so daß selbst der Dissens derselben, ihre Zustimmung zu der Entrichtungszweigerung von Seite des Beklagten, dem klagenden Manne nicht im Wege stehe. Diese Befugniß ist dem Ehemann im Tit. 101 §. 2, 3 ausdrücklich eingeräumt¹⁾; denn es heißt daselbst:

Wenn innerhalb 2er Monate das Heirathgut nicht vergnügt und bezahlt wird, so mag der Ehemann, als der die Bürde der Ehe trägt, das Heirathgut in der Güte oder mit Recht einfordern und einbringen.

..... Es ist daher nur noch zu erwägen, ob diese Befugniß des Klägers nicht durch den Tod der Ehefrau eine Aenderung erleidet; denn das Heirathgut soll dazu dienen, den Aufwand des Ehestandes zu bestreiten, durch den Tod eines Ehegatten wird aber die Ehe aufgelöst. Allein im Falle, wenn der verstorbene Ehegatte leibliche Kinder hinterlassen hat, hören die durch die Eingehehung bereits begründeten und erworbenen Rechte nicht auf; das Rechtsverhältniß der durch die Kinderzeugung eingetretenen ehelichen Gütergemeinschaft dauert (in seinen Wirkungen) fort; der Zweck, zu welchem das Heirathgut gefordert wird und gegeben werden soll, ist noch fortwährend vorhanden; der gemeinschaftliche Haushalt, welchen der Vater mit den von der verlebten Ehefrau geborenen Kindern fortführt, verursacht unvermeidliche Kosten und Ausgaben, der überlebende Ehegatte ist nach Tit. 90 §. 3 verbunden, die Kinder von dem gemeinsamen Gute zu unterhalten, in Ehrbarkeit zu

¹⁾ Und zwar nach Inhalt des Tit. 101 ohne Unterschied der Fälle, ob das Heirathgut auf Grund gesetzlicher Vorschrift oder ausdrücklicher Zusicherung gefordert wird; obwohl die Ueberschrift des Titels nur der versprochenen Heirathgüter erwähnt.

erziehen, ihrem Stande angemessene Künste und Gewerbe lehren zu lassen, und sie bereinst auszusteuern. Um diese ihm aufgelegten Pflichten zu erfüllen, muß der Ehemann, welcher nach dem Ableben seiner Frau der alleinige Eigenthümer des gesamten ehelichen Vermögens in dem Maße verbleibt, daß den Kindern an des verstorbenen Vaters oder Mutter Gut ein bestimmter Antheil in so lange nicht zusteht, als die Theilung von dem überlebenden Ehegenossen nicht verwirkt oder anerboden ist, — auch befugt sein, die seiner Ehefrau zugestandenen Vermögensrechte geltend zu machen.

Auf dieses Klagerrecht ist auch der Umstand ohne Einfluß, daß der Kläger zur Wieberverehelichung geschritten ist; denn es sind bei derselben die erstehelichen Kinder — die Enkel des Beklagten — von dem väterlichen und mütterlichen Vermögen nicht abgetheilt, sondern sie sind vereinschaftet worden, es ist daher eine unrichtige Behauptung des Beklagten, daß mit dem Uebertritte des Klägers zur zweiten Ehe alle Rechtsverhältnisse aus voriger Ehe als abgeschlossen zu betrachten seien; die Vereinschaftung hat vielmehr diese vermögensrechtlichen Verhältnisse aufrechterhalten.

Dieser Ausführung entsprechend ist in den Motiven des DAGE. v. 1. Sept. 1855 die Annahme, daß nur der verlebten Ehefrau des Klägers das Recht zugestanden habe, eine Heimsteuer von ihrem Vater zu verlangen und einzufügen, und daß durch ihren Tod und durch den vom Kläger mit seiner zweiten Ehefrau ertichteten Vereinschaftsvertrag alle rechtlichen Wirkungen der in erster Ehe bestandenen allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft aufgehört hätten, — für unrichtig erklärt worden.

DAGEkten Nr. 222³³/₅₄.

2.

Testaments-Erklärung durch einen Beistand.

Vgl. unten S. 455.

Daß zu Gerichtß-Protokoll erklärte Testament der M. B. Gehr wurde von den Intestaterben unter andern aus dem Grunde angefochten, daß der Inhalt des Testaments nicht von der Testirerin selbst, sondern von dem als Beistand miterschiene- nen M. Alt zu Protokoll gegeben worden sei, ohne daß die G. bei ihrer Taubheit dessen Erklärung habe hören können. Dieser Anfechtungsgrund wurde oberstrichterlich für unerheblich erachtet. *Motive:*

Es ist ein durchaus wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit eines öffentlichen Testaments, daß dasselbe in Gegenwart und auf die Erklärungen des Testirers hin von der Gerichtskommission aufgenommen wird, weil nur unter dieser Voraussetzung Gewißheit darüber besteht, daß dasselbe dessen wahren und eigenen Willen enthält und konstatirt. Unstatthaft ist daher die Stellvertretung beim Testiren durch einen Bevollmächtigten; denn bei einem solchen, auch seine größte Gewissenhaftigkeit vorausgesetzt, bleibt es immer zweifelhaft, ob er die wirkliche Willensmeinung des Testirers richtig aufgefaßt und zu Protokoll gegeben hat; und zudem wäre hierdurch der Täuschung und dem Betrüge ein um so bedenklicherer Spielraum eröffnet, da das Testament erst mit dem Tode des Erblassers in Wirksamkeit und in der Regel in die Öffentlichkeit tritt, und alsdann die einzige Person nicht mehr existirt, welche die etwa vorhandenen Unrichtigkeiten in der öffentlichen Urkunde zu berichtigen im Stande wäre.

Dieses Grundsatzes ungeachtet bleibt es dem Testirer unbenommen, sich eines Beistandes, einer Mittelsperson zu bedienen, und durch deren Organ

seinen letzten Willen der Gerichtskommission kund geben zu lassen, wenn nur diese Mittheilung und die Protokollierung derselben in seiner Gegenwart stattfindet, und er das Protokoll nach Kenntnißnahme von dessen Inhalt genehmigt.

Unter dieser Voraussetzung kann nämlich kein vernünftiges Bedenken darüber obwalten, daß nichts Anderes als der Wille des Testirers gerichtlich bezeugt wurde, und daß zu diesem Ende errichtete Protokoll muß deshalb eben so gültig und rechtswirksam erachtet werden, als wenn dessen Inhalt der Gerichtskommission unmittelbar durch den Mund des Testirers eröffnet worden wäre.

In dem Eingange des angeforderten Testaments ist nun erwähnt, daß die M. B. Gehr in Person vor der Gerichtskommission erschienen ist und vorgetragen hat, daß sie ihren letzten Willen zu gerichtlichem Protokoll geben wolle, und den anwesenden N. Alt (wegen ihrer bedeutenden Parthörigkeit) als Beistand mitgenommen habe. Alsdann finden sich deren letztwillige Verfügungen niedergeschrieben, als ob sie unmittelbar von ihr selbst diktiert worden wären, und endlich ist am Schlusse des Protokolls bezeugt, daß ihr das Testament langsam und deutlich vorgelesen wurde, und daß sie erklärte, nichts beizusetzen oder daran zu ändern zu haben.

Es ist somit die ununterbrochene Anwesenheit der Testirerin während der Testamenterrichtung, deren Kenntnißnahme von dem Inhalte des Protokolls und ihre ausdrückliche Genehmigung desselben durch die öffentliche Urkunde konstatirt, und es erscheint demgemäß nach dem Obengesagten für den Rechtsbestand der letztwilligen Verfügung ganz unerheblich, ob N. Alt bei der Verhandlung in der von den Klägern behaupteten Weise thätig war oder nicht.

Es will zwar die Erheblichkeit der Beweisaufgabe in Betreff der Behauptung:

Daß nicht M. B. Gehr sondern M. Alt das fragliche Testament zu Protokoll erklärt habe, —

durch die Erwägung begründet werden, daß im Falle der Erbringung dieses Beweises das Testament, nach dessen Abfassung die Testirerin selbst und unmittelbar ihren letzten Willen zu Protokoll gegeben zu haben scheint, ein Falsum enthalte, und aus diesem Grunde unglaubwürdig und nichtig sei. Diese Argumentation ist aber unstichhaltig, weil die entscheidende Frage nur die sein kann, ob das Protokoll wirklich den letzten Willen der Testirerin enthält, während die Formulirung der Willenserklärung und die Nichterwähnung des Umstandes, daß sich die Testirerin eines Organs, einer Mittelsperson zur Verständigung der Gerichtskommission bediente, etwas ganz Unwesentliches ist, und daher auf die Gültigkeit des Protokolles keinen Einfluß äußern kann.

Nach dem Vorbringen, es habe die Testirerin bei ihrer Taubheit weder die Erklärung des M. Alt hören, noch das Protokoll beim Vorlesen verstehen können, ist noch die Frage aufzuwerfen, ob nicht die gedachte Beweisaufgabe¹⁾ mit dem (eventuell beantragten) Zusatz aufrecht zu erhalten sei: die Testirerin sei in so hohem Grade harthörig gewesen, daß sie das Vorlesen des Testamentsprotokolles nicht habe verstehen können. Allein dieses Aßert der Kläger findet sich dadurch widerlegt, daß in dem Protokolle konstatirt ist, die Gerichtskommission habe sich mit der Testirerin in ein Gespräch eingelassen und sich dabei überzeugt, daß sich dieselbe bei ganz gesunder Vernunft befinde, was nothwendig ein Hören und Verstehen der an sie gerichteten Fragen und

¹⁾ Auf welche in den beiden ersten Instanzen erkannt worden.

passende Antworten darauf voraussetzt. Es kann deshalb das fragliche Affect keine weitere Beachtung finden, besonders da die bezügliche Stelle des Protokolls von Seite der Kläger nicht mit Widerspruch belegt worden ist.

DAUG. v. 4. März 1856. Nr. 294⁵⁵/₅₆.

3.

Tafelrecht. Konstatirung radizirter Eigenschaft. Kompetenz.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

„Der zur Beurtheilung vorliegende Antrag bezweckt nicht die Konstatirung der Realität des fraglichen Tafelrechtes, sondern dessen radizirter Eigenschaft. Allerdings nun wird dieß nach dem Gewerbegeetze v. 1825 Art. 4 Nr. 5 in Verbindung mit Nr. 2 lediglich dadurch bedingt, daß die Tafeln zur Zeit der Publikation dieses Gesetzes mit den dazu erforderlichen Einrichtungen bereits bestand, ohne daß darauf etwas ankam, ob sie bis dahin etwa nur auf Konzession beruht hatte.

Alein die Frage, ob bei einer Wirthschaft die Erfordernisse nach dem angef. Art. 4 Nr. 5 im Jahre 1825 existirten, damit jene als radizirt fortbestehen könne, ressortirt nicht zu den Gerichten. Sie wurde der richterlichen Kognition nicht nur nirgends unterstellt, sondern in der Vollzugsinstruktion v. 28. Dez. 1825 unter Nr. 2.

Döllinger Verordnungs-Sammlung Bb. 14

Th. 3 S. 1042

ausdrücklich den Gewerbepolizeibehörden überwiesen. Daher spricht auch das Ministerialreskript v. 28. Aug. 1835, auf welchem das Konstatirungsverfahren in der Praxis der Gerichte beruht, von den radizirten Gewerbrechten überhaupt gar nicht.

S. auch das Erf. des obersten Gerichtshofs

v. 18. Januar 1853 im Reg.-Bl. v. 1853.
St. 9 S. 165.

Nur die Wirthschaftsrechte, welche von Seite der Gewerbepolizeibehörde als im Jahr 1825 rabinirt anerkannt und dem Kataster einverleibt worden, sind dann als Vermögensrechte gemäß Art. 4 Nr. 2 des Gewerbgesetzes nach den Civilgesetzen zu beurtheilen."

DAß. v. 26. Januar 1856. Nr. 826⁵³/₅₄.

4.

Dotations-Berechtigung eines Kindes, dem ein Voraus ausgemacht ist.

Würzburger Recht.

In der drittinstantlichen Begutachtung eines Rechtsfalles kam hierüber vor:

Die Tochter, welcher bereits vermöge ihrer Vereinfindschaftung ein Voraus festgesetzt wurde, ist nicht schuldig, diesen Voraus, welchen ihr der Vater bei ihrer Verheirathung in der von ihm gehegten Absicht verabsolgte, um hiemit die Tochter zugleich bezüglich ihres Heirathgutes abzufertigen, in der Eigenschaft eines Heirathgutes anzunehmen, weil der Vater nach (Th. III) Tit. 98 §. 2 der fränk. LÖD. verbunden ist, den Kindern bei ihrer Verheirathung nicht nur den Voraus, sondern auch aus andern Gütern etwas Ferneres zum Heirathgute zu geben. Wenn also die ausgehändigten 800 fl. Voraus zugleich die Stelle des Heirathgutes mitvertreten sollten, so konnte dieses nicht anders als mit besonderer Zustimmung und Einwilligung seiner Tochter geschehen; denn der Voraus gebührte der Tochter kraft des Einfindschaftsvertrages, die Heirathsteuer aber kraft der gesetzlichen Bestimmung des Statutarrechtes.

Dieser Ausführung entsprechend heißt es in

den Motiven des DAGE. v. 1. Sept. 1855: Eltern sind unter Umständen auch in dem Falle zur Verabreichung eines Heirathsgutes verbunden, wenn Kindern in Folge vorausgegangener Vereinfindschaftung bereits ein Voraus-Vermögen festgesetzt worden ist, welches ihnen bei ihrer Verheirathung ausgehändigt werden soll.

DAGEkt. Nr. 222⁵³/₅₄.

5.

Geständniß im Strafverfahren. Wirksamkeit im Civilprozeß.
Vgl. Ob. I S. 47.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Aus dem strafgerichtlichen Erkenntniß des Kr. und StG. Würzburg geht hervor, daß Rosine S. die Thatfache eingeräumt und zugestanden, sie habe bereits vor dem Beischlase mit dem Beklagten F. den Beischlaf mit dem Zimmergesellen W. vollzogen, dieselbe Thatfache, über welche sie im Civilverfahren den Eid dahin abgelegt hatte, daß sie sich vor dem mit F. gepflogenen Beischlase andern Mannspersonen nicht preisgegeben habe.

Dieses Geständniß bildet einen neuen, vorher noch nicht bekannt gewesenen Beweisgrund, durch welchen auch im Civilverfahren der beweispflichtige Theil von jeder Beweisführung befreit wird; was eine Partei sich zum Nachtheile, dem Gegner zum Vortheile als wahr und richtig einräumt, ist als vollbewiesen, als juristisch gewiß anzunehmen. O. Kap. XII S. 1.

Der Umstand, daß das Geständniß in dem Strafverfahren abgelegt wurde, ist der civilrechtlichen Wirksamkeit desselben nicht hinderlich. Die Folgen eines in einer Kriminalsache abgelegten Geständniß-

seß sind in die Lebensverhältnisse so tief eingreifend, daß die Annahme wohl gerechtfertigt ist, dasselbe sei mit reiflicher Ueberlegung und mit wohlbedachtem Entschlusse abgelegt worden; denn ohne besonderen Grund läßt sich nicht denken, daß sich Jemand durch ein falsches Geständniß ein unverdientes Uebel zuziehen, und seiner bürgerlichen Ehre verlustig machen werde.

Es sind daher die Einwendungen, daß das Geständniß nicht vor dem kompetenten Civilrichter, nicht dem Gegner (Beflagten) gegenüber, und nicht mit der Absicht, bezüglich der Entschädigungsforderung einen Rechtsanspruch aufgeben zu wollen (*animo constitendi*), abgelegt worden, von keiner Erheblichkeit.

DAUG. v. 11. April 1856 Nr. 1341^{54/55}.

6.

Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist.

Preuß. RR. Th. I Tit. 9 §§. 383—5, 406, 400—12, 420—1;
Tit. 16 §§. 378, 390.

Die von dem Erben nach Ablauf der Ueberlegungsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf; eine solche Entsagung kann nicht nach den für Erbschaftsentsagungen gesetzlich gegebenen Grundsätzen beurtheilt werden, ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und nach den für die letzteren geltenden Grundsätzen die rechtliche Wirkung einer solchen Entsagung zu ermessen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 25. Nov. 1853. Entsch. d. O. T. Bd. 26 S. 253.

Berichtigung. Im Comment. zur O. D. Bd. III Auf. II S. 178 Note 23 B. 4, 5 statt „XVI S. 298“ ließ „XIII S. 398.“

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer. — Verbindung des Possessorium ordinarium und des Pettitorium; das letztere immer nur ausbülswelt zu verstehen. — Penſiung des Telegraphen im Kaufmännischen Verkehr. — Statuten-Kollision. Ertelnde Injurien. — Erlöshül von Realgewerberechten durch Nichtausübung. — Gewerbskaduzität. Geltungsgebiet der Verordnung vom 8. Febr. 1811. — Hausbau auf fremdem Grundstüd, mit Einwilligung des Eigenthümers. — Erbschaftentfugung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. — Dreißigjährige Nichtausübung als Erlöshülsgrund bei Realgewerberechten. —

Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer.

Daß durch §. 52 des Hyp.-Ges. einem Gläubiger gegebene Rechtsmittel zeichnet sich bekanntlich inmitten unseres sonst etwas schwerfälligen Prozeßrechtes durch eine wahrhaft zeitgemäße, d. h. den Interessen des heutigen Verkehrs entsprechende, Raschheit und Energie des Verfahrens aus. Es wird daher nicht zu verwundern sein, wenn einem Angriffe gegen die bisher im Ganzen unbeanstandete Ausdehnung dieses Rechtsmittels, wie ihn Herr Staatsanwalt Kleiner in Nr. 7 dieser Blätter geführt hat, besonders aber, wenn derselbe mit so scharfen Waffen und von so kundiger Hand unternommen wird, allseitig mit Widerlegungen begegnet werden will, und vielleicht bewegt die der Perle des bayerischen Prozeßes drohende Gefahr auch die verehrliche Redaktion dazu, ausnahmsweise die Schranken für ein Kontroversenturnier zu öffnen. So entschloß sich denn auch Schreiber dieser Zeilen seinen kleinen Beitrag zu der in Frage stehenden Verthei-

bigung zu liefern, und hierin besonders diejenigen Punkte hervorzuheben, welche der Herr Herausgeber in seiner Nachschrift unberührt gelassen hat.

Herr Kleiner stellt zuerst auf, daß schon durch den Wortlaut des §. 52 cit. die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer ausgeschlossen werde, weil daselbst nur vom „Schuldner“ die Rede sei. Hiegegen wurde schon in der allegirten Nachschrift mit Recht hervorgehoben, daß höchstens aus jener Ausdrucksweise gefolgert werden könne, man habe bei der Redaktion des Gesetzes an einen dritten Besitzer nicht gedacht, daß hiemit aber noch keineswegs der Ausschluß desselben evident gestellt sei, vielmehr ein derartiger Ausschluß, wenn beabsichtigt, sicherlich auch ausdrücklich verordnet worden wäre. Allein ich gehe noch weiter und behaupte, daß unter dem „Schuldner“ schon an und für sich und von vornherein der dritte Besitzer begriffen ist, indem hier, wie nicht selten im Hypothekengesetz¹⁾, unter Schuldner nicht der persönliche, einfache Obligationsschuldner, sondern der Hypothekenschuldner verstanden werden muß. Hypothekenschuldner ist aber der durch eine Hypothekenschuld Verpflichtete. Was nun eine Hypothekenschuld sei, darüber gibt §. 42 des Hyp.-Ges. genügenden Aufschluß, indem derselbe über den Umfang der Hypothek Folgendes 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 eingetragen ist.“

¹⁾ Vgl. z. B. §. 53 a. E. §. 63 Abs. 1 §. 64 Abs. 4 §. 84 zc. Wohin würde man gelangen, wollte man alle diese Stellen nur von dem ursprünglichen persönlichen Schuldner verstehen!

Soweit also hiernach der dritte Besitzer auch bezüglich der Rückstände haftet, ist er eben wegen dieser seiner Haftung ein Schuldner, und speciell ein Hypothekenschuldner.

Es erleidet deshalb schon dem Wortlaute nach der §. 52 cit. auch auf ihn Anwendung. —

Ein weiteres Gewicht wird von Herrn Kleiner auf die Eintheilung und Reihenfolge der §§. 42—58 des Hyp.-Ges. gelegt. Außer dem, was gegen seine Ansicht bereits in der Nachschrift über den Gegensatz jener Gesetzeabtheilungen untereinander ausführlich dargelegt wurde, möchte noch zu bemerken sein, daß sich keineswegs behaupten läßt, es werde zuerst lediglich vom persönlichen Schuldner und dem gegen diesen zustehenden privilegierten Verfahren, und dann erst vom dritten Besitzer gesprochen. Im Gegentheile ist bereits im Eingange des ganzen Abschnittes, in §. 42, bei der Feststellung des Umfanges einer Hypothekforderung, gerade in Bezug hierauf des dritten Besitzers schon gedacht worden, und mit Recht läßt sich aus diesem Umstande die Folgerung ableiten, daß der im Vorausgehenden präzisirte Umfang und Begriff für alle weiteren nachfolgenden Bestimmungen maßgebend sein soll.

In wie ferne aber die — zudem auf bestrittener Auslegung beruhende — Verordnung des §. 52, daß nur die Zinsen aus den zwei vorhergehenden Jahren, nicht auch die Zinsrate aus dem laufenden Jahre, mit der Hypothekenzinsklage verlangt werden können, auf den dritten Besitzer „nicht passe,“ dürfte kaum abzusehen sein. Denn wenn auch die Haftung dieses letzteren nach andern Gränzen bestimmt ist, so ist trotzdem sehr wohl möglich, daß diese Gränzen theilweise mit den Gränzen der Hypothekenzinsklage zusammenfallen, und daß er deshalb mit dieser letzteren, soweit eben deren

Gränze das Gebiet seiner Haftung noch in sich begreift, belangt werden kann. Zwei sich durchschneidende Kreise, welche ein Segment gemeinschaftlich haben, sind in wirklichem, wie auch in metaphorischem Sinne, wohl keine Seltenheit!! Es ist durchaus keine Nothwendigkeit, daß die beiden gedachten Verpflichtungen — nämlich die des dritten Besitzers überhaupt und die, auf die Hypothekenzinsklage antworten zu müssen, völlig identisch und congruent sein müssen.

Ähnlich ist auch der Einwand zu widerlegen, daß der Beklagte nach dem Gesetze bloß bei Vermeidung der Exekution im Allgemeinen zur Zahlung aufzufordern ist, während doch einem dritten Besitzer gegenüber die Exekution bloß an dem Hypothekenobjekte statt finden könne. Die Exekution muß eben je nach der Beschaffenheit des Falles eine gesetzmäßige sein, und, wenn auch der Gläubiger die Wahl des Exekutionsobjektes hat, so darf er sich doch trotzdem nicht hierbei über die gesetzlichen — seien es nun generelle oder specielle — Vorschriften hinwegsetzen. Wie er z. B. ungeachtet seiner freien Wahl kein fremdes Eigenthum oder auch nicht die Besoldung eines Polizeisoldaten²⁾ vorschlagen darf, so ist ihm in dem unterstellten Falle nicht erlaubt, etwas Anderes, als das verpfändete Immobile, vorzuschlagen. Durch diese Beschränkung wird aber weder Begriff noch Wesen der Exekution alterirt. Es rechtfertigt sich ferner auch die Strenge des §. 52 selbst einem dritten Besitzer gegenüber. Denn, da dieser wissen muß, daß er nach dem Inhalte des §. 42 cit. auch für die Schulden seines Vorgängers haften muß, kann es nur als eine

²⁾ Verordnung v. 18. Sept. 1813 (Reg.-Bl. v. 1813 S. 1213).

gewöhnliche Vorsicht angesehen werden, daß er sich vergewissert, ob nicht bei der Gutsübernahme noch dergleichen Rückstände, für welche er tenent ist, existiren. Hat er diese Vorsicht unterlassen, so mag er sich selbst die übeln Folgen hievon zuschreiben. Uebrigens bleibt ja auch nach geschehener Zahlung dem Beklagten die Rechtsverfolgung vorbehalten, und dieser Vorbehalt ist im unterstellten Falle um so wirksamer, als naturgemäß der Hypothekenschuldner immer leicht seine Befriedigung bei dem Hypothekgläubiger, welche er so zu sagen selbst in Händen hat, finden, und überdies vor jeder etwa durch Cession zu befürchtenden Gefährde sich durch eine einfache Protestation schützen kann³⁾.

Der Schlusssatz des §. 52 endlich, daß es hinsichtlich älterer Zinsrückstände bei den Vorschriften der Prozeßordnung zu verbleiben habe, spricht eher gegen, als für die Ansicht des Herrn Kleiner. Gerade, weil hiernach der §. 52 auf Verhältnisse, wo der dritte Besitzer nicht im Spiele ist, nicht anwendbar ist, kann behauptet werden, daß er umgekehrt in den Fällen seiner Anwendung sich auch auf den dritten Besitzer erstreckt. Wenn §. 52 auch solche Fälle unter sich begreifen würde, wo der dritte Besitzer gar nicht haften kann, dann rechtfertigte sich vielleicht die Deduktion, daß man den dritten Besitzer habe ausschließen wollen, obwohl hier noch immer zu untersuchen übrig bleibt, ob neben jenen auf den dritten Besitzer unbezüglichen Fällen nicht auch solche Rechtsverhältnisse unter das Gesetz zu subsumiren sind, bei denen dieser theilhaftig sein kann.

Es kann ferner nicht gegen die Ausdehnung der Hypothekenzinsklage auf den dritten Besitzer ein-

³⁾ Hyp.-Gef. §. 26 Nr. 5. §. 27.

gewandt werden, daß für die Regreßansprüche des Letzteren wegen des durch die Hypothekenzinsklage ihm zugegangenen Schadens durch den §. 58 des Hyp.-Ges. nicht gesorgt sei. Denn es findet das Gegentheil statt, es ist für die bezeichneten Regreßansprüche vollkommen gesorgt. Wenn ein dritter Besitzer mit der Hypothekenzinsklage belangt und verurtheilt wird, so sind bloß zwei Fälle möglich: entweder zahlt er das Libellat freiwillig oder das Hypothekenobjekt wird zwangsweise verkauft ⁴⁾. Im ersteren Falle hat er aber offenbar eine Hypothekschuld bezahlt, da unter diesen Begriff nach §§. 42 und 54 des Hyp.-Ges. auch die eingeklagten Rückstände, soweit sie überhaupt vom dritten Besitzer verlangt werden können, fallen; und er kann somit mit Bezug auf §. 58 cit. unbeanstandet seinen Regreß nehmen. Im andern Falle aber muß immer, und zwar von selbst, mit der Hypothekenzinsklage auch die Hypothekenklage im engeren Sinne zusammentreffen. Der Gläubiger hat bei einer solchen Gelegenheit immer auch das Kapital (ganz oder theilweise) zu erhalten, da nach §. 85 des Hyp.-Ges. durch einen unfreiwilligen gerichtlichen Verkauf einer Sache die Hypotheken darauf an und für sich erlöschen, jedenfalls wird aber das verpfändete Grundstück, und damit der Beklagte, von der Kapitalschuld befreit. Es ist demnach dieser letztere, trotzdem er nur mit der Hypothekenzinsklage belangt wurde, doch auch durch die Hypothekenklage im engeren Sinne aus dem Besitze des Gutes gekommen, und daher auch hiernach eine Voraussetzung des §. 58 cit. erfüllt. Uebrigens ist unter dem an dieser Stelle gebrauchten Ausdruck „dingliche Hypothekenklage“ sicher nicht bloß die eigentliche hypothe-

⁴⁾ Eine andere Exekution findet bekanntlich nicht statt.

caria in rem actio ⁵⁾, welche auf die Befriedigung der Kapitalschuld zielt, zu begreifen, sondern muß hierunter jedes gegen den dritten Besitzer ohne Rücksicht auf dessen persönliche Schulverhältnisse gerichtete, aus dem Hypothekenverbände überhaupt herrührende Rechtsmittel, also auch gegebenen Falles die Hypothekenzinsklage, verstanden werden, und rechtfertigt sich diese Interpretation um so mehr, als der Ausdruck Hypothekenzinsklage dem Gesetze selbst fremd und erst von der Doktrin erfunden worden ist, also der Gesetzgeber bei dem gebrauchten Ausdrucke „Hypothekenklage,“ in §. 58 nicht wohl an diesen Gegensatz, resp. an die gegnerische Restriktion auf die bloß das Kapital betreffende Klage gedacht haben kann.

In der von Herrn Kleiner vertheidigten Beschränkung der Hypothekenzinsklage liegt allerdings keine Gefährdung für den Hypothekgläubiger, wohl aber eine höchst benachtheiligende Verzögerung und Erschwerung in der Realisirung seiner ihm nach §. 42 und 54 des Hyp.-Ges. unbestreitbar zustehenden Ansprüche. Es ist deshalb dem Gläubiger wesentlich daran gelegen, auch den dritten Besitzer mit dem mehrgedachten Rechtsmittel belangen zu können.

So möchten alle Bedenken des Herrn Kleiner gegen diese Ausdehnung der Hypothekenzinsklage widerlegt sein, und

bei Ehren bleiben

Die Drakel, und gerettet sind die Götter.

Es übrigst nur noch auf ein dem Schlusse der

⁵⁾ Ich bemerke, daß auch nach gemeinem Rechte auch bloß wegen der Zinsen die *a. hypothecaria* angestellt werden kann (vgl. fr. 8 §. 5 de pign. act. (13, 7.)), also recht wohl auch unsere Hypothekenzinsklage im Allgemeinen mit diesem Namen bezeichnet werden durfte.

Abhandlung angefügtes Argument, daß unter Umständen der dritte Besitzer durch die Hypothekenzinsklage in eine schlimmere Lage, als der Schuldner selbst, gerathen könne, etwas einzugehen. Mag man nämlich den Ausdruck „letzte zwei Jahre,“ (aus denen die Zinsrückstände begehrt werden) als die letzten zwei Kalenderjahre oder als die vom letztverfallenen Zinstermin an rückwärts gelegenen zwei Jahre auffassen, immerhin muß in dieser Beziehung ohne Unterschied, ob die Hypothekenzinsklage gegen den ursprünglichen Schuldner, oder gegen den dritten Besitzer angestellt wird, das Gleiche gelten. Wenn die Verzinsung des Hypothekentapitals in Terminen von je 14 Tagen oder von einem Monate stipulirt ist, kann allerdings auch der dritte Besitzer mit der Hypothekenzinsklage alle 14 Tage oder alle Monate belangt werden; nicht minder kann es aber auch der ursprüngliche Schuldner, falls obige Termine nicht eingehalten werden, und demnach die betreffenden Zinsen „rückständige“ geworden sind. Hält man aber umgekehrt dieses dem Letzteren gegenüber für unstatthaft, so cessirt diese Verfahrungsweise eben so beim dritten Besitzer.

Uebrigens dürfte Herr Kleiner bei diesem Argumente übersehen haben, daß, wenn man von einer alle 14 Tage u. wiederholten Belangung wegen verfallener Zinsen spricht, man nur eben erst d. h. während des Besizes des Dritten verfallene Zinsen im Auge haben kann, in Bezug auf diese aber der dritte Besitzer keinesfalls als eigentlich unbetheiligte und nur zufällig hineinverflochtene Person erscheint, sondern nach der eigenen Schlußfolgerung des Herrn Kleiner hiefür, als für seine eigene Schuld, haftet, also auch gerade so wie der ursprüngliche Schuldner zu belangen sein wird.

Ortenau.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verbindung des Possessorium ordinarium und des Petitorium; das letztere aber nur aushülfsweise zu verstehen.

Ein Gutsherr hatte gegen einen seiner Grundholden eine jährliche Reichniß, welche ihm dieser verweigerte, eingeklagt und gebeten, ihn im Quasibesitz des Bezugs zu schützen, eventuell den Beklagten zu verurtheilen: er habe das gutsherrliche Recht anzuerkennen und das Gefäll von 1849 an fortzuentrichten. In beiden Beziehungen wurde dem Kläger der Beweis auferlegt, und derselbe nach dessen Durchführung in possessorio zum Erfüllungsseide zugelassen, in petitorio dagegen dem Beklagten der Reinigungsseid auferlegt. Mit der Abschwörung des letzteren wäre natürlich der ganze Erfolg des possessorisichen Sieges wieder verloren gegangen, während das Petitorium doch nur eventuell kumulirt war.

Auf das Revisionsgesuch beider Theile verurtheilte der oberste Gerichtshof den Beklagten in petitorio sogleich definitiv nach der Klagsbitte, weil sowohl in possessorio als in petitorio der Beweis der Klage vollständig aufgebracht sei. Den Uebergang der Entscheidungsgründe von dem ersteren auf den letzten Punkt bildet folgende Erwägung:

Die O. O. R. III §. 4 Nr. 1 und 13 läßt die Kumulirung des petitorium mit dem possessorium ordinarium, wie es auch im Wesen der Sache, nur alternativ und eventuell zu, und verordnet weiter Nr. 14: wenn solches ohne Protestation geschehen, so möge der Richter in einem oder anderen, welches er von beiden am ersten instruirt finde, allerdings sprechen. Hieraus ergibt sich of-

fenbar die Folge, daß, wenn der klagenden Gutsherrschaft schon bermalen, wie oben gezeigt, in possessorio der Sieg gebührt, das petitorium aber zu einer endlichen Entscheidung noch nicht bereift ist, weil es noch auf einen Eid anzukommen hätte, die Gutsherrschaft um die Früchte jenes Sieges nicht kommen darf, sondern dieselbe im Besitze zu schützen, dem Beklagten dagegen seine Negatorienklage für das petitorium vorzubehalten wäre.

GD. a. a. D. Nr. 5 und 6; bayer. RR. Th. II Kap. 7 §. 7 Nr. 11.

Daß die Verbindung des Petitoriums und seiner Begehren bloß zur Ausbülfe geschehen sei, steht schon in Kraft gesetzlicher Vorschrift fest; ist aber im gegebenen Falle durch den bloß eventuellen Anhang der petitorischen Klagsbitte noch besonders konstatirt.

Nur insoferne auch schon in der jetzigen Lage der Sache die zweite Revisionsbeschwerde des klagenden Gutsherrn auf eine definitive Verurtheilung der beklagten Relikten gegründet erscheint, ist die Sache dazu geeignet, zur Abschneidung aller späteren Weiterungen auch den Ausspruch im Petitorium damit zu verbinden. Diese Voraussetzung zeigte sich aber wirklich gegeben, . . . u. s. w.

DAGE. v. 27. Mai 1856. Nr. 154^{54/55}.

2.

Benützung des Telegraphen im kaufmännischen Verkehr.

In einem Rechtsstreite, zwischen einem Lomboner Hause (Kläger) und einem Hamburger in Betreff Getraidehandels geführt, war rechtskräftig festgestellt: dem klägerischen Hause sei so viel zu vergüten, als es bei einem ungesäumt nach Empfang des Schreibens vom 14. Mai in Hamburg geschehenen Ankauf der Waare nach damaligen

Preisstande mehr als 66 Schilling pr. Quarter hätte bezahlen müssen. Von klägerischer Seite wurde nun der Vergütungsberechnung der Preisstand vom 19. Mai zu Grunde gelegt, an welchem Tage die fragliche Ankaufsbordre bei Benützung des Telegraphen in Hamburg eingetroffen und zur Verwirklichung gelangt sein würde. Beklagterseits wurde hingegen der bedeutend verschiedene Preisstand vom 23. Mai zum Ausgangspunkt genommen, indem auf die Möglichkeit telegraphischer Mittheilung keine Rücksicht zu nehmen sei, eine briefliche Ankaufsbordre aber nicht vor dem 23. Mai in Hamburg hätte realisirt werden können.

Das Obergericht zu Hamburg entschied am 14. Januar 1856 im Sinne der klägerischen Aufstellung. Gründe:

Den Klägern muß hiebei allerdings gestattet werden, eine auf telegraphischem Wege ertheilte Ordre zu Grunde zu legen, indem derjenige, dem eine ungesäumte Mittheilung zur Bedingung gemacht ist, wenn auch nicht verpflichtet, doch jedenfalls berechtigt erachtet werden muß, sich des Telegraphen zu derselben zu bedienen. Ueberdies ist auch dieses Kommunikationsmittel schon an und für sich bei Aufträgen im Getraidehandel nicht ungewöhnlich und selbst in dem vorliegenden Fall von den Parteien bereits benützt worden. (Akten Nr. 5138).

3.

Statuten-Kollision. Briefliche Injurien.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir folgende Sätze:

Hinsichtlich der civilrechtlichen Folgen einer unerlaubten Handlung sind die Gesetze des Ortes, an welchem sie begangen wurde, in Anwendung zu bringen, und als Verübungsort einer brieflich zuge-

fügten Injurie kann nur derjenige, an welchem der Brief geschrieben und zur sicheren Bestellung aufgegeben, nicht aber derjenige, an welchem er von dem Adressaten in Empfang genommen worden, angesehen werden; denn am ersteren Orte hat der Injurient Alles gethan, was seinerseits geschehen mußte, damit die ehrverletzende Mittheilung an den Adressaten gelange, und eben deshalb, weil mit der Aufgabe des Briefes auf die Post die Thätigkeit des Injurianten abgeschlossen ist, kann auch nicht behauptet werden, daß er die Injurie am Orte der Adresse verübt habe.

Nach diesem Grundsatz hat der oberste Gerichtshof nicht nur als Civilgericht und bei Entscheidung von Kompetenzkonflikten, sondern auch da, wo die strafrechtlichen Normen von Versuch und Vollendung eingreifen, nämlich bei brieflichen Amtsehrenbeleidigungen und bei Preßvergehen wiederholt erkannt.

Blätter für Rechtsanwendung Bb. 12 S. 287,
Bb. 18 S. 66, Bb. 19 S. 130 Nr. 2;
Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege
in Bayern Bb. 1 S. 269.

Da nun der der Klage im Original anliegende Brief aus Nürnberg datirt, und laut der auf demselben befindlichen Postzeichen in Nürnberg gegen Schein der Post übergeben worden ist, so ergibt sich, daß hier das in Nürnberg geltende gemeine Recht zur Anwendung kommen muß

DAGE. v. 3. Mai 1856. Reg. Nr. 455⁵⁴/₅₅.

4.

Erlöschung von Realgewerberechten durch Nichtausübung.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Die Verordnung vom 8. Febr. 1811, die Reduzität öde liegender Gewerbe betr., enthält ihren

Eingang zufolge unter Nr. 8. eine Erläuterung der Verordnung vom 1. Dez. 1804, die Handwerksbefugnisse betr. In dieser Beziehung wurde durch die Verordnung v. 1811 den sonst bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen über Erlöschung affirmativer Privilegien in Ansehung der realen Gewerksrechte derogirt, sohin eine Norm aufgestellt, welche Privatrechte zum Gegenstand hatte. Die Behauptung, daß diese Verordnung auf Streitigkeiten zwischen Gewerksberechtigten, über die Erlöschung eines realen Gewerksrechts durch non usus nicht anwendbar sei, ist daher ungegründet. Durch das Gewerksgesetz v. 11. Sept. 1825 wurde jene Verordnung v. 1811 nur für die Zukunft wirkungslos. Nirgends aber wurden die unter ihrer Herrschaft bereits eingetretenen Wirkungen wieder annullirt, und der Plenarbeschluß des OAG. v. 26. Okt. 1842 sagt nichts weniger als dieses.

OAG. v. 23. Febr. 1856. Nr. 1110⁵³/₅₄.

5.

Gewerkschutz. Geltungsgebiet der Verordnung vom 8. Febr. 1811.

Als Ergänzung der VD. v. 1. Dez. 1804, die Handwerksbefugnisse betr., sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe, konnte die VD. v. 1811 nur an solchen Orten Anwendung finden, für welche jene Geltung hatte. Die VD. v. 1804 war aber lediglich in dem Kurpfalz-bayerischen Regierungsblatte v. 1805 publizirt worden, hatte also nur Geltung erlangt für die Provinzen Bayern, Neuburg und Oberpfalz. Das Ausschreiben des Generalkommissariats v. 9. Dez. 1811 im Intelligenzblatte des Mainkreises konnte ihr für diesen solche Geltung nicht verschaffen. Dies ergibt sich aus Nr. 8 und 9 der VD. v. 1. Januar 1806, die Einfüh-

zung des Regierungsblattes betr. Zudem waren dabei Privatrechte in Frage, die Ausdehnung der Verordnung auf andere Provinzen involvirte sohin einen gesetzgeberischen Akt, die Generalkommissariate aber waren zu gesetzgeberischer Thätigkeit nicht berufen.

DAGE. v. 23. Febr. 1856. Nr. 1110⁵³/₅₄.

6.

Hausbau auf fremdem Grundstück, mit Einwilligung des Eigenthümers.

Anton B. hatte seiner Mutter gestattet, auf einem zu seinem Gutskomplexe gehörigen Grundstück ein Wohnhaus zu erbauen. Als später der Sohn in Gant verfiel, machte die Mutter bezüglich dieses Wohnhauses resp. des daraus erzielten Preises das Separationsrecht geltend. Hierüber sagen die obersterichterlichen Entscheidungsgründe unter Anderem:

Der Umstand, daß Anton B. seiner Mutter die Einwilligung erteilt hatte, auf dem Grundstück bei der Linde PM. 265 ein Wohnhaus zu erbauen, ist für die Beurtheilung des vorliegenden Rechtsverhältnisses entscheidend; denn die erteilte Bewilligung gab der Revidentin einen Berechtigungstitel (*justus titulus*) für den Aufbau des Wohnhauses, und schloß die Annahme aus, daß der Eigenthümer des Grund und Bodens Eigenthümer des darauf erbauten Wohnhauses werden sollte..... Die dagegen angeführten Gesetze, §. 30 Inst. de rerum divis. (2, 1), und fr. 7 §. 12 de acquir. rer. domin. (41, 1), passen nur auf den Fall, wenn der Bauende von dem Eigenthümer des Grund und Bodens, auf welchen gebaut wurde, keinen Rechtstitel zum Bauen erlangt hatte; denn es ist daselbst zwischen demjenigen, welcher sich in mala fide befindet, und demjenigen, welcher in bona

sich handelt, wohl unterschieden. Auf Seite der Revidentin war nicht nur guter Glaube, sondern auch ein gerechter Titel vorhanden, wenn sie mit erklärter Zustimmung ihres Sohnes einen Hausbau auführte. Daß auch derjenige, welcher mit gerechtem Titel auf dem Grundstücke, welches vorher einem Andern gehörte, ein Gebäude errichtet, das Eigenthum an demselben nicht erwerbe, daß vielmehr auch in diesem Falle das Gebäude dem Eigenthümer des Grund und Bodens nicht gehöre, ist in keinem Gesetze bestimmt ¹⁾. Auf den Werth des Grundstücks, auf welchem das Haus erbaut wurde, hat die Revidentin keinen Anspruch erhoben, und hat es dabei sein Bewenden.

DAWG. v. 18. Dez. 1855. Nr. 40⁵⁴/₅₅.

7.

Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist.
Preuß. RN. Th. I Tit. 9 §§. 383—5, 406, 410—12, 420—1;
Tit. 16 §§. 378, 390.

Die von dem Erben nach Ablauf der Ueberlegungsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf; eine solche Entsagung kann nicht nach den für Erbschaftsentsagungen gesetzlich gegebenen Grundsätzen beurtheilt werden, ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und nach den für die

¹⁾ Ist nicht die Einräumung von Seite des Grundeigenthümers, auf seinem Grund und Boden ein Haus zu erbauen, als Bestellung einer Superfizies, bei welcher das Grundeigenthum dem Einräumenden verbleibt, aufzufassen? Vgl. Wuchta Institut. Bd. II §. 244: „eine dritte Gestalt des Vertrags ist, daß jemanden dadurch verstatet wird, auf fremdem Grund ein Gebäude zu errichten, das ihm gehören soll, aber freilich nicht zu Eigenthum, da er nicht Eigenthümer des Bodens werden soll.“
S.

letzteren geltenden Grundsätzen die rechtliche Wirkung einer solchen Entsagung zu ermessen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 25. Nov. 1853. Entsch. d. O.T. Bd. 26 S. 253.

8.

Dreißigjährige Nichtausübung als Erlöschungsgrund bei Realgewerberechten.

In der oberstrichterlichen Beurtheilung eines Falles, auf welchen die Verordnung v. 8. Feb. 1811 keine Anwendung fand, kommt hierüber vor:

a) Daß römisches Recht knüpft an die Nichtausübung affirmativer Prädialservituten, wenn solche eine gewisse Zeit hindurch stattgefunden, die Folge der Erlöschung derselben. Eben dieses wurde durch fr. 1 de nundinis (50, 11) auch auf ein affirmatives Privileg in Anwendung gebracht, und dadurch die Zulässigkeit der Analogie anerkannt.

b) In cap. 6 und 15 X de privil. (5, 33) wird die Erlöschung des privilegii de non solvendis decimis nicht aus dem Quasibesitz des Zehntrechts auf Seite der Pfarrei die Verjährungszeit hindurch, sondern lediglich aus der Nichtausübung des Privilegs abgeleitet. Man hat daher keinen Grund, darnach die Verjährbarkeit durch non usus auf negative Privilegien einzuschränken. Es war daher jenen Rechtslehrern beizupflichten, welche die Erlöschung affirmativer Privilegien nach cap. 6 X de privil. und const. 3 de praeser. 30 v. 40 ann. (7, 39) von der 30 jährigen Nichtausübung abhängig machen, was denn auch auf reale Gewerbe-rechte, weil diese als affirmative Privilegien zu beurtheilen sind, Anwendung findet.

DABG. v. 23. Feb. 1856. Nr. 1110⁵³/₅₄.

Nachtrag zu Nr. 19. Verfasser des Artikels S. 280—290 ist Dr. Rau zu München.

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

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Vom Ablehnungsrecht des Angeklagten. — „Verichtigung“ und „Zahlung“; Begründung der Zahlungseinrede; der Nichtwiderspruch einer in faktischer Hinsicht mangelhaften Einrede ist unnachtheilig. — Zur Lehre vom Einspruchsrechte nach dem bayreuther Provinzialrechte. — Arrestgesuch auf Grund Art. 34 des Ablösungsgesetzes. Sequestralion bei Klagen auf Kontraktverletzung. — Servituten; Unterbrechung des Verjährungsbesitzes. —

Vom Ablehnungsrecht des Angeklagten ¹⁾.

Nach Art. 105 des StPG. vom 10. Nov. 1848 sind der Angeklagte und der Staatsanwalt befugt, eine gleiche Anzahl von Geschwornen abzulehnen. Der Art. 107 bestimmt:

So wie der Name eines Geschwornen aus der Urne gezogen wird, hat zuerst der Staatsanwalt, sodann der Angeklagte sich zu erklären, ob er von dem Rechte der Ablehnung Gebrauch machen will.

Eben so ist es der Angeklagte, welchen der Präsident bei Bildung des Schwurgerichts auf das ihm zustehende Ablehnungsrecht ausdrücklich aufmerksam zu machen hat. Von einem dem Vertheidiger zustehenden Ablehnungsrechte oder von Ausübung des Ablehnungsrechtes durch den Vertheidiger ist in unserer neuen Strafprozeßgesetzgebung nirgends die Rede. Gleichwohl werden die Geschwornen nach der schwurgerichtlichen Praxis, so weit sie dem Einsender bekannt, nicht von dem Angeklagten, sondern durchweg vom Ver-

¹⁾ Einsendung von Kr. u. StAnw. . . II . .

theidiger abgelehnt. Es fragt sich, ob diese Praxis dem Gesetze gemäß sei oder nicht. Zur Beantwortung scheint man auf Fragen prinzipieller Art zurückgehen zu müssen. Wie weit nimmt die Vertheidigung an den Rechten des Angeklagten Theil, welche Rechte des Letzteren dürfen gleichsam zufolge stillschweigender Uebertragung vom Vertheidiger Namens des Angeklagten ausgeübt werden? Sind in dem StPG. von 1848 die Rechte und Befugnisse des Angeklagten einerseits und die der Vertheidigung andererseits streng auseinandergehalten, oder ist in den Bestimmungen, beziehungsweise in welchen Bestimmungen, die von Befugnissen des Angeklagten sprechen, zugleich die Einräumung eines gemeinsamen Rechtes für den Vertheidiger inbegriffen? — Im Allgemeinen scheint man annehmen zu müssen, daß, wo nur des Angeklagten gedacht wird, auch nur dieser gemeint und eine gleichmäßige Beziehung auf den Vertheidiger unstatthaft sei. In einer Reihe von Stellen hat der Gesetzgeber seinen Willen, daß eine gewisse Befugniß beiden, dem Angeklagten wie dem Vertheidiger zustehen solle, beziehungsweise von dem Einen oder dem Andern ausgeübt werden könne, dadurch ausgeprägt, daß er als Träger der fraglichen Befugniß beide, theils mit „und“ theils mit „oder“ verbunden, zusammen erwähnt hat²⁾. In einer Anzahl anderer Stellen ist dagegen nur der Angeklagte dem Staatsanwalt gegenübergestellt³⁾, oder überhaupt nur der Angeklagte er-

²⁾ Vgl. die Art. 124 Abs. 1, 125 149 Abs. 2, 164, 168, 170 Abs. 2 und 4 (Abs. 5 gehört zur Kategorie der Note 3), 179, 199 Abs. 2, Art. 243 Abs. 1 und 4, 248 Ziff. 2.

³⁾ Art. 101, 105, 107, 129 Abs. 1, 137 Abs. 1, 154 Abs. 1, 161 Abs. 1, 166, 186, 188 Abs. 2, 232 Abs. 2, 237, 239 Abs. 2, 317 Abs. 2.

wähnt¹⁾, und eben so kommt es vor, daß die Stellung der Vertbeidigung im Gegensatz zu dem Angeklagten hervorgehoben wird²⁾.

Bei dieser in den verschiedenen Gesetzstellen uns begegnenden Unterscheidung muß man bezweifeln, daß der Gesetzgeber in denjenigen Bestimmungen, in welchen lediglich von Befugnissen und Erklärungen des Angeklagten ohne Erwähnung des Vertbeidigers die Rede ist, gleichwohl auch diesen (als Vertreter des Angeklagten) mit der fraglichen Befugniß auszustatten, beabsichtigt habe; indem die Annahme nahe liegt, es sei überall, wo eine solche Konkurrenz in seiner Absicht lag, der Ausdruck derselben in der aus den Allegaten der Note 2 ersichtlichen Weise erfolgt. Von dieser Prämisse ausgehend hat der oberste Gerichtshof in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, daß der Bestimmung des Art. 235:

„Will sich der Angeklagte des Rechts: mittels der Nichtigkeitsbeschwerde bedienen, so hat er dieselbe binnen 3 Tagen anzumelden —

durch Anmeldung von Seite des Vertbeidigers, wenn dieser nicht von Jenem mit Spezialvollmacht³⁾ dazu versehen ist, nicht genügt werden könne. So wie hier das Beschwerderecht, ist dort das Ablehnungsrecht nur dem Angeklagten, nicht auch dem Vertbeidiger eingeräumt, daher scheint man auch bei dem Ablehnungsrechte auf Bethätigung durch den Angeklagten bestehen zu müssen. Es erheischt auch diese Ablehnungsbefugniß ihrer Natur nach nicht be-

¹⁾ Vgl. Art. 106, 136 (f. auch 231 Bff. 17), 167, 235.

²⁾ Art. 241 Abs. 2, 3.

³⁾ Vgl. Sitzungsberichte Bd. II S. 16, 52; Bd. III S. 321. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern. Bd. II S. 96.

sondere Rechtskenntnisse, sondern sie ist eine so einfache, daß der Angeschuldigte, wenn man ihm deren Ausübung anheimstellt, um so weniger in dem gehörenden Rechtsschutze verläßt wird, als es ihm ja unverwehrt bleibt, mit seinem Vertheidiger vor der öffentlichen Verhandlung über die bevorstehende Ausübung des Ablehnungsrechtes zu verathen; indem ihm (dem Angeklagten) bei Vermeidung der Nichtigkeit (Art. 231 Ziff. 17) am Tage vor der öffentlichen Verhandlung das Verzeichniß der Geschwornen so wie der Ersatzgeschwornen bekannt zu machen ist (Art. 136).

Wir wollen nicht neuerungsfüchtig eine schroffe Behauptung aufstellen oder die Lage des Angeschuldigten erschweren und das Recht der Vertheidiger einschränken, besorgen aber auch nicht, nach dem Ausgeführten dem Vorwurfe eines Verstoßes gegen die Regeln der Interpretation ausgesetzt zu sein und die Zahl der ohnehin zahllosen juristischen Kontroversen um eine überflüssige zu vermehren.

Der Wortlaut der Art. 105, 106, 107 und 144 des Ges. vom 10. Nov. 1848 spricht für uns, wir setzen voraus, auch dessen Geist; aber es steht uns noch eine doppelte Utilitätsrücksicht zur Seite. Ohne die Ehrenhaftigkeit irgend Jemandes bezweifeln zu wollen, vermeinen wir, daß es die strenge objektive Unparteilichkeit fördert, wenn der Angeklagte selbst die Geschwornen ablehnt. Diese sind ihm meist vorher fremd, — die ihm nicht fremden mag er eben ablehnen, wenn er will, — während zwischen den die Vertheidigung führenden Anwälten, Accessisten und Rechtspraktikanten einer, und den Geschwornen anderseits nicht selten eine nähere sociale Verbindung stattfindet. Durchschlagender jedoch als diese Erwägung möchte die weitere sein, daß sehr oft der Vertheidiger in ausgedehntem, ihn fast in Verlegenheit setzenden Maße von den Geschwornen

ersucht wird, sie abzulehnen. Wenn sonst kein innerer Grund der Ablehnung gegeben ist, welche Geschworne soll die Vertheidigung ablehnen und welche nicht? Gründe der Ablehnung dürfen zwar nicht angegeben werden, aber planlos oder als Quasi-Begünstigung, als ein Höflichkeitserweis darf sie doch nicht ausgeübt werden! Oder gibt etwa die allgemeine Regel des Zuerstammelns den Ausschlag? Es wurde einmal der Vertheidiger durch die Visitenkarte eines Geschwornen zu einer sicherlich verfrühten Zeit und am gewiß nicht passendsten Orte überrascht. Gerade weil die allermeisten Geschwornen mit der aufopferndsten Hingebung ihren Beruf ausfüllen, sollte einem Einzelnen, der eine unrühmliche Ausnahme zu machen versucht, dieses auf jede Weise erschwert werden. An den Staatsanwalt nun oder den Angeklagten selbst ein Ablehnungsgesuch zu stellen, dürfte manchen Geschwornen eine gewisse Scheu abhalten. Darf aber, wenn nicht Art. 97 und 98 Platz greift, überhaupt der Geschworne es selber betreiben, abgelehnt zu werden? Weg mit aller Laxität! Referent hat eine zu hohe Meinung von den Pflichten, von der Würde und dem Ernste des Geschwornenamtes, als daß er über die Antwort einen Zweifel hätte.

Nachschrift des Herausgebers. Für die bisherige Praxis läßt sich geltendmachen, daß man von der in Gegenwart des Angeklagten ohne Widerspruch von Seite desselben durch den Vertheidiger geschehenen Ausübung des Ablehnungsrechtes annehmen muß, sie sei aus Spezialvollmacht des Angeklagten erfolgt⁷⁾. Aber es war sehr angemessen, den damit in der bezeichneten Weise getriebenen Mißbrauch öffentlich zu rügen. Die als Gefälligkeit

⁷⁾ Vgl. Krelltmayr Anm. zum bay. RM. Th. IV Kap. XIII §. II Nr. 1 lit. c.

erbetene und gewährte Ablehnung eines oder einiger Geschwornen kann entscheidenden Einfluß auf den Wahrspruch haben, sie enthält jedenfalls eine willkürliche Entlastung der Abgelehnten von Erfüllung einer Bürgerpflicht in Verbindung mit gesetzwidriger Belastung derjenigen Geschwornen, welche an der Stelle der Abgelehnten eintreten müssen. Sowohl den aus Gefälligkeit Ablehnenden als den solche Gefälligkeit Erbittenden trifft der Vorwurf des Mißbrauchs gesetzlicher Vorschriften, daher der Pflichtverletzung. Mag solche schlechte Sitte in den französischen Schwurgerichten heimisch sein; deutsche Gewissenhaftigkeit und Pflichttreue sollten sich rein davon halten. Eine Ansprache über diesen Gegenstand zu halten, wäre ein für Eröffnungsreden der Präsidenten passender Stoff.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

„Berichtigung“ und „Zahlung“; Begründung der Zahlungseinrede; der Nichtwiderspruch einer in faktischer Hinsicht mangelhaften Einrede ist unnachtheilig.

(Beschränkung eines im Comment. II. d. O. Bd. II Auf. II S. 335 f. aufgestellten Satzes).

Der Großhändler A. klagte gegen die Relikten des verstorbenen Baumwollenwaaren-Fabrikanten B., mit welchem er mehrere Jahre in Geschäftsverkehr gestanden hatte, auf Bezahlung eines größtentheils durch Abrechnungen mit demselben sich ergebenden Saldo's von 1944 fl., nebst Verzugszinsen. Der Vertreter der Beklagten begegnete der Klage nicht nur durchgehends mit Widerspruch, welcher sich sogar auch auf eine, nach Angabe des Klägers vor

der letzten Abrechnung vom Erblasser der Beklagten geleistete Abschlagszahlung an der vorherigen größeren Schuld erstreckte, sondern bestritt auch die Zinsforderung und brachte in einem Zwischensatz die Behauptung vor, daß die eingeklagte Summe schon berichtigt worden sei. Diese in der klägerischen Replik nicht speziell widersprochene Behauptung erachtete das Gericht I. Instanz für zugestanden und erkannte auf Entbindung der Beklagten von der Klage. Siegegen wurde vom Kläger appelliert und die II. Instanz, welche die Einrede der Berichtigung in der vorgebrachten Art nicht für begründet erachtete, erkannte abändernd auf den vom Kläger zu liefernden Beweis der Forderung.

Dieses von den Beklagten im Wege der Revision angefochtene Erkenntnis wurde oberstrichterlich bestätigt aus folgenden Gründen:

„Die vom Vertreter der Beklagten vorgebrachte Einrede entspricht den Vorschriften der O. V. VI, §. 8 in keiner Beziehung. Dieselbe wurde nicht nur, anstatt, daß sie rechtlicher Ordnung gemäß als peremptorische Einrede der Klagebeantwortung nachzufolgen hatte, ordnungswidrig mit der negativen Streiteinlassung vermengt, sondern sie leidet noch überdies an den Essentialfehler der Dunkelheit und Allgemeinheit.

Zwischen den beiden Sätzen, wovon im erstern die klägerische Hauptforderung und im letztern die Zinsforderung widersprochen wird, befindet sich der lakonische Satz eingeschoben: „eventuell werde behauptet, daß die eingeklagten 1944 fl. schon berichtigt seien.“

Wenn nun auch das Wort „berichtigen“ in Bezug auf eine Schuldpflicht im gewöhnlichen Sprachgebrauche als synonym mit bezahlen gilt, so hat dasselbe doch im juristischen Sprachgebrauche nicht ausschließlich diese Bedeutung, indem die Be-

ichtigung einer Schuld außer durch Zahlung auch noch auf andere Weise geschehen kann, wie z. B. durch Abrechnung, Angabe an Zahlungsstatt, Kompensation u. s. w.

Unter Zahlung wird aber speziell und nach der gesetzlichen Sprache nur die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners durch Geld oder geldwerthe Papiere verstanden.

Preuß. Landr. I, 16 §. 28.

Seufferts Prt. §. 237, Note 1 S. 26

3. Ausg.

Der vorgetragenen Einrede mangelt es demnach an der erforderlichen Deutlichkeit, weil im Dunkeln gelassen wurde, was mit dem gebrauchten mehrdeutigen Ausdrucke berichtigen gesagt werden wollte, indem sich hieraus nicht mit Bestimmtheit entnehmen läßt, welche Art der Berichtigung eigentlich gemeint war und eben deshalb auch nicht entnommen werden kann, auf welchem historischen und rechtlichen Fundamente die Einrede beruht.

In dieser Hinsicht müssen aber, nach dem Grundsatz: *reus excipiendo fit actor*, die Einreden ebenso wie die Klagen vorgetragen und begründet werden. Die Ann. zur G.D. a. a. O. sagen in dieser Beziehung: „wer dunkel und zweideutig oder so excipirt, daß man das jus und die causa exceptionis nicht klar daraus ersehen kann, thut eben so viel, als wenn er gar nicht antwortete.“

Bei der erwähnten Dunkelheit und Allgemeinheit fraglicher Einrede konnte Kläger dadurch, daß er dieselbe nicht mit ausdrücklichen Worten widersprochen hat, den im Prozeßgesetze v. 17. Nov. 1837 §. 19 und 21 bestimmten Rechtsnachtheil nicht verwirken, wonach jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand für zugestanden erachtet wird, denn es ist hierbei vorausgesetzt, daß

der betr. Thatumstand vom Gegner behauptet worden sein muß; nicht behauptete Thatumstände können aber nicht für zugestanden angenommen werden.

Die in der erwähnten Allgemeinheit ohne Anführung faktischer Umstände vorgebrachte Einrede wurde übrigens in der ihr angemessenen Weise schon dadurch von dem Kläger widersprochen, daß er replicando seiner Klage durchgehends inhärrte und eben dadurch zu erkennen gab, daß er die angebliche Berichtigung der libellirten Forderung nicht zugestehen wolle. Eine weitere Einlassung auf besagte Einrede war dem Kläger bei deren Allgemeinheit nicht möglich.

Es konnte aber dieser Einrede eine rechtliche Folge nicht gegeben und dieselbe auch nicht in der vorgebrachten Art zum Beweise ausgesetzt werden, weil die faktischen Momente, aus welchen die angebliche Berichtigung der klägerischen Forderung als thatsächlich verwirklicht zu erkennen wäre, im ersten oder Konstativ-Verfahren nicht vorgebracht wurden und im Beweisverfahren, als der prozessualischen Ordnung zuwiderlaufend, nicht erst nachgeholt werden können.

Aber selbst in dem Falle, wenn aus dem Exceptionsvorbringen mit Bestimmtheit hervorgienge, daß mit dem Ausdrücke berichtigen behauptet werden wollte, die Forderung des Klägers sei bezahlt worden, würde sich die Sachlage für die Revidenten nicht günstiger gestalten.

Es wäre zwar alsdann eine bestimmte Art der Berichtigung behauptet worden, aber hierdurch doch noch keineswegs in thatsächlicher Hinsicht Alles erschöpft, was nach der individuellen Beschaffenheit des vorliegenden Falles zur gehörigen Substanzirung der Zahlungseinrede erforderlich gewesen sein würde.

Es kann wohl in gewissen Fällen eine Ausnahme von der Regel, daß die Thatsache, auf welche

eine Einrede begründet wird, besonders eingeführt werden muß, eintreten, sofern schon die allgemeine Bezeichnung des Rechtsbegriffes die Angabe aller derjenigen Umstände genügend darstellt, welche die Individualität des Falles ausmachen, und wird namentlich als Beispiel einer solchen Ausnahme angeführt, daß von Beklagten durch das Vorbringen, „er setze die Einrede der Zahlung entgegen,“ erklärt werde, daß er dem Gläubiger dasjenige geleistet habe, was nach dem Inhalte der Obligation geschuldet war.

Seufferts Comment. zur O.D. Bd. II
S. 335—336 2. Ausg.

Allein es läßt sich aus diesem Beispiele keineswegs und um so weniger die allgemeine Folgerung ableiten, daß bei Vorbringung der ZahlungsEinrede eine besondere tatsächliche Begründung überhaupt nicht nothwendig sei, weil Abweichungen von der gesetzlichen Regel, da wo das Gesetz selbst keine Ausnahme vorzeichnet, vom Richter nur im beschränkten Maße und mit besonderer Rücksicht auf die Beschaffenheit des gegebenen Falles zugelassen werden dürfen.

Die Gestattung einer Ausnahme bei der Einrede der Zahlung läßt sich daher im Allgemeinen nicht rechtfertigen, sondern es muß vielmehr stets nach der Individualität des konkreten Falles richterlich ermessen werden, ob schon die einfache Behauptung der geleisteten Zahlung zur Begründung der ZahlungsEinrede für genügend zu erachten, oder ob hiezu auch noch die Angabe der nähern Umstände nothwendig sei.

Ersteres kann wohl in dem Falle angenommen werden, wenn der ursprüngliche Gläubiger und Schuldner einander gegenüberstehen und es sich von einem einfachen Obligationsverhältnisse handelt, wobei der Schuldner, um seine Verbindlichkeit zu er-

fällen, nichts weiter zu thun hatte, als die schulbige Summe zu bezahlen und daher lediglich dieses Faktum in Frage ist.

Anderß aber verhält es sich im vorliegenden Falle, wo Forderungen aus verschiedenen Geschäften, welche der mit dem verstorbenen Fabrikanten B. in mehrjährigem Geschäftsverkehr gestandene Kläger geltend macht, gegen die Relikten des B. eingeklagt sind, also die ursprünglichen Kontrahenten nicht selbst einander gegenüberstehen, wo zum Theil auf vorgängig zwischen dem Kläger und dem B. gepflogene Abrechnungen Bezug genommen ist und aus den sich hiernach ergebenden Schulbresten Verzugszinsen gefordert werden, überdieß auffallender Weise vom Vertreter der Beklagten sogar die in dem der Klage beiliegenden Buchauszuge vorgetragene letzte Abschlagszahlung des B. wiederprochen wurde.

Bei diesen Verhältnissen konnte die bloß hingeworfene Behauptung, daß die eingeklagte Hauptforderung schon berichtigt sei, selbst in dem Falle, wenn damit eine Zahlung im Sinne des Landrechts gemeint worden sein sollte, zur Begründung der fragl. Einrede offenbar nicht genügen, indem nothwendig zu diesem Behufe angeführt werden mußte, von wem, ob nämlich vom Erblasser B. selbst, oder erst von dessen Relikten, und zu welcher Zeit die Berichtigung resp. Zahlung geschehen sei; völlig abgesehen davon, daß auch bei dem gewählten undeutlichen Ausdrucke „Berichtigung“ die faktische Angabe, in welcher Art die Berichtigung stattgefunden habe, unumgänglich nothwendig gewesen wäre.“

(Nun folgen mehrere faktische, aus den Akten entnommene Umstände, welche keinen Zweifel übrig ließen, daß es mit der fraglichen Einrede der Berichtigung nicht ernstlich gemeint sein konnte, son-

bern damit bloß ein auf Gerathewohl hingeworfener Vertheidigungsbehelf versucht werden wollte.)

DAGE. v. 3 Dez. 1855. Nr. 702^{54/55}.
G.

2.

Zur Lehre vom Einstandsrechte nach dem bayreuther Provinzialrechte.

1) Die bayreuth. Landeskonstitution v. J. 1722 gestattet im Tit. VI §. 1 den Kindern nicht unbedingt das Einstandsrecht, wenn Eltern oder Großeltern etwas von ihrem unbeweglichen Vermögen verkaufen, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich insofern die Kinder entweder außer der Eltern Brode sind, oder aber eigene Mittel haben, und wenn hiebei keine Gefährde beabsichtigt wird ¹⁾).

Unter Kindern, welche außer dem Brode der Eltern stehen, können nach dem allgemeinen jurist. Begriffe so wie namentlich auch im Sinne der bayreuth. Landeskonstitution Tit. VII §. 19 ²⁾ nur diejenigen verstanden werden, welche nicht mehr unter der väterlichen Gewalt stehen, und diese wird nach deutschem Rechte, so wie auch nach dem preuß. Landr. II, 2 §. 210 und 228 ohne förmliche Emancipation dadurch aufgehoben, wenn die Kinder nach erreichter Großjährigkeit eine eigene von den Eltern abgesonderte Haushaltung gründen, oder, was bezüglich der Töchter gilt, sich mit väterlicher Einwilligung verheirathen ³⁾).

Zur Anstellung einer eigenen Haushaltung ist

¹⁾ S. Arnold Beiträge zum deutschen Privatrecht. Bd. II S. 211.

²⁾ Eben daselbst Bd. I S. 183.

³⁾ Glüd Pand. Komm. Bd. II §. 161 S. 435. 442.

eß aber nicht genügend, wenn die Kinder keine Alimmente mehr von den Eltern bekommen, sondern durch ein Dienstverhältniß sich Lohn und Kost verschaffen ⁴⁾).

2) Da die Ausübung des Einstandsrechts nothwendig voraussetzt, daß ein Verkauf der dem Retrakte unterworfenen Sache an einen Fremden beabsichtigt werde oder bereits abgeschlossen worden sei, so folgt hieraus von selbst, daß daraus, wenn der Einstandsberechtigte auf das ihm außer diesem Falle geschehene Anbieten der Sache zum Kaufe erklärt, daß er sie nicht kaufen wolle, noch keineswegs ein Verzicht auf das Einstandsrecht abgeleitet werden kann, weil er unter diesen Umständen noch gar nicht veranlaßt war, darüber, ob er von seinem Einstandsrechte Gebrauch machen wolle oder nicht, einen Entschluß zu fassen.

Es ist also nicht das bloße Anbieten der Sache zum Kaufe genügend, sondern das Anbieten des Vorkaufes erforderlich, wenn aus der Erklärung des Retraktsberechtigten, daß er die Sache nicht kaufen wolle, ein Verzicht auf das Einstandsrecht gefolgert werden soll ⁵⁾).

Daß auch die Bestimmung der bayreuth. Landeskonstitution Tit VI §. 12 ⁶⁾ nur in diesem Sinne aufgefaßt werden kann, ergibt sich zweifellos aus deren Vergleichung und Zusammenhange mit den §§. 11 und 14, indem nach §. 11 der Anfang der für die Anmeldung des Einstands festgesetzten dreimonatlichen Präklusivfrist von Zeit der erlangten Wissenschaft des Kaufs gerechnet wird, daher im §. 12, wie dessen Anfangsworte „gleiche Verwandt-

⁴⁾ Seite 441 a. a. D.

⁵⁾ Walch Näherrecht. I B. V Spitz. § 6 S. 251 ff. Mittermaier d. Privatrecht Bd. II §. 289 6. Ausg.

⁶⁾ Arnold Beitr. Bd. II S. 216.

nist soll es haben“ zu erkennen geben, die erlangte Wissenschaft des intendirten oder abgeschlossenen Kaufes mit einem Fremden ebenfalls vorausgesetzt ist, und endlich §. 14 daß Anbieten des Vorkaufs mit ausdrücklichen Worten erwähnt.

Die spätere Verordnung vom 16. März 1775¹⁾ hat übrigens nur auf die §§. 12 und 14 der Landeskonsstitution l. c. Bezug, sie gestattet dem Realkaufberechtigten auch ferner die Wahl, ob er sich des Einstandsrechts sogleich, wenn ihm die Sache mit oder ohne Expressirung des Preises angeboten wird, bedienen oder vorerst den Kaufabschluß mit einem Fremden abwarten und sich erst alsdann des Einstandes wegen positiv entschließen wolle; schreibt aber vor, daß letzternfalls der Vorbehalt deutlich erklärt werden müsse, widrigenfalls Entsagung auf das Einstandsrecht angenommen werde.

An der Bestimmung des §. 13 l. c. der Landeskonsstitution wurde durch jene Verordnung nichts geändert.

DAOE. v. 18. März 1856. Nr. 695^{53/54}.
G.

3.

Arrestgesuch auf Grund Art. 34 des Ablösungsgesetzes.
Sequestration bei Klagen auf Kontrakterfüllung.

In Bezug auf die Abtretung der Fhr. v. F.'schen Grundrenten an die Ablösungskasse wurde von Seite des Fiskus behauptet (andrerseits widersprochen), die Uebernahme sei vom Staate an die Bedingung geknüpft worden, daß die Gutsheerrschaft die Verichtigung jener Gefälle selbst zu bewirken habe, welche zeitweise oder für immer uneinbringlich würden. . . . Diese Uneinbringlichkeit ergab

¹⁾ Arnold a. a. O. S. 252—254.

sich bei gewissen Frohngelbern und Ordinaristeuern durch Weigerung der Pflichtigen seit 1849/50. Nun klagte das betreffende Kreisfiskalat gegen Fhr. v. F. auf Verwirklichung der behaupteten Haftung, bezw. auf Reszission des Abtretungsvertrages. Mit der Klage wurde unter Bezugnahme auf Art. 34 des Ablösungsgesetzes der Antrag verbunden, von den (wegen Fideikommißverbandes) gerichtlich hinterlegten Ablösungs-Schuldbriefen möge der zur Deckung der fraglichen Haftungsforderung (für Vergangenheit und Zukunft) erforderliche Betrag an Zinsabschnitten zurückgehalten werden. Dieses Arrestgesuch wurde in beiden Instanzen zurückgewiesen. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wurde geäußert:

Der Art. 34 des Ablösungsgesetzes von 1848 ist hieher nicht anwendbar, da es sich nicht von einer auf den abgetretenen Grundrenten ruhenden, vom Alerar beanspruchten Last handelt, sondern lediglich die Erfüllung einer angeblichen Kontraktbedingung in Frage ist. Der Art. 34 bezweckte keineswegs, die civil- und prozessrechtlichen Bestimmungen über Sequestration und Arrest bei Streitfragen, welche die Ablösung oder Uebnahme der Grundrenten betreffen, zu modifiziren. Es gilt vielmehr auch hier der in const. 1 de prohib. sequestr. (4, 4) ausgesprochene Grundsatz, daß, wenn über Kontrakterfüllung gestritten wird, nicht unter dem Vorwand der Sequestration die Exekution vor dem Urtheil verfügt werden soll¹⁾.

Es mußten also die Voraussetzungen gegeben sein, unter welchen nach OD. VIII §. 7 Nr. 2

¹⁾ „Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conualescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et sic dolando ad solutionem pulsari. . . .“

Sequestrationen zulässig sind. Daran mangelt es hier. Der Vertrag, um dessen vollständige Erfüllung oder Rückgängigmachung es sich handelt, betrifft nicht die Person des Beklagten, sondern das Familiensfideikommiß selbst. Da nun dieses nicht lediglich in den Ablösungsobligationen und deren Coupons besteht, so ist der Kläger bezüglich seiner Ansprüche gedeckt, wenn auch die Coupons nicht innebehalten werden. In diesem, das Fideikommiß selbst betreffenden Rechtsstreit ist der Beklagte als jetziger Fideikommißbesitzer der *contradictor legitimus*, und die Rechtskraft des darin erfolgenden Erkenntnisses erstreckt sich nach Maßgabe O.D. XIV §. 11 Nr. 4 „Drittens“ und Annotat. dazu auf alle Sukzessoren und Antwörter. Ein besonderes Interesse also, aus den fraglichen Coupons befriedigt zu werden, waltet auf Seite des Klägers nicht ob.

DAUG. v. 3. Juli 1855 Nr. 1225^{54/55}.

4.

Servituten ; Unterbrechung des Verjährungsbesitzes.

Preuß. RR. Th. I Tit. 22 §§. 13, 14, 28, 29 ; Tit. 7 §§. 80, 81, 82, 86, 126, 127 ff. ; Tit. 9 §§. 507 ff., 570 ff., 580, 590, 601,

Die auf dem dienenden Grundstücke stattgefundene Verlegung einer einzelnen Strecke eines Weges, auf welchen ein Anderer den Besitz der Wegerechtigkeit erlangt hat, unterbricht den Verjährungsbesitz nicht, wenn durch jene Verlegung Zweck, Umfang und Zielpunkt der Servitut keine Aenderung erleiden.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 26. Sept. 1854. Entsch. d. O.T. Bd. 29 S. 60.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ist eine Widerklage gegen ein Mitglied der königlichen Familie in einer von demselben bei einem Untergerichte klagbar verfolgten persönlichen Rechtsfache zulässig? — Servituten-Erhebung. Ist erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks Kenntniß von den Ausübungshandlungen hatte? — Hofverkauf. Einwand unvollständig erfüllter Verkaufs-Bewilligung. — *Constitutum possessionis*. —

Ist eine Widerklage gegen ein Mitglied der königlichen Familie in einer von demselben bei einem Untergerichte klagbar verfolgten persönlichen Rechtsfache zulässig?

In einem Rechtsstreite, in welchem ein Mitglied der königlichen Familie Klage wegen Nichtigkeit der Ingrossation eines Kaufvertrags erhoben hatte, wurde gegen dasselbe eine Widerklage auf Erfüllung jenes Kaufes von den Beklagten erhoben, von dem Vertreter des Herrn Klägers aber die Einlassung auf diese Widerklage verweigert, weil nach Kap. 8 §. 1 Nr. 5 der O.D. in Sachen, welche von der Jurisdiktion des angegangenen Gerichts exempt sind, gar keine Konvention gestattet, sondern eine solche Widerklage allezeit gleich ab- und an die Behörde verwiesen werden soll, die Mitglieder der kgl. Familie aber von der Jurisdiktion des mittelst der Klage angegangenen kgl. Kr. u. StG. exempt seien.

Die erste Instanz verwarf diese Verweigerung der Einlassung, und auf erhobene Berufung bestätigte sie die erste Instanz.

Neue Folge I. Band.

tigte das zuständige fgl. Appellationsgericht diesen Anspruch aus folgenden Gründen:

„Eine Konvention kann, was von dem Vertreter des allerdurchlauchtigsten Widerbeklagten im Allgemeinen anerkannt wird, bei dem für die Klage zuständigen Gerichte selbst dann angebracht werden, wenn der Widerbeklagte unter dem ordentlichen Gerichtszwange dieses Gerichts nicht steht, sondern sich eines bevorzugten Gerichtsstandes erfreut. Cod. jud. Kap. 8. §. 1. Nr. 1. Die in Nr. 5 l. c. statuirte Ausnahme, daß in Sachen, welche von der Jurisdiktion desselben Gerichts eximirt sind, keine Konvention zu gestatten sei, ist hier nicht gegeben, denn es liegt keiner der im Cod. jud. Kap. 1 §. 13 spezifizirten Fälle der *exemptio causae* vor. Wenn das fgl. Familienstatut vom 5. August 1819 Tit. X Bestimmungen über den Gerichtsstand der Mitglieder des fgl. Hauses enthält, und auch als allerhöchster Spezialbefehl zu betrachten ist, so läßt sich doch nicht ersehen, daß in der Bestimmung dieses Titels für die rein persönlichen Klagen gegen die Mitglieder des fgl. Hauses ein *privilegium causae* begründet wäre. Die nahen Beziehungen, in welchen die Mitglieder des fgl. Hauses zu dem allerhöchsten Monarchen stehen, erscheinen wohl als Motiv, diesen Mitgliedern die höchsten Privilegien, welche einer Person eingeräumt werden können, zu verleihen, bieten aber keinen Anlaß, ein sachliches Privilegium zu gewähren, und es ist wohl nur eine dem Uebermaße des Eifers zuzuschreibende Verirrung des Anwalts, eine Personalklagsache gegen ein Mitglied des Regentenhauses als eine administrativ kontentiöse Streitsache im wahren Sinne zu bezeichnen. Das angeführte Familienstatut gibt im Tit. X durch den im §. 1 und 2 gemachten Unterschied zwischen realen und vermischten, dann andern persönlichen Klagen zu erkennen, daß es nur der Person

wegen, nicht aber wegen der Interessen der Krone, welche durch Rechtsangelegenheiten der Mitglieder des kgl. Hauses in Folge der Einwirkungen auf dessen Ruhe, Ordnung, Ehre und Wohlfahrt berührt werden, eine Ausnahme statuirte, weil bei dinglichen oder vermischten Klagen die gleichen Rücksichten, vielleicht bei der Wichtigkeit dinglicher Klagen in noch höherem Grade, obwalten würden, gleichwohl aber diese letzteren den ordentlichen Gerichten nicht entzogen sind. Der Umstand, daß in gewissen Fällen die Mitglieder des kgl. Hauses ausdrücklich dem Zwange der ordentlichen Gerichte unterstellt sind, gibt zu erkennen, daß die Mitglieder des kgl. Hauses auch der Gerichtbarkeit über Unterthanen im Allgemeinen nicht entrückt sind, wie es denn in einem Staate monarchischer Verfassung, wie Bayern, außer dem Monarchen nur Unterthanen, wenn auch höchstbevorzugte geben kann. Wenn im Familienstatute für persönliche Klagen nur eine Instanz und ein von dem gewöhnlichen abweichendes Verfahren angeordnet ist, so begründet dieses kein *privilegium causae*. Auch jene Privilegirte, welche ihr Forum vor den kgl. AG. haben, erleiden verminderten Instanzenzug, und Personalklagen gegen sie, welche bei minder Befreiten im beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs zu verhandeln wären, unterliegen bei den AG. diesem *modus procedendi* nicht. Gleichwohl wird niemand beifallen, ihren Rechtsangelegenheiten deshalb ein *privilegium causae* beizumessen. Die Anschauungsweise, daß den Personalklagsachen gegen Mitglieder des kgl. Hauses nur ein *privilegium personae* zur Seite stehe, ist eine so konstante und gleichmäßige, daß ein bewährter Kommentator der bayer. Gerichtsordnung ganz apodiktisch und ohne Zweifel an der Richtigkeit des aufgestellten Satzes unter den Personen, welche *a foro ordinario* ausgenommen sind,

die Glieder des königl. Hauses an erster Stelle aufzählt.

Seuffert's Komm. Bd. 1 S. 87 ed. I.

Diese Stelle gibt auch zu entnehmen, welche Anschauung in der Praxis darüber herrsche, daß sich die Glieder des fgl. Hauses eines so bezeichneten jus singulare erfreuen, welches eine Sonderstellung gegen die Vorschriften der G.D., eine Ausnahme von der für die übrigen Landesunterthanen geltenden prozessualen Gesetzgebung begründen soll. Diese Ansicht der Praxis muß auch als die richtige erkannt werden, weil das fgl. Familienstatut im Tit. VIII §. 1 die Glieder des fgl. Hauses bezüglich ihres Privatvermögens an die Beobachtung der bürgerlichen Gesetze bindet, und unter die bürgerlichen Gesetze im weiteren Sinne auch die Civilprozeßordnung zu rechnen ist. Nach dieser, Kap. 8 §. 1, ist aber kein privilegium causae von solchem Belange, daß es der Zulässigkeit der Rekognition vor dem Klags-Forum hinderlich wäre. Die Anmerkungen ad §. cit. sagen lit. b. I^{mo}:

„Die Regel, daß der Richter, welchen man für sich erkennt, auch wider sich erkannt werden müsse, ist in allen Rechten fundirt u. Es hindert auch nicht, ob es ein judex delegatus aut ordinarius sei u., und ebenso verhält es sich mit den Austrägalgerichten u.; forum privilegiatum actoris steht der Rekognition nicht im Wege.“

Und eben weil das Gesetz nicht unterscheidet, darf auch der Richter nicht unterscheiden. Aus der erwähnten Stelle der Anmerkungen widerlegt sich auch dasjenige, was in der Berufungsschrift über die Unzulässigkeit einer Rekognition vor den Austrägalgerichten angeführt wurde, weil daraus hervorgeht, daß die beßfällige Praxis wenigstens eine ungleichmäßige und es nach der bayer. Gesetzgebung nicht gebilligt gewesen sei, daß Austrägalgerichte die

Rekonvention nicht zuließen. Ueberdies würde daraus, daß die Austrägalgerichte eine Rekonvention gegen Personen, welche ihren ordentlichen Gerichtsstand vor denselben nicht hatten, nicht zuließen, noch nicht der Schluß gezogen werden können, daß, wenn eine der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Austrägalgerichte untergebene Person gegen einen nicht gleich Befreiten bei des Letzteren ordentlichem Gerichtsstand rekonvenirt würde, auch dieses letztere Gericht die Rekonvention zurückzuweisen habe, weil ersteres ein Ausnahmungsverfahren wäre, und zwischen beiden Fällen eine vollkommene Analogie besteht. Mit Grund wurde daher die Einrede der Gerichtsunzuständigkeit in reconventiones verworfen, und deshalb ist das Erkenntniß I^{mo} in diesem Punkte zu bestätigen.“

Es möge mir gestattet sein, meine Bedenken gegen diese obrichterliche Entscheidung hier niederzulegen und in Folgendem zu begründen.

Die OÖ. unterscheidet im Kap. 8 §. 1 bezüglich der Zulässigkeit der Widerklagen zwischen dem privilegierten Forum und zwischen eximirten Sachen. Ersteres schützt nach Nr. 1 gegen die Widerklage vor dem hinsichtlich der Person des privilegierten Widerbeklagten sonst inkompetenten Gerichte nicht; dagegen ist nach Nr. 5 in eximirten Sachen keine Rekonvention gestattet.

Es wird sich daher zunächst um Lösung der Frage handeln:

ist der Gerichtsstand, welcher den Gliedern der Egl. Familie angewiesen worden ist, ein forum privilegiatum, oder sind die Rechtsangelegenheiten derselben den eximirten Sachen beizuzählen?

Wer ein privilegiertes Forum habe und mithin von dem foro ordinario ausgenommen sei, bestimmt die OÖ. im Kap. 1 §. 11. Sie führt je

bodh hiebei das Oberhaupt des bayer. Staates und die Familie desselben nicht auf, fixirt aber im §. 12 die Fälle, in welchen das forum privilegiatum nicht statthabe und sagt am Schlusse desselben unter Nr. 11. „Lassen es Seine Kurfürstliche Durchlaucht in Dero eigenen Rechtsachen bei dem ferner gnädigst bewenden, was bemeldte Landesfreiheit in diesem Falle mit sich bringt.“ Im §. 13 bezeichnet sie die von dem ordentlichen Gerichtszwange eximirten Sachen, und sagt in Nr. 7, daß hiezu auch alle Gegenstände gehören, welche aus erheblichen Ursachen mittelst kurfürstlichen Spezialbefehls von dem ordentlichen Gerichtszwange eximirt sind.

Der Gerichtsstand der Mitglieder der kgl. Familie ist durch die Familienstatute festgesetzt, und zwar zunächst durch das Familiengesetz vom 28. Juli 1808 (N. B. von 1808 S. 777—796), welches im Tit. X von der Gerichtsbarkeit über das kgl. Haus spricht und im Art. 77 bestimmt: „Real- und vermischte Klagen gegen ein Glied des kgl. Hauses werden bei dem einschlägigen Appellationsgerichte angebracht“ — im Art. 79 aber sagt: „Für alle anderen persönlichen gerichtlichen Angelegenheiten der Prinzen und Prinzessinnen des kgl. Hauses wird der König einen Familienrath anordnen.“ Diese Vorschriften sind in die Familienstatute vom 18. Januar 1816 (N. B. v. 1816 S. 747 und f.) und vom 5. August 1819 (N. B. v. 1821 S. 5 u. f.) übergegangen, und auf jenes vom 18. Januar 1816 ist im Tit. II §. 8 der Verf.-Urkunde Bezug genommen. Dieses Familienstatut stellt besonders in den Art. 10. 14. 24. 85. 88. 89. 90. 98 und 100 die Gerichtsbarkeit des Königs fest, und daß an seine Stelle getretene Familienstatut vom 5. August 1819 wiederholt unter Bezugnahme auf die Verf.-Urk. die im Familiengesetze ausgesprochenen Grundsätze, im Tit. II §. 2 wörtlich sagend:

„Alle Glieder des fgl. Hauses sind der Hoheit und Gerichtbarkeit des Monarchen untergeben und er übt als Haupt des Hauses eine besondere Aufsicht mit bestimmten Rechten über sie aus.“

Man kann nicht sagen, daß diese Gerichtbarkeit einen Bestandtheil im Organismus der zur Verwaltung der Rechtspflege für die Staatsbürger eingesetzten Gerichte bilde;

vgl. Organ. Edikt über die Gerichtsverfassung vom 24. Juli 1808. R. B. von 1808 S. 1775 u. f.

wenigstens nicht was die persönlichen Rechtsfachen betrifft; ihre Ausübung ist singulär normirt, indem die Entscheidung in erster und letzter Instanz in die Hände des Königs gelegt und ein von dem gewöhnlichen abweichendes Verfahren vorgeschrieben ist.

Muß das Familienstatut, wie auch in dem angeführten appellationsgerichtlichen Erkenntnisse anerkannt worden, als ein Spezialbefehl des Königs im Sinne des Kap. 1 §. 13 Nr. 7 der GD. betrachtet werden, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß alle Rechtsangelegenheiten der Glieder des fgl. Hauses als von dem gewöhnlichen Gerichtsstande eximirte Sachen zu betrachten sind, daß der König, von welchem nach Tit. 8 §. 1 der Verf.-Urk. alle Gerichtbarkeit ausgeht, nur einen Theil dieser eximirten Rechtsfachen an die Gerichte, nicht aber an die gewöhnlichen, sondern an die oberen Gerichte verwiesen hat, nämlich die Real- und vermischten Klagsachen, daß er aber alle anderen Rechtsangelegenheiten der Glieder seines Hauses seiner eigenen Gerichtbarkeit vorbehalten und mithin von der gewöhnlichen Gerichtbarkeit eximirt hat.

Daß alle Rechtsfachen dieser Art *causae exemptae* sind, ist um so mehr noch anzunehmen, als die Bestimmungen der Familienstatute des fgl. Hauses bezüglich des Gerichtsstandes der Glieder

besseren aus dem hervorgiengen, was zur Zeit des Bestehens des deutschen Reichs Rechtens war. Zu dem §. 11 Kap. 1 der OÖ., welcher von den privilegiis personae spricht, sagt Kreittmayr in den Anmerkungen lit. a.: „Hier ist die Rede nur von illustribus et nobilibus mediatis. Den Gegensatz hievon bilden die principes et illustres immediati, bezüglich welcher es in der angeführten Stelle wörtlich heißt: „Von dem privilegio principum aut immediatorum haben Stryck und Schwebel ausführliche dissertationes geschrieben. Soviel das forum austragale derselben insonderheit belangt, siehe oben §. 2 lit. a.“ An dieser Stelle wird aber hinsichtlich des forum austragale durchaus auf die staatsrechtlichen Grundsätze des deutschen Reichs und auf die Bestimmungen der Kammergerichtsordnung verwiesen. Nach diesen, namentlich nach Th. 2, Tit. 27 der Kammergerichtsordnung von 1555 und nach Th. 2 Tit. 30 des Konzepts der RÖÖ. mußten alle dem Kaiser und Reiche unmittelbar untergebenen Personen vor dem höchsten Reichsgerichte belangt werden, insofern sie nicht durch besondere Austräge hievon ausgenommen waren. Schon nach Tit. 24 und 26 der RÖÖ. von 1495 standen aber den Kurfürsten, Fürsten und Fürstenmäßigen Ausstragalgerichte gesetzlich zu, und unter den Letztgenannten waren die den fürstlichen Personen gleichstehenden Dignitaren, als Bischöfe u. s. w. zu verstehen, während apanagirte Prinzen als wahre Fürsten zu betrachten waren.

Vgl. Kreittmayr's Anm. zu Kap. 1 §. 2 der OÖ. und Dr. J. J. Prehn: Von den Austrägen, Halle 1779 S. 32 und 33; und ein solches privilegium austragarum besaß das herzogliche Haus von Bayern bereits vermöge kaiserlicher Verleihung vom Jahre 1417 und beziehungsweise 1443.

Kreittmahr's Anm. zum Kap. 1 §. 12 der
G.D. lit. a.

Die Austrägalinstanz konnte aus Rätthen des Beklagten allein oder von beiden Parteien zugleich niedergesetzt werden, und ein dritter unparteiischer Fürst oder ein kaiserlicher Kommissär konnte Austrägalrichter sein.

R.G.D. von 1555 Th. 2 Kap. 4.
Hierauf bezieht sich die erklärte Landesfreiheit von 1616, von welcher die G.D. Kap. 1 §. 12 Nr. 11, wie gezeigt, spricht, nämlich im Art. 11: „Um des Unterthans Ansprach zu seinem Landesfürsten (betrifft.) Würde jemandt zu uns, unsern Erben und Nachkommen zu sprechen oder zu klagen haben, der sol das thun vor unsern Rätthen, vor den solen wir auch gerecht werden, laut des Artikuls in des h. Reichs Ordnung beßhalben gesetzt.“

Die Gerichtbarkeit über die Mitglieder des bayer. Fürstenhauses hatte mithin mit der Gerichtbarkeit über die Unterthanen schon nach diesen Bestimmungen nichts gemein, und dieser Unterschied wurde auch in der Konstitution vom 1. Mai 1808 aufrecht erhalten, indem der Tit. II §. 7 derselben ausspricht: „Alle Mitglieder des kgl. Hauses stehen unter der Gerichtbarkeit des Monarchen,“ während der Tit. V die Grundsätze bezüglich der Gerichtbarkeit über die Unterthanen aufstellt. An diesen Bestimmungen hat die Verf.-Urk. vom Jahre 1818 nichts geändert und letztere hat vielmehr auf das pragmatische Familiengesetz ausdrücklich Bezug genommen.

Daß das kgl. Familienstatut die Glieder des kgl. Hauses bezüglich ihres Privatvermögens an die Beobachtung der bürgerlichen Gesetze bindet, ändert daran, daß ihre Rechtsachen als von dem ordentlichen Gerichtszwange eximirt zu betrachten sind, nichts; denn wenn auch die Civilprozeßordnung unter die

bürgerlichen Gesetze im weiteren Sinne zu rechnen ist, so macht ja gerade bezüglich der persönlichen Klagsachen gegen Mitglieder des kgl. Hauses das Familienstatut eine solche sonst nirgend vorkommende Ausnahme sowohl bei der Verhandlung als bei der Entscheidung derselben, daß beide durchaus keine Ähnlichkeit mit dem haben, was in dieser Beziehung die Gerichtsordnung für die Unterthanen vorschreibt. Daß der König einen Theil der ihm vorbehaltenen Gerichtsbareit über die Glieder der kgl. Familie; die binglichen und vermischten Klagen gegen sie, den Gerichten zweiter Instanz übertragen hat, ändert die Exemption dieser Rechtsachen von dem gewöhnlichen Gerichtszwange gleichfalls nicht und kann ihren Gerichtsstand in einen privilegierten nicht verwandeln, weil es in der Befugniß des Königs steht, diese Ausnahmestimmung jeden Augenblick aufzuheben, so wie derselbe jeder Zeit das Familienstatut abändern kann¹⁾. Der Gerichtsstand der vormalig reichsständischen Fürsten, Grafen und Herren ist ein ganz anderer als der der Mitglieder des kgl. Hauses. Derselbe ist im §. 6 der 4. Verf.=Vollage ausdrücklich als ein privilegirter bezeichnet, während diese Bezeichnung bezüglich des Gerichtsstandes der Glieder der kgl. Familie in keinem Gesetze sich findet, und gerade die hohe Stellung, die Würde und das Ansehen der letztern den Monarchen bestimmen mußte, sie in ihren Rechtsachen von dem gewöhnlichen Gerichtszwange sowohl, sowie überhaupt von jedem für die Unterthanen des Staats geltenden Gerichtszwange so weit zu eximiren, als er es nicht für nothwendig fand, die Ausübung eines Theils

¹⁾ Vgl. indessen über die Gesetzes-Eigenschaft des Familienstatuts: Pögl Lehrb. des bayer. Verfassungsrechts. Ausg. II §. 80 Note 1. — Red.

dieser ihm persönlich reservirten Gerichtsbarkeit einem Gerichte zu übertragen.

Wenn es auch in einem Staate mit monarchischer Verfassung, wie Bayern, außer dem Monarchen nur Unterthanen gibt, so ist ebenso außer Zweifel, daß schon das organische Edikt vom Jahre 1808 über die Gerichtsverfassung, zu einer Zeit erlassen, wo Bayerns König noch absoluter Monarch war, die Glieder der kgl. Familie bezüglich der Gerichtsbarkeit nicht in eine Reihe mit den Unterthanen stellte und daß die Bestimmungen in Ansehung der Gerichtsbarkeit über sie als ein solches *jus singulare* zu betrachten und zu behandeln sind, welches allen Erbmonarchien eigenthümlich ist, und vermöge dessen die Mitglieder des Regentenhauses einen approximativen Antheil an den Prärogativen des regierenden Fürsten haben. (Heffter's Völkerrecht S. 55.) Als *jus singulare* derogiren aber die Bestimmungen über die persönliche Gerichtsbarkeit des Monarchen allen jenen Rechtsfällen, welche sich lediglich nur mit der an die Gerichte übertragenen Gerichtsbarkeit befassen, und da das Familienstatut alle persönlichen Klagsachen gegen ein Glied der kgl. Familie unbedingt und ohne Unterschied der persönlichen Gerichtsbarkeit vorbehält, so gilt auch hier der Grundsatz: *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*.

Nach meinem Dafürhalten müssen also Klagsachen gegen Mitglieder der kgl. Familie als *causae exemptae* betrachtet werden, und eine Widerklage gegen ein Glied der kgl. Familie ist bei einem von demselben angerufenen Untergerichte unstatthaft.

W. L. S.

Nachschrift des Herausgebers. Bei den persönlichen Rechtsangelegenheiten der Glieder der kgl. Familie treffen die Eigenschaften des *privilegium fori* und der *eximirten Sachen* (GD. VIII

§. 1 Nr. 5) zusammen. In der Kategorie der persönlichen Klagsachen kommen viele Fälle vor, deren Verhandlung vor den Gerichten das Ansehen und die Würde der Angehörigen des Königshauses unter Umständen beeinträchtigen könnte; man denke an Deflorations- und Paternitätsprozesse, Ehrenhändel und andere Deliktssklagen, Schuldklagen von besonderer Qualifikation u. s. w. Die Fälle solcher Beschaffenheit im Statute zu spezialisiren, wäre nicht wohl angegangen; man fand es daher angemessen, die ganze Kategorie der „persönlichen Rechtsangelegenheiten“ der Kognition der Gerichte zu entziehen. Der Ausdruck der angeführten Stelle der G.D. paßt hier allerdings; die persönlichen Rechtsangelegenheiten der Glieder der egl. Familie sind, in Gemäßheit zusammenwirkender persönlicher wie sachlicher Erwägungen, von der Jurisdiktion der Gerichte eximirt. Es waltet hier ein politisches Interesse ob, vermöge dessen die Zuständigkeit der Gerichte auch nicht durch Prorogation begründet werden könnte.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Servituten-Erßigung. Ist erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks Kenntniß von den Ausübungshandlungen hatte?

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 179.

Von der überschriftlich bezeichneten Streitfrage handelte es sich in einem Falle, in welchem das angeblich dienende Grundstück während des Laufs der Erßigung verpachtet war. Aus den oberstrichterlichen Motiven entnehmen wir, was folgt:

Das Erforderniß der besondern Kenntniß von den Besiðhandlungen und der Beruhigung dabei ergibt sich aus Const. 2 de servit. (3, 34), und eben aus jenen Gesetzstellen, welche, wie z. B. fr. 11 §. 1 de public. in rem act. (6, 2) patientiam erfordern, da diese ohne die besondere Kenntniß nicht denkbar ist. Die Const. ult. de long. temp. praescript. (7, 33) in sine aber, welche dagegen angeführt wird, hatte, wie aus der Vergleichung mit Const. 1 de usucap. transf. (7, 31) sich ergibt, nur den Zweck, die Zweifel zu heben, welche bei der Eigenthumsverjährung darüber bestanden, waß unter An- und Abwesenheit zu verstehen sei, und ob der Lauf der Verjährung gegen Abwesende auch im Falle ihrer ignorantia statt habe. Dem Schlußsaze kann daher nur der Sinn beigelegt werden, daß diese Bestimmungen über An- und Abwesenheit auch bei der Servituten-Verjährung Anwendung zu finden haben, d. h. daß es auch da nur auf das Domizil, nicht auf die Lage des Objekts ankomme. Mehr in dieser Stelle zu suchen, verbietet die Verschiedenheit der Verjährung des Eigenthums und der Servituten in wesentlichen Stücken, so wie daß nicht angenommen werden kann, es habe nur nebenher bei Gelegenheit der Festsetzungen über absentia eine in das Wesen der Servituten-Verjährung so verändernd eingreifende Verfügung getroffen werden sollen. Zudem ist der Grund der Entscheidung in Const. 12 de acquir. et retin. poss. (7, 32) ein allgemeiner, nämlich: daß die Arglist oder die Nachlässigkeit des colonus dem Eigenthümer nicht schaden soll.

Uebrigens braucht nicht bewiesen zu werden, daß die Ausübung der Servitut auch „mit Willen“ des fraglichen Eigenthümers geschehen sei; indem die scientia domini praedii servientis von selbst schon den Schluß auf seine patientia begründet, wenn er

geltend macht, indem er behauptet, daß der Kläger ihm allen seinen vorräthigen Hopfen zu mindestens vierzehn Zentnern verkauft habe, und die Baarzahlung erst nach Ablieferung des Ganzen zu leisten sei, so ist er verbunden, den Beweis dieses Vorbringens selbst zu übernehmen. Denn jener Einwand alterirt die rechtliche Wirksamkeit des Klagegrundes nicht im Geringsten, und ist lediglich dazu bestimmt, den Beklagten für den Augenblick, und bis zur vollständigen Ablieferung des noch rückständigen Hopfens von der Zahlung des Kaufschillings zu befreien, oder eine Widerklage auf gänzliche Erfüllung einer nur vorbereitenden, wenn auch vollkommen rechtsverbindlichen Uebereinkunft zu begründen, welche bis zur wirklichen Vorwiegunq des Hopfens als Kaufvertrag noch nicht zur Perfektion gebrichen ist, und eben deshalb der Klage aus dem Kaufgeschäfte, so weit es wirklich schon perfekt geworden, gegenüber, nicht zur Begründung der Einrede des nicht, oder nicht vollständig erfüllten Vertrages benützt werden kann. Der Kläger verlangt in der That nicht mehr, als die Zahlung des Hopfenquantums, welches er dem Beklagten erwiesener und zugestandenemassen durch Zuwiegunq wirklich verkauft hat, und diese Forderung ist vollkommen liquid; die Frage, ob er dem letzteren noch mehreres abzulassen und zuzuwiegen, d. h. zu verkaufen versprochen, liegt außer dem Bereiche des Klagegrundes, und wenn der Beklagte bei deren Bejahung ein rechtliches Interesse hat, wenn er hieraus die Befugniß ableitet, den bereits fälligen Kaufschilling gleichwohl noch zurückzuhalten, so ist es lediglich seine Sache, dem Richter die Existenz eines solchen Versprechens nachzuweisen, und seine rechtlichen Folgerungen durch die entsprechenden Thatfachen zu begründen ¹⁾).

¹⁾ Borst über die Beweislast §. 14, 24.

Wenn der Beklagte aus dem angeblichen Versprechen einer größeren Quantität Hopfens eine Widerklage ableitet, und hiebei Entschädigung verlangt, weil der Preis der Waare, seit der Zeit, da die Ablieferung hätte erfolgen sollen, zurückgegangen sei, so muß er beweisen, daß nicht nur Hopfen überhaupt, sondern der ihm vom Kläger verkaufte speziell zu jener Zeit den behaupteten Preis von 150 fl. pr. Zentner erreicht hatte. Denn es ist landkundig, daß nicht nur der in verschiedenen Gegenden gebaute Hopfen sehr verschiedene Preise hat, sondern daß eine Werthsdifferenz auch rücksichtlich des auf derselben Markung erzeugten Gutes stattfindet, wie dieß auch bei dem Weine der Fall ist, so daß aus dem Preise, wie er sich für das Hopfenprodukt einer Gegend oder Markung im Allgemeinen gestaltet, nicht mit zureichender Sicherheit auf den Werth der Erzeugnisse des einzelnen Produzenten geschlossen werden kann.

Erk. des kgl. Handels-Appellationsgerichts zu
Nürnberg vom 30. Juli 1846 Nr. 1410.

3.

Constitutum possessorium.

Preuß. AN. Th. I Abt. 7 §. 71.

Zur Gültigkeit eines constitutum possessorium beim Kaufvertrage bedarf es, wenn der Gegenstand mehr als 50 Thlr. werth ist, einer schriftlichen Erklärung des Constituenten.

Plenarbeschuß des Obertribunals zu Berlin
v. 20. Nov. 1854. Entsch. d. O. T. Bd. 29
S. 1.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Auslegung der Strafgesetze. Diebstahl. Amtsehrenbeleidigung. Körperverletzung. — Exekutionsprozeß. Erkenntniß auf Leistung des Disfessionseides. Berufungszulänglichkeit. — Statuten-Kollision bezüglich der Form von Immobilien-Verträgen. Nothwendigkeit der schriftlichen Form solcher Verträge nach preuß. Rechte. — Ueber die Berücksichtigung der Rechte des abwesenden Vaters bei den im Interesse des minderjährigen Kindes zu treffenden Anordnungen. —

Zur Auslegung der Strafgesetze. Diebstahl. Amtsehrenbeleidigung. Körperverletzung.

1) Der oberste Gerichtshof hat in einem Falle, in welchem zwar von mehreren Personen die Ausführung eines Diebstahles verabredet worden, dieser Diebstahl jedoch nur von einer Person ausgeführt war, ausgesprochen, daß auch diejenigen Komplottanten, die an der Ausführung nicht Theil nahmen, für den erschwerenden Umstand der vorausgegangenen verabredeten Verbindung nach Art. II Nr. 9 der Verord. vom 25. März 1816 über den Diebstahl strafbar erscheinen,

„weil da, wo das Gesetz die Verübung einer That in vorausgegangener Verbindung als einen erschwerenden Umstand aufstellt, dieses jedem Miturheber im Komplotte anzurechnen sei, gleichviel, ob er bei Vollbringung der That selbst unmittelbar Theil genommen hat oder nicht, was schon im Begriffe des Komplottes liegt; denn nach diesem stehen die zur Ausführung des Verbrechens unmittelbar mitwirkenden und die aus gemeinsamem Willen in die That einstimmenen Komplottanten auf gleicher Linie, und werden demzufolge, ohne Rücksicht der Größe der thätigen Mitwirkung eines

jeden Einzelnen, derselben Strafbestimmung unterworfen¹⁾).

Dieser allgemein ausgesprochene Grundsatz mag vielleicht beim Raube, bei der Körperverletzung²⁾ vollkommen richtig sein, bei dem Diebstahle läßt er sich bestreiten.

Der Art. 221 Thl. I des StGB. bezeichnet es als einen geflissenen gefährlichen Diebstahl, wenn sich der Dieb mit Einem oder Mehreren zur Ausführung dieses Verbrechens verbunden hatte; nach dem Wortlaute des Gesetzes lag also die höhere Strafbarkeit hier schon in der gemeinsamen Verbindung, obgleich sich nicht leugnen läßt, daß der Gesetzgeber auch hier vielleicht schon an die gemeinsame Ausführung dachte, indem die Anmerkungen zur allegirten Stelle³⁾ anführen, daß hierin eine größere Kraft liege, was bei der bloßen Verabredung zur Ausführung nicht wohl, sondern nur bei der Ausführung selbst der Fall sein kann. Es ist aber mit diesem Artikel, wie in anderen Fällen, wo lediglich die gemeinsame Verabredung als erschwerender Umstand in Betracht kommt, nur ausgesprochen, daß das Komplott bei dem Diebstahle nicht nach allgemeinen Grundsätzen, sondern nach dieser besonderen Bestimmung zu bestrafen sei.

Anderß verhält sich aber die Sache nach der Bestimmung des Art. II Abs. 9 der erwähnten Verordnung vom 25. März 1816, welche die Bestimmungen des StGB. über den Diebstahl aufgehoben und andere an deren Stelle gesetzt hat. Dort ist

¹⁾ Ztschr. f. G. u. R. Bd. III S. 24—25.

²⁾ Der Art. 368 Thl. I des StGB. spricht von einem Anfälle in verabredeter Verbindung mehrerer Personen, gleichwohl aber nur von der Strafe „des“ nicht „der“ Uebertreter.

³⁾ Bd. II S. 127.

als besonders erschwerender Umstand bezeichnet: „Wenn zwei oder mehrere Personen, außer dem Falle einer Diebsbande, den Diebstahl in vorausgegangener Verbindung begangen haben.“ Es genügt also hier nicht bloß die gemeinschaftliche Verabredung, sondern es müssen wenigstens zwei Personen den Diebstahl auch gemeinschaftlich begehen. Wenn sich Jemand mit einem Anderen zu einem gemeinschaftlich auszuführenden Diebstahle verbunden hat, dieser Andere vollführt aber, wenn auch gegen den Willen des Verbündeten, den Diebstahl allein, so liegt eben der in der Diebstahlknovelle angeführte erschwerende Umstand nicht vor, und bei dem Mangel der Existenz eines solchen kann weder der physische Urheber, noch der Miturheber im Komplotte für denselben verantwortlich gemacht werden.

Dagegen ist es unrichtig, wenn man allgemein behauptet⁴⁾, daß, wenn ein Komplottant, der an der Ausführung eines von ihm mit Anderen beschlossenen Diebstahles nicht mitgewirkt hat, für den erschwerenden Umstand der Ausführung in verabredeter Verbindung bestraft werde, ihm hier die verabredete Verbindung doppelt in Anrechnung gebracht werde, einmal als Komplott und einmal als verabredete Verbindung. Wenn von mehreren Komplottanten wenigstens zwei den Diebstahl ausgeführt haben, haften auch alle übrigen für den erschwerenden Umstand der gemeinschaftlichen Ausführung eben so gut, wie der intellektuelle Urheber, der zwei Personen verleitet hat, gemeinschaftlich einen Diebstahl auszuführen; sie wollten eine Ausführung durch mehrere Personen, und dieser ihr Wille ist denn auch in Erfüllung gegangen. Der erschwerende Umstand liegt aber in der Ausführung durch wenigstens zwei Personen, nicht in der Verabredung hiezu,

4) Bl. f. M. Bd. III. S. 310.

blese wird also nur immer einmal in Anrechnung gebracht.

2) Es ist konstante Praxis, daß derjenige, der über ein Landgericht oder ein diesem koordinirtes oder subordinirtes Staatsamt unter den im Art. 405 Abs. 2 Zhl. I des StGB. angeführten Voraussetzungen sich beleidigende Äußerungen erlaubt, ohne den Träger des Staatsamtes persönlich anzugreifen, nach Art. 407 l. c. wegen beleidigter Amtsehre bestraft wird. In einer solchen Handlung liegt aber gar kein strafrechtliches Reat.

Das Strafgesetzbuch verlangt zum Thatbestande des Vergehens der Beleidigung der Amtsehre immer (mit einer einzigen Ausnahme) einen Angriff gegen die Person des Beamten selbst. Das geht schon aus der Definition hervor: „Wer die Ehrfurcht, welche der Würde des Staatsamtes selbst gebührt, durch Ehrenbeleidigung eines Staatsbeamten — verletzt, ist der Beleidigung der Amtsehre schuldig“ und „nur die Beleidigung eines Staatsbeamten gilt für beleidigte Amtsehre;“⁵⁾ in gleichem Sinne drücken sich auch die Anmerkungen zum StGB.⁶⁾ aus.

In Anerkennung der Richtigkeit dieses Grundsatzes, daß die Person des Trägers des Staatsamtes beleidigt worden sein muß, wenn das erwähnte Vergehen vorliegen soll, hat auch der oberste Gerichtshof ausgesprochen, daß an einem verstorbenen Beamten keine Amtsehrenbeleidigung, wohl aber an einem in Ruhestand versetzten begangen werden kann⁷⁾.

Als Ausnahme von diesem Grundsatz hat das StGB. jedoch auch eine Amtsehrenbeleidigung an einem königlichen Kollegium aufgenommen⁸⁾.

⁵⁾ Art. 405 Zhl. I des StGB.

⁶⁾ Bd. III S. 272—273.

⁷⁾ Stchr. f. O. u. R. Bd. I S. 82, Bd. II S. 1.
vgl. auch Bd. III S. 236.

⁸⁾ StGB. Zhl. I Art. 406.

Was unter „Kollegium“ zu verstehen sei, ist im Sinne der B. u. aufzufassen, wornach also „Landgerichte“, „Kreis- und Stadtgerichte“ und andere diesen koordinirte oder subordinirte Stellen nicht mit begriffen sind. Wenn nun gleich an diesen, wie an juristischen Personen überhaupt eine Beleidigung stattfinden kann⁹⁾, so geht doch schon aus einer Vergleichung des Art. 406 Thl. I des StGB. mit Art. 407 hervor, daß das StGB. eine Beleidigung an diesen juristischen Personen unter keiner Voraussetzung als Amtsehrenbeleidigung betrachtet haben will, weil im Art. 406 von der Ehrenbeleidigung an einem k. Kollegium oder dessen Kommissarien, im Art. 407 nur von Ehrenbeleidigungen, an anderen (d. h. im Range nieder stehenden) Staatsbeamten die Rede ist, hier also das Staatsamt selbst, dem sie angehören, als solches ausgeschlossen wird.

Abgesehen hiervon enthält, wie erwähnt, der Art. 406 eine Ausnahmsbestimmung von dem an die Spitze gestellten Grundsatz, daß die Beleidigung der Amtsehre nur an der Person eines Beamten begangen werden kann, und wenn solche Ausnahmsbestimmungen schon im Allgemeinen nicht extensiv interpretirt werden dürfen, so kann dieses um so weniger bei Strafgesetzen der Fall sein.

Wenn daher über die Handlungsweise eines Landgerichts, eines Kreis- und Stadtgerichts Aeußerungen fallen, die beleidigender Natur sind, so mögen sie nach Umständen polizeilich strafbar erscheinen, aber unter die Bestimmungen des StGB. Thl. I Art. 406 u. 407 können sie nicht subsumirt werden¹⁰⁾.

⁹⁾ Fr. 3 §. 1. 2 (XLVII, 10) Weber über Jnj. u. Schmähschr. I. S. 162.

¹⁰⁾ Gegen die oben vertheidigte Ansicht läßt sich anführen, daß die Beleidigung einer gewissen Person nicht

3) Viele Gerichte sind der Ansicht, daß eine kulpose Körperverletzung mit Waffe verübt, die als dolose mit einer Vergehensstrafe behandelt werden müßte, den Charakter eines Vergehens behalte¹¹⁾).

Diese Ansicht dürfte sich kaum rechtfertigen lassen. Zur Begründung derselben beruft man sich auf Art 69 Zhl. I des StGB. Anmerk. hiez. Bd. III S. 209 und Reskript v. 8. Febr. 1817¹²⁾).

Durch diese Gesetzesstellen ist allerdings ausgesprochen, daß, wenn die Strafe des Vorsatzes eine sechsmonatliche Gefängnißstrafe übersteigt, d. h. wenn auf eine Gefängnißstrafe von 6 Monaten oder mehr erkannt werden kann, die Strafe der Fahrlässigkeit Gefängniß, jedoch nicht über einen Monat bilbet,

gerade durch Nennung derselben bedingt ist, sondern daß auch hier, wie in anderen Beziehungen, eine unzweideutige Bezeichnung (demonstratio) die Stelle der Nennung vertreten kann. In der gegen ein „Landgericht“ ausgestoßenen Beleidigung erscheinen die das Landgericht bildenden, insbesondere die bei der fraglichen Amtshandlung betheiligten Staatsbeamten als Injuriaten im Sinne des Art. 405. Daraus, daß die Verübung „an einem königlichen Kollegium“ eine schwerere Strafe nach sich zieht, kann wohl nicht gefolgert werden, daß die Verübung durch beleidigende Aeußerungen gegen ein Amt, welches zwar aus mehreren physischen Personen gebildet ist, aber nicht in der Kategorie königlicher Kollegien steht, auch nicht der geringeren im Art. 407 gedrohten (Vergehens-) Strafe unterliege. Vielmehr äußert hier das Nichtsein der Eigenschaft eines königlichen Kollegiums seine Folge nur darin, daß nicht die im Art. 406, sondern die im Art. 407 gedrohte mildere Strafe zur Anwendung kommt. —

¹¹⁾ B. B. Entf. d. N. G. von Oberbayern in S. Alois Auf von Wackerstein; Entf. d. N. G. v. Mittelfranken in S. Maderer von Altorf v. 19. April 1856.

¹²⁾ L. G. Nr. 161.

und daß bei einer Gefängnißstrafe von 6 Monaten oder weniger für den Vorsatz, die Strafe der Fahrlässigkeit der Polizeibehörde anheimzufallen.

Wenn nun auch die Strafe des dolösen Vergehens der Körperverletzung mit Waffe nach Art. 368 Thl. I des StGB. zwischen sechsmonatlichem und zweijährigem Gefängnisse auszumessen ist, bleibt doch diese Körperverletzung, aus Fahrlässigkeit verübt, immer nur polizeilich strafbar.

Der oberste Gerichtshof hat nämlich mehrfach ausgesprochen, daß die Strafe der Fahrlässigkeit nach dem gewöhnlichen, nicht qualifizirten Dolus auszumessen sei; unter dem qualifizirten rechtswidrigen Vorsatz werde aber derjenige verstanden, bei dem ein Beschluß mit Vorbedacht oder eine Ausführung mit Ueberlegung vorhanden sei, dieser könne bei der fahrlässigen Tödtung nicht in Betracht kommen, weil Art. 69 Thl. I des StGB. nur vom rechtswidrigen Vorsatz überhaupt spreche, und es sei daher die Strafe der fahrlässigen Tödtung nur nach der Strafe des Todtschlages und nicht nach der Strafe des Mordes zu berechnen¹³⁾.

Dieser auf einen speziellen Fall angewandte allgemeine Grundsatz muß aber, wie bei der höheren so auch bei der niederen Potenz gleiche Geltung finden. Auch bei dem Vergehen der Körperverletzung gibt es einen gewöhnlichen und einen qualifizirten Dolus, und während letzterer nach den Art. 367 u. 368 Thl. I des StGB. und der Ver. v. 22. Febr. 1814 zu bestrafen ist, ist dem ersteren durch Art. 7 des Ges. v. 29. August 1848, einige Abänder. d. I. Thl. d. StGB. betr., Rechnung getragen. Hiernach kann aber die Strafe des Vergehens der Körperverletzung mit Waffe (verübt ohne Ueberlegung

¹³⁾ S. 1866. Bd. IV. S. 291. 295. 463.

und Vorbedacht in aufwallender Hitze des Zornes, d. h. bei gewöhnlichem Dolus) im Maximum nur auf sechs Monate Gefängniß erstreckt werden, darf diese Dauer nie übersteigen und ist daher der Meist als fahrlässige Handlung nach den oben angeführten Gesetzesstellen immer nur polizeilich strafbar.
Kleiner.

Ezekutiivprozeß. Erkenntniß auf Leistung des Disfessionseides. Berufungszulässigkeit.

Bgl. Comment. üb. d. G.D. Bd. IV Aufl. II zu Kap. XV §. 3 Note 39.

Unter den im §. 52 der Novelle von 1837 verordneten Ausnahmen von der Regel, daß gegen Zwischenbescheide selbstständige Berufung nicht stattfinde, ist das Erkenntniß auf Leistung des Disfessionseides (G.D. XI §. 8 Nr. 6) nicht begriffen. Daher hat sich bezüglich dieses Falles der Eideszuerkennung die Praxis für Unzulässigkeit selbstständiger Berufung festgestellt¹⁾. Diese Feststellung bezieht sich aber nicht auf dergleichen Erkenntnisse, wie sie im Ezekutiivprozeße vorkommen. Hat der Beklagte, etwa auf Grund von Ausstellungen über die Beschaffenheit der vorgelegten Urkunde, vorerst die Statthaftigkeit des Ezekutiivprozeßes bestritten²⁾ und nur eventuell disfittirt, so ist, wenn jene Ausstellungen als unerheblich erscheinen, auf Leistung des Disfessionseides zu erkennen. Dieses Erkenntniß enthält aber zugleich den Ausspruch über die bestrittene Statthaftigkeit der Prozeßart, und fällt sonach unter die Kategorie der unter Nr. 3 des §. 52 aufgestellten Ausnahme. Demzufolge ist hier die selbstständige Berufung zur zweiten Instanz nicht ausgeschlossen; wohl aber, unter Voraussetzung der

¹⁾ Bl. f. R.R. Bd. XIV S. 63; Bd. XVII S. 399.

²⁾ Bgl. Comment. ü. d. G.D. Aufl. II Bd. II S. 68.

Uebereinstimmung der Urtheile I. und II. Instanz, daß Rechtsmittel der Oberberufung³⁾.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Statuten-Kollision bezüglich der Form von Immobililverträgen. Nothwendigkeit der schriftlichen Form solcher Verträge nach preuß. Rechte.

A. klagte gegen B. auf Erfüllung eines Kaufvertrages, welcher nach des Klägers Behauptung zwischen ihm und dem B. in der Wohnung des Letzteren zu Nürnberg über mehrere in einem benachbarten Bezirke gelegene Grundstücke, woselbst das preuß. Landrecht zur Anwendung kommt, mündlich abgeschlossen worden sein soll. Beklagter Seits wurde widersprochen, daß der Kaufvertrag wirklich abgeschlossen worden sei, und eventuell dessen Rechtsgiltigkeit wegen Mangel der im erwähnten Landrechte vorgeschriebenen schriftlichen Errichtung bestritten. Die Vorinstanzen erachteten die Einrede für gegründet und erkannten auf Abweisung der Klage. In dritter Instanz erging ein bestätigendes Erkenntniß aus nachstehenden Gründen:

Da das Nürnberger Statutarrecht über die Form der Kaufverträge und insonderheit derjenigen über Immobilien keine Bestimmungen enthält und daß in Nürnberg subsidiär geltende gemeine Recht eine schriftliche Form für dergleichen Verträge nicht vorschreibt, das preuß. Landrecht aber, welchem die in Frage stehenden Immobilien unterworfen sind, die Giltigkeit solcher Verträge von Beobachtung der schriftlichen Form abhängig macht, so liegt eine Kollision der Statuten vor.

Ueber die Frage, ob die Giltigkeit eines Ver-

³⁾ Wgl. Nov. v. 1837 §. 54 Nr. 1.

trages über Immobilien bezüglich der äußeren Form nach den Gesetzen des Ortes der Vertragsschließung oder nach den Gesetzen des Ortes, wo die Immobilien liegen (den sog. Realstatuten), zu beurtheilen sei¹⁾, sind die Ansichten der Rechtsgelehrten verschieden, es verdient jedoch die Meinung derjenigen, welche das letztere annehmen und welchen namentlich auch Bornemann in der systematischen Darstellung des preuß. Civilrechts Bd. I S. 207 (erste Ausg.) beigetreten ist, den Vorzug, denn:

1) Es ist ein allgemein anerkannter und unbestrittener Grundsatz, daß die Rechtsverhältnisse bezüglich unbeweglicher Sachen, soferne dieselben einzeln für sich und nicht als Bestandtheile einer universitas juris in Betracht kommen, insonderheit die Erwerbung und der Verlust der Rechte an Immobilien nach den Gesetzen des Orts, an welchen die betr. Objekte liegen, zu beurtheilen sind.

Götschen, Vorlesungen Bd. I §. 113.

Glück, Pand. Comment. Bd. I §. 76 2. Ausg.

Mühlenbruch, Pand. Recht Bd. I §. 72 Nr. 2.

Seuffert's P. R. §. 17 Nr. 2 S. 23

3. Ausg.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des Civilrechts Bd. I S. 68 zu F.

Beseler, deutsches Privatrecht Bd. I §. 3 Nr. III u. V b.

2) Dieser Grundsatz ist aber nicht bloß in so weit anzuwenden, als jene Gesetze Bestimmungen über den unmittelbaren Erwerb des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte an Grundstücken enthalten, sondern auch in so weit, als sie die Gültigkeit der über die Ver-

¹⁾ Nach Tgl. I Tit. 5 §. 115 des pr. Landr. müssen in allen Fällen, wo unbewegliche Sachen, deren Eigenthum, Besitz oder Nutzung, der Gegenstand eines Vertrages sind, wegen der Form die Gesetze des Orts, wo die Sache liegt, beobachtet werden.

äußerung von Grundstücken geschlossenen Verträge betreffen, weil ein solcher Veräußerungsvertrag die Uebertragung des Eigenthums bezweckt, und sobald er als ein wirksames obligatorisches Verhältniß unter den Kontrahenten anerkannt wird, als causa praecedens, die Verpflichtung des Veräußernden zur Uebergabe des Vertragsobjekts an den anderen Kontrahenten begründet, durch welche der Eigenthumserwerb von Seite des letzteren geschieht, mithin den Uebergang des Eigenthums an diesen zur nothwendigen Folge hat, und daher der Kraft und Wirkung nach schon den Akt der Veränderung im Eigenthum enthält.

Seuffert's Archiv Bd. VIII Nr. 2 S. 3.

Eichhorn deutsches Privatrecht §. 36 S. 104

4. Außg.

v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts Bd. I §. 22 S. 68 Ziff. 3 5. Aufl.

v. Holzschuher a. a. O. S. 69.

3) Es muß demnach konsequenterweise auch die Gültigkeit des Veräußerungsvertrages bezüglich der Form nach den Realstatuten beurtheilt werden, wenn diese eine bestimmte Form vorschreiben und deren Beobachtung zur absoluten Bedingung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts machen.

Glück a. a. O. §. 14 b. S. 103 — 106.

Schäffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts §. 63 S. 76.

4) Das pr. Landrecht, unter dessen Herrschaft die fraglichen Immobilien liegen, schreibt aber nicht nur als Regel vor, daß jeder Vertrag, dessen Gegenstand über 50 Thlr. sich beläuft, schriftlich errichtet werden muß, widrigenfalls, wenn er noch von keiner Seite erfüllt worden, daraus keine Klage stattfindet, Th. I Tit. 5 §. 131 und 155, sondern es verordnet auch noch ganz allgemein und ohne Rücksicht auf eine Summe im §. 135 ibid., daß Verträge und Erklärungen über Grundgerechtigkeiten

allemal schriftlich abgefaßt werden müssen, welche Vorschrift um so mehr auch von Verträgen über Veräußerung von Immobilien zu gelten hat, da nach Th. I, Tit. 10 §. 15 u. 16 alle Willenserklärungen und Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstückes etwas verfügt wird, sogar gerichtlich oder vor einem Justizkommissär aufgenommen werden müssen, wenn die Eintragung des Besitztums in das Hypothekenbuch bewirkt werden soll, indem diese auf den Grund eines bloßen Privats, wenn auch schriftlichen Vertrages nicht statt findet, und einem solchen Vertrage nach §. 17 ib. bloß die Wirkung einer Punction (Tit. 5 §. 120 ff.) beigelegt ist, so daß aus demselben — aber nur bei beobachteter schriftlicher Form — auf Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instruments geklagt werden kann.

Hieraus ergibt sich unzweifelhaft, daß das pr. Landrecht die schriftliche Form bei Kaufverträgen über Immobilien zur nothwendigen Bedingung ihrer Gültigkeit und Klagbarkeit erfordert, und an die Nichtbeobachtung dieser Form die Folge der Nichtigkeit des Vertrages knüpft, weil hier die schriftliche Abfassung nicht bloß des erforderlichen Urkundenbeweises wegen, sondern auch hauptsächlich darum gefordert wird, weil die Schrift nothwendige Basis der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung solcher Verträge und diese wiederum nothwendige Bedingung der zu bewerkstelligenden Eintragung des Besitztums in das Hypothekenbuch ist.

Bornemann a. a. O. §. 173 C. 460 und §. 178 Nr. 3 C. 507.

Hiernach konnte dem nach eigener Angabe des Klägers bloß mündlich geschlossenen Kaufvertrage eine Wirksamkeit nicht beigelegt werden, weshalb die Klagenabweisung gerechtfertigt erscheint.

DAUG. v. 23. Mai 1855. Reg. Nr. 261^{53/54}.
G.

2.

Ueber die Berücksichtigung der Rechte des abwesenden Vaters bei den im Interesse des minderjährigen Kindes zu treffenden Anordnungen.

Der Vater eines nur wenig Jahre alten Kindes hatte sich aus der Heimat heimlich entfernt und soll nach Amerika ausgewandert sein. Das Kind ließ er in den Händen seiner im benachbarten Auslande wohnenden Schwiegermutter; da diese jedoch der Confession, in welcher das Kind erzogen werden soll, nicht angehört, so trugen die väterlichen Seitenverwandten Bedenken, ihr das Kind zu verlassen, der Vormund ließ sich zur Klage bei dem Gerichte der Großmutter auf Herausgabe des Kindes ermächtigen, welche auch die entsprechende Verurtheilung zur Folge hatte. Nun erklärte die Großmutter, sie beabsichtige ihre Enkelin zu adoptiren und beantragte zu diesem Ende bei der Vormundschaftsbehörde die Gestattung der Auswanderung des Kindes. Die erste Instanz ließ sich zur Verwerfung dieses Antrags durch die berührten confessionellen Rücksichten bestimmen, hinsichtlich welcher die Antragstellerin jedoch sofort die geeigneten Garantien darbot. Aber auch das Appellationsgericht glaubte dem Antrage nicht deferiren zu können, weil durch die verlangte Anordnung in die Rechte des Vaters eingegriffen würde. Der oberste Gerichtshof spricht sich über diese Frage in folgender Weise aus:

Die Verfügung über eine Aenderung der Landeshörigkeit des Kindes, sowie über seinen Aufenthalt und seine Erziehung, fällt allerdings in den Bereich der väterlichen Gewalt und der dem Vater zustehenden natürlichen Vormundschaft. Zur Wirksamkeit dieser Rechte des Vaters wird aber vorausgesetzt, daß dieser sich nicht außer Stand gesetzt habe, die-

selben auszuüben, wie im vorliegenden Falle M. . . . gethan hat, indem er sich vor mehreren Jahren aus dem Vaterlande heimlich — angeblich nach Amerika — entfernte, ohne irgend einen Verkehr mit der Heimat zu pflegen und ohne sich um sein Kind zu kümmern, welches er schon vorher der Fürsorge seiner Schwiegermutter anheimgestellt hatte.

Die nothwendige Folge dieses Verhältnisses ist nun, daß an die Stelle der väterlichen Fürsorge diejenige einer für das Kind aufgestellten Vormundschaft und die der Obervormundschaftsbehörde getreten ist, welche, ohne weitere Rücksicht auf den Vater, alle Maßnahmen vorzunehmen verpflichtet und berechtigt sind, die das Wohl des Kindes erheischen kann, sie mögen das Vermögen des Kindes oder dessen Person betreffen.

Wollte man der väterlichen Gewalt in einem solchen Falle, im Sinne des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses, eine fortdauernde Wirksamkeit gestatten, so wäre das Kind in den wichtigsten, oft unverschieblichen Handlungen des Lebens, — der Verheirathung, den Verfügungen über das Vermögen u. c. — gehindert und gewissermaßen rechtlos gestellt.

Diese aus der Natur der Sache geschöpfte Ansicht liegt auch verschiedenen Bestimmungen des römischen Rechts zu Grunde.

Wenn der Vater abwesend und sein Aufenthaltsort unbekannt ist, insbesondere wenn er sich in feindlicher Gefangenschaft befindet, so kann nach fr. 12 §. 3 de captivis et postliminio (49, 15), der Haussohn heirathen, ohne daß es dem Vater, wenn er zurückkehrt und die väterliche Gewalt wieder in Wirksamkeit tritt, gestattet ist, die Verheirathung wegen Ermangelung seiner Einwilligung anzugreifen.

Nach fr. 9 §. 1 und fr. 10 de ritu nuptia-

rum. (23, 2) soll in solchem Falle die Zurückkunft des Vaters drei Jahre lang abgewartet werden; der in fr. 11 ebendasselbst aufgenommene Ausspruch heißt aber auch eine früher von dem Sohne oder der Tochter eingegangene Ehe gültig, wenn die Wahl so getroffen wird, daß man vermuthen kann, der Vater würde sie nicht verwerfen. Hierbei wird keine Vernachlässigung der Vaterpflichten vorausgesetzt; — viel weiter geht aber das römische Recht, wenn dem Vater eine solche zur Last fällt. Hat der Vater längere Zeit (*diu*) zugelassen, daß die Angelegenheiten des Sohnes durch den im Testamente der Mutter bezeichneten Vormund geführt werden, so kann darin eine Verzichtleistung auf die väterliche Gewalt gefunden werden.

Const. 1 de patria potestate (8, 47).

Die Aussetzung des Kindes zieht vollends den Verlust der väterlichen Gewalt sofort nach sich.

Const. 2 de infantibus expositis (8, 52).

Vgl. auch Burchar di gemeinrechtliches Erziehungsrecht, im Archiv für civil. Praxis B. 8. S. 177. —

Hiernach kann es bei der obervormundschaftlichen Beschlußfassung über die beantragte Uebnahme des Kindes von Seiten der Großmutter und der damit zusammenhängenden Auswanderung des Ersteren nur noch darauf ankommen, ob diese Maaßnahme dem Wohle des Kindes angemessen ist. Hierüber kann aber nach dem Inhalte der Akten nicht der mindeste Zweifel erhoben werden. Gegen die Persönlichkeit der Wittive W. . . . und ihre Befähigung zur Erziehung des Kindes ist kein Anstand erhoben worden.

Durch die Bande der Natur ist aber die Großmutter in Ermangelung der Eltern dem Kinde am nächsten und von ihr kann mit größerer Zuversicht als von Seitenverwandten eine uneigennütige, sorgfältige Pflege des Kindes gewärtigt werden. Dieseß

natürliche Verhältniß hat im neuesten römischen Rechte, — im Widerspruche mit dem früher festgehaltenen Grundsatz, daß die Vormundschaft ein Geschäft für Männer (*virile officium*) sei, — die Verfügung herbeigeführt, daß in Ermangelung der Eltern die Großmutter, mit Ausschluß der Seitenverwandten, mit der Vormundschaft betraut werden soll.

Nov. 118, Cap. 5.

Den vorzugsweisen Anspruch der Mutter und Großmutter auf die Erziehung und persönliche Pflege des Kindes hatte schon das frühere Recht anerkannt.

S. Rudorff das Recht der Vormundschaft
S. 246 u. f.

Daß Nämliche verfügt das hier zunächst maßgebende Mainzer Landrecht Tit. V §. 1.

Die Zuweisung der Erziehung an die Großmutter empfiehlt sich hier insbesondere durch das Geschlecht des Kindes.

Vgl. Burcharbi a. a. O. S. 173.

Endlich verdient der Umstand ganz vorzügliche Berücksichtigung, daß der Vater selbst schon während seiner Anwesenheit in der Heimat das Kind der Fürsorge der Großmutter anvertraut und ihr dasselbe bei seiner Entfernung belassen hat.

Daß vom k. Appellationsgerichte in Bezug genommene Nuzungsrecht des Vaters an dem Vermögen des Kindes kann hierbei nicht berücksichtigt werden, da dieses Nuzungsrecht, zufolge Tit. VII §. 3 des Mainzer Landrechts durch die Wiederverehelichung des V. . . aufgehört hat und derselbe ohnehin die dem Nuzungsrechte gegenüber stehenden Pflichten gegen das Kind in keiner Weise erfüllt.

DMG. v. 10. Oktober 1856 Nr. 1573^{55/56}.

M.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Muttergutsauszeige für die Kinder von Siegelmäßigen. — Nichtigkeitsbeschwerde einer kath. geistlichen Obergerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des protestant. Obergerichts. — Zur Erläuterung des Art. III der Verordn. v. 28. Juli 1818, die Kompetenz über Obstreitigkeiten bei gemischten Ehen betr. — Wiesern berechtigt die Erfüllungssäumniß des Verkäufers den Käufer, vom Verlaufe zurückzutreten und auf das Interesse zu klagen? — Beweis von Dolus und bösem Glauben. —

Die Muttergutsauszeige für die Kinder von Siegelmäßigen.

Schon in Bd. IX S. 157 ff. dieser Blätter wurde auf ein oberstrichterliches Erkenntniß hingewiesen, nach welchem es der Obervormundschastsbehörde zusteht, hinsichtlich der Muttergutsauszeige von Seite siegelmäßiger Väter genaue Aufschlüsse zu verlangen.

Der Rechtsgrundsatz, daß es dem ordentlichen Gerichte zusteht, ex officio von der Muttergutsauszeige eines siegelmäßigen Vaters Kognition zu nehmen, wenn dessen Kinder noch minderjährig sind, und daß insbesondere das Gericht auf die Sicherstellung des ausgezeigten Muttergutes von Seite des siegelmäßigen Vaters officiellen Bedacht zu nehmen habe, hat ein allgemeines Interesse, indem im Falle seiner Nichtanwendung das Vermögen vieler Minderjährigen sehr gefährdet sein könnte. —

Das ältere Landrecht von 1616 verordnete in Tit. III Art. 4:

Neue Folge. Band I.

„Wenn seine eheliche Hausfrau mit Tod ab-
 gehet, und sie eheliche Kinder, von ihnen beyden
 geboren, hinter ihr verläßt, so soll alsdann der ver-
 wittbte, er greife zur andern Ehe oder nicht, den-
 selbigen seinen Kindern erster Ehe ihr mütterlich Gut,
 wie viel sich dessen befindet und wie es Namen ha-
 ben mag, in Beyseyn der Freundschaft, da es Abels-
 personen, Doctores, so fürstliche Rätthe, von den
 Geschlechtern auch andere Doctores, die ihren gra-
 dum bey bewährten Universitäten erlangt, aber an-
 dere vor der ordentlichen Obrigkeit, doch auch in
 Beyseyn beyderseits Freundschafts, vor Ausgang Jahr
 und Tagß, bei Vermeidung der Straf, benanntlichen
 auszuzeigen, fürsetzen und zu versichern schuldig
 seyn, auf daß die Kinder auf die obgesetzte Fäll
 solch ihr mütterlich Gut zu bekommen wissen, und
 nicht erst künftig darum kriegen oder Ausföhrung
 desselben thun müssen, doch dem Vater an seiner
 Nutznießung, wie oben gesetzt ist, unvergriffen.“

Hier ist hinsichtlich der ausdrücklich vorgeschrie-
 benen Versicherung des Muttergutes zwischen siegel-
 mäßigen und nichtsigelmäßigen Vätern kein Unter-
 schied gemacht, weil, wie Baron von Schmid in
 seinem Kommentar zu dieser Stelle sub nr. 10 sich
 ausdrückt, gerade bei den Ersteren wegen der ihnen
 eigenen größeren Streitlust und wegen der ihnen auf
 die Dauer ihrer Lebenszeit zustehenden Nutznießung
 des Muttergutes mehr Gefahr für die Kinder ob-
 waltet als bei den gemeinen Leuten.

Aus den Worten des angeführten Artikels:
 „sollen schuldig seyn“ folgert Baron v. Schmid
 loc. cit. sub nr. 15, daß, wenn auch die Ver-
 wandten aus Vertrauen gegen den Vater mit Wil-
 len und Gutheißern der Kinder denselben die Be-
 schreibung und Sicherstellung der mütterlichen Güter
 erlassen wollten, solches auf keine Weise erlaubt sei.

Das Landrecht von 1756 hat, was die Ver-

pflichtung des Vaters zur Auszeigung des Muttergutes, den hiezu gestatteten Termin und bei der Muttergutsauszeige selbst den Unterschied zwischen siegelmäßigen und nichtsigelmäßigen Vätern betrifft, die Bestimmungen des älteren Landrechts unverändert beibehalten,

Cod. Civ. P. I Cap. 5 §. 5 nr. 4;
dagegen den Vater von der Verbindlichkeit der Versicherung des Muttergutes befreit.

Cod. Civ. loc. cit. et in notis nr. 4, dann
P. II Cap. 9 §. 6 nr. 2.

Hinsichtlich dieses Cautionspunktes ist aber das Landrecht von 1756 durch das Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 wieder abgeändert worden, indem dieselbe in §. 12 Nr. 7 den Kindern wegen desjenigen, was sie als Vater- oder Muttergut oder sonst erworbenes Vermögen oder als Voraus bei Einkindschaftungen zu fordern haben, auf den Immobilien ihrer Aeltern einen gesetzlichen Rechtstitel zur Hypothek einräumt, und in §. 104 Nr. 4 wegen des Mutter- oder Vatergutes minderjähriger Kinder nicht nur den Minderjährigen selbst, den Vormund, den Nebenvormund und die vormundschaftliche Behörde, sondern auch jeden Verwandten, ja sogar jeden Dritten berechtigt, die Eintragung dieser Hypothek zu verlangen, und überdies den Nebenvormund und die Vormundschaftsbehörde zum Schadenersatz verpflichtet, wenn aus der Unterlassung der Eintragung ein Schaden für den Minderjährigen entstanden ist.

Nach diesen klaren Bestimmungen ist es unstrittig, daß der Vater, gleichviel ob er siegelmäßig ist oder nicht, für das in Händen habende Muttergut seiner Kinder auf seinem Immobilienvermögen Sicherheit leisten müsse, und daß die vormundschaftliche Behörde auf die Bestellung dieser Sicherheit offiziellen Bedacht, folglich nothwendiger Weise von

der Muttergutsauszeige selbst ex officioognition zu nehmen habe.

Es kann daher nur mehr die Frage streitig sein, ob seit Erscheinen des Hypothekengesetzes auch ein Vater, der kein Immobilienvermögen besitzt, für das Muttergut seiner Kinder Sicherheit zu leisten, und ob bei minderjährigen Kindern die vormundschaftliche Behörde für wirkliche Bestellung dieser Sicherheit zu wachen habe?

Diese Frage ist mit analoger Anwendung des §. 20 Abs. 2 des Hypothekengesetzes, welches nicht nur die Sicherstellung und Erleichterung des Privatcredits bezweckt, sondern auch, wie von Gönner in seinem Kommentar hiezu Th. I S. 248 sagt, der Grundstein zu einer bessern und gleichförmigen Ordnung bei Vormundschaften geworden ist, zu bejahen.

1) Es ist Rechtsgrundsatz: „ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.“

Cod. Civ. P. I Cap. 1 §. 10 nr. 2 et in notis.

Der Grund, warum Väter, auch wenn sie Immobilienvermögen besitzen, das in Händen habende Vermögen ihrer Kinder versichern, und warum bei minderjährigen Kindern die vormundschaftlichen Behörden für die wirkliche Leistung dieser Sicherheit von Amtswegen sorgen müssen, liegt in dem besonderen Schutze, welchen die Gesetzgebung aus guten Gründen dem Vermögen dieser Kinder von jeher gewährt hat. Dieser Grund ist, und zwar in noch größerem Maße, auch in dem Falle vorhanden, wenn der Vater kein liegendes Vermögen hat; ja es wäre wirklich sehr verkehrt, wenn das Gesetz von einem Vater, der ohnehin durch den Besitz liegender Güter vercautionirt ist, Sicherstellung des Vermögens seiner Kinder fordern, während es dieses Vermögen einem anderen Vater, der kein Immobilienvermögen besitzt, und bei dem also die Verlustgefahr

weit größer ist, ohne Kaution in Händen belassen würde.

2) Ein weiterer und ebenso wichtiger Rechtsgrundsatz ist: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*."

Cod. Civ. loc. cit. §. 10 nr. 3 et in notis.

Der Grund, warum man bei Abfassung des Landrechts vom J. 1756 die Sicherstellung des Muttergutes nicht mehr für nothwendig hielt, lag, wie Baron von Kreittmahr in den *Annotationes ad Cod. Civ. P. I Cap. 5 §. 5 nr. 5* anführt, hauptsächlich darin, weil das väterliche Vermögen den Kindern ohnehin um ihr mütterliches *jure hypothecae* haftet, welche stillschweigende Hypothek nach Cod. jud. Cap. 20 §. 10 mit den ausdrücklichlichen Hypotheken in der 8. Klasse der Prioritätsordnung von 1753 nach dem Alter konkurirte.

Dieser Grund besteht nach dem Hypothekengesetze und der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 nicht mehr, indem alle stillschweigenden Hypotheken jetzt aufgehoben sind, und daß in der 4. Klasse der P.D. (§. 23 Nr. 1 der n. P.D.) den Kindern eingeräumte Vorzugsrecht kein Surrogat, wenigstens bei weitem kein zureichendes Surrogat für die frühere Priorität ist.

Mit dem Aufhören des Grundes muß, wie schon gesagt, auch die Anwendbarkeit des früheren Gesetzes aufhören.

3) Eine andere Interpretation des Hypothekengesetzes würde, weil für den Vater, der ein Immobilienvermögen besitzt, durch dieses Gesetz ein anderes weit strengeres Recht geschaffen worden wäre, als für jenen Vater, der kein solches Vermögen hat, besteht, mit dem verfassungsmäßigen Grundsätze der Gleichheit des Gesetzes und vor dem Gesetze nicht vereinbar sein, und

4) sogar die Anwendbarkeit des § 12 Nr. 7

und §. 104 des Hyp.-G. in vielen Fällen von der Discretion und Reblidigkeit der Väter abhängig machen, da es denselben selbst mit Rücksicht auf dasjenige, was Baron v. Kreittmayr in den Anmerkungen ad Cod. Civ. P. I Cap. 5 §. 5 nr. 4 von der Befugniß der Obrigkeit zur Einziehung der Administration und Ruksnießung sagt, nicht verwehrt werden könnte, ihr Immobilienvermögen vor Ablauf des zur Muttergutsauszeige vorgesezten gesetzlichen Termines zu veräußern und auf diese Weise die oben allegirten Bestimmungen des Hypothekengesetzes zu umgehen.

Diese Gründe in ihrem Zusammenhalte gewähren die Ueberzeugung der Richtigkeit des an die Spitze gestellten Satzes:

„daß die vormundtschaftlichen Behörden nach dem Hypothekengesetze vom 1. Juni 1822 berechtigt und verpflichtet seien, auch von den Muttergutsauszeigen siegelmäßiger Väter Kognition zu nehmen, und für die Versicherung des Muttergutes der Kinder solcher Väter, gleichviel ob diese ein Immobilienvermögen besitzen oder nicht, von Ants wegen zu sorgen haben.“ ..ll..

Nachschrift des Herausgebers. Dem Hrn. Verfasser des vorstehenden Aufsatzes ist darin beizupflichten, daß eine consequente Durchführung des im Hypothekengesetze a. a. O. ausgeprägten Gedankens zu dem hier gezogenen Resultate führt. Es ist in der That nicht einzusehen, aus welchem Grunde nur der Vater, welcher Liegenschaften (oder gleichgestellte Sachen bzw. Rechte) besitzt, das Muttergut der Kinder sicherzustellen verpflichtet sein soll, nicht aber der andere, welche etwa nur durch Hinterlegung von Werthpapieren Caution leisten könnte. Aber der Gesetzgeber von 1822 hat die von der Vorschrift des Landrechtes abweichende Bestimmung, daß der Vater hinsichtlich des ausgezeigten Muttergutes caution-

pflichtig sei, nur in Ansehung der Besitzer von Hypothekensubjekten getroffen. Die Wirksamkeit dieser Bestimmung auch in Ermangelung dieser Voraussetzung anzunehmen, wäre eine Berichtigung des Gesetzes, welche dem Ausleger und dem Gesekanzwendenden Richter nicht zusteht. Vgl. hierüber die in Bd. VIII S. 292 f. in der Note 3 abgedruckte Stelle aus Savigny's System Bd. I S. 321. — Siehe übrigens in Betreff der Sicherstellung des Muttergutes Dollmann in Bd. VIII S. 361 f., 373 f. und 385 f. unserer Zeitschrift.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Nichtigkeitsbeschwerde einer kathol. geistlichen Ehegerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des protestant. Ehegerichts.

In einem zwischen katholischen Eheleuten anhängig gewordenen Scheidungsprozeß wurde den Parteien von der geistlichen Behörde sofort beim Beginne des Prozeßes durch ein Toleranzdekret die Absonderung von Tisch und Bett auf unbestimmte Zeit gestattet, ein förmliches Scheidungsurtheil aber nicht erlassen, sondern in der Folge jenes Toleranzdekret bloß erneuert. Nach achtfähriger Separation erhob der inzwischen zur protestantischen Kirche übergetretene Ehemann bei der kathol. geistlichen Behörde eine Divortialklage gegen seine kathol. Ehefrau auf lebenslängliche, eventuell auf für unbestimmte Zeit auszusprechende Scheidung von Tisch und Bett, er wurde aber damit in der privären Richtung definitiv und bezüglich der eventuellen Bitte angebrachtermaßen abgewiesen.

Derselbe wendete sich sodann mit einer Implo- ration an das protestantische Ehegericht und bat auf

Grund der Verordn. vom 28. Juli 1818 die bisher zwischen ihm und seiner Ehefrau bestandene Ehe hinsichtlich seiner Person aufzulösen und ihm die Wiederverehelichung zu gestatten.

Nachdem die über diesen Antrag vernommene Ehefrau sich einwilligend erklärt hatte und die Divortialakten der geistlichen Behörde mitgetheilt worden waren, erließ das prot. Ehegericht ein dem Antrage des Imploranten entsprechendes Erkenntniß, bei welchem sich die Parteien beruhiget haben.

Dagegen trat aber die kathol. geistliche Behörde mit einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des prot. Ehegerichts bei dem k. Oberappellationsgerichte, als prot. Ehegerichte II. Instanz auf, mit dem Antrage jenes Erkenntniß als null und nichtig aufzuheben, weil das prot. Ehegericht zu Erlassung desselben nicht kompetent gewesen sei.

Diese Nichtigkeitsbeschwerde wurde jedoch durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 16. Okt. 1855, Nr. 1575⁵⁴/55, aus nachstehenden Gründen abgewiesen:

Wenn es auch keinem Zweifel unterliegt, daß die Zuständigkeit eines Gerichts nicht nur von Seite der Parteien, sondern auch von einem Gerichte oder einer Behörde streitig gemacht werden kann, so besteht doch, je nachdem das Eine oder Andere der Fall ist, sowohl in Ansehung der Art der Kompetenzanfechtung, als auch hinsichtlich des Verfahrens und der zur Entscheidung des Kompetenzstreites berufenen Behörde ein sehr wesentlicher Unterschied.

Den Parteien stehen in bemerkter Hinsicht unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen die forisbellinatorischen Einreden, und nach Umständen die Nichtigkeitsbeschwerde zu Gebote, um eine Entscheidung der streitig gewordenen Kompetenzfrage herbeizuführen.

Wenn aber die Zuständigkeit in einer Sache zwischen zwei Gerichten oder einem Gerichte und

einer Verwaltungsbehörde streitig wird, so haben die für die Behandlung und Entscheidung solcher Kompetenzkonflikte in dem Gesetze vom 28. Mai 1850 (Gesetzbl. 1850 S. 161) gegebenen Vorschriften zur Anwendung zu kommen.

Es findet sich jedoch nirgends eine gesetzliche Bestimmung, vermöge welcher ein Gericht oder eine Behörde berechtigt wäre, sich des bloß den Parteien gestatteten Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde, von welchem die G.D. im Kap. XVI §. 2 handelt, zu bedienen, um das von einem anderen Gerichte erlassene Erkenntniß wegen vermeintlicher Inkompetenz als nichtig anzufechten.

Eine dergleichen analoge Anwendung der G.D. l. c. kann aber um so weniger stattfinden, theils weil diese Art des Angriffs schon an sich der gegenseitigen Stellung der Gerichte und Behörden, und der äußeren Achtung, mit welcher sie sich zu bezeugen haben, unangemessen sein würde, theils und vorzüglich, weil Gerichte und Behörden gegeneinander niemals, und selbst nicht in dem Falle, wenn sie wegen der Kompetenz in Konflikt gerathen sind, in einer Parteirolle auftreten, folglich auch von Rechtsmitteln, welche nur den Parteien gestattet sind, gegenseitig keinen Gebrauch machen können. Zu einer dergleichen Einmischung in eine Parteisache sind sie offenbar nicht legitimirt.

Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde stellt sich schon hiernach als unstatthaft dar.

Abgesehen hievon, und lediglich als einfache Beschwerde über vermeintlichen Eingriff von Seite des prot. Ehegerichts in die Kompetenz der kathol. geistlichen Behörde betrachtet, erscheint die Beschwerde jedenfalls ungegründet.

Der Implorant N. hat, nachdem er zur prot. Kirche übergetreten war, bei dem U.G. v. Oberfranken, als prot. Ehegerichte, keine Ehescheidungsklage

gegen seine kathol. Ehefrau angebracht, sondern bloß den Antrag gestellt, auf den Grund der bei dem kathol. Ehegerichte verhandelten Akten über den dort anhängig gewesenen Scheidungsprozeß zwischen seiner Ehefrau und ihm das Band der Ehe bezüglich seiner Person für aufgelöst zu erklären.

Dieser Antrag mußte, nachdem die fragliche Ehe durch den Konfessionswechsel des Mannes eine gemischte geworden ist, gemäß Art. II der Verordn. v. 28. Juli 1818 bei dem prot. Ehegerichte gestellt werden.

Beschwerender Seite wird auch keineswegs bestritten, vielmehr ausdrücklich anerkannt, daß unter den im alleg. Art. II bestimmten Voraussetzungen das prot. Ehegericht kompetent sei, in Ansehung des prot. Eheheils, wenn dieser die Auflösung der Ehe nachsuchen würde, auf dessen Beschwerde zu beschließen, was es dem prot. Ehegerichte in dieser Hinsicht gemäß finden werde.

Es will, inhaltlich der Beschwerde, eine Inkompetenz des prot. Ehegerichts zu Erlassung des ergangenen Erkenntnisses vielmehr daraus abgeleitet werden, weil die Voraussetzungen hiezu nicht gegeben gewesen seien, indem von Seite der kath. geistlichen Behörde ein Erkenntniß auf Scheidung von Tisch und Bett nicht erlassen, sondern nur ein Tolerauzedikt ertheilt worden sei, welchem die Eigenschaft und Wirkung eines Scheidungsurtheils nicht beigelegt werden könne.

Diese Aufstellung vermag jedoch die Beschwerde nicht zu begründen.

Das prot. Ehegericht war jedenfalls kompetent, den Antrag, welchen Implorant N. bei demselben, nach dem vorhergegangenen, vor der kath. geistlichen Behörde anhängig gewesenen Scheidungsprozesse, gestellt hatte, zu bescheiden und es war insonderheit gemäß der alleg. Verordnung auch zur Prüfung und

Entscheidung darüber zuständig, ob unter den Verhältnissen, welche die Akten über jenen vorhergegangenen Scheidungsprozeß ergaben, die Ehe bezüglich des zur protest. Kirche übergetretenen Imploranten nach dem protest. Eherechte für aufgelöst erklärt und demselben die anderweite Verehelichung gestattet werden könne.

Hierbei kann der Form, in welcher von Seite der kath. geistlichen Behörde die Scheidung von Tisch und Bett ausgesprochen wurde, kein entscheidender Einfluß eingeräumt werden, sondern es hat wesentlich nur auf den Grund, aus welchem dieselbe stattgefunden hat, so wie darauf anzukommen, ob dieser Grund ein solcher ist, aus welchem nach dem prot. Eherechte die Ehe aufgelöst werden kann.

Da sonach das prot. Ehegericht unzweifelhaft kompetent ist, einen an dasselbe gebrachten derartigen Antrag materiell zu prüfen und zu beschreiben, so kann selbst in dem Falle, wenn dessen Ausspruch, wodurch es die Ehe bezüglich des protest. Ehetheils für aufgelöst erklärte, nicht gerechtfertigt erscheinen sollte, von einer inkompetent erlassenen Entscheidung durchaus keine Rede sein.

In einem solchen Falle würde zwar dem hiedurch sich beschwert erachtenden anderen Ehetheile Veranlassung gegeben sein, im Wege der Berufung gegen das unrichtig gefällte Urtheil Abhülfe zu suchen, keineswegs aber ist der kathol. geistlichen Behörde, deren Kompetenzbefugnisse dadurch nicht beeinträchtigt worden sind, eine gegründete Ursache zur Beschwerde gegen das Erkenntniß des prot. Ehegerichts gegeben, weshalb die erhobene Beschwerde jedenfalls ungegründet erscheint.

Uebrigens kann, da sich die Parteien bei dem Erkenntniß des prot. Ehegerichts beruhiget haben, in Ermangelung einer von dieser Seite ergriffenen

Berufung eine oberstrichterliche Prüfung desselben nicht Platz greifen. G.

2.

Zur Erläuterung des Art. III der Verordn. vom 28. Juli 1818, die Kompetenz über Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen betr. ¹⁾

Das protestantische Ehegericht ist nach Art. III der erwähnten Verordnung nicht von Amtswegen verpflichtet, daß von demselben erlassene Scheidungs-Erkenntniß bei der kath. geistlichen Behörde vorzulegen, sondern es kann nur durch Ansuchen der letzteren zu einer abschriftlichen Mittheilung des Erkenntnisses veranlaßt werden.

Die alleg. Verordnung handelt im Art. II von dem Falle, wenn auf Klage des prot. Eheheiles gegen den katholischen bei der kath. geistlichen Behörde auf Scheidung von Tisch und Bett erkannt wurde, und im Art. III von dem Falle, wenn auf Klage des kathol. Eheheiles gegen den protestantischen von dem prot. Ehegerichte die Auflösung der Ehe erkannt wurde.

Im ersteren Falle steht es dem protest. Ehegerichte frei, in Ansehung des prot. Eheheiles, auf dessen Beschwerde, zu beschließen, was es dem protest. Ehegerichte in dieser Hinsicht gemäß findet.

Im anderen Falle bleibt es der kath. geistlichen Behörde vorbehalten, in Ansehung des kathol. Eheheiles dasjenige auszusprechen, was dem kath. Eherechte gemäß ist.

In dem einen wie in dem anderen Falle ist es zwar zu dem bemerkten Zwecke nothwendig, daß die betreffende Behörde durch Vorlage des ergangenen Erkenntnisses von dessen Inhalt Wissenschaft er-

¹⁾ Gesetzb. v. 1818 S. 474.

lange, die alleg. Verordnung schreibt aber nicht vor, daß diese Vorlage von demjenigen Ehegerichte aus Amtspflicht geschehen müsse, welches das Erkenntniß erlassen hat.

Eine solche Anordnung konnte auch begreiflicher Weise nicht beabsichtigt sein, weil die Ehegerichte der beiderlei Konfessionen nicht in einem sub-, sondern in einem koordinirten Verhältnisse zu einander stehen.

Die im Art. III der Verordnung enthaltenen Worte „es soll das Erkenntniß des prot. Ehegerichts der kath. geistlichen Behörde vorgelegt werden“, können offenbar nur dahin verstanden werden, daß die Vorlage von dem kath. Eheheile zu geschehen habe, indem nur dieser hiezu verpflichtet werden konnte und die kath. geistliche Behörde dadurch, daß sie durch die Mitbeiziehung eines kath. Geistlichen zum Sühneversuch von Einleitung des Scheidungsprozesses Kenntniß erlangt, auch in den Stand gesetzt ist, sich das Erkenntniß seiner Zeit durch den kath. Eheheil vorlegen zu lassen.

DABG. v. 16. Okt. 1855. Nr. 1575⁵⁴/₅₅. G.

3.

Wiefern berechtigt die Erfüllungs-Säumniß des Verkäufers den Käufer, vom Vertrage zurückzutreten und auf das Interesse zu klagen?

Hierüber äußern die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung:

Es wird für zweifelhaft erachtet, ob nach römischen Rechte der Käufer wegen verspäteter Lieferung der Waare zum Rücktritt vom Vertrage und alleiniger Anstellung der Entschädigungsklage berechtigt sei.

Vgl. Bluntschli in den Bl. f. R. u. B. XVII S. 353 f.

Es läßt sich hierüber kein bestimmter allgemeiner Grundsatz aufstellen; vielmehr kommt alles auf die Natur des individuellen Kaufvertrags, namentlich darauf an, ob der im Vertrage beliebte Termin nur eine zur Beschleunigung der Angelegenheit gemachte Nebenbestimmung, oder einer der Hauptpunkte des Vertrags, ob demnach eine Erfüllung, die nicht zu gehöriger Zeit erfolgt, einer Nichterfüllung gleich zu achten, und es unmöglich sei, durch eine spätere Erfüllung dem Vertrage noch Genüge zu leisten und dem Interesse, welches der Käufer verfolgte, noch zu dienen, oder nicht. Wer ein Haus oder sonstiges Immobile zu kaufen wünscht, der kann, wie Bluntschli a. a. O. richtig bemerkt, seinen Mitkontrahenten als wortbrüchig noch nicht behandeln, wenn dieser nicht am stipulirten Termine tradirt. Anders ist es mit solchen Waaren, welche zum Konsumo oder weiteren Verkauf bestimmt sind, deren Preise sinken und steigen, und bei deren Lieferung daher alles darauf ankommt, daß sie zur stipulirten Zeit erfolge. Nicht bloß bei dem Verkehr zwischen Handelsleuten, auch nicht bloß ausnahmsweise und in seltenen Fällen bei andern Kontrahenten, sondern überall da, wo eine Waare der bezeichneten Art den Vertragsgegenstand bildet, ist eine wahre Erfüllung des Vertrags nur bei Einhaltung des festgesetzten Termins gegeben. Wer bis spätestens 11. Oktober 1854 eine Quantität Branntweins zu irgend einem Zwecke um einen bestimmten Preis brauchen konnte, dem kann sie einige Zeit später nicht mehr brauchbar, die Verbindlichkeit, sie noch annehmen zu müssen, sogar vom größten Nachtheil sein, indem er sie nicht mehr verwenden kann, oder anderswoher besser und billiger beziehen würde. Er soll nach dem Gesetze berechtigt sein, von dem Mitkontrahenten vollen Schadenersatz zu erhalten, würde aber bei Realisirung des Vertrags Nachtheil erleiden.

Es muß schon nach dem Geiste des römischen Rechts, ohne eine neuere Gerichtspraxis zu Hülfe zu nehmen, nach der ausgesprochenen Schadenersatzpflicht des säumigen Kontrahenten und den Grundsätzen über die Interpretation der Verträge und die Geltung der wesentlichen und Haupt-Willensbestimmungen der Kontrahenten angenommen werden, daß da, wo die Natur des Geschäfts dafür spricht, die Versäumung des stipulirten Termins einer Nichterfüllung aus Schuld des Verkäufers gleichzuachten ist und daher zur alleinigen Schadenersatzklage berechtigt. In der Const. 10 de act. emti et vend. (4, 49) wird der Verkäufer von Fleisch, der solches nicht zur stipulirten Zeit liefert, vertragsbrüchig (nicht bloß säumig) genannt „*quum venditorem, fide conventionis rupta, tempore placito carnem non exhibuisse proponas*“ — woraus von selbst folgt, daß nun bei Geltendmachung des vom Käufer erlittenen Schadens von einer Nachlieferung des Fleisches nicht mehr die Sprache sein kann. Dieses liegt so nahe, daß es nicht gesagt zu werden brauchte, keineswegs aber kann das Schwelgen darüber ein Bedenken über die desfallsige Intention des kaiserlichen Dekretes erregen. Bei Anwendung des römischen Rechts müssen Prinzipien aus einzelnen Entscheidungen abstrahirt werden; man findet jene nicht den logischen Anforderungen entsprechend, die man heutzutage an die Sprache des Gesetzgebers und des Richters macht. Jener Fleischkäufer der Const. 10 kann seine Entschädigungsforderung der Wahrscheinlichkeit nach nur darauf gründen, daß er den Zweck, zu dem er das Fleisch bestellte, aufgeben, oder anderes kaufen mußte, und in keinem dieser Fälle kann der Vertrag nach seiner Tendenz durch eine Nachlieferung noch erfüllt werden.

Was von einfacher Versäumung des stipulirten Termines gilt, muß um viel mehr in dem Falle

Geltung finden, wenn der Kontrahent, wie in vorwürflicher Sache, die Erfüllung gänzlich verweigert, wenn er den Vertragsabschluß leugnet und den Käufer zu einem vielleicht mehrjährigen Prozesse zwingt. Es würde jedem Rechts- und Billigkeitsgeföhle widerstreben, wollte man dem Kläger, der 1854 bis spätestens 11. Okt. 100 Eimer Branntwein wünschte, zuzumuthen, solche noch im Jahre 1856 oder 1857 anzunehmen, nachdem der Waare jedenfalls die Bestimmung nicht mehr gegeben werden kann, welche sie damals hatte, vielleicht Kläger das Geschäft gar nicht mehr treibt, zu dessen Behuf er von Zeit zu Zeit größere Quantitäten Branntwein kaufte.

Mit Recht hat daher Kläger ausschließend Entschädigung verlangt; und diese wird am einfachsten und nächsten durch die Preisdifferenz berechnet, indem sein Interesse darin bestand, am 11. Okt. 1854 100 Eimer Branntwein um 15 fl. pr. Eimer zu beziehen, und diesem Interesse dadurch Genüge geleistet werden konnte, daß er eine gleiche Quantität anderswoher bezog, und die Mehrausgabe ihm vom Beklagten nun ersetzt wird.

OLG. v. 21. Juli 1856. Nr. 787⁵⁵/₅₆.

4.

Beweis von Dolus und bösem Glauben.

Wgl. Bd. XVII S. 272; Bd. XVIII S. 255; Bd. XX S. 281.

Bei dem Beweise des dolus, also auch der mala fides, ist überall mehr auf die Gesamtheit der Umstände, als auf einzelne strenge Beweisgründe zu sehen. C. 6 de dolo malo (2, 21).

Erk. des OLG. zu Lübeck v. 11. Juni 1842.

Hamburger Samml. N. F. Bd. I S. 39.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Umfassen die Nachtheile der zweiten Ehe auch die statutarische Portion? — Ueber die Beziehung der Hypothekgläubiger zur Zahlung der Forderungen der 1. Klasse und zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung. — Beweislast über die Eigenschaft des Fideicommiss. — Beweislast über die Nichtinhaltung der Fällungszeit. — Revision gegen Erkenntnisse auf Arrest-Verhängung. —

Umfassen die Nachtheile der zweiten Ehe auch die statutarische Portion.

Während viele Rechtslehrer auch die deutsch-rechtliche statutarische Portion den römischen Nachtheilen der zweiten Ehe unterwerfen ¹⁾, behaupten Andere das Gegentheil ²⁾. Für die ersterwähnte Ansicht sagt man: daß statutarische Recht bestimmt nur den Anfall der statutarischen Portion, nicht deren weiteres Schicksal in dem Falle der zweiten

¹⁾ Gail, observ. lib. II obs. 98 Nr. 6; Struv. syntagma jur. civ. ex. XXIX th. LII nol. k. sub. III; Leyser med. ad Pand. spec. 300 med. 6; Mevius comment. ad jus Lubec. P. II tit. II art. XXVIII Nr. 30; Pufendorf obs. I. I obs. 23; Marejoff in der Gießener Zeitschrift Bd. 3 S. 95—97; Bangerow, Pandekten Bd. 1 §. 227 sub I, a.

²⁾ Stryk de success. ab intestato diss. I cap. II §. VIII; Glück Intestaterbfolge ed. II S. 594 und im Comment. Bd. 24 S. 160 f.; Eichhorn Einl. §. 336 unter 6.

Ehe; in diesem tritt daher das römische Recht ein. Die Gegner erwidern:

„Nach der richtigen Auffassung ist die Anwendung des römischen Rechtes nicht allein da ausgeschlossen, wo derselben eine ausdrückliche einheimische Bestimmung entgegensteht, sondern dasselbe darf auch nicht in einer dem Wesen der deutschen Rechtsinstitute widersprechenden, deren volle Geltung beschränken- den Weise in die Sphäre derselben hineingetragen werden. Das nächste Motiv der römischen *poenae sec. nupt.* ist zwar die Abneigung des neueren römischen Rechtes gegen die zweite Ehe, insbesondere bei dem Vorhandensein von Kindern erster Ehe; die Abhaltung von derselben durch die damit verbundenen Nachtheile. Aber die Anknüpfung dieses Motivs an das von dem ersten Ehegatten herrührende Vermögen — die Zurückziehung des letzteren nach seinem Ursprunge — steht in engem Zusammenhange mit der besonderen Stellung der römischen Ehe zu dem Vermögen der Ehegatten. Die römische Ehe ist nur eine Personen-, keine Vermögensverbindung. Hinsichtlich des Vermögens sind die Ehegatten streng geschieden, nicht allein bei Lebzeiten, sondern auch auf den Todesfall. Die Ehe begründet civilrechtlich kein Erbrecht unter den Ehegatten, nur in Ermangelung aller anderen Erben wird die prätorische *bonorum possessio unde vir et uxor* gewährt. Nicht einmal durch Schenkungen unter Lebenden kann ein bindender Austausch des Vermögens unter Ehegatten bewirkt werden. Dieses System der strengen Sonderung des Vermögens, seiner selbstständigen Erhaltung auf beiden Seiten und seines Ueberganges auf die gesetzlichen Erben jedes Theiles hat das neueste römische Recht auch hier so weit durchgeführt, daß selbst die sonst gestatteten *lucra nuptialia* bei dem Eintritte der zweiten Ehe zu den Kindern des ersten Ehegatten zurückkehren. Die meisten gesetz-

lichen *lucra* fallen sogar bei dem Vorhandensein von Kindern sogleich an diese. — Die deutsche Ehe ist dagegen auch eine Vermögensverbindung. Das Vermögen der Ehegatten wird mehr oder weniger gemeinsam und verbleibt nach dem Tode dem Ueberlebenden, oder wird mit demselben getheilt. Die Ehe begründet ein feines Beschränkungen unterliegendes Erbrecht; was der Ueberlebende aus dem Vermögen des Verstorbenen gewinnt, verbleibt ihm unwiderruflich. So wenig daher sein Antheil bei dem Vorhandensein von Kindern diesen zufällt, und ihm nur der Nießbrauch verbleibt — wie im neuen römischen Rechte bei den mehrsten gesetzlichen *lucris* der ersten Ehe, selbst bei dem Erbtheile der armen Wittve, — sondern dieselbe ihm auch dann unbeschränkt zukommt, eben so wenig wird derselbe durch die zweite Ehe zurückgezogen. Die Anwendung der römischen *poenae secundarum nuptiarum* auf diesen gesetzlichen Erwerb würde daher dem Grundwesen des deutschen Güterrechts der Ehegatten zuwider sein. Durch das römische Prinzip des getrennten Gutes und der Zurückziehung der *lucra* würde das deutsche Prinzip des gemeinsamen Gutes und des unbeschränkten gesetzlichen Erbrechts verletzt werden.“

Vorstehende Ausführung ³⁾ paßt nur unter der Voraussetzung, daß während der Ehe wirklich Gütergemeinschaft unter den Eheleuten bestanden hat, und unter statutarischer Portion der Antheil an dem gemeinschaftlichen Gute verstanden wird, welcher bei der nach dem Tode eines Ehegatten eintretenden Vermögensauseinandersetzung dem mit den Kindern aus der Ehe theilenden überlebenden Ehe-

³⁾ Entnommen aus den Entscheld. des DAB. zu Rostock, herausg. von Buchla und Budde Bd. 1 S. 117 f.

gatten zufällt. Aber in einem großen Theile von Deutschland gilt für das eheliche Verhältniß (überhaupt oder doch bei kinderlosen Ehen, welcher letztere Fall hier bedeutungslos ist), das römische Prinzip des getrennten Gutes, und der Antheil von dem getrennten Vermögen des Vorverstorbenen, welcher hier partikularrechtlich dem Ueberlebenden (als *portio statutaria*) zufällt, erscheint als ein erbrechtlicher Vortheil aus der durch den Tod getrennten Ehe, in gleicher Weise, wie der Viertel oder Kindstheil der armen Wittve diese Eigenschaft hat. Eine Folgerung aus dem deutschen Prinzip des gemeinsamen Gutes läßt sich in dem fraglichen partiellen Erbrechte des Ueberlebenden nicht erkennen, vielmehr nur die Umfangserweiterung einer schon im römischen Rechte (für die dürftige Wittve) vorkommenden Successionsbefugniß. Demzufolge neigen wir uns der Ansicht zu, welche Marezoll a. a. O. über die Streitfrage:

ob der Patens durch die zweite Heirath auch die Proprietät an der *portio statutaria*, die er aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten erhalten, (an die Kinder der ersten Ehe) verliere?

in folgenden Sätzen dargelegt hat:

„Sie (die Streitfrage) ist jedenfalls, so wie die statutarische Portion aus dem eigenen Vermögen des verstorbenen Ehegatten herührt, zu bejahen, selbst da, wo, wie so oft, die statutarische Portion die Natur eines Pflichttheiles hat, der dem überlebenden Ehegatten durch keine Disposition entzogen werden darf. Denn, obgleich der Erwerb dann nicht auf einer eigentlichen Libertät des Verstorbenen beruht, so kommt er doch aus seinem Vermögen her, und ist ein *lucrum nuptiale* für den Ueberlebenden. Dafür spricht theils die Analogie des Erwerbes bei der Scheidung, theils

die noch speciellere Analogie desjenigen, was nach römischem Rechte der unbedotirten armen Ehefrau aus des verstorbenen Mannes Nachlasse gebührt. Auch das ist ein Pflichttheil, der ihr gesetzlich in der Art gebührt, daß er ihr vom Manne nicht entzogen werden darf; und dennoch muß die Wittve den Kindern aus dieser Ehe ihre Quarta, mit alleiniger Beibehaltung des lebenslänglichen Nießbrauchs, selbst dann der Proprietät nach, aufheben; wenn gleich sie nicht zur zweiten Ehe geschritten ist⁴⁾, geschweige denn im Falle der zweiten Ehe. Der Umstand, auf welchen die Gegner Gewicht zu legen pflegen, daß die statutarische Portion auf eigenthümlichen Gründen des deutschen Rechtes beruhe, entscheidet nicht im Mindesten dagegen. Denn immer bleibt doch die statutarische Portion lukrativer Erwerb aus dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten, einerlei, ob nach deutschem oder nach römischem Rechte. Sie vertritt sogar namentlich die Stelle der Succession der armen Wittve, und ist zum Theil aus einer Generalisirung jener römischen Grundsätze hervorgegangen. Etwas Anderes ist es natürlich, wenn das Statutarrecht ausdrücklich die Bestimmung enthalten sollte, daß die portio statutaria dem überlebenden Ehegatten auch dann verbleibe, wenn er zur zweiten Ehe schreitet. Denn dann bricht freilich Land- oder Stadtrecht das gemeine römische Recht.“

⁴⁾ Nov. 117 cap. 5. Vgl. Nov. 22 cap. 30: „hoc idem custodiendo etiam super indotatis uxoribus“ . . .

Mittheilungen aus der Praxis.**1.**

Ueber die Bezeichnung der Hypothetgläubiger zur Zahlung der Forderungen der I. Klasse und zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung.

Zu einem Konkurse, dessen Aktivmasse sich hauptsächlich aus dem Erlöse eines Brauereianwesens bildete, erhob sich Streit darüber:

I. ob die Hypothetgläubiger (II. Klasse) schuldig sind, im Konkurse zur Befriedigung der Forderungen der I. Klasse an Malzaufschlag, Gewerbesteuer, Einkommensteuer, Kreis- und Gemeindeumlagen, einen verhältnißmäßigen Beitrag, nach der Größe der aus den verkauften Hypothetobjekten erzielten Versteigerungserlösen, zu leisten, oder ob dazu ausschließlich die gemeine Masse, soweit sie ausreicht, verwendet werden muß,

II. ob die Hypothetgläubiger in dem bezeichneten Verhältnisse zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung beizutragen haben.

Ueber diese Fragen, welche von den Vorinstanzen in verschiedenem Sinne beantwortet worden waren, hat sich der oberste Gerichtshof in folgender Weise ausgesprochen:

I. Nach der Vorschrift des §. 15 der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 (auf welche der Revisionsantrag gegründet wurde: daß Malzaufschlagsgefälle, die Gewerbesteuer, die Einkommensteuer, die Kreisumlage und die Gemeindeumlagen aus der Immobiliarmasse zu berichtigen), haben die Hypothetgläubiger die von den Hypothetobjekten zu entrichtenden Abgaben und Reallasten, dann die auf deren Erhaltung, Benützung und Verwaltung zu bestreitenden Kosten zu übernehmen.

Die Malzausschlagsgesälle und die Gewerbesteuer sind aber unstreitig keine auf Grund und Boden ruhenden Abgaben, sondern sie gehören zu den persönlichen Abgaben, zu deren Entrichtung der Verpflichtungsgrund nicht an und für sich schon in dem Besitze eines Brauamwesens sammt seiner Einrichtung, sondern erst in der wirklichen Ausübung des Braurechtes, in dem Gewerbsbetriebe selbst liegt. Wenn der Besitzer eines vollständig eingerichteten Brauhauses das Gewerbe nicht ausübt, kein Bier braut, so befindet er sich nicht in der Lage, Malz zu brechen oder brechen zu lassen; es erwächst ihm sohin auch keine Verbindlichkeit, das Malzausschlagsgesälle, dessen Größe sich gemäß allerhöchster Verordnung vom 28. Juli 1807, die Erhebung der Malzausschläge betreffend, nach der Quantität des verbrauchten Malzes richtet, zu entrichten.

Aus demselben Grunde ist auch der concessionirte Gewerbsmann, welcher sein Gewerbe ruhen läßt, zur Bezahlung einer Gewerbesteuer nicht verbunden, denn in den Gewerbesteuergeetzen vom 28. Mai 1852 und vom 1. Juli 1856 Artikel 1 ist der Grundsatz unverändert geblieben, daß zur Entrichtung der Gewerbesteuer Jedermann verpflichtet ist, der ein Gewerbe treibt, und daß demgemäß der Gewerbesteuer alle radicirten oder realen, dann alle persönlichen Gewerbe unterliegen, soferne dieselben gewerbsmäßig ausgeübt werden. Das Malzausschlagsgesälle und die Gewerbesteuer sind daher von der Grundsteuer, welche von der Realität selbst ohne alle Rücksicht auf den Gewerbsbetrieb entrichtet werden muß, wesentlich verschiedene persönliche Abgaben.

Das Object der Einkommensteuer ist nach dem Gesetze von 4. Juni 1848 nichts anders als eine Rente, ohne Unterschied der Quelle, aus welcher dieselbe fließt. Die von dieser Rente zu ent-

richtende Steuer ist vom Gesetze als eine Personalsteuer aufgefaßt und behandelt, denn es genügt bei der Faturung, wenn der Steuerpflichtige nur seine Einnahmsquelle im Allgemeinen, ohne in eine Specialität einzugehen, und die Klasse, in welche er sein jährliches Einkommen einreicht, angibt. Die Früchte, welche aus Grundvermögen durch landwirthschaftliche Benützung desselben gezogen werden, gehören zwar auch zur steuerbaren Rente; allein daraus folgt noch nicht, daß die Einkommensteuer selbst auch eine Grundsteuer sei, denn auch vor anderm rentirlichen Vermögen, welches nicht im Grundbesitz besteht, muß die Einkommensteuer bezahlt werden.

Die Kreisumlage ist ein Steuerbeisatz zur Bestreitung der Kreislasten. Sie wird von der Steuerquote des einzelnen Steuerpflichtigen berechnet. Es ist nun nicht in Abrede zu stellen, daß hierbei auch die Grundsteuer in Betracht kommt; allein nicht bloß die Haus- und Grundsteuer, sondern auch die Dominikalien-, die Gewerb-, die Kapitalien- und Einkommensteuer wird bei der Kreisumlage in Berechnung gezogen.

Vgl. Art. 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Maxima der Kreisumlagen betr. Gesetzblatt Nr. 36.

Bei dieser Komplikation der finanziellen Berechnung kann nicht gesagt werden, daß die Kreisumlage eine solche Grundabgabe oder Reallast sei, welche die Hypothetegläubiger nach §. 15 der Prioritätsordnung ausschließend zu übernehmen haben; zum Zwecke einer verhältnismäßigen Ausscheidung dieser verschiedenartigen Steuern hat die Kaiserin keine Anhaltspunkte an die Hand gegeben.

Anderß verhält es sich mit der Gemeindeumlagenforderung. Schon in dem Zahlungsantrage des Gemeindepflegers wurde bemerkt, daß

zur Bestreitung mehrerer Gemeindebedürfnisse eine Umlage von einer halben Steuer erhoben worden sei. Als Gemeindeumlage wurde auch diese Forderung liquidirt und im Prioritätsurtheile locirt. Nach dem Gesetze vom 22. Juli 1819, die Umlagen der Gemeindebedürfnisse betr., Artikel VI gilt in der Regel der Steuerfuß als Maßstab der Gemeindeumlagen und die Repartition der Beiträge richtet sich nach der Haus-, Grund- und Gewerbesteuer. Da nun in den Landgemeinden die Haus- und Grundsteuer den vorzüglichsten Theil des Steuerbetrages ausmacht und die Gewerbesteuer bereits auf die gemeine Masse hingewiesen worden ist, so ist es der Vorschrift des §. 15 der Prioritätsordnung völlig angemessen, daß die Berichtigung der Gemeindeumlagen zu 19 fl. 31 kr., welche ihrem Wesen nach eine Grundsteuer ist, aus der Immobilienmasse geschehe.

II. Schon nach dem gemeinen Rechte war es eine Streitfrage, in welcher Art die Konkurskosten zu bezahlen seien, nämlich: ob diese Kosten von der ganzen Masse abzuziehen seien, ehe noch ein Konkursgläubiger etwas bekomme, oder ob sie denjenigen Gläubigern, welche nach dem Prioritätsurtheile ihre Forderungen ganz oder zum Theile aus der Masse erhalten, nach der Größe des Erhaltenen abzuziehen seien, oder ob die Konkursgläubiger, welche sich in den Konkursprozeß eingelassen haben, sie mögen aus der Konkursmasse etwas bekommen oder nicht, nach der Größe ihrer Forderungen zur Bezahlung der Kosten beizutragen haben.

Vgl. Dabelow Lehre vom Konkurse der Gläubiger. Kap. XXIV §. 668.

Die erste Art der Bezahlung der Konkurskosten ist in der gemeinrechtlichen Gerichtspraxis die vorherrschende geworden, die zweite Art wird von der Revidentin vertheidiget, jedoch ohne hinreichenden

Grund. Im §. 31 der Prioritätsordnung ist die erste Art der Verichtigung der Konkurskosten ausdrücklich als Gesetz vorgeschrieben worden; schon hieraus ergibt sich, daß die Konkurrenz der Gläubiger in den einzelnen Klassen, zur Verichtigung dieser Kosten nach Verhältniß ihrer Forderungen beizutragen, ausgeschlossen sein sollte. In Bezug auf die in Anspruch genommenen Hypothekargläubiger folgt aber dieser Ausschluß noch mehr aus der speziellen Bestimmung des §. 15 der Prioritätsordnung, weil die Hypothekargläubiger ausdrücklich nur die auf ihren Hypothekobjekten haftenden Abgaben und Reallasten, sowie die Verwaltungskosten zu übernehmen haben. Der §. 15 begränzt sowohl die Rechte, als die Verbindlichkeiten der Hypothekargläubiger, indem er bestimmt, was sie in der Masse zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen haben, (die Sache, Früchte und Renten) und was sie dagegen zu leisten haben.

Ueberall, wo nicht eine besondere Ausnahme gemacht ist, hat die Prioritätsordnung den Grundsatz festgehalten und durchgeführt, daß die Gläubiger der vorgehenden Klasse vor den Gläubigern der nachfolgenden Klasse ihre Befriedigung erhalten sollen; und daß denjenigen Gläubigern, welche auf einen bestimmten Vermögenstheil des Schuldners ein besonderes Vorrecht erlangt haben (wie die Hypothekar- und Faustpfandgläubiger), dieses besonders erworbene, dingliche Recht, insoweit als möglich, gewahrt und wirksam bleiben muß, daß sie demgemäß nicht schuldig sind, vor ihrer eigenen Zufriedenstellung ihr erworbenes Recht mit einem anderen Gläubiger nach Verhältniß der beiderseitigen Forderungen zu theilen.“

Der Schein der Unbilligkeit, welcher darin erblickt werden könnte, daß die Hypothekargläubiger von der Bezahlung der Gerichtskosten und der Forde-

rungen der ersten Klasse gänzlich befreit und die ganze Summe den nachfolgenden Gläubigern zugewiesen werde, beseitiget der oberste Gerichtshof durch folgende weitere Bemerkungen: „Wenn das ganze Vermögen des Gemeinschuldners, wie es häufig der Fall ist, nur aus seinem verpfändeten Grundvermögen besteht, so müssen die Hypothekengläubiger sich gefallen lassen, daß nicht nur die sämtlichen Gerichtskosten, sondern auch alle übrigen bevorzugten Forderungen der ersten Klasse aus den Güterkaufschillingen vorweg bezahlt werden, ehe sie zum Zuge kommen; ist aber noch anderes Vermögen des Schuldners vorhanden, auf welchem ein spezielles Vorrecht eines andern Gläubigers nicht nachweisbar ist; so fordert es, beim Dasein der Konkurrenz von Hypothekargläubigern mit andern unprivilegirten Gläubigern, die Gerechtigkeit, daß die den Hypothekargläubigern verpfändeten Objekte für andere Forderungen selbst privilegirter Gläubiger der ersten Klasse insolange nicht angegriffen werden, als die Hypothekargläubiger ihre Zufriedenstellung noch nicht erlangt haben, und die Befriedigung der andern Gläubiger aus andern Vermögenstheilen des Schuldners bewirkt werden kann, denn nach §. 14 der Prioritätsordnung gehen die Gerichtskosten und die Forderungen der ersten Klasse allen Forderungen der folgenden Klasse in Ansehung aller Vermögenstheile des Schuldners vor, es muß also auch die gemeine Masse, wenn eine solche vorhanden ist, vorzugsweise hiezu verwendet werden.

Aus den Bestimmungen der §. 32 und 33 der Prioritätsordnung kann ein Rechtfertigungsgrund für die Ansicht der Revidentin nicht gewonnen werden. Es ist daselbst der Fall unterstellt, daß die ganze Masse nicht einmal zur Tilgung der bevorzugten Forderungen zureicht, daß die gemeine Masse, aus welcher die nach der ersten und zweiten Klasse

folgenden Gläubiger ihre Befriedigung zu suchen haben, schon von den privilegierten Gläubigern verschlungen wird, und daß, wie bereits oben erwähnt wurde, die Hypothekargläubiger selbst in die Lage versetzt werden, einen Theil der Strichschillinge herzugeben zu müssen, damit die Gerichtskosten und Forderungen der I. Klasse bezahlt werden. Dadurch ist das Hypothekarreht der Gläubiger im Verhältnisse zu den nachfolgenden Gläubigern auf unveränderbare Weise in dem Maße in den gesetzlichen Schutz genommen, daß sie, so lange noch eine gemeinsame Vermögensmasse des Schuldners vorhanden ist, zur Tilgung der Gerichtskosten, sowie aller Forderungen der ersten Klasse, zur Benachtheiligung an ihren eigenen Hypothekforderungen, beizutragen nicht schuldig sind.“

DABE. v. 12. Sept. 1856. NN. 1515⁵⁵

2.

Beweislast über die Eigenschaft des Zehentrechts.

In einem Baualastprozeße kam es darauf an, ob der Zehent der Negatorienkläger ein geistlicher oder weltlicher sei. In zweiter Instanz wurde den Beklagten der Beweis aufgelegt, daß der klägerische Zehent ein geistlicher sei; nach dem Ausspruche des OAB. hatten Kläger darzuthun, ihr Zehent sei ein weltlicher. Zur Motivirung dieses Ausspruchs war bemerkt:

Das Gericht II. Instanz hat der beklagten Kirchenpfründe obigen Beweis deshalb auflegen zu müssen geglaubt, weil bei der Negatorienklage dem Kläger nicht obliege, zu beweisen, daß sein Eigenthum mit der behaupteten Servitut nicht belastet sei, sondern der Beweis der Belastung den Beklagten treffe; allein die Gründe, welche in Ansehung der wahren Negatorienklage für die Freiheit des Klägers

von der Beweislast sprechen, sind bei einer, der Negatorienklage nur analogen *actio negatoria utilis*, wie die vorliegende, nicht in gleichem Maße vorhanden,

Bei der wahren Negatorienklage bildet das Eigenthum des Klägers allein den Klagegrund, da das Eigenthum, als das Recht, über eine Sache nach Willkür mit Ausschluß aller anderen zu verfügen, für sich allein den Eigenthümer berechtigt, die Ansprüche eines Anderen auf theilweise Benützung seines Eigenthums, auf theilweise Verfügung über dasselbe, als Eingriffe in seine Eigenthumsrechte zurückzuweisen; ist sonach das Eigenthum des Klägers erwiesen oder zugestanden, und behauptet der Beklagte, ein die Eigenthumsrechte des Klägers beschränkendes Recht zu haben, so macht er eine wahre Einrede geltend, deren Beweis ihm obliegt ¹⁾. Dieser allein durchgreifende Grund der Befreiung des Klägers von der Beweislast, ist aber bei einer *actio negatoria utilis*, wie die hier vorliegende, wo es sich um Freiheit des Zehntrechts der klägerschen Stiftungen (von einer servitutähnlichen Last) handelt, nicht gegeben, da dem Zehntrechte, welches ja selbst nur ein Recht an fremdem Eigenthume ist, die Ausschließlichkeit der Befugnisse des Eigenthümers an der im Eigenthum befindlichen Sache nicht innewohnt.

Wird aber, wie vom Richter II^{do} geschehen,

¹⁾ Vgl. gegen diese Argumentation Comment. u. d. O. Bd. III Aufl. II S. 61 f. — Das Präjudizengesetz besteht nun schon 19 Jahre, und seitdem wie früher ist über diese gangbarste der gemeinrechtlichen Kontroversen vom obersten Gerichtshofe öfter ungleichförmig entschieden worden. Vgl. Bl. f. N. u. Bd. XX S. 180. Läßt sich wohl diese beharrliche Nichtanwendung des Präjudizengesetzes als Beispiel gewissenhafter Gesetzanwendung rühmen? S.

angenommen, daß bei der wahren Negatorienklage die natürliche Freiheit des Eigenthums den Klagegrund bilde, und daß der Grund der Befreiung des Klägers von der Beweislast in der für diese natürliche Freiheit sprechenden Präsumtion liege, so kann auch dieser Grund für die Befreiung des Klägers von der Beweislast bei der vorliegenden *actio negatoria utilis* nicht geltend gemacht werden, denn die angerufene Präsumtion für die natürliche Freiheit muß jedenfalls dem unbestrittenen Rechtsfalle weichen, daß auf dem größeren Theile des Zehnten, namentlich dem kirchlichen, die subsidiäre kirchliche Baulast, kraft des Gesetzes, ohne daß es des Nachweises eines besonderen Rechtstitels bedarf, lastet, und es kann demnach jene Präsumtion jedenfalls nur in Ansehung jenes Theiles des Zehnten, welcher mit der kirchlichen Baulast nicht schon kraft des Gesetzes behaftet ist, nämlich des weltlichen, ihre Wirkung äußern.

Hieraus ergibt sich, daß die Behauptung allein, den Klägerinnen stehe in der Flur St. ein Zehntrecht zu, und dieses Zehntrecht werde als konfurrenzpflichtig in Anspruch genommen, ungenügend gewesen wäre, den erbetenen Ausspruch:

daß die Klägerinnen nicht schuldig seien, wegen dieses Zehntrechts zu den Kosten des Pfarrhofbaues zu konkurriren —

zu erwirken, daß vielmehr die Klägerinnen zur Begründung dieser Klagebitte behaupten mußten, daß die von ihnen bezogenen Zehnten Laienzehnten seien, und da diese Behauptung beklagterseits widersprochen wurde, trifft schon nach der in der O. O. Kap. 9 §. 1 aufgestellten Regel die Beweislast in Ansehung der Eigenschaft der fraglichen Zehnten die Klägerinnen, ohne daß es zum Zwecke der Feststellung der Beweislast auf Entscheidung der Fragen anzukommen hatte, ob für die kirchliche Eigen-

schaft des Zehnten eine von der Beweislast befreiende Präsumtion spreche, oder ob durch das erlassene Administrativprovisorium ein von der Beweislast befreiender Befizstand zu Gunsten der Beklagten begründet, oder ob ein solcher Befizstand durch den Inhalt der administrativen Vorakten nachgewiesen sei.

Dem Allen zufolge war die erstrichterliche den Klägerinnen gemachte Beweisauflage:

daß das ihnen in der Pfarrflur St. zustehende Zehntrecht ein weltliches (Valenzehent) sei —
wiederherzustellen

DAGE. v. 4. Nov. 1853. Nr. 798¹/₅₂.

3.

Beweislast über die Nichterhaltung der Lieferungszeit.

Vgl. Comment. ii. d. GD. Bd. III Aufl. II S. 56 Note 11.

Dem Ausspruche des Handels-Appellationsgerichtes zu Nürnberg, daß der den Frachtführer auf Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung der Waare beklagende Kaufmann diesen Beweis zu übernehmen habe, liegen folgende Motive zu Grunde.

Wäre nur auf Erfüllung des Frachtvertrages geklagt, vermöge dessen der beklagte Fuhrmann die Waaren des Klägers bis zum 11. Oktober 18 . . . zur Münchner Dult zu liefern übernahm, so hätte Kläger nichts weiter, als den Abschluß dieses Vertrages, oder, da dieser bereits zugestanden ist, gar nichts mehr zu beweisen. Allein es handelt sich hier nicht um Vertragserfüllung, denn Kläger hat zugestanden, daß die Lieferung geschehen, unbedingt angenommen, und die Fracht bezahlt worden sei¹⁾; sondern um Ersatz des dem Kläger durch Nichter-

¹⁾ Was allerdings relevante Umstände sind. S.

haltung der Lieferungszeit zugegangenen Schadens. Dieser Anspruch ist zwar auch im Vertrage, und hier sogar ausdrücklich begründet, allein er übersteigt doch die engeren Gränzen dessen, was Beklagter vertragsgemäß zu leisten verpflichtet war, und setzt eine Thatfache voraus, welche mit dem Vertrage selbst noch nicht erwiesen, vielweniger zugestanden ist. Es tritt daher die allgemeine Regel in Kraft und Anwendung, vermöge welcher der Kläger den Grund seiner Klage zu erweisen hat, wenn ihm nicht gesetzliche Befreiungsgründe zur Seite stehen. Solche liegen hier nicht vor. Namentlich enthält der Beweisatz keine absolute Negation, wird vielmehr positiv, wenn Kläger, wie ihm auferlegt wurde, darthut, daß ihm die Waare erst am 15. Oct. überliefert worden sei.

Erkenntniß vom 16. Jan. 1851 in Sache R.
w. M. wegen Entschädigung. Nr. 525.

4.

Revision gegen Erkenntnisse auf Arrest-Verhängung.

Wenn zur Sicherheit einer erst später, ganz oder in Terminsleistungen, verfallenden Forderung Arrest verhängt worden, und nur die Arrest-Verhängung, nicht aber die Forderung selbst von Seite des Impetraten bestritten wird, so fehlt es an der Voraussetzung der in §. 54 Nr. 5 und 6 der Novelle von 1837 bestimmten Revisionsbeschränkung, nämlich an dem Umstande, daß dem unterliegenden Theile die gesonderte Rechtsverfolgung im gewöhnlichen Prozesse vorbehalten bleibt.

DAUG. vom 11. Oct. 1855. Nr. 1698⁵⁴/₅₅.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Privatschuldbriefe auf den Inhaber. Deren Rechtsgültigkeit. — Grunderkennung und Gegeiz bei Keesfeldern. Oberaufsichts-Kompetenz des einschlagenden Staatsministeriums. — Mischele. —

Privatschuldbriefe auf den Inhaber. Deren Rechtsgültigkeit.

Auf neuen Bahnen drängt voran ein neu Geschlecht;
Stillsiehend immerdar, zum Unrecht wird das Recht.

In einer vor Kurzem erschienenen Schrift (Dr. Otto v. Böldernborff: die Papiergeldkrise und die Papiere auf jeden Inhaber nebst ihrem Eintrage in die Hypothekenbücher) ist der Satz aufgestellt worden:

In Bayern ist es Privaten nicht erlaubt, ohne spezielle Ermächtigung durch den Staat Schuldbriefe auf jeden Inhaber auszufertigen; derartige Schuldbriefe sind rechtlich null und kann kein Gericht auf dieselben irgendwie Rücksicht nehmen.

Mit diesem Satze tritt der Verfasser nicht nur dem feststehenden Rechtsbewußtsein der Betheiligten (in Bayern) sondern auch der von unseren Gerichten, insbesondere von unserem obersten Gerichtshofe jederzeit befolgten, auch von anderen Behörden vielfach praktisch anerkannten Rechtsansicht schroff entgegen. Millionen Kapitalvermögens, im Vertrauen auf die

Rechtsgültigkeit der Privatpapiere dargeliehen, sind durch den aufgestellten Satz gefährdet, und mit demselben wird der Gewissenlosigkeit zahlungsflüchtiger Schuldner eine willkommene Waffe gegen Treue und Glauben dargeboten. Ob es eine scharfe Waffe sei, soll hier geprüft werden.

1) Wir lesen S. 6 der angeführten Schrift: „Schon das allgemein anerkannte Recht des Staates, daß ohne seine Erlaubniß kein Werthzeichen allgemeiner Art, kein Metall- oder Papiergeld geschaffen werden darf, spricht gegen das Recht der Privaten, beliebig Papiere au porteur zu verfertigen. Der aufgestellte Unterschied zwischen Papiergeld und Papieren au porteur kann diese Berechtigung nicht retten; denn alle behaupteten Unterscheidungsmerkmale sind keine juristischen, und wenn man z. B. eine Note der bayerischen Hypotheken- und Wechselbank betrachtet, so wird man weder aus deren Inhalt noch deren Rechtsbegriffe einen Unterschied von einer au porteur ausgestellten und nach Sicht zahlbaren Schuldburkunde erkennen können. Das innere gemeinsame Kriterium des Papiergeldes wie der Papiere au porteur bleibt, daß sie allgemein umlaufende Werthzeichen sind, deren Ausstellung der Kontrolle des Staates unterliegen muß, wenn der Finanzzustand nicht zu Grunde gehen soll.“

Hiegegen lassen wir vorerst Savigny (Oblig. R. II §. 64 S. 116) sprechen:

„Der wahre Grund, aus welchem diesen Papieren die Natur des Geldes abgesprochen werden muß, liegt darin, daß das Geld die Bestimmung hat, als allgemeiner Werthmesser zu dienen, anstatt daß die hier in Frage stehenden Papiere zu diesem Zweck weder verfertigt, noch wirklich gebraucht werden.“

Allerdings haben auch die der Kategorie des Papiergeldes angehörigen Banknoten den Inhalt

eines Schuldscheins, und die Bank ist schuldig, jedem Inhaber auf Verlangen den Betrag in klangender Münze auszusahlen. Aber diese Verpflichtung ist hier nur Mittel zum Zwecke der Emission des fraglichen Papiers, nämlich um demselben die Erfüllung seiner Bestimmung, den Umlauf als Geld zu sichern.

Die Schuldbriefe auf den Inhaber dagegen, von welchen es sich in vorliegendem Artikel handelt, sind nicht bestimmt, als Träger des allgemeinen Tauschmittels im täglichen Verkehre von Hand zu Hand zu gehen, sondern als Träger und Beweismittel einer (verzinlichen oder Prämien in Aussicht stellenden) Forderung zu dienen, und dieser Bestimmung entspricht es, wenn sie zum regelmäßigen Verlaufe ihres Daseins d. h. in feste Hände gelangt, eine bleibende Stätte in der Truhe des Kapitalisten finden. Wenn sie zum Theile diese bleibende Stätte nicht haben, sondern im Börsenverkehre von Hand zu Hand gehen, so erscheinen sie hiebei als Waare, nicht als Geld. Das Geschäft, durch welches Schuldbriefe auf den Inhaber gegen eine Geldleistung versprochen oder bedungen werden, ist ein Kaufgeschäft, wogegen der Geldwechsel, der Wechsel von Stücken einer Sorte allgemein umlaufender Werthzeichen gegen Stücke einer anderen im Allgemeinen die Natur des Tausches hat¹⁾. Wenn ferner A. und B. ein Geschäft dahin abschließen, daß Jener diesem sein Haus gegen zehn Stück Esterhazischer Obligationen zu 1000 fl. überlasse, so wird kein Jurist darin einen Kauf sehen; denn jene Papiere auf den Inhaber sind kein Geld, kein allgemein umlaufendes Werthzeichen.

Dr. v. W. äußert:

„alle behaupteten Unterscheidungsmerkmale

¹⁾ Vgl. Gluck Erl. d. Pand. Bd. XVIII §. 1071.

(zwischen Papiergeld und Papieren au porteur) sind keine juristischen,“ und fügt in der Note 4) bei: auch das von Savigny aufgestellte Kriterium, daß diese Papiere nicht die Bestimmung haben, als allgemeine Werthmesser zu dienen, demnach die Natur von Geld nicht besitzen, sei kein innerlich entscheidendes.

Im Hinblick auf fr. 1 pr. de contr. emt. (18, 1) und auf die civilrechtliche Stellung der Lehre von den Geldzahlungen darf man wohl das Vertrauen hegen, daß die Beauftragung der juristischen Eigenschaft des fraglichen Unterscheidungsmerkmals nicht ernstlich gemeint war. Ohnehin hat der Verfasser im nächsten Absätze das Gegentheil nicht nur anerkannt, sondern selbst geltendgemacht.

„Das innere gemeinsame Kriterium des Papiergeldes, wie der Papieren au porteur bleibt, daß sie allgemein umlaufende Werthzeichen sind.“

Hier ist gerade das Merkmal, auf welches Savigny's Unterscheidung beruht, als das innere, juristisch entscheidende betont, freilich mit der unrichtigen Unterstellung, daß dieses Merkmal, nämlich die Natur des allgemein umlaufenden Werthzeichens, dem Papiergeld und den Papieren auf den Inhaber gemeinsam sei.

Wäre es richtig, daß die von der Staatsregierung nicht autorisirte²⁾ Emission von Papieren auf den Inhaber einen Eingriff in das Staatshoheitsrecht, Papiergeld zu schaffen, enthalte, so müßte man die bayerische Regierung, welche der öffentlun-

²⁾ Von besonderer Ermächtigung durch die Staatsregierung handelt es sich, welche natürlich durch Mitwirkung von Hypotheken- und Fideikommißbehörden (bei Ausfertigung der Schuldbriefe au porteur) nicht ersetzt werden kann.

bigen Emission und dem Umlaufe zahlreicher nicht autorisirter Papiere auf den Inhaber kein Hinderniß in den Weg legte, einer groben Verwahrlosung der Staatshoheitsrechte beschuldigen. Aber der Irrthum des Verfassers, daß auch die Schuldbriefe auf den Inhaber die Eigenschaft des Geldes haben, wird eben von der Regierung so wenig als vom Publikum getheilt ³⁾).

2) Allerdings kennt das römische Recht ein *mutuum* zwischen unbekannten und ungenannten Personen nicht, das preussische Landrecht fordert zu einem Schuldschein die deutliche Benennung und Bezeichnung des Gläubigers, und das bayerische Landrecht setzt bei dem Darlehensvertrage zwei bestimmte Personen als Gläubiger und Schuldner voraus. Das Institut der Papiere auf den Inhaber ist aber eine, nach Art des Gewohnheitsrechtes entstandene Neubildung des Rechtslebens, hervorgerufen durch die modernen Entwicklungen auf den Gebieten des Verkehrs und des Credits ⁴⁾. Hunderte von Sätzen des in allgemeiner Uebung stehenden, auf f. g. Handelsusancen fußenden Handelsrechts stellen sich im Vergleiche mit dem Inhalte der allgemeinen Civilgesetze als Abweichungen oder Fortbildungen dar; dieses Verhältniß hindert aber die Gerichte nicht, sie in Beurtheilung vorkommender Fälle zur Anwendung zu bringen; z. B. in Bezug auf den sechsten Zinsthaler in Merkantilsa-

³⁾ In der Natur der Wechsel liegt es allerdings, als Zahlungsmittel in den Umlauf zu kommen, und hieraus erklärt sich die Ausschließung der *au porteur* ausgestellten Wechsel, ohne daß aber hieraus auf die hier in Frage befindlichen Schuldbriefe *au porteur* eine Folgerung gezogen werden könnte, eben weil diese jene Natur und Bestimmung nicht haben. —

⁴⁾ Insbesondere zur Erleichterung größerer Privat-Anlehen gegenüber der Konkurrenz der Staats-Anlehen.

chen⁵⁾, auf das Nehmen der Zinsen von Zinsen, wie solches bei kaufmännischen Saldo's vorkommt⁶⁾, oder über die Ausschließung der Ansprüche auf Redhibition oder Preisminderung im Falle unbedingter Annahme zugesendeter Waaren⁷⁾, und eben so in Bezug auf die Rechtsgültigkeit der ohne Autorisation der Staatsregierung emittirten Schuldbriefe auf den Inhaber⁸⁾. In den Motiven einer Entscheidung unseres obersten Gerichtshofes wurde hierüber geäußert: „dem röm. wie dem älteren bayerischen Rechte war das Institut der Schuldbriefe au porteur, als eine Erfindung der neueren Zeit, fremd. Für deren Rechtsverhältnisse sind daher weder im römischen noch im älteren bayerischen Rechte Vorschriften zu finden“⁹⁾.

Eben deswegen, weil jene allgemeinen Sätze der Civilgesetzgebung, die Voraussetzung zweier be-
 trümmter Personen als Gläubiger und Schuldner bei Darlehensverhältnissen betreffend, für sich nicht ausreichen, die Ungültigkeit der ohne Ermächtigung der Staatsregierung emittirten Schuldbriefe auf den Inhaber festzustellen, haben sich die Regierungen von Oesterreich, Preußen und Königreich Sachsen, welche die Feststellung dieser Ungültigkeit für angemessen erachteten, veranlaßt gesehen, die beßfallsigen Vorschriften in besonderen Gesetzen ergehen zu lassen. Diese besonderen Gesetze sind daher kein Argument

⁵⁾ Wgl. Bl. f. R. u. W. Bd. VIII S. 413.

⁶⁾ Gbb. Bd. XIX S. 13*.

⁷⁾ M. G. v. 14. Sept. 1855 in Arends Samml. Bd. IV S. 371 f.

⁸⁾ Bl. f. R. u. W. Bd. VI S. 12, Bd. X S. 69 f., Bd. XV S. 325 f.

⁹⁾ Bl. f. R. u. W. Bd. X S. 70. Der oberste Gerichtshof geht in den Folgerungen aus dieser Prämisse noch weiter, als der Herausgeber dieser Zeitschrift.

für die Ansicht des Verfassers, bekräftigen vielmehr das Gegentheil.

Derselbe bemerkt (S. 5 Note 3) gegen die Anerkennung der nach Art des Gewohnheitsrechtes entstehenden Neubildungen des Rechtslebens:

„so lange deutliche und ausdrückliche Gesetze denselben entgegenstehen, können dieselben bei dem gegenwärtigen Zustande unserer Staatsverfassungen nicht aus eigener Macht sich an die Stelle des Bestehenden setzen, sondern nur die legislative Thätigkeit hervorrufen, und auf sie bestimmend einwirken.“

Diese Bemerkung ist wohl nicht so zu verstehen, als ob in der Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Abweichungen von einem bestehenden Gesetze eine Beeinträchtigung des monarchischen Prinzips gefunden werden wolle¹⁰⁾; vielmehr scheint derselben die Ansicht zu Grunde zu liegen, durch die Bestimmung in Tit. VII § 2 unserer Bl., nach welcher ohne Zustimmung der Kammern kein die Freiheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffendes allgemeines Gesetz.... abgeändert.... oder aufgehoben werden kann, sei der modifizirenden, neuen Bedürfnissen und der Verschiedenheit der Zustände entsprechenden Fortbildung der bestehenden Rechtsnormen durch Doktrin und Praxis ein Riegel vorgeschoben. Ist

¹⁰⁾ Kreittmayr äußert in den Anmerk. zum RM. I Kap. 2 §. 15 Nr. 4, 5 von der Aufhebung des älteren geschriebenen Rechtes durch eine jüngere Gewohnheit: „welches zwar Claffen auf den Statum Monarchicum gar nicht für applicabl hält, und es nennt auch Gundling unsere Juris-Consultos Kinder und Dörsen, weil sie alles ex Statu Romanorum Democratico auf unsere Reichs-Länder blinderlings herbei ziehen. Dem ohngeacht aber läßt es der Codex diesfalls bei dem römischen Recht, weil tacitus Principis consensus hlerin alles salvirt.“

diese Auffassung richtig, so begrüßen wir obige Bemerkung als Prachtexemplar eines Beispiels zur Erläuterung der Aussprüche von Celsus¹¹⁾ und Paulus¹²⁾ in fr. 17 de legibus (1, 3) und fr. 19 ad exhibendum (10, 4). Nichts gewisser, als daß bei Abfassung des § 2 Tit. VII an eine Beschränkung der Wirksamkeit gewohnheitlicher und volksthümlicher Rechtsbildung nicht gedacht, sondern nur (vgl. Bl. Tit. II § 1) die Festsetzung einer Bestimmung beabsichtigt worden, unter welcher der König künftig die gesetzgebende Gewalt ausüben werde. Nur für die vom Staatsoberhaupt ausgehenden Gesetzesvorschriften wollte eine Schranke gezogen werden. Dafür spricht, wie die Entstehungsgeschichte, so auch der Zusammenhang der einzelnen Bestandtheile. Der Annahme, durch Tit. VII § 2 werde auch die bezeichnete Rechtsfortbildung durch Wissenschaft und Gewohnheit ausgeschlossen, steht auch der Ausspruch Modestinus¹³⁾ in fr. 25 de legibus entgegen. Diese Ausschließung würde in erhöhtem Grade gemeinschädlich wirken, wo die konstitutionellen Einrichtungen besondere Schwierigkeiten für die Gesetzbücher-Reform mit sich bringen.

3) Ganz unerheblich ist der Umstand, daß die Erläuterungsverordnung vom 17. August 1813 zum Amortisationsedikt v. 10 Okt. 1810 als Obligationen au porteur ausdrücklich nur Staats- oder sonstige öffentliche Fondsobligationen auführt. Da es da-

¹¹⁾ Scire leges non hoc est, verba eorum tenere, sed vim et potestatem.

¹²⁾ Respondit, non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.

¹³⁾ Nulla jura ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos durioris interpretationis contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

malß in Bayern noch keine Privatschuldbriefe auf den Inhaber gegeben hat, so fehlte es an jeder Veranlassung, denselben zu erwähnen. Dinehin lag die Frage der Gültigkeit solcher Schuldbriefe ganz außer dem Bereiche der ebenerwähnten Verordnungen, und sind diese daher nicht geeignet, zur Lösung unserer jetzigen Aufgabe beizutragen. — Uebrigens werden die Verordnungen vom 17. Aug. 1813 und 12. März 1817 von unserem obersten Gerichtshofe auch in Bezug auf Privatschuldbriefe auf den Inhaber zur Anwendung gebracht¹⁴⁾.

4) Nicht erheblicher ist die Bezugnahme auf die im J. 1825 von dem damaligen Justizminister, Fhrn. v. Zentner bei Vorlage des Gesekentwurfes über die Kreditvereine ausgesprochene und in den Verhandlungen nicht bekämpfte Ansicht. Die Entwurfs-Motive und die Landtags-Verhandlungen sind gewichtvolle Behelfe zur Auslegung eines zu Stande gekommenen Gesekes; abgesehen von dieser Beziehung haben die darin ausgesprochenen Ansichten nur das durch die etwa vorgebrachten Gründe vermittelte Gewicht. Außer den bereits unter Nr. 2 erwähnten Bestimmungen des gemeinen, preussischen und bayerischen Rechtes hat Fhr. v. Zentner auch die Vorschrift des bayer. RM. Th. II Kap. 3 §. 8 Nr. 6 geltend gemacht¹⁵⁾, also lautend:

„Muß die Zession von dem, der sich darauf beruft, erwiesen werden, und ist auch der bloße Briefs-Inhaber, wenn er sich nicht in anderweg dazu legitimiren kann, von diesem Beweis nicht befreit, ungeachtet der Brief

¹⁴⁾ Bl. f. RM. Bd. X S. 69 f., Bd. XV S. 325 f.

¹⁵⁾ Natürlich kann es sich dabei nur von Geltung in Fällen handeln, welche nach dem bayerischen Landrechte zu entscheiden sind, also nicht von einer im ganzen heutigen Königreiche verbindlichen Vorschrift.

die clausulam „jeden Briefsinhaber“ in sich hält, weil sich solches nur von rechtmäßigen Briefsinhabern versteht“.

Aus diesen Schlußworten ergibt sich, daß die Vorschrift über die Unwirksamkeit der clausula „jeden Briefsinhaber“ nur als Folgerung aus dem damaligen Sprachgebrauche gedacht war. Demzufolge konnte dieselbe nach dem Gedanken ihres Urhebers keine Anwendung finden, wenn im einzelnen Falle in der Schuldburkunde erklärt war: die clausula „jeden Briefsinhaber“ sei dahin gemeint, daß jeder Inhaber vom Zessionsnachweise befreit sein solle. Wenn sich nun im Laufe der Zeit der Sprachgebrauch in der Art veränderte, daß nun Jedermann im Gebrauche der mehrgedachten Klausel die Erlassung des Zessionsnachweises findet, so scheint die in obiger Vorschrift aus dem damaligen Sprachgebrauche in Betreff der Papiere auf den Inhaber gezogene Folgerung heutzutage überhaupt zur Anwendung nicht mehr geeignet. Aber auch abgesehen hiervon, hat ihre Geltendmachung zur Entkräftung der Schuldbriefe auf den Inhaber die oben unter Nr. 2 dargelegten Erwägungen gegen sich.

Fhrn. v. Zentner's Meinungäußerung gehört dem J. 1825 an. Erst mit dem dritten Jahrzehent unseres Jahrhunderts hat das Institut der Privatpapiere a. p. eine größere Verbreitung gewonnen, und zwar auch in Bayern, trotz jener Meinungäußerung. Es mag wohl sein, daß sie nicht in weiteren Kreisen bekannt wurde; aber auch eine größere Publizität würde ihr zu einer durch die vortragenen Gründe nicht motivirten Autorität nicht verholfen haben. Seit jener Zeit sind nun wieder dreißig Jahre und darüber verlaufen, und in diesem (nach bayerr. LM. I, 2 §. 15 zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes ausreichenden) Zeitraum hat sich der Gebrauch von Privat-Schuldbriefen au porteur

in einer Weise entwickelt, daß sich mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen läßt, Savigny würde, wenn er Kenntniß von dieser Entwicklung gehabt hätte ¹⁶⁾, im Einklange mit den sonst in seinem Systeme ¹⁷⁾ über den Fortbildungs-Einfluß von Wissenschaft und Rechtsprechung geäußerten Ansichten, für das geltende Recht zu einem anderen Resultate, als dem von ihm ohne diese Kunde gezogenen gelangt sein. Im Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen Bd. 7 S. 264 wurde in dieser Beziehung unter anderem angeführt: „Die Hypothekenämter versehen die einzelnen Partial-Obigationen mit Ausfertigungen des Recognitionsscheines über den Eintrag der Gesamtforderung in das Hypothekenbuch, etwa auch mit einem Zeugniß über den jedem Inhaber der vorliegenden Partialobligation zustehenden Antheil an jener Gesamtforderung und der dafür bestellten Hypothek. Sind unter den verpfändeten Gegenständen Lehen- oder Familien-Fideikommißgüter, so wirken Lehen- oder Fideikommiß-Behörden zur Ausfertigung von Urkunden mit, in welchen die Zusicherung ertheilt wird, jeden Inhaber einer Partialobligation als theilweise forderungsberechtigt anerkennen zu wollen. Die Vormundschaftsbehörden autorisiren die Verwendung von Mündelgelbern zum Ankauf solcher Papiere ¹⁸⁾ In gleicher Weise werden sie von anderen

¹⁶⁾ Seine völlige Unkenntniß der gedachten Entwicklung hat er a. a. O. S. 124 in der Aeußerung kundgegeben: es sei von keiner Seite auch nur behauptet worden, daß Papiere solcher Art durch bloße Privatwillkür allgemein in Umlauf gesetzt, und als gültig anerkannt worden wären.

¹⁷⁾ Vgl. Bd. I S. 93, 179.

¹⁸⁾ Die Geneigtheit zu solcher Autorisirung mag sich in neuester Zeit in Folge von Zahlungssäumnissen bei manchen dergleichen Schuldverhältnissen gemindert haben.

Behörden als genügend zur Stellung von Dienst- und Heirathskautionen unbedenklich angenommen“. Die erwähnte Mitwirkung der Hypothekenämter, der Lehen- und Fideikommiß-Behörden ist aus den Partialobligationen selbst zu ersehen. Durch Nachfrage bei den Vormundschaftsämtern, z. B. der Kreis- und Stadtgerichte München und Würzburg, ferner bei der mit den Heirathskautionen der Offiziere beschäftigten Stelle kann die Bestätigung der anderen Angaben erholt werden.

Hr. Dr. v. B. hat es nicht für nöthig erachtet, von diesen thatsächlichen Anführungen nähere Notiz zu nehmen, und behauptet seiner Seits ein Schwanken der Praxis, aber ohne Bezugnahme auf spezielle Erkenntnisse. Dem Schreiber dieser Zeilen ist kein Fall bekannt geworden, bei dessen Entscheidung die Rechtsgültigkeit der fraglichen Privat-Papiere au porteur auch nur als zweifelhaft erwähnt worden wäre.

Auch eingezogene Erkundigungen bekräftigen die Annahme, daß dem Verfasser obiger Schrift das Verdienst zukomme, die Erneuerung einer Lehre unternommen zu haben, über deren Verwerfung die vaterländische Praxis seither einstimmig war.

Zu den früheren Bekennern der von der Praxis verworfenen Ansicht gehörte auch S ö n n e r (Comment. u. d. Hypothekengesetz Bd. II S. 311), und Dr. v. B. verfehlt nicht, diese Autorität geltend zu machen. Aber er hütet sich wohl, den ganzen Inhalt der in Bezug genommenen Stelle anzuführen. Im weiteren Verlauf seiner Schrift (S. 10) bezieht sich Dr. v. B. auch auf die Vorschrift des §. 22 Nr. 8 des Hypothekengesetzes, nach welcher der Name desjenigen, welchem die Hypothek erworben wird, eingetragen werden muß.

Hieraus wird (S. 13) der Satz abgeleitet:

die Eintragung der Obligationen au porteur

selbst als Gläubiger (sic!) sei ipso jure nichtig.

Es geht aber nicht an, ein neues Gesetz so aufzufassen, als stehe es in keinem Zusammenhange mit den älteren Rechtsquellen¹⁹⁾. Da nun nach diesen überhaupt die Angabe des Namens durch eine sonstige Bezeichnung der Person oder Sache ersetzt werden kann²⁰⁾, so ist es nur eine Anwendung der Regel „prioris leges ad posteriores trahantur“, wenn man annimmt, daß der Vorschrift des §. 22 Nr. 8 auch durch eine demonstratio, wie sie in der Bezeichnung der Inhaber der Hypothekenbrief-Partialen als Gläubiger liegt, genügt werden könne²¹⁾. Tritt an die Stelle des zunächst Bestimmten, was nach gesetzlicher Vorschrift zur Stellvertretung geeignet ist, so ist es offenbar verkehrt, zu sagen: es werde hier an die Stelle des zunächst Bestimmten das Gegentheil gesetzt. — Für diese Ansicht liegt auch eine von Dr. v. B. verschwiegene Meinungsäußerung Gönnert's vor. Wir lesen nämlich (Wd. II S. 311 a. a. O.):

„Hieron (nämlich davon, daß die Vorlage des Original-Instrumentes weder bei Zessionen, noch bei Löschungen nothwendig sei) machen nur jene Hypothekenbriefe eine Ausnahme, deren Zession, vermöge besonderer Bewilligung der Regierung, auf jeden Inhaber des Hypothekenbriefes (au porteur) gestellt und auf diese Art in das Hypothekenbuch

¹⁹⁾ Fr. 26, 27 de legibus.

²⁰⁾ Vgl. fr. 6 in f. de rei vind. (6, 1); fr. 6 de reb. cred. (12, 1); fr. 9 §. 8, fr. 58 pr. de hered. instit. (28, 5). Vgl. Kreittmayr in der Anmerk. z. bayer. R. III, 3 §. 11 Nr. 4.

²¹⁾ Vgl. Bl. f. R. Wd. XIII S. 325. Gleiches gilt für §. 145 Nr. 3 des Hyp. Ges.

eingetragen ist. Zu solchen Hypotheken ist nach dem Hypothekenbuch als Gläubiger nur der Inhaber des Hypothekenbriefs legitimirt". . . .

Sönnerr theilt also unsere Ansicht, daß aus dem Standpunkte des Hypothekengesetzes ²²⁾ der Eintragung der Briefsinhaber als Gläubiger kein Bedenken entgegenstehe. Allerdings ist ein solcher Hypothekengläubiger in manchen Beziehungen minder günstig gestellt, als der mit Namen Eingetragene, er darf es z. B. nicht versäumen, in den öffentlichen Blättern ²³⁾ nach Verlosungen, Ründigungen und sonstigen präjudiziellen Mittheilungen umzuschauen, er muß bei der Hypothekenzinsklage sich durch Vorlage der Partialobligation legitimiren u. s. w. Aber es war sein freier Wille, sich diesen Abweichungen von der Regel des Gesetzes zu unterwerfen. Wer sein collegium logicum mit gutem Erfolge gehört hat, wird wohl nicht in Versuchung kommen, aus dem Eintritt solcher unwesentlichen Abweichungen von der regelmäßigen Natur des Institutes, wie sie bei Rechtsgeschäften aller Art nach Verabredung der Betheiligten täglich vorkommen, sofort auf Unstatthaftigkeit einer gewissen Geschäftsmodalität oder gar auf Unanwendbarkeit des ganzen Gesetzes zu schließen.

²²⁾ d. h. abgesehen von der Frage der Nothwendigkeit besonderer Autorisation von Seite der Staatsregierung.

²³⁾ In einem Theile der fraglichen Waplere au porteur sind gewisse öffentliche Blätter für den Verkehr mit den Inhabern designirt.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Fruchtflukations- und Hegezeit bei Kleeefeldern. Oheraufsichts-kompetenz des einschlagenden Staatsministeriums.

Vgl. Bd. XX S. 330 und S. 74 d. Erg. Bl..

Gemäß Art. 1 und 2 des Weidegesetzes v. 28. Mai 1852 ist die Weide auf fremden mit Klee bestellten Aeckern in so lange unbedingt und zu jeder Jahreszeit verboten, als der Klee nicht wieder gestürzt ist. Die Wichtigkeit dieser Folgerung aus den angeführten Gesetzstellen läßt sich im Hinblick auf die Motive des bezüglichen Gesetzentwurfes und auf die Kammerverhandlungen

vgl. Verhandl. d. R. d. Abg. 18^{51/52} Beil.

Bd. IV S. 14 und 179 f., stenogr. Berichte Bd. V S. 66 f.

nicht in Zweifel ziehen. Sie ist auch in mehreren Entschliefungen des k. Staatsministeriums des Handels und der öffentlichen Arbeiten (v. 24. Feb. 1855 Nr. 1440; v. 21. April 1855 Nr. 3301; v. 5. Juni 1855 Nr. 5562 und vom 4. Dez. 1855 Nr. 11284) ausdrücklich anerkannt worden. Durch die leterwähnten Ministerialentschliefungen wurden zwei Regierungsbeschliefse von Oheraufsichtswegen aufgehoben, weil darin das vorstehend bezeichnete, unbedingte Verbot der Behütung von fremden Kleeefeldern nicht anerkannt und hiedurch contra jus in thesi verstoßen war.

Zwar bestimmt der Art. 47 des Weidegesetzes, daß die Entscheidung der bei Vollzug dieses Gesetzes vorkommenden Irrungen und Streitigkeiten den einschlägigen Distriktverwaltungsbehörden in erster, und den vorgesehten Kreisregierungen in zweiter und leter Instanz obliege. Allein das Recht der obersten Verwaltungsbehörde, über gleichförmige

gen und richtigen Vollzug der Gesetze, nämlich der von diesen der Verwaltung vorgeschriebenen Normen zu wachen, erscheint als ein nothwendiges Recht derselben, wobei die Rückwirkung seiner Ausübung auf die betheiligten Privatinteressen um so weniger in Betracht kommen kann, als es sich nur um den Vollzug der gesetzlichen Vorschriften in deren Wortlaute oder Geiste handelt, und ihre richtige Auffassung und Anwendung von Seite der vollziehenden Behörden eine Rechtsverletzung der Parteien nicht in sich schließen kann.

Miszelle.

In einem Korrespondenzartikel der Allgemeinen Zeitung vom 17. Januar l. J. aus Hannover wurde gekußert:

Die Pläne, mit denen das Ministerium hinsichtlich einer Aenderung der Gerichtsorganisation umgehen soll, bezielen lediglich eine Beschränkung der ausgeworfenen Zahl der Ober- und Amtsgerichte, welche durch unzureichende Arbeit geboten sein soll. Dieselben sind daher nicht etwa gegen das öffentliche und mündliche Verfahren überhaupt gerichtet, das sich bei uns in allem Maße bewährt, sondern eben ein schlagender Beweis für dasselbe. Die Zahl der Amtsgerichte wie der Obergerichte ist nämlich gebildet nach Maßgabe der vor der Organisation im alten schriftlichen Verfahren anhängig gewesenen Prozesse. Gegenwärtig hat sich nun, hauptsächlich wohl durch die große Raschheit mit der die Prozesse ihr Ende erreichen, (die bei den Obergerichten anhängigen sollen durchschnittlich in sechs Monaten und in beiden Instanzen etwa in $1\frac{1}{4}$ Jahr ihre regelmäßige Endschafft finden, selbst bei verwickelten Beweisaufnahmen ist die Dauer von einem Jahr die Regel), die Zahl der Prozesse so sehr vermindert, daß bei mehreren Obergerichten und bei einer größeren Anzahl Amtsgerichte Arbeitsmangel stattfindet.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Benützung der Untersuchungsakten zu civilrechtlichen Zwecken. — Brand, durch Lokomotivunten verursacht. Beschränkte Geltung des Satzes: Der sein Recht Ausübende sündigt kein Unrecht zu. Haftung des Untersuchers für das Dienstpersonal. Verweissab. — Jüdischer Zeugen-eld, ob in der Synagoge abzunehmen? — Exprobrationsklage. Eingetragene Prostitution unerblich. — Landgerichtlicher Kuratorkonsens, aus der Beglaubigung der Vollmacht zu entnehmen. — Oberberufungssumme. Von Gegenständen, welche keine Schätzung zulassen. — Transmission bedingter Gläubigerkommission. — Exklusivverjährung gegen dienstlich Abwesende. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Benützung der Untersuchungsakten zu civilrechtlichen Zwecken.

Der Bahnmeister einer Staatsseisenbahn wurde der Urkundenfälschung, Amtsuntreue und Unterschlagung beschuldigt aus dem Dienste entlassen und einer kriminalrechtlichen Untersuchung unterworfen.

Nach dem Schlusse derselben wurde auf Einstellung des Strafverfahrens erkannt, theils weil der Beschuldigte zur Zeit der Vornahme der betreffenden Handlungen nicht im ungestörten Gebrauche seiner Sinne, daher unzurechnungsfähig gewesen sei, theils weil er nicht in einem solchen amtlichen Verhältnisse gestanden habe, wie zur strafrechtlichen Qualifikation seiner Handlungen vorausgesetzt wird.

Der gewesene Bahnmeister will nun eine Klage auf Pension erheben, zu deren Behuf der ihm beigegebene Officialanwalt von dem Untersuchungsgerichte die kostenfreie Ertheilung von Abschriften einiger Aktenstücke aus den Untersuchungsakten verlangte. Das Gericht glaubte, es sei Sache des Anwaltes, selbst die erforderlichen Auszüge oder Abschriften aus

jenen Akten zu fertigen, das Gericht habe dazu keine Verpflichtung. Auf erhobene Beschwerde wurde bei dem Appellationsgerichte die Verwilligung der verlangten Abschriften aus einem höheren Standpunkte beanstandet.

Es wurde bemerkt:

1) Das Gesetz vom 10. November 1848, die Abänderungen des Th. II des Strafgesetzbuches betreffend, zählt die Fälle auf, in welchen den Betheiligten eine Abschrift einzelner Produkte eines Untersuchungsaktes zugestellt werden muß (Art. 124 Abs. 3, Art. 357); einer der dort vorgesehenen Fälle liegt aber hier nicht vor.

2) Abgesehen von der Frage, ob die Gestattung der Akteneinsicht durch das Reskript vom 9. Januar 1819 *) gerechtfertigt war, ertheilt kein bestehendes Gesetz und keine Verordnung dem Advokaten das Recht, von den Gerichten Abschriften von Untersuchungsakten oder einem Theile derselben zum Zwecke der Ausarbeitung einer Klageschrift zu verlangen.

3) Ein solches Recht kann auch nicht aus allgemeinen Bestimmungen der Civilprozeßordnung gefolgert werden, weil diese nirgends vorschreibt, daß die Parteien nach Belieben Aktenabschriften verlangen können, sondern die Fälle in welchen ihnen dieses zusteht, nämlich bei der Zeugenvernehmung (Kap. X §. 8 der Gerichtsordnung und §. 15 der Prozeßnovelle vom 22. Julius 1819) und bei der Urtheilsausfertigung (Kap. XIV §. 8 Ziff. 5 und 7, Prozeßnovelle von 1837 Art. 64 Abs. 1), in dem Ge-

1) S. Doppelmayr ed. IV S. 129: „Strafgerichtliche Untersuchungsakten dürfen zum Behufe eines Civilprozeßes rücksichtlich der aus der Uebertretung entstandenen privatrechtlichen Forderungen wegen Schadenersatzes, Genugthuung, Kosten u. s. w. den Anwälten der Betheiligten auf Verlangen ohne Anstand vorgelegt werden.“

sehe speziell bezeichnet sind, woraus sich per argumentum a contrario ergibt, daß, wo das Gesetz dem Advokaten ein solches Recht nicht erteilt, er dasselbe auch nicht anzusprechen hat.

4) Eine Verbindlichkeit der Gerichte, den Parteien zum Zwecke einer beabsichtigten Klagestellung Auszüge aus Untersuchungsakten anzufertigen, kann auch nicht aus der Stellung der Gerichte zu den Parteien abgeleitet werden, indem die Letzteren das Prozeßmaterial den Ersteren vorzulegen, nicht aber von denselben zu verlangen haben.

5) Der dem Ansinnen des Beschwerdeführers unterstellte Grundsatz könnte zu beträchtlicher Verzögerung der Gerichte ausgebeutet werden. Endlich erscheint

6) nach der Beschaffenheit des konkreten Falles die Mittheilung der Abschriften um so bedenklicher, als dieselben eine Voruntersuchung, welche in jedem Momente wieder aufgenommen werden kann, betreffen, mehrere der bezeichneten Aktenstücke sich nicht zur Veröffentlichung eignen, wie z. B. der motivirte Antrag des Staatsanwaltes auf Einstellung des Verfahrens, und überdies der Anwalt die Abschriften nicht einmal zu dem von ihm angegebenen Zwecke bedarf, sondern letzteren auch mittelst Notaten, welche er sich bei Gelegenheit der Akteneinsicht machen konnte, zu erreichen vermag.

Diesem Bedenken entsprechend wurde die erhobene Beschwerde abgewiesen.

Bei dem obersten Gerichtshofe wurde dieser Ansicht nicht beigeppflichtet, sondern das Untersuchungsgericht angewiesen, die verlangten Abschriften zu erteilen.

Die Entscheidungsgründe enthalten hierüber Folgendes:

„Die von den öffentlichen Behörden über ihre amtlichen Verhandlungen aufgenommenen Akten sind Eigenthum des Staates und es steht den Privaten

kein allgemeines, absolutes Recht auf die Benutzung derselben zum Behuf ihrer Rechtsvertheidigung zu.

Vgl. Arnold über das Recht der Akteneinsicht (praktische Erörterungen Heft I) S. 4, 8, 9.

Da jedoch in jenen öffentlichen, namentlich in den gerichtlichen Verhandlungen häufig Thatfachen bekräftigt werden, welche geeignet sind, Privatrechtsansprüche zu begründen oder in anderer Weise die Rechtsvertheidigung der Privaten zu befördern, so fordert es der Beruf der Staatsgewalt, das materielle Recht nach Möglichkeit zu schützen und zu fördern, daß ihnen jene Benutzung nicht vorenthalten werde, sofern nicht höhere Staatsrückichten im Wege stehen.

Aus demselben Gesichtspunkte der Beförderung des materiellen Rechtes waren im römischen Rechte die Gerichte zur Benutzung der öffentlichen und insbesondere auch der Kriminalakten angewiesen.

Is, apud quem res agitur, acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem iubebit,

Const. 2 Cod. de edendo (2, 1.)

Die Anmerkung zur bayerischen Gerichtsordnung c. 11 §. 6 lit. d. erkennt ebenfalls den Prozeßparteien im allgemeinen einen Editionsanspruch auf die öffentlichen, namentlich die gerichtlichen Akten, ohne weitere Unterscheidung zu.

Was nun die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Zugänglichkeit der strafrechtlichen Untersuchungsakten anbelangt, so erfordert der Zweck der Untersuchung, daß dieselben, so lange diese nicht beendet ist, nur den mit der Untersuchung betrauten Beamten offen stehen und daß insbesondere dem Beschuldigten und seinem Verteidiger nur nach bestimmten Vorschriften die Einsicht der Akten gestattet und Abschriften einzelner Aktenstücke zugefertigt wer-

den. Ist aber die strafrechtliche Verfolgung beendet, so steht der Anwendung des allgemeinen Grundsatzes auch hier in der Regel nichts im Wege; vielmehr enthalten diese Akten häufig sehr wichtiges Material zur Geltendmachung civilrechtlicher Ansprüche, dessen Benützung den Betheiligten nicht vorenthalten werden darf.

Es wurde deshalb durch Reskript vom 9. Januar 1819 (Rithogr. Sammlung Nr. 194) angeordnet, daß strafgerichtliche Untersuchungsakten zum Behufe eines Civilprozesses rücksichtlich der aus der Uebertretung entstandenen privatrechtlichen Forderungen wegen Schadenersatzes, Genugthuung, Kosten u. den Anwälten der Betheiligten ohne Anstand vorgelegt werden dürfen. Es wäre eine fehlerhafte Auslegungsweise, wenn man in diese Entscheidung die Absicht legen wollte, die Benützung der Untersuchungsakten auf den im Reskripte bezeichneten Fall zu beschränken; es ist vielmehr anzunehmen, daß, — wie bei den meisten Novellen zum Strafgesetzbuche, — dem Justizministerium eine spezielle Anfrage oder Beschwerde vorgelegen habe, auf deren Verbescheidung sich dasselbe beschränkte, ohne auf eine Erörterung der Rechtsmaterie nach ihren verschiedenen Richtungen einzugehen. Die Entscheidung läßt daher sehr wohl eine analoge Ausdehnung auf andere Fälle zu, auf welche der derselben zu Grunde liegende Gesichtspunkt ebenfalls Anwendung findet, und dies ist allerdings der Fall, wenn derjenige, gegen welchen die Untersuchung gerichtet war, auf die Benützung der Akten Anspruch macht — nicht zum Zwecke des Strafprozesses, sondern um die durch die Untersuchungsakten konstatirten Thatfachen zur Geltendmachung von Privatrechten zu benutzen. Es kann dabei in jedem einzelnen Falle immer wieder nur darauf ankommen, ob die Lage des Strafverfahrens von der Art ist, daß die verlangte Benützung von

dieser Seite keinem Bedenken unterliegt, und dieses ist der Fall, nicht nur wenn der Beschuldigte auf beschlossene Anklage rechtskräftig freigesprochen ist, sondern auch alsdann, wenn die Voruntersuchung deshalb eingestellt wird, weil keine strafbare Handlung vorliegt oder die Nichtschuld des Inquisiten bereits genugsam festgestellt oder wenigstens mit Sicherheit aus der Sachlage zu entnehmen ist, daß die Bestimmung des Gesetzes über das Strafverfahren vom 10. November 1848 Art. 55, — wonach das nach Beendigung der Voruntersuchung durch Gerichtsbeschluß eingestellte Strafverfahren wegen erheblicher neuer Beweise der Schuld wieder aufgenommen werden kann, — nicht zur Anwendung kommen werde, oder endlich, wenn die Aktenstücke, deren Benutzung in Anspruch genommen wird, von der Art sind, daß selbst im Falle der Wiederaufnahme der Zweck der Untersuchung nicht gefährdet erscheint.

Vgl. Arnold a. a. O. S. 65 a. E.

Die vorliegende Untersuchung wegen Urkundenfälschung, Untreue und Unterschlagung wurde nun aber theils aus dem Grunde eingestellt, weil der Inquisit zur Zeit der Vornahme der betreffenden Handlungen nicht im unge störten Gebrauche seiner Ehre — daher unzurechnungsfähig gewesen sei, theils deswegen, weil derselbe nicht in einem solchen amtlichen Verhältnisse gestanden habe, wie es zur strafrechtlichen Qualifikation seiner Handlungen vorausgesetzt wird. Das Untersuchungsgericht selbst hat erklärt, daß es bei der Einsicht der Akten durch den Oficialanwalt keinen Anstand finde. Von dieser Seite steht daher der in Anspruch genommenen Benützung der Akten kein gegründetes Bedenken entgegen.

In eine tiefere Untersuchung der Frage, ob die verlangten Aktenstücke zur Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche des B. nothwendig oder nützlich

sein mögen, kann hier nicht eingegangen werden; es muß genügen, daß sich das Begehren nicht sofort als muthwillig oder übermäßig darstellt. Eben so wenig kann der Anwalt in der Art der Benützung beschränkt werden, wenn diese einmal als berechtigt anerkannt ist. Dem Offizialanwalte kann nicht zugemuthet werden, daß er selbst die Aktenstücke abschreibe, der Verwendung seiner Gehilfen hierzu stehen aber dienstliche Rücksichten entgegen.

Vgl. Erkenntniß des obersten Gerichtshofes vom 11. Februar 1831 (Blätter für Rechtsanwendung, Band II S. 296). Sowie die Ertheilung der fraglichen Abschriften an eine vermögliche Partei gegen Erlegung der entsprechenden Tag- und Stempelgebühren nicht verweigert werden könnte,

vgl. Arnold S. 12, Note 8,

so bringt es das dem Imploranten ertheilte Armenrecht mit sich, daß ihm die kostenfreie Ausfertigung verwilliget werde, wobei in Erwägung kommt, daß das gestellte Begehren sich auf wenige Aktenstücke von mäßigem Umfange beschränkt.

DAUERf. v. 31. Dez. 1855 Nr. 1628⁵⁴/₅₅.

Von ähnlichen Erwägungen in Betreff der Zugänglichkeit der Untersuchungsakten ist der Gerichtshof in einem Erkenntniße vom 31. Jan. 1845 Nr. 159⁴⁴/₄₅ ausgegangen. M.

2.

Brand, durch Lokomotiv-Funken verursacht. Beschränkte Geltung des Sages: Der sein Recht Ausübende sülgt kein Unrecht zu. Haftung des Unternehmers für das Dienstpersonale. Beweisfab.

Vgl. Bd. XI S. 17 f.

J. B. zu Aulbing erhob eine Entschädigungsklage gegen den Fiskus der k. Verkehrsanstalten, anführend, eine ihm gehörige Wiese sei am 17. April 1852 entweder durch die Funken aus der vorüber-

fahrenden Lokomotive oder durch aus der Lokomotive ausgeschüttete feurige Kohlen in Brand gerathen, und ihm dadurch für die Jahre 1852 und 1853 an dem Reinertrage der Feuerndte aus den abgebrannten Wiesen theilen ein jährlicher Schaden von je 300 fl. zugegangen.

In Beurtheilung dieser Rechtsache sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung unter anderen:

Die Grundhaltigkeit des erhobenen Entschädigungsanspruchs ist nach Rr. Th. IV Kap. 16 §. 6 Nr. 3 dadurch bedingt, daß der Beschädigte nachweist, es liege eine durch keinen Rechtsgrund zu rechtfertigende Beschädigung, ein *damnum injuria datum*, vor. In der Thatfache, daß das k. Aerar als Eigenthümer des Bahnkörpers auch zum Betrieb der Bahn befugt sei, also durch Ausübung der zuständigen Eigenthumsbefugnisse, da es nur die ihm gebührenden Rechte exerzirte, keine ungebührliche Beschädigung habe zufügen können, liegt kein von der Entschädigungspflicht liberirendes Moment, weil der Rechtsatz, daß der, welcher zuständige Rechte übt, durch diese beliebige Uebung keine Rechtsverletzung erzeuge, in seiner Allgemeinheit nicht dahin zu verstehen ist, daß der Eigenthümer unbestraft den Nachbarn lädiren dürfe, da dieser auf Integrität seines Eigenthums den gleichen Rechtsschutz anzusprechen hat.

Esse die culpa des röm. Rechts Ausg. 2
§. 29 Note 1.

Daß Gesetz aber erfordert a. a. O. Nr. 4 auch, daß der eingetretene Schaden aus bösem Willen oder aus Fahrlässigkeit des Beschädigers entstehe. Es genügt somit die Thatfache, daß eine Beschädigung stattfand, zur Feststellung einer Verpflichtung zur Entschädigung nicht, es muß die eingetretene Beschädigung als eine widerrechtliche bargelegt werden, was sie dadurch wird, daß der Beschädiger bei

der die Beschädigung veranlassenden Thatsache entweder aus bösslicher Absicht, oder doch sonst in fahrlässiger Weise verfährt. Von ersterer ist vorliegendem Falle so wenig die Sprache, als davon, daß der eingetretene Erfolg das Ergebniß eines nicht zu vertretenden Zufalles sei.

Es fragt sich somit vor allem, ob die auf Fahrlässigkeit des Betriebspersonals fundirte Klage in der Weise substantiirt sei, daß unter Verwerfung der opponirten dilatorischen Einrede der zu großen Allgemeinheit und Dunkelheit der f. Fiskus zur Litiskonstestation gehalten ist.

Vorerst unterliegt es keinem Bedenken, daß die Klage unmittelbar gegen den f. Fiskus gerichtet werden konnte, ohne daß Kläger nöthig hatte, vor dem f. Fiskus seine Entschädigungsansprüche gegen die Bahnbediensteten zu richten, welche den Zug vom 17. April 1852 geführt haben, denn nach klarer Vorschrift

fr. 13 pr., fr. 25 §. 7 locati (19, 2):

„si qua ipsius eorumque, quorum opera
uteretur, culpa acciderit“

haftet der Unternehmer des Eisenbahnbetriebes, vorbehaltlich seines Rückgriffes an dessen Bedienstete . . . für den durch letztere entstandenen Schaden unbedingt.

Aus der Verpflichtung, die Klage auf Fahrlässigkeit zu fundiren, folgt aber nicht, daß Kläger in dem konkreten Falle die Pflicht hatte, die Darlegung eines stattgefundenen kulpösen Verfahrens anders, als geschehen, thatsächlich zu entwickeln. Eine nähere Detaillirung des Sachverhaltes, als wie sie wirklich erfolgte, war und ist objektiv unmöglich, da nach der Natur der Sache der vom Orte der Beschädigung entfernt domizilirende Damnsifikat von allen einzelnen Vorkommnissen des Bahnbetriebes bezüglich der Verwenbung der dazu nöthigen Ma-

schinen und ihrer Bedienung so wenig als von der subjektiven Tauglichkeit, Tüchtigkeit und Thätigkeit der einschlägigen Bahnbediensteten eine in die kleinsten Verhältnisse eingehende Kognition haben kann.

Es muß daher, will nicht die Pflicht der Ersatzleistung auf das Gebiet der objektiven Unmöglichkeit versetzt werden, dem Beschädigten gestattet sein, die eine Fahrlässigkeit involvirenden Thatfachen in weiteren Unrissen als vorliegend darzulegen. Der Richter ist nun konkreten Falles in der Lage, aus dem Verlauf des ganzen Vorfalles, und aus den denselben begleitenden Nebenumständen, bei dem Mangel der Fraglichkeit über Existenz eines *dolus* oder *casus*, eine bestimmte Ueberzeugung dafür, daß culpa die primitive Veranlassung der erfolgten Beschädigung sei, zu fixiren.

Kläger hat in der Klage auseinandergesetzt, der erfolgte Wiesenbrand sei dadurch veranlaßt worden, daß aus der Lokomotive Funken aussprühten, die seine Wiese in Brand setzten. In der Replik hat er dargelegt, daß durch die erfolgte Auserschüttung des Aschentastens und die hiedurch entfallenden Kohlen und Funken seine Wiese in Brand gekommen sei. — Beide Angaben enthalten *facta*, deren Bewahrheitung Sache des Beweisverfahrens sein wird. In diesen Thatfachen selbst liegt aber der Nachweis, daß sie das Ergebnis eines fahrlässigen Verfahrens sind, und nothwendig sein müssen, weil sie weder das Resultat eines bösslich gewollten noch eines zufällig entstandenen Zustandes sind.

Kreittmayr's Noten z. a. St. Nr. 2 zählen unter die kulposen Beschädigungen jene, die aus Unwissenheit oder Unerfahrenheit jener Personen entstehen, die aus der Uebung einer bestimmten Profession ihre Lebensbeschäftigung machen, falls sie bei Ausübung dieser einen Schaden zufügen. Zur Profession der hier fraglichen Bahnbediensteten gehört

der Bahnbetrieb, die Benützung, Speisung, Handhabung der Maschine, ihre Heizung und die Ausleerung des überschüssigen, unbrauchbaren und verzehrten Brennmaterials. Haben die Führer des fraglichen Bahnzuges, die bei der Maschine thätigen Individuen, die Ausleerung des Aschenvorrathes an Orten vorgenommen, wo fremdem Eigenthume Theile erwachsen, haben sie fragliche Ausleerungen nicht auf abgestorbene Asche beschränkt, sondern auf noch mit brennbaren Theilen versehene, also nicht vollständig verzehrte, und überdies glühende Kohlen ausgebeutet, so haben sie fahrlässig gehandelt. Haben jene Individuen bei dem Vorüberfahren an dem Eigenthume des Klägers die Maschine überheizt, oder nicht Vorsorge getroffen, daß der zur Abführung des überschüssigen Dampfes oder Rauches bestimmte Kamin nicht eine geminderte und ungefährlichere Quantität von Funken oder gar keine aussprühte, und zwar an Plätzen, bei denen die Mittheilung und Verbreitung des Feuers nicht unwahrscheinlich oder doch möglich war, so haben sie, wenn auch in geringerem Grade, worauf es bei der Vertretung der aquilischen culpa nicht ankommt, fahrlässig gehandelt.

In beiden Richtungen ist die Klage genugsam substantiirt

In dem dießfalligen Beweissatz war der Thatumstand, daß ein Bediensteter des Bahnbetriebs fahrlässig handelt, nicht aufzunehmen, weil, wenn eine der dem Beweise unterstellten Thatfachen ¹⁾ erwiesen wird, von selbst erwiesen ist, daß der eingetretene Erfolg das Resultat eines fahrlässigen Verfahrens sei. Ob eine Thatfache als fahrlässig präbizirt werden könne, hat der Richter aus den begleitenden Umständen zu beurtheilen. Wird eine der alternativ

¹⁾ Der Brandentregung durch Funksprützen, beziehungsweise durch Ausschütten feuriger Kohlen.

444 Jüdischer Beugeneid, ob in d. Synagoge abzunehmen?

zum Beweise ausgesetzten Thatsachen erprobt, so steht nach obiger Darlegung die richterliche Ueberzeugung fest, daß der stattgefundenen Erfolg ein fahrlässig veranlaßter war, indem er weder gewollt noch durch Zufall herbeigeführt worden, bei gehöriger Aufmerksamkeit aber hätte vermieden werden können und sollen. In jener Richtung bedarf es keiner Spezialisirung im Beweissthema selbst

DAGE. v. 11. Mai 1855. Nr. 521^{53/54}.

3.

Jüdischer Beugeneid, ob in der Synagoge abzunehmen?

Vgl. Bb. XVII S. 343.

Nach der G.D. sind Parteien: und Beugeneide vor Gericht abzuleisten,

vgl. Kap. XIII §. 1 Nr. 6 mit Kap. X §. 1 und 14,

und hat die vor der Beeidigung vorzunehmende Belehrung durch den Richter zu geschehen.

Hievon ist bezüglich der Eidesleistung durch die Juden im Geseze keine Ausnahme gemacht, und auch in der Anmerkung zu Kap. X §. 14 lit. e ist davon, daß die Juden den als Partei oder Zeuge zu schwörenden Eid in der Synagoge zu leisten haben, keine Rede.

Nur nach dem Gerichtsgebrauche kann bei Christen die Belehrung durch den betreffenden Pfarrer, bei Juden die Belehrung durch den Rabbiner und die Eidesleistung in der Synagoge vorgenommen werden, wenn besondere Umstände (zu welchen die Wichtigkeit der Sache für sich nicht zu rechnen) eine besondere Feierlichkeit bei der Eidesleistung nothwendig oder räthlich machen. Dies ist auch in dem (lithographisch den Gerichten mitgetheilten) Ministerialreskripte vom 27. Juni 1823 anerkannt.

Es hängt daher nicht bloß von dem Antrage

einer Partei ab, ob ein als Zeuge vorgeschlagener Jude in der Synagoge zu beeidigen sei oder nicht; sondern es hat dieses der Richter mit Rücksicht auf die obwaltenden besonderen Verhältnisse zu bemessen, und es kann mit Rücksicht auf den Zweck, welchen die Eidesabnahme in der Synagoge allein haben kann, diese Form der Eidesleistung nur dann angewendet werden, wenn die obwaltenden Umstände zu der Annahme Anlaß geben, daß eine besondere Feierlichkeit bei der Abnahme des Eides nothwendig sei, um den Zeugen zur Angabe der reinen und vollen Wahrheit zu bestimmen.

Vgl. DABlt. Nr. 407^{54/55}.

4.

Hypothekenzinsklage. Eingetragene Protestation unerheblich.

In Bd. XII S. 161 f. unserer Zeitschrift ist gezeigt, daß eine gegen die Hypothekforderung eingetragene Protestation der Hypothekenzinsklage nach §. 52 des HGB. nicht im Wege stehe. In diesem Sinne heißt es in oberstrichterlichen Entscheidungsgründen:

Es liegt in der Natur der Sache, daß das Berufen darauf, die Kapitalforderung sei noch im Streite begriffen, rechtlich wirkungslos ist, daher auch ganz unerheblich, was hier über die (dort geltend gemachten) angeblichen rechtlichen Folgen der Eintragung einer Protestation im Hypothekenbuche gegen die Hauptschuld angeführt wird.

DABlt. v. 23. Nov. 1855. Nr. 1503^{54/55}.

5.

Landgerichtlicher Kuratorkonsens, aus der Beglaubigung der Vollmacht zu entnehmen.

Gegen die Klage der Gemeinde Großheubach schloßte der Beklagte, Steinmetzmeister Koch zu

Frankfurt, unter anderen die Einrede der fehlenden Legitimation vor, indem nach bayerischen Gesetzen bei Klagen der Gemeinden die Zustimmung des betreffenden Landgerichts erforderlich sei, im vorliegenden Falle aber auf die Vollmacht neben der Unterschrift der Gemeindevorsteher das Landgericht nur „zur Beglaubigung“ geschrieben habe. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Zustimmung des Landgerichts Klingenberg liegt darin, daß dieses Gericht die beigebrachte Prozeßvollmacht mit unterzeichnet hat. Denn die neben, nicht hinter der des Gemeindevorstandes stehende Unterschrift des Landgerichts ist offenbar nicht bloß zu dem Zwecke hinzugesetzt, um die Signaturen der Gemeindevorverwaltung, sondern um die Vollmacht selbst zu beglaubigen, und für gültig zu erklären; sie würde den hiedurch erteilten Konsens zur Klageanstellung aber auch dann involviren, wenn man ihr nur die erstere Bedeutung geben müßte, da nothwendig anzunehmen steht, daß das Landgericht die Vollmacht eingesehen und also gewußt hat, daß es eine und welche Prozeßvollmacht sei.

Erf. des OLG. zu Lübeck v. 30. Jan. 1850.

Frankfurter Samml. von Römer Bd. II S. 230.

6.

Oberberufungssumme. Von Gegenständen, welche keine Schätzung zulassen.

Die Schützengilde zu W. klagte gegen eine Anzahl dortiger Bürger auf Erfüllung einer Vorschrift ihrer Satzungen, nach welcher jeder neuangehende Bürger sich in die Gesellschaft mit 1 fl. einzukaufen, derselben ein Hochzeitschießen zu wenigstens 45 fr. zu geben, und die ersten 3 Jahre in das gewöhnliche Binnsschießen (jeder 1 fl. 12 fr) mitzulegen, und selbst mitzuschießen verbunden sei.

Als die Sache von der in 2 Instanzen abgewiesenen Klägerin an den obersten Gerichtshof gebracht wurde, kam das Dasein der Oberberufungssumme in Frage. Die Motive des OLG. äußern hierüber:

Wenn Revident unter Bezugnahme auf §. 63 der Nov. v. 1837 geltend macht, daß es sich hier um ein, eine bestimmte Schätzung nicht zulassendes Recht handle, so kann er nur den Umstand im Auge haben, daß nach der Klagbitte die Beklagten auch für schuldig erklärt werden sollen:

in den 3 ersten Jahren ihrer Unfähigkeit bei den Gesellschaftsschießen selbst mitzuschießen.

Allerdings bestimmt der §. 63, daß die Berufung ohne Rücksicht auf die Summe zulässig sei, wenn der Streit Rechte betrifft, welche eine bestimmte Schätzung nicht zulassen; allein diese gesetzliche Bestimmung setzt doch immerhin voraus, daß der eine bestimmte Schätzung nicht zulassende Gegenstand der Beschwerde für den Beschwerdeführer überhaupt ein pekuniäres oder sonst ein privatrechtliches Interesse habe, indem bei dem gänzlichen Mangel eines solchen Interesse auch von einer Unschätzbarkeit des Beschwerdegegenstandes nicht die Rede sein kann. Letzteres ist aber in Ansehung der Leistung, auf welche obige Klagbitte gerichtet ist, der Fall, da die Handlung, zu welcher die Beklagten nach derselben verpflichtet sein sollen, offenbar keine solche ist, welche für die klagende Schützen-gesellschaft, als Korporation, zu deren Bestem vorzunehmen wäre, und daher auch nicht ersehen werden kann, welches Interesse die klagende Schützen-gesellschaft haben sollte, daß die Beklagten nicht nur für die ersten 3 Jahre ihrer Unfähigkeit 3 fl. 36 kr. Einlagen in die Gesellschaftskasse bezahlen, sondern auch bei den 3 Schießen, für welche diese Einlagen

448 Extinktiverjährung gegen dienstlich Abwesende.

bestimmt sind, mitzuschließen. Revident hätte daher jedenfalls näher darlegen sollen, worin denn das unschätzbare, den Beschwerdegegenstand bildende Recht, welches die Anwendung des §. 63 rechtfertigen soll, bestehe, und da dieses nicht geschehen; mußte die erhobene Revision als wegen Mangels der gesetzlichen Revisionssumme unzulässig, abgewiesen werden.

DAGE. v. 27. Mai 1854. Nr. 899⁵²/₅₃.

7.

Transmission bedingter Fideikomnisse.

Preuß. RN. I, 12 §. 107.

Auch der unter einer Bedingung eingesetzte Fideikommissar, welcher den Testator überlebt, transmittirt sein Substitutionsrecht auf seine Erben, wenn er gleich vor dem Substitutionsanfall stirbt, und ohne Unterschied, ob die Bedingung von einem Zufalle oder von einer freien Handlung des bedingt Berechtigten abhängt.

Entf. des Obertribunals zu Berlin v. 27. Feb. 1854. Entsch. d. DA. Bd. 27 S. 340.

8.

Extinktiverjährung gegen dienstlich Abwesende.

Preuß. R.

Die Vorschrift des A. RN. I, 9 §. 519:

„Gegen den Eigenthümer eines Grundstücks kann, so lange derselbe zum Dienste des Staats auch nur in einer andern königlichen Provinz sich aufhält, keine dieses Grundstück betreffende Verjährung anfangen“

bezieht sich nicht nur auf die Verjährung durch Besitz, sondern auch auf die Extinktiverjährung.

Entf. des Obertribunals zu Berlin v. 30. Januar 1854. Entsch. d. DA. Bd. 27 S. 318.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Geständniß, beim Sühneverfuch abgelegt. — Privatschuldbriefe auf den Inhaber. Deren Rechtsgültigkeit. Verhältnis zwischen dem Emittenten und den Partikalgläubigern. — Verurteilungssumme. Kostenpunkt, vom Untergerichte vorbehalten, vom Obergerichte durch Kompensation erledigt. — Von der Erklärung des Testirers, die den Zeugen vorgelegte Schrift enthalte seinen letzten Willen. — Enthebung vom Vorleseamt. Realisirung. Gehaltsanspruch. — Sind unter dem „Gesamtgehalt“ im Sinne des §. 23 der IX. B. G. zur B. G. auch Mehrbezüge aus früheren Dienstverhältnissen begriffen? — Verzugszinsen aus anerkannten Gehaltsnachzahlungen. — Erbschaftsanteil eingeklagt. Einwand: Klägerin habe keine Unterthung im Hausbalt und im Gewerbsbetrieb geleistet. Schweinsfurter Stadtrecht. — Das Dekret über Feststellung der zur Videsleistung für eine Genossenschaft bestimmten Schwurmänner ist zu selbstständiger Verurteilung geeignet. — Rechtsgeschäfte mit Handlungsfreisenden. — Verzugszinsen bei der *condictio indebiti*. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Geständniß, beim Sühneverfuch abgelegt.

In einer Ehescheidungsache war der Beklagten zu beweisen aufgelegt: daß ihre Krankheit (Epilepsie) dem Kläger schon vor Eingehung der Ehe bekannt gewesen sei. Zur Erbringung dieses Beweises berief sich dieselbe auf das Zeugniß des Landgerichtsassessors und des Pfarrers, vor welchen der Sühneverfuch gepflogen war, indem Kläger in dieser Verhandlung jene frühere Bekanntschaft mit der Krankheit der Beklagten zugestanden habe. Dieses Zugeständniß wurde auch von den vorgeschlagenen Zeugen bekundet und in Folge dessen

(wobei noch andere Behelfe adminikulirten) der aufgelegte Beweis für geliefert, erachtet. Aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir, was folgt:

Daß Kläger bei diesem Geständnisse nicht die Absicht gehabt habe, eine ihm nachtheilige Thatfache einzuräumen, kann nicht angenommen werden, nachdem der Kläger nicht behauptet hat, daß er bei der Ablegung dieses Geständnisses nicht seiner selbst mächtig war, und nachdem er sich nicht über Zwang, Irrthum oder Hinterlist beschwert hat; sondern es muß vielmehr angenommen werden, daß er dieses Geständniß bei gutem Verstande und aus freiem ungezwungenen Willen und zwar in Gegenwart derjenigen abgelegt hat, zu deren Vortheil das Geständniß gereicht dieses Geständniß ist ein gerichtliches Zugeständniß, weil es vor dem Gerichte, welches zur Verhandlung des Ehescheidungsprozesses kommittirt und also das zuständige war, und bei einer von dem Prozeßgerichte gepflogenen Verhandlung in der Ehescheidungssache, nämlich bei dem gerichtlichen Sühneverfuche, abgelegt wurde.

Daß dieses Geständniß nur mündlich abgelegt und nicht protokolliert worden ist, thut Nichts zur Sache, weil ein Geständniß mit Worten, Schriften oder Zeichen gemacht werden kann, wenn es nur so klar und deutlich am Tage liegt, daß man nicht nur den Willen des Gestehenden überhaupt, sondern auch, was und wieviel er dadurch einräumen wollte, hinlänglich daraus erkennen kann, und weil es durch die erwähnten beiden exeptionsfreien Zeugen vollständig erwiesen ist.

Der von dem Kläger hervorgehobene Umstand, daß vor der Ablegung dieses Geständnisses die in den §§. 18 und 19 der Novelle v. 17. Nov. 1837 vorgeschriebene Belehrung noch nicht erfolgt war,

und daß deshalb auch der animus confitendi zweifelhaft sei, benimmt diesem Geständnisse an seiner Kraft und Gültigkeit nichts, weil diese Gesetzesstelle sich nur auf stillschweigende Zugeständnisse nicht bestimmt widersprochener Thatumstände, nicht aber auf ausdrückliche Zugeständnisse bezieht, bei welcher letzteren eine gerichtliche Belehrung über die Folgen solcher Zugeständnisse nicht vorgeschrieben ist.

Das Zugeständniß des Klägers hat somit alle gesetzlichen Eigenschaften eines gerichtlichen Geständnisses¹⁾, und wird noch durch die Aussagen der übrigen von der Beklagten produzierten Zeugen unterstützt, aus welchen hervorgeht, daß die Krankheit der Beklagten (schon vor deren Verheirathung) ortsfundig war, und daher dem Kläger nicht unbekannt sein konnte.

MAG. v. 16. Okt. 1855. Nr. 1218⁵⁴/55.

¹⁾ Sollte nicht bei der Vorschrift der O.D. XII §. 1 Nr. 5 vorausgesetzt sein, daß der Bestimmung des Kap. IV §. 15, nach welcher alle mündlichen Handlungen protokolliert werden sollen, in Ansehung des Geständnisses genügt worden sei? — Obnehin waltet gegen die Annahme voller Beweiskraft der im Sühneversuch abgelegten Geständnisse das Bedenken ob, daß die Aussicht auf eine solche Folge die Erschienenen zu Rückhalten veranlassen, die Erreichung des Zwecks der Verhandlung erschweren würde. Mit dem Charakter einer vertraulichen Besprechung, welche diese Verhandlung (insbesondere durch die Theilnahme des Seelsorgers in solchen Sachen) haben soll, scheint sich jene Folge nicht zu vertragen. Es ist eine in der Natur der Sache wurzelnde Vorschrift, wenn z. B. das Hamburger Statut untersagt, auf dasjenige, was von den Parteien im Termine des Güteversuchs vorgetragen worden ist, bei Fällung des Urtheils Rücksicht zu nehmen. Hamburger Samml. von Entscheid. des Lübecker MAG. N. F. Bd. I S. 159. — S.

2.

Privatschuldbriefe auf den Inhaber. Deren Rechtsgültigkeit.
Verhältniß zwischen dem Emittenten und den Partial-
gläubigern.

Vgl. oben S. 417 f.

In einer Frankfurter Rechtsache verlangte ein Partialgläubiger auf dem Wege der Klage vom Emittenten (Rothschild), daß er Rechnung in Betreff der von dem verpfändeten Gute gezogenen Einnahmen und der seitherigen Verzinsung und Tilgung des Gesamtanlehens stelle, so wie die parat liegenden Gelder zur Verzinsung und Kapitalverloosung verwende. Der Beklagte räumte nur ein, zur Rechnungsstellung über die von ihm besorgte Liquidation in der Debitmasse des Schuldners verpflichtet zu sein; im Uebrigen hätten sich die Inhaber der Partialobligationen direkt an den Schuldner halten können. Der Fall war nach gemeinem Rechte zu beurtheilen, und daher zur Beantwortung der Frage geeignet, ob die Verweisung des Klägers an den Schuldner nicht schon deswegen als unstatthaft erscheine, weil die Obligation ein Verhältniß zwischen zwei bestimmten Personen sei und daher eine solche zwischen dem Schuldner und unbestimmten Inhaber von Partialobligationen nicht bestehe, beziehungsweise weil Privatschuldbriefe au porteur nach Analogie der au porteur ausgestellten Wechsel für unwirksam zu achten seien? ¹⁾ — Es kam aber

¹⁾ Ausstellung von Wechseln au porteur war auch vor der N. D. W. in Frankfurt a/M. unstatthaft. Vgl. Span Frankfurter Wechselrecht §. 10. — Auf die Bestimmung der N. D. W. Art. 4 Nr. 3 kann allerdings der Satz „vice nominis fungitur demonstratio“ keine die Ausstellung au porteur zulassende Anwendung finden, weil ja zufolge der Konferenzprotokolle durch diese Gesetzstelle gerade die Ausschließung der Ausstellung au porteur beabsichtigt

diese Frage, zufolge der uns vorliegenden Motive der oberstrichterlichen Entscheidung, gar nicht in Anregung, indem zwar die Schwierigkeit des Auftretens der Partialgläubiger gegen den Schuldner hervorgehoben, aber nicht erwähnt wurde, daß über die Gültigkeit der einzelnen Schuldbeschreibungen auf den Inhaber irgend ein Zweifel bestehe.

Das Verhältniß zwischen dem Emittenten und den einzelnen Inhabern von Partialen betreffend, wurde im Einklange mit der Ausführung in Bd. XI S. 1 f. unserer Zeitschrift angenommen, es habe eine stillschweigende Vereinbarung zwischen dem Emittenten und den Inhabern der Partialobligationen unter Beitritt des Schuldners dahin stattgefunden, daß der Emittent durch die Ausübung der ihm zu diesem Behufe in der Hauptschuldbeschreibung ertheilten Rechte aus dem Vermögen des Schuldners die erforderlichen Geldmittel zur Bezahlung der Zinsen und zur successiven Rückzahlung des Kapitals herbeischaffen, und die eingegangenen Gelder zu diesen Zahlungen, so wie solche in der Schuldbeschreibung bestimmt sind, verwenden sollte, — der Emittent habe also von Anfang an gegen die Inhaber von Partialobligationen die Verpflichtung zu einer Geschäftsführung in dem obgedachten Maße übernommen, woraus dann dessen Verpflichtung zur Rechnungsstellung von selbst folge.

Vgl. Erf. des OAG. zu Lübeck v. 27. Juni 1850. Frankfurter Samml. von Römer Bd. II S. 348 f.

war. Bezüglich der NamensEintragung in das Hypothekenbuch liegt (was nämlich das bayerische Recht betrifft — vgl. Gönners Hypothekengesetz-Kommentar Bd. II S. 311) eine solche Absicht nicht vor.

3.

Berufungssumme. Kostenpunkt, vom Untergericht vorbehalten, vom Obergericht durch Kompensation erledigt.

Ist in solchem Falle das Obergerichtserkenntniß in Betreff des Kostenpunkts als in erster Instanz ergangen anzusehen, daher für die Berufung an das OLG. nur eine Beschwerdesumme von 100 fl. zu erfordern?

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber: Die erste Instanz hat in Konformität mit ihrem (auf Eidesleistung gerichteten) Urtheile in der Hauptsache ausgesprochen, daß die Entscheidung über den Kostenpunkt dem Endurtheile vorbehalten bleibe, also hierüber einen wirklichen, rechtlich motivirten Ausspruch erlassen, wobei es für die Beantwortung der Frage, ob über die Kosten erkannt worden, ganz gleichgültig ist, wie erkannt wurde, ob materiell oder nur formell¹⁾. Da nun die zweite Instanz bezüglich der Kosten (wie in der Hauptsache) abändernd erkannte, so liegen darüber in der That zwei Erkenntnisse vor. Das Obergericht hat nur deshalb, weil die Sache im Wege der Berufung an dasselbe gelangte, nicht bloß in der Hauptsache, sondern auch über die Kosten als einen davon untrennbaren Nebenpunkt, welchen es schon von Amtswegen beachten mußte, sonach in beiden Beziehungen als zweite Instanz erkannt, und es wäre überhaupt mit dem Zusammenhange der Hauptsache und der Kosten, welche miteinander nur ein Ganzes als Streitgegenstand ausmachen, und mit der Eigenschaft des Oerrichters als zweiter Instanz unvereinbar, seine Entscheidung über die Kosten nur als

¹⁾ Freilich ist der Inhalt des erlassenen Ausspruchs kein anderer, als: über den Kostenpunkt wird jetzt nicht erkannt. Lassen sich wohl Erkennen und Nicht-erkennen als Einerlei betrachten? G.

ein Urtheil erster Instanz gelten zu lassen, während die Entscheidung in der Hauptsache als ein Erkenntniß zweiter Instanz in Kraft bestehen soll. Demnach wird für die Berufung des Klägers eine Beschwerverbesumme von 300 fl. erfordert.

DAGE. v. 9. März 1855. Nr. 404^{54/55}.

4.

Von der Erklärung des Testirers, die dem Zeugen vorgelegte Schrift enthalte seinen letzten Willen.

In einer Rechtsache war den klagenden Intestaterben unter anderem zu beweisen aufgelegt:

daß der Testirer den Zeugen nicht in deren gleichzeitiger Gegenwart erklärt habe, daß die ihnen zur Unterschrift vorgelegte und von ihnen unterschriebene Urkunde seinen letzten Willen enthalte.

In der oberstrichterlichen Beurtheilung der unternommenen Beweisführung kommt hierüber nebst anderem vor:

Auß dem Inhalt und Zusammenhang der sämtlichen Zeugenaussagen ist mit hoher Wahrscheinlichkeit zu entnehmen, daß, wenn nicht der Testirer selbst, doch der Lehrer K. den Zeugen erklärte, die vorgelegte Skriptur sei der letzte Wille des Sch. Wenn nun dieß in seiner Gegenwart, sonach mit seinem Wissen und Willen durch K. erklärt wurde, so ist es eben so gut, als ob die Erklärung vom Testirer unmittelbar ausgegangen wäre. Daß in subsidium geltende gemeine Recht ist in Bezug auf die vorwürfige Formalität keineswegs rigoros. Es soll genügen, wenn der das schriftliche Testament unterschreibende Zeuge nur wahrnimmt, daß die vorliegende Skriptur der letzte Wille des Testirers sein solle, so daß er selbst die Sprache des Testirers nicht zu ver-

stehen braucht. Fr. 20 §. 9 qui testamenta facere possunt (28, 1) „non tamen intelligentiam rermonis exigimus; hoc enim D. Marcus Didio Juliano in teste, qui latine non noverat, rescripsit: nam si vel sensu percipiat quis, cui sei adhibitus sit, sufficere.“

DUCE. v. 6. März 1855. Nr. 993⁵³/₅₄.

Wenn heute das Gericht ein mildes Urtheil sprach,
So denke: morgen kommt vielleicht ein strenges nach.

5.

Enthebung vom Portefeuille. Reaktivirung. Gehaltsanspruch.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

„Seine Entlassung aus dem Staatsdienste nehmen, was dem Staatsdiener zu jeder Zeit freisteht und nicht verweigert werden darf, und um Enthebung von einer Ministerstelle bitten, welche aber verweigert werden kann¹⁾, sind wesentlich verschiedene Begriffe, und mit verschiedenen Folgen verbunden; und ebenso verschieden ist die Entlassung — Dimission — eines Staatsdieners für immer von der einem Staatsdiener auf seine Bitte gewährten Enthebung von der bisher bekleideten Ministerstelle.“

„Es ist offenbar sprachunrichtig, logisch und rechtlich unstatthaft, in Auslegung der §§ 19 und 22 der neunten Beilage zur Verfassungsurkunde die darin nicht erwähnte Enthebung eines Staatsdieners von einer bestimmten Dienststelle als gleichbedeutend und identisch

¹⁾ Der in Art. III des Gesetzes vom 4. Juni 1848, die Verantwortlichkeit der Minister betr., vorgesehene Ausnahmefall scheint nicht in Frage gewesen zu sein.

mit Entlassung aus dem Staatsdienste zu nehmen, und somit: „Dimission aus dem Staatsdienste“ hinein zu legen, und dadurch die mit letztern Thatfachen verfassungsmäßig verbundenen Rechtsfolgen auch auf die im Edikte nicht genannte Enthebung auszudehnen, und diese Ausdehnung auf den vorliegenden Fall in der Art anzuwenden, daß der Staatsminister, welcher um Enthebung von dieser Stelle nachsucht, eben so anzusehen sei, als habe er seine Entlassung aus dem Staatsdienste genommen, sohin keinen Anspruch mehr auf irgend einen Gehalt, während nach Art. III mit I. des Gesetzes vom 4. Juni 1848, die Verantwortlichkeit der Minister betr., dem enthobenen Staatsminister der Standesgehalt ungeschmälert verbleibt; was mit dem gänzlichen Austritt aus dem Staatsdienste unvereinbar wäre.“

„Wenn der auf sein Gesuch der Ministerstelle enthobene Staatsminister zum Staatsrathe im außerordentlichen Dienste mit der Zusicherung ernannt wird, daß bezüglich seiner Berufung zu einem anderen Amte und seiner künftigen Gehaltsfestsetzung weitere Entschließung nachfolgen werde, so ist dadurch weder seine wirkliche Entlassung aus dem Staatsdienste (Dimission) noch der Wille hiezu, sondern vielmehr geradezu das Gegentheil erklärt worden.“

Nachdem noch bemerkt war, wie im gegebenen Fall der dem Kläger vom Tage seiner Enthebung von der Ministerstelle (bis zur Ernennung in anderer Eigenschaft) gebührende Bezug in einer Entschließung des k. Finanzministeriums ausdrücklich als Quießzenzgehalt bezeichnet, und hierdurch mit Wort und That ausgesprochen worden, daß der Kläger nicht aus dem Staatsdienste entlassen, sondern nur außer Aktivität gesetzt, d. i. quiescirt werden wollte

und wurde — heißt es in den oberstrichterlichen Motiven weiter:

„Hieraus ergibt sich zugleich, daß seine Berufung (zu einer anderen Stelle) keine neue Anstellung, sondern nur eine Reaktivirung war. In Voraussetzung dieser Thatsache ist aber auch dessen Anspruch auf einen Gehalt von 6000 fl. rechtlich begründet.“

„Nach §. 25–27 der neunten Beilage zur Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 erhält der zur Aktivität provisorisch wieder berufene Quieszent den Gesamt-Geldgehalt oder fixen Geldgehalt seiner vorigen Stelle, und bei dessen Wiedereinsetzung in eine definitive Aktivität den Standes- und Dienstesgehalt der neuen Stelle, wenn dieser größer oder eben so groß als der in seiner vorigen Diensteskatégorie bezogene fixe Geldgehalt ist, widrigenfalls aber seinen vormaligen Aktivitätsgehalt. Hiernach gilt als Grundsatz, daß der Quieszent durch seine Reaktivirung an seinem früher bezogenen fixen oder Gesamt-Geldgehalte nichts verlieren, sondern jedenfalls wenigstens in diesen Bezug wieder eintreten soll.“

„Da nun der Gesamt-Geldgehalt oder Standes- und Dienstesgehalt des Klägers in 6000 fl. bestand ²⁾, welchen er auch als Staatsrath im ordentlichen Dienste ausprechen konnte, so gebührt ihm dieser ganze Betrag auch in seiner dormaligen Dienstesstelle“

DASt. vom 29. Feb. 1856. Nr. 152⁵⁵/₅₆.

²⁾ Die weiteren 6000 fl., welche ein Staatsminister als Funktions-Nebenbezug empfängt, kommen nicht in Ansaß.

6.

Sind unter dem Gesamt-Gehalte im Sinne des §. 23 der IX. Bchl. zur Bl. auch Mehrbezüge aus früheren Dienstverhältnissen begriffen?

Diese Frage wurde oberstrichterlich bejaht. Gründe:

„In konsequenter Uebereinstimmung mit Tit. VIII §. 3, 4, 5 der Bl. und zum Zwecke der verfassungsmäßig gewährten Unparteilichkeit und Unaußhaltbarkeit der Rechtspflege, so wie der Gleichheit vor dem Gesetze, ist in dem neunten konstitutionellen Edikte §. 4 ausgesprochen, daß die erste Anstellung und jede Beförderung der Richteramts-Funktionen versehenen Staatsdiener sogleich definitiv ist, und im §. 23, daß die Vorstände und Räte der Justizkollegien, mit Einschluß der Kreis- und Stadtgerichte, in ihrer Eigenschaft als Richter in allen Quieszenzfällen im Bezuge des verliehenen Gesamt-Gehaltes verbleiben. Da nun der dem Kläger gebührende Gesamtgehalt (oder fixe Gehalt, oder Standes- und Dienstes-Gehalt) in 6000 fl. jährlich besteht ¹⁾, so hat derselbe in seiner Eigenschaft als Mitvorstand eines Gerichtshofes diesen Gehalt auch im Falle einer Quieszenz mit Recht in Anspruch zu nehmen.“

Daß unter dem Ausdrücke „verliehenen“ nicht der im Reaktivirungsdekrete irrthümlich gegen Gesetz und Recht bestimmte, sondern der gesetzlich gebührende Gehalt zu verstehen sei, ergibt sich aus §. 29 des Ediktes, wornach jede dem Inhalte desselben zuwiderlaufende Minderung des Gehaltes als eine Civilrechtsverletzung zur Klage berechtigt, und aus §. 27, wornach dem Kläger bei seiner Reaktivirung sein voriger Aktivitätsgehalt von 6000 fl.

¹⁾ S. oben S. 458

als ihm rechtmäßig gebührend hätte angewiesen werden sollen“²⁾

„Daß in dem Falle, wenn ein im administrativen Dienste stehender Staatsdiener in ein Justizkollegium eintritt, und ihm nebst der Richteramts-Besoldung noch ein Mehrbezug aus seinem vorigen Dienstverhältnisse belassen wird, dieser Mehrbezug gleichfalls die rechtliche Natur eines durch Quieszierung nicht entziehbaren Richteramts- oder Stanzbesoldung annimmt, hat der oberste Gerichtshof bereits in der Rechtsache Nr. 396²⁹/₄₀ durch Erk. vom 24. Januar 1840 ausgesprochen. In rechtlicher Beziehung und der rechtlichen Wirkung nach ist es aber gleichviel, ob dem Richter ein Mehrbezug aus früherem Dienstverhältnisse in seinem Anstellungs- oder Reaktivierungs-Dekreten belassen oder verliehen, oder durch richterliches Urtheil zuerkannt wird. In beiden Fällen gebührt ihm der Mehrbezug rechtmäßig als Gehalt, und auch der richterlich zuerkannte Mehrbezug beruht ursprünglich auf einer ebignmäßigen Verleihung, §. 29 a.

²⁾ Die Frage: ob nicht dem Kläger bei seiner Reaktivierung der seinen dekretmäßigen Gehalt übersteigende Mehrbetrag (aus dem früheren Dienstverhältnisse) als ein (bei der Quieszierung wegfallender) Dienstesgehalt hätte verliehen werden können? — lag zwar nicht zur Entscheidung vor; indessen wurde in den oberstrichterlichen Motiven beiläufig darüber geäußert: dieselbe würde in der Erwägung, daß Kläger in eine reine Richteramtstelle eingetreten ist, sofort auch seinen Gehalt nur in der Eigenschaft als Richter beziehen kann, und daß in Rücksicht auf die Unabhängigkeit der Gerichte zur Sicherung einer unparteiischen unaufhaltsamen Rechtspflege der Richter durch seine Quieszierung in seinem verbleibenden, d. h. bis dahin rechtmäßig bezogenen Gehalte nichts verlieren soll, — wohl zu verneinen sein.

a. D., und darf daher durch die Quieszirung nicht entzogen werden.“

DAÖG. v. 29. Febr. 1856. Nr. 152⁵⁵/₅₆.

7.

Verzugszinsen aus anerkannten Gehalts-Nachzahlungen.

Bayer. R.

Aus oberstrichterlichen Motiven entnehmen wir das Folgende:

Da Kläger bisher nur den im Dekrete bestimmten jährlichen Gehalt von 4000 fl. empfangen hat, so ist ihm der Gehaltsmehrbetrag von 2000 fl. pr. Jahr vom angefangen nachzuzahlen; und zwar mit fünfprozentigen Verzugszinsen von jedem zu Anfang des Monats fällig gewordenen Ratum dieser 2000 fl.; weil die Zahlung nach den bestehenden Finanzverordnungen in monatlichen Raten zu Anfang jeden Monats hätte geleistet werden sollen, aber nicht geschehen, sohin von diesem jedesmaligen Zeitpunkte an auf Seite des Ausrats Saumfal eingetreten, und der egl. Fiskus nach dem bayerischen Landrechte von der Verbindlichkeit, Verzugszinsen zu zahlen, nicht befreit ist, indem das Gesetz —

Cod. Max. civ. P. IV cap. 1 § 9 Nr. 1

und P. II cap. 3 §. 21 Nr. 1, 2, 3 u. 5 in dieser Beziehung eine Ausnahme für den k. Fiskus nicht enthält, wie sie das römische Recht statuirt; vgl. P. II cap. 1 §. 5 not. 9 und cap. 3 §. 21 not. 1, 2, 3;

Blätter für Rechtsanwendung Bb. VII S. 241, 243;

abgesehen davon, daß das verfassungsmäßige, durch das neunte konstitutionelle Edikt geschaffene Rechtsverhältniß des Staatsdieners nicht als ein rein privatrechtliches Rechtsverhältniß beurtheilt werden kann.

DAÖG. v. 29. Febr. 1856. Nr. 152⁵⁵/₅₆.

8.

Errungenschafts - Antheil eingeklagt. Einwand: Klägerin habe keine Unterstützung im Haushalt und im Gewerbebetrieb geleistet. Schweinfurter Stadtrecht.

Vgl. oben S. 61 f.

Dieser Einwand (sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe) vermag die Entbindung von der Klage nicht zu begründen. Dasjenige, was die Eheleute durch ihre gemeinschaftliche Thätigkeit erwerben, bildet allerdings einen Theil der Errungenschaftsgemeinschaft; diese ist aber nicht darauf beschränkt, vielmehr gehört dazu auch Alles, was ein Gatte durch seinen besonderen Fleiß erwirbt, so wie die Nutzung des beiderseits beigebrachten Vermögens. Daß die Ehefrau durch ein pflichtwidriges Benehmen, wie es derselben vom Beklagten vorgeworfen wird, ihres Anspruches auf die Errungenschaft verlustig werde, läßt sich weder aus allgemeinen Grundsätzen behaupten, noch, ist solches in dem Schweinfurter Stadtrecht ¹⁾ ver-
folgt

DAÖG. v. 29. Nov. 1854. Nr. 930^{53/54}.

9.

Das Dekret über Feststellung der zur Eidesleistung für eine Genossenschaft bestimmten Schwurmänner ist zu selbstständiger Berufung dagegen geeignet.

In der aus S. 109 f. ersichtlichen Rechtsache wurden durch Dekret vom 21. Juni 1853 aus den vorgeschlagenen Schwurmännern Fünf als eidesfähig und der Zahl nach genügend erklärt. Dagegen legte Beklagte am 2. Juli Berwahrung ein. Im September erfolgte die Eidesleistung durch die in

¹⁾ Bezugnahme auf Sect. V Tit. 52 §. 11; Sect. VII Tit. 62 §. 24.

jenem Dekrete bezeichneten Schwurmänner, darauf im Oktober das Anerkenntniß. In der Berufung gegen dieses wollte nun die durch die erwähnte Verwahrung vorbehaltene Beschwerde geltend gemacht werden, wurde aber als verspätet erachtet. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen:

Gemäß §. 52 Nr. 6 der Novelle von 1837 sind Urtheile über die Statthastigkeit eines Hauptscheides von den Bestimmungen des §. 51 ausgenommen, und was von Urtheilen gilt, muß auch von beschlaffigen motivirten Dekreten gelten. Die Frage der Statthastigkeit nämlich kann sowohl bezüglich desjenigen, was beschworen werden soll, als in Ansehung der Person sich ergeben, von welcher der Eid beferirt wird, oder von welcher er geleistet werden soll. Letzteres war vorliegend bezüglich des Scheides vom 21. Juni 1853 in Frage, weßwegen, da von der Beklagten gegen denselben am 2. Juli nur Verwahrung eingelegt wurde, die erst in der Berufung v. 30. Nov. 1853 gegen das Dekret vom 21. Juni ausgeführte Beschwerde allerdings defert ist. Die revisionsweise vorgebrachte Behauptung, die Beschwerde sei nicht dagegen gerichtet, daß die klägerischen Schwurmänner zum Eid gelassen wurden, sondern gegen die Beweisraft des von denselben geleisteten Eides —, verdient kaum eine Würdigung. Denn die Beweisraft dieses Eides ist die nothwendige Folge des rechtskräftig gewordenen Dekretes v. 21. Juni, durch welches die vorgeschlagenen Schwurmänner für eidesfähig erklärt worden waren. Die hiernach feststehende Eidesfähigkeit hat von selbst auch die Beweisraft des von ihnen geleisteten Eides zur Folge. Denn aus einem anderen Grunde, als weil diese Schwurmänner als eidesfähig zum Eid gelassen wurden, konnte die Eidesleistung von der Beklagten nicht angegriffen werden.

DAOE. v. 5. März 1855. Nr 315⁵⁴/₅₅.

10.

Rechtsgeschäfte mit Handlungs-Reisenden.

Preuß. RM. Th. II Tit. 8 §. 551.

Wer mit einem solchen, der ihm als Handlungsreisender eines bestimmten Kaufmannes bekannt ist, ein kaufmännisches Geschäft abschließt, wird dem Prinzipale des Reisenden aus dem mit Letzterem errichteten Vertrage verhaftet, wenn Letzterer auch nicht ausdrücklich im Namen des Prinzipales kontrahirt haben sollte.

Was in dem (überschriftlich angeführten) §. 551 von Handlungsdienern gesagt ist, muß dem Messen oder Märkte versandt sind, muß dem Zwecke des Gesetzes gemäß, bei den jetzigen Verkehrsverhältnissen auch auf solche Handlungsgehilfen bezogen werden, welche von ihren Prinzipalen beauftragt sind, umherreisend für sie Verbindungen und Einkäufe oder Verkäufe zu besorgen, so wie mit Andern die darüber abzuschließenden Verträge einzugehen

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 24. Nov. 1854. Entsch. des O. T. Bd. 29 S. 154 f.

11.

Verzugszinsen bei der *condictio indobiti*.

Preuß. RM. Th. I Tit. 16 §§. 193, 195; Tit. 7 §. 232.

Die Vorschrift im §. 195 Tit. 16 Th. I A. L. R. betrifft auch den Rechtsirrthum.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 24. Okt. 1854. Entschl. d. O. T. Bd. 29 S. 75.

Gnome.

In Gegenständen pfl egt die Schule sich zu zeigen;
Dem Leben aber sind die Zwischenglieder eigen.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: „Ermächtigung“ zur Straf-Herabsetzung wegen geminderter Berechnungsfähigkeit. — *Querela non numeratae pecuniae* durch Prostitution zum Hypothekenamts-Protokolle. — Immobilienverträge nach vorerbkaiserlichem Rechte. — *Communicatio ad cameram*; ihr Unterbleiben eine heilbare Nullität. — Revisionszuständigkeit. Executionsverfahren. Streit zwischen dem Adjudikatar und einem Kaufschillingssignatar. — Freiwillige Unterwerfung unter *cura prodigi*. — Gemeindegemeinschaft, zufolge der Abng. vom 13. Februar 1805 beauptet. — Beweis über die Gemeindegemeinschaft. — Einrede des Verjährtes. Nöthige Begründung. — *Enome*.

„Ermächtigung“ zur Straf-Herabsetzung wegen geminderter Berechnungsfähigkeit.

(Art. 3 des Gesetzes vom 20. Aug. 1848, die Abänderung einiger Bestimmungen d. St.G.B. v. J. 1813 Th. I betr.)

Von Professor Dr. Walther.

Wenn sich aus der Hauptverhandlung vor den Geschwornen Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Angeklagte sich zur Zeit der rechtswidrigen That im Zustande geminderter Berechnungsfähigkeit befunden, so wird darüber an die Geschwornen eine besondere Frage (Nebenfrage) gestellt. Dieß ist feststehende und unseres Wissens bisher von keiner Seite bestrittene Praxis, die ohne Zweifel zunächst dadurch herbeigeführt wurde, daß es in Art. 3 cit. heißt: „— bei der Entscheidung der Thatfrage die Berechnungsfähigkeit als gemindert erklärt wird.“ Es darf wohl auch ohne Weiteres angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit den Worten bei der „Entscheidung der Thatfrage“ andeuten wollte, daß die Frage der

geminderten Zurechnungsfähigkeit nicht vom Schwurgerichtshofe, sondern von den Geschwornen zu beantworten sei. Die Motive zu dem Entwurfe eines StGB. f. d. R. B. v. J. 1854 Art. 83 sagen dies ausdrücklich, und die Fassung der Motive zu Art. 3 cit. läßt darüber auch keinen begründeten Zweifel, indem diese letzteren geradezu auf die Jury Bezug nehmen und in deren Einführung einen besonderen Anlaß zu der fraglichen Bestimmung erblicken.

Andererseits aber kommt es vor, daß der Schwurgerichtshof auch dann, wenn die Geschwornen die auf geminderte Zurechnungsfähigkeit lautende Frage bejaht haben, nicht auf eine geringere, als die gesetzliche Strafe erkennt.

Dies letztere scheint mir nicht richtig und mit der obigen Praxis in Ansehung der Fragestellung unvereinbar zu sein. Eine nähere Prüfung dieser Prozedur dürfte auch aus dem Grunde geboten erscheinen, weil die Motive zu Art. 83 u. 84 des Entwurfes v. 1854 derselben förmlich den Stempel der Gesetzmäßigkeit und Korrektheit aufdrücken. „Anbelangend das Maß der außerordentlichen Strafe“ — heißt es daselbst — „welches der Artikel festsetzt, so wird durch dasselbe — zumal im Hinblick darauf, daß die ganze Fassung der beiden Artikel nur eine fakultative, keine imperative ist, — dem Richter derjenige freie Raum für die Strafzumessung gewährt, welcher bei der großen Verschiedenheit der hier in Frage kommenden Fälle unumgänglich nothwendig zu sein scheint.“

Was nun die Fassung des Art. 3 des Gef. v. 29. Aug. 1848 betrifft, so spricht dieselbe allerdings für die in Uebung stehende Auslegung des angef. Art. 3; denn es heißt hier nicht: der Richter soll auf eine geringere Strafe, als die gesetzliche erkennen, wie im Art. 99 Thl. I des StGB. v. 1813, sondern es heißt: „die Gerichte

sind ermächtigt.“ Der Wortlaut des Gesetzes (der gewöhnliche Sprachgebrauch) steht also freilich dieser Praxis zur Seite.

Aber gewichtige innere Gründe lassen dieselbe als unrichtig und verwerflich erscheinen.

Es giebt nur 2 Arten von Gründen, wodurch die Strafe im konkreten Falle herabgedrückt wird; Strafmilderungs- und Strafminderungsgründe. Jene sind solche, wegen deren unter die gesetzliche Strafe und zwar bei relativ unbestimmten Strafgesetzen unter das Minimum; diese, wegen deren auf oder nahe an das Minimum der relativ bestimmten Strafe herabgegangen wird. Vgl. Th. I des StGB. Art. 97 — 105 und Art. 95. Ein drittes gibt es nicht.

Zu diesem materiell strafrechtlichen Unterschiede zwischen den Strafmilderungs- und Strafminderungsgründen kommt nun seit der Herrschaft des StGB. vom 10. Nov. 1848 der weitere strafprozeßrechtliche, daß über Strafmilderungsgründe an die Geschworenen eine (besondere Neben-) Frage gestellt wird, über Strafminderungsgründe dagegen nicht. Vgl. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 178 und 176.

Es entsteht also die Frage, ob die geminderte Zurechnungsfähigkeit ein Strafmilderungs- oder ein bloßer Strafminderungsgrund sei. Sehen wir auf die in Rede stehende Prozedur, so finden wir darin beide Fragen bejaht. Denn darin, daß auf geminderte Zurechnungsfähigkeit eine Frage an die Geschworenen gestellt wird, liegt doch offenbar der Ausspruch, daß dieser Umstand ein Strafmilderungsgrund sei, indem nach Art. 176 des Ges. v. 10. Nov. 1848, wie oben bemerkt, auf einen Strafminderungsgrund an die Geschworenen keine Frage gestellt werden darf. Andererseits aber läßt sich das Nichtherabgehen unter das Strafminimum

mit Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen nicht anders auslegen, als daß die Praxis in der geminderten Zurechnungsfähigkeit keinen Strafmilderungs-, sondern bloß einen Strafminderungsgrund erblicke. Es liegt also in dieser Praxis ein Widerspruch: entweder darf an die Geschworenen auf geminderte Zurechnungsfähigkeit keine Frage gestellt werden und es hat die Feststellung dieses Thatumstandes, wie ja auch bei anderen Thatumständen z. B. dem Mumm des Angeklagten, geschieht, durch den Gerichtshof zu geschehen, — oder aber der Gerichtshof muß, wenn eine Frage darauf gestellt und dieselbe von den Geschworenen bejaht wurde, die gesetzliche Strafe ändern resp. unter das Minimum herabgehen. Es ist absolut unzulässig, den fraglichen Thatumstand zuvor als Strafmilderungsgrund zu behandeln und ihn dann hinterher doch wieder zu einem Strafminderungsgrund zu begraben; es ist absolut unzulässig, einem formell und materiell korrekten Bestandtheile des Wahrspruches in der Weise die rechtliche Wirksamkeit zu entziehen, wie dies durch die fragliche Praxis geschieht. Der Geschworenen theile von Anfang an die Aufgabe des Urtheilens zwischen Jury und Gerichtshof, wie er es für zweckmäßig hält; ist aber diese Theilung einmal festgestellt, dann muß es auch dabei verbleiben. Wenn an dem Wahrspruche der Geschworenen weder in formeller noch materieller Beziehung Etwas auszu-
setzen ist, so muß er auch in allen seinen Theilen volle, unverkürzte Wirksamkeit haben. Dies leuchtet wohl Jedem von selbst ein, der davon ausgeht, was Organisation überhaupt mit sich bringt. Diesen in der Natur der Sache liegenden inneren Gründen gegenüber kann wohl der Ausdruck „ermächtigt“ nicht genügen, um die Ignorirung des fraglichen Wahrspruchbestandes

theileß seitens des Schwurgerichtshofes zu rechtfertigen; diese Gründe sind vielmehr so gewichtig, daß sie zur Auslegung des Art. 3 des Ges. v. 29. Aug. 1848 in dem Sinne nöthigen, daß die geminderte Zurechnungsfähigkeit des Thäters als wahrer Strafmilderungsgrund zu betrachten und zu behandeln ist. Denn wenn der Gesetzgeber überhaupt zwischen Strafmilderungs- und Strafminderungsgründen unterscheidet, und sich schlüssig machen muß, ob er die g. Z. zu jenen oder zu diesen zählen wolle, — so dürfte seine Wahl in der That nicht sehr schwierig sein. Die Zurechnungsfähigkeit des Handelnden ist das erste und wesentlichste Erforderniß seiner Strafbarkeit; auf dem Mangel der vollen kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit beruht auch der allenthalben anerkannte Strafmilderungsgrund der Jugend des Handelnden; insoferne der Ausdruck „geminderte Zurechnungsfähigkeit“ überhaupt gebilligt werden kann, dürfte man die Jugend sogar ohne Weiteres unter ihn subsumiren. Die Gründe, wegen deren man g. Z. annimmt, z. B. Trunkenheit, haben auch mit der Jugend in strafrechtlicher Beziehung die größte Aehnlichkeit. Bei ihnen ist eine mildernde Aenderung der gesetzlichen Strafe resp. ein Heruntergehen unter das Strafminimum ebenso indicirt, wie bei der Jugend.

Wenn also der Gesetzgeber vorschreibt, daß auf Strafmilderungsgründe an die Geschworenen besondere Fragen zu stellen seien, und daß der Gerichtshof im Falle ihrer Bejahung die ordentliche Strafe ändern resp. unter das Minimum herabgehen müsse, so muß dieß auch von der geminderten Zurechnungsfähigkeit gelten; und wenn, was wohl auch nicht anders sein kann, der Gesetzgeber dem Verurtheilten für den Fall das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gibt, wenn der

Gerichtshof die ordentliche Strafe des im Wahrspruche festgestellten Strafmißderungsgrundes ungeachtet nicht gemildert hat, so kann dieß Rechtsmittel dem zu der ordentlichen Strafe — sei es auch zu dem Minimum — Verurtheilten nicht versagt werden, falls die Geschwornen die an sie auf g. Z. gerichtete Frage bejaht haben. Versagt man ihm dasselbe, wenn das Strafurtheil auf das Minimum lautet, so muß man es ihm konsequent auch dann versagen, wenn das Urtheil auf das Maximum lautet. Denn in dem Versagen des Rechtsmittels für den Fall des Strafminimum liegt der Ausspruch, daß die g. Z. bloß ein Strafmißderungsgrund sei, und „aus der Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Schranken (wozu auch das Maximum gehört) kann kein Wichtigkeitsgrund entnommen werden“, Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 232 Abs. 3.

Auch spricht für unsere Auslegung des angef. Art. 3 noch der Umstand, daß dieser Art. an die Stelle des aufgehobenen Art. 106 Thl. I des StGB. v. 1813, welchen die Praxis bekanntlich in den Fällen der geminderten Zurechnungsfähigkeit in Anwendung brachte, getreten ist, und daß es in diesem Art. 106 hieß: „Dann soll . . . eine geringere Strafe als die gesetzliche in Anwendung gebracht werden.“ Ebenso spricht dafür die ausdrückliche Hinweisung in Art. 3 auf den Art. 99 Thl. I. des StGB.; und wie wenig man bei der Aufstellung des Art. 3 die g. Z. strenger behandeln wollte, als die Jugend, ergibt sich auch daraus, daß die in jener Hinweisung enthaltene Beschränkung der Strafmißderung von mehreren Mitgliedern der ständischen Gesetzgebungsaußschüsse, aus deren Berathungen das Ges. v. 29. Aug. 1848 hervorgegangen, gestrichen werden wollte, indem der bei g. Z. Handelnde, wie man sagte, häufig weniger strafbar sei, als ein jugend-

licher Verbrecher. Nach allen diesen Gründen braucht endlich wohl nur noch an die Rechtsregel erinnert zu werden: in criminalibus causis semper benignius interpretandum est, um jeden etwa noch übrigen Zweifel zu heben, ob hier die logische oder die grammatische Interpretation den Vorzug verdiene. ¹⁾

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Querela non numeratae pecuniae durch Protestation zum Hypothekensamts-Protokolle.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Es kann sich nur mehr fragen, ob eine vor dem Hypothekensamte zu Protokoll gegebene Protestation genüge, um die Wirkung des damals noch nicht zwei Jahre alten Schuldbekenntnisses zu paralysiren und den Inhaber desselben zu nöthigen, den Grund seines Anspruches auf andere Weise gehörig zu erproben.

Diese Frage muß gegen die in dem angefochtenen Erkenntniß niedergelegte Ansicht der Vorinstanz bejaht werden.

Nach der Intention der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen ist nämlich die bestimmte Form, in welcher der Aussteller des Schuldscheines seine Protestation dagegen vorzubringen hat, von unter-

¹⁾ Bgl. OUC. v. 30. Dec. 1852 (Sitzungsberichte 1852 Bd. IV S. 453): „. . . der Schwurgerichtshof war doch nicht berechtigt, den fraglichen Beisatz („jedoch bei geminderter Zurechnungsfähigkeit“) als gar nicht vorhanden zu betrachten . . .“. Bgl. ebd. Bd. V. S. 129 in der Note.

geordneter Bedeutung, wenn nur der Einspruch selbst, die Erklärung, daß das Geld, nicht wie der Schein besage, ausbezahlt worden sei, innerhalb der gesetzlichen Frist zweifellos erfolgt, und der Inhaber des Scheines zur sonstigen Wahrung seines Interesses und Benützung anderweitiger Beweisbehelfe davon gehörig in Kenntniß gesetzt worden ist.

Die Kläger haben von jener gerichtlichen Protestation, die ohnehin auch in's Hypothekenbuch eingetragen worden, sofort Kenntniß erlangt, so daß sie nicht gehindert waren, sich nunmehr um anderweitige Beweise für ihre Forderung umzusehen, und diese geeignet zur Geltung zu bringen.

Unter so bewandten Umständen erscheint die Annahme, daß die beklagte Wittve W. sich die ihr vom Gesetze eingeräumte *exceptio non numeratae pecuniae* gehörig gewahrt habe, die Kläger daher verpflichtet seien, die von ihnen behauptete Numeration durch andere genügende Beweismittel zu erproben, vollkommen gerechtfertigt. . . .

DAß. v. 19. Mai 1855 in Sachen der Löß-
Landbauer'schen Relikten g. Eheleute Fernsemer.
Fl.

2.

Immobililarverträge nach vorderösterreichischem Rechte.

Es war auf Erfüllung eines Kaufvertrages über Immobilien, in einem vormalß vorderösterreichischen Gebietstheile gelegen, geklagt worden. Die Beklagten wurden oberstrichterlich von der Klage entbunden. Gründe:

Wo die gerichtliche Protokollierung eines Vertrages gesetzlich zu den wesentlichen Erfordernissen seines Rechtsbestandes gehört, da kann selbstverständlich von einer vollkommenen d. h. klagbaren

Obligation in so lange nicht die Rede sein, als nicht jene Formalität erfüllt ist.

Nun hat das nach dem Anerkenntnisse beider Streittheile hier seine Geltung findende — vorerösterreichische Recht, oder das k. Hof- Dekret vom 13. Dezbr. 1790 verordnet.

„Volljährige Unterthanen sollen zwar ihre auf
 „das Eigenthum des Grund und Bodens,
 „und die darauf zu radizirenden Pfand-Rechte
 „sich beziehenden Kontrakte, wenn sie davon
 „die volle Rechtskraft genießen wollen, in
 „das Gerichtsprotokoll eintragen lassen, alle
 „übrigen Kontrakte aber sollen davon befreit
 „sein, und der Willkür der Kontrahenten, so
 „weit sie die unbeschränkte Verwaltung ihres
 „Vermögens haben, vorbehalten bleiben.“

Nach dieser sehr deutlichen positiven Gesetzesvorschrift leidet es durchaus keinen Zweifel, daß jeder Vertrag über liegende Gründe seine rechtlich verbindende Kraft erst mit der vollendeten Thatsache der gerichtlichen Protokollirung erlange, woraus sich denn von selbst ergibt, daß aus einem solchen Vertrage, bevor er dem gerichtlichen Protokolle einverleibt ist, den Kontrahenten schlechterdings kein Klagerrecht erwachsen könne. Daß der hier in Frage stehende Kaufvertrag, die in der Klage benannten Realitäten betreffend, niemals gerichtlich protokolliert worden sei, konnte Kläger nicht in Abrede stellen. Derselbe ist indessen der Meinung — und die beiden Vorinstanzen pflichten dem bei, — daß der Mangel der gerichtlichen Verbriefung den Vertrag nicht ungültig mache, weil es das Gesetz nicht ausspreche, und daß daher die Klage auf Ergänzung jenes Mangels nicht ausgeschlossen sei. Diese Ansicht widerstrebt dem klaren Gesetze. Jedes Rechtsgeschäft ist ungültig, wenn es demselben an einem wesentlichen Erfordernisse seiner Entstehung gebricht.

Dieser Satz bedarf keines Beweises. Hat das Gesetz, und dieses ist hier der Fall, den Rechtsbestand eines Vertrages von der Erfüllung einer gewissen Formalität, hier der Eintragung in das Gerichtsprotokoll, mit abhängig gemacht, so ist der Vertrag, wenn die vorgeschriebene Form nicht beobachtet wurde, eben so nichtig, als er es im Falle der mangelnden Einwilligung oder der fehlenden persönlichen Befähigung zu einem Rechtsgeschäfte ist.

C. 5 de leg. et const. (1, 14) C. 17 de fide instrum. (4, 21). Savigny System Bb. IV S. 549.

Die Nichtigkeit des Vertrages braucht nicht erst vom Gesetze ausgesprochen zu werden, sie ist die sich von selbst verstehende Folge des Mangels irgend einer zur Existenz desselben nothwendigen Bedingung.

Es ist demnach widersinnig, die Nothwendigkeit der gerichtlichen Vertragsprotokollirung als eines Essentiale der Vertragsgültigkeit anzuerkennen, und dennoch die Klage auf deren Verwirklichung für zulässig anzunehmen. So lange der Vertrag über ein Immobile nicht gerichtlich beurkundet ist, hat er seine Perfektion nicht erlangt, und gibt demzufolge auch kein Klagerecht.

DUOG. v. 6. Sept. 1855 in S. Simon und Heinrich Steiner w. Erasmus Schuler.

Fl.

3.

Communicatio ad cameram; ihr Unterbleiben eine heilsame Nullität.

Der Besitzer eines lehenbaren Rittergutes hatte im März 1848 mit seinen Grundholden einen Vertrag abgeschlossen, den er später wieder mit einer Resignationsklage als abgebrungen durch Furcht und

Zwang anfocht. Diese Klage wurde nach gepflogener Verhandlung in I. Instanz abgewiesen, ohne nach Vorschrift der G.D. Kap. XIV §. 1, die Finanzkammer wegen Betheiligung des Lehensherrn mit ihrer Erinnerung vernommen zu haben. Als auf ergriffene Berufung des Guts herrn das k. Appell. Gericht die Nachholung jener Erinnerung verordnete und deshalb die Akten der Kreisregierung zur Einsicht mittheilte, erhob der k. Fiskus eine Nullitätsklage gegen das Urtheil der I. Instanz wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten, dieselbe wurde jedoch in zwei Instanzen abgewiesen. Der oberste Gerichtshof bemerkte hiezu in seinen Gründen:

Die in der G.D. K. XIV §. 4 angedrohte Nullität auf den Fall, wenn die vorschriftsmäßige Mittheilung an die Finanzstelle unterblieb, wird mit Recht von einer gleichförmigen Jurisprudenz als eine heilbare und durch Nachholung der Beseitigung fähige betrachtet, weil die landesfürstliche Kammer, anstatt dadurch als Hauptpartei berufen zu sein, dem Vasallen nur Beistand leisten und das landesherrliche Interesse durch ihre Erinnerung wahren soll, ihre eigenen Rechte in einem solchen Prozesse zwischen Dritten ohne ihr Gehör ohnedies nicht benachtheiligt werden, und weil der Abcitat und accessorische Intervenient nach G.D. K. VIII §. 4 Nr. 3 u. 5 die Sache jederzeit in dem Stande annehmen müssen, in welchen sie sich bereits vorgerückt befindet; weil nach Nr. 7 u. 8 derselben Stelle, wenn hierin Etwas außer Acht gelassen ist, dem Dritten die Anstellung einer besonderen Klage noch immer unbenommen bleibt, alle unterstützenden Behelfe des k. Fiskus auch in II. Instanz noch gleich gut ihre Würdigung finden konnten und mußten, und die ihm dadurch entgangene erste Instanz wieder reichlich dadurch ersetzt ist, daß dessen Revision zur dritten Instanz dießseits angenommen

wurde, während doch nach dem Schlusssatze des angeführten §. 4 R. XIV d. O. in Revisorio eine neue Communicatio ad Cameram nicht voinnöthen ist, mithin das damit beabsichtigte Gehör immerhin in einem engeren Umkreise eingeschlossen sein sollte.

DAÖÖ. v. 18. März 1856 Nr. 41⁵³/₅₄.

4.

Revisionszulässigkeit. Exekutionsverfahren. Streit zwischen dem Abjudikatar und einem Kauffchillings-Assignatar.

In der Klagsache A. wider B. kam es zur Zwangsversteigerung. Das vergantete Gut wurde dem C. abjudizirt, und D., ein anderer Gläubiger des B., auf einen Theil des Kauffchillings angewiesen. Wegen Nichtbezahlung der angewiesenen Summe beantragte nun D. gegen C. nochmalige Versteigerung zufolge §. 105 der Novelle von 1837. Das Untergericht erließ eine dem gestellten Antrage entsprechende Verfügung, und inhärrte darauf gegen die Remonstration des C. Auf Appellation desselben bestätigte das Obergericht. Nun der Revision sich bezielend, suchte C. die Zulässigkeit des Rechtsmittels durch den Umstand zu rechtfertigen, daß gegenwärtige zwischen ihm und D. gepflogene Verhandlung als Bestandtheil des in der Sache A. wider B. eingeleiteten Exekutionsverfahrens nicht betrachtet werden könne. Diese Deduktion hatte keinen Erfolg. Gründe:

Erst durch die gänzliche Bereinigung des Kaufpreises erhält die eingeleitete Hülfsvollstreckung ihre Erledigung; bis dahin bleibt die Sache in der Exekutionsinstanz. Die erstichterlichen Verfügungen waren auf Eintreibung des (in der Sache A. wider B.) noch ausstehenden Kaufpreises gerichtet, und sind daher im Stadium der Exekution erlassen worden.

Demzufolge findet die Vorschrift, nach welcher im Exekutionsverfahren bei gleichförmigen Erkenntnissen der I. und II. Instanz keine Berufung an die III. Instanz stattfindet, hier allerdings Anwendung.

DADE. v. 7. Juni 1853. Nr. 817⁵¹/₅₂.

5.

Freiwillige Unterwerfung unter cura prodigi.

Es kommt vor, daß schlechte Wirthschafter sich freiwillig, d. h. ohne Einleitung des Interdiktionsverfahrens und Dazwischenkunft eines die Prodigalität konstatirenden richterlichen Dekretes, durch Erklärung bei Gericht unter die Kuratel eines Auzeren begeben, und hierüber auch ein öffentliches Ausschreiben erlassen wird. Wenn nun später über Handlungen des Privatkurators Differenzen mit dem Kuranden entstehen, so kann dieser nicht beantragen, daß zur Aufrechthaltung der Geschäftsgränzen des Kurators von Seite der O v e r v o r m u n d s c h a f t s b e h ö r d e (extra viam et ordinem processus) eingeschritten werde, indem ein Fall o b e r v o r m u n d s c h a f t l i c h e r O b h u t nicht gegeben ist. Vielmehr erscheint das Verhältniß zwischen Kurator und Kurand lediglich als ein vertragmäßiges, und das Gericht, als solches, ist zur Schlichtung der entstandenen Differenzen anzugehen, wobei die Art des einzuleitenden Verfahrens von den Umständen des einzelnen Falles abhängt. Im Sinne dieser Sätze hat der oberste Gerichtshof in der (nach preuß. R. zu beurtheilenden) Sache Nr. 536⁵³/₅₄ am 31. März 1854 erkannt.

6.

Gemeinde-Eigenthum, zufolge der Wdg. vom 13. Februar 1805 ¹⁾ behauptet.

In einer Streitsache zwischen den Kleingütlern und den Großbegüterten zu Neding handelte es sich davon, ob die dortigen Inn=Auen Gemeinde-Eigenthum, oder Privateigenthum der beklagten Großbegüterten seien. Die klagenden Kleingütler beriefen sich für die Annahme des Gemeinde-Eigenthums unter Anderem auf die Verordnung vom 13. Feb. 1805 ¹⁾. Hierüber sagen die Motive der obersterichterlichen Entscheidung.

Die Bezugnahme auf die Wdg. v. 13. Feb. 1805 ist unbehelflich; denn in derselben ist keineswegs der Grundsatz in unbeschränkter Allgemeinheit ausgesprochen, daß in allen Fällen die gesetzliche Vermuthung für das Dasein eines Gemeinde-Eigenthums in so lange Platz greife, bis von einem Dritten ein spezieller Titel des Eigenthums-Erwerbes dargethan sei. Es ist vielmehr daselbst die Voraussetzung unterstellt, daß die einzelnen Besitzer an den unvertheilten Gründen wirklich Genußrechte haben und ausüben. Daß die Kläger und ihre Vorfahren Genußrechte (an den fraglichen Inn=Auen) ausgeübt haben, ist nicht zugestanden und nicht dargethan; die Absicht, welche der Klagestellung zu Grunde liegt, ist vielmehr darauf gerichtet, die Auen erst für Gemeinde-Eigenthum erkennen zu lassen, damit sodann an derselben Genußrechte, welche sie noch nicht haben, geltend gemacht werden können.

DAGE. v. 19. Nov. 1855. Nr. 1211⁵³/₅₄.

¹⁾ Churbaterisches Reg. Bl. 1805 S. 27.

7.

Beweis über die Gemeindemitglieds-Eigenschaft.

Vgl. Bd. 8 S. 236.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt vor:

Das k. Obergericht hat den Klägern den Beweis aufgetragen, daß sie wirkliche Mitglieder der Ortsgemeinde M. seien. Mit Recht beschwerten sich die Revidenten über diese Beweisaufgabe; denn in der an die zweite Instanz gebrachten Berufung haben die Beklagten zugegeben: daß die Kläger zu KK. ansässig und verheirathet sind, daß sie daselbst ihren ständigen Wohnsitz haben, häusliche Anwesen und besteuerte Gründe besitzen. Hierdurch ist die Eigenschaft der Kläger als wirkliche Gemeindeglieder thatsächlich anerkannt; es ist daher eine Beweisführung hierüber nicht mehr nöthig.

DAUE. v. 19. Nov. 1855. Nr. 1211⁵³/₅₄.

8.

Einrede des Verzichtes. Nöthige Begründung.

Hierüber äußern sich oberstrichterliche Entscheidungsgründe, wie folgt:

Das k. Obergericht hat die Beklagten zu der Beweisführung zugelassen, daß die Kläger auf Antheilnahme an irgend welchen Rechten an den streitigen Gründen bereits ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet haben. Diese Beweisaufgabe ist in keiner Weise zu rechtfertigen. War der Verzicht ein ausdrücklicher d. i. durch eine bestimmte Aeußerung kundgegebener, so war nicht nur die Angabe der Person, welche den Verzicht erklärt haben soll, sondern auch die Angabe des besonderen Rechtes,

welches durch die Verzichtserklärung aufgegeben worden sein soll, nothwendig; denn ohne diese Angabe läßt sich der Umfang und die rechtliche Wirksamkeit einer Verzichtleistung nicht beurtheilen. Eine stillschweigende Verzichtleistung aber kann nur aus konkludenten Thatfachen gefolgert werden, faktische Verzichte wie überhaupt stillschweigende Willenserklärungen, durch welche begründeten Rechten präjudizirt werden soll, können nur aus solchen Handlungen geschlossen werden, welche gar keine andere Deutungen zulassen. Diese Thatfachen müssen aber schon in den ersten Verhandlungen angegeben werden, nicht nur damit dem Gegentheile Veranlassung verschafft wird, sich gegen die aus jenen Thatfachen gezogenen Schlußfolgerungen zu vertheidigen, sondern auch damit der Richter in den Stand gesetzt wird, die Bündigkeit der Schlußfolgerung zu prüfen, und die relevanten Thatfachen zum Beweise auszusagen; denn es widerspricht den Regeln der Beweisstheorie, einen bloßen Rechtsbegriff, für welchen ein stillschweigender Verzicht zu halten ist, zum Beweise aufzutragen, und erst in dem Beweisverfahren die Verhandlungen über die Relevanz jener Thatfachen, aus welchen die Verklagten einen Verzicht folgern zu können glauben, zu eröffnen und zuzulassen. . . .

DADE. v. 19. Nov. 1855. Nr. 1211⁵³/₅₄.

Anzeige.

Die für unsere Zeitschrift eingesandten Beiträge: 1) über Gestaltung der bayerischen Bergwerksordnung im Würzburgischen, 2) über Realzitation im Verfahren des mündlichen Verhörs, 3) über „vollständige Verzinsung“ in §. 64 Abs. 3 des Hyp. Ges., 4) über die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer — sind zum Abdrucke im heurigen Jahrgang bestimmt.

Berichtigung. S. 112 B. 17 statt „1791“ lies „1794“.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Berechnungsfähigkeit. — Ueber den Einfluß strafgerichtlicher Urtheile auf den Civilproceß, bezüglich der verwaltschaftlichen Folgen. — Bezugnahme auf Ordrechte. Mögliche Begründung. — Herkommen als Uebung eines Rechts (im subjektiven Sinne). — Erbseignung des H. „respective der Familie desselben“. — Verzicht auf Abkänstion durch ein nach Mittheilung der gegnerischen Berufung eingelegtes Gesuch um Verlängerung der Beweisfrist. — Proceßführende Klöster. Kuratellose. — Ein Kloster eidespflichtig. Wer hat zu schwören? — Actio negatoria. Erbschaft, wenn Erhöhung einer früher bestandenen Servitut in Frage ist.

Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Berechnungsfähigkeit.

(Nachtrag zu Nr. 12 S. 177 f.)

Eine Erörterung des überschriftlich bezeichneten Gegenstandes, aus der Feder des Hrn. Oberstaatsanwaltes (nunmehrigen Appellationsgerichts-Directors) Dr. Barth findet sich in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern Bd. II S. 121 f. Dieselbe ist unter der Ueberschrift „Beiträge zur Fragestellung in Brandstiftungsfällen“ mitgetheilt, und blieb in Folge dieses Umstandes bei Abfassung des Artikels in Nr. 12 außer Beachtung. Zur Aufrechterhaltung der in diesem bekannten Ansicht sei uns vergönnt, der Ausföhrung in der „Zeitschrift“ folgende Erwägungen gegenüberzustellen.

1) Der Art. 3 des Gesetzes vom 29. Aug. 1848 bestimmt keineswegs, die Strafmilderung wegen geminderter Berechnungsfähigkeit dürfe nie das im Art. 99 Th. I des StGB. bestimmte niedrigste

Neue Folge I. Band.

Strafmaß überschreiten. Vielmehr ist die Zulässigkeit der Herabsetzung unter das im ebenerwähnten Art. 99 bestimmte niedrigste Strafmaß nicht mit dem nachdrucksvollen ausschließenden „Nie“, sondern nur mit dem einfachen „Nicht“ verneint, und zwar lediglich unter der Voraussetzung, daß Erziehung des Bewußtseins der Strafbarkeit aus einer der in Art. 3 vorbezeichneten Ursachen festgestellt sei; indem der Art. 3 die verschiedenen Ursachen disjunktiv (mit „oder“) auführt. Den Fall des Zusammentreffens mehrerer dieser Ursachen hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen, und sich darüber, ob auch im Falle solchen Zusammentreffens die fragliche Gränze der Herabsetzung gelten solle, gar nicht ausgesprochen. Weder eine genaue Analyse des Buchstabens, noch die Benützung der Hülfsmittel der logischen Auslegung rechtfertigt die Annahme, daß eine Willensäußerung des Gesetzgebers für die Bejahung dieser Frage vorliege. Somit wird der Satz:

„daß Zusammentreffen mehrerer Gründe der geminderten Zurechnungsfähigkeit bildet einen Thatumstand, welcher bloß auf Ausmessung der Strafe innerhalb des höchsten und niedrigsten Strafmaßes Einfluß hat“

durch den Inhalt des Art. 3 nicht begründet. — Müßte man aber auch diesen Satz für das Zusammentreffen mehrerer der in Art. 3 bezeichneten Ursachen gelten lassen; so würde daraus nicht das Gerinste für das Zusammentreffen einer dieser Ursachen mit der Minderung der Zurechnungsfähigkeit durch jugendliches Alter zu folgern sein. Eben indem der Gesetzgeber diesen besonderen Fall, obwohl er ihm zufolge der Hinweisung auf Art. 99 vorschwebte, den im Art. 3 bezeichneten nicht beifügte, gab er einen Haltpunkt für die gesonderte Behandlung desselben, für die Annahme eines dem Strafmaßes

gungsgrunde jugendlichen Alters zukommenden selbstständigen Einflusseß.

2) Der Strafrahmen des Art. 99 ist nur für den Einfluß des jugendlichen Alters, nicht auch für den konkurrierenden Einfluß anderer Strafherabsetzungsgründe gezogen. Wenn es im Art. 100 heißt:

„Bei Ausmessung der Art. 98 Nr. II und Art. 99 bestimmten Strafen ist besonders Rücksicht zu nehmen auf die Beschaffenheit der Uebertretung selbst, und auf das mehr oder weniger vorgerückte Alter des Uebertreters, so wie auf dessen Gemüthsbeschaffenheit, den Grad seiner Bildung und der von ihm geäußerten gefährlichen Neigungen“,

so sind hier nur solche Umstände zur Beachtung vorgezeichnet, welche die Eigenschaft einer Ursache geminderter Zurechnungsfähigkeit nicht an sich tragen. Das Wort „besonders“ deutet nur an, daß auf die zunächst erwähnte „Beschaffenheit der Uebertretung“ vorzugsweise Rücksicht zu nehmen sei. Könnte man aber auch darin den Vorbehalt der Rücksichtnahme auf andere nicht erwähnte Umstände finden, so müßten es gleichartige sein, d. h. solche, welche nicht eine andere besondere Ursache geminderter Zurechnungsfähigkeit enthalten.

Die betreffenden Anmerkungen z. StGB. sagen in Bd. I S. 242 Nr. 4:

„die Strafe wird innerhalb der gesetzlichen Grade nach dem mehr oder minder vorgerückten Alter des Uebertreters, nach seiner Bildung u. s. w. (Art. 100) abgemessen“.

Das „u. s. w.“ ist nur als Hinweisung auf alle die im Art. 100 aufgeführten Umstände, nicht aber auf andere (d. h. vom jugendlichen Alter verschiedene) Ursachen geminderter Zurechnungsfähigkeit aufzufassen. — Wie lautet wohl

die Auslegungsregel, nach welcher es statthaft sein soll, solchen unbestimmten Worten (besonders, u. s. w.) eine dem Zusammenhang nicht entz, sondern widersprechende, die Lage des Schuldigen verschlimmernde Tragweite beizumessen?

3) Vor dem 29. Aug. 1848 konnte einem jungen Menschen, welcher das 12. aber noch nicht das 16. Lebensjahr zurückgelegt hatte, wenn mit dem jugendlichen Alter noch andere Gründe für die Minderung der Zurechnungsfähigkeit gegeben waren, im Hinblick auf die Anmerkungen Bd. I S. 300 und Art. 106 allerdings eine unter das Maaß des Art. 99 herabgehende Strafe zuerkannt werden. Die Art. 152 und 185, auf welche (und den Art. 106) die Anmerkungen a. a. O. Bezug nehmen, gestatten das Herabgehen von zeitlich unbestimmter auf das Minimum zeitlich bestimmter Zuchthausstrafe, beziehungsweise Herabgehen auf die Hälfte des Minimums der ordentlichen Strafe, und damit grobentheils ein Herabsteigen in eine niedrigere Strafgattung. Wenn nun z. B. wegen unverschuldeten Mauthes dieses Herabsteigen in eine niedrigere Strafgattung gerechtfertigt war, und nebstdem der Strafmilderungsgrund jugendlichen Alters obwaltete, so war auch nach dem älteren Rechte doppelte Herabsetzung allerdings statthaft.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber den Einfluß strafrichterlicher Urtheile auf den Civilprozeß, bezüglich der privatrechtlichen Folgen.

Die Frage:

„welche Wirkung die Civilgerichte rechtskräftigen Urtheilen der Strafgerichte auf die Ent-

„scheidung der daraus abgeleitet werdenden
„privatrechtlichen Ansprüche auf Entschädigung
„oder auf Befreiung davon nach dem heuti-
„gen Standpunkte der bayerischen Gesetzge-
„bung einzuräumen haben?

hat neuester Zeit in diesen Blättern mit Rücksicht auf hierher bezügliche Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes sehr verschiedene Beurtheilung und Beantwortung erfahren.

Es wird nämlich den strafrichterlichen Urtheilen bald

1) auf dem Grunde des nicht aufgehobenen Art. 9 Th. II des StGB. vom Jahre 1813 und unter Ergänzung desselben mit dem Schlußsage des aufgehobenen Art. 8 eine durch die Art der Beweismittel bedingte Berücksichtigung verstattet ¹⁾; bald

2) in Folge der durch Art. 205 des StPr. Ges. vom 10. Nov. 1848 eingetretenen Aufhebung der früher bestandenen Zuständigkeit der Kriminalgerichte für den Civilpunkt und wegen der deshalb wegfallenden Konnexität des Gerichtsstandes gar kein Einfluß mehr beigemessen ²⁾; bald

3) nach dem Ergebniß tiefen Eindringens in den Geist und Zusammenhang der bestehenden Gesetze und im Anbetrachte der mit der vorstehenden gegentheiligen Ansicht sich verbindenden Uebelstände unbedingte Geltung zu vindiziren versucht ³⁾.

In einem unterm 23. Febr. 1856 vom obersten Gerichtshofe erlassenen Erkenntnisse „DAG. Reg. Nr. 895^{53/54}“ wurde, diesen divergirenden Ansichten gegenüber, angenommen, daß sich zur Beantwortung obiger Frage kein durchgreifender Grund-

¹⁾ Bl. f. RM. Bd. XVIII S. 183.

²⁾ Ebd. Bd. XIX S. 363.

³⁾ Ebd. Bd. XX S. 113 f. Wgl. Bd. XXI S. 74.

satz aufstellen lasse, daß vielmehr für jeden einzelnen Fall dessen besondere Eigenthümlichkeiten Maas zu geben habe; es wurde demzufolge einem strafrichterlichen Urtheile auf Freisprechung in einem darauf folgenden Civilproceß gar keine Wirkung beigelegt.

Nach Verweisung einer Untersuchung wegen Körperverletzung durch einen Schuß, welchen W., hinter seiner Scheunenthüre stehend, auf den ihn bedrohenden und verfolgenden B. in dem Momente, als sich dieser, um Steine zur Fortsetzung des Angriffes zu sammeln, auf 8 bis 10 Schritte zurück gezogen hatte, abfeuerte und wodurch B. von rückwärts so schwer verletzt wurde, daß er sich nicht nur einer Kur von vielen Monaten unterwerfen mußte, sondern auch in Verrichtung seiner Berufsarbeiten auf Lebenszeit beschränkt wurde, war der Beschuldigte W. vom Kriminalgerichte I. Instanz — der vorgeschützten Nothwehr ohngeachtet — wegen Verbrechens der Körperverletzung II. Grades — verübt ohne Ueberlegung und Vorbedacht in aufwallender Hitze des Zornes — zur Strafe des Arbeitshauses auf drei Jahre verurtheilt, auf dagegen ergriffene Berufung aber vom Kriminalgerichte II. Instanz wegen Nothwehr von der Strafe aus folgenden Gründen freigesprochen worden.

„Feste Ueberzeugung liegt vor, daß W. am 13. Sept. 1848 bei dem Abfeuern eines Gewehres auf B. im Zustande der Nothwehr sich befunden habe. Hiefür spricht schon, daß bei der Augenscheineinnahme an dem Stadelthürdchen drei Merkmale von Würfen oder Schlägen durch Steine, auch Spuren von Stößen mit einem eisernen Instrumente sich zeigten, und daß das Stadelthürdchen zur Hälfte auseinander gesprengt getroffen wurde. Ob W. als der Schuß fiel, dem Stadelthürdchen zu- oder abgewendet war, ist von besonderer Er-

heftigkeit deshalb nicht, weil derselbe, als der Schuß ihn traf, nur einige Schritte davon entfernt war, somit W. die Gefahr noch nicht als ganz beseitigt erachten konnte. W. wird nach den Aussagen von Zeugen durch Angst und Schrecken im Gebrauche seiner Geisteskräfte beschränkt, selbst verwirrt. Es ergibt sich somit aus der Persönlichkeit des Beschuldigten — um so mehr als bereits früher von der Familie des W. vielfach gefährliche Angriffe gegen ihn stattfanden — daß er nur aus Ueberraschung, übermäßiger Furcht, in gestörter Besonnenheit das Maas erlaubter Vertheidigung überschritten hat. Diese unverschuldete Unbedachtsamkeit darf ihm zu keiner Strafe gereichen, es muß daher Freisprechung wegen Nothwehr erfolgen“.

Nachdem dieses Urtheil die Rechtskraft beschritten hatte, betrat Beschädigter den Rechtsweg und ließ auf eine sehr bedeutende Summe von Kur- und Verpflegskosten, Schmerzensgeld und Entschädigung für Verdienstentgang Klage erheben. Der Beklagte berief sich vor Allem auf seine Freisprechung im Strafprozeße, beanspruchte volle rechtliche Wirksamkeit dieses Ausspruches auch vor dem Civilgerichte, verweigerte wegen vorliegender res judicata die Einlassung und erneuerte eventuell auch hier die Einrede der Nothwehr mit der Bitte um Klageentbindung.

In beiden Vorinstanzen wurde — unter Verwerfung der Einreden auf Einlassung erkannt und Kläger zum Beweise der Größe der eingeklagten Kosten und Schäden gelassen. Diese Erkenntnisse erlangten auf Revision des Beklagten oberstrichterliche Bestätigung, deren Gründe, so weit sie sich auf obige Frage beziehen, dahin lauten:

„Wenn gleich — einer Seits der Art. 9 Th. II b. StGB. vom Jahre 1813 durch den Art. 368 b. StPrG. vom 10. Nov. 1848 nicht aufgehoben,

anderer Seite durch Art. 205 des letztern Gesetzes der Entschädigungs-Anspruch des Beschädigten der Entscheidung des zuständigen Civilrichters vorbehalten wurde, so folgt doch weder aus dem Fortbestehen der gesetzlichen Kraft des Art. 9, daß die Civilgerichte an die Aussprüche der Strafgerichte unbedingt gebunden seien, noch aus der Bestimmung des Art. 205, daß Letztere von den Erstern gar nicht zu beachten sein sollen. Bei der Fassung des Art. 205 erscheint die Absicht des Gesetzgebers darauf beschränkt, die früher zulässig gewesene Erstreckung strafrechtlicher Untersuchung und Entscheidung auf privatrechtliche Ansprüche abzustellen. Es wollte jedoch die Befugniß des Civilrichters bei der ihm zugewiesenen Entscheidung strafrichterliche Erkenntnisse zu berücksichtigen und denselben auch im Civilverfahren Beweiskraft beizulegen, nicht ausgeschlossen werden. Der — eben deshalb nicht aufgehobene — jedoch an und für sich unvollständige und unverständliche Art. 9 kann dagegen nur durch angemessene Ergänzung aus dem seinem Eingange korrespondirenden Schlusssatz des Art. 8 wirksam, daher nur unter der Voraussetzung anwendbar erachtet werden, daß das strafrichterliche Erkenntniß, dessen Präjudizialität für den Civilpunkt er verordnet, auf solche Weise gegründet ist, welche auch im Civilprozeße zulässig sind. Diese Beschränkung hatte schon früher in jedem einzelnen Falle eine Prüfung der dem Strafurtheile unterstellten Gründe von Seite des Civilgerichtes erforderlich gemacht, und es wurde solche seit dem Erscheinen des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, wenn überhaupt noch möglich, um so unerlässlicher, als dieses jede Beweis-theorie im Strafverfahren aufgehoben und die Spruch-fällung der subjektiven Ueberzeugung des Straf-richters anheimgegeben hat, so daß nur mehr in seltenen Fällen zur Gewißheit darüber gelangt wer-

den kann, welche Beweismittel der strafrichterlichen Entscheidung das Uebergewicht verschafft haben.

Der vorliegende Fall gehört zu einer solchen Ausnahme nicht. Wohl konnte die Kombination der in den Motiven des vorliegenden strafrichterlichen Erkenntnisses angeführten Beweismittel in Verbindung mit den persönlichen Eindrücken der öffentlichen Verhandlung zu der subjektiven Ueberzeugung führen, daß die Unbedachtsamkeit, mit welcher vom Beschuldigten das Maasß erlaubter Vertheidigung überschritten worden, das zur Verhängung einer Kriminalstrafe erforderliche Verschulden ausschließe. Abgesehen jedoch davon, daß fragliche Beweismittel nicht unter Beobachtung der im Civilverfahren erforderlichen Förmlichkeiten erhoben wurden, läßt sich weder ermitteln, welche derselben bei der strafrichterlichen Berathung und Schlußfassung den Ausschlag gegeben haben, noch erscheinen dieselben in den Motiven des Strafurtheiles so vollständig vorgetragen, um den Mangel irgend eines Grades von Verschulden des Beklagten auch unter dem Gesichtspunkte des zur Anwendung kommenden gemeinen Civilrechtes zu erkennen und sofort als hinreichend constatirt anzunehmen.

Hiernach geht es nicht an, die Tragweite des vorliegenden Strafurtheiles den privatrechtlichen Ansprüchen des Beschädigten gegenüber, der Beurtheilung des Civilgerichtes zu entziehen. Es muß ihm vielmehr, bei einem freisprechenden strafrichterlichen Urtheile noch im weiteren Umfange als bei einem verurtheilenden — die freie Prüfung gewahrt bleiben, und kann daher keine Rede davon sein, die Klage schon deshalb abzuweisen, weil Beklagter von der Strafe freigesprochen worden ist“.

. . . ra . . .

MS. Vgl. oben S. 74 und das Präjudizengeseß v. 1837. S.

2.

Bezugnahme auf Ortsrechte. Nöthige Begründung.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber:

Wenn die Beklagten ihr vermeintliches Recht, die Kläger von der Benützung des Gemeinde-Eigenthums auszuschließen, auf ein bestehendes partikulares Ortsrecht gründen zu können glauben, so mußten dieselben sowohl in Beziehung auf die Existenz als auf den Inhalt eines solchen Ortsrechtes wenigstens so viel angeben, daß der Richter in den Stand gesetzt werde, zu beurtheilen, ob eine solche Rechtsnorm vorhanden sei, welche als gültige Rechtsquelle zur Entscheidung das zwischen den Kleinbegüterten und den Großbegüterten (s. oben S. 478) streitig gewordenen Rechtsverhältnisses benützt und angewendet werden könne. Daß von einer gesetzgebenden Gewalt ein Statut erlassen worden sei, welches die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen enthalte, wurde nicht behauptet; eben so wenig wurde angeführt, welches die gesetzlichen Vorschriften seien, durch welche, abweichend von dem im §. 19 Nr. 3 des Gemeinde-Ediktes aufgestellten Grundsatz, daß jedes Gemeindeglied von der Zeit seines Eintrittes gleiche Gemeinderchte besitze statuiert worden sei, daß die Mitbenützung der ungetheilten Gemeindegüter von Seite einzelner Gemeindeglieder von dem Besitze besonders abgesetzlicher bäuerlicher Anwesen abhängig gemacht sei. Die Kläger haben aber auch unterlassen, anzugeben, ob eine gültige Rechtsnorm für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage sich auf eine andere Weise, durch Gewohnheit oder Herkommen, gebildet habe. Nach der Bestimmung der G.D. Kap. IX §. 3 Nr. 2 müssen Partiku-

larstatuten d. i. statutarische Gesetze von Stadt- und Landgemeinden, von Korporationen und Genossenschaften, so wie Gewohnheiten, wenn sie nicht öffentlich kundbar sind, dargethan werden. Wird sich also von einer Partei auf das Dasein eines partikularen Ortsrechtes berufen, so ist dieselbe verbunden, wie in anderen Fällen des ihr obliegenden Beweises von Thatsachen, diejenigen Momente anzuführen, aus welchen der Richter die Relevanz des Statuts oder Herkommens für die ihm zur Prüfung und Entscheidung vorliegende Rechtsache beurtheilen kann. Eine allgemeine Bezugnahme auf bestehende partikulare Ortsrechte ohne nähere Angabe der Art und Weise, durch welche eine Rechtsnorm, die zur Anwendung kommen soll, Geltung und verbindliche Kraft erlangt habe, kann nicht berücksichtigt werden.

MGG. v. 19. Nov. 1855 Nr. 1211³/₅₄.

3.

Herkommen als Uebung eines Rechtes (im subjektiven Sinne.)

Vgl. Bb. VII S. 33 f., 142.

Der Kirchengemeinde F. war der Beweis eines Orts-Herkommens auferlegt, vermöge dessen den Markgrafen von B. als damaligen Landesherrn von F. die Bausfälle an Kirche und Schule dortselbst zu wenden obgelegen. Dem versuchten Beweisantritte, welcher sich auf eine Reihe von Fällen der Bethätigung stützte, setzte der bezklagte Fiskus den Einwand entgegen, ein Herkommen müsse immer eine ganze Klasse von Rechtssubjekten oder Objekten, einen gewissen Bezirk umfassen und könne sich nicht an das einzelne Recht anknüpfen; der Beweisantritt sei daher schon in der Anlage verfehlt und könne in keinem Falle einen Erfolg herbeiführen.

Dieser Entwurf wurde nach durchgeführtem Beweise von dem obersten Gerichtshof als ungegründet zurückgewiesen und in den Gründen hiezu bemerkt:

Das Herkommen im Sinne des rechtskräftigen Beweisinterlokutes hat nicht die Bedeutung eines wahren Gewohnheitsrechtes, welches sich in der Ausübung eines abstrakten Rechtsfalles offenbart, sondern vielmehr die eines ihm nachgebildeten materiellen oder attributiven Herkommens, welches ausnahmsweise die individuelle nur auf gleichem Wege einer oftmaligen Wiederkehr ermittelte Regel für die Zuständigkeit eines vereinzelten Rechtes in mehreren aufeinander folgenden Fällen oder die Befreiung von demselben vorstellt und befestigt. In diesem Sinne verordnet auch das preuss. R.R. II, 11 §. 710, wo in Ansehung der Kosten zum Baue und zur Unterhaltung eines Kirchengebäudes durch Verträge, rechtskräftige Erkenntnisse oder ununterbrochene Gewohnheiten eine gewisse Regel bestimmt sei, da habe es auch ferner dabei sein Belieben. In gleichem Sinne gab schon früher das bayr. R.R. IV, 7 §. 11 Nr. 5 u. 9 die Vorschrift, man gebe für den Todes- und Alimentationsfall kein doppeltes, sondern nur ein einfaches Handlohn, ausser wo von unfürdenklichen Zeiten ein Anderes bei dem Gute hergebracht sei. Die Quelle für diese Art des uneigentlichen und ausgearteten Herkommens, welches sich nur an ein konkretes Recht oder Rechtsverhältniß anknüpft, bildet gewissermassen das fr. 1 §. 23 de aqua et a. pluv. arc. (39, 3), wo es heisst: „Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere; sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, . . . habuisse longa consuetu-

dine vel ex jure impositam servitutem videatur“. Der Sinn dieser Stelle läuft offenbar darauf hinaus, wo man eine Urkunde über den Bestand der dinglichen Rechte an einem Grundstücke, wie Kauf- und Lehenbriefe, Sal- und Lagerbücher, Steuerkataster und Hypothekenbücher nicht vorfinde, da solle der uralte und hergebrachte Besitzstand deren Stelle vertreten, in Kraft einer Rechtsvermuthung, daß, so wie die Sache von jeher gehalten wurde, hiefür ein ursprünglicher nur in Vergessenheit gekommener Rechtstitel bestanden habe, mit der Folge, daß es auch für alle Zukunft dabei sein Verbleiben haben solle. — Der Einwurf des k. Fiskus, daß schon der Antritt des Beweises verfehlt sei, weil derselbe nicht auf eine unter der Herrschaft derselben Regel stehende ganze Klasse von Kirchen gerichtet sei, wovon die zu Faulenberg nur ein Individuum bilde, kann daher keine Berücksichtigung finden.

MDCC. v. 15. März 1856 in S. Faulenberg
g. Fiskus. — Nr. 240⁵⁴/₅₅. ****

4.

Erbeinsetzung des N. „respektive der Familie desselben“.

K. hatte mit Umgehung seines Bruders den „N. resp. dessen Familie“ zu Universalerben eingesetzt. Der Bruder als Intestaterbe griff das Testament aus mehreren Gründen als nichtig an, worunter auch der vorkam, es fehle an einer verständlichen Erbeinsetzung, die vorkommende sei perplex, weil sie im Unklaren lasse, wer die Familie sei, ob N. und seine Familie als Miterben eingesetzt, oder letztere vulgär oder fideikommissarisch substituirt sei. Der oberste Gerichtshof wies mit den beiden Vorinstanzen diesen Nichtigkeitsgrund zurück, weil ein Zweifel über die Art der Verbindung mehrerer eingesetzter Erben, wenn er überhaupt bestehe,

nur diesen selbst Anlaß geben könne, sich darüber auseinander zu setzen, von dem Dritten dagegen (nach Analogie dessen, was für die *exceptio de jure tertii* Rechtsens) nicht zum Vorwande genommen werden könne, um die Rechte beider zu verleugnen oder umzustürzen.

DAÖG. v. 29. März 1856. — Nr. 1831⁵⁴/₅₅.

5.

Verzicht auf Adhäsion durch ein nach Mittheilung der gegnerischen Berufung eingereichtes Gesuch um Verlängerung der Beweisfrist.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Die Adhäsion des Klägers ist materiell nicht zu würdigen, weil ihr dessen Verzicht auf dieselbe entgegensteht, indem er, nachdem ihm die Revision des Beklagten am 23. Febr. 1855 zugestellt worden, am 10. März um Suspendirung der Beweisfrist gebeten, und dadurch, da er seine Bitte ohne Vorbehalt und Protestation stellte, faktisch erklärt hat, gegen die ihm gemachte Beweisauflage nicht revidiren zu wollen, seine Adhäsion aber erst am 24. März einkam. GD. XV §. 10 in not. lit. b; Seuffert's Komment. Bd. IV S. 109, 110.

DAÖG. v. 18. Mai 1855. Nr. 991⁵⁴/₅₅.

6.

Prozeßführende Klöster. Kuratelskonsens.

Die in einer Rechtsache vorgeschützte dilatorische Einwendung, dem verklagten Kloster mangle der Kuratelskonsens zum Streite, wurde für unerheblich erachtet, indem die Annahme, daß es hier eines Kuratelskonsenses bedürfe, durch keine gesetzliche Bestimmung und eben so wenig durch die Gerichtspraxis in Bayern unterstützt werde.

Vgl. DAÖMft. Nr. 1755⁵³/₅₄. 4.

7.

Ein Kloster eidespflichtig. Wer hat zu schwören?

Das Zentralkloster der armen Schulschwestern hatte in der Parteirole des Beklagten einen Eid zu schwören. Die Gegner verlangten Ableistung durch den Beichtvater und den ganzen Konvent. Oberstrichterlich wurde bestimmt: es haben die Oberin des Klosters und der Beichtvater zu schwören; indem unnöthige Vervielfältigung von Eidschwüren richteramtlich nicht gestattet, vielmehr ex officio abgeschnitten werden solle.

UNGE. v. 15. Mai 1855. Nr. 1755⁵³/₅₄.

8.

Actio negatoria. Beweislast, wenn Erlöschung einer früher bestandenen Servitut in Frage ist.

Vgl. Bb. XX S. 180.

In einem Vorprozesse hatte der Besitzer des Zeiselfrieder Hofes negatorisch gegen die Gemeinde Langenreichen auf Aberkennung des von der Beklagten auf seine Grundbesitzungen in Anspruch genommenen Weiderechts geklagt. Die Klage hatte keinen Erfolg, indem als Resultat der Verhandlungen angenommen wurde: rechtsverjährte Zeit hindurch sei das Vieh der Gemeinde und des Zeiselfrieder Hofes zu einer Heerde vereinigt gewesen, und damit gemeinschaftlich, wie auf den Feldern der Gemeindemarkung, so auf den Grundstücken des genannten Hofes, ungestört geweidet worden.

Später trat die Gemeinde mit der Negatorienklage gegen die jetzige Besitzerin des Zeiselfrieder Hofes auf, um das Vieh des Hofes von der Weide auf den anderen Feldern der Gemeinde auszuschließen. Ueber die in den neueren Verhand-

lungen angeregte Beweislast-Frage äussern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Gemeinde muß, als jetzige Klägerin, den bezeichneten rechtsverjährten Zustand, welcher ihr in dem Vorprozesse den Sieg verschaffte, gegen sich anerkennen, und zwar ungetheilt d. h. auch hinsichtlich der Weide des Zeiselrieder Hofbesizers auf der Flurmarkung von Langenreichen. Daher kann ihre Negation des rechtlichen Charakters dieses Zustandes nur als die Behauptung der Erloschung der Berechtigung aufgefaßt werden. In einem Falle der gegenwärtigen Art liegt aber, auch nach der Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche, gegen die von dem obersten Gerichtshofe konstant adoptirte Entscheidung der hier in Frage stehenden gemeinrechtlichen Kontroverse über die Beweislast bei der *actio negatoria*, dem ordentlichen Besitzstande des Negatorienbeklagten die Wirkung nicht beilegen, daß den Negatorienkläger die Beweislast der Nichtberechtigung treffe, — der Beweis der Aufhebung des feststehenden Rechtszustandes ob.

Vgl. Wangerow Zeitf. f. Pand. Vorl. ed. 3 Bd. 1 S. 711 (ed. 6 S. 883).

Es liegt daher für die klagende Gemeinde in der Beweisaufgabe, daß den Beklagten ein Weiderecht nicht zustehe, jedenfalls keine Beschwerde

DMGE. v. 4. Januar 1856. Nr. 661⁵⁴/₅₅.

Zur Notiz.

Nach einem Schreiben an die Verlags-handlung wurde die auf den Schluß der regelmäßigen Folge fortzählende Paginirung der heutigen Ergänzungsblätter als Druckversehen aufgefaßt. Diese Aenderung geschah aber absichtlich zur Vereinfachung der Allegirung.

Verichtigung. S. 405 a. E. der Inhaltsübersicht statt „Gnome“ lies „Anzeige“.

Hrb.: J. N. Scuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Eintritt der Eidesunfähigkeit nach der Auerkennung eines *Juramentum necessarium*. — Uebliche Gütergemeinschaft und Intestaterbfolge des mit Kindern konkurrierenden Ehegatten nach bayreuther Recht. — „Vollständige Bezahlung“ im Sinne des hyp. Ges. §. 64 Absatz 3.

Eintritt der Eidesunfähigkeit nach der Auerkennung eines *Juramentum necessarium*.

In diesen Blättern und zwar im heurigen Jahrgange Nr. 6 ist eine oberstrichterliche Entscheidung mitgetheilt, welche ausspricht, daß auf Antrag einer Partei über die Folge eingetretener Eidesunfähigkeit, resp. die Frage, ob der aufgetragene Eid für verweigert zu erachten sei, das Untergericht auch dann zu erkennen habe, wenn der in Rede stehende Eid oberrichterlich aufgetragen war. Die Frage der Kompetenz ist hiemit erlediget, offen belassen aber ist die Frage, wie erkannt werden müsse. Der Hr. Herausgeber dieser Zeitschrift hat in einer Schlußbemerkung angedeutet, in welchem Sinne er die Entscheidung angemessen erachte, indem er anführte: „Der sich durch zufälligen Verlust eines Beweismittels ergebende Nachtheil trifft den Beweisführer.“ Dieser Satz, allgemein hingestellt, ohne Rücksicht auf den an allegirtem Orte verhandelten Fall, muß als richtig anerkannt werden; allein handelt es sich denn in dem vorliegenden Falle um den Verlust eines Beweismittels im gewöhnlichen Sinne oder handelt es sich um ein Beweismittel des Beweisführers? Diese Fragen müssen entschieden verneint werden. Die nothwendigen Eide sind

nicht Beweismittel in dem gewöhnlichen Sinne — vgl. statt aller andern Ausführungen v. Bayer Vorträge VIII Aufl. S. 910 — sie sind Nothbehelfe für den Richter¹⁾. Gehen diese daher zu Verlust, so gehen nicht Beweismittel der Partei, sondern nothwendige Behelfe des Richters verloren. Derjenige, welcher etwas verloren hat, muß aber sich ein Surrogat schaffen und die Verschaffung dieses Surrogates liegt also hier dem Richter, nicht dem Beweisführer ob. Es ist ja gemeinrechtlich nicht einmal erforderlich, daß sich die Partei zum Erfüllungsseide erbiere und bekannten Rechtsens braucht nach bayerischem Prozeßrechte ein Erbieten zum Reinigungsseid nicht einzutreten, somit ist auch hier das purgatorium als ein Expebelenß zur Vermeidung des non liquet, als Nothbehelf für den Richter klar anerkannt. Ob die eidespflichtige Partei sich bereit erklärt habe, den Reinigungsseid zu leisten oder nicht, dürfte somit als ein superfluum ganz außer Betracht bleiben; keinesfalls aber darf dieses zum Nachtheile der Gegenpartei ausgebeutet und die Sache um so weniger dadurch von ihrem Standpunkte verrückt werden, als die G.D. unter sehr bestimmten und engen, hier nicht vorliegenden Bedingungen auf diese Bereiterklärung Werth legt

1) Dieser Nothbehelfe hat sich der Richter nach Maßgabe gesetzlicher Vorschriften zu bedienen. Wenn eine Partei auf Grund der gesetzlichen Vorschriften diesen oder jenen Gebrauch der fraglichen Nothbehelfe, zum Zwecke der Erbringung eines ihr obliegenden Beweises, beantragt, so erscheint bei diesem Antrage auch der nothwendige Eid in der Stellung eines Mittels zum Zwecke der Beweisführung. Kann nun dem Antrage in Folge eines zufälligen Ereignisses nicht entsprochen werden, so ist es eine praktisch richtige Bemerkung, wenn man sagt: es ist für den Beweisführer der Verlust eines Beweismittels eingetreten. S.

(vgl. *GD.* cap. XIII §. 2 Nr. 7). Den angegebenen Gesichtspunkten zufolge ergibt sich aber, daß hier ein Fall vorliege, auf welchen keines der Auskunftsmittel angewandt werden kann, die bei dem Haupteide zulässig sind. Weder kann der Eid pro praestito, noch pro recusato gehalten, noch eine Beweismachholung durch die Partei gestattet werden²⁾. Gleichwohl dürfte aber ein Expediens sich finden, sobald man auf die Bestimmung der *GD.* in cap. XVI §. 1 Nr. 2 und in cap. XV §. 5 Nr. 8 Rücksicht nimmt. Hiernach ergeben sich folgende Auskunftsmittel: Ist die Rechtsache in erster Instanz anhängig, so kann die beweispflichtige Partei den Richter um Restitution gegen die Sentenz auf den nothwendigen Eid angehen. Dieser hat nun zu erwägen, ob nach Eintritt der Eidesunfähigkeit des zum purgatorium Gelassenen es sich noch rechtfertige, bei der Auflage des purgatorium zu beharren, da in dieser Beziehung eben nach *GD.* cap. XIII §. 3 Nr. 8 das richterliche arbitrium durch die veränderte soziale Stellung des Eidespflichtigen und dessen Ehrenminderung ein anderes geworden und ihm nun die Auflage des suppletorium passender erscheinen dürfte. Versirt die Rechtsache in appellatorio, so ergibt sich aus *GD.* cap. XV §. 5 Nr. 8 gleichfalls die Zulässigkeit der Restitutionsbitte und des entsprechenden Urtheils. Wie aber, fragt sich zuletzt, wenn das richterliche arbitrium trotz der eingetretenen Eidesunfähigkeit nicht genug bewiesen findet, um dem suppletorium des Gegentheils Statt zu geben? Hier scheint man unvermeidlich einem non liquet entgegengehen zu müssen. Allein hier darf doch der Nachtheil keine andere Person treffen, als die, welche den Richter in dieses Dilemma durch

²⁾ Vgl. indessen *Komment. u. d. GD.* Bd. III Aufg. II S. 50. — S.

ihr Verschulden, gleichviel mittel- oder unmittelbar, gebracht hat und es dürfte hier sicher im Geiste des Gesetzgebers sein, auch bei nicht genau halber Probe auf das suppletorium zu erkennen. Hiesür sprechen seine eigenen Worte in den Anmerkungen zu cap. XIII §. 3 Nr. 8: „In zweifelhaften Fällen und da man ansethet, ob einem Theil das purgatorium, oder dem andern Theil das suppletorium aufzutragen sei, ist die erste Regel, daß man requisita von beiden Juramenten wohl betrachten solle, denn wo es hierin bei einem erman- gelt, da fällt man alsdann ganz natürlich auf das andere Jurament³⁾.“ Auch das OAB. zu Dresden scheint in dem in Seuffert's Archiv Bd. VII S. 155 mitgetheilten Erkenntnisse diese Ansicht zu theilen, indem es dort heißt: „Da dem Kläger durch Beklagten's Schuld das wichtigste Beweismittel verloren gegangen, so hat sowohl in Ansehung der Beschaffenheit der Beweismittel, als des Erfolges der durch sie zu begründenden Beweisführung ein besonderes billiges Ermes- sen⁴⁾ einzutreten.“ Dr. Rau.

³⁾ Natürlich unter der Voraussetzung, daß es an Erfordernissen des andern Juramentes nicht auch fehlt, und der Fall wirklich ein in der Art zweifelhafter war, daß die Waage schon vorneherein zwischen Erfüllungs- und Reinigungseid schwankte. Wo das vom Beweisführer Erbrachte einem halben Beweise sich nicht einmal annäherte, sondern nur einigen Verdacht zu erwecken geeignet war, kann Zuerkennung des Erfüllungseides auch dann nicht stattfinden, wenn die Ableistung des dem Gegner zuerkannten Reinigungseides durch Eintritt der Eidesunfähigkeit vereitelt wurde. S.

⁴⁾ Zwischen einem solchen billigen Ermessen und gänz- lichem Absehen von Ermangelung gesetzlicher Erforderniß ist ein wesentlicher Unterschied. S.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eheliche Gütergemeinschaft und Intestaterbfolge des mit Kindern konkurrirenden Ehegatten nach bayreuther Recht.

Bei der Erbtheilung und Auseinandersetzung zwischen dem Wittwer und seinen Stieffindern über die Verlassenschaft deren Mutter, mit welcher ersterer in Gütergemeinschaft nach dem bayreuther Provinzialrecht gelebt hatte, wurde von demselben das alleinige Eigenthum der vorhandenen Immobilien beansprucht und nebstdem geltend gemacht, daß ihm auch die Errungenschaft ausschließlich gebühre.

Diese Ansprüche wurden jedoch in allen drei Instanzen zurückgewiesen und die Entscheidungsgründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 28. April 1856, Reg.-Nr. 1433⁵⁴/₅₅, enthalten hierüber folgende Ausführung:

Nach Tit. VII §. 1 der bayreuther Landeskonstitution vom 16. Sept. 1722 bildet die allg. Gütergemeinschaft den gesetzlichen Vermögensstand zwischen den Eheleuten, sofern nicht durch Ehepакten hierüber andere Bestimmungen getroffen wurden. Dieser im §. 3 ausdrücklich benannten *communio bonorum universalis* ist inhaltlich desselben das beiderseitige Vermögen der Eheleute, es mag wirklich ein- und zugebracht sein oder nicht, jedoch mit Ausnahme der Ritter- oder anderen Mannlehen, sowie der Fideikommißgüter, unterworfen und zwar, wie sich das Gesetz wörtlich ausdrückt, dergestalt, daß dasselbe ein vermischt und vermengt Gut sein soll.

Hierin besteht nun gerade das Wesen dieser allgemeinen und zwar materiellen oder inneren Gütergemeinschaft, weil das beiderseitige, dem (jedoch im Falle des Mißbrauchs beschränkbaren) Mundium des Mannes unterstellte Vermögen sich zu einer ge-

meinschaftlichen Masse vereinigt, in welcher das vorher jedem Ehegatten allein zugehörig gewesene Vermögen aufgeht und an dessen Stelle ein intellektueller Theil jedes der Ehegatten an der Gesamtmasse tritt, während bei der bloß formellen oder äußeren Gütergemeinschaft die Güter dem Rechte nach getrennt bleiben und nur der Ausübung nach in der Hand des Mannes vereinigt werden.

Munde deutsches ehel. Güterrecht §. 33
S. 74 Nr. 3.

Arnold Beitr. zum deutsch. Privatrecht Bd 1
S. 174 Note 2.

Insbesondere bezeichnet der bayreuther Rechtsgelehrte Heinrich Arnold Lange in der Lehre von der ehel. Gütergemeinschaft S. 52 als charakteristische Kennzeichen der bayreuther ehelichen Gütergemeinschaft, sowie als Wirkungen des vermöge derselben bestehenden Condominii pro indiviso, daß die Frau für die Schulden des Mannes haftet, und daß der überlebende Ehegatte den verstorbenen Ehegatten mit Ausschluß aller Seitenverwandten als heres ex asse beerbt.

Im §. 6 l. c. der Landeskonstitution wird auch mit ausdrücklichen Worten gesagt, daß, wenn weder Deszendenten noch Aszendenten vorhanden sind, der überlebende Ehegatte „wegen obangeführter Kommunikation“ Intestaterbe ex asse, mit Ausschluß der Geschwister und übrigen Seitenverwandten des verstorbenen Ehegatten sein soll.

Die Ansicht, daß hier der Ausdruck „Erbe“ uneigentlich gebraucht sei, weil die Gütergemeinschaft bereits einen solidarischen Besitz beider Ehegatten involvire und durch den Tod des einen Gatten der andere das alleinige Eigenthum durch Konsolidation erwerbe, beruht auf der sonst verbreiteten Idee eines s. g. Gesamteigenthums (dominium plurium in solidum.)

Diese Ansicht ist jedoch in der neueren und

jezt herrschenden Doktrin aus überzeugenden Gründen für unrichtig erklärt und derjenigen der Vorzug gegeben worden, daß der Ueberlebende, auf welchen in dem bemerkten Falle das ganze Vermögen übergeht, bezüglich des idealen Theiles des verstorbenen Ehegatten als Erbe des letzteren zu betrachten sei.

Maurenbrecher Lehrb. des deutsch. Privatrechts §. 549 und 552, vergl. mit §. 211 und 541 2. Ausg.

Mittermaier Grundf. des deutsch. Privatrechts §. 403 6. Ausg.

Munde a. a. O. §. 63, 65 und 104.

Aus den Bestimmungen des bayreuther Provinzialrechts kann aber um so weniger gefolgert werden, daß durch die Gütergemeinschaft ein Gesamteigenthum (*dominium in solidum*) begründet werde, in Folge dessen mit dem Tode des einen Ehegatten das Vermögen in der Person des überlebenden konsolidirt wird, weil nicht das Prinzip der Kontinuität, d. i. der Nichtauflösung der Vermögensgesamtheit im Falle des Todes eines Ehegatten, sondern das Prinzip der Abscheidung oder Gütertrennung für den Fall, wenn der verstorbene Ehegatte nebst dem überlebenden auch Descendenten oder Ascendenten hinterläßt, angenommen wurde.

Gengler Lehrb. des deutsch. Privatrechts §. 182 S. 978 und 1004.

Konsequent nach diesem Prinzipie spricht daher die Landeskonstitution von einer „*Succession der Eheleute und des Abgestorbenen Vermögen*“ und erklärt den überlebenden Ehegatten als „*Erben*“ des verstorbenen, und zwar in der Art, daß er beim Nichtvorhandensein von Desc- und Ascendenten als Erbe *ab intestato ex asse*, und bei der Konkurrenz von Erben in ab- oder aufsteigender Linie als Miterbe in den ihm gesetzlich bestimmten Erbtheil berufen wird.

Landeskonstitution l. c. §. 6, 7, 8 und 9.
Eine weitere Folge jenes Prinzipes besteht darin, daß zwischen dem überlebenden Ehegatten und den hinterlassenen Kindern keine Fortsetzung der Gütergemeinschaft stattfindet.

Arnold a. a. O. S. 177 Note 1.

Bayerlein v. d. gesetzl. Erbfolge zw. Eltern und Kindern nach bayreuther Recht 1856 §. 5.

Gegenüber den Gläubigern ist die Gütergemeinschaft nach bayreuther Rechte allerdings eine ganz vollständige, indem die vereinigte Vermögensmasse beider Ehegatten für alle nicht nur während der Ehe, gleichviel ob mit oder ohne Zustimmung der Ehefrau kontrahirten, sondern auch für die vorheirathlichen Schulden des einen oder anderen Theils haftet, und die Ehefrau sich nur gegen künftige Gläubiger unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen durch Warnung oder Andringen auf Vermögensseparation schützen kann.

Landeskonst. a. a. O. §. 5.

Arnold a. a. O. S. 166–170. Note 4
S. 174 Note 2.

Unter den Eheleuten selbst ist aber die Vermischung des Vermögens nicht von der Wirkung, daß bei einer Aufhebung der Gemeinschaft, sowie namentlich bei der im Falle des Todes eines Ehegatten eintretenden Gütertrennung, die gesammte Vermögensmasse und beziehungsweise die vorhandenen Schulden quotiell oder nach Verhältniß des Eingebrauchten getheilt werden, sondern es wird, nach Abzug der Passiva, von der beim Ableben des einen Ehegatten vorhandenen Gesamtmasse das Vermögen, welches der überlebende Ehegatte in die Ehe gebracht hat, gleichfalls ausgeschieden und vorausweggenommen, und das, was alsdann noch von dem bisher gemeinschaftlich gewesenen Vermögen übrig bleibt, bildet den zu vertheilenden reinen Nach-

laß, ohne Rücksicht, ob dieser Rest in irgend einem Verhältnisse zu der Größe des ursprünglichen Vermögenstheiles steht.

Arnold S. 177 Note 1. Bayerlein §. 4 S. 5.

Dieses ist insonderheit für den Fall vorgeschrieben, wenn mit dem überlebenden Ehegatten Kinder aus derselben oder aus einer früheren Ehe des verstorbenen Ehegatten konkurriren, und in diesem Falle erhält der überlebende Ehegatte aus der reinen Theilungsmasse einen gleichen Kindstheil als Erbportion.

Landeskonstitution a. a. O. §. 7 und 8.

Aus der gesetzlich vorgeschriebenen rangweisen Vermögensauseinandersetzung, wodurch sich das Verhältniß zwischen den Gläubigern, dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen zur Gesamtmasse in der vorherbemerkten Art dahin feststellt, daß

- 1) vor Allem und gleichsam in erster Klasse die sämtlichen Gläubiger zum Zuge kommen, sodann
- 2) das eingebrachte Vermögen des überlebenden Ehegatten in zweiter Reihe vorweg berichtigt wird, und
- 3) der nach diesen beiderlei Abzügen übrig bleibende Rest des bisher gemeinschaftlich gewesenen Vermögens den zu theilenden Nachlaß des verstorbenen Ehegatten bildet,

folgt von selbst, daß aller dem Vermögen während der Gemeinschaft zugekommene Gewinn nicht dem auszuschheidenden Vermögenstheile, sondern nur dem residuirenden zuwächst, so wie dagegen auch aller Verlust zunächst nur diesen letzteren trifft, und daß daher von einer Berechnung und Theilung der Errungenschaft oder der Einbuße bei der erbchaftlichen Vermögenstheilung keine Rede sein kann, indem dieses bloß bei dem System der Errungenschaftsgemeinschaft vorkommt, welches dem bayreuth.

Rechte völlig fremd ist. *Bayerlein* §. 6. *Arnold* C. 177 Note 1.

Der Aufstellung des Revidenten, daß die Errungenschaft nicht zum Nachlasse der Frau, sondern zu dem Vermögen des Mannes gehöre, steht der von ihm in Bezug genommene §. 7 der Landeskonst. geradezu entgegen. Da nämlich nach der Bestimmung der §§. 7 u. 8, wenn nebst dem überlebenden Ehegatten Kinder aus der Ehe desselben mit dem verstorbenen Ehegatten, oder aus einer vorigen Ehe des letzteren vorhanden sind, der überlebende Ehegatte, es sei Vater oder Mutter, nach getilgten Passiven und nach Vorwegnahme seines Eingebrachten, wozu bezüglich des Mannes auch das gerechnet wird, was er von dem seinigen in das Haushalten erweislich verwendet hat, einen gleichen Kindestheil alles hinterlassenen Vermögens erben und bekommen soll, so ergibt sich hieraus von selbst, daß in dem residuirenden d. i. als hinterlassen bezeichneten Vermögen des verstorbenen Ehegatten, es mag dieß der Mann oder die Ehefrau sein, aus welchem der überlebende Ehegatte einen gleichen Kindestheil zu empfangen hat, auch die Errungenschaft begriffen ist.

Etwas Gegentheiliges kann auch aus §. 15 l. c. nicht gefolgert werden, woselbst für den Fall, wenn der Mann vor dem Weibe stirbt und das Weib ihr Eingebrahtes weder durch legale Quittung noch auf andere nicht mit Weitläufigkeit verbundene Art beweisen könnte, behufs der Theilung des väterlichen Nachlasses zwischen der Frau und den Kindern (in ordine ad liberos) bestimmt ist, daß alsdann der dritte Theil alles vorhandenen Vermögens, worunter auch der *acquæstus conjugalis* mitbegriffen, für des Weibes Ein- und Zugebrahtes, alle übrige Verlassenschaft aber, es sei während der Ehe errungenes oder anderes, für Väterliches gehalten und geachtet werden soll.

Durch diese Bestimmung ist an den in den §§. 7 u. 8 aufgestellten Theilungsgrundsätzen nichts geändert, nach welchen die Erzungenschaft zum nachgelassenen Vermögen des verstorbenen Ehegatten gerechnet wird; und daraus, daß dieselbe, wenn der Ehemann gestorben ist, zu dessen Nachlaß gehört, folgt noch keinesweges, daß sie ihm allein gebühre, wenn er die Frau überlebt und mit Kindern bei ihrem Nachlasse konkurriert.

Da, wie bereits bemerkt, das Prinzip der Gültertrennung beim Ableben eines Ehegatten in bayerth. Provinzialrechte angenommen ist, damit aber das während der Ehe bestandene Condominium pro indiviso der beiden Ehegatten aufhört und in Folge dessen nach den mehrerwähnten gesetzlichen Bestimmungen die Erzungenschaft einen Bestandtheil des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten bildet, so findet der Scheingrund, daß der überlebende Ehegatte mit dem ihm zu Theil werdenden Kindestheile dasjenige bekomme, was ihm bereits eigenthümlich gehört habe, von selbst seine Widerlegung.

Es zeigt sich sonach der vom Revidenten geltend gemachte ausschließliche Anspruch auf die Erzungenschaft und insonderheit auf die Immobilien, welche von ihm nicht eingebracht, sondern erst während der Ehe, aber nicht mit seinem eingebrachten Vermögen angeschafft wurden, ungegründet. Es gehören vielmehr dieselben zur Erzungenschaft und bilden mit dieser einen Bestandtheil des Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau, welchen er mit den erstehelichen Kindern derselben gleichheitlich zu theilen hat. B.

2.

„Vollständige Bezahlung“ im Sinne des Hyp.-Gef. §. 64 Absatz 3.

Vgl. oben S. 305 f.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Die Bestimmung des §. 64 Abs. 3 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822, wonach in Ansehung des Einlösungsrechtes der neuere Hypothetgläubiger vor dem älteren nur gegen dessen vollständige Bezahlung den Vorzug hat, ist nach ihrem Wortlaute und inneren Zusammenhang mit der unter derselben Rubrik (von den Wirkungen der Hypotheken) enthaltenen Vorschriften in den §§. 42 und 43 nicht so zu verstehen, als ob die Befriedigung, welche dem abzulösenden älteren Hypothetgläubiger zu Theil werden soll, alles dasjenige zu umfassen habe, was dieser Gläubiger an Hauptsumme, rückständigen Zinsen und Kosten zu fordern hat, und wofür ihm das dingliche Recht und die daraus hervorgehende dingliche Klage (*actio hypothecaria*), so lange der Schuldner die hypothetisirte Sache besitzt, diesem gegenüber zusteht. Diese Befriedigung beschränkt sich vielmehr auf vollständige Zahlung derjenigen Summe, bezüglich welcher der abzulösende Gläubiger den konkurrirenden anderen Gläubigern gegenüber nach Maßgabe der Einträge im Hypothekenbuche wirklich als der ältere und somit bevorzugte Gläubiger erscheint.

In §. 42 a. a. O. ist nämlich bestimmt, daß die Hypothek sich sowohl gegen den Schuldner 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 eingetragen ist (§. 22 Nr. 8), erstreckt. In §. 43 ist dann weiter verfügt, daß wegen früherer Rückstände an bedungenen Zinsen, wegen der Verzugszinsen und wegen der auf Ausklagung und Vertreibung einer Hypothekforderung entstandenen Streitkosten der Gläubiger das dingliche Recht auf die hypothetisirte Sache zwar gegen seinen Schuldner habe, so lange dieser die Sache besitzt, daß er es aber weder gegen einen dritten Besitzer der

Sache geltend machen, noch dafür gegen andere Hypothetgläubiger den Vorzug nach der Eintragung der Hauptschuld oder im Falle eines Konkurses eine Stelle in der zweiten Klasse verlangen könne. Damit übereinstimmend ist in §. 16 der Prioritätsordnung gesagt, daß der Vorzug der Hypothetgläubiger unter sich, den Bestimmungen der §§. 49 und 60 des Hypothetengesetzes gemäß sich nach dem Zeitpunkte richte, wie auf ein bestimmtes Gut jede Hypothek vor der anderen in das Hypothekenbuch eingetragen sei, und daß dieser Vorzug des Kapitals sich auch auf die bedungenen Zinsen des bei der Konkurseröffnung laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, dann auf die während des Konkurses weiter verfallenden Zinsen erstrecke, jedoch nur alsdann, wenn das Kapital als ein verzinsliches in das Hypothekenbuch eingetragen ist.

Die Beschränkung in Ansehung dritter Besitzer und anderer Hypothetgläubiger beruht auf der Absicht des Gesetzgebers, alle Nachtheile, welche aus einer Unbestimmtheit der Forderung entstehen könnten, von ihnen abzuwenden und sie nur den Rechtsfolgen zu unterwerfen, welche sie nach den Einträgen im Hypothekenbuche bemessen konnten;

vgl. Hyp.-Ges. §. 19, 22 Nr. 8. Wöhrer
Komment. Bd. I S. 204.

Eben deswegen, und um das Interesse des Gläubigers, der für ältere Zinsrückstände und sonstige Accessorien noch nicht befriedigt ist, und im Verhältnisse zum Schuldner auch dinglich berechtigt erscheint, mit dem der übrigen Betheiligten in Einklang zu bringen, ist ersterem in §. 12 Nr. 11 a. a. O. ein zureichendes Mittel zu seiner Sicherstellung geboten. Er kann nämlich wegen der nicht über zwei Jahre alten rückständigen Zinsen von Hypothetschulden — außer den bedungenen Zinsen, welche den Rang des Kapitals haben —

und wegen der durch Ausflagung und Eintreibung der Hypothekschulden entstandenen Streitkosten auf dem Gute, worauf seine Hypothek eingetragen ist, eine eigene und neue Hypothek erwerben. Unterläßt es der Gläubiger, diesen ihm vom Gesetze gegebenen Titel zur Erwerbung zu benützen und den Eintrag jener Accessorien in das Hypothekenbuch bewerkstelligen zu lassen, so ist dieß eine Nachlässigkeit, deren Folgen er sich selbst zuzuschreiben hat.

Es ist ein das ganze Hypothekenrecht durchdringendes und im §. 25 des Hyp.-Ges. sehr bestimmt ausgeprägtes Prinzip, daß jede im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommene Handlung, soweit sie mit dem Hypothekenwesen in Verbindung steht, in Ansehung desjenigen, der sich nach den im Hypothekenbuche befindlichen Einträgen gerichtet hat und dabei in gutem Glauben war, auf alle die rechtlichen Wirkungen Anspruch machen kann, welche der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind. Die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches erstrecken sich daher ebensowohl auf dasjenige, was darin wirklich eingetragen ist, als auch das, was darin fehlt, insofern ein Verhältniß oder Rechtsgeschäft, wenn es eingetragen wäre, auf die Gültigkeit oder Wirksamkeit eines andern Rechtsgeschäfts Einfluß hätte.

Gönnert a. a. O. S. 276.

Wenn daher einem dritten Besitzer einer verpfändeten Sache und anderen Hypotheksgläubigern gegenüber lediglich die Einträge im Hypothekenbuche maßgebend sind, ein Gläubiger aber versäumt hat, für ältere Zinsrückstände einen bezüglichen Eintrag zu erwirken, so kann er — im Verhältnisse zu den genannten Betheiligten und abgesehen von seinen persönlichen Beziehungen zum Schuldner und seinem dinglichen Rechte an der Sache während des Besizes durch diesen — hinsichtlich jener nicht privile-

gärten Accessorien überhaupt gar nicht als Hypothekgläubiger, und am allerwenigsten als ein älterer Berechtigter, wenn sich der ingrossirten Kapitalschuld andere Inscriptionen anreihen, welchen der Eintrag der Accessorien nachgehen würde, in Betracht kommen.

Hiernach kann also der Absatz 3 des §. 64, wie schon oben bemerkt, nur die Bedeutung haben, daß der jüngere Hypothekgläubiger, der das Einlösungsrecht ausüben will, dem sich gleichfalls darum meldenden älteren Hypothekgläubiger nur das zu vergüten hat, wofür ihm eine wirksame ältere Hypothek zusteht. Das Wort „vollständig“, woran sich Mevident bei seiner vorzugsweise grammatikalischen Interpretation hält, ist augenfällig nur um deswillen in die beregte Bestimmung aufgenommen worden, um damit auszudrücken, daß es nicht genügt, wenn der einlösende jüngere Hypothekgläubiger bloß das Meistgebot behufs der Vertheilung unter die konkurirenden Gläubiger nach Maßgabe des ihnen zukommenden Ranges realisirt, sondern, daß noch überdies erfordert wird, falls der ältere Hypothekgläubiger bei dieser Vertheilung des Preises zu kurz kommen und seine durch den Eintrag gesicherte Hypothekforderung nicht im vollen Betrage erhalten würde, ihn auch hiefür d. h. nicht bloß theilweise mittelst des Meistgebotes, sondern vollständig durch eine entsprechende Zulage zu befriedigen. Wollte man umgekehrt im Sinne des Mevidenten den jüngeren Hypothekgläubiger für verpflichtet halten, auch die nicht in das Hypothekenbuch eingetragenen Zinsrückstände der abzulösenden Schuld zu vergüten, so wäre dieß ein auffallender Verstoß gegen das Prinzip des §. 25 und zugleich eine Verkennung des in §. 64 Abs. 3 selbst ausgedrückten Grundsatzes der Priorität.

Unmöglich kann nämlich ein Gläubiger durch

Unterlassung eines gesetzlich gebotenen Eintrags in das Hypothekenbuch anderen Gläubigern gegenüber mehr Vortheile erlangen, als wenn er den Eintrag wirklich vorgenommen hätte. Eine solche Abnormität könnte aber eintreten, wenn man einen Gläubiger, der hinsichtlich des Kapitals und der Zinsen des laufenden und unmittelbar vorhergegangenen Jahres bevorzugt ist, auch in Ansehung der älteren Zinsrückstände als älteren oder vorgehenden Gläubiger betrachten wollte, während er bei einem wirklich erfolgten Eintrag bezüglich jener Accessorien nur den Rang eines jüngeren Gläubigers mit allen daraus hervorgehenden Konsequenzen einnehmen würde.

Bergebens beruft sich Revident noch auf den Zusammenhang des §. 64 mit der Bestimmung über Ablösung in §. 63, wonach die Befriedigung des abzulösenden Gläubigers in dem ganzen Umfange der Hypothekfklage, also auch in Ansehung aller rückständigen Zinsen und Kosten zu geschehen habe. Denn im Falle des §. 63 kann der Gläubiger, welcher ablösen will, über den Umfang seiner Leistungen nicht im Zweifel sein, da ja die sämtlichen Ansprüche Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung waren; während bei einer gezwungenen Veräußerung der einlösende Gläubiger sich zunächst nach dem Inhalte des Hypothekenbuches richtet, und die anderweitigen Forderungen eines vorangehenden Gläubigers ihm möglicherweise erst nach Anmeldung des Einlösungsrechtes und nach der Adjudikation bekannt werden

DAWG. v. 18. Juli 1856. Nr. 1309⁵⁵/₅₆.

Gnomo.

Max Joseph's Roben ist nun hundert Jahre alt;
Ihn zu verjüngen, macht viel Müß' und Aufenthalt.

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

